

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



www.personaemercato.it

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

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

INDICE

<i>Presentazione</i>	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i>	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i>	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i>	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i>	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i>	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i>	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i>	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i>	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i>	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i>	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i>	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i>	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., *Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto*p. 521
17. CAPALDO G., *Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile*p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*p. 589
19. CARLEO R., *Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica*p. 611
20. CATERINI E., *Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale*p. 631
21. CAVALLARO M., *Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali*p. 655
22. CENINI M., *Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione*p. 677
23. CIOFFI C.B.N., *La trasparenza della causa dei contratti derivati*p. 695
24. CIPRIANI N., *Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto*p. 741
25. CORDIANO A., *Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità*p. 767
26. CREA C., *Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi*p. 803
27. D'AMICO G., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*p. 837
28. DELFINI F., *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*p. 865
29. DEPLANO S., *Dignità della persona e stati intersessuali*p. 895
30. DI NELLA, *Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti*p. 933
31. DI ROSA G., *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem* p. 995
32. EMILIOZZI E.A., *Le firme elettroniche*p. 1029
33. FACCIOLI M., *La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza*p. 1043
34. FARINA V., *Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento*p. 1059
35. FEMIA P., *Opposizione ermeneutica ed effettività*p. 1107

36. FICI A., <i>I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato</i>	p. 1151
37. FOGLIA M., <i>Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)</i>	p. 1185
38. FOLLIERI L., <i>Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione</i>	p. 1203
39. FRANZONI M., <i>Il contratto d’accertamento: un paradosso</i>	p. 1235
40. FREZZA G., <i>Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede</i>	p. 1259
41. GABRIELLI E., <i>Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica</i>	p. 1279
42. GALLARATI A., <i>Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf</i>	p. 1313
43. GALLO P., <i>Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività</i>	p. 1353
44. GAMBINO F., <i>Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale</i>	p. 1395
45. GARACI I., <i>Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale</i>	p. 1405
46. GENOVESE A., <i>La clausola di recesso</i>	p. 1439
47. GIANNINI M., <i>Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele</i>	p. 1465
48. GORASSINI A., <i>Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?</i>	p. 1495
49. GORGONI A., <i>Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita</i>	p. 1505
50. GRANELLI C., <i>Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE</i>	p. 1569
51. GRISI G., <i>La quarantena dei contratti di durata</i>	p. 1593
52. GRONDONA M., <i>L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)</i>	p. 1633
53. GROSSI P., <i>La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi</i>	p. 1665
54. IAMICELI P., <i>Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo</i>	p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela*p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana*p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)*p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria*p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021*p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi*p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto*p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici*p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i>	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i>	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i>	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i>	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i>	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i>	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i>	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i>	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i>	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i>	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i>	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i>	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i>	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i>	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i>	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i>	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i>	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i>	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i>	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i>	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i>	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i>	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i>	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i>	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i>	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i>	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i>	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i>	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i>	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i>	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i>	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i>	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i>	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i>	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i>	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i>	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i>	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i>	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i>	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i>	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse leso» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i>	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i>	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i>	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i>	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i>	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i>	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i>	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i>	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i>	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i>	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i>	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebitato</i>	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i>	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i>	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i>	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i>	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i>	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i>	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i>	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i>	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i>	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i>	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i>	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i>	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i>	p. 4569

PRESENTAZIONE

Solo l'insistenza degli allievi e amici ha convinto Giuseppe Vettori a lasciarsi onorare con una raccolta di studi. Il risultato – per l'ampiezza della partecipazione e la qualità dei contributi – dimostra la grande stima e l'affetto che i civilisti italiani nutrono nei suoi confronti. E, davvero, non poteva essere altrimenti, non solo per chi ne conosca personalmente le doti intellettuali e umane, ma anche per tutti coloro che si limitino a considerare il riflesso per così dire esteriore della personalità dell'onorato, ovvero l'opera scientifica, didattica, istituzionale.

L'impegno scientifico di Giuseppe Vettori è instancabile, profondo, amplissimo nei suoi orizzonti. E si distende dalla mole dei pregevolissimi studi individuali, alla incessante promozione di ricerche, anche collettive, ripetutamente gratificate negli anni da prestigiosi finanziamenti pubblici. Si pensi, in tempi più risalenti, ai numerosi progetti Miur (negli anni 1994, 1995, 1996, 1999, 2000 e 2001) e, più di recente, al coordinamento scientifico di quelli su *Diritto dei contratti e costituzione europea* (2003); *Diritto dei contratti e Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci* (2005); *Libertà di circolazione dei beni* (2007); *Trattato di Lisbona e diritto privato comunitario* (2009). Occasioni, tutte, sempre colte felicemente, per sollecitare il dibattito, ordinare i segni del nuovo, promuovere la ricerca giovanile.

In continuità con questo impegno culturale, egli ha curato importanti pubblicazioni collettanee, anche all'esito dei numerosissimi convegni nazionali e internazionali dei quali è stato promotore. Ha condotto ricerche all'estero (in particolare in Francia) e ha partecipato in qualità di relatore o di coordinatore a un numero, che forse lui solo conosce, di convegni e incontri, nazionali e internazionali in Italia, Germania, Francia, Spagna, America Latina.

PRESENTAZIONE

Una tappa centrale di questo itinerario è stata certo la fondazione e la curatela della collana e della rivista “*Persona e mercato*”, nelle quali molti valenti studiosi hanno pubblicato i loro volumi e scritti. In particolare, la rivista, che egli dirige con la tenacia di un limpido progetto culturale, è stata tra le prime riviste di diritto privato *online*, poi approdata alla fascia A); essa da lustri ospita – spesso in esito a importanti convegni nazionali e internazionali promossi dall’onorato – gli scritti di autorevoli studiosi italiani e stranieri, tematicamente orientati al rapporto tra persona e mercato, nel contesto del diritto interno ed europeo.

Ancora, Giuseppe Vettori è Condirettore della rivista “*Antologia*” e della “*Rivista di diritto privato*”. È stato Direttore delle Riviste ipertestuali edita dalla Utet: *Obbligazioni e contratti, Responsabilità civile, Famiglia e successioni*. È membro del Comitato scientifico di *Europa e diritto privato*, nonché del Comitato dei Revisori delle Riviste: *Responsabilità civile e previdenza, Osservatorio di diritto Commerciale e Giurisprudenza di merito*.

In oltre quarant’anni di ricerca, continua e appassionata, Giuseppe Vettori ha pubblicato una mole di contributi, in lingua italiana e in lingua inglese, che testimoniano la tenacia, la passione, la originalità del pensiero, la capacità di comprensione del presente e delle sue linee di sviluppo. Un autentico precursore, attento al nuovo, ma mai corrivo alle mode.

Del resto, già col primo lavoro monografico, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese: diritto dei contratti e regole di concorrenza* (1983), l’onorato intuiva lucidamente i termini del profondo rinnovamento di metodo e di contenuto che si sarebbe verificato nei decenni successivi nelle fonti e negli studi privatistici. Le regole del mercato – e certo gli eventi successivi gli han dato ragione – lungi dall’esser materia di analisi settoriale, costituiscono, nella prospettiva dell’Autore, una chiave di rilettura imprescindibile per gli studi sul contratto.

Il secondo ed il terzo lavoro monografico – rispettivamente su *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza* (1988) e su *Consenso traslativo e circolazione dei beni* (1995) – hanno rappresentato un fondamentale contributo, che va ben al di là della, pur in sé notevole,

rilevanza delle singole tematiche trattate. La prelazione convenzionale, i titoli di credito, la trascrizione divengono, in quegli studi, il banco di prova di una moderna teoria della circolazione, che imprime coerente assetto sistematico alle centrali categorie dell'efficacia e della opponibilità, nel contesto, reso finalmente lineare nel proprio significato e limite, del principio consensualistico. E si potrebbe continuare, con riferimento alle successive monografie, tutte attentissime alla realtà, senza mai appiattirsi sulla sua descrizione.

Anche le ricerche più recenti di Giuseppe Vettori ne testimoniano la costante tensione verso l'orizzonte contemporaneo del civilista: giustizia contrattuale, effettività della tutela (scandita dapprima nella relativa voce in *Enciclopedia del diritto*, 2017 ed ora nel volume *Effettività fra legge e diritto*, 2020), ruolo del giudice nella produzione del diritto, vengono così teorizzati, nel contesto *in fieri* delle fonti europee.

La stagione didattica dell'onorato, in Italia e all'estero come *visiting professor* – nella tensione morale del suo agire che gli allievi e gli amici ben conoscono – non poteva essere da meno. Dopo avere insegnato nelle Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Teramo e della LUISS di Roma, è stato chiamato, quale Ordinario di diritto privato, presso la allora Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, nell'anno 1993. Qui, Giuseppe Vettori ha insegnato, attualmente anche quale Emerito, formando generazioni di studenti e studiosi, le principali materie privatistiche: diritto privato, diritto civile, diritto civile avanzato, sino al diritto privato europeo, divenuto infine il vero luogo privilegiato della sua riflessione scientifica e della sua promozione culturale.

L'attività didattica di Giuseppe Vettori è sempre stata connotata da una forte attenzione a metodologie innovative, con un costante dialogo con la giurisprudenza interna e sovranazionale. Chi ha avuto la fortuna di poterne apprezzare la profondità e ad un tempo lucidità di pensiero, la dedizione e la disponibilità ha avuto anche l'opportunità di ammirarne la non comune capacità di problematizzare il presente, collocandolo – ma senza timore di innovare – nel sistema delle fonti e delle categorie del diritto privato.

Testimonia della straordinaria stagione didattica dell'onorato il Manuale di diritto civile “*Contratto e rimedi*”, edito dalla Cedam,

PRESENTAZIONE

giunto alla quarta edizione e adottato in molti Atenei nazionali (tra cui Firenze, Cagliari, Roma e Brescia).

Giuseppe Vettori ha ricoperto importanti incarichi istituzionali: è stato componente del Comitato Tecnico-Amministrativo di Ateneo, Presidente del Corso di laurea in “*Scienze Giuridiche*”, Presidente del Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza, Coordinatore del Master in “*Comunicazioni e Impresa*”. Negli anni tra il 2011 e il 2015 è stato Coordinatore del Dottorato di Diritto Privato Europeo, promosso dall’Università degli Studi di Firenze e dall’Istituto Italiano di Scienze Umane (SUM), ora Scuola Normale Superiore di Pisa. È stato, tra gli altri incarichi, membro della Commissione Regionale Toscana di bioetica e Presidente dell’Associazione culturale Testimonianze, fondata da Ernesto Balducci.

Ma il profilo di Giuseppe Vettori non sarebbe completo se non si sottolineasse un aspetto che ha costituito una cifra essenziale e comune della sua attività di ricerca, della sua attività didattica, del suo impegno accademico: la passione praticata per l’etica.

Ogni sua pagina pare nascere, come la superficie levigata del continente, dal magma della inquietudine del ricercatore, impegnato in una ricerca appassionata di una verità possibile e di una spinta al giusto e all’equo. Una verità che aborre imposizioni all’altro, ma promuove impegno incondizionato, a limite la sofferenza a chi la ponga sull’orizzonte del suo cammino. Una giustizia, che trova nel rispetto e nella proporzione, la miscela che deve poi manifestarsi nella dimensione effettuale del concreto.

In questa inesausta fatica sta una cifra importante del suo Magistero e un connotato qualificante della sua Identità.

E se è vero che le sue pagine, in esito a un così profondo impegno, riflettono un pensiero nitido, non per questo può dirsi che il sistema giuridico da esse rimandato abbia il carattere di un ordine compiuto. Tutto al contrario, Giuseppe Vettori ha straordinariamente fuso nitore e inquietudine nella ricerca di un oggetto mobile, nella consapevolezza della storicità dell’esperienza giuridica, del mestiere del giurista. Il suo rovello è sempre stato, per usare le sue stesse parole, quello di “far combaciare forma e sostanza”; la sua tensione e il suo progetto quelli di unire, in una rigorosa ricerca del diritto, il privato al pubblico. E così di trovare, nella persona, il prossimo.

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

Anche per questo, possiamo dirgli con affetto di essere noi i veri onorati oggi. Onorati di essergli stati per lungo tratto e ancora amici.

È quindi un onore dedicare questi scritti, unendoci ai molti valorosi colleghi che vi hanno contribuito, a un Maestro del diritto civile che ha svolto tutto il suo magistero nel segno di quell'Accademia che egli imparò ad amare dal suo Maestro, Giuseppe Benedetti, che noi tutti, insieme con lui, ricordiamo sempre, uniti nell'affetto e nella riconoscenza.

Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi, Salvatore Orlando

FABIO ADDIS
Professore ordinario di diritto privato
Università di Roma “La Sapienza”

AUTOTUTELA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Dedicà. – 2. Autotutela: nozione. – 3. Autotutela conservativa del sinallagma contrattuale. – 4. Eccezioni dilatorie e risoluzione del contratto. – 5. La «ritenzione» della prestazione dovuta. – 6. Autotutela convenzionale.

1. *Dedicà.*

Anche le relazioni personali che si sviluppano all'interno dell'Accademia – come ogni altra che la vita ci offre – sfuggono alla possibilità di una preventiva qualificazione, alla quale neanche la discendenza da un comune Maestro potrebbe assicurare certezze definitive corrispondenti agli stereotipi di quelle metafore suggerite dall'appartenenza ad una stessa Scuola. Tanto più ciò è vero quando quel Maestro risponde al nome di Giuseppe Benedetti – Maestro di libertà più di ogni altra cosa – che mai ha selezionato i suoi allievi in ragione di un criterio ideologico, culturale o anche solo metodologico. Unica condizione è sempre stata la piena disponibilità a farsi carico della “fatica del pensiero”, tormento, questo sì, che di certo ci ha accomunato tutti sotto la guida di quel Maestro, col quale, invero, tormenti Giuseppe Vettori ha condiviso più di ogni altro e molte volte mi è capitato anche d'esserne testimone.

Nel lungo tempo che ci è stato dato – ma per me pur sempre troppo breve – ho potuto osservare come Giuseppe Vettori tornasse sempre al Maestro con una inquietudine che si ripeteva con frequenza regolare e intensità crescente per rivelarsi poi nella sua pienezza solo negli ultimi anni come un fiume carsico che però alla fine trova la sua strada e viene in superficie. Sì, ciò che mai appagava gli sforzi di Giuseppe Vettori era la preoccupazione di andare *oltre* una

compiuta, coerente e magari pure elegante sistemazione formale di un problema o di una questione indagati coi metodi del positivismo. Puntualmente affiorava l'incomprimibile esigenza di misurare lo scarto tra *forma* e *sostanza* delle cose nella composizione di un possibile conflitto di interessi. Basterebbe leggere *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese* (1983) per rendersi conto di come questa radice del pensiero fosse profonda e quali frutti avrebbe portato negli anni successivi. Al compimento del suo percorso accademico vi è infatti *Effettività fra legge e diritto* (2020), nella quale l'autore svela subito la funzione peculiare del principio di effettività: "far coincidere la forma con la sostanza nell'attuazione dei diritti e dei doveri".

Anche io ho respirato quell'aria e ho vissuto quelle tensioni assistendo, in silenzio, alle discussioni tra Giuseppe e il suo Maestro, che era anche il mio. E una certa insofferenza l'ho provata anche io a fronte di definizioni e categorie solo all'apparenza rassicuranti ma ad una più attenta valutazione spesso inappaganti, se non proprio inaccettabili perché mistificanti. Ho pensato allora che potesse rispondere ad una scelta non estemporanea la dedica delle pagine che seguono a Giuseppe Vettori, accostando idealmente le sue riflessioni sulle *tutele* alle mie su quella che forse se ne potrebbe considerare una specie, magari proprio quella più effettiva, che si realizza da sé stessi e che siamo soliti chiamare *autotutela*. In fin dei conti, anche io, nel mio piccolo e con i miei limiti, ho provato in qualche modo – rimanendo ancora essenzialmente in una dimensione positivista – a colmare quelle che mi parevano distanze ingiustificate, nel tentativo di liberare la nozione di autotutela da concezioni tanto consolidate quanto inappaganti, in guisa che, per certi versi, l'autotutela, nello spazio che davvero le appartiene, sgravata dal fardello dell'eccezionalità, si rivela la più effettiva delle tutele.

2. *Autotutela: nozione.*

L'attribuzione all'autorità giudiziaria dell'esercizio della funzione giurisdizionale (artt. 101, 102 Cost. e 2907 c.c.) e la rilevanza penale di taluni comportamenti che, traendo giustificazione dall'esi-

genza di farsi giustizia, si connotino per il compimento di atti di violenza su cose o persone (artt. 392 e 393 c.p.) inducono comunemente a considerare l'autotutela privata come una sintesi verbale dei casi in cui la legge concede a taluno la facoltà di ottenere il soddisfacimento di un suo interesse in via stragiudiziale, attuando – a spese altrui – uno stato di fatto conforme alle proprie esigenze¹.

¹ Cfr. PIRAS, *Saggio sul comportamento necessitato nel diritto privato*, in *Studi sass.*, 1949, p. 259 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, I, Milano, 1957, p. 162 ss.; BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971, p. 29 ss.; ID., *Autotutela. II) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1; e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 273 s. (da cui le successive citazioni); DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, pp. 3 ss. e 62 ss.; BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, Milano, 1984, p. 52 s.; SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 209 ss.; MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, p. 12 ss.; BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 130 ss. (da cui le successive citazioni); e in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, *Teoria generale e fonti*, 1, Milano, 2002, p. 241 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, p. 6 ss.; D'ACUNTO, *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, Napoli, 2018, p. 13 ss.; CARIMINI, *Sequestro convenzionale e autotutela*, Napoli, 2018, p. 43 ss.; MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una «categoria»*, Napoli, 2019, p. 12 ss.; LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 7 ss.; nonché, per una puntuale analisi storica, ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. sem. Palermo*, (15) 1936, p. 114 ss.; FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937, p. 15 ss.; COSSA, *Studi sulla repressione del crimen vis tra tarda Repubblica e Principato. La legislazione giuliana de vi publica et privata*, Siena, 2007, p. 9 ss.; GIACHI, *L'interdictum de migrando e l'origine della tutela del pegno*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, p. 271 ss.; D. ROSSI, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Padova, 2010, p. 17 ss.

Da tale generalissima nozione, facilmente distinguibile da altre forme di autotutela operanti in rapporti tra soggetti che non si trovano su un piano di parità formale², hanno trovato origine più raffinate astrazioni, nelle quali la funzione perseguita dai singoli istituti, il titolo giustificativo dei medesimi, le modalità concrete di esecuzione della condotta resa legittima dall'intervento legislativo, permettono di differenziare autotutela conservativa e reattiva, unilaterale e consensuale, attiva e passiva.

Ne è derivato un quadro articolato e complesso, nel quale la finalità di farsi giustizia da soli è stata volta a volta invocata per consentire la rimozione dello stato di fatto lesivo, impedire il sorgere stesso della lesione, realizzare condotte imputabili alla sola parte interessata o rese in accordo con la controparte, includendo nel medesimo fondamento giustificativo comportamenti attivi immediatamente modificativi della realtà giuridica e mere resistenze all'altrui pretesa³.

A tale eleganza classificatoria non ha fatto riscontro eguale incisività nell'individuazione di apprezzabili soluzioni applicative.

² Cfr. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 539 ss.; SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 825 ss.; CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutele*, Milano, 1969, p. 305 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 41 ss.; ID., *Autotutela*, cit., p. 288 s.; FICARI, *Autotutela e riesame nell'accertamento del tributo*, Milano, 1999, p. 78 ss.; LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, p. 25 ss.; RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006, p. 52 ss.; ALLENA, *L'annullamento d'ufficio: dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, p. 125 ss.; NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, p. 32 ss.; PROCOPIO, *Il contrasto in tema di autotutela tra i principi costituzionali ed i poteri riconosciuti all'amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib.*, 2019, p. 92 ss.; nonché il volume collettaneo di Pubusa e Puddu (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela*, Napoli, 2019.

³ Cfr. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, pp. 131 ss., spec. 146 s.; BETTI, *op. cit.*, p. 530 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 29 ss.; ID., *Autotutela*, cit., p. 1 s.; DAGNINO, *op. cit.*, pp. 13 ss., 42 ss., 73 s., 83 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 43 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 71 s.; A. LEPORE, *op. cit.*, pp. 8 ss. e 126 s.

Il risultato di ogni ricostruzione è infatti sostanzialmente il medesimo e coincide con l'affermazione del carattere eccezionale delle ipotesi di autotutela che, per la loro idoneità a derogare ad un divieto generale di farsi giustizia da sé, si connoterebbero per un ambito di operatività determinabile attraverso la sola esegesi letterale della rispettiva disciplina legislativa con la conseguente esclusione del ricorso all'analogia⁴.

La conclusione non desta particolare sorpresa, ove si consideri che essa si collega alla descrizione di un apparato normativo ancora saldamente ispirato alla logica della fattispecie e, in quanto tale, sensibile all'enucleazione, in termini generali ed astratti, di una situazione fattuale già univocamente definita dal legislatore nei suoi contorni caratterizzanti ed idonea a circoscrivere l'ambito di operatività del rimedio, da intendersi quale mera conseguenza – sempre eguale – del mancato soddisfacimento di una situazione giuridica di vantaggio (diritto soggettivo) attribuita da una norma primaria⁵.

⁴ Cfr. BOLAFFI, *Le eccezioni in senso sostanziale*, Milano, 1936, p. 181 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936, p. 29 ss.; ID., *Autotutela*, cit., p. 532; GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, p. 23 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1963, p. 25 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., pp. 38 ss., spec. 46 s.; BONGIORNO, *op. cit.*, p. 95 ss.; BARBA, *Ritenzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1373 s.; SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993, p. 85 s.; SATURNO, *op. cit.*, p. 227 ss.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 9 ss.; VENDITTI, *Autotutela sindacale e dissenso*, Napoli, 1999, p. 52 s.; BIANCA, *op. cit.*, p. 132; PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 128 s.; in Di Raimo (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Gallipoli, Hotel Costa Brada, 9-10 maggio 2003, Napoli, 2006, p. 182 s.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, p. 759 s.; A. LASSO, *Le eccezioni sostanziali*, Napoli, 2007, p. 149 ss.; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 31 ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 37; CAMILLETTI, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, in *Contr.*, 2015, p. 1142; GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 492 s.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 14 s.

⁵ Cfr. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2016, p. 585 ss.; ID., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 53 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss. (da cui la successiva citazione); e in Grisi (a cura di),

La riconduzione del singolo rimedio entro i confini dell'autotutela è dunque finora servita solo a porre l'accento sulla sua idoneità ad attuare una giustizia individualmente considerata, così da circoscriverne l'ambito di operatività per concedere il più ampio spazio possibile all'intervento giudiziale, la cui terzietà ed indipendenza varrebbero a conferire la massima effettività alla tutela da esso apprestata.

Sono però note le critiche che da tempo investono il concetto della fattispecie e che hanno portato numerosi interpreti a preferire una metodologia d'indagine di matrice rimediale, più saldamente ancorata all'impiego, in funzione non solo argomentativa, dei principi, considerati idonei a prevalere sulla stessa formulazione letterale delle singole previsioni normative⁶.

Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal Convegno palermitano, Napoli, 2019, p. 149 ss.; D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 15 ss.

⁶ Cfr. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 67 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.; MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, Messina, 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, p. 209 ss.; ID., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 605 ss.; ID., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 11 ss.; e in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 103 ss.; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 53 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, spec. p. 21 ss.; ID., *Dialogo tra le Corti e tecnica rimediale*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 280 ss.; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo tra le Corti*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 237 ss.; NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 415 ss.; e in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., 161 ss.; MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.; in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., p. 149 ss.; e, con il titolo *La nozione di rimedio*, in ID., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, p. 19 ss.; ID., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.; ID., *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, p. 16 ss.; PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Giureta*, 2010, p. 35 ss.; L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*,

Egualemente conosciuti sono i rischi insiti in un approccio metodologico solo superficialmente rimediabile: escludere ogni attenzione all'analisi della fattispecie in presenza della quale il rimedio è attivabile significa ignorare i condizionamenti che essa è in grado di determinare in ordine alle caratteristiche del rimedio stesso, offrendo di quest'ultimo un'interpretazione parziale e riduttiva, fatalmente destinata a consentire esiti applicativi incontrollabili perché rimessi all'arbitrio del giudice⁷.

2011, p. 157 ss.; e in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, cit., p. 319 ss.; ID., *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 583 ss.; SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 365 ss.; LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovi assetti di valori*, Milano, 2012, p. 177 ss.; SMORTO, *Sul significato di «rimedi»*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 159 ss.; BARCELLONA, *L'ottica rimediabile e la morte della legge*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 37 ss.; SCALISI, *op. cit.*, p. 1045 ss.; GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti di riflessione sulla clausola di «exclusive remedy»)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 209 ss.; ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'«astreinte» al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 276 ss.

⁷ Cfr. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.; IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801 ss.; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17 ss. (tutti questi scritti sono ora raccolti, con marginali modifiche, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016); ID., *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti*, Bologna, 2018, p. 17 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, I, p. 65 ss.; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103 ss.; e in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 75 ss.; ID., *Ermeneutica della complessità*, in Trimarchi, Federico, Astone, Ciraolo, La Spina, Rende, Fazio, Carabetta (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del prof. Vincenzo Scalisi*, Messina, 27-28 maggio 2016, Milano, 2017, p. 64 s.; CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245 ss.; SACCO, *La fattispecie? Sì, ma ... (un frammento di teoria generale)*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 288 s.; D'AMICO, *op. cit.*, p. 15 ss.

Non si può tuttavia negare che l'approccio rimediale occupa uno spazio culturale differente e in qualche misura può risultare utile anche alla prosecuzione evoluta e moderna di una neo-dogmatica ancora basata sullo studio che parte dalla fattispecie. La rimedialità è essenzialmente connotata da un'anticipazione di senso, da una sorta di precomprensione e dal tentativo di valorizzare le esigenze a cui dare risposta, superando la nuda e formale utilizzazione di tecniche che potrebbero, nei limiti derivanti da uno stretto formalismo, non portare con la stessa velocità al ritrovamento di soluzioni utili.

La fattispecie resta l'unica tecnica seria di un pensiero scientifico evoluto e quando si ragiona di rimedi analizzando aree tematiche non coperte da un'adeguata capacità normativa preventiva, rimane all'interprete il compito di ritornare ad essa.

Occorre solo essere consapevoli che la tecnica della fattispecie è uno strumento del pensiero giuridico ma non ne esaurisce la complessità, isterilendola in un gioco di schematismi puramente sussuntivi.

La fattispecie, in altri termini, potrebbe non esserci all'avvio della ricostruzione sistematica ed ermeneutica, purché tuttavia sia presente ed adeguatamente valutata al suo compimento.

Stipulativamente si può utilizzare questa distinzione: fattispecie *a priori* è quella data dal legislatore, fattispecie *a posteriori* è quella costruita dalla responsabilità dell'interprete, nel senso di controllo dogmatico dei risultati.

La determinazione *a posteriori* della fattispecie ben si concilia con una piena valorizzazione degli stimoli ideologici, con l'apertura ai bisogni, con la ricerca di soluzioni praticamente fruibili indotte dall'analisi dell'apparato rimediale e nello stesso tempo consente all'interprete di capire in un secondo momento, dopo aver appreso e valorizzato tutte le suggestioni del rimedialismo, a quale risultato il ragionamento giuridico ha permesso di giungere e quale regola esso ha realmente elaborato⁸.

⁸ Sia consentito il rinvio a ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in Mazzamuto e Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015, Torino, 2016, p. 219 ss.; ID., *Sulla distinzione tra*

Il compimento di questa verifica per i rimedi contrattuali più frequentemente ricondotti nell'ambito di operatività dell'autotutela legittima ad avviare un radicale ripensamento delle posizioni finora dominanti.

Nessuna utilità può infatti riconoscersi al richiamo all'autotutela quando essa sia intesa come mero motivo individuale dell'azione, posto che la finalità di farsi giustizia da soli può sorreggere qualunque condotta dell'uomo, ivi compresa quella specificamente correlata all'esercizio di un diritto.

Né può attribuirsi portata precettiva al tentativo di distinguere tra vero e proprio «esercizio» e «riaffermazione» del diritto stesso, così da ricondurre quest'ultima all'autotutela per indicare i casi in cui una situazione giuridica soggettiva è esercitata da un soggetto diverso dal suo titolare o si compiono atti che, pur traendo legittimazione dalla titolarità di un diritto, si traducono, in concreto, nella limitazione delle facoltà altrui o nell'imposizione ad un controinteressato di uno stato di soggezione⁹.

Se la singola condotta è lecita perché assicura il soddisfacimento dell'interesse posto a fondamento di una situazione giuridica soggettiva di cui si è titolari, la qualificazione in termini di autotutela rappresenta una mera riformulazione verbale degli stessi effetti della situazione giuridica considerata, perché l'esercizio del diritto vale ad escludere la stessa esistenza di una lesione e dunque impedisce di

norme e principi, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.; ID., *Il valore «normativo» dei principi*, in Cicero e G. Perlingieri (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.

⁹ Insistono su questa distinzione DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 16 ss.; LEPORE, *op. cit.*, p. 8 s.; nonché, con specifico riferimento alla necessità di includere nell'autotutela i casi regolati dagli artt. 924 e 925 c.c. proprio per la loro idoneità ad allargare le facoltà del proprietario, BETTI, *Autotutela*, cit., p. 529; PUCINI, *op. cit.*, p. 148 s., testo e nota 44. Ma, in senso contrario a quest'ultima posizione, pongono l'accento sul fatto che l'inseguimento dello sciame d'api o degli animali mansuefatti rappresenta ordinaria facoltà del proprietario BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 17, testo e nota 33; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 89 s.; e, con più ampio riferimento alle modalità di acquisto della proprietà di questi animali, VENTURELLI, *Altruità del bene e acquisto per occupazione*, in *Pers. merc.*, 2015, II, p. 33 ss.; e in Macario, Addante e Costantino (a cura di), *Scritti in memoria di Michele Costantino*, II, Napoli, 2019, p. 1407 ss.

considerare la condotta tenuta come «reazione» ad una situazione negativa rispetto alla quale sia astrattamente consentito rivolgersi all'autorità giudiziaria per l'ottenimento di una protezione¹⁰.

Di autotutela, in altri termini, ha senso parlare esclusivamente quando un soggetto è posto in una condizione di pericolo oggettivo o subisce una vera e propria lesione, senza che l'esercizio della situazione giuridica di cui è titolare possa impedire o eliminare tale stato di fatto.

Tale reazione dovrebbe ordinariamente assumere contorni giurisdizionali, ma la sussistenza di un'ipotesi di autotutela vale a conferire alla vittima del pericolo o della lesione una situazione giuridica soggettiva alternativa al diritto di agire in giudizio ed idonea, in ragione della sua specifica regolamentazione, a concedere al suo titolare la possibilità materiale e giuridica di assicurarsi autonomamente una protezione analoga a quella ottenibile mediante il provvedimento del giudice¹¹.

La conclusione trova il conforto di un riscontro normativo diretto nell'ordinamento tedesco, nel quale si considera lecito, se realizzato «a scopo di autotutela», il comportamento di chi «sottrae, distrugge o danneggia una cosa o [...] ferma un debitore che è sospettato di

¹⁰ Cfr. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, p. 77 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, IV, 1958-1964, Milano, 2011, p. 898 s.; BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, pp. 14 s., 36 s. e 96 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 15 s.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 35 s.; CARIMINI, *op. cit.*, p. 47 s.; LEPORE, *op. cit.*, p. 57 s.; nonché DAGNINO, *op. cit.*, pp. 50 ss., spec. 73 s. e 88 s., il quale distingue tra la soddisfazione dell'interesse posto a fondamento della situazione giuridica, attuata con il suo esercizio, e la soddisfazione dell'interesse a difendersi dalla lesione o dal pericolo di lesione della situazione giuridica stessa, attuata appunto mediante l'atto di autotutela.

¹¹ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *L'occupazione di azienda come possibile forma di autotutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1969, I, p. 435 s.; e in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., p. 314 s.; EAD., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., pp. 7 ss. e 60 ss.; EAD., *Autotutela*, cit., p. 274 ss., la quale conclude che la situazione giuridica in tal modo attribuita dalla legge assume i contorni del diritto potestativo; DAGNINO, *op. cit.*, pp. 8 ss., spec. 16 s., 74 s. e 94 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 26 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 16 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, pp. 37 ss., spec. 42 s. e 86 s.; CARIMINI, *op. cit.*, p. 49 s.

fuga o rimuove la resistenza del debitore ad un atto che questi è obbligato a tollerare, se non si possa ottenere in tempo l'aiuto dell'autorità e senza immediato intervento sussista il pericolo che l'attuazione della pretesa venga frustrata o resa eccessivamente gravosa» (§ 229 BGB)¹².

Intesa come scriminante di una condotta altrimenti destinata ad assumere contorni di illiceità civile o penale, la *Selbsthilfe* tedesca «non può andare oltre quanto è necessario per allontanare il pericolo» (§ 230, comma 1, BGB) e non è invocabile se l'azione sia stata realizzata «nell'erronea supposizione che vi siano i presupposti richiesti per l'esclusione dell'illiceità [...] anche se l'errore non dipende da colpa» (§ 231 BGB).

Ciò vale a smentire che l'autotutela sia elevata, nel sistema tedesco, ad esclusivo motivo individuale legittimante l'azione. La finalità di farsi giustizia da soli, infatti, ben potrebbe essere riscontrata anche a fronte di un erroneo convincimento dell'autore della condotta, specie se scusabile¹³. Poiché tuttavia si esclude espressamente

¹² Cfr. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem. Eine dogmatische Studie am Beispiel des §§ 227, 229 ff. BGB*, Tübingen, 1985, p. 25 ss.; BEURSKENS, *Privatrechtliche Selbsthilfe. Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*, Tübingen, 2017, p. 52 ss.; GROTHE, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240⁸, herausgegeben von C. Schubert, München, 2018, p. 2486 ss.; REPGEN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 164-240, herausgegeben von S. Herrler, Berlin, 2019, p. 1088 ss.

¹³ Proprio per questo si ritiene sussistente la causa di giustificazione *ex artt.* 2044 c.c. e 52 c.p. anche quando le condizioni della legittima difesa sono solo supposte dall'agente, in ragione di un errore scusabile: cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 56 ss.; DAGNINO, *op. cit.*, p. 102; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 191 s.; COMPORZI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*², in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 15 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 92 ss.; LEPORE, *op. cit.*, p. 61 s.; CASTELLI, *Profili civilistici della riforma in materia di legittima difesa*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1020; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, diretto da G. De Nova, Bologna-Roma, 2020, p. 245 s.; Cass., 12 agosto 1991, n. 8772, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 734 ss.; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2814 ss.; e in *Vita not.*, 1992, p. 170 ss., che ha ritenuto in questo caso invocabile, in via analogica, la disciplina dello stato di

che esso assuma un ruolo nella valutazione della sussistenza della causa di giustificazione, il fondamento dell'istituto in esame deve essere, più correttamente, individuato nell'esistenza di una situazione di pericolo oggettivo, che rende indifferibile la reazione e, privando di utilità immediata il ricorso all'autorità giudiziaria, induce il legislatore a concedere all'agente una particolare situazione giuridica, i cui effetti si producono allo scopo di mantenere effettivo il successivo intervento dell'unico organo legittimato all'individuazione della lesione e delle modalità per il suo superamento definitivo.

L'assenza, nel diritto italiano, di una regolamentazione generale corrispondente a quella appena descritta non segna una differenza insuperabile.

Nei casi regolati dai già citati artt. 392 e 393 c.p., infatti, la condotta dell'agente è punita perché provoca violenza su cose o persone «al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice»¹⁴.

necessità per imporre all'agente il pagamento di un'indennità; App. Milano, 24 maggio 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 2360 ss., con nota di CIPOLLA, *La reazione violenta del derubato, tra la nuova legittima difesa e il problema della ragionevolezza dell'erronea supposizione della causa di giustificazione*; App. Milano, 31 marzo 2009, in *Riv. pen.*, 2010, p. 660 ss., con nota di BASILE, *Note giuridiche ed antropologiche in tema di difesa legittima putativa determinata da colpa*; Cass., 27 gennaio 2010, n. 3464, in *Giur. it.*, 2010, p. 2412 ss., con nota di ALTARE, *In tema di difesa putativa*; Cass., 31 ottobre 2016, n. 22042, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3815 ss., con nota di PARDOLESI, «*Exceptio veritatis*» e *furor denigratorio: «Falce e carrello» in Cassazione*.

¹⁴ Cfr. NUVOLONE, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 133 ss.; SANTORO, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 812 ss.; MAZZANTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1966, p. 614 ss.; ARDIZZONE, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975, p. 25 ss.; ID., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, IV, Torino, 2000, p. 260 ss.; REGINA, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979, p. 32 ss.; CLEMENTEL, *L'autotutela unilaterale attiva*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, cit., 43 ss.; GIANNELLI, *Questioni in tema di rapporti tra i delitti di rapina, estorsione, violenza privata ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni*

Talune manifestazioni di autotutela sono dunque considerate illegittime perché rese in forma socialmente pericolosa e senza avere il conforto della prova dell'esistenza di una situazione giuridica soggettiva che permetta una reazione stragiudiziale immediata e assicuri un vantaggio diverso rispetto a quello già garantito dall'intervento dell'autorità giudiziaria, che il legislatore italiano assume come possibile ed è per questo motivo preferito, esattamente come accade nel modello tedesco.

Riaffermata la possibilità di ricorrere al giudice quando ciò sia idoneo a garantire un'adeguata tutela effettiva, dal suo primato nell'esercizio della funzione giurisdizionale non è lecito dedurre alcun monopolio che valga incondizionatamente ad escludere rimedi stragiudiziali, ma è necessario solo ribadire che una condotta lesiva degli interessi altrui non può essere considerata lecita esclusivamente per il fatto di essere fondata sulla pretesa affermazione di un proprio diritto.

Il divieto di farsi giustizia da soli si concretizza dunque in un più modesto onere di esercitare l'azione giudiziale in tutti i casi in cui non esistano rimedi alternativi che l'agente è autorizzato ad usare e da esso non è possibile trarre alcuna indicazione circa le modalità ermeneutiche con le quali ricostruire la portata precettiva e l'ambito di operatività delle singole ipotesi di autotutela normativamente previste¹⁵.

con violenza alle persone, in *Riv. pen.*, 2014, p. 135 ss.; Cass., 3 novembre 2016, n. 46288, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1486 ss., con nota di PEDULLÀ, *Le differenze tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; in *ivi*, 2017, p. 1034 ss., con nota di STAMPANONI BASSI, *Estorsione ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni: tra elemento soggettivo e intensità della condotta*; e in *Giur. it.*, 2017, p. 1974 ss., con nota di CAPPELLINI, *Tra esercizio arbitrario ed estorsione: una «innovativa» riconferma della Cassazione*; Cass., 27 marzo 2018, n. 14160, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4218 ss., con nota di SCIPPA, *Le differenze tra i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*; Cass., 24 settembre 2019, n. 39138, in *Giur. it.*, 2020, p. 942 ss., con nota di PERRONE, *Il confine tra «costrizione» e «persuasione» della vittima nei reati di «ragion fattasi»*; Cass., 15 gennaio 2020, n. 6226, in *Rep. Foro it.*, 2020, *Esercizio arbitrario*, n. 3; nonché il volume collettaneo di GRASSI (a cura di), *Sicurezza e autotutela*, Pisa, 2017.

¹⁵ Cfr. DAGNINO, *op. cit.*, pp. 20 ss., spec. P. 27 s., p. 47 s. e p. 66 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 12; CARIMINI, *op. cit.*, p. 53 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*,

3. *Autotutela conservativa del sinallagma contrattuale.*

Una significativa conferma della conclusione appena formulata è offerta da una più approfondita disamina dei casi in cui si ammette l'impiego delle eccezioni dilatorie regolate, per tutti i contratti a prestazioni corrispettive, dagli artt. 1460 e 1461 c.c. e, per singoli tipi contrattuali, dagli artt. 1481, 1482, 1565, 1822, 1901, 1956 e 1959 c.c.

La riconduzione di tali eccezioni entro l'ambito di operatività dell'autotutela è facilmente giustificabile ponendo attenzione al fatto che le disposizioni appena richiamate concedono all'*excipiens* il diritto potestativo di reagire ad una situazione di attuale inadempimento o ad un pericolo causalmente riconducibile al peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte mediante il rifiuto dell'esecuzione di una prestazione che il legislatore assume come esigibile ma che ciononostante non può essere pretesa proprio per la situazione fattuale in cui dovrebbe essere attuata¹⁶.

La diseconomicità dell'esercizio di una successiva pretesa restitutoria, avuto riguardo alla probabilità che l'inadempimento divenga definitivo o che il pericolo ceda il passo ad un'effettiva violazione del rapporto sinallagmatico, così da determinarne la risoluzione, ha indotto il legislatore a regolare un rimedio più efficace e diretto, concedendo una facoltà di resistere all'altrui pretesa che non rientra nei poteri ordinariamente spettanti ad un creditore e soddisfa un interesse diverso da quello tutelato dal credito.

pp. 10 s., testo e nota 1, 35 ss. e 54 ss., spec. 58, nota 29; LEPORE, *op. cit.*, pp. 23 s. e 36 s.

¹⁶ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 90 s.; SATURNO, *op. cit.*, pp. 59 s. e 73 s.; CAPPUCCHINI, *L'autotutela passiva*, in *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, cit., p. 148 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, pp. 51 s., 62 s. e 86 ss., spec. 91 s.; CLARIZIA, *Eccezione di inadempimento e adeguatezza dei rimedi*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013, p. 196 s.; CAMILLETTI, *op. cit.*, p. 1142 s.; GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., p. 494 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 53 s.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 86 s.; LEPORE, *op. cit.*, p. 54 s.

Ciò vale a stabilire una radicale differenza con l'istituto della decadenza dal beneficio del termine *ex art. 1186 c.c.*, spesso ricondotto all'autotutela privata in ragione di una pretesa somiglianza fattuale tra le ipotesi ivi descritte e il peggioramento delle condizioni patrimoniali evocato dall'*art. 1461 c.c.* o ancor più genericamente incluso – sempre insieme alle eccezioni dilatorie – entro il novero degli strumenti di tutela «preventiva» del diritto di credito finalizzati alla conservazione della garanzia patrimoniale¹⁷.

¹⁷ Cfr. RAVAZZONI, *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958, p. 131 ss., testo e nota 1; DANOVI, *La decadenza dal beneficio del termine e gli effetti del preesistente stato di insolvenza del debitore sulle obbligazioni a termine*, in *Dir. fall.*, 1964, I, p. 406 s.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 129; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 48 ss. (da cui le successive citazioni); in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 399 ss.; in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, *Diritto civile*, Milano, 1978, p. 173 ss.; e in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., p. 359 ss.; EAD., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, p. 84 ss.; EAD., *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 64 ss.; ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1047; METAFORA, *Decadenza dal beneficio del termine, conservazione della garanzia patrimoniale ed attuazione del rapporto obbligatorio: l'art. 1186 c.c. come strumento di autotutela per il creditore*, in *Dir. giur.*, 1990, p. 785; DI MAJO, *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 219; ID., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, p. 224; SATURNO, *op. cit.*, p. 124 s.; PERNAZZA, *Recesso dal contratto di apertura di credito, restituzione delle somme utilizzate e decadenza dal beneficio del termine per sopravvenuta insolvenza*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 89 ss.; PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000, p. 360 s.; BIANCA, *op. cit.*, p. 139, testo e nota 58; IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 261 s.; MACARIO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore nel sistema del codice civile*, in ID. e LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 504 s., testo e nota 23; in Di Raimo (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, cit., p. 375 ss., testo e nota 23; e, con il titolo *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, cit., p. 187 s., testo e nota 23; ID., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv.*

Quando ricorrono gli estremi per applicare l'art. 1186 c.c., il diritto di credito è già esistente, pur riguardando una prestazione ancora inesigibile, e trova soddisfazione immediata e diretta proprio in virtù della decadenza, che si limita ad eliminare la causa d'inesigibilità, consentendo al creditore di esercitare immediatamente facoltà che non gli sono attribuite *ex novo* dalla disciplina normativa, ma costituiscono manifestazioni della situazione giuridica soggettiva di cui è già titolare.

La richiesta «anticipata» di adempimento, quand'anche esercitata stragiudizialmente, non costituisce esercizio di autotutela perché non assicura il soddisfacimento di interessi diversi da quelli già collegati alla puntuale attuazione della situazione giuridica soggettiva di cui si è titolari, né è propriamente alternativa alla possibilità di ottenere tutela in sede giudiziale, specie considerando che, quasi sicuramente, solo con l'esercizio dell'azione la decadenza potrà essere concretamente accertata.

Pur a fronte della diversità dei presupposti applicativi che consentono di differenziarle, le eccezioni dilatorie si connotano, invece, per un congegno tecnico unitario, in forza del quale l'eccepiente non si

soc., 2008, p. 111 ss.; e in Pagliantini, Quadri e Sinesio (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, Milano, 2008, p. 1722 ss. ID., *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in Di Marzio e Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, p. 33 s., testo e nota 13; ROMANO, *Interessi e potere di controllo nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, in ID., *Contributi di diritto civile*, Casalnuovo di Napoli, 2004, p. 26 ss.; e in Di Raimo (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, p. 83 ss.; VETTORI, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 490, nota 24; e in ID., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., p. 243 s., nota 24; NONNE, *Luogo e tempo dell'adempimento*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I, *La struttura e l'adempimento*, 5, *La liberazione del debitore*, a cura di Talamanca e Maggiolo, Padova, 2010, p. 297; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, pp. 14 s., 65 e 117 s.; A.M. BENEDETTI, in Navaretta e Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, IV, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 515 s.; ID., *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 100 s.; FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, pp. 81 ss., spec. 89, 99, 106 s., 121 ss., 132 s., 149 e 248 ss.; MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, pp. 81 ss. e 95 ss.; PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, pp. 4, nota 12, e 10 s.

limita a tenere – alla stregua di un mero allentamento del vincolo obbligatorio – un comportamento difforme dall’adempimento del suo obbligo¹⁸, ma esercita, già sul piano sostanziale, un vero e proprio diritto, seppure in via di replica a fronte di una pretesa di controparte fondata su un titolo di cui non si contesta l’esistenza o la validità¹⁹.

¹⁸ Così, invece, ritengono BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende delle obbligazioni*, e IV, *Difesa preventiva e successiva dell’obbligazione*, Milano, 1955, p. 130; PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 165 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011, p. 34 s.; GRASSO, *Eccezione d’inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, p. 83 ss.; ID., *L’eccezione d’inadempimento nel contratto di somministrazione a prestazioni continuative*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 934 s. (da cui la successiva citazione); in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 134 s.; e in ID., *Saggi sull’eccezione d’inadempimento e la risoluzione del contratto*², Napoli, 2020, p. 94 s.; MANTUCCI, *L’inadempimento reciproco*, Napoli, 1990, p. 14 ss.; VECCHI, *L’eccezione d’inadempimento*, in Mazza-muto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, pp. 378 s. e 383; CARBONI, *Sospensione dell’esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, pp. 839 s., testo e nota 25, e 849; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, pp. 245 s., testo e nota 25, e 255 s.; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*², Milano, 2012, p. 369 s.

¹⁹ Cfr. BOLAFFI, *op. cit.*, p. 189 ss.; ALLARA, *Delle obbligazioni*, Lezioni raccolte da G. Deiana, Torino, 1939, p. 217; AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 311 s. (da cui le successive citazioni); e in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2001, p. 324 s.; PERSICO, *L’eccezione d’inadempimento*, Milano, 1955, p. 9 ss.; GALASSO, *L’eccezione d’inadempimento nel contratto*, in *Circ. giur.*, 1964, p. 269; REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 234 s.; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull’art. 1461 c.c.*, cit., pp. 40 s., nota 7, e 42, nota 10; EAD., *Profili sistematici dell’autotutela privata*, II, cit., pp. 191 ss., spec. 208 s.; ID., *Autotutela*, cit., p. 275 s.; EAD., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 332 s. (da cui le successive citazioni); e in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., p. 408 s.; SMIROLDO, *Scadenza del termine, tolleranza e dilazione da parte del creditore: «mora debendi» ed eccezione di inadempimento*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 811; VILLA, *Diffida ad adempiere «exceptio inadimpleti contractus» e importanza dell’inadempimento*, in *Contratti*, 1994, p. 518 s.; SATURNO, *op. cit.*, p. 59 s.; SASSI, *Adempimento parziale ed «exceptio non rite adimpleti contractus»*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 82; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*², II, in *Trattato dei contratti*, diretto

Si comprende in tal modo perché all'esercizio del diritto potestativo fatto valere in via di eccezione consegua la temporanea paralisi della pretesa di controparte e si evita di fare ricorso a quella sorta di contorsionismo giuridico nel quale s'incorre allorché si qualifichi il rifiuto di adempiere come inadempimento e l'inadempimento di controparte come causa di giustificazione di esso²⁰.

La ricostruzione proposta permette altresì di dar conto della libertà espressiva caratterizzante il rifiuto di adempiere, il quale può atteggiarsi come un semplice contegno omissivo o, al contrario, come un comportamento dichiarativo funzionalmente rivolto a rendere edotta la controparte della mancata esecuzione della prestazione o della propria disponibilità all'esecuzione medesima condizionata all'altrui adempimento o all'offerta di idonea garanzia²¹.

da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1532; LASSO, *op. cit.*, pp. 188, nota 370, e 192; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, pp. 92 ss., spec. 116 ss.

²⁰ In questa direzione si muovono, invece, REALMONTE, *op. cit.*, p. 234 s.; GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 79 ss.; ID., *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, in ID., *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001, p. 100 ss.; e in ID., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*², cit., p. 75 ss. (da cui le successive citazioni); nonché, alla luce della contrapposizione tra inadempimento giustificante e giustificato, ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 925; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 61 ss.

²¹ Cfr. PUCCINI, *op. cit.*, p. 147 ss., spec. nota 47; DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 356 (da cui le successive citazioni); e in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 2009, p. 54 s.; BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 343, nota 54; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 94 ss.; Cass., 18 marzo 1999, n. 2474, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, n. 602; Cass., 29 settembre 1999, n. 10764, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Contratto in genere*, n. 549; Cass., 5 agosto 2002, n. 11728, in *ivi*, 2002, *Contratto in genere*, n. 527; Cass., 26 maggio 2003, n. 8314, *ivi*, 2003, *Contratto in genere*, n. 549; Cass., 29 settembre 2009, n. 20870, *ivi*, 2009, *Contratto in genere*, n. 467; App. Cagliari, 16 novembre 2012, in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 157 ss., con nota di AMOROSINO, *Questioni varie in tema di esecuzione del contratto di appalto di opere pubbliche: alterazione del sinallagma e moltiplicazione delle riserve*; Cass., 26 luglio 2019, n. 20322, in *Foro it.*, 2020, I, c. 606 ss.; nonché, per la conseguente possibilità di considerare l'art. 2932, comma 2., c.c. quale manifestazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*, MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964, p. 197; AMOROSO, *L'effetto negoziale*

Il mero fatto che il rifiuto sia esercitato, per la prima volta, in sede giudiziale o debba essere in essa reiterato per mantenere i suoi effetti non ne mette in discussione la riconducibilità entro il novero degli strumenti di autotutela: le conseguenze descritte non dipendono dall'intervento del giudice, il quale si limita ad accertare la sussistenza delle condizioni indicate dalla legge e la fondatezza della prova dell'inadempimento o del pericolo offerta dall'*excipiens*, senza accogliere alcuna contestazione del fondamento della pretesa di controparte²².

della sentenza costitutiva. A proposito di recenti orientamenti della giurisprudenza, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 239; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 434; SASSO, *Il contratto preliminare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 268 s.; TRIOLA, *Due questioni in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Vita not.*, 1978, p. 678 ss.; BUSNELLI, in BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI e FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*², in *Commentario del codice civile Utet*, VI, 4, Torino, 1980, p. 379; BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e preliminare di donazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 590; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare o in favore di terzo*, Padova, 1991, p. 141, nota 18; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, pp. 41 s. e 183 s.; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, 2, Torino, 1997, p. 425; VENTURELLI, *Sentenza costitutiva e offerta di prestazione da eseguirsi all'atto della stipulazione del contratto definitivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 901 ss.; e in Pellegrini (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, II, Napoli, 2018, p. 2083 ss.

²² Cfr. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Ann. sem. Palermo*, (8) 1921, p. 113 (dell'estratto, da cui le successive citazioni); ora in ID., *Diritto civile, I, Opere monografiche*, a cura di Palazzo, Perugia, 2002, p. 145 ss.; BOLAFFI, *op. cit.*, p. 181; PERSICO, *op. cit.*, p. 157; DE MARTINO, «Exceptio non adimpleti contractus», in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1082; LUZZATTO, *La compravendita*, ed. postuma a cura di G. Persico, Torino, 1961, p. 364 s.; GALASSO, *op. cit.*, p. 315 s.; REALMONTE, *op. cit.*, p. 236; VALLINI, *Contratto con prestazioni corrispettive ed esecuzione in forma specifica*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1802 s.; GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 79 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., pp. 208 ss., spec. 212 s.; EAD., *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 333 s.; SATURNO, *op. cit.*, p. 63 ss.; TAMPONI, *op. cit.*, p. 1535; BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 342 s.; A.M. BENEDETTI, *L'eccezione d'inadempimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 631 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 19 ss. e 62 ss.,

Il richiamo dell'autotutela, tuttavia, rischia di condurre a conseguenze inaccettabili ove non sia immediatamente correlato ad una più attenta valutazione della dinamica del sinallagma contrattuale, che costituisce il principale criterio di orientamento cui l'interprete meglio potrebbe volgersi per stabilire in quali casi sia possibile invocare la tutela dilatoria.

Far leva sull'immediato ed integrale soddisfacimento dell'interesse dell'*excipiens*, infatti, potrebbe indurre a dedicare esclusiva attenzione all'accertamento del fatto se una determinata ipotesi di rifiuto sia immediatamente riferibile ad una precisa disposizione normativa, pena, in caso contrario, la sua non riconoscibilità per effetto del divieto di estensione analogica²³.

Ad esiti opposti è possibile pervenire ove si abbia cura di vagliare quale sia la reale portata del rifiuto stesso in relazione al complessivo equilibrio sinallagmatico, perché in tal modo un problema di tipo analogico non avrebbe senso e la questione dell'eccezionalità dell'autotutela privata non potrebbe giocare alcun ruolo.

Ciò appare tanto più ragionevole se si tiene conto che, ben al di là di una classificazione di dubbia utilità, che le riduce a *species* di un *genus* di cui si vorrebbe predicare l'eccezionalità, le eccezioni dilatorie, nonostante il giuoco di parole, sono esse stesse espressione di un principio generale nel quale si compendia l'essenza stessa della più importante categoria negoziale moderna: i contratti a prestazioni corrispettive²⁴.

spec. 73 ss.; VECCHI, *op. cit.*, pp. 379 s. e 382 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 92 ss.; ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 928.

²³ Cfr. DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 83 s.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 43 ss.; GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 167 s.; ID., *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., p. 495 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 55 ss.; Cass., 11 novembre 1992, n. 12121, nella motivazione inedita (la massima, non perfettamente centrata sul punto, può vedersi in *Rep. Foro it.*, 1992, *Indebito*, n. 11).

²⁴ Cfr. E. RESTA, *Eccezione di inadempimento ed autotutela*, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1971, pp. 263 ss., spec. 284; LEPORE, *op. cit.*, p. 54 s.; nonché, con specifico riferimento alla possibilità di escludere la stessa riconducibilità dell'eccezione d'inadempimento all'autotutela privata in ragione del fatto che l'*excipiens*, anziché farsi giustizia da sé, esercita un autonomo diritto conferitogli dalla legge, SCADUTO, *op. cit.*, p. 88; PERSICO, *op. cit.*, p. 34; GALASSO, *op. cit.*,

Salvo rare eccezioni, ancora una volta fondate sull'affermazione del divieto generale di farsi giustizia da soli²⁵, ben prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 era idea ormai abbastanza consolidata che a tutti i contratti bilaterali potesse trovare applicazione analogica la regola dettata dall'art. 1469 c.c. del 1865²⁶.

p. 272. Aderendo a quest'ultima posizione, però, si pongono evidentemente le premesse per il dissolvimento della stessa nozione di autotutela privata, che finirebbe per ridursi ad abbracciare le sole condotte che si realizzino *praeter* o *contra legem*.

²⁵ Cfr. MONTESSORI, *Il diritto di ritenzione in materia commerciale*, Milano, 1908, pp. 78 s. e 203 ss., spec. 205; RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, I, *Parte generale*, Milano, 1920, pp. 368 s., 489 s. e 494 ss., spec. 496 s.; SATTA, *La rivendita forzata*, Milano, 1933, p. 15 s.

²⁶ Cfr. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, 1, Torino, Utet, 1878, p. 341 ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII, *Dei contratti. Del contratto di matrimonio e della vendita*², Torino, 1886, p. 254 ss.; RAMPONI, *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*, I, *Parte generale*, Firenze, 1897, p. 238 ss.; PIPIA, *La compra-vendita commerciale con particolare riguardo al diritto civile agli usi mercantili ed alla più recente giurisprudenza*, Torino, 1902, p. 623 ss.; TARTUFARI, *L'«exceptio non adimpleti contractus» e l'azione di danni per causa dell'exceptio inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 306 ss.; BERIO, *Eccezione (Exceptio) inadimpleti contractus*, in *Diz. prat. dir. priv.*, II, Milano, 1909, p. 759; CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*², in Fiore (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, 1915, p. 251 ss.; M. ROSSI, *Vendita civile*, in *Dig. it.*, XXIV, Torino, 1915, p. 598 s.; GASCA, *Trattato della compravendita civile e commerciale*², II, Torino, 1915, p. 318 ss.; DUSI, *Dell'opponibilità al delegatario dell'«exceptio inadimpleti contractus» sorgente dal negozio causale della delegazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 510 ss.; LESSONA, *Legittimità della massima «inadimplenti non adimplendum»*, *ivi*, 1918, I, p. 383; SCADUTO, *op. cit.*, p. 52 ss.; TALASSANO, *Diritto di ritenzione ed eccezione «inadimpleti contractus» – Estensibilità del diritto di ritenzione*, in *Foro it.*, 1928, I, c. 602 ss.; D'AMELIO, *L'exceptio non adimpleti contractus nei riguardi dei non contraenti*, in *Mon. trib.*, 1933, p. 641; GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 149 ss.; MONTEFUSCO, *L'«exceptio inadimpleti contractus» in materia di rapporti reali*, in *Foro Lomb.*, 1937, I, p. 615 ss.; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, 2, *Dei contratti in generale*³, Padova, 1939, p. 40; FAVARA, *L'exceptio non adimpleti contractus*, Napoli, 1939, p. 52 ss.; DE GREGORIO, *Vendita*, in *Nuovo Dig. it.*, XII, Torino, 1940, p. 943 s.; AULETTA, *op. cit.*, pp. 133 ss. e 297 ss.; Cass. Firenze, 3 agosto 1916, in *Foro ven.*, 1916, p. 609 ss.; e in *Ragg. giur.*, 1916, p. 532 ss.; Cass. Torino, 31 dicembre 1919, in *La Giur.*, 1920, p. 265 ss.; App. Palermo, 1 febbraio 1924, in *Mon. trib.*, 1924, p. 543 s.; Cass., 18 giugno 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 467 s., con nota di BRUGI, *Presupposti*

L'affrancamento delle eccezioni dilatorie dal tipo contrattuale (vendita) da cui hanno avuto origine costituisce, del resto, l'esito ultimo di un processo storico di matrice propriamente europea, perché contestualmente compiutosi in tutti i principali sistemi giuridici continentali e dunque non riducibile, se non a rischio di eccessive semplificazioni, ad un apporto interno del singolo ordinamento governato da una regola di eccezionalità²⁷.

Il moto ascendente che parte dalla singola disposizione normativa per dare luogo ad un'estensione analogica o il moto discendente che

dell'«exceptio non adimpleti contractus», in *ivi*, 1929, II, p. 226 ss.; App. Milano, 15 novembre 1935, in *Foro Lomb.*, 1935, II, p. 338 (s.m.); Cass., 11 maggio 1939, n. 1587, in *Riv. dir. comm.*, 1940, II, p. 27 s.; Cass., 16 gennaio 1942, in *Giur. it.*, 1942, I, 1, c. 170 s.

²⁷ Cfr. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, p. 34 ss.; BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, p. 20 ss.; SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung. Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit*, Wiesbaden, 1965, p. 53 ss.; FASCIONE, *Profili storici dell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 704 ss.; ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian*, in Jakobs, Picker e Wilhelm (a cura di), *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*, Berlin, 1998, p. 1 ss.; ID., «*In connexis debet esse paritas*». *Die Ausbildung des vertragsrechtlichen Paritätsgedankens in der Lehre von Legisten und Kanonisten des 12. bis 14. Jahrhunderts am Beispiel der exceptio non adimpleti contractus*, in Kästner e Nörr (a cura di), *Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 1999, p. 513 ss. (entrambi questi scritti sono stati trasfusi in ID., *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozess*, Berlin, 2000, pp. 19 ss. e 76 ss.); MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Paris, 1999, p. 30 ss.; GHESTIN, *L'exception d'inexécution. Rapport français*, in Fontaine e Viney (a cura di), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles-Paris, 2001, p. 3 ss.; RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, (CI-CII) 2005, p. 551 ss.; VIARIO, *L'eccezione d'inadempimento nell'emptio venditio*, in Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, p. 789 ss.; GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 413 s.; POPI-NEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Paris, 2008, p. 148 ss.; PARISSO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Aix en Provence-Marseille, 2011, p. 189 ss.

prende l'avvio dall'affermazione di un principio generale per giungere alla regola del caso concreto rappresentavano già schemi argomentativi consolidati nella riflessione teorica maturata in Francia e in Italia sotto il vigore del previgente codice e l'identità dell'approdo al quale essi pervenivano – rappresentato dalla necessità di riconoscere l'operatività dell'*exceptio* in tutti i contratti «bilaterali» – dimostra che i tempi erano ormai maturi per accogliere una soluzione normativa coerente con il pieno ed integrale compimento di un processo di astrazione e generalizzazione: ciò che infatti ebbe luogo, senza particolari difficoltà, nel 1942.

4. *Eccezioni dilatorie e risoluzione del contratto.*

Se quanto appena osservato vale ad escludere che dalla riconduzione delle eccezioni dilatorie nell'ambito di operatività dell'autotutela contrattuale possano trarsi indicazioni decisive circa il carattere eccezionale della loro operatività, non sembra possibile attribuire dirimente importanza neppure al riconoscimento della loro funzione esclusivamente conservativa, che porta solitamente ad intenderle come strumenti rimediali inidonei a modificare la vincolatività della relazione sinallagmatica o a provocarne lo scioglimento. Che i rapporti tra dilazione e risoluzione siano più articolati di quanto non autorizzi a credere la contrapposizione tra autotutela conservativa e reattiva è invero facilmente dimostrabile già solo ponendo attenzione alla collocazione topografica degli artt. 1460 e 1461 c.c., che li rende una sorta di completamento della disciplina dedicata alla risoluzione per inadempimento, a sua volta caratterizzata da alcuni meccanismi rimediali senz'altro espressivi di autotutela, quali, a titolo meramente esemplificativo, la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), nonché il recesso²⁸.

²⁸ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., pp. 37 s., 62 s., 65 e 85 s., testo e nota 136; DAGNINO, *op. cit.*, pp. 71 s., 84 s. e 133 ss.; PACCHI PESUCCI, *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, 1993, p. 225 ss.; LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, p. 42 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 22 s.; PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, p. 48 ss.; PAGLIANTINI, *La norma incompiuta*

Avuto specifico riguardo alla regolamentazione dei singoli tipi contrattuali, gli artt. 1822, 1956 e 1959 c.c. delineano eccezioni solo apparentemente dilatorie, perché finalizzate, in realtà, a provocare un'immediata estinzione del rapporto obbligatorio, alla quale è altresì possibile pervenire nello specifico caso regolato dall'art. 1482 c.c., sia pure ad esito di un intervento giudiziale successivo all'esercizio dell'*exceptio*²⁹.

dell'art. 61 c. cons.: *consegna e recesso in autotutela*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1002 ss.; PARENTE, *Gli strumenti di autotutela nel diritto dei contratti*, in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 403 ss.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 63 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, pp. 40 s. e 97 ss.; LEPORE, *op. cit.*, p. 20 s.

²⁹ Cfr. RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 136, testo e nota 11; FALASCHI, *L'art. 1956 c.c.: fideiussione e mandato di credito*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 186 ss.; D'ORAZI FLAVONI, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, V, 9, Milano, 1961, p. 48; FRAGALI, *Del mutuo*², in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 382 s.; ID., *Fideiussione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 380 s.; FAVARA, *Rinuncia preventiva del fideiussore di obbligazione futura all'eccezione di liberazione per mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1967, II, p. 520 ss.; AGOSTINO, *Sull'estinzione della fideiussione prevista dall'art. 1956 c.c.*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 331 ss.; ID., *Ancora in tema di estinzione della fideiussione prevista dall'art. 1956 c.c.*, in *Dir. giur.*, 1970, p. 969 s.; GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, V, 7, Milano, 1972, pp. 82 e 115; ID., *Mutuo (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 473; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., p. 125; EAD., *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 82 s.; SCAFI, *Sulla liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c.*, in *Contratti*, 1998, p. 600 ss.; BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 657 s.; GALLARATI, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 347; RUGGERI, *La fideiussione*, in Ruggeri e Monticelli (a cura di), *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 19, Napoli, 2005, p. 172 ss.; STELLA, *Le garanzie del credito*, I, *Fideiussione e garanzie autonome*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2010, p. 641 ss.; A.M. BENEDETTI, in *Dei contratti in generale*, cit., p. 513, testo e nota 6; ID., *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 94 s.; FAUCEGLIA, *Dei singoli contratti*, III, in Valentino (a cura di), in *Commentario del codice civile*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 232 ss.; FADDA, *op. cit.*, p. 240 s.; MODICA, *op. cit.*, p. 97 ss.; VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e « mutamento » delle condizioni*

Tali scelte acquistano un significato ben preciso proprio in prospettiva storica, perché rappresentano il coerente approdo dell'affermazione di un legame teorico-concettuale – mediato dall'applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* – tra l'esito perentorio, inevitabilmente collegato al carattere irreversibile dell'inadempimento, e quello dilatorio, invece connesso ad una violazione che si assume ancora superabile da una tempestiva “inversione di rotta” del debitore e che, però, può ben presto degenerare in un'inattuazione sufficientemente grave per consentire il ricorso alla risoluzione.

La codificazione vigente esprime dunque una logica inclusiva, ben evidenziata dal paradigma argomentativo secondo cui «nel più sta anche il meno», che risulta ampiamente documentata già nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del c.c. del 1865, sotto il vigore del quale non si esitava a concludere che, stante la definitiva legittimazione dell'azione di risoluzione fornita dal modello francese, dal generalizzato riconoscimento di questa deriverebbe la necessità di ammettere, in egual modo, l'esercizio dell'*exceptio inadimplenti contractus*³⁰.

Il fatto che oggi non si abbia più alcuna necessità di ricorrere a tale paradigma argomentativo non impedisce di constatarne la perdurante sopravvivenza, non appena si cerchi di spiegare perché l'analisi della formulazione letterale delle disposizioni dedicate alle eccezioni dilatorie assume una scarsa incidenza nell'individuazione del loro concreto ambito di operatività.

Nonostante l'art. 1460 c.c. limiti l'operatività dell'*exceptio* alla possibilità di «rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione», solo un'isolata voce dottrinale continua a sostenere che l'eccezione potrebbe giovare esclusivamente contro una pretesa o un'azione di

patrimoniali, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 267 s.; ID., *Fideiussione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., X, Torino, 2016, p. 284 s.

³⁰ Cfr. AULETTA, *op. cit.*, p. 299 ss.; PERSICO, *op. cit.*, p. 2 ss.; DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 354; ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1384 s. (da cui le successive citazioni); e in *Studi sulla buona fede*, cit., p. 353 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., p. 39 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 97 s.; R. MONGILLO, *Inadempimento e risoluzione di diritto*, Napoli, 2012, p. 21 ss.

adempimento e non per paralizzare un'azione di risoluzione o risarcitoria³¹. L'orientamento prevalente ha sempre saggiamente mostrato di seguire una tesi ben diversa e, attribuita portata generale al rimedio, non ha esitato a considerarlo esperibile non solo contro ogni tipo di azione che sia intrapresa dalla parte inadempiente al fine di far dichiarare l'inadempimento del convenuto, ma anche dopo lo stesso scioglimento della relazione contrattuale e allo scopo di regolare le contrapposte pretese restitutorie derivanti dalla risoluzione, nella consapevolezza che, anche in quest'ultimo caso, si conserva un legame sinallagmatico tra le prestazioni che autorizza a non applicare, in via esclusiva, le regole previste per un normale indebito oggettivo³².

Lo stesso art. 1460 c.c. ha cura di escludere l'operatività dell'*exceptio* quando «termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto», ma è sufficiente ricordare che l'esercizio di autotutela è qui finalizzato ad impedire un adempimento che potrebbe rivelarsi dannoso per il suo autore, a misura che la controparte non esegua la sua prestazione, per concludere che l'operatività dell'*exceptio* è subordinata esclusivamente alla valutazione della legittimità ed adeguatezza della reazione, a nulla

³¹ Cfr. GRASSO, *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, cit., p. 75 ss.

³² Cfr. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, pp. 467 ss., spec. 471; DAGNINO, *op. cit.*, p. 130 s.; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 45; V. ROSSI, *L'«exceptio inadimpleti contractus» negli obblighi di restituzione nascenti da sentenza di risoluzione del contratto*, in *Dir. giur.*, 1995, p. 193 ss.; DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in Roppo (a cura di), *Rimedi*, 2, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 393 s.; BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, pp. 30 s. e 299 ss.; Cass., 3 maggio 1979, n. 2549, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, n. 5; Cass., 23 maggio 1980, n. 3400, *ivi*, 1980, 5; Cass., 11 agosto 1997, n. 7480, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Contratto in genere*, n. 527; T.A.R. Lazio Latina, 1 settembre 2005, n. 662, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2887 (s.m.); Cass., 27 marzo 2015, n. 6249, in *Rep. Foro it.*, 2015, *Contratto in genere*, n. 452; Cass., 17 ottobre 2019, n. 26334, *ivi*, 2019, *Contratto in genere*, 358. *Contra*, muovendo dalla riaffermazione dell'eccezionalità dell'*exceptio*, intesa come strumento di autotutela, SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2007, p. 674; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 36 s.

rilevando che le modalità cronologiche della prestazione non eseguita non siano contestuali a quelle dell'altra.

L'eccezione è dunque esperibile anche dal contraente che deve adempiere per secondo, quando la controparte sia già inadempiente nel momento in cui la sua prestazione diviene esigibile o alla scadenza dell'eventuale dilazione all'uopo concessagli³³, nonché da colui che, pur essendo tenuto ad adempiere per primo, prenda atto della dichiarazione di non voler adempiere della controparte o abbia il fondato sospetto che quest'ultima al momento dovuto non offrirà la prestazione, quando tale convincimento sia suffragato da precise indicazioni fattuali, che, rendendo evidente il futuro inadempimento, legittimano un esercizio «anticipato» del rimedio³⁴.

³³ Cfr. PERSICO, *op. cit.*, pp. 5 e 83 s.; REALMONTE, *op. cit.*, p. 228 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., p. 48 s.; ID., *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 24 s.; ID., *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 340 s.; MANTUCCI, *op. cit.*, p. 84; PISCIOTTA, *op. cit.*, p. 335 s.; TRECCANI, *Brevi note in tema di «exceptio non rite adimpleti contractus» e buona fede*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 196 s., nota 10; GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., p. 505 s.; Cass., 14 ottobre 1970, n. 2026, in *Rep. Foro it.*, 1971, *Contratto in genere*, n. 429. *Contra*, in ragione dell'eccezionalità del rimedio dilatorio e della conseguente impossibilità di estenderne l'applicazione a casi non corrispondenti a quelli indicati dalla formulazione letterale dell'art. 1460 c.c., DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 358; GALASSO, *op. cit.*, p. 287 s.; GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, cit., p. 88 s.; ID., *L'eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione a prestazioni continuative*, cit., p. 933 s.; ID., *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, cit., p. 84 s.; RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, p. 52.

³⁴ Cfr. Cass., 4 marzo 1940, n. 765, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 531 ss., con nota di IAMALIO, *Le «restituzioni» e la competenza a giudicare*; e in *Sett. Cass.*, 1940, p. 498 s. (s.m.); Cass., 20 dicembre 1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, *Obbligazioni e contratti*, nn. 284-285; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, *ivi*, 1979, *Contratto in genere*, 348-349; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, *ivi*, 1984, *Contratto in genere*, 264; Cass., 9 giugno 1993, n. 6441, *ivi*, 1993, *Contratto in genere*, 475; Cass., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2389 ss.; e in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 778 ss., con nota di MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*; Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Gius.*, 2003, p. 1570 (s.m.); in *Impr.*, 2003, p. 876 (s.m.); in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 458 ss.; in *Contr.*, 2004, p. 446 ss., con nota di SARDO, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*; e in *Arch. civ.*, 2004, p. 94 (s.m.); Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, p. 1078 (s.m.); e in

In dottrina si discute, invero, se, nel caso da ultimo accennato, l'art. 1460 c.c. sia direttamente applicabile, eventualmente riferendo l'inadempimento ad una prestazione accessoria fondata sulla regola di buona fede³⁵, o non sia più semplice invocare l'analogia per estendere l'art. 1461 c.c. a situazioni di pericolo che, pur non essendo causalmente riconducibili al mutamento delle condizioni patrimoniali, appaiano egualmente evidenti ed idonee ad incidere negativamente sulla fiducia dell'*excipiens*³⁶.

Gius, 2004, p. 940 s. (s.m.) (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in Venturelli (a cura di), *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, Torino, 2013, pp. 180 ss., 264 ss., 335 ss., 344 ss., 355 ss., 359 ss., 375 ss. e 378 ss.); Cass., 8 settembre 2017, n. 20939, in *Rep. Foro it.*, 2017, *Contratto in genere*, n. 421.

³⁵ Cfr. SATURNO, *op. cit.*, p. 149 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 100 s.; D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 86 ss.; LOCATELLO, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della riforma del code civil*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 1319 ss., spec. 1323 ss.; nonché BENEDETTI, *op. ult. cit.*, pp. 37 ss., spec. 43 e 102 s., il quale, per conciliare la riaffermazione del valore eccezionale dell'autotutela con le esigenze equitative sottese al riconoscimento della possibilità di invocare anticipatamente l'*exceptio*, non esclude la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1186 c.c. a tutti i casi in cui il contraente tenuto ad eseguire la prestazione per secondo abbia fondatamente messo in pericolo il futuro adempimento, così da esercitare l'eccezione a fronte di un inadempimento reso attuale dalla riconosciuta decadenza. Ma, per una più ampia valutazione delle ragioni che impongono di distinguere l'inadempimento «anticipato» dal pericolo e di negare l'applicabilità analogica dell'art. 1186 c.c. a casi diversi da quelli menzionati dalla norma, cfr. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, p. 317 ss.

³⁶ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 26 s.; DAGNINO, *op. cit.*, p. 127 s.; PADOVINI, *L'eccezione di pericolo di inadempimento (Unsicherheitseinrede)*, in Cian (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Atti del Convegno di Ferrara, 7-8 marzo 2003, Padova, 2004, p. 275 s.; DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 556 s. e 568; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, p. 99 s.; PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, pp. 48 ss., 123 ss. e 231 s.; ID., *Pendenza della condizione e tutela del contraente «fedele»*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 154 ss.; ID., *Contratti sub die e dichiarazione di non voler adempiere*, *ivi*, 2018, pp. 616 ss., spec. 638 ss.; CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in CARNEVALI, E. GABRIELLI e TAMPONI, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M.

Entrambi gli orientamenti prendono atto dell'inadeguatezza del richiamo esclusivo all'autotutela, che porterebbe all'esclusione del rimedio per l'impossibilità di ricondurre i casi richiamati entro le fattispecie descritte dagli artt. 1460 e 1461 c.c., e sottolineano l'esigenza di adattare tali previsioni al reale obiettivo da esse perseguito, comprensibile solo nel momento in cui si riafferma il valore generale del principio *inadimplenti non est adimplendum* e si valorizza il suo inscindibile legame con il sinallagma contrattuale.

È, in altri termini, insufficiente porre l'accento sul soddisfacimento immediato dell'interesse assicurato dalla concessione all'*ex-cipiens* di un diritto potestativo se non si ha cura di aggiungere che l'eccezione dilatoria serve ad assicurare il corretto svolgimento del rapporto obbligatorio secondo l'ordine cronologico delle prestazioni corrispettive diviso dalle parti.

Il mantenimento di siffatto equilibrio non è minacciato solo dalla situazione paradigmatica costituita dall'inadempimento attuale, ma da tutte le graduazioni che questo può assumere fino a varcare la soglia dell'inadempimento vero e proprio.

Ammettere l'esercizio «anticipato» dell'*exceptio* significa dunque assicurare pieno compimento alle finalità perseguite dall'autotutela conservativa, allargando l'ambito di operatività di un rimedio stragiudiziale per garantire piena effettività alla protezione da esso apprestata, nella consapevolezza che questo risultato costituisce esito applicativo coerente con una più ampia valutazione sistematica del dato normativo vigente e dello stesso legame funzionale con la risoluzione del contratto.

Superando la più consueta e tradizionale impostazione esegetica che porta ad accostare – alla stregua di una giustapposizione – l'eccezione d'inadempimento e l'eccezione di sospensione dell'esecuzione, occorre prediligere una spiccata propensione sistematica e finalistica, che consente di guardare ai rimedi in esame non come ad un semplice gruppo di regole, quanto piuttosto ad una disciplina

Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 251, testo e nota 30; FADDA, *op. cit.*, p. 254 s.; PERTOT, *Inadempimento anticipato tra realtà italiana e prospettiva europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 956 ss., spec. 994 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 81 s.

unica, orientata a preservare un'adeguata corrispondenza tra sinallagma genetico e funzionale.

In questo modo, è possibile armonizzare le norme in commento con l'art. 71 CISG, il quale, ancorché con esclusivo riferimento ad un particolare tipo contrattuale – la vendita internazionale di beni mobili – delinea un rimedio dilatorio che non distingue più nettamente tra inadempimento e pericolo, ma dedica attenzione esclusiva alla «manifestazione» di una violazione sinallagmatica che potrebbe essere ancora solo futura, nel momento in cui l'eccezione è esercitata, ma che deve risultare comunque univocamente prevedibile alla luce di indici fattuali oggettivamente apprezzabili³⁷.

Avendo avuto già occasione di dar conto delle ragioni che inducono a vedere nell'art. 1461 c.c. un “silenzioso precursore” della disciplina apprestata dalla Convenzione internazionale, conviene qui limitarsi a ribadire che proprio il riferimento al «mutamento» delle condizioni patrimoniali esclude che il pericolo possa essere inteso in termini esclusivamente soggettivi, come mero timore del futuro inadempimento ed evidenza che esso acquista rilevanza giuridica quando è suffragato da elementi univoci, che potrebbero anche non risultare correlati ad una modifica materiale della situazione³⁸.

Il costante orientamento giurisprudenziale che ammette l'applicazione dell'art. 1461 c.c. quando le reali condizioni patrimoniali risultino già dissestate al momento della conclusione del contratto, ma non siano conoscibili, usando l'ordinaria diligenza, dal contraente *in bonis* non prospetta un indebito allargamento dell'eccezione dilato-

³⁷ Un aggiornato commento alla previsione è offerto da FOUNTOLAKIS, in Schwenger (a cura di), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*⁴, Oxford, 2016, p. 1024 ss.; SAIDOV, in Kröll, Mistelis e Viscasillas (a cura di), *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A Commentary*², München-Oxford, 2018, p. 918 ss.

³⁸ Sia consentito il rinvio a ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2, cit., p. 424 ss.; ID., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., p. 18 ss.; e in De Giorgi, Delle Monache e De Cristofaro (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, p. 16 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 99 ss.

ria a casi che, dal punto di vista rimediabile, dovrebbero essere sottoposti ad un diverso trattamento, ma valorizza fino in fondo l'esigenza conservativa dell'autotutela e permette all'*excipiens*, che solo al momento dell'esecuzione è stato posto nella condizione di accorgersi della potenziale dannosità di un adempimento immediato, di preservare la propria situazione patrimoniale, ponendo la controparte di fronte alla necessità di offrire un'idonea garanzia per riattivare l'attuazione del contratto³⁹.

La cristallizzazione della relazione provocata dall'esercizio dell'*exceptio* è altresì preparatoria alla risoluzione vera e propria e, in quanto tale, vale a garantire a chi esercita il rimedio una situazione

³⁹ Cfr. Cass., 21 dicembre 1942, n. 2729, in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, p. 139 ss., con nota di MONACO, *La preesistente insolvenza del compratore nella vendita*, successiva alla nuova codificazione ma relativa ad un caso sorto prima del 1942; Cass., 26 novembre 1954, n. 4321, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 2831 [s.m.]; e, per esteso, in Addis (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, p. 217 ss.; App. Milano, 16 novembre 1956 e App. Bari, 27 novembre 1957, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1957, *Obbligazioni e contratti*, nn. 680 e 682; Cass., 5 luglio 1958, n. 2421, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1958, II, p. 324 ss.; e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, c. 314 ss.; App. Lecce, 18 luglio 1962, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1962, p. 283 [s.m.]; App. Lecce, 16 febbraio 1967, *ivi*, 1968, p. 67 [s.m.]; Cass., 19 giugno 1972, n. 1935, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1774 ss.; Trib. Parma, 7 marzo 1977, in *Foro pad.*, 1977, I, p. 144 ss.; in *Arch. civ.*, 1977, p. 1139 ss.; in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 237 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Sospensione della consegna della cosa venduta ex art. 1461 c.c. e successivo fallimento del compratore*; e in *Giur. merito*, 1978, p. 802 ss., con nota di BESSONE, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*; Cass., 4 agosto 1988, n. 4835, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2913 ss., con nota di COSTANZA, *Sul legittimo uso della facoltà di sospendere la prestazione*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 342 ss., con nota di COLONNA, *Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti. Sospensione della prestazione*; Trib. Milano, 17 settembre 1992, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 79 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 602, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Contratto in genere*, n. 555; Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1261 ss., con nota di ROLFI, *Art. 1461 c.c. e contratto preliminare*; in *Giur. it.*, 2000, p. 736 ss., con nota di MIGLIORE; e in *Studium iuris*, 2000, p. 85 ss., con sintesi di SICONOLFI; Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Contratto in genere*, n. 535 (le ultime tre sentenze possono leggersi integralmente e con le relative pronunce di merito in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., pp. 153 ss., 169 ss. e 187 ss.); Cass., 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giur. it.*, 2008, p. 2480 ss.; in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2158 ss.; e in *Foro pad.*, 2008, I, p. 312 ss.

di vantaggio, permettendogli, una volta manifestato il rifiuto, di lasciare alla controparte l'onere di avviare una contestazione giudiziale.

Le riflessioni che attenta e recente dottrina ha dedicato all'utilizzo «cripto-risolutorio» dell'eccezione dilatoria o alla possibilità di esercitare un'«eccezione di risoluzione» che, per quanto priva di univoci riscontri normativi, costituirebbe adeguata reazione al comportamento di chi, avendo fatto trascorrere un ampio lasso temporale dall'esercizio dell'*exceptio*, pretenda poi l'attuazione di un rapporto ormai privo di alcun interesse per la controparte, confermano pienamente l'esigenza di non ancorare lo studio dell'autotutela ad una sterile analisi esegetica ed evidenziano che il suo richiamo conserva utilità applicativa esclusivamente quando si accompagna ad una puntuale indicazione degli obiettivi perseguiti dal singolo rimedio, nella consapevolezza che la loro attuazione può legittimare adattamenti e correttivi alla fattispecie per esso apprestata dalla legge⁴⁰.

In questa prospettiva, non sorprende constatare che l'individuazione del pericolo può talvolta prescindere dalla stessa sussistenza di un esatto adempimento della prestazione momentaneamente esigibile: l'applicazione dell'art. 1461 c.c. per consentire al contraente *in bonis* di rifiutare la stipulazione del contratto definitivo, nonostante la controparte sia disposta ad adempiere all'obbligo nascente dal preliminare, si spiega proprio alla luce dell'inidoneità di tale offerta di adempimento a assicurare realmente l'*excipiens*, avuto riguardo alla probabilità che il dissesto incida negativamente sull'attuazione del definitivo, in ragione di un apparato argomentativo simile a quello che ha già consentito l'applicazione analogica degli artt. 1481 e 1482

⁴⁰ Cfr. A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione di inadempimento: da rimedio dilatorio a rimedio cripto-risolutorio?*, in *Danno resp.*, 2003, p. 758 ss.; ID., *L'eccezione d'inadempimento*, cit., p. 625 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 35 ss. e 80 ss.; PALADINI, *op. cit.*, p. 260 ss.; MORENO, *La «brutta», la «buona» e la «cattiva» eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell'exceptio inadimpleti contractus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 215 ss.; PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 9 ss.; e in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, cit., p. 337 ss.; LOCATELLO, *op. cit.*, p. 1330 ss.

c.c. alla relazione obbligatoria nascente dal preliminare stesso, specie se ad esecuzione anticipata⁴¹.

5. *La «ritenzione» della prestazione.*

Quanto appena rilevato legittima altresì ad attribuire un nuovo significato al frequente accostamento delle eccezioni dilatorie alla «ritenzione» della prestazione dovuta.

L'evoluzione delle forme di autotutela descritte sconta l'inevitabile condizionamento del diritto romano, nel quale si ritrova un punto di partenza comune allorché a più riprese al venditore, insoddisfatto nella propria pretesa creditoria relativa al pagamento del prezzo, è concessa la facoltà di sottrarsi all'adempimento della prestazione consistente nella consegna della cosa, legittimandolo a trattenerla *quasi pignus* o *pignoris loco*⁴². Sicché appare evidente come il rifiuto di adempiere, quando aveva ad oggetto la consegna della cosa, fosse identificato con la circostanza peculiare di poter trattenerla presso di sé la cosa stessa, autorizzando ad identificare l'esercizio dell'eccezione dilatoria con una sorta di ritenzione della prestazione dovuta.

⁴¹ Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 602, cit.; Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, cit.; Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, cit.; Cass., 30 gennaio 2013, n. 2217, in *Rep. Foro it.*, 2013, *Contratto in genere*, n. 493; Cass., 22 febbraio 2016, n. 3390, *ivi*, 2016, *Vendita*, n. 27; Cass., 29 novembre 2019, n. 31314, in *Vita not.*, 2020, p. 231 ss.; Cass., 12 dicembre 2019, n. 32694, in *Rep. Foro it.*, 2019, *Contratto in genere*, n. 219.

⁴² Cfr. D. 19.1.13.8 (Ulp. XXXII ad Ed.), trad. it. in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, 12-19, a cura di S. Schipani, Milano, 2007, p. 407: «quando si agisce con l'azione da compera <contro il venditore>, dal compratore deve essere offerto il prezzo; e pertanto l'azione da compera non è esperibile, anche se quest'ultimo offra una parte del prezzo: infatti, il venditore può trattenerne ciò che vendette come se fosse un pegno»; D. 21.1.31.8 (Ulp. I ad Ed. Aed. Cur.), trad. it. *ivi*, IV, 20-27, a cura di S. Schipani, Milano, 2011, p. 70: «lo stesso Marcello afferma ancora che uno dei padroni non può ottenere con l'azione di compera che il venditore gli effettui una consegna parziale se pagherà la sua parte di prezzo; ed afferma che questo deve osservarsi riguardo ai compratori: il venditore trattiene, infatti, ciò che ha venduto in luogo di pegno, finché il compratore non lo soddisfi».

Poiché le fonti romane costituiscono i testi normativi dai quali incontrovertibilmente muove l'evoluzione che porta alla generalizzazione della tutela sinallagmatica, appare quasi inevitabile che il rifiuto di adempiere abbia continuato a subire l'influenza della figura di qualificazione nella quale per la prima volta esso trovò chiara e compiuta espressione.

In Francia e in Germania, la concettualizzazione delle figure in esame si è mantenuta più vicina alla tradizione romanistica e nessuna sorpresa né, tanto meno, distorsione applicativa deve per questa ragione farsi derivare da un innocuo – se correttamente inteso nella sua origine storica – uso linguistico che porta ancor oggi a classificare, sia pure in modo affatto descrittivo, le eccezioni dilatorie, come ipotesi, rispettivamente, di *droit de rétention* o di *Zurückbehaltungsrecht*⁴³.

⁴³ Cfr. LAUBHARDT, *Zur Auslegung des § 321 BGB.*, in *AcP*, (109) 1912, 248; VIÑAS MEY, *El derecho de retención*, in *Rev. der. priv.*, 1922, p. 106 s.; ALMÉN, *Das skandinavische Kaufrecht. Ein Kommentar zu den skandinavischen Kaufgesetzen unter eingehender Berücksichtigung ausländischen Rechts*. Versione tedesca di F.K. Neubecker, I, Heidelberg, 1922, p. 602, nota 98; ESPIN CÁNOVAS, *La excepción de incumplimiento contractual*, in *An. der. civ.*, 1964, p. 550 ss.; CATALA-FRANJOU, *De la nature juridique du droit de rétention*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, p. 9 ss.; PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Paris, 1971, p. 122; CHABAS e CLAUX, *Disparition et renaissance du droit de rétention*, in *Dalloz*, 1972, *Chronique*, p. 19 s.; HUBER, in *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, a cura di H. Dölle, München, 1976, 416; MANDE-DJAPOU, *La notion étroite du droit de rétention*, in *J.C.P.*, 1976, I, n. 2760; OESTERLE, *Die Leistung Zug um Zug*, Berlin, 1980, p. 243 ss.; GABET-SABATIER, *Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, p. 39 ss.; SCAPEL, *Le droit de rétention en droit positif*, *ivi*, 1981, p. 539 ss.; JABORNEGG, *Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Synallagma*, Wien, 1982, p. 229 ss.; WELSER, *Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion*, in Doralt (a cura di), *Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht*. Referate und Diskussionen des Symposium in Baden bei Wien 17.-19. April 1983, Wien, 1985, p. 124; GHESTIN e DESCHÉ, *La vente*, in *Traité des contrats*, sous la direction de J. Ghestin, Paris, 1990, p. 739; BRAUMÜLLER, *Das Zurückbehaltungsrecht in Execution und Insolvenz*, Wien, 1991, p. 33 ss.; BOLLENBERGER, *Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit. Aussonderung durch Anfechtung*, Wien, 1995, p. 1 ss.; MALECKI, *op. cit.*, p. 306; CADOU,

In Italia, per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno operato in modo simile, agevolate dalla già richiamata assenza, nel c.c. del 1865, di una disciplina generale dei contratti a prestazioni corrispettive. L'accostamento delle eccezioni dilatorie alla «ritenzione» aveva reso la stessa un contenitore tanto generico che poi si avvertiva l'esigenza di distinguere tra ritenzione «propria» e «impropria», così da lasciar già trasparire l'inadeguatezza di un apparato argomentativo che, muovendo dalla comune qualificazione in termini di autotutela contrattuale, si vedeva poi costretto a ribadire l'eccezionalità del rimedio, sottoponendolo ad una regola di rigida tipicità legale difficilmente conciliabile proprio con il valore generale attribuito al trattenimento della prestazione dovuta e con l'intenzione di delineare una tutela sospensiva egualmente generale perché collegabile alla bilateralità della relazione contrattuale⁴⁴.

Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution – droit de rétention – compensation), in *Rev. trim. dr. comm.*, 2000, p. 817 ss.; CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002, p. 330 s.; STORCK, *Exception d'inexécution ou «exceptio non adimpleti contractus»*, in *Juris Classeur – Code civil*, sub art. 1184, Paris, 2003, p. 6 s.

⁴⁴ Cfr. BONELLI, *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, in *Giur. it.*, 1899, IV, c. 263; PIPIA, *op. cit.*, p. 623; BUTERA, *Il diritto di ritenzione*, in *Foro it.*, 1912, I, c. 481; ID., *Del diritto di ritenzione a favore del conduttore per spese di miglioramento rimborsabili*, *ivi*, 1919, I, c. 90 s.; ID., *Natura giuridica del diritto di ritenzione*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, 1931, p. 193 ss.; ID., *Del diritto di ritenzione*, Roma, 1937, p. 126; MONTESORI, *op. cit.*, p. 78 s.; GASCA, *op. cit.*, p. 319; TALASSANO, *Sul diritto di ritenzione legale*, in *Dir. comm.*, 1919, I, p. 138 s.; RAMELLA, *op. cit.*, p. 494 ss.; G. SCADUTO, *op. cit.*, p. 75 s.; TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*⁵, in *Il codice di commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio e C. Vivante, III, Torino, 1925, p. 361; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, *Effetti delle obbligazioni*⁷, Torino, (rist.) 1930, p. 535; SATTA, *op. cit.*, p. 15 s.; GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, *cit.*, pp. 58 s. e 150 s.; ID., *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, p. 105 ss.; ID., *L'esecuzione fallimentare e i c.d. privilegi assistiti da ritenzione*, in *Dir. fall.*, 1935, II, p. 603 ss.; ID., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, VII, 1, Torino, 1937, p. 73; FAVARA, *op. cit.*, p. 82 s.; ALLARA, *op. cit.*, pp. 217 e 229 ss.; CARAVELLI, *Teoria della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940, p. 300; AULETTA, *op. cit.*, p. 302 ss.; Cass. Firenze, 11 novembre 1873, in *Eco trib.*, (XXIV) 1874, p. 621; Cass. Firenze, 6 novembre 1874, in *Legge*, 1875, I, p. 25; Trib. Bologna, 24 maggio 1887, in *Prat.*

Consapevole del valore generale attribuito alla disciplina delle eccezioni dilatorie, la dottrina contemporanea si è progressivamente affrancata dalla posizione prevalente sotto il c.c. previgente e ha eretto un solido argine che consente di mantenere nettamente distinte le due ipotesi e di limitare l'operatività della ritenzione ai soli casi in cui si riscontrino situazioni di reciproco debito e credito non collegabili in termini di interdipendenza sinallagmatica e in quanto tali non direttamente riconducibili all'assetto programmatico diviso dalle parti al momento della formazione del contratto⁴⁵.

La funzione indirettamente coercitiva dell'adempimento e il rafforzamento della garanzia patrimoniale generica assicurato dalla possibilità di rivalersi sulla cosa validamente trattenuta valgono altresì a distinguere la ritenzione dalla compensazione legale, che riguarda prestazioni fungibili e provoca un effetto immediatamente estintivo⁴⁶.

Abbandonato ogni velleitario tentativo di considerare la ritenzione come un *genus* al quale ricondurre molteplici ipotesi funzionalmente diverse, è parso a molti agevole concludere che solo per la ritenzione debba comunque valere la regola di eccezionalità ordinariamente collegabile all'autotutela⁴⁷.

leg., 1887, II, p. 13; App. Parma, 26 novembre 1912, in *La Giur.*, 1913, p. 75 s.; Cass. Napoli, 5 maggio 1923, in *Mon. trib.*, 1924, p. 176; App. Firenze, 20 aprile 1927, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, p. 661 ss., con nota di BRUGI, *Exceptio non rite adimpleti contractus*; e in *Dir. prat. comm.*, 1928, I, p. 3 ss. (s.m.), con nota di JONA, *Applicabilità e limiti del principio «inadimpleti non est adimplendum»*; App. Genova, 14 gennaio 1929, in *Foro lig.*, 1929, p. 13 (s.m.).

⁴⁵ Cfr. PERSICO, *op. cit.*, p. 14 s.; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., pp. 156 ss., spec. 192; ID., *Autotutela*, cit., p. 277; DAGNINO, *op. cit.*, p. 118 s.; BARBA, *op. cit.*, p. 1379 s.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 46 s.; SATURNO, *op. cit.*, p. 108 s.; RAPPAZZO, *op. cit.*, pp. 104 ss. e 120 ss.; PADOVINI, *op. cit.*, p. 270; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 173 s.; F. CAMILLETTI, *op. cit.*, p. 1152 s.

⁴⁶ Cfr. PETRONE, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Milano, 1997, p. 52 ss.; GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 103 s.; BARBA, *op. cit.*, p. 1377 ss.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 41 ss.; SATURNO, *op. cit.*, p. 102 ss.

⁴⁷ Cfr. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto: parte generale e parte speciale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'Amelio ed E. Finzi, IV, 1, Firenze, 1948, p. 855 s.; PERSICO, *op. cit.*, p. 22 ss.; SEMIANI BIGNARDI, *La*

Non è difficile tuttavia svelare l'equivoco in cui cade questa posizione.

Il congegno tecnico della ritenzione rimane sostanzialmente identico a quello delle eccezioni dilatorie e si concretizza nella concessione di un diritto potestativo al trattenimento della *res* da restituire fino a quando la controparte non offra a sua volta l'adempimento della prestazione dovuta che si assume come esigibile.

L'assenza di un collegamento diretto con il sinallagma contrattuale non impedisce di riconoscere anche alla ritenzione una funzione genericamente conservativa. È vero che, a differenza di quanto rilevato per le eccezioni dilatorie, la reazione non trae giustificazione dal pericolo di un'infruttuosa azione restitutoria, ma è altrettanto certo che il trattenimento della *res* serve comunque a cristallizzare la situazione, stimolando la controparte all'esecuzione di quel comportamento – l'adempimento dovuto – che, garantendo un'immediata restituzione della *res* stessa, sancirebbe altresì una puntuale attuazione del rapporto obbligatorio originario⁴⁸.

I tentativi di individuare la natura giuridica della ritenzione muovendo dalla necessaria preesistenza di una relazione fattuale di natura possessoria con la *res* trattenuta e dalla conseguente attribuzione

ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento, Padova, 1960, pp. 10 s. e 22 ss.; DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 357; DAGNINO, *op. cit.*, pp. 112 ss. e 125 ss.; BARBA, *op. cit.*, p. 1380; SATURNO, *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 44 ss.; ID., *L'autotutela privata*, cit., p. 111 s.; BALDESSARELLI, *Autotutela privata e diritto di ritenzione*, in *Nuovo dir.*, 1994, p. 261 ss.; AL MUREDEN, *Ritenzione legale e ritenzione convenzionale*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 193; GARDANI, *Ritenzione (diritto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 65 ss.; PICCIANO, *Diritto di ritenzione e sua opponibilità*, in *Dir. giur. agr.*, 1998, p. 659; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, pp. 63 s. e 137 ss., spec. 145 s. e 155 s.; LASSO, *op. cit.*, p. 186 s.; GIGLIOTTI, *Il fenomeno giuridico del godimento. Tra dimensione fattuale e rilevanza effettuale*, Napoli, 2008, p. 37 ss.; ID., *Diritti personali di godimento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 5, Napoli, 2018, p. 29 ss.; FADDA, *op. cit.*, p. 176 ss.; CAMILLETI, *op. cit.*, p. 1153.

⁴⁸ Cfr. GALASSO, *op. cit.*, p. 277; D'AVANZO, *Ritenzione (diritto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1969, p. 173 s.; DAGNINO, *op. cit.*, pp. 39 s., 79 e 112 s.; BARBA, *op. cit.*, p. 1380 s.; SATURNO, *L'autotutela privata*, cit., pp. 35 ss. e 68 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 162 ss.; CHERTI, *La ritenzione come forma di autotutela privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 481 s.

all'art. 1152 c.c. di un valore generale nella regolamentazione della fattispecie trovano puntuale smentita in una più attenta valutazione della legislazione extra-codicistica, la quale offre esempi di ritenzione volti a tutelare una situazione meramente detentiva, quale quella del conduttore di immobile locato ad uso non abitativo che attende dalla controparte il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento (artt. 34 e 69 l. 27 luglio 1978, n. 392)⁴⁹.

Se dunque la possibilità di godere materialmente della *res* tratteneva vale, più modestamente, come presupposto di fatto della ritenzione e non incide sulla giustificazione dell'esercizio di autotutela, quest'ultima è spiegabile solo collegandola ad un principio generale di economicità, che assicura maggiore effettività al riconoscimento del diritto di trattenere la cosa anziché al formalistico rispetto dell'indipendenza delle prestazioni reciproche alle quali le parti sono tenute.

Tale principio appare strettamente collegato alla clausola generale di buona fede, che non a caso è invocabile per valutare la stessa sussistenza di un nesso sinallagmatico e per estendere l'operatività dell'*exceptio inadimpleti contractus* a casi in cui si fatica a rintracciare una giustificazione plausibile da porre a fondamento dell'esclusione del potere di rifiutare legittimamente l'adempimento, specie se l'esecuzione della prestazione dovuta possa comportare uno squilibrio o un sacrificio a fronte del mancato, contestuale conseguimento di una prestazione che pure non possa qualificarsi come controprestazione della prima ma che con essa risulti originariamente o, ancor più spesso, successivamente collegata⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. DAGNINO, *op. cit.*, p. 114 s.; BARBA, *op. cit.*, p. 1378 s.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 55 ss.; A. RICCI, *Sul «principio di ragione naturale»: a proposito dell'autotutela possessoria*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1200 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 75 ss.; LEPORE, *op. cit.*, p. 32 s.; Cass., 9 gennaio 2007, n. 196, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1140 ss., con nota di RACHELI, *La legittima difesa privata del possesso e il divieto di farsi giustizia da sé*.

⁵⁰ Cfr. REALMONTE, *op. cit.*, p. 222 ss.; GAMBINO, *Inadempimento e dissesto dell'assicuratore*, in *Studi in onore di Antigono Donati*, II, Roma, 1970, p. 293; e in *Assic.*, 1971, I, p. 537; ZANA, *op. cit.*, p. 1377 s.; BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni sull'art. 1461 c.c.*, cit., p. 45 ss.; EAD., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., p. 16 ss.; EAD., *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 8 ss.; EAD., *Eccezione di inadempimento*, cit., p. 335 ss.; SATURNO, *op. ult. cit.*, p. 121 ss.;

Sganciata dalla pretesa necessità di un contratto unico, sostanzialmente modellato sullo schema dello scambio, la corrispettività supera l'individualità giuridica del singolo titolo negoziale e comprende anche i risultati economici programmati alla stregua del complessivo assetto d'interessi che le parti hanno disposto e delle conseguenze ulteriori che l'ordinamento vi riconnette, così da legittimare l'esercizio dell'*exceptio* anche quando le prestazioni, pur a fronte di un'operazione economica unitaria, risultino dal collegamento di contratti formalmente distinti o assolvano una funzione che contenuto e regolamento negoziale non consentono di scindere senza recare un pregiudizio all'equilibrio delle posizioni composto dalle parti o imposto, in via correttiva o integrativa, dalla legge.

All'allargamento dell'ambito di operatività dell'*exceptio* non può che far seguito una corrispondente riduzione di quello della ritenzione, che è dunque limitato ai casi testualmente previsti dalla legge non già in ragione di una pretesa eccezionalità dell'autotutela, ma

D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002, p. 255 ss.; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 247 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, p. 96 ss.; FADDA, *op. cit.*, p. 140 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 82 s.; nonché, con più ampio riferimento alla nozione di corrispettività, SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 452 ss.; ID., *Atti a titolo oneroso e contratti a prestazioni corrispettive*, in *Temi*, 1958, p. 86 ss.; ID., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 56 ss.; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1275 ss.; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, p. 159 ss.; CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 103 ss.; CATAUDELLA, *Bilateralità, corrispettività e onerosità del contratto*, in *Studi sen.*, 1968, p. 147 ss.; in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 235 ss.; in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 129 ss.; e in ID., *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 31 ss.; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli, 1984, p. 29 ss.; MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000, p. 49 ss.; NAPPI, *Appunti sulla corrispettività nei contratti di adempimento indiretto del debito altrui*, in Pagliantini, Quadri e Sinesio (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, II, cit., p. 1859 ss.; FIORENZA, *La determinazione esterna del corrispettivo contrattuale. Profili comparatistici*, Napoli, 2012, p. 12 ss.

proprio e solo perché una sua ipotetica estensione in via analogica finirebbe fatalmente col regolare situazioni la cui tutela è già assicurata dalle ordinarie eccezioni dilatorie.

Il richiamo all'eccezionalità della ritenzione, in altri termini, appare diretto a nascondere la residualità del rimedio, esperibile in un numero di casi oggettivamente modesto proprio perché superato dall'ampliamento dell'ambito di operatività di figure che meno recentemente erano in esso incluse.

6. Autotutela convenzionale.

La conclusione appena formulata rimuove l'ultimo ostacolo che ancora taluno oppone al riconoscimento della liceità di clausole volte ad introdurre ipotesi convenzionali di ritenzione o, in genere, ad allargare l'ambito di operatività dell'autotutela contrattuale a fattispecie diverse da quelle descritte dal legislatore⁵¹.

Esclusa, infatti, l'eccezionalità dell'autotutela, alle ipotesi tipizzate è possibile attribuire valore esemplificativo, consentendo all'autonomia privata di intervenire sulle fattispecie in presenza delle quali esercitare il singolo rimedio e di regolare le caratteristiche di quest'ultimo, escludendone o limitandone l'operatività.

L'art. 1341, comma 2, c.c., del resto, subordina alla specifica approvazione per iscritto la validità delle clausole volte ad introdurre la facoltà per il predisponente di sospendere l'esecuzione del contratto a scapito della controparte, così da confermare indirettamente

⁵¹ Cfr. D'AVANZO, *op. cit.*, p. 171; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., p. 65 s.; DAGNINO, *op. cit.*, pp. 58 s., 83 s. e 114 s.; MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 61 ss.; SATURNO, *op. ult. cit.*, pp. 163 ss., spec. 182 s.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, pp. 23 s., 67 s. e 152 ss.; GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi*, cit., p. 174 s.; ID., *Appunti sulle autotutele contrattuali*, cit., p. 525 ss.; ID., *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali*, cit., p. 209 ss.; PAGLIANTINI, *A proposito del libro di Fabio Addis, «Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti»*, in *Pers. merc.*, 2015, III, p. 8 s.; e, con il titolo *A proposito de «Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Osserv. dir. civ.*, 2015, p. 267 s.; CHERTI, *op. cit.*, p. 482 s.; L. D'ACUNTO, *op. cit.*, p. 39 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, pp. 35 ss., 41 s., 64 s. e 78 s.; LEPORE, *op. cit.*, pp. 41 s. e 65 s.; Cass., 7 luglio 1975, n. 2643, in *Foro it.*, 1975, I, c. 401 ss.

la legittimità di una pattuizione volta a regolare tale potere, descrivendo in quali casi esso può essere esercitato⁵².

Dall'art. 1462 c.c. si deduce altresì la legittimità della vera e propria esclusione dell'esercizio delle eccezioni dilatorie, correlabile all'introduzione della clausola *solve et repete*, in forza della quale si preclude al debitore la possibilità di opporsi all'immediato adempimento della sua prestazione e si affida ad un'eventuale fase contenziosa successiva al pagamento il compito di definire la fondatezza delle sue contestazioni e consentire la restituzione di quanto indebitamente versato⁵³.

⁵² Cfr. AVERSANA, *Operatività della clausola «solve et repete»*, in *Foro nap.*, 1966, III, p. 110 s.; AULETTA, in Bianca (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, I, Milano, 1979, p. 23; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 89; SCALFI, *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 452; LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998, p. 17 ss.; LUCCHI, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 588 s.; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 262 s.; LIVI, *Clausola attributiva del potere di sospendere l'esecuzione del contratto*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, I, Torino, 2017, p. 27 ss.; Cass., 13 maggio 1953, n. 1358, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1379 (s.m.); Trib. Ravenna, 31 marzo 1955, in *Mon. trib.*, 1955, p. 194 s.; App. Bologna, 31 gennaio 1956, in *Foro pad.*, 1956, I, p. 616 ss.; App. Palermo, 20 luglio 1956, in *Giur. sic.*, 1957, p. 91 ss.; Cass., 24 giugno 1958, n. 2242, in *Rep. Foro it.*, 1958, *Obbligazioni e contratti*, nn. 131-133; Cass., 26 giugno 1958, n. 2718, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1958, II, p. 503; App. Firenze, 15 gennaio 1960, in *Giur. tosc.*, 1960, p. 561 ss.; Cass., 18 marzo 1971, n. 771, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1963 ss., con nota di STOLFI, *Note minime sull'art. 1341, al. 2, c.c.* (questa nota può altresì leggersi in ID., *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, p. 321 s.); App. Milano, 11 maggio 1962, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 639 ss.; Cass., 23 febbraio 1977, n. 814, in *Arch. civ.*, 1977, p. 528.

⁵³ Cfr. AULETTA, *op. cit.*, p. 345 s.; ENRIETTI, *op. cit.*, p. 860 s.; PERSICO, *op. cit.*, p. 216; BETTI, *Autotutela*, cit., p. 532; DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 358; ID., *«Solve et repete» (patto o clausola del)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 848 ss.; e in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, II, cit., p. 250 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Brevi note sui «gravi motivi» di cui al 2° co. dell'art. 1462 c.c.*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, p. 55 ss.; e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, cit., p. 768 ss.; ID., *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., p. 86 ss.; RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, p. 90 s.; MIRAGLIA, *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 1261; VAGLIO, *La clausola «solve et repete» e i provvedimenti monitori*, in *Contr.*, 1996, p. 633 ss.;

Il fatto che le eccezioni dilatorie mirino a preservare un corretto svolgimento del rapporto sinallagmatico non impedisce che esse, specie quando sono fatte valere in via stragiudiziale, si rivelino strumenti di comodo per coprire pretestuosamente la propria incapacità di adempiere e nulla esclude che, sino a quando non sia intervenuto un accertamento giudiziale, le parti, dal rispettivo e contrapposto punto di vista, credano di fare affidamento su ragioni che successivamente si riveleranno infondate. Per attenuare le conseguenze applicative di questi rischi, la clausola in esame garantisce una rapida

LECCESE, *op. cit.*, p. 89 ss.; LUCCHI, *op. cit.*, p. 590 ss.; POLETTI, *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1999, p. 2 s.; ID., in Navarretta ed Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale, Artt. 1425-1469 bis. Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 520 ss.; ZACCHEO, *Risoluzione e revisione*, Milano, 2000, p. 113 ss.; PISCIOTTA, *op. cit.*, p. 284 s.; MAFFEIS, *Conflitto d'interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, p. 206; LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 192 s.; TAMPONI, *op. cit.*, p. 1787 s.; PADOVINI, *Le clausole limitative delle impugnazioni contrattuali*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., p. 194 s.; MANIACI, *La clausola di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in De Nova (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 82 ss.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 115 ss.; CARNEVALI, *op. cit.*, p. 261 s.; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 926 s.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 46 s.; Cass., 6 giugno 1942, n. 1570, in *Foro it.*, 1942, I, c. 966 ss.; e in *Riv. dir. comm.*, 1942, II, p. 317 ss., con nota di FUNAIOLI, *Su di un caso apparente di inapplicabilità della clausola solve et repete*; Cass., 6 febbraio 1947, n. 133, in *Foro it.*, 1947, I, c. 280 ss.; in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c. 423 ss., con nota di AULETTA, *Valore ed efficacia della clausola «solve et repete» nei suoi vari tipi* (la nota può altresì leggersi in ID., *Scritti giuridici*, V, cit., p. 79 ss.); e in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II, p. 88 ss., con nota di DE LONGHI, *Intorno al patto «solve et repete» nei contratti*; Cass., 30 agosto 1948, n. 1562, in *Rep. Foro it.*, 1948, *Obbligazioni e contratti*, n. 136; Cass., 4 febbraio 1949, n. 166, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, II, p. 40 ss., con nota di BOLOGNA, *Lineamenti sistematici della clausola «solve et repete»*; e in *Mon. trib.*, 1949, p. 114 ss.; Cass., 20 luglio 1961, n. 1763, in *Rep. Foro it.*, 1961, *Obbligazioni e contratti*, n. 289; App. Napoli, 10 luglio 1964, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1547 ss.; Cass., 14 luglio 1967, n. 1767, *ivi*, 1967, I, c. 2555 ss.; Cass., 6 agosto 1968, n. 2826, *ivi*, 1968, I, c. 2061 ss.; Trib. Verona, 22 novembre 1971, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 298 ss.; Cass., 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, c. 698 ss., con nota di DI PAOLA; in *Vita not.*, 1982, p. 743 s.; e in *Rass. giur. en. elett.*, 1982, p. 351 s.; Cass., 26 gennaio 1994, n. 759 e Cass., 16 luglio 1994, n. 6697, entrambe in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, nn. 497 e 499; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2267, in *Corr. giur.*, 1995, p. 835 ss.

ed immediata esecuzione del programma negoziale, rinviando a un momento successivo la valutazione delle ragioni che potrebbero essere addotte per sottrarsi all'adempimento.

Essa si rivela tanto più efficace quanto più si limita a ribadire che qualunque contestazione è condizionata alla preventiva ed esatta attuazione della prestazione. Una puntuale indicazione dei singoli motivi legittimanti l'inadempimento consentirebbe al debitore di eludere l'applicazione della clausola, evocando circostanze diverse da quelle testualmente indicate.

Ciò si riflette sulla sua formulazione letterale, ordinariamente connotata da elevata genericità e dall'assenza di una puntuale descrizione delle situazioni dalle quali prende avvio la manifestazione del rifiuto del debitore, così da risolversi apparentemente nella mera riaffermazione della doverosità dell'adempimento, attraverso la specificazione secondo cui esso deve essere eseguito immediatamente e senza contestazioni⁵⁴.

La necessità di garantire effettività alla fase restitutoria, che presuppone la materiale possibilità di ripristinare la situazione allo stato antecedente al pagamento, dà conto dell'impossibilità di estendere la clausola *solve et repete* alle ipotesi legali di ritenzione, non già perché esse non possano essere convenzionalmente derogate in modo tale da imporre al titolare del relativo diritto l'obbligo di restituire immediatamente il bene, evitando di trattenerlo fino a quando non abbia avuto soddisfacimento il suo credito, quanto piuttosto in ragione del fatto che, nel caso appena prospettato, la successiva fase contenziosa non potrà comunque assicurare al titolare del diritto la restituzione della *res*, la quale rimarrà definitivamente nella sfera giuridica del legittimo proprietario. Quest'ultimo potrà tutt'al più essere condannato a risarcire i danni o subire gli altri effetti del suo inadempimento, sicché la clausola in esame assume necessariamente

⁵⁴ Per una più ampia valutazione delle eccezioni suscettibili di limitazione convenzionale, avuto anche riguardo alle invalidità previste dalla normativa consumeristica, sia consentito il rinvio a ADDIS, *Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, I, cit., p. 773 ss.

contorni abdicativi, comportando la definitiva rinuncia alla ritenzione stessa⁵⁵.

L'elevata fungibilità della prestazione pecuniaria, che costituisce ordinariamente oggetto del comportamento imposto dalla clausola, ne rende possibile la restituzione a chiunque e ciò spiega perché l'ambito di operatività della limitazione convenzionale della proponibilità di eccezioni si sia esteso anche a relazioni non sinallagmatiche, quali quelle caratterizzate dall'assunzione di una garanzia personale attivabile «a prima richiesta» dal beneficiario⁵⁶.

⁵⁵ Il profilo non è adeguatamente chiarito da ENRIETTI, *op. cit.*, p. 864; MEZZANOTTE, *op. cit.*, p. 51 s.; SATURNO, *op. ult. cit.*, p. 172; POLETTI, in *Dei contratti in generale*, cit., p. 534, i quali, affermando genericamente che anche il diritto di ritenzione potrebbe formare oggetto della limitazione convenzionale della proponibilità di eccezioni, riescono, in realtà, solo a ribadire che anche la deroga convenzionale alle ipotesi di ritenzione deve essere assoggettata all'art. 1462 c.c., il che, tuttavia, rappresenta coerente corollario della natura imperativa di questa previsione e non condiziona l'analisi degli specifici effetti della pattuizione esaminata.

⁵⁶ Cfr. MAGGIOLO, *La tutela degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 437 ss.; BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, p. 130 s.; ID., *La fideiussione*, in Alpa e Confortini (a cura di), *Diritto dei contratti*, in *Nuova giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 2013, p. 261 s.; PADOVINI, *Contratto autonomo di garanzia e contratti standard*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 125 ss.; NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, p. 20 ss.; RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995, p. 15 ss.; VILLANACCI, «Performance bond»: caratteri e funzioni, Napoli, 1996, p. 25 ss.; PONTIROLI, *Le clausole di «pagamento a prima richiesta» e di «sopravvivenza»: dalla giurisprudenza recente della Corte di Cassazione al provvedimento della Banca d'Italia sulle N.B.U.*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, I, p. 120 ss.; MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003, p. 47 ss.; ID., *Le garanzie autonome*, in RUGGERI e MONTICELLI, *op. cit.*, p. 240 ss.; PETTI, *La fideiussione e le garanzie personali del credito*², Padova, 2006, p. 444 s.; MASTROPAOLO e CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in Mastropaolo (a cura di), *I contratti di garanzia*, I, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 602 s.; VALIGNANI, *La fideiussione bancaria*, in GRIPPO, PACCHI, PASQUARIELLO e VALIGNANI, *Le garanzie personali*, I, *La fideiussione in generale, le fideiussioni bancarie, il mandato di credito*, in *Trattato*

Nonostante la formulazione letterale della clausola appena evocata sia identica a quella caratterizzante il *solve et repete*, il suo inserimento risponde ad esigenze sensibilmente diverse, perché mira ad impedire al garante di eccepire circostanze collegate all'obbligazione principale allo scopo di imporgli di avanzare le relative pretese restitutorie al debitore della stessa ed assicurare al beneficiario la possibilità di conseguire definitivamente il pagamento della garanzia.

A differenza del *solve et repete*, che comporta solo l'esclusione convenzionale di un potere di autotutela normativamente regolato, la clausola «a prima richiesta» opera sulla stessa accessorietà della garanzia personale, incrementandone fortemente l'autonomia. Il suo inserimento condiziona la qualificazione tipologica dell'accordo in cui è contenuta e si risolve in una manifestazione pattizia di autotutela connotata dalla concessione al contraente della facoltà di avanzare stragiudizialmente una pretesa alla quale non avrebbe avuto diritto, in assenza della pattuizione ed avuto riguardo, in via esclusiva, alla situazione giuridica soggettiva di cui è titolare⁵⁷.

All'autotutela «convenzionale» sono stati ricondotti numerosi altri istituti di origine pattizia, come, ad esempio, la compensazione volontaria, il *pactum de non petendo*, la cessione di beni ai creditori, il sequestro convenzionale, nonché il patto marciano, la cui liceità è indirettamente confermata da recenti interventi legislativi settoriali⁵⁸.

di diritto privato, diretto da Bessone, XI, Torino, 2007, p. 193 s.; MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2009, p. 430 ss.; ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009, spec. p. 53 ss.; BISCONTINI, in Valentino (a cura di), *Dei singoli contratti, Artt. 1861-1986*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, pp. 429 ss., 452 s. e 551 s.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 136 s.

⁵⁷ Sia consentito il rinvio a ADDIS, *Clausola «a prima richiesta»*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, I, cit., p. 65 ss.

⁵⁸ Alle puntuali indicazioni offerte da LEPORE, *op. cit.*, p. 106 ss., è sufficiente aggiungere, con specifico riferimento alla clausola marciana, quelle di FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1857 ss.; ID., *Clausola marciana*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, II, Torino, 2019, pp. 1057 ss., spec. 1073 s.

La dottrina maggioritaria include nell'autotutela convenzionale anche tutti i casi di giurisdizione privata, nei quali una controversia attuale o potenziale è legittimamente sottratta alla valutazione di un giudice⁵⁹.

Altri interpreti hanno però replicato che l'intervento di un terzo esclude il potere del contraente di ottenere immediatamente e direttamente il soddisfacimento del suo interesse e che, nei casi in cui la lite è risolta pattiziamente, le parti si limitano ad esercitare le stesse situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari, innovandole anche attraverso un mero accertamento⁶⁰.

Ciò non toglie che il costante incremento del ricorso a strumenti di composizione della lite alternativi alla sentenza conferma l'insistenza di un monopolio dell'autorità giudiziaria nell'esercizio della sua funzione e lascia intendere che il divieto di farsi giustizia da soli si traduce nella necessità di attuare i propri interessi secondo schemi rimediali la cui interpretazione resta affidata a principi generali che non sono in alcun modo condizionabili dalla pretesa eccezionalità dell'autotutela.

Le considerazioni appena svolte rendono comunque inutile una più ampia valutazione dei casi richiamati, perché lasciano già intendere che il processo determinativo della fattispecie cui applicare il singolo rimedio può essere condizionato dalla valutazione dell'autotutela da esso assicurata esclusivamente quando l'interprete assolva il delicato compito di individuare le ragioni che giustificano la sua

⁵⁹ Cfr. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 23 ss.; PUCCINI, *op. cit.*, pp. 136 ss.; BETTI, *Autotutela*, cit., p. 531; SATURNO, *L'autotutela privata*, cit., p. 215 ss.; BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 133 s.; TARTAGLIA POLCINI, *Modelli arbitrali tra autonomia negoziale e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2002, p. 270 s.; LASSO, *op. cit.*, p. 152 ss.; GRANDE, *L'autotutela consensuale*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, cit., p. 227 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *op. cit.*, pp. 10 ss., 64 ss.; DI RAIMO, *op. cit.*, p. 67 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 105 ss.; LEPORE, *op. cit.*, pp. 25 ss. e 77 ss.

⁶⁰ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, cit., pp. 2, testo e nota 2, 4, testo e nota 5, 45 ss., spec. 52 ss., 64 s. e 84 s.; DAGNINO, *op. cit.*, p. 89 s.; nonché, per una puntuale ed aggiornata indagine sull'efficacia del negozio di accertamento, FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018, spec. p. 13 ss.

introduzione, avuto riguardo alla sua evoluzione storica e al congegno tecnico che lo connota.

Ciò impedisce di considerare l'autotutela come una categoria ordinante l'analisi rimediale e le restituisce un ruolo più modesto, ancorché non inutile: quello di concorrere all'enucleazione della funzione per il cui soddisfacimento un rimedio è stato apprestato dalla legge o dall'esercizio di autonomia privata.

ROSALBA ALESSI
Professoressa Emerita di diritto privato
Università di Palermo

IL CONTROLLO DI VESSATORIETÀ COME BANCO DI PROVA DEL RAPPORTO AUTONO- MIA PRIVATA/LEGGE: IL PERCORSO ACCI- DENTATO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Controllo sul contenuto del contratto e potere di autodeterminazione dei privati. – 2. Dalle norme della Direttiva al *case-law* della Corte di Giustizia: un modello perennemente in fieri. – 3. Veri e falsi problemi nell' applicazione dell'art. 6 della Direttiva. – 4. Principio di trasparenza, superamento della barriera dei *core terms* e crisi della regola di cui all'art.6 della Direttiva. Intangibilità per via giudiziale e integrazione per via legale. – 5. I principi di *Kásler*. – 6. Giudizio di vessatorietà e sopravvivenza del contratto dopo *Kásler*: oltre la sostituzione della clausola. – 7. Segue. Il dialogo tra le Corti e le ricadute nei diritti interni. Il rimedio alla usurarietà dei tassi moratori in Cass. Sez.un., 18 settembre 2020, n. 19597. – 8. I paradossi di *Dziubak* e le conseguenze. – 9. Lacune contrattuali, integrazione del contratto e ruolo del giudice: una necessaria messa a punto.

1. Controllo sul contenuto del contratto e potere di autodeterminazione dei privati.

Il regime delle clausole contrattuali vessatorie dovrebbe ormai aver conquistato una certa stabilità, almeno avuto riguardo ai dati normativi. Complice la battuta d'arresto registrata negli ultimi anni dall' intervento dell'Unione su tipologie e/o contenuti di contratti di

consumo, la cui stagione sembrerebbe compiuta¹, il controllo di vessatorietà è ormai saldamente guidato da alcuni principi fondamentali, desumibili in parte dai dati positivi ma meritoriamente elaborati nelle numerose decisioni della Corte di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale. I punti fermi, in sintesi: trattasi di controllo a presidio dell'equilibrio normativo, volto ad intercettare dunque un rilevante squilibrio di diritti ed obblighi in danno della parte "debole" dell'accordo (*rectius*: non libera di trattare), ma non a presidiare anche equi contenuti economici; un controllo non circoscritto all'esame di un catalogo chiuso, necessariamente affidato piuttosto all'indagine in concreto del giudice, da condurre su tutto l'assetto di interessi consegnato al contratto e alla stregua del canone di buona fede (la cui autonoma valenza, pur in modo non del tutto convincente, ha guadagnato l'*imprimatur* della Corte)²; con un esito, in principio, di caducazione parziale, affidato ad uno strumento alquanto inedito, via via definito come *nullità di protezione*, quale nullità da piegare all'interesse della parte vulnerata nella propria autodeterminazione, ma non sottratta al potere officioso del giudice.

Entro un panorama normativo, come si è detto, ormai abbastanza consolidato e stabile, si è peraltro compiuto un pur contenuto travaso

¹ Gli interventi più recenti, volti ad aggiornarne i contenuti anche sulla base degli esiti delle indagini sulla fase applicativa, sembrano consolidare un quadro ormai abbastanza completo, almeno quanto ai segmenti di mercato più sensibili e agli ambiti di contrattazione *business to consumer* ritenuti "a rischio". Dopo una lunga pausa, seguita alla messa a punto in tema di diritti dei consumatori nella Direttiva 2011/83/UE, il più significativo aggiornamento si deve alle Direttive 2019/770/UE (20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali) e 2019/771/UE (del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento 2017/2394/UE e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE). Il catalogo completo può oggi rintracciarsi nell'Allegato 1 alla Direttiva 2020/1828/UE del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE: qui sono elencate tutte le disposizioni a tutela degli interessi dei consumatori che segnano l'ambito di applicazione della nuova disciplina sulle azioni rappresentative (a carattere sia inibitorio che risarcitorio) a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (art. 2 della Direttiva), da recepire entro il 25 dicembre 2022.

² Vedi Corte di Giustizia, causa C-415/11, *Aziz*.

di siffatto regime fuori dal ristretto ambito dei contratti di consumo³. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, dal canto suo, particolarmente nella compiuta definizione del paradigma della “nullità di protezione”, ha dato un contributo decisivo a definire un modello del tutto peculiare di intervento, il cui risultato non è quello di sanzionare bensì di “correggere” relazioni contrattuali gravemente sbilanciate, accompagnandone la sopravvivenza, ma dopo che siano state depurate degli esiti più clamorosi di una originaria asimmetria di potere contrattuale.

Eppure, i dubbi applicativi appaiono tutt’altro che sopiti; una sempre più articolata prassi negoziale, specie nel settore del credito, continua a mettere alla prova l’applicazione dell’impianto consegnato alla Direttiva 93/13/CEE e fa emergere un certo imbarazzo – e talora pericolosi equivoci – nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Entrambi gli sviluppi sopra sommariamente riassunti, invero, sono decisivi per mettere in luce la portata sistematica dell’intervento: fuori dalla originaria, riduttiva, lettura in chiave di politica consumeristica (peraltro dura a morire), il regime delle clausole vessatorie “costruito” a livello europeo, pur se concepito a ridosso delle garanzie di tutela dei consumatori sancite nei Trattati, si è imposto e si configura oggi in tutta la sua portata nell’ambito della disciplina generale del contratto, quale veicolo di transizione verso una nuova e più matura impostazione della dialettica autonomia privata/legge⁴: così disvelando via via il forte impatto sistematico della UCTD.

³ Come non mancava di sottolineare il *Draft Common Frame of Reference* (2007/2008), se è vero che la scelta di estendere o meno anche ai contratti *business to business* un controllo giudiziale sulle clausole contrattuali costituisce “un controverso tema di carattere politico” – da tempo dibattuto in sede europea – l’attuale *acquis* comunitario, con la disciplina dei ritardi di pagamento, fornisce già una base per questa estensione. Sulla disciplina relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento, di cui alle direttive 2000/35 e 2011/7, da questo profilo, e in generale sul controllo sul regolamento contrattuale nei contratti c.d. dell’impresa debole, v. *amplius* ALESSI, *La disciplina generale del contratto*³, Torino, 2019, p. 445 ss.

⁴ Lo conferma la già rilevata tendenza verso un utilizzo della tecnica di intervento fuori dall’originario ambito della contrattazione di consumo.

A segnare i termini – ma anche a circoscrivere gli ambiti – di questa dialettica, dovrebbe essere la scelta che ispira e qualifica l'intervento consegnato alla dir. 93/13/CEE, come enunciata nel Considerando 21 ma soprattutto consegnata al disposto (in apparenza inequivoco) dell'art.6, cioè quella di un controllo destinato eventualmente a sfociare in una nullità "necessariamente" parziale. «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive»⁵. Soluzione in apparenza semplice che, letta *in pendant* con l'esclusione dalla verifica di vessatorietà delle clausole che siano state effettivamente oggetto di negoziazione o comunque inserite in un accordo effettivamente negoziato⁶, consacra l'obiettivo ultimo dell'intervento, quello di presidiare la libera autodeterminazione dei privati nella regolazione dei propri interessi economici, neutralizzando fin dove possibile le distorsioni conseguenti al maggior potere contrattuale di produttori e distributori.

La novità dell'intervento risiede nella funzione, non di compressione e/o riconduzione a limiti invalicabili (le norme imperative) delle scelte private, bensì di restituzione di spazi all'autonomia privata: riorientando le manifestazioni distorte dal maggior potere contrattuale di una parte, la legge, nel caso concreto, preserva lo scambio ma privo delle regole non condivise che non rispecchiano un equilibrio di interessi liberamente scelto dalle parti, così proponendosi di restituire all'altra parte i margini di autodeterminazione che la contrattazione di massa ha negato.

L'art. 6 sancirebbe una tecnica che presuppone, almeno in principio, una secca operazione di ortopedia, con cui si elimina la clausola

⁵ Corsivo nostro.

⁶ Puntualizzazione necessaria e non di poco conto alla luce del disposto dell'art. 3, § 2, «*Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione*».

(o le clausole) “squilibranti”, lasciando sopravvivere nella loro originaria versione gli altri termini dell’accordo.

Il controllo sul contenuto del contratto e la sanzione demolitoria configurano uno strumento nuovo di governo *dall’interno* dell’autonomia privata, i cui confini si vorrebbero comunque così rigorosamente fissati.

La prassi si è fatta carico da subito però di dimostrare la complessità di una simile profonda rivisitazione della dialettica legge/autonomia privata. Il controllo di vessatorietà apre infatti un percorso non solo per buona parte inedito nella tecnica ma di sicuro non scontato negli esiti. Ora – malgrado l’art. 6 della Direttiva tenda a replicarla prospettando una tecnica di nullità parziale – il rapporto autonomia privata/legge non si svolge più entro la secca alternativa tra i due poli – riconoscimento e protezione di spazi leciti di autodeterminazione/disconoscimento degli effetti (nullità) o barriere all’ingresso (inefficacia per i contratti atipici non meritevoli)⁷ per le manifestazioni che quegli spazi non rispettino. Prelude bensì ad una sorta di “cooperazione” legge-volontà privata nell’organizzazione in concreto del programma contrattuale; cooperazione che i privati possono escludere solo se e in quanto siano stati capaci di dare vita ad un assetto di interessi autenticamente prodotto della libertà contrattuale di entrambi, e che invece, quando necessaria, deve farsi carico degli interessi compressi e fors’anche non palesati della parte “protetta”. Operazione assai più complessa di quanto non lasci intendere la regola consegnata all’art. 6. Dalla norma che dovrebbe guidare e “contenere” il potere del giudice si dipartono dubbi applicativi e nodi sistematici che il pur ricco bagaglio di *preliminary rulings*, acquisito grazie al notevole sforzo di elaborazione della Corte di Giustizia, solo in parte ha superato. Da *Kásler* in poi (causa C-26/13, sentenza 30 aprile 2014) le risposte, in sequenza, di *Abanca Corporación Bancaria* (cause riunite C-70/17 e C-179/17, sentenza 26 marzo

⁷ Ci riferiamo al guadagno ricostruttivo che emerge dall’approccio al controllo di liceità/meritevolezza della causa del contratto come delineato in sede giurisprudenziale a proposito di (qualificazione e regime dei) contratti di assicurazione sulla responsabilità civile corredati da clausole *claims made*: vedi Cass. Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.

2019)⁸, *Dziubak* (causa C-260/18, sentenza 3 ottobre 2019) e *Banca B.* (causa C-269/19 del 25 novembre 2020), testimoniano di un approccio ancora esitante e ondivago al problema della sostituzione di clausole nulle (perché vessatorie), destinato invece ad aprire scenari imprevedibili in punto di integrazione del contratto, come dimostra da ultimo anche la posizione delle Sezioni Unite della nostra Suprema Corte a proposito di interessi moratori usurari⁹.

2. *Dalle norme della Direttiva al case-law della Corte di Giustizia: un modello perennemente in fieri.*

Su tali profili di complessità occorre un attimo preliminarmente insistere. L'intervento in tema di clausole vessatorie è in principio correttivo ma conservativo. L'accordo (ove non pariteticamente negoziato) non è "controllato" in ragione della sua rispondenza a parametri predefiniti, vale a dire regole o contenuti normativamente previsti e non derogabili (le norme imperative o le prescrizioni strutturali di cui al nostro art.1418, comma 2, c.c.), elaborati in una sorta di prova *in vitro* della correttezza dell'uso dell'autonomia da parte dei privati; ma piuttosto "messo alla prova" in concreto, onde verificare se quell'asimmetria di decisioni abbia deviato o meno (e di quanto) la rispondenza del programma contrattuale all'interesse di entrambe le parti. Proprio perché la censura, se così può dirsi, è un *ex post*, derivante dall'indagine in concreto su tutto l'accordo onde verificarne l'equilibrio in punto di diritti ed obblighi ove non pienamente e pariteticamente negoziato, così anche l'esito non può che delinearsi *ex post*, non perché normativamente fuori controllo, ma perché necessariamente flessibile, come flessibile ne è il presupposto. La commistione legge/autonomia privata interviene quando si tratti di "stampellare" un *vulnus* proprio nel secondo polo, cioè la libera, corretta, autodeterminazione delle parti. Per questo non è circoscritta – né può esserlo – alle ipotesi abbastanza limitate evocate dal nostro art.1339 c.c. (e dal comma 2 dell'art.1419) ove la seconda (cioè la volontà privata) impinge su disposizioni o clausole inderogabili e la

⁸ Ma anche *Gómez del Moral Guasch* (CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18).

⁹ Cass. Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597 (su cui v. *infra*).

prima, la legge, si insinua nel contratto al posto di quelle, onde assicurarne, se possibile, la sopravvivenza *secundum legem*. «Il mutamento dell’assetto economico, degli interessi e dei bisogni» – scrive Giuseppe Vettori – «ha comportato una nuova disciplina dei rapporti privatistici, nella quale il valore di prevedibilità assicurato dal modello della fattispecie ha perso importanza ed è stato progressivamente sostituito da una tecnica di chiara matrice anglo-sassone, nella quale è il giudice a modellare la regola solo *a posteriori*, dopo la conclusione del contratto e avuto riguardo alle concrete caratteristiche del caso»¹⁰. Dell’accordo privato devono essere scandagliate tutte le implicazioni, ben potendo lo squilibrio apportato da una clausola non pregiudicare il complessivo interesse della parte che ha solo dovuto subirla; e dell’intervento (parzialmente) demolitorio deve essere saggiata l’attitudine a lasciare sopravvivere l’accordo in una versione in principio ridimensionata, e per questo meglio aderente all’interesse della parte che si vuole proteggere, ma, almeno in principio, in nessun modo “rimaneggiata” dal giudice.

Se dal primo versante – la fase di scrutinio del contenuto contrattuale onde intercettarne eventuali squilibri – la necessaria flessibilità ha trovato una sponda agevole e in qualche modo familiare nell’indagine di merito del giudice; dal secondo versante, cioè la scelta tra caducazione della clausola o meno, e ancora tra sopravvivenza o caducazione dell’intero contratto, la risposta è apparsa più scivolosa. Eppure, come cercheremo di mettere in luce, trattasi di momenti della medesima operazione ermeneutica.

Sono note le criticità che hanno accompagnato la messa a fuoco del rimedio alla vessatorietà, vale a dire la “nullità di protezione” come oggi pacificamente definita. È toccato alla Corte di Giustizia precisare e completare un rimedio che fosse adeguato alla filosofia dell’intervento, e dunque configurare una nullità non a legittimazione relativa ma semmai “asimmetrica”, e comunque affidata anche al potere officioso del giudice, pur se da gestire avuto riguardo all’interesse della parte protetta. Ma il paradigma, certamente in linea con la direttrice d’intervento adottata dal diritto dell’Unione, ha caricato il giudice e più in generale la gestione della lite tra consumatore (o

¹⁰ VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 468.

figure analoghe) e professionista delle variabili di un possibile contraddittorio nel quale il primo palesi un interesse contrario alla dichiaratoria di nullità decisa in via officiosa. Superfluo ritornare alle ambiguità di *Pannon* in parte corrette da *Banif Plus Bank Zrt*¹¹. A

¹¹ Si legge in *Pannon* (CGCE, 4 giugno 2009, C-243/08) «Nell'esecuzione di tale obbligo (quello di valutare d'ufficio la natura abusiva della clausola) "il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante». Sicché, «si deve [...] risolvere la seconda questione dichiarando che il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, *tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga*» (corsivo nostro). In parte chiarificatrice la ben più articolata argomentazione di *Banif Plus Bank Zrt*, (CGUE, 21 febbraio 2013, C-472/11) ove il ruolo del consumatore non esce dai consueti binari dettati dal principio del contraddittorio, e l'eventuale "opposizione" alla dichiarazione di nullità formulata in atti processuali si configura come una (meno eversiva) conferma, questa volta sicuramente consapevole seppur tardiva, dell'adesione alla clausola, con conseguenze sulla valenza "squilibrante" della clausola dal punto di vista dell'interesse del consumatore. «Di regola» ricorda la Corte, «il principio del contraddittorio non si limita a conferire a ciascuna parte in un processo il diritto di prendere conoscenza dei documenti e delle osservazioni presentati al giudice *ex adverso*, e di discuterli, ma implica, parimenti, il diritto delle parti di prendere conoscenza e di discutere i motivi di diritto rilevati d'ufficio dal giudice, sui quali quest'ultimo intenda fondare la propria decisione. Ne consegue che il giudice nazionale, nell'ipotesi in cui, dopo aver stabilito, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, o che gli sono stati comunicati in seguito alle misure istruttorie che ha adottato d'ufficio a tal fine, che una clausola rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, constati, al termine di una valutazione cui ha proceduto d'ufficio, che tale clausola presenta carattere abusivo, esso deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali». In particolare, «la possibilità data al consumatore di presentare osservazioni in merito risponde altresì all'obbligo del giudice nazionale [...] di tener conto, se necessario, della volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi». La rilevanza dell'interesse del consumatore – indiscutibilmente a fondamento del rimedio in esame e che si esplicita ad esempio nel tenore del nostro art. 36, comma 3, cod. cons. (la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice) – dovrebbe così recuperare margini di compatibilità

partire da quelle decisioni si consolida nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la regola secondo cui il giudice deve escludere l'applicazione della clausola giudicata abusiva «tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga»; formula ormai di rito che sembra dare ingresso nel processo ad una nuova e sanante manifestazione di volontà del consumatore, così restituendo il rimedio invalidante alla disponibilità della parte secondo il modello classico della nullità relativa. Ma alla stregua delle provvidenziali puntualizzazioni di *Banif Plus*, la regola ci sembra valorizzi piuttosto un “normale” rispetto del principio del contraddittorio, in esito al quale il giudice (non sarà paralizzato nel potere officioso di dichiarare la nullità della clausola da una opposizione del consumatore ma) dovrà tenere conto degli ulteriori elementi introdotti in giudizio dal consumatore e se del caso diversamente valutare o una (originaria) convinta adesione di questi alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da escluderne l'esito squilibrante.¹² La riproposizione di quella formula

con la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola. Il principio di diritto che ne consegue non evoca una (inedita) iniziativa tardiva in merito alla eventuale dichiarazione di nullità della clausola consentita alla parte che non abbia agito per sentirla dichiarare o non l'abbia eccepita nel rispetto delle preclusioni processuali (così prospettando una pur tardiva convalida in sede processuale: la c.d. convalida “endoprocessuale”, di cui parla PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di giustizia*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 241) e nessuna breccia si apre nei poteri officiosi del giudice: «Gli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della Direttiva devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola. Tuttavia, il principio del contraddittorio impone, di norma, al giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali» (ancora *Banif Plus Bank*).

¹² Salvo il potere officioso in tema di dichiarazione di nullità – nella sua versione ortodossa peraltro ribadita dalle nostre Sezioni Unite – viene in risalto l'attività interpretativa del giudice, supportata dagli elementi che emergono in giudizio, in esito alla quale contenuto ed effetti della clausola si palesano coerenti (accettabili secondo buona fede) rispetto all'interesse del consumatore: su questo

sorvola tuttavia sul nodo sistematico destinato ad emergere una volta trasposta tale soluzione nei singoli ordinamenti, nodo nel quale è sembrata impingere l'operazione di *reset* della nullità, in sé assai apprezzabile, di cui si sono fatte carico le Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione. Impegnata a riaffermare e rifondare l'unitarietà della categoria della nullità, e così intendendo segnare la discontinuità con l'immediato precedente di Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n.14828¹³, la Corte (con Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242) ravvisa proprio nella «rilevabilità officiosa il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse» addirittura «quelle denominate di protezione virtuali», così prospettando una compatibilità tra tale regime (generale) e la nullità a legittimazione riservata, compatibilità che rimane però solo enunciata. La sentenza si limita invero, una volta di più, a mutuare la posizione della Corte di Giustizia che vuole la nullità di protezione rilevabile d'ufficio ma “paralizzabile” dall'opposizione della parte: e, in assoluta, acritica, derivazione da *Pannon*, declina tale “compatibilità” in chiave essenzialmente processuale, nel presupposto di una “scomposizione” del dovere officioso del giudice in *rilevazione/indicazione* e *dichiarazione* della nullità, quest'ultima non obbligatoria ed anzi paralizzabile dalla « facoltà di non avvalersene » che la parte legittimata conserva e può esplicitare in sede di contraddittorio. Dinamica endoprocessuale enunciata (e non spiegata), che non solo indebolisce (e forse smentisce) l'appena proclamata unitarietà e compattezza della categoria della nullità, ma non riesce a nascondere il cortocircuito tra interesse generale (da assumersi quale indisponibile allorché) presidiato dalla rilevabilità d'ufficio – che la Corte solennemente riconferma a mo' di *incipit* del

necessario “riposizionamento” v. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.

¹³ Secondo cui invece non sarebbero riconducibili entro un modello unitario di nullità proprio le nullità per le quali sia dettato un regime speciale, «come nel caso delle c.d. nullità di protezione, in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà delle parti»

suo ragionamento – e interesse della parte del quale il giudice è chiamato a farsi carico¹⁴.

La necessaria “flessibilità” di un intervento di correzione delle scelte di autonomia privata quale disegnato con il regime della clausole vessatorie ha però palesato il suo vero punto critico soprattutto, per così dire, a valle: se e come riempire il vuoto determinato nel programma contrattuale dopo la caducazione della clausola; se e come organizzare l’innesto della volontà della legge sull’ autodeterminazione privata “monca”; su quali parametri basare l’alternativa tra conservazione e caducazione dell’intero contratto e fin dove spingere interventi di integrazione/manipolazione per evitare la seconda. Fuori dall’ ipotesi, non di scuola ma certo tutt’altro che esaustiva, di un contratto che può perfettamente rimanere in piedi seppur privo della regola convenzionale caducata perché vessatoria, si apre la verifica sui margini e soprattutto sugli strumenti perché si attivi quel meccanismo di “cooperazione” volontà della legge/volontà privata che solo può supportare la sopravvivenza del contratto in versione rivista e riequilibrata. In buona sostanza, l’applicazione della Direttiva 93/13/CEE pone al centro la questione degli strumenti (e dei limiti) con cui l’ordinamento – il nostro, ma in generale quello degli Stati membri e in particolare i sistemi di *civil law* – sia attrezzato, e come, a governare “dall’interno” l’atto di autonomia in un sistema che garantisce in principio la libertà contrattuale.

A farla emergere, svelando tutta la precarietà della rigida e apparentemente semplice soluzione evocata dall’art. 6 della Direttiva (via la clausola, il contratto per il resto integro sopravvive, se può), è stato soprattutto il percorso intrapreso con decisione dalla Corte di Giustizia nella direzione di un ridimensionamento, in nome del principio di trasparenza, della zona “franca”, sottratta al giudizio di vessatorietà, delle clausole di contenuto economico del contratto. Ridimen-

¹⁴ Cortocircuito tanto più evidente ove il paradigma della nullità di protezione sia testato fuori dall’ambito della vessatorietà di singole clausole contrattuali, prime fra tutte le molteplici discipline settoriali in cui reagisce alla violazione di vincoli di forma (o di forma-contenuto).

sionata questa zona franca e dunque potenzialmente aggredito il contenuto essenziale del contratto, lo scenario prefigurato (nella sua versione per così dire semplificata) nella regola di cui all'art.6 della Direttiva ne è stato in buona parte smentito, e i giudici sono stati chiamati sempre più spesso a confrontarsi seriamente con il problema dei margini di integrazione del contratto "amputato" di una parte del contenuto, per sciogliere l'alternativa tra la sopravvivenza o la nullità di questo.

Se la definizione del regime delle clausole vessatorie è in realtà sempre e ancora un *work in progress*, lo si deve proprio all'interrogativo, irrisolto, intorno a cui ruotano le ultime decisioni in tema della Corte di Giustizia: *how to fill the gap?* Domanda che diviene sempre più attuale e insidiosa quando, sotto la crescente richiesta di tutela dei consumatori (in specie mutuatari) cade, in nome del principio di trasparenza, la barriera all'ingresso del giudizio di vessatorietà apprestata dalla Direttiva per il contenuto essenziale, le ragioni di scambio, le condizioni economiche del contratto. Ormai sdoganata la possibilità di controllo delle clausole prezzo (o clausole interessi), se non trasparenti, si palesa la fragilità di uno dei presupposti fondamentali su cui si reggeva il quadro prefigurato dall'art. 6 della Direttiva, nel senso che si prospetta come terribilmente attuale e frequente il dubbio sulla capacità di sopravvivenza del contratto amputato, e si impone la ricerca di strumenti di integrazione che ne consentano la sopravvivenza.

L'interrogativo, come può ben comprendersi, si diparte dalle lacune provocate dal giudizio di vessatorietà ma coinvolge l'intero sistema su cui è organizzata la Direttiva e la filosofia che la ispira: le più recenti decisioni della Corte di Giustizia ne scontano la complessità, sembrando procedere, almeno finora, lungo una inquietante approssimazione.

3. *Veri e falsi problemi nell'applicazione dell'art. 6 della Direttiva.*

Il rimedio all'abusività di una clausola contrattuale, come prospettato nell'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE, in verità non ha mai avuto vita facile nella prassi applicativa.

Affermatosi decisamente, da *Océano*¹⁵ in poi, il modello di una nullità “a gestione asimmetrica”, a precipua tutela dell’interesse della parte contrattualmente debole, era inevitabile intanto il dubbio che a tale parametro soggettivo (*ex uno latere*) dovesse farsi capo, almeno in via prioritaria, anche per decidere sulle *chances* di sopravvivenza del contratto privato delle clausole abusive. La Corte di Giustizia, non senza qualche iniziale esitazione, lo risolve nel senso che, sia il tenore letterale dell’articolo 6, paragrafo 1, sia soprattutto «esigenze riconducibili alla certezza giuridica delle attività economiche» depongano «a favore di un approccio obiettivo in sede di interpretazione di detta disposizione»; e dunque «l’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che il giudice [...] deve valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa sussistere senza detta clausola».¹⁶ Esito interpretativo pienamente convincente e ormai consolidato, che la prassi non manca però di mettere alla prova, come dimostra da ultimo *Dunai*, dove l’alternativa sembra piuttosto tornare a prospettarsi, nel pensiero della Corte di Giustizia, tra possibilità (oggettiva) di sopravvivenza del contratto e caducazione nell’interesse della parte protetta, risolvendosi a favore della seconda scelta. La sostituzione *ex lege* di clausole relative al tasso di cambio da applicare ai contratti di mutuo in valuta estera (con l’applicazione del tasso ufficiale per la quantificazione iniziale del prestito e la successiva conversione in moneta nazionale dell’importo da restituire, in luogo delle clausole imposte dalle banche che rinviavano nel primo caso al tasso di vendita e per la restituzione al tasso di acquisto della valuta interessata, clausole ritenute per legge abusive), consentirebbe la sopravvivenza del contratto, obiettivo del resto avuto di mira proprio dall’intervento del legislatore interno (ungherese); e tuttavia, ad avviso della Corte, ciò non esclude la possibilità del giudice nazionale di sindacare comunque l’abusività della clausola di cambio in sé, e, una volta accertata, dichiarare la nullità dell’intero contratto che senza di questa non può sopravvivere; e ciò perché, precisa la Corte, sebbene debba riconoscersi «la possibilità spettante

¹⁵ CGCE, 27 giugno 2000, C-240/98 e C-244/98.

¹⁶ Vedi per tutte CGUE, 30 maggio 2013, C-397/11, *Jörös*.

al giudice nazionale di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione di diritto interno suppletiva per consentire la persistenza del contratto, dalla giurisprudenza della Corte risulta che tale possibilità è limitata alle ipotesi in cui l'annullamento del contratto nel suo insieme esporrebbe il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli» e non quando invece «la persistenza del contratto sarebbe in contrasto con gli interessi» del ricorrente¹⁷. Evidente l'utilizzo per così dire rovesciato del percorso argomentativo fin qui adottato dalla Corte, dove, in linea con la *ratio legis*, l'interesse del consumatore entra in gioco quando sia in ipotesi danneggiato dall'annullamento e non dalla sopravvivenza del contratto, interesse da assumere invece in principio non pregiudicato quando questa sopravvivenza sia assicurata dalla sostituzione *ex lege* della clausola abusiva, così raggiungendosi il risultato voluto dall'intervento sulle clausole vessatorie.

Riemerge, a ben vedere, tutta la difficoltà di maneggiare in concreto una nullità *consumer oriented*, pur se la decisione è figlia di un approccio più maturo al disposto dell'art. 6 della Direttiva per ciò che riguarda uno dei profili più insidiosi della regola qui consacrata, concernente l'«intangibilità» dell'accordo, una volta depurato della o delle clausole abusive, del quale verificare la possibilità di sopravvivenza: la decisione si attesta infatti sul principio ormai consolidato della possibile integrazione con norme suppletive, su cui torneremo tra poco.

4. *Principio di trasparenza, superamento della barriera dei core terms e crisi della regola di cui all'art. 6 della Direttiva. Intangibilità per via giudiziale e integrazione per via legale.*

La Corte di Giustizia è stata chiamata ben presto ad affrontare la questione che l'art. 6 della Direttiva con una certa disinvoltura bypassa: stabilire se il “segmento” dell'accordo colpito da nullità debba considerarsi comunque definitivamente espunto dal contratto ovvero possa essere sostituito da una regola (di fonte legale e/o giudiziale) diversa da quella pattizia oggetto di censura, tanto più quando da quell'alternativa dipenda la sopravvivenza o meno del contratto

¹⁷ CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17.

“amputato”. Altrettanto noti gli equivoci sollevati dalle prime decisioni in tema, in apparenza appiattite sul tenore letterale dell’art. 6 e per questo alla base di una improbabile lettura rigorista.

Chiamata a dire «se l’articolo 6 della direttiva possa essere interpretato nel senso che consente ad un giudice nazionale, quando abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale, anziché di disapplicare detta clausola, di limitarsi a ridurre l’importo della penale prevista da quest’ultima, come lo autorizza a fare il diritto nazionale e conformemente a quanto chiesto dal consumatore», la Corte sente il bisogno di richiamare il tenore letterale dell’art. 6 della Direttiva 93/13/CEE e, in particolare, del paragrafo 1, secondo periodo (oltre che il tenore del Considerando 21) onde concludere che «risulta [...] dal tenore letterale del paragrafo 1 di detto articolo 6 che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l’applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz’altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile» (*Banco Español de Crédito*, sentenza 14 giugno 2012, causa C-618/10, ma anche *Asbeek Brusse*, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11). Quanto basta per allarmare la nostra dottrina, pure incline ad ammettere l’innesto della regola legale (ancorché dispositiva) nel corpo del contratto amputato della clausola abusiva ed in sostituzione della regola pattizia contenuta nella clausola nulla, secondo la tesi prospettata già in sede di applicazione dell’art.1341, comma 2 c.c.,¹⁸ ma in questo caso soggiogata dall’apparente rigore dell’interpretazione della Corte (e, a monte, della regola di cui all’art. 6 UCTD).

¹⁸ Simile conclusione, come si sa, non ha mancato in passato di suscitare obiezioni, e un certo scetticismo sulla praticabilità di tale “integrazione” è tornato ad affacciarsi a proposito della sorte del contratto di consumo. Praticabilità che la Corte verrebbe ora definitivamente ad escludere, con effetti abbastanza incontrollati sulla sorte del contratto, ben più spesso avviato alla sua totale caducazione sulla base di presupposti (l’assenza di qualsivoglia regolamentazione pattizia di

Il rigore del principio così affermato andava in realtà ricalibrato rispetto alle fattispecie sottoposte all'esame della Corte e dunque alla portata, in concreto, delle decisioni. Nei casi di specie, la Corte intendeva escludere, in conformità all'articolo 6, paragrafo 1 della Direttiva 93/13/CEE, che il giudice nazionale, in base ad una normativa interna, una volta accertato il carattere abusivo di una clausola possa, invece che dichiararla nulla, "rivederne" il contenuto.; dunque, come si legge nel dispositivo di *Asbeek Brusse*, la norma della Direttiva «non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale [...] di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore». A spiegare (e ridefinire) la portata del principio sono le stesse argomentazioni che conducono a questo esito. Rispetto all'obiettivo di protezione del consumatore, sottolineano i giudici, si rivelerebbe controproducente qualunque "salvataggio" della clausola imposta dal professionista perché tale facoltà «contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive [...] dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti [...]. Ne consegue che una facoltà siffatta, se fosse riconosciuta al giudice nazionale, non potrebbe garantire, di per sé, una tutela del consumatore efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive» (punti 69 e 70 *Banco Español*, e 58 *Asbeek Brusse*).

La Corte manifesta dunque – e radica nella regola di cui all'art. 6 – una generale diffidenza verso interventi in qualche modo "manipolativi" dell'assetto contrattuale per mano dei giudici nazionali; si da rendere plausibile l'idea che la giurisprudenza comunitaria, in

profili essenziali del rapporto contrattuale e la preclusione all'ingresso della disciplina legale) diversi e in ipotesi anche contrastanti con l'interesse del consumatore.

coerenza con la *ratio legis*, intenda sbarrare la strada a correzioni del contratto per via giudiziale più che all'innesto della disciplina legale.

La *ratio* di una soluzione radicale, che dovrebbe condurre sempre e comunque alla (non integrazione e dunque) caducazione dell'intero contratto non potrebbe che risiedere in una (sopravvalutata) funzione sanzionatoria del rimedio nei confronti del professionista (pure evocata dalla Corte), ma, questa volta, non filtrata dalla considerazione dell'interesse del consumatore.

A una diversa ipotesi ricostruttiva¹⁹ e all'idea che ad essere bandita dall'orizzonte della Direttiva e dal disposto dell'art. 6 sia l'integrazione per via giudiziale e non quella per via legale – idea che di lì a poco si sarebbe peraltro affermata ed è oggi pacifica – potrebbe obiettarsi che è pur sempre l'applicazione di una regola del diritto interno che, nei casi all'attenzione della Corte nelle sentenze *Banco Español de Crédito* e *Asbeek Brusse*, ha dato ingresso a quel potere del giudice; e che sarebbe dunque tale integrazione, in generale, a compromettere la pretesa “intangibilità” del contratto, difesa dalla Corte (e sancita dalla Direttiva 93/13/CEE).

E tuttavia, malgrado sembri attardarsi sulla finalità vagamente sanzionatoria e comunque deterrente di siffatta interpretazione della Direttiva, è proprio il ragionamento della Corte a corroborare una ridefinizione nel senso indicato del principio al quale si intende ancorare la sorte del contratto privo delle clausole nulle. L'obiettivo di lungo periodo della protezione del consumatore e la difesa della “intangibilità” (non del contratto bensì) “dei medesimi termini” dell'accordo, impongono di espungere in toto, *non la regolamentazione del profilo oggetto della pattuizione abusiva secondo il diritto interno*, ove imprescindibile per la salvezza dell'operazione, ma, al contrario, proprio *la fonte convenzionale di quella regolamentazione*, che qualsivoglia correzione per via giudiziale manterrebbe comunque in vita. Se si assume che l'esito avuto di mira dalla Corte è quello di assicurare a qualunque costo l'eliminazione dall'assetto di interessi tra

¹⁹ Per cui vedi già, a commento delle sentenze, ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in www.jus.civile.it, 2013, p. 388 ss.

consumatore e professionista degli effetti squilibranti ascrivibili proprio alla scelta di una regola convenzionale affidata alla clausola pattizia imposta, la “intangibilità” così (forse esageratamente) evocata alla stregua del tenore dell’art. 6, n.1 della Direttiva 93/13/CEE si presenterà nella più modesta veste di radicale irrecuperabilità, nel contratto, delle “deviazioni” al regime legale di distribuzione dei diritti ed obblighi tra le parti imposte dal professionista. “Deviazioni” che risulterebbero in qualche modo recuperate per il tramite dell’intervento giudiziale, il quale avvierebbe il rapporto contrattuale ad un assetto pur sempre diverso da quello che sarebbe derivato se quell’aspetto non fosse stato ab origine inciso da alcuna pattuizione privata (premessa a sua volta della “revisione” giudiziale) e fosse stato affidato invece semplicemente alla disciplina legale. Una lettura dell’orientamento della Corte, ci sembra, più coerente con disciplina e *ratio* dell’intervento di contrasto alle clausole vessatorie e, in generale, con l’impostazione di tutto il diritto europeo dei contratti di consumo e con il risultato in termini di “governo” delle relazioni consumatori/professionisti che si vuol raggiungere. Le tecniche di correzione del contratto per via giudiziale rintracciabili negli ordinamenti interni – come nel caso della riducibilità della penale – tendono a ripristinare, nell’assetto di interessi affidato al contratto, un equilibrio comunque interno a quello scambio, ma sempre in alternativa alle regole generali in tema di responsabilità per inadempimento applicabili in assenza della regola convenzionale (clausola penale): il che, nel caso di intervento di supplenza a seguito della caducazione della clausola abusiva, chiamerebbe il giudice a riformulare, seppure in forma a suo avviso più paritaria, proprio quella distribuzione di diritti ed obblighi che il professionista ha inteso condizionare con la clausola abusiva vietata. In qualche modo pregiudicando, ad avviso della Corte, la totale e definitiva eliminazione degli effetti della clausola, che la “nullità di protezione” intende invece assicurare. Già dietro il *decisum* delle due pronunce, pur in prima battuta riferite all’esercizio dei poteri correttivi del giudice, si profila dunque una interpretazione dell’art. 6 della Direttiva secondo cui il contratto amputato delle clausole abusive, anche in vista di un obiettivo di conservazione nell’interesse del consumatore, ammette in

principio integrazioni per via legale, tranne nel caso in cui la disciplina legale, riferita ai contenuti convenzionali dell'accordo, sia a sua volta veicolo di integrazione per via giudiziale.

In questo senso andava del resto già il precedente di *Pohotovost s.r.o.* (ordinanza 16 novembre 2010, in causa 76/10.), nel quale la Corte, chiamata a decidere, alla luce dell'interpretazione della Direttiva 87/102/CEE (prima direttiva sul credito al consumo), sulla sorte del contratto contenente una clausola sui costi del credito priva della indicazione del TAEG, aveva osservato come «la mancata indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG) in un contratto di credito al consumo, indicazione che riveste un'importanza fondamentale nell'ambito della Direttiva 87/102/CEE. Può costituire un elemento decisivo nell'ambito dell'accertamento, da parte del giudice nazionale, della circostanza se una clausola di un contratto di credito al consumo relativa al costo di quest'ultimo, nella quale non compaia una siffatta indicazione, sia formulata in modo chiaro e comprensibile ai sensi dell'art.4 della Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori»; «ove così non fosse» – aggiungeva la Corte – «detto giudice nazionale può valutare, anche d'ufficio, se, alla luce di tutte le circostanze che accompagnano la conclusione di tale contratto, l'omessa indicazione del TAEG in una clausola dello stesso relativa al costo di tale credito sia tale da attribuire alla citata clausola un carattere abusivo ai sensi degli artt. 3 e 4 della direttiva 93/13»; per poi concludere «Tuttavia [...] indipendentemente dalla riconosciuta possibilità di valutare il citato contratto alla luce della direttiva 93/13/CEE, la direttiva 87/102/CEE dev'essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale di applicare d'ufficio le disposizioni che traspongono nel diritto interno l'art.4 di quest'ultima direttiva e in base alle quali la mancata indicazione del TAEG in un contratto di credito al consumo comporta che il credito concesso sia considerato esente da interessi e spese». La circostanza che il richiamo sia qui all'applicazione della regola interna frutto di trasposizione della norma comunitaria, in presenza di una (originaria) lacuna del contratto, non cambia il risultato almeno dal profilo che qui interessa, perché nel pen-

siero della Corte si prospetta come “normale” l’operazione di integrazione della lacuna del contratto (che potrebbe pregiudicarne la validità) con la regola legale (pur non imperativa).

Il richiamo ad una delle prime pronunce che affrontarono la questione dei limiti e degli effetti del sindacato del giudice sul costo del credito ai consumatori è d’obbligo. L’esito ricostruttivo che – pur con le zone d’ombra su cui ci soffermeremo – apre ad una lettura più flessibile della regola di cui all’art. 6 della Direttiva si colloca infatti nel punto di incontro tra la l’elaborazione intorno ai poteri del giudice nella gestione della nullità di protezione e della sorte del contratto parzialmente censurato, avuto riguardo all’interesse del consumatore, da una parte, e la ridefinizione dell’ambito di intervento del controllo di vessatorietà, a pieno titolo spinto oltre i confini dei *core terms* dell’accordo, in nome del principio di trasparenza *in senso sostanziale*, dall’altra. Il riferimento d’obbligo è a *Kásler*, che di tale costruzione, da entrambi i profili, può dirsi pietra miliare.

Con la decisione appena richiamata si completa intanto il percorso che chiarisce, sensibilmente ridimensionandola, la portata della regola di cui all’art. 4, par. 2 della Direttiva, con cui si intendono mettere al riparo dalla verifica di vessatorietà “la definizione dell’oggetto principale del contratto”, la “perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi e i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro”, purché affidati a clausole “formulate in modo chiaro e comprensibile”. L’erosione dello spazio *off limits* in principio garantito al contenuto economico del contratto si compie lungo due direttrici convergenti: l’una che, con operazione di interpretazione estensiva e teleologica, assegna alla redazione “in forma chiara e comprensibile” il più ambizioso obiettivo di assicurare una trasparenza *sostanziale* e dunque l’effettiva comprensibilità del contenuto della clausola; l’altra, che invece valorizzando la generale *ratio legis*, dà solido fondamento ad una lettura restrittiva della regola di esclusione, limitando le parti dell’accordo sottratte al controllo di vessatorietà (se trasparenti).

5. *I principi di Kásler.*

Si deve dunque a *Kásler*, come è noto, una solida messa a punto in merito a contenuti e limiti del giudizio di vessatorietà su clausole

che riguardano il contenuto essenziale del contratto e i termini economici.

Decidendo la causa C-26/13 – *Kásler-OTP*, appunto, sentenza del 30 aprile 2014 – la Corte di Lussemburgo ribadisce intanto la lettura “sostanzialista” del principio di trasparenza di cui all’art.4 par.2 della Direttiva, alla cui stregua perché una clausola contrattuale (nella specie concernente il tasso di interesse di un mutuo) sia da considerare redatta in modo chiaro e comprensibile non basta che essa sia intellegibile sul piano grammaticale ma occorre che esponga «in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo» anche in relazione ad altre clausole relative al costo del prestito; sicché una clausola di contenuto economico è trasparente quando «il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intellegibili, le conseguenze economiche che gliene derivano». Più netto rispetto ai precedenti il guadagno interpretativo in merito al contenuto del contratto da considerare *off limits* (purché trasparente), ai sensi della medesima norma, cioè quello che contiene la “definizione dell’oggetto del contratto” ovvero “la perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro”. Ribadito l’obbligo di interpretazione restrittiva della norma, dato il suo carattere derogatorio, la Corte indica precisi confini di quelli che il giudice nazionale potrà considerare *core terms* del contratto. Clausole relative all’oggetto principale del contratto dovranno considerarsi (solo) quelle che fissano le prestazioni essenziali e che dunque lo caratterizzano, ma non quelle che rivestono un carattere accessorio. Spetta pertanto al giudice nazionale valutare, dati la natura, l’economia generale e la stipulazione del contratto di mutuo, nonché il suo contesto giuridico e fattuale, se la clausola che determina il tasso di cambio delle rate mensili costituisca un elemento essenziale della prestazione del debitore di restituzione dell’importo prestato. In generale poi – e qui sta il principio guida di maggiore interesse – l’esclusione dal giudizio di vessatorietà si fonda (trovandovi il suo limite) sulla impossibilità di rintracciare un tariffario o un criterio giuridico in base al quale controllare il rapporto qualità/prezzo di una fornitura o di una prestazione come previsto nella clausola in esame. Rapporto che non

è implicato nelle clausole che determinano i parametri di determinazione dei tassi d'interesse e, in particolare, le variazioni nella determinazione del corso di conversione della valuta estera prescelta dalle parti per il calcolo dei rimborsi o degli interessi di un mutuo, dove non è rintracciabile un servizio e una "remunerazione".

Ridefiniti in modo così puntuale e rigoroso ambito e finalità della regola di cui all'art. 4, par. 2 della Direttiva, ne risulta significativamente ristretto il segmento contrattuale, e in particolare quello di contenuto economico, sottratto almeno in prima battuta al giudizio di vessatorietà, con la conseguenza di una prevedibile moltiplicazione di casi in cui il giudice nazionale si troverà di fronte ad accordi amputati di parti significative che ne renderanno dubbia la capacità di sopravvivenza.

Lo scenario, in parte nuovo, così delineato, non può non accompagnarsi alla definitiva consacrazione del principio già annunciato in diversi precedenti, che, proprio in conformità all'obiettivo di cui all'art. 6 par.1 della Direttiva, ammette il ricorso a disposizioni nazionali di natura suppletiva per colmare la lacuna determinata dalla caducazione della clausola vessatoria, chiarendo una volta per tutte che in ciò non può certo ravvisarsi un intervento manipolativo della clausola censurata o in qualche modo creativo da parte del giudice nazionale.

Ma, una volta sdoganata, in nome dell'obiettivo di conservazione del contratto, la possibilità per il giudice di ricercare nell'ordinamento interno la via per «sostituire all'equilibrio formale [...] tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste»,²⁰ cambiano, riteniamo, prospettiva e modalità di "completamento" del contratto: un cambiamento perfettamente in linea con il modello di "cooperazione" legge/autonomia privata su cui abbiamo insistito all'inizio di queste riflessioni, ma, forse, meno in sintonia, almeno finora, con la sensibilità dei giudici di Lussemburgo.

²⁰ Così *Kásler* (§82), riprendendo *Pereničova*, (CGUE, 15 marzo 2012, C-453/109), e *Banco Español* (CGUE, 14 giugno 2012, C-618/10).

6. *Giudizio di vessatorietà e sopravvivenza del contratto dopo Kásler: oltre la sostituzione della clausola.*

La consacrazione del principio che ammette il salvataggio del contratto mediante il ricorso a norme suppletive, da *Kásler* in poi, rivela tutta la sua portata – sulla quale torneremo – in pronunce come quella di *Abanca Corporación Bancaria* (cause riunite C-70/17 e C-179/17, sentenza 26 marzo 2019), in cui l’alternativa tra caducazione della clausola (o dell’intero contratto) e sua sostituzione, in nome dell’interesse del consumatore, viene messa alla prova nel contesto della successione di norme di diritto interno. Di fronte ad una clausola abusiva, perché legittimante la risoluzione anticipata del contratto di mutuo per mancato pagamento di una sola rata, ove il giudice nazionale, adito da un consumatore comunque moroso per più rate, si limitasse a dichiararne la nullità, con conseguente caducazione dell’intero contratto, risulterebbe improcedibile la relativa *machinery* esecutiva speciale prevista per i mutui immobiliari, e si aprirebbe alla banca la strada della procedura esecutiva ordinaria per il recupero del credito, di cui al codice civile (spagnolo), meno favorevole al mutuatario. Si chiede così alla Corte di Giustizia se, considerata più vantaggiosa per il consumatore la prosecuzione della procedura esecutiva speciale, il giudice possa invece applicare in via suppletiva una norma *emanata successivamente alla stipula del contratto*, in forza della quale la procedura esecutiva speciale può trovare fondamento in una clausola contrattuale, valida, che consente la risoluzione anticipata del contratto ma in caso di mancato pagamento di almeno tre rate di mutuo. La Corte ribadisce che gli articoli 6 e 7 della Direttiva 93/13/CEE devono essere interpretati nel senso che, «da un lato, essi ostano a che una clausola di scadenza anticipata del contratto di mutuo ipotecario dichiarata abusiva sia parzialmente mantenuta mediante l’eliminazione degli elementi che ne determinano l’abusività, laddove l’eliminazione equivarrebbe a rivedere il contenuto della clausola stessa incidendo sulla sua sostanza»; salvo aggiungere che tuttavia, dall’altro, « gli stessi articoli non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità della clausola abusiva sostituendola con il nuovo testo della disposizione legislativa che ha ispirato detta clausola, applicabile in caso di accordo tra le parti contraenti, sempreché il contratto di mutuo ipotecario in questione non

possa sopravvivere in caso di eliminazione della clausola abusiva e l'annullamento in toto del contratto esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli».

Con una decisione che è un modello di equilibrismo argomentativo, la Corte, in nome dell'interesse del consumatore (in questo caso misurato *ab externo* rispetto al contratto, e cioè sulle garanzie di differenti procedure esecutive azionabili in caso di sua morosità), allarga con disinvoltura l'orizzonte della integrazione legale del contenuto del contratto, che in questo caso si spinge fino alle norme successive; e, soprattutto, dà in sostanza il via libera al giudice nazionale per una operazione di "correzione" del contenuto della clausola seppure mediato dall'applicazione della norma di legge cui le parti intendevano riferirsi: l'esito è infatti quello di sottoporre il contratto ad un regime diverso, applicabile ove la clausola (*come se* la clausola) prevedesse la risoluzione del contratto per morosità riferita a tre rate invece che una.

L'iter argomentativo e l'esito in realtà abbracciano, senza indugiare più di tanto, l'idea che, in perfetta aderenza con la *ratio* della disciplina, una volta intercettata e caducata la parte abusiva, il contratto debba essere restituito alla fisiologia di una relazione coerente ai principi dell'ordinamento che governano la corretta espressione dell'autonomia contrattuale. Operazione che dovrà guardare alle norme, ma senza fermarsi ad intercettare la singola regola idonea a sostituire quella convenzionale. L'orizzonte si sposta oltre il meccanismo della sostituzione; e, a ben vedere, solo così consente al giudice di assolvere al compito di un riequilibrio *ex post* della relazione contrattuale.

Niente di meglio al riguardo che le stesse parole della Corte di Giustizia. L'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CEE, «deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, come se non fosse mai esistita, cosicché non può sortire effetti nei confronti del consumatore». «Pertanto, l'accertamento giudiziale del carattere abusivo di una clausola del genere, in linea di massima, deve produrre la conseguenza di ripristinare, per il consumatore, *la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza*

di tale clausola» (sentenza 21 dicembre 2016, cause riunite *Gutiérrez Naranjo* causa C-154/15, *Palacios Martínez*, causa C-307/15 e *Irles López* causa C-308/15; corsivo nostro).

Il guadagno è sistematico e non meramente esegetico. L'obiettivo principale di conservazione del contratto, nell'art. 6 della Direttiva, illumina e guida il meccanismo di "salvataggio" fuori dall'ambito angusto della mera sostituzione della clausola, inevitabilmente spingendo oltre l'integrazione (cogente) di contenuto, verso una operazione interpretativa per la quale il giudice nazionale ha a disposizione tutti gli strumenti di regolazione offerti dall'ordinamento e fra i primi quelli di integrazione degli effetti²¹ per il tramite di tutte le fonti ammissibili.

7. *Segue. Il dialogo tra le Corti e le ricadute nei diritti interni. Il rimedio alla usurarietà dei tassi moratori in Cass. Sez. un., 18 settembre 2020, n.19597.*

Le conseguenze del nuovo approccio che si delinea in sede europea non tardano a farsi sentire nei diritti interni. Con questa giurisprudenza e in particolare con *Banco Santander SA e Rafael Ramón Escobedo Cortes* (sentenza 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17) si pone in palese continuità la pronuncia a Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione (n.19597/2020) quando, confermata (solo) in principio l'applicazione dell'art.1815, comma 2, c.c. in presenza di interessi usurari, ne riduce (ed in realtà sospende) l'effetto caducatorio in presenza di interessi usurari moratori, onde dare ingresso all'applicazione dell'art.1224, comma 1, c.c. Ritenuta l'applicabilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori²², la

²¹Occorre in buona sostanza spostare lo sguardo dall'integrazione di contenuto alla integrazione degli effetti, di cui al nostro art. 1374 c.c.

²² «La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso». Questo il principio di diritto: sulle motivazioni che lo sorreggono e che fondano anche l'identificazione dei parametri di determinazione di tassi usurari perché fuori mercato, si rinvia al testo della sentenza e ai diversi commenti (fra gli altri i contributi raccolti in *Contr.*, 2021, I, 89 ss.)

Corte continua affermando che «si applica l'art.1815 , comma 2, c.c. onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224 comma 1, c.c. con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti».

La soluzione è apparentemente in linea con il precedente della Corte di Giustizia, che nella decisione sopra ricordata ha ritenuto compatibile con la Direttiva 93/13/CEE una giurisprudenza nazionale secondo cui l'abusività di una clausola di un contratto di mutuo che determina gli interessi moratori con una maggiorazione di quelli corrispettivi superiore ad un certo limite comporta la soppressione integrale di questi interessi mentre continuano a maturare gli interessi corrispettivi previsti da altra clausola. A chiarire la portata del *decisum*, per la questione che qui interessa, è un passaggio della motivazione ove al giudice nazionale che abbia constatato il carattere abusivo di una clausola siffatta si riconosce il potere di escludere «molto semplicemente l'applicazione della clausola suddetta o della maggiorazione che tali interessi rappresentano rispetto agli interessi corrispettivi»²³.

Di sicuro un ulteriore esempio del nuovo corso intrapreso dai giudici di Lussemburgo, che qui si esprime con l'ammissibilità di una caducazione parziale della clausola, la quale, privata della (sola) parte concernente la maggiorazione degli interessi corrispettivi, ne risulterà comunque "rimaneggiata" dal giudice.

Meno sicuro ed anzi assai dubbio che da tale posizione possa trarre fondamento il principio di diritto poi affermato dalle nostre Sezioni Unite. *Banco Santander* ammette nel caso di specie il pagamento di interessi moratori nella misura fissata per quelli corrispettivi, ma ciò quale conseguenza della regola convenzionale presente nel contratto e "sopravvissuta" nella versione corretta. Il giudice nazionale può operare tale correzione (*rectius*, formalmente, questa parziale caducazione); «senza poter sostituire alla clausola disposizioni legislative suppletive, né rivedere la clausola in questione» si affretta a ribadire la Corte di Giustizia.

²³ Corsivo nostro

In un allontanamento a cascata dalle prime interpretazioni “ortodosse” della regola di cui all’art. 6 della UCTD, i giudici di Lussemburgo sorvolano sulla circostanza che l’eliminazione di una parte della clausola pattizia equivale ad una sua riscrittura e le nostre Sezioni Unite si spingono oltre, fino a prospettare una operazione di salvataggio (non necessaria a salvare l’intero contratto che, ove si applicasse la norma interna, sopravviverebbe quale mutuo gratuito) che presuppone, insieme, la parziale applicazione di una norma imperativa (la nullità comminata dall’art.1815, comma 2, c.c. ma qui limitata al segmento usurario dell’interesse moratorio rispetto al tasso di interesse corrispettivo) e l’applicazione di una norma suppletiva, quale l’art.1224, comma 1, c.c.

Le perplessità sull’intera impostazione di Cass., n. 19597 del 2020 (non solo dal profilo qui considerato) sono state ampiamente espresse dalla nostra dottrina e non interessa in questa sede tornarvi²⁴.

Giova invece sottolineare come, al di là delle formule ambigue che dovrebbero preservare l’ossequio alla regola di cui all’art. 6 della Direttiva, l’abbandono (necessario) della nullità “nuda”²⁵, che lì si vorrebbe improvvidamente prefigurata, si compie in modo abbastanza lineare allorché si riconosce che il modello di intervento delineato dal controllo di vessatorietà non può reggersi su operazioni notarili – individuazione della clausola abusiva/caducazione/ eventuale sostituzione con una specifica disposizione normativa – e non mortifica il “fisiologico” esercizio dei poteri interpretativi del giudice.

²⁴ Per una sintesi vedi il commento di STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*, in *Contr.*, 2020, p. 647 ss.; per una più ampia riflessione sul problema, sugli aspetti di carattere esegetico e sistematico e sulle implicazioni anche applicative, vedi *Interessi usurati e contratti bancari*, in D’AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017; v. anche COLANGELO, *Le Sezioni Unite della Cassazione e la salvezza degli interessi moratori: il divorzio dalla matematica e la tutela del contraente forte*, in *Contr.*, 2021, p. 89 ss.

²⁵ D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, p. 16 ss.

8. *I paradossi di Dziubak e le conseguenze.*

E' in questo contesto che si palesa in tutta la sua gravità l'inatteso quanto approssimativo *revirement* che la Corte di Lussemburgo ci riserva in *Dziubak*²⁶: decisione che irrompe nel tormentato ma lineare percorso di avvicinamento al senso complessivo dell'(inedito) rapporto autonomia privata/legge implicato dal controllo sul contenuto del contratto ai sensi della Direttiva 93/13 e che, persino inconsapevolmente, tende a cancellarne tutti i guadagni sistematici e interpretativi.

La fattispecie è qui quella, consueta, di un mutuo ipotecario indicizzato, secondo regole di indicizzazione definite nel regolamento della Banca: la somma prestata veniva versata in zloty polacchi ad un tasso di cambio non inferiore a quello applicabile nella suddetta banca al cambio in franchi svizzeri al momento della erogazione, tasso in base al quale veniva determinato altresì l'importo del debito residuo. Le rate di mutuo con il calcolo degli interessi erano espresse in franchi svizzeri e prelevate dal conto del debitore alla data di scadenza, in moneta polacca e sulla base del tasso di cambio applicabile a quella data alla vendita zloty-franchi svizzeri. Nel chiedere l'annullamento di siffatte clausole in quanto abusive, i mutuatari, in subordine alla caducazione del contratto, ne chiedevano il mantenimento sulla base delle altre regole contrattuali, facendo salva la determinazione dell'importo del mutuo (e dunque del debito da restituire) in valuta polacca, e l'applicazione del tasso di interesse stabilito in contratto, rapportato al tasso variabile Libor e al margine fisso della banca. La Banca, dal canto suo, contestata l'abusività delle clausole, invocava, in caso di annullamento di queste, l'applicazione degli artt. 56, 64 e 354 del codice civile polacco, il primo dei quali dispone che "Un atto giuridico produce non solo gli effetti che sono in esso espressi, ma anche quelli che derivano dalla legge, dalle norme di convivenza sociale e dagli usi". Nella specie, la prassi avrebbe previsto il rinvio al tasso medio della banca centrale. Ritenute le clausole contrattuali in questione essenziali, il giudice del rinvio chiedeva se, onde evitare la caducazione dell'intero contratto, quando ritenuta sfavorevole al consumatore, sia possibile sostituire

²⁶ CGUE, 3 ottobre 2019, C-260/18.

le clausole abusive mediante il ricorso a disposizioni nazionali di carattere generale come quelle che fanno rinvio agli usi e che nel caso di specie avrebbero rinvio ai tassi normalmente praticati dalla Banca; in caso di risposta negativa chiedeva se, onde evitare l'annullamento del contratto, possano mantenersi in vita le clausole abusive pur in assenza di una volontà in tal senso del debitore; a quale momento debba farsi riferimento per valutare l'interesse del consumatore al mantenimento o all'annullamento del contratto; infine se, in linea con il disposto dell'art. 6 Direttiva, il giudice debba optare per il mantenimento del contratto in forma modificata, come nel caso di specie tramite il rinvio agli usi, anche quando tale mantenimento, pur se non oggettivamente impossibile, possa contrastare con il rispetto della libertà contrattuale (nel caso di specie una determinazione del tasso di interesse depurato dai meccanismi di indicizzazione come voluti al momento della conclusione del contratto).

La questione di fondo, nelle sue sfaccettature, concerne, come di consueto, il se e il come del mantenimento del contratto amputato e la ricerca del rimedio alle lacune determinate dall'annullamento delle clausole abusive; ma a complicarlo interviene non solo (e non tanto) la supposta irrintracciabilità nell'ordinamento di riferimento di una norma suppletiva direttamente applicabile – se non quella di rinvio agli usi – quanto piuttosto il dubbio del giudice nazionale che una “correzione” come quella risultante dall'applicazione del criterio fornito dalla legge nazionale, vale a dire secondo gli usi, imprima allo scambio condizioni lontane da quanto voluto *ab initio* dalle parti (*rectius*, trattandosi di clausole non negoziate: da quanto atteso dal professionista).

Del tutto lineare e prevedibile la risposta della Corte sui quesiti per così dire “minori”: gli effetti sfavorevoli o meno dell'annullamento delle clausole per il consumatore devono valutarsi con riguardo al momento della controversia; e (qui però con una disinvoltata presa di distanza da *Pannon* e seguenti) neppure in nome dell'interesse del consumatore è possibile mantenere le clausole vessatorie senza le quali il contratto non potrebbe sopravvivere. Sconcertante, quanto meno nella sua sommaria ambiguità e nella fragilità dell'iter argomentativo, la posizione in merito al problema principale (prima e quarta questione pregiudiziale).

Quanto alla prima questione, la risposta della Corte è nel senso che non è conforme alla Direttiva rimediare alle lacune contrattuali determinate dalla caducazione delle clausole abusive mediante l'applicazione di disposizioni nazionali di carattere generale che prevedano una integrazione tramite equità o tramite gli usi, poiché – riportiamo testualmente – « esse non risultano [...] essere state oggetto di una valutazione specifica del legislatore al fine di stabilire » se consentano l'equilibrio tra diritti ed obblighi delle parti. Quanto alla quarta, la Corte conclude nel senso che il contratto non potrà essere mantenuto se il giudice nazionale, alla stregua del diritto interno, riterrà che l'eliminazione delle clausole comporti « la modifica della natura dell'oggetto principale del contratto ».

L'articolazione a ridosso di distinte questioni non riesce a nascondere il filo conduttore che ispira e “tiene” le due risposte, e che si rivela assai meno aderente ai principi richiamati di quanto sembri. Pur ove ritenuto che le clausole di cambio appartengano all'oggetto principale del contratto (esito dubbio o quanto meno, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte, non sempre scontato, come dimostra il ragionamento di *Kásler*), e che dunque il contratto non possa sopravvivere quando la loro eliminazione comporti il venir meno o la modifica di tale oggetto, è altrettanto assodato, sempre dopo *Kásler*, che anche in tale evenienza la caducazione del contratto potrà essere evitata, a protezione dell'interesse del consumatore, quando sia possibile una sostituzione alla luce di norme di diritto interno. A motivare la risposta alla quarta questione pregiudiziale – sempre nel presupposto dell'appartenenza della clausola all'oggetto principale del contratto – è allora non il principio evocato, che esclude la sopravvivenza del contratto se privato del suo (originario) oggetto principale ma ne ammette la sostituzione per via legale, bensì il presupposto che non possa darsi luogo ad integrazione legale, quand'anche prevista, perché, nel caso di specie l'applicazione delle norme di diritto interno *si risolverebbe* in una modifica di tale oggetto, *nel senso di allontanarlo dal programma originario*. Presupposto implicito del ragionamento della Corte che fa proprio il convincimento del giudice del rinvio (e della parte) secondo cui il regime di indicizzazione affidato alle clausole abusive costituisce *in toto* elemento centrale del programma contrattuale e come tale non

fosse surrogabile, pena il sacrificio dell'autonomia privata, dal differente regime ordinario di indicizzazione come previsto dagli usi. La *modificazione* dell'oggetto risiederebbe proprio nell'allontanamento dai contenuti ed esiti economici dell'originaria determinazione convenzionale (abusiva).

D'altra parte, secondo il più classico dei circoli viziosi, è sempre questo supposto sacrificio dell'autonomia privata a far apparire non sufficientemente garantista la regola del codice civile polacco, pure invocata dalla Banca, che rinvierebbe agli usi. Sicché è il medesimo presupposto a guidare la risposta alla prima questione pregiudiziale e a determinarne l'imbarazzante ambiguità.

Il ricorso alle disposizioni di carattere generale sarebbe precluso perché mancherebbe un preventivo apprezzamento del legislatore circa la capacità di queste, se applicate, di assicurare l'equilibrio di diritti ed obblighi tra le parti contraenti come avviene invece per le norme suppletive. Così argomenta la Corte non senza avere comunque ribadito che la risposta alle lacune del contratto privato delle clausole abusive va sempre ricercata innanzitutto nel diritto interno. Il che rende fin troppo facile l'obiezione che nel caso di specie la risposta alle lacune era fornita da una norma, quella sull'integrazione degli effetti del contratto di cui all'art. 56 codice civile polacco (e all'art. 354 in materia di adempimento dell'obbligazione), cui verosimilmente l'ordinamento interno ha per questa via riconosciuto l'idoneità ad una legittima ed equilibrata regolazione dello scambio in questione.

Non è allora l'irrintracciabilità di una fonte normativa nell'ordinamento interno (l'assenza di una norma) a precludere un corretto completamento del contenuto e degli effetti del contratto (che invece è previsto dal legislatore polacco), bensì *l'esito in concreto* dell'applicazione di tale fonte, come apprezzato dal giudice del rinvio, preoccupato che l'applicazione dell'uso in questione, peraltro invocata dalla stessa Banca, non avrebbe realizzato le originarie aspettative di guadagno sul rischio di cambio del professionista.

Qui sta la vera nota dolente in punto di diritto: la preoccupazione di interventi di correzione del contratto che, pur *secundum legem*,

imprimano allo scambio economico contenuti distanti dall'originario programma contrattuale o, se si considera che trattasi di contratti imposti, dall'originaria volontà ed interesse del professionista.

L'errore di prospettiva – che va ben al di là dei dubbi pure suggeriti dalle argomentazioni del giudice del rinvio – prende corpo nelle conclusioni dell'Avvocato generale, dove a giustificare l'ostracismo all'applicazione di disposizioni generali non è una pretesa (insostenibile) irrintracciabilità di queste nell'ordinamento interno, bensì l'esito (presunto) della loro applicazione. La loro applicazione comporterebbe, ad avviso dell'Avvocato generale, un intervento creativo del giudice, e potrebbe 'alterare l'equilibrio di interessi voluto dalle parti [...] con un'eccessiva compressione dell'autonomia contrattuale'. Allo stesso modo, del resto, la sommaria conclusione che di poco precede: il convincimento secondo cui la clausola sotto scrutinio – avente ad oggetto la differenza di cambio – deve considerarsi indissolubilmente connessa a quelle che definiscono l'obbligazione principale del contratto discende dall'apodittica considerazione che la sostituzione di un mutuo indicizzato in valuta interna e non più in franchi svizzeri, stante il mantenimento del *più basso tasso di interesse* originariamente convenuto, comporterebbe la trasformazione della tipologia di contratto.

A ispirare e guidare tali conclusioni è un principio di intangibilità dell'assetto di interessi originariamente consegnato al contratto in totale antitesi con *ratio* e tecnica dell'intervento in tema di clausole abusive; a riaffacciarsi è una concezione vetero-liberale dell'autonomia privata assai popolare, come si è efficacemente osservato, in una certa letteratura giuridica dei primi del '900²⁷, dalla quale i sistemi giuridici occidentali si sono però affrancati già molto prima dell'avvento del diritto europeo.

Ciò che le argomentazioni dell'Avvocato generale dimenticano è che l'intervento sulle clausole abusive è *per definizione correttivo dell'assetto di interessi originariamente consegnato al contratto*, giudicato non rispondente ad un reale equilibrio degli interessi

²⁷ ESPOSITO, *Dziubak is a fundamental wrong decision: superficial reasoning, disrespectful of National Courts, lowers the level of consumer protection*, in *ERCL*, 2020, p. 538 ss.

delle parti. E per questo integra la più incisiva delle tecniche di intervento della legge sull'autonomia privata, o almeno sulla espressione distorta di essa determinata dal maggior potere contrattuale del professionista. Rispolverare in questo contesto l'anacronistico dogma della intangibilità del volere dei privati in quanto espressione di una formale e pari libertà contrattuale equivale semplicemente e paradossalmente a negare in radice il regime introdotto con la UCTD o semmai a prospettare una pericolosa lettura *professional oriented*.

Ciononostante, non è ancora questo l'aspetto più insidioso della posizione in esame, che va rintracciato piuttosto nella confusione di piani da cui emerge stravolto il contenuto della Direttiva (in particolare art.6 e art. 1, par. 2) e il percorso interpretativo fin qui compiuto dalla Corte di Giustizia. Il principio, faticosamente affermatosi come abbiamo visto, che ammette il ricorso alle norme dell'ordinamento interno, anche suppletive, onde sostituire la regola pattizia abusiva e salvare il contratto, viene riletto e appiattito sul disposto dell'art.1, par. 2 (e considerando 13), che regola tutt'altro profilo del regime in parola, allorché espressamente esclude dal giudizio di vessatorietà clausole pattizie che riproducono disposizioni legislative o regolamentari *imperative*. Rintracciato in questa norma il fondamento del meccanismo di integrazione del contratto amputato – operazione già *prima facile* improbabile, atteso il riferimento esclusivo, nella norma, solo a disposizioni imperative – se ne prende a prestito la *ratio* come esplicitata nel Considerando 13, vale a dire il supposto preventivo apprezzamento da parte del legislatore dell'effetto non squilibrante. Sulla base di questa indimostrata assimilazione tra il perimetro delle disposizioni (imperative), la cui trasposizione nel contratto preclude uno scrutinio di vessatorietà, e l'ambito delle regole idonee a colmare la lacuna contrattuale (da ritenersi invece coincidente con tutte le regole di fonte legale offerte ai privati, ancorché suppletive e con tutte le disposizioni anche di principio desumibili dall'ordinamento interno, come continua a ricordare la Corte di Giustizia), si conclude che disposizioni generali non godrebbero di tale preventivo apprezzamento, lasciato in questo caso al giudice. Una discrezionalità che gli sarebbe preclusa alla stregua della giurisprudenza inaugurata da *Pereničova* e consacrata definitivamente da

Kásler. Qui una seconda rocambolesca confusione di piani, che trasferisce il limite della non manipolabilità *della clausola pattizia* ad opera del giudice, con cui si intende espungere dal contratto qualsivoglia deviazione convenzionale imposta dal professionista, per quanto corretta *ope iudicis*, sul terreno affatto diverso del presunto limite al potere del giudice di maneggiare clausole generali o usi *quando chiamato dalla legge*.

Si palesa così, e si offre alla Corte, nelle Conclusioni dell'Avvocato generale, una rilettura (o forse riscrittura) del dato normativo che ne spezza la coerenza con le finalità del controllo sul contenuto del contratto, qui rivisitate a partire dalle possibili conseguenze (economiche) sulle originarie condizioni di scambio attese dal professionista.

A scomparire, sommerso da questo bailamme argomentativo, è l'unico dato certo che avrebbe potuto guidare la decisione della Corte in linea con l'*acquis* consacrato in *Kásler*: la rintracciabilità, nel diritto interno implicato, di una norma suppletiva sulla integrazione del contratto, quale l'art. 56 del codice civile polacco, idonea a realizzare l'unico obiettivo della UCTD, cioè, come insegnano i giudici di Lussemburgo, ripristinare «*per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola*»²⁸. È su questa norma, semmai, che avrebbe dovuto essere provato il *test* (pur impropriamente) evocato dall'Avvocato generale del preventivo apprezzamento del legislatore sull'effetto "equilibrato" o meno della sua applicazione: apprezzamento implicito nella regola *legale* sull'integrazione del contratto e la scelta delle relative fonti.

Dovrebbe essere chiaro a questo punto perché *Dziubak* è ben più che una decisione sbagliata²⁹ e di sicuro non un semplice incidente di percorso. Negato il ricorso alle disposizioni e ai principi generali dell'ordinamento interno si stravolge, sostanzialmente negandolo, il

²⁸ CGUE, 21 dicembre 2016, cause riunite *Gutiérrez Naranjo* C-154/15, *Palacios Martínez* C-307/15 e *Irles López* C-308/15.

²⁹ Secondo la critica, del tutto condivisibile, di ESPOSITO, *op. cit.*

principio ormai acquisito che ammette il ricorso alle norme suppletive, così lasciando il giudice disarmato. Le dottrine *Dziubak* cacciano la Corte in un vicolo cieco i cui esiti non tardano a emergere.

In *Banca B S.A.* (sentenza 25 novembre 2020, causa C-269-19) già la formulazione dei quesiti da parte del giudice del rinvio lascia fuori la possibilità di una applicazione di norme intervenute successivamente alla stipula del contratto (strada pure tentata dal giudice rumeno di primo grado e non esclusa dalla Corte di Giustizia come si è visto in *Abanca Corporación Bancaria*); alla Corte si chiede quale delle altre diverse strade intraprese dai giudici nazionali per salvare un contratto di mutuo privo delle clausole di determinazione del tasso di interesse variabile sia conforme alla Direttiva. Ribadita, sull'onda del suo precedente, l'impraticabilità di correzioni ispirate al quadro normativo generale e ai suoi principi, la Corte trova ora più accettabile la via, pure esplorata dai giudici interni e prospettata (ma dubitativamente) da quello del rinvio, della rinegoziazione. Onde evitare, nell'interesse del consumatore, la caducazione del contratto di mutuo – inidoneo a sopravvivere senza clausole che determinino la misura degli interessi – il giudice potrà imporre alle parti di tornare a trattare entro un quadro che assicuri equilibrio di diritti ed obblighi.

Il principio, nel mentre celebra il primato dell'autonomia privata nel solco di *Dziubak*, lo smentisce, prospettando una trattativa *iussu iudicis* (del tutto ignorata nel sistema giuridico interno di cui trattasi). Per questa via si palesa il paradosso di una soluzione che intende tutelare il consumatore semplicemente restituendolo a quello scambio impari che il controllo sulle clausole abusive dovrebbe correggere; uno scambio in esito al quale gli si prospetterà verosimilmente solo la possibilità di accettare un contratto *diversamente* squilibrato quale unica alternativa ad un fallimento della trattativa che lo esporrebbe alle medesime conseguenze della caducazione del contratto originario. Che rimedio al fallimento della trattativa o ad un secondo contratto *diversamente* sfavorevole al consumatore? La caducazione, conseguente alla ritenuta impossibilità di integrazione del contratto e dunque alla inevitabile nullità di questo, o comunque l'azzeramento dello scambio, è solo rinviata, a meno dell'accettazione di condizioni comunque non pariteticamente negoziate, o della

meno probabile spontanea adesione delle parti (*rectius* della banca) ad una contrattazione equilibrata (non potendosi ascrivere al catalogo dei poteri del giudice chiamato a giudicare sull'esercizio autonomia privata più che una semplice raccomandazione per l'utilizzo di regole eque).

Ad avere le mani legate, dopo *Dziubak*, non è solo il giudice polacco del rinvio³⁰, ma la stessa Corte di Giustizia, disarmata e condotta a legittimare proprio ciò che l'UCTD vuole combattere : tornare a celebrare il primato della formale parità di forza contrattuale delle parti, restituire al mercato e alla libera manifestazione dei rapporti di forza che in esso si radicano la contrattazione *business to consumer* che invece la legge e il Trattato vogliono governata dal controllo di vessatorietà affidato al giudice. Ai giudici nazionali si suggerisce di tornare a celebrare il primato dell'esercizio dell'autonomia privata ("raccomandandone" un uso corretto) proprio in applicazione del segmento normativo che quell'esercizio intende invece più vigorosamente correggere e orientare!

9. *Lacune contrattuali, integrazione del contratto e ruolo del giudice: una necessaria messa a punto.*

Una lunga prassi applicativa e una ormai consolidata elaborazione giurisprudenziale (in sede europea ma anche ad opera delle Corti interne) hanno marcato decisamente la distanza dello scrutinio sulla vessatorietà dei contenuti contrattuali dal modello classico della nullità, anche nella versione di nullità parziale. È in coerenza a questo modello "ortodosso", invero, che la questione delle lacune contrattuali inevitabilmente impinge nei limiti e nella filosofia dell'integrazione cogente³¹. L'antidoto contro fughe all'indietro e

³⁰ "*His hands are even more tied now than they were before*", osserva giustamente ESPOSITO, *op. cit.*, p. 541.

³¹ Il regime della nullità parziale, come delineato ad esempio nel nostro art.1419 c.c., inevitabilmente circoscrive l'ambito di sopravvivenza del contratto, una volta appurata la non essenzialità della parte censurata alla stregua della volontà privata, all'innesto di disposizioni imperative, così determinando una necessaria esclusiva e biunivoca corrispondenza tra eccezione alla nullità radicale del contratto "amputato" e sostituzione della clausola, ed escludendo in principio il ricorso all'art.1374 c.c. in presenza di pattuizioni invalide. «La nullità parziale e

paradossi come quelli di *Dziubak* sta nella adeguata comprensione delle implicazioni sistematiche di questa distanza.

L'abbandono del modello classico della nullità si compie, nella UCTD, all'insegna di una flessibilità che connota, quale *unicum*, il regime delle clausole vessatorie, sia nella fase dello scrutinio sugli eventuali profili di abusività che in quella destinata a verificarne le conseguenze sul contratto, operazioni accomunate nel pur sintetico dettato dell'art.6, e destinate a dare corpo ad un inedito controllo/correzione, come abbiamo detto, *dall'interno*, del contratto. Il principio, pacifico, che al giudice chiede di procedere secondo un *overall assessment* in sede di giudizio di abusività, si proietta inevitabilmente sul versante "costruttivo", quando cioè sia in gioco la restituzione alle parti di un regolamento contrattuale riequilibrato. Alle Corti nazionali si chiede di ricostruire l'assetto di interessi che entrambe le parti intendevano affidare al contratto e verificare quali regole, di fonte convenzionale o legale, siano più idonee a realizzarlo secondo buona fede, per questo espungendo quelle convenzionali da ritenere "squilibrate" in danno del consumatore e facendo sopravvivere il rimanente impianto. Ne viene esaltata la funzione di ermeneutica contrattuale, alla ricerca, intanto, della causa in concreto rispetto a cui misurare la correttezza o meno dell'equilibrio di diritti e doveri tra le parti; d'altra parte, è ancora e soltanto alla stregua della causa in concreto del contratto che potrà delinearsi compiutamente l'oggetto cui si riferisce l'art. 4 al par. 2, quel nucleo "essenziale" così compiutamente delimitato dalla Corte di Giustizia. Ma è ancora inevitabilmente con una operazione di ermeneutica contrattuale governata dalla causa in concreto che il giudice potrà apprezzare sia la margi-

l'inserzione nell'accordo dei contenuti imposti dalla legge» – ripetono i nostri giudici di legittimità – «implicano la sussistenza di una specifica previsione di legge imperativa, che contempra clausole o prezzi destinati ad essere applicati incondizionatamente e ad imporsi in ogni caso alle parti. L'art. 1339 c.c. non è invocabile nell'ipotesi in cui non si prospetti la sostituzione di clausole contrattuali difformi rispetto a norme imperative di legge, ma solo l'integrazione di lacune della manifestazione della volontà negoziale, al fine, peraltro, di ottenere effetti che possono dipendere solo dalle pattuizioni delle parti»: così da ultimo Cass., ord. 23 maggio 2019, n. 14083 (con rinvio a molti precedenti).

nalità o meno delle clausole caducate, sia gli effetti di una caducazione in toto del contratto nella sfera del consumatore, sia, in ultimo ma non per ultimo, la capacità del contratto, depurato dalle parti abusive, di realizzare comunque la sua causa, dunque di produrre i suoi effetti.

La formula dell'art. 6, pur sintetica, racchiude perfettamente a nostro avviso quel percorso e lo indica allorché prospetta la sopravvivenza del contratto come possibilità legata alla sua idoneità a continuare a regolare il rapporto tra le parti. "I medesimi termini" cui la norma si richiama sono i contenuti contrattuali che sopravvivono alla caducazione, *e la loro tenuta sul piano degli effetti*. Questo si chiede al giudice quando lo si chiama a verificare se, «conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile» (sono le parole di *Banco Español de Crédito*, ma anche di *Asbeek Brusse*).

Siamo ben lontani dall'ortopedia (solo in apparenza evocata dalla Direttiva) e in generale dal regime di controllo su "clausole", che dovrebbe risolversi in una mera operazione di microchirurgia, sia che si fermi alla demolizione sia che si spinga alla riparazione/sostituzione. Questa operazione di "microchirurgia" potrebbe non essere necessaria (il contratto può essere eseguito anche senza la regolamentazione di quell'aspetto) o non essere possibile (non si rintraccia nell'ordinamento una clausola legale da inserire). Ma non sempre la seconda evenienza lascerebbe il giudice disarmato. La Corte di Giustizia coglie bene il percorso indicato dalla Direttiva e la sua *ratio* quando svincola l'attuazione del regime delle clausole vessatorie dal modello – per la verità familiare più ad alcuni Stati membri che all'impianto della Direttiva – della *integrazione cogente*, che solo può supportare un innesto mirato di quel tipo, giustamente evocato dall'art. 1 della Direttiva ma al differente scopo di rimarcare come debbano comunque rimanere sottratte allo scrutinio di vessatorietà clausole che le parti abbiano necessariamente mutuato da disposizioni inderogabili, rispetto alle quali, dunque, non si possa ravvisare una espressione (sindacabile) dell'autonomia privata.

Una volta ammesso – nella prospettiva di privilegiare ove possibile il mantenimento del contratto – che a consentire la sopravvi-

venza dell'accordo "amputato" e la realizzabilità dei suoi effetti possano essere le regole suppletive, la Corte di Giustizia porta il regime europeo delle clausole vessatorie decisamente fuori dallo schema "ortodosso" che ad esempio il nostro ordinamento affida al combinato disposto degli artt.1339 e 1419, comma 2, c.c.: il modello per cui se le parti hanno espresso una volontà contraria alla legge non può farsi luogo che alla caducazione della clausola con eventuale inserzione di quella prevista da norma imperativa, mentre non vi è spazio per l'integrazione ex art.1374 c.c., il cui (diverso) presupposto è "l'incompleta o ambigua espressione della volontà dei contraenti"³².

L'approccio cui si ispira tutto il meccanismo di controllo sul contenuto contrattuale è ben diverso, proprio perché in principio complessivo, e come tale deve supportare non solo il giudizio di vessatorietà che porta alla caducazione della (o delle clausole), ma anche il dopo: che, come insegna la stessa Corte, altro non è che la restituzione, ove possibile, del programma contrattuale alla situazione di fatto e di diritto che si sarebbe determinata senza le deviazioni, vessatorie, impresses dall'autonomia privata. Il mantenimento del contratto non si compie, esaurendosi, nell'ambito della integrazione cogente, né – come conferma il ricorso alle norme suppletive – riproponendone la tecnica di secca sostituzione della clausola convenzionale con una clausola ad hoc comunque prevista dalla legge: bensì attraverso il rinvio (*rectius* la restituzione) alla fisiologia di una *disciplina legale*, ivi compresi gli spazi che essa consente alle parti e che queste hanno legittimamente occupato con il contenuto pattizio ritenuto legittimo, rispetto alla quale è *tamquam non esset* la deroga convenzionale, pure ammessa ma nel caso concreto illegittima. L'esito di siffatta ricostruzione del regime governato dalla UCTD può piacere o meno; ma ove lo si accetti, nel solco dell'insegnamento della Corte, se ne dovranno ammettere tutte le conseguenze.

Se l'obiettivo, come sembra, è quello di neutralizzare l'apporto dell'autonomia privata ove questo abbia impresso contenuti "squilibranti" in danno di una parte, non coerenti, alla stregua della buona fede, con la causa contrattuale, si giustifica il riespandersi di tutte le

³² Vedi ancora, fra le tante, Cass., 21 marzo 2014, n. 6747.

regole che secondo l'ordinamento interno avrebbero retto l'accordo e la sua esecuzione in mancanza di quell'apporto. Spostata l'attenzione dalla clausola censurata al complessivo assetto di interessi, il contratto viene restituito al contesto di un ordinamento che non celebra l'esclusivo primato della volontà privata, ma detta regole destinate ora, in alcuni casi, a prevalere su questa (le norme imperative) ora, semplicemente, a sopperirvi o a completarla allorché l'atto di autonomia non abbia voluto (o, in questo caso potuto) regolare tutti gli aspetti del rapporto e tutte le variabili in sede di esecuzione, secondo il meccanismo della integrazione legale, ove previsto.

Operazione per cui il giudice ha dunque a disposizione – e non potrebbe essere diversamente – tutti gli strumenti propri della propria funzione ermeneutica, sia quando si tratti di scandagliare i contenuti anche impliciti della clausola pattizia sospetta di abusività nel contesto del complessivo assetto di interessi delineato dalle parti, sia quando si tratti di saggiare la realizzabilità del programma contrattuale così corretto nel contesto normativo considerato nel suo complesso, al quale l'accordo, ricondotto alla sua fisiologia, deve essere restituito. Entro un dialogo autonomia privata/legge come quello, abbastanza inconsueto, prefigurato dal regime delle clausole vessatorie, ne risulta esaltata sia la continuità tra contenuto ed effetti del contratto³³, su cui la legge vuole che il giudice indaghi, sia l'inevitabile contiguità tra interpretazione e integrazione³⁴; quest'ultima del tutto in linea con l'avversione ad interventi manipolativi ribadita dai giudici di Lussemburgo, quando, rifuggendo dalla ricerca di parametri "esterni", si muova nel rispetto del programma contrattuale e delle disposizioni di legge.

³³ “Se consideriamo il contratto come regolamento” – insegna Sacco – “non c'è posto per la distinzione tra contenuto ed effetto”: SACCO, *L'integrazione*, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, p. 1383.

³⁴ “Il fenomeno dell'integrazione, nei termini previsti dall'art. 1374 c.c., altro non è che una sorta di proseguimento di un unico itinerario interpretativo che se ruota intorno all'art. 1362 c.c., ha i suoi punti intermedi più qualificanti negli artt. 1366, 1368, 1369 c.c., ma che trova il suo inizio già nell'art. 1340 c.c. e il suo approdo logico e naturale appunto nell'art. 1374 c.c.”: FERRI, *Il negozio giuridico*², Padova, 2004, p. 256.

Lungo questa rotta, maggiormente in sintonia con la *ratio* del controllo di vessatorietà, è sembrata avviarsi la giurisprudenza della Corte di Giustizia, pur se con decisioni in cui talune *defaillances* in punto di coerenza argomentativa sembrano il prezzo da pagare alla sofferta discontinuità con il più risalente approccio all'art. 6 UCTD, duro a morire. Solo una maggiore consapevolezza della tenuta di questo percorso sul piano sistematico può fare argine a pericolosi salti all'indietro.

MARCO ANGELONE
Professore Ordinario di diritto privato
Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara

GIUDICI E AUTORITÀ INDIPENDENTI: CON- CORRENZA E SINERGIA TRA RIMEDI

SOMMARIO: 1. Il contributo fornito dalle *Authorities* all’innalzamento del livello di effettività della tutela nell’alveo dei rapporti civili patrimoniali. – 2. L’*escalation* dei rimedi di matrice amministrativa: l’esperienza dell’Agem. Le iniziative del legislatore europeo volte a intensificare l’*enforcement* pubblico e... – 2.1. ...a promuoverne un più efficace coordinamento con gli strumenti di *private enforcement*. – 3. I sistemi di ADR istituiti presso le Autorità indipendenti ovvero presso altri organismi permanenti che operano sotto la loro egida. – 4. Le *Authorities* quali «istituzioni di garanzia». La necessaria salvaguardia della cultura della giurisdizione e dei principi del «giusto processo».

1. *Il contributo fornito dalle Authorities all’innalzamento del livello di effettività della tutela nell’alveo dei rapporti civili patrimoniali.*

Il titolo del contributo lascia trasparire in filigrana la proposta ricostruttiva accolta che mira a testimoniare l’apporto fornito dalle

Autorità indipendenti all'innalzamento del livello di effettività della tutela¹ nell'alveo dei rapporti civili patrimoniali².

In fondo, non è difficile immaginare che le *Authorities* possano manifestare tale vocazione, che è per vero impressa nel loro corredo genetico, essendo state storicamente concepite per dare massima attuazione ad alcuni valori e interessi di rango costituzionale che le tradizionali articolazioni dello Stato-persona non avrebbero potuto o saputo realizzare in maniera altrettanto appropriata e «sostenibile»³.

Del resto, proprio questo *imprinting* ha consentito agli organismi in parola di uscire dalle secche della «tendenziale incostituzionalità» in cui rischiavano di rimanere arenati⁴ e di guadagnarsi sul campo –

¹ Sul principio di effettività, cfr. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 381 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.; ID., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.; CARAPEZZA FIGLIA e SAJEVA, *Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi*, in G. Perlingieri e Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 161 ss.

² Sul nesso intercorrente tra istituzione delle Autorità indipendenti e tutela dei diritti, nonché sulla possibilità di annoverare quest'ultima tra i loro scopi istitutivi, si interroga POGGI, *La tutela dei diritti dinanzi le Autorità indipendenti*, in *Stato*, 2018, pp. 79 ss. e 106 ss.

³ Sul concetto di sostenibilità nell'ambito della riflessione giuridica, cfr. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, Napoli, 2018; G. PERLINGIERI, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*. *A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; e, sebbene in una differente prospettiva, CACCAVALE, *Per un diritto sostenibile*, in Conte e Palazzo (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Milano, 2018, p. 241 ss.

⁴ Infatti è stata sin da subito molto discussa la legittimazione e la «copertura» costituzionale delle *Authorities* che ancora oggi rappresenta un vero e proprio «rompicapo» per gli interpreti (la felice metafora è di CHELI, *L'innesto costituzionale delle autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in *astrid-online.it*, 2006, p. 1 s.). In argomento cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, spec. p. 301, che altrove rileva come «[e]sse [...] non sono istituzioni costituzionalizzate né, per come sono concepite, armoniche al sistema costituzionale e alla divisione dei poteri» (ID., *Crisi dei mercati finanziari e crisi delle imprese*, in *Riv. dir. impr.*,

nonostante la perdurante assenza di un esplicito riconoscimento superprimario – una legittimazione in chiave teleologico-funzionale (e che ben presto è diventata anche assiologica), proponendosi all'interno di settori «sensibili»⁵ di particolare rilievo sociale ed economico quali idonee alternative alla giurisdizione⁶ e alla burocrazia⁷.

L'impatto migliorativo e il valore aggiunto generato dalle Autorità indipendenti nella protezione delle situazioni giuridiche⁸ si misura e si avverte in tutta la sua portata se si pone mente alla congerie

2011, p. 242); GIACOBBE, *Competenza delle Authorities e tutela dei diritti della persona*, in P. Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999, p. 31 ss.; e, in tempi più prossimi, PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, p. 2 ss., ma spec. p. 25 ss.; ROLLI e TAGLIATELA, *La 'legittimazione' costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *giustamm.it*, 2010, spec. §§ 3 ss.; DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 27 ss.

⁵ CAVATORTO e LA SPINA, *Le Autorità indipendenti in Italia*, in *Nuova inf. bibl.*, 2009, p. 307.

⁶ D'altronde, «[l]a magistratura non è risultata parimenti un presidio sufficiente, in quanto, [...] il sindacato giudiziario, intervenendo nella dimensione patologica della vita relazionale, non è in grado di garantire una tutela a carattere preventivo nei confronti di settori nevralgici che abbisognano tempestivamente di interventi correttivi ed ortopedici nella fase fisiologica» (CARINGELLA, *Le autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in ID., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*⁶, I, Milano, 2011, p. 1094).

⁷ CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, p. 51, allaccia l'istituzione di tali entità alla «fuga dall'amministrazione tradizionale» atteso che «questa è legata alle proprie consuetudini e non è in grado di affrontare compiti tecnici e delicati»; per contro, «in determinati settori, nei quali invero la funzione amministrativa si esercita principalmente attraverso compiti di regolazione dei rapporti tra i diversi attori sociali, il principio stesso di imparzialità sembra necessitare la sottrazione totale di questi settori di amministrazione [...] ad ogni possibilità di influenza del potere politico». A questo proposito anche MANETTI, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2015, p. 352, ricorda come «negli anni Novanta – di fronte alle macerie di Tangentopoli – queste nuove istituzioni [*id est*, le Autorità indipendenti] potevano apparire le uniche presentabili, purché si dichiarassero e si mantenessero monde dal *contagio della politica partitica*» (corsivo non testuale).

⁸ Per CINTIOLI, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti ieri e oggi*, in *federalismi.it*, 2019, 12, p. 22 ss., la spiccata funzione di tutela di diritti e interessi sensibili demandata alle *Authorities* è

di tutele amministrative e di sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (ossia di ADR) istituiti, sull'onda del principio di sussidiarietà, e attivi presso di esse.

Gli apparati rimediali in questione sono infatti fonte di un vantaggio individuale in quanto offrono ai soggetti tutelati (spesso versanti in condizione di debolezza⁹) strumenti ulteriori che affiancano o integrano la (insopprimibile e irrinunciabile) giurisdizione, così moltiplicando i «luoghi» ove reclamare e ottenere il riconoscimento delle proprie ragioni; ma, al contempo, producono un beneficio su più larga scala, cioè di stampo superindividuale, dal momento che lo sciame di decisioni rese dalle *Authorities* in sede amministrativa o «giustiziale» acquista – secondo i chiaroscuri¹⁰ della c.d. «*regulation by litigation*»¹¹ – un contenuto regolatorio che trascende i confini della specifica questione trattata o della specifica controversia decisa

un corollario del processo di «giurisdizionalizzazione» («*juristocracy*») delle istituzioni pubbliche che tendono sempre più ad atteggiarsi a giudici.

⁹ Lo stesso Consiglio di Stato annota, in un significativo arresto di recente pubblicazione, l'esistenza di una «unitaria attività di protezione dei soggetti deboli [...], che è svolta con criteri simili, da tutte e ciascuna ANR [leggasi: autorità nazionale di regolazione] di settore»: Cons. St., 7 febbraio 2020, n. 987, in *giustizia-amministrativa.it* (cfr., identicamente, Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 897, *ivi*).

¹⁰ LUCATTINI, *Certezza e nuovo diritto giurisprudenziale: il regolare giudicando delle autorità indipendenti di regolazione*, in *federalismi.it*, 2014, 18, p. 2 ss. e p. 11 ss. Non risparmia critiche SCANNICCHIO, *La falsa attuazione della finta direttiva per l'ADR di consumo in Italia. Un caso di studio sulla tutela di diritti individuali tramite poteri di regolazione*, in *Contr. impr.*, 2019, spec. p. 1001 ss.

¹¹ Sulle funzioni «giustiziali» delle *Authorities* e sulla c.d. «*regulation by litigation*», cfr. NAPOLITANO, *Regulation and Litigation. La linea continua tra regolazione e soluzione delle controversie*, in Zoppini (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione. In ricordo di Antonio Preto*, Roma, 2017, p. 139 ss.; LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 32 ss., ma spec. p. 201 ss.; CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale delle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV. (a cura di), *Associazione italiana dei Professori di Diritto amministrativo. Annuario 2002*, Milano, 2003, p. 235; nonché, nella collaudata esperienza delle *agencies* statunitensi, MORRISS, YANDLE e DORCHAK *Regulation by litigation*, New Haven, 2009, *passim*.

e che è capace di imporsi agli attori del mercato orientandoli verso condotte più virtuose e in linea con gli indirizzi autoritativi¹².

Tanto premesso, si procederà a un ingrandimento su ciascuno dei fenomeni appena evocati.

2. *L'escalation dei rimedi di matrice amministrativa: l'esperienza dell'Agcm. Le iniziative del legislatore europeo volte a intensificare l'enforcement pubblico e...*

Per testare il peso assunto, nel panorama dei rimedi, dalle tutele di matrice amministrativa basti guardare all'*escalation* delle previsioni che riconoscono all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)¹³ il potere di accertare, inibire – anche in via d'urgenza – e sanzionare le violazioni della normativa consumeristica e dei diritti spettanti ai consumatori¹⁴. Simili prerogative, in origine assenti e introdotte inizialmente soltanto in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 27 c. cons.)¹⁵, sono state nel giro di pochi anni

¹² RAMAJOLI, *ADR presso le autorità indipendenti*, in Danovi e Ferraris (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018, p. 253; ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove aut.*, 2017, p. 453.

¹³ Tuttavia, di là dallo specifico contesto esaminato nel testo e preso a paradigma del fenomeno indagato, tutto ciò riflette – come da ultimo osserva TUCCI, *Strumenti amministrativi e mezzi di tutela civilistica: verso un superamento della contrapposizione?*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 84 ss. – il trend europeo teso a enfatizzare l'azione di *enforcement* delle autorità amministrative preposte al governo dei mercati.

¹⁴ In merito al progressivo potenziamento della tutela amministrativa nei rapporti di consumo, sia consentito il rinvio a ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 728 ss.

¹⁵ CIATTI CÀIMI, *Sub art. 27*, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*², Napoli, 2019, p. 109 ss.; S. STELLA, *Sub art. 27*, in Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*⁵, Milano, 2019, p. 270 ss.; FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in Recinto, Mezzasoma e Cherti (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 70 ss.; TADDEI ELMI, *I rimedi: tutela amministrativa e giurisdizionale. L'autodisciplina*, in Vettori (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Padova, 2013, p. 237 ss.; ZORZI GALGANO, *Il con-*

allargate all'area: dei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali (art. 66, comma 1, c. cons.)¹⁶; dei contratti di multiproprietà e relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine (art. 79 c. cons.)¹⁷; e – seppure con qualche adattamento – delle clausole vessatorie (art. 37 *bis* c. cons.)¹⁸. All'infuori del Codice del consumo, ulteriori controlli amministrativi sono sanciti per censurare gli abusi di dipendenza economica (art. 9, comma 3 *bis*, l. 18 giugno 1998, n. 192)¹⁹; l'inosservanza delle prescrizioni concernenti i contratti del

tratto di consumo e la libertà del consumatore, Padova, 2012, p. 122 ss.; GUERINONI, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010, p. 137 ss.

¹⁶ PAGLIANTINI e SALVI, Sub art. 66, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *op. cit.*, p. 392 ss.; GIOIA, Sub art. 66, in Cuffaro (a cura di), *op. cit.*, p. 536 ss.; PROVENZANO, *Commento all'art. 66*, in Gambino (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. 21/2014*, Torino, 2014, p. 294 ss.; ARGENTATI, *Commercio on line, nuovi diritti per i consumatori e ruolo dell'autorità amministrativa*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, spec. p. 32 ss.; RICCIUTO, *Le pratiche commerciali scorrette nella contrattazione a distanza*, *ivi*, p. 12 ss.; ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, *cit.*, p. 8 s.; PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, *ivi*, p. 44 ss.

¹⁷ TURCO, Sub art. 79, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *op. cit.*, p. 392 ss.; ERMINI, Sub art. 79, in Cuffaro (a cura di), *cit.*, p. 570 ss.; CILLEPI, *La multiproprietà*, in Recinto, Mezzasoma e Cherti (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, *cit.*, p. 352; CASCELLA, *La nuova multiproprietà. Forme, disciplina e tutela del consumatore*, Padova, 2012, p. 204 ss.

¹⁸ ROSSI CARLEO, Sub art. 37 *bis*, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *cit.*, p. 240 ss.; BARENGHI, Sub art. 37 *bis*, in Cuffaro (a cura di), *cit.*, p. 364 ss.; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*³, Torino, 2014, p. 147 ss.; ACHILLE e CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in Recinto, Mezzasoma e Cherti (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, *cit.*, p. 96 ss.; ANGELONE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell'attività provvedimento condotta dall'Agcm nel triennio 2013-2015*, in *Conc. merc.*, 2016, p. 525 ss.; ID., *La nuova frontiera del «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 ss.

¹⁹ Cfr. il provv. 20 dicembre 2019, n. 28043 (A525), in *Boll. uff. Agcm*, 20 gennaio 2020, n. 3, p. 36 ss., che ha sanzionato un abuso di dipendenza economica consistente nella interruzione arbitraria delle forniture perpetrata da un distributore nazionale di stampa quotidiana e periodica a danno di un'impresa di distribuzione operante a livello locale; il provv. 23 novembre 2016, n. 26251 (RP1), in *Danno resp.*, 2017, p. 382 ss., con nota di ROMANO, *Problemi scelti in tema di abuso di dipendenza economica da ritardo nei pagamenti commerciali*; e in *Merc. conc.*

turismo organizzato (art. 51 *octies*, d.lg. 23 maggio 2011, n. 79)²⁰ e i contratti di cessione di prodotti agroalimentari (art. 62, comma 5, 6 e 7, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012, n. 27)²¹; ovvero per contrastare le discriminazioni contrattuali nell'accesso ai servizi fondate sulla nazionalità o sul luogo

reg., 2016, p. 549 ss., con nota di MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, che ha sanzionato un abuso di dipendenza economica consistente nella diffusa e reiterata violazione della disciplina relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali di cui al d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231. Più di recente, il provv. 17 marzo 2020, n. 28192 (A539), in *Boll. uff. Agcm*, 6 aprile 2020, n. 14, p. 31 ss., con il quale è stata avviata un'istruttoria nei confronti di Poste Italiane s.p.a. che – stando alle informazioni preliminari acquisite dall'Agcm – avrebbe imposto alla società Soluzioni s.r.l. «clausole contrattuali ingiustificatamente gravose» e, più nel dettaglio, regole e parametri organizzativi tali da irrigidire oltremodo la struttura aziendale, rendendola inadatta a operare con soggetti diversi, così impedendole, dopo l'interruzione dei rapporti contrattuali con Poste Italiane (avvenuta nel 2017), di collocare altrimenti nel mercato i servizi svolti.

²⁰ CECCHINI, Sub *art. 51 octies*, in Cuffaro (a cura di), cit., p. 1423 s. In ordine alle norme della direttiva 2015/2302/UE che sollecitavano gli ordinamenti nazionali a introdurre una apposita previsione in tema di tutela e sanzioni amministrative, cfr. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1125 s.

²¹ Per una ipotesi applicativa della competenza in esame, cfr. il provv. 22 dicembre 2015, n. 25797 (AL14), in *Boll. uff. Agcm*, 18 gennaio 2016, n. 49, p. 15 ss.; e, in riferimento al segnalato provvedimento, CARLI, *L'abuso di potere negoziale nella Grande Distribuzione Organizzata. Un paradigma a geometria variabile*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 181 ss. Più in generale si veda IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2016, spec. p. 108 ss.; MAURO, *Contratti della filiera agroalimentare: squilibrio ed effettività dei rimedi*, in *Pers. merc.*, 2016, spec. p. 23 ss.; GERMANÒ, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli*, in Id. e Rook Basile (a cura di), *I contratti agrari*, Torino, 2015, p. 161 ss., ma spec. p. 187 ss.; TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in Id., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, p. 103 s.; SEPE, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agro-alimentare: profili concorrenziali e ruolo dell'AGCM*, in Albisinni, Giuffrida, Tommasini e Saija (a cura di), *I contratti del mercato agroalimentare*, Napoli, 2013, p. 107 ss.; BENEDETTI e BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 641 ss.; PERA, *Antitrust e tutela della parte debole*, in *Conc. merc.*, 2013, p. 855 ss.; RIZZIOLI, *La disciplina delle relazioni commerciali in materia di ces-*

di residenza del destinatario (art. 30, comma 1 *bis.*, d.lg. 26 marzo 2010, n. 59)²².

La carrellata evidenza come il legislatore – sfruttando le potenzialità della disciplina sovranazionale che invita gli Stati a dettare disposizioni che permettano agli interessati di far valere le proprie posizioni soggettive (indifferentemente) dinanzi a un giudice o a un organo amministrativo – si sia impegnato in una politica di rafforzamento dell'*enforcement* pubblico nei rapporti di consumo, non soltanto incrementandone le ipotesi, ma anche estendendolo ad ambiti nei quali si era in origine optato per il solo «canale» giurisdizionale.

Al fondo, vi è la convinzione che simili forme di controllo, caratterizzandosi per una maggiore celerità e immediatezza come pure per una maggiore capacità «punitiva» ed «afflittiva»²³, si dimostrano

sione di prodotti agricoli e alimentari tra prospettive di diritto dell'Unione europea e legislazione alimentare interna, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 239 ss., ma spec. p. 268 ss.; TORINO, *La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1425 ss., ma spec. p. 1446 s.; TAMPONI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari: forma e incertezze legislative*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, p. 439 ss.; JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, *ivi*, 2012, I, p. 545 ss.; ALBISINNI, *Mercati agroalimentari e disciplina di filiera*, in *Riv. dir. alim.*, 2014, I, p. 9; PETRELLI, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, *ivi*, p. 10 ss., ma spec. p. 15; RUSSO, *Le violazioni dell'art. 62 d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, *ivi*, 2012, 4, p. 1 ss.; ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, *ivi*, p. 1 ss., ma spec. p. 9 s.

²² Il dettato normativo trova attuazione nell'art. 22 della delib. Agcm 1 aprile 2015, n. 25411, che disciplina in modo omogeneo le procedure istruttorie che si svolgono innanzi all'Autorità garante. In particolare, si puntualizza il riparto di attribuzioni tra l'Agcm e il Centro europeo dei consumatori (CEC) per l'Italia che è competente in prima battuta ad esaminare le segnalazioni dei consumatori, delle microimprese e dei relativi enti esponenziali.

²³ Così Cons. St., 22 settembre 2014, n. 4773, in *Gior. dir. amm.*, 2015, p. 252 ss., con nota di IOANNIDES, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra "public" e "private enforcement" nel diritto antitrust*; e in *Foro amm.*, 2015, p. 781 ss., con nota di TREMOLADA e BALESTRA MARINI, *Il rapporto tra "private" e "public enforcement" del diritto "antitrust" nella giurisprudenza amministrativa*.

spesso più incisive rispetto alle concorrenti iniziative giudiziali o comunque in grado di ottimizzare il *private enforcement*. Non a caso, il Consiglio di Stato ha statuito che la tutela amministrativa dei diritti traccia «un campo indispensabile di intervento delle Autorità di regolazione nella moderna realtà dei mercati, a fronte delle difficoltà dell'ordinaria risposta giudiziaria (basata sull'innesco di un contenzioso pulviscolare) a rispondere alle problematiche poste dall'economia di massa»²⁴.

Di ciò sono ben consapevoli le istituzioni dell'Unione come confermano le azioni già avviate o messe in cantiere che – al fine di salvaguardare «*con efficacia*» il corretto funzionamento del mercato interno e i diritti di consumatori – mirano, da un lato, a implementare la repressione pubblicistica delle violazioni concorrenziali; dall'altro, a promuoverne un più intenso coordinamento con l'autorità giudiziaria²⁵.

Sul primo fronte, si pensi al reg. 2017/2394/UE²⁶ e alla direttiva 2019/1/UE²⁷ che puntano a potenziare la posizione istituzionale delle autorità garanti della concorrenza dei singoli Stati membri dotandole di risorse congrue, nonché di poteri di indagine, cautelari e sanzio-

²⁴ Cons. St., 7 febbraio 2020, n. 987, cit. La proposizione riscritta ricorre *verbatim* anche in Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 897, cit.

²⁵ Uno dei primi a intercettare tale dinamica è stato IELO, *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, in *Amministrare*, 2006, spec. p. 220 ss.

²⁶ Il regolamento «sulla cooperazione tra le autorità nazionali per l'esecuzione della normativa che tutela i consumatori» (c.d. «regolamento CPC - *Consumer Protection Cooperation*»), pienamente operativo dal 17 gennaio 2020, si prefigge di assicurare una più stretta collaborazione tra le *Authorities* nazionali preposte alla protezione dei consumatori, individuando poteri ispettivi (che ricomprendono finanche la facoltà di avviare indagini «a tappeto» in caso di violazioni su larga scala) ed esecutivi minimi comuni.

²⁷ Avevano esaminato i contenuti della c.d. «direttiva ECN+», GHEZZI e MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1015 ss.

natori ancora più penetranti; oppure al c.d. «*New deal* per i consumatori»²⁸ che propone un «pacchetto» di modifiche al vigente panorama normativo consumeristico²⁹ dirette, tra l'altro, ad assicurare l'irrogazione di sanzioni pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive specie a fronte di infrazioni diffuse; e a modernizzare i rimedi inibitori collettivi esperibili dinanzi a organi giurisdizionali e/o amministrativi³⁰.

2.1. ...*a promuoverne un più efficace coordinamento con gli strumenti di private enforcement.*

Sul secondo fronte, vale a dire sul piano del coordinamento, va osservato che, nel modello «misto»³¹ che si è venuto a delineare, la

²⁸ Cfr. la comunicazione della Commissione europea dell'11 aprile 2018 rivolta al Parlamento ed al Consiglio dell'Unione [COM(2018) 183 final]. Sul punto si veda CILENTO, *New deal per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1195 ss.

²⁹ Nel dettaglio, le iniziative legislative si sostanziano in: *a*) una proposta di direttiva con modifiche mirate alla direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; alla direttiva 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori; alla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; e alla direttiva 98/6/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; *b*) una proposta di direttiva per la modifica e sostituzione della direttiva 2009/22/CE, sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori (c.d. «*injunctive directive*»).

³⁰ Quanto all'introduzione di un modello eurounitario di azione collettiva risarcitoria, CAPONI, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il "Dieselgate")*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 332 ss.; PALMIERI, *Perdite seriali dei consumatori e tutela collettiva risarcitoria: dove si dirige l'Europa?*, *ivi*, 2018, V, c. 205 ss.; SERAFINELLI, *Ancora sulla tutela del consumatore, anche in forma collettiva*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 612 ss.

³¹ Poiché frutto della combinazione tra «*private*» e «*public enforcement*». In argomento TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012, p. 1 s., ma spec. p. 27 ss.; come pure ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 5 e 6 s.; LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in Pellegrino e Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, 2014, p. 159 ss.; CASSINIS, *Antitrust tra Autorità e giudici: aspetti problematici ed innovativi*, in Raffaelli (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles-Mi-

tutela amministrativa non occupa più un ruolo meramente ancillare, ma opera in chiave sempre più sinergica e integrata con la giurisdizione³², essendosi incrementati i punti di contatto e le relative «interazioni»³³.

Si consideri al riguardo la nuova disciplina sul risarcimento del danno *antitrust* che ha reso vincolanti nel giudizio risarcitorio gli accertamenti degli illeciti anticoncorrenziali compiuti dall'Agcm ove non più passibili di ricorso o confermati con sentenza passata in giudicato, sì che il giudice civile – spogliato della sua veste di *peritus peritorum* – non può più apprezzarli liberamente, dovendo viceversa ritenere definitivamente acclarata, nei confronti dell'autore, la violazione contestata con riferimento sia alla sua natura sia alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale³⁴. Tra l'altro, a

lano, 2009, p. 263 ss.; BRUZZONE e BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in *astrid-online.it*, p. 1 ss.

³² Lo avevano a suo tempo constatato BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 207 ss., ma spec. 258 s. e 266 ss.; e CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2014, p. 367.

³³ «Dal mutato atteggiarsi del concetto di giustizia, non più intesa quale manifestazione di sovranità, ma come luogo di tutela, giurisdizionale e non, delle situazioni soggettive discende un importante corollario, che opera sul piano dei moduli di collegamento tra tutela giurisdizionale e tutele alternative: per assicurare il massimo di utilità a coloro che chiedono giustizia, processo e metodi alternativi debbono divenire complementari e coordinarsi sinergicamente»: LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., p. 205.

³⁴ COSTANTINO, *Note su authorities e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 35 s.; NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 476 ss.; CASSINIS, *L'efficacia vincolante delle decisioni antitrust nei giudizi di risarcimento dei danni*, in *giustiziacivile.com*, 2018, p. 1 ss.; MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, p. 273 ss.; ZARRO, *La tutela risarcitoria da danno antitrust: nuovi sviluppi per il sistema misto di enforcement*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 669 ss.; VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 445 s.; ID., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno "antitrust": riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 305 ss.; BRUZZONE e SAJA, *"Private e public enforcement" dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, p. 29 ss.; FABBIO,

sommesso avviso di chi scrive, il precetto scolpito nell'art. 7 del d.lg. n. 3 del 2017³⁵ si candida, in un'ottica di sistema³⁶, a superare il suo campo oggettivo e soggettivo di applicazione non potendosi *a priori* negare, all'interno di un processo ordinario risarcitorio³⁷, analoga attitudine probatoria ai provvedimenti adottati – *ceteris paribus* – da

Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle Autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement" (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3), in An. giur. econ., 2017, I, p. 367 ss.; MICCOLI, Tra "public and private enforcement": il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova Direttiva 104/14 e del d.lg. 3/2017, in Jus civ., 2017, 4, p. 21 ss.; RAFFAELLI e CROCI, La prova nel private antitrust enforcement, in Malaguti, Oglio e Vanoni (a cura di), Politiche antitrust ieri, oggi e domani, Torino, 2017, spec. p. 153 ss.; ALPA, Illecito e danno antitrust. Casi e materiali, Torino, 2016, p. 5; CHIEPPA, Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM, in Dir. ind., 2016, p. 319 ss.; PASQUARELLI, Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE, ivi, p. 252; FINOCCHIARO, La divulgazione delle prove nella Direttiva "antitrust private enforcement", ivi, p. 228 ss.; NERVI, Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law, in It. L.J., 2016, p. 135 s.; COMOGLIO, Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato, in Giusto proc. civ., 2016, p. 165 ss.; DE SANTIS, Processo civile, antitrust litigation e consumer protection, in Riv. dir. proc., 2015, p. 1506 ss.; VINCRE, La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme "antitrust" nel processo civile, ivi, p. 1173 ss.; CARAVITA DI TORITTO, Overview on the Directive 2014/104/EU, in Riv. it. antitrust, 2015, 2, p. 48 ss.; PANZANI, Binding Effect of Decisions Adopted by National Competition Authorities, ivi, p. 5 ss.; SIRAGUSA, L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano, in Conc. merc., 2014, II, pp. 305 s. e 308 ss.

³⁵ Che – ad avviso di VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 180 – «può essere considerato la disposizione cardine dell'intera disciplina».

³⁶ L'assunto trova conforto nelle parole del g.a. che prende atto di come «il regime invalso anche in Italia tende non già alla separatezza o alla concorrenza, bensì alla cooperazione collaborativa tra il *public* ed il *private enforcement*» e di come ciò comporti «continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione dall'uno all'altro plesso di tutela» (Cons. St., 7 febbraio 2020, n. 987, cit.; identicamente, Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 897, cit.; corsivi non testuali).

³⁷ Quanto invece alle ricadute della norma sul processo amministrativo e sul sindacato del g.a. sugli atti dell'Agcm si veda CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7, d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, spec. p. 1217 ss.

altre *Authorities*, quali ad esempio quelli della Banca d'Italia o della Consob³⁸. Pertanto suscita qualche perplessità l'orientamento che – in relazione all'intricata vicenda delle fideiussioni *omnibus* stipulate sulla base dello schema approntato dall'ABI considerato frutto di un'intesa restrittiva³⁹ – contesta la natura accertativo-sanzionatoria del provvedimento emesso dalla Banca d'Italia⁴⁰ (nella sua dismessa funzione di garante della concorrenza nel settore bancario), riversando sul cliente che agisce a difesa dei propri interessi il gravoso onere di provare l'uniformità nell'applicazione del modello di fideiussione ABI e, quindi, la stessa configurabilità dell'infrazione⁴¹.

³⁸ Si pensi al peso che l'accertamento delle violazioni contenuto nei provvedimenti sanzionatori emanati da simili autorità di vigilanza potrebbe assumere nei giudizi risarcitori nei confronti di amministratori/sindaci di banche o altri intermediari.

³⁹ Ne tratteggia le linee fondamentali, OTTOMBRINO, *La sorte delle fideiussioni bancarie redatte su schema ABI*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 408 ss.

⁴⁰ Cfr. Trib. Milano, ord., 15 ottobre 2019, in *Dejure online*, che finisce nei fatti per negare che il profilo relativo all'applicazione uniforme della clausole vietate sia stato vagliato dalla Banca d'Italia nel provv. 2 maggio 2005, n. 55 (reperibile sul sito *bancaditalia.it*); il che – per converso – trova smentita nei §§ 60 e 93.

⁴¹ Pur non cogliendo appieno le suggestioni ermeneutiche desumibili dall'introduzione dell'art. 7 del d.lg. n. 3 del 2017, merita viceversa maggiori condivisioni l'impostazione secondo la quale «il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico avanti l'Autorità indipendente impedisce che i fatti costitutivi della violazione della normativa in tema di concorrenza possano essere rimessi in discussione dai destinatari del provvedimento. Secondo costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, le conclusioni assunte dall'Autorità costituiscono una prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso». Così App. Milano, 22 gennaio 2020, n. 192, in *dirittobancario.it*, e App. Bari, 15 gennaio 2020, n. 45, in *ilcaso.it*, che si collocano sulla scia di Cass., Sez. I, 5 luglio 2019, n. 18176, in *Dejure online*; e di Cass., Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, *ivi*, ad avviso della quale «il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, l. n. 262/2005, possiede, *ad instar* di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate»; e di Cass., Sez. I, 12 dicembre 2017, n. 29810, in *Foro it.*, 2018, I, c. 158 s., con nota di PARDOLESI, *In tema di nullità del contratto di fideiussione bancaria "omnibus"*; in *Corti salernitane*, 2018, p. 536 ss., con nota di MANFREDONIA, *Intesa anticoncorrenziale, nullità delle clausole di fideiussione inserite nei contratti moduli bancari e riflessi sui contratti "a valle"*. A proposito

Un ulteriore indice della sinergia tra Autorità indipendenti e ordine giudiziario si può scorgere nel conferimento a talune di esse di un inedito potere di iniziativa processuale esercitabile attraverso un'azione impugnatoria avente ad oggetto gli atti illegittimi incidenti sulla sfera di interessi rimessi alla loro cura. Il pensiero corre subito alla previsione che consente all'*Antitrust* di ricorrere al giudice amministrativo contro gli atti generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualunque soggetto pubblico che contrastino con le norme a tutela della concorrenza e del mercato (art. 21 *bis* della l. n. 287 del 1990)⁴².

di una recente pronuncia della Suprema corte; nonché di altri precedenti conformi meno prossimi quali, ex multis, Cass., Sez. I, 31 ottobre 2016, 22031, in Riv. dir. ind., 2017, II, p. 562; Cass., Sez. I, 28 maggio 2014, 11904, in Foro it., 2014, I, c. 1729 ss., con nota di PARDOLESI, Danno "antitrust" e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore; e in Danno resp., 2015, p. 157 ss., con nota di VOZZA, Rc auto e intese anticoncorrenziali: la presunzione legale del provvedimento sanzionatorio; Cass., Sez. VI, ord., 23 aprile 2014, n. 9116, in Foro amm., 2014, p. 2494; Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039, in Mass. Giust. civ., 2012, p. 577; Cass., Sez. III, 20 giugno 2011, n. 13486, in Giust. civ., 2012, I, p. 1793; Cass., Sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3640, in Mass. Giust. civ., 2009, p. 237.

⁴² PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 807 ss.; CLARICH, *Il "public enforcement" del diritto "antitrust" nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Conc. merc.*, 2018, p. 99 ss.; RAMAJOLI, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina "antitrust"*, *ivi*, p. 83 ss.; LAZZARA, *Legittimazione straordinaria ed "enforcement" pubblico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, *ivi*, p. 65 ss.; CARBONE, *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, *ivi*, p. 43 ss.; MENCHINI e MOTTO, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 21-bis l. 287/1990: legittimazione ad agire e oggetto del processo*, *ivi*, p. 17 ss.; LIBERTINI, *Brevi note sui poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*, *ivi*, p. 5 ss.; DIMITRIO e FILICE, *I poteri di competition advocacy dell'Agcm ex art. 21 bis, L. n. 287/1990*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, p. 262 ss.; BELLESINI, *L'articolo 21 bis della legge n. 287 del 1990 e la legittimazione ad agire nel processo amministrativo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Rass. avv. Stato*, 2016, p. 239 ss.; SCHETTINO, *La tutela effettiva della concorrenza nell'azione pubblica: il potenziamento dell'attività di "advocacy"*, in *Dir. un. eur.*, 2014, p. 521 ss.; CERULLI

Di una attribuzione pressoché speculare⁴³ è stata investita l’Autorità nazionale anticorruzione (Anac) per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti, relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante in contrasto con le norme in tema di contratti pubblici (art. 211, comma 1 *bis*, del Codice dei contratti pubblici)⁴⁴; analoga assegnazione si rinviene poi – sebbene *ratione materiae* e per tipologie di atti più circoscritte –

IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 341 ss.; GOISIS, *Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, *ivi*, 2013, p. 471 ss.; CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, in *Conc. merc.*, 2013, p. 107 ss.; SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *anticorruzione.it*.

⁴³ Evidenziano i punti di contatto tra i due istituti, Cons. St., comm. spec., 26 aprile 2018, n. 1119, in *giustizia-amministrativa.it* (che reca il parere sullo schema di regolamento Anac sull’esercizio dei poteri di cui all’art. 211, commi 1 *bis* e 1 *ter*, del d.lg. n. 50 del 2016); e, in dottrina, D’ALESSANDRO, *L’Autorità nazionale anticorruzione: spunti di riflessione alla luce delle modifiche al Codice dei Contratti pubblici*, in *Nuove aut.*, 2018, p. 98 ss.

⁴⁴ Sui numerosi dubbi di compatibilità, coerenza e di tenuta costituzionale connessi alla speciale legittimazione a ricorrere riconosciuta all’Anac e sui suoi riflessi sul sistema di giustizia amministrativa, cfr. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle autorità indipendenti. Il caso ANAC*, in *Pers. amm.*, 2019, 2, p. 185 ss.; D’ARIENZO, *I poteri di intervento dell’ANAC nella fase precontenziosa: criticità e prospettive alla luce della recente revisione dell’art. 211 del d.lgs. n. 50/2016*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 539 ss.; FONZI, *L’interesse ad agire nell’impugnazione dei bandi di gara alla luce dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali. Una prospettiva costituzionalmente orientata*, in *giustamm.it*, 2019; ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell’Anac: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, *ivi*, 2019, p. 261 ss. Si aggiunga che non meno incisivo è – nella prospettiva indagata – il comma 1 *ter* del citato art. 211 che consente all’Anac, qualora ritenga che una stazione appaltante abbia emanato un provvedimento viziato da gravi violazioni della disciplina dei contratti pubblici, di emettere entro sessanta giorni un parere motivato con l’indicazione dei vizi di legittimità riscontrati e, eventualmente, di ricorrere innanzi al g.a. se la stazione appaltante non vi si conformi entro il termine assegnato (comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione). Sull’abrogata previsione, cfr. CORRADINO e LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, in Sandulli e De Nictolis

nell’Autorità di regolazione dei trasporti (art. 37, comma 2, lett. *n*, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201)⁴⁵.

Queste innovazioni hanno una notevole ricaduta sistematica, dal momento che esaltano la funzione di garanzia delle *Authorities*⁴⁶, le quali sono chiamate – in qualità di *amici curiae* – a presidiare alcune posizioni giuridiche (di carattere meta-individuale⁴⁷) a prescindere dalle iniziative eventualmente intraprese *uti singuli* dai soggetti lesi, diventando così parte attiva nella promozione della «giustizia nell’amministrazione» che è, per volere costituzionale, affidata in primo luogo alla giurisdizione amministrativa ex art. 100, 1 comma, Cost..

Ecco allora che, alla luce della crescente intensificazione di questi poteri di intervento «nell’interesse generale», si conferma un’occasione persa il mancato riconoscimento in capo alle Autorità indipendenti della qualifica di giudice *a quo*⁴⁸ posto che la diffusione della

(diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi, ambito, programmazione e progettazione*, Milano, 2019, p. 516 ss.

⁴⁵ LOIACONO e OCCHIUZZI, *L’Autorità di Regolazione dei Trasporti*, in Bassan (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L’ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, Torino, 2015, p. 79; ROMEO, *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 171 ss.; URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, p. 1029 s.; CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*, cit., p. 137 ss.

⁴⁶ Bene la evidenza TORCHIA, *La regolazione indipendente nell’ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, p. 261, là dove – mutuando una immagine metaforica utilizzata da uno studioso anglosassone – paragona le autorità indipendenti agli «Efori» dell’antica Sparta, avendo al pari di questi il compito di «garantire l’osservanza delle leggi ed impedirne la violazione: da parte dei cittadini, ma anche da parte degli altri pubblici poteri».

⁴⁷ Come si legge in Cons. St., 21 luglio 2016, 3303, in *Gior. dir. amm.*, 2017, p. 249 ss., con nota di SOLINA, *La legittimazione ad agire per la tutela di interessi collettivi*.

⁴⁸ Ciò è avvenuto a spese dell’Agcm a séguito della nota decisione Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato il difetto di legittimazione dell’Autorità *antitrust* a sollevare l’incidente di costituzionalità dal momento che non soddisfa il requisito della terzietà tipico dei giudici *a quibus*.

legalità costituzionale costituisce, per definizione, un primario fattore di avanzamento nella direzione dell'effettività della tutela.

3. *I sistemi di ADR istituiti presso le Autorità indipendenti ovvero presso altri organismi permanenti che operano sotto la loro egida.*

Come anticipato, nel corso degli anni si è sviluppato – intorno alle *Authorities* – un articolato «sistema di ADR»⁴⁹ che assicura l'accesso alla giustizia in contesti nei quali la prevalenza di *small*

Tra i numerosi commenti alla sentenza si segnalano: JANNARELLI, *L'autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse «pubblico» e interesse «generale»*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1523 ss.; ROMBOLI, *In tema di esclusione dalla normativa antitrust degli atti funzionali al promovimento del procedimento disciplinare nei confronti dei notai*, *ivi*, c. 1529 ss.; SICCHIERO, *La dottrina costituzionale del “giudice ai limitati fini”*, in *Giur. it.*, 2019, p. 283 ss.; VECCHIO, *La Corte costituzionale nega all'Autorità per la concorrenza ed il mercato il potere di sollevare la questione di legittimità*, in *Vita not.*, 2019, p. 65 ss.; G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale dell'Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 138 ss.; MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, *ivi*, p. 127 ss.; CAPPALÀ, *Il delicato equilibrio tra “full jurisdiction” ed effettività del diritto “antitrust” nel sindacato dei provvedimenti dell'AGCM*, in *Dir. soc.*, 2018, p. 703 ss.; D'URBANO, *Perché l'Agcm non può sollevare questione di costituzionalità. Il difetto di terzietà e l'insufficienza del contraddittorio “verticale”*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, p. 95 ss. Non va sottaciuto che similmente, qualche anno prima, la Consulta non aveva riscontrato in capo all'Arbitro bancario finanziario i connotati della giurisdizione (Corte cost., ord., 4 luglio 2011, n. 218, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1653 ss., con nota di CONSOLO e M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf, “scrutatore” di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*; e in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 1193 ss., con nota di MAIONE, *Sulla natura dell'Arbitrato Bancario Finanziario*).

⁴⁹ Così SIMONE, *Le procedure ADR nelle Autorità indipendenti*, in *osservatorioair.it*, 2017, p. 5 ss.; cui anche POGGI, *La tutela dei diritti dinanzi le Autorità indipendenti*, *cit.*, p. 104; RAGANELLA e VALLA, *La tutela giustiziale dinanzi alle autorità indipendenti*, *cit.*, p. 221 ss.; DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in Francario (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003, p. 75 ss.; nonché ZARRO, *Le decisioni delle Autorità amministrative indipendenti nelle controversie tra utenti e imprese*, in corso di pubblicazione e letto per cortesia dell'Aurice.

*claims*⁵⁰ o le peculiarità stesse delle controversie deducibili⁵¹ accresce il tasso di ineffettività e di frustrazione delle situazioni soggettive implicate⁵².

Inutile sottolineare che anche tali congegni alternativi interagiscono in vario modo con la giurisdizione e, combinandosi con questa, danno luogo a forme «concentriche» di tutela⁵³.

In difetto di una cornice unitaria, i meccanismi in questione, in alcune ipotesi, sono gestiti direttamente dall’Autorità indipendente di settore; in altre, sono stati «esternalizzati».

Nell’ambito del primo campione, ben nota e risalente è l’esperienza dei Co.re.com. che – in qualità di organi dell’Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) – sono deputati alla gestione dei tentativi obbligatori di conciliazione⁵⁴ delle controversie tra

⁵⁰ CALABRÒ, *L’evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *federalismi.it*, 2017, p. 17; ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 162. L’implicazione reciproca tra (espansione delle) ADR e liti c.dd. «bagatellari» si può apprezzare nella ricostruzione offerta da BATTELLI, *Esperienze e modelli europei di ADR. Una giustizia a misura di impresa?*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 563 ss. Sul punto anche ANSALDI, *Il crescente ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Contr.*, 2015, p. 203.

⁵¹ Sovente dovuto a un alto contenuto tecnico-specialistico che ne suggerisce la sottoposizione ad apparati altamente specializzati. Così RAMAJOLI, *ADR presso le autorità indipendenti*, cit., p. 251.

⁵² Ancora una volta Cons. St., 7 febbraio 2020, n. 987, cit. (e, identicamente, Cons. St., 4 febbraio 2020, n. 897, cit.) mette in risalto come nei mercati regolati i soggetti «tengono condotte di c.d. “apatia”» essendo individui «di minorata difesa: l’attivazione, da parte degli utenti, di meccanismi ordinari di controllo comporterebbe *effetti disfunzionali* sul piano sia dell’andamento molecolare del contenzioso, sia dell’ingolfamento del sistema giudiziario, sia sul piano della rinuncia alla tutela da parte dei soggetti c.d. *apatichi*» (corsivi testuali).

⁵³ Di «tutela a tappe» discorre RAMAJOLI, *ADR presso le autorità indipendenti*, cit., p. 253.

⁵⁴ Ai sensi dell’art. 3, comma 1, del nuovo «Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche» (approvato dall’Agcm con delib. n. 203/18/CONS), «il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione». Sulla funzione conciliativa esercitata dai Co.re.com., cfr. MINERVINI, *La risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettronica ed utenti finali*, in Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*.

utenti e operatori nonché alla composizione delle liti in caso di fallimento della via conciliativa⁵⁵.

Parimenti ben noto e risalente (anche se aggiornato nel 2018 in occasione del *restyling* del Codice della *privacy* alle disposizioni del reg. 2016/679/UE) è il riconoscimento, a chi lamenti la violazione dei diritti goduti sulla base della normativa in materia di dati personali, della facoltà di presentare un reclamo al Garante della *privacy*⁵⁶

Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009, Milano, 2010, spec. p. 311 ss.; GARDINI, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Ist. fed.*, 2008, p. 851 ss.; DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, *ivi*, p. 833 ss. Recentemente Cass., Sez. III, ord., 24 ottobre 2018, n. 26913, in *Foro it.*, 2019, I, c. 922 ss., con nota di MINAFRA, *Il tentativo di conciliazione presso il Corecom e presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura: la Cassazione ne dichiara la piena alternatività*, ha chiarito che nelle controversie in materia di telecomunicazioni, il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione – quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (su tale specifico aspetto, cfr. Cass, Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, in *Dejure online*) – non implica che esso debba necessariamente svolgersi innanzi ai Co.re.com., essendo sufficiente che le parti si rivolgano, in via alternativa, alle Camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato, o ad altri organismi che risultino muniti dei requisiti di imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità auspicati dalla raccomandazione della Commissione europea 2001/310/CE.

⁵⁵ MARINO, *Gli organismi di controllo*, in SICA e ZENO ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019, p. 557 s.; BRUTI LIBERATI, *I contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 1305 ss.; GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in Alpa (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 1383 ss.

⁵⁶ GIORDANO, *La tutela amministrativa e giurisdizionale dei dati personali*, in Cuffaro, D'Orazio e Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1001 ss.; LUCIA, *I mezzi di tutela*, in Scagliarini (a cura di), *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. 101/2018*, Torino, 2019, p. 281 ss.; RUGGERI, *Commento sub artt. 141, 142 e 143*, in AA.VV. (a cura di), *Codice della privacy. Commento al Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 aggiornato con le più recenti modifiche legislative*, Milano, 2004, II, p. 1763 ss.; SPINELLI, *Commento sub artt. 142, 143*, in Bianca e Busnelli (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, Padova, 2007, II, p. 1771 ss.; GIORGETTI, *Le tutele della privacy e i dati giudiziari*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 325 ss.

che, ponendosi dunque in rapporto di perfetta alternatività con il ricorso giurisdizionale, «rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria» (art. 140 *bis*, comma 3, d.lg. 30 giugno 2003, n. 196)⁵⁷.

Di più recente conio (anche se sin dall'inizio balzato all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza) è il metodo di risoluzione stragiudiziale contemplato nell'art. 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici che conduce l'Autorità nazionale anticorruzione – su sollecitazione della stazione appaltante o delle altre parti – a esprimere, in contraddittorio, un parere di precontenzioso in ordine alle questioni insorte durante lo svolgimento delle gare⁵⁸; parere che è suscettibile di acquisire forza vincolante là dove gli istanti abbiano manifestato una volontà in tal senso⁵⁹, ma che cionondimeno

⁵⁷ THOBANI, *Commento sub artt. 77, 78 e 79*, in Barba e Pagliantini (a cura di), *Delle Persone*, II, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2019, p. 1164 ss.; CANDINI, *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019, p. 742 ss., ma spec. p. 744.

⁵⁸ L'alternatività con le concomitanti iniziative giurisdizionali fa sì che la richiesta di parere di precontenzioso sia inammissibile ove penda un ricorso dinanzi al giudice amministrativo sulla medesima *res litigiosa*; ovvero diventi improcedibile qualora il medesimo ricorso sopravvenga durante il procedimento di precontenzioso avviato presso l'Anac (art. 6 del reg. Anac 5 ottobre 2016, in *G.U.* n. 19 del 19 ottobre 2016).

⁵⁹ DE NICTOLIS, *Parere precontenzioso dell'Anac*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli e De Nictolis, V, *Concessione di lavori e servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019, p. 507 ss., ma spec. p. 516 s.; BENETAZZO, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2018, p. 50 ss.; FRACANZANI, *Il precontenzioso nelle gare dei pubblici appalti: il c.d. preavviso di ricorso*, in *Diritto processuale amministrativo*, diretto da Cirillo, Torino, 2017, p. 1473 ss., ma spec. p. 1484 ss.; CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, spec. p. 427 ss.; OZZI, *Gli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale (Artt. 205-211)*, in Corradino e Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, p. 785 ss.

vanta uno spiccato valore persuasivo per (tutte) le amministrazioni e le imprese⁶⁰.

Nel secondo campione, le ADR – seguendo l’assetto che divenuto preminente all’indomani del recepimento della direttiva 2013/11/UE⁶¹ – si svolgono presso organismi permanenti *ad hoc* che tuttavia operano sotto l’egida di un’*Authority* o ne rappresentano una sorta di *longa manus*.

Ad esempio, nel comparto energetico e idrico, l’Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera) ha attivato il «Servizio Conciliazione»⁶² che mette a disposizione una procedura gratuita *on line* di composizione delle vertenze con gli operatori professionali mediante l’intervento di un conciliatore esperto che ha il compito di guidare le parti al raggiungimento di un accordo senza ricorrere alla

⁶⁰ E ciò «in ragione dell’autorevolezza della fonte dalla quale [questi pareri] promanano» e della «circostanza per cui degli stessi si fa frequente richiamo in sede giurisprudenziale»: CORRADINO e LICATA, *Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 472.

⁶¹ L’attuazione della «direttiva ADR per i consumatori» è avvenuta con il d.lg. 6 agosto 2015, n. 130. Per limitarsi ai contributi meno risalenti, cfr. FACHECHI, *Alternative Dispute Resolution Regulation: A Work of Modern Art?*, in *It. L.J.*, 2019, p. 293 ss.; INDRACCOLO, *The Adoption of the Directive on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes in Italian Law*, *ivi*, p. 309 ss.; nonché i commenti di FARINA, *Sub art. 141*, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 793 ss.; FACHECHI, *Sub artt. 141 bis-141 decies*, *ivi*, p. 803 ss.; ZUFFI, *Sub artt. 141-bis-141-quinquies e 141-decies*, in Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 1094 ss. e 1127 ss.; e di MAGLIULO, *Sub artt. 141 e 141-sexies-141-nonies*, *ivi*, pp. 1082 ss. e 1115 ss.

⁶² Cfr. la delib. 209/2016/E/com del 5 maggio 2016 (e successive modificazioni), recante il «testo integrato in materia di procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra clienti o utenti finali e operatori o gestori nei settori regolati dall’Autorità per l’energia elettrica il gas e il sistema idrico – Testo Integrato Conciliazione (Tico)». Con la successiva delib. 55/2018/E/idr del 1 febbraio 2018 è stata approvata la disciplina transitoria che estende le medesime procedure agli utenti del settore idrico. I tratti essenziali dei relativi procedimenti sono illustrati da LUISO, *La risoluzione delle controversie ad opera delle autorità indipendenti*, in *ID.*, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*¹⁰, Milano, 2019, p. 267 ss.; e da MARIANELLO, *Le ODR nel settore dell’energia*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 81 ss.

via giudiziaria (per i clienti luce e gas il tentativo conciliativo *de quo* è condizione necessaria per poter adire il giudice ordinario).

Si iscrivono a pieno titolo in questo gruppo di ipotesi l'Arbitro Bancario Finanziario e l'Arbitro per le Controversie Finanziarie⁶³ (i quali saranno a breve fiancheggiati dall'istituendo Arbitro per le Controversie Assicurative⁶⁴). Infatti ABF e ACF fungono da strutture indipendenti e imparziali, ma che gravitano pur sempre nell'orbita della Banca d'Italia e della Consob che ne sostengono il rispettivo funzionamento⁶⁵. Entrambi favoriscono la risoluzione stragiudiziale del contenzioso tramite statuizioni che, sebbene formalmente

⁶³ Sui lineamenti e sui compiti di tali organismi si leggano, in generale e senza pretesa di esaustività, TUCCI, *L'Arbitro bancario finanziario fra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in Capriglione (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, 2019, p. 605 ss.; QUARTA, *L'evoluzione dell'arbitro bancario finanziario*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, p. 139 ss.; LIACE, *L'arbitro bancario finanziario*, Torino, 2018; CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 21 ss.; MINERVINI, *Gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 661 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Arbitro bancario finanziario*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 35 ss.; CAPOBIANCO, *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, agg., VI, Torino, 2012, p. 35 ss.; LENER, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie presso la Consob: genesi, struttura e funzione. Differenze rispetto al modello dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, diretto da Mantucci, XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, 2020, p. 281 ss.; DI RAIMO, *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie: i primi orientamenti*, *ivi*, p. 407 ss.; DOLMETTA e MALVAGNA, *Sul nuovo "ADR Consob"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 251 ss.; FACHECHI, *La gestione delle controversie finanziarie: il nuovo ACF*, in *Foro nap.*, 2017, p. 377 ss.; SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *Contr.*, 2016, p. 1056 ss.

⁶⁴ CANDIAN, *L'Arbitro per le Controversie Assicurative*, in MANTUCCI (diretto da), *op. cit.*, p. 497 ss.; CANDIAN, CARRIERO, CORRIAS e GALANTI, *L'arbitro per le controversie assicurative*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, p. 163 ss.

⁶⁵ Per un approfondimento sulla «contiguità strutturale» tra ABF e ACF, da un lato, e autorità di vigilanza dei rispettivi mercati di riferimento, dall'altro, cfr. TABARRINI, *L'indipendenza delle ADR incardinate nelle Autorità di Vigilanza*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, spec. pp. 242 ss. e 255 ss., la quale conclude – anche alla luce degli approdi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – che tale assetto organizzativo non mina l'indipendenza di tali meccanismi di ADR, escludendo che nel caso di specie si assista a una «funzionalizzazione» dell'attività

non vincolanti, all'atto pratico «manifestano una significativa efficacia conformativa»⁶⁶, tant'è che sono tenute nella massima considerazione da banche e intermediari per il timore delle ripercussioni reputazionali che potrebbero derivare loro dalla divulgazione della notizia dell'inottemperanza alla decisione del Collegio favorevole alla clientela⁶⁷; senza per di più dimenticare che, per i motivi esposti in precedenza⁶⁸, la medesima decisione «*pro cliente*» spiegherebbe inevitabilmente la sua incidenza anche in un eventuale giudizio civile costituendo un precedente qualificato difficilmente trascurabile dai giudici togati⁶⁹. Il che offre – *a latere* – uno spunto eloquente per

giustiziale a scopi di vigilanza suscettibile di minare la terzietà dell'organo decidente» (p. 255). Volgendo lo sguardo altrove, ciò ricorda molto la posizione che occupa la Camera arbitrale per i contratti pubblici che – nonostante sia incardinata presso l'Autorità nazionale anticorruzione (art. 210, comma 1, c.c.p.), la quale le fornisce il personale (comma 5) e le risorse finanziarie – resta entità soggettivamente e giuridicamente distinta dall'Anac difettando qualsiasi vincolo gerarchico o di subordinazione.

⁶⁶ FEDERICO, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1069. Nelle Relazioni annuali sull'attività svolta (cfr., *exempli gratia*, quelle relative al 2016, 2017 e 2018, tutte consultabili in *arbitrobancariofinanziario.it*) affiora che il tasso di inadempimento da parte degli intermediari sulle decisioni dell'ABF è stato in media inferiore all'1 per cento.

⁶⁷ Sulle ragioni dell'elevato grado di effettività che assiste le decisioni dell'ABF, cfr. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, p. 11 ss.

⁶⁸ Con riferimento al valore vincolante o altamente condizionante che dovrebbe accordarsi ai *decisa* promananti da Autorità indipendenti e corpi assimilati. Cfr., *retro*, § 3.

⁶⁹ Non sfugge agli interpreti il «dialogo virtuoso e collaborativo» (MOLLO, *Gli orientamenti dell'arbitro bancario finanziario tra complementarietà e alternatività di tutela*, in *Contr. imp.*, 2019, p. 1334) ovvero «proficuo e continuo» (SIMEON, *Gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia di credito ai consumatori*, in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 434) instauratosi tra ABF e giurisprudenza orinaria (come pure tra ABF e giudici europei, secondo M. STELLA, *Lineamenti degli arbitri bancari e finanziari*, Padova, 2016, p. 353), rinvenendosi «ormai un rilevante numero di sentenze, in particolare di merito, che fanno richiamo ai “consolidati orientamenti” dell'Arbitro Bancario Finanziario per confermare l'autorevolezza dell'indirizzo adottato». Così SIMEON, *op. loc. ult. cit.*, il quale registra come addirittura sia «stata considerata causa idonea a fondare la condanna “per responsabilità processuale aggravata” della banca l'aver agito o resistito in

verificare come l'effettività della tutela non sia un *quid* di statico o di predeterminato ma un valore *in fieri* da misurare in concreto e che, soprattutto, non dipende tanto dall'astratto grado di coercizione dello strumento utilizzato, quanto piuttosto dalla sua reale attitudine a soddisfare gli interessi protetti: d'altronde, proprio il c.d. «*soft judgement*» dell'ABF e dell'ACF insegna che anche la semplice *moral suasion* – la quale fa leva sul potenziale danno all'immagine che potrebbe subire l'intermediario dalla divulgazione *online* e sulla stampa nazionale del suo inadempimento – possa restituire ottimi risultati senza bisogno di comminare, in ossequio al principio di proporzionalità, sanzioni più severe o inutilmente afflittive⁷⁰.

Se è vero, allora, che la tendenza del legislatore italo-europeo a «degiurisdizionalizzare», vale a dire a dislocare alcune tipologie di vertenze presso plessi estranei al circuito giudiziario statale, è funzionalmente orientata – più che a decongestionare il carico di corti e

giudizio sostenendo posizioni “contrarie a chiari orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario”». Cfr., altresì, SARTORI, *Appunti per una lezione in tema di dissociazione dei formanti nel bancario. Il ruolo dei giudici e dell'ABF*, in G. Perlingieri e Tartaglia Polcini (a cura di), *Autonomia negoziale e risoluzione dei conflitti*, Napoli, 2019, p. 179 ss.

⁷⁰ Del pari la relatività di simili ragionamenti emerge in modo sintomatico con riferimento all'attuale configurazione dell'*enforcement* pubblico in materia di clausole vessatorie (art. 37 *bis* c. cons.) che, dopo un'iniziale risposta positiva, ha mostrato tutti i suoi limiti in occasione di alcuni recenti episodi; al fondo vi è la constatazione che «il timore di discredito reputazionale [...] non ha prodotto sempre e con la dovuta efficacia i risultati attesi, e all'accertamento della vessatorietà non in tutti i casi hanno fatto seguito comportamenti conformativi delle imprese»: ciò scrive l'Agcm nella segnalazione inviata *ex art.* 21, l. n. 287 del 1990 ai Presidenti di Camera e Senato e al Presidente del Consiglio dei Ministri [segnalazione del 6 novembre 2017 (AS1445 - Poteri d'intervento dell'Autorità in materia di clausole vessatorie), in *Boll. uff. Agcm*, 13 novembre 2017, n. 43, p. 131 ss.] avanzando al contempo delle soluzioni per rendere più efficace la reazione a eventuali condotte inottemperanti da parte delle imprese e chiedendo lo studio di apposite modifiche normative capaci di spiegare una maggiore forza deterrente. Sul punto ANGELONE, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (anno 2017)*, in *Conc. merc.*, 2018, p. 338 ss.

tribunali – a ottimizzare la qualità della tutela dei consociati⁷¹, ecco vieppiù dimostrato il protagonismo delle *Authorities* che sono coinvolte in prima linea nel perseguimento di questo ambizioso obiettivo che conferisce anche a tale segmento della loro *mission* una valenza costituzionale poiché immediatamente attuativa dell'art. 24 Cost.⁷².

4. *Le Authorities quali «istituzioni di garanzia». La necessaria salvaguardia della cultura della giurisdizione e dei principi del «giusto processo».*

Volendo a questo punto tirare le fila del discorso, se non si vuole scivolare nella «retorica dei diritti»⁷³ (di cui la Costituzione stessa è

⁷¹ CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, cit., p. 22 ss.; ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 835 ss. e 846.

⁷² Specie nel solco della dottrina che intravede nella menzionata norma non soltanto la garanzia del potere di azione, ma anche l'ulteriore e più pregnante garanzia «che alle singole situazioni e diritti tutelandi corrispondano forme di tutela adeguate e cioè tali da assicurare soddisfazione agli interessi dei quali dette situazioni sono espressione» [DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 372]. Per altri ragguagli, si veda IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: nota e margine di Cassazione 21255/2013*, in *Pers. merc.*, 2014, 1, p. 61 s.

⁷³ Dalla quale mette in guardia G. PERLINGIERI, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro*, cit., p. 116, il quale – prendendo le mosse dalle riflessioni di RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018, *passim*, ma spec. p. 58 – sottolinea come questa deriva «molto spesso non soltanto trascura i doveri, ma non si preoccupa di assicurare una effettiva salvaguardia economica e politica delle aspettative di tutela, dimenticando che garantire in concreto i diritti significa anche necessariamente disporre di strumenti idonei allo scopo, di strutture ordinanti presso cui farli valere e mezzi di coercizione adeguati per imporre il loro rispetto e il loro ripristino. Privi di un sostegno effettivo, assicurato dagli apparati pubblici, essi diventano un ornamento, un orpello tanto attraente e prezioso quanto effimero e ingannevole».

stata per lunghi anni vittima eccellente⁷⁴), il loro riconoscimento positivo implica, sul piano sostanziale, la predisposizione di strutture e mezzi sostenibili e adeguati a imporne il rispetto o il ripristino⁷⁵.

Quali «istituzioni di garanzia»⁷⁶, le *Authorities* concorrono a questo disegno complessivo e giocano un ruolo decisivo nell'arricchire

⁷⁴ Basti solo por mente alla speciosa distinzione tra norme programmatiche e norme precettive che ha per lungo tempo tenuto banco nonostante il biasimo della dottrina più avvertita. Sulle coordinate del dibattito, cfr. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, pp. 377 s. e 435 s.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; FEMIA, *La via normativa. Pietro Perlingieri e i valori costituzionali*, in Alpa e Macario (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, figure di giuristi*, Milano, 2019, p. 363 ss.; PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. Perlingieri e Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss., ma spec. p. 280 ss.; nonché ZARRO, *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung tra Italia e Germania*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 997 ss.

⁷⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss., ma spec. pp. 8 e 19 s., che perciò propugna una «lettura di natura teleologico-funzionale del sistema dei rimedi» affinché l'interprete selezioni le tecniche di tutela volta per volta più adeguate a rispondere alla protezione della situazione giuridica concretamente lesa. Condividono la medesima linea di pensiero anche VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, cit., p. 404 ss.; G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, spec. pp. 665 e 667 s.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, pp. 85 ss. e 115 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e «giusto rimedio» civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 876 ss.; POLIDORI, sub art. 1418, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*³, IV, 1, Napoli, 2010, spec. p. 1021. Quanto al carattere servente delle norme processuali (nazionali) nell'attuazione delle posizioni soggettive (europee), CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2013, p. 659 ss.; tratta questioni non distanti anche VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 2018, 5, p. 4 ss.

⁷⁶ LUCIANI, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, p. 5 ss. Da sottolineare e condividere la scelta compiuta, a livello manualistico, da GROPPI e SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*⁴, Torino, 2019, p. 342 ss., che si occupano delle Autorità indipendenti nel capitolo dedicato a «Il circuito

il corredo dei rimedi in abbinamento a quelli esperibili dinanzi all'autorità giudiziaria e quindi, in una prospettiva olistica, a potenziarne l'incisività⁷⁷.

Per altro verso, tutto ciò – tramontato il «monopolio statale della giurisdizione» e, anzi, in linea con il carattere sussidiario che le si deve oggi tributare⁷⁸ – consacra una protezione delle situazioni sostanziali slegata dall'esercizio di una funzione giurisdizionale, cioè che si consegue in tutto o in parte senza la mediazione di un giudice professionale⁷⁹.

L'unico *caveat* è che la tutela che si concreta fuori dalle aule di giustizia non deve però tradursi in una dequotazione della cultura (che, si badi, è cosa ben diversa dal «culto») della giurisdizione: l'ordinamento deve adottare ogni utile precauzione per far sì che le varie

delle garanzie», abbinandole a istituzioni quali la Corte costituzionale e la Magistratura.

⁷⁷ È bene ribadire che il bilancio positivo che deriva dalla complementarietà tra le iniziative “egoistiche” dei soggetti lesi e l'intervento (anche officioso) dei pubblici poteri non scalfisce la differente ispirazione dei due approcci rimediali (che sottende la diversità dei rispettivi interessi perseguiti) e, quindi, la loro infungibilità. Cfr., *amplius*, ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, cit., p. 737 ss.

⁷⁸ FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le «Alternative Dispute Resolution»*, in *An. giur. econ.*, 2011, II, p. 52, la sussidiarietà *ex art.* 118 Cost. «si innerva anche nella giurisdizione, in modo tale che l'intervento autoritativo giurisdizionale finisce con l'essere considerato l'ultima *chance* a disposizione dei soggetti in lite, quando le soluzioni alternative non sembrano raggiungere lo scopo». Cfr., altresì, DANOVÌ, *Mediazione e ADR nelle controversie civili e commerciali: ritorno a una giustizia di prossimità?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 1007 ss.; PICCARDI, *Manuale del processo civile*², Milano, 2010, p. 656; LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1205.

⁷⁹ Riflette sulla «disintermediazione processuale» e sul ruolo non più essenziale del processo nella realizzazione coattiva degli interessi tutelati dalle norme del diritto sostanziale, ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, p. 53 ss. Sul rinnovato interesse all'autotutela privata, cfr. il recente contributo monografico di LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019.

«procedure degiurisdizionalizzate» che si svolgono presso le *Authorities* si intonino ai principi del «giusto processo»⁸⁰ nel rispetto di una logica non già «giudice-centrica»⁸¹, ma piuttosto «panprocessuale»⁸², nella consapevolezza che solo simulando il funzionamento del processo ovverosia assicurando le garanzie minime tipiche di un «giudizio» (in senso tecnico), gli ideali di pienezza ed effettività possono trovare autentica realizzazione.

⁸⁰ Ammonisce P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, cit., spec. pp. 4 e 11, che non si può affrontare il problema del «giusto rimedio» se non si risolve, a monte, quello del «giusto processo».

⁸¹ Che sarebbe più che mai anacronistica solo a considerare i traguardi raggiunti nel campo dell'arbitrato in ordine alla sua oggettiva giurisdizionalità. Cfr., da ultimo, P. PERLINGIERI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 1 ss.; altri riferimenti bibliografici in ANGELONE, *Arbitrato e contratti pubblici*, Napoli, 2019, p. 31 ss.

⁸² Nel segno, cioè, di una maggiore penetrazione delle forme processuali nel procedimento, come già a suo tempo auspicato da BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 1117 ss.).

MARIA ASTONE
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università di Messina

RIGHT TO BE FORGOTTEN ONLINE E IL DISCU- TIBILE RUOLO DEI GESTORI DEI MOTORI DI RICERCA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le sentenze della CGE (Grande Sezione) del 24 settembre 2019 nella causa C-507/17 e nella causa C-136-17. – 3. Attività di trattamento dati personali tra interessi della persona umana e interessi economici. – 4. Il ruolo della Corte di Giustizia Europea nella costruzione del *right to be forgotten online* o del diritto alla deindicizzazione. – 5. Conclusioni: diritto alla protezione dei dati personali e diritto all’oblio e il potere del motore di ricerca.

1. Premessa.

La protezione del dato personale rappresenta una delle sfide più significative portata avanti dalla Corte di Giustizia Europea che, con recenti pronunce, ritorna sulla questione del diritto all’oblio o alla deindicizzazione (Causa C-136/17 e C-507/17) nel contesto digitale¹ che, come è stato opportunamente avvertito, nulla ha a che vedere con la visione classica del diritto all’oblio² nei confronti dell’editoria

¹ DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. internet e oblio*, in *Danno resp.*, 2014, p. 1110 ss.

² POLETTI e CASAROSA, *Il diritto all’oblio (anzi, i diritti all’oblio) secondo le Sezioni Unite*, in *Diritto di internet*, 2019, p. 724 ss; CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all’oblio*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 1195, il quale esprime apprezzamento alle Sezioni unite per avere chiarito il significato da attribuire al sintagma “diritto all’oblio”; PARDOLESI, *Diritto all’oblio, cronaca in libertà vigilata e memoria storica a rischio*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2729.

cartacea e tradizionale, recentemente oggetto di una decisione³ delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione⁴.

Entrambe le decisioni della Corte Europea, sebbene in prospettiva diversa, pongono il problema di verificare il ruolo del motore di ricerca nella tutela del diritto alla protezione dei dati personali e del relativo contemperamento con il diritto all'informazione degli utenti di internet e altri diritti di natura economica, eventualmente confliggenti. Su tale diritto⁵ e sulla estensione e modalità della relativa tutela, si concentra ormai da qualche anno l'attenzione della Corte di Giustizia Europea che nel 2014 ha inaugurato un percorso, non ancora chiuso, per affrontare le numerose e delicate questioni connesse

³ Cass. Sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, che con riferimento al rapporto tra diritto all'oblio e diritto alla rievocazione storica hanno evidenziato che quando l'interesse pubblico alla conoscenza di fatti passati non sia attuale e concreto il diritto alla riservatezza prevale per evitare facili lesioni della dignità e dell'onore. Sul punto cfr. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sul diritto all'oblio*, in *Giust. civ.com.*, 29-7-2019; CUFFARO, *Una decisione assennata*, cit., p. 1195. La decisione segue a Cass. Sez. III, ordinanza 5 novembre 2018, n. 28048, in *Diritto di internet*, 2019, p. 89 ss. con nota di DI CIOMMO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza su quando il diritto di cronaca prevale sul diritto all'oblio*. In precedenza, nella giurisprudenza italiana si segnalano l'ordinanza di rinvio alle Sezioni unite, Cass. 5 febbraio 2018 n. 28084, e, inoltre, Cass. 5 aprile 2012, n. 5525; Cass. 26 giugno 2013, n. 16111; Cass., 20 febbraio 2014, n. 4068; Cass., 24 giugno 2016, n.13161; nella giurisprudenza Edu: Corte Edu, 19 ottobre 2017, *Fuschsmann c. Germania* (n. 71233/13); Corte edu 28 giugno 2018, *M.L. W.W. c. Germania* (n. 60798-65599/10).

⁴ Il riferimento è a Cass. Sez. unite, 22 luglio 2019, n. 1968, nella quale si legge espressamente che “quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale (è il caso della sentenza n. 5525 del 2012); e quella, infine, trattata nella citata sentenza Google Spain della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati”.

⁵ SORO, *Oblio, identità, memoria*, in *Diritto di internet*, 2019, p. 3 ss., il quale avverte che il diritto all'oblio ha subito una meta-morfosi importante, arricchendo il suo contenuto e avvalendosi di strumenti di tutela diversi.

alla raccolta dei dati personali, all'individuazione dei soggetti responsabili per l'illecito trattamento degli stessi in rete, all'estensione territoriale del diritto alla cancellazione.

L'obiettivo è quello di delimitare i rapporti tra i diritti degli interessati e i poteri e gli obblighi gravanti sul gestore del motore di ricerca e le relative responsabilità, sia in ordine alla esecuzione di eventuali domande di cancellazione dei dati sia in merito alla valutazione delle situazioni giuridiche che entrano in conflitto.

A tali quesiti la Corte di Lussemburgo ha già fornito risposte parziali.

Con una prima decisione, pronunciata nel 2014 nel caso *Digital Rights Ireland Ltd/ Land.*, la Corte⁶ era stata chiamata a valutare la legittimità della direttiva CE n. 24 del 2006, che autorizzava in maniera generale e indiscriminata il trattamento e la conservazione dei dati generati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica per ragioni di sicurezza pubblica e di difesa nazionale, ma a prescindere dalla sussistenza di qualunque indizio di reato che legittimasse tale attività. In tale circostanza la Corte, ha colto l'occasione per affrontare la più generale problematica della conservazione dei dati personali e dei limiti ad essa apposti, statuendo che la presenza di un interesse generale (nel caso *de quo*, quello alla tutela della sicurezza nazionale), per quanto fondamentale e importante, di per sé non può giustificare una loro raccolta senza rispettare il principio di proporzionalità, rispetto alle finalità perseguite. Secondo la Corte di Giustizia la conservazione ingiustificata di dati personali, autorizzata dalla direttiva, in assenza di preminenti diritti da tutelare e senza la previsione di una preventiva autorizzazione da parte delle autorità nazionali competenti o degli interessati, costituiva una evidente violazione del diritto alla vita privata, tutelato dall'art 7 della Carta di Nizza; determinando così una possibile violazione dello stesso art. 52 della Carta di Nizza⁷.

⁶ CGUE, 8 aprile 2014, C-293-12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*

⁷ Secondo, infatti, l'art. 52 Carta dei diritti fondamentali: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà".

In sostanza nella giurisprudenza richiamata si riafferma e consolida un principio ben preciso, già fissato nella Direttiva 95/46/CE e, oggi, nell'art. 5 del Regolamento, quello secondo il quale la conservazione dei dati personali può essere consentita soltanto nella misura in cui essa serve alla realizzazione delle finalità per le quali il trattamento è stato posto in essere, con l'obbligo della loro eliminazione, una volta conseguito l'obbiettivo. È in tale ottica che all'interessato viene riconosciuto il diritto di cancellazione.

Proprio sul connesso diritto alla cancellazione o all'oblio, da essa declinato come diritto alla deindicizzazione, la stessa Corte interviene⁸, sempre nel 2014, nel caso, ormai noto, come *Google Spain*⁹, con una sentenza nella quale fissa almeno tre principi: anche il gestore di un motore di ricerca svolge attività di trattamento dati personali, con conseguente estensione della relativa disciplina; il giudice di uno Stato membro europeo è competente a decidere sull'attività di tali soggetti, solo nell'ipotesi in cui in Europa essi abbiano una filiale o uno stabilimento ulteriore, per lo svolgimento di attività di promozione o di vendita di spazi pubblicitari; infine – ribadisce – la tutela riservata al diritto alla protezione dei dati personali non costituisce una “prerogativa” assoluta, ma deve coesistere con altri diritti della persona eventualmente confliggenti e, in particolare, con il diritto all'informazione e alla conoscenza.

La soluzione resta affidata, come del resto avviene in ambito domestico, ad un bilanciamento tra l'interesse degli utenti di internet all'informazione e quello dell'interessato alla tutela dei propri dati personali e, quindi ad un giudizio di ragionevolezza, facente leva sulla natura dell'informazione, sul carattere sensibile dei dati per la vita privata della persona che chiede la cancellazione, sull'interesse pubblico all'informazione. Il diritto alla cancellazione, infatti, non può essere soddisfatto tutte le volte in cui esiste un preminente interesse pubblico alla conoscenza.

⁸ Al riguardo cfr. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 569 ss.

⁹ CGUE, 13 maggio 2014, C-131/12, pronunciata nel caso *Google Spain SL c. Agencia Espanola de Proteccion de Datos*.

I principi fissati in tali sentenze restano fondamentali per comprendere gli ulteriori sviluppi a cui è approdato il giudice Europeo con le sentenze del 2019.

2. *Le sentenze della CGE (Grande Sezione) del 24 settembre 2019 nella causa C – 507/17 e nella causa C - 136-17.*

Nel caso (C 507/17) *Google LLC / Commission Nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*¹⁰, la Corte viene chiamata a dirimere alcune questioni giuridiche derivanti da una controversia avente ad oggetto la modalità con cui, sotto il profilo spaziale, il gestore di un motore di ricerca deve dare attuazione al diritto¹¹ dell'interessato di ottenere “*che dall'elenco di risultati, che compare in esito a una ricerca effettuata a partire dal suo nome*”, siano cancellati uno o più link a pagine web “*contenenti dati personali che lo riguardano*”. La Corte, a parte la questione della ammissibilità dell'esercizio del diritto alla deindicizzazione, quale *species* del diritto all'oblio in Internet¹², su cui richiama i principi affermati nel caso *Google Spain*, affronta il vero problema, quella della estensione territoriale¹³ dell'ordine di rimozione rivolto al *gestore di un motore di ricerca*.

Nel caso (C- 136/17) *GC e a/ Commission Nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*¹⁴, invece, la Corte risponde alla richiesta di accertare se il divieto di trattamento dei dati personali, e

¹⁰ CGUE, 24 settembre 2019, C-507/17, *Google LLC*, (succeduta alla Google Inc), c. *Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

¹¹ POLLICINO, L'“autunno caldo” della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale, in *Federalismi.it* 2019.

¹² Su tale aspetto, cfr. CUFFARO, *Cancellare i dati personali. Dalla damnatio memoriae al diritto all'oblio*, in Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, Padova, 2019, p. 228; D'ANTONIO, *Oblio e cancellazione dei dati*, in Sica, D'Antonio e Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della Privacy*, Milano, 2016, p. 208-209 ss.

¹³ In tal senso, cfr. punto 39 sentenza *Google c. CNIL*, in cui si chiede se il “gestore di un motore di ricerca, ... è tenuto ad eseguire la deindicizzazione su tutti i nomi di dominio del suo motore e ... ciò anche al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della direttiva”.

¹⁴ CGUE, 24 settembre 2019, C-136/17, *GC e a./Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

specificatamente dei dati sensibili, gravante sui titolari e/o responsabili di trattamento, si applichi anche al motore di ricerca, con conseguente individuazione degli obblighi e dei poteri dello stesso. In particolare, alla Corte è stato chiesto di stabilire se il gestore di un motore di ricerca possa rifiutarsi di deindicizzare pagine internet contenenti dati particolari di un soggetto, qualora ritenga la prevalenza del diritto degli utenti di essere informati e di individuare, di conseguenza, il potere discrezionale che ad esso potrà essere riservato nell'applicazione del divieto di trattamento dati particolari e delle sue eccezioni.

Entrambe le decisioni dalla Corte appaiono di grande rilevanza, poiché per un verso affrontano la questione della efficacia territoriale delle richieste di deindicizzazione provenienti dall'interessato o a seguito di un ordine di una Autorità di controllo o giudiziaria, e per altro si pongono il problema dei compiti riservati al gestore del motore di ricerca in tale ambito.

Per tali ragioni, appare opportuno operare qualche riflessione in ordine al sistema degli interessi in gioco, nel quale le decisioni si innestano.

3. Attività di trattamento dati personali tra interessi della persona umana e interessi economici

Le problematiche sollevate dalla CGUE si inquadrano nella più generale questione della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, sulla quale già da tempo si è concentrata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza europea¹⁵; rispetto alla quale le soluzioni normative esistenti appaiono inadeguate. E ciò per almeno due ragioni; una è rappresentata dalla società in cui viviamo, quella della post-modernità e della complessità sociale, che sul piano giuridico ha determinato la crisi e la frammentazione delle tradizionali categorie

¹⁵ NASCIMBENE e ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pub.com.*, 2017, p. 323. ss., i quali rilevano come la Corte è "chiamata a confrontarsi con "nuove" questioni di diritti fondamentali, derivanti da nuovi "pericoli" creati dalle nuove tecnologie o dai nuovi social media" e in tali casi si è sempre si è "pronunciata, nei casi ricordati (ad eccezione del caso Manni), in Grande Sezione, a testimonianza della rilevanza e della novità del tema affrontato."

giuridiche (dal soggetto alle situazioni giuridiche soggettive, alla famiglia, al contratto), determinando la necessità di una normativa commisurata alla natura degli interessi e alle modalità della loro manifestazione; l'altra è connessa allo sviluppo tecnologico, con particolare riferimento alla rete Internet¹⁶.

Il dato personale è regolato da diverse norme europee: dall' art. 8 della Carta dei diritti fondamentali, che riconosce ad ogni persona il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, e prescrive che i dati devono essere trattati secondo principi di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o in presenza di una causa legittimante il trattamento; e dal Regolamento UE 679/2016¹⁷, che ha abrogato e sostituito la direttiva 95/46/CE, per dare attuazione ai principi contenuti nella Carta e nel suindicato art. 8. Il GDPR regola l'attività di raccolta dei dati personali, che viene garantita e promossa, e *soprattutto si* sottolinea la funzione sociale¹⁸

¹⁶ RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014.
RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 378 ss.

¹⁷ Per approfondimenti sul Regolamento cfr. Mantelero e Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa 2018, e, *ivi*, tra gli altri, POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, p. 9 ss.

¹⁸ Per un approfondimento di tali questioni cfr., da ultimo, ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in Ead. (a cura di), *Persona e mercato dei dati*, cit., p. 35 ss.

e si chiarisce che essa va temperata¹⁹, con altri diritti fondamentali²⁰, non essendo “*prerogativa assoluta*”²¹, come la stessa CGE ha sempre ribadito

L’obiettivo è quello di realizzare, attraverso l’uniformazione²² normativa della materia²³, una più adeguata coesistenza tra il diritto alla protezione dei dati personali e diritto alla libera circolazione dei dati²⁴ con la libertà di impresa e l’iniziativa economica privata.²⁵

La questione – come evidente – non è nuova nell’ambito del diritto interno e sovranazionale²⁶ essendo essa al centro del dibattito scientifico riguardante i rapporti tra diritti e libertà fondamentali di natura personale con quelli di natura patrimoniale; ma soprattutto è alla base del diritto e della giurisprudenza europea che dopo aver

¹⁹ La raccolta di dati personali di ciascuna persona, nella prospettiva del Regolamento è strumento della strategia di crescita delle imprese, che tuttavia nella sua attuazione non può prescindere da una precisa esigenza, che è quella di assicurare protezione ai valori della persona umana e di salvaguardia della dignità umana “nucleo essenziale” di ogni diritto riservato all’uomo al diritto al rispetto della vita privata, tutelato dall’Art. 7 della Carta di Nizza. Su tali aspetti cfr. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 3 ss.; ID., *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell’Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, e ora in ID., *Fonti-Teoria-Metodo, Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 419 e 420.

²⁰ GAMBINO, *Diritti fondamentali e Cybersecurity*, in Bianca, Gambino e Mesinetti, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano 2016, p. 21 ss.

²¹ VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dal Trattato dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 115 ss., spec. p. 123

²² PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell’interessato*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 372 ss.;

²³ SICA, *Verso l’unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali?*, in ID., D’Antonio e Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della Privacy*, cit., 11 ss.

²⁴ Libertà che come dice l’art. 1, par. 3, del Regolamento non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche (come emerge dai cons. 4 e 7).

²⁵ E ciò allo scopo anche di favorire lo sviluppo dell’economia digitale: in tal senso cons. 7 GDPR.

²⁶ RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale: un inventario di problemi*, p. 169 ss., in Navarretta (a cura di), *Effettività e drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2017.

fatto proprio il principio personalista, a partire dal Trattato di Maastricht sino al Trattato di Lisbona che ha riconosciuto il valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, hanno sempre ragionato in una logica di composizione degli interessi in gioco.

Pur non entrando nel merito del Regolamento che subordina, come è noto, il trattamento dei dati personali al consenso dell'interessato e riconosce una serie di diritti all'interessato sia a carattere preventivo (per es. rettifica dei dati, cancellazione) sia di tipo risarcitorio, va ricordato che i dati personali devono essere trattati in maniera corretta, trasparente, nel rispetto del principio di adeguatezza e pertinenza tra i dati trattati e le finalità che si vogliono perseguire.

La rete telematica²⁷, tuttavia, costituisce luogo di produzione di fatti illeciti e di violazione di diritti fondamentali della persona, tra i quali quello alla protezione dei dati personali.

Ne consegue che tutte le volte in cui si registra il pregiudizio di tale diritto, l'interessato può rivolgersi direttamente al gestore del motore di ricerca per chiedere l'oscuramento più che l'eliminazione del dato.

4. Il ruolo della Corte di Giustizia Europea nella costruzione del diritto alla deindicizzazione.

In questo contesto si inseriscono i principi affermati dalla Corte di Giustizia Europea, le cui scelte appaiono sempre più il frutto di una valutazione politica degli interessi in gioco, poiché appare evidente che il diritto al rispetto della vita privata e quello alla protezione dei dati personali devono coesistere non solo con il diritto all'informazione degli utenti della rete telematica, ma anche con il diritto alla libera iniziativa economica privata.

Ciò viene evidenziato dalla stessa Grande Sezione, che, nel dire che ormai il fondamento normativo del diritto alla deindicizzazione è costituito dall'art. 17, precisa che in tale disposizione è stato fissato

²⁷ Cfr. ASTONE, *La società dell'informazione tra regole e tutele*, in Vaccaro, Rizzuto e Brancato (a cura di), *La Comunicazione alla sfida della (dis)informazione*, Roma, 2019, p. 59 ss.

un “bilanciamento [...] per quanto concerne la portata di una deindicizzazione solo all’interno dell’Unione”²⁸. Sicché in presenza di una domanda di oscuramento del sito “il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una domanda di deindicizzazione, è tenuto ad effettuare tale deindicizzazione non in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma nelle versioni di tale motore corrispondenti a tutti gli Stati membri”.

La sentenza, quindi, sviluppa e porta ad ulteriore svolgimento un orientamento già in parte presente nelle precedenti decisioni, statuendo però espressamente che la tutela del diritto all’oblio on line incontra, per i cittadini europei, il limite della territorialità, e ciò sul discutibile presupposto che molti Stati terzi non regolano il diritto alla protezione dei dati personali, né sussistono “strumenti o meccanismi di cooperazione” diretti a estendere la cancellazione al di fuori dell’Unione Europea. In ogni caso nel percorso argomentativo portato avanti dalla Corte resta ferma la possibilità per il gestore di estendere, volontariamente e spontaneamente, la deindicizzazione a tutte le versioni del suo motore di ricerca. Resta sullo sfondo e non sufficientemente affrontata la questione della effettività della tutela dei diritti fondamentali della persona, che meriterebbero una tutela globale e non limitata, come peraltro la stessa Corte ha affermato in una quasi contestuale decisione nel caso *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*²⁹, riguardante una controversia insorta nei confronti di un social network che ha diffuso, attraverso le pagine di un utente, informazioni, già dichiarate illecite, lesive del diritto all’onore del ricorrente. In tale fattispecie la Corte ha affermato la necessità di una efficacia mondiale dell’ordine di rimozione dell’informazione illecita.

²⁸ Punto n. 61 della Sentenza *Google LLC c. (CNIL)* ove si legge “Orbene, pur se il legislatore dell’Unione, nell’articolo 17, paragrafo 3, lettera a), del regolamento 2016/679, ha effettuato un bilanciamento tra tale diritto e tale libertà per quanto concerne l’Unione [...] si deve necessariamente constatare che, d’altro lato, esso non ha, allo stato attuale, proceduto a tale bilanciamento per quanto riguarda la portata di una deindicizzazione al di fuori dell’Unione”.

²⁹ CGUE, 3 ottobre 2019, C-18/08, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*.

La posizione della Corte, nel caso *Google LLC c. (CNIL)*, rappresenta un sicuro passo indietro nella tutela effettiva del diritto non solo alla protezione dei dati personali, ma anche della vita privata, soprattutto a fronte del fatto che nel Regolamento è presente l'esigenza di garantire il livello di protezione delle persone fisiche fissato dal Regolamento anche fuori dall'Unione Europea; ma anche perché i fatti illeciti commessi attraverso il mezzo telematico non incontrano limiti territoriali di efficacia³⁰.

Sotto questo profilo, emerge dalla sentenza una esigenza di protezione del motore di ricerca e degli interessi di cui esso risulta portatore. In effetti la Corte di Giustizia Europea, quando decide del diritto alla protezione dei dati personali in rete, è chiamata ad un difficile bilanciamento, nel senso che la tutela dei dati della persona incontra il limite della libertà di informazione, ma sullo sfondo restano inevitabilmente presenti gli interessi dei grandi motori di ricerca e dei social network, che trattano i dati per fini economici³¹ e dai quali non si può prescindere se non si vuole compromettere la realizzazione del mercato telematico. Il problema allora è quello di evitare che già nella fase *ex ante* i fondamentali diritti alla protezione del dato personale e al rispetto della vita privata vengano violati da logiche prettamente mercantili.

Nel percorso portato avanti dalla Corte Europea ancora più delicata appare la posizione assunta con riguardo al trattamento delle categorie di dati particolari, non tanto per la riconosciuta eccezione al divieto, che trova fondamento nelle regole della direttiva, prima, e del Regolamento oggi, ma per il ruolo che al gestore viene affidato. Il caso, infatti, oggetto della decisione *C 136-17* era quello di alcuni cittadini francesi che hanno chiesto la “*deindicizzazione di link che rinviavano ad articoli di giornale contenenti notizie su procedimenti penali e ad altri articoli di giornale, “nei quali si faceva riferimento*

³⁰ Sul rapporto tra diritto e globalizzazione cfr. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, che si pone il dubbio se esista un diritto globale, p. 6 ss.

³¹ RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 689; CATALANO, *Il diritto alla portabilità dei dati tra interessi individuali e prospettiva concorrenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 833 ss.

all'udienza penale” nel corso della quale uno dei ricorrenti “è stato condannato a una pena di sette anni di reclusione e a una pena accessoria di dieci anni di sorveglianza socio-giudiziaria per fatti di violenza sessuale su minori di quindici anni”. Si trattava di verificare se l'operatore del motore di ricerca fosse obbligato ad applicare la normativa sulla protezione dei dati personali e se di fronte a una richiesta di deindicizzazione esso, quale titolare dell'attività di trattamento, fosse obbligato a dare seguito o se, invece, poteva alla luce delle finalità connesse alla raccolta e degli interessi in gioco adottare una soluzione diversa.

Le posizioni della Corte sono in linea con gli orientamenti precedentemente assunti secondo cui il trattamento di dati personali effettuato nell'ambito dell'attività di un motore di ricerca, si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web: tale assunto consente alla Corte di affermare che anche il gestore di tale motore di ricerca, è tenuto all'osservanza delle regole contenute nella direttiva e nel Regolamento; sicché deve accogliere qualunque richiesta diretta a evitare di indirizzare gli utenti su una pagina internet contenente informazione su dati particolari non più attuali. Se questa però è la regola, ciò non impedisce alla Corte stessa di richiamare l'eccezione, cioè la deroga, affidando allo stesso gestore il compito di dare esecuzione alle norme contenute nella direttiva e nei vigenti articoli 9 e 10 del Regolamento, laddove prevedono la possibilità che in alcune circostanze anche i dati particolari possono essere trattati, tra cui quelli *inclusi nell'eccezione di cui all'articolo 8, paragrafo 2, lettera e).*” *In tale circostanza la richiesta formulata dall'interessato può non trovare accoglimento.*

Infatti al gestore resta riservato il compito di valutare le situazioni giuridiche rilevanti nella fattispecie concreta³², e in presenza di una

³² Su tale aspetto cfr. Punto 66 della sentenza *GC c. CNIL* laddove si dice che “il gestore di un motore di ricerca, quando riceve una richiesta di deindicizzazione [...], deve – sulla base di tutte le circostanze pertinenti della fattispecie e tenuto conto della gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali della persona interessata al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta – verificare, [...] se l'inserimento di detto link nell'elenco dei risultati, visualizzato in esito ad una ricerca effettuata a partire dal nome della per-

eccezione al divieto, nonché degli altri presupposti previsti dal Regolamento, tra cui la tutela della libertà di espressione e informazione, può rigettare la richiesta³³, dopo aver valutato “*gli interessi in conflitto e determinato quale sia l’interesse prevalente*”, con l’obiettivo di garantire una tutela efficace e completa delle persone interessate.

5. Motore di ricerca e tutela del diritto alla protezione dei dati personali e del diritto all’oblio: quali conclusioni?

Il ruolo del gestore diventa fondamentale nella tutela *ex ante* dei diritti in esame, sicché è lecito interrogarsi sulla opportunità di una decisione che affida all’autonoma e discrezionale valutazione di tale soggetto il compito di verificare se sia possibile l’inserimento di un link verso una pagina Internet, in cui sono presenti dati sensibili, del cui contenuto in ogni caso esso non risponde³⁴; e, conseguentemente vi è da chiedersi quanto sia condivisibile il riconoscimento in capo a tale professionista del potere *di decidere discrezionalmente* sulla richiesta di diffusione o di oscuramento dei dati particolari di una determinata persona, senza necessità di rivolgersi preventivamente

sona in questione, si riveli strettamente necessario per proteggere la libertà di informazione degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a tale pagina web mediante una ricerca siffatta, libertà sancita all’articolo 11 della Carta.

³³ Punto 60, *GC c. CNIL*. È alla luce di tali considerazioni che è necessario esaminare a quali condizioni il gestore di un motore di ricerca sia tenuto ad accogliere una richiesta di deindicizzazione e quindi a cancellare dall’elenco dei risultati, visualizzato in esito ad una ricerca effettuata a partire dal nome dell’interessato, il link verso una pagina web contenente dati personali rientranti nelle categorie particolari di cui all’articolo 8, paragrafi 1 e 5, della direttiva 95/46/CEE.

³⁴ Cfr. Punto 46, sentenza *GC c. CNIL*: “il gestore di un motore di ricerca è responsabile non del fatto che i dati personali rientranti in tali disposizioni compaiono su una pagina web pubblicata da terzi, ma dell’indicizzazione di tale pagina e, in particolare, della visualizzazione del link verso di essa [...], potendo una visualizzazione siffatta del link in questione in tale elenco incidere significativamente sui diritti fondamentali della persona considerata al rispetto della sua vita privata e alla protezione dei suoi dati personali “

quanto meno ad una Autorità indipendente, e in particolare al Garante Privacy o all'Autorità garante per le comunicazioni che ha il compito di sorvegliare le reti di comunicazione³⁵.

E' pur vero che l'interessato potrà opporsi alla decisione del motore di ricerca per ottenere protezione, che, però, in presenza di un errore valutativo del gestore, sarà successiva e interverrà a illecito ormai consumato; mentre verrà definitivamente preclusa qualunque forma di tutela preventiva, normalmente auspicabile quando in gioco sono diritti fondamentali della persona umana³⁶.

Resta ferma, in ogni caso, quando il pregiudizio si è prodotto, la possibilità di ricorrere alla disciplina sulla responsabilità del prestatore dei servizi informatici, richiamata dall'art. 2 comma 4 del Regolamento UE 2016/679 il quale prevede l'applicazione degli articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE pure nei confronti del titolare e/o del responsabile del trattamento dei dati personali.

³⁵ Su tali temi cfr. ASTONE, *Protezione dei dati personali e il (possibile) ruolo dell'Autorità garante per le comunicazioni*, in *Nuovo dir.civ.*, 2019, p. 247.

³⁶ Per un quadro sui diritti della personalità, ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti)*, in *Dig. Disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 431 ss.; VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2019, p. 1 ss., secondo la quale sebbene anche nel codice privacy «accanto ai diritti alla riservatezza e alla protezione dei dati personali si menziona la dignità della persona, ma non bisogna sovrapporre settori di tutela diversi e non omogenei come quello volto a tutelare la personalità dei cittadini e lo specifico interesse a non veder travisati i dati personali con la tutela contro gli illeciti lesivi della reputazione che è a tutt'oggi affidata alle regole sulla responsabilità extracontrattuale».

FEDERICO AZZARRI
Professore associato di diritto privato
Università di Pisa

I DIRITTI DEI NATI DA GESTAZIONE PER ALTRI E I LIMITI COSTITUZIONALI DELL'ORDINE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Il problema dello stato dei nati all'estero da gestazione per altri. – 2. La legislazione interna e l'ordine pubblico internazionale. – 3. L'interesse del minore come criterio ermeneutico. – 4. La valenza sostanziale dell'interesse del minore nella tutela del diritto allo stato – 5. (*Segue*) I diritti del figlio e il bilanciamento con altri interessi. – 6. La controversa inclinazione sanzionatoria del mancato riconoscimento dello stato di figlio del genitore non biologico. – 7. La prospettata alternativa alla trascrizione integrale degli atti di nascita formati all'estero: *much ado about nothing?*

1. *Il problema dello stato dei nati all'estero da gestazione per altri.*

La questione dello stato dei nati all'estero attraverso la gestazione per altri ha dato luogo, negli ultimi anni, a un vivace dialogo tra le corti e a un serrato confronto che ha coinvolto la letteratura giuridica e non solo.

A differenza di quanto è pur faticosamente avvenuto su altri fronti, nondimeno eticamente controversi, fatica infatti, in questo ambito, a emergere una *koinè* essenziale di principi condivisi che favorisca una proposta di diritto «mite»¹ o almeno «facoltizzante»².

¹ Secondo l'insegnamento di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

² L'idea – ispirata da ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, 2007, p. 14 ss. – che, nei temi eticamente problematici, sia preferibile, al divieto penale, una legislazione

Ciò dipende sia dalla gravità dei temi che la gestazione per altri porta con sé³ – e che interpellano l'autodeterminazione della donna, il fondamento della filiazione e le condizioni di realizzabilità della pratica; sia dal dirompente valore simbolico che la progettata disarticolazione della relazione materna⁴ assume sul piano filosofico, politico e sociologico⁵; sia, infine, dalla mancanza di precedenti storici diretti del fenomeno che rendano meno «contingenti e parziali» le concezioni etiche e le esperienze sociali di riferimento, e che evitino altresì che, nella sua rappresentazione pubblica, risultino predominanti i soli episodi che ne esprimono le più drammatiche distorsioni⁶.

«procedurale» e «permissiva», in cui ricevano bilanciamenti ragionevoli tutti gli interessi e i diritti costituzionali in gioco, affiora comunque in alcuni contributi della dottrina; v., per esempio, BRUNELLI, *Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile*, in Niccolai e Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, p. 81; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1099 ss.; PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1291 s.

³ SARACENO, *Dalla coppia alla genitorialità delle persone dello stesso sesso*, in *GenIUS*, 2014, 2, p. 125; CORTI, *La maternità per sostituzione*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, vol. II, *Il governo del corpo*, Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di), Milano, 2011, 1484 ss.; EAD., *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 17 ss.

⁴ ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*², Ferrando, Fortino e Ruscello (a cura di), I, Milano, 2011, p. 63; ID., *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 195.

⁵ Ci si limita solo a richiamare l'emblematica contrapposizione tra le tesi di PATEMAN, *The Sexual Contract*, Cambridge, 1988, p. 189 ss., che vede nel contratto di surrogazione uno strumento con cui si rinnova il dominio patriarcale sulla donna, essendone l'uomo che presta i gameti il principale beneficiario, e di SHALEV, *Nascere per contratto*, ed. it. Ajani e Maffiodo (a cura di), Milano, 1992, spec. p. 154 ss. (*Birth Power. The Case for Surrogacy*, 1989), che, al contrario, ritiene che proprio il contratto sia il mezzo per riconoscere all'attività procreativa della donna quel valore economico negatole dal patriarcato, e per consentire altresì alla stessa di affermare la sua completa autodeterminazione nelle scelte riproduttive.

⁶ BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, 2016, 2, p. 5. Sottolineano la difficoltà di sviluppare un'analisi giuridica più realistica e articolata, muovendo da simili presupposti, BRUNELLI, *op. cit.*, p. 77 s., e

Non sorprende, allora, che, nel nostro paese come altrove⁷, siano convogliate attorno a un moto di assoluta riprovazione della surrogazione gestazionale posizioni originate da concezioni morali e culturali normalmente molto lontane tra loro⁸.

In questo quadro, si inserisce adesso la decisione con cui la Consulta⁹, interrogata dalla Prima Sezione della Suprema Corte¹⁰, ha respinto, giudicandole inammissibili, le obiezioni di legittimità sollevate verso la regola di diritto vivente sancita dalle Sezioni Unite¹¹: le quali hanno escluso in radice, per contrasto con l'ordine pubblico, la trascrivibilità in Italia del provvedimento giurisdizionale straniero che dichiara il rapporto di filiazione tra il minore venuto alla luce attraverso la gestazione per altri e il genitore non biologico, e ciò pure quando (e questa è la sola ipotesi di cui ci occuperemo) i gameti necessari alla fecondazione siano stati forniti dall'altro genitore e da una terza donatrice, senza dunque che fra la gestante e il nascituro sia insorto alcun legame genetico.

Al contempo, però, la Corte costituzionale, a differenza delle Sezioni Unite, non ha ritenuto che un'alternativa adeguata al mancato

V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2020, 2, p. 34 s.

⁷ È il caso della Francia, dove già nel 2014 i toni eccessivi e i contenuti ideologici e caricaturali del dibattito pubblico erano stati stigmatizzati nel rapporto conclusivo, curato dalla sociologa Irène THERY e dalla giurista Anne-Marie LEROYER, del gruppo di lavoro ministeriale "*Filiation, origines, parentalité*", p. 185 (http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_thery-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf).

⁸ Si pensi alla convergenza di vedute, sul punto, tanto delle forze politiche conservatrici, quanto, in larga parte, di quelle progressiste, nonché di ampi settori del movimento femminista e di quello omosessuale.

⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, in *Fam. dir.*, 2021, p. 684, con note di DOGLIOTTI e di FERRANDO; in *Famiglia*, 2021, 391, con note di MORACE PINELLI e di CHIRICALLO.

¹⁰ Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. dir.*, 2020, p. 675, con note di FERRANDO e di RECINTO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 1116, con nota di CALDERAI; in *Corr. giur.*, 2020, p. 902, con nota di SALANITRO; in *Famiglia*, 2020, p. 767, con nostra nota.

¹¹ Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia*, 2019, p. 345, con nota di M. BIANCA; in *Fam. dir.*, 2019, p. 653, con note di DOGLIOTTI e di FERRANDO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 741, con nota di SALANITRO; in *Giur. it.*, 2020, p. 1623, con nota di G. SALVI.

riconoscimento di questo vincolo di filiazione possa essere offerta dall'adozione in casi particolari, ancorché nell'interpretazione, ormai stabilizzata, che assume la «constatata impossibilità» dell'affidamento preadottivo, *ex art. 44, comma 1, lett. d, l. 4 maggio 1983, n. 184*, come impossibilità anche di diritto dovuta alla mancanza di una situazione di abbandono¹².

Malgrado questa precisazione – importante e non scontata –, l'epilogo giurisprudenziale non appare, a nostro avviso, del tutto soddisfacente, e offre anzi l'occasione per alcune considerazioni critiche che attengono già alle sue premesse.

Resta invece senz'altro apprezzabile, a livello sistematico, che la difficile vicenda abbia almeno permesso alla Consulta di confermare la sindacabilità del principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite, e dunque il potere delle Sezioni semplici di richiedere il pronunciamento della stessa a fronte della loro impossibilità (*ex art. 374, comma 3, c.p.c.*) di discostarsi da un'interpretazione che pure reputino non conforme alle previsioni costituzionali¹³. Questa acquisizione è imposta dal diverso compito istituzionale delle due giurisdizioni, e dalla necessità di evitare che si formino zone franche del diritto applicato sottratte al Giudice delle leggi. Se così non fosse, infatti, l'esercizio della funzione nomofilattica finirebbe per assorbire anche quel giudizio ultimo di validità delle norme che la Costituzione affida invece a un altro organo, laddove la stessa attività ermeneutica della Corte di Cassazione non può evidentemente che basarsi su – e sfociare in – enunciati costituzionalmente legittimi¹⁴.

2. *La legislazione interna e l'ordine pubblico internazionale.*

Il discorso non può che partire dal ruolo dell'ordine pubblico internazionale.

¹² Cass., 22 giugno 2016, 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con commento di FERRANDO, *ivi*, II, p. 1213.

¹³ V. già Corte cost., 22 gennaio 2015, n. 3, in *Giur. cost.*, 2015, p. 24, con nota di M. CAREDDA.

¹⁴ GIUSTI, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, p. 132 s.; IANNIRUBERTO, *Il principio di diritto nelle controversie di lavoro (riflessioni sugli artt. 363 e 374 c.p.c. riformati)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 25.

Secondo le Sezioni Unite, infatti, il divieto che la surrogazione di maternità incontra nel nostro sistema rappresenterebbe un argine destinato a sovrastare in ogni caso il diritto del minore alla conservazione dello *status* validamente acquisito all'estero: e ciò in quanto i contenuti dell'ordine pubblico internazionale (ai sensi dell'art. 18 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, e degli artt. 64 ss. l. 31 maggio 1995, n. 218) non andrebbero desunti dai soli principi fondamentali consacrati nella Costituzione e nelle Carte internazionali dei diritti, ma anche dal «modo» in cui questi si sono «incarnati» nella disciplina positiva dei singoli istituti, nonché dall'interpretazione che ne fornisce la giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Il richiamo alla fonte legislativa, e in particolare all'art. 12, comma 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40, sarebbe dunque imprescindibile al fine di concretizzare, sulla base degli equilibri cristallizzati dal legislatore, la declinazione di ordine pubblico rilevante in un dato momento storico e rispetto a una determinata fattispecie proveniente da un ordinamento straniero.

Tale esegesi, benché approvata da ampia parte della dottrina¹⁵ e condivisa adesso dalla Consulta, desta invero qualche dubbio, non foss'altro perché assume l'interesse del minore quale ipotetico «contro limite esterno dell'ordine pubblico internazionale»¹⁶, anziché, come più correttamente dovrebbe essere, quale principio esso stesso

¹⁵ V., per esempio, TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 50 ss.; ID., *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal*, 2021, 3, p. 41 ss.; NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 759 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *DSF*, 2019, p. 338; CALDERAI, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 989 ss.; TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 124 ss.

¹⁶ V. BARBA, *op. cit.*, p. 32.

di ordine pubblico¹⁷, e dunque concorrente nell'individuazione della regola operativa¹⁸.

Né è trascurabile come l'orientamento delle Sezioni Unite discenda, invero, da un precedente relativo alla riconoscibilità, nel sistema italiano, di una statuizione giudiziale straniera recante la condanna al pagamento di danni punitivi¹⁹; mentre si distacca nettamente dall'indirizzo – sempre formulato dalla Suprema Corte in altre e più pertinenti occasioni²⁰ – secondo cui, salvo quando la legge ordinaria rifletta una soluzione costituzionalmente vincolata, le indicazioni ricavabili dalla medesima non dovrebbero rappresentare nulla più che l'espressione, magari provvisoria, della consueta discrezionalità di cui gode il potere legislativo a fronte di situazioni suscettibili, in assenza di “rime obbligate”, di essere regolate, in astratto, secondo una pluralità di opzioni tutte potenzialmente conformi alla Carta.

Orbene, a nostro avviso, questa seconda concezione è quella più atta ad affrontare il tema di cui ci occupiamo.

Infatti, al di là delle obiezioni eminentemente tecniche a cui l'argomentazione delle Sezioni Unite si espone²¹, la circostanza che

¹⁷ M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Famiglia*, 2019, p. 370; V. BARBA, *op. loc. cit.*

¹⁸ C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole “concetto” di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 482.

¹⁹ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1399, con nota di GRONDONA.

²⁰ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di FERRANDO; Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1718, con nota di PALMERI.

²¹ Il concetto di ordine pubblico internazionale delineato da Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 era infatti maturato sullo sfondo di un problema, quello della compatibilità col nostro ordinamento dei risarcimenti punitivi, che necessariamente richiedeva di indulgere al piano della legislazione ordinaria, non essendovi a livello costituzionale alcuna disposizione che vieti alla responsabilità civile di assumere anche una funzione sanzionatoria e preventiva. Così, in quel caso, la Suprema Corte aveva giustamente indagato (infine escludendolo) se, al di là delle specifiche ipotesi normative in cui l'istituto tende a travalicare la dimensione compensativa, esistesse anche una previsione più generale che, attribuendo ai giudici

fosse qui in gioco, come si vedrà, un diritto inviolabile del minore avrebbe dovuto indurre a prediligere una connotazione maggiormente inclusiva dell'ordine pubblico internazionale²², quale, appunto, quella che rivolge l'efficacia selettiva di questo filtro essenzialmente verso le norme e gli atti stranieri da cui derivino, con riguardo alla specifica fattispecie considerata (e a quella soltanto), effetti assolutamente incompatibili coi principi fondamentali della Costituzione²³. Questa è, peraltro, l'idea comunemente accolta – malgrado il divieto di *Leihmutterschaft*²⁴ – nel diritto tedesco²⁵ e austriaco²⁶, dove tanto il § 109 I Nr. 4 FamFG, quanto il § 6 IPR-G,

«il potere di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati», ottemperasse a quella riserva di legge, stabilita dall'art. 23 C., a cui soggiace l'imposizione di ogni prestazione patrimoniale. Diversamente, nel caso del riconoscimento dello stato dei nati da gestazione per altri, il collegamento tra i due piani sistematici si rivela meno univoco, poiché nella legislazione ordinaria trova riscontro solo uno dei referenti costituzionali interpellati dalla surrogazione gestazionale, ossia quello della dignità della gestante, della cui tutela cerca di incaricarsi la norma penale, mentre resta invece del tutto scoperto l'altro interesse coinvolto, del pari sovraordinato, ovvero quello del minore a mantenere lo stato legittimamente acquisito all'estero. Ma l'omissione del legislatore, se da un lato rappresenta un ostacolo a rinvenire nella legge ordinaria il punto di equilibrio tra i due beni in conflitto, dall'altro non autorizza nemmeno una disinvolta *Ausstrahlungswirkung* della norma penale al di là di quelli che sono i suoi confini teleologici; in tema, v. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, 2020, 2, p. 11 s.

²² PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 372.

²³ V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 409 s., 435 s.

²⁴ V., in Germania, il § 1 I Nr. 7 ESchG, e, in Austria, i §§ 2 e 3 FMedG.

²⁵ SIEGHÖRTNER, § 109, in HAHNE, SCHLÖGEL e SCHLÜNDER (Hrsg.), *BeckOK FamFG*³⁷, München, 2021, Rn. 32; MAYER, *Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen*, in *IPRax*, 2014, 59; BGH 5 settembre 2018, in *NZFam*, 2018, p. 983.

²⁶ HERNDL, *Die Abstammung des Kindes einer Leihmutter und ihre Auswirkungen im internationalen Erbrecht*, in *NZ*, 2014, p. 257; HINTEREGGER e FERRARI, *Familienrecht*⁷, Wien, 2015, p. 171; VfGH, 14 dicembre 2011, B 13/11, in <https://www.ris.bka.gv.at/>; VfGH, 11 ottobre 2012, B 99/12, in *IPRax*, 2013, p.

calibrano il vaglio dell'ordine pubblico sul risultato (*Ergebnis*) a cui conduce il recepimento della decisione o l'applicazione della disposizione straniera, il quale non può essere contrastante, rispettivamente, con i «*wesentlichen Grundsätzen*» (e soprattutto coi *Grundrechte*) e le «*Grundwertungen*» dell'ordinamento nazionale. In tale prospettiva non è dunque richiesta alcuna preliminare verifica della compatibilità, col sistema interno, delle regole che al risultato che si vorrebbe recepire preludono, e siffatta apertura al dialogo con esperienze giuridiche diverse è al contempo avvalorata da un'interpretazione della clausola stessa dell'ordine pubblico che l'opinione prevalente ritiene debba essere in senso restrittivo²⁷.

Al contrario, le Sezioni Unite, benché il nostro dato normativo non sia invero troppo diverso²⁸, hanno preferito ricavare dal sesto comma dell'art. 12 l. 40/2004 una direttiva assiologica univoca, affidandole altresì la sorte del vincolo di filiazione tra il minore e il genitore d'intenzione: senonché detta norma, oltre a suscitare di per sé seri sospetti di illegittimità a causa della sua non eccelsa fattura²⁹, non si occupa affatto di tale profilo, ambendo, piuttosto, a colpire penalmente l'organizzazione e il ricorso in Italia alla gestazione per altri, senza, tuttavia, prendere in alcuna considerazione la posizione giuridica del figlio (men che meno di quello generato all'estero) che sia così venuto al mondo, e senza, ancora, prescrivere indicazioni definitive circa il trattamento del suo stato – a differenza, invece, di quanto faceva l'art. 9 della stessa legge, il quale, pur in costanza del

271 (a proposito, peraltro, del riconoscimento non di un provvedimento giurisdizionale, bensì di un certificato di nascita formato all'estero).

²⁷ Con riguardo al § 109 I Nr. 4 FamFG, v. SIEGHÖRTNER, *op. loc. cit.*; WAGNER, *Ausländische Entscheidungen, Rechtsgeschäfte und Rechtslagen im Familienrecht aus der Sicht des autonomen deutschen Rechts*, in *FamRZ*, 2013, p. 1626; BGH 30 marzo 2011, in *NJW-RR*, 2011, p. 721.

²⁸ Riferendosi gli artt. 16 e 65 l. 218/1995 unicamente agli «effetti» della legge e del provvedimento stranieri.

²⁹ VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Criminalia*, 2019, p. 233 s., in ragione della totale mancanza di un fatto tipico correttamente identificato coi suoi elementi costitutivi; similmente, DOVA, *Maternità surrogata e diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 930 s.

divieto di fecondazione eterologa, risolveva nondimeno la contrapposizione tra l'(asserito) interesse pubblico alla repressione della pratica e l'interesse del minore ad acquisire lo stato di figlio del padre consenziente in favore del secondo³⁰.

In altri termini, insomma, poiché la previsione penale offre una rappresentazione incompleta degli interessi di rango primario che la gestazione per altri è teoricamente idonea a porre in conflitto, essa non avrebbe pertanto dovuto essere assunta come indice risolutivo di un contrasto che, a ben vedere, nemmeno riesce a descrivere compiutamente. E infatti, l'epilogo di questa opzione ricostruttiva è significativamente sbilanciato, atteso che, per tal via, lo stigma sulla condotta – peraltro non punibile³¹ – dei genitori si è agevolmente trasferito su un vincolo di filiazione che, di per sé, non è certo sovversivo dei principi fondamentali del diritto di famiglia italiano, ma il cui riconoscimento viene nondimeno negato mercé l'impropria supplenza alla sanzione penale che il diritto civile, coi suoi mezzi, è stato incautamente chiamato a svolgere³².

Una più persuasiva impostazione, invece, avrebbe dovuto negare lo scoglio dell'ordine pubblico internazionale, rilevando piuttosto come la risultanza dell'atto che si chiedeva di trascrivere, ossia il vincolo di filiazione con il genitore non biologico, non presentasse alcuna anomalia rispetto al nostro sistema, né per l'assenza del legame genetico con uno dei genitori, né per l'attribuzione di un secondo padre al minore. Quanto al primo profilo, infatti, l'ordinamento già conosce e tutela rapporti di filiazione non originati dalla

³⁰ FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 685; G. SALVI, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1629.

³¹ Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 13525, in *Foro it.*, 2016, II, c. 286, con nota di CASABURI, esclude infatti che sia penalmente perseguibile la gestazione per altri svolta all'estero e che i successivi passaggi, finalizzati alla trascrizione in Italia dell'atto di nascita, integrino gli estremi dei reati di cui agli artt. 567 e 495 c.p. Sul punto, VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita (dir. pen.)*, in *Enc. dir. Anali*, IX, Milano, 2016, p. 707.

³² GIUSTI, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, p. 146.

genetica³³, ma sorti sulla base dell'accoglienza (con l'adozione); o dell'impegno in un condiviso disegno di genitorialità sociale (con l'adozione del figlio del o della partner); o, per quanto qui più rileva, della «scelta», e quindi dell'assunzione di responsabilità, di dar vita a un progetto genitoriale comune (con la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo³⁴)³⁵. Sotto al secondo profilo, invece, la giurisprudenza ha in più occasioni chiaramente respinto la tesi che l'omosessualità sia una condizione in sé ostativa all'assunzione e allo svolgimento dei compiti genitoriali³⁶: lo ha fatto, in particolare, negando che l'orientamento sessuale abbia una qualche incidenza sulle decisioni in merito all'affidamento dei figli³⁷ o sulla valutazione dell'idoneità affettiva e della capacità educativa di chi abbia presentato domanda di adozione del figlio del proprio o della propria partner³⁸, nonché, recentissimamente, nel confutare che contrasti

³³ Sul punto, A. GORGONI, *Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni Unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata*, in *DSF*, 2020, p. 544 ss.

³⁴ Nel dichiarare illegittimo il divieto di p.m.a. eterologa, Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 802, con commento di FERRANDO, *ivi*, II, p. 393, ha infatti evidenziato come la scelta della coppia assolutamente sterile o infertile di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli rappresenti un'espressione della «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 C., cosicché le sue limitazioni «devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango».

³⁵ FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 454; EAD., *Conclusioni*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, p. 324; ANG. FEDERICO, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 660; PALMERI, *Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale*, in Caielli, Pezzini e Schillaci (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Cirse-Unito, 2019, p. 46 ss.; VENUTI, *op. cit.*, p. 16; EAD., *Coppie sterili o infertili e coppie «same-sex». La genitorialità negata come problema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 274 s.

³⁶ FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 817.

³⁷ Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Dir. fam. pers.*, 2013, I, p. 515.

³⁸ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

con l'ordine pubblico internazionale un provvedimento giurisdizionale straniero che dichiari l'adozione piena di un minore da parte di una coppia formata da due uomini³⁹.

3. *L'interesse del minore come criterio ermeneutico.*

Le pronunce di merito che hanno autorizzato la trascrizione integrale dei provvedimenti concernenti lo stato dei nati da gestazione per altri hanno sempre sottolineato come il preminente interesse di questi minori non potesse che coincidere con quello alla conservazione del vincolo con il genitore non biologico⁴⁰. Benché tale (indubbio) rilievo non sia l'unico elemento a deporre in favore di questa conclusione, esso è forse quello che ha suscitato le maggiori riserve dei commentatori, finendo così per lasciare in ombra argomenti più incisivi. Si è dunque severamente contestato un indirizzo che è parso incentrarsi principalmente su un profilo, quello dell'interesse del minore, criticato per la sua vaghezza⁴¹ e l'insidiosa vicinanza alla logica del fatto compiuto⁴², oltre che per l'inclinazione ad appellarsi al sentimento⁴³ e alla pietà⁴⁴, più che alla ragione, e a favorire derive ideologiche ed eversive rispetto al principio di legalità⁴⁵ – a onta,

³⁹ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 797, con nota di TORMEN (a condizione, però, che l'adozione non sia stata preceduta da un accordo di surrogazione gestazionale).

⁴⁰ App. Bari, 9 ottobre 2020, *ined.* (ma si legge in www.retelenford.it); Trib. Milano, 24 ottobre 2018, in *Fam. dir.*, 2019, p. 494, con nota di BARONE; App. Venezia, 16 luglio 2018, in *Dir. fam. pers.*, 2019, I, p. 149; App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 994, con nota di CALDERAI; App. Milano, 28 dicembre 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 657, con nota di CARDACI; diversamente, Trib. Roma, 27 luglio 2018, n. 9100, in *Fam. dir.*, 2019, p. 496, con nota di BARONE.

⁴¹ BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1467.

⁴² NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 760; RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2017, 2, p. 67.

⁴³ CALDERAI, *Modi di costituzione*, cit., p. 990.

⁴⁴ BUSNELLI, *op. loc. cit.*

⁴⁵ SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 996; LENTI, *Note critiche in tema di*

oltretutto, dei dubbi avanzati circa l'effettiva rispondenza di questo orientamento all'obiettivo, insito nel criterio in parola⁴⁶, di prediligere, nelle decisioni che coinvolgono il minore, la soluzione che più di ogni altra ne assicuri la miglior cura dal punto di vista materiale e (soprattutto) morale⁴⁷.

interesse del minore, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87. Per analoghe valutazioni rispetto al diritto francese e inglese, v. HOUSSIER, *L'affaire Mennesson ou la victoire du fait sur le droit*, in *AJ Famille*, 2019, p. 592, e PARIZER-KRIEF, *Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2011, p. 645 ss.

⁴⁶ Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 11, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1839, con nota di DOGLIOTTI.

⁴⁷ Ci si è chiesti, in particolare, come possa corrispondere all'interesse del minore l'interruzione del rapporto con colei che ha condotto la gestazione (TRIPODINA, *op. cit.*, p. 130; NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, p. 56 s.) e, al contempo, l'instaurazione di un vincolo giuridico con un soggetto (il genitore non biologico) la cui idoneità a essere genitore non sia stata in alcun modo preliminarmente vagliata (ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di "abuso" e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle corti europee*, in *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 72). Simili obiezioni, però, non tengono conto, da un lato, che la gestante non è normalmente disposta a intrattenere col nato un rapporto genitoriale, a differenza del genitore biologico e di quello d'intenzione (VENUTI, *Le sezioni unite*, cit., p. 15; V. BARBA, *Ordine pubblico*, cit., p. 35), e, dall'altro lato, che i controlli sull'idoneità dei genitori si impongono nell'adozione, ove occorre garantire una famiglia a un minore in stato di abbandono, laddove nella gestazione per altri, e in generale nella procreazione medicalmente assistita, il bambino non è ancora venuto al mondo, ma è ricercato e voluto da una coppia che ricorre alle tecnologie riproduttive onde "imitare" quella generazione naturale che le è preclusa (ZATTI, *Tradizione e innovazione*, cit., p. 58; MOROZZO DELLA ROCCA, *Riflessioni sul rapporto tra adozione e procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, II, p. 222 s.; GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *TCRS*, 2/2018, p. 176). Nella dottrina tedesca esclude che il divieto di gestazione per altri si giustifichi sulla base di fondati timori legati al benessere del nato WELLENHOFER, § 1591, in *Münchener Kommentar zum BGB*⁸, 10, München, 2020, Rn. 55.

Simili considerazioni, però, colgono solo un aspetto del problema, e, invero, nemmeno quello più pregnante. Ad ogni modo, poiché è un punto su cui il dibattito si è fortemente addensato, conviene nondimeno soffermarvisi.

Nella prospettiva in esame, il principio dell'interesse del minore presenta intanto una valenza metodologica, designando comunemente il parametro a cui debbono attenersi il magistrato e tutti coloro che sono chiamati ad assumere scelte che ricadranno sul bambino. La formula condivide l'indeterminatezza e l'indole precettiva, e non meramente esortativa, delle clausole generali, al cui novero del resto va ascritta⁴⁸: la prima caratteristica la rende un «contenitore vuoto», i cui contenuti l'interprete deve attingere dalla realtà esterna attraverso un giudizio inevitabilmente filtrato da fattori morali, culturali e sociali, benché talvolta possa perfino ammantarsi di una certa oggettività scientifica⁴⁹; la sostanza regolativa, invece, le deriva da una molteplicità di disposizioni di diritto interno e internazionale⁵⁰ – a cominciare dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e dall'art. 24 della Carta di Nizza⁵¹ – che ne fanno tanto l'indice «concreto ed effettivo» al quale la tutela deve essere

⁴⁸ FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 167 ss.

⁴⁹ LENTI, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁵⁰ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss. VENUTI, *Coppie sterili*, cit., p. 270, ricorda poi che l'interesse del minore esprime pure un parametro interposto di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, comma 1, C., come già affermato da Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con nota di MAR. MANTOVANI.

⁵¹ La CEDU non contempla principi generali o disposizioni specifiche concernenti la protezione dei minori: tuttavia, il principio di tutela dei *best interests of the child* (al plurale, secondo la formula della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza) ha trovato molteplici applicazioni nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche attraverso richiami espliciti alla Convenzione delle Nazioni Unite: SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1389 ss. V. anche Corte eur. dir. uomo, grande camera, 26 novembre 2013, ric. 27835/09, *X c. Lettonia*, n. 96.

commisurata, quanto il «valore fondante» di ogni disciplina che riguarda i minori⁵².

Ora, è vero che, come ogni clausola generale, pure l'interesse del minore non si sottrae al rischio di un impiego «acritico e indiscriminato»⁵³: ma, a meno di non negarne l'effettività e la precipua valenza informatrice delle relazioni familiari e delle regole poste a salvaguardia dei minori⁵⁴, non deve meravigliare o insospettare che, entro i limiti in cui nello stato di diritto si attua la giurisdizione, i suoi apporti si riscontrino specialmente là dove interessi emergenti, che denotano una forte consonanza assiologica coi valori di fondo del sistema, reclamino un'inclusione nella trama normativa mediante l'allineamento ermeneutico di quest'ultima alle direttrici costituzionali, onde superare interpretazioni altrimenti regressive fondate sul mero ossequio ai confini testuali dello *strictum jus*⁵⁵.

Lungi, dunque, dallo scardinare la tavola valoriale dell'ordinamento, l'interesse del minore ha piuttosto qui rappresentato la valvola attraverso cui le corti di merito, conservando il vincolo tra il nato e il genitore non biologico, hanno saputo preservare il pluralismo etico tipico di una società complessa⁵⁶, e con esso il rispetto dovuto alle scelte individuali, con la valorizzazione di quella dimensione personalista del «rapporto», inteso come «concreto ed effettivo sistema di vita», in cui autorevole dottrina, nel ripercorrere le stagioni del diritto di famiglia italiano, ha scorto l'odierno criterio di legittimazione e qualificazione giuridica della famiglia quale formazione primaria di svolgimento ed esplicazione della persona umana. Con ciò, evidentemente, intendendo non sancire un'incontrollata

⁵² V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1059.

⁵³ Ne mette in guardia BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di «teoria generale del diritto»*, Pisa, 2019, p. 308.

⁵⁴ LENTI, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., p. 358.

⁵⁵ In tal senso, può rinvenirsi nel superiore interesse del minore una funzione «adeguatrice e correttiva» del principio di legalità: V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore*, cit., p. 418 ss.

⁵⁶ FERRANDO, *op. ult. cit.*, p. 168.

pretesa di giuridicità di ogni impulso individualistico, quanto, piuttosto, evidenziare l'irrinunciabile proiezione funzionale della famiglia quale «luogo di promozione e crescita della persona [e di] strumento come tale al suo servizio»⁵⁷.

Da questa angolatura, non dovrebbe quindi sorprendere la conservazione del legame giuridico tra il minore e colui o colei che, pur non essendovi geneticamente legato o legata⁵⁸, abbia condiviso col proprio partner la scelta di metterlo al mondo attraverso la gestazione per altri, e che, assumendosene la responsabilità della cura e dell'educazione, abbia altresì concorso a instaurare quell'organizzazione di vita comune, diretta alla crescita e allo sviluppo della personalità, che è la famiglia⁵⁹.

Ciò, d'altro canto, non richiede al nostro ordinamento di attenuare la sua condanna della gestazione per altri, non essendo certo in discussione la (in)validità dei contratti di surrogazione gestazionale⁶⁰. Ma occorre considerare che la portata di tale opzione normativa deve necessariamente essere apprezzata entro lo spazio di efficacia della sanzione penale, il quale, almeno fin qui, coincide con quello dello Stato italiano. Quanto ai timori circa la debilitazione della fattispecie criminosa a cui condurrebbe il pieno riconoscimento dello stato dei nati all'estero da gestazione per altri⁶¹, si tratta di remore confutate, a ben vedere, dal rilievo per cui, in simili casi, la pratica vietata trova attuazione in ordinamenti diversi dal nostro, confermandosi, pertanto, il pieno raggiungimento degli obiettivi general-preventivi sot-

⁵⁷ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., p. 1053 ss. Sarebbe pertanto sicuramente inopportuno ascrivere al pensiero del grande giurista messinese ipotesi come quella (immaginata da D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, II, p. 156) dei rapitori che, dopo aver sottratto e tenuto in ostaggio per mesi il minore, pretendessero poi di far valere «il rapporto familiare di fatto instauratosi».

⁵⁸ Alla gestazione per altri ricorrono infatti anche, e prevalentemente, coppie eterosessuali.

⁵⁹ V. SCALISI, *Maternità surrogata*, cit., p. 1103 ss.

⁶⁰ V. BARBA, *op. ult. cit.*, p. 32; SASSI e STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, p. 388 s.

⁶¹ D'AVACK, *op. cit.*, p. 146 ss.

tesi al sesto comma dell'art. 12, l. 40/2004: il quale, d'altronde, risulta «praticamente assente» dai repertori della giurisprudenza penale⁶².

Il tentativo di recuperare, sul versante civilistico, lo spazio di interferenza pubblica lasciato libero dall'inoperatività della norma penale può allora essere intrapreso solo a un alto costo giuridico, la cui allocazione in capo al minore, come vedremo, non appare però sufficientemente motivata.

Più coerente, invece, sarebbe la presa d'atto dell'esistenza di una dimensione internazionale pluralista, ove l'opzione repressiva risulta maggioritaria ma non unanime, anche rispetto a ordinamenti saldamente inseriti nella tradizione liberaldemocratica occidentale – come, appunto, quello canadese, da cui origina la vicenda portata all'attenzione delle supreme magistrature. Il duplice livello del discorso è invece nitidamente colto dalla dottrina tedesca, la quale, per un verso, ritiene che la funzione general-preventiva del divieto interno di *Leihmutterchaft* debba necessariamente arrestarsi innanzi allo stato che il minore abbia giudizialmente acquisito all'estero, mentre, per altro verso, ammette tuttavia che, là dove la surrogazione avvenga in Germania, quella stessa funzione giustifichi allora che il nato venga considerato figlio di colei che lo ha partorito (§ 1591 BGB), restando pertanto aperta alla madre sociale (o finanche genetica) solo la via dell'adozione⁶³.

⁶² VALLINI, *Surrogazione di normatività*, cit., p. 221.

⁶³ WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 19 e 24; SIEDE, *Einführung von § 1591*, in *Palandt. BGB*⁸⁰, München, 2021, Rn. 22.

Anche la nostra dottrina è spesso dell'avviso che alla violazione, in Italia, del divieto di gestazione per altri non possa seguire l'attribuzione della maternità a una donna diversa dalla partoriente: per tutti, v. SALANITRO, *La regolazione della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Assago, 2016, p. 3745 ss. Ma per una diversa, e non irragionevole, impostazione, v. V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 1103 s.; CORTI, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1490 ss.; OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 104 s.; ZATTI, *Maternità e surrogazione*, cit., p. 195 ss.; GRASSO, *La costituzione del rapporto con la madre intenzionale nella surrogazione solidale*, in Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, p. 347 ss. Non sarebbe poi da escludere che eventuali conflitti tra diversi “titoli” di maternità possano essere

4. *La valenza sostanziale dell'interesse del minore nella tutela del diritto allo stato.*

Sull'interesse del minore la giurisprudenza ha edificato importanti precedenti. In virtù di tale direttiva si è sancita la possibilità di adozione in casi particolari del figlio del o della partner⁶⁴, e, prima ancora, si è chiarito come l'art. 44, comma 1, lett. *c* (ora *d*), l. 184/1983 non esiga che sia concretamente tentato l'affidamento preadottivo e ne venga altresì constatata l'impossibilità, là dove il minore sia richiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza materiale e morale di cui ha bisogno⁶⁵. Sempre guardando a questo orizzonte, poi, è stata accordata la trascrizione sui registri di stato civile degli atti di nascita stranieri da cui risulti, rispettivamente, tanto la nascita di un figlio da due donne, avendo una donato l'ovulo e la coniuge portato a termine la gravidanza⁶⁶, quanto che il bambino è figlio non solo della donna che lo ha partorito (prestando anche l'ovulo), ma anche della donna con questa coniugata, ancorché senza legami biologici col minore⁶⁷.

In tutte queste situazioni, al di là della loro indubbia diversità, l'interesse del minore ha costituito non solo un parametro decisionale, ma – come abbiamo prospettato nell'ultimo paragrafo – anzitutto il criterio ermeneutico che ha consentito di pervenire agli approdi interpretativi più funzionali alla tutela dei figli. Nelle prime due ipotesi ricordate, tali approdi sono risultati pienamente coerenti con gli obiettivi dell'adozione semplice di favorire il rafforzamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura di lui⁶⁸. Nelle altre due, invece, gli esiti raggiunti sono stati pro-

composti mediante la sperimentazione di forme di genitorialità flessibili e condivise, maturate entro quel crogiuolo di tensioni emotive e affettive che accompagna la surrogazione gestazionale: V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 1106 ss.; PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità*, cit., p. 108 ss.

⁶⁴ Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

⁶⁵ Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Dir. fam. pers.*, 2000, I, p. 529.

⁶⁶ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

⁶⁷ Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, cit.

⁶⁸ Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, cit.

piziati, oltre che dall'esclusione dai ranghi dell'ordine pubblico internazionale delle norme interne che non incorporano rime costituzionali obbligate, dall'identificazione dell'interesse del minore «nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis* [...] validamente acquisito all'estero», e dal rilievo per cui una discriminazione dei figli (mercé la sconfessione del loro stato), basata sulla sola decisione dei genitori di ricorrere a una tecnica procreativa vietata dal nostro ordinamento, si sarebbe inevitabilmente risolta in una violazione del principio di eguaglianza e di pari dignità sociale, giacché avrebbe posto a carico dei nati conseguenze riconducibili unicamente alle scelte di chi li ha messi al mondo⁶⁹.

Ora, è vero che i passi dianzi richiamati provengono da una decisione che non atteneva alla surrogazione gestazionale; ciò nondimeno, i principi ivi espressi dalla Suprema Corte non divengono fuori luogo sol perché il minore sia stato generato attraverso detta pratica.

Pure in tale circostanza, infatti, l'interesse del minore non assume una valenza solo metodologica e ricostruttiva, onde ricercare la regola operativa più appropriata alla fattispecie concreta, ma, prima ancora, riflette una precisa situazione sostanziale attribuita dall'ordinamento straniero – quella di figlio del genitore non biologico – da cui promanano una pluralità di diritti inviolabili che avvalorano a loro volta l'invulnerabilità del diritto allo *status filiationis*⁷⁰. Basti pensare che quest'ultimo è intanto elemento fondativo del diritto all'identità personale (art. 2 Cost.; artt. 7 e 8 Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza)⁷¹ e del diritto alla relazione genitoriale (art. 30, comma 1, Cost.), il quale si declina poi nella dimensione europea come diritto del figlio a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò si riveli contrario al suo interesse (art. 24, comma 3, Carta di

⁶⁹ Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit.

⁷⁰ Similmente, A. GORGONI, *op. cit.*, p. 545; ANG. FEDERICO, *op. cit.*, p. 673.

⁷¹ Molto chiaramente, in questo senso, Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4058, con nota di C.M. BIANCA.

Nizza)⁷². Inoltre, dalla conservazione dello stato discendono altresì quei diritti inviolabili al mantenimento, all'educazione e all'istruzione (art. 30, comma 1, Cost.) la cui automatica negazione, in danno di «minori assolutamente incolpevoli» – come quelli che, in passato, scontavano la preferenza del diritto italiano per il *favor legitimitatis* –, sfocerebbe in una «sistemica degradazione della condizione giuridica e sociale»⁷³ dei nati mediante gestazione per altri.

Tali intersezioni non hanno fin qui ricevuto la dovuta attenzione delle nostre corti supreme, né, soprattutto, sono state assunte come pietra di paragone per saggiare la tenuta costituzionale della soglia di ordine pubblico preventivamente fissata dalle medesime.

La stessa Consulta ha anzi enfatizzato la condizione materiale del minore, e il suo interesse affinché l'accudimento prestato dal genitore non biologico possa assumere la doverosità tipica della responsabilità genitoriale, trascurando, però, come questo interesse fosse invero già garantito proprio dalla sussistenza (ai sensi del diritto straniero) di un vincolo di filiazione, il cui meccanico disconoscimento soltanto ne ha comportato, per motivazioni del tutto estranee a esigenze di protezione del figlio, il declassamento a mero rapporto di fatto bisognoso, a questo punto sì, di consolidazione giuridica.

Ma il congegno che dovrebbe tecnicamente spiegare siffatta *de-minutio* resta, quantomeno, un po' approssimativo.

Si osserva, in particolare, come la pur ragionevole rivendicazione affinché siano affermati, anche in capo al genitore non biologico, i doveri connessi alla responsabilità genitoriale non prevalga, di per sé, su «ogni altro controinteresse in gioco», in quanto i diritti fondamentali stanno tutti in rapporto di integrazione reciproca tra loro, senza che uno possa vantare un'assoluta preminenza sull'altro. Pure i diritti del minore, pertanto, dovrebbero essere bilanciati, secondo un criterio di proporzionalità, con lo scopo di scoraggiare il ricorso alla surrogazione gestazionale di cui si sono fatte carico le Sezioni Unite,

⁷² FERRANDO, *Maternità per sostituzione*, cit., p. 681; EAD., *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, in *Fam. dir.*, 2020, p. 686.

⁷³ Così BESSONE, *Art. 30-31*, in *Comm. Cost. Branca*, art. 29-34, Bologna-Roma, 1976, p. 90 s., a proposito della posizione in passato riservata dall'ordinamento ai figli nati fuori dal matrimonio.

evitando che venga incentivata, anche solo indirettamente, una pratica reputata potenzialmente lesiva dei diritti e della dignità stessa delle donne⁷⁴.

Questa conclusione, a nostro avviso, si espone però a due obiezioni, che investono sia il risultato del bilanciamento di interessi così delineato, sia finanche la plausibilità del medesimo.

5. (Segue) *I diritti del figlio e il bilanciamento con altri interessi.*

Il primo punto chiama in causa un profilo di grande delicatezza, poiché evoca contesti nei quali le falle di legislazioni lassiste, combinate a sistemi sociali e istituzionali fragili, non darebbero adeguate rassicurazioni contro il rischio di abusi perpetrati in danno della libertà e della salute della gestante⁷⁵. Questo problematico scenario, però, non esaurisce la pluralità dei modelli regolatori che, nel panorama comparatistico, disciplinano la gestazione per altri, e dei quali avrebbe invero dovuto tenere necessariamente conto un bilanciamento di interessi autenticamente ispirato al principio di proporzionalità.

Si conferma invece, come già per le Sezioni Unite, un posizionamento un po' ideologico, che, in linea per la verità con ampia parte della dottrina⁷⁶, scorge sempre e comunque nella gestazione per altri

⁷⁴ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

⁷⁵ Erano questi i fattori che avevano tristemente guadagnato a paesi come l'India o la Thailandia, prima di virare verso un regime restrittivo, un ruolo centrale nel mercato dei servizi riproduttivi; FENTON GLYNN e SCHERPE, *Surrogacy in a Globalised World. Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, in SCHERPE, FENTON GLYNN e KAAAN (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019, p. 582. In generale, l'attualità dei divieti che gravano sulla gestazione per altri viene motivata anche in ragione delle vaste aree di disuguaglianza sociale nel mondo: v. (per un'argomentazione seria, ancorché invero non circoscrivibile solo a questo specifico tema) BECK-GERNSHEIM, *Ist das Verbot von Leihmutterchaft anachronistisch geworden?*, in DITZEN e WELLER (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterchaft*, Tübingen, 2018, p. 47 ss., e CALDERAI, *Modi di costituzione*, cit., p. 993.

⁷⁶ In effetti, gran parte della letteratura (non soltanto giuridica) si mostra estremamente critica verso la gestazione per altri: v., per esempio, CALDERAI, *Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism*, in *Global Jurist*, 2020, p. 1 ss.; EAD., *La conquista*

un attacco alla dignità della donna, indipendentemente dalla cornice di regole entro cui la pratica si svolge, e a prescindere dalla varietà e dalla complessità delle situazioni reali e degli interessi che vi sono sottesi, a cominciare dalla libertà di autodeterminarsi sia della gestante, sia della coppia assolutamente sterile o infertile⁷⁷. Per questa via, però, si finisce per uniformare il trattamento di realtà normative anche molto diverse tra loro, la cui eterogeneità non può essere compendiata, se non a costo di una forzatura pregiudiziale, in quella lesione «certa e condivisa» della dignità umana che autorizza, e anzi esige, «la tecnica legislativa e interpretativa del divieto»⁷⁸. Né è da sottovalutare come l'impostazione qui criticata legittimi di fatto, ancorché forse in modo non pienamente consapevole, una scivolosa «costruzione inferiorizzante della capacità femminile», in cui la

dell'ubiquità. *Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, in Navarretta (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2017, p. 53 ss.; EAD., *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, in *Famiglia*, 2018, p. 397 ss.; M. BIANCA, *op. cit.*, p. 375 s.; NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 753; ID., *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in Rossi e Scabini (a cura di), *Allargare lo spazio familiare: adozione e affidamento*, Milano, 2014, p. 14 ss.; DANNA, "Fare un figlio per altri è giusto" (Falso!), Bari-Roma, 2017, *passim*; EAD., *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, in *Ragion pratica*, 2019, p. 413 ss.; SUGAMELE, *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberista*, *ivi*, p. 357 ss.; LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, *ivi*, 2019, p. 373 ss.; NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in *Maternità filiazione genitorialità*, *cit.*, p. 191 ss.; EAD., *Non siamo tutti uguali: con l'universalismo è lei che ci perde*, in Piccoli (a cura di), *Gestazione per altri. Pensieri che aiutano a trovare il proprio pensiero*, Milano, 2017, p. 157 ss.; D'AVACK, *op. cit.*, p. 154 ss.; RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 422 ss.; FABRE-MAGNAN, *L'impossibilité d'une gestation pour autrui «éthique»*, in *Arch. phil. droit*, 2014, p. 465 ss.; FRISON-ROCHE, *GPA: dire oui ou dire non*, Paris, 2018, *passim*.

⁷⁷ V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 1100.

⁷⁸ Così, in generale, VETTORI, *La fecondazione assistita fra legge e giudici, in Persona e mercato*, 2016, p. 19.

donna viene “di diritto” qualificata come soggetto debole e incapace di decidere per sé⁷⁹.

Lascia dunque perplessi che né le Sezioni Unite né la Consulta abbiano almeno contemplato margini per una valutazione individuale dei singoli casi⁸⁰, sì da far dipendere ogni decisione sulla riconoscibilità dello stato del minore dal fatto che gli accordi di surrogazione siano stati conclusi ed eseguiti (oppure no) «in un quadro di garanzie e legalità per la gestante e il bambino»⁸¹. Una maggiore flessibilità, del resto, avrebbe potuto essere auspicata alla luce sia di quella lettura costituzionalmente orientata dell’art. 12, comma 6, l. 40/2004 che patrocina un’interpretazione restrittiva del divieto di gestazione per altri⁸² – atteso che qui nemmeno si discute della formazione di un atto di nascita a seguito della violazione in Italia della

⁷⁹ PEZZINI, *op. cit.*, p. 95. Per una considerazione analoga, v. anche DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell’inammissibilità è l’unica percorribile?*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 700; FALLETTI, *“Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo”*. *Riflessioni comparate su status, genitorialità e GPA*, in *Fam. dir.*, 2020, p. 746; COTTIER, *Représentations juridiques de la mère porteuse et modèles de régulation de la gestation pour autrui*, in BOILLET, ROCA I ESCODA e DE LUZE (coord.), *La gestation pour autrui. Approches juridiques internationales*, Limal, 2018, p. 17; SHALEV, *op. cit.*, p. 157; COESTER-WALTJEN, *Die Ersatzmutterchaft*, Gutachten B zum 56. Deutschen Juristentag, München, 1986, p. 80.

⁸⁰ SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 740; ID., *L’ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 915 s.; V. BARBA, *op. ult. cit.*, p. 35 ss.; FERRANDO, *Maternità per sostituzione*, *cit.*, p. 684; A. GORGONI, *op. cit.*, p. 561.

⁸¹ La distinzione tra ordinamenti che assicurano tali presupposti e ordinamenti invece indifferenti alle condizioni di sfruttamento della gestante è stata proposta da CALDERAI, *Modi di costituzione*, *cit.*, p. 993 s., ancorché in un’ottica molto diversa da quella qui esposta (e, segnatamente, al fine di predisporre una sanzione pecuniaria nei confronti dei committenti).

⁸² V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 1100 ss.; PICARO, *op. cit.*, p. 1288 ss.; GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un’ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020, p. 109 ss.; ID., *Per un’interpretazione*, *cit.*, p. 161 ss. Da tale angolazione si tende a escludere che ricada nelle maglie della norma penale la gestazione per altri solidaristica, teorizzandosi al contempo, sulla scorta dei principi che hanno determinato la caduta del divieto di fecondazione eterologa, il diritto della coppia, altrimenti impossibilitata, di dar vita, in questo modo, a una propria esperienza genitoriale. Vi

norma penale, bensì delle sorti di uno stato formatosi all'estero⁸³; sia dell'ultima Relazione annuale (2019) del Parlamento europeo sui diritti umani, la democrazia nel mondo e la politica dell'Unione in materia, ove la condanna non è più rivolta alla gestazione per altri in quanto tale⁸⁴, bensì alle «pratiche coercitive in materia di salute sessuale e riproduttiva che non rispettano il diritto al consenso libero e informato delle donne»⁸⁵.

Da questo punto di vista, appare più equilibrato, nel complesso, il dibattito che si ha nell'ordinamento tedesco, ove si sottolinea come la precipua finalità della surrogazione gestazionale di consentire il superamento di una condizione di infertilità assoluta, o di impossibilità di assumere e di portare a termine la gravidanza, permetta di escludere che, in simili ipotesi, la pratica si accompagni inesorabilmente a una violazione della dignità della gestante⁸⁶. La maggiore inclinazione della letteratura tedesca ad affrontare il tema senza preclusioni di fondo si spiega peraltro con la più radicata convinzione⁸⁷ che esista un vero e proprio diritto fondamentale alla riproduzione e all'autodeterminazione riproduttiva, e che le tecnologie suscettibili di consentirne la realizzazione (tra cui si tende a includere anche la

sono nondimeno perplessità attorno all'idea di una surrogazione intrapresa per solidarietà e altruismo: TRIPODINA, *op. cit.*, p. 133 ss.; CALDERAI, *op. ult. cit.*, p. 988 s.; NICCOLAI, *Alcune note*, cit., p. 50 s.

⁸³ SALANITRO, *op. ult. cit.*, p. 915 s.

⁸⁴ Come invece nella Relazione per l'anno 2014, approvata il 17 dicembre 2015 [P8_TA(2015)0470], al n. 115.

⁸⁵ N. 26 del testo approvato il 20 gennaio 2021 [P9_TA(2021)0014]; similmente, v. anche il n. 35 della Relazione precedente (2018), approvata il 15 gennaio 2020 [P9_TA(2020)0007].

⁸⁶ HERDEGEN, *Art. 1 I*, in MAUNZ e DÜRIG, *Grundgesetz. Kommentar*, I, München, 2009, Rn. 104; DETHLOFF, *Leihmutterchaft – Globale Rechtsvielfalt und ihre Herausforderungen*, in *BRJ*, 2019, p. 18.

⁸⁷ Convinzione che, nel nostro sistema, è stata invece sensibilmente ridimensionata da Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 548, con nota di BARONE; in senso critico, v. anche TRIPODINA, *op. cit.*, p. 131 s.; EAD., *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2596 s. D'altro avviso, condivisibilmente, VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 670 ss.; GRASSO, *La maternità surrogata*, cit., p. 134 ss.

surrogazione gestazionale) debbano perciò, in linea di principio, essere ammesse e disciplinate nel rispetto degli altri interessi di pari grado suscettibili di venire coinvolti⁸⁸. Trattandosi infatti di questioni che hanno un “ruolo chiave” nell’esistenza di molte persone, arrivando perfino, per alcune di esse, a influenzare il senso stesso della loro vita, lo Stato dovrebbe allora astenersi da opporre ostacoli sproporzionati e ingiustificati all’accesso a queste tecnologie, quand’esse rappresentino l’unico orizzonte per dar vita a una propria famiglia genetica⁸⁹. In quest’ottica, il *Recht auf ein eigenes Kind* si configura dunque non come un *leistungsrechtlicher Anspruch* («gegen den Staat auf Verwirklichung des Kinderwunschs»), bensì come un *abwehrrechtlicher Anspruch* («den Kinderwunsch mithilfe von Technologie und Dritten frei von staatlichen Eingriffen zu verwirklichen»)⁹⁰.

È dunque sulla scorta di simili premesse che la giurisprudenza del Bundesgerichtshof, in tema di stato dei nati all’estero da gestazione per altri, assegna rilievo dirimente alla circostanza che il vincolo di filiazione di cui si chiede il riconoscimento risulti fondato su un provvedimento giurisdizionale, e dunque su un atto idoneo, per sua natura, a fornire un’adeguata attestazione della conformità della vicenda procreativa alle regole e alle procedure del diritto straniero. Una lesione della dignità della gestante è infatti ravvisata solo qua-

⁸⁸ DETHLOFF, *op. ult. loc. cit.*; TAUPITZ, *Assistierte Befruchtung bei homosexuellen Paaren und alleinstehenden Frauen*, in *NJW*, 2021, p. 1434, che ritiene incostituzionale il divieto interno alla gestazione per altri; ROSENAU, *Das Menschenrecht zur reproduktiven Selbstbestimmung: Eizellspende und Leihmutter-schaft*, in *FS Kopetzki*, Wien, 2019, p. 570 ss.; KERSTEN, *Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin*, in *NVwZ*, 2018, p. 1249, 1253; BROSIUS-GERSDORF, *Art. 6*, in DREIER (Hrsg.), *GG. Kommentar*³, I, Tübingen, 2013, p. 892; COESTER-WALTJEN, *Art. 6*, in VON MÜNCH e KUNIG (Hrsg.), *GG. Kommentar*⁶, München, 2012, p. 575 s.; HUFEN, *Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *MedR*, 2001, p. 442; diversamente, STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, IV/1, München, 2006, p. 410.

⁸⁹ WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 56.

⁹⁰ Così MAJER, *Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutter-schaft und Prostitution*, in *NJW*, 2018, p. 2295 s.; similmente, HUFEN, *op. loc. cit.* Si tratta di una costruzione desunta, a seconda delle tesi, dal diritto generale della personalità (artt. 2 I e 1 I GG) o dall’art. 6 GG.

lora emergano fattori che lascino dubitare della sua libera partecipazione alla surrogazione⁹¹, o là dove restino oscure circostanze essenziali come i dati personali della donna, le condizioni del suo impegno o l'esistenza stessa di un accordo, o, ancora, quando nel procedimento giudiziale straniero non siano state osservate le fondamentali garanzie procedurali⁹², senza che rilevi, invece, l'avvenuto pagamento di un corrispettivo, non integrando l'attribuzione economica un elemento di costrizione della volontà della gestante⁹³.

Muovendo da detta impostazione, la Corte Suprema federale ha così potuto dare ingresso nel sistema interno alla pronuncia di un

⁹¹ WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 57; HÖRNLE, *Menschenwürde und Ersatzmuttertschaft*, in JOERDEN, HILGENDORF e THIELE (Hrsg.), *Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Berlin, 2013, p. 751; COESTER-WALTJEN, *Die Ersatzmuttertschaft*, cit., p. 80 s.

⁹² BGH 10 dicembre 2014, in *NJW*, 2015, p. 479, con nota di HEIDERHOFF, Rn. 51.

⁹³ BGH 5 settembre 2018, cit., Rn. 18 s. Se appare opportuno escludere, come fa la Corte Suprema federale tedesca, che il riconoscimento dello *status* del nato all'estero da gestazione per altri possa essere inficiato dalla natura onerosa della stessa, deve nondimeno rilevarsi come, in una dimensione regolatoria, questo sarebbe senz'altro un punto cruciale, posto che anche le rammentate interpretazioni costituzionalmente restrittive del divieto attuale presuppongono la gratuità della surrogazione. Invero, una «ragionevole remunerazione» del tempo dedicato dalla gestante al progetto genitoriale altrui, ossia delle occasioni lavorative e della vita privata a cui abbia dovuto rinunciare, non dovrebbe, di per sé, connotare in termini necessariamente commerciali e indegni la pratica [PEZZINI, *op. cit.*, p. 115; GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 171 nt. 207; FENTON GLYNN e SCHERPE, *op. cit.*, p. 580; COTTIER, *op. cit.*, p. 25 s.; HÖRNLE, *op. loc. cit.*; DETHLOFF, *Leihmuttertschaft in rechtsvergleichender Perspektive*, in *Regulierung der Leihmuttertschaft*, cit., p. 66; DREIER, *Art. 1 I*, in DREIER (Hrsg.), *GG. Kommentar*, cit., Rn. 157], posto che un diniego assoluto a questa eventualità sarebbe anch'esso una forma di sfruttamento, laddove l'altruismo risiederebbe comunque nella disponibilità a intraprendere la gravidanza e a partecipare alla non comune rete di rapporti che si instaura (SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in www.giudicedonna.it, 2017, 1, p. 5). Si tratterebbe insomma – come è stato scritto in altro contesto – di creare quelle «condizioni istituzionali» indispensabili a consentire un esercizio di solidarietà tra soggetti che non potrebbe contare esclusivamente sulla spontaneità individuale (RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 487). Per una severa critica a questa prospettiva, v. THOMALE, *Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmuttertschaft*, in *IPRax*, 2017, p. 589.

tribunale californiano che dichiarava il rapporto di filiazione anche rispetto al genitore non biologico – avendo l'altro *Wunschernteil*, a differenza della gestante, un legame genetico col bambino –⁹⁴, respingendo, viceversa, quelle domande nelle quali lo stato del minore non risulti da *anererkennungsfähige Entscheidungen*, ai sensi del § 108 I FamFG, bensì da mere iscrizioni sul registro delle nascite o da certificati rilasciati sulla base di tale registro⁹⁵.

Su questa scia si collocano anche quelle opinioni che, pur condividendo, sostanzialmente, le conclusioni della giurisprudenza, e suggerendo all'uopo l'introduzione di un riconoscimento semplificato della pronuncia straniera, ipotizzano tuttavia l'esclusione dello stesso allorquando la gestante, dopo la nascita del bambino, abbia manifestato l'intenzione di tenerlo con sé, al di là del fatto che l'ordinamento estero non preveda il diritto di ripensamento della donna⁹⁶.

Alla luce di questa articolata prospettiva, apparirebbe insomma più ragionevole, in luogo di un atteggiamento di pregiudiziale chiusura, la proposta, avanzata in vario modo anche in altri paesi, che gli ordinamenti proibizionisti, pur restando tali, individuino preventivamente (in via autonoma o, meglio ancora, in sede internazionale) i requisiti minimi al cui riscontro subordinare (senza necessità di una

⁹⁴ BGH 10 dicembre 2014, cit. Al riguardo, v. anche WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 23 ss.

⁹⁵ BGH 20 marzo 2019, in *NJW*, 2019, p. 1608 (che ha cassato OLG Celle, 22 maggio 2017, in *NZFam*, 2017, p. 658, con nota di BIERMANN). Nel caso di specie, si trattava di un minore nato attraverso gestazione per altri in Ucraina, e che in quel paese era stato registrato come figlio dei coniugi committenti; in simili situazioni, tuttavia, la madre genetica può comunque adottare il figlio, là dove l'adozione corrisponda all'interesse di quest'ultimo: OLG Frankfurt a.M., 28 febbraio 2019, in *NJW*, 2019, p. 1615. Sul punto, v. WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 27 s., e BEHRENTIN e GRÜNENWALD, *Leihmutterchaft im Ausland und die deutsche Rechtsordnung*, in *NJW*, 2019, p. 2057.

⁹⁶ DETHLOFF, *op. ult. cit.*, p. 65; WEBER, *Gleichgeschlechtliche Elternschaft im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2017, p. 173 ss., 211 ss., con riguardo, in particolare, ai sistemi, come quello californiano, dove il procedimento giurisdizionale che permette la costituzione della filiazione, fin dal momento della nascita, anche in favore del genitore non biologico garantisce sì la libertà del consenso della gestante senza tuttavia riservare a quest'ultima la possibilità di cambiare idea.

preventiva *Kindeswohlprüfung*) il riconoscimento dei rapporti di filiazione con il genitore non biologico altrove costituitisi mediante gestazione per altri⁹⁷. Pur essendo di non facile attuazione, questo orizzonte, oltre a contribuire alla certezza del diritto, riuscirebbe probabilmente altresì a promuovere l'assunzione di analoghi standard di tutela, per la gestante e il bambino, anche presso quei contesti in cui i servizi riproduttivi dovessero versare ancora in balia di una legislazione lasca e insufficiente⁹⁸. Si è orientato in questo senso, nel Regno Unito, uno studio preliminare della *Law Commission* e della *Scottish Law Commission* in vista di una possibile riforma⁹⁹, mentre in Francia un gruppo di lavoro promosso dal governo d'Oltralpe aveva suggerito, da un lato, che fossero sempre accolti i rapporti di filiazione validamente sorti all'estero attraverso la surrogazione gestazionale, e, da un altro lato, che venissero nondimeno intraprese politiche idonee a favorire la predisposizione di uno strumento patizio che, sul modello della Convenzione de L'Aja sull'adozione, stabilisse i principi generali per «*la reconnaissance des situations nées à l'étranger*» e organizzasse al contempo la cooperazione tra gli Stati «*pour lutter contre les situations dans lesquelles la gestation pour autrui est contraire à des principes éthiques minimum*»¹⁰⁰.

⁹⁷ BERKL, *Ausländische Leihmutterchaft – Beurkundung der Geburt im Inland*, in *StAZ*, 2020, p. 267; LUGANI, *Aktuelles zum Umgang mit Leihmutterchaften im Ausland*, in *FS Kock*, Bielefeld, 2019, p. 638 s., 646; DUTTA, *Bunte neue Welt: Gespaltene Elternschaft als Herausforderung für das Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts*, in *JZ*, 2016, p. 852 (pur con qualche dubbio circa la possibilità di negare il riconoscimento là dove l'ordinamento straniero non ottemperasse ai *deutsche Mindeststandards*); HELMS, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen*, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München, 2016, p. 56.

⁹⁸ HELMS, *op. loc. cit.*, parla di «Signalwirkung» per il mercato internazionale della gestazione per altri.

⁹⁹ *Building families through surrogacy: a new law. A joint consultation paper* (6 giugno 2019), spec. p. 389 s. (<https://www.lawcom.gov.uk/project/surrogacy/>). Per un commento al testo, v. POLI, *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma del Regno Unito: quando la volontà non basta*, in *GenIUS*, 2021, 2, p. 147 ss.

¹⁰⁰ *Filiation, origines, parentalité*, cit., p. 198.

6. *La controversa inclinazione sanzionatoria del mancato riconoscimento dello stato di figlio del genitore non biologico.*

Fin qui abbiamo inteso evidenziare le ragioni per cui non appare convincente l'esito del bilanciamento, avallato dalle supreme magistrature, tra i diritti del minore e la pretesa del sistema di riaffermare, in qualche modo, l'effettività del proprio divieto di surrogazione gestazionale.

Come anticipato, però, a essere problematica è finanche la stessa configurabilità sostanziale di un simile bilanciamento.

Invero, prima ancora che le Sezioni Unite, la stessa Consulta, nel respingere la questione di legittimità avanzata contro l'art. 263 c.c., aveva sostenuto che l'interesse del figlio alla conservazione del suo stato fosse da contemperare con l'interesse pubblico al contrasto di pratiche, come la gestazione per altri, ripudiate dall'ordinamento: innanzi alle quali, pertanto, la tutela del minore avrebbe dovuto ineludibilmente retrocedere «nei limiti consentiti» dalla verità biologica¹⁰¹.

Ora, tralasciando che non è ravvisabile nel nostro diritto un principio di incondizionata prevalenza della verità biologica su quella legale¹⁰² – il quale, d'altronde, in questi casi non farebbe comunque seguire alla cancellazione del vincolo verso il genitore non biologico l'acquisto di un nuovo stato nei confronti di qualcun altro¹⁰³ –, e al di là della difficoltà di trarre un'indicazione definitiva dal principio

¹⁰¹ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con nota di FERRANDO.

¹⁰² Anzi, è proprio la pretesa della verità biologica di imporsi su quella legale a doversi misurare con l'interesse del minore, come si evince dagli artt. 250, commi 3 e 4, e 251 c.c., nonché dalla stringente disciplina dei termini di prescrizione che incombono sulle azioni di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità allorquando vengano esercitate da soggetti diversi dal figlio, per il quale, al contrario, tali azioni sono invece imprescrittibili (artt. 244 e 263 c.c.); FERRANDO, *Gestazione per altri*, cit., p. 452. In tema, PALAZZO, *Introduzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., p. 337 ss., evidenzia come, alla luce della riforma delle azioni di stato, l'«interesse primario del nato» sia divenuto il minimo comune denominatore di criteri di individuazione della genitorialità alternativi al *favor veritatis*.

¹⁰³ Non intendendo di solito la gestante e la donatrice di gameti avviare un rapporto genitoriale con il nato.

*mater semper certa est*¹⁰⁴, che presuppone una coincidenza tra partoriente, madre genetica e madre intenzionale propria solo della generazione mediante rapporto sessuale¹⁰⁵, quel che giova ai nostri fini mettere in luce è, piuttosto, un aspetto più ampio.

Infatti, l'asserita contrapposizione tra l'interesse del minore e l'interesse pubblico ha indotto a ritenere che il diritto del figlio alla preservazione dello stato legittimamente acquisito all'estero, e gli altri diritti inviolabili che ne discendono, possano essere sacrificati a seconda delle circostanze che hanno determinato la sua nascita. Ma, in quest'ottica, il disvalore che l'ordinamento attribuisce alla gestazione per altri finisce per travolgere la posizione di un soggetto che non ha chiaramente avuto alcun ruolo nella condotta censurata, e che si ritrova nondimeno a scontare gli effetti di quella che si profila come una sorta di sanzione accessoria nei confronti dei genitori¹⁰⁶ – l'unica peraltro praticabile, nella rammentata impossibilità di comminare quella principale¹⁰⁷.

Tali profili, di nuovo, sono stati ben colti in Germania dalla giurisprudenza e dalla dottrina, che, da un lato, hanno correttamente identificato il *Kindeswohl* nella garanzia del diritto fondamentale del figlio a mantenere il legame giuridico con entrambi i suoi genitori (artt. 2 I e 6 II GG), e, da un altro lato, hanno rimarcato come, una volta che questi sia venuto al mondo, non vi sia più, di fatto, alcuna

¹⁰⁴ Come pure sovente si fa: v., per esempio, NICCOLAI, *Diamo alla maternità*, cit., p. 223 ss.; EAD., *Alcune note*, cit., p. 51 ss.; DANNA, "Fare un figlio per altri è giusto", cit., p. 3 ss.; NICOLUSSI, *La filiazione*, cit., p. 14 s.

¹⁰⁵ FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, 2/2017, p. 16; PEZZINI, *op. cit.*, p. 103; OPPO, *op. cit.*, p. 104, che già notava come la regola secondo cui la madre è la partoriente non dovrebbe applicarsi a ipotesi che non erano immaginabili «al tempo dell'emanazione del codice».

¹⁰⁶ F.P. PATTI, *Riconoscimento del figlio e gestazione per altri*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019*, Ist. Enc. it., 2019, p. 23; FERRANDO, *I diritti del bambino*, cit., p. 687; EAD., *Gestazione per altri*, cit., p. 457; EAD., *Conclusioni*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., p. 324 s.; SASSI e STEFANELLI, *op. cit.*, p. 389; C. IRTI, *op. cit.*, p. 483.

¹⁰⁷ V. nt. 31.

generalpräventive Erwägung da presidiare né, tantomeno, da opporgli, avendo egli avuto «*keinen Einfluss*» sulla sua nascita¹⁰⁸.

Le diverse conclusioni tratte nel sistema italiano, invece, destano talune perplessità.

Sul piano giuspolitico, intanto, non persuade l'idea che la loro giustificazione alberghi nell'obiettivo «di non fornire incentivi, anche solo indiretti», alla surrogazione gestazionale¹⁰⁹. È infatti discutibile la reale portata dissuasiva della regola sancita dalle Sezioni Unite, alla luce delle notevoli complicazioni di ogni tipo che la scelta di ricorrere all'estero alla gestazione per altri già di per sé comporta: e a fronte delle quali, invero, è improbabile che sia la sola eventualità della procedura adottiva, che attende al rientro il genitore non biologico, a scoraggiare i committenti. Ma, soprattutto, se anche così fosse, l'onere di questa deterrenza verrebbe scontato, in primo luogo, proprio dal minore incolpevole, a dispetto, paradossalmente, di quel paradigma kantiano della dignità umana che vieta appunto di servirsi della persona come «mezzo» in vista di un «fine», foss'anche il perseguimento di esigenze generalpreventive¹¹⁰.

Ci si potrebbe allora chiedere, diversamente, se la rimozione dello stato di figlio del genitore d'intenzione non possa forse poggiare sul principio costituzionale di solidarietà, il quale, in vista di un «bene collettivo», consente appunto di addebitare a un soggetto un «costo» che non può essere distribuito su tutta la società, ma deve inevitabilmente essere sopportato solo da una o da poche persone¹¹¹.

Tale argomentazione è convincente quando conduce alla tutela di interessi congruenti con quello di cui si chiede il sacrificio. In questo senso, si spiega il condivisibile rigore verso i tentativi dei privati di eludere le norme e le procedure sull'adozione, nonché la fermezza

¹⁰⁸ BGH, 10 dicembre 2014, cit., Rn. 54 e 56; HEIDERHOFF, *Art. 19 EGBGB*, in HAU e POSECK (Hrsg.), *BeckOK BGB*⁵⁸, München, 2021, Rn. 45; WELLENHOFER, *op. cit.*, Rn. 24; HEPTING e DUTTA, *Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht*³, Frankfurt am Main-Berlin, 2019, p. 419; DETHLOFF, *Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder*, in *JZ*, 2014, p. 926; MAYER, *Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen*, in *RabelsZ*, 2014, p. 573.

¹⁰⁹ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

¹¹⁰ VALLINI, *Surrogazione di normatività*, cit., p. 241.

¹¹¹ In generale, ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 198.

dei provvedimenti giudiziali tesi al ripristino della legalità senza indugiare se corrisponda o meno all'interesse del minore coinvolto l'allontanamento dalla famiglia presso cui impropriamente si trova¹¹². Le restrizioni e le cautele che si accompagnano all'adozione, infatti, sono coerenti con la funzione sociale dell'istituto, la quale antepone alle aspirazioni individuali di coloro che desiderano avere figli da crescere come propri l'interesse generale affinché tutti i minori senza una famiglia ne trovino una idonea a occuparsi della loro cura e della loro educazione¹¹³.

In questo modo, insomma, l'ordinamento protegge «*not merely the child in the present case but also children more generally*»¹¹⁴, ossia l'interesse universale di tutti i minori in condizioni di abbandono a essere affidati unicamente a coloro che, dai competenti organi pubblici, siano reputati capaci di svolgere con dedizione e consapevolezza i compiti imposti dalla responsabilità genitoriale, e che, nella filiazione adottiva, si fanno ancor più delicati. Diversamente, però, un analogo discorso non vale per i nati da gestazione per altri (quando vi sia, chiaramente, un nesso genetico con almeno uno dei genitori¹¹⁵), atteso che i divieti che incombono sulla pratica sono sì

¹¹² Emblematico, al riguardo, resta il noto il caso deciso da App. Torino, sez. min., 15 marzo 1989, e App. Torino, sez. min., 21 aprile 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 276 s., le quali avevano respinto le istanze di adozione e affidamento avanzate da due coniugi verso una minore che aveva vissuto con loro per oltre un anno ma che era stata illegalmente portata in Italia da uno di essi. Vicende simili, nella sostanza, si ritrovano anche alla base di decisioni recenti che solo apparentemente riguardano la gestazione per altri, posto che il minore non aveva in realtà alcun legame biologico con i genitori, e tale circostanza rendeva altresì illegittimo, o almeno non veritiero, l'atto di nascita formatosi nel paese in cui il bambino era venuto al mondo: Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, p. 471, con nota di RENDA; Corte eur. dir. uomo, grande camera, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 501, con nota di LENTI.

¹¹³ LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 497 s.

¹¹⁴ Corte eur. dir. uomo, grande camera, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, cit., n. 197.

¹¹⁵ In ciò sta infatti il discrimine tra l'applicazione delle norme sulla gestazione per altri e l'applicazione delle norme sull'adozione (Corte eur. dir. uomo, grande camera, 24 gennaio 2017, ric. 25358/12, cit.; Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014,

ispirati da valutazioni di tipo pubblicistico, ma non riflettono un interesse riferibile, in astratto, ai minori in quanto tali¹¹⁶, lasciando pertanto spazio all'interesse concreto del singolo minore a mantenere giuridicamente intatta la relazione familiare altrove legalmente sorta in virtù di una condivisa assunzione di responsabilità nei suoi confronti¹¹⁷. Tanto più che, anche ammettendo che la *ratio* di tali divieti dimori costantemente nella difesa della dignità della gestante, il diniego al pieno riconoscimento dello stato del minore apparirebbe comunque una reazione lontana da tale esigenza¹¹⁸, non contribuendo né al ripristino di quella dimensione individuale che si assume essere stata lesa, né (come poc' anzi ricordato) a prevenire la lesione stessa.

Da un'altra angolazione, poi, resta difficile spiegare perché debbano ricadere sul minore le conseguenze sfavorevoli delle scelte di coloro che hanno voluto metterlo al mondo, posto che il principio – di derivazione costituzionale – dell'unicità dello stato di figlio (art.

ric. 65192/11, *Menesson c. France*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1122, con nota di CAMPIGLIO; Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. 65941/11, *Labassee c. France*; Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, cit.; Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit.): e, per le ragioni espresse nel testo, solo ove siano in gioco le prime la giurisprudenza europea ritiene che debba essere tutelato il diritto del minore al rispetto della sua vita privata, e dunque che debbano essere assicurati al genitore biologico e a quello non biologico gli strumenti necessari a instaurare giuridicamente il vincolo di filiazione, ancorché la nascita sia avvenuta attraverso modalità vietate nel loro ordinamento nazionale (Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, cit., n. 99 – n. 52 nel testo in Rivista; Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. 65941/11, cit., n. 78).

¹¹⁶ Non persuade, invece, la tesi secondo cui l'interesse del minore al centro del caso specifico dovrebbe divenire recessivo innanzi a un supposto interesse dei minori in generale a non essere oggetto di accordi di surrogazione gestazionale (TRIPODINA, *C'era una volta*, cit., p. 130 s.; D'AVACK, *op. cit.*, p. 157; ANRÒ, *op. cit.*, p. 73). Detta contrapposizione è infatti sdrucchiole, posto che, portata ai suoi estremi, esigerebbe che fosse impedita la nascita proprio di coloro che si vorrebbero proteggere (GRASSO, *Per un'interpretazione*, cit., p. 173; COESTER-WALTJEN, *Art. 6*, cit., p. 564. Sul punto, v. anche FERRANDO, *Diritti e interesse del minore*, cit., p. 169 s.; LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuicque suum?*, in *Riproduzione e relazioni*, cit., p. 153).

¹¹⁷ LENTI, *op. ult. cit.*, p. 499, benché in prospettiva critica.

¹¹⁸ A. GORGONI, *op. cit.*, p. 562 s.

315 c.c.) imporrebbe pure di «non far gravare sui figli la colpa [...] dei loro genitori»¹¹⁹.

Tale sensibilità, espressione di una maturità giuridica che richiede di mantenere ben distinti i due piani del discorso e di rifiutare ogni tentazione revanscista, affiora anche in quella dottrina austriaca che dubita appunto della legittimità di una norma, introdotta nel 2013, che esclude l'acquisto della cittadinanza austriaca per chi sia nato (ancorché da genitori austriaci) in paesi, come gli Stati Uniti, ove viga lo *ius soli* (§ 7 III StbG). Pur non essendone chiaro il movente, non esplicitato nemmeno nei lavori preparatori, la disposizione è infatti parsa volta a contrastare indirettamente il già menzionato orientamento del *Verfassungsgerichtshof* che esclude la contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento dello stato dei nati all'estero da surrogazione gestazionale¹²⁰.

Tornando al nostro sistema, invece, deve essere segnalato come, prima ancora che il legislatore ammettesse, a certe condizioni, la riconoscibilità del figlio nato da incesto, era stata proprio la stessa Consulta ad affermare l'illegittimità della norma che precludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali, e le relative indagini, nei casi in cui tale riconoscimento era vietato, rimarcando appunto come a essere incestuosi fossero i genitori, e non i figli¹²¹. E, similmente, è stato poi dichiarato doppiamente illegittimo l'art. 569 c.p. – per violazione del principio di ragionevolezza – nella parte in cui faceva discendere la perdita della potestà genitoriale dalla condanna pronunciata contro il genitore per i delitti di alterazione¹²² e di soppressione dello stato¹²³, giacché, in entrambi i frangenti, veniva impedita al giudice ogni valutazione circa la corrispondenza o meno di tale misura all'interesse del minore.

¹¹⁹ Così C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 4, a proposito dell'abrogazione del divieto di riconoscimento dei figli di parenti. Con riguardo al nostro tema, invece, v. FALLETTI, *op. cit.*, p. 746; ANG. FEDERICO, *op. cit.*, p. 679 s.

¹²⁰ PIERER, *Abstammung*, in DEIXLER e HÜBNER (Hrsg.), *Handbuch Familienrecht*, Wien, 2015, p. 238 s.

¹²¹ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

¹²² Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, p. 364, con nota di MAR. MANTOVANI.

¹²³ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, cit.

Di detti precedenti, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 33/2021, richiama però solo il primo, onde sottolineare come non sarebbe accettabile una soluzione che negasse in radice ogni possibilità al genitore non biologico di stabilire un vincolo di filiazione col minore, atteso il grave pregiudizio che ciò arrecherebbe a quest'ultimo.

Pur ponendosi così un chiaro limite al legislatore, prevenendone magari iniziative troppo zelanti, il guadagno argomentativo di questo passaggio è nondimeno modesto¹²⁴, in quanto tale punto non era invero mai stato messo in discussione.

Al contrario, un raffronto più meditato avrebbe lasciato trasparire come le motivazioni che avevano indotto a disinnescare l'automatismo dell'art. 569 c.p. ricorressero, del pari, anche nel nostro caso, in ragione della meccanica dimidiazione dello stato di figlio comportata dalla regola delle Sezioni Unite. Simile cesura, infatti, sarebbe dovuta ugualmente apparire incompatibile col principio per cui l'interruzione di un vincolo di filiazione, quand'anche integri una «pena accessoria su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore[,] in tanto può ritenersi giustificabile [...] in quanto essa si giustifichi proprio in funzione [della] tutela degli interessi [di quest'ultimo]»¹²⁵: interessi dei quali, pertanto, si dovrebbe tenere conto *ex ante*, al fine di impedire la rottura del rapporto, e non (come ora si vedrà) *ex post* per rimediare, invece, alle conseguenze (evitabili) della medesima.

7. *La prospettiva alternativa alla trascrizione integrale degli atti di nascita formati all'estero: much ado about nothing?*

Pur essendo sfuggita alle censure di legittimità, la regola delle Sezioni Unite è parsa nondimeno inadeguata alla Consulta là dove individua, quale alternativa alla trascrizione integrale dell'atto di nascita del minore, la possibilità, per il genitore non biologico, di adottarlo ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *d*, l. 184/1983. Malgrado la meritoria interpretazione apprestata dalla Suprema Corte a questa

¹²⁴ Vi coglie però «un segnale importante» FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 710.

¹²⁵ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, cit.

norma, infatti, la tutela che il regime dell'adozione in casi particolari offre al nato da gestazione per altri non è stata ritenuta sufficiente, richiamandosi, pertanto, il legislatore all'«indifferibile individuazione» delle soluzioni che, a tal fine, si rivelino più funzionali, e che dovranno essere vagliate nell'esercizio di una discrezionalità innanzi alla quale la Consulta «non può, allo stato, che arrestarsi»¹²⁶.

Simili riserve, avanzate pure in dottrina, sono certamente valide, a cominciare da quella relativa alla non completa aderenza dei presupposti dell'adozione semplice alla vicenda del nato all'estero attraverso surrogazione gestazionale: il quale, infatti, è frutto di un progetto parentale comune e, invero, già ha conseguito nel paese di nascita lo stato giuridico di figlio di entrambi i suoi genitori, mentre all'adozione in casi particolari si ricorre specialmente nelle “famiglie ricostituite”, onde consentire a un “terzo genitore”, in precedenza estraneo, di assumere solennemente quei compiti e quelle responsabilità di cui, sul piano sociale, già si fa carico a beneficio del figlio del proprio o della propria partner¹²⁷. La differenza di contesto, tuttavia, rileva non perché non si possa immaginare un impiego duttile dell'adozione semplice, quanto perché la presenza di un vincolo di filiazione già compiutamente formato, ancorché in un altro ordinamento, e l'inquadramento del diritto allo *status filiationis* tra i diritti inviolabili dovrebbero indurre a valutare con estremo rigore ogni scostamento *in peius* tra la condizione in cui il minore si ritroverebbe qualora il vincolo verso il genitore non biologico fosse semplicemente recepito dal nostro sistema, e la condizione in cui, invece, si ritrova in attesa e a seguito di una ricostituzione di siffatto legame affidata a mezzi di diritto interno.

¹²⁶ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit. Nei primi commenti si è peraltro sottolineata la riserva di intervento futuro che la Corte ha esplicitato per il caso di una perdurante inerzia del legislatore: MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, in *Famiglia*, 2021, p. 417; FERRANDO, *op. ult. cit.*, p. 712.

¹²⁷ FERRANDO, *Maternità per sostituzione*, cit., p. 686; VENUTI, *Le sezioni unite*, cit., p. 17; A. GORGONI, *op. cit.*, p. 567 s.

Da questo punto di vista, il rinvio all'adozione semplice desta allora seri dubbi, instillati già di primo acchito dalla nota – e non secondaria – controversia circa l'idoneità dell'istituto a fondare vincoli di parentela con la famiglia dell'adottante: anche se la questione sembra da sciogliere in senso positivo¹²⁸, resta infatti discusso se l'art. 74 c.c. abbia tacitamente abrogato l'art. 55 l. 184/1983 nella parte in cui rinvia al secondo comma dell'art. 300 c.c.¹²⁹.

Ma è sul piano procedurale che si incontrano le maggiori difficoltà¹³⁰, sia perché il procedimento per l'adozione in casi particolari non garantisce tempi certi né salvaguarda la continuità dello *status* del minore fin dalla nascita¹³¹, dispiegandosi i suoi effetti solo a partire dal momento della sentenza, sia perché esso poggia unicamente sulla concorde volontà dei genitori, la quale, però, specie in presenza di una crisi dell'unione, potrebbe vacillare e lasciare spazio a decisioni poco attente ai diritti del figlio. Infatti, mentre il genitore non biologico che volesse sottrarsi alle sue responsabilità potrebbe sempre non presentare la domanda di adozione, o revocarla fino alla pronuncia della sentenza (art. 47, comma 1, l. 184/1983)¹³², al genitore biologico che volesse invece impedire la formazione di tale rapporto sarebbe sufficiente rifiutare il proprio assenso all'adozione, posto che tale diniego, provenendo dal soggetto a cui fa capo la responsabilità genitoriale, non potrebbe essere superato dal tribunale nemmeno quando risultasse ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando (art. 46 l. 184/1983). Senza contare, poi, che potrebbe pure accadere che l'adozione non si perfezioni mai a causa, nel frattempo, della morte dell'adottante¹³³.

¹²⁸ LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 202. Così anche Cass., Sez. Un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.

¹²⁹ Lo escludono, per esempio, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 2 nt. 7, e AULETTA, *Diritto di famiglia*⁵, Torino, 2020, p. 410.

¹³⁰ A tacer del fatto che la percorribilità dell'adozione semplice non è qui garantita da alcuna specifica disciplina legislativa, ma poggia unicamente sulla pur autorevole interpretazione della giurisprudenza di legittimità.

¹³¹ FERRANDO, *op. ult. loc. cit.*

¹³² VENUTI, *op. ult. loc. cit.*

¹³³ GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 490 s., che rileva poi come ulteriori gravi inconvenienti per il minore

Un simile assetto, se forse poteva essere ancora compatibile con l'*Advisory Opinion* della Corte di Strasburgo¹³⁴, non lo è più, però, con le ultime indicazioni della Consulta, il cui monito al legislatore, tuttavia, avrebbe potuto essere energico al pari di quello scaturito dalla coeva decisione che ha censurato l'insuperabilità del diniego all'adozione semplice opposto dalla madre biologica alla madre sociale di due gemelle, nate in Italia a seguito di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero, e per cinque anni cresciute dalle due donne fino alla rottura della loro relazione¹³⁵. Infatti, a meno di non voler distinguere la priorità della tutela in ragione delle modalità di nascita dei figli, in un'ottica poco conciliabile, però, col principio di eguaglianza degli stessi, bisognerebbe allora ammettere che uno stato validamente costituito all'estero meriti quantomeno la stessa urgenza di garanzia che viene – giustamente – avvertita per un solido legame di genitorialità sociale.

Ad ogni modo, le osservazioni della Consulta sono comunque preziose, poiché contribuiscono a chiarire taluni importanti profili.

Anzitutto, pur sottolineando la discrezionalità del legislatore nell'individuazione degli strumenti volti a permettere al genitore non biologico di instaurare un legame giuridico col nato, la Corte suggerisce invero una strada precisa, ossia quella di predisporre «un procedimento di adozione effettivo e celere»¹³⁶, in linea con quanto prospetta anche la giurisprudenza europea e con quanto accade pure in altri ordinamenti, come quello francese¹³⁷. Inoltre, stigmatizzando

potrebbero essere rappresentati dalla morte del genitore biologico o dalla sua sopravvenuta incapacità.

¹³⁴ Corte eur. dir. uomo, grande camera, 10 aprile 2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 764, con nota di GRASSO. Qualche dubbio aveva semmai riguardato la rispondenza dell'adozione semplice all'indicazione, un po' sibillina, della Corte di Strasburgo secondo cui la filiazione avrebbe dovuto essere dichiarata nell'ordinamento interno, al più tardi, quando fosse divenuta «a practical reality» (n. 52); SALANITRO, *L'ordine pubblico*, cit., p. 915.

¹³⁵ Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Fam. dir.*, 2021, p. 680, con note di DOGLIOTTI e di FERRANDO; in *Familia*, 2021, p. 335, con note di ATTANASIO e di ZAMPERINI.

¹³⁶ In tal senso anche MORACE PINELLI, *op. cit.*, p. 418.

¹³⁷ Per la verità, la giurisprudenza più attuale, a seguito di un *revirement* tanto sorprendente quanto in dottrina criticato, aveva finito per ammettere la trascrizione

una delle discrepanze più eclatanti (ancorché discusse) tra gli effetti dell'adozione legittimante e quelli dell'adozione semplice (in ordine, cioè, all'insorgenza della parentela tra il minore e i parenti dell'adottante), ed evidenziando anzi la necessità che si affermi un "pieno" legame di filiazione tra adottante e adottato, la Consulta lascia nitidamente intendere come la condizione giuridica del figlio adottivo del genitore non biologico dovrà essere sostanzialmente assimilabile a quella dell'adottato nell'adozione legittimante, ossia a quella di figlio *tout court*: tanto più che una differenziazione non sarebbe qui nemmeno riconducibile a quell'esigenza di mantenere i rapporti con la famiglia di origine che talora può esservi nell'adozione semplice.

Tali rilievi sono assolutamente condivisibili, fuggendo al contempo le incertezze che potevano invece derivare dall'indeterminatezza di quei «*similar effects to registration of the foreign birth details*» che il parere consultivo della Corte di Strasburgo richiede ai diversi Stati del Consiglio d'Europa di assicurare. Del resto, un'en-

dell'atto di nascita straniero attestante il rapporto di filiazione tra il nato da gestazione per altri e i genitori (biologico e sociale) d'intenzione, quando si fosse trattato di un atto esente da frode e conforme al diritto dello stato di provenienza, osservando, da un lato, come il rifiuto di procedere alla trascrizione avrebbe arrecato un pregiudizio sproporzionato ai diritti del figlio, e, dall'altro lato, come l'adozione apparisse qui uno strumento inadatto alla situazione degli interessati (Cass., ass. plén., 4 ottobre 2019, 10-19.053, su cui v. HOUSIER, *op. cit.*, p. 592; FULCHIRON, *Transcription dans l'affaire Mennesson aujourd'hui. Et demain?*, in *D.*, 2019, p. 2228; BINET, *Clap de fin pour la saga judiciaire Mennesson*, in *Dr. fam.*, 2019, comm. 261; KESSLER, *Un nouveau mode d'établissement de la filiation: la consolidation de la parenté de fait*, in *AJ Famille*, 2019, p. 592; Cass., 18 dicembre 2019, 18-12.327 e Cass., 18 dicembre 2019, 18-11.815, su cui v. BOLLÉE e HAFTEL, *L'art d'être inconstant. Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui*, in *Rev. crit. DIP.*, 2020, p. 268 ss.; GARRIGUE, *Feu vert pour la transcription des filiations établies à l'étranger à l'égard de simples «parents d'intention»*, in *Rev. jurid. pers. fam.*, 2020, n. 2.; Cass., 18 novembre 2020, n. 19-50.043, in *AJ Famille*, 2021, p. 54, con nota di LATIL). Senonché, questo nuovo orientamento è stato già superato dalla legge sulla bioetica del 2 agosto 2021 (*loi 2021-1017*), la quale ha modificato l'art. 47 c.c. fr. stabilendo che la corrispondenza alla realtà dei fatti attestati dagli atti di stato civile stranieri deve essere «appréciée au regard de la loi française».

fatizzazione di questo passaggio dell'*Advisory Opinion* tesa a giustificare una diminuzione delle prerogative del figlio adottivo del genitore non biologico, rispetto a quelle che il figlio avrebbe mercé il pacifico riconoscimento dello stato acquisito all'estero, risulterebbe alquanto problematica: sia perché persevererebbe in un'irragionevole discriminazione tra figli, sia perché allargherebbe un margine di apprezzamento dei singoli ordinamenti che già lo stesso parere consultivo definisce "ridotto" e che, nel complesso, dovrebbe essere circoscritto più alla selezione dei mezzi preposti a fondare la filiazione tra il minore e il genitore d'intenzione – che è poi il fulcro del dibattito – che non ai contenuti della stessa¹³⁸.

Ciò detto, occorre altresì esaminare un'ulteriore premessa che la Consulta svolge nella sua recente pronuncia, allorquando afferma come «non [sia] pensabile» che coloro (e segnatamente il genitore non biologico) che sono ricorsi alla gestazione per altri all'estero «possano *ad libitum* sottarsi», in seguito, ai doveri inscindibilmente connessi alla responsabilità genitoriale.

Anche questa indicazione è estremamente significativa, poiché sposta il fuoco del discorso dalla condotta dei genitori al piano, più consono, della tutela di un soggetto – il minore – che deve essere lasciato indenne dalle valutazioni morali e giuridiche suscitate dalle decisioni e dai comportamenti di chi ne ha voluto la nascita. Questo mutamento di prospettiva comporta la riaffermazione sia (ancorché in via mediata) del criterio della "scelta", e quindi dell'assunzione di responsabilità verso il nato, quale elemento fondativo della filiazione, come già nella p.m.a. eterologa¹³⁹; sia del principio dell'immunità dei doveri genitoriali rispetto alle modalità della procreazione, il quale risponde a una basilare esigenza di garanzia dei figli,

¹³⁸ È noto, peraltro, come le decisioni della Corte europea attinenti a questioni morali o etiche non sempre si collochino sul fronte più avanzato e maggiormente garantista dei diritti individuali, tendendo piuttosto a privilegiare, pure là dove non respingano le ragioni dei ricorrenti, la soluzione politicamente più accettabile anche per gli ordinamenti conservatori, come ben rivela, del resto, l'utilizzo del consueto argomento del «consensus»; in tema, VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 181 ss.

¹³⁹ V. par. II del presente contributo.

ovvero quella di impedire che, per motivi che nulla hanno a che vedere col loro benessere, vengano ridotti o rimossi i doveri che l'art. 30, comma 1, C. impone ai genitori verso «ogni genere di prole»¹⁴⁰ – principio che, in passato, era stato espresso in occasione della caduta del divieto di riconoscimento dei nati da rapporti incestuosi, e onde escludere, prima dell'art. 9 l. 40/2004, che il coniuge, che avesse prestato il proprio consenso alla p.m.a. eterologa, potesse in seguito promuovere l'azione per il disconoscimento di paternità¹⁴¹.

Orbene, dallo scrutinio delle direttive ricavabili dalla sentenza della Consulta emerge allora come il procedimento adottivo ivi prefigurato debba distinguersi da quello (attualmente seguito) per l'adozione semplice non solo per la maggior speditezza e la parificazione degli effetti a quelli dell'adozione legittimante, ma anche per l'abbandono del requisito del duplice consenso dell'adottante e del genitore biologico dell'adottato¹⁴². Una diversa soluzione, infatti, ren-

¹⁴⁰ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, cit.

¹⁴¹ Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 51, con nota di PALMERINI.

¹⁴² Se la superabilità (in nome dell'interesse del minore) del diniego del genitore biologico alla costituzione della filiazione con il genitore non biologico è senz'altro plausibile nei casi al centro delle decisioni della Consulta n. 32 e 33 del 2021, assai meno sicura, però, appare l'opportunità di estendere una simile innovazione alla disciplina generale dell'adozione semplice (come propone, invece, CHIRICHALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*, in *Famiglia*, 2021, p. 432), posto che la necessità del consenso del genitore che esercita la responsabilità genitoriale (art. 46, comma 2, l. 184/1983) non è in sé irragionevole, tutelando detto requisito il genitore stesso e, di riflesso, il figlio che con lui convive da attriti e frizioni che potrebbero derivare dall'instaurazione di un rapporto adottivo non gradito; così GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 484 ss., che evidenzia giustamente la differenza che intercorre tra le situazioni per le quali è prevista l'adozione in casi particolari e quelle che hanno invece condotto alle ricordate pronunce della Corte costituzionale, le quali, pur nella loro diversità, esprimono nondimeno entrambe l'esigenza di «riconoscere il ruolo paritario» che il genitore intenzionale ha svolto, fin dall'inizio, nel «progetto parentale comune». Sul punto, v. anche le attente considerazioni di SALANITRO, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 946 s.

derebbe vulnerabili i diritti del nato nei confronti di chi «si sia liberamente impegnato ad accoglierlo»¹⁴³, e finirebbe, paradossalmente, alla luce del vincolo già formatosi all'estero, per sancire un livello di disponibilità degli *status* ben maggiore di quello in nome del quale si cerca di giustificare il divieto interno di gestazione per altri¹⁴⁴, posto che l'ordinamento, mentre ammette che la partorientente possa chiedere di non figurare come madre del nato, non permette mai ai privati di dismettere volontariamente una posizione genitoriale già incardinata, né tantomeno consente a uno dei genitori di determinare arbitrariamente la decadenza dell'altro.

Se queste considerazioni sono esatte, viene però da chiedersi ove risieda la giustificazione sostanziale di un simile procedimento in luogo della più immediata e garantista trascrizione sui registri italiani di stato civile dell'atto di nascita formato all'estero, atteso che l'esito di queste due strade dovrà, alla fine, essere pur sempre il medesimo¹⁴⁵.

Non sembra risiedere, a ben vedere¹⁴⁶, nemmeno nella necessità di verificare che la costituzione del rapporto di filiazione verso il genitore non biologico risponda all'interesse del minore. Quando, infatti, si tratti di un minore che per anni ha vissuto con i suoi genitori nel paese in cui la filiazione è sorta, un simile argomento suona poco

¹⁴³ Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, cit., ma l'inciso si ritrova anche in Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

¹⁴⁴ Si richiamano al principio di indisponibilità degli *status* NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 753, e CALDERAI, *La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 81. Sulla tenuta del principio, v. però VENUTI, *Coppie sterili*, cit., p. 267 s., e già Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, cit., che sottolineava come sullo stesso fossero «susceptibili di incidere le varie possibilità di fatto oggi offerte dalle tecniche applicate alla procreazione».

¹⁴⁵ L'identità del risultato è peraltro un ulteriore indizio a sostegno della non contrarietà all'ordine pubblico della decisione straniera che dichiari la filiazione del minore verso il genitore non biologico (quando l'altro gli sia invece geneticamente legato): sul punto, nella dottrina austriaca, KOMUCZKY, *Dogmatische Einordnung von ausländischen Leihmutterchaften in Österreich*, in *IPRax*, 2018, p. 285.

¹⁴⁶ Nonostante questa esigenza sia evocata (benché suoni quasi come una formula di stile) dalla Consulta.

realistico, se non quasi grottesco¹⁴⁷; mentre, quando il riconoscimento della filiazione venga domandato dal genitore non biologico, al rientro in Italia, subito dopo la nascita del figlio, non è chiaro su cosa questa valutazione dovrebbe appuntarsi, stante la celerità richiesta alla procedura, l'irrelevanza, nel merito, dell'avvenuto ricorso alla gestazione per altri, e soprattutto la profonda diversità – attestata anche dalla Consulta – della situazione in parola rispetto a quella del minore adottabile¹⁴⁸. D'altronde, anche l'ordinario accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse nel nostro sistema non prevede alcun vaglio circa l'idoneità degli aspiranti genitori¹⁴⁹, proprio perché non si tratta di trovare una famiglia a un minore abbandonato, bensì di consentire a una coppia di realizzare quella generazione che per via naturale non le è possibile¹⁵⁰. Ci si potrebbe semmai chiedere, nell'ipotesi estrema in cui il genitore non biologico avesse riconsiderato le proprie scelte e non fosse più intenzionato a crescere il minore, se risponda sul serio all'interesse di quest'ultimo la preservazione di un legame giuridico con chi magari potrebbe poi dimostrargli indifferenza od ostilità. Ma invero, a parte che in questo modo il genitore “renitente” sarebbe nondimeno chiamato ad adempiere i suoi obblighi patrimoniali, è stato messo (pur criticamente) in luce da attenta dottrina come anche nei casi di attribuzione giudiziale dello *status* non assuma normalmente alcun rilievo la circostanza che il genitore si riveli assente e

¹⁴⁷ Tale era il caso alla base di Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., dove il minore viveva già da sei anni coi suoi genitori.

¹⁴⁸ Al riguardo, potrebbe semmai essere contemplata la facoltà del genitore biologico di opporsi in via giudiziale al riconoscimento della filiazione verso il genitore non biologico nel caso, eccezionale, in cui emergano gravi fattori che facciano apparire tale vincolo di sicuro pregiudizio al figlio. Ma dovrebbe trattarsi, per l'appunto, di un accertamento eventuale e ancorato a rigidi presupposti, e non di una fase istruttoria necessaria alla costituzione del rapporto.

¹⁴⁹ Ciò, si noti, è vero pure ai fini della fecondazione eterologa, dove uno dei genitori non presenta alcun legame genetico col nato; sicché, non si comprenderebbe per quale ragione in quel caso la costituzione del vincolo possa prescindere dall'indagine circa la rispondenza di tale esito all'interesse del minore, mentre nel caso del figlio venuto al mondo attraverso la gestazione per altri si dovrebbe invece preliminarmente compiere una simile verifica.

¹⁵⁰ V. par. III del presente contributo.

disinteressato al futuro del figlio, ritenendosi per l'appunto prevalente il mero fattore del contributo economico che egli sarà comunque tenuto a prestare¹⁵¹.

In conclusione, non si ravvisano motivi, né di ordine pubblico internazionale, né legati al perseguimento di esigenze general-preventive, che ostacolino la trascrizione dei provvedimenti giurisdizionali che dichiarino il vincolo di filiazione del nato da gestazione per altri anche verso il genitore non biologico¹⁵². La salvaguardia dei diritti del minore, peraltro, potrebbe pure essere combinata con un atteggiamento di non indifferenza del sistema verso i modelli normativi che, altrove, regolano la gestazione per altri. Ciò richiederebbe, come ricordato, una disciplina non ideologica, ma aperta a dare ingresso a quegli atti di stato civile che si siano formati in paesi ove la pratica si svolge in un contesto normativo realisticamente accettabile anche per il nostro ordinamento, secondo uno schema che coniughi certezza del diritto ed equilibrata attenzione a tutti gli interessi in gioco.

Al contrario, l'automatismo che rimuove lo stato del minore per ragioni del tutto estranee alla sua tutela, salvo poi ammetterne il riscatto per altre vie, non solo finisce per tradursi in una violazione del principio di eguaglianza dei figli, dettata dalle condizioni personali degli stessi, ma rischia altresì, per la sua incongruenza, di appalesarsi

¹⁵¹ MANTOVANI, *Azioni di stato e interesse del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., p. 379 ss., suggerendo peraltro, in tali situazioni, di fare «un più coraggioso» ricorso all'art. 279 c.c., onde evitare un'attribuzione forzosa e poco opportuna della paternità. Questa prospettiva, tuttavia, andrebbe pur sempre misurata sul caso concreto, giacché per alcuni profili (come quelli connessi alla cittadinanza) potrebbe non rappresentare la miglior forma di tutela per il minore; SALANITRO, *L'ordine pubblico*, cit., p. 916 nt. 27.

¹⁵² Similmente, FERRANDO, *La Corte costituzionale*, cit., p. 712; VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 956; GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 495 ss. (con riferimento alla gestazione per altri altruistica); diversamente, MORACE PINELLI, *op. ult. loc. cit.*; BILLOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 923.

unicamente come una *shaming penalty*¹⁵³, verso il nato e i suoi genitori¹⁵⁴, chiamata a ripristinare quell’“ordine naturale delle cose”¹⁵⁵ ciclicamente evocato per contrastare il pluralismo e l’evoluzione dei modelli familiari anche rispetto alle più avanzate direttrici della Costituzione¹⁵⁶.

¹⁵³ Su tale concetto, NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, 2004, p. 227 ss. L’accostamento si spiega, in particolare, perché il mancato riconoscimento dello stato del minore si profila come una reazione priva di portata retributiva, la quale si ripercuote anche sul figlio – negandone l’identità – non (evidentemente) per un’azione da lui commessa, ma per una condizione esistenziale (l’origine della sua nascita) a lui non imputabile, additando altresì al biasimo dei consociati, come “deviante”, un nucleo familiare costituitosi secondo una modalità disapprovata dall’ordinamento interno ma non in altri sistemi parimenti democratici come appunto quello nordamericano o canadese.

¹⁵⁴ Per questo motivo, non persuade allora nemmeno la pur raffinata proposta di NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 761 ss., di applicare al nostro caso, a favore del figlio, la disciplina del matrimonio putativo, né quella, che si colloca in un’ottica simile, di BILOTTI, *op. cit.*, p. 923 ss.

¹⁵⁵ COTTIER, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁶ BESSONE, *op. cit.*, p. 20. E infatti, l’affermazione, un po’ apodittica, che rinvia nella famiglia «*ad instar naturae*» – ossia, principalmente, formata da genitori di sesso diverso – il «“luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato», ricorre in Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, cit., che ha escluso l’illegittimità delle norme che limitano l’accesso alle tecniche di p.m.a. alle sole coppie eterosessuali, e ancora in Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Famiglia*, 2020, p. 215, con nota di BARONE, che ha (conseguentemente) negato l’ammissibilità della questione di legittimità concernente le norme che non permettono la formazione di un atto di nascita in cui il minore risulti figlio di due donne unite civilmente, una delle quali, col consenso della madre intenzionale, abbia concepito all’estero il bambino attraverso la p.m.a. eterologa facendolo poi nascere in Italia.

ANGELO BARBA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Siena

CAPACITÀ DEL CONSUMATORE E REGOLAZIONE CONFLITTUALE DEL MERCATO

SOMMARIO: 1. Definizione normativa di concorrenza e concorrenza sleale. – 2. (segue) Antigiuridicità ed illiceità della concorrenza sleale. – 3. Giudizio di concorrenza sleale e Direttiva 2005/29/CEE. – 4. Efficienza dinamica e ‘capacità’ del consumatore nella regolazione del mercato. – 5. Concetto normativo e concetto dogmatico di concorrenza. – 6. La delegittimazione culturale del diritto privato per la regolazione del mercato. – 7. Mercato e capacità-potere di autodeterminazione. – 8. La regolazione conflittuale del mercato: impresa e consumo. – 9. Consumatore ‘astratto’, consumatore ‘collettivo’, consumatore ‘medio’. – 10. Concorrenza e tecnica del diritto soggettivo. – 11. (segue) Pretesa, divieto ed onere conformativo. – 12. Onere ed autoresponsabilità del consumatore medio. – 13. Concorrenza e benessere del consumatore. – 14. Concorrenza di prestazione.

1. Definizione normativa di concorrenza e concorrenza sleale.

Sembra di scorgere, a volte, un senso di esitazione o di disagio culturale nel discorso giuridico che, per ragioni semantiche e argomentative, deve ricorrere a determinate espressioni del linguaggio normativo. Accade quando le formule o le singole “parole” che le compongono (art. 12 preleggi) evocano evoluzioni giuridiche e vicende culturali assai complesse, ma nella soggettiva percezione dell’interprete conservano un insidioso legame con le vicende e i contesti politici ed economici che hanno contribuito a costruire o, in qualche modo, a caratterizzare il loro pristino significato.

Si avverte l’inadeguatezza di un termine che viene percepito come imprigionato nell’evoluzione storico-culturale che rappresenta

e, quindi, lontano dalla nuova realtà e dal contesto politico ed economico che la ha generata. Emerge così un problema ermeneutico che richiede all'osservatore un impegnativo esercizio di dogmatica giuridica¹, se vuole resistere alla tentazione elusiva ed indolente di convocare termini che appartengono a lingue e contesti culturali diversi, e che riescono solo a tranquillizzare la sua coscienza o a proteggere la sua sensibilità intellettuale.

La parola 'concorrenza' e la formula 'concorrenza sleale', che vengono utilizzate dal legislatore nazionale ed europeo, sollevano questo tipo di problema ermeneutico in relazione al linguaggio del Codice civile. Ma l'interprete abituato alla fatica del 'pensiero critico' lo affronta impegnandosi nella ricerca di una 'definizione normativa' di concorrenza e, soprattutto, senza eludere la soggettiva necessità teorico-generale, prima ancora che sistematica, di liberarsi dall'insidia politica racchiusa nella vicenda epistemologica legata al termine "sleale"². Una liberazione culturale che l'osservatore ritiene di conseguire con una strategia ermeneutica che riconduce, ma in realtà riduce, la *concorrenza sleale* illecita alla *concorrenza illecita* per contrarietà alla clausola generale ex art. 2598 c.c..

Persino il legislatore nazionale, nel recepire la Direttiva 2005/29/CEE, evita il termine "sleale", che utilizza, invece, il legi-

¹ Per il contenuto tecnico della formula "dogmatica giuridica" sia consentito rinviare a BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 91 ss. e p. 217 ss.

² Paradigmatica la riflessione di LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, s.d.ma 2010, p. 191 ss. (p. 197 s.). L'A. muove dall'assenza di una "definizione normativa" di *origine legale* e procede alla ricostruzione (induttiva) di una definizione normativa, che è, dunque, di *origine teorica* (ermeneutica), tratta dalla legislazione antitrust. Cfr. inoltre ID., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 509 ss. Si v. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, Milano, 1970, (estratto da *Riv. dir. ind.*, 1970, I, n. 1 e 2), *passim*; SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, *passim*, ma p. 73 ss.; p. 88 ss.; GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, *passim*, ma p. 35 ss., p. 57 ss., p. 80 ss. e p. 167 ss. Cfr. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di P. G. Jaeger*, Milano, 2011, p. 25 ss.; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, *ivi*, p. 113 ss.

slatore europeo, e preferisce il termine “scorretto”: le pratiche commerciali scorrette equivalgono, in punto di semantica giuridica, alle pratiche commerciali sleali. Equivalenza resa ineluttabile, per altro, dalla misura massima di armonizzazione voluta dal legislatore europeo.

La strategia sistematica e l’impegno ermeneutico attivati nella lunga vicenda giuridica e culturale di progressivo adeguamento della disciplina codicistica della concorrenza sleale alla legalità costituzionale del mercato, non si accontentano di mobilitare risorse intellettuali per individuare un’alternativa esegetica dei “principi di correttezza professionale” ex art. 2598, n. 3, c.c.³. Elaborano, infatti, una più complessa struttura teorico generale che convoca la tecnica

³ L’operazione giuridica e culturale che l’osservatore può ricostruire attraverso le successive fasi ed i diversi contenuti dell’impegno ermeneutico e sistematico nella ricerca di una definizione normativa del concetto di concorrenza, è troppo complessa ed articolata per essere esaminata adesso nel dettaglio. Un’esperienza epistemologica scandita, tra l’altro, a) dalla contrapposizione tra concorrenza come fatto e concorrenza come atto dell’impresa (senza aggettivi), v. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³, Milano, 1960, *passim*, ma p. 22 ss., p. 28 e p. 30 s.; e b) dalla contrapposizione tra concorrenza come diritto soggettivo e concorrenza come bene pubblico. Contrapposizione, quest’ultima, sollecitata e meditata nel segno della disponibilità della concorrenza mediante atti negoziali anche non contrattuali, cfr. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, p. 1530 ss.; IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in Lipari e Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, p. 59 ss.; LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 315 ss.; LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433 ss.; GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, ora in *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*², Milano, 2018, p. 55 ss. Prezioso, non solo per la ricostruzione della vicenda culturale, il saggio di OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *RDC*, 1993, I, p. 545 ss. Approcci assai diversi, ma che traggono origine sempre dalla connessione esclusiva tra concorrenza e impresa, sia nella direzione di analisi indicata dal rapporto tra limiti contrattuali e disciplina del consorzio, da un lato, e disciplina antitrust, dall’altro; sia in quella relativa alla disciplina della concorrenza sleale. Per alcuni spunti ricostruttivi v. JAEGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, p. 186 ss.; ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. dir. soc.*, 1995, p. 1 ss.; cfr. altresì GUIZZI, *Consumatori e concorrenza nell’esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive*, ora in *Il mercato concorrenziale*, cit., p. 355 ss.

della clausola generale di concorrenza sleale per arginare e neutralizzare il rischio politico e costituzionale che sia il ‘diritto dei privati imprenditori’ a regolare la concorrenza attraverso gli usi o il costume commerciali.

La tecnica della clausola generale recupera e rispetta la pluralità degli interessi meritevoli di protezione che sono coinvolti nel concreto fatto economico-aziendale e, quindi, compensa il difetto di legittimazione democratica generato dagli usi dell’impresa nella produzione della regola.

L’interprete, detto in altri termini, assume consapevolezza dell’insufficienza del profitto, da un lato, e del prezzo di beni e di servizi, dall’altro, ad individuare, in relazione all’impresa ed in relazione al consumo, l’omogeneità necessaria per il funzionamento, in via diretta o mediata dalla rappresentanza (rappresentazione), del principio di maggioranza come giustificazione della validità della regola⁴.

In realtà la riflessione sulla disciplina codicistica della concorrenza sleale aveva già incontrato le clausole generali dell’ordine pubblico e del buon costume; quest’ultimo, peraltro, proprio in rela-

⁴ Si v. in particolare JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., p. 62 ss., p. 74 ss. e p. 95 ss.; SANTAGATA, *Concorrenza sleale*, cit., p. 54 ss.; p. 148 ss., p. 200 ss., p. 273 ss.; Cfr. altresì MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, *Riv. dir. ind.*, 1966, II, p. 181 ss. Cfr. inoltre LIBERTINI, *Il mercato: i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, p. 337-433; ID., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1428 ss.; ID., *La causa nei patti limitativi della concorrenza fra imprese*, in Olivieri e Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari-Roma (Laterza), 2008, p. 89 ss.; ID., *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 32 ss., p. 42 ss.; GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, p. 35 ss. e p. 59 ss. V. anche BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., p. 93 ss.

zione ai principi di correttezza professionale come criteri di antigiuridicità dell'azione imprenditoriale⁵. Tuttavia, la clausola generale di concorrenza sleale nasce e si consolida nell'esperienza giuridica teorica e pratica come tecnica argomentativa che include nella valutazione dell'atto di concorrenza dell'impresa anche gli interessi dei consumatori.⁶ Il progetto culturale è orientato a superare le concezioni etiche o corporative dei principi di correttezza professionale non solo attraverso l'elaborazione di criteri normativi di valutazione edificati sulla legalità costituzionale, ma anche attraverso il riconoscimento di interessi meritevoli di protezione diversi da quelli riconducibili all'impresa concorrente.

Vuol dirsi, più in generale, di una complessa vicenda culturale da meditare sia nella direzione di analisi evocata dalla dicotomia autointegrazione ed eterointegrazione, con riguardo alla elaborazione dei criteri di giudizio mediante la concretizzazione della clausola generale; sia in quella della valutazione comparativa tra interessi dell'impresa ed interessi del consumo.

La concorrenza sleale solleva, in tale direzione di analisi, interrogativi legati all'illiceità dell'atto che l'interprete continua a risolvere in termini di antigiuridicità e di divieto dell'azione imprenditoriale, ma nella direzione teorico-generale indicata *a)* dalla concretizzazione della clausola generale realizzata utilizzando i principi di buon funzionamento del mercato accolti dal legislatore nazionale ed europeo e *b)* dalla inclusione nel giudizio anche dell'interesse del consumatore.

⁵ Si v. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 207 ss. (p. 209), circa la "rilevanza di ordine pubblico della libertà di concorrenza" v. p. 32, ma cfr. p. 13 ss.

⁶ Sembra, in sostanza – ma si tratta solo di un'ipotesi di lavoro estranea al tema di cui ci si occupa – che la riflessione dell'osservatore abbia preferito evitare il confronto con le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume, ritenendole, forse, troppo legate alla teoria generale del *contratto* (negozio giuridico) e, dunque, meno efficaci sul piano della disciplina dell'*attività* economica. Cfr. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 223 ss.

Si mobilita la tecnica della clausola generale per elaborare un modello di giudizio che individua il fatto antigiuridico dell'impresa attraverso la valutazione comparativa degli interessi dell'impresa e dei consumatori secondo i principi di buon funzionamento del mercato, ossia secondo i principi normativi che riconoscono forma giuridica al *tipo normativo* di concorrenza. Ossia al modello economico di concorrenza che il legislatore nazionale ed europeo dimostra di selezionare ed accogliere come bene giuridico protetto.

I principi di correttezza professionale vengono ricavati dai principi di buon funzionamento del mercato che accolgono il modello della concorrenza dinamica e, quindi, collocati in un contesto sistematico caratterizzato nel senso del *primato ermeneutico e sistematico della disciplina antitrust*.

2. (segue) Antigiuridicità ed illiceità della concorrenza sleale.

In tale direzione esegetica è ineludibile la ricerca di una definizione normativa della concorrenza. È indispensabile, detto in altri termini, l'individuazione del modello economico che il legislatore accoglie come bene giuridico, ossia come oggetto di tutela, in ragione della sua attitudine strumentale rispetto all'utilità sociale (arg. ex art. 41 Cost.).⁷ Il tipo normativo deve ritrovare nel sistema positivo gli indici della sua tipologia legale.

I principi di buon funzionamento del mercato garantiscono che sia il modello economico della concorrenza dinamica, attraverso l'illiceità della pratica concorrenziale, a fissare il limite *esterno* alla libertà imprenditoriale e quindi a regolarne la modalità di esercizio.

⁷ Si cfr., per la concezione economica della concorrenza come bene pubblico, SABBATINI, *La concorrenza come bene pubblico: il caso Microsoft*, Bari-Roma, 2000, *passim*, ma p. 124 ss.; Con riguardo, invece, alla concorrenza come bene giuridico pubblico v. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano, 2013, p. 50 ss.; cfr. POLICE, *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Rabitti Bedogni e Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 369 ss.

Tale modello economico, quello accolto dal legislatore nazionale ed europeo, realizza il progetto assiologico affidato alla legalità costituzionale⁸.

Il processo epistemologico che conduce all'emancipazione della concorrenza sleale dal diritto privato degli imprenditori, elabora dunque un dispositivo euristico e valutativo che deve includere anche il benessere dei consumatori. Un esito ermeneutico, quest'ultimo, reso ineludibile dalla funzione di utilità sociale riconosciuta alla concorrenza come bene giuridico protetto.

Impresa e consumo realizzano il buon funzionamento del mercato attraverso una tensione conflittuale che la clausola generale di concorrenza sleale gestisce con la valutazione comparativa degli interessi.

Se questa modalità dissimuli in realtà una insidiosa sovrapposizione teorico-generale tra clausola generale, a struttura verticale, e giudizio di equità, a struttura orizzontale, è tema che deve rimanere sullo sfondo della riflessione⁹. Adesso occorre sottolineare ancora, ed in senso critico analizzare, che la valutazione comparativa tra gli interessi dell'impresa e gli interessi del consumo si esaurisce, o viene circoscritta, al giudizio di anti-giuridicità dell'azione imprenditoriale.

L'emancipazione della concorrenza sleale dal diritto dei privati imprenditori *continua* ad essere elaborata, nel rispetto della "ragione di ordine pubblico"¹⁰, in termini di illiceità della pratica commerciale che ostacola la libera concorrenza, ed impegna l'interprete nella individuazione degli interessi e dei criteri normativi di un giudizio che *continua* a risolversi nella (sola) qualificazione dell'atto come anti-giuridico.

⁸ Ma cfr. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1968, p. 70 ss. e p. 88 ss.; v. altresì PEDRINI, *Principi costituzionali in tema di consumo*, Bologna, 2010, p. 123 ss., p. 131 ss.

⁹ La clausola generale rinuncia alla fattispecie legale (norma senza fattispecie) ma non al sillogismo applicativo che, invece, resta estraneo alla valutazione equitativa degli interessi in conflitto.

¹⁰ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 873 ss. (p. 930).

Esiste, detto in altri termini, un significativo elemento di continuità nella vicenda giuridica e culturale della concorrenza sleale. L'ermeneutica della disciplina codicistica della concorrenza sleale deve occuparsi della valutazione dell'atto di concorrenza e del suo divieto in relazione alla contrarietà ai principi di ordine pubblico (economico) che assicurano il buon funzionamento del mercato. Cambia la struttura ed il criterio, non la funzione del giudizio di concorrenza sleale che continua a selezionare la pratica commerciale illecita solo in ragione della sua anti-giuridicità.

La riflessione, detto in altri termini, insiste sull'anti-giuridicità dell'atto trascurando, della *slealtà*, un significativo ed ulteriore contenuto di rilevanza sistematica.

Si ignora, o si sceglie di trascurare, che la slealtà della concorrenza viene accolta e meditata dall'interprete anche come 'autonoma' forma di illiceità di atti che "sfuggono a una particolare considerazione del diritto comune"¹¹.

La concorrenza sleale descrive una illiceità diversa da quella che il diritto comune accoglie per costruire la disciplina della responsabilità extracontrattuale. Ed infatti la concorrenza sleale innesca meccanismi di tutela *ex art. 2599 c.c.* che possono attivare anche il risarcimento del danno ingiusto imputabile a colpa o a dolo dell'autore dell'atto di concorrenza sleale (art. 2600 c.c.). Nondimeno, l'atto di concorrenza sleale, se negoziale, potrà essere controllato in punto di contrarietà all'ordine pubblico.

La necessità ermeneutica e sistematica di assicurare la legalità costituzionale, estesa anche alle norme interposte, dei principi di correttezza professionale ha circoscritto e ridimensionato la specificità della concorrenza sleale come disciplina particolare di atti che non deroga alla disciplina generale della responsabilità civile extracontrattuale e del contratto. Come forma di giudizio di illiceità diverso

¹¹ Si v. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 127 ss., p. 184 ss. Si tratta, invece, di un aspetto centrale nella struttura logica dell'argomentazione giuridica che voleva escludere una "tutela privilegiata dell'imprenditore" (p. 197, ma cfr. p. 181).

ed autonomo in quanto funzionale ad una tutela di tipo regolatorio (divieto) e non rimediale (risarcimento del danno o invalidità-restituzione) degli interessi equivalenti riconducibili all'impresa ed al consumo.

In particolare, l'operazione giuridica e culturale elaborata dall'interprete ha considerato la *necessità* del giudizio di anti-giuridicità della pratica commerciale, e di tale giudizio ha elaborato la struttura ed i criteri adeguati alla legalità costituzionale; tuttavia, ha trascurato l'*insufficienza* dell'anti-giuridicità dell'atto ai fini della sanzione *ex art. 2599 c.c.* La concorrenza sleale, nel modello codicistico, *già* descrive un tipo di giudizio costruito sull'*anti-giuridicità* dell'atto e sulla *rilevanza* di tale anti-giuridicità in punto di astratta idoneità a danneggiare l'altrui impresa. Ossia un modello costruito su *a)* anti-giuridicità dell'atto e *b)* effettiva rilevanza lesiva dell'interesse protetto, che il sistema positivo qualifica in termini di idoneità dell'atto anti-giuridico a danneggiare l'altrui azienda, senza richiedere l'esistenza effettiva di un danno ingiusto.

3. *Giudizio di concorrenza sleale e Direttiva 2005/29/CEE.*

Tale esito culturale ha caratterizzato, e ancora caratterizza, il contesto sistematico che ha accolto la Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette lesive degli interessi economici dei consumatori. Contesto che ha contribuito, ed in maniera assai significativa, alla strategia di sistematica riduzione del diritto dei consumatori al contratto ed alla responsabilità civile; in tal modo ridimensionando molto, se non persino negando, la legittimazione culturale e giuridica del diritto dei consumatori come *autonoma*, ancorché *concorrente*, tecnica di regolazione del mercato.

L'interprete, detto in altri termini, ha assecondato la perpetuazione di un approccio culturale alla concorrenza sleale che sottovale la profonda innovazione generata dalla Direttiva 2005/29/CEE non solo in termini di legalità costituzionale estesa alla norma interposta, ma anche con riguardo all'autonoma considerazione delle pra-

tiche commerciali sleali lesive degli interessi economici del consumatore rispetto alle pratiche commerciali sleali che ledono solo gli interessi dell'impresa concorrente.

In particolare, in relazione agli interessi protetti, l'interprete ha continuato ad assecondare un approccio ermeneutico e sistematico incline ad assicurare il principio di buon funzionamento del mercato senza considerare che, accanto a tale principio, il legislatore europeo, ai fini della massima armonizzazione, ha accolto anche il principio generale dell'elevata tutela del consumatore (art. 1, Direttiva 2005/29/CEE).

L'assiologia ordinante del diritto armonizzato del mercato interno non è orientata solo al buon funzionamento (del mercato) secondo il modello della concorrenza dinamica, ma anche all'elevata tutela del consumatore come autonomo principio generale.

Dalla combinazione di tali valori giuridici, ossia di contenuti assiologici cui il sistema positivo riconosce una *misura di resilienza* (valore) in termini di validità giuridica, il legislatore europeo costruisce un modello normativo che ripropone le caratteristiche del giudizio di concorrenza sleale.

Infatti, da un lato, l'antigiuridicità dell'atto innesca il divieto solo se idonea ad alterare la "capacità del consumatore" di assumere una decisione consapevole; dall'altro, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non pregiudica né l'applicazione della disciplina del contratto (art. 3, comma 2, Direttiva 2005/29/CEE) né la disciplina della responsabilità civile (art. 11, comma 2, Direttiva 2005/29/CEE)¹².

Con riguardo ai contenuti ed alle forme della legalità costituzionale estesa alle norme interposte la Direttiva 2005/29 riconosce, e per certi aspetti realizza, il senso della costituzionalizzazione della protezione del consumatore come autonomo principio regolativo del mercato (arg. ex art. 6 TUE; art. 39 Carta di Nizza; art. 169 TFUE).

¹² Riproponendo così, giova ripeterlo, la forma giuridica già accolta nel c.c. ex art. 2600 c.c. con riguardo alla tutela risarcitoria e rintracciabile con riguardo alla tutela invalidativa-restitutoria.

Vuol dirsi, in particolare, *a)* che il limite esterno alla libertà di impresa è individuato nella libertà di autodeterminazione al consumo e *b)* che è il conflitto tra libertà di impresa e libertà di consumo a creare “utilità sociale” in termini di buon funzionamento del mercato e di massimizzazione del benessere del consumatore.

L’utilità sociale generata dalla libertà di iniziativa economica dimostra un fondamento ed un contenuto più esteso ed inclusivo di quello circoscritto al rapporto tra imprese. In particolare, la concorrenza dinamica intesa (e riconosciuta dal legislatore) come bene giuridico funzionale all’utilità sociale dimostra di resistere alle semplificazioni assiologiche che, anche attraverso l’antigiuridicità dell’atto di concorrenza sleale, tentano di ridurre il consumatore e la sua scelta ad una *funzione* di efficienza allocativa del mercato che giustifica e legittima, in punto di analisi politico-economica, il primato del profitto come finalità costitutiva dell’impresa.

La massimizzazione dei bisogni soddisfatti che l’innovazione e lo sviluppo dell’offerta riescono a realizzare attivando il processo dinamico competitivo, rivendica altresì la massimizzazione della libertà di autodeterminazione nella percezione e nella costruzione del bisogno che conduce alla domanda di consumo. In tal senso buon funzionamento del mercato ed elevata protezione del consumatore identificano le strutture assiologiche della disciplina giuridica della concorrenza.

In punto di analisi sistematica, l’osservatore può riconoscere differenti criteri di rilevanza dell’antigiuridicità della pratica commerciale. Il giudizio di antigiuridicità del fatto dell’impresa acquista rilevanza giuridica ai fini del divieto *o* in ragione della sua idoneità a danneggiare l’altrui impresa, *o* in ragione della sua idoneità ad alterare la capacità di autodeterminazione del consumatore *o*, ancora, in ragione di entrambi i criteri di rilevanza.

All'*unità* del giudizio di antigiuridicità corrisponde una *pluralità* di criteri di rilevanza della antigiuridicità del fatto ai fini del divieto¹³.

D'altro canto, occorre almeno ricordarlo, anche la disciplina Antitrust riconosce nel consumatore un'assiologia condizionante ai fini del giudizio di liceità. Avviene mediante la tecnica giuridica della deroga al divieto delle intese restrittive *ex art. 4 l. n. 287 del 1990* ed avviene nella individuazione dell'ambito di applicazione del paragrafo 1 dell'art. 101 TFUE *ex art. 101, paragrafo 2*.

4. *Efficienza dinamica e 'capacità' del consumatore nella regolazione del mercato.*

Buon funzionamento del mercato ed elevata tutela del consumatore organizzano in forma giuridica la dinamica concorrenziale senza assecondare il rischio di asimmetrie ricostruttive che è generato, invece, dal primato dell'efficienza dinamica intesa solo come innovazione e sviluppo della produzione di beni o servizi. Nel giuridico, l'efficienza dinamica include l'efficienza allocativa in un processo più complesso che resiste alla riduttiva semplificazione della dinamica economica al rapporto tra *bisogni soddisfatti* del consumatore e *capacità* dei produttori di migliorare l'offerta di beni e servizi.

La forma giuridica dell'efficienza dinamica, accanto alla capacità di produrre, protegge la capacità del consumatore non solo come *libertà dal bisogno* (bisogno di consumo soddisfatto), ma anche come *libertà del bisogno* (effettiva capacità di autodeterminazione al consumo). L'offerta, ancorché caratterizzata in senso dinamico e, dunque, nel segno dell'innovazione e dello sviluppo dei beni e dei servizi *presuppone ma non tutela la libertà della domanda di consumo*.

Il concetto giuridico di mercato concorrenziale evita, in tal modo, un'asimmetria di contenuto rispetto alla reale complessità soggettiva

¹³ Il consumatore, in particolare il consumatore medio, costituisce criterio costruttivo dell'antigiuridicità in base al rapporto tra art. 2598 c.c. ed art. 18, lett. *h*), cod. cons. e criterio di rilevanza dell'antigiuridicità ai fini del divieto accanto all'idoneità a danneggiare l'altrui azienda.

(di interessi) che, invece, lo caratterizza. Un'asimmetria tra 'persone' e mercato che, *nell'analisi giuridica*, sovrappone la competizione tra capacità di produrre ed offrire beni e servizi concorrenti e la capacità di scelta del consumatore come condizione esistenziale ed esito finale della concorrenza. Tra competitività (*Wettbewerbsfähigkeit*) e concorrenza (*Leistungswettbewerb*).

La seconda, a differenza della prima, assume forma, e quindi struttura giuridica *anche* mediante la 'capacità' di scelta consapevole del consumatore. Vuol dirsi che la competitività produce concorrenza *attraverso* la scelta del consumatore.

A voler esemplificare, la pratica commerciale sleale o l'abuso di posizione dominante che ledano in via diretta solo gli interessi dell'impresa concorrente o cliente (o fornitrice) e che, quindi, coinvolgano in via solo indiretta gli interessi economici dei consumatori, sollevano un problema di competitività che viene risolto mediante la disciplina della concorrenza sleale o della disciplina Antitrust. Se, invece, gli stessi fatti coinvolgono in via diretta solo gli interessi economici dei consumatori, sollevano sempre un problema di concorrenza e possono rilevare, in punto di qualificazione e di sanzione, ai fini dell'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta nel Codice del consumo.

Vuol dirsi, in altri termini, che lo statuto giuridico del mercato realizza e protegge la competitività e la concorrenza mediante un sistema regolatorio organizzato secondo il modello della *inclusiva coesistenza* di norme sino al limite dell'incompatibilità.¹⁴ In tale sistema si colloca la complessità assiologica (autodeterminazione) e teleologica (corretto funzionamento del mercato interno) generata

¹⁴ Modello elaborato dalla *Corte di Giustizia* nella sentenza 13 settembre 2018, C-54/17 e C-55/17, punti n. da 58 a 60, ma v. anche *Cons. Stato*, (sezione VI) del 25 ottobre 2019 n. 7296. Si v. inoltre *Corte giust.*, Ordinanza, 14 maggio 2019, da C-416/17 a C-408/17 e C-417/17, punto n. 49. Cfr. inoltre *Cons. Stato*, (sezione VI), 4 febbraio 2020, n. 879. Cfr. altresì GHIDINI e AREZZO, *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in Rabitti Bedogni e Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust.*, cit., p. 217 ss.

dal fatto economico che coinvolge, in via diretta o indiretta, una pluralità di interessi economici equivalenti: quello dell'impresa concorrente, dell'impresa cliente o fornitrice e dei consumatori.

La "capacità del consumatore", una formula che il legislatore utilizza più volte nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ma che in troppi scritti viene trascurata o rimossa, non rileva solo con riguardo allo scambio attraverso il contratto e la responsabilità civile. E dunque in una direzione di analisi che distingue la concorrenza tra imprese ed il fatto distributivo tra impresa e consumatore¹⁵.

Rivela, altresì, come principio di regolazione del mercato per garantire l'effettivo esercizio della libertà di scelta quale condizione di *efficienza normativa* della dinamica economica.¹⁶ La effettiva libertà di autodeterminazione, non la specifica volontà del singolo comportamento di consumo, rileva come elemento strutturale della regolazione del mercato.

È questo il senso delle disposizioni contenute nell'art. 19, lett. a) e lett. c), cod. cons.; ed è sempre questo il senso dell'irrelevanza, ai fini del divieto della pratica commerciale sleale, della prova della "perdita" o del "danno effettivamente subito", oppure della "intenzionalità" o della "negligenza da parte del professionista", prevista dal legislatore europeo (art. 11, comma 2, Direttiva 2005/29/CEE).

La socialità che caratterizza l'economia di mercato "fortemente competitiva" (art. 3, paragrafo 3, TUE) si realizza, tra l'altro, mediante il riconoscimento di valore giuridico costituzionale al consumo come componente strutturale del mercato concorrenziale e, dunque, all'elevata protezione del consumatore come principio regolativo del mercato concorrenziale.

¹⁵ Cfr. a riguardo FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, *passim*, ma p. 24 ss.; p. 64 ss.; p. 81 ss.; LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. Impr.*, 2013, p. 688 s.; ID. *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, p. 93 ss.

¹⁶ La differenza tra efficienza economica ed efficienza normativa, costruita sull'antecedenza della persona come tipo normativo (*normatives Menschenbild*) costituisce una delle più significative e condivise acquisizioni raggiunte dalla riflessione di DREXEL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, 1998, p. 162 ss., p. 176 ss.

La legalità costituzionale, estesa alle norme interposte, del “diritto del mercato” dimostra di aver superato in tal modo le ragioni di dubbio o di diffidenza sollecitate nell’interprete dall’originario modello di disciplina dell’economia accolto nell’art. 41 Cost.¹⁷ Il principio di elevata protezione del consumatore conferisce legittimazione politica, oltre che contenuto tecnico, alla validità giuridica della regolazione del mercato.

5. *Concetto normativo e concetto dogmatico di concorrenza.*

È necessario, adesso, limitarsi a due sole considerazioni con riguardo all’evoluzione ermeneutica e sistematica che conduce alla definizione normativa di concorrenza come bene giuridico strumentale: la prima descrittiva, la seconda critica.

L’impegno epistemologico dell’interprete è funzionale alla costruzione di un *concetto giuridico* di concorrenza destinato ad accogliere un *contenuto economico-politico*: ossia che attribuisca forma giuridica, da un lato, al definitivo superamento del modello liberale classico che concepiva la concorrenza come condizione naturale del mercato; dall’altro, ad una più realistica concezione dinamica dell’offerta e della preferenza del consumatore.

La concorrenza diventa un esito, un risultato costruito dalla regola giuridica nel segno dell’innovazione dell’offerta e della libertà di scelta del consumatore ed in funzione della massimizzazione del benessere del consumatore. Dalla concorrenza come *natura del mercato* si passa alla *natura giuridica* della concorrenza come forma organizzativa del mercato¹⁸.

In questa direzione epistemologica la regola giuridica è condizione esistenziale della concorrenza: solo la regolazione (amministrativa) del mercato garantisce la concorrenza.

Tuttavia, e questa è la seconda considerazione, la qualificazione della concorrenza come risultato, come esito dinamico che la regola

¹⁷ Si cfr. la riflessione di IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998, *passim*, ma p. 97 s e p. 100.

¹⁸ Cfr. CUCINOTTA, *La mano invisibile e l’antitrust tra scienza e mito*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 9 ss.; AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, *ivi*, p. 425 ss. Si v. inoltre FLUME, *Max Weber, der Kapitalismus und das Privatrecht*, in *JZ*, 2020, p. 594 ss.

giuridica del mercato costruisce, esclude proprio la possibilità logica e tecnica di un *concetto normativo* di concorrenza¹⁹.

Il concetto giuridico di concorrenza non descrive una fattispecie legale, ancorché organizzata secondo la tecnica tipologica o della clausola generale e non mediante la definizione di un concetto legale chiuso. Non qualifica fatti, ma descrive un esito della qualificazione giuridica di fatti.

In realtà il termine ‘concorrenza’ individua un *concetto dogmatico* di origine legale e contenuto economico, ossia un sapere ermeneutico organizzato per orientare la deduzione, che viene indotto dal sistema positivo e che fornisce all’interprete i contenuti assiologici necessari per la selezione dei criteri euristici che regolano il processo epistemologico indispensabile per l’applicazione della regola al caso concreto. Sia per l’interpretazione della regola, sia per la costruzione di modelli di decisione integrativi delle lacune. Un concetto dogmatico che l’interprete deve utilizzare nel rispetto della legalità costituzionale dell’argomentazione giuridica.

Il tentativo di costruire un concetto normativo di concorrenza dissimula una strategia dogmatica destinata a realizzare un modello ermeneutico e sistematico che organizzi l’interesse pubblico alla disciplina giuridica della concorrenza in forma di oggettivo dovere e non di diritto soggettivo dell’imprenditore. Dunque, un modello edificato sulla *regolazione* pubblicistica dell’attività piuttosto che sulla *tutela* dei diritti²⁰.

Il divieto conforma, dunque regola, l’attività economica in ragione della violazione di un dovere formalizzato attraverso determinate fattispecie legali che l’interprete tenta di includere nel medesimo concetto normativo di concorrenza nella convinzione di dover

¹⁹ Le formule “concetto normativo” e “concetto dogmatico” vengono utilizzate nel significato elaborato da MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 46.

²⁰ Sullo sfondo l’osservatore riconosce il senso ed il valore della concezione di S. Pugliatti per cui esistono “norme che realizzano una tutela oggettiva, ispirata all’interesse pubblico generale: esse disciplinano la condotta dei consociati, ma non attribuiscono specifici diritti soggettivi. Soltanto dalla loro violazione, possono nascere situazioni soggettive determinate.”, elaborata in *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, p. 64.

circoscrivere persino la rilevanza della disciplina codicistica della concorrenza sleale nel segno della marginale residualità²¹.

Emerge, quindi, un'impostazione teorico-generale che risolve – ma, forse, dissolve – la tutela della concorrenza nella regolazione 'amministrativa' del mercato perché avverte ancora la necessità di contrastare un rischio politico ed economico di degenerazioni corporative del potere economico privato e del mercato concorrenziale che, invece, l'evoluzione del diritto dei consumatori riconosce e gestisce mediante un *modello conflittuale aperto*.

La strategia epistemologica del dovere, questo il senso del discorso, sembra trascurare o sottovalutare significato e funzione di una epistemologia del potere costruita sul conflitto tra diritti dell'imprenditore e diritti dei consumatori.

La socialità del mercato interno "fortemente competitivo" (art. 2 TUE) affida, infatti, la dinamica concorrenziale alla struttura aperta che caratterizza la democrazia pluralista e, in particolare, al conflitto tra poteri e interessi privati equivalenti, ossia dotati della medesima resilienza giuridica (valore giuridico).

L'interesse pubblico a liberare la concorrenza da ostacoli o limitazioni si realizza *anche* riconoscendo e garantendo il conflitto tra le libertà, e quindi i poteri, di iniziativa economica orientate all'offerta ed alla domanda²². In tale direzione di analisi la tutela e la garanzia del diritto di iniziativa economica (art. 1, l. 287 del 1990 e artt. 2598 ss., c.c.) si contrappone alla tutela ed alla garanzia dei diritti riconosciuti come fondamentali ai consumatori (art. 1, l. 281 del 1998, oggi art. 2 cod. cons.). Contrapposizione che svolge una funzione regolatoria, lo si chiarirà meglio tra breve, quando la tutela utilizza la tecnica del divieto.

²¹ Cfr. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in Rabitti Bedogni e Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust.*, cit., p. 97 ss. (p. 118 ss.).

²² Il discorso svolto e quello da svolgere non escludono la necessità di un 'diritto amministrativo' della concorrenza, ma affermano che la legalità costituzionale del diritto della concorrenza (in senso lato) include il conflitto tra diritti soggettivi.

6. *La delegittimazione culturale del diritto privato per la regolazione del mercato.*

L'operazione giuridica e culturale che intesta la concorrenza alla categoria epistemologica del 'concetto normativo' è funzionale alla definitiva delegittimazione culturale del diritto privato come tecnica che lo Stato-legislatore utilizza per la costruzione della concorrenza. Il primato, che si vorrebbe persino esclusivo, della regolazione amministrativa dei mercati rappresenta una modalità argomentativa della scelta ideologica di escludere il conflitto tra interessi privati, anche attraverso la forma del diritto soggettivo, dalla regolazione che produce la concorrenza²³.

Anzi sembra quasi che la concorrenza, intesa come bene giuridico strumentale, debba essere protetta dagli interessi privati. Trasformata in concetto normativo (di origine teorica), la concorrenza si riduce a processo dinamico che lo Stato-legislatore *a)* costruisce ed organizza mediante la regolazione amministrativa del mercato, *b)* concede ai privati e *c)* controlla.

Il 'consumatore astratto' che le concezioni liberali affidavano alla 'protezione' indiretta dell'imprenditore, viene affidato adesso allo Stato-amministratore, ma continua ad essere destinatario della regola di protezione, non emancipato soggetto del conflitto regolatorio²⁴.

Dunque, la definizione del concetto normativo di concorrenza è la modalità argomentativa utilizzata dall'interprete per la formalizzazione giuridica del mercato come *istituzione* regolata. Un'operazione che, a differenza di quanto avviene di solito nei processi di istituzionalizzazione, non utilizza la categoria del *soggetto*, bensì

²³ Cfr. per alcuni spunti di riflessione MOHR, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, Tübingen, 2015, p. 29 ss., p. 56 ss., p. 637 ss., p. 727 ss.

²⁴ La formula "consumatore astratto" è molto significativa per le ragioni che si indicheranno tra breve. Non è priva di rilevanza culturale la circostanza che tale formula venisse utilizzata da ASCARELLI già in *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 935.

quella del *bene* giuridico funzionale alla massimizzazione del benessere dei consumatori²⁵.

In sostanza la delegittimazione politica e culturale del diritto privato viene elaborata e realizzata oggettivando la concorrenza come regola del mercato che impone un dovere funzionale all'interesse pubblico e non come tutela di un interesse privato nella forma del diritto soggettivo limitato dal diritto soggettivo confliggente.

In realtà, anche quando la riflessione teorica riconosce alla concorrenza valore giuridico di diritto soggettivo, lo schema argomentativo è intestato all'oggetto dell'autonomia privata dell'impresa e non al conflitto tra impresa e consumo. Persino nella ricostruzione della concorrenza leale come diritto della personalità che il soggetto acquista in quanto imprenditore, la possibilità del conflitto è racchiusa nella "reciprocità della tutela" riconosciuta agli imprenditori. Una modalità argomentativa che, infatti, l'interprete utilizzava per escludere la configurabilità di una "tutela privilegiata dell'imprenditore"²⁶.

Intestata al dovere funzionale alla protezione del bene pubblico, la tutela della concorrenza tra imprese si riduce alla oggettiva regolazione delle condizioni di *efficienza economica* del mercato come istituzione ed esclude la protezione delle condizioni di *efficienza normativa* del mercato, ossia l'effettività del diritto di autodeterminazione economica nell'offerta e nella domanda.

L'interprete trasforma il concetto dogmatico di concorrenza in concetto normativo di origine teorica e lo sostituisce ai reali concetti normativi di origine legale – intese restrittive, abuso di posizione dominante, concentrazioni restrittive della concorrenza, pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e pratiche commerciali lesive degli interessi delle imprese concorrenti o clienti. Concetti normativi che qualificano fatti ed innescano sanzioni per garantire le condizioni giuridiche dell'esercizio della libertà di iniziativa economica. Ossia le condizioni di *effettiva esi-*

²⁵ Cfr. NAPOLI, *L'istituzione oltre il soggetto persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 451 ss.

²⁶ Si v. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 204 s. e p. 197 s.

stenza del potere che costituisce il contenuto della libertà di iniziativa economica e le condizioni di effettiva libertà di *esercizio* del potere esistente.

In tal modo, la concorrenza diventa la fattispecie funzionale alla qualificazione della dinamica economica come mercato (concorrenziale) e non, come invece dovrebbe essere, il criterio euristico (di origine legale) che garantisce la legalità dell'interpretazione e dell'applicazione delle discipline che presidiano il diritto all'autodeterminazione economica della persona.

7. Mercato e capacità-potere di autodeterminazione.

Mercato e concorrenza, intesi come categorie giuridiche e non come categorie economico-aziendali, accolgono ed organizzano, in complessi modelli di disciplina della creazione e della distribuzione del valore economico, contenuti tecnici più estesi di quelli riconducibili alle nozioni generali di proprietà, contratto e impresa (senza aggettivi) *ex art. 2082 c.c.*; forme giuridiche che rivelano l'antecedenza logica e teorico-generale della persona, della capacità e della libertà di iniziativa economica.

Il mercato, una volta superata l'ingenua o maliziosa suggestione oggettivistica di ispirazione merceologica che tende a caratterizzare le prevalenti concezioni economico-aziendali e riesce persino ad assecondare l'immagine del 'luogo', rivela un contenuto tecnico riconducibile alla capacità giuridica e di agire del soggetto²⁷.

Tuttavia, tale contenuto non si accontenta della abituale concezione che riduce la capacità all'*attitudine* ed utilizza, invece, la categoria del potere giuridico come essenza della libertà di iniziativa economica. Vuol dirsi che il mercato, come concetto giuridico, de-

²⁷ Si v. però la diversa impostazione di LIPARI, *Persona e mercato*, in *20 anni di Antitrust*, cit. p. 43 ss., da confrontare, inoltre, con il saggio di IRTI, *Persona e mercato*, in *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 65 ss. Occorre sottolineare che il termine persona, nell'analisi giuridica del mercato, dimostra una estensione semantica inclusiva del soggetto di diritto accanto alla persona fisica che consuma.

scrive la capacità-potere di autodeterminazione economica della persona (in senso giuridico) come ‘condizione’ statica organizzata nel segno dell’eguaglianza formale.

La concorrenza, come esito giuridico, è generata dall’esercizio del potere privato che costituisce oggetto della libertà di iniziativa economica riconosciuta ai soggetti di diritto mediante la capacità-potere. Il significato giuridico del termine, quindi, è racchiuso nel rapporto tra capacità e libertà e descrive una ‘situazione’ dinamica dell’eguaglianza formale e sostanziale dei poteri.

In tal modo, la regolazione della concorrenza e della concorrenza sleale assicurano le condizioni di efficienza normativa del mercato; mentre l’efficienza economica, che sia allocativa, produttiva o dinamica, non rileva come criterio di valutazione e qualificazione giuridiche di un fatto.

La disciplina della concorrenza all’interno del mercato tutela e garantisce il diritto di iniziativa economica rimuovendo gli ostacoli che anche solo di fatto impediscono, restringono o falsano l’esistenza ed il funzionamento della capacità-potere di autodeterminazione.

La disciplina delle pratiche commerciali sleali regola, invece, il concreto funzionamento della capacità-potere di autodeterminazione economica della persona. Tutela e garantisce la *capability* esistente, ossia la capacitazione in concreto della persona ad assumere una consapevole decisione di natura commerciale, sia dal lato dell’offerta (impresa) che dal lato della domanda (consumo)²⁸.

Disciplina della capacità-potere e disciplina del suo funzionamento costituiscono un *sistema* di regolazione dell’azione economica della persona (in senso comprensivo anche del soggetto meta-individuale). Sistema che, nella concreta esperienza giuridica, ge-

²⁸ Cfr., con riguardo all’approccio delle capacità, SEN, *L’idea di giustizia*, Milano, 2009, p. 240 ss. e p. 278 ss.; v. inoltre, per alcuni spunti di riflessione, SUNSTEIN, *Sulla libertà*, Torino, 2020, p. 30 ss.; NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, Bologna, 2012, *passim*.

nera implicazioni ermeneutiche e dogmatiche tra discipline regolatorie rilevanti per la qualificazione del medesimo fatto. Un sistema di norme destinate alla qualificazione del fatto per la giuridica efficienza dell'*organizzazione* del processo economico, non per l'*imputazione* di effetti giuridici secondo il paradigma dogmatico riconducibile alla proprietà, al contratto ed alla responsabilità²⁹.

Sullo sfondo della complessa vicenda giuridica e culturale che adesso è stata solo evocata, sembra di poter rintracciare la difficoltà dell'interprete, più che del legislatore nazionale ed europeo, a riconoscere e rispettare l'affermazione della democrazia pluralista come modello istituzionale consolidato – ancorché, a volte, insidiato – nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati dell'Unione europea.

Come se la vicenda culturale legata al diritto della concorrenza, *da un lato*, non fosse riuscita ad acquisire il superamento del modello liberale, quello caratterizzato da conflitti solo individuali, nel segno del pluralismo economico, che è caratterizzato invece dal conflitto tra interessi privati anche *non* organizzati *sempre* in forme collettive di imputazione. E, *dall'altro*, non fosse riuscita a realizzare con riguardo alla regolazione della concorrenza un'operazione culturale ragguagliabile, nella struttura e nell'impostazione, non certo nei contenuti tecnici, a quella che nel diritto del lavoro ha collegato il pluralismo economico e sociale alla pluralità degli ordinamenti giuridici³⁰.

L'interesse pubblico alla disciplina della concorrenza, è questo in senso del discorso, non impone la dissoluzione della tutela degli interessi privati nella regolazione amministrativa del mercato.

Anzi, proprio la forma giuridica della sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, comma 4, Cost. dimostra che il diritto privato può organizzare e gestire l'interesse generale *accanto* al diritto pubblico. Infatti, il "principio di sussidiarietà" regola la coesistenza della regolazione

²⁹ Traggio uno spunto ricostruttivo dalla straordinaria e complessa analisi di FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, *passim*, ma p. 128 ss.

³⁰ Il riferimento è a GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960, *passim*; ma cfr. altresì MAZZAMUTO, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 111 ss.

pubblica e della regolazione privata dell'attività di interesse generale e, quindi, presuppone la legalità costituzionale del diritto privato come tecnica per la realizzazione dell'interesse generale³¹.

L'esclusivo primato della regolazione amministrativa del mercato dipende solo da una scelta ideologica dell'interprete che ancora avverte la responsabilità culturale di proteggere l'ermeneutica e la sistematica del diritto della 'concorrenza' dall'insidia politica di una vicenda giuridica tutta legata ad una esperienza esegetica della disciplina codicistica della concorrenza sleale. Un'esperienza significativa e ricca di irresistibili suggestioni culturali, cui tuttavia l'osservatore deve riconoscere il limite storico che la rende inadeguata alla legalità costituzionale estesa alle norme interposte.

8. *La regolazione conflittuale del mercato: impresa e consumo.*

La progressiva delegittimazione del diritto privato, assecondata dalla disponibilità culturale offerta dalla distinzione costituzionale tra interessi legittimi e diritti soggettivi ad offrire all'interprete argomenti e categorie costruttive, dissimula una comprensibile e giustificata strategia di superamento della concezione autoreferenziale, o corporativa, della concorrenza costruita attraverso il conflitto tra imprenditori mediante l'applicazione degli usi commerciali onesti, ossia di regole create dagli stessi imprenditori.

È questa, sembra, la ragione storica del disagio culturale suscitato dalla 'slealtà' della concorrenza e l'origine politica e culturale dell'intera vicenda. Si avverte ancora, attraverso quel termine, l'insidia di un progetto economico di ispirazione corporativa che asseconda la progressiva inclusione della concorrenza nel concetto di impresa e che, mediante l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda, tende a proteggere ed a consolidare la realtà economica esistente³².

³¹ Ai fini che interessano, è bene sottolinearlo ancora, il riferimento all'art. 118, comma 4 Cost., serve solo alla individuazione di un modello per la gestione privatistica dell'interesse generale. Dunque, come riferimento per la costruzione teorico-generale del principio euristico che viene utilizzato nell'analisi.

³² Circa l'approccio "conservatore" di T. Ascarelli alla concorrenza sleale v. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Dir-comm. It., Il diritto commerciale oggi*, marzo 2005, § 11.; ma si v. altresì l'utile rassegna di GHIDINI, *La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli*

Vuol dirsi di un modello che pure aveva acquisito ed elaborato il superamento del profitto come oggetto di protezione giuridica nel segno della dinamica economica generata dalle imprese concorrenti, ma che continuava ad utilizzare come parametro di valutazione della slealtà-liceità del conflitto tra imprenditori gli “usi onesti del commercio”. Il “costume” degli imprenditori assume “valore normativo” non in generale, “ma solo nell’ambito della liceità (slealtà) degli atti di concorrenza e cioè con riferimento ai mezzi usati negli atti di concorrenza”³³.

Questa ragione storico-culturale sollecita la progressiva erosione della concorrenza sleale funzionale alla costruzione, *in via ermeneutica*, di una (oggettiva) regolazione amministrativa dei mercati elaborata ed organizzata nel segno dell’unità inclusiva della disciplina antitrust e della tutela del consumatore: la regolazione amministrativa include non solo l’assetto del mercato ma anche la modalità del funzionamento dal lato dell’offerta (impresa) e della domanda (consumo). Unità resa possibile, in punto di analisi dogmatica, dalla considerazione che i contenuti ‘tipologici’ che caratterizzano la definizione normativa della concorrenza, ossia innovazione dell’offerta e libertà di scelta dei consumatori, sono funzionali alla massimizzazione del benessere dei consumatori.

Tuttavia, l’esigenza culturale che sollecita il concetto normativo come tecnica epistemologica che istituzionalizza la concorrenza come bene giuridico strumentale, si giustifica solo attraverso una impostazione dogmatica che regola l’ermeneutica e la costruzione del sistema movendo dalla identificazione tra interesse generale ed interesse dello Stato.

artt. 2598 ss. cod. civ., in *RDC*, 1967, II, p. 346 ss. Il tramonto della concezione corporativa della disciplina concorrenziale veniva ricostruito da SANTAGATA, nel saggio *Le nuove prospettive della disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 141 ss. nel segno della progressiva affermazione del “carattere oggettivo” della disciplina. Tale carattere oggettivo includeva nella tutela interessi diversi da quelli dell’imprenditore concorrente e, quindi, determinava un sistema soggettivo delle tutele “deducibile dalle caratteristiche effettuali dell’atto preso in considerazione” (p. 163, ma v. anche p. 203 ss.). Si v. altresì MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, cit., p. 215 ss. e p. 247 ss.

³³ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit. p. 211.

Oggettivando la funzione di utilità sociale della concorrenza attraverso la tecnica del bene giuridico sottratto alla disponibilità dell'impresa, quindi del bene pubblico³⁴, si conferma l'idea che l'interesse generale deve assumere la forma dell'interesse pubblico-statale per evitare che un potere privato particolare ne disponga.

Emerge, in tal modo, una impostazione argomentativa che sceglie di percepire l'urgenza e la necessità di allontanarsi dal 'modello' accolto nell'art. 118 Cost. – modello che riconosce *l'interesse generale* non statale – per evitare un'asimmetria dispositiva: quella tra interesse generale alla concorrenza e interesse particolare dell'impresa a regolare la concorrenza e, quindi a disporne.

Oggettivato nell'interesse pubblico statale, l'interesse generale riesce a contrapporsi ed a limitare il potere privato dell'impresa di disporre della dinamica concorrenziale. Lo Stato, detto in altri termini, diventa l'unico soggetto (pubblico) dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato concorrenziale.

Tale asimmetria sollecita e descrive una concezione istituzionale *necessaria*, ma del tutto *insufficiente* a comprendere il sistema positivo *vigente* e, in particolare, la connotazione pluralistica della democrazia economica. Una concezione che può continuare a regolare il processo epistemologico funzionale alla costruzione del sistema del diritto *vivente* solo se l'interprete assecondi esiti ermeneutici e sistematici sottratti al controllo di legittimazione culturale – legalità epistemologica – esercitato dalla dogmatica.

L'asimmetria temuta dall'interprete è superata dall'emersione e dall'affermazione di una funzione regolativa del mercato realizzata attraverso il riconoscimento ai consumatori ed agli utenti di diritti "come fondamentali", ossia fondativi, costitutivi, del mercato concorrenziale (arg. *ex art. 2 cod. cons.*)³⁵.

La strategia argomentativa che conduce alla sovrapposizione tra concorrenza e concorrenza sleale e, quindi, alla delegittimazione del diritto privato per la *regolazione* del mercato, si giustifica come stra-

³⁴ Cfr. POLICE, *Tutela della concorrenza e poteri pubblici. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, *passim*, ma p. 240 ss.

³⁵ Cfr. a riguardo, BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., *passim*, ma cap. I.

tegia culturale che ancora avverte la necessità di opporsi alla ricostruzione della concorrenza come relazione conflittuale tra imprenditori ed alla slealtà come qualificazione giuridica che utilizza un criterio normativo privo di legittimazione democratica.

Vuol dirsi di un orientamento sistematico che decide di ignorare la *rilevanza normativa* (regolatoria) del consumatore come soggetto titolare di un diritto di libertà di scelta tra offerte concorrenti; orientamento che 'deve' sovrapporre la disciplina della 'concorrenza' e la disciplina della 'concorrenza sleale' perché non accede ad un concetto dogmatico di concorrenza disponibile ad includere, secondo specifiche modalità argomentative, il conflitto tra imprese concorrenti (rapporti orizzontali) e il conflitto tra imprese (*anche* non concorrenti) e consumatori (rapporti verticali).

Emancipato dal riduzionismo ermeneutico e sistematico che lo imprigiona nelle categorie del contratto e della responsabilità civile, il diritto dei consumatori riconosce forma giuridica all'interesse antagonista che conduce alla regolazione conflittuale del mercato. Ossia una modalità conformativa della dinamica economica autonoma rispetto a quella realizzata mediante la regolazione amministrativa e, in punto di analisi strutturale, assai diversa da quella ottenuta mediante l'accordo. Anzi, proprio quest'ultima considerazione sembra rivelare una delle possibili origini culturali delle difficoltà avvertite dall'interprete nel riconoscere al diritto dei consumatori la funzione di regolazione del mercato.

Il riferimento è all'abitudine a considerare solo l'accordo, l'intesa, come struttura della regolazione privata del mercato e, quindi, ad escludere la funzione regolativa del conflitto.

9. *Consumatore 'astratto', consumatore 'collettivo', consumatore 'medio'.*

Il riconoscimento di un diritto soggettivo dell'imprenditore alla lealtà della concorrenza aveva rappresentato una significativa acquisizione nel segno della dinamica concorrenziale. Significava, infatti,

escludere l'esistenza di un diritto assoluto sulla clientela come tecnica di stabilizzazione del profitto nel segno del riconoscimento della protezione solo della "probabilità di guadagno"³⁶.

Il limite di tale ricostruzione, quello che è stato già descritto in termini di autoreferenziale costruzione della regola di valutazione da applicare per la qualificazione dell'atto di concorrenza come sleale, è da individuare nel riconoscimento del consumatore solo come concetto economico che designa la funzione della preferenza nel corretto funzionamento del mercato. In tale direzione di analisi, l'*astratto consumatore* è solo il criterio di giustificazione politica, di legittimazione democratica, del profitto; non un criterio di legalità del funzionamento del mercato concorrenziale³⁷.

Sullo sfondo vi è la convinzione che la struttura di una regola giuridica non incide sulla sua funzione, ossia che la medesima struttura normativa possa realizzare funzioni diverse. In particolare, come la disciplina delle condizioni generali di contratto *ex art. 1341 c.c.* può essere funzionale alla protezione del consumatore o dell'imprenditore, così la disciplina della concorrenza tutela, *in via diretta*, il diritto soggettivo dell'imprenditore e, *in via indiretta*, protegge la libertà di scelta del consumatore³⁸.

Le ragioni che giustificano oggi la diffidenza verso il diritto privato per la regolazione conflittuale della concorrenza e verso la tutela della concorrenza sleale attraverso la tecnica del diritto soggettivo derivano dalla scelta dell'interprete di trascurare o di non accettare l'evoluzione teorico-generale, normativa e sistematica scandita, nel divenire che caratterizza la storia delle idee, dalla trasformazione del consumatore astratto in consumatore collettivo³⁹, prima; ed in consumatore medio e consumatore vulnerabile, poi.⁴⁰

³⁶ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 191.

³⁷ Cfr. già ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., p. 11 e ss.

³⁸ Si veda ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 936; ma cfr. altresì BARCELLONA, *Obbligo di contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore acquirente*, in *Scritti in onore di G. Scaduto*, I, Padova (Cedam) 1970, p. 31 ss.

³⁹ Si v. GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *RTDPC*, 1981, p. 38 ss.

⁴⁰ Sul consumatore medio v. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009,

Vuol dirsi che il concetto normativo di consumatore ed i concetti dogmatici, ma sempre di origine legale, di consumatore medio e di consumatore vulnerabile incidono, tra l'altro, sul concetto dogmatico di concorrenza ponendo le condizioni tecniche e culturali del definitivo superamento della riduttiva ed insidiosa semplificazione della concorrenza come rapporto tra imprese.

Nel segno del pluralismo economico, l'interesse pubblico alla regolazione del mercato concorrenziale non esaurisce la complessità teleologica delle discipline della concorrenza, che, invece, coinvolge anche interessi privati riconosciuti come meritevoli di protezione.

Il problema, se mai, è di resistere alle suggestioni esercitate dalla relazione complementare tra *private enforcement* e repressione pubblicistica, immaginando che la tutela privatistica generi *sempre e solo* una vicenda di qualificazione del fatto e di imputazione di effetti. Ossia che la tutela privatistica si esaurisca nelle regole di validità dell'atto che conducono ai rimedi restitutori o nelle regole di responsabilità e risarcimento del danno ingiusto⁴¹.

Vuol dirsi che *sia* la disciplina antitrust, funzionale a garantire le condizioni normative di effettiva *esistenza del potere* che costituisce oggetto della libertà di iniziativa economica; *sia* la disciplina della concorrenza sleale, che presidia, invece, le condizioni di effettiva libertà nell'*esercizio del potere* esistente, ricevono dal divieto giurisdizionale o amministrativo occasione di *tutela regolatoria situazionale*. Ossia riferita ad una specifica situazione di conflitto tra interessi privati protetti.

L'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato giustifica, accanto a tecniche di *public e private enforcement*, una disci-

I, p. 1057 ss.; BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016, passim, ma p. 79 ss.; LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., p. 51 ss. e p. 55 ss.

⁴¹ Cfr. IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 710 ss.; DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 803 ss.

plina di protezione dell'autodeterminazione economica e delle condizioni del suo esercizio che utilizza il divieto come tecnica di regolazione della specifica situazione di conflitto tra libertà economiche.

Il conflitto tra imprese concorrenti e quello tra imprese, concorrenti e non concorrenti, e consumatori aggregano ed organizzano una complessa disciplina integrata del mercato che tutela, utilizzando la tecnica regolatoria del divieto, l'esistenza e l'esercizio della libertà di iniziativa economica per garantire la libera concorrenza.

Emancipata da una vicenda di qualificazione del fatto e di imputazione di effetti, la tutela dell'interesse privato può realizzarsi mediante la tecnica del diritto soggettivo alla rimozione dell'ostacolo che impedisce l'esistenza o l'esercizio del potere. Vuol dirsi della pretesa giuridica del privato al *divieto* giurisdizionale o amministrativo del fatto sleale, come *occasione* di regolazione generale ma *concreta*, non astratta, del mercato.

10. *Concorrenza e tecnica del diritto soggettivo.*

La delegittimazione del diritto privato come tecnica di tutela del corretto funzionamento del mercato si manifesta, in origine, come oggettivazione della disciplina della concorrenza sleale; assume, in seguito, una più incisiva e radicale estensione come regolazione amministrativa del mercato. Vuol dirsi di una progressiva erosione della concorrenza sleale come disciplina dell'impresa senza aggettivi, ossia come disciplina dell'attività che attribuisce effettiva "rilevanza" giuridica alla "nozione generale di imprenditore"⁴².

Erosione che conduce alla definitiva negazione dell'autonomia strutturale e funzionale della disciplina della concorrenza sleale nel segno di un'unità sistematica ricostruita attraverso il primato inclusivo del diritto amministrativo *antitrust*, da un lato, e nella complementare tutela invalidativa e risarcitoria riconosciuta al soggetto imprenditore o consumatore, dall'altro (*private enforcement*)⁴³.

⁴² Si v. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., p. 934 s.; cfr. la ricostruzione di SANTAGATA, *op cit.*, p. 146 ss., p. 209 s.; JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., p.101 ss.

⁴³ Occorre sottolineare che l'art. 3 della Direttiva 2019/2161/UE ha, tra l'altro, inserito nella Direttiva 2005/29/CEE l'art. 11bis. Tale disposizione prevede che i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi

Esito, questo appena evocato, che corrisponde ad una esigenza ideologica dell'interprete che prevale sul dato positivo. Una fenomenologia giuridica e culturale riconducibile, in punto di analisi metodologica, alla *Begriffsjurisprudenz* che antepone i concetti teorici alle norme.

Al contrario, con la Direttiva 2005/29/CEE il legislatore europeo ed il legislatore nazionale in sede di attuazione, affidano all'interprete un articolato sistema di disciplina armonizzata, in massima misura, proprio della concorrenza sleale.

Si distingue la disciplina di tutela *diretta* delle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori, che in via solo *indiretta* tutela altresì l'impresa concorrente, dalle discipline nazionali delle "pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti" (considerando n. 6 e n. 8).

In sede di attuazione, inoltre, il legislatore nazionale ha riconosciuto come fondamentale ai consumatori il diritto "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" (art. 2, lett. *c-bis*, cod. cons.).

Dunque, si conferma l'autonomia strutturale della disciplina della concorrenza sleale rispetto alla disciplina Antitrust e, d'altro canto, si attua la massima armonizzazione utilizzando – da parte del legislatore nazionale – la tecnica del diritto soggettivo.

Un esito che asseconda e, per certi aspetti, conclude la risalente e nota vicenda giuridica e culturale che ha coinvolto l'art. 2601 c.c. sino ad un giudizio di costituzionalità e che ha rappresentato la più evidente fenomenologia della progressiva affermazione della rilevanza giuridica regolatoria, non solo economica e descrittiva, dell'interesse del consumatore alla concorrenza leale⁴⁴.

In quella vicenda la connotazione oggettiva della disciplina della concorrenza sleale veniva utilizzata per riconoscere il legittimo interesse del consumatore ad agire *ex art. 2599 c.c.* per rimuovere gli

proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

⁴⁴ Vicenda che, per certi aspetti, sembra riproporsi con riguardo alla nullità delle intese *ex art. 2* leggi antitrust, in relazione all'art. 1421 c.c., si v. a riguardo GUIZZI, *Contratto e intesa*, cit., p. 93 ss.

effetti dell'atto di concorrenza idoneo *non solo* a danneggiare l'altra azienda, *ma anche* ad indurre in errore il consumatore.

Un dibattito assai significativo che cercava di includere il consumatore nella regolazione conflittuale del funzionamento del mercato riconoscendo un interesse meritevole di protezione ed una legittimazione attiva in forma diffusa o attribuita solo al *consumatore collettivo*⁴⁵.

In realtà, la tecnica del diritto soggettivo del consumatore non è estranea neppure alla disciplina *Antitrust*. In tal senso potrebbe essere utile riprendere un'interessante riflessione sul diritto riconosciuto come fondamentale ai consumatori dall'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. e svilupparla in punto di tutela regolatoria situazionale, non certo di tutela invalidativa/restitutoria o risarcitoria – il tradizionale *private enforcement* –, alla stregua della disciplina dell'inibitoria collettiva *ex art. 840-sexiesdecies*, c.p.c.⁴⁶.

Una riflessione, questa appena evocata, che deve rimanere estranea al discorso da svolgere adesso e che, tuttavia, dovrebbe rispettare almeno due condizioni ermeneutiche e culturali che, di solito, vengono trascurate dall'interprete. Vuol dirsi, da un lato, che i diritti irrinunciabili riconosciuti come fondamentali ai consumatori (artt. 2 e 143 cod. cons.) non descrivono il contenuto di uno *status*, ma fissano dei principi regolativi del mercato⁴⁷. Dall'altro che la disciplina *Antitrust*, in base all'art. 1, comma 4, l. 287/1990, deve essere interpretato in base ai principi del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, e dunque anche tenendo conto dell'art. 114, paragrafi 1 e 3 TFUE.

11. (segue) *Pretesa, divieto ed onere conformativo.*

⁴⁵ Si v. l'accurata ricostruzione di questa vicenda nel saggio di CACCIATORE, *Concorrenza sleale e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, p. 283 ss.

⁴⁶ Cfr. GUIZZI, *Interessi individuali e interessi collettivi nella disciplina della concorrenza*, ora in *Il mercato concorrenziale*, cit., p. 316 ss. (322 ss.).

⁴⁷ Non si tratta di diritti fondamentali, ossia fondativi, dello *status* di consumatore, bensì di diritti riconosciuti ai consumatori come fondamentali, ossia fondativi, del mercato. A riguardo, sia consentito rinviare a *Consumo e sviluppo della persona*, cit., p. 57 ss.

Tuttavia, il discorso deve insistere sull'autonomia strutturale della disciplina della concorrenza sleale come sistema complesso di regolazione delle pratiche commerciali che ledono in via diretta gli interessi economici dei consumatori, da un lato; e delle pratiche commerciali idonee a danneggiare in via diretta le imprese concorrenti o le imprese clienti (o fornitrici), dall'altro. Insistenza necessaria per chiarire come il corretto funzionamento del mercato interno circoscrive *solo* il contenuto funzionale *comune* della disciplina antitrust e della disciplina della concorrenza sleale, non il loro più esteso progetto teleologico⁴⁸.

In particolare, la direzione di analisi che insiste sulla regolazione amministrativa del mercato tende a trascurare che la diversità di *oggetto* della disciplina che caratterizza, ad esempio, l'art. 1 legge 287 del 1990, l'art. 1 Direttiva 2005/29/CEE e gli artt. 2598 ss. c.c., riflette un ulteriore e più specifico contenuto teleologico.

La regolazione funzionale al corretto funzionamento del mercato produce competitività e concorrenza tutelando e garantendo le condizioni normative del potere privato e quelle del suo esercizio. Ossia le condizioni abilitanti alla effettiva libertà di iniziativa economica della persona (in senso giuridico).

In questa direzione di analisi, i contenuti della disciplina del mercato non sono caratterizzati da una differenza tra concorrenza e concorrenti, bensì da una diversa percezione normativa del diritto soggettivo di iniziativa economica: come capacità-potere (fatto sincronico) e come effettivo funzionamento della capacità potere (fatto diacronico).

La disciplina della concorrenza sleale regola il funzionamento del mercato con riguardo all'esercizio, non all'esistenza, del potere che costituisce il contenuto della libertà di iniziativa economica dell'impresa e della persona che consuma. È, in altri termini, una disciplina

⁴⁸ Cfr. BEATER, *Allgemeinheitsinteressen und UWG*, in *WRP*, 2012, p. 6 ss.; PICHLER, *Das Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht*, Baden-Baden, 2009, p. 27 ss., p. 55 ss., p. 164 ss.

relazionale che non ha ad oggetto rapporti giuridici tra soggetti sempre determinati o determinabili.

La relazionalità, come connotazione dinamica del funzionamento del mercato, assume forma giuridica attraverso il conflitto tra poteri privati organizzati in forma di diritto soggettivo alle pratiche commerciali leali *ex art. 2598 e ss., c.c.*, da un lato, ed *ex art. 2, comma 2, lett. c-bis)* ed *ex artt. 20 e ss. cod. cons.*, dall'altro.

Il conflitto può essere gestito e risolto con una tutela regolatoria situazionale, ossia riferita ad una specifica situazione di mercato generata dall'esercizio del potere privato.

Tale tutela si realizza attraverso un diritto soggettivo che presidia l'interesse ad attivare un divieto. In particolare, mentre l'impresa concorrente può chiedere l'inibitoria *ex art. 2599 c.c.* per vietare la continuazione della concorrenza sleale e per eliminarne gli effetti, il diritto del consumatore alle pratiche commerciali leali si risolve nella pretesa, *anche ex art. 840-sexiesdecies, non solo ex art. 20 cod. cons.*, di un divieto – non certo di un adempimento. Pretesa che l'impresa può neutralizzare dimostrando l'adempimento del dovere di diligenza professionale generato dalla correttezza professionale in forma di *onere* conformativo dell'attività economica.

La forma regolatoria e non rimediale della tutela si caratterizza in ragione dell'indifferenza ad una vicenda di qualificazione del fatto per l'imputazione di effetti restitutori o risarcitori. Il divieto presuppone un atto antigiuridico proveniente da un'impresa e la sua *idoneità* a danneggiare l'altrui azienda ovvero la sua *idoneità* ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Di tale atto o azione promozionale interessa solo la provenienza e la destinazione, ossia la direzione economico-aziendale, non la soggettiva motivazione.

L'analisi sistematica delle discipline delle pratiche commerciali sleali, quelle lesive degli interessi delle imprese concorrenti e quelle lesive degli interessi economici dei consumatori, rivela una complessità teleologica destinata, nella dinamica del mercato concorrenziale, alla reciproca integrazione e limitazione.

Vuol dirsi, in particolare, che gli interessi coinvolti nella singola situazione di mercato possono generare più complesse esigenze di

tutela regolatoria. In tali situazioni, le ragioni dell'impresa e quelle del consumo si integrano in modelli conflittuali tra autonomi interessi equivalenti che possono essere gestiti solo mediante la tecnica del bilanciamento.

Il bilanciamento tra autonomi ed equivalenti interessi contrapposti seleziona punti di equilibrio dinamico mediante la reciproca *limitazione* delle ragioni di contrasto. A voler esemplificare, l'imitazione servile non confusoria del prodotto di un concorrente solleva un conflitto tra imprese che può coinvolgere un interesse del consumatore avverso, invece, alle ragioni dell'impresa che subisce la pratica commerciale sleale⁴⁹.

Esiste un ulteriore profilo di complessità teleologica che caratterizza il 'sistema' delle discipline delle pratiche commerciali sleali. Il riferimento è all'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato inteso come 'interesse generale' organizzato e gestito (anche) dallo Stato-Amministrazione, a vietare la pratica commerciale antigiuridica che sia *idonea* a danneggiare l'altrui azienda o a limitare o influenzare la libertà di scelta del consumatore.

Tale attitudine del fatto, non solo la sua antigiuridicità, giustifica l'autonoma rilevanza dell'interesse generale alla libera concorrenza che si manifesta mediante i poteri officiosi riconosciuti all'Autorità garante – ad esempio *ex art. 8, comma 2, Dlgs. 2 agosto 2007, n. 145* ed *ex art. 27, comma 2 cod. cons.* – oltre l'ambito di intervento definito dalla disciplina Antitrust. Interesse generale al funzionamento della dinamica concorrenziale che può incidere sia sulla selezione dei fatti o delle situazioni rilevanti ai fini della valutazione (ad esempio la situazione di potere di mercato dell'impresa che attua la pratica commerciale sleale) sia sulla conformazione o sull'estensione del divieto e delle sanzioni amministrative pecuniarie.

12. *Onere ed autoresponsabilità del consumatore medio.*

⁴⁹ Ma cfr. ARCIDIACONO, *Parassitismo ed imitazione servile non confusoria*, Torino, 2017, p. 53 ss.; si v., per alcuni spunti, Trib. UE, sez. I, 19 settembre 2019, T-359/18, punti da n. 75 a 78 e da n. 81 a n. 83.

La protezione della ‘libera concorrenza’ come istituzione economica della democrazia pluralista, ossia come necessaria forma giuridica del mercato funzionale allo sviluppo della persona anche mediante l’esercizio della libertà di iniziativa economica, ha una significativa rilevanza ermeneutica e dogmatica per la costruzione di un sistema di tutela regolatoria della concorrenza che include, accanto all’esistenza del potere, anche la conformazione del suo esercizio.

In particolare, la disciplina della concorrenza sleale, attraverso la tutela regolatoria degli interessi dell’impresa e degli interessi economici dei consumatori, assicura le condizioni giuridiche necessarie per realizzare il risultato politico-economico del corretto funzionamento del mercato. Ossia le condizioni normative della effettiva dinamica concorrenziale non solo dell’offerta, ma anche della domanda. Quest’ultima con riguardo ai rapporti tra imprese e consumatori, ai rapporti tra imprese concorrenti e, infine, ai rapporti tra imprese e imprese clienti o fornitrici.

Il corretto funzionamento del mercato, un concetto dogmatico che trae origine dal diritto primario e secondario dell’Unione europea, rivela della concorrenza un contenuto più esteso di quello descritto con la formula *Leistungswettbewerb*. Descrive un’estensione della libertà economica emancipata dal primato dei beni, dei servizi e del loro prezzo e qualità e che include anche le condizioni che rendono effettivo il suo concreto esercizio.

Tuttavia, nella disciplina della concorrenza sleale l’idoneità del fatto ad incidere sull’esercizio della libertà di iniziativa economica fissa solo la condizione di rilevanza concorrenziale dell’antigiuridicità, non individua un criterio di valutazione ai fini dell’accertamento dell’antigiuridicità del fatto. Un espediente formale utilizzato dal legislatore per realizzare la funzione regolatoria – non rimediabile – della tutela, ossia la conformazione del fatto al contenuto assiologico della scelta politico-economica mediante la tecnica giuridica del divieto⁵⁰.

⁵⁰ Solo in questo senso può condividersi l’idea che l’azione dell’Autorità garante diventa azione “politica di risultati”, elaborata da LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., p. 117.

Il discorso ha già accennato a questo aspetto ma con riguardo all'antigiuridicità ed in particolare alle perplessità ed alle diffidenze sollecitate dalla correttezza professionale.

Adesso è necessario limitarsi a sottolineare come la disciplina contenuta nell'art. 2598 c.c. riceva occasione di rinnovata e più adeguata esegesi se collocata nel contesto sistematico definito dall'art. 39 cod. cons. e dalla definizione di diligenza professionale contenuta nell'art. 18, lett. *h*), cod. cons.

Il parametro di valutazione del fatto include la ragionevole aspettativa del consumatore e, quindi, affida all'interprete un modello di valutazione che mobilita i principi di buona fede, correttezza e lealtà nel segno del conflitto tra poteri ed aspettative protette. Il "consumatore medio", da un lato, e la "diligenza professionale", dall'altro, fissano i criteri normativi della valutazione e qualificazione del fatto per la regolazione di diritto privato del mercato.

Impresa e consumo contribuiscono alla costruzione del criterio di valutazione, neutralizzando il rischio di degenerazioni corporative. La diligenza professionale individua la misura del dovere (onere) generato dai principi di buona fede, correttezza e lealtà attraverso la diligenza dovuta (onere) dal consumatore medio.

Nel trascorrere dal consumatore astratto al consumatore collettivo e da questo, infine, al consumatore medio è dato riscoprire una complessa vicenda giuridica e culturale intestata al progressivo abbandono di una concezione unilaterale ed autoreferenziale della concorrenza sleale nel segno del riconoscimento di oneri conformativi del comportamento di impresa e di consumo e, quindi, di misure di autoreponsabilità. Il consumatore medio indica la misura di autoreponsabilità che esclude la rilevanza del fatto antigiuridico.

Si scorge, in particolare, il senso di un'evoluzione che conduce al riconoscimento del valore giuridico della libertà di scelta del consumatore come autonoma condizione normativa del buon funzionamento del mercato. La "capacità" del consumatore di prendere una decisione consapevole, ossia la effettiva capacità di esercitare la libertà esistente, assume diretta rilevanza per la regolazione del mercato concorrenziale. Vuol dirsi che a tal fine rileva il potere che costituisce il contenuto della libertà di autodeterminazione al consumo, non la volontà che orienta il singolo atto di esercizio di tale libertà.

Rilevanza che si manifesta nel conflitto con le ragioni regolatorie dell'offerta.

13. *Concorrenza e benessere del consumatore.*

Più in generale, e quindi con riguardo anche alla disciplina anti-trust oltre che alla disciplina delle pratiche commerciali sleali (concorrenza sleale), la capacità giuridica del consumatore, intesa come esistenza (contenuto statico della capacità) ed esercizio (contenuto dinamico della capacità) del potere di scegliere, individua e circo-scrive il contenuto tecnico-giuridico di una formula, benessere del consumatore, che in troppe occasioni viene utilizzata per accogliere contenuti solo economici e sociologici.

Il benessere del consumatore, in punto di analisi dogmatica, indica un'assiologia ordinante della regolazione del mercato: quella che è funzionale alla protezione delle condizioni giuridiche necessarie *alla massima abilitazione della capacità-potere esistente, al suo concreto funzionamento.*

Esito di massimizzazione che (anche) il diritto privato, nella dinamica del conflitto regolatorio tra poteri giuridici, realizza attraverso la pretesa al divieto nel segno dell'efficienza democratica del mercato⁵¹. In tal modo, infatti, le condizioni di efficienza normativa del mercato garantiscono la legittimazione democratica del processo economico.

La regolazione del mercato che si costruisce mediante il conflitto tra poteri privati, formalizza nel giuridico la contrapposizione tra impresa e consumo che già caratterizza l'esperienza economica ed aziendale.

Nell'esperienza giuridica, infatti, il consumo si contrappone all'impresa non appena viene riconosciuta la sua rilevanza non solo come *fine* cui tende la produzione e la distribuzione, ma anche come *mezzo* attraverso il quale la persona costruisce e realizza il proprio progetto biografico secondo il 'modello' descritto dall'art. 36 Cost. Ossia quando la tutela giuridica diretta non è limitata al consumo

⁵¹ Cfr., circa il rapporto tra efficienza democratica ed efficienza economica, AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 105 ss.

come esito finale cui tende l'attività di impresa alla stregua del modello normativo descritto dall'art. 2082 c.c., ma viene estesa al potere di autodeterminazione della persona fisica esercitato attraverso la scelta di consumo.

Una volta riconosciuto il consumo come medio esistenziale ineludibile per la costruzione dell'esistenza libera e dignitosa della persona fisica, si scorge il limite costituzionale e culturale di una concezione della concorrenza che ancora immagina il benessere del consumatore come una finalità della dinamica economica da *misurare* mediante il prezzo o da *descrivere* utilizzando le categorie economico-aziendali dell'innovazione e dello sviluppo dei prodotti o dei servizi. E non, invece, come capacità di percepire e di comprendere i costi ed i benefici della scelta di consumo per la costruzione e l'attuazione del progetto esistenziale.

Come se l'oggetto dello scambio destinato al consumo – prezzo, bene o servizio – riuscisse a circoscrivere e descrivere l'estensione assiologica che il legislatore ha accolto riconoscendo il consumatore come persona fisica che agisce.

Vuol dirsi che una dogmatica giuridica della concorrenza deve riconoscere il benessere del consumatore come *mezzo* di autodeterminazione economica, se vuole rispettare la connotazione pluralista della legalità costituzionale⁵². Deve, in altri termini, organizzare un'epistemologia orientata alla *costruzione* giuridica, non alla misurazione o alla descrizione, del benessere del consumatore come effettiva capacità di scelta funzionante.

Il prezzo, come la novità dell'offerta (innovazione e sviluppo dell'offerta), non misurano né descrivono il valore esistenziale *creato* della scelta di consumo, bensì solo il valore economico (di scambio e di uso) *estratto* dal prodotto. Il benessere del consumatore, in punto di analisi giuridica, si ottiene regolando il mercato in modo da garantire le condizioni normative necessarie per la *creazione del valore esistenziale della scelta di consumo*.

⁵² Il discorso trae spunto dalla distinzione tra creazione ed estrazione di valore elaborata da MAZZUCATO, *Il valore di tutto*, Bari- Roma, 2018, *passim*.

A tal fine, la giurisprudenza ed il legislatore europeo hanno elaborato e consolidato nel sistema positivo l'indice normativo del consumatore medio. Il "virtuale consumatore tipico" fissa il parametro normativo di valutazione del fatto economico necessario, ancorché non sufficiente, per la creazione del benessere del consumatore.

14. *Concorrenza di prestazione.*

La regolazione del mercato organizza i comportamenti economici dell'impresa concorrente, dell'impresa cliente o fornitrice e del consumatore, alla stregua di un tipo ideale di processo economico che non si accontenta della *novità dell'offerta*, ma che include, come elemento strutturale, la *consapevolezza della domanda*. Quest'ultima intesa come esistenza del potere di scelta ed effettiva libertà del suo esercizio.

La regolazione del mercato genera concorrenza di comportamenti economici liberi, ossia non ostacolati dall'esercizio del potere altrui. Sia dal lato dell'offerta sia dal lato della domanda di consumo.

La formula *Leistungswettbewerb*, quella che l'osservatore accoglie e utilizza nel senso di concorrenza di prestazione, descrive un contenuto assiologico da meditare in una direzione di analisi teorico-generale emancipata dalla suggestione esercitata dalla teoria generale dell'obbligazione. *Leistung*, prestazione, accanto al termine concorrenza, *Wettbewerb*, non si riferisce ad oggetti, bensì ai comportamenti dei soggetti delle libertà economiche. *Leistungswettbewerb* è concorrenza di comportamenti economici liberi e in conflitto tra loro⁵³.

⁵³ Il discorso utilizza solo alcuni spunti di riflessione tratti dalla monografia di THOMALE, *Leistung als Freiheit*, Tübingen, 2012, *passim*, e da quella di HOFFMANN, *Verbraucherrolle*, Tübingen, 2019, *passim*.

VINCENZO BARBA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Roma La Sapienza

DIVIETO DI PATTI SUCCESSORI E CONTRATTO *POST MORTEM*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sulla categoria degli atti a causa di morte. – 3. Il divieto di patto successorio nella dottrina e giurisprudenza italiana. – 3.1. Premessa. – 3.2. La prima fase. – 3.3. La seconda fase. 3.4. – Patti successori e divieto di disposizione della delazione. – 4. Il diritto delle successioni tra tutela di interessi patrimoniali e tutela di interessi personali. – 5. I negozi *post mortem*. – 5.1. Premessa. – 5.2. Il mandato *post mortem*. – 5.3. Contratti *post mortem* in alcune applicazioni della giurisprudenza italiana. – 5.4. Conclusione

1. Introduzione.

La figura del negozio *post mortem*, creata attraverso una sua giustapposizione alla categoria degli atti a causa di morte è sostanzialmente servita nella tradizione giuridica italiana per limitare l'ambito di efficacia del divieto dei patti successori. Si trattava, infatti, della unica possibilità di allentare le strette maglie della norma di cui all'art. 458 c.c., che statuisce un divieto assai rigido e stabilisce la nullità di tutti i patti successori. Sia i patti istitutivi, ossia quelli aventi ad oggetto la istituzione di erede o di legato, sia i patti dispositivi, ossia quelli con i quali un soggetto dispone di una eredità che non ha ancora ricevuto, sia i patti rinunziativi, ossia quelli con i quali un soggetto rinunzia a una eredità o ai diritti connessi a una eredità prima della che questa gli sia devoluta.

Non può essere un caso che gli ordinamenti giuridici che non conoscono il divieto dei patti successori o nei quali il divieto non è tanto rigido come accade in Italia, dove è vietato, perfino, il

testamento reciproco e qualunque atto con il quale un soggetto rinunci alla facoltà di revocare il proprio testamento, il tema dei negozi *post mortem* ha avuto un rilievo e una importanza decisamente minore, finendo sostanzialmente per tradursi in una indagine di carattere piú dogmatico-speculativo che non sostanziale e con ricadute applicative.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la figura del negozio *post mortem* ha sostanzialmente costituito l'occasione per consentire, seppure entro determinati limiti, la regolamentazione di rapporti giuridici per il tempo successivo alla morte attraverso lo strumento del contratto. Movendo, infatti, dalla antica figura del mandato *post mortem*, la categoria è andata estendendosi anche ad altri tipi contrattuali, spingendosi anche a occupare anche il territorio dei negozi unilaterali.

Il costo di questa operazione concettuale non è di poco conto e, nonostante la espressione "*negozio post mortem*" si debba considerare largamente acquisita nella tradizione giuridica italiana, non sempre risultano delineati con precisione i contorni della figura, l'ambito applicativo e gli interessi concretamente suscettibili di una regolamentazione.

Le ragioni sono differenti per ciascuno dei profili indicati e, complessivamente, influenzate dalla evoluzione storica della figura nella nostra esperienza giuridica.

La delimitazione dei contorni della figura sconta, infatti, l'idea che la categoria degli atti a causa di morte si possa e debba contrapporre alla categoria degli atti tra vivi. Il risultato, come è ovvio non è sempre chiaro, dacché oltre a casi nei quali è abbastanza semplice stabilire se un atto appartenga alla categoria degli atti tra vivi (es. contratto di compravendita) o alla categoria degli atti a causa di morte (es. testamento), esistono figure di confine nelle quali la distinzione diventa molto complicata. Si pensi non solo alla c.d. donazione a causa di morte o al patto successorio, ma anche al contratto *post mortem*.

Le incertezze sull'ambito applicativo della figura dipendono, invece, dalla interpretazione della norma sul divieto dei patti successorii e, ancor di piú, dal significato, a livello di principi che si ricava da questa norma, calata nel complesso del sistema del diritto

ereditario. Gli interpreti, per lungo tempo, hanno spiegato la norma e il senso del divieto da essa posto, facendo riferimento alla sua *ratio* o, piú precisamente, alle ragioni che possono giustificare la proibizione. Con il risultato di diversificare il fondamento del divieto dei patti successori a seconda che si abbia riguardo ai patti istitutivi, a quelli dispositivi o a quelli rinunziativi, e perdere, sostanzialmente, di vista, il principio alla base del divieto.

Infine, quali interessi e rapporti giuridici potessero affidarsi al negozio *post mortem*, è questione notevolmente influenzata dalla concezione schiettamente patrimoniale del diritto delle successioni. Lo spazio che la dottrina italiana ha storicamente riconosciuto agli interessi non patrimoniali è stato ridotto, in guisa da considerare rilevante, in termini di atto giuridico, solo quello a contenuto patrimoniale.

Il complesso di queste tre circostanze ha fortemente influito sullo sviluppo del contratto *post mortem*, sicché un suo ripensamento, anche allo scopo di volerne delineare i contorni, l'ambito applicativo e gli interessi, richiede una valutazione attenta su ciascuno di questi tre profili, nella piena consapevolezza che è importante considerare anche le prime applicazioni che della figura sono state ipotizzate.

Nel tentativo di offrire delle risposte e proporre qualche suggerimento ispirato a chiarezza e semplificazione del tema analizzerò, pur se in modo succinto, dapprima il rapporto tra atto tra vivi e atto di ultima volontà; poi la natura del divieto dei patti successori e, infine, la contrapposizione tra interessi patrimoniali e non patrimoniali, per formulare alla fine alcune considerazioni sulla categoria del negozio *post mortem*.

2. Sulla categoria degli atti a causa di morte.

L'idea che la categoria degli atti a causa di morte si possa o debba contrapporre a quella di atti *inter vivos*, è foriera di un equivoco e merita di essere ripensata.

Facendo tesoro dell'insegnamento di Giorgio Giampiccolo¹, la lettura del cui volume è stata spesso travisata², risulta chiaro che alla categoria degli atti *inter vivos* non si può contrapporre quella degli atti *mortis causa*, bensì quella degli atti di ultima volontà.

La coppia di categorie contrapposte è, dunque: atti tra vivi-atti di ultima volontà.

Da un lato, gli atti tra vivi, ossia quella classe di atti giuridici identificati in ragione della loro idoneità a produrre, sin dal loro compimento, una vicenda di rapporto giuridico, ancorché si tratti di un effetto prodromico o, meramente, interinale (come nel caso di negozio sottoposto al *dies mortis*, o a condizione di premorienza)³; dall'altro gli atti di ultima volontà, ossia gli atti giuridici unilaterali e unipersonali, destinati a produrre effetti soltanto dopo la morte del loro autore⁴, senza che, prima di quel momento, possano produrre

¹ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss.; ID., *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss.

² È frequente leggere che il libro di Giampiccolo sia importante per le considerazioni sul contenuto atipico del testamento. In verità questo profilo, nella economia complessiva è molto marginale, dacché si tratta di un libro che fonda la categoria degli atti di ultima volontà.

³ Si tratta, infatti, dell'unico criterio capace di individuare i connotati di questa figura, dal momento che l'espressione «tra vivi» non può, ovviamente, né individuare tali atti in ragione del loro compimento da parte di viventi, considerando che ogni atto giuridico è, di necessità, compiuto da soggetti vivi; né idonea a riferirsi, in ragione del plurale usato nell'espressione, ai soli negozi plurilaterali, dacché ne sarebbero esclusi gli atti unilaterali, che la legge, espressamente, considera inclusi (cfr. art. 1324 c.c.).

⁴ DE GIORGI, *Patti successori, compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico e tutela dei legittimari*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria, Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, 2017, p. 418 s., scrive: «non ritenevo, né ritengo a maggior ragione ora, che il divieto dell'art. 458 c.c. fosse una deprecabile limitazione di libertà, che se si fosse riusciti a cancellarlo si creerebbero assembramenti di *de cuius* davanti agli studi di speranzosi notai per stipulare patti e che sia quel divieto la ragione per cui non si procede ai famosi accordi sul passaggio generazionale della ricchezza. È che alla morte, se ci si riflette, pensiamo in solitudine, valutando i rapporti intercorsi, i misteriosi momenti di felicità, i malumori, sentimenti e risentimenti, che nel testamento possono trovare il loro suggello».

alcun effetto⁵, ove pure essi risultino conosciuti o indirizzati agli stessi destinatari.

Da ciò derivano conseguenze di disciplina straordinariamente significative.

Gli atti tra vivi, unilaterali o bilaterali, proprio in ragione della loro immediata idoneità a produrre un effetto giuridico, ancorché si tratti di effetto c.d. preliminare o prodromico rispetto a quello sostantivo (qualora quest'ultimo fosse differito a un momento futuro, mercé l'apposizione di un termine iniziale o una condizione sospensiva) sono capaci di generare un affidamento giuridicamente rilevante in capo al destinatario dell'atto o dell'effetto⁶. Affidamento

⁵ Si potrebbe obiettare che il testamento produce un effetto prima della morte del suo autore e nei suoi confronti, in quanto esprime un certo assetto di interessi che, in difetto di revoca, è destinato, seppur dopo la morte del suo autore, a regolare la successione della persona. La circostanza che esso debba essere revocato lascerebbe ipotizzare che esso produce, comunque, un certo effetto. Deve, tuttavia segnalarsi che prima della morte del suo autore non produce alcun effetto neppure nei confronti dell'autore, con avvertimento che la sua revoca serve, semplicemente, a evitare che il progetto di pianificazione ereditaria che esso esprime in potenza, possa tradursi in atto. La circostanza che debba essere revocato e che in assenza di revoca è destinato a regolare la successione non è affermazione né necessaria né sufficiente per dire che tale atto sia produttivo di un effetto in senso tecnico, ossia di una vicenda di rapporto giuridico. La revoca, dunque, non è atto che priva di effetti un atto che ha prodotto un qualche effetto, ma atto che impedisce la produzione di un effetto che l'atto non ha ancora prodotto. Sotto questo profilo, sembrerebbe doversi parlare, rispetto all'atto di ultima volontà non di revoca, ma di ritiro. Secondo JORDANO BAREA, *Com. Art. 675*, in *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1680, occorrerebbe distinguere un doppio stadio di rilevanza giuridica nel testamento: per la sfera giuridica del testatore e per tutti gli altri. «El testamento se nos aparece, en la esfera interna o de cara a su autor, como negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere carácter definitivo para aquel, apenas se forma; para la generalidad (llamados y demás terceros superstites), en cambio, el testamento es como tal jurídicamente irrelevante en la etapa anterior a la muerte». Più ampiamente, ID., *Teoría general del testamento*, en *Libro homenaje al Dr. Serrano*, I, Valladolid, 1965, p. 431 ss.

⁶ V. le interessanti considerazioni di CACCAVALE, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Napoli, 2014, pp. 17, 40, 49, 18 ss., il quale rileva l'inadeguatezza dello strumento testamentario ogni qual volta l'attribuzione sia fatta allo scopo di conseguire un contro-risultato,

che è massimo nel caso di contratto, nel quale le parti stanno sul medesimo piano e in posizione contrapposta, mentre minimo, ma pur sempre rilevante, in caso di negozio unilaterale non recettizio, nel quale la controparte è destinataria di un effetto, ancorché l'atto sia efficace a prescindere dalla conoscenza che quella ne abbia avuta. Negozi, dunque, la cui interpretazione deve, di necessità, tener conto, pur con diversa gradualità, secondo che si tratti di contratti o di negozi unilaterali e, in questo secondo caso, di negozi recettizi o no, della volontà dell'altra parte o dell'intenzione del destinatario dell'atto o del rapporto.

Dall'altro lato stanno gli atti di ultima volontà, che sono fisiologicamente incapaci di generare un qualsivoglia affidamento in capo al destinatario dell'atto o dell'effetto, ove pure quest'ultimo possa averne conoscenza. In ragione di ciò, tali atti sono sempre liberamente revocabili⁷ e debbono essere interpretati avendo esclusivo riguardo alla determinazione volitiva del loro autore, lasciando sullo sfondo dell'irrelevanza volizioni e determinazioni estranee al suo autore⁸. Questo spiega perché, mancando un'organica disciplina sull'interpretazione, è stato necessario procedere alla sua difficile e non ancora definitivamente compiuta ricostruzione⁹, movendo dalle regole sull'interpretazione del contratto.

ove pure il medesimo non si debba costruire in termini di corrispettivo, da di promessa premiale.

⁷ Di recente, sulla revocazione dell'atto di ultima volontà, D'AMICO, *Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 69 ss.

⁸ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 114, «l'atto di ultima volontà e la più solitaria fra tutte le manifestazioni non recettizie; quella che meno comporta un qualsiasi movimento verso l'esterno: perché, se è vero che il diritto è *relatio ad homines* e che ogni atto presuppone la destinazione *ad alterum*, l'atto di ultima volontà, in quanto destinato essenzialmente ai posteri, non richiede altre attività del dichiarante, perché sia compiuto, se non è il segnale in forma idonea, a memoria di quelli che verranno, la propria volontà».

⁹ JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958; ID., *El testamento y su interpretación*, Granda, 1999; ID., *Com. Art. 675*, in *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1697 ss.; ESPIN CANOVAS, *Com. Art. 668*, in *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1680 ss.; CAÑIZARES LASO, *Com. Art. 668*, in *Código Civil comentado*, Cañizares

Ragionando in questa prospettiva, che vuole contrapporre alla categoria degli atti tra vivi quella degli atti di ultima volontà, ne viene che la categoria degli atti a causa di morte rimane svincolata dalla prima e dalla seconda.

Il suo tratto caratterizzante sta nel considerare la morte del disponente non già quale mero accadimento al quale si riportano, soltanto, i motivi dell'agire o gli effetti dell'atto, bensì quale accadimento in grado di caratterizzare l'atto sotto un profilo oggettivo-funzionale. Mentre la categoria degli atti tra vivi e degli atti di ultima volontà trova il suo profilo qualificante nel tempo di efficacia, quella degli atti a causa di morte trova il suo tratto caratterizzante nel profilo causale.

La categoria degli atti *mortis causa* è, dunque, definita in ragione della sua idoneità a regolare rapporti o situazioni giuridiche che, alla morte del disponente, vengano a costituirsi in via originaria, o a trarne una loro autonoma qualificazione. In guisa che i due indici rivelatori della natura *mortis causa* dell'atto starebbero nell'avere a oggetto¹⁰ il *quod superest*, o un singolo bene considerato nella misura in cui *superest*, e quale beneficiario un soggetto¹¹ considerato a condizione che sopravviva al disponente¹².

Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, II, p. 288 ss.; ID., *Com. Art. 675*, en *Código Civil comentado*, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, II, p. 307 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, *Notas sobre la voluntad del testador*, en *RJUAM*, 2002, p. 153 ss.; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 1 ss.

¹⁰ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 41, «considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza, modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente».

¹¹ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 42, «considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento [quello della morte dell'attribuente]».

¹² Può senz'altro leggersi un pieno accoglimento della teoria di Giampiccolo nella decisione di Cass., 16 giugno 1966, n. 1547, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1513 ss. e in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1353 ss., relativa alla qualificazione di una donazione con clausola *si praemoriar*, per effetto della quale, Tizia, socia fallita di una società di fatto che ella aveva con il di lei marito mancato ai vivi, aveva proceduto alla divisione e assegnazione ai suoi quattro figli dei suoi beni, stabilendo che «le assegnazioni e le divisioni come sopra disposte avranno effetto per la proprietà e per l'usufrutto, dopo la morte» della donante. Il curatore del fallimento della

In questa prospettiva, la categoria degli atti a causa di morte non si può contrapporre a quella degli atti *inter vivos*, dacché non v'ha dubbio che si possano ipotizzare, a prescindere dalla loro validità, negozi che sono, nel contempo, a causa di morte e *inter vivos*. A tal riguardo, è sufficiente pensare al patto successorio istitutivo, che è, certamente, un atto tra vivi, in ragione della sua idoneità a produrre effetti sin dal suo compimento e della sua idoneità a vincolare le parti, ingenerando un legittimo affidamento sull'assetto di interessi divisato; ma è, insieme, un atto a causa di morte, perché regola un rapporto giuridico che trova la sua causa proprio nella morte di una delle sue parti. Non può giovare, neppure, la contrapposizione tra atti *mortis causa* e atti di ultima volontà, dacché se è vero che i secondi sono, tendenzialmente, anche atti *mortis causa*, non è vero che tutti gli atti a causa di morte sono anche atti di ultima volontà. A tal proposito torna, nuovamente, utile l'esempio del contratto successorio istitutivo, che pur essendo, senza meno, un negozio a causa di morte non è, certamente, un atto di ultima volontà.

Posta la dicotomia tra atti *inter vivos* e atti di ultima volontà, ne viene che la categoria degli atti a causa di morte può intersecarle entrambe, senza pregiudizio della ricostruzione teorica, proprio perché ciascuna di queste categorie riguarda profili distinti.

In questa prospettiva risulta chiaro che i patti successori sono atti tra vivi e atti a causa di morte e che il divieto non si può spiegare in ragione della natura a causa di morte, ma deve individuare il

società agisce contro questo atto, allo scopo di far accertare la nullità del contratto, in quanto integrante gli estremi del patto successorio. La Corte di appello, esclude che il contratto possa essere considerato un patto successorio, mentre il Supremo collegio cassa la decisione del merito. In particolare, si legge nella motivazione: «l'elemento che caratterizza la donazione con la clausola *si praemoriar*, e la differenza, rendendola ammissibile, dalla donazione *mortis causa* e del patto successorio, vietati dalla legge, è dato dalla funzione che assume nella prospettiva delle parti l'evento della morte del donante, dal fatto, cioè, che tale evento non è considerato od elevato dalle parti *a causa* dell'attribuzione, sicché prima del suo verificarsi, il negozio non debba produrre alcun effetto, bensì come evento condizionante la produzione degli effetti definitivi propri del negozio, senza escludere la produzione di effetti limitati o prodromici, peculiari del contratto sottoposto a condizione sospensiva, consistenti nell'aspettativa, tutelata dalla legge (art. 1356 cod. civ.), dell'acquisto del diritto».

fondamento. Sotto diversa prospettiva non c'è dubbio che il contratto *post mortem* è un atto tra vivi, rispetto al quale occorre accertare se sia anche a causa di morte.

3. *Il divieto di patto successorio nella dottrina e giurisprudenza italiana.*

3.1. *Premessa.*

Il pensiero della letteratura giuridica italiana sul divieto di patti successori¹³, pur con sacrifici di sfumature e non senza qualche esemplificazione, che pecca d'ingenuità, ma che aiuta a comprenderne la storia, può idealmente suddividersi, in due momenti.

Un primo, nel quale lo sforzo della dottrina è orientato a individuare un comune fondamento del divieto dei patti successori e a offrire una nozione di questi patti, anche allo scopo di individuarne i tratti caratterizzanti. In questa fase, nella quale si registra un importante dialogo tra dottrina e giurisprudenza, viene anche proposto un elenco di elementi caratterizzanti, attraverso i quali è possibile individuare i patti successori.

Nella seconda fase si avverte, invece, la necessità di distinguere il fondamento del divieto, in relazione ai diversi tipi e l'indagine si concentra, prevalentemente, nello studio di tutte quelle figure negoziali, diverse dai patti successori, che consentono la regolamentazione di interessi *post mortem*. In questa seconda fase si avverte una insofferenza, via via crescente, nei confronti del divieto dei patti successori, il quale viene considerato un ostacolo alla modernizzazione del diritto ereditario e alla trasmissione generazionale della ricchezza.

L'insoddisfazione tendenziale verso lo strumento del testamento, reputato – a mio credere ingiustamente – inadeguato a soddisfare le esigenze della contemporaneità e il radicato convincimento che un moderno diritto delle successioni debba valersi di strumenti contrattuali, induce la dottrina a sperimentare le potenzialità offerte

¹³ Per un più ampio approfondimento, v. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2018.

dai negozi *post mortem*. Questo tentativo si realizza, per un verso, riducendo l'ambito di applicazione del divieto e, dunque, tentando di offrire interpretazioni più restrittive e, per altro verso, offrendo un catalogo, sempre più ampio di strumenti contrattuali capaci di regolare aspetti e interessi successori della persona. Si tratta, dunque, del momento in cui la figura del contratto *post mortem* trova il suo pieno sviluppo.

3.2. *La prima fase.*

In un primo momento, immediatamente prossimo alla approvazione del codice civile del 1942, nel quale, diversamente da quanto era accaduto nel codice del 1865¹⁴, il divieto era raccolto in un unico articolo, si prova a giustificare il divieto in modo unitario. Si dice, dunque, che il fondamento del divieto risiede nel *votum captandae mortis*, nel carattere aleatorio del negozio, nella illiceità della causa¹⁵ o, altrimenti, nella violazione della libera formazione della volontà del *de cuius*¹⁶.

Il tentativo di individuare un fondamento unitario del divieto di patti successori è destinato a uno scarso esito, non appena si consideri che gli stessi autori che si provano a individuare un fondamento unitario, finiscono per indicare una pluralità di ragioni. Per questo motivo, l'indagine dalle numerose *rationes* politico-legislative si sposta all'individuazione di una ragione tecnica, provando a individuare i caratteri essenziali tipici dei patti successori.

In questa prospettiva, si afferma che «comune alle tre figure è che esse hanno per oggetto una successione non ancora aperta di cui si

¹⁴ Nel Codice civile del 1865, il divieto era sparso in una pluralità di disposizioni e, in particolare, all'art. 1118, in tema di oggetto del contratto, all'art. 954, in tema di rinuncia all'eredità, all'art. 1380, in tema di matrimonio, e all'art. 1460, sulla vendita.

¹⁵ Così, BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 13.

¹⁶ Così, D'AVANZO, *Delle successioni, Tomo I, Parte generale*, Firenze, 1941, p. 69. Adesivo a questa motivazione, è VALLILLO, *Sul patto successorio*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1952, II, p. 548.

dispone mediante contratto»¹⁷, chiarendo che «con l'art. 458 [...] si vuol colpire oltre la forma anche la sostanza»¹⁸.

L'indagine coglie nel segno e si riflette in una delle prime sentenze della Cassazione¹⁹, destinata ad avere una influenza significativa. La Corte dichiara la validità di una clausola statutaria di consolidazione societaria ed esclude che possa considerarsi un patto successorio, affermando che manca non soltanto l'intenzione dei contraenti, ma, soprattutto, «la stessa obiettività» del patto successorio, dato che «il carattere che li distingue è appunto quello di avere per oggetto unico l'eredità di una persona vivente»²⁰. Nella stessa linea, la Cassazione, due anni dopo, dice che deve considerarsi patto successorio «ogni convenzione che abbia per oggetto di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta, e faccia sorgere un *vinculum iuris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento o il presupposto, a seconda che si riferisca alla successione propria o di altri»²¹.

Si giunge così alla delimitazione della figura attraverso la indicazione del suo contenuto, al punto che la stessa dottrina

¹⁷ CICU, *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947, p. 294.

¹⁸ CICU, *op. ult. cit.*, p. 295. L'argomento della natura sostanziale del divieto sta alla base anche della soluzione offerta da Cicu in tema di donazione a causa di morte. ID., *Il testamento*, cit., p. 43.

¹⁹ Cass., 17 marzo 1951, 17 marzo 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 216 e in *Foro it.*, 1952, I, c. 1580.

²⁰ Cass., 17 marzo 1951, in *Riv. dir. comm.*, cit., p. 217 e in *Foro it.*, cit., c. 1580. Nella stessa linea si colloca Cass., 26 maggio 1953, n. 1559, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 548, e in *Giust. civ.*, 1953, II, p. 1740.

²¹ Cass., 26 maggio 1953, n. 1559, in *Giur. it.*, cit., c. 548 e in *Giust. civ.*, cit., p. 1740. Il concetto, per verità, era stato espresso anche da una precedente decisione e, in specie, Cass., 4 agosto 1951, n. 2372, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1952, II, p. 547 s., nella quale si legge che il patto successorio «si sostanzia in una convenzione che abbia per oggetto una vera e propria disposizione relativamente a beni di una successione non ancora aperta o per lo meno (nei patti successori istitutivi, come sarebbe quello di specie) faccia sorgere un *vinculum iuris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca, in concreto, l'adempimento».

recepisce questa idea²² e, in continuità rispetto a questa proposta interpretativa, individua un'unica giustificazione del divieto e propone un'elencazione di requisiti, in presenza dei quali è possibile affermare che un certo atto debba considerarsi un patto successorio.

Questa dottrina, la cui influenza²³ sulla giurisprudenza successiva è straordinaria²⁴, dopo aver precisato che il fondamento del divieto dei patti successorî è di «mantenere integra sino all'estremo della vita del testatore la libertà di testare»²⁵, afferma che «patti successorî vietati dalla legge non sono soltanto quelli che hanno per oggetto una vera e propria istituzione di erede, rivestiti della forma contrattuale, ma anche ogni convenzione che abbia per oggetto di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta, o per lo meno, (nei patti istitutivi) faccia sorgere un *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca in concreto l'adempimento o il

²² GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, in *Comm. del Cod. civ.*, a cura di magistrati e docenti, Torino, 1959, p. 19 ss.

²³ Vale la pena segnalare che Carlo Giannattasio risulta Consigliere di Cassazione, nella prima Sezione civile, sin dal gennaio del 1958. Assume la Presidenza della prima Sezione civile nel dicembre del 1969 e vi rimane fino al dicembre del 1976. Successivamente, dal gennaio del 1977 e fino all'ottobre del 1978 assume, di ruolo, la Presidenza della terza Sezione civile.

²⁴ Questa è divenuta costante nella giurisprudenza sino ai giorni nostri. A mero titolo esemplificativo, si pensi all'importante e pluri commentata decisione di Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 511. Questa sentenza afferma questo principio di diritto: «configurano un patto successorio [...] sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un *vinculum iuris* di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento». Allo stesso modo, più di recente, Cass., 21 novembre 2017, n. 27624, in *Leggi d'Italia*, che riprende, letteralmente, questo principio di diritto.

²⁵ GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, cit., p. 20. Le parole sono riprese, in modo quasi letterale, nella motivazione di Cass., 22 luglio 1971, n. 2424 in *Giur. it.*, cit., c. 1098, «nell'intento legislativo di preservare fino all'estremo limite della vita la libertà di testare».

presupposto, a seconda che si riferisca alla successione propria o di altri»²⁶.

In conclusione, si afferma che i patti successori presentano i seguenti caratteri: «a) che sia stata conclusa una convenzione anteriormente all'apertura della successione; b) che la cosa oggetto della convenzione, debba essere compresa in una successione futura o sia considerata nella stipulazione come facente parte di una futura successione; c) che il promittente abbia voluto provvedere alla propria successione; d) che l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto a quella successione; e) che l'oggetto della convenzione debba trasferirsi al promissario *mortis causa*, cioè a titolo di eredità o legato»²⁷.

Si tratta di un momento straordinariamente significativo nella ricostruzione del divieto del patto successorio in Italia, dacché si assiste a una forte influenza reciproca di dottrina e giurisprudenza.

Giannattasio, utilizzando i risultati raggiunti dalla Cassazione nel 1951 e 1953, offre ulteriori nuovi spunti che verranno utilizzati in una decisione della Cassazione del 1971, che rappresenta una delle decisioni più importanti nella materia, al punto che la giurisprudenza odierna continua a richiamare quella decisione e il principio di diritto in essa affermato ogni qual volta deve stabilire se il singolo contratto possa, o no, considerarsi un patto successorio.

In questa importante decisione²⁸ si afferma che, indipendentemente dalla classificazione dei patti successori in

²⁶ GIANNATTASIO, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ GIANNATTASIO, *op. ult. cit.*, p. 21. Occorre, tuttavia precisare, che questa ricostruzione proposta da Giannattasio trova una sua prima formulazione proprio in una decisione di una sentenza della Cassazione e, in specie, Cass., 2 agosto 1941, n. 2614, in *Foro it.*, 1942, I, c. 150 ss., relativa a una promessa di disporre per testamento.

²⁸ Il caso che la Corte di Cassazione deve decidere era il seguente: Fulano aliena il fondo al figlio Mengano, per il prezzo di tre milioni di lire. Due mesi dopo, con scrittura privata, Fulano, dopo aver premesso di «aver venduto il fondo non per disporre di una somma liquida da ripartire con i figli per le loro necessità e per far sì che il fondo fosse attribuito a Mengano, che era il solo a dedicarsi alla sua coltivazione, assegna ai propri figli Mengano, Zutano, Ciclano e Esperanzejo la somma di lire cinque milioni, che dichiara proveniente dal prezzo effettivo della vendita del podere. Successivamente, probabilmente pentitosi dell'operazione

istitutivi, dispositivi e rinunciativi, per stabilire se un accordo debba considerarsi patto successorio occorre accertare: «1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto od in parte alla propria successione, privandosi, così dell'*ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato».

Questa sentenza del 1971, insieme a una sentenza del 1974, che per vero è meramente riproduttiva della sentenza del 1953 (che, pertanto, meriterebbe di essere richiamata, in luogo di quella del 1974), costituiscono, ancora oggi, un significativo punto di riferimento, tanto da poter, perfino affermare, che hanno rappresentato un ostacolo a una diversa interpretazione del divieto di patti successori e, dunque, a una sua modernizzazione.

3.3. *La seconda fase.*

Lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza successiva, anche per merito dello studio di Giampiccolo e delle sue feconde intuizioni sul contratto sotto modalità di morte²⁹, non si centrano tanto sulla funzione del divieto, la quale si frammenta in ragione dei tipi, né sui requisiti del patto successorio, che risultano sostanzialmente segnati dalle sentenze del 1953 e del 1971, quanto sugli spazi che il divieto può lasciare al contratto.

economica compiuta, Fulano chiede l'accertamento della nullità delle due scritture, assumendo che le medesime, in collegamento, tra loro, integrassero gli estremi di un patto successorio.

²⁹ Sulla distinzione tra contratto sotto modalità di morte e contratto *post mortem* nella teoria di Giampiccolo v. nota n. 71.

L'indagine può prendere le mosse dalla ricostruzione proposta da Messineo³⁰ nel 1962, che rappresenta un momento di passaggio. Il fondamento del divieto viene differenziato a seconda del tipo di patto successorio, ma l'attenzione ai casi in cui il contratto può regolare interessi *post mortem* è limitata e non va al di là delle considerazioni già svolte da Giampiccolo. Secondo Messineo la nullità del patto successorio istitutivo deriva dalla violazione del principio sulla libertà di disporre³¹, mentre la nullità dei patti dispositivi e dei patti rinunziativi più «ad ossequio alla tradizione, che a ragione sostanziale»³².

L'A. inizia, però, il lungo percorso dottrinale teso a limitare la portata del divieto. Il tentativo si compie in due direzioni: per un verso, nega che il divieto di patti dispositivi e rinunziativi abbia una ragione sostanziale e, per altro verso, afferma la validità del patto successorio istitutivo confermativo³³.

Non diversamente la tesi è riproposta da altra dottrina³⁴ che torna a considerare il fondamento del divieto del patto istitutivo nella

³⁰ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*⁹, Milano, 1962, p. 104 ss.

³¹ MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 104, precisa che il divieto del patto successorio istitutivo «è il portato del principio della *libertà di disporre*: ossia, della *revocabilità* del testamento, sino al momento della morte (*arg. 679*) [...]; il quale sarebbe vulnerato dal vincolo obbligatorio, derivante al testatore dal patto successorio». In questo senso, si era già espressa, Cass., 5 maggio 1956, n. 1427, cit., p. 1249, nella cui motivazione si legge che il fondamento del divieto sta in qualsiasi «menomazione di quella piena e assoluta libertà testamentaria che il legislatore ha voluto assicurare fino all'estremo della vita», in guisa che in ciò «è riposta la ragione del divieto dei patti successori, sancito dall'art. 458 c.c.».

³² MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 106.

³³ MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 107, «È valido il c.d. patto successorio confermativo, come quello che, istituendo erede, o coerede, *un soggetto, che ne ha diritto* (ad es., perché legittimario), non va contro la *ratio*, ispiratrice del divieto di cui all'art. 458».

³⁴ FERRI, *Successioni in generale, Artt. 456-511, Commentario del Codice civile*, a cura di Branca e Scialoja, Bologna, 1972, p. 81 ss. Vale la pena di precisare che qualche anno prima, nel 1965, viene pubblicato il volume XII del Novissimo digesto (*Noviss. Dig.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 730). Nel quale manca una voce specifica sul patto successorio. Il volume XII sotto la voce patto successorio rinvia alla voce *Successione (Parte generale) (Diritto civile)*, affidata a P. Schlesinger. Voce che compare nel volume XVIII del 1971.

libertà di testare, mentre il fondamento degli altri due tipi di patti successori, nella protezione di “giovani inesperti”, che potrebbero dilapidare le ricchezze e, in ogni caso, nella sostanziale immoralità e pericolosità sociale dei patti successori, anche in ragione del *votum corvinium*.

La svolta decisiva nel modo di studio si compie con la monografia di De Giorgi³⁵, la quale, assunta piena consapevolezza della differenza strutturale e funzionale dei patti successori istitutivi, dispositivi e rinunziativi, e sostanzialmente paga del risultato identificatorio raggiunto dal circolare dialogo tra la dottrina e le Corti, avverte come problema fondamentale, non più quello dell’individuazione delle *rationes* del divieto, quanto piuttosto di determinare il suo confine con i negozi sotto modalità di morte, più comunemente detti, oggi, negozi *post mortem*.

Questa dottrina, dopo aver ribadito che c’è una diversità causale tra patti successori istitutivi, da una parte, e i patti successori dispositivi e rinunziativi, dall’altra, precisa che il divieto dei patti del primo tipo è posto a garanzia della libertà di testare e, dunque, della spontaneità e revocabilità del volere del causante³⁶, mentre il divieto dei patti di secondo tipo è connesso a un vizio del loro oggetto, ricostruibile in termini di illiceità³⁷.

La importanza del contributo di questa dottrina sta, però, nel mutamento di prospettiva. Non si pone attenzione sul divieto, in quanto tale, ma si sceglie di esaminare tutte quelle figure di confine rispetto alle quali può porsi un problema di validità, per contrarietà al divieto³⁸. In particolare, l’attenzione si concentra sulle figure più

³⁵ DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; EAD., voce *Patto successorio* (vow), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 533 ss.

³⁶ DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 60 ss. Aderisce R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1215 s.

³⁷ DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 84 ss. Questa idea è ripresa da TOTI, *La nullità del testamento esecutivo del patto successorio*, in *Riv. del notariato*, 1985, I, p. 17 s.; LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 1216 s.

³⁸ DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 14 s., in questo modo chiarisce il senso dell’indagine svolta: «alla rassegna dei “casi” che hanno sollevato il dubbio dell’esistenza di un patto successorio, è dedicata la parte più

classiche: la donazione *mortis causa*; la donazione a termine e a condizione; il contratto a favore di terzi; il mandato *post mortem*; le clausole statutarie relative alla morte del socio; le prestazioni di lavoro contro la promessa d'istituzione ereditaria; i patti relativi alle indennità o altri diritti per morte spettanti al lavoratore³⁹.

Viene proposto, per la prima volta, un compiuto catalogo di ipotesi controverse, che verrà ripreso, talvolta arricchito di qualche ulteriore figura, da tutta la letteratura successiva, diventando un significativo punto di riferimento anche della giurisprudenza, sebbene quest'ultima non sempre sia riuscita a cogliere le reali implicazioni concettuali, le connessioni sistematiche e gli spunti ricostruttivi di questo complesso studio.

Da questo momento in poi, lo sforzo è tutto proteso a segnare il confine tra il patto vietato e l'accordo permesso, in guisa che gli studî sui patti successorî diventano, sempre piú spesso, studî sui negoziî capaci di sfuggire alla nullità posta dal divieto, ossia studî nei quali l'analisi del divieto medesimo diviene puramente incidentale⁴⁰,

ampia della ricerca. Da essa, piú che dalla ricostruzione astratta dei "patti successorî", ridotta alle linee essenziali, emergono i dati meritevoli di una piú attenta riflessione, e in primo luogo la labilità della linea di confine tra atto *inter vivos* e atto a causa di morte, quando si tratti di fermarla nella pratica».

³⁹ DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., pp. 113-200, cap. III, intitolato: «figure controverse di patti successorî». Scrive l'A. a p. 69: «l'analisi della concreta esperienza e, piú innanzi, il disegno del "contratto ereditario" negli ordinamenti che conoscono questa figura negoziale, sono sembrati materia di ricerca e di osservazione piú interessante rispetto alle questioni, in prevalenza teoriche, che il divieto solleva nel generale sistema degli istituti successorî dell'autonomia negoziale, a cominciare dalla spiegazione tecnica delle ragioni di nullità, che si traduce nell'individuare l'elemento viziato dall'atto».

⁴⁰ In questa prospettiva, a esempio, l'approfondito studio di PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001. Idea, successivamente sviluppata, sotto taluni profili piú particolari e, da ultimo, con interessanti sviluppi e spunti rispetto all'incarico a contenuto non patrimoniale. ID., *Promesse post mortem e patti successorî*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.; ID., *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 768 ss.; ID., *Mandato post mortem e divieto di patti successorî*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738; ID., *Il mandato post mortem*, in Calvo e Ciatti (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2012, p. 378 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 137 ss.; ID., *Disposizioni mortis causa a contenuto non*

quando, addirittura, non declini, direttamente, l'analisi di uno specifico negozio *post mortem*.

Il tentativo di marginalizzare il divieto dei patti successorî e di individuare strumenti negoziali alternativi al testamento, capaci di dare assetto agli interessi *post mortem* viene sperimentato da autorevole dottrina, che, a muovere dal 1989⁴¹, dedica un importante sforzo ricostruttivo in questa direzione, elaborando la teoria dei c.dd. negozi *trans mortem*.

Secondo questa dottrina può parlarsi di un negozio *trans mortem* quando concorrano i seguenti elementi: a) il contratto deve determinare il trasferimento del bene sotto la condizione della morte del disponente; b) il disponente conserva uno *ius poenitendi* (diritto di recesso o revoca)⁴². Lo strumento che piú di ogni altro si presta a

patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 787 ss. Ma, specificamente, sul mandato *post mortem*, almeno DOLMETTA, *Patti successori istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, p. 453 ss.; BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, p. 1102; DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 688; MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 56 ss.

⁴¹ PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successione anomala*, Milano, 1983; ID., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 435 ss.; ID., *La dottrina civilistica italiana sui negozi trans mortem dagli anni cinquanta ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi*, Padova, 1991, p. 221 ss.; ID., *Declino del divieto dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus. Riv. sc. giur.*, 1997, p. 289 ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 10 ss.; ID., *Provenienze donative, successioni trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 317 ss.; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, p. 116 ss.

⁴² PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 16, così identifica le due caratteristiche dei negozi *trans mortem*: «a) il contratto costituito in vita deve determinare il trasferimento del bene e prevedere la morte solo quale condizione degli effetti negoziali, che possono in parte essere anticipati senza che ciò pregiudichi la possibilità di bloccarne per una giusta causa lo svolgimento; b) il soggetto contrattuale, di cui la morte costituisce l'evento dedotto in condizione, deve rimanere titolare di uno *ius poenitendi* (diritto di recesso o revoca) circa la costituzione del contratto, che tuttavia può farsi dipendere da un fatto che lo giustifichi».

realizzare questo risultato è il contratto a favore del terzo, specie nel caso in cui le cui prestazioni debbano essere eseguite dopo la morte del disponente. Al di là del contratto a favore del terzo e dell'assicurazione sulla vita, vengono individuati ulteriori strumenti alternativi al testamento, quali la rendita vitalizia a favore del terzo, il *trust*, il negozio fiduciario, il contratto di mantenimento, il deposito irregolare a favore del terzo, la fondazione per il mantenimento dei beni, le clausole statutarie per garantire la trasmissione dell'impresa.

L'importante sforzo ricostruttivo, il quale ha avuto una significativa eco nella letteratura⁴³, si apprezza più per il contributo generale al dibattito sul superamento del divieto di patti successori, che non per la elaborazione della figura.

Peraltro, nel contratto a favore di terzo, la cui prestazione debba eseguirsi dopo la morte dello stipulante credo che la dichiarazione di scelta del beneficiario, come anche la dichiarazione di modifica o di revoca, debbano considerarsi non atti *inter vivos*, bensì atti di ultima volontà, con tutte le conseguenze che da ciò derivano. Si tratta di atti essenzialmente unilaterali e, soprattutto, revocabili fino all'ultimo istante di vita del soggetto⁴⁴. Svolgendo questo ragionamento, la circostanza che lo stipulante possa modificare o revocare la stipulazione, ove pure il terzo abbia dichiarato di volerne profittare (cfr. art. 1412 c.c.), sarebbe una semplice conseguenza logico-giuridica della natura dell'atto di nomina. Poiché esso, finché è in vita lo stipulante, non produce alcun effetto, essendo destinato a produrli soltanto dopo la morte del primo, non v'ha dubbio che ogni dichiarazione del terzo, che fosse resa prima di questo momento, è

⁴³ IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1139 ss.; ID., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, pp. 53-124.

⁴⁴ Secondo alcuni autori si tratterebbe di una deroga rispetto al divieto di patti successori e, dunque, di patto successorio eccezionalmente valido. Così, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1959, p. 549; FERRI, *Successioni in generale, Artt. 456-511*, cit., p. 110; MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, in *Il Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1997, p. 156, il quale modifica la precedente opinione ID., *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970, p. 216.

da considerare improduttiva di effetti, perché compiuta in difetto del potere che deriva al terzo soltanto da una nomina efficace⁴⁵.

Le ricostruzioni più contemporanee, pur muovendo da risultati comunemente acquisiti in ordine al divieto di patti successori istitutivi, giungono a esiti molto diversi: da un lato, attraverso il concetto di causa concreta, si realizza una sostanziale estensione del divieto⁴⁶; dall'altro, attraverso il concetto di atto dispositivo della successione, si finisce con il ridurre il perimetro della proibizione⁴⁷.

Nella prima prospettiva si afferma che la valutazione di liceità di un negozio con effetti *post mortem*, non può trarsi in base a indici oggettivi e astratti, bensì avendo riguardo alla funzione concreta del negozio, indagando la reale volontà del disponente⁴⁸ e verificando se il singolo contratto realizzi la funzione tipica del testamento, ossia la determinazione dell'assetto dei diritti facenti capo a una persona determinata.

Nella seconda prospettiva, occorre verificare se la cooperazione del terzo abbia, o no, inciso sul regolamento negoziale, sicché può considerarsi patto successorio vietato soltanto quello nel quale la disposizione istitutiva costituisca, insieme, con gli altri precetti, un *unitario* regolamento di interessi.

⁴⁵ Alla luce di questa spiegazione credo che si possa intendere la sentenza di Cass., 21 novembre 2017, n. 27624, in *Leggi d'Italia*, la quale ha escluso che possa considerarsi un valido contratto a favore del terzo l'accordo con la quale due coniugi hanno stabilito che, in caso di morte pressoché contemporanea, il cinquanta per cento degli utili dell'impresa esercitata dal marito dovesse spettare ai loro figli nella egual misura del cinquanta per cento ciascuno.

⁴⁶ ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012. In prospettiva parzialmente difforme, TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 76 ss., secondo cui il divieto è volto a evitare che un negozio immediatamente vincolante possa presentare elementi di precarietà.

⁴⁷ D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012.

⁴⁸ D. ACHILLE, *op. cit.*, p. 92, «in definitiva pare che l'estensione del divieto dei patti successori vada ricercata nella funzione che il divieto mira a svolgere e, di conseguenza, nell'interesse che intende tutelare, dovendosi in tale sede prescindere da ogni valutazione circa l'opportunità, che comunque, ci sembra da ribadire, di mantenere ancora oggi il divieto in questione».

3.4. *Patti successori e divieto di disposizione della delazione.*

Gli studi sui patti successori, anche quando abbiano posto al loro centro la figura dei negozi *post mortem*, dimostrano, a mio giudizio, che è essenziale intendere la reale dimensione del divieto e, dunque, il principio che giustifica la proibizione nel nostro ordinamento.

Al fine di compiere questa indagine, credo che non si possa prescindere dal concetto di testamento e dalla relazione esistente tra quest'ultimo e gli atti di ultima volontà diversi dal testamento, dacché solo attraverso questa indagine è possibile, secondo il mio giudizio, comprendere la funzione e i limiti del divieto.

L'insegnamento di Giampiccolo, il quale ha distinto tra contenuto tipico del testamento (istituzione di erede, legato e disposizioni accessorie a quelle) e contenuto atipico del testamento (tutte le altre disposizioni testamentarie)⁴⁹ è servito non tanto per affermare che il testamento può avere un contenuto atipico o non patrimoniale, ma, all'esatto opposto, per dire che tutti i contenuti diversi da quello tipico possono essere affidati oltre che al testamento anche agli atti di ultima volontà diversi dal testamento.

La norma di cui all'art. 588 c.c., che distingue tra disposizioni a titolo universale e a titolo particolare, serve, in profonda connessione con l'art. 587 c.c., a individuare un contenuto c.d. «tipico» che l'ordinamento giuridico ha, esclusivamente, riservato al testamento, nelle sue forme sia ordinarie sia speciali.

⁴⁹ Nel pensiero di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 326 l'idea di contenuto tipico e atipico del testamento non soltanto è slegata dal concetto di disposizione specificamente regolata dal Codice, o non avente una precisa ed espressa disciplina, dacché nella tipologia delle disposizioni testamentarie c.dd. atipiche, rientrano anche molte disposizioni testamentarie aventi una disciplina particolare (a esempio, riconoscimento di figlio naturale, costituzione di una fondazione, re-vocazione del testamento), ma non coincide neppure con quella che distingue tra contenuto patrimoniale e non patrimoniale del testamento, dal momento che, nella tipologia delle disposizioni testamentarie c.dd. atipiche vi rientrano anche ipotesi di disposizioni aventi contenuto patrimoniale (a esempio, costituzione di una fondazione o l'atto di dotazione della fondazione).

Il legislatore stabilisce, cioè, che gli atti di disposizione della delazione debbano essere compiuti, esclusivamente, con il testamento.

Alla luce di ciò deve intendersi, oggi, il divieto di patti successori.

La norma di cui all'art. 458 c.c., nella parte in cui vieta i "patti" relativi alla «propria successione» o a una «successione non ancora aperta», intende riferirsi non alla successione complessivamente considerata, vietando, dunque, qualunque accordo successorio, ma soltanto alla regolamentazione del profilo patrimoniale-attributivo della successione, ossia alla delazione. Ciò che la norma di cui all'art. 458 c.c. intende vietare non è ogni atto tra vivi regolativo della successione, ma ogni atto tra vivi con cui si disponga della delazione.

Secondo questa chiave di lettura, la norma di cui all'art. 458 Cod. civ. vieta, disponendone la nullità, non soltanto le convenzioni con le quali taluno disponga dei profili patrimoniali-attributivi della propria successione, ma anche tutti gli atti con i quali taluno disponga o rinunci a diritti patrimoniali-attributivi inerenti a una successione non ancora aperta.

Il divieto dei patti successori, pur potendo essere retto da funzioni diverse, perché, secondo che si declini la figura del patto successorio istitutivo, piuttosto che quelle del patto successorio dispositivo o rinunziativo, le concrete ragioni capaci di spiegare il fondamento del divieto nel nostro ordinamento possono essere diverse, sembra obbedire a un preciso principio, ossia il divieto del compimento di un atto di disposizione, tra vivi, della delazione⁵⁰.

Al di là delle *rationes* che servono più a giustificare la presenza del divieto nel nostro ordinamento, che non a valutarne la reale

⁵⁰ Non v'ha dubbio che potrà essere difficile, nel caso concreto, stabilire se le parti abbiano realizzato un atto di alienazione di cosa altrui, valido ed efficace, ovvero un invalido atto di delazione del proprio succedere. Al riguardo non è possibile stabilire a priori quando il concreto atto abbia la fisionomia dell'uno o dell'altro. Occorre, sempre, una valutazione del singolo caso concreto che valuti l'interesse composto dalle parti e la sua reale portata programmatica, negando, ovviamente, che si tratti di un valido atto, quando risulti che esso sia costruito in termini di disposizione del diritto altrui all'esclusivo o prevalente scopo di sottrarre la sorte al divieto.

portata e la sua estensione, rimane che il divieto del patto successorio pone la nullità degli atti tra vivi di disposizione della delazione⁵¹.

Si tratta di una costruzione concettuale che non esprime una mera regolarità, ma un vero e proprio principio. Non soltanto perché esso spiega le regole che comprende, ossia quelle che vietano i tre diversi tipi di patti, ma perché autorizza a formulare giudizi anche per le fattispecie, per le quali manchi una regola e, soprattutto, perché consente di dosare la portata applicativa delle singole regole, evitandone un'applicazione a quei casi, pur letteralmente riducibili in una di quelle, ma funzionalmente da sottrarre in ragione dell'interesse che mirano a realizzare. Inoltre, esso si giustifica nell'ambito del principio generale che fissa le fonti della delazione nonché della riserva costituzionale che, demandando alla legge di stabilire le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sull'eredità, conferma non soltanto l'esclusione di una fonte convenzionale della delazione, ma anche l'inammissibilità di un atto tra vivi dispositivo di quella.

Il rischio connesso alla regolamentazione convenzionale della successione, quali che siano le *rationes* del divieto, e, dunque, indipendentemente dalla circostanza che si consideri la norma posta a tutela della libertà dell'ultimo volere, della revocabilità della decisione, del diritto di esclusiva della volontà testamentaria, della tutela di giovani inesperti, della non frammentazione del fenomeno successorio, del principio di unità della successione o della purezza del regolamento successorio, non avrebbe ragione di porsi in caso di patto successorio regolativo di un profilo di carattere esistenziale o non patrimoniale, dal momento che tutte queste ragioni sono, indubbiamente, connesse alla regolazione puramente patrimoniale-attributiva, né in presenza di un patto a contenuto patrimoniale, ma non dispositivo della delazione.

⁵¹ In senso parzialmente diverso, CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, Artt. 456 – 461, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schelesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 11, secondo cui il divieto del patto successorio istitutivo può spiegarsi avendo riguardo al principio di unicità della delazione.

In conclusione, il legislatore stabilisce che gli atti di disposizione della delazione⁵² debbano essere compiuti, esclusivamente, con il testamento, essendo preclusa la possibilità di una loro disposizione, sia con l'atto di ultima volontà diverso dal testamento (arg. ex artt. 587, 588 c.c.), sia con l'atto tra vivi (ex art. 458 c.c.).

Si dà, cioè, non soltanto l'esistenza del principio che fa divieto di disporre della delazione per atto di ultima volontà diverso dal testamento, ma anche del principio che fa divieto di disporre della delazione per atto tra vivi⁵³. Esiste, cioè, un principio conformativo dell'autonomia privata che riconosce nel testamento l'unico valido atto di disposizione della delazione⁵⁴.

In questa prospettiva credo che debba essere interpretata la norma di cui all'art. 458 c.c., sicché ricavando da essa il divieto di disporre tra vivi della delazione, ne viene che deve affermarsi la piena validità di tutti quei contratti *post mortem* che sono regolativi di profili successori che non incidono sulla delazione. In conseguenza non soltanto tutti gli interessi non patrimoniali, ma anche gli interessi patrimoniali, che non incidono immediatamente e direttamente sulla delazione.

⁵² Il concetto di delazione deve tenersi distinto dal concetto di vocazione. L'ultima attribuisce al chiamato il potere di accettare l'eredità. La prima, invece, è l'effetto della vocazione poiché determina la messa a disposizione del patrimonio ereditario (inteso come quota di eredità o diritto legato) a un soggetto determinato o determinabile, attribuendo, così il diritto di acquistare i diritti connessi all'eredità *de qua agitur*. Ciò implica che sebbene i due momenti possono, tendenzialmente coincidere, anche se mai sovrapporsi da un punto di vista logico e cronologico, si danno casi nei quali i due momenti sono, anche cronologicamente, ben distinti. L'esempio classico che si suole proporre è quello del chiamato sotto condizione sospensiva, rispetto al quale la vocazione opera al momento dell'apertura della successione, mentre la delazione (quale effetto della vocazione) si realizza soltanto al verificarsi della condizione.

⁵³ BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., *passim*.

⁵⁴ In questa direzione è condivisibile l'opinione di chi, anche in mancanza di una espressa previsione di legge, afferma che la disposizione di arbitrato per atto di ultima volontà può essere contenuta anche in un atto non avente i requisiti del testamento. Così, PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 509 ss.

4. *Il diritto delle successioni tra tutela di interessi patrimoniali e tutela di interessi personali.*

Le teorie patrimoniali, che hanno dominato l'ambiente culturale nel quale il nostro Codice civile è stato concepito, non soltanto hanno fortemente condizionato la nozione di testamento, riducendone il suo contenuto entro lo schema patrimoniale-attributivo, non soltanto hanno limitato le potenzialità dell'atto di ultima volontà, riducendo questa categoria nel solo testamento, ma, soprattutto, hanno ridotto l'autonomia negoziale a strumento di regolamentazione di soli interessi patrimoniali.

Sebbene sia indubitabile che la pianificazione degli interessi patrimoniali costituisca un profilo basilare e decisivo della successione e che una larga parte degli istituti del diritto ereditario sia funzionale all'attribuzione delle ricchezze a eredi e legatari, non è più pensabile che il fenomeno giuridico del succedere si risolva nel solo trasferimento di diritti patrimoniali.

Il processo di revisione del concetto di successione è, inevitabilmente, correlato ad almeno due fondamentali eventi: per un verso, il significativo mutamento del sistema delle fonti, con il conseguente cambiamento delle scelte assiologiche del nostro ordinamento giuridico e il noto fenomeno di c.d. de-patrimonializzazione del diritto civile⁵⁵; per altro verso, la rilevanza assunta dalle situazioni giuridiche esistenziali⁵⁶, in uno con importanti innovazioni tecniche, tecnologiche e biomediche.

Le situazioni giuridiche patrimoniali non soltanto non hanno più la centralità che, originariamente, il Codice ha consegnato alla civilistica, ma debbono, inevitabilmente, essere considerate in

⁵⁵ DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; PERLINGIERI, *«Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

⁵⁶ Innegabile che il valore normativo ispiratore della filosofia del nostro sistema ordinamentale è la persona umana e la sua dignità. Per tutti, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, *passim*, spec. pp. 566 ss. e 597 s.; ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss.

posizione ancillare rispetto a quelle esistenziali, con avvertimento che la stessa distinzione tra le une e le altre ha, sempre e soltanto, valore orientativo e soffre di molteplici eccezioni.

Le tracce normative della rivoluzione culturale⁵⁷, che ha imposto la centralità delle situazioni esistenziali, connesse all'affermazione del valore fondamentale della persona, sono innumerevoli e difficili da richiamare unitariamente. Tra le moltissime, basti considerare le norme di cui agli artt. 2 e 3 Cost., sul riconoscimento dei diritti inviolabili della persona⁵⁸ e i principî del solidarismo e del personalismo⁵⁹, l'art. 2 del TUE, il quale precisa che l'Unione europea si fonda sui «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», la Carta dei Nizza, alla quale è riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati sull'Unione Europea, l'art. 4 Cost., che impone a tutti i cittadini il dovere di contribuire al progresso materiale e spirituale della società, nonché l'art. 41 Cost., il quale riconosce la libertà d'iniziativa economica, prescrivendo che la medesima non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo di arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, nonché gli artt. 3 e 36 Cost.

Non c'è settore del diritto nel quale la portata di questi principî non sia stata dirompente; piuttosto ci sono giuristi che rifiutano, ancora, di assumere consapevolezza che l'attuale sistema delle fonti è complesso e aperto; che la Costituzione non ha valore programmatico, ma precettivo⁶⁰; che ogni regola deve trovare

⁵⁷ L'avvento delle costituzioni lunghe e rigide impone un radicale mutamento della teoria dell'interpretazione. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, 2017, p. 25, 55; PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 965 ss.,

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, 2017, p. 5 ss.

⁵⁹ PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 39; ID., *La persona e i suoi 'diritti'. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.; N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

⁶⁰ PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 118 ss.

fondamento in un principio⁶¹; che la gerarchia assiologica prevale su quella formale⁶²; che al centro dell'universo ordinamentale c'è la persona.

Questa modifica dell'impianto culturale del nostro ordinamento giuridico si riflette sull'intero diritto⁶³ e, dunque, anche sul diritto delle successioni a causa di morte⁶⁴, imponendo, per un verso, di considerare con maggiore ragionevolezza⁶⁵ il conflitto tra l'interesse

⁶¹ ID., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 73 ss.

⁶² Sul concetto di gerarchie normative, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 121 ss.; ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, pp. 41 ss, 233-238; PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., p. 169 ss.; Per tutti, sulla dimostrazione che, in forza del principio di legalità, deve darsi prevalenza al criterio assiologico, PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 195, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 104; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 27.

⁶³ Sull'interconnessione tra diritto e cultura, FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. I Il concetto di diritto*⁵, Milano, 1996, p. 396 ss.; GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, p. 36; PERLINGIERI, 'Dittatura del relativismo' e 'tirannia dei valori', in T. G. Tasso (a cura di), *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Napoli, 2011, p. 136; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 s.

⁶⁴ Per tutti, le acute considerazioni di KEMELMAKER DE CARLUCCI MENDOZA, *Prólogo*, in L.B. Pérez Gallardo, *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Ibañez, Bogotá, 2019, p. 9 s., «*El punto de partida común es la constitucionalización del derecho privado, que impone releer el derecho sucesorio tomando como centro la persona humana. Esta centralidad exige atender a los valores jurídicos contenidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos y ponerlos en equilibrio: la libertad, llamada hoy autonomía; la igualdad real y no meramente formal, vinculada a la pluralidad, y la fraternidad, hoy solidaridad y protección de las personas más vulnerables (niños, personas con discapacidad, etc. de allí que, por ej., la mayoría de las nuevas legislaciones permitan al testador mejorar el hijo con discapacidad y un importante grupo de autores comience a preocuparse seriamente sobre las relaciones entre régimen sucesorio y prestaciones alimentarias). En definitiva, el derecho de sucesiones, por su triple vinculación con la persona, la familia y el patrimonio, non es inmune a la influencia constitucional*».

⁶⁵ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

del *de cuius* a pianificare liberamente la propria successione e l'interesse dei familiari, specie quando costoro siano legittimari⁶⁶ e, per altro verso, di superare la lettura quasi esclusivamente patrimonialistica che di esso è stata, via via, offerta.

La centralità della persona umana, il personalismo e il solidarismo costituzionale, l'aver considerato la dignità della persona valore apicale nella moderna cultura del diritto, rende inevitabile, addirittura, impensabile non considerare le situazioni esistenziali come primarie e determinanti. Non si può revocare in dubbio né questo processo culturale, né che le scelte legate alla propria sfera esistenziale abbiano oggi un'importanza di primo ordine.

In questa prospettiva, occorre considerare che l'espressione "succedere" riguarda non soltanto i rapporti giuridici patrimoniali, ma anche e, soprattutto, quelli esistenziali⁶⁷.

Decisioni sulla propria sepoltura, sulla cremazione, sui funerali, sul diritto morale d'autore, sulla sorte di carte, ritratti, immagini, fotografie e ricordi di famiglia, sul proprio *account* di accesso al *social network*, sull'*account* di accesso a *cloud*, sull'amministrazione dei beni dei propri figli, su tutori o amministratori di sostegno per i propri figli, sul proprio nome, sulla propria immagine, sui campioni biologici, ossia decisioni su diritti della personalità, non soltanto sono di capitale importanza, ma costituiscono, altresì, contenuti di disposizioni di ultima volontà, di cui la prassi è colma.

In sintesi, «successione a causa di morte» descrive il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali, che nella morte di un soggetto trovano il loro fondamento causale, ossia

⁶⁶ BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.; CAPRIOLI, *I mutevoli confini della successione ereditaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 981 ss.

⁶⁷ BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, cit., p. 172 ss.; PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 411. In senso parzialmente diverso, BILOTTI, *Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione ereditaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 351 ss.

che alla morte del soggetto si realizzano in via originaria, o ne traggono una loro autonoma qualificazione⁶⁸.

In questa prospettiva occorre anche ripensare alla disciplina dei contratti *post mortem*.

Gli atti idonei a realizzare una pianificazione successoria sono stati pensati, per lungo periodo, avendo riguardo alla loro struttura e tipicità. In questa chiave di lettura si diceva che l'unico atto di pianificazione ereditaria era il testamento. Per un verso, si negava, sostanzialmente la esistenza di altri atti di ultima volontà diversi dal testamento e, per altro verso, si affermava la nullità di qualunque atto tra vivi relativo alla successione in ragione del divieto di patti successori.

Il nuovo concetto di successione, in uno con la idea che si danno atti di ultima volontà diversi dal testamento e che il divieto dei patti successori esclude la validità dei soli atti tra vivi con i quali si dispone della delazione, impone di ripensare agli atti di pianificazione successoria, non più in base alla loro struttura, bensì alla loro funzione.

Il negozio *post mortem* diventa strumento capace di consentire la regolamentazione di interessi patrimoniali e non patrimoniali per il tempo in cui il soggetto avrà cessato di vivere.

Nei limiti posti dal divieto di patti successori, l'unico contenuto proibito al negozio *post mortem* è la disposizione della delazione. Esso è, quindi, capace di realizzare sia tutti gli interessi non patrimoniali, sia tutti gli interessi patrimoniali, che non importino una disposizione della delazione.

5. I negozi *post mortem*.

5.1. Premessa.

La figura dei negozi *post mortem*, in punto di fattispecie, raccoglie tutti gli atti negoziali *inter vivos* i cui effetti sono rinviati al tempo della morte, la quale è considerata all'interno del negozio

⁶⁸ GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 37 s.; ID., *Atto «mortis causa»*, cit., p. 232 s.

quale mero accadimento avente funzione di sospendere o, semplicemente, di limitare nel tempo gli effetti del negozio⁶⁹.

Dentro la categoria dei negozi *post mortem* dobbiamo considerare non soltanto i contratti, ma anche i negozi unilaterali, senza possibilità che la unilateralità possa indurre confusione con gli atti di ultima volontà. Ben possono darsi, infatti, negozi unilaterali tra vivi (e, dunque, non di ultima volontà) destinati a regolare un interesse del loro autore per il tempo successivo alla sua morte. Basti pensare, a esempio, a una promessa al pubblico, in cui il promittente si obbliga a eseguire la prestazione al tempo successivo alla sua morte.

Non v'ha, dubbio, però, che nella categoria dei negozi *post mortem* un ruolo di sicuro spicco è assunto dai contratti e, tra essi, dal mandato, almeno per l'ovvia ragione che è figura di una lunga e antica tradizione⁷⁰.

Ciò però non deve indurre il convincimento che la ipotesi del mandato esaurisca la classe dei contratti *post mortem*, dacché possono ben darsi casi di altri contratti c.dd. tipici, come a esempio, il deposito o il mutuo, e, soprattutto, non può escludersi che si possano dare ipotesi di contratti c.dd. atipici. Non si può escludere, cioè, che le parti affidino la regolamentazione di loro interessi per il tempo successivo alla morte o alla premorte di una di esse a un concreto contratto che non ha una specifica disciplina nel nostro ordinamento giuridico. Al riguardo mi sembra che costituiscano ipotesi interessanti, che trovano grandi applicazioni, sia il negozio fiduciario, sia il trust, sia il contratto di affidamento fiduciario, solo per citare le ipotesi più note.

Quella dei negozi *post mortem*, che Giampiccolo, più esattamente, aveva definito come negozi sotto modalità di morte⁷¹,

⁶⁹ Avverte NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 152, che l'interprete non può mai esimersi da un «esame penetrante della fattispecie», allo scopo di verificare se non vi sia un intento fraudatorio della legge.

⁷⁰ Per tutti si pensi allo studio di COVIELLO JR., *Il mandato post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 1 ss.

⁷¹ Secondo la ricostruzione di GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 12 ss.; ID., *Atto «mortis causa»* (voce), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 236, le

è, dunque, una categoria molto ampia, rispetto alla quale una casistica è difficile da proporre e forse anche poco utile, perché si risolve in una mera elencazione di ipotesi.

Il vero problema che pongono i negozi *post mortem* è quello della loro validità, la quale si misura, sempre, con il divieto di patti successori.

In questa prospettiva ho creduto che fosse indispensabile, in via preliminare, precisare l'ambito del divieto di patti successori, dal momento che da esso dipende la stessa ammissibilità e ampiezza della figura.

A tale proposito, richiamando le considerazioni già svolte in tema di patti successori e la mia idea che il divieto intende vietare soltanto gli atti tra vivi di disposizione della delazione, è chiaro, sebbene si tratti di una anticipazione della conclusione, che debbono considerarsi validi tutti quei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*, che non comportino una disposizione, immediata e diretta, della delazione.

5.2. *Il mandato post mortem.*

Tra tutti i contratti *post mortem*, il mandato è quello intorno al quale si sono concentrate la maggior parte delle considerazioni della nostra dottrina. Le ragioni non sono difficili da comprendere quando

ipotesi che oggi noi chiamiamo “negozi *post mortem*” sono, più tecnicamente, negozi sotto modalità di morte. Ciò perché la morte non aveva la forza di colorare il profilo funzionale-oggettivo del negozio, ma degradava a mera modalità dell'effetto. L'espressione “negozio *post mortem*” descrive una specie intermedia tra l'atto a causa di morte e l'atto sotto modalità di morte. Si tratta di tutti quegli atti tra vivi che in quanto contenuti in un atto testamentario non soltanto si adeguano alla speciale forma di emissione della dichiarazione, ma sono efficaci solo dopo la morte. Si tratta, a esempio, della confessione, del riconoscimento di figlio naturale (*rectius*: nato fuori del matrimonio), della dichiarazione di paternità, del riconoscimento del debito, dell'accettazione dell'eredità, della ratifica, della convalida. Si tratta di atti che possono essere compiuti sia per mezzo di un atto tra vivi, che per mezzo dell'atto testamentario. L'A. precisa che ove il soggetto compia un tale atto con la forma testamentaria, sebbene esso non diventi contenuto del testamento, la modalità di emissione della dichiarazione influenza l'efficacia dell'atto medesimo. L'atto produce i suoi effetti, per i terzi, soltanto dopo la morte dell'autore. A esempio, una confessione testamentaria sarebbe efficace, rispetto alla generalità, soltanto dopo la morte del suo autore.

si consideri, per un verso, la straordinaria duttilità di questo tipo contrattuale e, per altro verso, la necessità di verificare la derogabilità della norma di cui all'art. 1722 c.c.

Non c'è dubbio, che il contratto di mandato, tra tutti i contratti tipici, sia quello che meglio si presta a essere utilizzato in funzione successoria. Considerando, infatti, che il contratto di mandato obbliga il mandatario a compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante, è indubbio che quando la prestazione del mandatario sia rinviata al tempo della morte del mandante, è strumento di grande utilità e ottima flessibilità per la realizzazione di interessi *post mortem*. Si pensi, a esempio, all'incarico avente a oggetto gli atti necessari per la cremazione della persona⁷², la consegna di un bene di valore, ovvero una chiave di accesso a una piattaforma digitale, ovvero, tutte le possibili utilizzazioni dello strumento nella regolamentazione di interessi non patrimoniali.

Sotto un diverso profilo, l'ammissibilità del mandato *post mortem* incontra un grande ostacolo nella norma di cui all'art. 1722, n. 4 c.c., che pone la regola *mandatum morte finitur*, sicché occorre indagarne la derogabilità.

La dottrina più classica e tradizionale⁷³ era ferma nel reputare la inderogabilità della norma e, dunque, nell'escludere la validità del mandato *post mortem*.

Occorre giungere a ricostruzioni più moderne per superare questa concezione.

Oggi si dice, infatti, che questa regola ha natura derogabile, perché ha una *ratio* e una portata applicativa diversa da quella, sempre contenuta all'art. 1722 c.c., che statuisce l'estinzione del

⁷² BONILINI, *Iscrizione a «società» di cremazione e mandato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 524 ss. L'A. ribadisce la importanza dello strumento, osservando che è molto frequente che i familiari del defunto sia contraria alla cremazione del defunto. Per questa ragione precisa: «La volontà di cremazione, e, più in generale, circa il modo d'essere della sepoltura o della destinazione dei resti mortali, esprime un interesse che, ove non adeguatamente protetto con gli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico, rischia di essere inattuato».

⁷³ CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 556 ss., BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 320; NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 240 ss.; DE RUGGIERO MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Messina, 1965, p. 396

mandato in caso d'interdizione o inabilitazione del mandante⁷⁴, nonché da quella che prescrive l'estinzione del mandato in caso di morte del mandatario⁷⁵.

La norma in discussione ha la funzione di evitare che gli eredi del mandante siano vincolati, nell'amministrazione del patrimonio ereditario, dalle scelte operate dal mandante e, dunque, è posta a tutela d'interessi individuali, ma non meta-individuali. A tacere del fatto che lo stesso legislatore ha previsto talune ipotesi nelle quali la morte del *dominus* non importa l'estinzione del mandato, il cui rapporto prosegue con gli eredi del mandante⁷⁶.

Affermata la derogabilità della regola *mandatum morte finitur*, la validità di un mandato *post mortem* si lega alla disciplina che pone il divieto di patti successorî, dovendosi stabilire quando questo assuma una conformazione *mortis causa* e, dunque, debba dirsi nullo e quando, invece, la morte sia soltanto una modalità cronologica dell'effetto.

Sul punto la dottrina⁷⁷, confortata anche dalla giurisprudenza, afferma la validità del mandato *post mortem*, quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto meramente esecutivo, avente a oggetto un bene, o un complesso di beni, di cui il mandante abbia già trasferito la titolarità al mandatario; mentre il contratto è invalido quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto giuridico, che

⁷⁴ NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, *sub* artt. 1722-1730, 1994, p. 23. Di recente PUTORTI, *Mandato post mortem e divieto di patti successorî*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738.

⁷⁵ Si dice che in questo caso la norma ha natura inderogabile, perché mira a tutelare interessi meta-individuali. Non soltanto l'interesse del mandante all'esecuzione dell'incarico, la quale potrebbe essere pregiudicata o impedita dalla indisponibilità o dalla incapacità tecnica degli eredi del mandatario, ma, soprattutto, l'interesse degli eredi del mandatario, i quali debbono essere liberi di scegliere, in maniera autonoma, le attività da svolgere. Così, PUTORTI, *Il mandato post mortem*, *cit.*, p. 356.

⁷⁶ Salvo il recesso da parte degli eredi del mandante, sono i casi di mandato conferito nell'interesse del mandatario o di terzi, di cui all'art. 1723 Cod. civ., di mandato collettivo, di cui all'art. 1726 Cod. civ. e di mandato avente a oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa, di cui all'art. 1722, n. 4, Cod. civ.

⁷⁷ GALLO, *Il contratto fiduciario*, in R. Calvo e A. Ciatti (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, *cit.*, p. 55.

importa il trasferimento di un diritto di cui il mandante abbia conservato la titolarità.

Si dice, infatti, che in quest'ultimo caso, il mandatario finirebbe con il disporre, ancorché in esecuzione del mandato, di un diritto successorio, perché il «mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi, pur sempre la propria attività per conto altrui»⁷⁸. Con la conseguenza che i beni di cui il mandatario dispone, non essendo mai fuoriusciti dal patrimonio del mandante, sarebbero da considerare facenti parte della di lui eredità.

In conformità a questo criterio di massima, si afferma, che è valido il mandato *post mortem exequendum*, mentre invalido il mandato *mortis causa*, ossia che è valido il mandato avente a oggetto un'attività esecutiva, relativa a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi, e invalido il mandato avente a oggetto un'attività che si concretizza nel trasferimento di determinati beni⁷⁹.

Sotto questo profilo mi pare che si debba confermare la interpretazione che ho proposto del divieto di patti successori, dal momento che questo risultato, ormai consolidato nella nostra giurisprudenza, può meglio comprendersi considerando che il principio sotteso al divieto è la disposizione tra vivi della delazione.

⁷⁸ Le parole sono attinte da Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1613.

⁷⁹ Più di recente, Cass., 15 maggio 2018, n. 11763, in *Leggi d'Italia*, che afferma questo principio di diritto: «È valido ed efficace nel nostro ordinamento, un mandato *post mortem exequendum* conferito ed accettato durante la vita del mandante ed avente per oggetto un incarico (anche se di contenuto patrimoniale) da eseguirsi dal mandatario dopo la morte del mandante e per conto di questo; tuttavia, la validità di un mandato da eseguirsi *post mortem* è subordinata alla circostanza che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione *mortis causa* e in ispecie la successione testamentaria, atteso che la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità, non può operare, *post mortem*, che come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e nei limiti determinati dalla legge. Pertanto, deve essere negata validità ad un mandato contrattuale che, in qualsiasi forma e modo, comporti, attraverso l'esecuzione da parte del mandatario dopo la morte del mandante, una trasmissione *mortis causa* di beni patrimoniali, inerenti all'eredità, a favore di terze persone (*mandatum post mortem*)».

Se l'atto giuridico che il mandatario si obbliga a eseguire dopo la morte del mandante è la consegna di un bene a un terzo, non v'ha dubbio che si ha una disposizione della delazione, perché il contratto realizza, sostanzialmente, una attribuzione patrimoniale a titolo particolare *post mortem*, ossia un vero e proprio legato, con l'ulteriore conseguenza che sottrae un bene al patrimonio ereditario.

Per contro, nel caso in cui il mandatario si obbliga a consegnare a un terzo un bene che il mandante ha già trasferito al mandatario, è da escludere che si sia in presenza di una disposizione della delazione, dal momento che il bene è già fuoriuscito dal patrimonio del mandante.

Il criterio suggerito aiuta non soltanto nel caso in cui il mandato consista nel compimento di un atto giuridico di attribuzione patrimoniale, ma anche in tutti i casi in cui riguardi il compimento di un atto giuridico che non implica una attribuzione patrimoniale e i casi in cui implica il compimento di un atto giuridico a contenuto non patrimoniale.

In altri termini, mentre il criterio adottato dalla giurisprudenza aiuta solo nel caso in cui il mandato riguardi il compimento di un atto giuridico di attribuzione patrimoniale, il criterio che ho proposto consente di affrontare, con maggiore consapevolezza tutti, i casi e, soprattutto quelli, che nella società contemporanea sono destinati ad assumere sempre maggiore rilevanza, nei quali si fa riferimento ad atti giuridici relativi a interessi non patrimoniali. Al riguardo, basti pensare ai casi in cui il mandatario si obbliga a compiere un atto che non ha contenuto patrimoniale, come per esempio la consegna di carte e ricordi di famiglia, o la cremazione di una persona. Si tratta di ipotesi la cui validità non credo che possa o debba essere questionata, dovendosi escludere, sicuramente, che si dia una disposizione tra vivi della delazione.

Chiariti i confini di ammissibilità del contratto di mandato *post mortem*, si pone un ulteriore problema connesso al rischio della inesecuzione dell'incarico.

La principale utilità del contratto di mandato *post mortem* si lega alla esigenza del defunto di assicurarsi in vita che il mandatario compia l'atto giuridico. Tale risultato, infatti, può essere conseguito solo con il contratto e non anche con la disposizione testamentaria,

dacché in tale caso, il testatore non ha la garanzia giuridica che il soggetto esegua la disposizione. In cambio, in caso di mandato, trattandosi di contratto che vincola le parti, il mandante è tendenzialmente certo che il mandatario compirà quel determinato atto giuridico.

Il problema della non esecuzione dello incarico si lega alla disciplina dell'art. 1722, n. 1 c.c., che attribuisce al mandante e, dunque, agli eredi del mandante, quando succedono nel rapporto, il diritto di revoca. Costoro potrebbero revocare il mandato e, dunque, interdire al mandatario il compimento dell'incarico affidatogli dal mandante.

Occorre, quindi, verificare se al mandato *post mortem* trovi applicazione questa disciplina o se gli interessi che il contratto intende realizzare, impongano dei correttivi in sede di interpretazione.

Al riguardo, credo che i correttivi siano necessari, perché deve escludersi che gli eredi del mandante possano revocare il mandato. A ragionare diversamente si finirebbe con l'attribuire agli eredi del mandante un vero e proprio potere di revocare la scelta compiuta dal *de cuius*, con il risultato, paradossale, che lo strumento del contratto, da taluni reputato più sicuro e adatto alla realizzazione degli interessi del disponente, e dallo stesso mandante utilizzato nel convincimento che il vincolo derivante dal contratto non si espone al rischio di inattuazione, al quale potrebbe essere esposta la disposizione testamentaria, potrebbe finire con il diventare uno strumento del tutto inadatto alla realizzazione di quell'interesse, proprio perché gli eredi potrebbero revocare, *ad nutum*, l'incarico conferito dal *de cuius* al mandatario.

Nel caso di mandato *post mortem*, specie se si tratti di mandato regolativo di una situazione esistenziale, deve escludersi che gli eredi del mandante abbiano un potere di revoca e, dunque, che il potere di revoca che, certamente, compete al mandante, si trasmetta a favore dei suoi eredi⁸⁰. Ciò perché il potere di cambiare una

⁸⁰ Per tutti, CARIOTA FERRARA, *Mandato «post mortem» e disposizione sulla sepoltura*, in *Foro lomb.*, 1934, cc. 745 s., e 749 s. L'A., inoltre, ha cura di precisare, con argomenti largamente condivisibili, non ripresi dalla letteratura più

decisione inerente alla pianificazione dei propri interessi *post mortem*, specialmente quando si tratti di interessi esistenziali, costituisce, non soltanto una esplicazione fondamentale della libertà di disporre, ma un vero e proprio principio fondamentale del diritto successorio, che non stenterei a considerare di ordine pubblico interno e internazionale⁸¹. Principio che deve applicarsi anche al contratto quando, come in questo caso, esso abbia una evidente funzione successoria, ossia di pianificazione della propria successione o di taluni profili della propria successione.

Sotto un diverso profilo, se, da un lato, deve ammettersi che gli eredi del mandante non possano revocare il mandato, dall'altro deve ammettersi che il mandante possa revocare il mandato in qualunque momento.

Al di là dalla previsione contenuta nell'art. 1722, comma 1, n. 2, c.c. e di quella di cui all'art. 1723 c.c., non credo si possa dubitare che il mandato debba considerarsi sempre revocabile da parte del

moderna, ma straordinariamente attuali, che il mandante in alcuni casi potrebbe non voler escludere che i propri eredi possano revocare l'incarico, mentre in altri casi, anche in ragione dell'interesse regolato e della sua natura, può darsi che «voglia il mandato a ogni costo, indipendentemente da una rispondenza di esso alla volontà e agli interessi degli eredi, anzi lo voglia contro la loro volontà». Sulla base di questa ricostruzione, la dottrina più moderna ha escluso che gli eredi del mandante possano revocare l'incarico, ancorché esso sia stato conferito per contratto. Si vedano anche i riferimenti alla nota n. 40.

⁸¹ In tema di ordine pubblico internazionale, si veda: BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: Límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario*, in *Diario La Ley*, 2000, 1-9; ID., *Regimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario*, in *Diario La Ley*, No 5876, *Sección Doctrina*, 22 Oct. 2003, 2003, pp. 1657-1663; ID., *Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero*, in *Anuario español de Derecho internaciona privado*, 2010, pp. 339-377; ID., *¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?*, in C. G. coord. por Nuria Bouza i Vidal, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 146-181; ID., *La relatividad esférica del orden público internacional. Una descripción básica*, in corso di pubblicazione e letto per cortesia dell'Autore; PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli 2019, p. 3 ss.

mandante. Anzi, dovrà dirsi che la revocabilità non può essere esclusa neppure nel caso in cui il mandato, sebbene sia difficile immaginarlo, fosse conferito nell'interesse del mandatario o di un terzo. Nell'ipotesi di contratto di mandato destinato a regolare una situazione esistenziale *post mortem* della persona, non può tollerarsi una compressione del potere del disponente di modificare, fino all'ultimo istante, la propria decisione. Sicché la stessa fermezza del contratto, che pure si considera il suo tratto caratterizzate, è costretta a cedere di fronte alla funzione che il concreto atto è destinato a realizzare, testimoniando che la disciplina dell'atto non dipende da un astratto giudizio di sussunzione, bensì da una valutazione della concreta funzione, avendo riguardo al rapporto giuridico concretamente regolato.

5.3. *Contratti post mortem in alcune applicazioni della giurisprudenza italiana*

Il mandato *post mortem* costituisce una delle ipotesi più significative e rilevanti dei contratti *post mortem*, ma come ho detto non è la unica applicazione possibile. Anche allo scopo di verificarne le potenzialità e di considerare in una visione di assieme la posizione della giurisprudenza italiana, credo che possa essere importante prendere in considerazione i casi che si sono presentati.

Ciò per almeno due ordini di ragioni: per un verso, per analizzare il criterio con il quale la nostra giurisprudenza distingue tra contratti validi e contratti invalidi in considerazione del divieto di patti successori e, per altro verso, per offrire una casistica di applicazioni concrete.

Rispetto al primo punto di vista, come già ho avuto modo di precisare scorrendo del divieto di patti successori, la posizione della giurisprudenza italiana non si è molto allontanata dai risultati conseguiti con la famosa sentenza del 1971, che continua a costituire il criterio basilare attraverso il quale tracciare lo spartiacque tra i contratti *post mortem* validi e nulli. Questa indagine si compie, ovviamente, nell'orizzonte concettuale già proposto da Giampiccolo, che suggerisce di differenziare a seconda che la morte sia un avvenimento che caratterizza l'atto sotto un profilo oggettivo-funzionale, ovvero una mera modalità di produzione dell'effetto.

Può, tuttavia, segnalarsi che in tempi più recenti, con l'affermarsi sempre più convinto dell'idea che la causa del contratto non possa essere valutata in astratto, ma debba essere sempre considerata in concreto, assumendo che essa esprima la sintesi (e, dunque, la ragione pratica) degli effetti reali dei contraenti, indipendentemente dallo schema o dal tipo utilizzato⁸², le valutazioni dei singoli casi, ancorché svolte sempre con il medesimo criterio, hanno consentito una più adeguata valutazione degli interessi concreti.

Si direbbe, quindi, che pur mantenendosi fermo il criterio utilizzato per distinguere tra contratti validi e invalidi, l'analisi della giurisprudenza sia divenuta più attenta agli interessi del singolo caso.

Attraverso queste coordinate credo che possano e debbano essere lette le sentenze della nostra giurisprudenza dagli anni Ottanta e fino a oggi, non senza rilevare che i casi in cui si afferma la nullità sono marcatamente in contrasto con il divieto di patti successori.

In particolare, la giurisprudenza ha affermato la nullità della scrittura con la quale una sorella aveva acconsentito al trasferimento ai suoi due fratelli della nuda proprietà degli immobili del padre, a fronte dell'impegno assunto da costoro di corrisponderle una somma di danaro⁸³, la nullità del patto con il quale un soggetto aveva trasferito una somma di danaro ad altro, a tacitazione dei diritti di legittima⁸⁴, nonché la nullità del contratto trilaterale con il quale una parte deposita presso altra una somma di danaro, attribuendo a un

⁸² Per tutte, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, p. 2203, sulla quale si vedano le considerazioni di ANDR. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa in concreto*, in G. Perlingieri, Clarizia, Lepore e Fachechi (a cura di), *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazioni e contratti. Atti del convegno*, Napoli, 2015, p. 25 ss.

⁸³ Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, cit.

⁸⁴ Cass., 26 agosto 2002, n. 12474, in *Arch. civ.*, 2003, p. 694, la quale ha cassato la sentenza di appello che, pur avendo accertato la nullità del patto, ha escluso l'obbligo di restituzione delle somme versate al rinunciante in esecuzione del patto, in applicazione dei principî relativi all'indebito oggettivo, erroneamente ipotizzando che le somme corrisposte dovessero, addirittura, considerarsi siccome attribuzioni compite a titolo liberale, «senza nemmeno darsi carico di individuare da quali elementi fosse desumibile nella specie *l'animus donandi* (e senza porsi il problema della esistenza dei requisiti di forma previsti per un atto di liberalità)».

terzo il diritto di pretendere la restituzione delle somme depositate dopo la morte del depositante⁸⁵. Si tratta, quindi, di ipotesi nelle quali è evidente che il contratto, indipendentemente dal modo in cui le parti abbiano costruito l'operazione economica sottesa sia sostanzialmente volto a realizzare una disposizione tra vivi della delazione.

Ancora, la giurisprudenza ha affermato la nullità del contratto con il quale un soggetto attribuisce il diritto personale di godimento del proprio immobile ad altri, con decorrenza dal tempo della propria morte⁸⁶, non tanto perché esso possa essere considerato una ipotesi di donazione *si praemoriar*, ma in quanto si trattava di un patto avente a oggetto un'istituzione di erede. In altri termini, la Suprema Corte, come è giusto che accada, non muove dalla qualificazione, per poi trarre la conseguenza, bensì dalla funzione del singolo negozio.

Infine, è stata dichiarata la nullità del patto con il quale due acquirenti di un bene immobile, in comunione, stabiliscono che la quota di ciascuno debba successivamente trasferirsi a chi dei due sopravviva⁸⁷ e la nullità della transazione conclusa da uno dei potenziali eredi, quando il *de cuius* era ancora in vita, con la quale egli rinuncia ai diritti vantati, anche quale legittimario, sulla futura successione, ivi incluso il diritto a fare accertare la natura simulata degli atti di alienazione posti in essere dall'ereditando⁸⁸.

⁸⁵ Cass., 17 agosto, 1990, n. 8335, cit., p. nella cui motivazione si legge: «nel caso di specie [...] il diritto alla restituzione della somma data in deposito è stato attribuito [...] al terzo] con effetto dalla morte del disponente, intendendo questi, come si è detto, assicurarle "una vita dignitosa e conforme al grado sociale": tipica disposizione, dunque, a causa di morte, concretatasi, però, in un contratto che, per i vincoli che importava, correttamente è stato considerato *contra legem*».

⁸⁶ Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, p. 582 e in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 725, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1651, con nota critica di AZZARITI, *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento «post mortem» del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*. La massima è annotata anche in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 91, da CHIANALE, *Osservazione sulla donazione mortis causa*.

⁸⁷ Cass., 18 agosto 1986, n. 5079, in *Leggi d'Italia*.

⁸⁸ Cass., 16 giugno 2018, n. 15919, in *Leggi d'Italia*.

Si tratta di ipotesi nelle quali la nullità era sostanzialmente inevitabile dacché il contratto diventa, come è facile intendere, lo strumento attraverso il quale si compie un vero e proprio atto di disposizione della delazione.

Decisamente più interessanti sono i casi nei quali la nostra giurisprudenza ha affermato la validità di contratti *post mortem*.

È stata affermata la validità del negozio con il quale una zia si riconosce debitrice di una certa somma nei confronti di una nipote per l'assistenza prestatale, stabilendo che l'ultima avrebbe conseguito il dovuto alla morte della zia stessa, salvo che, prima, non fosse venduto un appartamento⁸⁹; la validità di un contratto di vendita dissimulante un atto liberale, con il quale un soggetto aveva trasferito la nuda proprietà di un bene immobile, riservando a sé l'usufrutto⁹⁰. In entrambe le ipotesi è evidente che non si dispone

⁸⁹ Cass., 3 marzo 2009, n. 5119, in *Notariato*, 2009, p. 622 ss., con nota di LIGOZZI, *Sulla presunta erosione del divieto di patti successori*, nella quale si legge: «la convenzione [...] costituisce un negozio *inter vivos* in quanto con essa [...] la zia] ha disposto la suddetta attribuzione patrimoniale in favore [...] della nipote] con la sottoscrizione della convenzione stessa, riconoscendosi già da allora debitrice della nipote per le causali ivi indicate, prevedendo soltanto, quanto all'estinzione del debito riconosciuto, il suo differimento dopo la sua morte, nell'ipotesi di mancata vendita in vita dell'appartamento». La sentenza è commentata da LIGOZZI, *Il commento*, *ivi*, p. 628 la quale segnala che, applicando il noto pentalogico proposto dalla giurisprudenza nel 1971, «non può non condividersi la conclusione della Corte di legittimità nel senso di ritenere la convenzione in oggetto un atto *inter vivos*, in cui l'elemento morte – lungi dall'essere un elemento funzionale – rappresenta, invece, un mero elemento temporale».

⁹⁰ Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, *cit.*, p. 227. La sentenza, dopo aver pedissequamente ripreso il noto pentalogico delle condizioni al ricorrere delle quali può dirsi ricorrere un patto successorio, esclude che il negozio in parola possa considerarsi nullo, in quanto dissimulante un patto successorio. «Nel caso in esame non v'è dubbio che si è in presenza di atto *inter vivos*, e non *mortis causa*, perché [Tizia] ha disposto del suo bene attualmente, trasferendo immediatamente la nuda proprietà del bene stesso, con relativi diritti e oneri a favore e a carico degli acquirenti, riservandosi l'usufrutto vita natural durante. Né vale a qualificare l'atto *mortis causa* il fatto che con la morte della venditrice gli acquirenti conseguono la piena proprietà del bene, perché trattasi non di un effetto contrattuale ma di una conseguenza legale dell'estinzione dell'usufrutto». Il tutto a tacere del rilievo che secondo la Cassazione nel caso di specie mancherebbe proprio il patto, in quanto

affatto della delazione; i contratti producono immediatamente l'effetto, che si realizza in modo stabile, essendo soltanto rinviata la sua produzione a un momento futuro.

Ancora, è stata affermata la validità di una clausola contenuta in un contratto di assicurazione per infortunio, la quale esclude la trasmissibilità agli eredi del diritto all'indennità per invalidità permanente, sempre che prima della morte dello stesso assicurato – per causa indipendente dall'infortunio – l'importo dell'indennità non fosse stato liquidato, oppure offerto⁹¹.

Più di recente, è stata affermata la validità di un contratto di vitalizio con il quale il trasferimento del bene è differito al tempo della morte del vitaliziato, stabilendo, altresì, che il vitaliziante, in caso di necessità, avrebbe potuto vendere il bene da trasferire al vitalizante, che in questo caso avrebbe avuto diritto a un equo compenso per l'attività prestata⁹² e la validità di una scrittura con la

«il negozio assertivamente dissimulato [...] è del tutto estraneo alla nozione di patto successorio, dovendo questo consistere in un accordo tra le parti diretto a far sorgere un vero e proprio *vinculum juris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce in concreto l'adempimento».

⁹¹ Cass., 23 aprile 1992, n. 4912, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 727, con nota di DI MAURO, *Patto di intrasmissibilità mortis causa del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successori*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1087, con nota critica di DI COLA, *Sull'accertamento dei patti successori*, in *Vita not.*, 1995, p. 135, con nota critica di DI BLASI, *Assicurazione contro gli infortuni. Clausola d'intrasmissibilità agli eredi*, nella cui motivazione si legge: «con la clausola in esame viene circoscritta l'operatività della polizza con riguardo ai soggetti beneficiari e viene fissato, a tal fine, il carattere personale della predetta indennità, per cui la morte dell'assicurato lungi dal comportare l'attribuzione di beni o diritti successori, segna il momento finale ed estintivo dell'obbligazione assunta dall'assicuratore, salva l'eccezione, già ricordata della precedente quantificazione od offerta dell'indennità, da intendersi come già acquisita al patrimonio dell'assicurato. Non è poi ravvisabile il patto successorio dispositivo né quello rinunciativo, perché l'assicurato non dispone dei diritti che potrebbero derivargli da una successione a terzi e, tanto meno, rinuncia agli stessi diritti».

⁹² Cass., 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1163, con nota di CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, nella cui motivazione si intuisce che la Cassazione ha escluso la natura del patto successorio in ragione del presunto diritto di revoca che il vitaliziato si era riservato: «avendo appunto considerato tale riserva, sia pure condizionata al verificarsi della indicata situazione, che consentiva [...] al vitaliziato] di disporre in vita dei propri beni,

quale due fratelli avevano determinato il conguaglio che uno avrebbe dovuto pagare all'altro, in relazione al maggior valore dei beni rispettivamente ricevuti ed acquistati per donazione dalla loro madre⁹³.

La giurisprudenza offre, dunque, una casistica assai interessante e deve apprezzarsi, sicuramente lo sforzo compiuto di affermare la validità del contratto in tutti quei casi nei quali, avendo riguardo agli interessi concretamente realizzati, il negozio non costituisce lo strumento con il quale si realizza un atto di disposizione della delazione, ma si compie una attribuzione patrimoniale immediatamente vincolante tra le parti, i cui effetti vengono sostanzialmente differiti al *dies mortis* di una.

A queste ipotesi debbono, ovviamente, aggiungersi tutte quelle, per vero molto importanti nella nostra attuale economia e di grandissima attualità, aventi a oggetto trust con funzione successoria.

correttamente la Corte del merito ha escluso che potesse ravvisarsi la esistenza di un patto successorio, vietato dall'art. 458 c.c., il quale richiede, tra l'altro, l'irrevocabilità della manifestazione di volontà del cedente». La soluzione non convince. La Cassazione ipotizza che la *ratio* del divieto del patto istitutivo stia nella tutela della libera revocabilità dell'atto d'ultima volontà, con la conseguenza che, nel caso di specie, poiché tale libertà non parrebbe compromessa, non sussisterebbero ragioni per escludere la validità del patto concluso. L'argomento non soltanto non convince, perché porta un'inversione logica di causa ed effetto, senza tener conto del principio sotteso al divieto, ma risulta, financo, pericolosa. Perché a ragionar così, si finirebbe con l'ammettere la validità di tutti i patti successorî istitutivi, che prevedano un diritto di recesso *ad nutum* del disponente. Per quanto possa essere vero che il divieto del patto successorio istitutivo possa giustificarsi in ragione del principio di libertà, non deve dimenticarsi che il principio sotteso al divieto è nell'indisponibilità convenzionale della delazione successoria e che il divieto serve non già a evitare un risultato *tout court*, bensì il risultato in quanto raggiunto con quel determinato mezzo tecnico. Nel caso di specie, dunque, la presenza del diritto di revoca avrebbe dovuto far pensare alla nullità del patto, dacché l'interesse realmente perseguito dalle parti è perfettamente corrispondente a quello tipico del testamento. Motivazioni analoghe a quelle che hanno suggerito proprio alla giurisprudenza di legittimità e alla dottrina di considerare nulla, per violazione del divieto di patto successorio la c.d. donazione *mortis causa*.

⁹³ Cass., 27 novembre 2015, n. 24291, in *Leggi d'Italia*.

Si tratta dei casi in cui un soggetto, detto disponente, trasferisce un bene o un complesso di beni al *trustee*, affinché costui amministri il bene o il complesso di beni per un certo periodo e provveda al tempo della morte del disponente ad attribuire i beni ai soggetti beneficiari, i quali potranno essere indicati o direttamente nel contratto di trust, o in atto separato o, addirittura nel testamento.

Non diversamente debbono considerarsi le ipotesi, strutturalmente non molto diverse da quelle del trust, ma funzionalmente distinte, dei contratti di affidamento fiduciario, la cui prestazione debba essere eseguita a favore dei beneficiari al tempo della morte del disponente.

Ciò che caratterizza sia il trust sia il contratto di affidamento fiduciario è che i beneficiari individuati dal disponente, indipendentemente dal fatto che siano già individuati nel contratto o che siano individuati successivamente, o che siano individuati per testamento, debbono considerarsi titolari di un mero diritto di credito. Ossia il diritto a pretendere da parte del *trustee* o dell'affidatario beni per un valore corrispondente alla quota di loro spettanza.

In questo modo si spiega e giustifica anche il dinamismo della gestione compiuta da parte del *trustee* o dall'affidatario. Costoro sono chiamati ad amministrare il bene o il complesso di beni loro affidato da parte del disponente in modo dinamico. Possono, pertanto, vendere i beni affidati e comprare nuovi beni, possono investire i frutti dei beni amministrati e possono anche con frutti e proventi acquistare nuovi beni. Il dinamismo della gestione implica che il patrimonio inizialmente affidato può essere, qualitativamente e quantitativamente, diverso dal patrimonio esistente al tempo in cui esso deve essere distribuito ai beneficiari. Ciò implica che il diritto dei beneficiari non può essere il diritto a pretendere (una quota del) il bene o il complesso dei beni (che potrebbe materialmente non esistere più), ma il diritto a un valore, ossia il diritto a ricevere i beni del trust per un valore corrispondente alla quota che spetta a ciascuno⁹⁴.

⁹⁴ Per questa ricostruzione e per i suoi sviluppi mi sia consentito di rinviare a BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 1 ss.; ID.,

Al di là del meccanismo tecnico, non si può revocare in dubbio che il trust *post mortem* e il contratto di affidamento fiduciario *post mortem* costituiscano delle ipotesi di contratti *post mortem* di straordinaria importanza e di grande interesse, nei confronti delle quali l'atteggiamento della nostra giurisprudenza è di grande apertura.

Non soltanto la giurisprudenza ammette la validità di queste ipotesi, ma esclude anche che il trasferimento del bene o del complesso dei beni dal disponente al *trustee* costituisca un atto a titolo gratuito. La giurisprudenza chiarisce che il trasferimento a favore del *trustee* o dell'affidatario è strumentale, dacché costoro ben lungi dall'arricchirsi per effetto di detto trasferimento, assumo l'ufficio di amministrare i beni, per poi trasferirli ai beneficiari.

Il trasferimento dal disponente al *trustee* non è un atto liberale, pertanto, non è soggetto alla imposta prevista per gli atti di liberalità (la imposta di successione), ma a una imposta in maniera fissa (imposta di registro), essendo rinviata la imposizione al momento in cui si realizza l'attribuzione patrimoniale a favore dei beneficiari. Ne viene che il trust con effetti *post mortem* è perfettamente valido, integrando gli estremi di una donazione indiretta a favore dei beneficiari, i cui effetti sono rinviati al momento della morte del disponente⁹⁵.

In conclusione, il trust *post mortem* e l'affidamento fiduciario *post mortem* costituiscono le ipotesi di maggiore interesse nella nostra contemporaneità, sia per la duttilità dello strumento, capace di adattarsi ai singoli casi e realizzare una pianificazione successoria *inter vivos*, sia per la disciplina fiscale, che è divenuta abbastanza vantaggiosa, sia, infine, perché la nostra giurisprudenza è sostanzialmente incline a considerare entrambe le ipotesi perfettamente valide, escludendo, salvo i casi eccezionali in cui abbiano la sola funzione di realizzare una attribuzione *mortis causa*,

Disposición testamentaria para realizar la afección de bienes en derecho italiano. Una hipótesis mas allá del patrimonio protegido y del trust, en Revista Boliviana de derecho, n. 28, julio 2019, pp. 204-247.

⁹⁵ Cass., 26 novembre 2019, n. 30821, in *Leggi d'Italia*; Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614, in *Leggi d'Italia*.

che esse possano integrare una violazione del divieto di patti successori.

5.4. *Conclusioni.*

L'analisi svolta consente di affermare che nella giurisprudenza e nella dottrina italiana il divieto di patti successori è tendenzialmente spiegato avendo riguardo alle sue *rationes* e il confine tra contratti *post mortem* validi e nulli si muove in una valutazione che ha, tendenzialmente, riguardo alla struttura o agli effetti del negozio.

Il criterio distintivo tra patto successorio vietato e contratto *post mortem* valido poggia, tendenzialmente, su dati di struttura che, in parte, hanno riguardo all'oggetto stesso dell'atto dispositivo, proponendosi di verificare se esso costituisca, modifichi o estingua diritti relativi a una successione non ancora aperta e, in parte, all'effetto realizzato, valutando se l'atto produca un effetto immediato, tale che il diritto fuoriesca dalla sfera di disponibilità del suo autore, impegnandolo irrevocabilmente sin da subito, ove pure la titolarità sia destinata a trasferirsi al tempo della morte dello stesso disponente, ovvero nessun effetto immediato, essendo tutti rinviati al tempo della morte del disponente, senza che l'ultimo abbia a perdere il controllo, la disponibilità e il potere dispositivo sul diritto.

Tale criterio, certamente utile ai fini di sciogliere il dubbio rispetto alle ipotesi più semplici e tradizionali, non riesce, dal mio punto di vista, a offrire una risposta univoca nei casi più complessi che, a mano a mano, sono stati suggeriti dalla dottrina come valida alternativa testamentaria.

Diventa, dunque, indispensabile un'indagine di tipo funzionale, che, movendo dal principio sotteso al divieto di patti successori valuti la funzione che il singolo contratto, al di là della lettera e del tipo, svolge nel singolo caso concreto, in modo da verificarne la conformità o difformità rispetto all'ordinamento.

Movendo dalla idea che il divieto di patti successori si possa e si debba spiegare come divieto di disporre per atto tra vivi della delazione, credo che possa semplificarsi l'indagine volta a stabilire il discrimine tra negozi *post mortem* validi e nulli, ma soprattutto che si possa anche semplificare l'attività del giurista che voglia offrire

strumenti negoziali tra vivi utili per realizzare una adeguata pianificazione successoria.

In questa prospettiva deve sicuramente considerarsi ammissibile qualunque negozio con effetti *post mortem* con il quale il soggetto regola i propri interessi personali. Il carattere non patrimoniale esclude che il negozio possa considerarsi, immediatamente e direttamente, dispositivo della delazione e, dunque, nullo per violazione del divieto. Ciò solo consente di affidare ai negozi *post mortem* la regolamentazione di tutti gli interessi esistenziali. Precisandosi, pertanto, che il soggetto può pianificare per il tempo successivo alla sua morte tali interessi sia con il testamento, sia con l'atto di ultima volontà diverso dal testamento, sia con il contratto *post mortem*. Dovendosi, piuttosto, verificare, specie nel caso in cui il soggetto ne affidi la disciplina a un atto di ultima volontà diverso dal testamento, se per la sua validità sia sempre richiesta la capacità di agire del causante o se non possa, come credo, considerarsi sufficiente la sola capacità naturale⁹⁶.

Debbono considerarsi ammissibili anche tutti quegli atti regolativi di interessi patrimoniali che non incidono, immediatamente e direttamente, sulla delazione. In questa prospettiva e attraverso il riferimento a questo criterio è facile individuare i limiti di ammissibilità di un mandato *post mortem*, di una assicurazione a favore del terzo *post mortem* e, in genere, di un contratto a favore del terzo la cui prestazione debba essere seguita dopo la morte dello stipulante, di una rendita *post mortem*, di un deposito *post mortem*, di una promessa unilaterale *post-mortem* e, ovviamente, del trust *post mortem* e del contratto di affidamento fiduciario *post mortem*.

Questo pedante elenco è soltanto indicativo e richiama le poche ipotesi alle quali ho fatto riferimento in questo articolo e sulle quali ho svolto qualche considerazione; le ipotesi sono molte altre e assai più vasto il catalogo dei negozi *post mortem* idonei a offrire una valida regolamentazione di interessi per il tempo successivo alla

⁹⁶ La tesi è svolta in BARBA, *Testamento y actos de última voluntad en el derecho italiano*, en *Derecho Privado y Constitución*, 2019 35, pp. 11-55.

morte del causante e, dunque, una pianificazione successoria *inter vivos*.

Solo per richiamare un'altra ipotesi, sulla quale mi sono già espresso⁹⁷, può pensarsi alla rinuncia alla azione di restituzione contro i terzi, ossia l'atto con cui il potenziale legittimario rinuncia, prima dell'apertura della successione, alla eventuale azione di restituzione contro il terzo. La validità di questo atto a me non sembra revocabile in dubbio, dal momento che non si tratta di un atto con cui si dispone della delazione, né di un atto nullo per violazione delle norme in materia di tutela dei legittimari. Ciò significa che questo negozio unilaterale di pianificazione successoria non soltanto è valido quando sia un puro negozio unilaterale, ossia un negozio di pura rinuncia, ma anche quando sia fatto verso corrispettivo e, dunque, quando diventi parte di un più ampio contratto di cui costituisce una prestazione.

Tutti i casi analizzati dimostrano, dal mio punto di vista che l'idea che il divieto dei patti successori debba essere inteso come divieto di disporre tra vivi della delazione costituisce una contemporanea chiave di lettura per comprendere i negozi *post mortem*.

Ho provato a ripensare al negozio *post mortem*, ridisegnandone i confini sulla base di una triplice riflessione. In primo luogo, assumere consapevolezza che i negozi *post mortem* sono sempre atti *inter vivos*, sicché è indispensabile distinguere tra atti *inter vivos* e atti di ultima volontà, consapevoli che la categoria degli atti a causa di morte può riguardare gli uni e gli altri. In secondo luogo, tener conto che il diritto successorio contemporaneo non è soltanto patrimoniale, sicché nella pianificazione successoria è indispensabile considerare anche gli interessi esistenziali. Infine, ripensare al divieto di patti successori, individuando il principio giustificativo del divieto, in modo da poter stabilire con maggiore coerenza e minore arbitrarietà il confine tra contratti validi e contratti nulli.

⁹⁷ BARBA, *Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi*, in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 2018, pp. 51-111.

Una pianificazione successoria che risponda alle esigenze della contemporaneità, seppur richiede alcune modificazioni della legge, richiede, in primo luogo, una interpretazione che, nel quadro dei principi e dei valori dell'ordinamento giuridico, sappia offrire soluzioni ragionevoli e capaci di rispondere alle esigenze della modernità.

ANDREA BARENGHI
Professore ordinario di diritto privato
Università del Molise

PRECISAZIONI SULL'ATTRIBUZIONE DI OPERE D'ARTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lineamenti del conflitto tra possessore ed esperto. – 3. L'incoercibilità del giudizio. – 4. La responsabilità dell'esperto. – 5. Limiti di giustiziabilità.

1. *Premessa.*

Una crescente attenzione ricevono nella giurisprudenza pratica, nell'insegnamento e nella speculazione dottrinale le tematiche inerenti alle opere d'arte, e le problematiche poste al sistema giuridico (ed economico) dalla creazione, dalla circolazione, dalla conservazione, dall'archiviazione e dalla fruizione dei beni artistici (di per sé o in relazione allo sviluppo tecnologico, portatore di numerose, affascinanti questioni e prospettive nuove anche in questo settore).

Si tratta di una realtà i cui specifici aspetti civilistici sono scarsamente disciplinati (dove, innanzitutto, una vasta problematica inerente l'adeguatezza dei rimedi generali rispetto alle peculiarità degli scambi contrattuali)¹, come pressoché priva di disciplina, se si eccettuano i profili tuttavia eminentemente pubblicistici contemplati dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, è l'organizzazione del mercato dell'arte, che finisce per rappresentare, anzi, un '*contromercato*', un '*private market*', ove la 'distanza' tra le parti dello scambio non viene presa in sufficiente considerazione, quantomeno nei suoi aspetti specifici, dall'ordinamento², e che, secondo autorevoli giudizi, «non può e non potrà essere mai regolamentato [in quanto tale]

¹ V. riferimenti *infra*, nt. 28.

² V. PORRO, *Conversazione con Guido Rossi*, in ID. e BORGHINI, *Per le strade*

per la particolare natura dei beni scambiati»³, tale da impedirne, a voler indicare la principale delle caratteristiche così evocate, la standardizzazione.

Si verificano, intanto, sempre più frequenti conflitti tra autore e possessore dell'opera, tra possessore ed esperti, tra acquirente ed alienante⁴, una corrispondente diffusione del contenzioso e delle pronunce giurisprudenziali e la più ampia attenzione della dottrina, alla quale si offrono ancora molti temi di riflessione e di miglior articolazione del discorso (basta al riguardo richiamare il recente moltiplicarsi di saggi e di opere in volume, di convegni e persino di periodici scientifici dedicati specificamente alle tematiche non solo dei beni culturali ma proprio del diritto dell'arte, di cui è quindi da verificare la possibilità di una definizione caratteristica ed originale capace di andare al di là della mera individuazione di un settore di attività, e anche di servizi professionali)⁵.

Tra i conflitti censiti in argomento, una particolare menzione merita il contenzioso sull'autenticità delle opere, e in particolare, per quanto qui specialmente interessa, sulla contestazione di pareri resi

dell'arte, Milano, 2018, p. 98 ss., spec. pp. 103-105, ove il riferimento alle nozioni di 'contromercato' e di 'private market', in cui possono accentuarsi le criticità suscitate dal 'Fernhandel' (essenzialmente, l'insussistenza o lo scolorare di quei meccanismi che sono strumentali al perseguimento dell'efficienza nel funzionamento del mercato): il rinvio in proposito è a BRAUDEL, *La dinamica del capitalismo* (1977), tr.it., Bologna, 1981, p. 56 ss.

³ ROSSI, *Perché collezionismo: una confessione*, in ID. e PIZZI, *Quei maniaci chiamati collezionisti*, Milano, 2010, p. 31 ss.

⁴ Sia consentito rinviare, per una valutazione più articolata di questi conflitti, a BARENGHI, *Considerazioni sulla tutela dell'opera d'arte nel mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 433 ss.; ID., *L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1093 ss.

⁵ Intorno ai rapporti tra arte e diritto, mentre si vanno moltiplicando le occasioni di pubblico dibattito, hanno recentemente iniziato le pubblicazioni, accanto a qualche iniziativa editoriale più strettamente pertinente al settore professionale, due nuove riviste scientifiche (la semestrale *Arte e diritto*, e l'annuale *LawArt*), che si affiancano a *Aedon*, da tempo impegnata sui temi dei beni culturali e artistici, alla più recente *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, con un ambito di studio ancor più ampio, oltre che alle tradizionali riviste del diritto d'autore esse pure ovviamente interessate dai temi in discorso.

da esperti circa la paternità delle stesse, capace di assumere, tra l'altro, un rilievo particolare proprio nella prospettiva dell'integrità del mercato dell'arte (o meglio dovrebbe dirsi, 'dei' mercati dell'arte, non potendosi equiparare la vendita televisiva, l'asta internazionale, la vendita su piattaforma, la mostra in galleria, e via dicendo), che dipende in larga misura dalla circolazione di informazioni accurate, dalla lotta alle contraffazioni e dall'affidabilità degli agenti, i quali dovrebbero appunto contribuire al suo perseguimento, svolgendo un ruolo di verifica e di attestazione dei beni che vi circolano (basta in proposito riferirsi agli artt. 64 e 178 del Codice dei beni culturali e del paesaggio).

Anche queste particolari circostanze danno frequentemente àdito a controversie: l'esclusione di un'opera da un catalogo, il parere negativo espresso dall'esperto, la dichiarazione resa alla stampa in merito all'autenticità, il rifiuto di accoglierla ed esporla in una mostra antologica, sono tutte evenienze che possono incidere, infatti, e spesso effettivamente incidono sulla possibilità di collocare l'opera sul mercato e in definitiva sulla sua valutazione e sul suo apprezzamento: la casistica, al livello del diritto interno e anche sul piano comparativo, offre puntuale testimonianza di controversie insorte in simili circostanze.

La giurisprudenza dominante nel nostro ambiente, su questi ultimi temi, merita una particolare considerazione e, a mio giudizio, nei suoi esiti adesione convinta: essa consente, innanzitutto, di costruire un discorso giuridico che spesso non è specificamente articolato nel tessuto normativo, come poco fa accennavo, e poi incrocia delicati snodi concettuali e teorici, spesso ancora bisognosi di ulteriore precisazione nel contesto in esame (che includono quantomeno il rapporto tra responsabilità e invalidità, il tema dell'errore di valutazione e quello del danno meramente patrimoniale, oltre, naturalmente, alla configurazione e alle caratteristiche della responsabilità e del danno da informazioni inesatte); inoltre, anche quando potrebbe sembrare, quantomeno a uno sguardo superficiale e inavvertito, capace di dar luogo a qualche vuoto di tutela, essa invece dimostra non solo un sicuro fondamento dogmatico ma anche una notevole maturità di giudizio, che colloca il nostro ordinamento in una posizione apprezzabile (specialmente se la si compara con le derive

che potrebbero altrimenti determinarsi nel funzionamento delle istituzioni del mercato e nella sua integrità).

2. Lineamenti del conflitto tra possessore ed esperto.

Gli orientamenti prevalenti in proposito in giurisprudenza (cui di recente ha contribuito la Corte di Milano, così superando sotto diversi profili qualche affrettata presa di posizione emersa proprio nel quadro della locale giurisprudenza)⁶ merita quindi una specifica attenzione.

Tre punti, che emergono nel contenzioso in parola e vengono valorizzati dalle più recenti pronunce, appaiono particolarmente qualificanti e mi paiono meritevoli qui di essere posti in evidenza.

Per un primo aspetto, nessuno (che sia un ente di diritto privato cui si deve la cura del catalogo o che ha assunto a proprio scopo statutario la tutela dell'opera, o che sia una istituzione promotrice di un'esposizione), può essere obbligato a esprimere un qualsivoglia parere, ovvero a esprimere un parere diverso da quello effettivamente maturato, o ancora a includere un'opera ritenuta non autentica nella mostra, nel saggio o nel catalogo, saggio o catalogo che a loro volta, può subito soggiungersi, costituiscono opere dell'ingegno.

Sotto un secondo profilo, non può sindacarsi, in quanto estrinsecazione della libera manifestazione del pensiero e della libera ricerca scientifica, il giudizio espresso dall'esperto (che si tratti di un archivio d'artista, o dell'autore di un catalogo, o ancora del comitato ordinatore di una mostra antologica): il giudizio critico, anche quando è contrattualizzato (ferma la concreta precisazione, interpretazione e valutazione del contenuto del contratto e delle prestazioni promesse e accettate dalle parti) appartiene alla sfera di libertà del soggetto e la sua tutela appare determinante dal punto di vista del perseguimento dell'integrità del mercato, che è di pubblico interesse.

Per un ultimo aspetto, infine, non può ritenersi ammissibile il ricorso giudiziario che abbia ad oggetto il mero accertamento dell'au-

⁶ V. App. Milano, 20 aprile 2021, n. 1238, in *Giur.it.*, 2022, p. 57 ss., con mia nota *Attribuzioni contestate di opere d'arte e limiti alla tutela giurisdizionale*, p. 60 ss.

tenticità di un'opera d'arte: non è ammissibile l'azione rivolta ad appurare circostanze di fatto (il giudizio critico rientrando tra queste), ove non strumentali all'esercizio di un diritto; e non è dato riscontrare un 'diritto al riconoscimento dell'autenticità'. Così, l'autenticità di opere d'arte può accertarsi strumentalmente all'esercizio, ad esempio, del rimedio contrattuale nella vendita (e come si accennava la questione delle tutele esperibili nel conflitto tra acquirente e venditore è complessa e non può dirsi ancora del tutto risolta, qui potendosi ravvisare lacune e vuoti nel sistema rispetto alla specificità del settore), ma non a mezzo dell'azione di mero accertamento rivolta ad ottenere una corrispondente pronuncia di 'autenticità'.

3. *L'incoercibilità del giudizio.*

Il primo punto da affrontare, pertanto, è quello della coercibilità del giudizio. Ci si chiede, cioè, se l'interessato possa pretendere (nell'ordine) l'esecuzione dell'*expertise* (che l'esperto, invece, non può essere obbligato ad assumere, se non volontariamente), ovvero l'esecuzione dell'*expertise* a condizioni diverse da quelle autonomamente previste dall'esperto stesso, o ancora una revisione del parere, già espresso nell'*expertise* volontariamente resa, sulla base di accertamenti svolti invece *ab externo* (ad es. in sede processuale, nel giudizio svolto tra le parti, o anche nel giudizio svolto tra acquirente ed alienante al quale l'esperto sia rimasto estraneo, o in seguito allo svolgimento di esami peritali autonomi e confliggenti).

Gli orientamenti della giurisprudenza di merito appaiono sul punto abbastanza omogenei, e, come dicevo, a mio giudizio del tutto condivisibili negli esiti.

Si esclude, infatti, nella pratica giurisprudenziale, per un verso, che il giudizio sia coercibile nel suo contenuto, ma anche che sia coercibile nell'*an*, frustrando così i tentativi compiuti in qualche caso di affermare l'obbligo dell'esperto (nel caso particolare dell'Archivio d'artista) di adeguare il proprio giudizio a quello altrove stabilito, o di assumere l'obbligo di rendere un giudizio a condizioni diverse da quelle stabilite da chi è chiamato ad assumerne la responsabilità, ovvero ancora di includere in una pubblicazione antologica (tipicamente nel catalogo generale) opere rispetto alle quali sia stata

affermata l'autenticità in giudizio in contrasto con il parere autonomamente espresso dall'esperto stesso.

Il rifiuto di archiviare l'opera, di inserirla nel catalogo e di esprimere un parere positivo in ordine alla sua attribuzione può infatti confliggere con un accertamento dell'autenticità dell'opera stessa che abbia trovato spazio in un conflitto giuridico tra l'acquirente e l'alienante o anche tra il possessore e l'esperto. Si tratta quindi di individuare quali possano essere in tal caso le conseguenze, e quali sono i limiti entro cui una pretesa può essere avanzata contro l'esperto che abbia rifiutato di esprimere il proprio avviso (o, in una prospettiva diversa per cui v. *infra* par. seguente, che abbia espresso un parere negativo).

La giurisprudenza riconosce intanto che l'esperto o l'archivio non possono considerarsi mai obbligati a contrarre con i terzi purché ne facciano richiesta, e tantomeno tenuti a contrarre a condizioni diverse da quelle che essi stessi determinano nell'esercizio della propria autonomia⁷, così escludendo, quindi, qualsivoglia rilievo alle suggestioni (alimentate da malintese prese di posizione rilevabili sul piano comparativo, in particolare con riferimento ad originali precedenti dell'esperienza statunitense) di tipo monopolistico⁸, che non sembrano poter assumere effettivo rilievo già in ragione dell'insussistenza di una qualsivoglia privativa relativamente all'espressione di pareri sull'attribuibilità delle opere d'arte⁹ (v. *infra* par. seguente).

⁷ Trib. Roma, 14 giugno 2016, n. 12029, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; nello stesso senso Trib. Milano, 15 febbraio 2018, n. 4754, in *www.dejure.it*.

⁸ Sull'insussistenza di obblighi di archiviazione, anche nella prospettiva dell'art. 2597 c.c., e sull'impossibilità di configurare come 'atto dovuto' l'inserimento in catalogo quando le opere siano 'adeguatamente' documentate (dato che è appunto questo accertamento che l'archivio deve compiere con inevitabile autonomia e personale discrezionalità), v. anche la condivisibile presa di posizione di App. Roma, 11 luglio 2006, in *www.dejure.it*. Un accenno al tema (con riferimenti all'esperienza nordamericana) in DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, p. 999, p. 1001. Talune possibili declinazioni anticoncorrenziali sono ora tematizzate da PARZIALE, *Il ruolo del diritto della concorrenza nel mercato dell'arte*, in Bossetti (a cura di), *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi operativi*, Pisa, 2021, p. 273 ss. (che ipotizza, sia pure in termini astratti e congetturali, un rilievo anticoncorrenziale anche con riferimento alle certificazioni di autenticità).

⁹ Trib. Roma, 9 aprile 2014, n. 7733, inedita. E v. *infra*, nt. 17.

Viene poi escluso che il giudice possa ordinare un'espressione coattiva del giudizio ovvero, nel caso, affermare un obbligo di archiviazione o di catalogazione dell'opera, poiché l'espressione del giudizio è per definizione incoercibile, e non è quindi configurabile una corrispondente azione.

Né una simile azione appare configurabile con riguardo alla rettifica di un parere espresso in termini negativi, o, entro limiti che tuttavia devono essere ancora delineati con la dovuta precisione (non sussistono, nella pur copiosa giurisprudenza, almeno per quanto mi consta, casi in cui sia stata riconosciuta una tale responsabilità nell'ordinamento italiano)¹⁰, a far valere i danni provocati dall'espressione del parere negativo, salvo che si versi in ipotesi di denigrazione, che non sia accertata la falsità delle circostanze di fatto e che sia dimostrato il ricorrere dell'elemento soggettivo dell'illecito in capo a chi ha espresso il giudizio negativo.

Essendo l'opinione 'incoercibile', non è quindi data, come si precisa in giurisprudenza, azione contro chi, «esprimendo il proprio parere, disconosca l'autenticità dell'opera non archiviandola»¹¹, ma questo aspetto interseca la trattazione del prossimo punto da tematizzare, cui ora è il caso di volgersi.

4. La responsabilità dell'esperto.

La seconda questione riguarda la responsabilità dell'esperto che abbia negato la paternità dell'opera. Si tratta, qui, di un giudizio, e quindi di una dichiarazione che non può essere di per sé sindacata, poiché è espressione di un'elaborazione personale dell'autore, che può essere giusta o sbagliata, ma che può formare oggetto solo di critica scientifica, mai di sindacato giudiziario.

Il punto involge il delicato problema della responsabilità da informazione, e in particolare di quel tipo peculiare di informazione che costituisce appunto un *giudizio*, fin quando naturalmente non sia dimostrato il ricorrere di un'altra circostanza, capace di trasformare la

¹⁰ Un discorso a sé meriterebbe, infatti, il caso de Chirico: v. Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1745 ss., con nota di DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati* (p. 1749 ss.).

¹¹ Trib. Roma, 9 aprile 2014, n. 7733, inedita. Cfr. riferimenti *infra*, nt. 22, nt. 27.

fattispecie in fatto ingiusto (ad es. l'intenzione di nuocere, quindi il dolo della parte, che, come si capisce, in questi casi è estremamente difficile da riscontrare e ancor più da dimostrare).

Il tema, nei suoi lineamenti principali, è ampiamente arato dalla giurisprudenza di merito, e il risultato interpretativo sembra potersi ritenere ormai pacifico: secondo l'orientamento prevalente, come già accennato, l'ordinamento tutela in termini ampi il ruolo degli esperti¹², rispetto al quale, del resto, se si guarda ad altre esperienze, si vede facilmente a quali inconvenienti un diverso indirizzo politico-legislativo possa condurre¹³.

Il giudizio critico, infatti, non solo appartiene alla sfera di libertà del soggetto, ma la sua tutela appare determinante dal punto di vista del perseguimento dell'integrità del mercato, che assume ovviamente rilievo di pubblico interesse. È facile comprendere, e il dato risulta dall'osservazione comparativa, che l'apertura al sindacato in simili casi, non può che determinare un condizionamento del giudizio, fino al punto di indurre a una rinuncia allo svolgimento delle *expertise*, che svolgono invece una funzione essenziale per la tutela degli acquirenti¹⁴.

L'attribuzione dell'opera è manifestazione del pensiero ed esito della libertà di ricerca scientifica, e assume rilievo privatistico. L'attribuzione, di per sé, non può quindi considerarsi sindacabile, e, per altro verso, essa può essere svolta da qualunque soggetto accreditato

¹² V. riferimenti in BARENGHI, *Considerazioni sulla tutela dell'opera d'arte nel mercato*, cit.; ID., *L'attribuzione di opere d'arte*, cit. V. anche *infra*, nt. 22, nt. 27.

¹³ Sul rischio, per il pubblico interesse, di un'inibizione della libera espressione del pensiero critico sull'autenticità delle opere d'arte, v. ad es. ADAM e PRYOR, *Il terrore dell'autentica*, in *Il Giornale dell'Arte*, 315, dicembre 2011; DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte*, cit., p. 998, ed ivi altri riferimenti; per una diversa impostazione, cfr. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, 2019, p. 82 ss., p. 109 ss.

¹⁴ L'art. 64 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, come è noto, impone a chi svolge attività rivolte al pubblico di consegnare all'acquirente documentazione attestante l'autenticità del bene, o quantomeno la probabile attribuzione della stessa o, in difetto, una dichiarazione relativa a tutte le informazioni disponibili in ordine a tali circostanze e alla relativa documentazione, da iscriversi su una riproduzione fotografica dell'opera, ma si tratta ovviamente di un presidio che da solo non è certo sufficiente a tutelare la circolazione.

come esperto dal mercato¹⁵ non potendosi riservare l'Archivio o i familiari dell'artista, e neppure l'autore alcuna esclusiva in proposito¹⁶.

Così, si ritiene che il rilascio di 'autentiche' appartenga a chiunque sia ritenuto competente dal mercato, poiché non può ritenersi che tale facoltà sia inclusa nelle privative riservate ai familiari dell'artista (art. 23 l.a.) e neppure dell'autore (art. 20 l.a.). Si tratta di libera manifestazione del pensiero, e quindi di una libertà costituzionalmente protetta, benché resti fermo il diritto di «rivendicare la paternità di un'opera d'arte ove erroneamente attribuita ad altri, o, viceversa, disconoscerne la provenienza»¹⁷.

Il proprietario dell'opera potrà quindi ben ottenere da un terzo esperto, o al limite, quando le circostanze lo consentano (quando, cioè, si sia in presenza di una pretesa giuridica, nel senso prima precisato), dal giudice il responso sull'autenticità dell'opera¹⁸. Ma la mancata archiviazione non è un ostacolo di per sé all'utilizzazione del manufatto, che può sottoporsi all'apprezzamento di altri esperti. Del resto, sono ancora osservazioni tratte dall'esperienza giurisprudenziale, ogni parere può essere messo in discussione da un parere di segno diverso, e non per caso si è da tempo osservato in letteratura che tutto ciò che conta in materia di opere d'arte è «lo stato della critica»¹⁹.

¹⁵ Trib. Milano, 13 dicembre 2004 in *AIDA*, 2005, p. 1053; Trib. Roma, 26 giugno 2019, n. 13461, in *Giur. it.*, 2020, p. 1932 con nota di MEZZETTI.

¹⁶ Trib. Roma, 9 aprile 2014, n. 7733, inedita.

¹⁷ Trib. Roma, 16 febbraio 2010, n. 3425, in *Dir. fam. pers.*, 2011, I, p. 1730 ss. Una posizione opposta è stata assunta da Trib. Milano, 1° luglio 2004, in *AIDA*, 2005, n. 1038, p. 512: «l'attività di autenticazione di un'opera si risolve nell'attribuzione all'autore della paternità di un'opera, ovvero nel disconoscimento di un'opera quale proveniente dall'autore e, quindi, astrattamente confligge con il citato diritto garantito dall'art. 20 e può essere svolta solo previa autorizzazione dell'autore stesso o dei suoi aventi causa» [*recte*: dei familiari]. Tuttavia, in senso contrario sul punto, v. successivamente Trib. Milano, 29 aprile 2014, n. 5552, in *dejure.it*.

¹⁸ Cfr. Trib. Roma, 9 aprile 2014, n. 7733, inedita.

¹⁹ SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 192, poiché la paternità dell'opera, come risulta dai numerosi precedenti giudiziari, non è, normalmente, accertabile se non attraverso un giudizio critico {in proposito, BOSETTI, *Per uno studio dei rapporti tra 'arte' e diritto privato*, in *Id.* (a

Negli orientamenti applicativi viene anche esplicitata la garanzia per l'Archivio che sia convenuto in giudizio di assumere eventuali incarichi di *expertise* nell'esercizio della propria autonomia privata, e quindi introducendo le clausole che ritiene possano garantirne l'attività di tutela dell'opera dell'artista, il che costituisce il suo scopo statutario, riservandosi il diritto insindacabile di stabilire, ai propri fini, l'autenticità o meno dei lavori sottopostigli, e l'eventuale inclusione nell'archivio per la catalogazione dell'opera.

Così, le clausole di insindacabilità del giudizio sono apparse legittime in quanto rispondenti all'esigenza di cautelarsi contro le ripercussioni di un parere negativo con clausole di esonero da responsabilità, affermando che la responsabilità dell'esperto è limitata ai casi di dolo o colpa grave²⁰, o solo ai casi di dolo²¹. Ma la casistica va anche oltre, giudicando legittima la revoca del parere di attribuzione dell'opera e la successiva emissione di un parere, invece, di non attribuibilità, ovvero la diversa datazione dell'opera in due successive occasioni²².

La formulazione del giudizio rappresenta in definitiva l'esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero e come tale può compiersi da ogni esperto accreditato dal mercato (è, cioè, al mercato e al pubblico dibattito che spetta selezionare i pareri in ragione della loro autorevolezza, o del loro fondamento), quantunque, come già

cura di), *Arte e diritto privato*, cit., p. 45, afferma che «al centro vi è l'indagine sulla verità di un fatto [*scil.* l'autenticità dell'opera], non l'opinione su un fatto», di talché in ogni caso di incertezza dovrebbe giungersi a un «*non liquet*», sul che può ricordarsi che il giudizio, quando fosse ammissibile, potrebbe prescindere invece dalla certezza o dall'incertezza, sussistendo regole processuali idonee a definirlo anche in tali casi}.

²⁰ Trib. Roma, 17 marzo 2010, n. 6083, inedita; Trib. Roma, 14 giugno 2016, n. 12029, cit..

²¹ V. App. Milano, 20 aprile 2021, n. 1238, cit.

²² Trib. Roma, 9 aprile 2014, n. 7733, inedita, e, rispettivamente, Trib. Milano, 14 luglio 2012, n. 8626, in *Danno resp.*, 2014, 287, con *Commento* di GABBANI. Sono dichiarazioni rese, per loro stessa definizione, *rebus sic stantibus*: cfr. Trib. Roma, 17 aprile 2018, n. 7792 (inedita): «la valutazione dell'esperto, per quanto diligentemente resa, altro non è se non un giudizio, un'opinione, suscettibile come tale di mutamento».

accennato, ciò non escluda il potere di rivendicare la paternità dell'opera o di disconoscerla.

La responsabilità derivante dalla circolazione di informazioni false o non accurate dipende dall'assunzione o meno di un obbligo informativo e dalla delimitazione convenzionale dell'obbligo stesso²³. In termini più generali, come si accennava, deve poi considerarsi che il processo conoscitivo e la correlativa espressione del giudizio possono declinarsi in termini di responsabilità solo laddove ricorra un elemento soggettivo particolarmente qualificato in termini di dolo o di colpa particolarmente grave (il che sembra spiegarsi per un verso con l'insussistenza di una situazione giuridica soggettiva primaria relativa all'autenticità dell'opera, situazione soggettiva la cui lesione sia capace di determinare la qualificazione di 'ingiustizia' del danno, e, per altro verso, con l'ineliminabile soggettività del giudizio).

Nell'ipotesi di espressione di un giudizio storico-critico, la questione della responsabilità da informazioni sembra quindi presentarsi in termini ancor più incerti e problematici di quanto normalmente accade, donde nelle più recenti prese di posizione l'esplicita e univoca precisazione secondo cui la responsabilità in simili casi presuppone la malafede dell'agente²⁴, affinandosi così le affermazioni della precedente giurisprudenza secondo cui la responsabilità dell'esperto dovrebbe limitarsi ai casi di dolo o colpa grave²⁵. In definitiva, sembra doversi ritenere che il processo conoscitivo non possa di per sé configurare responsabilità se non in ragione della ricorrenza del dolo, elemento che consente di configurare come illecito il fatto altrimenti lecito²⁶.

²³ GABRIELLI, *Vendita d'opera d'arte, violazione dell'impegno traslativo ed illiceità del contratto per illiceità suo oggetto*, nota a Cass. 9 novembre 2012, n. 19509, in *Corr.giur.*, 2013, p. 467 ss.

²⁴ V. App. Milano, 20 aprile 2021, n. 1238, cit.

²⁵ Trib. Roma, 17 marzo 2010, n. 6083, inedita; Trib. Roma, 14 giugno 2016, n. 12029, cit.

²⁶ V., sugli illeciti di dolo, VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, *L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990, p. 247 ss.; ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratto di diritto civile*, a cura di Alpa, IV, Milano, 1999, p. 235; RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, in Lipari e Rescigno (a cura di), *Diritto civile*, IV.III, p. 110 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*,

5. Limiti di giustiziabilità.

L'ultimo punto – un profilo che nel contezioso giudiziario facilmente finisce per assorbire le questioni di merito – risale a una consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in materia di giurisdizione civile: sulla base della carenza di interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. e in base alla stessa definizione della giurisdizione civile come giurisdizione sui 'diritti' *ex artt.* 24 Cost. e 99 c.p.c., la giurisprudenza esclude che i fatti, di per sé considerati, o i singoli elementi della fattispecie legale indipendentemente tra loro, possano formare oggetto di pretese legittimamente azionabili.

Come subito si vedrà, la possibilità di ottenere in sede giudiziale l'accertamento della paternità dell'opera deve pertanto ritenersi nettamente limitata sul piano formale, come anche in giurisprudenza di legittimità si è esplicitamente riconosciuto, applicando, in termini significativi, il richiamato principio proprio ad un conflitto tra chi si assumeva proprietario di un'opera d'arte e l'archivio d'artista che aveva espresso un giudizio di non autenticità della stessa²⁷.

Milano, 2018, p. 418 ss. (e *ivi* p. 299 ss., con gli opportuni riferimenti, sul tema correlato del danno meramente patrimoniale, prospettiva segnata anch'essa dall'insussistenza di una situazione giuridica soggettiva determinata nella cui lesione possa individuarsi il danno); FRANZONI, *Fatti illeciti*², in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2020, p. 124 ss., p. 132 ss. Primi riferimenti della ricerca sono CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1976, e RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 127 ss.

²⁷ Cass., 30 novembre 2017, n. 28821; conf. Trib. Roma, 15 maggio 2017, n. 9610, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3772; Trib. Roma, 30 novembre 2017, n. 22459, inedita; Trib. Roma, 17 aprile 2018, n. 7792, inedita; Trib. Roma, 21 giugno 2018, n. 12692, inedita; Trib. Roma, 26 giugno 2019, n. 13461, cit. Una posizione diversa, da valutare caso per caso in relazione alle circostanze di fatto, sembra talora emergere nella giurisprudenza di merito: v. ad es. App. Milano, 11 dicembre 2002, in *Dir. ind.*, 2003, p. 577; Trib. Milano, 15 febbraio - 15 marzo 2018, n. 4754, in *dejure.it*; cfr. in proposito anche la sia pur assai confusa decisione di Trib. Roma, 20 aprile 2006, n. 9187, in *www.dejure.it*; in *obiter dictum*, v. anche Trib. Roma, 9 aprile 2014, n. 7733 (inedita), e Trib. Milano, 14 luglio 2012, n. 8626, cit. (la quale esclude bensì in concreto la responsabilità dell'ente certificatore per la diversa datazione dell'opera rispetto a quella precedentemente indicata, compiendo però un'indagine di merito sul convincimento espresso).

In ragione di questo principio, non risulta ammissibile l'azione rivolta ad appurare circostanze di fatto, che non siano strumentali all'esercizio di un diritto attuale e non solo potenziale. Nel caso, ad esempio, dell'autenticità di opere d'arte, è bensì ammissibile la richiesta di accertare l'autenticità dell'opera quando questa sia strumentale all'azione risolutoria o di annullamento o di nullità (la questione delle tutele esperibili nel conflitto tra acquirente e venditore è assai complessa e non del tutto risolta, benché la giurisprudenza si attesti prevalentemente sul versante della risoluzione per inadempimento)²⁸, ma non già l'azione di mero accertamento rivolta ad ottenere una pronuncia di 'autenticità'.

Come si nota talvolta incisivamente, una simile azione finirebbe per trasformare il giudice in un semplice 'perito'²⁹ o la sentenza «in un giudizio collegiale di maggior convincimento di una perizia rispetto ad un'altra»³⁰, mentre può dirsi che l'ammissibilità dell'azione di accertamento presuppone un 'diritto' (assoluto) all'autenticità dell'opera, come qualità del diritto di proprietà, e che esso possa di conseguenza considerarsi indipendente dal giudizio sull'efficacia e sulla validità degli atti e sulla responsabilità derivanti dai comportamenti osservati dalle parti. Ma un simile diritto nel nostro

²⁸ V. al riguardo, anche per riferimenti ulteriori, FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 429 ss., p. 479 ss.; CALVO, *I nessi tra errore sulle qualità e rimedi per vizi e difetti*, in ID. e DE CRISTOFARO, *La vendita di opere d'arte*, in Delfini e Morandi (a cura di), *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, in *Tratt. Contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2010, p. 598 ss.; GABRIELLI, *Vendita d'opera d'arte, violazione dell'impegno traslativo ed illiceità del contratto per illiceità suo oggetto*, cit.; più di recente, BARENGHI, *L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?*, cit., p. 1093 ss., spec. p. 1100-1102, nonché ID., *Considerazioni sulla tutela dell'opera d'arte nel mercato*, cit.; DE CRISTOFARO, *La tutela degli acquirenti di opere d'arte contemporanea non autentiche tra codice civile, codice del consumo e codice dei beni culturali*, in Liberati Buccianti (a cura di), *L'opera d'arte nel mercato. Principi e regole*, Torino, 2019, p. 61 ss.

²⁹ Così App. Milano, 20 aprile 2021, n. 1238, cit.

³⁰ Così Trib. Roma, 15 maggio 2017, n. 9610, cit.; Trib. Roma, 26 giugno 2019, n. 13461, cit.

ordinamento non appare riscontrabile³¹. Se, quindi, oggetto dell'azione fosse costituito dall'autenticità come giudizio critico in sé considerato, e se fosse ammissibile al riguardo un'azione di mero accertamento, si osserva, l'eventuale suo accoglimento dovrebbe poi determinare il prodursi tipici dell'azione di accertamento, sulla falsariga dell'azione negatoria, e quindi impedire di per sé, contro i principi più volte richiamati, l'espressione del giudizio di inautenticità del manufatto³².

Conviene esaminare sommariamente i contenuti ed i limiti del principio, con l'avvertenza che esso in dottrina è approfonditamente discusso nei suoi presupposti e nei suoi esiti in termini che, per ragioni di spazio, non è possibile qui ripercorrere e discutere analiticamente³³. Si tratta di un principio che tocca alcuni punti fondamentali, in senso stretto, dell'esercizio del potere giurisdizionale.

Esso deriva intanto, *in apicibus*, dall'art. 24 cost., ove risulta garantito il potere di azione «per la tutela dei diritti e interessi legittimi», il che, come afferma la Corte costituzionale, significa individuare il presupposto dell'attivazione del potere giurisdizionale nella titolarità «di una situazione giuridica subiettiva di vantaggio, di carattere sostanziale, il cui riconoscimento, in caso di controversia, sia posto ad oggetto della pretesa fatta valere in giudizio»³⁴.

Si tratta di un principio riscontrabile poi nell'art. 99 c.p.c., secondo cui l'azione consiste nel far valere un diritto in giudizio, e

³¹ V. DONZELLI, *Sull'azione di mero accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte*, relazione al Convegno *Diritto delle arti e nuove tecnologie* (Roma, 15 ottobre 2021), in corso di stampa in *Studi in onore di Bruno Sassani*.

³² V. DONZELLI, *op.cit.*.

³³ In arg. v. in dottrina PAGNI, *Note sui limiti di ammissibilità della domanda di mero accertamento*, nota a Cass. 17 marzo 2003, n. 3905, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1730 ss.; FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 545 ss.; SASSANI, *Interesse ad agire (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 9 ss., e altri riferimenti in DONZELLI, *op.cit.* In sintesi, C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, p. 14 ed ivi essenziali riferimenti sui diversi temi connessi: ammissibilità delle azioni atipiche di mero accertamento, reazioni contro la contestazione generica del diritto o il vanto o l'apparenza (giuridica), nonché FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, p. 88 ss., p. 109 ss. (ove si ipotizza, tra molti condizionali, la tutela di mero accertamento contro i pareri degli archivi).

³⁴ C. Cost. 27 febbraio 1962, n. 7.

nell'art. 2907 c.c., che affida all'autorità giudiziaria la tutela giurisdizionale dei «diritti». Il processo, quindi, può essere utilizzato solo a tutela di diritti sostanziali e deve concludersi (salvo casi eccezionali in cui, per particolari eventi processuali, viene espressamente riconosciuto valore alla soluzione di questioni isolate) con il raggiungimento dell'effetto giuridico tipico, cioè con l'affermazione o con la negazione del diritto dedotto in giudizio. La giurisdizione è rivolta, insomma, a giudicare di 'diritti' e solo strumentalmente all'affermazione delle pretese che ne conseguono, salvo ipotesi tipicamente previste, può prendere in esame i fatti costitutivi.

Così, non possono considerarsi ammissibili questioni di interpretazione di norme od atti contrattuali se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda principale, né sono proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti giuridicamente rilevanti, e cioè di elementi staccati della concreta fattispecie costitutiva, perché solo l'intera fattispecie cui corrisponde l'effetto giuridico, una volta perfezionatasi, può nella sua interezza costituire oggetto di accertamento³⁵.

La giurisprudenza ammonisce, oltretutto, che l'esigenza della tutela giurisdizionale con azione di accertamento non richiede solo un'incertezza sulla portata del diritto ma richiede anche l'affermazione di un diritto in contrasto con la posizione fatta valere.

Anche i più recenti interventi della giurisprudenza di merito hanno superato le perplessità talvolta emerse in precedenti pronunce, che si basavano sulla pretesa legittimità da parte del proprietario di un bene di ottenere con forza di giudicato l'accertamento di qualità rilevanti dello stesso nel momento in cui queste ultime vengano ad essere in qualche modo contestate, poiché la contestazione inciderebbe sulla rappresentazione e sulla stessa consistenza del bene medesimo e quindi sulla sua idoneità ad atti di disposizione.

³⁵ V., tra altre, Cass., 10 luglio 2002, n. 10039; Cass., Sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27187; Cass., 4 febbraio 2015, n. 2011.

Si rilevano in proposito, come più volte ho accennato, alcune contrarie pronunce della giurisprudenza milanese³⁶ affiancate da un isolato (per quanto consta) e singolare episodio giurisprudenziale romano³⁷, in cui era invece sembrato volersi avallare l'opposta soluzione, quella cioè disposta ad ammettere, nonostante e contro i rilievi appena precisati, domande inerenti a circostanze di puro fatto, rispetto alle quali, secondo quanto prima accennato, dovrebbe invece concludersi che non sussiste interesse ad agire e ad ottenere una pronuncia capace di giudicato.

Sul punto, è stato opportunamente notato che la sola tutela della paternità dell'opera prevista dalla legge sul diritto d'autore riguarda il diritto di rivendicare la paternità previsto in capo all'autore (e ai familiari dopo la sua morte) e l'azione di accertamento e inibitoria in caso di falsa attribuzione (art. 156 ss., l.d.a.)³⁸.

E, proprio osservando che non sussiste un principio di tipicità delle azioni di mero accertamento, si individua appunto nell'interesse ad agire la chiave che consente al giudice di selezionare le azioni ammissibili, cioè di distinguere tra le azioni «di mera iattanza e quelle oggettivamente dirette a conseguire il bene della vita consistente nella rimozione dello stato di giuridica incertezza in ordine alla sussistenza di un determinato diritto»³⁹, in funzione della possibilità di ottenere, in una situazione di «incertezza oggettiva» in merito a «diritti sostanziali», «un vantaggio non ottenibile senza l'intervento del giudice», individuato però mediante «il raggiungimento

³⁶ V. riguardo a opere di contestata attribuzione a Lucio Fontana (nella specie una scultura), App. Milano, 24 aprile - 4 maggio 2020, n. 1054, inedita, e la precedente sentenza del Trib. Milano, 4 gennaio 2018, n. 21, anch'essa inedita per quanto consta; v. tuttavia anche i precedenti citt. *supra*, nt. 27, *in fine*.

³⁷ Cfr. in proposito l'assai confusa decisione di Trib. Roma, 20 aprile 2006, n. 9187, in *dejure.it*. Simili orientamenti rimbalzano nella comunicazione di massa, sempre attratta dalla semplificazione: v. GATTI, *A chi spetta il potere di autenticare l'opera d'arte?*, in *DirittoValori*, 30 gennaio 2020, *ilieditore.com*. Ma v. anche GUARDAMAGNA, *Il 'diritto' all'accertamento dell'autenticità di opere d'arte*, in Bosetti (a cura di), *op.cit.*, p. 173 ss. ed ivi riferimenti, nonché FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., p. 75 ss. e p. 109 ss.

³⁸ V. App. Milano, 20 aprile 2021, n. 1238, cit.

³⁹ Cass., 20 aprile 1995, n. 4444.

dell'effetto giuridico tipico», cioè «con l'affermazione o la negazione del diritto dedotto», rispetto a cui «i fatti possono essere accertati dal giudice solo come fondamento del diritto fatto valere»⁴⁰.

Né la corretta individuazione del contenuto del diritto di proprietà, cui talvolta hanno fatto riferimento gli episodici *dicta* in contrario delle pronunce di merito, può essere richiamata a giustificare un diverso accertamento, poiché, come si nota ancora in giurisprudenza richiamando un consolidato indirizzo della Corte di legittimità⁴¹, il giudizio è rivolto «all'accertamento di un diritto che sia già sorto, in presenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale»⁴².

In casi simili, non è dato riscontrare neppure una contestazione idonea a recare incertezza alle relazioni giuridiche, ma solo un'incertezza, appunto, di carattere fattuale sulle qualità della cosa, che secondo il diritto vigente, quindi, non può giustificare il ricorso alla tutela di mero accertamento, salvo che, come già osservato, non voglia predicarsi la sussistenza di un diritto all'autenticità del bene in proprietà, diritto che tuttavia appare del tutto inedito per non dire fantasioso⁴³.

Questo tipo di domande, in conclusione, è destinato ad essere ritenuto inammissibile se si considera che esse riguardano l'accertamento di fatti storicamente determinati esclusivamente nella loro realtà storica, la cui indagine giudiziale non risulta funzionale all'indagine sulla sussistenza di un diritto già sorto e di un pregiudizio che possa ritenersi già attuale e non solo potenziale (come sarebbe quello inerente la generica 'lesione' del diritto di proprietà)⁴⁴, non sussistendo in definitiva un potere giudiziale di accertare di per sé e con idoneità al giudicato, o in ragione di specifiche norme autorizzatorie,

⁴⁰ V. su questo punto la sentenza di Cass., 15 maggio 2015, n. 10036.

⁴¹ V. App. Milano, 20 aprile 2021, n. 1238, cit.

⁴² V. Cass., 23 novembre 2007, n. 24434, e altresì Cass., 28 giugno 2010, n. 15355.

⁴³ V. ancora in proposito DONZELLI, *op.cit.*

⁴⁴ In contrario App. Milano, 11 dicembre 2002, cit., 577, che fa leva sulla lesione dell'interesse del proprietario a disporre della cosa secondo la sua corretta identificazione (e sul punto, in termini ipotetici, v. FREZZA, *op.cit.*, p. 109 ss.). Ma, nel senso del testo, v. Cass., 27 gennaio 2011, n. 2051; Cass., 28 giugno 2010, n. 15355; Cass., 21 marzo 2014, n. 6731; Cass., 9 giugno 2015, n. 11919.

ANDREA BARENGHI

l'autenticità di un'opera d'arte, come di un altro qualsiasi fatto storico, salvo che tale accertamento non sia appunto funzionale ad accertare la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva⁴⁵.

⁴⁵ Trib. Roma, 21 giugno 2018, n. 12692, inedita, e si vedano bene i termini stringenti entro cui Cass., 30 novembre 2017, n. 28821 delinea il possibile ambito di ammissibilità dell'accertamento in discorso.

ELENA BARGELLI
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università di Pisa

LOCAZIONE ABITATIVA E SOSTENIBILITÀ DEL CANONE OLTRE L'EMERGENZA

SOMMARIO: 1. Locazione ed emergenza sanitaria. – 2. “Cura Italia” e piano microeconomico: l’inadempimento e il ritardo. – 2.1. Piano macroeconomico fra emergenza e gestione del medio periodo: la sospensione degli sfratti. – 2.2. Le misure di sostegno pubblico al pagamento del canone. – 3. I problemi causati dall'emergenza. – 3.1. L'impossibilità e l'inutilità sopravvenute del godimento. – 4. I problemi non transeunti: la “morosità incolpevole”. – 4.1. L'eccessiva sopravvenuta onerosità del canone. – 5. La sostenibilità oltre l'emergenza: l'innesto necessario fra privato e pubblico.

1. Locazione ed emergenza sanitaria.

Negli ultimi 15 anni il mercato della locazione abitativa ha subito il contraccolpo della crisi finanziaria del 2008 – combinata con la conseguente recessione economica – e, poi, della più recente emergenza sanitaria da COVID-19. Già in occasione della prima crisi sono state introdotte misure di sostegno dei conduttori – appartenenti a categorie “vulnerabili” previamente individuate – tese a fronteggiare il rischio di sfratti e attinte a fondi pubblici all'uopo messi a disposizione, che sono state in seguito reiterate anche al di là della contingente onda d'urto: basti menzionare il Fondo per gli inquilini morosi incolpevoli (art. 6, comma 5, D.L. 31 agosto 2013, n. 102, convertito dalla legge 28 ottobre 2013, n. 124)¹.

¹ Misure di garanzia contro il rischio del mancato pagamento delle rate del mutuo sono state istituite anche nel settore dell'acquisto della proprietà della prima abitazione: v. art. 1, par. 48 lett. c), L. n. 147/2013, istitutivo del *Fondo di garanzia per la prima casa*.

Certamente più incisiva è stata la legislazione di emergenza scaturita dalle misure di contenimento della pandemia, dal carattere tipicamente transitorio (D.L. n. 18 del 2020, c.d. Cura Italia). Rispetto agli interventi succedutisi, storicamente, nel mercato delle locazioni, questa legislazione ha posto soprattutto l'accento sul sottotipo non abitativo, per ragioni alquanto ovvie: la concreta destinazione all'attività economica o professionale che colora la causa del contratto, infatti, è resa temporaneamente impossibile o notevolmente più difficile dalle misure governative di contenimento e di prevenzione della diffusione del virus, così riducendo in modo drastico l'interesse locativo e alterando l'equilibrio economico del contratto a causa delle mutate condizioni del mercato².

I rapporti di locazione abitativa sono stati colpiti in modo evidentemente differente dalle misure di contenimento della pandemia, che non hanno reso generalmente impossibile il godimento dell'alloggio, semmai rendendolo addirittura più intenso e necessario, se relativo alla dimora primaria. Altri sono stati i problemi scaturiti in questo comparto in conseguenza della crisi sanitaria: ovvero, principalmente, il temporaneo venir meno dello scopo abitativo "secondario", nel caso delle locazioni per motivi di lavoro o di studio; l'impossibilità o notevole difficoltà oggettiva di rispettare il termine per il rilascio dell'immobile; l'onerosità sopravvenuta, determinata, alternativamente o cumulativamente, dalla difficoltà a onorare il pagamento del canone, nonché dall'incipiente diverso equilibrio fra le condizioni pattuite in origine e il livello del canone sopravvenuto.

La riflessione che qui si propone muove dal discernere i problemi contingenti da quelli di più lungo periodo, destinati a proiettarsi oltre l'attuale pandemia, per valutare le risposte della legislazione

² Sul tema, CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, p. 698 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *www.giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico*, in *il caso.it*, 23 aprile 2020; ROPPO, in Roppo e Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *www.Giustiziainsieme.it*; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

dell'emergenza, guardando al duplice piano "micro" e "macro". Essa si concentra, poi, sugli effetti della crisi sanitaria sul classico problema della sopravvenuta insostenibilità del canone, destinati a non esaurirsi nel più breve raggio temporale. Tale problema suscita vari ordini di interrogativi: se e quali rimedi offra attualmente la disciplina generale delle obbligazioni e del contratto; se siano auspicabili riforme delle sopravvenienze collocate sul piano della disciplina generale del contratto ovvero del tipo locativo; se sia sufficiente il diritto dei contratti o sia necessario chiamare in gioco leve di tipo pubblicistico.

2. *"Cura Italia" e piano microeconomico: l'inadempimento e il ritardo.*

La legislazione di emergenza ha reagito ai problemi sopra enunciati predisponendo due ordini di disposizioni, collocabili sul piano microeconomico e macroeconomico. Sotto quest'ultimo profilo viene in gioco essenzialmente una disposizione dal tenore generale, destinata a incidere sul ritardo o, più in generale, sull'inadempimento di obbligazioni contrattuali dovute all'attuazione delle stesse misure di contenimento (art. 91 Decreto "Cura Italia"). Nel puntualizzare la necessità di valutare il rispetto di tali misure nell'applicazione degli artt. 1218 e 1223 c.c. al fine di escludere la responsabilità del debitore – anche relativamente all'operare di decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti –, tale norma si rivolge, idealmente, all'autorità giudiziaria, cui viene imposto di valutare, nel giudizio sull'*an* o sul *quantum* della responsabilità del debitore, il *factum principis*. Con riguardo alla sfera di operatività dell'art. 1218 c.c., la disposizione è pressoché ridondante se riferita all'adempimento delle prestazioni di cose determinate o di servizi, in quanto la mancata responsabilità per il ritardo si ricaverebbe comunque dall'applicazione dell'impossibilità temporanea o, più in generale, della causa non imputabile.

Meno scontata, a prima vista, sembrerebbe l'esenzione dalla responsabilità per il ritardo con riguardo alle obbligazioni pecuniarie, in virtù dell'adagio che ritiene inconciliabile l'impossibilità della

prestazione con l'appartenenza a un *genus*³. In realtà, le misure di contenimento della pandemia hanno dato linfa e fertile terreno di applicazione alla corrente di pensiero che, attenuando il rigore del requisito dell'assolutezza, assume una nozione relativa dell'impossibilità, commisurata al contenuto del concreto rapporto⁴ e per altro verso, ammette, anche rispetto alle obbligazioni pecuniarie, il concetto di inesigibilità⁵; nonché a quella che, rileggendo la causa non imputabile alla luce della clausola della correttezza (art. 1175 c.c.), conferisce rilevanza anche alla notevole difficoltà di adempiere: al fine di liberare il debitore o, comunque, per esonerarlo dalla responsabilità per il ritardo⁶.

Tenuto conto di questo sfondo concettuale, può concludersi che l'art. 91 citato abbia una portata generale e risponda a principi niente affatto eccezionali, limitandosi a tipizzare una causa non imputabile tanto imprevedibile, eccezionale e improvvisa da non lasciare comunque adito a dubbi circa la sua rilevanza ai fini dell'esclusione o dell'attenuazione della responsabilità⁷. Diversamente può concludersi a proposito del riferimento alle decadenze, per le quali la disposizione possiede una portata innovativa ed eccezionale, in quanto consente al giudice una valutazione che gli è generalmente preclusa dal carattere inesorabile dell'istituto.

In virtù della sua portata generale, è possibile sostenere che questa disposizione possa essere invocata non soltanto per giustificare i ritardi nel pagamento del canone strettamente conseguenti alle misure

³ Ricorda l'adagio Corte di cassazione, *Relazione tematica* 8 luglio 2020, n. 56, <https://www.cortedicassazione.it>, 2.

⁴ MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 465 s., p. 477.

⁵ MENGONI, *Responsabilità contrattuale, op.loc. ult. cit.*; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 476.

⁶ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi da Schlesinger, XIV, t. 2, Milano, 1984, 71 ss.; BRECCIA *Le obbligazioni*, cit., p. 474 ss.

⁷ Anche in altre fasi storiche l'emanazione della legislazione di emergenza ha sollecitato riflessioni sul rapporto fra diritto generale e particolare: per tutti, VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 1 ss.

restrittive della libertà personale dovute al contenimento della pandemia (si pensi a casi di impossibilità o difficoltà a recarsi presso la banca o l'ufficio postale per i pagamenti, nel caso di persone sprovviste di home banking); ma possa altresì orientare l'autorità giudiziaria nella valutazione della responsabilità del debitore anche dopo l'esaurimento o l'attenuazione delle sopra menzionate misure, là dove queste abbiano comportato ulteriori e conseguenti difficoltà oggettive a rispettare le scadenze contrattuali (si pensi a conduttori a scopo abitativo colpiti dalla pandemia nel cuore delle loro attività economiche, che si trovano all'improvviso privi degli introiti necessari al pagamento del canone)⁸.

2.1. *Piano macroeconomico fra emergenza e gestione del medio periodo: la sospensione degli sfratti.*

La legislazione emergenziale si è concentrata prevalentemente su un piano più generale rispetto a quello strettamente privatistico.

Gli interventi collocabili sul livello “macro” hanno attinto al bagaglio degli attrezzi delle politiche pubbliche già predisposti in occasione di crisi precedenti e volti a fronteggiare situazioni di precarietà abitativa derivanti, alternativamente o cumulativamente, dall'insostenibilità del canone, ovvero dalla scarsità dell'offerta degli alloggi, suscettibile di rendere intollerabili gli sfratti che, per le condizioni di vulnerabilità del conduttore o dei suoi familiari, avrebbero rischiato, in ultima analisi, di gravare sulla collettività⁹.

Si è dunque provveduto, innanzitutto, a una (inizialmente generalizzata) sospensione di tutti i provvedimenti di rilascio degli immobili (anche a uso non abitativo), operante automaticamente, senza necessità di istanza da parte del conduttore, fino al 1° settembre 2020 (art. 103, comma 6). La sospensione è stata in seguito reiterata, dal D.L. n. 34/2020 (c.d. decreto “Rilancio”), fino al 31 dicembre 2020 e, con il successivo Decreto Milleproroghe, fino al 30 giugno 2021, “limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pa-

⁸ V. *infra*, §§ 4-5.

⁹ Sul tema, per una visione comparatistica, KENNA, NASARRE-AZNAR, SPARKES, SCHMID (eds), *Loss of Homes and Evictions across Europe. A Comparative Legal and Policy Examination*, Cheltenham, 2018.

gamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione, ai sensi dell'articolo 586, comma 2, c.p.c., del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari.” Tale sospensione, inizialmente fondata sull'impossibilità di eseguire i provvedimenti di rilascio a causa delle misure di contenimento disposte per contrastare la pandemia – oltre che sulla loro inopportunità in una fase di persistenti rischi e incertezze, dove la casa (*home*) acquisisce il ruolo quasi primigenio di rifugio – si è trasformata, in seguito, in una misura di sostegno dei conduttori in difficoltà nel pagamento del canone (e, in generale, dei debitori abitanti l'immobile pignorato). Tale sospensione, evidentemente, ha un'ispirazione del tutto differente rispetto a quella disposta dall'art. 6 della legge n. 431/1998 e in seguito reiterata, tramite leggi speciali e temporanee: motivata dall'inadeguata offerta di abitazioni in aree geografiche densamente popolate, unita all'inesigibilità del rilascio in situazioni, previamente tipizzate, di vulnerabilità del conduttore o del suo nucleo familiare. In questa, infatti, i casi di provvedimento di rilascio per morosità erano esclusi ed era dovuta la maggiorazione del canone pattuito. Si comprende perché, già a partire dal 2013, in una fase connotata dalla crisi finanziaria ed economica, il legislatore avesse finito per abbandonare tali misure di sospensione a favore del sostegno ai conduttori in mora “incolpevole”.

La sospensione temporanea degli sfratti costituisce una misura necessitata in presenza dell'emergenza sanitaria e delle misure di contenimento del virus e come tale è stata messa in pratica nella generalità dei sistemi europei¹⁰; peraltro, vieppiù in questa contingenza, essa risponde allo standard di tutela del diritto al “*respect for the home*” raccomandato dall'art. 8 CEDU¹¹, come interpretato dalla

¹⁰ V. *Model Emergency Housing Legislation. Protecting the Right to Housing during COVID-19*, in <https://www.justiceinitiative.org>, 6.

¹¹ È da ritenere che la sospensione, come configurata dal primo provvedimento restrittivo, operasse anche rispetto alle occupazioni *sine titulo* di immobili motivate dall'esigenza abitativa primaria. È dubbio, invece, che le misure di sospensione più recenti si estendano a tali situazioni, anche se il perdurare della situazione di difficoltà generale e la concreta assenza di possibilità di alloggio alternative renderebbe comunque lo spossessamento immediato contrastante con l'interpretazione data all'art. 8 CEDU dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹². D'altra parte, si tratta di una misura che non può essere reiterata nel più lungo periodo senza prevedere misure di compensazione del sacrificio subito dalla proprietà privata per avere dovuto sostenere unilateralmente il costo della garanzia di un diritto sociale¹³.

2.2. *Le misure di sostegno pubblico al pagamento del canone.*

Il provvedimento "Cura Italia" si è altresì preoccupato delle difficoltà economiche indotte dalla crisi sanitaria: ampiamente noti, infatti, sono i nessi del mercato "degli affitti" con altri mercati (del lavoro, degli acquisti immobiliari), nonché con la domanda di residenze turistiche o, più generalmente, secondarie. Al fine di fronteggiare l'incipiente problema della sostenibilità del canone, quindi, esso ha rivitalizzato il Fondo nazionale per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione (art. 65) – istituito dalla legge n. 431/1998 (art. 11) e più recentemente divenuto desueto – mettendo a disposizione 60 milioni di euro; ha rimpinguato con 9.5 milioni il sopra citato Fondo destinato agli inquilini in mora incolpevole: per tali intendendosi quella dovuta alla perdita di lavoro per licenziamento; ad accordi aziendali o sindacali con consistente riduzione dell'orario di lavoro; alla cassa integrazione ordinaria o straordinaria che limiti notevolmente la capacità reddituale, al mancato rinnovo di contratti a termine o di lavoro atipici; alle cessazioni di attività libero-professionali o di imprese registrate, derivanti da cause di forza maggiore o da perdita di avviamento in misura consistente; a malattia grave, infortunio o decesso di un componente del nucleo familiare che abbia comportato o la riduzione del reddito complessivo del nucleo medesimo o la necessità dell'impiego di parte notevole del reddito per fronteggiare rilevanti spese mediche e assistenziali (art. 6, comma 5, d.l. 102/2013).

¹² Si rinvia, per una più diffusa analisi sul tema, a BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 51 ss.

¹³ Si tratta di un tema già sollevato dalla dottrina, in passato, a proposito della graduazione e della proroga degli sfratti (BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, p. 200 ss.) e da tempo chiaramente espresso anche dalla Corte costituzionale (15 gennaio 1976, n. 89, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 880).

Si tratta di misure che, ora, si sommano alla sospensione degli sfratti¹⁴ e tornano a soccorrere la fascia di popolazione che, pur non potendo accedere alla locazione pubblica – perché non ne possiede i requisiti o perché, pur essendone dotata, è rimasta fuori dalle graduatorie per mera insufficienza degli alloggi disponibili –, non riesce a sostenere i canoni alle condizioni di mercato, né ha i mezzi per l'acquisto di un'abitazione.

Considerata la prevedibile onda lunga della pandemia sull'occupazione e sui redditi, tali misure avranno una proiezione temporale che andrà oltre l'attuale contingenza, riproponendo le perplessità già avanzate in passato. Ciò può dirsi, in particolare, a proposito del sostegno economico all'accesso alle abitazioni in locazione, che ha manifestato criticità nella sua ultraventennale applicazione pratica¹⁵: essa, infatti, costituisce una circostanza suscettibile di interferire con la determinazione del livello di mercato dei canoni e, in particolare, a favorirne l'innalzamento, traducendosi, in ultima analisi, in un mezzo di finanziamento della proprietà privata. Si è dunque rivelato preferibile, perché più mirato, il Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli.

Perplessità ingenera anche la mancanza, nella disciplina emergenziale statale, dell'indicazione di un criterio generale e uniforme cui le Amministrazioni pubbliche debbano attenersi per alleviare le eventuali difficoltà dei conduttori tenuti al canone ERP, la cui gestione – ovvero, l'eventuale temporanea sospensione o parziale sostegno con fondi pubblici – resta interamente rimessa alle regioni e ai comuni.

3. *I problemi causati dall'emergenza.*

Se si eccettua l'art. 91, la legislazione di emergenza ha in larga misura lasciato i problemi più attinenti al piano "micro" ai rimedi messi a disposizione dalla disciplina generale del contratto e da quella speciale della locazione.

¹⁴ *Retro*, 2.1.

¹⁵ V. l'analisi di BALDINI, *Housing Policy Toward the Rental Sector in Italy: a Distributive Assessment*, in *Housing Studies*, 27, 2012, p. 563 ss.

Quattro sono i principali scenari problematici che si aprono all'interprete: a) l'impossibilità temporanea di fruire dell'alloggio; b) la sopravvenuta inutilità dello stesso; c) l'insostenibilità del canone dovuta al repentino peggioramento delle condizioni economiche del conduttore, oppure d) al mutamento repentino delle condizioni del mercato delle locazioni e alla drastica riduzione del livello dei canoni in rapporto a quello pattuito.

I primi due problemi rivestono un carattere più contingente, i secondi pongono problemi destinati a sopravvivere alla fase emergenziale. Tutti offrono, per un verso, terreno fertile per l'applicazione della clausola generale della correttezza nel suo ruolo classico di "valvola di sicurezza" del diritto delle obbligazioni; per un altro verso, sfidano l'attuale parte generale del contratto, evidenziandone le lacune e rivitalizzando istituti pressoché desueti, come la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).

3.1. *L'impossibilità e l'inutilità sopravvenute del godimento.*

Il tema del venir meno dell'interesse abitativo è venuto in gioco a seguito della chiusura o dello svolgimento online delle attività didattiche o lavorative, su cui si è innestata la libera scelta del conduttore di trasferirsi in un'altra residenza costituente domicilio familiare. La posizione del conduttore abitativo, *prima facie*, è diversa da quella di chi ha preso in locazione un immobile per svolgere un'attività professionale, commerciale o alberghiera, il cui svolgimento viene inibito dalle misure del Governo: nel caso in questione, infatti, non è impedito né reso più disagiata l'uso abitativo convenuto.

La legislazione di emergenza, come si è visto, contempla l'impossibilità sopravvenuta e temporanea del godimento derivante da circostanze soggettive, seppure di patente oggettività (il prolungato ricovero ospedaliero da COVID o una misura restrittiva della libertà di spostamento): il debitore può essere così esonerato da responsabilità per il ritardo nel pagamento del canone (art. 91 del decreto "Cura Italia", art. 1218 c.c.), oppure, eventualmente, nell'inesigibilità di una quota del canone (per esempio, per le utenze, se in questo incluse), in base al bilanciamento di interessi che l'applicazione della clausola di buona fede, calata nel caso concreto, porta con sé.

All'impossibilità temporanea e/o parziale del godimento neppure la disciplina del tipo e del sottotipo offre soluzioni *ad hoc*, contemplando, nondimeno, la possibile riduzione del corrispettivo là dove la privazione del godimento derivi da vizi (art. 1578 c.c.) o dalla necessità di riparazioni (art. 1584 c.c.): cioè da una parziale e oggettiva impossibilità della prestazione dal lato del locatore, in sé e per sé considerata.

In condizioni di normalità, la legislazione speciale mette a unilaterale disposizione del conduttore un rimedio efficace rispetto al sopravvenire di circostanze anche attinenti alla sua sfera privata – purché oggettivamente rilevanti – che gli abbiano reso gravosa la prosecuzione del rapporto¹⁶: il recesso per gravi motivi (art. 4 della legge n. 431/1998). Esso è assoggettato, però, a un preavviso di 6 mesi, che, nello scenario dell'emergenza pandemica, rischia di renderlo concretamente ineffettivo.

A seguito della chiusura improvvisa e temporanea delle attività lavorative o didattiche, l'interesse del conduttore, invece, potrebbe essere quello a recedere immediatamente, o a ottenere una riduzione del canone in ragione della sospensione della ragione abitativa che ha giustificato la stipulazione del contratto. Ciò si apprezza, in particolare, in relazione alla locazione per studenti universitari, ovvero a quel sottotipo della locazione abitativa, tipizzato (v. DM 30 dicembre 2002), ove l'esigenza di frequentare un determinato corso di studi risulta espressamente dal modello contrattuale e costituisce la specifica causa che ne consente la sottrazione alla disciplina di cui alla legge n. 431/1998 (art. 5). Ora, se per le locazioni concluse dopo l'esplosione della pandemia l'eventualità di eventuali, future misure restrittive costituirà verosimilmente oggetto di un'apposita clausola contrattuale – e, comunque, non potrà più dirsi imprevedibile –, per quelle in corso al momento dell'emanazione delle misure restrittive, in mancanza di determinazioni convenzionali, sorge il problema se le cause del venir meno dell'interesse abitativo possano mettere in discussione la distribuzione del rischio fra le parti desumibile dalla disciplina del tipo. In senso affermativo è possibile addurre l'argo-

¹⁶ Cass. 11 marzo 2011, n. 5911, in *Arch. loc. cond.*, 2011, 654.

mento fondato sul loro carattere eccezionale, imprevedibile, straordinario e oggettivamente esorbitante dall'alea normale che il conduttore si assume al momento della stipulazione del contratto: concorrente circostanze magari improvvise e concretamente imprevedibili, tali da rendere non più utile il bene locato, ma pur sempre, almeno in astratto, ipotizzabili ed attinenti alla sua sfera di interessi. Onde la concessione del diritto di recesso succitato. Il preavviso di sei mesi, rispetto a questo raggio di situazioni, mira a realizzare un contemperamento fra l'interesse del conduttore a lasciare l'immobile e quello del locatore ad usufruire di un lasso di tempo sufficiente per trovare un nuovo contraente.

Rispetto all'emergenza pandemica, invece, l'inerenza dell'uso abitativo secondario alla causa del contratto, il carattere esorbitante dell'evento rispetto all'alea normale e l'impossibilità o la notevole difficoltà, per il locatore, di rimettere il bene sul mercato – il tutto combinato con la clausola della correttezza – portano a concludere che si determini un'alterazione dell'equilibrio contrattuale tale da avvicinare questo tipo locativo (pur senza equiparlo) a quello a uso non abitativo funzionale allo svolgimento di un'attività commerciale o professionale inibita¹⁷. Cosicché, se il conduttore esibisse un interesse oggettivo allo scioglimento *immediato* del contratto (si pensi a chi consegue la laurea durante o subito dopo la chiusura delle attività didattiche in presenza o a chi frequenta un corso che non riprenderà in presenza neppure nell'anno accademico successivo), i fattori sopra evocati – la caduta del presupposto sottostante alla conclusione del contratto e l'assoluta straordinarietà e imprevedibilità dell'evento – potrebbe collocare il rimedio da lui invocabile nell'area dell'istituto di diritto vivente della presupposizione¹⁸.

¹⁷ Si veda, sul punto, l'orientamento adottato dal Tribunale di Roma in tema di rimedi manutentivi dei contratti di locazione commerciale: Trib. Roma, 29 maggio 2020, 25 luglio 2020, 27 agosto 2020, in *Contr.*, 2021, 19 ss., con nota di GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commercial e affitto di azienda*.

¹⁸ Nell'impossibilità di dar conto dell'ingente letteratura sull'argomento, si rinvia a una limitata lista di autori: BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 1998; BESSONE – D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 326 ss.; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presu-*

Se, invece, il conduttore avesse interesse a mantenere il rapporto contrattuale e a ottenere una temporanea sospensione o diminuzione del canone corrispondente all'interruzione dell'interesse abitativo per il *factum principis*, l'unica via da percorrere – in assenza di un “diritto all'autoriduzione” – è quella di assimilare questa situazione a quella della sopravvenuta, parziale e transitoria impossibilità di garantire al conduttore l'uso convenuto (e, più in particolare, quello intorno al quale è costruita la regolamentazione normativa), interpretando in modo estensivo il concetto di “privazione del godimento”.

4. *I problemi non transeunti: la “morosità incolpevole”.*

Le questioni riconducibili all'insostenibilità sopravvenuta del canone sono destinate ad avere un impatto non transeunte, in quanto riconnesse agli effetti della pandemia, nel medio e lungo corso, sul mercato del lavoro e delle locazioni.

Punto di avvio della riflessione è il concetto di “morosità incolpevole”, già coniato dalla legislazione speciale in conseguenza della prima crisi immobiliare successiva a quella finanziaria del 2008. Mentre nella materia del sovraindebitamento l'incolpevolezza del debitore (essenziale per essere ammessi all'accordo di ristrutturazione) è declinata come non imputabilità della causa del suo stato di insolvenza (art. 7 L. n. 3/2012, modificato dalla Legge n. 176 del 18 dicembre 2020), in questa materia si guarda a quelle situazioni di sopravvenuta impossibilità a provvedere al pagamento del canone locativo in ragione della perdita o consistente riduzione della capacità reddituale del nucleo familiare (art. 1 decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 14 maggio 2014). In una simile accezione della “morosità incolpevole” si è fatto un reiterato uso in conseguenza del ricorrere delle crisi del settore immobiliare o che su questo si riverberano, allo scopo di giustificare il sostegno di diritto pubblico nei confronti dei conduttori che si trovano nella situazione sopra descritta. Ai fini dell'accesso al fondo, la “morosità incolpe-

posizione, Milano, 1997; CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 789 ss.; MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giustiziacivile.com.*, 2014; NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 363 ss.

vole” acquisisce rilievo allorché i conduttori, oltre a rispettare i parametri ISE/ISEE previsti dal decreto e risiedere nell’alloggio da oltre un anno, siano destinatari di un atto di intimazione di sfratto per morosità: la valutazione della situazione di difficoltà economica del conduttore, quindi, ha luogo a contratto risolto, nella fase dell’esecuzione dello sfratto.

A un concetto analogo di (potenziale) morosità incolpevole si sono ispirati vari frammenti legislativi intervenuti in comparti del mercato immobiliare dominati da contratti di durata e pagamenti periodici: innanzitutto la legislazione dell’emergenza in soccorso dei mutuatari in difficoltà in conseguenza della crisi finanziaria, che ha istituito un fondo perspicuamente destinato a finanziare le richieste di sospensione dei pagamenti delle rate (il c.d. fondo Gasparrini: art. 2, commi 475 ss., L. n. 244 del 24/12/2007). Inizialmente destinato ai mutui accesi per l’acquisto della prima casa, il fondo, rifinanziato dal Decreto Cura Italia, confermato dal Decreto Liquidità e, poi, dal Decreto Ristori (Decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137), ha visto allargata la platea di potenziali beneficiari in conseguenza della pandemia. Rispetto alla misura adottata nel settore della locazione, questa, più convincentemente, mira a prevenire la morosità e l’attivazione delle procedure esecutive; in comune, tuttavia, ha l’aspirazione ad alleviare le situazioni di sopravvenuta insostenibilità dei pagamenti periodici dovuti agli effetti dei mutamenti macroeconomici sui singoli rapporti contrattuali.

Analogo obiettivo di prevenire la risoluzione del contratto per inadempimento persegue anche l’intervento in materia di leasing immobiliare abitativo (L. n. 208 del 28.12.2015, commi 76 - 84), che ammette l’utilizzatore a richiedere la sospensione del pagamento dei corrispettivi periodici (per non più di una volta e per un periodo massimo complessivo non superiore a dodici mesi nel corso dell’esecuzione del contratto medesimo) in presenza di eventi suscettibili di determinarne la morosità incolpevole ed attinenti, anche qui, alla cessazione del rapporto di lavoro.

È evidente che il legislatore abbia coniato l’espressione “morosità incolpevole” – con il suo retroterra di “*unaffordability*” dipendente dalla crisi economica generale – al solo fine di riassumere situazioni

in cui il mancato o ritardato adempimento dell'obbligazione pecuniaria dipenda da una riduzione del reddito familiare, dovuta alla perdita, totale o parziale, dell'occupazione e di giustificare l'accesso al sostegno pubblico.

Nondimeno, se di tale comune concetto la legislazione speciale si è avvalsa così spesso nell'arco di oltre dieci anni, privilegiando settori che implicano rapporti contrattuali di durata e toccano bisogni primari (l'abitazione), è del tutto legittimo chiedersi in che limiti tale espressione abbia una vocazione più generale e trovi cittadinanza anche nei rapporti fra privati, per poi ulteriormente domandarsi come essa si declini e quali rimedi sia in grado di attivare, al di là degli stretti confini dell'eventuale accesso al fondo pubblico.

Un primo indizio a favore della rilevanza della "morosità incolpevole" anche nei rapporti fra privati si ritrae dalla disciplina extracodicistica del tipo abitativo: dove, già nella fase precedente allo sfratto, quando ancora il rapporto contrattuale è in essere, l'autorità giudiziaria è chiamata a una valutazione circa la "non imputabilità" del ritardato o mancato adempimento nel corso del giudizio di risoluzione per morosità, ai fini della concessione di un termine di grazia e di un diritto di sanatoria (art. 55 L. n. 392/1978). In particolare, in presenza di comprovate condizioni di difficoltà del conduttore che non ha sanato la mora in udienza, il giudice può assegnargli un termine non superiore a giorni novanta per farlo; quando, poi, la mora è conseguente alle precarie condizioni economiche del conduttore, insorte dopo la stipulazione del contratto e dipendenti da disoccupazione, malattie o gravi, comprovate condizioni di difficoltà, il termine per la sanatoria si allunga fino a centoventi giorni (purché, però, l'inadempienza non si sia protrattasi per più di due mesi).

Non può sottacersi che l'aver collocato (*rectius*, confinato) in una fase di già conclamata conflittualità la valutazione della situazione di disperata impotenza finanziaria del conduttore desti più di una perplessità: più ancora, in quanto il suo effetto è di prolungare la durata del procedimento giudiziale di sfratto per morosità fino a ulteriori 120 giorni, senza nessuna garanzia che il conduttore sarà in grado di sanare la mora al termine di questo periodo e, piuttosto, con la ragionevole presunzione che non lo sarà, vista la gravità delle

cause a fondamento del suo inadempimento. L'ulteriore conseguenza è non soltanto l'esacerbarsi della conflittualità fra le parti, ma il rischio di demotivare i potenziali locatori a immettere sul mercato gli immobili in locazione a scopo abitativo primario, considerata la potenziale farraginosità del procedimento di sfratto.

Occorre chiedersi, allora, se la sussistenza di comprovate difficoltà economiche del conduttore rilevi anche precedentemente alla fase patologica e giudiziale. In senso affermativo soccorre una prospettiva interpretativa tesa, per un verso, a valorizzare i profili della relazione, della durata e dell'interesse alla conservazione del rapporto nel rileggere la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni¹⁹; per un altro verso, a mettere a fuoco la finalizzazione del contratto a soddisfare esigenze relative a beni e a servizi primari, anche al di là di una logica meramente commutativa e in un'ottica di umanizzazione dei rapporti contrattuali²⁰, che, soprattutto in una fase di crisi destinata a colpire l'intera collettività (addirittura globale), non può non richiedere anche doveri di solidarietà nei rapporti individuali.

Questa prospettiva interpretativa ha trovato riscontro nella giurisprudenza maturata a proposito della locazione a uso diverso da quello abitativo ben prima dell'attuale periodo di crisi, là dove si è mostrata disposta a valorizzare l'atteggiamento di ripetuta, abituale tolleranza del locatore rispetto a ritardi pregressi al fine di negargli la facoltà di avvalersi della clausola risolutiva espressa²¹. Traspaiono già, da questo orientamento, l'importanza della relazione e dell'affidamento, nonché i loro possibili riverberi sull'esercizio dei rimedi contrattuali, sulla valutazione del comportamento processuale contraddittorio di una delle parti e sulla conservazione del rapporto, anche indipendentemente dal peso dell'interesse locativo implicato. Si è evocato, a tal fine, il concetto di tolleranza, che si sostanzia in un

¹⁹ Si tratta di una prospettiva valorizzata dai contributi monografici in materia di contratti di durata, che è qui possibile richiamare solo a titolo esemplificativo: MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; in prospettiva comparata v. DORALT, *Langzeitverträge*, Tübingen, 2018.

²⁰ NOGLER e REIFNER, *Life Time Contracts*, The Hague, 2014, p. XVII ss.

²¹ Cass. 9 febbraio 1998, n. 1316, in *Giur. it.*, 1999, p. 273.

atteggiamento passivo del titolare di un diritto rispetto all'altrui violazione, capace di ingenerare affidamenti ma non di precludere la valutazione di illiceità dell'altrui condotta²².

Al di là della tutela dell'affidamento ingenerato da una condotta di acquiescenza di fronte all'inadempimento del conduttore, occorre sondare una strada ulteriore: se, cioè, le circostanze che rendono "incolpevole" la mora riescano a entrare nella cruna della causa non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c. Il concetto di "morosità incolpevole", invero, si è già fatto strada nella giurisprudenza nei casi in cui – a proposito della locazione commerciale – è stata accolta l'opposizione allo sfratto ed imputato alla contingenza sanitaria il mancato adempimento dell'obbligo di pagamento del canone, con concomitante riferimento all'art. 1464 c.c. al fine di giustificare la riduzione del canone in virtù dell'impossibilità parziale temporanea del godimento dell'immobile²³. Nella locazione per uso abitativo primario tale aggancio normativo, come si è già precisato, non è immediatamente utilizzabile. Tuttavia, la rilettura della causa non imputabile alla luce della clausola della correttezza – che rinvia al valore e al peso degli interessi coinvolti: qui, quelli che fanno da corona al concetto di *home*²⁴ – induce a concludere che le contingenze eccezionali, inaspettate e inevitabili in cui può essersi trovato il conduttore pur dopo l'immediata vigenza delle misure restrittive ed in conseguenza della loro "onda lunga", possano configurarsi come cause di temporanea inesigibilità della prestazione nei tempi o nella misura originariamente concordata²⁵. Ne deriva la necessità, per il locatore, di mitigare la sua pretesa alla luce delle contingenze sopravvenute e di un contemperamento dell'interesse suo e del conduttore, scegliendo la

²² Sulla tolleranza, in generale, PATTI, *Tolleranza (atti di)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992.

²³ Trib. Venezia, 28 luglio 2020, n. 5480, in *dejure.it*; Trib. Roma, 25 luglio 2020, in *dejure.it*; *contra*, Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in *dejure.it*.

²⁴ Si rinvia a BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato*, cit., p. 51 ss.

²⁵ È la linea di ragionamento sottesa alla prospettazione di "contratti di durata per l'esistenza della persona": v. NICOLUSSI, *Etica del contratto e contratti di 'durata' per l'esistenza della persona*, in Nogler e Reifner (a cura di), *Life Time Contracts*, cit., 153 ss.; l'implicita base teorica del ragionamento si rinviene nella letteratura citata *retro*, note 4, 5, 6.

soluzione capace di prevenire l'insorgere di una patologia del rapporto contrattuale nell'ambito di un'articolata e flessibile gamma di possibilità: la concessione di termini di grazia, di sospensioni dei pagamenti, di una riduzione degli importi periodici dovuti. L'entità e la durata saranno determinate alla luce del ragionevole affidamento che il conduttore riesca a uscire dalla situazione di difficoltà finanziaria in cui si trova, tenuto conto del prolungarsi delle difficili contingenze economiche generali.

Il reiterarsi della crisi sanitaria oltre il breve periodo pone anche la domanda se la difficoltà economica del conduttore possa giustificare un vero e proprio obbligo di rinegoziazione delle condizioni economiche in corso di rapporto in una situazione eccezionale come quella attuale (lasciando impregiudicata, cioè, la questione della sua generale ammissibilità nel diritto vigente)²⁶. Quando sia in gioco la mera insostenibilità soggettiva di un canone in sé non eccessivo – in quanto in linea con le condizioni attuali di mercato – è da escludere che sia giustificato un obbligo di rinegoziazione al ribasso del canone, in quanto si rischierebbe di far gravare unilateralmente e sproporzionalmente sul locatore le difficoltà economiche del conduttore, anche se dipendenti da una contingenza generale (salvo quanto si dirà più oltre, a proposito delle forme di presa in carico della collettività del sacrificio sopportato dai proprietari)²⁷.

²⁶ L'ammissibilità di tale rimedio, com'è noto, trova il sostegno di una parte della dottrina (v., per tutti, MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit.; la tesi è ripresa in vari scritto successivi: per es., ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1046 ss.) e, ora, l'avallo della Relazione tematica della Corte di Cassazione, n. 56/20, cit., 20 ss.; sono state prospettate, anche di recente, tesi critiche (da ultimo, TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018); per una ricostruzione alternativa, v. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 585 ss. Per una sintesi del dibattito, GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, ***** 2011, p. 812 s.; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *C. e i.*, 2002, p. 774 ss.

²⁷ V. *infra*, 4.1. e 5.

La questione si pone, invece, allorché il corrispettivo concordato originariamente sia divenuto eccessivo rispetto alle condizioni di mercato post pandemia.

4.1. *L'eccessiva sopravvenuta onerosità del canone.*

La questione sollevata alla fine del paragrafo precedente scaturisce dai dati statistici messi a disposizione dai professionisti del mercato immobiliare, che hanno registrato un aumento dell'offerta di immobili quale conseguenza del calo della domanda di abitazioni, dovuto al crollo dei mercati collaterali rispetto a quello della dimora primaria (B&B e locazioni per ragioni di studio e di lavoro, colpite dalla riduzione dei flussi turistici e dalla diffusione dello *smart working* e della didattica a distanza)²⁸. In tale situazione, si registra una tendenza al ribasso del livello dei canoni, anche dovuta all'aumento statistico dei casi di opzione a favore del canone concordato.

È appena il caso di ricordare che a una contingenza opposta dovette far fronte la legislazione d'emergenza conseguente alle crisi causate dalle due guerre mondiali, quando la drastica riduzione di alloggi disponibili impose al legislatore provvedimenti eccezionali di congelamento dei canoni²⁹.

All'obiettivo di prevenire incrementi in corso di rapporto, invero, si è ispirata sempre la legislazione speciale sul tipo abitativo: anche quella attualmente vigente, infatti, si basa sull'assunto dell'immodificabilità del canone per tutta la durata del contratto e fino al secondo rinnovo, quando le parti possono attivare la procedura che consente la prosecuzione del rapporto a nuove condizioni (art. 2 L. n. 431/1998). L'evidente obiettivo è quello di mettere in sicurezza il conduttore, impedendo incrementi di canone non solo nel corso di un rapporto avente una durata minima legale (a parte l'aggiornamento in base all'indice ISTAT, ove previsto dal contratto: art. 32 L. n. 392/1978), ma anche per l'ulteriore periodo di rinnovo. Non è consentito, infatti, dare disdetta alla prima scadenza al fine di migliorare il corrispettivo, anche qualora tale richiesta fosse motivata

²⁸<https://www.mutuionline.it/news/mutuionline-informa/coronavirus-gli-ef-fetti-sul-mercato-degli-affitti-00031074.asp>

²⁹ Per un'analisi più dettagliata, v. BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Torino, 2004, p. 69 ss.

dalla parziale ristrutturazione dell'immobile (fra le ragioni di recesso alla prima scadenza, infatti, è annoverata solo "l'integrale ristrutturazione dell'immobile" nel quale si trova l'appartamento ovvero la sua demolizione o radicale trasformazione per realizzare nuove costruzioni: art. 3, lett. e), L. n. 431/1998). La rigidità della disciplina del tipo abitativo sotto il profilo dell'equilibrio economico del contratto ha, dunque, una sua intima coerenza, anche se presenta qualche ovvio svantaggio: per esempio, finisce per disincentivare gli investimenti nel miglioramento della qualità degli immobili *manente locazione* (un profilo della regolamentazione legislativa da ritenersi ancora inadeguato)³⁰.

Il conduttore in difficoltà che si trovi a dover pagare un canone divenuto eccessivo rispetto ai livelli del mercato potrebbe teoricamente attingere alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sperando nell'eventualità dell'offerta di riconduzione a equità del contratto³¹. Sembra plausibile ritenere, infatti, che l'art. 1467 c.c. possa essere applicato anche quando la contingenza eccezionale e imprevedibile comporti un abbassamento del livello dei canoni nel mercato tale da non rendere quelli pattuiti oggettivamente eccessivi (se, per esempio, lo scarto si attesta in una percentuale del 10%³²): purché, però, quella stessa contingenza abbia peggiorato le condizioni economiche del conduttore, rendendo per lui comunque eccessivo il canone concordato in origine.

Una soluzione di questo tipo, tuttavia, non offrirebbe garanzie di soddisfazione dell'interesse del conduttore alla conservazione della propria dimora. In questa eccezionale contingenza, un obbligo di rinegoziazione del canone sarebbe non solo più funzionale a questo

³⁰ BARGELLI, *Le locazioni abitative*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, II, *Cessione e uso di beni*, Milano, 2014, p. 1109 s.

³¹ Nega la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di un contratto a canone concordato, subordinandola alla prova (in concreto non data) del peggioramento della condizione patrimoniale del conduttore, Trib. Pisa, 30 giugno 2020, in *Dir. e giustizia*, 17 agosto 2020.

³² Secondo quanto riporta <https://www.mutuonline.it/news/mutuonline-informa/coronavirus-gli-effetti-sul-mercato-degli-affitti-00031074.asp>, la riduzione sarebbe dello 0,9%, nel primo semestre 2020, per bilocali e trilocali.

fine, ma potrebbe indurre il locatore renitente a rinunciare alla speranza di ricavare, da una nuova locazione, un corrispettivo frutto di precedenti e migliori condizioni di mercato e a non imbarcarsi in una procedura di sfratto anche per lui potenzialmente complessa e costosa³³. Del resto, che, in una così straordinaria situazione, la rinegoziazione del canone risponda al canone della buona fede oggettiva – con il suo implicito carico di bilanciamento di interessi – e persino della ragionevolezza lo dimostra la sua spontanea e consensuale attuazione in una percentuale rilevante di rapporti di locazione post pandemia e, con ciò, la sua rispondenza a una normatività sociale prima che giuridica. Lo conferma altresì che ne abbiano fatto una sorta di parola d'ordine le associazioni rappresentative degli inquilini e dei consumatori³⁴.

Nel più lungo periodo, tuttavia, lasciare la soluzione del problema della sopravvenuta insostenibilità del canone al braccio armato di un rimedio giudiziale di rinegoziazione non sarebbe soddisfacente. Al di là delle situazioni *extra ordinem* in cui esso potrebbe operare come *ratio extrema*, un generalizzato obbligo di rinegoziazione in via giudiziale del canone, in dipendenza del mutamento delle condizioni economiche di una delle parti e delle alterazioni del mercato immobiliare e del lavoro desterebbe più di una perplessità, almeno all'interno della sfera di applicazione della legge n. 431/1998. Ove, infatti, la facoltà di chiederla fosse attribuita a entrambe le parti (in ragione della frequente natura non professionale del locatore), esporrebbe il conduttore alle fluttuazioni verso l'alto (persino alle bolle) del mercato immobiliare, ovvero allo scenario che la legislazione del settore abitativo ha sempre inteso scongiurare attraverso il dogma dell'immutabilità del canone in corso di rapporto. Ove, invece, fosse

³³ V., a proposito di un caso di locazione commerciale, l'ordinanza del Trib. Milano, 21 ottobre 2020 e il commento di CELESTE, *Invito del magistrato alla rinegoziazione del canone di locazione, stante il (passato) lockdown e il (probabile) coprifuoco*, in *Immobili&proprietà*, 2020, p. 709 ss.

³⁴ L'opportunità di promuovere forme stragiudiziali e assistite di rinegoziazione è già emersa nel dibattito: DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *www.giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea grezza*, in *www.diritto.bancario.it*, 23 aprile 2020.

prevista a unilaterale vantaggio del conduttore a uso abitativo primario, rischierebbe di alterare il bilanciamento di interessi che il legislatore ha tracciato attraverso la previsione di una durata minima inderogabile e, in ultima analisi, di deprimere l'offerta di immobili destinata a tale finalità.

Assai preferibile sarebbe, anche nel più lungo periodo, reiterare e rafforzare gli incentivi pubblici ad aderire ai canoni concordati, in fase di negoziazione e di rinegoziazione del contratto: in questa direzione si è già mossa qualche amministrazione pubblica promuovendo, fra le associazioni maggiormente rappresentative dei proprietari e degli inquilini, “accordi territoriali sugli affitti”³⁵.

5. *La sostenibilità oltre l'emergenza: l'innesto necessario fra privato e pubblico.*

Fra i problemi su cui si sono soffermate queste pagine, quello della sostenibilità del canone “libero” – sia nella fase dell'accesso all'alloggio sia nel corso del rapporto – è certamente destinato a permanere anche oltre l'emergenza sanitaria. Si tratta, infatti, di un problema classico del mercato delle locazioni abitative, sempre strisciante e riacutizzatosi in un recente passato, in occasione della recessione economica conseguente alla crisi finanziaria intorno agli anni dieci di questo secolo.

L'attuale emergenza sanitaria ha spinto a sondare i confini della causa non imputabile e dell'inesigibilità nelle obbligazioni pecuniarie e a sottoporre a una sorta di stress test i rimedi contrattuali – anche non codificati – rispetto alle sopravvenienze. È stato detto che, per i contratti di “puro” diritto civile o commerciale, il Covid-19 abbia segnato “il trionfo dei regimi delle sopravvenienze (impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta) e dell'inadempimento”³⁶. L'affermazione è certamente vera anche per la locazione abitativa, seppure in misura più limitata rispetto al tipo commerciale e ad altri contratti di durata.

³⁵ <https://www.gonews.it/2020/06/25/riduzione-affitti-firenze-patti-territoriali/>

³⁶ ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

Intorno al tipo abitativo si è condensato un concetto ad alta densità evocativa – la “morosità incolpevole” – che, pur applicato dal legislatore speciale ed emergenziale per attivare fondi destinati a prevenire sfratti conseguenti alla sopravvenuta insostenibilità del canone e la risoluzione di determinate categorie di finanziamenti, trova cittadinanza anche nei rapporti fra privati, oltre il settore della locazione (e del mutuo) e, potenzialmente, al di là dell'emergenza.

Con l'occhio rivolto al più lungo termine, l'impatto della pandemia ha offerta alla dottrina l'occasione per tornare sul tema della riforma della disciplina generale del contratto e dell'introduzione di strumenti diretti all'adeguamento alle sopravvenienze e alla manutenzione del rapporto (fra tutti, lo strumento controverso della rinegoziazione)³⁷: anche in vista di obiettivi di giustizia sociale³⁸. Non vi è dubbio che la disciplina generale del contratto (e, in particolare, dei contratti di durata) si gioverebbe di una tale riforma; è invece dubbio, per le ragioni accennate nelle pagine precedenti, che di questa si avvantaggerebbe in modo rilevante la locazione abitativa, seppure, a sua volta, bisognosa di più di un ritocco sotto il profilo della disciplina della formazione e del governo del rapporto contrattuale.

Né sarebbe auspicabile che il problema della sostenibilità fosse risolto, strutturalmente, con una riforma del tipo abitativo che reintrodusse forme di controllo del canone legale ispirate alla giustizia distributiva o elargisse irrealistici termini di grazia per l'inquilino moroso, sulla falsariga degli interventi vincolistici del passato, affidati in larga misura allo strumento delle norme imperative. È pressoché unanime, infatti, la valutazione negativa di questo tipo di limiti (“dirigistici”) dell'autonomia privata, tipici del *rent control* di prima generazione³⁹.

³⁷ MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”*: interesse individuale e solidarietà, in *I contratti*, 2020, 129 ss.; v. altresì la proposta dell'Associazione civilisti italiani, *Una riflessione e una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in www.civilistiitaliani.eu.

³⁸ NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 242 ss.

³⁹ Per un'analisi e una comparazione delle due generazioni di *rent control*, ARNOTT, *Time for Revisionism on Rent Control*, in *Journal of Economic Perspecti-*

Non che il settore della locazione abitativa, pur dopo il fallimento della legge del 1978, sia alieno dallo sperimentare l'uso di rimedi contrattuali classici con l'obiettivo di conseguire più ampie finalità pubbliche. Basti pensare non solo alla riconferma dell'inderogabilità *in pejus* almeno dell'essenziale architrave posto a protezione del conduttore⁴⁰, ma anche all'inedita introduzione della nullità per l'omessa registrazione del contratto di locazione (art. 13 L. n. 431/1998), al fine di combattere l'evasione fiscale⁴¹: un obiettivo, peraltro, assai meglio conseguito attraverso il sistema facoltativo di tassazione separato dei redditi da locazione ad aliquote fisse (la nota «cedolare secca»)⁴².

Nondimeno, il modello cui il legislatore è approdato venti anni fa riconduce la disciplina dei rapporti fra locatore e conduttore entro il raggio della giustizia commutativa, ispirandosi a una generale tendenza – nominata, con termine icastico, “*regulatory equilibrium*”⁴³ – riscontrabile in un largo numero di sistemi dell'Europa occidentale e successiva ai superati regimi vincolistici.

Ciò non significa precludere *a priori* residuali effetti distributivi conseguenti all'applicazione delle clausole generali, nell'ottica di una valutazione caso per caso⁴⁴. Si intende piuttosto rimarcare che, nel settore della locazione della residenza primaria, caratterizzato dalla presenza percentualmente prevalente di due soggetti non pro-

ves, 1995, 9, 99 ss. Per un quadro comparato delle discipline della locazione abitativa in Europa, CROOK e KEMP, *Private Rental Housing – Comparative Perspectives*, Cheltenham, 2014.

⁴⁰ Più diffusamente, sul punto, si rinvia a BARGELLI, *Le locazioni abitative*, cit., p. 1053 ss.

⁴¹ PADOVINI, *Locazioni abitative, patti contrari alla legge e registrazione: dal rapporto di fatto all'efficacia ultrattiva?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 985 ss.

⁴² Si rinvia a BARGELLI e BIANCHI, *Black market and residential tenancy contracts in Southern Europe: New trends in private law measures*, in Schmid (a cura di), *Tenancy Law and Housing Policy in Europe*, Cheltenham, 2018, p. 117 ss.

⁴³ Per l'esposizione di questo concetto, v. SCHMID, *Introduction*, in ID., *Tenancy Law and Housing policy in Europe. Towards a Regulatory Equilibrium*, cit., 2018, p. 5 ss.

⁴⁴ *Retro*, §§ 3.1, 4, 4.1.

fessionisti, dominato dalla contrattazione individuale (seppur condotta, spesso, sulla base di modelli standard) e rivolto alla soddisfazione di un bisogno essenziale, perseguire la regolazione del mercato o addirittura finalità distributive attraverso il mero potenziamento dei rimedi contrattuali a favore del conduttore produrrebbe effetti in ultima analisi negativi sull'offerta degli alloggi da concedere in godimento a scopo abitativo: il cui incremento, al contrario, deve costituire un obiettivo da promuovere.

D'altra parte, per far fronte al problema della sostenibilità non sarebbe possibile far affidamento sulle sole locazioni di diritto pubblico, vista l'attuale scarsità dell'offerta di alloggi ERP (anche a causa delle successive ondate di privatizzazioni), l'incremento dei potenziali beneficiari e le loro persistenti criticità⁴⁵.

Merita, piuttosto, di essere consolidata la tendenza all'innesto, nel regime privatistico, di misure di "riconoscimento sociale" del sacrificio accettato dai locatori⁴⁶ per effetto della loro disponibilità alla negoziazione e alla rinegoziazione del canone inferiore al livello del mercato. Viene in gioco, in particolare, il tema delle misure idonee a rendere appetibile il canone concordato dalle associazioni rappresentative dei conduttori e dei proprietari: un'opzione messa a disposizione delle parti dalla legge che smantellò l'equo canone (art. 2 L. 431/1998), già accompagnandola da timidi benefici (sul piano fiscale come dei diritti contrattuali del locatore).

Pur territorialmente diversificato, tale canone si attesta, statisticamente, a un livello significativamente inferiore rispetto a quello di mercato (fino alla metà⁴⁷) e, dunque, costituisce un mezzo effettivo per fronteggiare il problema della sostenibilità anche in corso di rapporto: oltre a svolgere un ruolo ulteriore di indiretto calmierante del mercato e di prevenzione degli sfratti e a favorire la registrazione dei contratti e la loro sottrazione al "mercato nero".

⁴⁵ POGGIO e BOREIKO, *L'affitto sociale in Italia: criticità e prospettive*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 45 ss.

⁴⁶ In generale, NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 242 ss.; NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, p. 154.

⁴⁷ V., più ampiamente, BARGELLI e BIANCHI, *La locazione abitativa a vent'anni dalla riforma del 1998*, in *Polis*, 2018, p. 19 ss.

Lo strumento finora più efficace per indurre i locatori ad accettare tale canone – fin dall’inizio o in corso di rapporto – si è rivelato, invero, la leva fiscale, concretatasi in un articolato sistema di agevolazioni ed incentivi. Applicato in modo sempre più incisivo a partire dal 2011, tramite l’introduzione della sopra menzionata – e, invero, controversa – «cedolare secca» e, poi, l’adozione di aliquote IMU e TASI agevolate⁴⁸, tale sistema ha progressivamente indotto un incremento della percentuale di contratti a canone concordato, che, invece, ha stentato a decollare nel primo decennio successivo all’entrata in vigore della legge del 1998.

All’idea dell’innesto del diritto pubblico sul diritto privato si è ispirata altresì la recente Legge di bilancio 2021, che concede al proprietario disposto a rinegoziare al ribasso il canone un contributo (da elargire mediante credito di imposta) a fondo perduto, purché l’immobile si trovi in un comune ad alta densità abitativa e costituisca la dimora principale del conduttore.

La linea qui suggerita, in conclusione, né auspica un ritorno del dirigismo tipico del *rent control* classico, né si rivolge al diritto privato regolatorio – efficacemente invocabile in mercati globali e dominati dalla contrattazione di massa – e all’interscambiabilità fra diritto privato e diritto pubblico⁴⁹. Essa, piuttosto, si appella alla sinergia fra strumenti dell’uno e dell’altro di questi sottoinsieme al fine di fronteggiare il problema dell’insostenibilità (anche) sopravvenuta del canone indotta dalle circostanze oggettive: fra le quali, accanto a forme di vulnerabilità del nucleo familiare, ha acquisito una rilevanza sempre maggiore la perdita, totale o parziale, dell’occupazione⁵⁰. La prospettiva qui auspicata appare congrua quando il settore economico in cui si inserisce il tipo contrattuale è dominato da

⁴⁸ https://www.amministrazionicomunali.it/iuc/novita_iuc.php#.

⁴⁹ ZOPPINI, *Diritto privato Vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in Roppo e Sirena (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, p. 371 ss.

⁵⁰ Non è possibile richiamare, se non per rinvio, il tema della (superata) dicotomia fra pubblico e privato: BRECCIA, *L’immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 191 ss. (ora in *Immagini del diritto privato, Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 105 ss.); POPULIZIO, *Per un modello teorico della “grande dicotomia” tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, p. 343.

ELENA BARGELLI

variabili locali e gli obiettivi generali da perseguire involgono l'ap-
pagamento di bisogni primari che il mercato si dimostra inidoneo a
soddisfare adeguatamente⁵¹.

⁵¹ Lo conferma il recente *Report on access to decent and affordable housing for all* (2019/2187(INI)) approvata dal Parlamento europeo il 21 gennaio 2021.

ETTORE BATTELLI
Professore associato di diritto privato
Università di Roma Tre

IL CONTRATTO DI “PACCHETTO TURISTICO” NEI RAPPORTI TRA CODICE CIVILE, CODICE DEL TURI- SMO E CODICE DEL CONSUMO

SOMMARIO: 1. Le fonti attualmente vigenti del contratto di viaggio. – 2. Le ragioni della riforma dei pacchetti turistici e gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell’UE. – 3. Gli effetti della scelta di armonizzazione massima sull’ambito oggettivo della fattispecie. – 4. Il contratto di viaggio nei rapporti tra il Codice Civile, il Codice del Turismo e il Codice del Consumo. – 5. La definizione di “pacchetto turistico” secondo il riformato art. 33 c. tur.: nuovi profili di applicazione oggettiva. – 6. Osservazioni finali.

1. *Le fonti attualmente vigenti del contratto di viaggio.*

I codici di settore si configurano, ad oggi, come una delle principali manifestazioni della moderna legislazione in materia di diritto civile (ma non solo), contribuendo a dar luogo a un sistema caratterizzato, al suo interno, sempre di più, da una pluralità di fonti. Mentre il Codice Civile indica una “unità” di sistema, i codici di settore contengono una “pluralità” di discipline, laddove la specificazione “di settore” toglie alla parola “codice” il suo significato originario¹.

¹ Il tema cfr. il fondamentale contributo di IRTI, «*Codici di settore*»: *compiimento della «decodificazione»*, in Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss. Sull’inutilizzabilità del termine “codice”, criticamente, ADDIS, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872 ss., per il quale «il termine “codice” con il quale si indica questi provvedimenti normativi appare certamente eccedente rispetto alle operazioni compiute». Sul punto, CARLEO, *Codici di settore*, in *XXI Secolo*, Enc. Treccani, Roma, 2009, p. 469 ss., mette in evidenza come «altro è un *codice* e altro sono, invece, i *codici di settore*».

L'art. 3 del D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 era intervenuto provvedendo alla abrogazione espressa degli artt. 82-100 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo), trapiantando le relative disposizioni all'interno del nuovo codice di settore (del Turismo), sia pure con alcune modifiche.

Il «Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo» (c.d. Codice del Turismo) di cui al D.lgs. n. 79 del 2011 ha così rappresentato un intervento normativo particolare da leggersi in un quadro più ampio rispetto a quello della mera disciplina dei contratti turistici, tendente a operare un rilancio dell'economia italiana legata allo sfruttamento delle risorse turistiche, culturali e ambientali attraverso il bilanciamento delle esigenze di tutela del turista-consumatore con quelle dell'impresa turistica². Tale scelta di politica legislativa può ritenersi confermata dalla riforma del 2018.

Occorre precisare che i codici di settore trovano un espresso fondamento positivo nella l. 29 luglio 2003, n. 229 recante «*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001*» e nella successiva legge 28 novembre 2005, n. 246 «*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*». Tali codici costituiscono l'ultimo strumento con cui il legislatore affronta il problema della complessità normativa, intesa come numero esorbitante, contraddittorietà, onerosità e scarsa qualità delle regole del nostro ordinamento, e sostituiscono il precedente modello dei "testi unici misti" di cui all'ormai abrogato art. 7 della l. 8 marzo 1999, n. 50. Questi ultimi contenevano nello stesso testo disposizioni sia legislative sia regolamentari e miravano ad attuare un riordino normativo appunto attraverso la delegificazione, ovvero l'implementazione dell'attività regolamentare al fine precipuo di ridurre e semplificare le leggi. Diversamente, con i codici di settore, il legislatore persegue un riassetto sostanziale delle materie affidato a codificazioni mediante decreti legislativi di riforma dei singoli settori, con ciò riportando l'attività legislativa a livello di fonte primaria e abbandonando l'inclusione nei testi di disposizioni di rango regolamentare (peraltro non più conciliabili con le sopravvenute modifiche costituzionali sulla competenza legislativa delle Regioni e sulle materie rimesse alla esclusiva legislazione statale, limitatamente alle quali residua ancora la potestà regolamentare del medesimo Stato). Sul tema *ex multis* si richiama ZACCARIA, *Dall'età della decodificazione all'età della ricodificazione: a proposito della legge n. 229 del 2003*, in *Studium iuris*, 2005, p. 697 ss.

² Così, TRIPODI e CARDOSI, *Il codice del Turismo. Guida alla nuova disciplina dopo il d.lgs. n. 79/2011*, Rimini, 2011.

Detto intervento ha proseguito nel solco della citata «frammentazione» normativa, in ciò non facilitando l'opera dell'interprete³, che è chiamato a coordinare il Codice Civile con il Codice del Turismo e, per quanto qui di interesse, anche con il Codice del Consumo, e cioè a ricostruire la disciplina del “contratto di viaggio” secondo prospettive che tengano in debita considerazione oltre alle regole del Codice Civile anche quelle contenute nei Codici di settore⁴, con particolare attenzione all'interno di questi per le norme civilistiche di matrice europea⁵.

Il quadro normativo in materia di contratti di pacchetti turistici è stato modificato in conseguenza della entrata in vigore dell'art. 1, D.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, attuativo della direttiva 2015/2302/UE⁶, la cui applicazione riguarda i contratti stipulati suc-

³ Il tentativo di semplificare, ridurre e riordinare le norme nei nuovi codici di settore si colloca nel quadro di una iper-regolazione scaturita da fonti multilivello e di diversa provenienza, ed è reso ancor più intricato dalla crescente incidenza del diritto comunitario.

⁴ ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, *passim*.

⁵ Cfr. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma, 2007. Si veda altresì SCOGNAMILGIO, «Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 1015 e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 1909 ss, il quale, in questa prospettiva che tiene conto anche della evoluzione della legislazione di settore e di quella di derivazione europea, sottolinea la necessità di ripercorrere lo studio delle diverse declinazioni che l'autonomia privata ha assunto nel pensiero degli interpreti attraverso lo studio delle regole ermeneutiche, storicamente relativizzate e riferibili non solo ai diversi tipi contrattuali, ma ad intere aree di manifestazione dell'autonomia privata, quali i negozi, gli statuti di enti organizzati, gli atti di autonomia privata collettiva.

⁶ Trattasi della direttiva 2015/2302/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 «relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati», che modifica il reg. CE n. 2006/2004 e la Dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Dir. 90/314/CEE del Consiglio.

Per un primo commento alla direttiva, si vedano DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, p. 1099 ss.; PASQUILLI, *La direttiva 2015/2302/UE. Contenuto e forma del contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1623 ss.; ZAMPONE, *Riflessioni sulla dir. (Ue) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati*, in *Dir.*

cessivamente al 1 luglio 2018, data di entrata in vigore della normativa, che ha abrogato e sostituito la precedente direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»⁷.

trasporti, 2018, p. 1 ss.; MAZIER e CAVANNA, *Introduzione alla nuova direttiva UE in tema di pacchetti turistici e di servizi turistici collegati*, in *Dir. marittimo*, 2017, p. 275 ss.; ROSSONI, *La direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati: una prima lettura*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2016, p. 88 ss.; LOPEZ DE GONZALO, *La nuova direttiva sui pacchetti turistici e la normativa internazionale e comunitaria in tema di trasporto di persone*, in *Dir. marittimo*, 2016, p. 405 ss. Sul tema del recesso del viaggiatore, cfr. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302/UE*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 41 ss.; ID., *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in *Contr. impr. Europa*, 2017, p. 222 ss.

Si vedano G. GRISI e S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, Torino, 2018, p. 202 ss.; R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, Torino, 2018, p. 299 ss. e p. 305 ss.

⁷ Direttiva 90/314/CEE del 13 giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”. Le disposizioni di recepimento di tale direttiva nell’ordinamento italiano, inizialmente inserite nel D.lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (abrogato dal D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), furono trasposte negli artt. 82-100 c. cons. Tali ultime disposizioni sono state a loro volta abrogate dall’art. 3, lett. m, D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, che ne ha trasfuso i contenuti precettivi (con alcune modifiche) negli artt. 32-51 del «Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo» (allegato allo stesso D.lgs. n. 79/11).

Sulla disciplina di recepimento della Dir. 90/314/CEE, quale attualmente contenuta negli artt. 32 ss. c. tur., v. D’URSO, *Il contratto di trasporto turistico*, in Vignali (a cura di), *Trasporti e turismo*, Milano, 2016, p. 91 ss.; ALVISI, *Il diritto del turismo nell’ordine giuridico del mercato*, Torino, 2015; CAMPIONE, *I contratti del turismo organizzato*, in *Opere e Servizi*, II, in *Trattato dei Contratti*, IV, diretto da Roppo e Benedetti, Milano, 2014, p. 435 ss.; CIURNELLI, *I contratti del turismo organizzato*, in Franceschelli e Morandi (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2013; GRAZIUSO, *La vendita di pacchetti turistici*, Milano, 2013; PASQUILI e ROMEO, in De Cristofaro e Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 1419 ss.; VENCHIARUTTI, *Viaggi organizzati e tutela del turista*, Padova, 2012; ID., *I contratti del turismo organizzato nel codice del turismo*, in Alpa (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 1169 ss.; PASQUILI, *La prestazione dell’organizzatore nel contratto di viaggio*, Torino, 2012; DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto «pacchetti turistici» nel «codice del turismo» (d. legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche*, in *Studium iuris*, 2011, pp. 1282-1288.

Quest'ultima constava in tutto di dieci articoli e di un solo Allegato. La nuova direttiva del 2015 conta invece 54 *considerando*, 31 articoli, nonché due Allegati, contenenti complessivamente 8 diversi moduli informativi standard di cui viene prevista l'obbligatoria trasmissione al viaggiatore nella fase precontrattuale.

Già da questo raffronto emerge quanto sia più ricca, complessa e dettagliata la nuova disciplina rispetto a quella precedente.

Essa può considerarsi parte dell'ambizioso programma di ammodernamento del diritto europeo dei contratti, avviato agli inizi degli anni 2000⁸.

L'obiettivo della nuova normativa si rinviene nella necessità di uniformare la legislazione degli Stati membri attraverso una disciplina dettagliata con un rafforzamento del carattere imperativo della

Sulla disciplina dei contratti aventi ad oggetto pacchetti turistici inserita nel Codice del Consumo (anzitutto alla trasposizione nel codice del turismo), v. per tutti CAPALDO, *Servizi turistici*, sub. *Art. 82-84*, in VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, p. 687 ss., la quale mette in luce come la Dir. 90/314/CEE rappresenta «il primo testo in materia contrattuale a dettare le principali tutele in materia di contratti del consumatore che (...) consistono in una serie di obblighi di informazione, diritto di recesso, contenuto minimo del contratto, forma scritta, etc.» (p. 689). Per studi di carattere più monografico si rinvia a: ROSSI CARLEO e DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2010, nonché ROMEO, *Il contratto di viaggio*, Padova, 2011.

⁸ FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, p. 1308 sottolinea che la direttiva 2015/2302/UE «si inserisce nell'ambito di un più ampio progetto di revisione della legislazione europea dei contratti dei consumatori, portando *nell'era digitale le norme dell'UE sui pacchetti turistici*». Già in precedenza CAPALDO, *Armonizzazione del contratto e attività della Commissione Europea*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 619 ss., oltre a richiamare (a p. 620) lo studio commissionato nel 1999 sull'effettiva armonizzazione delle diverse legislazioni degli Stati membri dell'Unione in materia di c.d. multiproprietà e di "pacchetti di viaggio", assai condivisibilmente, ribadisce con forza «l'idea che, per realizzare un mercato unificato è necessario un apparato comune di regole ed è proprio la materia del contratto quella di maggiore interesse» (p. 619, nota 9). Doveroso il richiamo all'insegnamento di BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi*, Napoli, 1997, p. 26 ss., spec. p. 104, sul "valore euristico" della categoria generale del contratto in funzione «di politica del diritto e epistemologica».

disciplina stessa, nel senso che «gli Stati non potranno stabilire disposizioni divergenti»⁹.

A tal riguardo, l'art. 23 della direttiva in esame – significativamente rubricato «Carattere imperativo della direttiva» – stabilisce che non sono vincolanti le clausole che escludano o limitino i diritti dei viaggiatori e che quest'ultimo non possa rinunciare ai diritti stabiliti dalle norme che recepiscono la direttiva stessa¹⁰.

⁹ È questa la previsione contenuta nell'art. 4 della direttiva in esame, la quale, nel perseguimento dell'obiettivo di politica legislativa europea di armonizzazione massima delle legislazioni degli Stati membri, prevede che, salvo che la direttiva disponga altrimenti, «gli Stati membri non mantengono o introducono nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al viaggiatore un livello di tutela diverso».

Sul tema dell'armonizzazione si veda CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 905 ss., il quale rileva che il termine “armonizzazione” porta in sé il significato di avvicinamento minimale e solo in un momento successivo è stato utilizzato (in una nuova accezione, quella di armonizzazione “massima”) per indicare un diritto uniforme.

Sull'armonizzazione quale livello minimo del diritto dell'Unione europea, orientata da modelli normativi comuni, i quali però sono contenuti in regole che nei singoli ordinamenti nazionali assumono enunciati linguistici autonomi, cfr. MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in Castronovo e Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 253. Sul progressivo irrigidimento delle direttive, dalla loro originaria configurazione quale strumento di armonizzazione minima a fonte legislativa impositiva di un'armonizzazione massima, si vedano i rilievi svolti a margine della direttiva 2011/83/UE concernente i diritti dei consumatori da ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 669, il quale osserva come nell'ambito della nuova direttiva la disciplina dettata in tema di clausole vessatorie si caratterizzi per una inderogabilità assoluta, sia in favore che a sfavore del consumatore.

Sul tema dell'unificazione della disciplina a livello europeo, si vedano altresì le considerazioni svolte da SIRENA, *Il “Discorso” di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss., spec. p. 663 ss., il quale precisa che non deve pervenirsi a una vera e propria “denazionalizzazione” del diritto privato, ma ad una sua «radicale e necessaria modernizzazione, principalmente basata su obiettivi di efficienza economica».

¹⁰ CIURNELLI, *I contratti del turismo organizzato*, cit., p. 352.

Nell'art. 3, comma 2 della direttiva è contenuta anche la previsione del meccanismo di abrogazione della convenzione internazionale di Bruxelles sul contratto di viaggio (CCV), ratificata in Italia con la legge 27 dicembre 1977, n. 1084: «a decorrere dal momento in cui diviene efficace la denuncia dello Stato italiano della Convenzione internazionale sul contratto di viaggio del 23 aprile 1970, in conformità a quanto disposto dall'articolo 37 della medesima». Alla data odierna, però, lo Stato italiano non ha ancora assunto la decisione di denunciare la Convenzione¹¹. Si discute, pertanto, se tale riforma abbia dato luogo “tacitamente” al superamento della convenzione, rappresentando una “denuncia di fatto”¹².

Va rammentato che la convenzione distingue il “contratto di organizzazione di viaggio” (COV) dal “contratto di intermediazione di viaggio” (CIV). Nel primo caso l'organizzatore assume in nome proprio l'organizzazione, il trasporto e il pernottamento; nel secondo l'organizzatore limita la sua attività all'assistenza turistica e, quindi, a contrattare per il viaggiatore con i terzi fornitori di servizi di viaggio¹³.

Diversi anche i regimi di responsabilità da inadempimento, rilevando, nel primo caso, la disciplina del singolo contratto di riferimento (trasporto, alloggio, ecc.) o più in generale “appalto di servizi”, nel secondo caso la diligenza professionale qualificata del mandatario.

Oggi, tuttavia, la convenzione trova comunque uno spazio residuale rispetto al campo di applicazione del Codice del Turismo, il quale reca una disciplina unitaria sia per l'intermediario che per l'organizzatore concernente la vendita dei pacchetti turistici conclusa tra essi e il «turista» nel territorio nazionale da eseguirsi sia nel territorio nazionale che internazionale.

¹¹ Ad oggi, la Convenzione di Bruxelles risulta ancora in vigore per l'Italia, la Cina, il Benin, il Camerun, il Togo e la Repubblica di San Marino. Mentre tra i Paesi che hanno provveduto a denunciarla vi sono il Belgio e l'Argentina.

¹² ALVISI, *op. cit.*, p. 162; *contra* BOITI, *La tutela del turista consumatore*, in Recinto, Mezzasoma, Cherti (a cura di), *Diritti e tutele del consumatore*, Napoli, 2014, p. 357.

¹³ CAPALDO, *Servizi turistici*, sub. *Art. 82-84*, cit., p. 697.

2. *Le ragioni della riforma dei pacchetti turistici e gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'UE.*

Tra le principali ragioni ispiratrici della riforma di matrice europea vi è, in primo luogo, la presa d'atto della necessità imprescindibile di ammodernare la disciplina dei contratti di viaggio contenuta nella direttiva del 1990, adeguandola ai numerosi mutamenti intervenuti nel mercato dei servizi turistici (anche sotto l'effetto dell'impatto delle nuove tecnologie), migliorandone, arricchendone e completandone le regole ed adattandole alle implicazioni derivanti dalla massiccia diffusione del ricorso ad Internet come canale di offerta e distribuzione di servizi di viaggio combinati¹⁴. In secondo luogo, vi è l'esigenza di estendere proprio l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina europea, al fine di includervi la maggior varietà possibile di fattispecie contrattuali in relazione alle diverse modalità di combinazione più o meno personalizzata di servizi di viaggio diffusi nella prassi.

Deve, difatti, sottolinearsi come uno degli obiettivi della direttiva 2015/2302/UE sia quello di perseguire esigenze di certezza per viaggiatori e professionisti. A tal fine il legislatore europeo predispone una disciplina uniforme dei contratti di viaggio che prescinde dalle modalità di acquisto del pacchetto, che può avvenire sia in modo tradizionale, cioè presso le agenzie di viaggio, sia *online*, con la formula *all inclusive*, ovvero anche attraverso pagine *web* collegate, cioè attraverso un sistema che consente al viaggiatore la prenotazione di servizi supplementari tramite un *link* disponibile dopo la prenotazione del primo servizio (c.d. servizi turistici collegati)¹⁵.

¹⁴ Cfr., in tal senso, quanto affermato nel *considerando* n. 2 della direttiva 2015/2302/UE, in cui, dopo aver premesso che il turismo svolge un ruolo di assoluta rilevanza nell'ambito dell'economia dell'Unione europea, si prende atto di una crescente diffusione, ai fini dell'acquisto di pacchetti turistici, del ricorso ad Internet, quale mezzo sempre più importante attraverso cui vengono offerti o venduti servizi turistici, non come pacchetti preconfezionati, ma sempre più spesso personalizzati.

¹⁵ Si tratta, ad esempio, del caso in cui nel confermare la prenotazione di un primo servizio (come un biglietto aereo o un treno) il viaggiatore riceve l'invito a prenotare un servizio aggiuntivo (es. l'albergo, con un *link* verso il sito *web* di prenotazione di un altro fornitore di servizi o intermediario). Il *considerando* n. 13

Vi è infine, soprattutto, la volontà di realizzare anche per la disciplina dei contratti di viaggio il mutamento fondamentale di impostazione, abbandonando l'armonizzazione c.d. minimale a favore di una armonizzazione "completa" delle legislazioni nazionali dei Paesi dell'Unione europea¹⁶.

I margini di discrezionalità lasciati agli Stati membri dalle direttive di armonizzazione minimale (oggi abrogate), d'altronde, avevano reso possibile la creazione di profonde differenze fra le legislazioni nazionali ponendo problemi di non poco conto all'interno del mercato europeo¹⁷.

Quale esempio di armonizzazione minima, che aveva dato luogo a non pochi profili di disarmonia tra le legislazioni dei diversi Stati membri, basti pensare alla previsione contenuta nell'art. 4, Dir. 90/314/CEE, relativa al termine entro il quale il consumatore era tenuto a informare l'organizzatore-venditore della cessione del pacchetto. La normativa europea parlava di "termine ragionevole" e lasciava, quindi, alla valutazione discrezionale del legislatore del singolo Stato membro la trasposizione a livello normativo nazionale di tale parametro di "ragionevolezza" del termine, con la conseguenza

riconosce che «Benché questi servizi non costituiscano pacchetti ai sensi della presente direttiva, conformemente alla quale un organizzatore è responsabile della corretta esecuzione di tutti i servizi turistici, detti servizi turistici collegati costituiscono un modello commerciale alternativo che spesso fa concorrenza ai pacchetti». D'altronde l'esperienza presenta una complessa realtà in cui le imprese (come ad esempio le compagnie aeree *low cost*) ricavano una cospicua parte dei loro guadagni più dalla vendita dei servizi aggiuntivi che dal biglietto in sé (posto a sedere, *priority boarding*, bagaglio aggiuntivo; pasti a bordo, etc.). Cfr. sul punto, FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, cit., p. 1309.

¹⁶ Sui problemi e i caratteri dell'evoluzione del diritto privato europeo nel contesto attuale di scetticismo nei confronti di una identità comune europea, si veda: VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Pers. Merc.*, 2018, 2, p. 143 ss.

¹⁷ Esemplificativa in tal senso è la formulazione del *considerando* n. 4, in cui il legislatore europeo prende atto delle profonde differenze esistenti tra le discipline dei viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso» adottate nei diversi Stati membri in attuazione della precedente Dir. 90/314/CEE. Tali differenze sembrano dovute al fatto che la direttiva in questione lasciava ampia discrezionalità agli Stati quanto al suo recepimento.

che in Italia il termine minimo era stato individuato in quattro giorni (art. 10, D.lgs. 17 marzo 1995, n. 111), mentre in Lussemburgo in tre settimane (*Règlement grand-ducal* 4 novembre 1997). La direttiva del 2015 elimina questa difformità venutasi a creare tra le legislazioni dei vari Paesi prevedendo, all'art. 38, comma 1, che l'informazione circa la cessione del pacchetto debba essere data all'organizzatore non oltre i sette giorni precedenti alla partenza¹⁸.

La frammentazione giuridica causata da tali differenze si era tradotta in un ostacolo significativo allo sviluppo dell'offerta transfrontaliera di servizi di viaggio, con conseguente limitazione delle possibilità di scelta dei consumatori, oltre che in un freno alla stessa creazione di un "vero" mercato europeo (concorrenziale) dei servizi di viaggio. Come è stato osservato, in effetti, la tecnica dell'armonizzazione massima ha rappresentato per il legislatore europeo una scelta obbligata per consentire ai soggetti coinvolti (viaggiatori e

¹⁸ Un altro esempio di disarmonia tra le diverse legislazioni nazionali di recepimento della direttiva del 1990 riguardava la disciplina degli obblighi informativi nel caso di reclamo del consumatore. A tale riguardo l'art. 6, Dir. 90/314/CEE era formulato in maniera generica e prevedeva che a fronte del reclamo da parte del consumatore l'organizzatore e/o il venditore dovessero adoperarsi sollecitamente per trovare "soluzioni appropriate", senza peraltro disporre l'obbligo di nominare un rappresentante locale cui il turista avrebbe potuto rivolgersi per eventuali reclami. Per eliminare questa incertezza l'art. 7 della direttiva del 2015 prevede oggi in maniera analitica il contenuto del contratto e, in particolare, alla lettera *d*, recepita a sua volta all'art. 36, comma 5, lett. *d*, c. tur., prescrive l'obbligo per l'organizzatore di comunicare al viaggiatore il nome, l'indirizzo, il numero di telefono, l'indirizzo di posta elettronica e altri dati del rappresentante locale dell'organizzatore, al fine di consentire al viaggiatore di «comunicare rapidamente ed efficacemente con l'organizzatore per chiedere assistenza o per rivolgere eventuali reclami relativi a difetti di conformità riscontrati durante l'esecuzione del pacchetto». Per un'analisi dei profili di disarmonia tra le legislazioni degli Stati membri che la direttiva del 2015 si propone di eliminare, cfr. G. GRISI e S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, cit., p. 198 ss.

professionisti) di «beneficiare appieno del mercato interno»¹⁹ e «assicurare ai viaggiatori un livello elevato e il più uniforme possibile di protezione»²⁰.

Volendo concludere questa parte del ragionamento, i profili di difformità tra le legislazioni dei diversi Stati membri, conseguenti all'ampia discrezionalità lasciata dalla Dir. 90/314/CEE, avevano dato luogo, da un lato, ad un incremento dei costi gravanti sulle imprese interessate ad offrire servizi di viaggio anche a soggetti residenti in Stati diversi da quelli in cui avevano la propria sede principale e, dall'altro, ad una maggiore incertezza, la quale costituiva un forte disincentivo per i consumatori a stipulare contratti con operatori di uno Stato diverso da quello di residenza²¹.

3. Gli effetti della scelta di armonizzazione massima sull'ambito oggettivo della fattispecie.

Occorre inoltre precisare che l'armonizzazione massima adottata dal legislatore europeo riguarda gli aspetti più rilevanti della fattispecie negoziale di acquisto di pacchetti turistici e servizi turistici collegati, quali l'informativa precontrattuale, la disciplina del contenuto del contratto e delle modifiche anteriori all'esecuzione della

¹⁹ Questa e le espressioni che seguono sono contenute nel *considerando* n. 6 della Dir. 2015/2302/UE.

²⁰ Ciò emerge in modo chiaro dall'art. 1 della direttiva che individua lo scopo della riforma nella ricerca del «corretto funzionamento del mercato interno e conseguimento di un livello elevato e il più uniforme possibile di protezione dei consumatori, mediante il ravvicinamento di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti tra viaggiatori e professionisti relativi a pacchetti turistici e servizi turistici collegati». Se, infatti, le disparità delle norme a tutela dei viaggiatori nei diversi Stati membri scoraggiano gli stessi dell'acquistare pacchetti e servizi turistici collegati in un altro Stato membro e, specularmente, disincentivano organizzatori e venditori a vendere gli stessi servizi in un altro Stato membro, allora l'obiettivo dell'ulteriore ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri è quindi funzionale al fine – dichiarato nel *considerando* n. 6 – di consentire ai viaggiatori e ai professionisti di beneficiare appieno del mercato interno.

²¹ Si vedano le riflessioni di VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. Merc.*, 2015, p. 14 ss. e spec. p. 18.

Si vedano, in tal senso, le considerazioni svolte da FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, cit., p. 1309.

prestazione, la responsabilità per difetti di conformità, la disciplina dei rimedi esperibili dal viaggiatore nei confronti dei professionisti per l'inesatta o mancata esecuzione di uno o più servizi di viaggio. Essa non concerne, tuttavia, l'ambito applicativo della direttiva medesima, nella misura in cui lascia ai legislatori nazionali la possibilità di estenderne l'applicazione anche a fattispecie a rigore non riconducibili alla sfera di operatività della direttiva. Nel *considerando* n. 21, infatti, sono richiamati, a titolo esemplificativo, i contratti aventi ad oggetto la prestazione di singoli servizi turistici (quali l'affitto di case di villeggiatura), i pacchetti offerti senza fini di lucro e occasionalmente a un gruppo limitato di viaggiatori, oppure pacchetti e servizi turistici collegati che non includono l'alloggio e coprono un arco di tempo inferiore a 24 ore (come, ad esempio, l'escursione giornaliera). Tali ipotesi sarebbero escluse, ai sensi dell'art. 2 Dir. 2015/2302/UE, dall'ambito applicativo della direttiva medesima, ma non è preclusa ai legislatori nazionali l'adozione di una previsione che opti per una più ampia estensione dell'operatività della disciplina²².

Tra le novità emerse con l'introduzione del Codice del Turismo ha certamente rilevato una vera e propria "emancipazione" della figura del "turista" rispetto a quella del "consumatore". Il turista era difatti considerato alla stregua di un consumatore di carattere speciale²³, in quanto non attrezzato a risolvere determinati problemi che potevano porsi in un luogo lontano dalla sua dimora abituale.

Con la riforma del 2018, in attuazione della Dir. 2015/2302/UE che ha riformato la precedente direttiva 90/314/CEE, il legislatore italiano, andando "oltre" la definizione di consumatore²⁴, ha adottato

²² Lo rileva FINESSI, *op. ult. cit.*, p. 1310, la quale precisa che, in ogni caso, il legislatore italiano non si è avvalso di tale possibilità, atteso che il nuovo testo dell'art. 32, comma 2, c. tur. riproduce sostanzialmente il corrispondente art. 2, par. 2, Dir. 2015/2302/UE.

²³ Cfr. ROSSI CARLEO, *Il turista come consumatore "speciale"*, in Alpa e Patti (a cura di) *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, II, Milano, 1997, p. 811 ss.

²⁴ Per tale opzione ermeneutica VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, 2, pp. 86-88, il quale criticamente così si esprime: «Non occorrono nuove categorie costruite sulle qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) ma un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme

il termine “viaggiatore” al posto di quello di “turista” o, per esser ancor più precisi, quello di “viaggiatore”²⁵, in sostituzione del termine “consumatore” che veniva invece impiegato nella direttiva del 1990²⁶.

Un’ulteriore modifica si è registrata con la sostituzione della figura dell’intermediario con quella di venditore²⁷, che il riformato art.

di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un’attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato» (v. *amplius*: ID., *Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in ID., *Contratto e responsabilità – Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Padova, 2013, t.1, p. 1 ss., spec. p. 15).

²⁵ In questa previsione si ricomprende assai più genericamente «chiunque» intenda concludere un contratto o sia comunque legittimato a fruire dei servizi di viaggio contemplati da un contratto rientrante nell’ambito di operatività della direttiva. A rigore, dunque, non parrebbe esservi limitazione alcuna: la direttiva si applica a prescindere dalla natura (persona fisica, ente collettivo dotato o sprovvisto di personalità giuridica) del soggetto che abbia stipulato l’accordo con il professionista impegnatosi a fornire i servizi di viaggio combinati, nonché a prescindere dalla inerenza o estraneità ad una attività imprenditoriale o professionale degli scopi in vista dei quali tali servizi siano destinati ad essere goduti dal soggetto che sia legittimato a fruirne in base al contratto, nella sua qualità di parte formale e sostanziale dell’accordo ovvero di soggetto in nome, nell’interesse o in favore del quale l’accordo sia stato da altri stipulato.

²⁶ A livello di legislazione comune ai Paesi dell’Unione Europea, pertanto, si è registrato il passaggio diretto dalla figura del “consumatore” a quella del “viaggiatore”.

²⁷ Con il D.lgs. 79/2011 il legislatore aveva marginalizzato la figura del venditore accentrando la disciplina turistica in capo all’intermediario, già presente nella CCV, definito come colui che anche non professionalmente e senza scopo di lucro si obbligava a procurare a terzi pacchetti turistici già realizzati da un organizzatore verso un corrispettivo forfettario (art. 33 c. tur). Tra le due figure, però, non sembrano sussistere sostanziali differenze, posto che il legislatore ha, probabilmente, inteso sovrapporre, salvo che per lo specifico richiamo alla qualità di professionista il che porta ad escludere che l’esercente possa essere un venditore occasionale. E, del resto, dal riformato art. 50 c. tur. si ricava la nozione di contratto di intermediazione quale quello stipulato tra venditore e viaggiatore.

Dalla modifica dell’art. 33 c. tur. sembra, pertanto, ricavarsi che la disciplina turistica, in caso di vendita del pacchetto, si applichi esclusivamente nella ipotesi di esercente professionale. In particolare, sembra sia sufficiente che si tratti di un soggetto (non importa se persona fisica o ente collettivo) che stipula il contratto nell’esercizio o nel quadro della propria attività imprenditoriale, sia che agisca

33, comma 1, lett. l definisce come il professionista diverso dall'organizzatore che vende o offre in vendita pacchetti combinati da un organizzatore²⁸.

Per quanto riguarda i profili oggettivi di applicazione del Codice del Turismo, scompare il riferimento alla necessità della conclusione del contratto all'interno del territorio nazionale. Ciò nell'ottica, già evidenziata in precedenza, perseguita dal legislatore europeo, di armonizzazione massima delle discipline nazionali dei singoli Stati membri, le cui divergenze avevano rappresentato un ostacolo allo sviluppo del mercato del turismo e un disincentivo per i consumatori a concludere contratti con imprese che avevano la sede principale in un diverso Stato membro. Nell'ambito della nuova disciplina dettata dalla Dir. 2302/2015/UE si prescinde, invece, dalla cittadinanza e dal luogo di stabilimento delle parti²⁹. Essa trova così applicazione

nella veste di organizzatore del pacchetto sia che agisca nella veste di fornitore di singoli servizi di viaggio sia infine che agisca nella veste di mero «venditore» (intermediario, mandatario dell'organizzatore o di uno o più fornitori). Sottolinea DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio*, cit., p. 1099 ss., come la normativa includa tra gli esercenti anche gli enti *non profit* e le persone fisiche che svolgano l'attività anche solo occasionalmente – e non stabilmente e in modo professionale.

²⁸ Secondo un costante orientamento giurisprudenziale l'obbligazione assunta dall'organizzatore si configurerebbe quale obbligazione di risultato e, pertanto, il *tour operator*, in quanto tenuto a risarcire qualsiasi danno subito dal consumatore a causa della fruizione del pacchetto turistico, ne risponde anche nel caso in cui la responsabilità sia ascrivibile esclusivamente ad altri prestatori di servizi (esterni all'organizzatore) di cui si sia avvalso, fatto salvo il diritto a rivalersi nei confronti di questi ultimi. Cfr., in tal senso, Cass., 10 settembre 2010, n. 19283, in *Danno e resp.*, 2011, p. 268 ss. Sul tema, cfr. PASQUILI, *La prestazione dell'organizzatore nel contratto di viaggio*, cit., *passim*. Per la responsabilità dell'organizzatore nell'ambito della nuova disciplina dettata dalla direttiva del 2015, si vedano i contributi di FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, cit., p. 1307 ss.; EAD., *Prestazione di servizi "non conformi" al contratto di viaggio e rimedi contrattuali esperibili dal viaggiatore nella Dir. 2015/2302: prospettive di attuazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1467 ss.; PEPE, «Circostanze eccezionali» ed esonero da responsabilità del *tour operator* nella nuova direttiva viaggi, in *Contr. impr. Europa*, 2017, p. 254 ss.

²⁹ Si veda ALVISI, *op. cit.*, p. 168 ss.; si sono registrati contrasti in dottrina e giurisprudenza sull'applicabilità degli obblighi informativi previsti dal c. tur. al

in ogni caso di stipulazione all'interno del territorio europeo, anche tra soggetti extracomunitari.

Sempre con riferimento ai criteri oggettivi, affinché sia integrata la fattispecie di “pacchetto turistico”, l'art. 33 c. tur. richiede la combinazione di almeno due tra le prestazioni comprendenti il trasporto, l'alloggio e il noleggio di un'auto (che assuma caratteri essenziali), nonché i servizi turistici non necessari all'alloggio o al trasporto (quali visite, spettacoli o intrattenimenti), purché il pacchetto sia acquistato per “finalità di svago e di divertimento”.

Tale ultima finalità rappresenterebbe, quindi, la “causa” del contratto di viaggio³⁰.

Deve ritenersi, infatti, che le singole prestazioni dedotte nel contratto rilevano non già in via autonoma e separata, ma nella loro unità funzionale, cioè in quanto siano in grado di assicurare la “finalità turistica” della prestazione complessa, finalità da valutarsi in condizioni di normalità e avuto riguardo alle circostanze del caso concreto³¹. Tale “finalità turistica” o “scopo di piacere” che il viaggiatore persegue, infatti, non costituisce un mero motivo psichico ovvero un interesse che rimane relegato nella sua sfera volitiva interna – e in quanto tale, irrilevante – ma determina l'essenzialità delle attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero. In altri termini, la finalità turistica, in quanto

contratto concluso in Italia tra il *tour operator* estero e il cittadino extracomunitario. Sul tema si veda INDOVINO FABBRIS, *Legislazione turistica*, Padova, 2004, p. 399.

³⁰ ALVISI, *op. cit.*, p. 179.

³¹ Cfr., in tal senso, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, 1, c. 214 ss.; in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, I, p. 536 ss., con nota di NARDI, *Contratto di viaggio “tutto compreso” e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; e in *Giur. It.*, 2008, p. 1133 e ss., con nota di IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*. Nella sentenza, inoltre, la Suprema Corte distingue tra il pacchetto turistico ed il contratto di organizzazione o di intermediazione di viaggio, disciplinato dalla Convenzione di Bruxelles del 13 aprile 1970 (resa esecutiva con la legge 27 dicembre 1977, n. 1084), in base al quale un operatore turistico professionale si obbliga verso corrispettivo a procurare uno o più servizi di base per l'effettuazione di un viaggio o di un soggiorno. In tale contratto, pertanto, le singole prestazioni di servizi risultano separate e la finalità turistica del viaggio non assume valenza causale.

obiettivizzata (anche tacitamente) nel contratto, rappresenta l'interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, integrandone la causa concreta.

Restano esclusi dall'applicazione della direttiva i pacchetti e i servizi turistici di durata inferiore alle 24 ore, salvo che sia incluso il pernottamento, le vendite senza scopo di lucro offerte solo occasionalmente a un gruppo limitato di viaggiatori, nonché le vendite concluse in virtù di accordi per l'organizzazione di viaggi di natura professionale tra soggetti imprenditori.

4. *Il contratto di viaggio nei rapporti tra Codice Civile, Codice del Turismo e Codice del Consumo.*

Nell'ambito del complesso problema che interessa il profilo oggettivo di applicazione della disciplina dei pacchetti turistici e del contratto di viaggio più in generale, deve quindi tornarsi al rapporto tra Codice del Turismo, Codice del Consumo e Codice Civile. Al riguardo, deve prendersi atto che la pretesa di "totalità" del Codice Civile, che era espressione storica di una forte volontà politica di costituire un sistema centrale e unitario³², cede di fronte alle sopravvenute esigenze di pluralità e specializzazione imposte dalla tecno-economia³³, che si riverberano anche nell'ambito legislativo.

³² Senza alcuna pretesa di esaustività si vedano in tema gli studi di: ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 173 ss.; NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 140 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1031 ss.; RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 215 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino, 1971, p. 823 ss.; ID., *La «forma» codice: storia e geografia di un'idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 29 ss.; e in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, I, Milano, 2004, p. 217 ss.; FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 347 ss.; e in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, II, Napoli, 1972, p. 213 ss.; GALGANO, *Diritto privato e codificazione civile*, in ID., *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978, 31 ss.

³³ Sul punto, si veda, per tutti, N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 1 ss., il quale afferma che «L'economia di mercato – al cui servizio si svolge il diritto europeo – è propriamente tecno-economia, indissolu-

Occorre soffermare l'attenzione, più che sulla collocazione all'interno del Codice del Turismo delle norme in precedenza inserite nel Codice del Consumo, sul merito della disciplina. Ciò al fine di ricostruire il settore della legislazione turistica alla stregua di un micro-sistema unitario, non frammentario, che si ricompone alla luce dei principi generali del Codice Civile stesso e che supera la dimensione del soggetto astratto propria della disciplina codicistica³⁴.

D'altronde, sono gli stessi sistemi giuridici, nel loro complesso, a configurarsi sempre più come insiemi caratterizzati, nel contempo, da livelli di *hard law* (ad alta vincolatività) e di livelli di *soft law*³⁵.

Come risposta alla complessità degli assetti sociali³⁶, le "norme leggere" vengono sempre più utilizzate, sia a livello nazionale che internazionale, per indirizzare l'attività dei soggetti destinatari, senza imporre un determinato comportamento, spingendoli al conseguimento di un obiettivo³⁷.

Si fa strada un mutamento del modello di regolazione, non più centrato su norme rigide, che si impongono alla generalità dei cittadini, e su fattispecie analitiche, ma attento all'esigenza di adattarsi a

bilmente congiunta alle scoperte scientifiche ed alle applicazioni pratiche. Lo spazio senza frontiere interne è lo spazio dominato dalla tecnica che, anch'essa, non conosce nazionalità di Stati e vincoli di territorio».

³⁴ Così ROSSI CARLEO, *Il codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 35 ss., la quale sul punto, concorda con quanto espresso da G. CAPALDO, *Servizi turistici*, sub. *Art. 82-84*, cit., che già dopo il recepimento della direttiva sui contratti di viaggio 90/314/CEE affermava: «il sistema della legislazione turistica nazionale (...) è stato radicalmente innovato» (p. 690).

³⁵ Invero, il diritto ha da sempre fatto riferimento a varie tipologie di norme al fine di influenzare il comportamento, ed esse sono state distinte ed ordinate secondo il loro diverso grado di intensità prescrittiva; cfr. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 188 ss. e 227 ss. Comandi, divieti, ordini, ingiunzioni, consigli, pareri, avvisi, ammonimenti, avvertimenti, proposte, richieste, inviti, istanze, ecc., sono tutti ugualmente connaturati al fenomeno giuridico; cfr. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982 (1977), p. 90 s.

³⁶ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 170 ss. e ID., *Diritto, scienza, tecnologia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 362 ss.

³⁷ BATTELLI, *Brevi riflessioni sul superamento del positivismo legislativo e sull'ordine a "normatività graduata" nel diritto contrattuale*, in *Politica del diritto*, 2016, p. 423 ss., spec. p. 430.

dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari e “specifici” interessi in gioco³⁸.

Non a caso, si può oggi affermare che i codici di settore recano non norme “speciali”, ma norme “specializzate” e “complementari”³⁹ al Codice Civile.

Si passa così dal predicato della “specialità”⁴⁰ delle leggi esterne al Codice Civile al predicato della “specializzazione”, che può ascrivere ai codici di settore, ciascuno dei quali, connotato da una propria ragione ispiratrice e da un proprio linguaggio tecnico, disciplina soltanto una parte o una frazione (settore) dell’ordinamento⁴¹.

Si è osservato, infatti, che già a partire dall’inserimento nel Codice Civile della disciplina dei contratti del consumatore (artt. 1469 *bis* ss. c.c., poi trasfusi nel Codice del Consumo) si è dato luogo alla creazione di un sotto-sistema disciplinare – qual è, appunto, quello del diritto dei consumatori – caratterizzato non solo da aspetti di specialità rispetto alla disciplina generale del contratto, ma anche dalla

³⁸ Pressoché testualmente PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 122.

³⁹ Sul punto *amplius* in BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 425 ss.

⁴⁰ Cfr., per tutti, IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979, p. 53 ss., il quale precisa che nessuna norma, isolatamente considerata, può dirsi speciale, in quanto l’attributo della “specialità” deriva da un giudizio di relazione – di genere a specie – tra due norme aventi un elemento comune. Pertanto, se la norma generale presenta la struttura “se A, allora B”, la norma speciale deve presentare gli stessi elementi, cui si aggiunge però uno ulteriore, configurandosi secondo la struttura “se A + a, allora B + b”. La presenza di elementi comuni (A e B) fa sì che, in assenza della norma speciale, quella generale disciplinerebbe anche i casi che ricadono sotto l’ambito di applicazione della prima. La norma speciale riduce così la sfera di applicazione della norma generale la quale, una volta abrogata la norma speciale, riespande il proprio ambito di applicazione.

⁴¹ «Mentre la *specialità*, in ragione di determinate differenze (riguardo alla locazione, per es., le distinzioni tra quella abitativa, quella commerciale, quella di fondi rustici) deroga, per taluni aspetti, alla disciplina generale, che resta comunque necessariamente presupposta e ribadita, la *specializzazione* o *specificità* si pone come regola aggiuntiva dotata di un certo grado di *novità* e di *autonomia*»: così CARLEO, *op. cit.*, p. 471.

sua idoneità a perseguire una finalità unitaria e che si avvale di tecniche normative o costruttive tendenzialmente ricorrenti⁴².

Sembrerebbe rivenirsi, allora, nella diffusione dei codici di settore, un superamento del tradizionale rapporto tra normativa generale e normativa speciale, sostituito da quello di complementarità tra normativa generale e normativa di settore⁴³.

Il diritto di matrice europea, trasfuso nei codici di settore, tende a «ristrutturare» la disciplina generale del contratto⁴⁴, erosa dalle nuove esigenze del mercato⁴⁵, ricorrendo a norme la cui specialità

⁴² In questi termini, SCOGNAMIGLIO, «Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche, cit., p. 1015 ss. L'Autore, dopo aver esaminato la possibile moltiplicazione degli «statuti» dell'autonomia privata (consumatore, società, contratti collettivi di lavoro, negozi giuridici unilaterali), esprime il tentativo di ricondurre ad unità le regole ermeneutiche.

Sul rapporto tra il diritto comune dei contratti e la disciplina consumeristica, cfr. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1479 ss.

In generale, sulla frammentarietà disorganica dell'integrazione nel diritto comune dei contratti stipulati dai consumatori, v. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., p. 1973 ss.

⁴³ FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 103. Sia consentito ancora il rinvio a BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, cit., p. 425 ss.

⁴⁴ Si vedano le riflessioni critiche di LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 379 ss. e p. 821 ss., spec. p. 867 ss., il quale ribadisce l'opportunità della presenza nel codice di una parte dedicata alla disciplina del contratto in generale, che, fra le altre funzioni, consentirebbe di eliminare o comunque di attenuare la frammentarietà che inevitabilmente caratterizza una disciplina del contratto costruita unicamente per tipi.

⁴⁵ È questa frammentazione ed erosione dell'unitarietà del diritto che autorevole Maestro ha individuato quale principale conseguenza della c.d. «tecono-economia». Cfr. sul punto IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, cit., p. 4, il quale osserva, in primo luogo che la connessione fra economia di mercato, tecnica e governo degli «esperti» prescinde dai confini nazionali e, pertanto, risponde alla logica dell'uniformità. Allo stesso tempo, però, l'economia di mercato si frantuma in un' indefinita molteplicità degli scambi, la tecnica presenta diversi campi applicativi specializzati e il governo degli esperti si svolge sotto il segno dello specialismo e dei rami di competenza. In altri termini, nell'ambito della tecno-economia

assume connotati del tutto diversi rispetto alla specialità tradizionalmente intesa⁴⁶.

Ne deriva, allora, che se determinate fasi e vicende negoziali sono diversamente regolate nell'uno e negli altri codici, la disciplina speciale contenuta nel Codice del Turismo, se di fonte europea, autonoma e autosufficiente anche rispetto a quella recata dal Codice del Consumo, trova esclusiva applicazione⁴⁷.

In ogni caso, anche ove si ritenga che le norme del Codice del Turismo non siano specialistiche o specializzate, in quanto luogo di emersione di principi generali provenienti dalla normativa europea, l'analisi dell'interprete non può prescindere dalla finalità ispiratrice della normativa settoriale oggetto di esame.

Lo stesso Codice del Consumo, d'altronde, si pone come la disciplina che realizza la finalità di assicurare un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali in esso previsti e che trova applicazione in tutti i casi in cui non sia applicabile una disciplina diversa. Con l'art. 142 c. cons., infatti, si è voluto stabilire che nell'antinomia tra norme prevale quella più favorevole al consumatore, a prescindere dal fatto che si tratti di norma generale o speciale. In altri termini, tale norma assicura al consumatore che, in caso di conflitto tra norme, prevalga comunque quella a lui più favorevole, quale che ne sia la fonte, laddove la locuzione «più favorevole» deve intendersi riferita non solo

e, quindi, nei settori del diritto altamente specializzati, unità e frammentazione paradossalmente coesistono.

⁴⁶ MINERVINI, *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Aggiornamento, III, Torino, 2007, p. 188.

⁴⁷ Si veda, in proposito, CARLEO, *Codici di settore*, cit., p. 471, il quale precisa che «i nuovi codici di settore non segnano affatto un'inversione di tendenza nel senso di una "ricodificazione", intesa alla stregua di un ritorno alla unità sistematica del codice, bensì essi rappresentano un ulteriore stadio di sviluppo e di compimento del medesimo processo legislativo di decodificazione, che vede, appunto, le stesse leggi speciali decodificanti raccogliersi e consolidarsi in autonomi corpi organici specializzati per ciascun settore, ovvero dei veri e propri microsistemi legislativi».

alle altre disposizioni del Codice del Consumo, ma a tutta la normativa, generale e speciale, passata, presente e futura, che riguarda i consumatori⁴⁸.

Si assicura, in tal modo, attraverso l'applicazione della disciplina più favorevole al consumatore, la realizzazione della finalità protettiva dello stesso⁴⁹.

Occorre tuttavia precisare che la tutela del consumatore si traduce nella protezione di un interesse funzionale e strumentale, che ha di mira un più efficiente funzionamento, in senso dinamico, del mercato nel suo complesso⁵⁰. Questo, infatti, si risolve in un intreccio di contratti e il suo corretto funzionamento presuppone il concorso di due condizioni: da un lato, una concorrenza effettiva e leale tra le imprese⁵¹, in un mercato regolato ed efficiente⁵²; dall'altro, che la corretta concorrenza garantisca al consumatore una reale possibilità di scelta, affinché questa avvenga in modo informato e consapevole, scevro da inganni e costrizioni, in maniera tale da preservare l'autenticità dei comportamenti economici⁵³.

⁴⁸ Così GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 172. Cfr. sul punto anche ROSSI CARLEO, *Il codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, cit., p. 38.

⁴⁹ Sulla nuova configurazione dei rapporti tra codice civile e codice del consumo, ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., p. 872.

⁵⁰ Cfr. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss. Si veda, sul punto, anche GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 108, in cui si afferma che l'obiettivo perseguito nell'ambito della disciplina a tutela del consumatore è l'efficienza e la "giustizia" del contratto, non solo a livello individuale, ma anche a livello del mercato.

⁵¹ Sulla connotazione prevalentemente pro-concorrenziale del diritto privato di origine europea v. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, p. 99 ss.

⁵² Cfr. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, spec. p. 124 ss.

⁵³ È l'analisi, del tutto condivisibile, di ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, p. 151, che si poggia sulle solide considerazioni di BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 21 ss.

Che l'autenticità dei comportamenti economici e delle scelte operate dai consumatori conduca anche ad una maggiore efficienza del mercato è sostenuto da

In tale ambito, relativo agli “ordinamenti tecnici settoriali”, si può allora discorrere di codici di settore come «microsistemi»⁵⁴ che, ancorché parziali, si sviluppano intorno a «logiche autonome e principi organici»⁵⁵, carichi di forza espansiva, oltre che di intrinseco valore qualificatorio⁵⁶. Indirizzi di base, posti a fondamento di una serie

GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss. Cfr., inoltre, ID., *La «nullità di protezione»*, cit., p. 105, in cui si osserva, con riferimento alla nullità di protezione contenuta nella disciplina consumeristica – volta non solo a tutelare l’interesse del singolo, ma anche, attraverso quest’ultimo, l’interesse di ordine generale all’efficienza del mercato – che la legge commina la nullità non per astratte ragioni di imperfezione, ma perché un contratto non voluto o non funzionale non può realmente esprimere la libera e razionale scelta di utilità del contraente. Ne deriva che la legge commina la nullità del contratto così concluso in quanto, a ben vedere, tali opzioni negoziali irrazionali dal punto di vista della scienza economica arrecano pregiudizio non solo all’interessato, ma anche al mercato, inteso quale luogo in cui si esplica l’azione degli operatori economici.

⁵⁴ Come sottolinea il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di Codice del Consumo, par. 7, «si è in una fase storica nella quale all’idea regolativa del codice si è sostituita l’esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore»; così PATRONI GRIFFI, *La «nuova codificazione»: qualche spunto di riflessione*, in Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit., p. 75 ss.; PAJNO, *Una codificazione per frammenti*, *ibidem*, p. 158.

⁵⁵ Così IRTI, *L’età della decodificazione*, cit., p. 125 (ivi altresì p. 36 ss. e *amplius*, p. 91 ss.), il quale già scorgeva «principi generali delle leggi speciali». Di «razionalità settoriale» parla BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit., p. 375. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, 1938, Milano (rist. 2006), p. 199, descrive un «diritto autonomo che ha i suoi principi generali, presi in considerazione indipendentemente dal fatto che costituiscano o non deroga ad altri principi».

⁵⁶ Secondo altri Autori (CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 397 ss.; FERRARO, *Analogia e codici di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 521 ss.) trattasi di «sottosistemi» governati «da una logica propria, non riducibile a quella del diritto generale». Ove la «sottordinazione» non indica una posizione di subordine ma designa unicamente il luogo reciproco dei due ambiti o cerchi concentrici, il minore dei quali è «pervenuto ormai alla dignità di sottosistema»; *contra* ma solamente quanto all’utilizzo della locuzione “sottosistemi”, IRTI, *L’età della decodificazione*, cit., p. 71, il quale nega che si possa parlare di «sub-sistemi, poiché norme generali e norme speciali non si dispongono, a rigore, in nesso di subordinazione»,

omogenea di previsioni, che tengono insieme le norme come parti di un sistema⁵⁷, e conferiscono ad esso un aspetto unitario ed organico⁵⁸. Principi micro-sistematici, contraddistinti cioè da una generalità settoriale (“specializzata”)⁵⁹ o “parziale”⁶⁰: dunque, seppure non generali nell’ordinamento complessivamente considerato, tali rispetto ad un sistema “specifico”⁶¹.

Si tratta, in effetti, di “ordinamenti tecnici settoriali” e cioè di discipline, non già dipendenti e seconde⁶², ma prevalenti⁶³, ciascuna

ma danno luogo a un *inter-sistema*, cioè ad una relazione tra sistemi di norme definite in base al loro contenuto.

⁵⁷ VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo* (Relazione al Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi "Complessità delle fonti nel diritto privato in trasformazione", Messina, 27-28 maggio 2016), in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 666-694.

⁵⁸ Cfr. IRTI, «*Codici di settore*»: *compimento della «decodificazione»*, cit., p. 17 ss.; nello stesso senso CARLEO, *Codici di settore*, cit., p. 470, il quale mette in rilievo come «La progressiva erosione dell’unità sistematica del codice era già iniziata con il movimento legislativo che intorno alla fine degli anni Settanta del secolo scorso fu efficacemente denominato *decodificazione*, a fronte del continuo e incessante proliferare di leggi speciali che hanno via via inglobato cospicue materie, sottraendole alla disciplina dettata dal codice e riducendo quindi quest’ultima a un’applicazione soltanto residuale».

⁵⁹ R. CARLEO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ Di un «criterio della *generalità parziale*, costruita a partire da [...] norme in apparenza speciali», v’è menzione in BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, cit., p. 402.

⁶¹ FERRARO, *Analogia e codici di settore*, cit., p. 523.

⁶² Si evoca, così, il contributo di CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., 397 ss. In senso critico, M. LIBERTINI, *Alla ricerca del «diritto privato generale» (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 541 e spec. p. 549 s. Sulla portata sistematica della distinzione concettuale tra diritto civile generale o primo e diritti speciali o secondi, si veda Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008. Sul tema MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.

⁶³ Una «fase definitiva di prevalenza», già chiaramente prefigurata da IRTI, *L’età della decodificazione*, cit., p. 39 ss. Inversa la prospettiva strutturale di CASTRONOVO, *Alle origini della fuga dal codice. L’assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 22 ss. Cfr. IRTI, «*Codici di settore*». *Compimento della decodificazione*, in *Diritto e società*, 2005, p. 232 ss.; VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di*

delle quali aspira con risolutezza a farsi esaustivo statuto del rispettivo settore, ove il cardine normativo e deontologico della materia trova indubbia riallocazione⁶⁴. Si configurano, così, codificazioni basate sull'unità del soggetto giuridico e sulla neutralità e sistematicità del diritto civile, e si lascia, quindi, spazio a micro-sistemi ordinamentali non fondati sull'idea dell'immutabilità della società e incentrati su logiche di settore, di matrice non meramente giuridica.

Il Codice del Turismo e il Codice del Consumo appartengono, difatti, ad una medesima logica, in quanto i codici di settore non segnano un ritorno alla forma storica del codice, ma sviluppano e portano a compimento il processo di decodificazione: non ricostruiscono, ma sospingono la decostruzione⁶⁵, e producono micro-sistemi legislativi.

Il Codice del Turismo costituisce, senza dubbio, un importante punto di arrivo nella evoluzione sistematica della materia giuridica del turismo, in quanto ha adeguato la disciplina secondo lo schema dei "codici di settore", consentendo di abrogare norme desuete e di unificare le diverse disposizioni di legge in un unico corpo normativo, portando benefici in termini di comprensibilità.

Il Codice del Turismo, come anche il Codice del Consumo, rappresentano, entrambi, discipline di carattere complementare che consentono l'applicazione della normativa generale tutte le volte in cui quella settoriale non regoli specificamente la questione da dirimere.

settore, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I, p. 751 ss. e spec. p. 768 s. In questa direzione, sul ruolo fondamentale della Costituzione e del diritto comunitario, v. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 375 ss. e spec. p. 402, e SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 413 ss.

⁶⁴ Per rilievi critici cfr. SENIGAGLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistemica*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 168 s.; ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 624 ss.

⁶⁵ Si veda ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., p. 872, il quale inquadra, in una prospettiva sistematica: «il "codice" del consumo tra ricodificazione e decodificazione».

Ciò implica che la disciplina del Codice del Turismo non si sostituisce a quella dettata dal Codice Civile, ma semplicemente ne amplia il contenuto, contribuendo a incrementarne i margini di tutela⁶⁶.

Sui rapporti tra il Codice del Consumo e il Codice del Turismo, in base al disposto del comma 3, dell'art. 32, si sostiene che permanga invece un carattere di specialità di quest'ultimo rispetto al primo, quale sede principale del diritto dei consumi⁶⁷. Tuttavia, la traslazione della disciplina dei contratti del turismo organizzato nel nuovo codice comporta una nuova valutazione del rapporto in esame, nel senso che le norme del Codice del Consumo potranno trovare applicazione solo quando le parti del contratto di viaggio abbiano la qualifica di professionisti e consumatori di cui all'art. 3 del Codice del Consumo, sempre che sussistano delle lacune del Codice del Turismo, le quali, in via primaria, devono essere colmate in base alla disciplina contenuta nello stesso Codice del Turismo.

In particolare, risulta per certo applicabile ai pacchetti di viaggio e al contratto di viaggio in generale la normativa consumeristica sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 18 ss. c. cons.), quella sulle clausole vessatorie (artt. 33 ss. c. cons.)⁶⁸, nonché quella dettata in tema di azione inibitoria a tutela degli interessi collettivi del consumatore (artt. 139, 140 e 140 *bis* c. cons.)⁶⁹.

Con riguardo, poi, alla competenza in materia di contratto di viaggio con soggetti non professionali, nelle ipotesi di conflitto troverà applicazione l'art. 6.1 del Regolamento (CE) n. 593/2008, in base al quale si applica la legge del Paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, a condizione che ivi il professionista eserciti la propria attività. La scelta di applicare una legge diversa non varrebbe, tuttavia, ai sensi dell'art. 6.2 dello stesso Regolamento, a privare il

⁶⁶ In questo senso SANTAGATA, *La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel codice del turismo "dimidiato"*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2012, p. 1121 s.

⁶⁷ Si veda, sul punto, Cass., 18 settembre 2013, n. 21419, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 132 ss., con nota di DE LEO, *La tutela del consumatore allarga i propri confini al contratto d'albergo*.

⁶⁸ Si veda quanto affermato da SANTAGATA, *op. ult. loc. cit.*

⁶⁹ Secondo DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi a oggetto «Pacchetti turistici» nel «Codice del turismo»*, cit., p. 1147 ss., non troverebbe applicazione l'art. 143 c. cons.

consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni inderogabili contenute nella legge applicabile di *default*.

Più in generale, occorre prendere atto che il concetto stesso di consumatore si è “frantumato” in una pluralità di figure ulteriori⁷⁰, quali l’assicurato, il cliente, l’investitore, il turista, che impongono la ricerca di criteri atti ad individuare i rapporti tra le discipline di settore e i principi a carattere generale espressi nel Codice del Consumo⁷¹.

Il paradigma unificante diviene così proprio il “tipo” di rapporto negoziale e la sua “natura” oggettiva, e non il soggetto “da tutelare” in senso stretto. L’esigenza di “protezione” si delinea così nel rapporto negoziale⁷² al di là della esistenza effettiva dell’eventuale e

⁷⁰ Sono favorevoli ad una nozione ampia di consumatore: GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1149 ss.; PALMIERI, *Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale* (nota a C. cost., ord. 16 luglio 2004, n. 235), in *Foro. it.*, 2005, I, c. 993 ss. Quindi, come osserva efficacemente CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, XXXIV, Padova, 2005, p. 135, la questione su chi sia il consumatore non si pone più (*a parte subiecti*) muovendo dagli attributi personali del vessato, bensì (*a parte obiecti*) concentrando l’indagine alla ricerca della sperequazione “normativa” non sostenuta dalla trattativa reale e dalla (spesso consequenziale) distribuzione asimmetrica delle informazioni e dei connessi costi.

⁷¹ Così VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1157 ss. e spec. p. 1162, la quale in positivo evidenzia che: «Se è vero che una società complessa non può che essere regolata da un sistema giuridico complesso, la molteplicità delle figure e delle relative discipline non disintegrano il concetto unitario, ma lo arricchiscono e lo potenziano».

Sul punto, esemplificativa del dibattito in giurisprudenza, si veda da ultimo Cass., 10 febbraio 2016, n. 2687, inedita, la quale statuisce una specialità della disciplina a tutela del consumatore, anche sul piano delle norme di carattere processuale (e nello specifico quella relativo al c.d. “foro del consumatore”) rispetto ad altre analoghe pur di carattere speciale.

⁷² L’esigenza di tutela sorge per vari aspetti che prescindono dalla contrattazione e, a volte, la precedono poiché il rapporto di consumo è tale in tutte le sue fasi «dal messaggio pubblicitario, al credito, all’acquisto, al danno derivante dall’uso ed anche, occasionalmente, da un semplice contatto sociale»; testualmente in tal senso, già da tempo, ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull’impresa*, Bologna, 1977, p. 4 ss.

successivo rapporto contrattuale e al di là della caratterizzazione dei singoli settori di contrattazione.

Si passa – e il Codice del Turismo ne è testimonianza – ad un nuovo rapporto negoziale *b2c*, nel quale “c” sta per *customer* (cliente) e non per *consumer*⁷³, e la cui disciplina sarebbe diversificata in funzione di profili di asimmetria che caratterizzano le diverse posizioni negoziali inerenti alla sfera soggettiva dei contraenti (consumatori e non)⁷⁴.

La prospettiva si sposta, dunque, dall’“atto” negoziale all’“attività”, intesa come fenomeno tramite il quale gli operatori del mercato compiono le loro scelte commerciali⁷⁵.

Anzi, il concetto di regolamentazione dell’attività rappresenta la chiave di lettura più adeguata a cogliere il senso complessivo della normativa.

Se, quindi, tra la disciplina codicistica e quella delineata dai codici di settore e del turismo in particolare, come si è visto, non è configurabile un (mero) rapporto di genere a specie⁷⁶, occorre chiedersi⁷⁷ se autenticamente speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre quelle di settore si pongono tutte tra di loro come egualmente speciali, in quanto “al pari” derogatorie della regola del Codice Civile, così da poter “parimenti” concorrere a disciplinare un medesimo fatto⁷⁸.

⁷³ VALENTINO, *op. cit.*, p. 1171.

⁷⁴ In questa direzione di grande interesse la proposta di DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, p. 5 ss., spec. p. 19 ss., di porre al centro dell’analisi il mercato stesso o, meglio, i mercati entro i quali le esigenze di razionalità globale di funzionamento del sistema possono essere soddisfatte anche se gli agenti non sono consumatori ma professionisti

⁷⁵ LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 688 ss., spec. p. 694.

⁷⁶ Sul tema ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, cit., p. 67 ss. Nel merito ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.

⁷⁷ Si veda ZOPPINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ D’altronde, come evidenziato da E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 596, «il carattere dispositivo delle norme civili

Dal canto suo, il legislatore comunitario ha precluso l'adozione da parte del legislatore nazionale di nuove disposizioni che disciplinino in modo divergente fattispecie per le quali la direttiva introduce un livello di armonizzazione completa; ciò anche nell'ipotesi in cui tali disposizioni garantiscano un livello di tutela più elevato. Il mantenimento o l'adozione nel diritto nazionale di disposizioni divergenti da quelle ivi stabilite è consentito allora solo dove esplicitamente previsto.

Si impone così una interpretazione secondo la quale l'armonizzazione massima delle regole del mercato unico è posta non già a tutela dei diritti dei consumatori, dei clienti, dei viaggiatori e degli investitori, ma a tutela del contraente quale "elemento" del mercato⁷⁹, al

è un carattere generalissimo perché la legge civile opera nei confronti di un potere (l'autonomia privata) che ha la facoltà di porre norme giuridiche. L'indagine giuridica si rivolge non ad affermare il carattere dispositivo della norma legale, bensì il suo carattere cogente ed eventualmente imperativo. Le norme cogenti ed imperative costituiscono isole nel mare del diritto dispositivo; ed occorre definire i contorni di queste isole, la loro estensione e l'ambito del loro territorio (campo di applicazione della norma cogente o della norma imperativa)».

Con particolare riferimento al rapporto tra Codice del Consumo e altre discipline settoriali, si veda ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, cit., p. 872 ss.

⁷⁹ Il mercato rappresenta, infatti, il luogo in cui intervengono come attori non solo le imprese, ma anche i consumatori e il mezzo con cui questi operatori economici, appartenenti a diverse categorie, entrano in contatto tra loro è il contratto, che si configura, quindi, come relazione giuridico-economica di mercato. Sui rapporti tra diritto e mercato, quale *locus artificialis* conformato dalle regole di diritto che lo disciplinano, si veda IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

Nell'ottica del mercato, giova ribadirlo, le norme imperative (si pensi per tutte a quelle sulla nullità di protezione) sono poste in funzione di un'esigenza di ordine pubblico che, a sua volta, richiede e implica la tutela dell'interesse privato. In tali ipotesi, infatti, la protezione è concessa in primo luogo perché il negozio affetto da asimmetrie informative non consente il perseguimento di un'utilità privata attraverso una scelta economicamente razionale e, di riflesso, arreca pregiudizio al mercato, che rappresenta il luogo in cui si svolge l'azione di tutti gli operatori economici. La tutela del contraente-consumatore così intesa risulta funzionale anche a un'esigenza – di interesse generale – di razionalità ed efficienza del mercato. Tra i primi a rilevare questo "doppio binario" che ispira il diritto europeo dei contratti, GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, trad. di P. Sirena, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 365 ss. In senso conforme, con riferimento alla *ratio*

fine di garantirne il corretto funzionamento e stimolare la concorrenza⁸⁰, in modo equivalente in tutti gli Stati membri⁸¹.

In tale ottica, le disposizioni settoriali specifiche in grado di prevalere sulle disposizioni in materia di diritti dei consumatori sono unicamente le disposizioni nazionali che riproducono disposizioni settoriali dell'Unione Europea e che disciplinano in modo divergente le fattispecie contemplate dal Codice del Consumo, in particolare quelle di armonizzazione minima.

La direttiva non pregiudica, difatti, il diritto contrattuale nazionale generale (come ad esempio le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto) nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non siano disciplinati dalla direttiva medesima. Ciò significa che per tutto quanto non viene regolamentato in modo puntuale, analitico ed esaustivo dalla direttiva possono e debbono operare i principi e i precetti del diritto privato nazionale, pur sempre nel rispetto della direttrice fondamentale dell'armonizzazione completa.

5. *La definizione di “pacchetto turistico” secondo il riformato art. 33 c. tur.: nuovi profili di applicazione oggettiva.*

Il novellato art. 33 c. tur. contiene la definizione di “pacchetto turistico”, già contemplata dal previgente art. 34, del quale resta ferma la descrizione in termini di «combinazione, ad opera di un

della normativa sulle clausole abusive, per tutti cfr. MINERVINI, *I contratti del consumatore*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, Milano, 2006, p. 509 ss.

⁸⁰ Per un approccio critico sul rapporto tra iniziativa economica privata e regole del mercato, per tutti: BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, le cui preoccupazioni derivanti dalle limitazioni all'autonomia dei privati risultano di grande attualità.

⁸¹ In tema cfr.: CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 703 ss. Sul punto DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale: cenni preliminari*, in De Cristofaro (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 480 ss., spec. p. 483, evidenzia come i diversi interessi dei destinatari (consumatori – e microimprese – e professionisti) sono assorbiti dal prevalente e unitario interesse che la disciplina in esame intende tutelare, ossia quello del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

unico professionista, di almeno due tipi diversi di servizi turistici ai fini dello stesso viaggio o della stessa vacanza».

I servizi turistici elencati dalla lettera *a*) sono il trasporto di passeggeri, l'alloggio, cui si aggiunge il noleggio di auto, di altro mezzo di trasporto o di motocicli per cui sia richiesta la patente di tipo A, nonché qualsiasi altro servizio che non sia parte integrante dei primi tre e sempre che non si tratti di servizio finanziario o assicurativo.

Si tratta di un contratto di natura consensuale, a titolo oneroso, in cui emerge essenzialmente una causa di scambio, nella quale rientrano diverse prestazioni di più contratti tipici – trasporto, albergo o locazione, appalto di servizi – e nel quale la c.d. «finalità turistica o di viaggio» ne raffigura la causa concreta. Come già osservato, infatti, le singole prestazioni che formano oggetto del contratto di pacchetto turistico non rilevano in via autonoma, ma solo se considerate nella loro unità funzionale, nella misura in cui siano in grado di assicurare la “finalità turistica” della prestazione⁸².

Del pari, si supera l'espressione «contratto di pacchetto turistico» in favore della locuzione «contratto di viaggio». Deve precisarsi, tuttavia, che nella versione italiana dell'art. 3 della direttiva permane l'utilizzo dell'aggettivo “turistico” per descrivere i servizi la cui combinazione dà vita ad un pacchetto. Si è osservato, al riguardo, che la traduzione nella lingua italiana sembrerebbe non rispecchiare *in toto* la formulazione letterale delle altre versioni della direttiva, dove si parla, più correttamente, di “servizi di viaggio” (*travel service; service de voyage; servicio de viaje; Reiseleistung*) e in cui la locuzione “servizio turistico” è impiegata solo in relazione ai servizi indicati dall'art. 3, n. 1, lett. *d*). Tale precisazione appare opportuna in quanto l'utilizzo dell'aggettivo “turistico” non sembra coerente con il nuovo e più ampio ambito soggettivo di applicazione della normativa, la quale oggi disciplina anche i contratti di viaggio stipulati da un viaggiatore con un professionista indipendentemente dalla

⁸² Cfr., sul punto, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., in cui si esplicita che la finalità turistica perseguita dal turista-viaggiatore rappresenta l'interesse che il contratto da questi concluso è funzionalmente volto a soddisfare.

finalità turistica, di studio o professionale che il contratto è volto a soddisfare⁸³.

Al fine di tener conto delle modalità sempre più diffuse di “costruzione” di pacchetti di viaggio, mediante il ricorso ad Internet è stata adottata una nozione di «combinazione» del pacchetto assai più ampia ed elastica rispetto a quella di combinazione prefissata (dal professionista) che compariva nella direttiva del 1990⁸⁴.

Un elemento caratterizzante, già rinvenibile nel previgente art. 34 (ora art. 33, comma 1, lett. c, n. 2.4.), è costituito dall’irrelevanza della c.d. «pre-organizzazione» ai fini della qualificazione di un contratto di viaggio. Esso risulta importante ai fini dell’applicabilità della normativa anche ai pacchetti turistici c.d. «a domanda», ossia

⁸³ Si vedano, in proposito, i rilievi critici svolti da FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, cit., p. 1311, la quale precisa che anche «l’espressione “contratto di pacchetto turistico” non è tecnicamente corretta», dovendosi prediligere quella di “contratto di viaggio”. Cfr. inoltre quanto osservato da DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio*, cit., p. 1110 ss.

⁸⁴ Per un verso (art. 3, n. 2, lett. a), infatti, si ammette che, nelle ipotesi in cui tutti i servizi vengano dedotti in un contratto unitario, la combinazione possa essere stata effettuata dal professionista «su richiesta del viaggiatore o conformemente ad una sua selezione» (sentenza del 30 aprile 2002, causa C-400/00), per altro verso (art. 3, n. 2, lett. b) si individuano ben 5 categorie di ipotesi nelle quali i servizi di viaggio possono e debbono considerarsi «combinati» in un «pacchetto» (con conseguente applicazione della direttiva) nonostante ciascuno di essi sia stato dedotto in un contratto separato ed autonomo, stipulato dal viaggiatore con il professionista che si è obbligato a fornirlo.

Viene così “codificata” la soluzione già adottata in via interpretativa dalla sentenza del 30 aprile 2002, causa C-400/00, *Club-Tour, Viagens e Turismo SA e Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*, nella quale la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE) ha affermato che l’espressione «tutto compreso» impiegata nell’art. 2, punto 1, Dir. 90/314/CEE, deve essere interpretata nel senso che include i viaggi organizzati da un’agenzia di viaggi su domanda del consumatore o di un gruppo ristretto di consumatori e conformemente alle loro richieste e che l’espressione «prefissata combinazione» di cui all’art. 2, punto 1, Dir. 90/314/CEE deve essere interpretata nel senso che essa include anche le combinazioni di servizi turistici effettuate al momento in cui il contratto viene stipulato tra l’agenzia di viaggi e il cliente.

formulati sulla base delle istanze, dei desideri e delle finalità rappresentati dal cliente-turista o anche mediante un sistema di comunicazione a distanza (c.d. contratti *self made*)⁸⁵.

La disciplina in oggetto troverebbe applicazione anche nell'ipotesi di servizi turistici collegati acquistati tramite contratti che, se pur formalmente distinti, costituiscono elementi essenziali dello stesso viaggio o vacanza e il cui acquisto venga agevolato da un unico professionista⁸⁶. Tali disposizioni estendono la disciplina turistica ad una ipotesi, non espressamente contemplata dalla disciplina previgente, in cui viene tipizzata l'esistenza di un collegamento negoziale tra contratti aventi oggetto e causa diversi, che comunque siano diretti a realizzare un'unica operazione economica consistente nella vacanza o nel viaggio.

Con riferimento ai servizi non accessori, il previgente art. 34 formulava il rinvio agli elementi di contenuto non necessario del contratto, in modo generalizzato e senza richiamare voci specifiche, adottando quale criterio di selezione della significatività delle singole componenti la valutazione dell'interesse del turista⁸⁷.

Con la lettera *b*) del comma 1 del novellato art. 33, il legislatore ha altresì provveduto ad elencare nello specifico i servizi turistici di carattere accessorio ai servizi principali, la cui fornitura, collegata ad uno solo dei servizi essenziali, non è sufficiente ai fini della configurazione del pacchetto turistico e dell'applicazione della disciplina di protezione. L'elenco, tuttavia, sembra avere una portata esemplificativa e ciò si ricava dall'uso dell'espressione "tra gli altri".

Viene inoltre, nei commi 2 e 4, esclusa l'applicazione della disciplina turistica anche quando la combinazione dei servizi riguardi il noleggio di un mezzo di trasporto qualora lo stesso non superi il 25% del valore complessivo dei servizi offerti, ovvero tale servizio di noleggio venga acquistato successivamente all'inizio della esecuzione

⁸⁵ FRANCESCHELLI e MORANDI, *Manuale di diritto del turismo*, cit., p. 312; QUARTICELLI, *Il contratto di vendita del pacchetto turistico nel nuovo codice del turismo*, in *Contr.*, 2012, p. 207.

⁸⁶ DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio*, cit., p. 1099 ss.

⁸⁷ TASSONI, *Commento all'art. 34, d.lgs. n. 79 del 2011*, in Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2015, p. 1079.

o comunque non abbia un carattere essenziale ai fini della combinazione.

Scompare anche il riferimento alla “significatività” che viene sostituito da quello della “essenzialità”⁸⁸. La significatività riguardava, più propriamente, la realizzazione dello scopo ricreativo del viaggiatore, nel senso che la fruizione del servizio doveva costituire la ragione principale o una delle ragioni del viaggio.

Si ritiene, pertanto, che l’elencazione dei servizi integrativi non sia sufficiente a far assumere a questi il carattere di servizi accessori, dovendosi, invece, valutare l’essenzialità rispetto alla causa in concreto del contratto.

6. Osservazioni finali.

La direttiva 2015/2302/UE detta, quindi, una regolamentazione organica, compiuta e (almeno tendenzialmente) esaustiva dei contratti aventi ad oggetto la fornitura di servizi di viaggio combinati.

Per i contratti di viaggio conclusi da professionisti con viaggiatori non qualificabili come consumatori in senso stretto (ad es. imprenditori individuali o liberi professionisti che stipulano il contratto di viaggio per scopi riconducibili alla propria attività professionale o imprenditoriale) ne deriva la sostanziale esclusione di spazi di operatività per l’autonomia privata, con conseguente “blindatura” della disciplina europea a tutela del contraente viaggiatore. Si tratta di una forma rigida ed estremamente rigorosa, che costituisce un vero e proprio *unicum* nel diritto europeo dei contratti *b2b*.

Un’avvertenza finale. La collocazione nel Codice del Turismo non deve indurre erroneamente a ritenere che la disciplina sia destinata a regolamentare soltanto contratti con “causa” turistica; essa infatti disciplina qualsiasi contratto (o insieme di contratti) avente ad

⁸⁸ In base agli orientamenti espressi per il concetto di “non accessorietà” di cui alla previgente lett. c dell’art 34 c. tur., esso sembrava richiedere due requisiti, uno di carattere negativo e l’altro di carattere positivo. Il primo requisito valutava la non strumentalità del servizio rispetto alle prestazioni principali di trasporto e/o ospitalità, nel senso che il servizio non poteva essere servente rispetto alla fruizione dell’alloggio e/o del trasporto (si pensi ad esempio al servizio di prima colazione offerto dall’hotel).

oggetto la prestazione di una pluralità di servizi di viaggio combinati.

Il corpo normativo in questa sede esaminato costituisce il naturale completamento della regolazione del mercato⁸⁹ realizzata nell'ottica preferenziale del contratto, inteso non già come atto negoziale bensì come relazione negoziale, in cui maggiormente si manifesta il confronto asimmetrico non solo tra professionista e consumatore⁹⁰ ma anche tra professionista "forte" e professionista "debole"⁹¹.

A livello più generale, è evidente l'intento del legislatore di risolvere, ove possibile, le disarmonie normative (di fonte nazionale ed europea), migliorando l'organicità e la coerenza interna del sistema.

La realtà si mostra dinamica e disorganica. Il moto centrifugo, sospingente verso la polisistematicità⁹², trova nuovo vigore nelle spinte della tecnica e dell'economia.

Agli interpreti spetta il compito di analizzare le norme, ricondurle e collocarle nel microsistema di riferimento, disegnare il quadro di rapporti intersistematici⁹³, individuare all'interno del settore stesso i criteri in base ai quali colmare le lacune e sciogliere le antinomie delle discipline settoriali, le quali si pongono non più in rapporto di specialità rispetto al Codice Civile, bensì quali regole complementari, frazioni autonome di un ordinamento unitario che l'interprete è chiamato a ricostruire⁹⁴.

⁸⁹ LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 81.

⁹⁰ VETTORI, *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. Impr.*, 2012, p. 1190 ss., spec. pp. 1205-1211.

⁹¹ NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 102.

⁹² N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 141 ss.; e in *Diz. Irti, I, Diritto civile*, Milano, 1980, p. 535 ss.; e in ID., *L'età della decodificazione*, cit., p. 113 ss.; ID., *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 305 ss.; ID., *Appunti introduttivi al seminario dei codici*, in *Giur. it.*, 2001, p. 650.

⁹³ Di «inter-sistemi» parla IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 71, il quale afferma che ogni sistema è retto da una propria logica (c.d. «logica del microsistema» o «logica di settore») la quale costituisce il criterio che governa l'interpretazione e l'applicazione delle norme del micro-sistema.

⁹⁴ Sia consentito, per ulteriori molteplici spunti e considerazioni, un rinvio finale a VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codice di settore*, cit., p. 751 ss.

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

FRANCESCA BERTELLI
Assegnista di ricerca
Università degli studi di Brescia

I GREEN CLAIMS TRA DIRITTI DEL CONSUMATORE E TUTELA DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Le dichiarazioni di responsabilità sociale d'impresa. – 2. Il carattere ingannevole e scorretto della pratica commerciale realizzata con i *green claims*. – 3. Gli artt. 1337 e 1375 c.c. e la tutela della concorrenza. – 4. La responsabilità del dichiarante e la rilevanza oggettiva delle sue dichiarazioni.

1. Le dichiarazioni di responsabilità sociale d'impresa.

Il rapporto tra persona e mercato continua ad essere messo in discussione dalle nuove sfide che un'economia sempre più globalizzata lancia al giurista, chiedendogli di «coniugare la flessibilità del mezzo con l'analisi rigorosa della realtà che muta gli arnesi del lavoro»¹.

La centralità acquistata nel mondo economico dal tema della *Corporate Social Responsibility* e le modalità con cui alcuni profili della responsabilità sociale d'impresa influenzano i rapporti *b2b* e *b2c* impongono una nuova valutazione degli interessi in conflitto e delle modalità per il loro bilanciamento².

¹ Queste le parole di VETTORI, nella presentazione di *Pers. merc.*, 2009, p. 3.; v. anche ID., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss. (da cui le successive citazioni); e, in lingua inglese e con il titolo *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *ERPL*, 2013, p. 221 ss.

² IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 37, il quale sostiene che l'unico modo attraverso il quale il diritto può «appropriarsi di persona e mercato, e svolgerne i 'valori' con la mediazione della legge consiste nello *scomporre*

Più nello specifico, la divulgazione di informazioni relative alla sostenibilità sociale e/o ambientale dei cicli produttivi, dei beni proposti sul mercato o delle stesse aziende produttrici è solo parzialmente imposta da disposizioni precettive³ e spesso rappresenta una scelta di *disclosure* volontaria, che può sottendere una decisione strategica volta ad orientare i comportamenti dei consumatori. Questi ultimi, infatti, si rivelano sempre più attenti alle tematiche sociali e ambientali⁴ e la promozione di un'immagine «sostenibile» dell'impresa può servire a distogliere l'attenzione pubblica da condotte di

la persona nella pluralità di singoli interessi; e di convertire la naturalità del mercato nell'artificialità di un istituto giuridico».

³ Si vedano gli artt. 2 ss. d.lgs. 30 dicembre 2016, n. 254, emanato in attuazione della dir. 2014/95/UE del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, che impegna gli enti di interesse pubblico definiti ex art. 16, comma 1, d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, alla redazione di una dichiarazione individuale di carattere non finanziario per ogni esercizio.

⁴ Dai dati emersi in un recente report italiano promosso dall'Osservatorio Internazionale per la coesione e l'inclusione sociale si ricava come la maggioranza del campione di consumatori analizzato nella ricerca sia rappresentata da «consumatori responsabili» e che, all'interno di questa maggioranza, una percentuale significativa sia composta da consumatori «critici», ossia consumatori che basano le proprie scelte di consumo anche su indici di sostenibilità del prodotto e dell'azienda produttrice. Dal rapporto, inoltre, è possibile evidenziare una variazione percentuale del fenomeno del consumo responsabile che ne attesta la crescente diffusione. Cfr. FORNO e GRAZIANO, *Il consumo responsabile in Italia*, in *Social Cohesion Papers*, 2018, 3, p. 2 ss., i quali definiscono consumatori critici coloro che «hanno comperato beni e servizi da imprese che dichiarano di rispettare il divieto di sfruttare il lavoro minorile, non inquinano (cioè contengono al minimo l'inquinamento) l'ambiente e devolvono una parte del loro surplus a fini di beneficenza». Per una prima analisi dei dati raccolti dall'Osservatorio nel 2020, v. FORNO e GRAZIANO, *Il consumo responsabile in Italia. I primi dati dell'indagine 2020*, Nota di giugno 2020, p. 1 ss.; più ampiamente, sul fenomeno del c.d. consumerismo etico, cfr. ANTILL, *Socially Responsible Consumers: Profile and Implications for Public Policy*, in *Journal of Macromarketing*, 1984, p. 18 ss.; ATTALLA e CARRIGAN, *The Myth of the Ethical Consumer - Do Ethics Matter in Purchase Behaviour?*, in *Journal of Consumer Marketing*, 2001, p. 560 ss.

segno opposto, dalle quali potrebbe invece discendere un danno reputazionale⁵.

Le informazioni relative alla responsabilità sociale sono rivolte al pubblico mediante canali di comunicazione eterogenei, che comprendono bilanci di sostenibilità, dichiarazioni non finanziarie, codici etici e codici di condotta, nonché *green claims* contenuti all'interno di messaggi pubblicitari.

La quantità di dati divulgati rende dunque poco chiaro il loro effettivo potenziale informativo⁶, restando altresì da chiarire quale influenza tali informazioni possano avere sulle dinamiche di mercato,

⁵ SJÄFJELL, *Internalizing Externalities in EU Law: Why Neither Corporate Governance nor Corporate Social Responsibility Provides the Answers*, in *The George Washington Int. Law Rev.*, 2010, p. 977 ss.; EAD., *If Not Now, When? European Company Law in a Sustainable Development Perspective*, in *European Company Law*, 2010, p. 189 ss., dove l'A. efficacemente sostiene che «generally CSR tends to be used as marketing and even greenwashing: The uglier the company, the more makeup».

⁶ Cfr. PROVASI, *La nuova frontiera dell'informativa societaria: dalla social accountability alla sustainability accountability*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, p. 465 ss.; BADALOTTI e VELO, *Lo «standard» italiano per la redazione del bilancio sociale. Il modello GBS 2013*, in *Controllo nelle società e negli enti*, 2014, p. 119 ss.; BELLISARIO, *Rischi di sostenibilità e obblighi di «disclosure»: il d.lgs. n. 254/16 di attuazione della dir. 2014/95/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 19 ss. La credibilità nella comunicazione/rendicontazione della CSR è stata recente oggetto d'analisi da parte di LOCK, *Credibility in CSR Communication: Concepts, Methods, Analyses*, Diss. Lugano, 2015, p. 6, la quale ha rilevato che «companies and stakeholders are trapped in the CSR communication paradox: although more and more is published on CSR (especially via reports), credibility levels fail to rise, whereas scrutiny and distrust are on the increase [...]. This situation is harmful for both sides: stakeholders cannot satisfy their information needs regarding CSR and companies can hardly convey their CSR activities in a credible manner». Osservazioni già mosse da parte della dottrina sul significato da attribuirsi al concetto di trasparenza in ambito bancario possono peraltro essere calate nella dimensione della responsabilità sociale d'impresa: sul punto si vedano, *ex multis*, P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 297 ss.; FAUSTI, *Il codice del consumo. Il ruolo ambiguo della trattativa e l'importanza della trasparenza (con nuove considerazioni sul ruolo del notaio nei contratti di finanziamento bancari)*, in *Not.*, 2007, p. 59 ss.; diffusamente SALVIONI, *Corporate governance, controllo e trasparenza*, Milano, 2007; LUPOLI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle nuove istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr.*

così da individuare quali reazioni l'ordinamento giuridico possa attivare nel caso in cui esse si rivelino non corrispondenti al vero.

Nel dicembre 2006 un celebre saggio metteva in relazione la *Corporate Social Responsibility* con il vantaggio competitivo guadagnato dall'azienda socialmente responsabile⁷: la lettura proposta

impr., 2009, p. 1244 ss.; CAPOBIANCO e LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, *ivi*, 2011, p. 1142 ss.; CAPALDO, *Tutela del cliente e gestione d'impresa nei contratti bancari*, in Auditori (a cura di), *Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori. Giornata di studio in ricordo di Salvatore Pescatore*, Roma 15 maggio 2009, Padova, 2012, pp. 359 ss., spec. 372 e 386, secondo la quale il raggiungimento di un adeguato livello di informazione è «funzionale alla salvaguardia dell'autonomia privata, nonché al mantenimento di un elevato grado di concorrenzialità del mercato» e «l'elemento informativo si presenta come un fattore unificante delle esigenze di efficienza del sistema e delle ragioni della tutela della clientela»; CALLIANO, *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013, p. 14; MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, I, p. 377 ss.; DE NOVA, *La nuova trasparenza bancaria: le principali discontinuità*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 327 ss.; BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, I, p. 162 ss.

⁷ PORTER e KRAMER, *Strategy & Society. The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in *Harv. Bus. Rev.*, 2006, pp. 80 e 89, secondo i quali lo stesso carattere volontario della CSR può essere parzialmente messo in discussione: gli autori portano all'attenzione il caso del «boicottaggio» consumeristico subito da Nike in conseguenza della scoperta dell'utilizzo della manodopera minorile ed in generale sostengono l'esistenza di una forte pressione pubblica per l'adozione di politiche di responsabilità sociale d'impresa. In prospettiva strategica e di integrazione tra la dimensione del mercato e le necessità sociali emergenti, si sostiene che da oculate scelte di responsabilità sociale possano discendere opportunità «to benefit both society and company's own competitiveness». Cfr. anche TEUBNER, *Self-Constitutionalizing TNCs - On the Linkage of Private and Public Corporate Codes of Conduct*, in *Indiana J. Global Leg. Stud.*, 2011, p. 619, secondo il quale «the self-commitments in "private" codes are often only strategic attempts to preempt state regulation through a nonbinding declaration of intent, or they are mere public relations strategies without any effective change of behaviour»; BECKERS, *The Regulation of Market Communication and Market Behaviour: Corporate Social Responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms*, in *Common Mark. Law. Rev.*, 2017, pp. 475 ss., spec. 489 e 490, secondo cui per superare lo scoglio della nonvincolatività delle regole interne alle società imposte con l'autoregolamentazione

avrebbe dovuto essere sufficiente per far concentrare l'attenzione sugli eventuali aspetti patologici collegati alla divulgazione delle dichiarazioni di sostenibilità e sulle conseguenze che un loro uso strumentale – meramente finalizzato ad ottenere un ritorno d'immagine e privo di un adeguato collegamento con le politiche imprenditoriali effettivamente seguite – può avere sulle decisioni dei consumatori e sulle imprese concorrenti.

La risonanza acquistata da recenti fatti di cronaca che riguardano condotte *contra legem* poste in essere da alcune imprese multinazionali – con chiare ricadute in termini di impatto ambientale e sociale negativo, incompatibili con le qualità ecosostenibili pubblicizzate – disvela immediatamente i potenziali utilizzi distorti ai quali possono essere piegate le dichiarazioni di sostenibilità.

Lo scandalo relativo alla manipolazione delle emissioni di gas inquinanti dalla quale si è originato il c.d. *dieselgate*⁸ fornisce un

bisognerebbe porre appunto l'accento sul *competitive advantage* che le stesse acquistano mediante la pubblicazione delle dichiarazioni di sostenibilità e sul fatto che le violazioni di *standard* ambientali o di regole riguardanti la tutela del lavoro possono falsare la competizione tra professionisti e, perciò, in definitiva, modificare la scelta del consumatore.

⁸ Lo scandalo emissioni noto come *dieselgate*, scoppiato prima in America, in conseguenza dei risultati di una ricerca indipendente condotta dall'*International Council for Clean Transportation*, che aveva accertato che alcune autovetture Volkswagen con alimentazione diesel tdi 2.0 producevano ossidi di azoto in quantità molto superiori rispetto a quelle che era ragionevole attendersi sulla base delle attestazioni fornite dalla casa produttrice, e, con pochi mesi di distanza, anche in numerosi Paesi europei, ha portato all'accertamento dell'installazione di un *device* di manipolazione delle emissioni su determinate categorie di veicoli e all'erogazione di sanzioni civili e penali a carico delle case automobilistiche coinvolte e dei vertici societari. Offre spunti in relazione alle qualità ecologiche pubblicizzate per veicoli coinvolti dallo scandalo *dieselgate* CAMILLERI, *Consumatore - «qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso dieselgate»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 704 ss. Più ampiamente, sulla vicenda, cfr. il volume collettaneo *The Dieselgate: A Legal Perspective*, Frigessi Di Rattalma (a cura di), Cham, 2017, e più nello specifico sulle implicazioni privatistiche della vicenda PEDRAZZI, *Civil and Consumer Law*, *ivi*, p. 113 ss.; JONSON, BORKEN-KLEEFELD, SIMPSON e HEYE, *Impact of Excess NOx Emissions from Diesel Cars on Air Quality, Public Health and Eutrophication in Europe*, in *Environmental Research Letters*, 18 settembre 2017; CAVICO e MUJTABA, *Volkswagen Emissions Scandal: A Global Case Study of Legal, Ethical, and Practical Consequences and*

esempio emblematico di come le condotte concretamente poste in essere dalle imprese possano rivelarsi in aperto contrasto con gli *environmental claims* utilizzati.

Nel caso di specie, il dispositivo di manipolazione capace di ridurre i livelli di emissioni rilevabili durante i *test drive* era stato installato da case automobilistiche che pubblicizzavano le innovative tecnologie anti-inquinamento dei propri veicoli e millantavano un elevato grado di responsabilità sociale, desumibile anche dalla presenza di codici etici e di condotta dai quali era ragionevole aspettarsi che le politiche imprenditoriali adottate tenessero in primaria considerazione i profili ambientali coinvolti dall'attività d'impresa. Peraltro, il fatto che all'interno dei report non finanziari di Volkswagen successivi all'accertamento dell'installazione del *device* di manipolazione le questioni collegate allo scandalo *dieselgate* siano liquidate in poche battute ed i profili di responsabilità conseguenti all'accertamento delle condotte illecite imputabili alla multinazionale non siano affrontati⁹ lascia intuire un significativo *deficit* di completezza

Recommendations for Sustainable Management, in *HCBE Faculty Articles*, paper 470, p. 411 ss.; GARACI, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, p. 61 ss.; RAJNERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del «dieselgate»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 397 ss.; CRUDEN, ENGEL, COONEY e VAN EATON, *Dieselgate: How the Investigation, Prosecution, and Settlement of Volkswagen's Emissions Cheating Scandal Illustrates the Need for Robust Environmental Enforcement*, in *Virginia Environmental Law Journal*, 2018, p. 118 ss.; nonché il recente volume curato da GSELL e MÖLLERS, *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal*, Cambridge, 2020.

⁹ Nel report del 2017 (disponibile al link https://www.volkswagenag.com/presence/nachhaltigkeit/documents/sustainability-report/2017/Nonfinancial_Report_2017_e.pdf), la questione Dieselgate è affrontata in mezza pagina (p. 15) intitolata «Diesel Crisis. A Status Report» e per e che maggiori informazioni relative alle condotte riparatorie attuate dalla casa automobilistica si fa riferimento al «The Volkswagen Sustainability Magazine 2017» (https://www.volkswagenag.com/presence/nachhaltigkeit/documents/shift/Volkswagen_magazine_Shift_dialogue_2017.pdf), edito dalla stessa casa automobilistica; mentre nel report 2019 (https://www.volkswagenag.com/presence/nachhaltigkeit/documents/sustainability-report/2019/Nonfinancial_Report_2019_e.pdf) sono solo indiretti i riferimenti alla vicenda, richiamata in periodi come: «we are using the diesel crisis as an opportunity to make a new start» (p. 30), o «We have learned

delle informazioni fornite, la cui compatibilità con il principio di trasparenza più volte ripreso nel codice etico e nel modello di organizzazione e gestione dovrebbe essere oggetto di un'autonoma valutazione¹⁰.

Informazione e trasparenza delineano un'endiadi che inevitabilmente influenza ed orienta le decisioni dei consumatori ed è perciò necessaria una maggiore comprensione della responsabilità che grava sul professionista nel momento in cui dichiara pubblicamente di essere socialmente responsabile, generando perciò delle aspettative negli *stakeholders* esterni all'impresa, anche alla luce dei principi di buona fede, correttezza e diligenza professionale, che devono ispirare le attività economiche¹¹.

from the errors of the past, particularly from those of the diesel crisis. We continue to strengthen integrity and compliance in the Volkswagen Group, because our goal is to be a role model in this area» (p. 35).

¹⁰ Considerazioni analoghe possono essere riproposte per una molteplicità di imprese multinazionali. Basti pensare ad Eni, compagnia dotata di un codice etico in cui si professano integrità, correttezza e trasparenza, aggiornato al 18 marzo 2020 (https://www.eni.com/assets/documents/codice_etico_eni.pdf), nonché di report di sostenibilità strutturati articolati ed accattivanti (per l'anno 2018 si veda https://www.eni.com/docs/en_IT/enicom/publications-archive/publications/reports/reports-2018/Annual-Report-2018.pdf; per il 2019 https://www.eni.com/docs/en_IT/enicom/publications-archive/publications/reports/reports-2018/Annual-Report-2018.pdf), nei quali si sottolineano l'impegno della società per il rispetto dei territori in cui opera ed il suo contributo profuso per favorire lo sviluppo locale, la tutela dei diritti umani ed in generale per l'ambiente e gli ecosistemi. L'imprenditore è da anni sotto i riflettori per le vicende che hanno coinvolto il suo operato in Nigeria, così come quello dell'altro colosso petrolifero Shell. Similmente, altre compagnie attive nel settore tessile o farmaceutico, ovvero in quello dell'estrazione e del commercio delle materie prime sono spesso accusate di degradare l'ambiente in cui operano o di violare i diritti dei propri lavoratori, al punto che in Svizzera, dove alcune multinazionali protagoniste degli scandali hanno sede, si sta discutendo circa la possibilità di introdurre un obbligo di diligenza ed una fattispecie di responsabilità delle imprese che, anche tramite società estere controllate, violino i diritti umani o danneggino l'ecosistema. Sul punto, sia consentito il rinvio a BERTELLI, *La «Swiss Responsible Business Initiative»: verso un approccio ibrido alla RSI*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 739 ss.

¹¹ Cfr. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2016, p. 41 ss. Sul problema della trasparenza nei report di sostenibilità è incisivo HUGUET, *Le re-*

porting extra-financier selon la Global reporting initiative à l'épreuve du green-washing, Genève, 2016, p. 1 ss. Il problema degli effetti da collegare ad un deficit di «trasparenza» del professionista, ancorché con riferimento specifico alla disposizione dell'art. 35 c. cons., è già acutamente avvertito da And. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, pp. 170 ss., spec. 179, 184 ss., 191 ss., il quale osserva che «l'esigenza di trasparenza è connaturale non già all'interesse dell'impresa ma a quello del consumatore, a tutela del quale è del resto articolato l'impianto normativo portato dal codice del consumo» ed ipotizza che dall'inadempimento dell'obbligo di trasparenza scaturisca una fattispecie di responsabilità precontrattuale, a fronte della quale al consumatore dovrebbe essere riconosciuta tanto la possibilità di richiedere che la clausola «intrasparente», interpretata *contra stipulatorem*, riacquisti efficacia, quanto quella di ottenere il risarcimento del danno. Solo di recente, soprattutto nella dottrina tedesca ed anglofona, hanno iniziato a presentarsi con maggiore intensità domande circa la collocazione dei codici di condotta individuali e delle dichiarazioni di sostenibilità all'interno del complesso sistema di regole che disciplinano il mercato: cfr. HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRURInt.*, 2005, p. 629 ss.; HENNING-BODEWIG e GLÖCKNER, *EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?*, in *WRP*, 2005, p. 1311 ss.; BUNTENBROICH, *Menschenrechte und Unternehmen: transnationale Rechtswirkungen „freiwilliger“ Verhaltenskodizes*, Frankfurt am Main, 2007; BIRK, *Corporate Responsibility, unternehmerische Selbstverpflichtungen und unlauterer Wettbewerb*, in *GRUR*, 2011, 196 ss.; ALEXANDER, *Verhaltenskodizes im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht*, in *GRURInt.*, 2012, p. 965 ss.; PAVILLON, *The Interplay between the Unfair Commercial Practices Directive and Codes of Conduct*, in *Erasmus Law Rev.*, 2012, p. 267 ss.; SANGUINETI RAYMOND, *La dimensió n labral de la internacionalizaci ó n de la empresa española*, Madrid, 2014, p. 232; diffusamente HILTY e HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility: Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?*, Berlin, 2014; BECK, *Verhaltenskodizes im Lauterkeitsrecht: zur Frage der Unzulässigkeit von Verstößen gegen Verhaltenskodizes und von sonstigen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes nach dem UWG*, Diss. Göttingen, 2015; BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: on Global Self-Regulation and National Private Law*, Oxford-Portland, 2015; EAD. *The Case of Corporate Social Responsibility Codes of Conduct*, EUI Working Paper MWP 2016/12, Firenze, 2016; EAD., *The Regulation of Market Communication and Market Behaviour*, cit., p. 475 ss.; VYTOPIL, *Contractual Control in the Supply Chain. On Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability*, The Hague-Portland, 2015; KOPP, *Selbstkontrolle durch Verhaltenskodizes im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht*, Diss. Jena, 2016; VAN WAHEYENBERGE e BOCHON, *The Role of Codes of Conduct in the Assessment of Unfair Commercial Practices*, in *Bus. Law Jour.*, 2016, p. 451 ss.;

2. *Il carattere ingannevole e scorretto della pratica commerciale realizzata con i green claims.*

È noto che le informazioni fornite all'interno di rapporti asimmetrici quali quelli consumeristici hanno acquistato, nel diritto privato europeo, un ruolo decisivo ai fini della valutazione della condotta del contraente «forte», con ricadute sulla stessa disciplina generale del contratto¹².

REICHELDT, *Verhaltenskodizes im Recht des unlauteren Wettbewerbs: Zum Verhältnis von Selbstverpflichtung zu formellem Recht*, Marburg, 2017, p. 49 ss.; BECKERS e KAWAKAMI, *Why Domestic Enforcement of Private Regulation Is (Not) the Answer: Making and Questioning the Case of Corporate Social Responsibility Codes*, in *Indiana J. Global Leg. Stud.*, 2017, p. 1 ss.; TEUBNER, *Corporate Codes in the Varieties of Capitalism: How Their Enforcement Depends on the Differences among Production Regimes*, *ivi*, p. 81 ss.; SMITS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes under Private Law: On the Disciplining Power of Legal Doctrine*, *ivi*, p. 99 ss.; TABBERT, *Herausforderungen beim Aufeinandertreffen von Verhaltenskodizes bei der Geschäftsanbahnung*, in *CZZ*, 2017, p. 225 ss.

¹² Cfr. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 17 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 37 ss.; ID., voce *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 817 s.; e in ID., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 105 s.; G. LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, Napoli, 2001, p. 25 ss.; PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 902 ss.; SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1107 ss.; SCHIAVONE, *la violazione degli obblighi di informazione tra «regole di comportamento» e «regole di validità»*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 918 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in Pagliatini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2009, p. 261 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 20 ss.; BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, p. 210 ss.; PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*,

Da questa premessa generale è inevitabile prendere le mosse per svolgere qualche ulteriore riflessione che consenta di qualificare gli effetti che conseguono alla pubblicazione di dichiarazioni di sostenibilità mentitorie.

L'evoluzione italiana del caso *dieselgate* ed i passaggi argomentativi sviluppati dall'autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha dedicato attenzione alle modalità con cui gli *environmental claims* sono stati utilizzati all'interno delle campagne pubblicitarie delle case automobilistiche coinvolte dallo scandalo, danno conto della crescente importanza che l'interesse non patrimoniale alla sostenibilità sta assumendo nella determinazione dell'utilità complessiva che chi acquista si prefigge di raggiungere mediante la conclusione del contratto.

L'AGCM, nello specifico, ha rilevato come, in presenza di messaggi promozionali che enfatizzano la sostenibilità dell'azienda e dei beni immessi in circolazione, «la ragionevole decodifica operata dai consumatori è di trovarsi di fronte ad un produttore [...] che fa della tutela dell'ambiente uno dei suoi principali obiettivi, e verso la

Torino, 2014, p. 255 ss.; F. MARONE, *Sul cosiddetto principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità: osservazioni in proposito ad un recente libro*, in *Foro nap.*, 2015, p. 385 ss.; LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 467 ss.; nonché VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit., p. 1190 ss.; ID., *Nullità selettive e «riequilibrio effettivo». L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. merc.*, 2019, pp. 21 ss., spec. 22 e 29 il quale rileva che «la legge chiaramente sembra preferire la valutazione dei comportamenti e le regole di responsabilità. La giurisprudenza inizia un'«opera di ricucitura», ispirata dalla dottrina attenta alla diversità di potere fra le parti e alla necessità di una corretta e piena informazione che tuttavia oscilla, nella individuazione delle tutele, fra rimedi invalidanti e risarcitori, talora utilizzando strumenti come la meritevolezza e la causa in concreto, ancora da sperimentare nella loro capacità regolatoria», e conclude osservando che «la comprensione del presente ci mostra come la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità non sia uno schema assoluto, ma anzi necessariamente flessibile nell'adattarsi al tempo e alla esigenza del controllo sull'atto di autonomia».

quale, nella consapevolezza di una particolare responsabilità sociale, è orientata la propria strategia produttiva». Tali messaggi «sono suscettibili di indurre in errore i consumatori, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, lettera b), del Codice del Consumo, con riferimento alla vocazione ambientale e alla responsabilità sociale rivendicata dal produttore»¹³.

Le osservazioni riportate collegano chiaramente alla *green marketing* utilizzato nelle campagne pubblicitarie un'aspettativa ambientale del consumatore medio, connessa al grado di responsabilità sociale dell'impresa dichiarante¹⁴. Quest'ultimo aspetto, unitamente

¹³ Così la delibera AGCM 4 agosto 2016, n. 26137 (procedimento PS10211), §§ 91-93, disponibile sul portale istituzionale dell'Autorità garante, che ha preso in esame messaggi promozionali aventi le seguenti formulazioni: «la responsabilità ambientale è uno dei capisaldi della strategia di [...]»; «l'automobilista che ha optato per questa vettura pensa in modo responsabile ed ecologico»; «si tratta di una vettura al cui conducente la tutela dell'ambiente e una guida sostenibile stanno veramente a cuore»; «Il logo verde di [...] esprime la consapevolezza della casa automobilistica di potersi sviluppare in maniera sostenibile, agendo responsabilmente nei confronti dell'ambiente e facendo tutto il possibile per muoversi in questa direzione, con un profondo rispetto per la vita e per la natura»; «[...] non è soltanto un'auto molto divertente, è anche un'auto responsabile».

¹⁴ Anche se l'impatto della sostenibilità/insostenibilità delle politiche imprenditoriali sull'immagine dell'impresa potrebbe essere reso meno evidente dal primato che Volkswagen tuttora detiene sul numero di vetture vendute rispetto ai diretti *competitors* e dall'analisi del suo *cash flow*, che non rivela particolari segni di crisi, il crollo del valore delle azioni VW immediatamente successivo allo scandalo testimonia, per contro, che il mercato è sensibile a problematiche di carattere etico e ambientale. Cfr. MCGEE, *Volkswagen, storia di una ristrutturazione di successo*, in *Il Sole 24 ore, Finanza e mercati*, 20 gennaio 2018; TAN-KANTOR, *Volkswagen (VW) Group Emission Scandal: Implications on Corporate Social Responsibility and the Environment*, 15th International Conference on Corporate Social Responsibility and 6th Organisational Governance Conference, Melbourne, Australia, 4-6 September 2016, in *Swinburne Research Bank*. La rapida ripresa sul mercato di Volkswagen si spiega, nella prospettiva di RAJNERI, *op. cit.*, p. 423, anche nell'assenza di una sanzione effettiva pubblica o privata per le condotte illecite sul piano ambientale, che ha stemperato la percezione della gravità della condotta da parte del pubblico, riducendo di conseguenza anche l'effetto dissuasivo generato dall'eventuale danno reputazionale.

alla già accertata capacità dei contratti di rispondere anche ad interessi non patrimoniali delle parti¹⁵ e alla progressiva affermazione dell'operatività delle varie declinazioni del principio dello sviluppo sostenibile all'interno dei rapporti tra privati¹⁶ induce a richiamare

¹⁵ La stessa Relazione al codice civile del Ministro Guardasigilli Grandi (n. 557) chiarisce che «si dovrà ritenere che non vi è obbligazione quando il contenuto del correlativo dovere non abbia i caratteri della prestazione secondo l'art. 1174 del c.c. Si noti che nell'art. 1174 del c.c. si distingue l'interesse alla prestazione dalla prestazione medesima. L'interesse alla prestazione non deve essere necessariamente pecuniario, perché il diritto mira a realizzare e a tutelare anche le più alte idealità: basta che includa uno scopo ritenuto utile secondo l'apprezzamento predominante nella coscienza sociale, cioè indipendentemente dal giudizio subiettivo che ne possa fare il soggetto del rapporto. La prestazione deve, invece, essere suscettibile di valutazione economica; senza di che non si potrebbe attuare la coazione giuridica predisposta dal diritto nel caso di inadempimento. La possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale. Da ciò la necessità di valutare la pecuniarietà della prestazione considerando il rapporto nel suo complesso». In dottrina, cfr., anche in ordine all'interesse dello stipulante nella previsione dell'art. 1411 c.c., MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, Napoli, 1962, pp. 5 ss. e 169 ss.; ID., voce *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 240 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, *La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, p. 66 ss.; DE NOVA, *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rescigno, X, Torino, 1982, p. 416 ss.; FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*², II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno ed Gabrielli, Torino, 2006, p. 1164 ss., secondo il quale tuttavia l'interesse dello stipulante va necessariamente differenziato dall'interesse previsto dall'art. 1174 c.c.; ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, in *Commentario del codice civile Scialoja - Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 2004, pp. 3 ss. e 35 ss.

¹⁶ Cfr. LIBERTINI, *La responsabilità d'impresa e l'ambiente*, in *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di *Giurisprudenza commerciale*, Bologna 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 203 ss.; PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2017, p. 4 ss.; e in *Giust. civ.*, 2017, pp. 809 ss. (da cui si cita), spec. 823, 834, dove l'A. ravvisa una generale «tensione verso la sostenibilità dello scambio»; ID., *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, II, Mantova, 2017, p. 279 ss.;

la definizione di azione commerciale ingannevole di cui all'art. 21 c. cons., che recepisce l'art. 6 dir. 2005/29/CE.

La previsione, al primo comma, qualifica come ingannevole «una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio» in relazione ad una serie di elementi elencati, tra cui ricadono anche la «natura del prodotto» (*sub a*), «le caratteristiche principali del prodotto», inclusi «il metodo di fabbricazione» e «i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto»; (*sub b*), che sono astrattamente idonei a ricomprendere anche i *claims* ambientali utilizzati all'interno dei messaggi pubblicitari, sia, più in generale, le caratteristiche di sostenibilità del bene o del servizio immesso sul mercato e della sua *supply chain*.

Sul punto, è sufficiente aggiungere che la definizione di pratiche commerciali tra professionisti e consumatori offerta dall'art. 18, *sub d*), c. cons. (così come dall'art. 2, *sub d*), dir. 2005/29/CE) può senz'altro includere le dichiarazioni di sostenibilità diffuse attraverso i vari canali disponibili e l'art. 21, comma 2, *sub b*), c. cons., considera altresì ingannevoli quelle pratiche che, nella fattispecie concreta, siano idonee ad influire sulla capacità del consumatore di autodeterminarsi nelle proprie scelte negoziali¹⁷ e comportino «il

ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi «ecologica» del contratto*, in *Liber Amicorum per Biagio Grasso*, a cura di P. Pollice, Napoli, 2015, p. 473 ss.; e in *Pers. merc.*, 2015, I, pp. 37 ss. (da cui si cita), spec. 47, ove l'A. rileva che «l'analisi "ecologica" del diritto contrattuale consente di cogliere che la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c.) è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile delle risorse naturali; sì che, il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili». Per osservazioni critiche sulla categoria euristica del contratto ecologico cfr. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 337 ss., spec. 341 ss., il quale ipotizza una «patrimonializzazione dell'ambiente» in – almeno apparente – contrapposizione alla depatrimonializzazione del contratto sostenuta dal chi ha coniato il paradigma del c.d. contratto ecologico.

¹⁷ DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, pp. 1086 e 1094, il quale

mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare» e che possono appunto comprendere disposizioni con le quali egli si è impegnato alla sostenibilità sociale ed ambientale dell'attività esercitata.

Tuttavia, affinché l'incoerenza tra la condotta attuata e l'impegno assunto mediante il codice di condotta pubblicato possa essere qualificata come pratica commerciale ingannevole, la lettera della norma precisa che devono concorrere due ulteriori requisiti: deve trattarsi di un impegno «fermo e verificabile» e non di una semplice aspirazione, e il professionista deve aver indicato di essere vincolato dal codice in una pratica commerciale.

La pubblicazione del codice di condotta sul sito *web* del professionista può dunque essere considerata una «pratica commerciale»

identifica come elemento fondante della scorrettezza l'attitudine della pratica ad incidere in misura rilevante sui procedimenti decisionali attraverso i quali i consumatori pervengono alle loro scelte negoziali; FEZER, *Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL*, in *WRP*, 2010, p. 577 ss.; AUGENHOFER, *German Report*, in KOBEL, KËLLEZI e KILPATRICK, *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*, Berlin, 2015, p. 509. L'impossibilità di trascurare la costante attenzione dei consumatori alla sostenibilità di quanto da loro acquistato è ulteriormente confermata dall'adesione all'opinione di chi ritiene opportuno valutare in astratto e sulla base di un giudizio prognostico la capacità della pratica commerciale messa in atto dal professionista di falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, al punto da indurlo ad assumere una decisione diversa da quella che ci si sarebbe ragionevolmente potuti aspettare in assenza del comportamento scorretto: v. *ex multis* Cons. Stato, 22 giugno 2011, n. 3763, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2011, p. 2087 ss.; Cons. Stato, 4 luglio 2012, n. 3901, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, p. 1209 ss.; in *Rass. dir. farm.*, 2012, p. 1195 ss.; e in *Riv. dir. agr.*, 2012, p. 363 ss.; Cons. Stato, 4 marzo 2013, n. 1259, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, p. 750 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1959, con nota di ZAMPANO, *Pratiche commerciali ingannevoli: la valorizzazione dell'autonomia decisionale del consumatore*; in *Riv. dir. nav.*, 2014, p. 979 ss., con nota di PITTALIS, *Pratiche commerciali scorrette nell'ambito del trasporto passeggeri e acquisto «on line»*; e in *Dir. trasp.*, 2015, p. 943; Cons. Stato, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Danno e resp.*, 2015, p. 205; Cons. Stato, 19 settembre 2017, n. 4378, in *Foro amm.*, 2017, p. 1840.

ai sensi dell'art. 18¹⁸, ma la dottrina non è concorde sul significato da attribuire ai requisiti della fermezza e verificabilità dell'impegno assunto nel codice di condotta, specialmente se si considera che le norme ivi contenute dedicate alla sostenibilità molto spesso presentano enunciati aventi una formulazione così generica da rendere quantomeno non immediata l'individuazione di un'effettiva portata precettiva.

Chi offre un'interpretazione restrittiva della lettera della norma tende ad escludere la possibilità di considerare «fermi» tutti gli impegni che non si concretizzano in specifici precetti comportamentali e a ritenere che la vaghezza degli impegni orientati verso la sostenibilità assunti con i codici di condotta impedisca di collegare alla prova della loro inattuazione l'apparato rimediale previsto dal codice del consumo per le pratiche commerciali scorrette¹⁹.

Altri hanno tuttavia replicato che proprio la divulgazione di informazioni di sostenibilità vaghe e non verificabili rappresenterebbe una pratica commerciale scorretta, perché l'estrema genericità delle informazioni relative agli impegni verso la CSR assunti dal professionista, non trovando alcun riscontro nelle condotte concretamente attuate, rappresenterebbe indice decisivo del fatto che la loro emanazione persegue l'unico obiettivo di ingannare il consumatore²⁰.

¹⁸ Cfr. HOWELLS, *Codes of Conduct*, in HOWELLS, MICKLITZ e WILHELMSSON, *Co-regulation's Role in the Development of European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, London-New York, 2006, pp. 195 ss. e 208 ss.; FABBIO, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 728, il quale ritiene che la pubblicazione dei documenti di sostenibilità sul sito internet possa rilevare ai fini della definizione di pratica commerciale solo se dalle circostanze concrete «risulta verosimile che il consumatore medio (ragionevolmente informato e normalmente avveduto) lo avrebbe consultato»; GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 65 ss., il quale sostiene che il bene protetto dal complesso di norme dedicate alle pratiche commerciali scorrette sia l'autenticità della scelta del consumatore.

¹⁹ Cfr. BEVIVINO, *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Napoli, 2018, p. 97, il quale rileva come il «presupposto della rilevanza giuridica delle regole di RSI debba ritenersi una sufficiente specificità e puntualità dei precetti contenuti anche nei codici».

²⁰ FABBIO, *op. cit.*, p. 729 s., nell'opinione del quale anche le informazioni evasive possono creare aspettative nel consumatore, e anzi, escludere la fermezza

La disciplina delle pratiche commerciali, del resto, mira a tutelare il mercato preservando l'integrità delle decisioni negoziali del consumatore e ciò dà conto dell'esigenza di sanzionare la mancata corrispondenza tra ciò che è concretamente riscontrabile e ciò che è dichiarato dal professionista, avuto riguardo alle false supposizioni generate dalle informazioni divulgate e ai condizionamenti indiretti da esse prodotti sulle scelte di chi acquista²¹,

di impegni formulati come *mission statements* incentiverebbe le imprese ad utilizzare formulazioni volutamente vaghe e il requisito della verificabilità va valutato caso per caso; nello stesso senso anche BECKERS, *The Regulation of Market Communication and Market Behaviour*, cit., pp. 491 e 495, secondo la quale «CSR communication can be misleading not only if it contains false statements, but also if the statements made are vague (“we produce environmentally friendly products; we do not support child labour”) and without substantiation» e ancora «Finally, CSR codes of conduct are often criticized for being vague and thus do not meet the requirement in Article 6 (2)(b) UCPD of being “firm and capable of being verified”. It is true that vague and aspirational commitments are present in the CSR communication, including the reference to codes of conduct; yet, this does not allow for the generalization that all CSR commitments have such an aspirational character».

²¹ In questo senso, cfr. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 793 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 1973 ss., secondo il quale la tutela del consumatore è strumentale a quella del mercato; CAPALDO, *L'informazione*, in *Il mercato del risparmio: struttura, autorità, illeciti e tecniche di tutela*, a cura di Colavolpe e Prosperetti, Assago, 2012, pp. 73 ss., spec. 81 s., la quale, dopo aver delineato le due direttrici sulle quali si snodano gli interventi del legislatore comunitario, osserva come i provvedimenti «che regolano il corretto funzionamento delle contrattazioni, la trasparenza delle condizioni contrattuali, il riequilibrio delle posizioni contrattuali [...]» svolgono due funzioni principali: «in primo luogo quella di fissare regole chiare e precise che tutte le imprese – indipendentemente dalla posizione di forza che hanno sul mercato – devono rispettare, affinché la competizione si svolga su un piano di parità; in secondo luogo tutelano la parte contraente debole (consumatore, cliente, operatore non qualificato) da eventuali abusi»; GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Torino, 2015, p. 394; ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, p. 250, il quale rileva come forme di tutela differenziate per il contraente-consumatore derivino «dall'esigenza di proteggere il corretto funzionamento del mercato concorrenziale»; MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, p. 101 s.,

In questa prospettiva, le dichiarazioni di sostenibilità possono generare un contrasto tra apparenza e realtà, capace di influenzare il contraente svantaggiato dall'asimmetria informativa: oggetto di valutazione deve essere il comportamento dell'impresa che, affermandosi «socialmente responsabile», dichiara pubblicamente di rispettare il proprio codice ed i principi ivi contenuti, ovvero si avvale di *claims* di sostenibilità, ma attua comportamenti diametralmente opposti dal punto di vista sociale o ambientale.

Per ribadire la rilevanza di codici di condotta ed *environmental claims* utilizzati nei messaggi pubblicitari ai fini dell'applicazione della disciplina delle pratiche sleali tra professionisti e consumatori è utile richiamare altresì la portata generale del dispositivo dell'art. 20, comma 2, c. cons., che stabilisce la scorrettezza della pratica commerciale «contraria alla diligenza professionale» che sia «falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge»²².

il quale coglie come le direttive comunitarie appaiano sempre più ispirate «alla comune *ratio* di regolare il mercato e di razionalizzarlo a partire dal basso» e sottolinea come appaia evidente che «il consumatore, rispetto al complesso ordito del legislatore comunitario, sia più un mezzo che un fine esso stesso».

²² Cfr. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 73 ss., il quale rileva immediatamente l'infelice e incerta formulazione della clausola generale contenuta all'interno della direttiva 2005/29/CE, ed evidenzia i profili critici conseguenti ad una scelta normativa che, per l'A., rappresenta una scelta di compromesso; LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 633 ss., secondo la quale, relativamente al tema affrontato, «l'applicazione degli indici ecologici nella soluzione di problemi giuridici, nel caso di specie nel valutare se una data pratica può dirsi ingannevole o meno, dovrà tenere conto delle clausole generali entro cui si muove il giudizio di "scorrettezza"». Relativamente alle criticità sottese alla nozione di diligenza professionale di cui all'art. 2 dir. 2005/29/CE e alle variazioni che il recepimento della direttiva ha apportato alla stessa cfr. DE CRISTOFARO, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori: la direttiva 2005/29CE e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007, p. 119 ss.; GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali*, cit., p. 41 ss.

La «vacuità»²³ della definizione generale di slealtà della pratica commerciale non agevola il compito dell'interprete, ma l'espresso riferimento operato dall'art. 20 c. cons. alla buona fede e alla correttezza professionale affida all'interprete clausole generali che legittimano a compiere una valutazione complessiva della condotta del professionista, tenendo conto della necessità di tutelare gli altri operatori che agiscono sul mercato²⁴. La logica sottesa al divieto di pratiche commerciali scorrette è capace di giustificare la scelta legislativa di una formulazione tanto ampia e di spiegarne la portata sistematica²⁵: la priorità di impedire abusi della razionalità limitata del consumatore si esprime attraverso il parametro della sua ragionevole aspettativa rispetto alla condotta del professionista, che deve essere valutata in relazione ad una pluralità di elementi che coinvolgono l'attività professionale esercitata ed il complesso di condotte dallo stesso poste in essere.

Se la libertà della persona è protetta attraverso la tutela dell'autenticità delle scelte negoziali che compie e ciò rappresenta il fine ultimo delle regole che disciplinano il mercato²⁶, gli impegni verso

²³ L'espressione è di A. GENTILI, *op. ult. cit.*, pp. 37 ss., spec. 41, il quale afferma che il ricorso alla diligenza non aiuta nella determinazione del contenuto della clausola, per sua natura indeterminata, in quanto «“Diligenza” è una misura, non un tipo di comportamento».

²⁴ Per l'evoluzione dei contenuti della definizione di diligenza che ha portato alla formulazione dell'art. 2, lett h), dir. 2005/29/CE e per un'interpretazione della nozione a cui fa riferimento la disciplina consumeristica sulle pratiche commerciali sleali cfr. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 125 ss.; ID. *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d'impresa*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di Alpa e Conte, Milano, 2015, p. 275 ss.; nonché, con specifico riferimento al rapporto tra la diligenza professionale e la clausola generale di buona fede e correttezza, LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.; PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, pp. 1117 ss., spec. 1160, secondo il quale «la diligenza e la buona fede non ricoprono due distinti e autonomi ruoli: la seconda, tutt'al contrario, delinea il contenuto della prima»; LANDINI, *op. cit.*, p. 632, secondo la quale la diligenza va interpretata alla luce dell'idea economica di «Fair Business».

²⁵ GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 51 ss.; LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss.

²⁶ Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, p. 61 ss.; in *Riv. trim. dir.*

la sostenibilità che un professionista ha volontariamente dichiarato di assumere concorrono nella determinazione della misura in cui è ragionevole immaginare che il consumatore riponga aspettative riguardo all'adozione di determinate politiche imprenditoriali ed integrano così la valutazione del comportamento dell'imprenditore secondo buona fede e correttezza. In questo modo, la diligenza richiesta al professionista si riallaccia alla sua posizione economica ed esprime il complesso di comportamenti dovuti in relazione all'attività svolta, alle dichiarazioni rese e all'affidamento sulla loro veridicità che il consumatore ragionevolmente ripone in conseguenza del ruolo ricoperto dal suo interlocutore²⁷. La diligenza professionale²⁸, dunque, pone in capo al debitore obblighi collegati allo specifico settore di appartenenza, che concorrono nella stessa determinazione della conformità della condotta alla buona fede e in relazione all'inadempimento dei quali è possibile giustificare un giudizio negativo sulla pratica commerciale posta in essere²⁹.

proc. civ., 1998, p. 17 ss.; e in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 799 ss.; And. GENOVESE, *op. cit.*, p. 95, il quale incidentalmente evidenzia l'importanza di «recuperare quel ruolo di centralità che certamente compete alla persona e che rischia di andare frustrato dinanzi all'oggettivazione degli scambi di massa»; VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit., p. 1190 ss., il quale suggerisce una prospettiva che «assume come elemento decisivo il diverso rilievo giuridico della persona, oggetto di norme e principi nuovi, e del mercato, come istituto giuridico al cui interno si determinano le posizioni di potere dei contraenti».

²⁷ PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 1162; VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 1049 ss.

²⁸ Tale diligenza professionale, secondo LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss., nota 31, è accostabile ai concetti di «perizia» e «attenzione», certamente rilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza; in senso contrario DE CRISTOFARO, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, cit., p. 122 ss., il quale esclude che tale concetto possa coincidere con l'elemento soggettivo necessario per ravvisare un'ipotesi di responsabilità.

²⁹ Cfr. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss., il quale attribuisce alla buona fede una portata normativa autonoma all'interno della disciplina delle pratiche commerciali; PIRAINO, *op. ult. cit.*, pp. 1153 ss., spec. 1162 s., secondo il quale la scelta del legislatore comunitario è frutto di una scelta consapevole che arricchisce le condotte a cui il professionista è tenuto nei confronti dei consumatori e quindi aumenta il loro grado di protezione; PAVILLON, *op. cit.*, p. 269, la quale afferma

Le maggiori criticità che caratterizzano la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali sono sottese ai profili rimediali, che rendono difficoltoso sostenere che la regolamentazione settoriale sia da sola capace di rispondere in maniera effettiva alla necessità di tutelare i consumatori da pratiche di *green marketing* non adeguatamente supportate da condotte attuative orientate verso la sostenibilità. Suscita anzitutto perplessità la scelta legislativa di preferire l'introduzione di una disciplina con un ambito soggettivo di applicazione differenziato, anziché procedere ad una generale riforma della tutela della concorrenza e del mercato³⁰. L'inadeguatezza del solo sistema rimediale individuato all'interno del codice del consumo, inoltre, è facilmente denunciabile dal fatto che l'interprete è comunque costretto a procedere ad integrazioni con la disciplina codicistica. Il rischio di inefficienza ed ineffettività che caratterizza il doppio binario di tutela pubblicistico-privatistico configurato dal codice

che «the normative criteria ensure that the business community does not itself determine the minimum content of the honest market practice standard». *Contra* DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, cit., p. 1093, il quale sostiene invece che «la “diligenza professionale” non va dunque sovrapposta né confusa con i “principi generali di correttezza e buona fede”, che costituiscono per contro soltanto i parametri da applicare per individuare il livello di competenza, cura e attenzione che può reputarsi (mediamente) dovuto nel settore di attività del professionista e che ci si può conseguentemente attendere venga rispettato dal professionista medesimo nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori: proprio (e soltanto) il mancato rispetto di tale livello consente ed impone di qualificare una pratica come contraria alla “diligenza professionale”».

³⁰ Cfr. BARGELLI, *I codici di condotta*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, cit., p. 103 s., la quale rileva che «una soluzione legislativa nazionale che in questa materia introducesse un regime unitario appare invero naturale nei vari sistemi europei dove, con forse maggiore lungimiranza, la disciplina sulla concorrenza sleale già abbraccia sia transazioni *business to business*, sia quelle *business to consumer*: si pensi alla legge tedesca, che, nel disciplinare organicamente l'intera materia – compresa la pubblicità ingannevole – tutela gli interessi di tutti gli attori del mercato»; DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1081 ss.; ID., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 880 ss.

del consumo ha già portato a muovere critiche alla tecnica di recepimento della dir. 2005/29/CE³¹: un apparato rimediabile rivolto esclusivamente ai consumatori collettivamente intesi appare coerente con la finalità della disciplina comunitaria, ma l'assenza di previsioni dedicate alla tutela individuale lascia all'operatore giuridico il delicato compito di identificare le modalità attraverso le quali i rimedi tradizionali possano essere chiamati ad operare ed il giudizio su quale, tra tutti, garantisca l'effettività della tutela³². Le regole di mercato, in questa prospettiva, appaiono necessariamente destinate ad incidere sulle regole di responsabilità e la normativa consumeristica «non solo legittima ripensamenti del diritto interno, ma getta un

³¹ Cfr., *ex multis*, DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. impr. Europa*, 2007, p. 1 ss.; GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 777 ss.

³² Cfr. IMBRUGLIA, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 163 ss.; ID., *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss.; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1701 ss.; VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.; e in *Pers. merc.*, 2017, I, pp. 187 ss. (da cui si cita), spec. 197, il quale osserva come, per garantire la tutela degli interessi in gioco, «in caso di violazione della situazione protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Tale tutela dovrà essere misurata con il metro della effettività. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa legittimata da una fonte costituzionale. In questi limiti appunto il principio di effettività attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema (artt. 2 e 24 Cost., 13 CEDU, 47 Carta di Nizza) che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere»; ID., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, X, 2017, pp. 381 ss., spec. 395, ove si analizza il principio di effettività rimediabile, che «richiede alle Corti degli Stati nazionali di creare o perfezionare le tutele per un'effettiva protezione dei diritti in base all'art. 19 Trattato UE, che pone un chiaro legame fra effettiva protezione e rimedio efficiente».

ponte dalla dimensione collettiva a quella individuale»³³ e dalla regolamentazione del mercato a quella dei rapporti tra privati.

Le limitazioni al campo di applicazione soggettivo della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, la rilevanza dell'affidamento generato dal professionista attraverso i *claims* ambientali o rivolti verso la sostenibilità, così come l'alterazione potenziale delle scelte degli operatori economici che quest'ultimo può determinare anticipano le ricadute che un *green marketing* esclusivamente finalizzato ad ottenere un vantaggio competitivo, ma non supportato da strategie imprenditoriali orientate verso la sostenibilità può avere anche all'interno delle relazioni *business to business*.

3. *Gli artt. 1337 e 1375 c.c. e la tutela della concorrenza.*

La rilevanza delle pratiche di *greenwashing* si estende inevitabilmente anche ai rapporti tra professionisti³⁴ e, del resto, lo stesso art. 27, comma 15, c. cons., precisa che l'intervento dell'autorità amministrativa in presenza di una pratica commerciale suscettibile di essere valutata come scorretta non pregiudica la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.*

Se le dichiarazioni di sostenibilità si rivelano capaci di creare delle ragionevoli aspettative circa le *performance* ambientali del

³³ GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 40.

³⁴ Cfr. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 699; PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, cit., p. 337 ss., il quale anticipa, seppur da una diversa prospettiva, il problema dell'alterazione della concorrenza e, analizzando l'impatto dei parametri di sostenibilità all'interno degli appalti pubblici si domanda criticamente se, avvantaggiando le imprese che abbiano politiche ecologiche particolarmente sostenibili, implicanti l'adozione di specifiche tecniche produttive, «per dotarsi delle quali è necessario compiere ingenti investimenti», non si profili il rischio di violare i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, e «di appannare indirettamente la concorrenzialità del mercato, visto che l'adozione di criteri di sostenibilità *ad hoc* può selezionare, in termini discriminatori, le grandi imprese rispetto a quelle medio-piccole»; BECKERS, *op. ult. cit.*, pp. 489 e 490, secondo la quale «violations of social and environmental standards within production could be covered by the UCPD when they have a direct effect on the pricing of the product or, taken one step further, they allow the company to gain an advantage by presenting its products or general performance as particularly innovative in comparison to its competitors».

bene proposto e le attenzioni socialmente orientate del relativo ciclo produttivo, la disciplina volta a combattere le pratiche commerciali scorrette, quella dell'illecito anticoncorrenziale e quella della pubblicità ingannevole devono necessariamente intersecare i propri ambiti di operatività e sono chiamate ad intervenire a fronte della medesima condotta idonea a falsare le dinamiche di mercato³⁵.

A fronte di *claims* ambientali attuati da un operatore professionale, per le imprese concorrenti che non abbiano a loro volta dichiarato pubblicamente il proprio impegno verso la sostenibilità, possono configurarsi due scenari: in un caso, i concorrenti potrebbero essere indirettamente danneggiati dal vantaggio competitivo ottenuto dall'azienda che si professa socialmente responsabile e, così facendo, «attira» i consumatori etici; nell'altro, temendo di subire le conseguenze delle ricadute reputazionali favorevoli alla concorrente che si è dichiarata socialmente responsabile, potrebbero essere indotti a sopportare i costi necessari per «uniformarsi» alle politiche di CSR che risultino dichiarate a mero scopo reclamistico³⁶. Per questa ragione è possibile sostenere che l'art. 2598 c.c., nella parte in cui considera sleale ogni comportamento che utilizza ogni mezzo «non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda», è senz'altro applicabile al caso in esame, allo scopo di sanzionare la condotta del professionista che, diffondendo informazioni di sostenibilità non verificabili o incoerenti con il suo effettivo comportamento, pone in essere una violazione dei principi generali di buona fede e correttezza³⁷.

³⁵ Secondo GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 57, tali discipline presentano punti di contatto così stretti da tendere alla coincidenza; in senso difforme DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, cit., p. 1081.

³⁶ Sul rapporto tra l'art. 2598 c.c. e l'interesse reputazionale dell'impresa cfr. FUSARO, *Informazioni economiche e «reputazione» d'impresa*², Torino, 2010, p. 189 ss.

³⁷ Sulla portata precettiva dell'art. 2598, n. 3, c.c. e sul significato della correttezza professionale cfr. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 509 ss.; VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 113, il quale evidenzia il collega-

La rilevata «matrice comune degli artt. 1175, 1137, 1375 e 2598, n. 3 e la possibilità che quelle regole, al di là delle rigide ripartizioni geometriche, siano utilizzabili, in concorso fra loro, in settori peculiari di attività per precisare concretamente il contegno dovuto e le tutele esperibili»³⁸ ha chiari riflessi sulle modalità di controllo delle dichiarazioni e del comportamento del professionista durante la fase prenegoziale e sulla determinazione della sua responsabilità.

Il quadro regolamentare al quale appellarsi, sempre più arricchito dalle fonti di provenienza comunitaria, offre un'ulteriore lente attraverso la quale guardare ai *green claims*: il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145³⁹, norma di attuazione dell'art. 14 dir. 2005/29/CE, che modificava la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole⁴⁰.

mento con l'art. 1337 c.c.; PARDOLESI, *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, in *Diritto civile*, IV, 1, diretto da Lipari e Rescigno e coordinato da Zoppini, Milano, 2009, pp. 53 ss. e 77, il quale, analizzando il significato della pubblicità scorretta, ingannevole e sleale alla luce dell'art. 2598 c.c., sottolinea come «quando si analizza la *reclame* nell'ottica della contrarietà alla correttezza professionale, si prescinde dalla valutazione dell'attitudine della condotta dell'imprenditore a screditare il prodotto o l'attività dell'impresa concorrente e si pone in primo piano il vero ruolo dell'*advertising*: quello di sottrarre affari ai concorrenti»; SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2010, p. 111 ss., il quale sostiene che «il giudizio di liceità o meno della condotta dell'imprenditore presuppone, quindi, la individuazione dei principi di correttezza professionale, che costituiscono il parametro di qualificazione della slealtà dell'attività concorrenziale» ed afferma altresì che la correttezza professionale rappresenta un limite all'iniziativa economica privata costituzionalmente garantita.

³⁸ Sono le parole di VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 78.

³⁹ Cfr. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 255 ss.; PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 509 ss.; PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di E. del Prato, III, Napoli, 2013, p. 1701 ss.

⁴⁰ Cfr. LEONE, *op. cit.*, p. 255 ss., il quale, dopo aver osservato che è stata proprio la dir. 2005/29/CE a configurare uno scenario in cui la disciplina della pubblicità ingannevole e quella delle pratiche commerciali scorrette si differenziano per l'ambito soggettivo di applicazione, rileva come «esista un doppio binario di tutela costituito da: 1) il divieto di pratiche commerciali scorrette rilevante esclusivamente nei rapporti fra imprese e consumatori e regolato dal D.Lgs. n. 146/2007 che sostituisce in blocco gli artt. da 18 a 27 del Codice del Consumo; 2) il divieto

L'art. 1 d.lgs. 145/2007, in particolare, definita la finalità del provvedimento nella tutela dei professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, stabilisce, al comma 2, il principio ispiratore della materia in base al quale «la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta». L'art. seguente, dedicato agli aspetti definitori, fornisce una nozione di «pubblicità» molto ampia, che include qualsiasi messaggio, a prescindere dalle modalità attraverso le quali è divulgato, finalizzato a promuovere l'attività svolta dall'azienda e qualifica ingannevole «qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente». Come l'art. 27, comma 15, c. cons., in materia di pratiche commerciali scorrette, anche l'art. 8, comma 15., d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, fa salva «la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale», a norma dell'art. 2598 c.c.

In ogni caso, una valutazione oggettiva delle dichiarazioni di sostenibilità come elemento che incide sulle determinazioni negoziali degli *stakeholders* potrebbe legittimare un intervento, anche d'ufficio, ex art. 8, comma 2, d.lgs. 145/2007, dell'Autorità Garante, volto a reprimere e sanzionare condotte che incidano negativamente sulle dinamiche concorrenziali⁴¹, ma il richiamo alla buona fede e alla cor-

di pubblicità ingannevole e comparativa illecita rilevante nei rapporti fra imprese disciplinato dal D.Lgs. n. 145/2007[...]. In entrambi i casi, fatta salva la competenza dell'Autorità Giudiziaria e della stessa autodisciplina, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) esercita le attribuzioni disciplinate dai D.Lgs. attraverso misure inibitorie e sanzionatorie» ed evidenzia l'inadeguatezza di un criterio di individuazione della disciplina applicabile basato su qualifiche soggettive delle parti, ma con numerosi punti di contatto ed aree grigie.

⁴¹ Cfr. MELI, «Diligenza professionale», «consumatore medio» e regola di de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in Id. e Marano (a cura di) *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, p. 1 ss., il quale ricorda che già alla luce della definizione offerta dalla disciplina della pubblicità ingannevole introdotta dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, a seguito della pedissequa

rettezza professionale, che operano anche in una fase precedente rispetto alle trattative *stricto sensu* considerate, consente di ampliare il ventaglio di tutele esperibili dai soggetti coinvolti dalle dichiarazioni del professionista e di configurare un'autonoma responsabilità risarcitoria a carico di chi diffonda *claims* di sostenibilità mentitori⁴².

La relazione tra la regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole solleva, in realtà, problematiche più articolate⁴³, tant'è che si è arrivati ad ipotizzare che tra l'ingannevolezza della pubblicità *ex art. 2 d.lgs. 145/2007* e quella di

trasposizione nell'ordinamento interno della dir. 84/450/CEE del 10 settembre 1984, l'individuazione del carattere ingannevole della pubblicità si articola «in una valutazione delle caratteristiche oggettive del messaggio (non veridicità dell'informazione, mancanza di trasparenza, incompletezza, ambiguità, finanche veridicità capziosa) e della sua idoneità ad indurre in errore i destinatari o coloro che esso poteva comunque raggiungere, con possibile pregiudizio del comportamento economico (inteso in senso neutro, come influenza ai fini delle scelte d'acquisto)».

⁴² Già VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 79, ha avuto l'intuizione di osservare come «nell'ambito negoziale, certo, esiste una disciplina che, ovviamente, oltre al piano risarcitorio, valuta le dichiarazioni rese, ciò non toglie che il criterio e le sanzioni previste dall'art. 2598, n. 3, c.c. debbano estendersi anche ad esse. Solo che, una volta colto il punto di raccordo fra l'art. 2598 c.c. e l'art. 1337 e 1375 c.c., saranno queste ultime norme che disciplineranno nell'area negoziale i comportamenti e le dichiarazioni, con un contenuto precettivo e normativo, però, che dovrà essere integrato con quello della norma di base (art. 2598 c.c.) che essi specificano in un settore peculiare di attività. Le conclusioni che possono trarsi da queste considerazioni appaiono di grande momento, solo che si pensi che, se si assume come dato unificante della disciplina l'attività delimitata dai tipi di comportamento concorrenziale, allorché l'atto si svolge in un'area negoziale, sarà possibile ammettere l'esperienza in via diretta e non meramente analogica, dell'azione inibitoria, sia nella fase formativa del contratto (tramite l'art. 1337 c.c. e il contenuto dell'art. 2599 c.c.), sia nella fase esecutiva di esso (art. 1375 e 2599 c.c.); mentre su un diverso piano, un comportamento concorrenziale illecito, svolto nell'area formativa o esecutiva dell'atto, potrà essere sanzionato, ai sensi degli art. 1337 e 1357 c.c., con l'obbligo di risarcimento o la condanna alla pubblicazione della sentenza *ex art. 2600 c.c.*».

⁴³ Sul punto cfr. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 161 ss.; PERA, *op. cit.*, p. 512 ss.

dichiarazioni che possono essere qualificate come pratiche commerciali scorrette si instauri un rapporto di «*genus a species*»⁴⁴ e a sottolineare come il fine comune di entrambe le discipline consista nel preservare la razionalità limitata dei consumatori per prevenire degenerazioni del mercato concorrenziale⁴⁵.

Il complesso intreccio di scenari rimediali appena evocato non scongiura però il rischio dell'ineffettività delle tutele concretamente offerte agli altri imprenditori e ai consumatori⁴⁶.

L'art. 2598 c.c. offre all'imprenditore-concorrente un rimedio esercitabile davanti al giudice ordinario, il quale, accertata l'esistenza di una condotta qualificabile come atto di concorrenza sleale e perciò idonea a danneggiare anche solo potenzialmente l'azienda concorrente⁴⁷, ne inibisce la continuazione e dispone in ordine al risarcimento del danno. Gli artt. 18 ss. c. cons. e il d.lgs. 145/2007,

⁴⁴ Cfr. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 1306 ss., spec. 1312; PIRILLI, *Pratiche commerciali scorrette e tutela della persona nel contesto delle regole di mercato*, Catanzaro, 2009, p. 22.

⁴⁵ Cfr. SCAGLIONE, *op. cit.*, pp. 115 s., il quale osserva che «la disciplina della concorrenza sleale tutela indirettamente anche gli interessi dei consumatori nei confronti di comportamenti imprenditoriali che potrebbero falsare la valutazione, e quindi la domanda, dei beni o dei servizi offerti sul mercato», nonché 192 ss., ove l'A. rileva come «l'importanza della fattispecie della pubblicità ingannevole nella tutela della libertà di concorrenza si coglie non appena si osservi che l'inganno del pubblico dei consumatori in relazione ad una determinata offerta di prodotti può produrre seri effetti distorsivi del gioco concorrenziale»; TOMMASI, *op. cit.*, p. 165 s., la quale riflette sull'utilizzo della pubblicità e sull'impatto delle scelte del consumatore in prospettiva macroeconomica.

⁴⁶ Cfr. PIRILLI, *op. cit.*, p. 134 s., la quale, chiedendosi se la molteplicità degli strumenti di tutele offerti e la possibile interferenza tra procedimenti si traduca in un effettivo vantaggio per il consumatore, evidenzia come esistano vari meccanismi di *enforcement* esperibili a fronte di condotte che ricadono all'interno della definizione di «pratica commerciale scorretta» che, essendo però scarsamente coordinati, rischiano di generare un pericoloso «effetto boomerang».

⁴⁷ Per parte della dottrina, l'art. 2598 c.c. subisce un'ulteriore limitazione soggettiva dell'ambito di applicazione, poiché non può essere invocato da tutti gli imprenditori, ma esclusivamente dagli imprenditori-concorrenti. Cfr., sul punto FUSARO, *op. cit.*, pp. 31 e nota 14, nonché, sull'estensione semantica del concetto di «imprenditore e concorrente», 34 s.; TOMMASINI, *Regole di concorrenza e tutela dei consumatori*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, p. 181 ss.; e in *Agr. ist. mercati*, 2012,

invece, attribuiscono specifica rilevanza alle dichiarazioni pubbliche del professionista al fine di impedire che le decisioni dei consumatori siano influenzate da condizionamenti esterni capaci di incidere sulla loro autonomia privata⁴⁸. In particolare, l'art. 27 c. cons. e l'art. 8 d.lgs. 145/2007 regolano i poteri e le attribuzioni dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a fronte di condotte qualificabili come pratiche commerciali scorrette o di casi di pubblicità ingannevole e configurano un binario di *enforcement* pubblicistico parallelo e complementare rispetto a quello privatistico, il quale però offre la possibilità di tutelare anche gli interessi individuali, una

p. 69 ss., spec. 80 ss. (da cui si cita). Per l'orientamento giurisprudenziale che valuta l'idoneità in astratto dell'atto di concorrenza sleale a danneggiare i concorrenti cfr., *ex multis*, Cass., 14 febbraio 2000, n. 1617, in *Riv. dir. ind.*, 2001, II, p. 96 ss., con nota di CEVOLINI, *Alcune osservazioni sui presupposti «necessari e sufficienti» della concorrenza sleale*; Cass., 12 febbraio 2009, n. 3478, in *Dir. ind.*, 2009, p. 287 ss., con nota di TAVOLARO, *Violetto 6433: colore distintivo e individuazione*; in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, 473, con nota di CRETA e DI SABATINO, *Colore in funzione distintiva del prodotto e percezione del pubblico*; e in *Giur. dir. ind.*, 2009, p. 109 ss.; Cass. 22 maggio, 2015, n. 10643, in *dejure*.

⁴⁸ Cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 73 s.; TOMMASI, *op. cit.*, p. 24, la quale rileva come «le norme sulle pratiche commerciali scorrette sono il risultato di un'importante e ambiziosa scelta di politica legislativa che non si affida tanto ad una tutela *ex post* del consenso del consumatore, ma si preoccupa di salvaguardarlo *ex ante*, al fine di proteggere sia la libertà delle imprese di adottare le più efficaci strategie di comunicazione, sia il diritto dei singoli a non essere vittime di un uso spregiudicato dei mezzi di persuasione». Cfr. anche BECK, *op. cit.*, p. 42 ss.; BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes*, cit., p. 512, secondo la quale «Pursuant to the UCPD, it is already possible to regulate CSR communication directed at consumers as misleading communication that can be subject to an injunction order. Further, Article 6(2)(b) UCPD can regulate behaviour that amounts to non-compliance with a CSR code of conduct that a company has itself committed to, at least insofar as trading behaviour in the form of promoting and selling products with environmental claims is concerned»; HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility, the VW Scandal and the UCP Directive*, in *EuCML*, 2016, pp. 153 ss., spec. 155, ove l'A. afferma che «non-compliance with CSR may already entail legal consequences under the UCPD, especially if certain CSR issues, which is quite likely, are simultaneously brought up in advertising and marketing. These avenues should be carefully explored, including the crucial question of who can enforce what in this area of law. It is not unconceivable that unfair competition law could prove to be an important cog in the legal mechanism to prevent outrages like the recent VW scandal».

volta riconosciuto che «la contrarietà alla diligenza per assonanza richiama concetti che appartengono alla concezione dei rapporti obbligatori, precontrattuali e contrattuali. La diligenza è infatti un loro canone, e tali sono anche la correttezza e la buona fede»⁴⁹.

Proprio quest'ultima, come criterio valutativo della condotta del professionista che si serva dei *green claims* come «specchietto reputazionale» per guadagnare consensi, ma anche in funzione integrativa rispetto alle obbligazioni di cui lo stesso è gravato in forza delle relazioni che instaura con altri operatori – professionali e non professionali – può garantire tutela giurisdizionale ai singoli e l'accesso ad un rimedio effettivo⁵⁰, che potrà e dovrà essere differenziato e

⁴⁹ In questi termini si esprime GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 59. Cfr. anche PERFETTI, *op. cit.*, p. 1704 ss.

⁵⁰ Sulla funzione valutativa della buona fede come cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 25 ss.; BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 171 ss.; e in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 143 ss.; D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, pp. 247 ss., spec. 269 e 271 s., secondo il quale l'incertezza ed imprevedibilità degli esiti applicativi correlati all'impiego della buona fede in funzione valutativa renderebbero ancor più illogico un utilizzo della stessa in funzione integrativa [il passaggio è ripreso e approfondito anche in ID., *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, *ivi*, 2016, p. 476 ss.; ID., «Giustizia contrattuale» nella prospettiva del civilista, in *Dir. lav. merc.*, 2017, p. 253 ss.; ID., *Buona fede e solidarietà sociale: il tramonto della clausola generale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 557 ss.; ID., *Rodotà e la stagione delle clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 129 ss.; ID., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, p. 689 ss.; e in D'AMICO e PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, p. 1 ss.]. In senso contrario, è favorevole a riconoscere la funzione integrativa della buona fede CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 108, il quale afferma chiaramente «la buona fede, come regola di condotta, è solo fonte di obblighi tra le parti» (per una più ampia valutazione del pensiero espresso da questo A. v. anche G. BENEDETTI, «Eclissi» del diritto civile e fenomenologia dell'attesa. Riflessioni sul testo di Carlo Castronovo, in *Pers. merc.*, 2016, I, p. 96 ss.; in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1177 ss.; e in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 89 ss.); PIRAINO, *La buona fede in*

graduato in relazione alle peculiarità del caso concreto e al ruolo dei soggetti coinvolti nella vicenda.

4. *La responsabilità del dichiarante e la rilevanza oggettiva delle sue dichiarazioni.*

Le considerazioni appena svolte dimostrano che la rilevanza giuridica dei *green claims* deve essere individuata muovendo dalle asimmetrie informative che caratterizzano le relazioni tra professionisti e consumatori e che possono appunto essere ulteriormente aggravate dalla diffusione di dichiarazioni ispirate solo ad un miglioramento dell'immagine dell'impresa e non corrispondenti alla reale condotta da essa tenuta.

sensu oggettivo, cit., pp. 343 ss., spec. 348 s., il quale, dopo aver analizzato la posizione degli autori che escludono la funzione integrativa della buona fede, osserva che «appare chiaro quali siano le funzioni assolute dalla buona fede integrativa e quali quelle perseguite dalla buona fede valutativa: la prima, attraverso lo strumento tecnico degli obblighi accessori, funge da fondamento di una più penetrante tu tela dell'obbligazione, gettando i presupposti per il ricorso all'intero ventaglio dei rimedi contrattuali; la seconda, grazie *all'exceptio doli generalis*, vuole contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto o comunque ingiustificatamente gravosa per controparte, sul piano della conciliazione degli interessi confliggenti, secondo una misura insuscettibile di una determinazione aprioristica. Una volta appurato ciò, non può più stupire se i giudici decidano casi analoghi invocando ora la buona fede integrativa ora quella valutativa ora entrambe. È evidente, infatti, che la preferenza accordata ad una delle due funzioni, o la scelta di fare ricorso contemporaneamente ad entrambe, è strettamente dipendente dall'esito che, in relazione alle circostanze concrete, si vuole ottenere sul fronte dei rimedi: fondare la responsabilità di colui che ha dato luogo a condotte scorrette, o ricorrere alle altre tutele contrattuali, oppure negare effetti a tali condotte, contestandone l'abusività o, comunque, la contrarietà a buona fede»; VETTORI, *Nullità selettive e «riequilibrio effettivo»*, cit., p. 29, il quale, dopo aver ricordato l'evoluzione del ruolo della buona fede, conclude osservando che «l'eccezione di mala fede consente di paralizzare contegni abusivi anche del contraente protetto da una regola speciale e mostra le sue potenzialità come strumento adatto a intervenire per il riequilibrio di situazioni nuove che sfuggono ad una rigidità normativa, ed esigono un metodo diverso. Una flessibilità cognitiva capace di saper affrontare situazioni difficili e complesse, alla ricerca, appunto, del rimedio più adeguato a tutela dell'equilibrio sostanziale e dell'interesse generale a realizzarlo anche in casi di protezione del più debole dei contraenti».

Avuto riguardo agli utilizzi «distorti» a cui si prestano le dichiarazioni di sostenibilità sociale ed ambientale, dalla loro esternazione deriva una responsabilità per il loro autore, il quale, avendo liberamente deciso di comunicare messaggi *lato sensu* promozionali in cui si sottolineano le qualità sostenibili della sua attività, è perciò tenuto a dar seguito con la sua condotta a quanto ivi affermato.

La rilevanza del fenomeno, tuttavia, non può dirsi esaurita dalla dimostrazione della possibilità di considerare illecite le condotte del professionista che, approfittando del fatto che gli altri operatori difficilmente possono verificare l'effettiva corrispondenza al vero delle sue dichiarazioni, pubblici *claims* di sostenibilità al solo scopo di perseguire una strategia di *green marketing*. Le dichiarazioni di responsabilità sociale e ambientale, una volta divulgate e rese accessibili a chiunque tramite la pubblicazione, acquistano un grado di oggettività⁵¹ che si riflette e si ripercuote, con diverse intensità, sulle relazioni instaurate dal professionista.

Richiamare la disciplina dell'illecito aquiliano per accertare la responsabilità dell'impresa nei confronti degli *stakeholders* esterni è senz'altro possibile quando ricorrono gli estremi dell'illecito anti-concorrenziale o delle pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori. Ma ciò offre ristoro solo a fronte della preventiva dimostrazione dell'esistenza di un danno, lasciando dunque impregiudicata la valutazione dei casi in cui la falsità della dichiarazione non comporta un immediato e diretto pregiudizio in capo ai suoi destinatari⁵².

Una volta divulgati, i *claims* di sostenibilità coinvolgono immediatamente il rapporto tra l'impresa e i soggetti con cui la stessa ha relazioni contrattuali e producono effetti indiretti, come si è visto, anche per i potenziali consumatori ed i concorrenti, sicché la verifica della verità oggettiva di quanto in essi affermato esprime un'esigenza comune ad interessi sociali ed ambientali diffusi, contribuendo a riflettere sulle modalità con cui il principio dello sviluppo

⁵¹ Cfr. IRTI, *Due temi di governo societario*, cit., p. 696 ss.

⁵² In questo senso, in relazione alle norme dei codici etici e di condotta, cfr. anche BELLISARIO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia e autorialità privata*, Torino, 2012, p. 182.

sostenibile possa essere messo in correlazione con i doveri di solidarietà sociale operanti nei rapporti tra privati.

Se è l'ordinamento ad attribuire effetti etero-imposti alla scelta discrezionale di avvalersi di *claims* di sostenibilità, l'esercizio della libertà di dichiararsi socialmente responsabili comporta, in forza del principio di autoresponsabilità, già espresso dal divieto di *venire contra factum proprium*⁵³, la perdita della possibilità di tenere comportamenti incoerenti con tale dichiarazione senza sopportarne le conseguenze giuridiche⁵⁴.

⁵³ Cfr. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet. Fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, 2000, p. 38 ss.; SICCHIERO, *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 507 ss.; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, p. 79 ss.; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 175 ss.; FESTI, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Milano, 2007, spec. p. 107 ss.; SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 513 ss.; F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 61 ss.; e in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, cit., p. 1021 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 10 ss.; SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e dei poteri del giudice*, in De Donno (a cura di), *Persona e attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, II, Napoli, 2016, p. 1353 ss.; D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 59 ss.; A. ASTONE, *Il divieto di abuso del diritto: diritto scritto e diritto vivente*, Milano, 2017, p. 55 ss.; BRECCIA, *Abuso del diritto*, in Furguele (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017, p. 127 ss.; BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, cit., p. 183 ss.; POMPEI, *Abuso del diritto: un approccio tra filosofia e storia*, Torino, 2019, p. 25 ss.

⁵⁴ In ordine al legame tra libertà e autoresponsabilità, è sufficiente rinviare a FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 39; e, con il titolo *Atto reale e negozio giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 782, secondo il quale «autodeterminazione e autodisciplina compongono nella loro associazione il fenomeno dell'autonomia, che è, insieme, autogestione di interessi e autoresponsabilità».

La situazione di apparenza circa il rispetto di determinati *standards* comportamentali, dalla quale deriva una ragionevole aspettativa dei soggetti coinvolti dall'attività d'impresa circa l'adozione di politiche imprenditoriali compatibili con i *claims* utilizzati, impone che il professionista assuma su di sé il rischio dell'affidamento che la sua dichiarazione fa sorgere e la responsabilità per l'eventuale pregiudizio che comportamenti incoerenti con le dichiarazioni di sostenibilità divulgate arrecano alla posizione di chi ha agito confidando nel loro rispetto: gli effetti in capo al professionista si producono in quanto le sue dichiarazioni diventano «elementi di fatto cui regole e doveri posti dall'ordinamento si riferiscono»⁵⁵.

Una volta radicatasi nella dottrina maggioritaria – che ha trovato riscontro nella più recente giurisprudenza – l'opinione secondo cui la buona fede deve essere considerata una clausola generale pervasiva, che si estende ben oltre la fase delle trattative *ex art.* 1337 c.c. ed opera in tutte le ipotesi in cui le sfere giuridiche di più soggetti entrano in relazione⁵⁶, dando vita ad autonomi obblighi di protezione

⁵⁵ CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, pp. 77 e 149, secondo la quale «l'autoresponsabilità opera sempre legando un soggetto alle conseguenze di un proprio comportamento. In altre parole, essa funziona tramite il raccordo del nesso fatto-effetto con l'autore del fatto»; ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 171.; cfr. anche ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, I, p. 38 ss., la quale ha già abbozzato l'idea che l'impresa sia tenuta a rispondere per le violazioni dei propri codici etici e di condotta sulla base dell'affidamento che la diffusione di informazioni di sostenibilità false o inesatte crea all'esterno della società sottoscrittrice.

⁵⁶ Cfr. SCODITTI, *op. cit.*, c. 1105 ss.; ACHILLE, *La complessità del rapporto obbligatorio: alla fonte degli obblighi di protezione*, in D'Angelo e Roppo (a cura di), *Annuario del contratto*, Torino, 2017, pp. 129 ss., spec. 150 ss.; PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, I, pp. 104 e 126, dove l'A. afferma che l'affidamento «per un verso, assume significati diversi e, per altro verso, non è in grado di fornire quel senso complessivo dell'istituto della responsabilità»; ID., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 73 ss.; VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 25 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2685 ss., con nota di PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e «culpa in contrahendo»: verso la tesi contrattualistica*; in *Giur. it.*, 2016, p. 2565 ss., con nota di DI MAJO, *La «culpa in contrahendo» tra contratto e torto*; in *Contr.*, 2017, p. 35 ss., con nota di PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità*

che affondano le proprie radici nel dovere di solidarietà costituzionale, il suo richiamo rafforza la posizione degli *stakeholders* che hanno agito sul mercato anche in considerazione dei propri interessi etici ed ambientali. Nel momento in cui si ammette che le dichiarazioni di sostenibilità soddisfano un interesse non patrimoniale che giustifica determinati comportamenti negoziali e si afferma la possibilità di valutare l'appropriatezza dell'utilizzo degli *environmental claims* attraverso la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, riesce più agevole sanzionare la diffusione di informazioni di sostenibilità incomplete, non verificabili o mentitorie.

La rete di relazioni che, a seguito della pubblicazione dei *claims* di sostenibilità, si instaura tra l'impresa ed i soggetti che sono coinvolti dalle politiche di CSR dichiarate, insieme agli obblighi di informazione collegati al ruolo professionale ricoperto, che si estendono all'intera fase prenegoziale e coprono l'affidamento in una condotta secondo buona fede⁵⁷, permettono di ritenere il professio-

precontrattuale (ipotesi sull'immunità); in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1129 ss., con nota di ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*; in *Riv. not.*, 2017, p. 776 ss., con nota di RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*; e in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1942 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*.

⁵⁷ Cfr. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pp. 360 ss., spec. 364 (da cui la successiva citazione); e in ID., *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, pp. 267 ss., spec. 273 s., ove si afferma che «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio»; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 230 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, cit., p. 104 ss.; nonché BECKERS, *Legalization Under the Premises of Globalization: Why and Where to Enforce Corporate Social Responsibility Codes*, in *Indiana J. Global Leg. Stud.*, 2017, p. 23, secondo la quale «the protection of legitimate expectations and *venire contra factum proprium* are important principles in international trade that prohibit private actors from raising expectations by making a declaration and simultaneously showing contradictory behavior. The character of the corporate codes as promises that raise expectations in the context of the market are almost a paradigmatic example of this category».

nista responsabile dell'incoerenza tra quanto dichiarato pubblicamente e le condotte attuate rispetto ai soggetti coinvolti dalle sue dichiarazioni⁵⁸: l'osservazione di chi ha sostenuto che il dovere di comportarsi secondo buona fede non presuppone una qualificazione in termini contrattuali dei rapporti tra le parti, né richiede un vero e proprio avvio delle trattative, ma investe tutte le situazioni in cui più sfere giuridiche sono messe in relazione, permette di calare il principio di solidarietà costituzionale all'interno dei rapporti tra l'impresa che promette comportamenti socialmente responsabili e gli *stakeholders* esterni⁵⁹.

Relativamente agli obblighi informativi, annoverabili tra i principali obblighi di protezione ed al loro rapporto con la buona fede, la diligenza e la correttezza professionale, seppur nello specifico ambito bancario cfr. VENUTI, *op. cit.*, p. 1079 ss.; CAPALDO, *L'informazione*, cit., p. 116, nell'opinione della quale «il delicato equilibrio tra obbligo di fornire ogni informazione e le esigenze di semplificazione rende determinante il ruolo del giudice nell'interpretazione del contratto e nella valutazione dei comportamenti delle parti al fine di valutare, in concreto, il corretto adempimento dei doveri di informazione e gli eventuali profili di responsabilità alla luce delle clausole generali della buona fede e della correttezza».

⁵⁸ Cfr. ANGELICI, *op. cit.*, p. 174; ID., *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, pp. 3 ss., spec. 18 s., il quale si sofferma sul problema dei benefici reputazionali «la cui caratteristica è di conseguire non direttamente dai comportamenti dell'impresa, ma dalla loro conoscenza presso il pubblico» e spiega, da questa prospettiva, la necessità di introdurre regole di informazione collegate alla responsabilità sociale. Relativamente all'importanza che lo *status* professionale acquista nella giustificazione degli obblighi di protezione cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 356 ss. e 363 ss.; ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 655 ss.; PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette.*, cit., p. 1160 s.; ID., *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 239 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, cit., p. 108, il quale, nel caso di rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, sostiene che «lo *status* professionale rivestito dalla p.a. si riflette sulla disparità di competenze e di conoscenza nel rapporto col cittadino e ciò [...] attiva l'imperativo di buona fede, imponendo alla p.a. di informare l'utente dei fatti noti, o comunque da conoscere, che possono integrare cause di invalidità o di inefficacia del contratto in corso di perfezionamento».

⁵⁹ MENGONI, *op. cit.*, p. 370, la cui tesi estende gli obblighi di protezione oltre la fase delle trattative, poiché l'A. ritiene che «la relazione diretta alla stipulazione

Richiamando la buona fede si risponde all'«esigenza socialmente diffusa di chiarezza nei rapporti economici e di coerenza dei relativi

di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede»; ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Contr.*, 2005, p. 106 ss., il quale rileva che «in realtà, secondo la più moderna sensibilità giuridica, il principio di buona fede dovrebbe essere concepito in termini di derivazione dal principio costituzionale di solidarietà sociale, “il quale, peraltro, non presuppone l'antecedente della qualificazione dei rapporti in termini *stricto sensu* contrattuali (o pre-contrattuali) ma investe l'intera area delle situazioni giuridiche improntate dalla relazionalità”»; RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014, p. 102, il quale osserva come «la solidarietà [...] sia un principio che fornisce la base legale per la ristrutturazione continua del sistema socio-istituzionale. Mostra così una attitudine inclusiva non solo nei confronti delle persone, ma dell'insieme degli strumenti che, nella variabilità dei tempi e dei contesti, rendono possibile la sua concretizzazione»; PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, cit., p. 125 ss., secondo il quale il fondamento della responsabilità contrattuale dovrebbe essere ravvisato «nell'intenzionale prossimità delle sfere giuridiche dei contraenti determinata dall'instaurazione di una relazione in vista della conclusione del contratto» e che «tale prossimità intenzionale rappresenta l'elemento di fatto che giustifica l'imposizione legislativa dell'obbligo reciproco di comportarsi secondo buona fede». Giudicano invece con diffidenza la linea interpretativa che, in virtù di un contatto sociale, ipotizza l'ammissibilità di azioni risarcitorie degli *stakeholders* nei confronti della società e degli amministratori LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 669 ss.; MACCHIAVELLO, *Possono esistere «banche etiche»? La nuova definizione normativa di «operatori di finanza etica e sostenibile» tra interesse sociale, scopo di lucro e normativa bancaria post-crisi*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, p. 213, testo e nota 61, ove si nega, in relazione alla società *benefit*, che possa sussistere una legittimazione diretta degli *stakeholders* ad esercitare azioni di responsabilità, ma si osserva altresì che «l'obbligo di esplicitare le finalità della società ed il bilancio sociale potrebbero facilitare la configurabilità di un legittimo affidamento» circa l'adempimento del beneficio comune promesso (anche attraverso la relazione annuale allegata al bilancio di esercizio, di cui al comma 382°, art. 1, l. n. 208/15), idoneo ad indurre gli *stakeholders* ad assumere decisioni che altrimenti non avrebbero assunto. Cfr. anche CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova «qualifica» tra profit e non-profit*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 995 ss.; RIOLFO, *Le società «benefit» in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa*, in *Studium iuris*, 2016, pp. 720 ss. e 819 ss.

comportamenti»⁶⁰ e si giustifica la necessità di imporre al professionista obblighi precontrattuali di informazione relativi a «tutti i fatti e le circostanze che assumano rilievo ai fini di un'adeguata ponderazione dell'operazione economica che si intende realizzare»⁶¹. In questa proiezione, l'azione collettiva risarcitoria di cui agli artt. 140 *bis* c. cons. e 840 *bis* ss. c.p.c. avrebbe le potenzialità per acquistare uno spazio di operatività tutt'altro che marginale.

In assenza di un nucleo di regole dedicate alla comunicazione delle informazioni di sostenibilità e vista la dimensione globale dei fenomeni legati alla *Corporate Social Responsibility*, richiamare il valore precettivo della buona fede⁶², ed il dovere, condiviso a livello

⁶⁰ UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 80.

⁶¹ Così CAPALDO, *Tutela del cliente e gestione d'impresa nei contratti bancari*, cit., p. 371 ss., secondo la quale la buona fede è inscindibilmente collegata all'esercizio dell'autonomia privata ed impone obblighi di informazione non integralmente preventivabili. Cfr. anche RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 185 ss.; ID., *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, p. 52 ss.; AUGENHOFER, *op. cit.*, p. 522 e nota 69 per i più recenti casi giurisprudenziali, la quale rileva come la giurisprudenza tedesca riconosca un diritto ad ottenere informazioni basato sul § 242 BGB, tuttavia l'A. sottolinea che tale riconoscimento opera limitatamente ai casi in cui il ricorrente abbia dimostrato la scorrettezza della pratica commerciale del professionista ed il suo contrasto con la UWG; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 317 ss.; SINISCALCHI, *Gli obblighi di informazione dell'avvocato nell'ambito delle professioni intellettuali*, in *Pers. merc.*, 2018, I, p. 193 ss.

⁶² È già stato osservato che, al fine di circoscrivere quanto più possibile il fenomeno del *greenwashing*, si renderebbero necessari interventi legislativi che dettino regole di correttezza e trasparenza anche in relazione alle informazioni di sostenibilità sociale o ambientale, introducendo indici di verificabilità delle informazioni di sostenibilità che limitino la possibilità di strumentalizzare le scelte di *disclosure* sociale ed ambientale: cfr. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 521 ss.; ID., *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 27 ss., il quale, partendo dal significato delle politiche di CSR all'interno del mercato, si dedica poi ad una riflessione di più ampio respiro, che rileva impietosamente il «lento e continuo deterioramento degli apparati pubblici, sia nei piani alti della politica, sia nei piani medi e bassi dell'amministrazione»; ID., *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 335 ss.; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 169, la quale ritiene che occorra una generale razionalizzazione

internazionale, di comportarsi «*according to good faith and fair dealing*»⁶³ come fondamento della responsabilità contrattuale e precontrattuale dell'impresa che attui politiche imprenditoriali incompatibili con le dichiarazioni di sostenibilità può servire a tutelare la libertà e gli interessi dei soggetti che hanno un'aspettativa rispetto all'adozione di comportamenti coerenti con i *claims* pubblicati, orientando altresì le attività verso lo sviluppo sostenibile, così da valorizzare la portata dell'art. 41 Cost.⁶⁴.

delle informazioni precontrattuali all'insegna della tutela dell'affidamento; LANDINI, *op. cit.*, pp. 627 ss., spec. 636, la quale sostiene che «lo stesso termine “sostenibile”, se non viene ancorato a standard misurabili e condivisi dalla comunità internazionale, rischia di essere un mero luogo comune con una forza attrattiva per i consumatori, ingannevole in quanto non rispondente alle loro aspettative di migliorare in concreto l'ambiente e la sua vivibilità» e conclude osservando che «il punto è che l'adozione di indici quantitativi, indubbiamente utili nel determinare il concetto di sostenibilità, dovrà coniugarsi con le norme e i principi di diritto privato aprendo all'interpretazione dei giudicanti. Dare una misura alla sostenibilità non vuol dire mutare il ruolo dell'interprete nella soluzione dei problemi giuridici e nella applicazione delle regole». Sulla funzione precettiva della buona fede cfr. PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 172, il quale rileva come si sia assistito «ad un progressivo allargamento degli spazi nei quali la buona fede assolve al proprio compito regolativo, tanto da prospettare una funzione più ampia, che è congruo definire “precettiva”, in quanto preordinata a dettare regole di condotta per lo più finalizzate a controbilanciare quei rischi di reciproci danneggiamenti che si accentuano quanto più due o più soggetti accostano le proprie sfere giuridiche e, qualora la prevenzione non sortisca gli effetti sperati, a consentire la riparazione dei danni che sono derivati secondo le regole della responsabilità per inadempimento».

⁶³ LANDINI, *op. cit.*, p. 634, la quale fa riferimento «ad un'idea di “*Fair Business*” ovvero di un'attività rispondente a standard di correttezza ed etica nel commercio condivisi dalla comunità internazionale”. Cfr. anche *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 2016, p. 17 ss., ove i doveri di «*Good faith and fair dealing*», sanciti dall'art. 1.7, appaiano come un'idea fondamentale sottesa all'intero sistema.

⁶⁴ Per imprescindibili riflessioni sul significato politico e di sistema dell'art. 41 Cost., e sul suo terzo comma «caduto in disapplicazione» cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 18 ss.; e, proprio in relazione alla responsabilità sociale d'impresa, ADDANTE, *Rapporti di impresa e responsabilità sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 241.

Lo sforzo teso a coordinare l'attività d'impresa con la sostenibilità non deve dare luogo solamente ad un'operazione dialettica⁶⁵: affermare la vincolatività delle dichiarazioni di sostenibilità, una volta comunicate al pubblico, non mina la stabilità del sistema né gli toglie coerenza, ma anzi garantisce la posizione di coloro che agiscono sul mercato riponendo un legittimo affidamento nella veridicità delle informazioni diffuse.

Solo in questo modo, valorizzando fino in fondo il ruolo delle clausole generali e dei principi costituzionali, è possibile assicurare all'ordinamento la capacità di adattarsi all'evoluzione dei tempi e a fattispecie del tutto nuove, inimmaginabili al tempo in cui il nostro codice è stato redatto: attraverso concetti strettamente legati alle trasformazioni valoriali e dotati di grande elasticità, il legislatore del '42 ha consegnato all'interprete gli strumenti per continuare a rispondere agli interessi emergenti che si rivelano meritevoli di protezione⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. MARRELLA, *Human Rights, Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade*, in BENEDEK, DE FEYTER e MARRELLA, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge-New York, 2007, p. 289; BECKERS, *Regulating Corporate Regulators through Contract Law?*, cit., p. 17 ss. Cfr. Anche LIPARI, *Ancora su persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 430, il quale rileva che è riduttivo continuare a parlare di risorse energetiche e ambiente come limiti poiché sarebbe opportuno «costruirli come fondamento positivo di un intero sistema di rapporti».

⁶⁶ Cfr. FALZEA, in *I principi generali del diritto, Atti dei Convegni Lincei*, Roma 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, pp. 21 e 24, il quale sostiene che i principi entrano nel ragionamento giuridico già mediante l'*analogia legis* e rileva che «il ricorso ai principi è la via obbligata per risolvere il problema preliminare della rilevanza giuridica di una situazione di interesse per la quale sia stata constatata la lacuna»; GIORGIANNI, *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 482 ss.; e in ID., *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996, p. 255 ss.; SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009, p. 185, per il quale, proprio attraverso le clausole generali, è possibile attribuire alle norme deontologiche rilevanza nell'ordinamento; DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 442 s., il quale afferma che «norme a “fattispecie” possono spesso rivelarsi troppo rigide e rischiose per un soggetto debole che si muove in un universo complesso. Clausole generali di vario

tipo aumentano, forse, l'incertezza sul piano strettamente giuridico, ma diminuiscono il rischio pratico, il rischio cioè di finire, a causa di un proprio atto, o di un evento esterno, in una situazione disperata da cui una norma rigida non consentirebbe alcuna possibilità di uscita. Per un altro verso, in un contesto incerto e imprevedibile, occorre tenere conto anche dei limiti cognitivi dello stesso legislatore. Questo dato, la incapacità del legislatore di prevedere tutti i possibili sviluppi della realtà regolata e tutte le implicazioni delle norme che detta, induce, già di per sé, a dubitare dell'efficienza di norme rigide che rischiano di essere “*in need of revision as soon as they are printed*”»; G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Da un dialogo del diritto con l'arte, la letteratura, la religione, la musica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1250; in *Riv. int. fil. dir.*, 2013, p. 358; e in *Id.*, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 265, ove si legge che «la contemporaneità dell'interprete assicura al testo una sorta di eterna giovinezza. Si realizza così il mito faustiano, ma con un'enorme differenza: questa eterna giovinezza è assicurata senza vendere l'anima al demonio» (su quest'ultima opera cfr. anche le recensioni di G.B. FERRI, *Ermeneutica e diritto nelle idee di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 541 ss.; e V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1249 ss.); ADDIS, *Il valore «normativo» dei principi*, in Cicero e G. Perlingieri (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, p. 25, il quale rileva che «la necessità di garantire un costante adeguamento del dettato codicistico ai valori della società era già stata ampiamente avvertita dal legislatore del 1942, il quale non aveva mancato di predisporre norme a struttura variabile, quali le c.d. clausole generali»; VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 124 ss.; e in *Pers. merc.*, 2015, I, pp. 51 ss. (da cui si cita), spec. 53, il quale definisce i principi come «tratto della contemporaneità» e osserva come «l'intreccio fra fatti e valori è una delle costanti del nuovo sistema delle fonti composto di regole e principi. Centrale dunque è un modo di argomentare basato non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico».

EMANUELE BILOTTI
Professore ordinario di diritto privato
Università Europea di Roma

**DIGNITÀ DELLA PERSONA E INTERESSE DEL
MINORE NEL DIBATTITO SUL RICONOSCI-
MENTO DELLA CD. GENITORIALITÀ D’INTEN-
ZIONE IN CASO DI NASCITA DA MADRE SUR-
ROGATA**

SOMMARIO: 1. Profili problematici della soluzione accolta da Sez. Un. n. 12193 del 2019. – 2. La norma personalista e il diritto alla genitorialità naturale. – 3. L’interesse concreto del minore e il problematico riconoscimento del rapporto col genitore biologico. – 4. La garanzia della continuità del rapporto col cd. genitore d’intenzione. – 5. L’*Advisory Opinion* della Corte di Strasburgo.

1. *Profili problematici della soluzione accolta da Sez. Un. n. 12193 del 2019.*

Con l’ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325¹, i giudici della Prima sezione civile della Suprema Corte hanno sollevato questione di le-

¹ L’ordinanza è pubblicata in *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss., con nota adesiva di FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale* e nota critica di RECINTO, *Un inatteso “revirement” della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss., con nota solo parzialmente adesiva di SALANITRO, *L’ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*. L’ordinanza è commentata in senso critico da LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in www.giustiziainsieme.it

gittimità costituzionale della norma contenente il divieto di maternità surrogata (art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004) e delle norme che impediscono l'efficacia in Italia di atti di nascita e provvedimenti giurisdizionali stranieri in contrasto con l'ordine pubblico [art. 18, d.P.R. n. 396 del 2000 e art. 64, comma 1, lett. g), l. n. 218 del 1995]. E ciò perché, secondo la conformazione assunta dal diritto vivente a seguito della sentenza delle Sezioni Unite dell'8 maggio 2019, n. 12193², il combinato disposto delle norme indicate non consente il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* legittimamente accertato all'estero in capo al nato da madre surrogata nei confronti del cd. genitore d'intenzione. I giudici della Prima sezione dubitano che un simile risultato sia incompatibile con gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. ed inoltre, quali norme interposte ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con gli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e cioè con le norme sovranazionali che garantiscono il rispetto della vita privata e familiare e i diritti fondamentali del minore, riconoscendo altresì la necessità di una "considerazione preminente" del "superiore interesse" di quest'ultimo in ogni atto che li riguardi.

Si tratta di una scelta che, almeno a prima vista, potrebbe apparire sorprendente. In effetti, sarebbe stato ragionevole attendersi che i

(pubbl. *on line* del 22 maggio 2020). Per una valutazione adesiva v. anche GORGONI, *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 295.

² La decisione delle Sezioni Unite è pubblicata, tra l'altro, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653 ss., con note critiche di DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* e di FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 737 ss., con nota parzialmente adesiva di SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Giur. it.*, 2020, p. 543 ss., con nota critica di VALONGO, *La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*. Per un commento pienamente adesivo v. LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020 (pubbl. *on line* in www.articolo29.it del 23 maggio 2020).

giudici della Prima sezione si uniformassero alla soluzione accolta dalle Sezioni Unite piuttosto che assumere una posizione di così forte contrapposizione nei suoi confronti³. Le Sezioni Unite, del resto, non si erano mostrate contrarie alla possibilità di una formalizzazione del rapporto col cd. genitore d'intenzione. Avevano certo ritenuto che il divieto penalmente sanzionato di maternità surrogata, essendo «posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione», costituisce un principio di ordine pubblico e che quei «valori fondamentali» debbono perciò considerarsi «prevalenti sull'interesse del minore [alla conservazione dello *status* legittimamente conseguito all'estero], nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione». Le Sezioni Unite avevano però osservato anche che la tutela preferenziale di certi valori «non esclude la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale [col committente privo di legame biologico], mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari» di cui all'art. 44 ss. della l. n. 184 del 1983. E segnatamente mediante l'adozione del figlio del *partner* (cd. *stepchild adoption*), espressamente prevista dalla lett. b) dell'art. 44 cit. in caso di coppia coniugata e ormai ritenuta applicabile anche in caso di coppia stabile non coniugata – sia formata da persone di sesso differente sia formata da persone dello stesso sesso – in forza di una lettura estensiva della lett. d) della stessa disposizione⁴.

³ Per una considerazione analoga v. anche LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata*, cit., per la quale la decisione della Prima sezione appare «ancor più discutibile in presenza dei limiti rigorosi che l'ultimo comma del novellato art. 374 c.p.c. impone alle sezioni semplici nei confronti dei principi di diritto enunciati dalle sezioni unite».

⁴ La soluzione indicata si è imposta dapprima nella giurisprudenza di merito e poi anche in quella di legittimità a partire da Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, pubblicata, tra l'altro, in *Giur. it.*, 2016, p. 2573 ss., con nota critica di SPADAFORA, *Adozione, tutela dell'omogenitorialità ed i rischi di eclissi della volontà legislativa* e nota adesiva di RIVERA, *La sentenza della Corte di Cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1135 ss., con nota adesiva di FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016* (ivi, p. 1213 ss.); in *Famiglia*, 2016, p. 295 ss., con nota adesiva

Un simile compromesso dava seguito, d'altra parte, a una soluzione già chiaramente prefigurata in quella che un autorevole studioso della materia ha indicato come «la più rilevante tra le recenti pronunce del giudice delle leggi in materia di filiazione», e cioè

di IRTI, *L'adozione del figlio del convivente (omosessuale): la Cassazione accoglie l'interpretazione evolutiva dell'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1203 ss., con nota critica di MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*; in questa *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 91 ss., con ns. nota critica *L'adozione semplice del figlio del convivente (dello stesso sesso)*. Per una ricostruzione maggiormente analitica dell'evoluzione giurisprudenziale che, in virtù dell'applicazione estensiva della lett. d) dell'art. 44, l. n. 184 del 1983, ha portato ad ammettere la possibilità dell'adozione del figlio di un convivente da parte dell'altro, di sesso differente o dello stesso sesso sia consentito rinviare al ns. *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. e dir.*, 2017, 1004, nt. 3.

La soluzione indicata si basa sull'assunto secondo cui la norma cit., che consente l'adozione dei minori anche da parte di persona non coniugata «quando vi sia constatata impossibilità di affidamento preadottivo», dovrebbe applicarsi non solo laddove l'affidamento preadottivo del minore (adottabile) si riveli “di fatto” impossibile, ma anche in presenza di un'impossibilità cd. “di diritto” o “giuridica”, e cioè anche laddove si tratti di minori che non possono essere dichiarati adottabili, non essendo accertabile lo stato di abbandono. Il principale argomento fatto valere in tal senso è costituito dalla formula contenuta nell'*incipit* dell'art. 44 cit., secondo cui «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7», e dunque anche quando non siano dichiarati adottabili. Tale formula – si dice – farebbe riferimento a tutti i casi particolari di adozione, anche a quello della lett. d), sicché quest'ultima previsione potrebbe venire in considerazione anche in mancanza di *deficit* di cura genitoriale, com'è appunto nel caso dell'adozione da parte del *partner* del genitore. In altra occasione si è già avuto modo di argomentare come una simile opzione interpretativa, che consente in realtà di dare veste giuridica a qualsiasi rapporto di cura in atto anche in presenza di un rapporto genitoriale efficiente, si ponga in contraddizione con la scelta del legislatore di enumerare specifici “casi particolari” di adozione e, più in generale, con una lettura sistematica dell'art. 44: cfr. *L'adozione del figlio del convivente*, cit., 1007 ss. In senso fortemente critico, nella dottrina più recente, cfr. anche NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 766 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*⁸, Padova, 2019, p. 446 ss.; GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 248 ss.; SPADAFORA, *Contrattare sugli affetti*, Milano, 2018, p. 291 ss.

nell'elaborata sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017⁵. In questa decisione è stata infatti avanzata l'idea, poi riproposta dalle Sezioni

⁵ La valutazione riferita nel testo è di SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 331. La sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2017 è pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 2018, p. 446 ss., con nota parzialmente adesiva di FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 547 ss., con note parzialmente adesive di GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis* e di U. Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*; in *Giur. it.*, 2018, 1830 ss., con nota di FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*. Con la sentenza indicata, sempre con riferimento a un caso di maternità surrogata, il giudice delle leggi ha ritenuto l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. (nella versione applicabile *ratione temporis*, e cioè prima delle modifiche introdotte dal d.lgs n. 154 del 2013), nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità possa essere accolta solo laddove trovi corrispondenza nell'interesse del minore.

L'intervento della Corte costituzionale era stato sollecitato nell'ambito di un giudizio in cui il riconoscimento materno era stato impugnato dal curatore speciale nominato su istanza del pubblico ministero in quanto era emerso che il minore, che aveva un legame genetico solo col compagno dell'autrice del riconoscimento, era stato in realtà partorito da un'altra donna in esecuzione di un accordo di maternità surrogata. Il giudice adito aveva quindi sollevato il dubbio che l'art. 263 c.c. non sia coerente col principio che impone di tener conto dell'interesse del minore in ogni decisione che lo riguardi: un principio contemplato da diverse norme internazionali e di sicuro rilievo costituzionale. La realizzazione di tale interesse non sembra in effetti poter prescindere dalla garanzia della continuità del rapporto in atto con coloro che effettivamente si prendono cura del minore nella veste di genitori.

Ebbene, in quell'occasione la Corte costituzionale ha ritenuto che, in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata, ove si tratti di decidere se cancellare o meno un rapporto di filiazione non veritiero, l'art. 263 c.c. non esclude affatto la necessità di bilanciare l'interesse del minore alla stabilità del rapporto in atto con l'esigenza della verità della filiazione. Nell'operare un simile bilanciamento il giudice deve però tener conto non solo della «durata del rapporto instauratosi col minore e quindi [della condizione] identitaria da esso già acquisita», ma anche delle «modalità del concepimento e della gestazione», nonché della «presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela». In particolare, nel caso della nascita da madre surrogata si tratterebbe di operare «una

Unite, della prevalenza dell'interesse pubblico alla repressione della pratica della maternità surrogata sull'interesse del generato alla costituzione – o alla conservazione – dello *status filiationis* anche nei confronti del committente privo di legame biologico, accreditando inoltre autorevolmente la soluzione – all'epoca ancora priva di un effettivo riscontro in termini nella giurisprudenza di legittimità⁶ – secondo cui quest'ultimo interesse potrebbe essere garantito in maniera adeguata attraverso il meccanismo dell'adozione del figlio del *partner* quale “strumento legale” idoneo a costituire un “legame giuridico” col cd. genitore d'intenzione⁷.

valutazione comparativa della quale, nel silenzio della legge, fa parte necessariamente la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale». Il divieto di una pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» farebbe dunque sì che «l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica [...] ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità». Già per la Corte costituzionale, insomma, in caso di nascita da madre surrogata, in virtù del divieto indicato, «la valutazione comparativa tra gli interessi è fatta direttamente dalla legge», di modo che «il legislatore impone [...] l'imprescindibile presa d'atto della verità», escludendo perciò il riconoscimento di un rapporto genitoriale puramente volontario. Sarebbe peraltro sempre possibile garantire al minore una “adeguata tutela” attraverso altri «strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico» col cd. genitore d'intenzione, segnatamente attraverso il peculiare meccanismo dell'adozione del figlio del *partner*.

⁶ In effetti, fino alla decisione delle Sezioni Unite del 2019, la Suprema Corte non aveva ancora avuto modo di pronunciarsi sulla possibilità di formalizzare attraverso l'adozione in casi particolari il rapporto in atto tra il nato da una madre surrogata e il committente privo di legame biologico con esso: fino a quella decisione il ricorso alla lett. d) dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983 era stato ammesso dalla Suprema Corte solo al fine di formalizzare il rapporto tra il generato attraverso il ricorso vietato alla fecondazione eterologa e la *partner* dello stesso sesso della partoriente (v. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit.).

⁷ L'indicato impianto argomentativo di Corte cost. n. 272 del 2017 è riproposto nella sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019. Nella motivazione di quest'ultima decisione si legge infatti che l'interesse del minore alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero «è destinato ad affievolirsi in caso di ricorso alla surrogazione di maternità». Il divieto di tale pratica segna pertanto «il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoreponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis*, che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica». E però – si

In realtà, a ben vedere, il tentativo della Prima sezione di rimettere in discussione la soluzione di compromesso proposta dalle Sezioni Unite non era poi così imprevedibile. Né era impensabile che tale tentativo fosse perseguito senza neppure provare a riportare la

aggiunge – tale prevalenza «non si traduce necessariamente nella cancellazione dell'interesse del minore», potendosi comunque far ricorso a «strumenti legali idonei a consentire la costituzione di un legame giuridico con il genitore intenzionale, che [...] garantisca al minore una adeguata tutela», e dunque all'indicato meccanismo della *stepchild adoption* fruibile anche in ogni caso di coppia stabile non coniugata.

Invero, secondo SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 739 ss., le Sezioni Unite non avrebbero tenuto adeguatamente in conto il fatto che la decisione della Corte costituzionale riguardava un caso di surrogazione cd. commerciale. Lo stesso rilievo critico è formulato pure nei confronti del precedente della Suprema Corte, anch'esso richiamato dalle Sezioni Unite, in cui il divieto di maternità surrogata era stato qualificato come norma di ordine pubblico: si tratta di Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 2015, 471 ss., con nota parzialmente adesiva di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, e in *Foro it.*, 2014, I, c. 3414 ss., con nota critica di CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*. Sempre in senso critico l'A. cit. osserva anche che le Sezioni Unite non avrebbero considerato che in quest'ultimo caso nessuno dei componenti della coppia, di sesso diverso, poteva vantare un legame genetico o biologico col generato. Nel caso oggetto della decisione delle Sezioni Unite si trattava invece di surrogazione cd. solidale. Inoltre, uno dei due committenti, entrambi uomini, era il padre biologico del generato. Certe differenze, secondo Salanitro, avrebbero dovuto quanto meno far dubitare le Sezioni Unite della possibilità di estendere direttamente le argomentazioni già svolte dal giudice delle leggi e dalla stessa Suprema Corte. A dire dell'A., sarebbe questo «il profilo meno convincente» della decisione delle Sezioni Unite. E ciò perché l'asserita incompatibilità della pratica in questione con i valori della dignità della persona «non appare persuasiva se riportata al caso della surrogazione solidale, in cui la donna che si mette a disposizione è mossa da intenti nobili e solidali, ogni qualvolta almeno uno dei membri della coppia abbia fornito i propri gameti». L'A. ha insistito a più riprese sul punto: cfr. SALANITRO, *A strange loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 219, e ID., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 915 s. Bisogna tuttavia rilevare che né nella sentenza della Corte costituzione del 2017 né in quella della Corte di cassazione del 2014 è valorizzata, ai fini della decisione, la distinzione tra maternità surrogata solidale e commerciale, lasciando intendere in qualche che le argomentazioni proposte sarebbero da riferire solo a quest'ultima.

questione all'attenzione delle Sezioni Unite, ma attraverso l'invito rivolto alla Corte costituzionale a rimeditare le proprie precedenti affermazioni sull'accertamento della genitorialità intenzionale in caso di ricorso alla maternità surrogata, magari semplicemente precisandone – e circoscrivendone – la portata. In effetti, soprattutto la pronuncia delle Sezioni Unite non era andata esente da osservazioni critiche anche assai severe. E ciò non tanto da parte dei difensori del principio della genitorialità naturale⁸, alcuni dei quali avevano anzi

(⁸) E così, ad es., NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 745 ss. e p. 759 ss., che difende la centralità sistematica e il fondamento costituzionale del principio della genitorialità naturale, preferisce mettere in evidenza come la decisione delle Sezioni Unite abbia determinato una positiva reazione nei confronti della preoccupante tendenza allo «svuotamento dell'ordine pubblico verso cui Cass. n. 19599/2016 stava portando il diritto vivente». Il riferimento è all'importante decisione del 30 settembre 2016 (pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181 ss., con nota adesiva di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 362 ss., con nota adesiva di PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Giur. it.*, 2017, p. 2075 ss., con nota adesiva di FOSSÀ, *Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*), in cui la Suprema Corte ha ritenuto non contrastante con l'ordine pubblico l'atto di nascita straniero, validamente formato, da cui risulti la nascita di un figlio di due madri, per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito. E ciò nonostante che la tecnica procreativa utilizzata sia vietata dall'ordinamento italiano. Secondo i giudici della Suprema Corte, infatti, la disciplina vigente dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita rappresenterebbe solo una delle possibili modalità di attuazione del potere regolativo attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, nella quale le scelte legislative non sono però costituzionalmente obbligate, mentre il limite dell'ordine pubblico potrebbe operare soltanto laddove risultino contraddetti principi fondamentali vincolanti per il legislatore ordinario, e dunque desumibili da norme costituzionali o convenzionali. Ebbene, secondo Nicolussi, rispetto a quest'ultima decisione, che avrebbe privato la clausola dell'ordine pubblico di qualsiasi forza vincolante, rendendola del tutto vaga nel contenuto e ampliando di fatto la discrezionalità del giudice, la sentenza delle Sezioni Unite avrebbe rappresentato un salutare intervento correttivo.

Invero, secondo SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 738 s., la sentenza delle Sezioni Unite non segnerebbe una reale discontinuità col precedente del 2016 in considerazione delle «effettive regole operazionali applicate nell'uno e nell'altro caso». In particolare, secondo quest'A., «in entrambe le sentenze si è negato che potesse fondare

auspicato la soluzione poi accolta ai più alti livelli⁹, ma soprattutto da parte dei fautori di un sempre più ampio riconoscimento della genitorialità volontaria quale modello concorrente. Questi ultimi ritengono infatti che il compromesso accolto dalle Sezioni Unite sia in realtà insoddisfacente nell'interesse del minore (ma anche – si badi – nell'interesse degli adulti [...])¹⁰. I rilievi avanzati sono ora riproposti nell'ordinanza della Prima sezione. Né, a ben vedere, sembrano privi di fondamento.

Lascia anzitutto perplessi l'idea che il superiore interesse del minore, che costituisce indiscutibilmente un principio apicale del sistema¹¹, sia destinato ad affievolirsi di fronte a un principio di ordine

una regola di ordine pubblico quella disposta dall'art. 5 della l. n. 40/04, che impone la diversità di sesso quale requisito per l'accesso alla procreazione assistita, argomentando dalla minore rilevanza della sanzione amministrativa posta a presidio del divieto, peraltro non applicabile alla coppia». Anche per le Sezioni Unite, insomma, «le disposizioni di legge ordinaria che declinano la genitorialità in termini di padre e di madre o che altrimenti richiedono la diversità di sesso non sono considerate [...] incarnazione di valori costituzionali» (v. anche ID., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 911). Nella prospettiva della difesa del principio della genitorialità naturale anche la decisione delle Sezioni Unite appare dunque insufficiente.

⁹ Il compromesso prefigurato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2017 trova un chiaro precedente in dottrina nell'approfondito saggio di SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, spec. p. 1001 ss.

¹⁰ Oltre alle note critiche citt. di Dogliotti, Ferrando e Valongo (*supra*, nt. 2) cfr. anche BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2020, 19 ss.; VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, *ivi*, 6 ss.; CASASBURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*, in *Foro it.*, 2019, c. 2003 ss., spec. nn. XII-XIV.

¹¹ La letteratura al riguardo è amplissima. In luogo di molti riferimenti qui è sufficiente rinviare all'autorevole e documentata trattazione di SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 405 ss., il quale, dopo aver analiticamente ricostruito il sistema delle fonti internazionali e interne di riferimento e dopo aver chiarito il significato della formula (che ritiene di potere tradurre in termini di «diritto del minore al miglior tipo di esistenza per esso realmente possibile e praticamente realizzabile»), propone una perspicace classificazione dei suoi diversi impieghi giurisprudenziali. In particolare, l'illustre A. distingue una «funzione determinativa con efficacia specificativa e/o

pubblico, e dunque che questo e quello possano essere contrapposti quasi che si tratti di forze contrastanti¹². Se infatti, come hanno ritenuto anche le Sezioni Unite, la compatibilità con l'ordine pubblico deve essere valutata alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e dei principi consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, senza trascurare né il modo in cui quei principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria né l'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, allora non si vede come il principio del superiore interesse del minore possa rimanere estraneo a una simile valutazione¹³. Come già si è detto, del resto, è fuor di dubbio che tale principio esibisca un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione e delle Carte internazionali. Sembrano insomma avere ragione i giudici della Prima sezione quando affermano che «la tutela dell'interesse superiore del minore – anche sotto

di rafforzamento del contenuto dei diritti fondamentali», una «funzione integrativa e/o propriamente correttiva o addirittura disapplicativa del principio di legalità» e, infine, una «funzione direttamente costitutiva di giuridicità non legale traente fondamento dagli stessi fatti di consolidazione dell'interesse». È in quest'ultimo ambito che sono significativamente ricondotti i diversi interventi giurisprudenziali in tema di riconoscimento di rapporti genitoriali conseguenti al ricorso a tecniche riproduttive vietate dalla legge italiana. Quest'ultimo impiego del principio del superiore interesse del minore realizzerebbe, a dire dell'A., un «vero e proprio oltrepasamento del principio di legalità» in nome di una fattualità del diritto, ritenuta senz'altro positiva e comunque non realisticamente arginabile.

¹² In questo senso soprattutto BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit., 30 ss.; nello stesso senso v. anche BIANCA, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 370; VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità*, cit., 14; FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., 683 ss.; EAD., *I diritti del bambino con due papà*, cit., 687. Sul punto v. anche i rilievi di GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 295 ss. In senso contrario v. invece LUCCIOLI, *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, cit.

¹³ Anche secondo SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 913 e p. 915, deve ritenersi pienamente condivisibile sul piano del metodo la proposta secondo cui «l'interesse superiore del minore debba essere valutato direttamente in sede di accertamento dell'ordine pubblico internazionale». Quest'A. ritiene nondimeno che «in sede di determinazione dei criteri di bilanciamento, il differente approccio metodologico non debba necessariamente riflettersi nel risultato della valutazione».

il profilo della sua identità personale, familiare e sociale – e il principio di ordine pubblico solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano».

Quei giudici sembrano peraltro cogliere nel segno anche quando fanno valere che le conseguenze di una condotta degli adulti certamente riprovata dall'ordinamento attraverso la comminatoria di sanzioni penali non possono farsi ricadere su chi è venuto al mondo a seguito di quella condotta senza averne alcuna colpa¹⁴. Anche questo argomento appare difficilmente contestabile. Sicché sembra aver ragione chi lamenta l'inconferenza dell'affermazione del giudice delle leggi secondo cui, al fine di sciogliere il dilemma della necessità o meno del riconoscimento in termini di autentico *status filiationis* del rapporto in atto col cd. genitore d'intenzione, bisognerebbe tener conto anche delle «modalità del concepimento e della gestazione» e «dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale»¹⁵. Tanto più che, come si rileva pure nell'ordinanza della Prima sezione, proprio la Corte costituzionale ha più volte ribadito che «il disvalore che la legge attribuisce alla condotta dei genitori, al punto anche di sanzionarla penalmente, non può riverberarsi sulla condizione giuridica del figlio, né per quanto riguarda l'accertamento dello *status*, né per quanto riguarda le relazioni personali».

¹⁴ L'argomento è costantemente riproposto dai fautori del riconoscimento indiscriminato dei rapporti genitoriali puramente volontari quand'anche conseguenti al ricorso a tecniche procreative vietate dalla legge italiana e, in particolare, alla surrogazione di maternità. Nel senso indicato v., ad es., FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., 686: «La legittima pretesa dello Stato di reprimere la maternità surrogata è soddisfatta con la previsione della sanzione penale per chi si rende responsabile della condotta vietata, ma non può giustificare una ulteriore sanzione a carico di persona che ha il solo "torto" di essere venuto al mondo e che per le circostanze della sua nascita non può subire discriminazioni di alcun tipo». Nello stesso senso v. anche GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 305 ss.

¹⁵ Per questa considerazione critica v. VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità*, cit., p. 14.

Bisogna in effetti riconoscere che certe argomentazioni della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite finiscono per avallare un cortocircuito argomentativo tra valutazione negativa della pratica della surrogazione di maternità da parte del legislatore e soluzione, essa pure negativa, del problema interpretativo della riconoscibilità o meno nell'ordinamento italiano dello *status* del nato già legittimamente accertato all'estero: quasi che quest'ultima soluzione possa dedursi dal primo dato in maniera immediata. Sembra in realtà condivisibile l'invito a tenere distinte le due questioni¹⁶, trattandosi piuttosto di chiarire se i giudizi di valore costituzionalmente fondati che hanno orientato il legislatore verso la repressione penale della pratica della surrogazione di maternità siano tali da condizionare l'interprete nel risolvere in senso negativo anche la diversa questione del riconoscimento in Italia della genitorialità intenzionale già legittimamente accertata all'estero¹⁷. Si è osservato peraltro – e anche questo rilievo sembra condivisibile – che, ai fini di quest'ultima valutazione, bisogna comunque tenere nel debito conto che la vicenda procreativa si è compiuta e che, quando una nascita si è verificata, il sistema della legalità costituzionale impone primariamente di mettere il generato nella condizione che gli assicuri il maggior benessere possibile¹⁸.

Non sembra allora privo di fondamento neppure il rilievo, anch'esso riproposto nell'ordinanza della Prima sezione, secondo

¹⁶ Nel senso indicato VENUTI, *op. loc. ult. cit.*, cit., p. 13 ss.

¹⁷ La problematica è posta con grande chiarezza da SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 913, laddove osserva: «posto che nel nostro ordinamento è vietato sia l'accesso alla maternità surrogata, sia la costituzione dello *status* filiale con il nato da maternità surrogata, il limite dell'ordine pubblico, e quindi la rilevanza dei valori costituzionali in pericolo, riguarda solo l'accesso alla pratica o anche la conseguente costituzione del rapporto? È in questo limitato senso che si pone il problema se la norma preclusiva del rapporto sia funzionale alla tutela dei medesimi interessi tutelati dal divieto di accesso alla pratica ed emerge quindi la funzione dissuasiva che assumerebbe in concreto il limite dell'ordine pubblico». Secondo quest'A. bisogna tuttavia tener conto della «stretta correlazione funzionale tra le due fasi: i genitori intenzionali ricorrono alla maternità surrogata proprio per costituire il rapporto filiale con il nato e pertanto appare ragionevole e proporzionato che il limite di ordine pubblico sia tenuto fermo anche contro la costituzione diretta del rapporto con il nato da surrogazione».

¹⁸ Così ancora VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità*, cit., p. 14 ss.

cui la tutela della dignità della donna, che pure è inequivocabilmente sottesa al divieto di maternità surrogata, non è meglio garantita dal mancato riconoscimento del rapporto col cd. genitore d'intenzione. Sembra insomma aver ragione chi ha osservato che «nella fase della vicenda procreativa qui considerata, ossia a nascita avvenuta, [...] non può [...] essere tenuto presente il profilo della dignità – sia della gestante, sia della donatrice di ovuli – perché *non più attuale*»¹⁹. Né si può pensare di rendere più efficace la repressione di una pratica «che offende in modo intollerabile la dignità della donna» attraverso quello che la Prima sezione identifica giustamente come un inammissibile «effetto espansivo della sanzione penale [prevista per la surrogazione di maternità] nei confronti del minore»²⁰. Una simile logica di strumentalizzazione del generato alla finalità dissuasiva e repressiva della pratica della surrogazione di maternità è certamente incompatibile col sistema.

¹⁹ Sempre VENUTI, *op. loc. ult. cit.*, p. 14 (corsivo nel testo). Anche secondo GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 307 «aver prediletto l'interesse pubblico sotteso al divieto di surroga biologica di maternità ha determinato una violazione del principio di ragionevolezza, non fosse altro perché dal mancato riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore non deriva alcuna reale tutela per la madre surrogata». In senso contrario v. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata*, cit.

(²⁰) L'espressione utilizzata dai giudici è evidenziata anche da FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà*, cit., p. 687, la quale aggiunge che «negare il diritto del bambino allo stato, per la ragione che la legge italiana vieta il ricorso alla gravidanza per altri ha [...] l'amaro sapore di una sorta di rivincita che colpisce i bambini, negando loro la possibilità di avere due genitori [...], per dare una lezione ai genitori [...] Non vi è conflitto tra ordine pubblico e interesse del minore tale per cui uno dei due deve soccombere. Nella gerarchia dei valori costituzionali è proprio l'interesse del bambino il primo e fondamentale principio di ordine pubblico con cui bilanciare tutti gli altri». Nessuna di queste due affermazioni sembra in effetti seriamente contestabile: né che i bambini non possano pagare per la condotta degli adulti né che l'interesse del minore non possa soccombere alla tutela dell'interesse pubblico a scoraggiare il ricorso alla pratica della maternità surrogata. Ciò non vuol dire però che lo *status filiationis* del nato debba essere riconosciuto anche nei confronti del committente privo di legame biologico. Come si cercherà di chiarire, infatti, un esito di questo tipo deve ritenersi pregiudizievole per il minore.

La dignità della donna non è però il solo valore che l'ordinamento si propone di tutelare attraverso il divieto della maternità surrogata²¹. Nella sentenza della Corte costituzionale del 2017 si afferma infatti che quella pratica, oltre a «offende[re] in modo intollerabile la dignità della donna», «mina nel profondo le relazioni umane». Inoltre, nella decisione delle Sezioni Unite del 2019, tra i «valori fondamentali» che quel divieto protegge, accanto alla «dignità della gestante», è indicato anche «l'istituto dell'adozione». In verità, rispetto al chiaro riferimento alla dignità della donna (o a quello, più circoscritto, alla dignità della gestante), il riferimento all'istituto dell'adozione non appare altrettanto esplicito nell'indicare uno o più valori apicali e nell'evidenziare perché certi valori sarebbero compromessi dalla pratica della surrogazione di maternità e – quel che più conta in questa sede – dal riconoscimento dello *status filiationis* legittimamente accertato all'estero anche rispetto al cd. genitore d'intenzione. Quanto poi all'affermazione secondo cui quella pratica mina nel profondo le relazioni umane, anch'essa potrebbe sembrare far riferimento a un dato di fatto – l'esclusione del rapporto tra il nato e la donna che lo ha partorito – che *ex post* non può più essere davvero recuperato, poiché la madre surrogata è comunque normalmente intenzionata a rinunciare alla responsabilità genitoriale nei confronti del nato. Non sorprende perciò se, soprattutto al fine di decidere se riconoscere o meno lo *status filiationis* del nato rispetto al cd. genitore d'intenzione, certi riferimenti non siano in genere adeguatamente valorizzati o siano senz'altro fraintesi, come forse accade anche nella recente ordinanza della Prima sezione civile della Corte di cassazione. Non sembra allora inutile soffermarsi sul significato di certe espressioni.

2. *La norma personalista e il diritto alla genitorialità naturale.*

Al fine di procedere nel senso appena indicato è opportuno muovere dalla constatazione elementare secondo cui ogni relazione umana rimane tale solo se costantemente ispirata da un principio di

²¹ Il dato è opportunamente evidenziato anche da SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 914.

reciproco riconoscimento: se ciascuno si rapporta all'altro attribuendogli la stessa dignità di persona libera che compete a sé. Si tratta di un principio minimo di moralità fondato su un dato di esperienza indiscutibile e che non rimane certo estraneo all'ordinamento giuridico. Ne costituisce anzi la norma fondamentale, come risulta inequivocabilmente dalla lettura degli artt. 2 e 3 Cost., mediante i quali si è inteso appunto esprimere l'obiettivo di promuovere ad ogni livello della vita sociale un modello di relazione umana alieno dalla logica dell'altrui strumentalizzazione. È pur vero che ogni relazione rimane costantemente esposta al rischio della degenerazione secondo logiche utilitaristiche. Anche questo è un dato inconfutabile. Un ordinamento giuridico fondato sulla norma personalista non può però tollerare che la negazione del valore sovrautilitaristico della persona sia garantita o promossa con la forza del diritto, e dunque che si diano strutture normative ispirate a una logica che «mina nel profondo le relazioni umane», disconoscendone la realtà e il valore.

Tale preoccupazione non può non riguardare anche il rapporto che si instaura tra un minore e gli adulti che se ne prendono cura in qualità di genitori e finanche quella peculiare esperienza di relazione interpersonale che si dà nella stessa generazione umana. L'impegno dell'ordinamento nel garantire e promuovere la dignità della persona sarebbe infatti illusorio se le norme non contribuissero a scongiurare il rischio, tutt'altro che remoto, che, anche con riferimento al nascere dell'uomo, il "provenire da" tipico di ogni vita che nasce si riduca a un "essere prodotto da", consegnando così la relazione umana originaria a dinamiche tipiche del mondo delle cose e viziando di conseguenza in maniera irrimediabile il rapporto tra il generato e gli adulti che hanno concepito e intendono portare avanti un determinato progetto genitoriale²².

Proprio un simile rischio appare tuttavia incombente nel caso del ricorso alle tecniche riproduttive. Sembra riconoscerlo, da ultimo, anche la Corte costituzionale. Nella recente sentenza n. 221 del 23 ottobre 2019, che ha confermato la legittimità del limite posto

²² Per ulteriori svolgimenti al riguardo sia consentito rinviare alla ns. *Introduzione*, in BARCELLONA, RICCI SINDONI e VESCOVI, *La dignità del nascere*, a cura di E. Bilotti, Roma, 2016, p. 5 ss.

dall'art. 5, l. n. 40 del 2004, all'accesso alla tecnica eterologa da parte di coppie formate da due donne²³, si legge infatti che «la possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone [...] un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un “diritto a procreare” (o “alla genitorialità”, che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del *quando*, ma anche del *quomodo*, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale». È chiaro quale sia la preoccupazione del giudice delle leggi: riconoscere un simile diritto – e dunque riconoscere che «il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia» – significa infatti disconoscere il valore sovrautilitaristico della persona e perciò “minare nel profondo” la relazione interpersonale tra il nato e gli adulti che hanno fatto ricorso alla tecnica. Il “diritto a procreare”, in altri termini, si atteggia manifestamente come un costrutto normativo che permette agli adulti di relazionarsi al generato secondo una logica utilitaristica. Ma ciò è esattamente quel che un ordinamento fondato su un'antropologia personalista non può tollerare.

Si comprende a questo punto quale sia il valore apicale che l'ordinamento si propone di tutelare attraverso il divieto della surrogazione di maternità e in realtà, più in generale, attraverso ogni limita-

²³ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2019, I, c. 3782 ss.; *Corr. giur.*, 2019, p. 1460 ss., con nota adesiva di RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche “chiarimento” ed alcuni “revirement”*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 548 ss., con nota di BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la Consulta il divieto è legittimo; sull'importante decisione del giudice delle leggi v. anche i meditati rilievi critici di SALANITRO, A strange loop, cit.*, 206 ss., e di VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 664 ss., nonché il commento di PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in www.dirittifondamentali.it (pubbl. on line del 28 maggio 2020).

zione posta all'accesso a qualsiasi tecnica procreativa. Si tratta appunto di preservare la dignità del nascere dell'uomo²⁴ e perciò la dignità del generato nel rapporto con gli adulti che se ne prendono cura in qualità di genitori²⁵. La tutela di certi valori si realizza dunque, in negativo, escludendo il diritto degli adulti a procreare attraverso il ricorso alla tecnica e, in positivo, riconoscendo al generato il diritto fondamentale alla genitorialità naturale, per cui lo *status filiationis*

²⁴ La formula "dignità del nascere" è stata valorizzata anche da SPOTO, *La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 2017, p. 13 ss.; più di recente v. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 723, per il quale, attraverso interventi normativi come la l. n. 40 del 2004, il legislatore intende «costruire un argine all'uso della tecnica sul corpo umano», in particolare al fine «di evitare che all'ordine naturale delle cose che riguardano il nascere si sostituisca un ordine artificiale rimesso all'arbitrio delle sole persone adulte coinvolte e potenzialmente lesivo della dignità del nascere». L'ordine naturale della generazione non è dunque preservato per ragioni ideologiche e astratte, ma appunto al fine di garantire la dignità del nascere dell'uomo. La preoccupazione di un ideologico "confinamento nell'inaccettabile" di tutto ciò che non sia "secondo natura" emerge chiaramente – e opportunamente – nella meditata trattazione di GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 295.

²⁵ Al riguardo v. anche NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 731, laddove osserva lucidamente che «in materia di filiazione la naturalità non è un valore irrelato, dal momento che la naturalità è veicolo di una tutela del bambino nella sua identità originaria e concorre a qualificare la genitorialità come una forma di accoglienza intergenerazionale», mentre «l'artificialità tecnica tende a oggettivare il figlio rendendolo *res* di negozi rivolti a escluderne i rapporti con la sua derivazione e quindi a inserire nella nascita un atto di separazione del bambino dalla sua storia intergenerazionale». Nel senso che, in caso di ricorso alla surrogazione, «il minore diventa lo strumento per soddisfare il desiderio di genitorialità dell'adulto» e che «per tale via il bambino non è più soggetto, ma oggetto di diritto fin dal momento del suo concepimento» v. anche LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata*, cit.. Sempre nello stesso senso v. anche la chiara trattazione di RONCO, *Aporie e contraddizioni della fecondazione eterologa*, ora in Id., *Scritti patavini*, II, Torino, 2017 (lo scritto è del 2016), p. 1891 ss., per il quale «mediante la tecnologia la generazione diventa oggetto di un atto di potere scientifico, siccome privato del significato di dono reciproco tra i coniugi [...] e ridotto a processo di selezione e appropriazione». Con specifico riferimento alla tecnica eterologa il medesimo A. afferma poi che «questa tecnica [...] trasforma la generazione umana in una relazione di mero possesso, in cui i gameti del fornitore sono ridotti a una cosa che serve per costruire colui che dovrà nascere, visto come un mero prodotto, e non come un dono che l'amore dei coniugi e la natura danno all'uomo e alla donna».

può e deve costituirsi solo nei confronti dell'uomo e della donna che abbiano insieme concepito attraverso l'esercizio della sessualità²⁶. Almeno secondo una parte della dottrina, del resto, tale “impianto assiologico” della filiazione, oltre ad essere accolto a livello della legislazione ordinaria, trova anche un fondamento inequivocabile nell'art. 30 Cost. e deve perciò ritenersi sottratto alla disponibilità del legislatore ordinario²⁷. Ma non solo. Da quanto si è detto emerge

²⁶ Il diritto alla genitorialità naturale inteso come diritto del generato alla genitorialità nei confronti dell'uomo e della donna che lo abbiano insieme concepito attraverso l'esercizio della sessualità implica evidentemente che il fondamento della maternità debba essere riconosciuto nel parto e nel concepimento e non solo nel parto: il rispetto di quel diritto dovrebbe perciò portare a escludere che madre possa essere considerata la donna che abbia partorito senza aver contribuito anche al concepimento del nato. Tale tesi del duplice e concorrente fondamento della maternità è sostenuta anche da RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., per il quale «nel sistema parto e procreazione, cioè gravidanza e geni sono assunti come due componenti indissociabili entro un unitario concetto di maternità come qualità di colei che genera concepando e partorendo, non come entità dissociabili delle quali, se dissociate, debba prevalere la prima». Secondo Renda, infatti, «l'art. 269, comma 3, c.c. – chiaramente dettato sul presupposto, in origine ovvio, della corrispondenza tra l'apporto genetico e quello biologico-gestazionale entro la maternità come fenomeno “naturalmente” unitario – è in realtà norma sull'oggetto della prova della filiazione fuori dal matrimonio nei confronti della madre e non norma sulla *status*, cioè è soltanto norma che impone al figlio l'onere di provare di essere la stessa persona che fu partorita dalla donna che egli assume essere la propria madre». Ciò nondimeno, sempre secondo l'A. cit., nel caso di “maternità portante in senso stretto”, e cioè nel caso di maternità surrogata in cui non vi sia contributo genetico della donna che porta avanti la gravidanza per conto dei committenti, dovrebbe comunque essere riconosciuta la maternità di quest'ultima, in quanto si tratterebbe «della soluzione più coerente con il divieto [di maternità surrogata] che possa raggiungersi entro il sistema, perché nel fondare la maternità su uno dei due criteri legalmente cumulativi dà preferenza a quello tra essi che realizza l'effetto di *status* più adeguato a reprimere e quindi a disincentivare l'intesa illegale, perché privativo della maternità della committente, divisata dalle parti».

²⁷ Sul fondamento costituzionale del modello della genitorialità naturale, da ultimo, v. l'approfondita trattazione di SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., spec. p. 959 ss.; sul punto si è soffermato ampiamente NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in Rossi e Scabini (a cura di), *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, Milano, 2014, p. 7 ss.; più di recente, ID., *La natura dell'umana generazione: una prospettiva giuridica*, in Rossi e Scabini (a cura di), *La natura dell'umana generazione*, Milano, 2017, p.

anche che il diritto alla genitorialità naturale, in virtù del suo radicamento nella norma personalista, deve ritenersi compreso tra i principi supremi dell'ordinamento insuscettibili di revisione²⁸. Il suo eventuale superamento finirebbe pertanto per determinare una radicale trasformazione dell'ordine costituzionale vigente secondo logiche incompatibili con la sua originaria ispirazione.

L'esistenza nel sistema di un principio di genitorialità naturale è tuttavia risolutamente negata nella recente ordinanza della Suprema Corte n. 8325 del 2020. Non può affermarsi – si dice – «che sia principio generale del nostro ordinamento giuridico che lo stato di filiazione sia esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio»²⁹. Secondo i giudici della Prima sezione quel principio sarebbe smentito dall'adozione dei minori in stato di abbandono e dalla legittimità del ricorso alla tecnica eterologa di fecondazione assistita. In effetti, è fuor di dubbio che nei due casi indicati la legge consente la costituzione di *status filiationis* privi di substrato biologico: lo *status* dell'adottato e quello che, ai sensi degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004, si costituisce

139 ss.; v. anche RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 485; ID., *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 415 ss. Per una critica serrata della centralità e unicità della generazione come fondamento della filiazione v. invece GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, p. 237 ss.

²⁸ Nel senso che le norme costituzionali sulla famiglia, e dunque anche il principio della genitorialità naturale, non sarebbero modificabili neppure attraverso il procedimento di revisione costituzionale v. anche VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *AIC – Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2019 (pubbl. *on line* del 9 dicembre 2019), p. 177 ss., per il quale «le norme sulla famiglia incidono su aspetti decisivi del rapporto tra autorità e libertà e, dunque, in ultima analisi, sono legate al problema della forma di Stato». L'A. aggiunge che «tale conclusione trova conferma nell'esperienza storica, nella quale, in corrispondenza dell'affermazione di regimi totalitari, si verificano spesso pesanti compressioni – spesso legate a una loro funzionalizzazione – delle libertà connesse al fenomeno familiare».

²⁹ L'importanza di una simile affermazione nel complesso impianto argomentativo della decisione della Prima sezione civile è giustamente evidenziata anche da GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 307, per il quale «la questione sulla quale concentrarsi è [appunto] quella del fondamento della filiazione: se sia solo la procreazione o anche l'assunzione di responsabilità».

tra il nato a seguito del legittimo ricorso alla fecondazione eterologa e chi, insieme al coniuge o al *partner* di sesso differente, abbia prestato il consenso alla tecnica senza offrire un contributo biologico alla generazione. Non sembra tuttavia che certi dati siano sufficienti a mettere in discussione la centralità sistematica del principio di genitorialità naturale e consentano perciò di ritenere, nel superiore interesse del minore, la non contrarietà all'ordine pubblico di ulteriori ipotesi di genitorialità volontaria conseguenti al ricorso a tecniche riproduttive vietate.

Nel caso dell'adozione, infatti, l'estinzione dello *status* fondato sulla generazione e la creazione *ex novo* di una genitorialità puramente volontaria si giustificano, in una logica di rigorosa eccezionalità, al solo fine di realizzare al meglio l'interesse di un bambino abbandonato attraverso l'inserimento in una famiglia sostituiva. L'art. 30, comma 2, Cost., del resto, dispone chiaramente che «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti». La deroga al principio della genitorialità naturale, che certamente si realizza, risponde dunque a una logica rimediabile, che non mette affatto in discussione il principio. L'adozione dei minori abbandonati è piuttosto il rimedio previsto dall'ordinamento per l'eventualità di un "fallimento" definitivo della responsabilità per la generazione³⁰. Non può perciò essere indicativa di un'apertura del sistema a forme di genitorialità intenzionale programmate già prima della nascita, con esclusione *ab origine* della genitorialità naturale, come avviene nei casi di ricorso alla fecondazione eterologa o alla maternità surrogata.

La costituzione di rapporti genitoriali fondati solo sul consenso prestato alla tecnica nei casi di fecondazione eterologa consentita rappresenta invece un dato ben più problematico. È ben noto, del resto, che tale pratica era stata inizialmente vietata dal legislatore del

³⁰ L'efficace espressione è ripresa da SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 961: «È dunque dal *fatto* della procreazione e non dall'*atto* di volontà che discende la genitorialità. Soltanto il "fallimento" di questo modello può dare ingresso ad altre *forme* di filiazione (adozione) o all'attivazione di altri *strumenti formali* per ottemperare all'obbligo, assunto dalla Stato nella Costituzione, di proteggere l'infanzia (art. 31, comma 2, cost.), ovvero al fine di tutelare l'interesse superiore del bambino».

2004. Tuttavia, con la controversa sentenza n. 162 del 2014, il giudice delle leggi ha abrogato quel divieto in nome dell'autodeterminazione riproduttiva degli adulti³¹. Invero, nella già citata sentenza n. 221 del 2019, quello stesso giudice, ridimensionando significativamente gli argomenti impiegati nel 2014, ha precisato che il nostro ordinamento non riconosce affatto un diritto incondizionato a procreare con metodi diversi da quello naturale³², prevedendo piuttosto «specifiche condizioni di accesso» alle tecniche, che sono pur sempre configurate «come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile» e sono ritenute accessibili solo a condizione che il nucleo familiare che ne scaturisce «riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di un padre e di una madre», cercando pur sempre di garantire, almeno in linea di principio, «il mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori».

³¹ La rilevantissima sentenza della Corte costituzionale è pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota di FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"* e in *Fam. e dir.*, 2014, p. 753 ss., con nota di CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*.

³² Nei termini indicati nel testo le affermazioni del giudice delle leggi sono state intese anche da Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 537 ss., con nota critica di SCALERA, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la Cassazione fa un passo indietro* e ulteriore nota di CALVIGIONI, *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita de genitori same sex: dai giudici di merito fino alla Cassazione*; per un accurato commento adesivo v. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, I, p. 925 ss. Osserva invero SALANITRO, *A strange loop*, cit., p. 217 ss., che il «diritto all'autodeterminazione della coppia [...], pur essendo il perno della decisione sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, non è richiamato nella sentenza più recente [e cioè nella sentenza n. 221 del 2019] nella sua portata di diritto costituzionalmente tutelato, ma solo quale profilo del diritto alla vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 8 CEDU». Si tratterebbe, a dire dell'A., di un'omissione consapevole, che metterebbe «in luce con impietosa evidenza la debolezza del tentativo di rilettura della sentenza 10 giugno 2014, n. 162», laddove «solo un'aperta critica al precedente avrebbe potuto giustificare il *revirement* della Corte costituzionale». Si deve in effetti riconoscere che, nel prendere le distanze dal proprio precedente del 2014, il giudice delle leggi mostra un certo imbarazzo. Sembra chiara nondimeno la negazione di un diritto degli adulti a procreare attraverso il ricorso alle tecniche.

In quest'ottica l'intervento del giudice delle leggi del 2014, che ha permesso l'accesso alla fecondazione eterologa solo a coppie alle quali sia stata diagnosticata una condizione di sterilità o infertilità assoluta e irreversibile, sarebbe stato dettato dall'esigenza di porre rimedio a un bilanciamento di interessi reputato irragionevole. Il legislatore del 2004, infatti, pur avendo consentito il ricorso alle tecniche procreative al solo scopo di favorire il superamento di problemi di sterilità o infertilità patologiche, col divieto di fecondazione eterologa «aveva negato in assoluto [...] la possibilità di realizzare il desiderio della genitorialità proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*». Con la sentenza del 2014 il giudice delle leggi avrebbe dunque sanato tale incongruenza. Nonostante tale ulteriore apertura rimane però fermo che l'accesso alle tecniche riproduttive – a tutte le tecniche, non solo alla fecondazione eterologa – è consentito secondo una logica di rigorosa eccezionalità quale rimedio a una situazione patologica. Quell'apertura non vale perciò ad accreditare l'idea di un riconoscimento generalizzato dell'autodeterminazione procreativa degli adulti quale fondamento dello *status filiationis*, e perciò dell'accoglimento nel sistema di un modello di genitorialità volontaria alternativo a quello della genitorialità naturale e con esso concorrente³³.

In realtà, la garanzia della dignità del nascere dell'uomo dovrebbe essere difficilmente bilanciabile col desiderio di genitorialità degli adulti. In ogni caso, poi, qualsiasi bilanciamento finisce per essere illusorio laddove sacrifici del tutto il diritto del generato alla genitorialità naturale, come avviene appunto ove si consenta il ricorso alla fecondazione eterologa. In un'autentica prospettiva personalista l'intervento del 2014 del giudice delle leggi appare insomma decisamente problematico³⁴. Si deve però riconoscere che la prospettiva

³³ Nel senso dell'eccezionalità dell'ipotesi di genitorialità volontaria in questione v. anche SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 962; BARONE, *Le vie della doppia maternità*, cit., p. 936 ss. Nello stesso senso v. ora, in giurisprudenza, Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, cit. Per una chiara esposizione dell'impianto argomentativo di quest'ultima decisione v. GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 312, ove pure, a p. 314 una serrata analisi critica.

³⁴ Una parte autorevole della dottrina civilistica condivide una severa valutazione critica di Corte cost. n. 162 del 2014: cfr., ad esempio, CASTRONOVO, *Eclissi*

del diritto civile, Milano, 2015, p. 67 ss.; ID., *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss.; BUSNELLI, *Nascere (o anche "morire") con dignità: un difficile traguardo per l'embrione*, in ID., *Persona e famiglia. Scritti di Francesco D. Busnelli*, Pisa, 2017, p. 135 s. Del resto, come è stato opportunamente osservato, la logica dell'autodeterminazione riproduttiva o, come pure si è detto, dell'esaltazione del valore della genitorialità, la cui attuazione dovrebbe essere garantita dall'ordinamento anche in caso di assoluta sterilità o infertilità della coppia, una volta assecondata, appare difficilmente arginabile: cfr. SCALISI, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1100, il quale si chiede appunto perché mai, «a dispetto di quanto asserito dai giudici delle leggi [che, nella sent. n. 162 del 2014 hanno ammesso le coppie sterili e infertili alla fecondazione eterologa, confermando però, sia pure in un *obiter dictum*, il divieto di maternità surrogata], non dovrebbero valere anche per la surrogazione di maternità i parametri invocati per decretare la illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: e cioè il principio di autodeterminazione, la non discriminazione, l'esigenza di tutela della salute, il canone di ragionevolezza e quello del bilanciamento». Secondo Scalisi, infatti, «non si intravede [...] per quale singolare ragione la stessa genitorialità, non conseguibile (al pari che nella fecondazione eterologa) per assoluta sterilità o infertilità della coppia, non possa trovare realizzazione anche attraverso un'altrui gestazione, quante volte questa avesse i tratti della totale gratuità, in quanto espressione di un mero spirito donativo esclusivamente solidaristico». Nello stesso senso v. anche GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della reg. soc.*, 2018, p. 151 ss., per il quale «la Corte [costituzionale, nella sent. n. 162 del 2014,] sembra aver sganciato la procreazione dal requisito della naturalità, senza porsi la differenza tra *libertà* di procreare e *diritto* di procreare», sicché «affermare la rilevanza costituzionale della pretesa di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa per accedere all'esperienza genitoriale implica il riconoscimento anche del diritto di ricorrere alla maternità surrogata: non solo perché la stessa rientra testualmente tra le tecniche di fecondazione artificiale, ma anche perché, almeno ogni qual volta un elemento della coppia abbia un rapporto genetico con il nato, appare fondato il dubbio che attraverso essa la coppia continui ad esercitare il proprio diritto di procreare». Anche secondo SALANITRO, *sub* Art. 12, nel *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Della famiglia* a cura di Di Rosa, III, *Leggi complementari*², Torino, 2018, p. 1780, testo e nt. 23, «la prospettiva di una tutela della maternità surrogata solidale merita di essere valutata sino in fondo, alla luce degli argomenti della Corte costituzionale in tema di fecondazione eterologa». Sempre quest'ultimo A. osserva nondimeno che «si tratterebbe [...] di una scelta complessa e onerosa che, seppur giustificata dalla volontà di riconoscere la piena attuazione del diritto all'autodeterminazione e alla salute psichica della coppia, si dubita che possa essere dedotta attraverso una interpretazione costituzionalmente conforme del dettato normativo».

che connette direttamente il diritto alla genitorialità naturale col “nucleo duro” della Carta costituzionale o che lo considera comunque indisponibile per il legislatore ordinario sembra per lo più rimanere ai margini del dibattito sui divieti di fecondazione eterologa e di maternità surrogata, come dimostra anche il credito sempre maggiore di cui gode la proposta, richiamata anche nell’ordinanza in esame, di limitare quest’ultimo divieto alle sole ipotesi di surrogazione cd. commerciale³⁵. È chiaro infatti che, in un’autentica prospettiva personalista, non vale distinguere tra una surrogazione cd. solidale o altruista e una surrogazione commerciale. Del resto, anche a voler ammettere che le due pratiche abbiano una differente incidenza sulla dignità della donna, la capacità dell’una e dell’altra di pregiudicare la dignità del generato rimane comunque identica³⁶.

³⁵ Oltre alle opinioni di Scalisi, Grasso e Salanitro citt. alla nota precedente, nel senso che, pur dovendosi ribadire «un netto rifiuto di qualsiasi forma di genitorialità conquistata col costo di fare del corpo umano una merce di scambio», «nulla [...] si oppone ad una maternità frutto di un dono, espressivo di uno slancio solidale di una persona verso un’altra o altre», si è espresso autorevolmente anche RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e modernità*, in *Jus civile*, 2018, p. 759.

³⁶ La tesi della differente incidenza sulla dignità della donna della maternità surrogata cd. solidale e di quella commerciale lascia comunque perplessi. Al riguardo v. i condivisibili rilievi di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 480 s., per il quale, a fronte di una pratica che «strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui», «il problema non è [...] quello dell’onerosità», dato che «quand’anche sia gratuita, la surrogazione fa della donna un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri». Nello stesso senso v. anche Luccioli, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata*, cit., per la quale «nulla cambia per il bambino, ma per molti aspetti anche per la madre, se [la surrogazione di maternità] avviene a titolo oneroso o gratuito». Come osserva anche quest’ultima A., certe argomentazioni non sembrano superabili se non in virtù di una concezione soggettiva della dignità, e cioè soltanto laddove, secondo l’autorevole insegnamento di RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 210, si ritenga che «la vita degna di essere vissuta [...] è quella che la persona autonomamente costruisce come tale». Per un’elegante e appassionata riproposizione di quest’ultima idea v. ora il saggio di MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un’idea*, Firenze, 2019, spec. p. 95 ss., per il quale la dignità «è la cornice di un quadro che va riempito da ciascuno secondo il proprio senso di ragionevolezza» (p. 102), e dunque «coscienza della propria libertà nei limiti della responsabilità di sé» (p. 107). Per la riaffermazione

Anche dalla lettura della sentenza n. 221 del 2019 emerge tuttavia con chiarezza che l'idea sottesa alla disciplina vigente dell'accesso alle tecniche, e cioè l'idea di preservare per quanto possibile un modello naturale di bigenitorialità quale espressione delle «condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato», pur non potendo ritenersi arbitraria né irrazionale, è considerata un approdo storicamente e socialmente condizionato: il semplice portato di una convenzione sociale e non un'esigenza irrinunciabile in vista della realizzazione del progetto costituzionale. La genitorialità naturale, in altri termini, è intesa anche dal giudice delle leggi come il modello di relazione genitoriale che, in un determinato momento storico, la coscienza collettiva ha riconosciuto come quello maggiormente idoneo a realizzare al meglio l'interesse del generato, non certo come l'unico modello corrispondente alle esigenze poste dalla norma personalista.

del carattere oggettivo del principio costituzionale della dignità v. i rilievi di RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (Profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2018, 392 ss.; ID., *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it (pubbl. on line, 15 aprile 2014); ID., *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC* (pubbl. on line, 29 marzo 2011). Alla ricerca di un equilibrio e di una sintesi tra autodeterminazione ed eterodeterminazione nella costruzione di un coerente “statuto normativo” della dignità è dedicata la densa riflessione di SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, spec. p. 31 ss. La questione della compatibilità tra la pratica della maternità surrogata solidale e la “visione europea” della dignità, che si caratterizza per «l'indivisibilità delle libertà negative dalle libertà positive» e per «l'inscindibile legame tra i diritti e i doveri», e dunque per un approccio «maggiormente attento alla dimensione oggettiva della dignità» rispetto alla visione americana che sovrappone *dignity* e *privacy*, è indagata a fondo da GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, cit., p. 163 ss.: l'A. conclude tuttavia nel senso che «alcuni comportamenti umani [...], se compiuti con il fine di lucro, si pongono in palese contrasto con il rispetto dovuto alla dignità umana, mentre, se ispirati alla solidarietà, non soltanto possono essere ritenuti privi del carattere dell'indegnità, ma, anzi, possono venire riconosciuti come meritevoli e, come tali, protetti»; così sarebbe per la donazione degli organi o del sangue, ma anche per la maternità surrogata, giacché nella “logica del dono” «stante l'assenza di lucro e la spontaneità del gesto, non si realizzerebbe la mercificazione del corpo della donna e non sarebbe quindi lesa la sua dignità».

In tal senso è significativa l'affermazione contenuta nella sentenza n. 221 cit., secondo cui «nell'esigere, in particolare, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto [...] del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità” nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto». A quanto pare, dunque, la maturazione di una diversa coscienza collettiva al riguardo – e, più in generale, riguardo alla genitorialità volontaria – ben potrebbe condurre a un diverso assetto normativo. E ciò, a quanto pare, senza condizionamenti costituzionali: un assetto in cui la genitorialità volontaria è riconosciuta senz'altro come un modello concorrente con la genitorialità naturale. In questa diversa prospettiva potrebbero allora considerarsi praticabili anche soluzioni legislative che amplino ulteriormente l'accesso alla fecondazione eterologa e consentano persino il ricorso a una qualche forma cd. altruistica o solidale di maternità surrogata³⁷. Eppure, come si è detto, la stessa Corte costituzionale, escludendo la configurabilità di un diritto a procreare mediante ricorso alle tecniche, sembrava aver intuito che nella loro disciplina legislativa non è in gioco una semplice convenzione sociale, ma la stessa credibilità di un impianto costituzionale fondato sulla norma personalista.

In realtà, quanto più si perdono di vista le esigenze irrinunciabili implicate nella disciplina dell'accesso alle tecniche riproduttive in ragione del loro radicamento nel “nucleo duro” della Carta tanto più diviene plausibile sostenere, come fa appunto la Corte costituzionale nella sentenza n. 221 cit., che anche in quella materia «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della col-

³⁷ In dottrina, nel senso della sicura praticabilità di nuovi assetti legislativi, che ammettano la surrogazione di maternità cd. altruistica ed amplino l'accesso alla fecondazione eterologa, v. chiaramente anche GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., p. 253.

lettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate da parte [del giudice delle leggi], onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza». Il fatto che futuri equilibri legislativi possano sacrificare ulteriormente il diritto alla genitorialità naturale non appare insomma particolarmente problematico per il giudice delle leggi. Evidentemente perché ritiene che quel paradigma genitoriale, che pure è considerato costituzionalmente fondato in ragione della sua accettazione sociale al tempo della redazione della Carta, sarebbe però rimasto privo di una reale forza cogente per il legislatore.

In ogni caso, anche la Corte costituzionale riconosce che, allo stato, il paradigma della genitorialità naturale, pur rimanendo nella piena disponibilità del legislatore ed essendo perciò assistito da una garanzia di stabilità piuttosto precaria, riveste un ruolo centrale nel sistema. E ciò senza che nei confronti di una simile opzione possano farsi valere censure di ragionevolezza. Neppure l'accesso eccezionalmente consentito alla fecondazione eterologa all'unico fine di risolvere problemi riproduttivi patologici può pertanto accreditare l'idea che il sistema già conosca un modello di genitorialità volontaria concorrente con quello della genitorialità naturale: la genitorialità volontaria conseguente al ricorso consentito alla fecondazione eterologa costituisce piuttosto un'eccezionale ipotesi di compressione del diritto alla genitorialità naturale in virtù di un bilanciamento – tanto sofferto quanto incerto e illusorio – con l'autodeterminazione riproduttiva degli adulti affetti da condizioni di sterilità o infertilità patologiche.

3. *L'interesse concreto del minore e il problematico riconoscimento del rapporto col genitore biologico.*

A questo punto dovrebbe ormai essere chiaro in che senso il divieto della surrogazione di maternità può essere addotto al fine di opporre il limite dell'ordine pubblico al riconoscimento in Italia di uno *status filiationis* volontario legittimamente costituito all'estero. Non si tratta di garantire l'effettività di un divieto anche a detrimento dell'interesse del minore, e dunque a costo di un suo affievolimento. L'impedimento deriva piuttosto dalla necessità di preservare le fon-

damentali esigenze di tutela del generato sottese al diritto alla genitorialità naturale: necessità che non ispira solo il divieto di maternità surrogata, ma anche ogni altro limite posto dalla legge al ricorso alle tecniche procreative. È dunque la centralità sistematica della genitorialità naturale il principio di ordine pubblico che, nel superiore interesse del minore e non contro di esso, impedisce l'ingresso nel sistema di ulteriori forme di genitorialità puramente volontaria³⁸, evitando così, come pure è stato detto, che «si possa dare un diritto contrario ai suoi stessi principi fondamentali e irrinunciabili; che si possa dare diritto che smetta di mettere al suo vertice la persona umana e la sua dignità»³⁹. Se infatti, come si è visto, il riferimento

³⁸ Si chiarisce con ciò la ragione per cui le Sezioni Unite facciano riferimento anche all'istituto dell'adozione tra i "valori fondamentali" che il divieto di surrogazione di maternità sarebbe deputato a tutelare. In effetti, come si legge in Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, cit., opportunamente richiamata dalle Sezioni Unite, con l'adozione «la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». Il riferimento all'adozione, dunque, è un modo per indicare come il divieto di maternità surrogata, oltre che nella tutela della dignità della donna, trovi fondamento anche nella centralità sistematica del principio della genitorialità naturale e nelle esigenze fondamentali di tutela del generato ad esso connesse. Nel senso che la maternità surrogata pregiudica gravemente «oltre alla dignità della donna anche la dignità del minore e dello stesso nascere» v. anche NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 722 ss. e p. 753, nt. 87.

³⁹ In questi termini la funzione dell'ordine pubblico è descritta da BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, cit., p. 31, il quale precisa altresì che «in questa prospettiva è inevitabile [...] che il miglior interesse del minore sia un parametro fondamentale al fine di valutare se nel singolo caso concreto possa applicarsi la disciplina straniera o se debba applicarsi la disciplina interna». Come già si è detto, è sostanzialmente condivisibile l'idea secondo cui il miglior interesse del minore non potrebbe operare come un "contro-limite" dell'ordine pubblico, concorrendo piuttosto alla sua definizione. Bisogna tuttavia precisare che l'interesse del minore che contribuisce alla definizione del limite dell'ordine pubblico non può che essere l'interesse di ogni minore, oggetto di valutazione generale e astratta ad opera del legislatore, e non l'interesse del singolo minore, che può essere individuato solo dall'interprete nel caso concreto. E ciò semplicemente perché il limite dell'ordine pubblico, nell'impedire l'ingresso nell'ordinamento nazionale a soluzioni normative e provvedimenti giurisdizionali ed amministrativi incompatibili con i suoi principi fondamentali e irrinunciabili, non opera a seguito

alla dignità della donna, pur contribuendo a giustificare il divieto della maternità surrogata, perde forza ove si tratti di decidere dell'efficacia in Italia dello *status* accertato all'estero tra il nato e il cd. genitore d'intenzione, così non è per il diritto alla genitorialità naturale. E ciò perché escludere tale diritto e riconoscere piuttosto un rapporto genitoriale programmato *ab origine* come puramente volontario significa approvare e consolidare quella logica di strumentalizzazione che ispira il progetto perseguito dagli adulti attraverso il ricorso alle tecniche procreative vietate dalla legge.

Ma con ciò sembra pure corretto far rilevare, come non mancano di fare i giudici della Prima sezione, che neppure il genitore biologico rimane estraneo a quel progetto genitoriale. A rigore, pertanto, almeno nel caso della maternità surrogata, il limite dell'ordine pubblico dovrebbe impedire il riconoscimento anche di questo rapporto⁴⁰. In effetti, sia il rapporto col cd. genitore d'intenzione sia il

di una valutazione del giudice nel singolo caso. Certo il giudice può essere chiamato a correggere l'operato dell'ufficiale di stato civile. Il suo intervento però, nel definire l'esatta portata del limite dell'ordine pubblico, non tiene certo conto delle circostanze del caso concreto, ma semplicemente del sistema normativo nel suo complesso. Non sembra perciò condivisibile l'affermazione secondo cui il miglior interesse del minore «concorre a individuare l'ordine pubblico internazionale del caso concreto». E ciò perché non esiste un ordine pubblico «del caso concreto». Esistono principi essenziali dell'ordinamento che, al fine di preservarne la coerenza, impediscono la circolazione di soluzioni aliene incompatibili. Nel senso che «l'ordine pubblico internazionale richiede un bilanciamento effettuato volta per volta, soprattutto quando è coinvolto un minore, dovendo la decisione perseguire il suo (concreto) preminente interesse», v. ora anche A. Gorgoni, *Diritti e principi*, cit., p. 301, il quale a sua volta si rifà all'opinione di G. PERLINGIERI, in ID. e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 47 e p. 115. Secondo quest'ultimo A. «non si può più affermare che l'ordinamento italiano abbia una preclusione *a priori* verso il riconoscimento di questo tipo di situazioni generate all'estero», essendo necessario ragionare «*ex post facto* in virtù della necessità di bilanciare i valori in gioco».

⁴⁰ Si legge nell'ordinanza in esame che «se alla base della interpretazione seguita dalle Sezioni Unite vi è la ricognizione del disvalore della maternità surrogata e della rilevanza della sanzione penale comminata dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004, appare del tutto irragionevole e contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di stato civile in cui è inserito il solo padre biologico, autore della condotta procreativa realizzata in pieno contrasto con la norma penale e precludere

rapporto col genitore biologico, per quanto all'apparenza possano anche non presentare aspetti patologici, sono comunque irrimediabilmente viziati *ab origine* da una logica incompatibile con un progetto costituzionale che intende preservare il valore sovrautilitaristico della persona ad ogni livello della vita sociale⁴¹. L'uno e l'altro

invece il riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che ha legittimato l'inserimento nello stato civile della famiglia anche del padre d'intenzione il quale è rimasto estraneo a tale condotta». In realtà, anche il cd. genitore intenzionale, prestando il proprio consenso alla tecnica vietata, non rimane estraneo alla condotta vietata dalla legge italiana. Sembra invece condivisibile l'assunto secondo cui l'operatività del limite dell'ordine pubblico non dovrebbe discriminare tra i componenti della coppia committente a seconda dell'esistenza o meno del legame biologico col generato. In effetti, se quel limite impedisce il riconoscimento di una genitorialità puramente intenzionale in considerazione delle fondamentali esigenze di tutela del generato sottese al principio della genitorialità naturale, quello stesso limite neppure dovrebbe consentire il riconoscimento del rapporto col genitore biologico, avendo anch'egli concorso alla condotta vietata e perciò alla violazione di quel principio con grave pregiudizio per il nato. In caso di ricorso alla maternità surrogata, insomma, la genitorialità biologica di uno dei committenti non sembra meno pregiudizievole nell'interesse dei generati della genitorialità intenzionale dell'altro. Il passaggio argomentativo in questione è opportunamente evidenziato anche da GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 305, per il quale «se alla base del divieto di trascrizione vi è il disvalore della surroga di maternità, è contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di nascita con la sola menzione del padre biologico, valorizzando così proprio l'autore della condotta contraria ai valori tutelati dall'ordinamento italiano».

⁴¹ Invero, secondo RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 486, testo e nt. 58, «qualora il nato da surrogazione di maternità [...] sia legato da un vincolo genetico con l'uomo committente, l'accertamento della paternità di questi non è affatto distonico rispetto ai principi del sistema, ma anzi si impone proprio in applicazione del principio di verità espresso dall'art. 30 Cost.». In realtà, come si cerca di argomentare anche nel testo, in una prospettiva personalista autentica, quel "principio di verità" non dovrebbe essere considerato portatore di un valore puramente identitario, e perciò fine a sé stesso. La verità della generazione rappresenta piuttosto un valore nella misura in cui contribuisca a preservare il generato da relazioni di cura viziate *ab origine* da logiche di strumentalizzazione. Come si è cercato di chiarire, allora, quel "principio di verità" costituzionalmente sancito dovrebbe precisarsi ulteriormente come principio della genitorialità naturale, e cioè come diritto fondamentale alla genitorialità nei confronti dell'uomo e della donna che abbiano generato attraverso l'esercizio della sessualità. Ma allora, in ogni caso di ricorso a tecniche

rapporto si pongono insomma ugualmente in contraddizione con l'interesse del minore inteso come interesse generale e astratto. Né la valutazione di contrarietà all'ordine pubblico affidata all'ufficiale di stato civile potrebbe tener conto in qualche modo delle circostanze del caso concreto. A questo livello, infatti, l'interesse del minore non può venire in considerazione altrimenti che come interesse dell'infanzia, oggetto di valutazione *a priori* da parte del legislatore⁴².

È pur vero però che la realizzazione dell'interesse concreto del singolo minore potrebbe anche richiedere che sia assicurata la continuità dei rapporti di cura in atto con la coppia di adulti che abbia fatto ricorso alla tecnica vietata⁴³. Infatti, per quanto certi rapporti siano frutto del desiderio di affermazione di sé degli adulti e debbano pertanto essere oggetto di una valutazione negativa da parte dell'ordinamento, nondimeno la loro continuità, laddove si tratti di rapporti ormai consolidati e non altrimenti problematici, potrebbe rappresentare per il singolo minore la soluzione preferibile – *rectius*: meno pregiudizievole – rispetto all'inserimento in una famiglia sostitutiva a seguito della dichiarazione di adottabilità altrimenti difficilmente

riproduttive, al di là delle ipotesi eccezionalmente consentite dalla legge, il semplice vincolo genetico con uno dei committenti non dovrebbe essere sufficiente a fondare un rapporto genitoriale che è pur sempre il risultato di un progetto degli adulti che contraddice il valore sovrautilitaristico della persona. Una soluzione così radicale, per quanto possa apparire coerente con i valori apicali del sistema, non trova tuttavia conferma nei dati normativi. È vero dunque che il rapporto col genitore biologico può e deve essere accertato. Non sembra tuttavia che una simile soluzione sia davvero coerente con i principi del sistema.

⁴² Al riguardo v. anche quanto si è già detto *supra*, nt. 39.

⁴³ Al riguardo v. anche gli equilibrati rilievi di RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, cit., p. 759 s., per il quale «nessuna risposta può considerarsi valevole una volta per tutte, dovendosi piuttosto soppesare con estrema delicatezza i beni della vita in campo, ricercando una soluzione per quanto possibile complessivamente appagante». Lo stesso A. rileva nondimeno come «i numerosi casi dei quali la giurisprudenza [...] è stata chiamata a farsi carico costituiscono [...] un indice abbastanza attendibile della tendenza in atto a far pendere la bilancia proprio dalla parte del minore e, perciò, a mantenere i legami suddetti: un indice che rende, perciò, testimonianza di una consuetudine culturale che va sempre più radicandosi nel corpo sociale, della quale si fanno appunto interpreti e garanti gli operatori di giustizia».

evitabile. È bene tuttavia tener presente che, non diversamente dall'adozione, anche la continuità dei rapporti di cura in atto sarebbe pur sempre un ripiego, giacché la nascita a seguito del ricorso a una tecnica vietata – segnatamente alla maternità surrogata – ha ormai irrimediabilmente compromesso la possibilità di una realizzazione piena dell'interesse del minore mediante accertamento della genitorialità dell'uomo e della donna che abbiano generato attraverso l'esercizio della sessualità. Si tratta insomma di stabilire quale soluzione di ripiego sia preferibile nel caso concreto. Mentre non dovrebbe senz'altro potersi affermare un diritto alla continuità di un rapporto viziato, in quanto contrario al miglior interesse del minore⁴⁴.

Allo stato non sembra tuttavia possibile individuare nel sistema uno strumento idoneo ad attivare una simile valutazione concreta, che certo non può essere affidata all'ufficiale di stato civile. Neppure il ricorso all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000, in caso di rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile alla trascrizione dell'atto di nascita estero, sembra peraltro utile a dar corso al risultato indicato. Il procedimento in questione, del resto, essendo finalizzato alla semplice correzione di errori materiali o all'integrazione di atti incompleti, è caratterizzato da una cognizione sommaria. Non sembra possibile, in ogni caso, che l'ufficiale di stato

⁴⁴ Anche nell'analisi di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 485, emerge con chiarezza come l'interesse del minore non consista senz'altro «nel salvare l'esistente in quanto tale», ma «nel salvarlo solo in quanto si sia consolidata una relazione profondamente significativa, che renda recessiva l'esigenza di “restituirlo” ai genitori biologici o, più probabilmente, di consentirgli di inserirsi in una famiglia adottiva nella quale crescere più armoniosamente». E ciò appunto perché «la nostra Costituzione – osserva sempre Renda con estrema chiarezza – imposta il rapporto tra genitorialità biologica e genitorialità sociale alla stregua dell'eccezionalità della seconda rispetto alla prima, con la conseguenza che l'attribuzione all'interesse del minore della funzione di fondamento giustificativo della permanenza di una genitorialità sociale non corrispondente a quella biologica deve pur sempre essere coerente con il primato di quest'ultima, venendo così a giustificarsi in quanto vi sia una relazione di fatto talmente consolidata che rimuoverla comporti per il minore un sacrificio palesemente sproporzionato rispetto al beneficio che nel caso concreto gli deriverebbe dall'acquisizione della genitorialità biologica o di un'altra genitorialità sociale qual è quella adottiva».

civile o anche il giudice adito *ex art. 95 cit.*, ove abbiano appreso che la nascita si è prodotta attraverso il ricorso a una tecnica vietata, escludano l'efficacia interna del rapporto col genitore biologico, dato che quest'ultimo può sempre riconoscere il nato come figlio proprio e che tale riconoscimento non è certo impugnabile per difetto di veridicità.

A fronte della situazione determinatasi con la diffusione delle tecniche riproduttive sembrerebbe allora emergere nel sistema una contraddizione tra principi apicali e disciplina dell'accertamento dello *status filiationis*, applicabile anche nei diversi casi di ricorso a tecniche vietate. In effetti, quando certe potenzialità della medicina riproduttiva non erano ancora emerse, la corrispondenza tra il rapporto genitoriale accertato e il dato biologico poteva anche essere percepita come un valore puramente identitario⁴⁵, per quanto comunque non assoluto, in quanto destinato a trovare un "correttivo" nell'esigenza di tutelare rapporti ormai consolidati⁴⁶. Con la diffusione delle

⁴⁵ Anche la giurisprudenza costituzionale, com'è ben noto, ha riconosciuto in più occasioni che «la verità biologica della procreazione costituisce "una componente essenziale" dell'identità personale del minore»: da ultimo cfr. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

⁴⁶ Cfr. ancora Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., ove si afferma chiaramente che «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello *status* alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento». In particolare, nella stessa decisione si ricorda pure che, nella giurisprudenza costituzionale, «nell'auspicare una "tendenziale corrispondenza" tra certezza formale e verità naturale, si è riconosciuto che anche l'accertamento della verità biologica fa parte della complessiva valutazione rimessa al giudice, alla stregua di tutti gli altri elementi che, insieme ad esso, concorrono a definire la complessiva identità del minore e, fra questi, anche quello, potenzialmente confligente, alla conservazione dello statuto già acquisito». Sulla relatività del *favor veritatis* nella disciplina delle azioni di stato specie dopo gli interventi riformatori operati attraverso il d. lgs. n. 154 del 2013 cfr. GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, cit., 540 s.; per una trattazione di ampio respiro sistematico cfr. ID., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017. La formulazione secondo cui l'interesse del minore in sede di accertamento di stato non sarebbe un valore antagonista rispetto al principio di verità, ma opererebbe piuttosto come un "correttivo" di questo è ripresa da RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 484.

tecniche sarebbe invece dovuto diventare esplicito che il fondamento biologico della responsabilità genitoriale rappresenta un valore per la collettività nella misura in cui vale a sottrarre il generato alla logica utilitaristica propria dell'autodeterminazione riproduttiva degli adulti. In considerazione di ciò e salvo il caso eccezionale della coppia affetta da sterilità o infertilità patologiche, alla quale è consentito il ricorso alle tecniche, il diritto alla genitorialità naturale dovrebbe allora specificarsi come diritto nei confronti dell'uomo e della donna che abbiano generato attraverso l'esercizio della sessualità. Dovrebbe allora potersi contestare anche una genitorialità biologica, che risulti però dal ricorso a tecniche vietate, segnatamente alla maternità surrogata. Vero è che la derivazione biologica conserva comunque un valore identitario. Quest'ultimo valore potrebbe nondimeno essere tutelato anche per surrogato, a prescindere dalla costituzione del rapporto genitoriale, mediante il diritto alla conoscenza delle origini biologiche, come accade nel caso dell'adozione e come dovrebbe accadere, anche secondo il giudice delle leggi, nelle ipotesi in cui il ricorso alla fecondazione eterologa è eccezionalmente consentito⁴⁷.

Bisogna però prendere atto che, nel contesto normativo vigente, anche in caso di ricorso a tecniche vietate, non sembra esservi alcuna possibilità di escludere *ab origine* la rilevanza del legame biologico ai fini della costituzione del rapporto genitoriale, recuperandolo eventualmente laddove, in base a una valutazione condotta con riferimento al caso concreto, nell'interesse del singolo minore risulti preferibile la continuità del rapporto in atto rispetto all'inserimento in una famiglia sostitutiva. Una simile soluzione sarebbe quella più

⁴⁷ Sul diritto a conoscere le origini biologiche quale «strumento atto a “rimediare” o forse, *rectius*, a “supplire” alla dissociazione tra identità e origini che si verifica in seguito alla scissione dello *status* dal fatto biologico», v. di recente l'analitica trattazione di BOZZI, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 61 ss. Sul punto rimane inoltre di estrema utilità la trattazione di NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritti di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in Vari (a cura di) *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, p. 65 ss. e in *AIC-Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012 (pubbl. *on line* del 22 febbraio 2012).

coerente con le fondamentali esigenze di tutela del generato sottese al principio della genitorialità naturale. Non sembra tuttavia che, in mancanza di una disciplina adeguata delle conseguenze del ricorso a tecniche vietate, segnatamente alla maternità surrogata, specie con riferimento all'accertamento dello stato del generato, l'interprete possa "gestire" diversamente una simile incongruenza emersa nel sistema. Allo stato l'accertamento del rapporto col genitore biologico non sembra insomma un esito eludibile. E ciò nonostante la sua rilevata problematicità in una prospettiva autenticamente personalista. Resta comunque fermo che, anche nel caso del ricorso a tecniche vietate, ove dovesse risultare l'incapacità del genitore biologico di prendersi cura del figlio, sarebbe possibile addivenire a un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale e, in caso di situazione irreversibile, anche alla dichiarazione di adottabilità, e quindi all'adozione.

La costituzione del rapporto col genitore biologico anche in caso di ricorso alla maternità surrogata non è stata peraltro mai messa in discussione in giurisprudenza⁴⁸. Come già si è avuto modo di rilevare, del resto, il valore emancipatorio della genitorialità naturale non è in genere percepito con chiarezza e si ritiene perciò che la corrispondenza tra *status* e verità biologica sia un valore puramente identitario. Si ritiene insomma che anche il legame biologico dell'adulto che abbia realizzato all'estero un progetto di genitorialità vietato dalla legge italiana debba essere riconosciuto come rapporto genitoriale. Anzi, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si conviene ormai che, quali che siano le modalità procreative impiegate, la negazione dello *status* fondato sul dato biologico si ponga in contraddizione insanabile con i diritti fondamentali del minore, e segnatamente col diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione⁴⁹. In virtù di una

⁴⁸ Il dato è opportunamente rilevato da GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 762, testo e nt. 44, cui si rinvia per l'indicazione di taluni riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁹ Si allude alle due decisioni "gemelle" rese dalla Corte di Strasburgo il 26 giugno 2014 nei casi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* (ric. nn. 65192/11 e 65941/11), pubblicate, tra l'altro, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I,

valutazione astratta di corrispondenza dello *status* fondato sulla verità biologica all'interesse del minore, quel rapporto genitoriale è dunque ritenuto un bene per qualsiasi minore al di là del margine di apprezzamento che pure compete al singolo Stato nel decidere se consentire o meno il ricorso alle diverse tecniche riproduttive.

4. *La garanzia della continuità del rapporto col cd. genitore d'intenzione.*

Ciò posto i giudici della Prima sezione sollecitano ora la Corte costituzionale ad accreditare pure l'idea secondo cui, sempre nel preminente interesse del minore, un'analogha necessità di riconoscimento dello *status filiationis* sussisterebbe anche nei confronti del committente privo di legame biologico. Si fa valere anche a tal fine la tutela dei diritti fondamentali del generato, e segnatamente del diritto al rispetto della vita privata e familiare e delle sue diverse specificazioni. Avendo però escluso la sussistenza di un diritto alla genitorialità naturale, non si prendono minimamente in considerazione le fondamentali esigenze ad esso sottese, le quali, come si è visto, dovrebbero invece condurre a respingere ogni ipotesi di formalizzazione di rapporti viziati *ab origine* da logiche di strumentalizzazione.

p. 1122 ss., con nota di CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lente agonia del limite dell'ordine pubblico)*. Invero, secondo LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1709, l'idea della Corte europea, secondo cui «la conformità tra *status* giuridico e verità biologica corrisponda all'interesse del minore» sarebbe «frutto di un preconcetto astratto: che ciò sia bene per qualsiasi minore, senza considerare le specificità del caso singolo, né l'incidenza (magari negativa) che ciò potrebbe avere sull'identità acquisita nella sua vita familiare e sociale e sulla sua condizione psicologica ed esistenziale». Secondo l'A. cit., la Corte di Strasburgo oscilla «tra due diverse concezioni del contenuto dell'interesse del minore: a volte [...] privilegia ciò che giudica sia il bene per tutti i minori, considerati in via generale e astratta; molte altre volte invece – e sono la maggioranza – privilegia ciò che ritiene essere il bene di quel singolo, specifico minore, nelle particolari circostanze concrete del caso di specie». Su tale distinzione l'illustre A. si è soffermato in più occasioni: cfr. “*Best interests of the child*” o “*best interest of children*”?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 157 ss.; *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 86 ss.; *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 148 ss.

È pur vero, come si è già detto, che la rilevanza di fatti relazionali socialmente riconoscibili e ormai radicati nella vita del minore non può essere senz'altro negata. La loro conservazione, del resto, potrebbe risultare in concreto meno pregiudizievole per il singolo minore dell'alternativa dell'inserimento in una famiglia sostituiva. È necessario insomma che, nel determinare il concreto interesse del singolo minore, le esigenze sottese al diritto alla genitorialità naturale siano temperate con la garanzia della continuità dei rapporti in atto⁵⁰. A ben vedere, però, neppure il compromesso proposto dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite – e cioè il ricorso alla disciplina dell'adozione in casi particolari – sembra davvero idoneo a realizzare un simile risultato, anche laddove se ne voglia riconoscere la praticabilità *de iure condito*⁵¹. Infatti, sebbene quella proposta abbia l'indubbio merito di subordinare la formalizzazione del rapporto

⁵⁰ Non si tratta dunque di temperare l'interesse del minore alla conservazione dello *status* accertato all'estero con l'interesse pubblico alla repressione del ricorso alla maternità surrogata, bensì di determinare l'interesse concreto del singolo minore alla continuità dei rapporti in atto senza trascurare l'interesse sotteso al principio di genitorialità naturale, e cioè l'interesse di ogni minore a non crescere in contesti relazionali caratterizzati *ab origine* da logiche di strumentalizzazione.

⁵¹ Sull'estrema problematicità del riferimento alla lett. d) dell'art. 44 al fine di formalizzare il rapporto di un minore col *partner* non coniugato del genitore biologico ci si è già soffermati ampiamente nel ns. *L'adozione del figlio del convivente*, cit., 1007 ss. In quella sede si è soprattutto cercato di chiarire come, in presenza di un rapporto genitoriale efficiente, l'adozione di un minore sia in realtà possibile unicamente nel caso della lett. b) dell'art. 44, che presuppone però l'esistenza del rapporto coniugale tra adottante e genitore dell'adottando. Tale previsione normativa non sembra peraltro suscettibile di letture estensive, giacché la finalità dell'adozione in essa prevista è strettamente connessa con la specificità del rapporto coniugale, e cioè col suo essere rapporto di *status*, e dunque sottratto alla disponibilità dei suoi protagonisti: un carattere, questo, che non ricorre in nessun'altra forma giuridica del rapporto di coppia, neppure nell'unione civile tra persone dello stesso sesso, come risulta inequivocabilmente dalla previsione del comma 24 dell'unico articolo della l. n. 76 del 2016 (al riguardo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare al ns. *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 907 ss.; si tratta tuttavia di un'impostazione rimasta minoritaria). D'altra parte, al di là dell'ipotesi della lett. b) e anche quando non ricorrano le condizioni per la dichiarazione di adottabilità, l'adozione in casi particolari presuppone pur sempre un *deficit* di cura genitoriale,

col cd. genitore intenzionale a un vaglio giudiziale sul concreto interesse del singolo minore (cfr. art. 57, l. n. 184 del 1983), il risultato che si consegue attraverso l'adozione "speciale" – e cioè, in definitiva, la costituzione di un rapporto genitoriale puramente volontario – disconosce comunque le fondamentali esigenze di tutela sottese al

operando, sempre in via eccezionale, o in alternativa all'adozione piena, nel caso dell'orfano di padre e di madre di cui alla lett. a), ovvero, nel caso della lett. d), in subordine ad essa, come *second best* nell'interesse del minore.

Invero, secondo una ricostruzione alternativa del sistema dei casi particolari di adozione (cfr. CIRAULO, *sub* Art. 44, nel *Comm. cod. civ. Gabrielli, Della famiglia* a cura di G. Di Rosa, III, *Leggi complementari*, cit., p. 913 ss.), nella gerarchia degli strumenti predisposti dal legislatore per garantire il diritto del minore a crescere in famiglia l'adozione *ex art. 44* dovrebbe piuttosto collocarsi «prima dell'adozione piena» ed essere perciò considerata, secondo una logica di proporzionalità, «strumento da prediligere, almeno fino a quando la situazione di fatto del minore [...] non è tale da esigere soluzione di continuità tra passato e futuro». In quest'ottica la tassatività dei "casi particolari" è chiaramente destinata a essere superata: l'adozione *ex art. 44* è piuttosto considerata «misura di carattere generale per la protezione e lo sviluppo di relazioni familiari da sostenere con un intervento pubblico», mentre l'adozione piena è ritenuta rimedio eccezionale «per la sua idoneità a cancellare la pregressa vita privata e familiare del bambino». In ogni caso, anche in questa differente prospettiva ermeneutica appare eccentrica un'adozione in presenza di un rapporto genitoriale efficiente, a meno di non svalutare del tutto il riferimento al rapporto coniugale tra adottante e genitore dell'adottando contenuto nella lett. b) dell'art. 44. Ma allora si potrebbe senz'altro dar corso all'applicazione analogica di quest'ultima disposizione, senza dover far riferimento alla lett. d).

Quanto poi alla possibilità di far ricorso alla lett. b) dell'art. 44 al fine di formalizzare il rapporto genitoriale puramente intenzionale in caso di ricorso a tecniche riproduttive vietate da parte di una coppia coniugata, è stato giustamente osservato (da NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 717, nt. 9) che «in tali casi, la *step-child adoption* viene concepita come *second step* [...] di un unitario progetto che consiste inizialmente nella violazione della legge e nella successiva richiesta allo stesso ordinamento offeso di avallare una filiazione non consentita». È chiaro insomma l'utilizzo dello strumento in questione per il perseguimento di una finalità illecita e che nulla ha a che vedere con la funzione per cui è stato pensato dal legislatore. In effetti, come pure è stato rilevato, «mentre l'adozione in casi particolari del coniuge è posta chiaramente nell'interesse del minore perché ne valorizza *a posteriori* il rapporto con l'adottante ed è garantita anche dall'assenso del genitore naturale, l'applicazione di essa per le procreazioni medicalmente assistite vietate dalla legge sembra piuttosto un *escamotage* per dare attuazione a un progetto di filiazione di coppia vietato dalla legge».

diritto alla genitorialità naturale. D'altra parte, com'è agevole verificare, una volta riconosciuto il rapporto col genitore biologico, anche la continuità del rapporto *de facto* col committente privo di legame biologico può ben essere garantita senza dar corso alla sua formalizzazione.

Si fa valere in contrario che la formalizzazione «mira ad ottenere le garanzie giuridiche che... mettano [anche il rapporto col cd. genitore intenzionale] al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico o di rottura della vita in comune) o dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie)»⁵². In realtà, in caso di morte dell'unico genitore, l'adozione del minore da parte del *partner* sopravvissuto è comunque consentita ai sensi della lett. a) dell'art. 44 cit. Bisogna poi considerare che i diversi strumenti dell'autonomia privata possono offrire un valido contributo al fine di sciogliere incertezze, conferire legittimazioni e dare sostanza patrimoniale al rapporto affettivo. L'obiezione secondo cui l'operatività di certi strumenti è rimessa alla scelta del cd. genitore d'intenzione ha evidentemente un pregio solo finché ci si muova in una prospettiva che non riconosce le fondamentali esigenze di tutela del generato sottese al principio della genitorialità naturale e la necessità di tener conto anche di certe esigenze, insieme alla continuità dei rapporti in atto, al fine di realizzare al meglio l'interesse del minore. È bene ricordare inoltre che, con la sentenza n. 225 del 20 ottobre 2016, la Corte costituzionale ha chiarito che anche in caso di crisi della coppia, pur in assenza di qualsiasi tipo di formalizzazione del rapporto di cura tra un minore e il *partner* – in quel caso *same sex* – del genitore biologico e non essendo perciò possibile far riferimento alla regola dell'art. 337 *ter*, comma 1, c.c., la continuità affettiva può comunque essere garantita. A dire del giudice delle leggi, infatti, «l'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo, da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è

⁵² Così FERRANDO, *A Milano l'adozione del figlio del partner non si può fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 172 s. Per una valutazione critica di questa argomentazione, volendo, v. anche il ns. *L'adozione del figlio del convivente*, cit., p. 1024 s.

riconducibile all'ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione alla quale l'art. 333 [c.c.] già consente al giudice di adottare i "provvedimenti convenienti" nel caso concreto»⁵³.

Vero è che la disciplina dei giudizi sulla responsabilità genitoriale non riconosce a soggetti che non siano legati al minore da un rapporto di parentela gli stessi poteri che sono invece riconosciuti ai parenti. È noto infatti che, ai sensi dell'art. 336 c.c., i provvedimenti in questione sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero, sicché i terzi – e dunque, nel caso di specie, anche il *partner* del genitore biologico – non possono far altro che segnalare i fatti al pubblico ministero, lasciando a quest'ultimo ogni valutazione sull'opportunità di esercitare quella legittimazione ad agire che la norma espressamente gli attribuisce. Non è detto tuttavia che una simile disparità tra coloro che intrattengono rapporti affettivi col minore a seconda che si tratti o meno di rapporti formalizzati non abbia una sua ragionevolezza laddove s'intenda garantire la continuità affettiva senza però trascurare le esigenze sottese al diritto alla genitorialità naturale. In questa prospettiva non sembra infatti irragionevole che, in vista della migliore realizzazione dell'interesse del minore nel caso concreto, il pubblico ministero debba preliminarmente verificare la reale consistenza del rapporto *de facto* col *partner* del genitore. In ogni caso, poi, ove la disparità di trattamento in questione dovesse comunque ritenersi ingiustificata, anziché pretendere una formalizzazione che disconosce le esigenze sottese al diritto

⁵³ La sentenza cit. della Corte costituzionale è pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, con nota critica di CASABURI. In dottrina il riferimento ai provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. al fine di contrastare condotte genitoriali tendenti a ostacolare il rapporto in atto anche col cd. genitore intenzionale è valorizzato anche da SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 1006, proprio allo scopo di individuare soluzioni capaci di contemperare adeguatamente l'impianto assiologico della filiazione – e dunque il principio della genitorialità naturale – con l'eventuale esigenza di garantire la continuità del rapporto in atto. Tra queste soluzioni l'A. cit. considera invero anche l'adozione in casi particolari. In realtà, in quest'ultimo caso, sia pure a seguito di una verifica in concreto della corrispondenza all'interesse del singolo minore, il rapporto *de facto* viene comunque formalizzato con la conseguenza che le esigenze sottese alla genitorialità naturale sono senz'altro compromesse.

alla genitorialità naturale, basterebbe richiamare direttamente su di essa l'attenzione del legislatore o del giudice delle leggi e tentare così di rimuovere la rilevanza della formalizzazione del rapporto affettivo rispetto alla legittimazione a promuovere i procedimenti sulla responsabilità genitoriale.

Ciò nondimeno, com'è noto, le diverse soluzioni favorevoli alla formalizzazione sono di gran lunga prevalenti nella considerazione degli interpreti. In giurisprudenza, in particolare, l'idea secondo cui l'interesse del generato alla continuità del rapporto col cd. genitore d'intenzione non potrebbe essere garantita altrimenti appare ormai incontrastata. Il dibattito riguarda unicamente la modalità attraverso cui i rapporti in questione debbano essere formalizzati. È noto peraltro che nei diversi casi di ricorso a tecniche procreative vietate sono state adottate soluzioni differenti. Infatti, mentre, come si è visto, in caso di nascita da madre surrogata le Sezioni Unite hanno ritenuto possibile la formalizzazione del rapporto col cd. genitore d'intenzione solo attraverso l'adozione particolare, in caso di ricorso alla fecondazione eterologa in violazione della legge italiana, anche nella giurisprudenza della Suprema Corte sembra consolidarsi una soluzione diversa a seconda che la nascita sia avvenuta all'estero o in Italia: nel primo caso si ritiene che la genitorialità intenzionale accertata all'estero possa essere riconosciuta anche in Italia, non ravvisandosi alcuna contrarietà all'ordine pubblico⁵⁴; nel secondo caso

⁵⁴ Oltre a Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, cit., relativa a un caso di ricorso alla fecondazione eterologa da parte di una coppia di donne, una delle quali aveva partorito un figlio legato geneticamente all'altra (ed evidentemente al cd. donatore dei gameti maschili), v. anche Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2280 ss., con nota di CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1708 ss., con nota adesiva di PALMERI, *Irrelevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. Anche quest'ultima decisione ha ritenuto trascrivibile l'atto di nascita formato all'estero dal quale risulti una doppia maternità. In questo caso però una delle due donne indicate come madri aveva col generato un legame puramente intenzionale, avendo consentito alla tecnica, ma non avendo portato avanti la gravidanza né avendo fornito gli ovuli per la formazione dell'embrione. La soluzione adottata in caso di ricorso alla fecondazione eterologa vietata è dunque molto diversa da quella offerta dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 cit. per il caso di ricorso alla maternità surrogata e non è mancato chi ha ritenuto che si sia così determinata «una palese discriminazione di genere»

la formalizzazione del rapporto in atto è invece considerata praticabile solo mediante il ricorso alla disciplina dell'adozione in casi particolari, ritenendosi inammissibile in base alla legge italiana l'accertamento di una genitorialità puramente intenzionale⁵⁵.

tra coppie di donne e coppie di uomini e tra "figli" di coppie femminili e maschili: cfr. DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, cit., p. 674 ss., per il quale, al fine di risolvere la questione della riconoscibilità o meno della genitorialità puramente intenzionale, la posizione della donna che si sia impegnata a portare avanti la gravidanza per conto di due uomini diviene rilevante «solo ed esclusivamente se [...] esplicitamente rivendicasse la sua maternità», mentre «non ha senso parlare di tutela della gestante [...] per giustificare l'inefficacia del provvedimento, quando questa, come accade nella grande maggioranza dei casi, non ha alcun interesse ad assumere il ruolo di madre».

⁵⁵ Cfr. Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, cit. Sulla scorta di Corte cost. n. 221 del 2019 cit., l'indicata decisione della Suprema Corte ha escluso che, nel caso di nascita in Italia, possa essere formato un atto di nascita recante l'indicazione di una doppia maternità.

Secondo i giudici della Suprema Corte la validità di una simile conclusione «non è inficiata dai recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità [...] sui temi dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali (cfr. Cass. n. 12962 del 2016) e del riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso (cfr. Cass. n. 19599 del 2016, n. 14878 del 2017)». In particolare, con riferimento a queste ultime due decisioni, i giudici della Suprema Corte osservano che «la possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia di atti stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione da due donne dello stesso sesso si giustifica in virtù del fatto che diverso è il parametro normativo applicabile». In effetti, in quest'ultimo caso «a venire in rilievo [...] è il principio di ordine pubblico (L. 31 maggio 1995, n. 2018, art. 16 e art. 64, comma 1, lett. g), con il quale si è ritenuto non contrastare il divieto normativamente imposto in Italia alle coppie formate da persone "di sesso diverso" [*sic!*] di accedere alla PMA, in relazione ad atti validamente formati all'estero per i quali – proseguono i giudici della Suprema Corte – è impellente la tutela del diritto alla continuità (e conservazione) dello "*status filiationis*" acquisito all'estero, unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici, quale manifestazione dell'apertura dell'ordinamento alle istanze internazionalistiche, delle quali può dirsi espressione anche il sistema del diritto internazionale privato, alla luce dell'art. 117 Cost., comma 1».

L'argomento critico della «disparità di trattamento tra casi che, per molti aspetti, sono sovrapponibili» è stato peraltro già sollevato da SCALERA, *Doppia maternità nell'atto di nascita*, cit., p. 542 s., ad avviso del quale «il risultato è dal punto di vista giuridico irragionevolmente differente, non potendo farsi discendere effetti tanto diversi a seconda del luogo ove sia formato l'atto di nascita». Lo stesso

argomento potrebbe tuttavia farsi valere anche al diverso scopo di indurre un ripensamento dell'orientamento favorevole alla trascrizione di atti di nascita stranieri recanti l'indicazione di una doppia maternità. In effetti, se è vero che le regole del diritto internazionale privato intendono promuovere l'apertura agli altri ordinamenti, favorendo l'ingresso di valori giuridici stranieri, è pur vero che il limite dell'ordine pubblico ha la funzione di impedire che questa apertura possa divenire indiscriminata e compromettere così la coerenza interna dell'ordinamento (cfr. MOSCONI e CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, *Parte generale e obbligazioni*⁹, Torino, 2020, p. 288 ss.). Si è visto tuttavia che l'impossibilità di formare un atto di nascita con indicazione di due madri trova la sua ragion d'essere in un paradigma di genitorialità, che, anche nella prospettiva del giudice delle leggi, rimane comunque nella disponibilità del legislatore ordinario, per quanto non sia privo di un qualche riscontro costituzionale. Anche Corte cost. n. 221 del 2019 non sembra perciò contraddire il convincimento espresso dalla Suprema Corte secondo cui quel paradigma non esprimerebbe una regola di ordine pubblico. La circolazione di soluzioni esterne che lo contraddicano dovrebbe pertanto ritenersi tollerabile. Ad una soluzione differente si dovrebbe invece pervenire riconoscendo con chiarezza il fondamento costituzionale del diritto alla genitorialità naturale in considerazione del suo radicamento nella norma personalista. Allo stato, rimane dunque il problema della diversità di trattamento tra chi sia stato generato attraverso il ricorso alla fecondazione eterologa vietata a seconda che la nascita sia avvenuta all'estero o in Italia. Sembra tuttavia che un simile problema possa essere risolto soltanto dal legislatore.

È questa la soluzione accolta da ultimo da Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal Tribunale di Venezia con ordinanza del 3 aprile 2019 – dell'art. 1, comma 20, l. n. 76 del 2016, e dell'art. 29, comma 2, d.P.R. n. 396 del 2000, nella parte in cui non consentono di indicare come madri entrambe le donne tra loro unite civilmente che abbiano fatto ricorso all'estero alla fecondazione eterologa. Il giudice delle leggi ha infatti ritenuto che, neppure all'interno di un rapporto tra due donne unite civilmente, il riconoscimento della cd. omogenitorialità non è imposto dai precetti costituzionali. Lo stesso giudice ha nondimeno affermato che le norme costituzionali non sono comunque di ostacolo a soluzioni di segno diverso ad opera del legislatore ordinario. A questo punto un'analogia soluzione è da attendersi anche per la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal Tribunale di Padova con ordinanza del 9 dicembre 2019 – degli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004, e dell'art. 250 cod. civ. «laddove non consentono al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia di donne l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche della donna che insieme alla madre biologica abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa». Anche in questo caso non sembra infatti che l'invocata coerenza del sistema possa ristabilirsi mediante un intervento del giudice delle leggi che accrediti come costituzionalmente conforme l'interpretazione suggerita dal giudice *a quo*, sempre che

All'origine di certe incongruenze c'è evidentemente la mancanza di una considerazione adeguata delle fondamentali esigenze di tutela

– s'intende – non si voglia rimettere in discussione il risultato raggiunto con la sentenza n. 221 del 2019. Infatti, se non è illegittimo il divieto di accesso alla fecondazione eterologa per le coppie formate da persone dello stesso sesso, neppure dovrebbe esserlo la regola che esclude la formazione di atti di nascita recanti l'indicazione di una duplice maternità, giacché, come ha chiarito la sentenza n. 221 del 2019, il divieto posto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004 si giustifica appunto a garanzia del principio della genitorialità naturale. In realtà, a prescindere da un intervento del legislatore, la diversità di trattamento tra nati all'estero o in Italia a seguito del ricorso a tecniche eterologhe vietate non sembra superabile se non rimettendo in discussione l'idea accolta dalla nostra giurisprudenza di legittimità secondo cui il divieto di accesso alla fecondazione eterologa per le coppie formate da persone dello stesso sesso non sarebbe una regola di ordine pubblico.

Invero, secondo SALANITRO, *A strange loop*, cit., 218 s., dopo Corte cost. n. 221 del 2019 «resta dubbia la distinzione, tra accesso alla fecondazione e requisiti per la costituzione dello stato filiale, predicata per la fecondazione eterologa dall'art. 9 l. n. 40/04». In effetti, prosegue l'A., «se si condividesse la distinzione, che troverebbe conferma nella lettera dell'art. 5 l. n. 40/04, la quale dispone i requisiti per la fecondazione dell'embrione (e quindi non per l'impianto o per la successiva costituzione dello *status*), la coppia omosessuale non avrebbe ragione di costituire lo *status* all'estero, potendo lo stesso essere costituito in Italia, anche da coppia di genitori entrambi italiani». L'A. richiama in tal senso il principio di diritto affermato da Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, secondo la quale, nonostante il divieto di fecondazione *post mortem* posto dall'art. 5 cit., il rapporto di filiazione tra il nato e il genitore morto prima dell'impianto e della stessa fecondazione dovrebbe pur sempre essere accertato ai sensi degli artt. 8 e 9 cit. ove risulti che il defunto in vita avesse consentito alla tecnica: l'importante sentenza è pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2019, c. 2003 ss. con nota di CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1282 ss., con nota di FACCIOLI, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Fam. e dir.*, 2020, p. 27 ss., con nota di GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*. L'orientamento secondo cui gli artt. 8 e 9 cit. dovrebbero trovare applicazione anche in caso di nascita a seguito del ricorso a tecniche vietate sembra tuttavia essere stato smentito proprio da Cass. n. 7668 del 2020 cit. È bene ricordare infine che, sempre dopo Corte cost. n. 221 del 2019, la soluzione accolta da quest'ultima decisione della Suprema Corte aveva già trovato accoglimento nella giurisprudenza di merito in due decreti di marzo 2020 della Corte di Appello di Bologna (notizia di stampa). All'insegnamento della Suprema Corte ha poi aderito la Corte di Appello di Genova con proprio decreto del 10 giugno 2020.

del generato connesse al diritto alla genitorialità naturale. Ma c'è anche il convincimento radicato secondo cui la continuità del rapporto in atto col cd. genitore d'intenzione possa essere adeguatamente garantita solo attraverso la sua formalizzazione. Non sembra infatti che si percepisca che il significato emancipatorio della genitorialità naturale è ugualmente compromesso sia in caso di maternità surrogata sia in caso di fecondazione eterologa. In un caso e nell'altro il riconoscimento di forme genitoriali puramente intenzionali dovrebbe pertanto essere comunque impedito per contrarietà all'ordine pubblico. Si ragiona invece sulla base del diverso disvalore riconosciuto dal legislatore all'una e all'altra condotta⁵⁶. E così, in caso di fecondazione eterologa vietata, nell'interesse del minore si consente la penetrazione nel sistema di uno *status filiationis*, il cui accertamento in base alla legge italiana è invece considerato inammissibile in forza di un'opzione legislativa ritenuta non necessaria ma neppure irragionevole. E ciò con buona pace della funzione del limite dell'ordine pubblico di custodire la coerenza interna dell'ordinamento. In ogni caso si perde completamente di vista l'incidenza negativa che la genitorialità volontaria ha sulla dignità del generato. E si riduce il problema a un discutibile bilanciamento tra interesse pubblico a distogliere i consociati dal ricorso a certe pratiche e interesse del minore ridotto però a mero interesse alla continuità del rapporto in atto ovvero alla conservazione dello *status* estero.

Le considerazioni svolte fin qui sulle ragioni profonde della centralità del principio della genitorialità naturale, sulla loro incidenza nell'individuazione del reale interesse del generato e sulla possibilità di realizzarlo comunque in maniera adeguata senza dover ammettere una qualche forma di genitorialità puramente volontaria evidenziano

⁵⁶ Beninteso, qui non si discute che «la surrogazione di maternità destabilizza il sistema, violando principi fondamentali, assai più della donazione di ovociti» (così RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., p. 481), come ha certamente ritenuto il legislatore del 2004, prevedendo solo nel primo caso un divieto generalizzato e penalmente sanzionato. Ciò su cui si vuole richiamare l'attenzione è piuttosto che, ove si riconosca una genitorialità puramente intenzionale, sia in caso di ricorso alla fecondazione eterologa sia in caso di ricorso alla maternità surrogata, si mette comunque in discussione il diritto del generato alla genitorialità naturale e l'esigenza ad esso sottesa di garantire il significato personalistico della generazione umana.

piuttosto come le soluzioni favorevoli alla formalizzazione – anche quelle più “moderate” che fanno riferimento alla disciplina dell’adozione in casi particolari – siano in realtà indotte da un “pensiero problematico” non adeguatamente “purificato”. Il che equivale a dire che l’“anticipazione di senso” che spinge gli interpreti verso la soluzione della formalizzazione non regge davvero il confronto con una considerazione realistica delle esigenze di tutela del generato⁵⁷. L’impressione, in altri termini, è che quella “precomprensione” continui a subire, forse anche in maniera inconsapevole, l’influsso distorsivo di un punto di vista ideologico: un punto di vista che, come è stato detto autorevolmente, dissimula abilmente l’interesse degli adulti alla realizzazione delle proprie aspirazioni genitoriali – e dunque, in definitiva, una logica di affermazione di sé e di strumentalizzazione dell’altro – dietro l’«immagine pietosa e irresistibile» dell’interesse del minore⁵⁸. In realtà, come si è cercato di chiarire,

⁵⁷ Il riferimento è all’insegnamento autorevole di Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, (già in *Jus*, 1976, p. 3 ss. e) in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11 ss., per il quale, com’è noto, nell’attuale contesto sociale e culturale, in cui il giurista non è più disposto a riconoscersi in un sistema di valori indiscussi e stabili, «l’elemento valutativo non può essere sradicato dal pensiero giuridico perché è una condizione ineliminabile della comprensione della norma da applicare». Quell’elemento – e cioè «il momento di politica del diritto nel processo di applicazione della legge» – deve però «essere “inseguito e snidato fin nel suo ultimo nascondiglio” non per eliminarlo, ma per portarlo alla luce e costringerlo ad una giustificazione razionale. Solo in questo senso il pensiero giuridico può e deve essere un “pensiero depurato”: non un pensiero estraniato dai punti di vista rilevanti per il pensiero politico, ma depurato, mediante la riflessione critica, da presupposizioni valutative non adeguate a un corretto adempimento del compito di mediare la norma giuridica con la realtà». Un pensiero giuridico “purificato” da visioni riduttive e deformanti della realtà – e dunque da “precomprensioni” ideologiche – rappresenta effettivamente l’unico antidoto idoneo a far sì che l’appello insistito ai diritti individuali – la cd. “strategia dei diritti” (cfr. P. BARCELLONA, *Conclusioni*, in Rescigno e Mazzamuto (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell’Italia unita*, Torino, 2014, p. 410 ss.) – non finisca per occultare quella stessa logica funzionale che asseconda l’affermazione dell’autodeterminazione individuale e dà forma alla costruzione sociale nel tempo presente (al riguardo cfr. M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, p. 135 ss.).

⁵⁸ Così BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 1467.

l'interesse del minore non è solo quello – da accertare nel caso concreto – alla continuità del rapporto in atto. È anche e anzitutto quello – di ogni minore – a crescere in un contesto relazionale non viziato da logiche strumentali: quelle logiche che caratterizzano invece indefettibilmente un'autodeterminazione riproduttiva incondizionata.

È chiaro, d'altra parte, che, se si trascura quest'ulteriore profilo dell'interesse del minore, arginare la soluzione più radicale della conservazione dello *status* già accertato all'estero diviene molto difficile, se non impossibile. Infatti, laddove si perda di vista il potenziale emancipatorio della genitorialità naturale, qualsiasi remora nei confronti della genitorialità volontaria è fatalmente destinata a venir meno. Bisogna poi considerare che, come si osserva anche nell'ordinanza in esame e come si vedrà meglio subito, l'attivazione del meccanismo dell'adozione da parte del *partner* del genitore biologico rimane pur sempre nella disponibilità degli adulti, sicché anche la sua idoneità a garantire l'interesse del minore alla continuità dello *status* appare alquanto problematica. Sembra insomma inevitabile che, una volta che si siano perse di vista le fondamentali esigenze sottese al principio della genitorialità naturale, l'interesse alla continuità del rapporto in atto finisca senz'altro per coincidere con l'interesse alla conservazione dello *status* conseguito all'estero. E finisce così per apparire inadeguata ogni soluzione compromissoria diversa dal suo riconoscimento immediato.

5. *L'Advisory Opinion della Corte di Strasburgo.*

In ogni caso, in presenza di un pronunciamento recente delle Sezioni Unite, i giudici della Prima sezione ben difficilmente avrebbero lanciato una sfida tanto audace se non avessero potuto contare su una voce autorevole da opporre a quella delle Sezioni Unite e della stessa Corte costituzionale. Il riferimento è alla *Advisory Opinion*, mediante la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha chiarito da ultimo che, in caso di ricorso alla maternità surrogata in violazione della legge nazionale, il diritto al rispetto della vita privata impone comunque agli Stati di riconoscere anche il rapporto col committente privo di legame biologico col nato come autentico rapporto genitoriale (*legal parent-child relationship*). La Corte europea non ha tuttavia preteso che tale riconoscimento si realizzi *ab initio*

attraverso la trascrizione dell'atto di nascita estero. Anche altri meccanismi come l'adozione sono stati considerati adeguati allo scopo, ma solo a condizione che il diritto interno consenta di raggiungere quel risultato con rapidità e in maniera effettiva (*promptly and effectively*) una volta che il rapporto abbia conseguito una consistenza sociale definita (*a practical reality*)⁵⁹.

⁵⁹ Il parere reso dalla Corte di Strasburgo il 10 aprile del 2019 – quando la decisione delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 era già stata assunta da tempo (6 novembre 2018), ma non era stata ancora pubblicata (8 maggio 2019) – si può leggere anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757 ss., con l'accurato commento di GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*. Il parere ha segnato l'esordio del nuovo strumento di "nomofilachia preventiva" previsto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in base al quale le giurisdizioni nazionali superiori possono richiedere alla Corte europea un parere preliminare su questioni di principio connesse all'interpretazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, rilevanti per la decisione della controversia interna. Il Protocollo prevede che i pareri resi dalla Corte non abbiano efficacia vincolante né per il giudice richiedente né per la stessa Corte. È nondimeno altamente verosimile che la Corte di Strasburgo si attenga anche in un futuro giudizio alle soluzioni interpretative offerte nel parere preventivo. È altrettanto verosimile perciò che certe pronunce, sia pure indirettamente, finiscano comunque per condizionare le decisioni dei giudici nazionali. E ciò anche in quegli Stati, come l'Italia, che, pur partecipando alla Convenzione e avendo sottoscritto il Protocollo, non l'hanno però ancora ratificato. Nel caso di specie il parere è stato richiesto alla Corte di Strasburgo dall'Assemblea plenaria della Corte di cassazione francese nell'ambito della speciale procedura di revisione di una pronuncia definitiva resa in violazione della Convenzione. In particolare, la vicenda interessata è la stessa – il caso *Menesson c. Francia* – che ha già dato luogo a una delle due decisioni del 26 giugno 2014 citt., in cui la Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi sul problema del riconoscimento dei rapporti genitoriali già legittimamente accertati all'estero tra il nato da madre surrogata e i componenti della coppia che ha fatto ricorso a tale pratica in violazione del diritto interno. Per una valutazione assai più cauta sull'efficacia del parere in questione v. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata*, cit., secondo la quale, «se pure non può negarsi che anche in mancanza di ratifica del Protocollo Addizionale da parte dell'Italia il parere può rivestire un indiretto rilievo interpretativo nel nostro ordinamento, sembra ardito assumere il parere stesso, per sua natura non vincolante, neppure per il giudice francese richiedente, quale parametro di riferimento imprescindibile ai fini della affermazione del diritto del minore nato da maternità surrogata ad essere riconosciuto figlio anche del genitore di intenzione».

Secondo i giudici della Prima sezione certe conclusioni si porrebbero infatti in conflitto con la soluzione delle Sezioni Unite. In tal senso si osserva anzitutto che «la predisposizione di mezzi alternativi alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero assume nella motivazione della Corte europea la valenza di una diversa ma equiparata forma di riconoscimento dello *status filiationis* e non la predisposizione o la utilizzazione di uno strumento di minor tutela confacente a una situazione di diritto affievolito» quale deve invece considerarsi l'adozione in casi particolari. Si fa valere inoltre che questo meccanismo neppure sarebbe «idoneo a garantire quella effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* ritenute dalla Corte di Strasburgo le condizioni imprescindibili per qualificare la modalità alternativa alla trascrizione rispettosa del diritto alla tutela della vita privata e familiare del minore»⁶⁰.

In effetti, almeno a prima vista, il confronto tra il modo in cui i precedenti pronunciamenti della Corte di Strasburgo in tema di maternità surrogata sono stati intesi dalle Sezioni Unite e certe statuizioni contenute nel parere preliminare della stessa Corte europea sembra dar ragione ai giudici della Prima sezione. Nella sentenza delle Sezioni Unite si legge infatti che per la Corte europea non si configura violazione del diritto al rispetto della vita privata «nel caso in cui [...] non sia in discussione il rapporto di filiazione con il genitore biologico, ma solo quello con il genitore d'intenzione, il cui

⁶⁰ Le due possibili ragioni di conflitto indicate nell'ordinanza in esame tra la posizione assunta dalla Corte europea con l'*Advisory Opinion* e la soluzione consolidata nel diritto vivente a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite erano già state evidenziate da una parte della dottrina: cfr. FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 681 ss.; VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità*, cit., p. 17 s. I rilievi indicati sono ora ribaditi anche in FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà*, cit., p. 686. Nello stesso senso v. anche GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 304. Non è tuttavia mancato anche chi sembra ritenere che nell'ordinamento italiano l'*Opinion* della Corte di Strasburgo non dovrebbe avere effetti particolarmente significativi, giacché le soluzioni già individuate dalla giurisprudenza italiana – e dunque, in buona sostanza, il riferimento alla disciplina dell'adozione in casi particolari – sarebbero sostanzialmente approvate: in tal senso, non senza qualche perplessità, cfr. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, cit., p. 762 ss.; SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 740 s.; ID., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 915.

mancato riconoscimento non preclude al minore l’inserimento nel nucleo familiare della coppia genitoriale né l’accesso al trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis*, pacificamente riconosciuto nei confronti dell’altro genitore». Nell’*Advisory Opinion* si afferma invece che «*the right to respect for private life [...] of a child born abroad through a gestational surrogacy arrangement requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”*». A quanto pare, dunque, nel parere preliminare la Corte europea intende offrire una “precisazione” della propria precedente giurisprudenza in argomento, che non sembrava invero ravvisare la necessità di un riconoscimento pieno anche del rapporto col committente privo di legame biologico⁶¹. Ad uno sguardo più attento non sembra però che la più recente posizione dei giudici di Strasburgo metta davvero in discussione l’approdo delle Sezioni Unite. Le Sezioni Unite, infatti, non avevano certo disconosciuto «l’obbligo di assicurare [anche al rapporto col cd. genitore d’intenzione] una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis*». D’altra parte, come si è detto, anche la Corte europea ha riconosciuto che tale tutela non deve necessariamente operare *ab initio*, e dunque attraverso la trascrizione dell’atto di nascita estero, essendo sufficiente

⁶¹ Così almeno le due sentenze citt. della Corte di Strasburgo del 26 giugno 2014 erano state intese dalla nostra migliore dottrina. In particolare, secondo LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., p. 1709 ss., dalla giurisprudenza della Corte europea si sarebbero dovute ricavare due direttive distinte: «in presenza della discendenza genetica, accompagnata nei fatti da una relazione familiare corrispondente a quella comunemente intercorrente tra genitori e figli, non può essere negata l’attribuzione dello *status* di figlio, o il riconoscimento di tale *status* ottenuto in precedenza in un altro paese»; «in mancanza della discendenza genetica, dovrebbe essere garantito un riconoscimento giuridico alla suddetta relazione familiare, diverso secondo i casi: dal massimo dell’adozione al minimo della sola previsione delle visite». Nel senso che la Corte di Strasburgo non avesse affatto ravvisato una violazione del diritto alla vita privata del nato da madre surrogata nel mancato riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti di entrambi i committenti v. anche RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*, cit., p. 486, testo e nt. 59, in polemica con CASABURI, *La Corte europea apre (con riserve) alla maternità surrogata*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 561.

che quel risultato si realizzi «*promptly and effectively*» una volta che il rapporto abbia conseguito «*practical reality*».

Non vale allora rilevare che il procedimento dell'adozione in casi particolari non soddisferebbe l'esigenza di una tutela immediata e tangibile in quanto «comporta una articolazione e complessità decisamente superiore al procedimento di delibazione di una sentenza straniera». L'unica "complessità" – e aleatorietà – del procedimento in questione è data infatti dalla necessità di un'attenta verifica da parte del giudice che l'adozione realizzi effettivamente il preminente interesse del minore mediante "adeguate indagini" da svolgere anche per il tramite dei servizi locali e degli organi di pubblica sicurezza (cfr. art. 57 l. n. 184 del 1983). Ma anche la Corte di Strasburgo, a ben vedere, non esclude affatto la necessità di un *assessment* del superiore interesse del minore affidato alle competenti autorità nazionali, da condurre con riferimento alle circostanze del caso concreto e finalizzato anzitutto ad accertare che la relazione del generato col cd. genitore d'intenzione abbia appunto conseguito una qualche stabilità e riconoscibilità sociale, e cioè la cd. *practical reality*⁶².

È vero invece che il rapporto che si costituisce attraverso l'adozione particolare non coincide pienamente con lo *status* unico di figlio. Non sembra però che quel rapporto, una volta che si sia costituito, non sia idoneo ad attingere il risultato pratico avuto di mira dai

⁶² Per GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, cit., p. 763, «l'esigenza di evitare uno iato cronologico tra l'istituzione della filiazione e il suo riconoscimento giuridico risulta indebolita in seguito alla pronuncia europea, in quanto l'interesse superiore del minore richiede soltanto che il legame giuridico con la madre intenzionale possa essere riconosciuto al più tardi quando si sia consolidato quello sociale». Più cauto SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 915, per il quale «è sulla tempestività che sembrano porsi le maggiori difficoltà, perché l'*Opinion* richiede che il rapporto venga formalizzato nel momento in cui sia considerato effettivo sul piano sostanziale (*a practical reality*): formula oscura, che rischia di esporre il nostro ordinamento a condanne ove la concreta procedura giudiziale si protragga oltre un certo periodo, ma che non è sicuro, dipendendo da valutazioni sui tempi delle singole procedure, che possa rilevare sul piano della costituzionalità della regola». L'idea secondo cui l'adozione in casi particolari sarebbe inadeguata a garantire la celerità richiesta dalla Corte europea è invece condivisa da GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 309.

giudici europei, e cioè la costituzione di una «*legal parent-child relationship*» anche col committente privo di legame biologico. In particolare, secondo i giudici di Strasburgo, in mancanza di quel rapporto, il nato da madre surrogata verrebbe a trovarsi «*in a position of legal uncertainty regarding his or her identity within society*» e sarebbe perciò impossibile garantirgli «*the legal identification of the persons responsible for raising him or her, meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment*». A questo punto appare però difficile comprendere perché mai, secondo i giudici della Prima sezione, la «*legal parent-child relationship*» che indubbiamente si costituisce anche a seguito della *stepchild adoption* non assicurerebbe quei risultati. Infatti, anche a voler ammettere che l'adozione in casi particolari «non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti»⁽⁶³⁾, ciò non sembra comunque mettere in discussione né

⁶³ Si tratta, com'è noto, di una questione controversa. L'art. 74 c.c., nella nuova formulazione conseguente alla legge n. 219 del 2012, dispone infatti espressamente che il vincolo di parentela si costituisce anche con riguardo ai figli adottivi, precisando però che non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età di cui agli artt. 291 ss. c.c.. Nulla si dice con riguardo all'adozione dei minori in casi particolari. Gli interpreti si dividono tra quanti ritengono che l'esclusione del vincolo di parentela con riguardo agli adottati maggiori di età debba essere estesa anche ai diversi casi particolari di adozione dei minori tenuto conto della sostanziale identità di effetti tra le due specie di adozione, stante il rinvio all'art. 300 c.c., da parte dell'art. 55 della legge n. 183 del 1984 (in tal senso cfr., ad es., SESTA, *Manuale*, cit., p. 444 s. e p. 458; ID., *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 235; SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 544; SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., p. 1008; nello stesso senso anche GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., 19 ss., cui si rinvia anche per una trattazione approfondita della problematica), e quanti sono invece dell'avviso che, quanto alla costituzione del vincolo di parentela, nei diversi casi particolari di adozione debba valere la stessa regola prevista per l'adozione piena (in tal senso cfr., ad es., LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 202; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 838; FERLANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 525; DI ROSA, *sub art. 74 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Della famiglia* a cura di G. Di Rosa, I, Torino, 2018, p. 13 ss.; questa posizione

l'identità del nato né l'individuazione delle persone responsabili della sua cura né la sua aspirazione a crescere in un contesto relazionale stabile⁶⁴).

Il pregiudizio del preteso «diritto [del nato da madre surrogata] a una relazione pienamente equiparata alla filiazione» si coglie piuttosto da un diverso punto di vista, segnatamente laddove l'ordinanza richiama l'attenzione sul fatto che l'adozione in casi particolari rimane comunque «soggetta alla volontà del genitore intenzionale di adire l'autorità giudiziaria italiana per richiederla e quindi lascia aperta la sua possibilità di sottrarsi all'assunzione di responsabilità già manifestata e legittimata nel paese in cui il minore è nato». C'è poi un altro dato che i giudici della Prima sezione reputano ancora «più grave»: la soggezione del rimedio in questione «all'assenso

meno rigorosa è ora rivalutata anche da GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 309; in giurisprudenza la tesi è stata accolta da Trib. Min. Bologna, 3 luglio 2020, in www.articolo29.it, con commento adesivo di SCHILLACI, *Da Bologna una svolta storica verso gli effetti pieni dell'adozione in casi particolari*, pubbl. on line del 10 luglio 2020: la decisione è relativa a un caso di adozione *ex art. 44*, lett. d, cit., nell'ambito di una coppia di donne che hanno fatto ricorso all'estero alla fecondazione eterologa).

⁶⁴ Anche GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, cit., p. 762 s., pur riconoscendo che «sulla conformità dell'adozione in casi particolari possono tuttora nutrirsi dubbi, sia perché all'interno della stessa giurisprudenza non sono mancate posizioni contrarie, sia perché, almeno secondo parte della dottrina, da tale istituto continuerebbero a discendere, anche dopo la riforma della filiazione, effetti minori rispetto al rapporto di piena genitorialità, non istaurando il minore legami di parentela con i familiari dell'adottante», osserva nondimeno che «se da un lato tra i possibili pregiudizi alla sfera privata del minore la Corte EDU non annovera l'incapacità di istaurare legami con i parenti della madre intenzionale, dall'altro lato l'adozione "semplice" italiana sembra conforme a tutte le indicazioni avanzate dai giudici europei, ancorché se ne deduca il carattere meramente illustrativo». Nello stesso senso v. anche SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 741, per il quale il ricorso all'adozione in casi particolari deve «essere considerato ugualmente adeguato all'interesse del minore, secondo il modello della Corte di Strasburgo, poiché si applicherebbe un trattamento analogo, nonostante le differenze, a quello derivante dalla costituzione del rapporto filiale»; ID., *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 915: «la disciplina italiana dell'adozione in casi particolari è idonea a consentire al nato di acquisire quei diritti la cui mancanza, secondo la Corte di Strasburgo, produrrebbe la violazione del diritto alla vita privata e familiare».

[...] da parte del genitore biologico»⁶⁵. Certi rilievi evidenziano in effetti che l'adozione in casi particolari non attribuisce comunque al nato da madre surrogata un diritto allo *status* nei confronti del cd. genitore d'intenzione. È allora a questo livello che, come già si è avuto modo di rilevare, si coglie una differenza di sicuro rilievo tra la «*legal parent-child relationship*» che si costituisce con l'adozione particolare e lo *status filiationis* fondato sulla generazione o su una *voluntas legis* che asseconi progetti genitoriali perseguiti attraverso il ricorso a tecniche riproduttive come la maternità surrogata o la fecondazione eterologa. A ben vedere, però, tale limite non riguarda solo l'adozione particolare, ma qualsiasi adozione, giacché nessuna forma di adozione è uno strumento di rivendicazione della genitorialità da parte del minore. Eppure, nell'*Advisory Opinion* proprio l'adozione da parte del cd. genitore d'intenzione è espressamente indicata tra i mezzi attraverso cui il singolo ordinamento nazionale, nell'ambito del margine di discrezionalità che gli spetta, può soddisfare il diritto del nato da madre surrogata al rispetto della vita privata⁶⁶. Ma con ciò non si vede davvero come si possa ancora soste-

⁶⁵ Sul punto, in dottrina, ha insistito particolarmente VENUTI, *Le sezioni unite e l'omopaternità*, cit., p. 17, la quale ha appunto osservato che l'attivazione dell'adozione "speciale" e il suo buon esito «dipendono dal permanere in vita e dalla perdurante capacità del genitore d'intenzione, e così pure dalla perdurante attualità della scelta biparentale in capo ad entrambi i *partner*», dato che «l'uno deve avviare il procedimento adottivo e mantenere ferma la propria scelta; l'altro, quello già formalmente tale, deve cooperare dando il proprio assenso all'adozione del *partner*. Evenienze nient'affatto scontate». Nello stesso senso v. anche FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero*, cit., p. 686 e GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 309.

⁶⁶ Anche SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 916, osserva che l'*Opinion* non ha approfondito la questione che si pone per il fatto che l'iniziativa della procedura di adozione è rimessa alla volontà dell'adottante. Invero, secondo Salanitro, «nella logica della Corte di Strasburgo, il caso in cui la domanda di trascrizione fosse posta dal minore, eventualmente attraverso l'altro genitore, potrebbe avere una risposta diversa rispetto al caso in cui fosse domandata dal genitore intenzionale senza legame genetico, essendo diverso il bilanciamento di interessi in concreto». Lo stesso A. afferma peraltro di non poter «fare a meno di notare che, ove si fosse adottata una diversa soluzione per il caso di azione

nere l'esistenza di un contrasto tra la soluzione di compromesso proposta dalle Sezioni Unite e quella prefigurata dai giudici di Strasburgo.

Quanto si è appena osservato fa emergere piuttosto una grave contraddizione all'interno dello stesso impianto argomentativo del parere della Corte europea. Infatti, se la costituzione di una «*legal parent-child relationship*» anche col cd. genitore d'intenzione è considerata necessaria a soddisfare il diritto del nato da madre surrogata al rispetto della sua vita privata, quella relazione – e cioè lo *status filiationis* – non può che spettare al nato come oggetto di un suo diritto. Ma allora non si comprende come l'adozione possa essere considerata un mezzo attraverso cui il singolo Stato consegue il risultato imposto dalle norme convenzionali. Né si vede come quel risultato possa essere subordinato a una verifica in concreto, da parte delle competenti autorità nazionali, della realizzazione del miglior interesse del minore. Infatti, se è davvero un diritto allo *status* ciò che spetta al nato da madre surrogata anche nei confronti del cd. genitore d'intenzione, non dovrebbe essere necessario indagare se tale relazione abbia o meno conseguito «*a practical reality*»: il diritto allo stato, se è davvero tale, deve potersi far valere anche a prescindere dal possesso dello stato. Insomma, delle due l'una: o la tutela della vita privata del generato postula il riconoscimento di un diritto allo *status* anche nei confronti del committente privo di legame biologico, ma allora nessun margine di apprezzamento dovrebbe spettare

promossa dal minore, quest'ultima sarebbe divenuta nella prassi la tecnica principale per accedere al riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero». Rispetto alla soluzione dell'adozione Salanitro ritiene perciò preferibile la proposta di NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, cit., p. 761 ss., di applicazione analogica della regola dettata dall'art. 128, comma 2, cod. civ. ad ogni ipotesi di costituzione del rapporto di filiazione attraverso prassi in contrasto con la legge. In tal modo sarebbe infatti possibile pervenire a un risultato che, come l'adozione in casi particolari, protegge il minore senza favorire l'adulto che ha posto in essere una condotta illecita, ma che non incontra tutte le indicate difficoltà della disciplina dell'adozione. Nel senso che, «nell'ipotesi in cui il genitore intenzionale-non genetico non proponga domanda di adozione in casi particolari, si dovrebbe riconoscere al figlio l'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità, sul presupposto dell'assunzione di responsabilità quale fondamento irretrotrattabile della filiazione», v. anche GORGONI, *Diritti e principi*, cit., p. 309.

al singolo Stato quanto al modo di realizzare questo risultato, in quanto non vi è un altro modo di conseguirlo al di là del riconoscimento dello *status* estero mediante trascrizione dell'atto di nascita; oppure quel margine esiste, ma allora non può essere il diritto allo *status* anche nei confronti del cd. genitore d'intenzione il risultato che deve essere garantito al nato da madre surrogata al fine di escludere che sia pregiudicato il suo diritto al rispetto della vita privata, bensì, più semplicemente, il diritto alla continuità del rapporto di cura in atto.

In definitiva bisogna dunque riconoscere che sul piano inclinato dell'autodeterminazione riproduttiva degli adulti non ci sono possibilità di soluzioni compromissorie davvero capaci di realizzare equilibri stabili. Finché si continui a disconoscere il potenziale emancipatorio della genitorialità naturale e a dar credito a una visione riduttiva – e ideologica – delle reali esigenze di tutela del generato, la spinta verso una normalizzazione generalizzata della genitorialità volontaria può incontrare al più un ostacolo temporaneo, ma non sembra comunque destinata a cessare. E ciò in piena coerenza con una progettualità sociale che, prendendo le distanze dall'originario disegno costituzionale, non trova più fondamento nel valore sovrautilitaristico della persona, ma nelle logiche strumentali tipiche dell'individualismo proprietario.

GIOVANNI BONILINI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Parma

PRELAZIONE, E «ALIENAZIONE» DI UN DIRITTO

Sommario: 1. Alienazione del diritto, cui sia riferito il diritto di preferenza, e inadempimento della prelazione. – 2. L’alienazione del diritto posto a oggetto di prelazione testamentaria. – 3. Diritto di prelazione, e “alienazione” per mezzo della donazione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Alienazione del diritto, cui sia riferito il diritto di preferenza, e inadempimento della prelazione.

Non è infrequente, che il patto di prelazione, oppure la clausola di prelazione, o, ancora, la disposizione testamentaria contemplante la prelazione, riferisca il diritto di preferenza alla “alienazione” di un dato diritto. Altrettanto è a dirsi, con riguardo a talune norme di legge e, per tutte, si rammenti quella affidata all’art. 732 cod. civ., che riferisce, appunto, la prelazione ereditaria, alla “alienazione”, a un estraneo alla comunione, di quota ereditaria o di parte di essa.

La valenza generale, se non la genericità, del termine “alienazione”, comporta, non di rado, problemi interpretativi, in relazione, soprattutto, all’invocato inadempimento della prelazione.

In altri termini, un ulteriore profilo della questione: «inadempimento della prelazione», è rappresentato, appunto, dalle fattispecie, in ordine alle quali, l’obbligazione di preferire, sorgente da clausola, patto, oppure testamento, si riferisca.

È intuitivo che non dovrebbero sorgere problemi, allorché la clausola, o la disposizione testamentaria, di prelazione sia

confezionata nel senso che dovrà essere rispettata, a titolo di esempio, solo se si venderà un dato diritto; altrettanto è a dirsi, allorquando essa alluda alla locazione, al dare a mutuo, oppure in comodato, *etc.* In altri termini, dovrebbero essere assenti interrogativi ermeneutici, là dove la manifestazione di volontà sia stata formulata in termini tecnicamente precisi, inequivoci, esaustivi. Altresì è a dirsi, allorquando il contesto, in cui sia stata calata la previsione del diritto di prelazione, consenta un'agevole, quasi immediata, individuazione del mezzo tecnico di trasmissione del diritto divisato, come è a dirsi, a modo di esempio, allorché sia indiscutibile che il diritto di prelazione sia operativo solo allorquando debba essere erogato un prezzo, il che riporta, con immediatezza, al contratto di compra-vendita.

Può darsi l'ipotesi, peraltro frequente, che le parti, o il testatore, facciano invece impiego, anziché di un vocabolo, tecnico, perspicuo, quindi immediatamente intelligibile, di un termine, che si presti, invece, ad abbracciare più di uno schema negoziale.

Il termine «alienazione», appunto, è impiegato spesso, data anche la riscontrata prevalenza statistica delle occasioni di riferimento del diritto di prelazione al trasferimento della proprietà su un dato bene.

Quel termine, per la sua onnicomprensività, può dare àdito, come anticipato, a fraintendimenti, e controversie¹. Se codesta espressione, infatti, può apparire concettualmente precisa nel

¹ Il problema si è posto *ab antiquo*; v., per tutti, BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964, p. 275; più di recente, v. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 12, alla nota 26, e, *ivi*, il catalogo dei negozi, nei confronti dei quali, la Novella di Romano Lacapeno escludeva potesse esercitarsi il diritto di prelazione.

V. anche, di recente, ID., *Se il termine "alienazione" di un bene, cui sia riferito il diritto di preferenza, attenga alla sola vendita del bene*, in ID. (a cura di), *Patto e clausole di prelazione*, Pisa, 2016, p. 283 ss.

Per un'indagine di dettaglio, v. GREGO, *Note a F. Glück, Commentario alle Pandette*, L. XVIII, trad. it., già diretta da F. Serafini e continuata da P. Cogliolo e C. Fadda, Milano, 1901, p. 507 ss., in ordine alla *venditio gratiosa*.

Infine, per un esame attento del concetto, che compendia il termine «alienazione», si vedano DE RUGGIERO, *Alienazione*, in *Dizionario prat. dir. priv.*, diretto da V. Scialoja, vol. I, Milano, s.d., p. 139 ss. e PUGLIATTI, *Alienazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, s. d., ma 1958, p. 1 ss.

linguaggio tecnico-giuridico, assume però contorni meno definiti, nel linguaggio quotidiano².

Orbene, l'interprete, usando l'espressione menzionata, intende alludere alla separazione di qualcosa da qualcuno³; alienare, appunto, esprime l'idea di far diventare estraneo a un soggetto, al suo patrimonio, alla sua potestà, un *quid* qualsivoglia⁴.

Con linguaggio differente, *alienazione* è il trasferimento della proprietà, che si realizza con la vendita, la permuta, la donazione, *etc.*, cioè a dire con i negozi *inter vivos* tradizionalmente più importanti, atti a realizzare quel risultato⁵.

Se ciò è vero, è ugualmente vero che, di fronte a un negozio, o a una clausola o disposizione, che impieghi quell'espressione, si può porre il quesito, se si sia voluto effettivamente utilizzarla con una volontà onnicomprensiva, o se si sia alluso soltanto alla compra-

² Di necessità, quindi, anche nel linguaggio testamentario, specie se si consideri la forma olografa. Il problema, però, può porsi anche riguardo all'atto di notaio; considerate le difficoltà, che possono sorgere dall'impiego di un termine polisenso, o, meglio, estremamente comprensivo, qual è, appunto, l'espressione «alienazione», è auspicabile che vi sia l'accertamento della volontà del testatore, onde sia fatto impiego, nell'atto, di espressioni tecniche, quindi capaci di non rendere accidentata la vita e gli effetti della disposizione (v. anche, *infra*, § 2).

³ PUGLIATTI, *Alienazione*, cit., p. 1, e già VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, vol. IV, Torino, 1889, pp. 28-29.

⁴ DE RUGGIERO, *Alienazione*, cit., p. 139; S. PUGLIATTI, *Alienazione*, cit., p. 1.

⁵ S. PUGLIATTI, *Alienazione*, cit., p. 1. Cfr., inoltre, DE RUGGIERO, *Alienazione*, cit., p. 140, il quale precisa che la controversia circa la comprensione, oppure no, nel termine «alienazione», degli atti di ultima volontà, va risolta nel senso che – seppure quegli atti possano esservi ricompresi, in quanto partecipanti dei caratteri propri dell'alienazione – l'uso comune ha accolto, sotto quel nome, solamente gli atti *inter vivos*; pertanto, è a questi che deve alludersi, allorché sia fatto impiego di quella espressione. Analogamente, STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 48.

vendita del bene⁶; compra-vendita, che, nella mentalità quotidiana, è l'atto traslativo per eccellenza⁷.

È facile riconoscere, dunque, che potrà prospettarsi la violazione della prelazione, allorché il soggetto passivo abbia permutato⁸, o conferito in società⁹, il diritto, la cui «alienazione» comportava il rispetto di una posizione di preferenza, e, ovviamente, senza porre in essere alcuna attività diretta ad appurare, se il prelazionario intendesse avvalersi del proprio diritto. Analogamente è a dirsi nel caso di «alienazione» del diritto attraverso la *datio in solutum*¹⁰, la

⁶ Identico problema, è noto, si è posto, all'interprete, nei confronti, a titolo di esempio, della norma affidata all'art. 732 cod. civ., che, nel fissare la prelazione legale del coerede, fa impiego, appunto, del termine «alienazione».

Per una chiave di lettura, v. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione del coerede*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1967, p. 430 ss., *ivi*, p. 446 ss., spec. pp. 448-449, il quale conclude nel senso che « alienazione », di cui all'art. 732 cod. civ., significhi « vendita ».

Sul problema, v. anche BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., pp. 20 e 21, *ivi*, ulteriori riferimenti.

⁷ Che la prelazione sia tradizionalmente associata alla vendita, è opinione storicamente consolidata. Si veda, anche per i richiami, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 9 ss.; cfr., inoltre, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1946, p. 407.

⁸ Per l'opinione, secondo la quale il patto di prelazione si applica solo nel caso di (ri)vendita del bene, e, dunque, non in ipotesi di permuta, v. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, Torino, 1914, II ed., p. 930. V. anche: CUTURI, *Della vendita. Della cessione e della permuta*, in *Il diritto civile italiano*², già diretto da P. Fiore e continuato da B. Brugi, Napoli-Torino, 1923, p. 582; PACIFICI MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, vol. XII, *Trattato della vendita*, I, Torino, 1929, ed. riv. da G. Venzi, p. 244.

⁹ Nel senso che la prelazione, ex art. 38 della così detta legge sull'equo canone, non opera, ove l'immobile sia conferito in società di capitali, v. Trib. Treviso, 22 aprile 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 658 ss., con *Osservazioni* di PADOVINI.

Sul generale problema, v. anche, nella giurisprudenza francese, Cass., 5 mars 1951, in *Sem. jur.*, 1951, II, 6496, con *Observations* di LAURENT, e Trib. civ. Périgueux, 25 mars 1952, *ivi*, 1954, II, 7899, con *Observations* di D. B.

¹⁰ Sebbene le *dationes in solutum* non siano vere alienazioni, la prelazione fu presto estesa anche alle medesime: BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, cit., p. 275.

Nel senso che, ai fini prelatizi, la *datio in solutum* debba essere equiparata alla vendita, v. GREGO, *Note a F. Glück, Commentario alle Pandette*, L. XVIII, cit., p. 507 (e p. 508), nota b.

donazione¹¹, la transazione¹², la rendita vitalizia¹³, l'assegnazione in sede di asta pubblica¹⁴. Il problema si è posto, inoltre, relativamente al riporto¹⁵.

Orbene, seppure generalmente infruttuoso, si rivela spontaneo l'invito all'impiego di espressioni immediatamente enunziative dei negozi, in relazione ai quali, la clausola, *etc.*, di prelazione spiegherà effetti. Tant'è: la legge stessa non si sottrae all'ambiguità della parola «alienazione», che, come già ricordato, impiega, a titolo di esempio, nell'art. 732 cod. civ.

Non resta, pertanto, che ricercare le regole, che possano, comunque, risolvere il problema in esame.

Contra, GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 930.

¹¹ Sul punto, v. Cass., 28 febbraio 1953, n. 486, Est. Torrente, in *Foro it.*, 1953, I, (c. 794 ss.), c. 796. V., inoltre, BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 810 ss., *ivi*, p. 821, il quale è nel senso della radicale impossibilità di privare il donante del potere di realizzare l'intento liberale.

¹² Cfr., ancora relativamente alla prelazione *ex art. 230-bis* cod. civ., BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 821, *ivi*, riferimenti.

¹³ Esclude che la prelazione operi, se vi sia stata cessione per una rendita vitalizia, GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 930. *Adde* PACIFICI MAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 244. Analogamente, per il vitalizio alimentare, in ordine alla prelazione agraria, Cass., 30 ottobre 1980, n. 5855, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 519 ss., con nota di PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*.

¹⁴ Nel senso che il diritto di prelazione possa essere esercitato anche nel caso in cui, alla rivendita del bene, si proceda con l'esperimento dell'asta pubblica, v. App. Milano, 6 dicembre 1935, in *Mon. trib.*, 1936, p. 308. Per la precisazione che il diritto si concreta nella facoltà di sostituirsi al maggior offerente, e, quindi, ad asta definitivamente chiusa, sicché il sistema più semplice è quello di aggiudicare il bene sotto condizione che, entro un termine prefissato, non sia esercitato il diritto di prelazione, v. Cass., 2 febbraio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, p. 262 ss., spec. p. 263. Cfr. anche Cass., 24 marzo 1981, n. 1700, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2023 ss., con nota di PEREGO, *La notifica della prelazione legale a chi non spetta*.

¹⁵ Nel senso che, alla luce dell'interpretazione del patto, il termine «alienazione» vada inteso, non già nel significato ampio, bensì in quello più ristretto di vendita, e, pertanto, si è escluso che esso comporti l'estensione del diritto al riporto, v. App. Perugia, 20 luglio 1955, in *Rass. giur. umbra*, 1955, p. 108 ss., spec. p. 110. Soluzione differente, però, sembra emergere dalla pronuncia resa da Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 548 ss., particolarmente c. 552.

Mi pare agevole precisare subito che occorra sempre sondare la concreta volontà delle parti, onde si capisca a quale vicenda, o a quali vicende, si volesse riferire la prelazione ¹⁶. È *quaestio voluntatis*, invero, accertare se la prelazione risultasse accordata in ordine a tutti i negozi, che possano comportare il passaggio della titolarità di un diritto da un soggetto a un altro, oppure solamente a quelli a titolo oneroso, e, più specificamente, a quelli direttamente, causalmente, traslativi, oppure anche a quelli posti in essere per il raggiungimento di un determinato risultato e, mediatamente, attuino il trasferimento del diritto.

È intuitivo, poi, che il giudice dovrà svolgere quell'accertamento, alla luce di una serie di criteri; non ultimo, quello capace di porre in risalto la circostanza dell'avvenuta previsione prelatizia dietro corrispettivo, oppure no. Il giudice, peraltro, dovrà verificare – relativamente, a modo di esempio, alla permuta – se la controprestazione fosse assolutamente infungibile ¹⁷; dovrà anche porsi l'interrogativo, se l'impiego di un differente negozio traslativo sia unicamente occasionato dalla volontà di aggirare la clausola o la disposizione prelatizia ¹⁸.

Occorre rilevare, non di meno, che criterio-guida, non potrà che essere, a mio avviso, quello fondato sull'esigenza di non apportare una smisurata restrizione all'autonomia del promittente.

2. *L'alienazione del diritto posto a oggetto di prelazione testamentaria.*

La questione interpretativa presentata, potrà porsi anche relativamente alla disposizione testamentaria di prelazione¹⁹;

¹⁶ Per tutte, v. Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, cit., c. 552.

¹⁷ Cfr., anche per una prima serie di riferimenti, PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*, cit., spec. p. 522.

¹⁸ Cfr., a titolo di esempio, Trib. civ. Périgueux, 25 mars 1952, cit., nota 56, il quale, relativamente al conferimento di un bene in società, rilevò che la medesima fu costituita unicamente per ricevere l'immobile e sanzionò, pertanto, anche alla luce di ulteriori considerazioni in fatto, la «*fraude*» della costituzione di società, «*créée essentiellement en vue de faire échec aux droits*» del prelazionario.

¹⁹ Al riguardo, v. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 129 ss. (e in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 223 ss.).

analogamente, potrà essere superata solo mediante il criterio-guida dell'ermeneutica testamentaria; vale a dire, tramite la ricerca dell'intento del testatore²⁰.

Sarà, anche qui, *quaestio voluntatis*; vale a dire, occorrerà appurare se il testatore volesse sì attribuire la prelazione, epperò solo nell'ipotesi in cui l'istituto-onerato voglia vendere il bene, oppure anche nel caso in cui voglia renderlo oggetto di permuta; invero, è in relazione ai fini, che il testatore si propone, e agli interessi, che volle salvaguardare, che il termine «alienazione» potrà assumere un significato concreto, atto a variare, appunto, in funzione di quegli interessi²¹.

Da lunga data, è stata costatata l'insufficienza della regola, secondo la quale, deve essere rispettato il senso grammaticale e ordinario delle parole²², giacché la volontà del testatore deve essere ricercata anche oltre il senso letterale dei termini impiegati²³. A questa stregua, pertanto, è fondamentale la ricerca dell'interesse, che

²⁰ La questione è largamente dibattuta; in luogo di tanti, si vedano: TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. III, Padova, 1950, p. 686 ss.; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, spec. p. 120 ss.; TRIMARCHI, *Integrazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 445 ss.; M. SCIALOJA, *Interpretazione testamentaria in riferimento ai criteri di delimitazione del potere d'autonomia del testatore*, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 827 ss.; CASELLA, voce *Negoziio giuridico (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 16 ss., spec. p. 29 ss. Più di recente, v. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1475 ss., *ivi*, numerosi richiami, altresì di giurisprudenza.

Sul più generale problema dell'interpretazione del negozio, mette conto di ricordare il sempre attuale contributo di GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riferimento ai contratti*, Padova, 1983, rist. anastatica.

²¹ Specificazione, questa, di una più generale avvertenza, che è stata formulata da PUGLIATTI, *Alienazione*, cit., p. 4.

²² Come è noto, è, questa, la così detta regola d'oro degli anglosassoni. Per la valutazione, e un'opportuna puntualizzazione, v. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, cit., p. 699.

²³ A. TRABUCCHI, *op. loc. ult. cit.*; PEREGO, *Sull'interpretazione della sostituzione e del «modus»*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, (c. 1873 ss.), c. 1875.

animò la disposizione ²⁴, non già per conferire una particolare meritevolezza di protezione a quell'interesse, bensì per capire, al riguardo del problema in esame, se il testatore, facendo impiego del termine «alienazione», volesse alludere soltanto alla vendita del bene, oppure anche ad altri negozi.

Sempre eccettuando, intuitivamente, la donazione, come di seguito preciserò.

3. Diritto di prelazione, e “alienazione” per mezzo della donazione.

Appare sin ovvio rilevare, che, nell'ambito del concetto di “alienazione”, possa essere collocata, altresì, la donazione, per mezzo della quale, invero, il donante, per spirito di liberalità, arricchisce il donatario mediante la trasmissione della titolarità di un proprio diritto, oppure con l'assunzione, in capo a sé, di una obbligazione (art. 769 cod. civ.).

Gli interpreti, da lunga data, si occupano dell'incidenza, sulla donazione, dei così detti accordi preparatori²⁵. Secondo

²⁴ Alla luce di quanto osservato, si rivela pertinente l'osservazione, secondo la quale, non è pienamente congeniale, alla lettura della clausola prelatizia testamentaria, il criterio, autorevolmente proposto (BAUDRY LACANTINERIE - SAIGNAT, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Della vendita e della permuta*, trad. it. P. Bonfante (a cura di), G. Pacchioni, A. Sraffa, con addizioni di F. Degni, Milano, s.d., p. 55), secondo cui, convenuta la preferenza per il caso in cui si alieni allo stesso prezzo offerto da altri, ne deriverebbe la non violazione dell'obbligo di preferire, se si addivenga a una permuta, oppure a una donazione.

²⁵ In dottrina, si vedano: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, IV, Milano, 1954, p. 20 s.; TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*², diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, U. Carnevali e A. Mora (a cura di), Milano, 2006), p. 242 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, p. 1004 ss.; BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 17; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982, p. 847 ss.; LENZI, *La donazione obbligatoria*, in P. Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, , Padova, 1994, p. 221 ss.; PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, *ivi*, p. 172 ss.; CASSANDRO, in IACOVINO e TAVASSI e CASSANDRO, *La donazione*, coord. A. Cataudella, Milano, 1996, p. 49 ss.; CARNEVALI, *Le donazioni*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, 1997, p.

l'insegnamento tradizionale, la donazione è insuscettibile di vedersi impacciata da qualsivoglia vincolo preliminare²⁶, quali possono essere la prelazione²⁷ e il contratto preliminare²⁸.

Quanto alla prelazione volontaria, si può ricordare come, fatte salve isolate voci contrarie²⁹, si faccia discendere, dall'inammissibilità dell'obbligazione a donare, l'inammissibilità di un obbligo di donare al soggetto preferito³⁰, poiché la spontaneità occorre che sia riscontrata, non già al momento in cui si ponga in essere l'obbligazione (a donare, o) a preferire, bensì al momento, in cui si concreti la locupletazione³¹.

Non manca, tuttavia, chi sostiene che il patto di prelazione non snaturi il carattere di liberalità³².

Di là dell'èsito da riconoscere all'eventuale previsione di un diritto di preferenza³³, che avvantaggi un dato soggetto, allorquando un altro soggetto si determinerà a donare un dato diritto, balza all'evidenza la marginalità pratica dell'ipotesi in cui sia previsto che,

495, nota 46; PALAZZO, *Le donazioni*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, p. 207 ss.

²⁶ In termini generali, si veda RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, I, Torino, 1999, p. 149 ss.

²⁷ V., almeno: D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 245; BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 36.

Cfr., inoltre, PORTA, voce *Prelazione*, in *Enc. giur. it.*, vol. XIII, P. II, Milano, s. d., (p. 687 ss.), p. 700.

Avanza dubbi, invece, SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, II, p. 263; analogamente, SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, s. d., ma 1968, p. 50.

²⁸ V., almeno, BONILINI, *I vincoli preliminari alla donazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, vol. VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 635 ss.

²⁹ TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 135, nota 29.

³⁰ D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 245.

³¹ D'ORAZI, *op. ult. cit.*, p. 245, nota 34.

³² TAMBURRINO, *op. ult. cit.*, p. 135, nota 29.

³³ È ben noto, che il diritto di prelazione possa trovare fonte sia in una convenzione, sia in una disposizione testamentaria: BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 59 ss. e ID., *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, cit., p. 129 ss.

ove si dia attualità allo spirito di liberalità, lo si indirizzerà a vantaggio di un soggetto, piuttosto che di un altro.

Merita accennare, infine, come l'interpretazione, assolutamente prevalente, del concetto di alienazione, al quale l'art. 732 cod. civ. rannoda il diritto di prelazione ereditaria, sia nel senso che non abbracci, in codesta fattispecie normativa, il contratto di donazione, sicché i coeredi non vantano punto il diritto prelazione, allorquando un altro coerede doni la propria quota, o frazione di essa, a un estraneo³⁴.

Basti ricordare, infine, che la ragione fondamentale dell'esclusione della sottoposizione, a retratto successorio, della donazione, risiede nella circostanza che essa è, per eccellenza, alienazione *intuitu personae*, determinata esclusivamente dall'identità e da qualche qualità del donatario, come tale infungibile per antonomasia³⁵.

Non va dimenticato, peraltro, che la donazione rappresenta, per il donante, un sacrificio troppo elevato, per essere normalmente impiegata come strumento diretto all'elusione del diritto di prelazione³⁶.

4. Considerazioni conclusive.

Dalle osservazioni proposte, mi pare che emerga l'opportunità di confezionare adeguatamente il patto - o la clausola, o la disposizione testamentaria - di prelazione, onde siano facilmente individuabili le fattispecie negoziali, in ordine alle quali, sia destinata a operare la preferenza, in ipotesi di "alienazione" di un dato diritto.

Il testo negoziale relativo, peraltro, potrà essere illuminato, come sempre, per mezzo del contesto, dal quale si potrà ricavare, a titolo di esempio, che il diritto di preferenza sia destinato a essere

³⁴ V., almeno: FORCHIELLI, *Della divisione*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1970, p. 169 ss., spec. p. 172 s.; MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*², in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998, p. 75; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*¹⁰, Torino, 2020, p. 416 ss.

³⁵ FORCHIELLI, *op. ult. cit.*, p. 172.

³⁶ FORCHIELLI, *op. ult. cit.*, p. 173.

operativo soltanto nel caso della vendita, o degli atti che, alla medesima, sono strettamente avvicinati.

Considerato, peraltro, che, questa è la regola, il diritto di preferenza è destinato a operare solo a parità di condizioni, sarà sovente agevole riscontrate, con modesto sforzo ermeneutico, l'esclusione di dati negozi, che possa comportare la "alienazione".

Esclusa, per le ragioni prima indicate, la donazione, giacché vige l'incondizionato potere, del donante, di indirizzare, a chi più gli aggradi, l'esito liberale, è verosimile che possano presentarsi incertezze, in particolare, riguardo alla permuta, che, però, e di frequente, potrà presentarsi come capace di escludere che le si riferisca la prelazione convenuta o disposta, a ragione, non di rado, della infungibilità degli oggetti scambiati.

Infungibilità, in definitiva, che potrebbe anche guidare nella soluzione delle ipotesi, nelle quali il diritto, cui si riferisca la prelazione, sia stato dedotto in dazione in pagamento, oppure reso oggetto, nel giuoco delle reciproche concessioni, del contratto di transazione, stipulato al fine di dirimere una controversia, oppure di prevenirla (artt. 1965 ss. cod. civ.).

Come sempre, chiarezza di idee, e conseguente chiarezza di dettato, potranno rendere meno accidentata la vita giuridica del convenuto, o disposto, diritto di prelazione, il cui esercizio non può portare, peraltro, alla estesa restrizione dell'autonomia dell'alienante, specie se la sua previsione sia avvenuta in assenza di corrispettivo.

ANDREA BUCELLI
Professore associato di diritto privato
Università di Firenze

L'“ALGEBRA DEL DIRITTO” (APPUNTI PER UNA RICERCA)

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Persona e mercato. – 3. Mercato, informazione, responsabilità. – 4. Il sistema informativo di bilancio ed il principio *substance over form*. – 5. Contratto, operazione economica, causa in concreto. Spunti ed ipotesi di (ulteriore) indagine.

1. *Premessa.*

Il diritto è fatto di parole, quindi il giurista affida il suo discorso allo scritto e alla voce¹, non è abituato al linguaggio dei numeri, anche se alcuni studi recenti evidenziano interferenze non trascurabili tra diritto e matematica². Ma non è su questo che intendo soffermarmi, bensì su alcuni aspetti relativi alla relazione tra fatti economici e diritto, la cui «separatezza» è segno vistoso di una modernità giuridica che entra in crisi già nell'ultimo scorcio del secolo XIX, proprio con l'emersione della «grezza fattualità»³.

¹ Chiara l'allusione all'opera di GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, su cui cfr. Velluzzi (a cura di), *Discorsi su Il diritto come discorso*, Pisa, 2017.

² Cfr. FERRARA e GAGLIOTI, *L'algebra dei valori giuridici*, 2018, in http://www.medalics.org/wp-content/uploads/2018/08/algebra_valori_giuridici.pdf; ARRIGONI e PECCATI, *Diritto e matematica?* in https://eventi.uniurb.it/matematicae/wp-content/uploads/2017/10/Arrigoni-Peccati_Diritto_e_Matematica.pdf

³ GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, p. 81, p. 84 ss.: «Il diritto civile è il segno più tangibile di quanto sia logorante per le architetture giuridiche moderne (guglie gotiche svettanti ben al di sopra della esperienza storica) l'impatto

Risale al lontano 1947 il libro di un autore francese (Pierre Garnier) che traeva origine da una tesi di dottorato, genere letterario molto significativo oltralpe. Evocativo il titolo del volume, *La comptabilité: algèbre du droit et méthode d'observation des sciences économiques*⁴.

Il diritto contabile, pur non avendo una propria autonomia scientifica, è ormai consolidato nel panorama degli studi giuridici⁵. È area di sicuro interesse per il cultore del diritto commerciale e del diritto dell'economia, come pure per il tributarista e per il penalista d'impresa. Ma per il civilista? Dobbiamo forse convenire con chi escludeva da un manuale istituzionale di diritto privato le «materie del lavoro e della attività commerciale», anche considerando che «noi civilisti non “conosciamo” quelle materie, intendendo con questa espressione la padronanza di esse e dell'operatività concreta dell'insieme delle regole che sono loro proprie»⁶?

Con questa ed altre questioni si confrontano le pagine seguenti le quali, in un'ampia cornice, propongono un percorso di argomenti e letture pedepedeutico ad un successivo approfondimento.

2. *Persona e mercato.*

Il mercato ormai è entrato a pieno titolo nel perimetro dei nuovi confini del diritto civile⁷.

con la fattualità. Assunto come *ratio scripta* nella tradizione romanistica, ammantato nella sua astrattezza e nella conseguente unitarietà, aveva trovato nel 'Codice' la sua perfetta intelaiatura in categorie formali praticamente de-storicizzate».

Della relazione tra fatti economici e diritto sottolineano i tratti di crescente complessità e, in chiave metodologica, la necessità di un approccio “transdisciplinare”, D'ETTORE e ZATTI, *Introduzione*, in D'ETTORE, Bucelli, Zatti (a cura di), *La dualità istituzionale del risparmio popolare*, Torino, 2017, p. IX ss.

⁴ Cfr. LEDOUBLE, *La comptabilité est-elle encore “l'algèbre du droit”?*, in *Revue française de comptabilité*, 2005, 9, p. 18 s.

⁵ Cfr., per tutti, BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese*, Torino, 2008 e 2016, voll. 1 e 2.

⁶ RUSSO e DORIA e LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, 2001, p. XXXVIII.

⁷ ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, p. 549, p. 575 ss. Anche nella manualistica tradizionale è ormai da tempo maturata la consapevolezza che nel diritto moderno le «relazioni tra i soggetti della dinamica giuridica si devono rivedere anche in una collocazione più ampia e specifica, che è la

Sul finire del secolo scorso il tema fu al centro di un interessante dibattito⁸, che rifletteva sul rapporto tra diritto ed economia, tra regole giuridiche e mercato, tra legge ed autonomia negoziale, tra “forma giuridica” e “materia economica”⁹. Rapporto che, a seconda dei presupposti culturali ed antropologici, è stato in vario modo configurato, ora in termini di contrapposizione piuttosto che di “contiguità”¹⁰, ora di mutua interdipendenza piuttosto che di “egemonia”¹¹, ora nella prospettiva della sussidiarietà istituzionale¹².

tutela del mercato, inteso questo, non già solo come luogo d’incontro destinato alla soluzione di interessi in conflitto o concorrenti, ma come strumento, o, almeno come simbolo, di vitale sviluppo individuale e collettivo» (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*³⁷, Padova, 1997, p. 803).

⁸ Attivato da IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, pp. 12, 45, ad avviso del quale è metodologicamente corretto opporre «al dualismo di forma e contenuto, di vaso e materia» la «teoria unitaria e monistica, onde l’istituto economico è istituto giuridico, non concepibile fuori dalle norme disciplinanti: anzi, è un tutt’uno con queste norme e appieno s’identifica con esse». Insomma «il mercato è la legge, che lo governa e lo costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative». Sulle tesi del libro si sviluppò un ampio confronto tra studiosi di diversa estrazione: AA.VV., *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, *passim*.

⁹ MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963, p. 1075 ss., che respinge l’idea della «regola del diritto come un recipiente in cui si riverserebbe poi una massa economica».

¹⁰ L’idea della separazione tra economia e diritto, nel senso che l’ordine è creato dalla legge, che supera l’endemica instabilità della vita economica, è stata propugnata da IRTI *L’ordine giuridico del mercato*, cit., mentre dai più si coglie il *continuum* tra l’agire economico e il suo profilo economico: BUONOCORE, *Impresa, società per azioni e mercato: “contiguità” tra economia e diritto e analisi economica del diritto*, in AA.VV., *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002.

¹¹ Secondo ATRIPALDI, *La funzione della formazione giuridica nelle Facoltà di Economia*, in Cerulli Irelli e Roselli (a cura di), *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, Napoli, 2006, p. 71, «non c’è problema di ‘egemonia’ dell’economia sul diritto o di quest’ultimo sull’economia. L’intreccio tra diritto ed economia è vario e complesso: il diritto produce effetti sull’economia, economia sul diritto». Si pensa invece al diritto quale «mimesi del mercato» nella prospettiva dell’analisi economica del diritto, tra i cui fautori spicca POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1997.

¹² FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, Padova, 2010, pp. 17 ss., p. 49, p. 52 ss. (da un lato, «non si ci può limitare a considerare il contratto come strumento dell’efficiente gestione delle risorse disponibili», dall’altro si deve muovere dal

Certo è che il Novecento giuridico¹³ «si chiude con i dieci anni che sconvolsero il contratto (appunto quel decennio '90, in cui si concentrano le nuove leggi per molti aspetti così “rivoluzionarie”»¹⁴. Insomma un «nuovo ordine contrattuale»¹⁵: discipline di origine europea, adottate con obiettivi di regolazione uniforme del mercato comune. Si apre in quegli anni la stagione della legislazione

presupposto antropologico, non di un «uomo sregolato e, quindi, incapace di stare insieme agli altri, per cui fonte dell'ordine sarebbe un'entità sovrana, un centro di potere che irreggimenta i consociati», bensì di «una propensione soggettiva a disciplinarsi, su cui le istituzioni vigilano, a seconda dei casi emendando, integrando o sanzionando», p. 60 ss. («La consapevolezza della corrispondenza tra diritto e mercato implica, a ben vedere, la messa in discussione, da un lato, dell'idea che l'ordine economico sia creato dalla legge, e per l'altro, degli esiti cui perviene l'analisi economica del diritto, secondo cui l'ordinamento giuridico sarebbe funzionale alla mera efficienza del consorzio civile. Si tratta di immagini speculari, entrambe ideologiche, concependo due sfere, quella economica e quella giuridica, in modo avulso dalla realtà. La riduzione legalistica del mercato, l'idea cioè che l'unico ordine degli scambi sia quello imposto dalla legge, è resa possibile presupponendo l'agire economico come privo di qualsiasi regolarità. Così come astratta è la concezione che vede l'*homo oeconomicus*, che avverte come criterio della sua azione solo la redditività delle scelte, il protagonista del mondo degli affari, cui fatalmente corrisponde la riduzione delle istituzioni a strumento della mera razionalità economica, nel senso che si limiterebbero a tradurre in regole solo quanto sia funzionale ai fattori produttivi, prescindendo da ogni altro profilo della vita associata». Al contrario «la legge viene accreditata di una funzione sussidiaria nei confronti del mercato, intervenendo nel processo di ordinamento autonomamente attivato dagli interessati, per integrarlo, emendarlo, indirizzarlo. Compito del legislatore, infatti, è garantire che la vita economica si svolga in condizioni di equilibrio, agendo sulla correttezza e trasparenza delle negoziazioni e sulla vincolatività degli impegni assunti», p. 113 («Il paradigma giuridico della sussidiarietà, infatti, implica un preciso statuto della persona umana, che poi è quello classico, del singolo capace di condursi valutando le ricadute della propria condotta sulla vita del gruppo cui egli appartiene, cui corrisponde la funzione di controllo delle istituzioni, per impedire aberrazioni, e di orientamento, per perseguire l'interesse generale»), p. 134 ss.

¹³ GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

¹⁴ ROPPO, *Il contratto del duemila*⁴, Torino, 2020, p. 7.

¹⁵ Così, riferendosi alle norme a tutela della correttezza e trasparenza delle operazioni negoziali, VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 42.

a tutela del mercato e della concorrenza¹⁶, ma anche di consumatori (di beni) utenti (utilizzatori di servizi) e risparmiatori. Mano a mano che acquistano rilievo *status* professionali, connessi al ruolo ricoperto dai soggetti nel sistema economico e sociale, sfuma l'idea astratta ed unitaria del soggetto di diritto¹⁷.

È questo il segno di una svolta: già a partire dagli anni '80 tramonta il «primato della politica sull'economia»¹⁸. Lo Stato, da un lato si ritrae dalla gestione diretta delle attività economiche, dall'altro potenzia il proprio ruolo di regolatore¹⁹, anche attraverso autorità indipendenti²⁰, delle attività dei privati, così da soddisfare i nuovi interessi connessi all'ambiente e alla salute, ai diritti del consumatore, alla riservatezza. Al tempo stesso, per una serie di fattori concomitanti, quali la crisi dello Stato sociale, la rivoluzione tecnologica, l'integrazione europea, il mercato assume a «principio istituzionale centrale dell'ordinamento dell'economia». Questo però senza ridurre «l'argomentazione giuridica alla analisi economica [che] trasformerebbe l'economia il criterio morale ultimo, mentre i valori incorporati nella Costituzione formale derivano da un'etica

¹⁶ A partire dalla fondamentale l. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, il legislatore ha negli anni dettato la disciplina di singoli mercati strategici (c.d. *domain sensibles*), da quello creditizio (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) e mobiliare (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), al mercato assicurativo (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), energetico (l. 23 agosto 2004, n. 239), delle comunicazioni (ad es. d.lgs. 1° agosto 2003, n. 249), dei trasporti. Da ricordare anche l'art. 9, comma 3-*bis*, l. 18 giugno 1998 n. 192.

¹⁷ Così, con riferimento alla Carta Europea, VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 70 s.

¹⁸ MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in Vettori (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, 1996, p. 35.

¹⁹ LA SPINA e MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

²⁰ «Le Autorità intervengono per depurare gli assetti divisati da distorsioni e approfittamenti di una parte a danno dell'altra, ed eventualmente per integrarli», per cui «sono sussidiarie all'autoregolazione dei singoli, in vista del bene comune» (FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, cit., p. 35).

personalistica»²¹. L'affermazione è tuttora scolpita nell'art. 41 Cost.²².

Sempre in ragione del rilievo assunto dal mercato, si è prospettata un'altra conseguenza di non poco momento: non è possibile soddisfare le «aspettative nei confronti dello Stato sociale» – che, pur non espressamente nominato, individua anch'esso un «principio costituzionale» – a prescindere dalle condizioni di «fattibilità economica». Ciò a pena di *default*: «Se si supera tale limite lo Stato sociale rovina su sé stesso»²³.

Questi alcuni dei passaggi salienti di una lezione magistrale che riannodava il filo del discorso al principio di solidarietà, concetto stratificato e complesso, nell'occasione declinato nella disciplina del rapporto di lavoro. Nell'avvertire i limiti di una solidarietà improntata ai canoni di una rigidità non più sostenibile perché antistorica, oppressiva del mercato e disconnessa dal tradizionale referente sociale delle masse operaie impiegate nelle grandi fabbriche, si precorrevano sviluppi tali da «spostare il baricentro delle relazioni industriali dal conflitto alla partecipazione»²⁴. Una transizione di cui si continua a discutere in termini di sfida a fronte dei nuovi processi produttivi globali, che richiederebbero quote aggiuntive di flessibilità.

²¹ MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, cit., p. 39. Analogamente, dato che l'esperienza umana «non è riducibile agli aspetti economici» e la persona umana è valore centrale nella nostra Carta costituzionale, PERLINGIERI, in *Persona e mercato*, cit., p. 105 s. «Le ragioni del mercato – prosegue ID., *Le insidie del nihilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass.dir.civ.*, 2005, p. 3 – sono espressione di una realtà ben più complessa, caratterizzata anche da spinte di natura diverse ispirate da ragioni che non sono soltanto mercantili, ma etiche e/o religiose, umanitarie e solidali e che si propongono persino come contestative delle mere ragioni del mercato». Per la rilevanza giuridica di interessi anche non patrimoniali cfr. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018², p. 8.

²² «All'art. 41 Cost. sembra demandato il compito di fissare il punto di equilibrio tra economia e persona»: BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, cit., p. 139.

²³ Similmente lo stesso MENGONI, *Riflessioni*, in Leo, *Forma giuridica e materia economica. Saggi*, Milano, 1994, p. 5.

²⁴ MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, cit., p. 40 s.

Il tema della solidarietà è oggi quanto mai pressante a causa dell'emergenza da COVID-19. Il massiccio intervento di *welfare state* che si è reso indispensabile a tutela della salute e del lavoro e che, ancor più, sembra profilarsi nei mesi a venire, acuisce la tensione tra tutela dei diritti sociali, vincolo economico e, quindi, produzione e (re)distribuzione della ricchezza²⁵.

La dimensione sovranazionale delle sfide del nostro tempo suggerisce ulteriori piste di riflessione, anch'esse molto dibattute ed attualissime: le linee della costituzione economica da ricostruire nel quadro dell'art. 3 del Trattato UE, secondo cui il mercato interno deve basarsi su una crescita economica equilibrata, sulla stabilità dei prezzi e «su una economia sociale di mercato fortemente competitiva»²⁶, norma peraltro da contestualizzare in un processo di integrazione europea divenuto quanto mai incerto (Brexit). Al contempo – e non da oggi – si accentuano i sintomi vistosi di cedimento della sovranità nazionale e del legalismo statale²⁷, in una con le tensioni

²⁵ Tra molti, v. GIRAUD, *Per ripartire dopo l'emergenza Covid-19*, in *La civiltà cattolica*, 2020, II, p. 7-19 (<https://www.laciviltacattolica.it/articolo/per-ripartire-dopo-lemergenza-covid-19/>), economista tra l'altro autore dell'interessante *Transizione ecologica. La finanza a servizio della nuova frontiera dell'economia*, 2015. Occorre più *welfare state*, secondo Giraud, considerato che il capitalismo individualistico si è fatto trovare clamorosamente impreparato di fronte all'emergenza sanitaria. Lo smantellamento dovuto alla privatizzazione del sistema sanitario ha messo a nudo l'incapacità delle economie di mercato di reggersi da sole e di "produrre" beni comuni come la salute. Ma – obiezione – possiamo tutelare la salute a prescindere dal vincolo economico? E ancora: quale il limite ragionevole di tutela della salute, possiamo permetterci ad esempio di fare chemioterapia a persone anziane o malati con prognosi infausta conclamata, o non ha più senso un accompagnamento (non eutanasia ma) con cure palliative? In argomento v. le riflessioni di RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, che per vero sminuiscono il profilo della sostenibilità economica.

²⁶ CONTALDI, *Il significato attuale dell'economia sociale di mercato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 544 ss. In una prospettiva di etica delle regole reputa il modello dell'economia sociale di mercato come il più idoneo per integrare le dimensioni del mercato, del sociale e dell'ambiente, KRIENKE, *Sostenibilità: le dimensioni "sociali" ed "ecologiche" del mercato*, in *La società*, 2020, n. 1, p. 68, p. 78.

²⁷ In chiave storico-giuridica delinea «la naturale espansione della dimensione giuridica ben al di là di una dimensione legislativa», «cioè lo spostamento pro-

legate all'incerta identità delle autonomie locali. Alla lista delle criticità possiamo aggiungere la dimensione globale, finora considerata teatro di inarrestabile propagazione della *ratio* economica, a tutto detrimento dell'argomentazione giuridica sopra evocata. Deborda quindi il potere economico e finanziario con il relativo "strumentario"²⁸: l'impulso verso il *common law* sia nel diritto sostanziale che in quello processuale, l'oscurarsi del formalismo giuridico, della dogmatica, della concezione del diritto come scienza e, insieme, la sempre più diffusa pratica della *lex mercatoria* delle multinazionali, i fori speciali, le regole autoprodotte²⁹. Ma l'esperienza degli ultimi mesi dimostra che ad espandersi su scala planetaria è anche la precarietà e la sfiducia, insomma la vulnerabilità del consorzio umano, oggi minacciato e reso incerto dal virus, domani da chissà quale altro fattore d'instabilità (clima, diseguaglianze od altro).

In tale tumultuoso evolversi di vicende sociali economiche politiche, si colloca con i suoi sussulti e fallimenti il mercato, quale «rete di regole e di istituzioni»³⁰. La «discussione attuale, dunque, non può che concernere le scelte politiche e le scelte giuridiche inerenti, o intrinseche al mercato, senza lasciarsi più affascinare dalla "mano invisibile"»³¹. Né si può ritenere che la composizione degli interessi che sul mercato s'incontrano e si scontrano si realizzi soltanto attraverso lo strumento dell'autoregolamentazione privata – il contratto

gressivo dell'asse portante dell'ordine giuridico dai produttori di leggi agli interpreti connotando sempre più il diritto italiano», ma anche europeo, «come 'giurisprudenziale'», da ultimo GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 37 ss., 107, 112.

²⁸ Scrive in proposito ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 49: «il potere economico – (...) si è dato una efficiente organizzazione a livello globale, autonoma dagli ordinamenti statuali e internazionale e prescindente dall'ausilio e dalla tutela degli Stati».

²⁹ Spunti tratti dalla relazione di Maria Vita De Giorgi, che ho potuto consultare in bozza grazie alla cortesia dell'Autrice, di prossima pubblicazione negli atti della giornata sul tema *La scienza del diritto civile e la sua dimensione internazionale*, in occasione del Convegno per la presentazione dei volumi *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, tenuto a Milano il 19 novembre 2019.

³⁰ Così l'economista BARCA, *Imprese in cerca di padrone. Proprietà e controllo nel capitalismo italiano*, Roma-Bari, 1994, p. 145.

³¹ ALPA, *Diritto civile italiano*, cit., p. 578.

– e non anche, in ottica sussidiaria³², sul piano dell’eteronomia, della sentenza e del provvedimento amministrativo³³.

Il profilo giuridico del mercato, inscindibile da quello economico, è «oggi costruito sulla base delle regole interne, delle regole comunitarie e delle regole internazionali da cui emergono valori che tutelano la concorrenza e quindi l’efficienza, l’informazione e quindi la trasparenza, la persona e quindi gli interessi deboli che essa esprime»³⁴. Attualmente mercato ed autonomia negoziale sono pensati secondo i nuovi paradigmi della sostenibilità, non solo economica, finanziaria, ma anche sociale ed ambientale³⁵.

Da tali pur sommarie considerazioni emerge con forza il nesso tra persona e mercato. *Persona e mercato* è il titolo della fortunata serie di lezioni fiorentine, tenute a metà degli anni novanta da insigni giuristi (richiamavo poc’anzi la lezione di Luigi Mengoni), pensata ed

³² FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, cit., p. 49, 52 s.

³³ «Il mercato è l’arena in cui si consumano conflitti tra portatori di interessi tendenzialmente contrastanti tra loro (BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur.comm.*, 2007, I, p. 384, v. anche PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e mercato*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, II, Milano, 2013, p. 275 ss.). in quest’ottica è necessaria una composizione tra interessi divergenti non solo attraverso lo strumento dell’autoregolamentazione (il contratto), ma anche attraverso l’etero-regolamentazione di un soggetto terzo (lo Stato) investito del potere di identificare gli strumenti normativi atti a garantire l’eguaglianza tra le singole libertà di iniziativa economica ... I soggetti chiamati ad operare tali forme di incidenza nel mercato sono, anzitutto il legislatore, con norme di legge, nonché anche l’autorità giudiziaria, con sentenza e pubblica amministrazione, con provvedimento amministrativi), nonché una più generale giustizia sociale. Le regole di prevenzione e repressione di conflitti all’interno del mercato poste dai due strumenti (contratto ed etero-regolamentazione statale) creano l’ordinamento di quest’ultimo» (FAUCEGLIA, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *I contratti*, 2018, 4, p. 476 s.).

³⁴ ALPA, *Diritto civile italiano*, cit., p. 580.

³⁵ CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 96. KRIENKE, *Sostenibilità: le dimensioni “sociali” ed “ecologiche” del mercato*, cit., p. 76.

ANDREA BUCELLI

organizzata da Giuseppe Vettori³⁶, che in premessa scriveva: «Persona e Mercato sono segni linguistici che possono orientare una riflessione sul presente e animare una vigile attesa del futuro»³⁷. Un'intuizione felice che ha trovato pieno sviluppo soprattutto nelle annate dell'omonima rivista *on-line*³⁸, e che si conferma quale idonea prospettiva euristica per ricostruire il sistema italo-comunitario

³⁶ Al quale sono dedicate queste pagine e di cui ho avuto modo di apprezzare il pensiero giuridico e la sensibilità, non solo attraverso l'ampia produzione scientifica, ma anche grazie ad incontri personali, favoriti dalla comune sede universitaria.

³⁷ VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, cit., p. VIII.

³⁸ La cui evoluzione è ora ripercorsa ed aggiornata dallo stesso ID., *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, p. 21 ss.

delle fonti³⁹. La centralità della persona umana, affermata nelle costituzioni del Novecento⁴⁰, esige quindi di essere tutelata (non “dal” ma) “nel” mercato⁴¹.

3. Mercato, informazione, responsabilità.

La concorrenza attiene alla libertà di accesso al mercato e alla correttezza dei rapporti tra imprese nello svolgimento della gara competitiva⁴². Evidente è il nesso con la tutela del consumatore,

³⁹ L’endiadi non va vista «in relazione a questa o a quella norma, a questo o a quell’istituto», trattandosi di termini che individuano «due punti di riferimento decisivi per la ricostruzione del sistema»: PERLINGIERI, in *Persona e mercato*, cit., p. 105. Cfr. anche ID., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, *passim*; CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*, Napoli, 2009, *passim*. Scorgono la transizione dell’ordinamento europeo dall’originario disegno di costruire un mercato comune concorrenziale ed efficiente – che peraltro poteva essere considerato quale garanzia di pace tra i popoli – verso una politica sociale di giustizia contrattuale, sempre più orientata alla tutela dei diritti fondamentali, nel tentativo di contemperare gli interessi economici delle parti, nonché le libertà economiche con gli interessi esistenziali, sia GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1497, che ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 16 ss.

⁴⁰ «Nella previsione costituzionale, l’unica finalità che non sia strumentale – e perciò subordinata – a nessun’altra è dunque quella del pieno sviluppo della persona umana»: così LEO, *Il pluralismo come problema: efficienza allocativa e ordinamento del credito*, in ID., *Forma giuridica e materia economica*, cit., p. 152. Nel nuovo diritto dei contratti si sono intraviste le linee di «un diritto che si ispira a questa problematica di fondo, il ruolo della persona nel mercato, la funzione del mercato per la persona»: PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 827.

⁴¹ BENEDETTI, *Appunti e osservazioni*, cit., p. 141: «il mercato va disciplinato da regole di concorrenza e trasparenza, dalle quali la persona nel mercato è garantita non solo come soggetto individuo, ma come soggetto collettivo». Per un invito al ceto giuridico a «preservare i diritti della persona» per «imporli sul diritto del mercato», ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 411.

⁴² Per un ampio affresco su concorrenza, mercato e contratto, con attenzione all’evoluzione del sistema delle fonti e con dovizia di riferimenti dottrinali, ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, p. 26 ss.

tanto più protetto quanto più ampio è il ventaglio delle possibili scelte tra beni e servizi⁴³. Il diritto dei consumi è quindi parte del diritto del mercato⁴⁴.

A loro volta le decisioni di consumo e quelle d'investimento e finanziamento delle attività economiche presuppongono un bagaglio informativo che varia da soggetto a soggetto, esperto o meno.

Certo è che, a parte la stilizzazione su cui si fondano le teorie economiche, è ormai assodato che gli agenti del mercato operano spesso in condizioni di asimmetria informativa e sulla base di motivi non sempre e necessariamente razionali⁴⁵. Il sistema informativo è alla base degli scambi dell'economia di mercato e, più in generale, dei sistemi democratici e della società postindustriale.

L'informazione come bene giuridico può dunque formare oggetto di interessi molteplici, a contenuto patrimoniale ed esistenziale, privati e pubblici, la cui meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico si traduce in situazioni soggettive e negozi non necessariamente rispondenti ad una logica proprietaria, fondata sullo *ius excludendi alios*, in vista di bisogni che l'utilizzazione dello specifico dato informativo può soddisfare⁴⁶.

Nel contesto dell'attività d'impresa domina l'informazione fornita al pubblico attraverso la pubblicità, strumento per antonomasia del *marketing mix*, che con la sua carica persuasiva influenza le scelte dell'*homo consumens* al punto da suscitare persino i bisogni

⁴³ Sull'implicarsi delle due discipline poste a tutela del consumatore e della concorrenza, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 45.

⁴⁴ CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo*, in *Jus civile*, p. 313.

⁴⁵ Come già nel titolo lascia intendere il volume collettaneo di Elgueta e Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, con *Introduzione* di A. Zoppini, Roma, 2014. Prospettano un'alternativa all'economia dell'*homo oeconomicus*, tutto razionalità e consequenzialità, BECCHETTI e BRUNI e ZAMAGNI, *Economia civile e sviluppo sostenibile. Progettare e misurare un nuovo modello di benessere*, Roma, 2019.

⁴⁶ PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass.dir.civ.*, 1990, p. 330, p. 337, p. 339, p. 348; CHIAPPETTA, *Persona e informazioni aziendali riservate*, Napoli, 2010, *passim*.

più fittizi⁴⁷. L'ordinamento si preoccupa di garantirne chiarezza e correttezza.

Ma il principio della trasparenza⁴⁸ si declina in più direzioni giuridicamente rilevanti: «L'assenza di notizie limita la libertà di concorrenza ed incide sull'autonomia contrattuale perché la carente informazione è una delle cause più frequenti di squilibri negoziali»⁴⁹. L'informazione è, perciò, oggetto di obblighi precontrattuali. La scarsa indicazione codicistica sulle trattative (art. 1138 c.c.) si è ormai dilatata in numerose discipline speciali e di settore, derivanti dal sistema delle direttive⁵⁰. Dal momento del primo "contatto" con il consumatore (o risparmiatore) si sono nel tempo infittiti gli obblighi informativi che devono essere forniti attraverso moduli, formulari o prospetti predefiniti, che «formano parte integrante del contratto di pacchetto turistico» (artt. 34 e 35, comma 1 d.lgs. n. 79/11) o che «formano parte integrante del contratto a distanza» (artt. 48 e 49,

⁴⁷ In chiave di cruda autocritica la testimonianza di un pubblicitario di professione: BEIGBEDER, *Lire 26.900. Euro 13,89*, Milano, 2016: «Sono un pubblicitario: ebbene sì, inquinò l'universo. Io sono quello che vi vende tutta quella merda. Quello che vi fa sognare cose che non avrete mai. [...] Io vi drogo di novità, e il vantaggio della novità è che non resta mai nuova. C'è sempre una novità più nuova che fa invecchiare la precedente. Farvi sbavare è la mia missione. Nel mio mestiere nessuno desidera la vostra felicità, perché la gente felice non consuma».

⁴⁸ MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 98: «il termine trasparenza è un modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata e deve intendersi come chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale: la trasparenza consiste allora nell'obbligo o dovere per l'imprenditore o per il professionista di far conoscere al cliente le condizioni contrattuali, (anche) prima del contratto stesso». BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss., secondo cui «trasparenza è un concetto che ha ormai assunto una valenza tecnico-giuridica precisa, onde la risibilità della posizione di chi si ostina a valutare ancora oggi il termine in un'accezione meramente sociologica [...]; la trasparenza implica l'indicazione non equivoca dei punti fondamentali e dei termini dell'accordo, dei suoi effetti giuridici e dei suoi plausibili esiti economici». Tra informazione e trasparenza intercorre un rapporto di mezzo a fine, secondo SENIGALLIA, *Accesso alle informazioni. La conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, p. 113.

⁴⁹ Così VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit., p. 166 s.

⁵⁰ ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 73. *Amplius*, NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, *passim*.

specie comma 5, 67-*bis*, 71 cod. cons.). La legislazione speciale in materia di contratto è segnata inoltre da un neoformalismo in funzione (anche) informativa⁵¹.

Le informazioni assunte dal cliente servono a valutarne il merito creditizio⁵².

Anche la tutela del lavoratore passa attraverso un dovere d'informazione imposto per legge al datore⁵³.

Il dovere di agire in modo informato incombe pure su chi svolge funzioni amministrative (art. 2381, comma 3 e ult. comma, c.c.) e, ancora, l'obbligo di scambiare informazioni è imposto tra organi societari e tra soggetti comunque preposti a funzioni di controllo (art. 2409-*septies* c.c., 150 ss. T.U.F.). Istanze di controllo che in ottica più generale non sono affatto estranee al funzionamento del mercato⁵⁴.

⁵¹ Cfr. ad esempio l'art. 4, comma 1, l. n. 129/04 («Almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati...»).

⁵² Cfr. art. 124-*bis*, TUB.

⁵³ Art. 1, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, *Attuazione della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro*.

⁵⁴ Il controllo – prosegue PERLINGIERI, in *Persona e mercato*, cit., p. 106 – «rappresenta un momento di legittimazione della correttezza e della trasparenza dell'attività economica e questo non è un bene oggetto di tutela in sé, ma lo è in quanto realizza una funzione meritevole, nel rispetto della trasparenza e della correttezza». Non solo: «La necessità del controllo sull'esercizio dell'autonomia è, invero, indefettibile quando si pone la società civile in grado di provvedere da sé alle proprie esigenze gestionali» (FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, cit., p. 23).

Sul tema dei controlli di diritto privato, cfr. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001: quando affidiamo un bene, una quota di società o un'azienda, una somma di denaro, nelle mani di un terzo – si tratti di un deposito bancario o di un conferimento in società, ma anche di una cessione di beni ai creditori (art. 1977 c.c.), ovvero della somministrazione al mandatario dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1719 c.c.) o, ancora, di un apporto in associazione in partecipazione (art. 2549 c.c.), piuttosto che di un conferimento di beni in *trust* o in fondo patrimoniale, ma si può anche pensare ad un contratto di affitto o di leasing – in tutte queste ipotesi accade che un soggetto, nel disporre, si priva della piena proprietà di un bene, a volte di un intero patrimonio,

Non è qui il caso di dilungarsi oltre nell'elenco degli obblighi (contrattuali e legali) di informare, la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, con tutte le incertezze sul versante dei rimedi. Basti pensare soltanto alle informazioni inesatte – ad esempio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria di un'impresa – che talvolta conducono l'interprete in una «terra di nessuno tra contratto e torto»⁵⁵.

4. *Il sistema informativo di bilancio ed il principio substance over form.*

Tra le informazioni rilevanti in un sistema di economia di mercato, di centrale importanza è l'informazione contabile.

La cosiddetta comunicazione d'impresa indica soprattutto la funzione informativa del bilancio d'esercizio, che mira a soddisfare le esigenze conoscitivo-operative delle diverse categorie di soggetti (*stakeholders*) che, direttamente o indirettamente, sono interessati

che è trasferito o, quanto meno, gestito da altri soggetti, professionali e non: la banca nel contratto d'investimento, gli organi societari, il creditore cessionario, il *trustee*, l'affittuario, l'utilizzatore nel *leasing*, per riprendere gli esempi precedenti. Ora, il primo contrappeso alla "perdita" della piena disponibilità del bene che l'ordinamento giuridico prevede è per lo più costituito da poteri di controllo, i quali si affidano a forme e strumenti diversi, di varia intensità: spesso un rendiconto, un inventario, un'indagine sulla situazione patrimoniale e reddituale di un soggetto che ad esempio richiede un finanziamento. Modalità che richiedono competenze economico-aziendali oltre che giuridiche. E di volta in volta i poteri di controllo spettano, ora al diretto interessato, come può essere ad esempio il socio non amministratore di una società di persone o l'affittante, ora a soggetti diversi, spesso professionali, con specifiche funzioni di controllo, quale è il *protector* (guardiano) di un *trust*, oppure i sindaci di società.

⁵⁵ BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno rea contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr.impr.*, 1991, n. 1, p. 563, che discorre di responsabilità da affidamento, il cui «nucleo centrale» è la responsabilità da informazioni inesatte, ricostruita quale responsabilità extracontrattuale dai tratti peculiari.

Sul rapporto tra regole di validità e di responsabilità dal sistema del codice al diritto comunitario, VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit., p. 166 ss.

alle vicende e ai risultati dell'impresa⁵⁶. Le diverse forme giuridiche d'impresa propongono modelli alternativi di produzione e distribuzione del reddito tra i soggetti e/o le classi di interessi che partecipano alla funzionalità di qualsiasi impresa⁵⁷. Un caleidoscopio di interessi, non tutti necessariamente convergenti con l'interesse alla conservazione e allo sviluppo del complesso aziendale e, di volta in volta, riconducibili ai conferenti del capitale di rischio e di credito, ai potenziali investitori e manager, a dipendenti e clienti, a fornitori e consumatori, fino alle diverse articolazioni della pubblica amministrazione. La legislazione attuale riconosce il diritto all'informazione non solo agli azionisti, ma anche ai terzi e alla collettività. Da qui l'obbligo di comunicare mediante il bilancio destinato a pubblicazione il valore del reddito prodotto dall'impresa in un dato periodo

⁵⁶ «Il bilancio d'esercizio è un documento che assume massima importanza nell'ambito del sistema informativo aziendale e, integrato da altri documenti e informazioni, ne rappresenta un sottosistema: il sistema informativo di bilancio.

I soggetti interessati all'andamento dell'attività d'impresa, che con questa interagiscono e che quindi utilizzano le informazioni che il bilancio fornisce, vengono definiti stakeholder»: BALESTRI (a cura di), *Manuale di economia e gestione aziendale*, Milano, 2005, sez. F3.

⁵⁷ Così, con riguardo all'impresa cooperativa, FUSCONI, *Riflessioni*, in Leo, *Forma giuridica e materia economica*, cit., p. 172. Ad avviso di quest'ultimo Autore (pp. 206 s., 236 s.), da un lato «il rapporto associativo che si realizza nella cooperativa risulta configurato dalla legge come strumento giuridico unitario (...) sia dell'attuazione dell'interesse patrimoniale dei soci, che trova espressione nella qualificazione societaria del rapporto e contenuto nell'utile derivante dallo svolgimento per il mercato dell'azione cooperativa; sia del soddisfacimento dei bisogni diffusi, che, in quanto assunto a fine dell'azione sociale, costituisce parametro imprescindibile – in relazione di interdipendenza, e perciò di condizionamento reciproco, con quello della redditività – di determinazione dei concreti contenuti che l'azione medesima via via deve assumere, per poter attuare compiutamente non solo la funzione di servizio che le è propria, ma, attraverso questa, lo stesso interesse patrimoniale dei soci»; dall'altro «il perseguimento dello sviluppo è assunto a funzione ultima dell'ordinamento costituzionale vigente» (artt. 3, comma 2, 4, comma 2, Cost), che «vincola a sé tutte le attività che si svolgono nell'ordinamento: sia quelle pubbliche (legislative, amministrative e giurisdizionali) che quelle private, in particolare le attività economiche (artt. 41, comma 1 e 3, 45, 47 Cost.)».

Quanto alla grande impresa azionaria, da ultimo, TOMBARI, *“Potere” e “interessi” nella grande impresa azionaria*, Milano, 2019, *passim*, per la verifica se l'ordinamento societario attualmente vigente imponga all'organo amministrativo il perseguimento di un «unico interesse» o di una «pluralità di interessi».

di tempo, allo scopo di avere una base informativa attendibile per effettuare consapevoli prelievi di utili, per quantificare il reddito imponibile, per consentire scelte razionali ai soggetti variamente interessati alla *performance* dell'impresa. Da qui anche l'obbligo legislativamente imposto a sempre più estese categorie d'impresa di affidare il controllo dei dati contabili, non facilmente intelleggibili dalla generalità dei risparmiatori, a professionisti specializzati ed esperti nell'attività di revisione. Quest'ultima sfocia in un giudizio sull'attendibilità delle informazioni contabili pubblicate dalle imprese e sull'efficienza della loro organizzazione, giudizio su cui si fonda l'affidamento del pubblico nel valutare i rischi connaturati agli investimenti di volta in volta proposti⁵⁸.

Oggi si parla anche di bilancio sociale quale atto da cui far emergere il punto di equilibrio prescelto tra efficienza e giustizia sociale, considerando che l'avanzo di gestione non è soltanto premialità per il management, ma anche autofinanziamento dei fattori di sicurezza sociale. Si ampliano di conseguenza i doveri d'informazione e di controllo, fino ad includere il monitoraggio dell'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale⁵⁹.

Una corretta e veritiera rappresentazione in bilancio della situazione patrimoniale economica e finanziaria discende dall'osservanza delle norme di legge e delle regole della tecnica contabile, i principi contabili nazionali ed internazionali. Questi ultimi in particolare⁶⁰

⁵⁸ COZZI, *Tutela dei mercati finanziari e responsabilità della società di revisione*, Napoli, 2001, p. 8 s.

⁵⁹ Cfr. art. 30, comma 7, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, *Codice del Terzo settore*. Quanto al bilancio sociale v. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 96, dove riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁶⁰ Cui faceva riferimento l'art. 2427-bis, comma 5, c.c.: «Ai fini dell'applicazione del presente articolo e dell'art. 2428, comma 2, n- 6-bis) per la definizione di strumento finanziario, di strumento finanziario derivato, di *fair value* e di modello e tecnica di valutazione generalmente accettato, si fa riferimento ai principi contabili riconosciuti in ambito internazionale e compatibili con la disciplina in materia dell'Unione europea». Comma abrogato dall'art. 1, comma 3, d.lgs. 3 novembre 2008, n. 173. «Laddove – è il commento di GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, pp. 77, 85 s. – l'adesione allo *standard* internazionale è valutata come imprescindibile necessità, mentre si guarda all'Unione europea come alla sola possibile trincea di difesa contro le tendenze più spericolate

sono espressione di una produzione non statale di regole uniformi, adottate dall'*International Accounting Standard Board* (IASB), uno *standard-setter* capace di costruire, nell'odierna economia transnazionale e nell'impotenza delle autorità politiche nazionali, un sistema di regole internazionalmente condiviso.

Un chiaro riflesso dei principi contabili internazionali si può cogliere ormai nel codice civile. L'art. 6, comma 2, lett. b), d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139, in attuazione della direttiva 2013/34/UE, relativa ai bilanci di esercizio e consolidato⁶¹, ha aggiunto un numero 1-*bis* nell'art. 2423-*bis* c.c., sicché tra i principi di redazione del bilancio è ora (ri)definito il seguente: «la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell'operazione o del contratto». L'espressione ne sostituisce altra simile, ma non coincidente – «nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato» – che, unitamente ai postulati della prudenza e della continuità, compariva nel precedente numero 1, introdotto dalla riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6)⁶². È il principio della prevalenza della

dell'economia finanziaria, talvolta avallate dallo IASB»: tematica su cui cfr. FORTUNATO, *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contr.impr.*, 2010, p. 477. «L'autorevolezza dei principi contabili internazionali – fa notare ancora GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, cit., p. 86 s. – va oltre la materia di cui alla norma ora citata», sol che si consideri Cass. 16 ottobre 2007, n. 23823, in *Società*, 2008, p. 700, «che nel valutare la congruità di una, per vero spericolata, appostazione di bilancio, ha concluso per la sua legittimità, trattandosi di appostazione corretta alla stregua dei principi contabili internazionali». Con la considerazione finale che: «In questa materia la standardizzazione non è ancora mondiale. I principi contabili europei differiscono da quelli statunitensi. Da una sponda all'altra dell'Atlantico (e del Pacifico) si auspica l'unificazione, ma nessuna delle due parti è disposta a conformarsi ai principi dell'altra».

⁶¹ In argomento v. *La direttiva 2013/34/UE, relativa ai bilanci di esercizio e consolidati. Novità e riflessi sulla disciplina nazionale*, a cura di Tiziano Sesana, Quaderno n. 54, Ordine dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di Milano, 2014, dove, per quanto qui interessa, SESANA, *I principi generali di bilancio*, p. 59 ss.

⁶² Per un commento approfondito e documentato, v. BALZARINI, *Principi di redazione del bilancio*, in *Commentario alla riforma delle società. Obbligazioni e bilancio*, a cura di Notari e Bianchi, Milano, 2006, p. 382 ss.

sostanza sulla forma che trae origine dalla prassi contabile internazionale⁶³.

Alcune delle parole usate dal legislatore, tanto nel testo precedente che in quello rivisitato, evocano concetti e riattivano riferimenti ad un dibattito di grande spessore che tuttora impegna la civilistica. E proprio dal lessico della nuova disposizione e dal relativo retroterra culturale si può prendere spunto per poi indagare talune situazioni contrattuali.

Il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria, colpisce anzitutto per quel suo dire e non dire. Usa il termine «sostanza», ma non vi collega la «forma» e men che meno recupera la nota antitesi tra «forma giuridica» e «sostanza economica». Mette in gioco – in alternativa fra loro, discorrendo della «sostanza dell'operazione o del contratto» – altre due parole a loro volta cariche di significati, anche qui decurtando il sostantivo «operazione» dell'aggettivo «economica» che di solito lo accompagna nel discorso sui temi del diritto contrattuale.

L'aziendalista, non meno del giurista, considerate le non lievi ricadute che può avere il principio della prevalenza della sostanza sulla forma rispetto ai risultati di bilancio⁶⁴, è da par suo attento lettore ed interprete della norma⁶⁵.

⁶³ Spiega BALESTRI (a cura di), *Manuale di economia e gestione aziendale*, cit., p. F7: «Affinché il bilancio possa essere utile per i suoi utilizzatori e fornire la rappresentazione in modo veritiero e corretto degli eventi di gestione, si rende necessario determinare e comprendere gli aspetti sostanziali di ognuno di tali eventi e non solo i suoi aspetti formali. La sostanza rappresenta l'essenza necessaria dell'evento o del fatto, ossia la vera natura dello stesso. Individuata la sostanza economica dell'operazione, bisogna altresì considerare gli aspetti formali (contrattuali e giuridici) per le eventuali limitazioni imposte dalla vigente legislazione». Secondo gli IAS (Framework, par. 35), «se l'informazione deve rappresentare fedelmente le operazioni e gli altri eventi che intende rappresentare, è necessario che essi siano rilevati e rappresentati in conformità della loro sostanza e realtà economica e non solamente secondo la forma legale. La sostanza delle operazioni e degli altri eventi non è sempre coerente con ciò che appare dalla loro forma legale e architettata». Tale concetto si applica, secondo i principi contabili internazionali, tra l'altro ai contratti di leasing (IAS n. 17) e al riconoscimento dei ricavi (IAS n. 18).

⁶⁴ GIUNTA e PISANI, *Il bilancio*, Milano², 2008, p. 78.

⁶⁵ Applicata a partire dall'esercizio decorrente dal 1° gennaio 2016.

Forse, guardando alle incertezze di un dibattito alquanto risalente, ci si sarebbe aspettati l'enunciazione in termini netti e chiari di quel principio. Sarebbe stato senz'altro salutato positivamente l'intervento legislativo che, a compimento del lungo itinerario, avesse sancito una volta per tutte una concezione del bilancio disancorata, in caso di discrepanza, dal profilo giuridico dei fatti di gestione. La tradizione degli studi economico-aziendali ha risentito, specie in Italia, di rilevanti influssi della cultura giuridica e dell'impostazione dogmatica che la caratterizzava. Oggi non mancano retaggi di tale impostazione, anche se – lo si vedrà per brevi cenni – la teoria del contratto si è molto evoluta, cosa di cui forse si dovrebbe tener conto al di là dei confini del dibattito civilistico. Certo è che, rispetto ai problemi di rappresentazione contabile dei fatti economici, si è fatto sempre più sentire l'impatto dei principi contabili di matrice anglosassone, maturati in tutt'altro ambiente, sicuramente alieno da ogni teorizzazione astratta, in cui viceversa prevale l'approccio pragmatico, tipico dell'area di *common law*. La prassi contabile internazionale, sulla base di una regolamentazione di fonte privata, minuziosa, casistica, al fine di restituire una rappresentazione corretta e veritiera (*true and fair view*) dei fatti di gestione, per una adeguata informazione del lettore del bilancio, non di rado si discosta dalla sottostante vicenda giuridica, cioè non si ferma alla titolarità delle situazioni giuridiche, né si limita a registrare il (solo) passaggio di proprietà al momento della conclusione del contratto⁶⁶, tenendo conto piuttosto della realtà economica in termini di allocazione di benefici e rischi, quale risulta dalle clausole contrattuali di volta in volta pattuite. E se fino a qualche tempo fa il principio della prevalenza della sostanza sulla forma poteva essere oggetto di discussione e d'incerta sistemazione nel nostro ordinamento⁶⁷, oggi – a seguito del citato intervento

⁶⁶ Più precisamente, secondo COLOMBO, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1994, p. 177 s., ai fini dell'iscrizione in bilancio «non è decisiva la proprietà in senso tecnico giuridico, ma l'«appartenenza economica»», che «richiede che il bene sia nella disponibilità dell'imprenditore e non gli possa giuridicamente essere sottratto; tale insottraibilità può derivare anche da rapporti obbligatori».

⁶⁷ Settorialmente previsto dall'art. 7, comma 4, d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 87, per i bilanci bancari, dal legislatore della riforma infelicemente introdotto con la

legislativo, al di là delle sbavature terminologiche di cui dicevo sopra – lo si trova incontestabilmente acquisito *de iure condito*, con una valenza generalizzata. La disposizione richiamata accredita un modello economico-sostanziale nell'iscrizione in bilancio di attività e passività. L'aziendalista ne parlerebbe come di un approccio non più mediato dalle categorie giuridico-formali⁶⁸, anche se un'affermazione di tal genere mi sembra necessiti di un chiarimento.

In un dibattito necessariamente interdisciplinare, che coinvolge linguaggi e categorie elaborate in differenti campi del sapere, si rischia tuttora di allargare «quel fossato che nel nostro Paese ha sempre separato il diritto dalla contabilità»⁶⁹. Ma tale distanza non deve essere enfatizzata. Nella misura in cui si distingue tra «effetti economici» ed «effetti giuridici», dopodiché si sostiene che in base al principio della prevalenza i primi fanno premio sui secondi, si sottolinea che contabilità e bilancio, essendo materie tecniche di esclusiva competenza della disciplina economico-aziendale, dovrebbero essere impermeabili a considerazioni e concetti giuridici. Poi però, quando si vanno a specificare quelli che si indicano come «effetti economici», a ben vedere a null'altro si fa riferimento che ad effetti

formula dell'art. 2423-bis n. 1 di cui si è fatto cenno nel testo, il principio avrebbe dovuto essere esplicitato nella stessa norma con una previsione a sé, secondo BALZARINI, *Principi di redazione del bilancio*, cit., p. 398, 403. Il che si è verificato solo in prosieguo.

⁶⁸ La distinzione è di ALBERTINAZZI, *Sostanza e forma nel bilancio di esercizio. Dal principio della prevalenza della sostanza sulla forma alla predisposizione di un particolare modello di definizione dell'oggetto di rappresentazione del bilancio*, Milano, 2002, pp. 87, 101, 213 ss., spec. 216, a cui rimando per la ricostruzione dell'accennato dibattito.

⁶⁹ Notazione di FILIPPI, *Il bilancio: le soglie di non punibilità delle falsità e delle omissioni*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 216. Di recente si sono comunque instaurati interessanti “dialoghi” tra giuristi ed aziendalisti: ONESTI e ABRIANI (a cura di), *La riforma delle società di capitali. aziendalisti e giuristi a confronto*. Atti del convegno (Foggia, 12-13 giugno 2003), Milano, 2004; NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie*, Atti del ciclo di seminari interdisciplinari. Università degli Studi di Brescia, 23 gennaio 2007/6 novembre 2007, Milano, 2008.

anch'essi giuridici, per lo più contrattuali⁷⁰. Mi sembra allora condizionale l'opinione senz'altro autorevole secondo cui il giurista, pur cimentandosi con un tema che è «riserva di caccia degli specialisti della ragioneria e della tecnica aziendale», non può fare a meno dall'affrontarlo e dal fornire definizioni⁷¹. E ciò mi sembra tanto più persuasivo se si considerano alcune recenti riforme che, sospinte dal

⁷⁰ Anche per alcune esemplificazioni, v. ALBERTINAZZI, *Sostanza e forma nel bilancio di esercizio*, cit., p. 79, p. 89, p. 92, p. 103 (con riguardo al «proprietario sostanziale»), p. 108, p. 111 ss., p. 117, p. 133 ss., specie p. 136 («Tutte le clausole dell'accordo, tenuto conto della probabilità della loro concreta applicazione, concorrono a determinare il soggetto a cui facciano capo i benefici ed i rischi del bene venduto»), p. 157 ss., p. 175 (dove si sottolinea la «concezione tecnica» delle condizioni produttive a disposizione dell'impresa in un'accezione economica e non giuridico-formale), p. 222.

Dando la parola ai giuristi, si può dire che «intanto un mercato può esistere in quanto esista uno scambio» (ALPA, *Diritto civile italiano*, cit., p. 580), e che strumento dello scambio è il contratto, di cui è intessuta l'attività d'impresa (artt. 2082, 2558 c.c.). Se poi «il contratto è... la veste legale delle operazioni economiche... è persino troppo ovvio rilevare che 'diritti' e 'obblighi' contrattuali (recessi, *ius variandi*, esoneri da responsabilità, ecc.) hanno un costo e possono avere un prezzo...» (ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 81). Considerato inoltre che il contratto, «fenomeno giuridico ed economico insieme», è meccanismo di «allocazione dei rischi economici» (SICCHIERO, *Fondamenti di tecnica contrattuale*, Padova, 2012, II ed., p. 5 s.), la sostanza dell'operazione contrattuale viene in esame «ogniquale si faccia riferimento a rischi, benefici e controllo. I risultati economici, ossia il diritto di estrazione dei benefici, la soggezione ai rischi e la signoria sul bene, sono la conseguenza della struttura giuridica dell'operazione: in ultima analisi, l'allocatione dei rischi e benefici è stabilita dalle norme applicabili» (TARABUSI, *Il trattamento contabile degli strumenti finanziari nel bilancio dell'emittente: quale forma e quale sostanza?*, in Gallo e Scognamiglio (a cura di), *Il principio substance over form. Principi contabili, civilistici e tributari*, Milano, 2011, p. 33).

⁷¹ E questo «sia perché le scritture non sono un puro fatto contabile ma sono anche e non meno un fatto economico aziendale, essenziale per l'imprenditore stesso ai fini di una gestione consapevole, razionale e produttiva di utili; e un fatto giuridico, gravido di ripercussioni nei rapporti con i soci, con i creditori, con il fisco, con i pubblici poteri, che hanno interesse alla loro regolare tenuta, sia perché il pericolo che il giurista corre di perdere di vista la realtà dietro il luccichio delle formule astratte è condiviso anche dal cosiddetto specialista contabile, nel momento in cui rischia di non percepire la globalità dei fenomeni e le strategie delle imprese, dei loro gruppi di controllo e di potere»: COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1986², Padova, p. 203.

legislatore comunitario, segnano «il recupero di centralità della disciplina (giuridica) contabile», con il recepimento dei «risultati della scienza aziendalistica», cui viene attribuita «giuridicità cogente, trasformandone il ruolo da tecnica ancillare a chiave primaria di lettura della vicenda societaria»⁷².

5. Contratto, operazione economica, causa in concreto. Spunti ed ipotesi di (ulteriore) indagine.

La coppia forma-sostanza attiene al concetto stesso di diritto e al rapporto tra la realtà dei fatti (o delle cose) ed il diritto, l'ordinamento e le categorie che su di esso si costruiscono. Il diritto altro non è se non la forma di una realtà organizzata⁷³, con la conseguenza che solo un'obiettiva osservazione dei fenomeni sociali ed economici consente di rendersi conto di quanto le categorie e gli istituti tramandati dalla tradizione assumano, nel tempo, caratteri e valori anche profondamenti diversi. Il codice civile del 1942 tuttora vigente, utilizzando il c.d. metodo dell'economia⁷⁴, intese adeguare la forma giuridica alla sostanza (o materia)⁷⁵ economica dei fenomeni disciplinati, operando quella che è stata definita "commercializzazione del diritto privato"⁷⁶. Il diritto privato veniva allora compattato in un unico codice in luogo dei due precedenti, sotto il segno dell'estensione di regole sempre più confacenti alle istanze dell'impresa, avendo però riguardo anche ai ceti non commerciali.

⁷² Così MONTALENTI, *Diritto commerciale, diritto tributario, scienze aziendali: categorie disciplinari a confronto in epoca di riforme*, in *Giur. it.*, 2004, p. 685. Sul bilancio, la sua funzione e l'evoluzione normativa, cfr. COTTINO, *Diritto societario*², Padova, 2011, p. 503 ss.

⁷³ NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Milano, XII, 1964, p. 907.

⁷⁴ Di cui era convinto assertore SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 377, ad avviso del quale «i concetti giuridici devono avere come punto di partenza i concetti economici».

⁷⁵ LEO, *Forma giuridica e materia economica*, cit.

⁷⁶ Mi si permetta il richiamo ad BUCELLI e GALLI, *Diritto privato commercializzato?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, Padova, 2010, I, p. 1085 ss.

Guardando all'oggi, notavamo sopra l'incidenza crescente di un diritto europeo, ora in trasformazione⁷⁷, sul diritto interno. E quella di matrice comunitaria è una produzione normativa che promana non solo dai trattati, ma anche dal formante giurisprudenziale, e che sin dall'origine si è ispirata al valore fondamentale della libertà economica, all'esigenza di promuovere un mercato unico concorrenziale, pur nel quadro – dicevamo – di un'economia sociale di mercato. È un diritto (soprattutto) dei contratti⁷⁸, pensato per un mondo di produttori e lavoratori, di consumatori e risparmiatori, un diritto che «non ha mai dimenticato di fare i conti con la fattualità economica»⁷⁹.

⁷⁷ PAGLIANTINI, *Il diritto privato europeo in trasformazione. Dalla direttiva 771/2019/UE alla direttiva 633/2019/UE e dintorni*, Torino, *passim*.

⁷⁸ Per tutti, ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 1 ss. A titolo puramente esemplificativo e sempre considerando norme di origine europea (direttiva 2008/52/CE), si potrebbe richiamare pure la disciplina della mediazione obbligatoria (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), istituito anch'esso costruito sull'obiettivo di far emergere la realtà sostanziale degli interessi concreti delle parti. Osservano CELESTE e SALCIARINI, *La mediazione obbligatoria nel condominio*, Milano, 2012, p. VI: «il mediatore – a differenza dell'arbitro e del giudice, i quali devono verificare la realtà sostanziale, decidendo, secondo un iter procedurale ben fissato, una controversia in forza della norma di diritto sottesa – è tenuto soprattutto ad analizzare gli interessi concreti delle parti, al fine di proporre una soluzione transattiva della loro lite, salva sempre la possibilità per i contendenti di radicare la causa davanti al magistrato».

⁷⁹ Così GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 46. «Le definizioni dei contraenti – professionisti, consumatori, piccole-medie imprese – i principi cui si debbono attenere i contraenti (ad es. proporzionalità, ragionevolezza, buona fede), le modalità di conclusione dell'accordo e così via sono solo frammenti di un intero comparto di un nuovo mondo nel quale il contratto viene concepito in un nuovo modo (...) il linguaggio e le prospettive ermeneutiche del diritto comunitario sono fortemente influenzate da categorie economiche e aziendalistiche, sicché da un lato è molto complicata l'impresa di inscrivere questo intero armamentario nelle categorie usuali consegnate dalla tradizione, ancorché riviste e ammodernate, dall'altro è faticoso, per il giurista nazionale, ancor più se continentale, dover trattare termini, concetti, principi nuovi»: così ALPA, *Dal codice civile del 1942 ad oggi: le stagioni del contratto*, in Rescigno e Mazzamuto (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita, le stagioni del contratto*, Torino, 2014, p. 130, p. 145 s.

Forma e sostanza esprimono un dualismo, a volte uno scarto notevole tra il fatto e la sua rappresentazione giuridica⁸⁰. Certo è che «il fenomeno giuridico è un fatto storico sociale giuridicamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma»⁸¹. E sull'atto s'incentra l'art. 2423-*bis*, n. 1-*bis* c.c., che tuttavia dell'atto stesso coglie non la totalità, bensì l'aspetto appunto sostanziale. A sua volta la comprensione della «sostanza» dell'atto di autonomia non può che ricercarne il tratto identitario, l'elemento essenziale della causa (art. 1325, n. 2, c.c.)⁸². Causa che, infatti, «rappresenta la risposta che dà l'ordinamento al problema riguardante il presupposto, di ordine sostanziale e non formale, in presenza del quale l'accordo delle parti può meritare il riconoscimento da parte dell'ordinamento»⁸³.

⁸⁰ Per esempio: accade spesso nella pratica degli affari immobiliari che, a fronte di un regolamento contrattuale uniforme predisposto dal professionista, la veste di proponente venga assunta dal consumatore il quale, con un'inversione dei ruoli, assume l'iniziativa di concludere il contratto, utilizzando e sottoscrivendo il modello messo a punto dalla controparte. In casi del genere il c.d. contraente debole, formalmente è proponente, mentre nella sostanza aderisce ad un regolamento contrattuale predisposto dal professionista. Ora, far prevalere la sostanza sulla forma qui significa non fermarsi al dato apparente, rendendosi invece conto che in realtà il consumatore non ha in alcun modo influito sul contenuto dell'atto che pure gli è intestato. Ciò ai fini dell'applicazione della disciplina a tutela il consumatore contro le clausole vessatorie (TULLIO, *Il contratto per adesione tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997, p. 59).

⁸¹ PUGLIATTI, *Diritto sostanziale ed esecuzione forzata*, Milano, 1935, p. 64, che nella sua parabola culturale e metodologica maturerà una concezione di giurisprudenza quale scienza pratica, cioè come scienza che, senz'altro ancorata al dato positivo e funzionale alla costruzione di sistemi giuridici astratti, logici e concettuali, non può tuttavia prescindere dagli interessi concreti, nel fluire magmatico della storia e, con esso, nel divenire mutevole delle norme, così che essa, scienza ma scienza pratica, trova in sé stessa la possibilità di una composizione dialettica del dualismo forma-sostanza, astratto-concreto, che altrimenti rimarrebbe insopprimibile.

⁸² Anche BALZARINI, *Principi di redazione del bilancio*, cit., p. 386, pur senza approfondire, discorre della sostanza come della «funzione economica dell'operazione», rilevandone la problematicità, riconducibile alla complessità della realtà economica, di cui le rilevazioni contabili offrono una visione di sintesi.

⁸³ Così DI MAIO, *La causa del contratto*, in Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, p. 612.

Nel linguaggio giuridico la funzione economica è formula anch'essa evocativa della causa del contratto. E come già ricordato nell'art. 2423-*bis* c.c. introdotto dalla riforma del diritto societario, l'espressione era letteralmente riferita non all'atto, bensì agli elementi dell'attivo o del passivo patrimoniale. Ciò che ha suscitato non poche perplessità⁸⁴, giustificando comunque un'interpretazione che, a prescindere dal titolo posto a fondamento della singola situazione giuridica, valorizzava la funzione intesa come destinazione economica del bene, con conseguenze sul piano della più corretta valutazione ed appostazione in bilancio⁸⁵. Ora che tale accezione di funzione economica si è persa, come pure è svanito il riferimento alle attività e passività patrimoniali, non mi pare tuttavia che quel risultato esegetico debba essere accantonato. La collocazione in bilancio

⁸⁴ Di cui dà conto BALZARINI, *Principi di redazione del bilancio*, cit., pp. 384, 400 ss.

⁸⁵ «Questo criterio implica, in primo luogo, che intanto un elemento può essere appostato, in quanto esso effettivamente serva per l'esercizio dell'attività. Ad esempio il valore dei beni ad utilizzo pluriennale va immediatamente azzerato se l'utilizzo si arresta prima dello scadere del periodo previsto. Inoltre, va ricondotto a questo criterio anche il dovere dei redattori del bilancio di qualificare le posizioni attive o passive in ragione della funzione assunta dall'elemento patrimoniale all'interno del processo economico. Una partecipazione in un'altra società, ad esempio, può essere assunta dalla società, in via tendenzialmente stabile, per instaurare relazioni societarie o contrattuali durevoli; o invece può rispondere a fini di semplice investimento, senza altro interesse cioè che di conservare la partecipazione fino a che il mercato consenta di lucrare un buon prezzo di rivendita. La funzione economica della partecipazione è, nel primo caso, a servizio di uno stabile rapporto sinergico e, quindi, deve essere considerata come un'immobilizzazione (e perciò potrà essere valutata al valore di costo storico ovvero, in alternativa, a un valore pari alla frazione corrispondente del patrimonio netto della società partecipata: art. 2426 n. 4). Nel secondo caso, invece, è un semplice investimento e si applica inderogabilmente un criterio di valutazione diverso (art. 2426 n. 9), con conseguente obbligo di appostare la partecipazione al minor valore tra quello di costo storico e quello di presumibile realizzo desumibile dall'andamento del mercato al momento della chiusura dell'esercizio» (OLIVIERI e PRESTI e VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003, p. 194 s.). Sottolinea la destinazione economica del bene nel processo produttivo pure BALZARINI, *Principi di redazione del bilancio*, cit., p. 401, che precisa: «Tenere conto della funzione economica del bene non significa imporre il rispetto del principio della prevalenza della sostanza sulla forma».

(nello stato patrimoniale) di un elemento (attivo o passivo) continuerà ad obbedire a criteri economici e previsionali che possono dipendere sì dal titolo giuridico, ma pure da dati estranei al contenuto dell'atto. Si pensi ad esempio al termine finale per l'adempimento di una prestazione e dunque alla durata di un credito. Una scadenza a breve, quale risulta stabilita contrattualmente, può rivestire un significato solo formale qualora si tratti di credito verso la società controllante, che può voler prorogare la scadenza⁸⁶.

È comunque fuori discussione che la nuova formula legislativa sia incentrata sull'atto di autonomia. Anche il Principio contabile n. 11 dell'OIC (Organismo Italiano di Contabilità)⁸⁷ riconnette il profilo della sostanza all'evento o al fatto, di cui costituisce l'«essenza economica», la «vera natura». Di ciascun fatto di gestione lo stesso documento sottolinea poi la specificità ed il possibile collegamento con altri fatti o atti⁸⁸. Un tal modo di prospettare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma riecheggia quel complesso dibattito civilistico cui facevo cenno sopra⁸⁹, che non è ovviamente possibile riprendere in queste note se non per rapidi cenni.

⁸⁶ Esempio tratto da GIUNTA e PISANI, *Il bilancio*, cit., p. 79.

⁸⁷ La legge 11 agosto 2014, n. 116, di conversione del decreto legge n. 91/2014, integra il d.lgs. n. 38/2005 con gli artt. 9-bis (*Ruolo e funzioni dell'Organismo Italiano di Contabilità*) e 9-ter (*Finanziamento dell'Organismo Italiano di Contabilità*).

⁸⁸ «I fatti di gestione hanno diversa origine e presentano problematiche diverse. A titolo esemplificativo, molti di tali fatti sono costituiti da contratti che possono trovare regolamentazione in una normativa generale o specifica. Alcuni di tali contratti sono singoli ed indipendenti, altri fanno parte di più complesse operazioni. Per molti contratti l'essenza dell'operazione è facilmente intelligibile. Per altri, la particolarità o complessità delle clausole richiede interpretazione per comprendere la vera essenza del contratto ed evitare conclusioni fuorvianti. In numerose situazioni vi è concordanza tra l'aspetto sostanziale e l'aspetto formale del contratto; in altre situazioni tale concordanza non si verifica» (Principio contabile 11, Bilancio d'esercizio- Finalità e postulati, 30 maggio 2005, p. 10).

⁸⁹ La causa costituisce «la più rigogliosa fonte di equivoci dell'intera teoria del negozio giuridico», scriveva PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto civile, Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, p. 105. Affermazione autorevolissima che mi sembra trovi ripetute conferme nel volume collettaneo a cura di ALCARO, *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016.

Il profilo causale del contratto è stato oggetto di un profondo processo di revisione nell'ambito degli studi civilistici. Un itinerario che ha prodotto il superamento della concezione della causa quale funzione economico-sociale, la «liberazione del tipo contrattuale dalla causa»⁹⁰. L'emersione della teoria della causa in concreto, quale funzione economico-individuale, ha portato a scorgere la pluralità e diversità degli interessi sottostanti all'atto di autonomia. L'elemento sostanziale consiste appunto negli interessi di volta in volta perseguiti dalle parti ed è proprio l'utilizzo della causa quale criterio ermeneutico che definisce la sostanza dell'affare, dà forza al profilo "selettivo" dell'indagine causale in funzione dell'esatta individuazione dei reali interessi posti a giustificazione concreta dell'operazione contrattuale. E gli interessi spesso, non solo non si riconoscono nel tipo legale, non solo si affidano a contratti atipici, ma non si esauriscono neppure nel perimetro di un singolo ed unitario contratto. Il tipo contrattuale altro non è che un modello organizzativo degli interessi, uno schema di disciplina per lo più dispositiva⁹¹ e d'azione programmato dall'ordinamento o ricostruito dall'interprete nel caso dei contratti solo socialmente tipizzati, mentre è ormai acquisito che ad una pluralità di strutture contrattuali tra loro collegate può corrispondere una funzione unitaria.

Proprio sul presupposto che la nozione di contratto quale puro schema formale non sempre è in grado di esprimere il molteplice atteggiarsi degli interessi in gioco, la revisione della concezione della causa nel senso richiamato ha portato ad enucleare l'ulteriore categoria dell'operazione economica. In una molteplicità di orientamenti e posizioni dottrinali⁹², ma anche nell'elaborazione giurisprudenziale e a livello della disciplina legislativa l'operazione economica va così ad affiancare, arricchendo il bagaglio concettuale, la

⁹⁰ GABRIELLI, *"Operazione economica" e teoria del contratto*, Milano, 2013, p. 166.

⁹¹ DI MAIO, *La causa del contratto*, cit., p. 614.

⁹² Per una rassegna, peraltro limitata al profilo dell'economia del contratto, della dottrina sulla concezione del contratto quale operazione economica, D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 47 ss.; sul rapporto tra contratto e operazione economica, SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Padova, 1992, p. 428.

nozione di contratto. Un riscontro significativo in tal senso si trova nell'accostamento dei due sostantivi nel citato art. 2423-*bis*, n. 1-*bis* c.c. Formula normativa in cui si può vedere riflessa la più ampia tendenza legislativa che, già da tempo avvertita, tende a far prevalere la sostanza del fenomeno da sottoporre ad apposita disciplina, quale che sia la veste formale assunta⁹³.

Anche nella prospettiva dell'operazione economica⁹⁴ si rinviene la causa in concreto⁹⁵, che è sintesi degli effetti o, per esprimersi con

⁹³ «È un procedere per operazioni economiche (operazioni di garanzia, di fornitura, ecc.) più che per tipi contrattuali (pegno, vendita, ecc.)». La legge elenca, esemplificando, contratti tipici e atipici, accomunati dalla funzione concretamente svolta, a prescindere dal modello impiegato (GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, cit., pp. 135 s., 182 ss.). Le nuove regole del diritto dei consumi, guardando al contratto come «strumento di razionalità del mercato», spostano l'attenzione dal profilo statico e dalla configurazione atomistica dell'atto al profilo più ampio ed allargato dell'operazione economica, che consente di cogliere il significato dell'affare nel suo insieme e postula l'esigenza di un esame complessivo, al fine di avere un'esatta cognizione della disciplina che governa l'intera operazione economica. Un preciso indice normativo in tal senso si rinviene nell'art. 34, comma 1, cod. cons. il quale – per la valutazione della vessatorietà delle clausole – fa riferimento alle altre clausole “del contratto medesimo o di altro collegato o da cui dipende”. Si può sottolineare che i casi in cui il legislatore attribuisce all'operazione economica una specifica rilevanza giuridica si rinviengono principalmente nel codice del consumo, o meglio nella disciplina che governa i principali contratti di consumo dei quali occorre tener conto, sebbene attualmente il legislatore li abbia in gran parte collocati fuori del codice» (ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi in Italia, in Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 12 s.). A volte si ha dinanzi una «categoria non tipizzata dal legislatore» di contratti, ad esempio i contratti aventi per oggetto la «prestazione di servizi finanziari», che, in modo diretto o indiretto, procurano un finanziamento al consumatore (TULLIO, *Il contratto per adesione*, cit., p. 167 s.).

⁹⁴ Concetto «entrato oramai, e da tempo, a far parte della storia delle idee e dei dogmi», «categoria ordinante che rileva non solo nel momento dell'emersione di situazioni di patologia dell'atto», «strumento di interpretazione della causa concreta dell'atto di autonomia negoziale»: GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, cit., pp. 40, 76, 160.

⁹⁵ ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in ID., *Causa del contratto*, cit., p. 22: «la causa può rivendicare una sua autonomia quale ragione di un determinato assetto d'interessi. Anche il riferimento all'unità dell'operazione economica, intesa come categoria, può dare conto della concreta funzione svolta da un determinato assetto di interessi».

le parole di un'importante pronuncia di legittimità, «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare»⁹⁶. E si noti: non tutti gli effetti, né tutti i mutamenti delle situazioni giuridiche soggettive, bensì quelli identitari⁹⁷. Questi e soltanto questi definiscono l'«essenza dell'affare», quella che il diritto europeo (e francese in particolare, a seguito della riforma del *Code civil*), abbandonando il termine «causa», indica come «natura o scopo del contratto»⁹⁸.

Quando allora si considera, ad esempio, il riporto di titoli – una delle ipotesi più significative in relazione al principio della prevalenza della sostanza sulla forma – e si rileva che, da un punto di vista giuridico, il contratto pronti contro termine altro non è che una vendita a pronti con patto di retrovendita a termine, con la «funzione economica di investimento-finanziamento con durata prefissata», mentre l'«essenza economica» dell'operazione sarebbe quella di una «forma di raccolta e di investimento temporaneo di liquidità e non di transazione di titoli»⁹⁹, par di capire che «funzione economica» ed «essenza economica» null'altro vogliono esprimere se non lo stesso concetto: la causa per l'appunto, racchiusa nella fattispecie unitaria, non nelle singole vendite, bensì nell'operazione complessivamente considerata.

La dicotomia tra forma giuridica e sostanza economica traspare da più istituti ed in più settori dell'ordinamento. Dei limiti del for-

⁹⁶ Cass. 8 maggio 2006, n. 10490.

⁹⁷ Ciò che solleva un problema di individuazione di un qualche criterio selettivo da impiegare ai fini dell'accertamento in concreto di quegli effetti ed interessi qualificanti. D'altra parte non si può neanche confondere, come sembra fare Cass. SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in tema di concordato preventivo, il contenuto con la causa: v. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite della causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 3/2013, p. 386; VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa in concreto nel concordato preventivo*, in *Contr.impr.*, 2013, 6, p. 1203 ss.

⁹⁸ GABRIELLI, «Operazione economica» e teoria del contratto, cit., p. 39 ss., p. 98, p. 86, p. 163.

⁹⁹ Frasi estratte da QUATTROCCHIO, *Commento all'art. 2423-bis*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, p. 1327 ss.

malismo giuridico si è molto scritto e riflettuto ad esempio tra i cultori del diritto tributario¹⁰⁰, ma anche tra i giuscommercialisti, con particolare riferimento alla figura dell'imprenditore¹⁰¹.

Il ventaglio degli argomenti e delle questioni civilistiche che si aprono, in relazione alla rappresentazione contabile dei fatti economici, potrebbe essere alquanto ampio e diversificato.

L'iscrizione in bilancio di un bene può prescindere dal titolo di proprietà. Si pensi ad esempio ad un *trust* di garanzia: il debitore, negoziando un piano di rientro, conferisce un proprio immobile in *trust*, di cui è beneficiario il creditore. Il *trustee*, formalmente titolare del bene, in caso di inadempimento è tenuto ad alienarlo per soddisfare con il ricavato il creditore, eventualmente restituendo l'eccedenza al disponente. Quest'ultimo può continuare ad utilizzare il cespite a titolo di comodato e, ciononostante, sarà lui esposto ai rischi e ai benefici connessi alle variazioni di valore dell'immobile. L'immobile quindi continuerà ad essere iscritto nel bilancio del disponente. In tale ipotesi infatti il *trust*, dal punto di vista economico aziendale, non è un autonomo istituto, con una propria struttura, una propria organizzazione, né un patrimonio ulteriore rispetto all'immobile in garanzia, quindi neppure un bilancio di pertinenza¹⁰².

¹⁰⁰ Quanto al postulato della rappresentazione sostanziale delle operazioni di gestione nel bilancio di esercizio ed il principio di derivazione rafforzata, cfr. art. 83 TUIR. Con riferimento all'art. 20 t.u. registro e all'interpretazione dell'atto negoziale, con particolare riferimento alle tecniche ermeneutiche elaborate dalla dottrina civilistica che valorizzano l'operazione economica complessiva e la causa concreta del contratto, GIRELLI, *Forma giuridica e sostanza economica nel sistema dell'imposta di registro*, Milano, 2017, p. 34 ss.; MONTANARI, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Milano, 2019.

¹⁰¹ GLIOZZI, *L'imprenditore commerciale: saggio sui limiti del formalismo giuridico*, Bologna, 1998; per un'ipotesi applicativa nel senso di dare rilievo alla sostanza economica, riferita all'art. 768-bis c.c. in tema di famiglia, v. CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 1998, p. 175.

¹⁰² ALBERTINAZZI, *Il bilancio dei trusts in Italia*, Milano, 2009, pp. 81 ss., 97, assimila il *trust* di garanzia al *leasing*, in particolare al *lease-back*. In altre fattispecie il *trust*, si pensi ad esempio a *trusts* commerciali o di interesse familiare, pur non essendo un autonomo soggetto sotto il profilo giuridico, è possibile considerarlo dal punto di vista economico «come un autonomo centro di imputazione

Sempre in ambito immobiliare, sempre a titolo di esempio, si può richiamare l'attuale tendenza a disciplinare non tanto la "multiproprietà" quanto vere e proprie operazioni economiche, accomunate dal godimento turnario, per ricomprendere sotto lo stesso ombrello protettivo prassi contrattuali diverse, a prescindere dalle categorie in senso tecnico-giuridico coinvolte¹⁰³.

Ma se c'è una figura negoziale su cui più si è avvertito l'impatto del principio *substance over form*, questa è il contratto di *leasing*, recentemente oggetto di un duplice intervento normativo, uno sul piano interno, l'altro *ab externo*. Per un verso una tipizzazione legale, per l'altro un nuovo principio contabile internazionale (IFRSS 16) che produrrà una vera e propria "rivoluzione" nell'informativa di bilancio delle imprese che utilizzano beni in *leasing*. Con la denominazione tipizzante di "locazione finanziaria", la legge 4 agosto 2017, n. 124 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) allude univocamente alla figura del *leasing* finanziario, con ciò lasciando intendere che la sopravvenuta disciplina non sarà applicabile al *leasing* operativo, essenzialmente riconducibile al tipo della locazione¹⁰⁴. Al contempo il nuovo principio contabile internazionale – fonte rilevante per il nostro ordinamento e, come detto, segnato dalla cultura giuridica di *common law* – induce il redattore del bilancio di esercizio ad interpretare e qualificare il contratto di *leasing*, assumendo come punto di riferimento il "diritto di uso", l'effettiva fruizione del bene da parte del concessionario, che oscura la proprietà del concedente, con il risultato di incrementare la trasparenza. L'assunzione dei rischi e l'acquisizione delle utilità dei beni modella dunque le situazioni giuridiche.

Anche schemi negoziali affini al *leasing* come il *lease back* e il *rent to buy*¹⁰⁵ forniscono interessanti spunti di indagine.

di situazioni economicamente rilevanti e quindi parlare di bilancio con riferimento al *trust* e cioè parlare di bilancio del *trust*».

¹⁰³ BERNES, *Il turismo residenziale fra proprietà e consumo: il modello del condhotel*, in *Pers. mer.*, 2020, 3, p. 262.

¹⁰⁴ Così MONTICELLI, *I contratti di locazione e di godimento*, in Gabrielli (a cura di), *Diritto privato*, Torino, 2020, p. 762.

¹⁰⁵ Mi permetto di richiamare in proposito due miei lavori recenti: BUCELLI, *Rent to buy di azienda. "Sostanza dell'operazione o del contratto"* (art. 2423-bis,

In definitiva e tornando all'interrogativo di apertura, non mi sembra che, in un contesto in cui insistentemente riaffiorano termini e categorie del diritto civile, maturate nella tradizione del pensiero giuridico continentale e ora largamente influenzate dalla cultura di *common law*, il civilista si possa sottrarre dal dare il contributo di riflessione che gli compete.

n. 1-bis, c.c.), in Landini e Palazzo (a cura di), *Rent to buy di azienda*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2016, p. 75 ss.; ID., "Accesso" ai beni d'impresa, fabbisogno finanziario e lease back, in *Rass.dir.civ.*, 2019/3, p. 732 ss.

FRANCESCO DONATO BUSNELLI
Professore emerito di diritto privato
Scuola Superiore Sant'Anna

IMMAGINI VECCHIE E NUOVE DELLA TUTELA DELLA SALUTE DEL MINORE

SOMMARIO: 1. La scialba immagine del “minore” nella cornice del codice civile al tramonto. – 2. Spuntano i “nuovi dogmi”. – 2.1. Da nord bagliori di luce (e spifferi di ambiguità): i “Best interests of the child”. – 2.2. Luci e ombre di un “dogma giurisprudenziale”: l’autodeterminazione terapeutica. – 2.3. Il problematico avvento legislativo di una singolare “dogmatica sanitaria”. – 3. Scrutando il futuro. Oltre i dogmi, riscoprire la Costituzione. – 4. 4. Sofferenza e “relazione di cura e di fiducia”. 5. Minore: chi era costui? – 6. Un antenato: Ascanio, gracile figlioletto di Enea

1. La scialba immagine del “minore” nella cornice del codice civile al tramonto.

È giunta quasi fino ai giorni nostri l’immagine di una tutela della salute del minore imperniata sull’incontro tra due figure dominanti di “paternalismo” codicistico: la patria potestà, assurta con l’avvento della Costituzione al rango di potestà dei genitori, e il c.d. “paternalismo” della professione medica. L’incontro si esauriva in uno scambio tra informazione (dovuta) e consenso (preteso), sintesi della “fiducia, carattere tipico del rapporto professionale” influenzato da “una situazione – per così dire – di supremazia, a causa della diversità di conoscenze scientifiche”¹. Sullo sfondo, la scialba figura del “minore”, oggettivato

¹ CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 274.

dalla dimensione “legale” della incapacità di agire: paziente, dunque, nel duplice senso del *pati* e del *ferre*.

Nel giro di pochi anni, e con il passaggio dal vecchio al nuovo secolo, l’immagine tradizionale si è progressivamente sgretolata. Le categorie codicistiche su cui poggiava il relativo disegno sono state abbandonate o ridimensionate. La romana potestà ha ceduto il passo a una “responsabilità genitoriale” (art. 316 cod. civ.) vagamente assimilabile alla moderna *accountability*; e, di conseguenza, al posto della “soggezione” del minore ai genitori si ergono i *Rights of the child* della Carta di Nizza (art. 24). Alla logica contrattuale della prestazione d’opera intellettuale del professionista (art. 2230 cod. civ.) si affianca, assumendo rango prioritario, l’istituzione del “Servizio sanitario nazionale” (Legge n. 833/78): un *servizio* che, “assicurando l’eguaglianza dei cittadini senza distinzione di condizioni individuali o sociali”, assicura in particolare “la tutela della maternità e dell’infanzia” e “la promozione della salute nell’età evolutiva” (art. 2, lett. c e d). Ai “cittadini”, a cui “è assicurato il diritto alla libera scelta del medico [...] le unità sanitarie locali provvedono a erogare le prestazioni di cura [...], assicurando a tutta la popolazione i livelli di prestazioni sanitarie stabiliti [...] dalla legge dello Stato”.

Sull’immagine di un Codice civile al tramonto comincia ad alitare il vento salutare dei principi fondamentali dettati dalla Costituzione; e irrompe la carica innovativa dell’art. 32, assunto dalla legge in esame a principio generale di tutela della salute “mediante il servizio sanitario nazionale”. Il ruolo dei destinatari non cambia di molto: i cittadini (e quindi anche i genitori del paziente) assumono la veste dimessa di “*utenti del servizio*”; ai medici è riconosciuto il ruolo protagonista di “*personale del servizio*”.

2. Spuntano i “nuovi dogmi”.

Nel frattempo, l’Italia si apre all’Europa e ai suoi principi costituzionali, che conducono a un vero e proprio “rovesciamento della rela-

zione medico-paziente”². Ai “*Diritti e libertà*” individuali è dedicato l’intero Titolo I della “Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” (CEDU). La “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea” (c.d., Carta di Nizza), nel sancire il principio che “ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica” (art. 3, comma 1), enuncia in particolare i profili che devono essere rispettati “nell’ambito della medicina e della biologia” (comma 2). Entrambi i documenti sanciscono il diritto di ogni persona al “*rispetto della vita privata e familiare*” (CEDU, art. 8, comma 1; Carta di Nizza, art. 7), precisando che, in linea di principio, “non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell’esercizio di tale diritto” (CEDU, art. 8, comma 2). La “sicurezza delle cure, perseguita nell’interesse dell’individuo” vincola il medico ad “attenersi, salve le specificità del caso concreto, ad attenersi alle [...] linee guida” (legge n. 24/2017). In ultima analisi, diritti e libertà individuali assurgono a cifra prioritaria dei nuovi principi europei. Si ridimensiona il ruolo della solidarietà, che la nostra Costituzione pone come principio al centro dell’ordinamento “richiedendone l’adempimento dei relativi doveri inderogabili” (art. 2). La CEDU la menziona tra i “valori indivisibili e universali”, ma sancisce nel “Preambolo” che “l’Unione si basa sul principio della democrazia”. “Pallida” appare la dimensione della solidarietà a cui è riservato il Titolo IV della Carta di Nizza, che con specifico riferimento alla “protezione della salute” (art. 35) si limita a riconoscere che “ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali”.

Spuntano così i “nuovi dogmi”.

La “condizione preminente” attribuita “all’interesse superiore del fanciullo” (Convenzione di New York “sui diritti del fanciullo”, art 3, comma 1): qualificazione quest’ultima che, nonostante i limiti ambiguamente posti in via di premessa (art. 1), può apparire quanto meno

² RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 260.

discutibile quando “l’interesse superiore” venga riferito al diciassettenne (ma non meno ambiguo è il riferimento del medesimo interesse, senza limiti o distinzioni, al “minore”: Carta di Nizza, art. 24, comma 2).

La codicistica autonomia del “maggiore di età” nel decidere della propria salute ... magicamente (ma non troppo) elevata al potere “sovvrano” di autodeterminazione.

La problematica soggezione del medico astretto dalla precettività ambigualmente assegnata dal legislatore italiano alle *Guidelines* della tradizione medica anglo-americana.

Vale la pena a questo punto di approfondire la storia, l’evoluzione e i problemi aperti da ciascuno di questi tre “dogmi”.

2.1. *Da nord bagliori di luce (e spifferi di ambiguità): i “Best interests of the child”*.

È questa la “formula magica” che, provenendo dalla tradizione (anglo)americana, verso la fine del secolo scorso (la Convenzione di New York la introduce nel 1989) ha conquistato l’Europa (continentale), assumendo il ruolo di principio preminente, in tutte le leggi, in tutte le sentenze. “*Du nord a paru venir la lumière*” – osserva, con icastico scetticismo, Jean Carbonnier aggiungendo come il nuovo principio appare *péremptoir*, ma la nozione “*n’est pas définie*”³.

In realtà il nuovo principio, con la sua apparenza “illuminante”, nasconde senza riuscire a superarla del tutto la originaria compresenza di due rappresentazioni diverse e ideologicamente contrapposte della tutela degli interessi del minore. Al tradizionale orientamento protezionistico di “*salvation*” dei bambini ad opera di terzi (genitori o Stato) che decidono per loro si contrappone, e al tempo stesso si mescola, un orientamento liberale di “*liberation*” dei “*children rights*”, intesi come diritti di *self determination*: tipica immagine, questa, di un “mondo anglo-americano costantemente diviso tra *child-savers* e *kiddy-libbers* ...

³ CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, 1996, p. 231.

nell'alveo di una tradizione costituzionale che prescinde dal tema della dignità umana intesa come dote innata di ogni persona"⁴. L'avvento della Convenzione, con il riprodurre *sic et simpliciter* all'art. 3, comma 1, il nuovo principio nel contesto di un generale "riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana", finisce con l'attribuire al principio stesso "il valore *taumaturgico*" di "una nozione confusa e ambigua"⁵.

Ambiguità e confusione tendono a valicare i confini del diritto, o quanto meno dello stretto *ius positum* per invadere le approfondite riflessioni culturali della saggistica, le acrimoniose beghe della politica, le veementi invocazioni di "vera giustizia".

"*La ballata di Adam Henry*"⁶ ci restituisce l'appassionante dialogo-scontro amorevole tra il diciassettenne Testimone di Geova (Adam Henry, appunto) e l'esperta ma angosciata giudice (Fiona Maye) chiamata a imporre con la forza del diritto un intervento operatorio considerato salvifico dalla scienza medica (ma che, a distanza di tempo, non si rivelerà tale).

"*Veleno. Una storia vera*"⁷ ci offre "un libro da leggere per capire Bibbiano" (questa è la recensione di Pierluigi Battista), che narra di "intere famiglie *border line* distrutte, tra suicidi e disperazione, accusate da atroci racconti di bambini poi rivelatisi falsi ma considerati credibili e accertati dal Tribunale dei minori [...] [sulla scorta di] psicologi di una scuola ideologica orientata a considerare la famiglia come un luogo in sé criminale"⁸.

⁴ LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, pp. 56, 41.

⁵ LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86.

⁶ MCEWAN, *La ballata di Adam Henry*, Torino, 2014.

⁷ TRINCIA, *Veleno. Una storia vera*, Torino, 2019.

⁸ BATTISTA, *Un libro da leggere per capire Bibbiano*, in *Corriere della sera*, 31 gennaio 2021.

Ma, già molti anni prima, “*Serena Cruz o della vera giustizia*”⁹: è il libro di Natalia Ginzburg dedicato a una vicenda che aveva suscitato ad ampio raggio vivaci polemiche non solo giuridiche, il “caso Serena Cruz” (una bambina filippina acquisita illegalmente da una famiglia italiana e, con decisione del Tribunale dei minorenni, da essa allontanata per darla in adozione a una coppia attenutasi alle regole di legge).

Stava per entrare in vigore in Italia la Convenzione sui diritti del fanciullo (Legge n. 176/1991), e la sferzante penna di Natalia Ginzburg invocava una “vera giustizia”: “io penso – predicava la celebre scrittrice in una precorritrice intervista – che l’unica giustizia consiste nell’esaminare ogni caso in sé, vedere che cosa può essere il bene per un determinato bambino”.

Nessuno poteva sintetizzare meglio il modo di rappresentare, nell’ordinamento italiano, l’ambiguo (e confuso) principio dei *Best interests of the child*. I contingenti interessi (non a caso, declinati al plurale) del minore vanno scrutinati volta per volta da una giurisprudenza del caso concreto, e non sono mai – val la pena di aggiungere – interessi “tiranni”. Unico, e fondamentale, è il profilo indefettibile della sua dignità, che la nostra Costituzione impone a suggello del suddetto principio. “Per vivere – sentenziava Primo Levi – occorre una identità, ossia una dignità”¹⁰.

Sembra, questa, un’anticipazione del cambiamento di passo impresso dalla Corte costituzionale. Se nel 1988 un’ordinanza aveva ritenuto “*ictu oculi* priva di qualsiasi fondamento” la questione di legittimità costituzionale dell’art. 569 cod. pen.¹¹, venticinque anni dopo la Consulta, preso atto del “principio acquisito nell’ordinamento internazionale di garantire effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, *davanti a ogni altra considerazione*”, dette luogo a un importante *revirement* affermando che, in pre-

⁹ GINSBURG, *Serena Cruz o della vera giustizia*, Torino, 1990.

¹⁰ LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986, p. 103.

¹¹ Corte cost., ord. 23 giugno 1988, n. 723 (est. Dell’Andro), in www.cortecostituzionale.it.

senza di un genitore reo di un delitto “contro la famiglia”, si impone comunque e in ogni caso “una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all’accertamento giudiziale sul reato *null’altro che il valore di ‘indice’* per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà”¹².

Fu questo il chiaro manifesto culturale della tormentata transizione dal primato indiscusso della legge alla progressiva penetrazione di una giurisprudenza animata da un dirompente anelito di “giustizia del caso concreto”.

Al tempo stesso si erano manifestati i nuovi scenari dischiusi dalle tecnologie emergenti, capaci di offrire concreta e palpitante attuazione a una “cultura del desiderio” nel campo della procreazione umana. La giurisprudenza costituzionale si esprime in una serie di sentenze impegnate in un progressivo “intervento demolitorio” [*sic*]¹³ di una legge “autoritaria”: la legge n. 40/2004, dettante “*norme [restrittive] in materia di procreazione medicalmente assistita*”. Particolarmente incisiva, e gravida di conseguenze, fu la decisione di rimuovere il divieto legale di ricorso alla p.m.a. di tipo eterologo, giudicato lesivo della “libertà di determinarsi e di formare una famiglia con figli”¹⁴ : principio, questo, disinvoltamente assunto come traduzione ideale del concetto americano di *autonomy*¹⁵ e ben presto utilizzato per trapiantare nel nostro ordinamento la norma europea – l’art. 8 CEDU – che impone “il rispetto della vita privata e della *vita familiare*”.

Morale della favola: una indiscriminata tutela dei *best interests of the child*, nella sua ambiguità, può in ultima analisi rivelare un profilo sconcertante: quello di servire da immagine pietosa e accattivante di realizzazione (più o meno legale: si pensi alla “surrogazione di mater-

¹² Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7 (red. Grossi), in www.cortecostituzionale.it.

¹³ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151 (red. De Siervo), in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 (red. Tesauro), in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵ ENGELHARDT JR, *Manuale di bioetica*, Milano, 1991, p. 102 ss.

nità) di uno dei più inquietanti “pretesi principi”: il c.d. diritto alla genitorialità.

La confusa situazione venutasi a creare in giurisprudenza in ordine alla necessaria determinazione in concreto dello specifico interesse in gioco del minore è sfociata nella chiamata in giudizio di due “casi paradigmatici” di nascita da coppie omosessuali, che hanno indotto i giudici a invocare l’intervento della Corte costituzionale: nel primo caso due donne, legate da un rapporto affettivo, programmano all’estero un procedimento di fecondazione assistita, ad esito del quale la prima di esse, fecondata con seme di donatore anonimo in funzione di procreazione per altri, diviene madre biologica di due gemelle mentre la seconda assume di fatto il ruolo di “madre intenzionale”, salvo poi essere a distanza di tempo disconosciuta come tale dalla prima a seguito dello scioglimento del loro rapporto¹⁶; nell’altro caso due uomini, sposati in Canada, programmano e realizzano una nascita mediante surrogazione di maternità: l’uno diventa padre biologico di due bambini di cui l’altro assume di fatto il ruolo di padre “intenzionale”¹⁷. La Corte costituzionale, con due sentenze coeve, dopo aver rilevato che “la Corte EDU ha ripetutamente ricondotto all’art. 8 CEDU la garanzia di legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale”¹⁸, e dopo aver valutato che “il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU appare corrispondente anche all’interno dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana”¹⁹, ha tuttavia riscontrato “un vuoto di tutela dell’interesse del minore”²⁰ ed ha ravvisato “l’imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori che non può non spetta-

¹⁶ Corte cost., 28 gennaio 2021, n. 32 (red. Sciarra), in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷ Corte cost., 28 gennaio 2021, n. 33 (red. Viganò), in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸ Corte cost., n. 32/2021, cit., n.2.4.1.2.

¹⁹ Corte cost., n. 33/2021, cit., n. 5.7

²⁰ Corte cost., n. 32/2021, cit., n. 2.4.1.3

re, *in prima battuta*, al legislatore”²¹. In particolare la Corte costituzionale ha con la prima sentenza auspicato “una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabiliti dal minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale”²², e ha con la seconda invocato un intervento del legislatore in ragione dell’esigenza di introdurre un necessario bilanciamento tra una imprescindibile tutela degli interessi del bambino e “la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l’ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale”: un bilanciamento della cui necessità “si è fatta carico anche la giurisprudenza della Corte EDU”²³.

Come dire: l’autodeterminazione della coppia non può essere “tiranna” (ibidem); o meglio, non vi è spazio nel nostro ordinamento per una autodeterminazione procreativa fondata su un preteso diritto assoluto alla genitorialità. Ma a questo punto il discorso chiama in causa il significato stesso della parola “autodeterminazione”.

2.2. *Luci e ombre di un “dogma giurisprudenziale”: l’autodeterminazione terapeutica.*

Autodeterminazione è parola “nuova” per il civilista italiano. Non è rintracciabile nella nostra tradizione codicistica, non è contemplata nella Costituzione, non figura nella europea Carta di Nizza. Da lungo tempo è stata associata, nel linguaggio giuridico, al diritto internazionale: il principio della “autodeterminazione dei popoli” figura tra i fini della Carta dell’ONU e compare poi in apertura del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Bisogna attendere l’avvento del nuovo secolo per cogliere in giurisprudenza i primi segnali della sorprendente mutazione: il trasferimen-

²¹ Corte cost., n. 33/2021, cit., n. 5.9

²² Corte cost., n. 32/2021, cit., n. 2.4.1.4

²³ Corte cost., n. 33/2021, cit., n. 5.6.

to dal diritto internazionale al diritto civile, dal tradizionale riferimento ai popoli alla diretta riferibilità alla persona umana.

Una prestigiosa dottrina li ha ravvisati nella scarna motivazione di una sentenza della Corte costituzionale che, nell'interpretare il principio di tutela *del diritto fondamentale alla salute* sancito dall'art. 32 Cost. alla luce degli artt. 2 e 13, ha inteso porre in risalto “la nuova funzione del consenso informato quale sintesi di *due diritti fondamentali* della persona: *quello all'autodeterminazione* e quello alla salute”²⁴ Questa interpretazione, per così dire “additiva” e indubbiamente ardita, del testo dell'art. 32 Cost. è stata valorizzata dalla menzionata dottrina come il presupposto di una “rottura netta” con il passato in virtù di “un vero e proprio trasferimento di potere, anzi di sovranità”. “La “rivoluzione” del consenso informato – scrisse Stefano Rodotà – modifica le gerarchie sociali ricevute, dando voce a chi era silenzioso di fronte al potere del terapeuta e succubo indirettamente del potere politico”: attribuì, prendendo a modello l'autodeterminazione dei popoli, una legittimazione dogmatica alla voce “sovrana” dell'autodeterminazione²⁵.

La preannunciata “rivoluzione” non ha mancato di incontrare un diffuso successo.

Poggia sul rivoluzionario *principio* del “rispetto dell'autodeterminazione” l'innovativa categoria della “medicina potenziativa ed estetica” introdotta nel 2014 dal Codice di deontologia medica (art. 76) che consente a un *individuo* di richiedere (e ottenere) dal medico “interventi finalizzati al potenziamento delle proprie fisiologiche capacità psicofisiche”, aggiungendo – in termini confusi e approssimativi – che “gli interventi diagnostico-terapeutici *con finalità estetiche* rivolti a *minori o incapaci [sic]* si attengono all'ordinamento [?]”.

²⁴ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438 (red. Saulle), in www.cortecostituzionale.it.

²⁵ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 259.

Sono questi i segni premonitori di una vera e propria metamorfosi del concetto di salute²⁶. Non si tratta della definitiva conferma del passaggio dalla salute intesa come mera assenza di malattia o di infermità a una “sanità” definita dalla Costituzione dell’Organizzazione mondiale della Sanità come uno “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale” (1948); ma della arbitraria attribuzione all’*individuo* di un potere di autodeterminarsi in senso positivo *oltre* la terapia, *oltre* la sanità. Si avvertono chiaramente le tracce del mito nordamericano di una sconfinata fiducia nelle cosiddette “*enhancement technologies*” che affascina al tempo stesso filosofi, scienziati e medici e si proietta sempre più verso scenari dominati dalla corsa verso il superamento dei confini di quella che un tempo veniva definita la dimensione naturale della vita e della salute umana. “*Better than well* - così scrive il bioeticista Carl Elliott – *American Medicine Meets American Dream*”²⁷. È questa la “*rivoluzione biotecnologica*” di cui Francis Fukuyama ipotizza, fin dall’inizio, le inquietanti conseguenze nel delineare pensosamente “*Our Posthuman Future*”²⁸.

Dalla “cultura del desiderio”, di cui avevamo riscontrato traccia nel percorso giurisprudenziale verso la progressiva espansione della procreazione medicalmente assistita, alla “cultura del sogno” il passaggio dunque è breve, ma non privo di inquietanti profili etici e sociali; e ancor di più lo è la c.d. “cultura del capriccio”, frutto di “una esasperata concezione *volontaristica* della salute”²⁹.

Non si tratta certamente di un capriccio, ma di una “cultura della speranza” (spesso, della disperazione) quando l’autodeterminazione del paziente si fa “sovrana” traducendosi in una esasperata pretesa di

²⁶ TALLACCHINI e TERRAGNI, *Le biotecnologie. Aspetti etici, sociali e ambientali*, Milano, 2004, p. 10

²⁷ ELLIOTT, *Better than Well: American Medicine Meets the American Dream*, New York, 2003.

²⁸ FUKUYAMA, *L'uomo oltre l'uomo. Le conseguenze della rivoluzione biotecnologica*, Milano, 2002.

²⁹ CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 352 ss.

indicare al medico un trattamento sanitario, o una terapia, non conforme ai canoni del “circuito sanitario ufficiale”. Due casi, per così dire, “mediatici” hanno suscitato l’interesse di medici, di giuristi, di politici, di popolo, e stimolato le attese della moltitudine dei pazienti interessati ponendo all’attenzione del pubblico la “scoperta” di metodiche e di trattamenti “non convenzionali”. Sul finire del secolo è “esploso” il c.d. “multitratamento Di Bella”; dopo poco più di dieci anni è stata la volta del “metodo Stamina”. In entrambi i casi le reazioni sono state clamorose. I medici sono stati prevalentemente recalcitranti rispetto alle novità. Le opinioni dei giuristi teorici si sono variamente diversificate. La giurisprudenza pratica si è, a sua volta, “spaccata” dando luogo a una contrapposizione tra decisioni “compassionevoli” e decisioni “resistenti”. Al livello politico si è verificata, in entrambi i casi, una circoscritta “apertura” sul piano normativo. Con riferimento al “caso Di Bella” sono state emanate “disposizioni urgenti per l’erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica” (d.l. 16 giugno 1998, n. 186). Nella “vicenda Stamina” al primo punto di riferimento normativo – un decreto ministeriale del 2006 sulle cosiddette “cure compassionevoli” – “si è sovrapposta una legge (la n. 57 del 2013) recante una regolamentazione specifica [...], con contestuale avvio di un percorso di sperimentazione clinica, [...] privilegiando principi di continuità terapeutica [...] in deroga temporalmente circoscritta ai parametri costituzionali”³⁰. L’auspicio di un ritorno alla piena operatività di tali parametri è desumibile dalle motivazioni, per la verità alquanto contorte, delle sentenze della Corte costituzionale che hanno manifestato l’intento di porre fine alle suddette “aperture” sul piano normativo. Intervenendo in merito al “caso Di Bella”, la Corte costituzionale ha osservato che “non sarebbe ragionevole imporre allo Stato l’obbligo di fornire gratuitamente prestazioni mediche, anche se solo ipoteticamente efficaci, non potendo ricadere sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento

³⁰ Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274 (red. Morelli), in www.cortecostituzionale.it.

terapeutico preferito [*sic*]]³¹. Quanto al “caso Stamina” la Corte costituzionale, con la sentenza già menzionata, ha richiamato i parametri costituzionalmente collaudati, confermando il principio secondo cui, *si licet videre in futurum*, “decisioni sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore”³². Fa testo, in proposito, la fondamentale sentenza n. 282/2002³³, all’uopo esplicitamente citata.

È, invece, frutto del diffondersi di una “cultura” che potrebbe chiamarsi “della supponenza” una vicenda *lato sensu* rivoluzionaria che caratterizza il recente sgretolamento dell’ “unico grande corpo normativo in materia di trattamenti sanitari obbligatori, quello concernente i bambini”, sulla scorta dell’incalzare di una legislazione regionale particolarmente sensibile al diffondersi di pretese di “autodeterminazione individuale anche in campo sanitario”³⁴. Significativamente, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione Il Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale 2012-2014 dava conto del graduale superamento dell’obbligo vaccinale in diverse regioni, provocando – era il piano medesimo ad affermarlo – “una grave limitazione del diritto costituzionale alla salute che occorre rapidamente superare”³⁵.

Emblematica è la vertenza “Regione Veneto c. Stato”, sfociata in un aspro contrasto legislativo, “ennesimo cascame della vituperata riforma del Titolo V della Costituzione”³⁶. È del 2007 una legge di quella Regione (Legge della Regione Veneto, n. 7/2017) che sospendeva l’obbligatorietà delle vaccinazioni contro difterite, tetano, poliomelite ed epatite virale B. Dieci anni dopo il Parlamento ha approvato una

³¹ Corte cost., 13 giugno 2000 n. 188 (est. Guizzi), in *www.cortecostituzionale.it*.

³² Corte cost., n. 274/2014, cit.

³³ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282 (red. Onida), in *www.cortecostituzionale.it*.

³⁴ LONGO, *Commento all’art. 32*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, I, Torino, 2006, p. 668.

³⁵ Il testo del Piano è acquisibile in *www.salute.gov.it*.

³⁶ GRISI, *Note a caldo sull’obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 24.

legge che rende obbligatorie e uniformi per tutto il territorio nazionale quelle e altre vaccinazioni nel quadro di una generale strategia vaccinale (Legge 21 luglio 2017, n. 119). La Regione Veneto non ha esitato a sollevare immediatamente una serie di questioni di legittimità costituzionale contrapponendo alla scelta del legislatore statale l'efficacia della diversa strategia adottata dalla propria legge, ribadita come "più rispettosa della libera autodeterminazione individuale". La Corte costituzionale si è pronunciata nel senso della non fondatezza o dell'inammissibilità di tali questioni. Confermando in via di principio che "le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale" la sentenza³⁷ sembra dunque perentoria nel porre fine al processo di superamento dell'obbligo vaccinale da parte della legislazione regionale, ma è al tempo stesso esplicita nell'evidenziare che "la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso".

Orbene l'odierno contesto, caratterizzato da una pandemia che assume contorni drammatici e produce effetti paragonabili a quelli di una "guerra"³⁸, dovrebbe ragionevolmente indurre a ritenere imprescindibile una vaccinazione obbligatoria estesa a tutta la popolazione: quando è in gioco la salute di tutti "non si può pensare che l'autodeterminazione di ciascun individuo possa dominare incontrastata"³⁹. Non a caso il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 adottato dal Ministero della Salute (con Decreto del 12 marzo 2021) reca linee di indirizzo utili al fine di "garantire la vaccinazione secondo standard uniformi".

³⁷ Corte cost., 18 gennaio 2008, n. 5 (red. Cartabia), in www.cortecostituzionale.it.

³⁸ ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 11.

³⁹ GRISI, *Note*, cit., p. 22.

Paradossalmente la concreta realtà che stiamo vivendo sembra sconfessare queste previsioni. Ma è proprio vero che “*la trincea debole dei no-vax è [soltanto] un confine culturale?*”⁴⁰.

2.3 *Il problematico avvento legislativo di una singolare “dogmatica sanitaria”*.

All’itinerario che si pone idealmente “dalla parte del paziente” – considerato come “parte debole” da privilegiare, talvolta come “consumatore” – fino al punto, come si è appena visto, di fondare sul “dogma” dall’autodeterminazione individuale il fulcro ideale di una tutela della salute congeniale a una “medicina dell’obbedienza giurisprudenziale”⁴¹, si è venuta contrapponendo, a partire dalla seconda decina del secolo presente, l’itinerario di un “nuovo legislatore” che aspira a porsi *super partes* (o, forse, più precisamente a servizio dell’ “interesse della collettività”) ma che di fatto modifica in certo qual modo l’identificazione della parte “debole”, spostandone il fulcro dalla prioritaria “autodeterminazione” del paziente alla difesa della autonomia professionale della corporazione dei medici: i quali avevano progressivamente manifestato il loro disagio provocando una diffusa reazione a cui venne dato appunto, in gergo, il nome di “medicina difensiva”.

Spunta, così, un nuovo “dogma”: le linee guida, traduzione letterale non priva di ambiguità delle *Guide-lines* della tradizione medica anglo-americana. Infatti, mentre queste ultime suggeriscono la via privatistica delle “raccomandazioni sviluppate in modo sistematico per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche” (*Institute of Medicine*, 1992), le italiane consorelle – previste, in prima battuta, dalla c.d. legge Balduzzi (legge n. 189/2012) e riprodotte, con modifiche, dalla c.d. legge Gelli -Bianco

⁴⁰ PANEBIANCO, *La trincea debole di novax è un confine culturale*, in *Corriere della sera*, 19 aprile 2021.

⁴¹ FIORI, *La medicina delle evidenze e delle scelte sta declinando verso la medicina dell’obbedienza giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 925.

(legge n. 24/2017) – rivelano una propensione, ambigua, a privilegiare, ma non troppo, la via pubblicistica confusamente delineata dal legislatore: il quale, peraltro, non rinuncia a qualificarle come “*raccomandazioni*, a cui i medici *si attengono salve le specificità del caso concreto*” (Legge Gelli – Bianco, art. 5, comma 1).

La dottrina non ha mancato di osservare che “le linee guida sono un paradosso, se si attribuisce loro la precettività propria del diritto positivo”⁴². Di fatto i giudici penali hanno provveduto, fin da subito, a disattendere una simile interpretazione, decidendo perentoriamente che “le linee guida rappresentano un valido ausilio scientifico per il medico che con queste si deve confrontare, ma non fanno venir meno l’autonomia del professionista nelle scelte terapeutiche”⁴³. Ed è tuttora valido l’ammaestramento della Corte costituzionale, formulato in relazione a una questione particolarmente significativa in materia di terapie elettroconvulsivanti (è il caso “Regione Marche c. Stato”)⁴⁴, secondo cui “non è, di norma, il legislatore a poter stabilire specificamente quali sono le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni”.

Il punto di arrivo di questa singolare vicenda di “dogmatica medica” è paradossalmente rappresentato, nella pratica, da un tendenziale ribaltamento della regola normativa, al punto che, ovviamente, è stato giudicato in colpa grave il medico che “si attiene alle linee guida accreditate anche quando la specificità del quadro clinico del paziente suggeriva un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato dalle menzionate linee guida”⁴⁵.

⁴² FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, p. 277.

⁴³ Cass. pen., 19 settembre 2012, n. 35922.

⁴⁴ Corte cost., n. 282/2012, cit., n. 4.

⁴⁵ Cass. pen., 8 luglio 2014, n. 2168.

Il rilevato paradosso rappresenta, forse, il punto di emersione più marcato delle difficoltà che si incontrano, qui come nelle ipotesi precedentemente passate in rassegna, nello sforzo di innestare – in una irrinunciabile prospettiva evolutiva della tutela della salute dei minori – una serie di “dogmi” più o meno avvertitamente recepiti da indirizzi culturali e fondamenti etici diversi da quelli che contraddistinguono le nostre tradizioni e i nostri principi fondamentali.

3. *Scrutando il futuro. Oltre i dogmi, riscoprire la Costituzione.*

È proprio vero che “la Costituzione ha ormai fatto il suo tempo”?; che “a farlo capire basta comunque ricordare che quand’essa è entrata in vigore il Paese era antitetico a quello odierno”⁴⁶?

Non è proprio così. Il manifesto culturale sintetizzato dal fortunato appello individualista al “*Diritto di avere diritti*”, esaltato in Europa dal Titolo II della Carta di Nizza (e in particolare dall’art. 7 che, riproducendo l’art. 8 CEDU, inneggia al “rispetto della vita privata e della vita familiare”), ha incontrato sempre più autorevolmente il controlimite del “*Dovere di avere doveri*”⁴⁷. Di recente, Gustavo Zagrebelsky, nello scrivere di “*Diritti per forza*” (2017), ricorda come, “sorprendentemente”, Norberto Bobbio confidasse che “se avessi qualche anno di vita davanti a me e la forza necessaria mi assistesse ancora, scriverei un’*età dei doveri*”.

La congiunzione tra diritti e doveri che ai frettolosi, e irriducibilmente liberisti, interpreti della Costituzione è apparsa un vero e proprio ossimoro, cessa di risultare tale se, riabilitando la dimensione aggregante della solidarietà, si riscopre appunto in tale principio, opportunamente rivalutato, la chiave di volta per una ricostruzione non ossimorica del dettato normativo⁴⁸.

⁴⁶ ODIFREDDI, *Costituente per scienziati*, in *La stampa*, 26 maggio 2020.

⁴⁷ VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Bologna, 2014

⁴⁸ ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in Marone (a cura di), *Analisi di un ossimoro costituzionale?* (Atti del seminario di Napoli, 19 ottobre 2018), Napoli, 2019.

È proprio in questa direzione che si è sviluppata in dottrina una discussione avente ad oggetto la costruzione di una “proposta di idee in forma *normativa* per un diritto gentile in medicina”, che consentisse di “uscire dall’astrazione che si limita all’applicazione al rapporto di cura di categorie costruite sul modello del contratto”⁴⁹. “Lo sforzo comune di giuristi e medici ha portato a quel risultato – un buon risultato dal punto di vista normativo – che è la legge n. 219/2017”⁵⁰.

La legge, che mi piacerebbe di qui in avanti chiamare “Legge Zatti” (*Norme in materia di consenso informato*), premette (art. 1, comma 1) di voler operare “nel rispetto dei principi degli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e dei primi tre articoli del Titolo I (*Dignità*) della Carta di Nizza” [n.b.: nessun riferimento agli articoli del Titolo II, e in particolare all’art.7]. Intende “promuovere e valorizzare una “*relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico*” (art. 1, comma). Si avverte chiaramente, nella delineazione di questo obiettivo, l’influsso della storica sentenza della Corte di Cassazione sul “caso Englaro”, nella cui motivazione si leggeva dello spazio da riservare a una “alleanza terapeutica che tiene uniti il malato e il medico nella *ricerca*, insieme, di ciò che è *bene* rispettando i percorsi culturali di ciascuno”⁵¹.

Tornando, dunque, alla “legge Zatti”. Fondamentale è la *ricerca*, e quindi il tempo da destinare alla comunicazione: “Il tempo della comunicazione tra medico e paziente [o chi lo rappresenta] costituisce tempo di cura” (art. 1, comma 8).

In caso di minori, il *bene* non sono i generici e ambigui *best interests of the child*; è “la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua *dignità*” (art. 3, comma 2).

L’*autodeterminazione*, tutelata dalla legge come diritto della persona (art. 1, comma 1), si traduce nella “*autonomia decisionale* del paziente” destinata a “*incontrarsi* con la competenza, l’autonomia pro-

⁴⁹ ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, *Parte seconda*, p. 1.

⁵⁰ ZATTI, *L’intendance suivra ...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 182.

⁵¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro. it.*, 2007, I, c. 3025.

fessionale e la responsabilità del medico” (art. 1, comma 2). Non ha, quindi, la dimensione “rivoluzionaria” (né tanto meno il potere “sovra-no”) che, nell’ambiguità della parola, le attribuisce il dogma giurisprudenziale. È semplicemente – suggerisce Francesco D’Agostino - “l’*autodeterminazione verso il bene*, cioè, kantianamente, l’*autonomia*”⁵².

Nell’*incontro*, “basato sul consenso informato”, l’autonomia professionale del medico, che l’autorità del medico legale definisce in termini di “*appropriatezza*, che trae forza e coerenza dal binomio *scienza e coscienza*”⁵³, deve “comprendere una formazione iniziale e continua dei medici – aggiunge e sottolinea la legge – in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative” (art. 1, comma 10).

4. *Sofferenza e “relazione di cura e di fiducia”.*

Il messaggio conclusivo della sentenza sul caso Englaro invitava a ricordare sempre che “il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di *sofferenza*”⁵⁴.

Di questo compito si fa carico la “legge Zatti”, che assegna al medico il dovere di “adoperarsi per alleviare le sofferenze del paziente, anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato” dal medico stesso, fermo restando che, “in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente” (art. 2, commi 1 e 2). In particolare, “qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta [...] le con-

⁵² D’AGOSTINO, *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino, p. 36.

⁵³ BARNI, *L’appropriatezza della decisione medica*, in *I diritti in medicina*, in LENTI, PALERMO FABRIS, ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 37.

⁵⁴ Cass., n. 21748/2007, cit., n. 6.1

sequenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica” (art. 1, comma 5).

Questo compito è al centro, oserei dire è la principale missione, della “relazione di cura e di fiducia” che questa legge intende “promuovere e valorizzare” (art. 1, comma 2); è la “idea normativa” che essa ha scelto per una concreta realizzazione della “tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione” (art. 1, comma 1).

L’autodeterminazione del paziente (parola ambigua e fuorviante, come abbiamo più volte osservato), qui assunta come “diritto della persona”, deve essere interpretata nella sua valenza correlata agli altri diritti, a cominciare dal “diritto alla vita”. Non deve servire ad affrettare la morte.

La Corte costituzionale ha di recente, nelle motivazioni delle sue due decisioni sul “caso Cappato”, scritto e ribadito che la legislazione oggi in vigore non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente [...] trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte”⁵⁵.

E la dottrina più rigorosa, pur favorevole all’introduzione nel nostro ordinamento di una disciplina del c.d. suicidio assistito (e, in prospettiva, di una forma di eutanasia), non ha mancato di chiarire che “una considerazione complessiva della legge 219/2017 impone di riconoscere come la stessa si arresti ben prima dell’orizzonte, anche prospettico, aperto dal caso Cappato”⁵⁶.

Sorprendente, e palesemente incoerente, risulta allora la scelta della Corte costituzionale di rinvenire, “*nell’odierno frangente*, un preciso ‘punto di riferimento’ [...] costituito dalla disciplina racchiusa negli artt.1 e 2 della legge 219/2017” ritenendola “utilizzabile”, *nelle more*

⁵⁵ Corte cost., 23 ottobre 2018, ord. n. 207 (rel. Modugno), n. 9; Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242 (red. Modugno), n. 2.3, in <https://www.cortecostituzionale.it/>.

⁵⁶ AZZALINI, *Il “caso Cappato” tra moniti al Legislatore, incostituzionalità “prospettate” ed esigenze di tutela della dignità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 545.

dell'intervento del Parlamento, ai fini della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 cod. pen., in quanto "attinente in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti necessari alla loro sopravvivenza"; ed è quanto meno opinabile, in particolare, la possibilità di accertare, come fattore determinante che "agevola l'esecuzione del proposito di suicidio", "la capacità di autodeterminazione del paziente"⁵⁷ senza andare al di là del significato che la "legge Zatti" assegna a tale diritto. E' senz'altro da condividere, quindi, l'auspicio, "ribadito con vigore" dalla Corte, che "la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore; ma preoccupa la "condizione" che ciò avvenga "conforme ai principi precedentemente enunciati".

5. *Minore: chi era costui?*

La Costituzione non ne dà notizia. Parla di *minoranze*, delle "minoranze linguistiche" che "tutela con apposite norme" (art. 6); mai di *minori*.

Parla, invece, di "*maternità, infanzia, gioventù*" (art. 31, comma 2), ossia delle prime "stagioni" della vita umana, della vita di ciascuno di noi. E ne parla non già in termini di una *tutela* ancorata a una istituzionale "incapacità legale di agire", alla stregua del dogma astrattamente desumibile dall'art. 2 del codice civile; bensì in termini di "*protezione*": protezione di persone insuscettibili di essere genericamente ricondotte a una categoria tipizzante, ma concretamente individuate, nel corso delle prime fasi del processo di "pieno sviluppo" della loro personalità e del loro normale inserimento in un ambito familiare, come soggetti "deboli" in ragione della loro "minore età".

Insomma, nel sistema normativo della Costituzione la previsione dell'art. 31, comma 2, deve essere interpretata alla luce dell'art. 2, comma 2 e degli artt. 29 ss. Ne consegue che la protezione legale di

⁵⁷ Corte cost., n. 242/2019, cit., n. 5.

queste persone non si risolve integralmente nel dogma codicistico dell'incapacità legale di agire; deve aprirsi, "allo stadio attuale della sua evoluzione, a tre ordini di esigenze diversi ma collegati: esigenze di protezione patrimoniale, di protezione personale, di protezione all'interno del nucleo familiare"⁵⁸; ma non è chiamata a proclamare il "ribaltamento della prospettiva tradizionale" nel "trionfo dell'autodeterminazione sull'eterodeterminazione"⁵⁹, quasi a voler sostituire il dogma antico con un nuovo dogma, che potrebbe risultare viziato di apriorismo.

Il giurista fedele allo spirito della Costituzione ha, invece, il compito di sottoporre a continua verifica i dogmi vecchi e nuovi mediante un'attenta analisi volta a cogliere tempestivamente le inesorabili sfasature tra dogmi opposti avviati a un lento tramonto e, al tempo stesso, a favorire il formarsi e il consolidarsi di indirizzi legislativi ancora non completamente delineati.

Torniamo, a questo punto, alla legge ideata per costruire "un diritto gentile", "che sappia, cioè, ascoltare la verità, spesso sottile, delle relazioni che regola, e non cadere con peso di piombo sulle aspettative e i bisogni delle persone"⁶⁰: una legge tutta da sperimentare nella giurisprudenza, che ha già cominciato a fornire criteri orientativi per la valutazione in concreto di fatti a cui non era ancora applicabile. È il caso affrontato da una bella sentenza della Corte di cassazione dello scorso dicembre ("rinvio al giudice di merito per accertare se sia intervenuto un informato, inequivoco, autentico e attuale dissenso della paziente, Testimone di Geova, all'emotrasfusione")⁶¹.

La disciplina normativa dedicata ai "minori di età" dai primi due commi dell'art. 3 ha l'aspetto di un "prontuario" di complesse linee normative ispirate al principio della solidarietà, offerto al giudice per

⁵⁸ GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, p. 189.

⁵⁹ STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, pp. 362 e 371.

⁶⁰ ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina*, cit., p. 2.

⁶¹ Cass., 23 dicembre 2020, n. 29469, in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

valutare e decidere *de iure condito* casi concreti in presenza di una doppia relazione di gracilità della persona “debole”.

La prima relazione, con gli esercenti la responsabilità genitoriale (o il tutore), è impostata all’insegna di una *formale* “soggezione” del minore “al consenso informato al trattamento sanitario del minore espresso o rifiutato” da questi ultimi: i quali, peraltro, sono a loro volta *sostanzialmente* “soggetti”, all’interno della stessa relazione, all’impegno di “tener conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità” (art. 3, comma 2). È una relazione di *fiducia reciproca*, in grado di andare *oltre* il rapporto unidirezionale di responsabilità genitoriale per proiettarsi congiuntamente verso la seconda relazione. Alla giurisprudenza è affidato il compito, irrinunciabile, di risolvere i possibili conflitti traducendo caso per caso in coerenti “linee di prassi” le duttili “linee normative” tracciate dal legislatore.

La seconda è propriamente una relazione *di cura e di fiducia*, che in concreto può anche risultare prioritaria rispetto alla prima. Essa coinvolge direttamente il medico, nei confronti del quale “la persona minore di età ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione” (art. 3, comma 1), e più in generale al rispetto del proprio “diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione”(art. 1, comma 1), fermo restando comunque che il minore “deve ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà”. Fondamentale è, qui, il compito del singolo giudice, eventualmente chiamato alla decisione del caso concreto, di porsi alla ricerca di un terreno di “comunicazione tra medico e paziente” che consenta di costruire, o ricostruire, le modalità e i tempi di un “incontro” tra “l’autonomia decisionale del paziente” e “la competenza e l’autonomia professionale del medico”, così da poter valutare l’operato di quest’ultimo in termini di “responsabilità” (art. 1, comma 2).

In entrambe le relazioni emerge, per la prima volta al livello legislativo, la rilevanza caso per caso della “*volontà*” della persona minore, percepibile a partire dalla prima infanzia (personalmente ricordo la mia infantile ribellione all’imposizione dell’uso della mano destra). Non si parla mai, come si è detto, di una generale incapacità legale del minore; al contrario si prevede un generico diritto alla *valorizzazione* delle sue “capacità”, che vanno oltre la mera “capacità di discernimento” (e del correlativo “diritto all’ascolto” garantito al “fanciullo” dall’art. 12 della Convenzione di New York e inserito nel codice civile come art. 315 *bis* dalla legge n. 219/2012), per aprire in prospettiva la strada all’apprezzamento di vere e proprie capacità decisionali, in particolare nell’ambito della “categoria mobile e liquida degli atti identitari della vita corrente”⁶².

In definitiva, la pseudo-categoria dei minori di età si frantuma in concreto in una pluralità variegata di persone umane accomunate agli inizi della vita da una generica dimensione di gracilità, che non assume mai il carattere di una nuova pseudo-categoria ghezzante, ma si sviluppa per strade diverse lungo “un percorso che si muove dalla protezione alla promozione” con l’intento di “incentivare l’integrazione”⁶³.

I protagonisti di questo percorso assumono fisionomie e fattezze concrete. Ne abbiamo incontrati alcuni in questo nostro “viaggio nella gracilità”: dalla bambina figlia di due madri (la madre biologica e quella “intenzionale”) che bussava alle porte della Corte costituzionale per vedere riconosciuta la sua identità, ai fanciulli strappati alle famiglie *border line* accusate dagli atroci racconti degli stessi fanciulli poi rivelatisi falsi; da Serena Cruz, la ragazza sbalottata tra una famiglia “illegale” e un’adozione decisa dal Tribunale dei minorenni, al giovane Adam Henry, tormentato Testimone di Geova.

6. *Un antenato: Ascanio, gracile figlioletto di Enea.*

⁶² SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 215 s.

⁶³ POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, 2014, p. 983.

È tempo di pandemia. E riemergono, come si è scritto, storie di guerra: ricordi di vicende drammaticamente vissute, per alcuni pochi sopravvissuti (*quorum ego*); testimonianze e racconti, spesso romanzzati, per i più.

Dalla rovinosa guerra di Troia fugge Enea, eroe omerico e virgiliano. Ha appeso al collo il vecchio padre Anchise; lo segue, a piccoli passi incerti, il giovanissimo figlio Ascanio.

Giorgio Caproni, “un genovese di Livorno, un limpido poeta” (così lo descrive, in un’intervista, la scrittrice Maria Luisa Valenti Ronco), rimase folgorato imbattendosi, in una piazza bombardata di Genova, in un monumento rappresentante quella scena. E ne scaturirono questi versi struggenti del poemetto “*Il passaggio di Enea*”:

“Enea che in spalla
Un passato che crolla tenta invano
di porre in salvo, e al rullo di un tamburo
ch’è uno schianto di mura, per la mano
ha ancora così gracile un futuro
da non reggersi ritto”.

Nessuna spiegazione potrebbe meglio descrivere (oserei dire, incarnare) un modello, antico e moderno, di solidarietà per la gracilità: la gracilità di Ascanio che, tenuto per la mano da Enea, è destinato a un futuro.

CARMELITA CAMARDI
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università Ca' Foscari Venezia

MANCATA COOPERAZIONE ALL'ADEMPI- MENTO E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il problema della reazione alla mora del creditore da parte del debitore parte di un contratto sinallagmatico. – 2. Gli orientamenti favorevoli alla risoluzione del contratto nelle ipotesi di cosiddetto inadempimento “anticipato”. – 3. Rilevanza della mora del creditore e risoluzione del contratto per iniziativa del debitore.

1. Il problema della reazione alla mora del creditore da parte del debitore parte di un contratto sinallagmatico.

Le riflessioni che seguono affrontano da un angolo visuale non del tutto approfondito dai cultori della materia un tema che attiene alle interferenze tra disciplina dell'obbligazione e disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, quando l'equilibrio del rapporto obbligatorio viene turbato dalla mancata cooperazione del creditore nel rendere possibile l'adempimento del debitore, e però la situazione concretamente generata da codesto comportamento non può essere riguardata e correttamente valutata a prescindere dagli effetti a loro volta generati sul complessivo rapporto contrattuale esistente tra le parti (nonché contraenti). È questa una prospettiva di indagine che vorrebbe istituire un dialogo serrato tra la dimensione del rapporto obbligatorio e quella del contratto. Dimensioni tenute separate dal codice (anche) con riferimento al tema degli effetti della mora del creditore, ma che andrebbero invece riannodate lungo una linea idonea a recuperare a sistema la diversa valenza che la mancata cooperazione del creditore può esplicare a seconda che si manifesti nel contesto di un rapporto obbligatorio isolatamente considerato, ovvero in quello di un contratto a prestazione corrispettive, e in questo ambito, in talune tipologie specifiche di contratti.

Questo riannodamento dei fili non è infrequente nello studioso della sistematica del codice civile, e nemmeno vuol mettere in evidenza un deficit regolativo del medesimo, atteso che la disciplina dell'obbligazione serve tutto l'insieme dei rapporti giuridici di diritto privato, da qualunque fonte originati, ed è stata perciò dotata di un'astrattezza funzionale alla tendenziale uniformità di trattamento di tali molteplici rapporti; mentre la disciplina del contratto serve – nella cifra dell'autonomia privata – quei rapporti di distribuzione e circolazione dei beni ai quali la scelta originaria del nostro ordinamento giuridico ha affidato il compito sociale di organizzare la “giusta” e razionale allocazione della ricchezza. Si tratta piuttosto di prendere atto da parte dell'interprete della necessità di superare la dimensione atomistica della disciplina della *mora credendi* per immergerla nella complessità della relazione contrattuale e riconnettere i singoli istituti all'insegna della cifra della reciprocità e in riferimento all'assetto corrispettivo degli interessi tra creditore e debitore espresso dal regolamento contrattuale, piuttosto che dal singolo rapporto obbligatorio.

Il problema che si vuol discutere, dunque, è quello degli strumenti di tutela offerti al contraente debitore allorché il contraente creditore rifiuti senza motivo legittimo la prestazione o ne ostacoli il compimento. È del tutto condivisa la rappresentazione per la quale il debitore si viene in tal caso a trovare, in ragione della mancata cooperazione del creditore, in circostanze negative connotate dalla dilatazione del vincolo obbligatorio oltre il tempo sul quale il debitore aveva fatto affidamento, e cioè dal persistere di uno stato di soggezione, con tutti gli oneri connessi, e dall'allontanamento di quella fase temporale nella quale un debitore dinamico (il modello di debitore assunto ad oggetto nello studio in questione) può giocare altre *chances* di investimento e di profitto con nuovi interlocutori e con nuovi affari. Uno studio monografico recente ed assai ampio mette in luce come a fronte di una tale anomalia del rapporto obbligatorio la comparazione possa offrire all'interprete curioso di altri ordinamenti una gamma di possibili modelli rimediali, connessi alla tipologia del vincolo, al rapporto eventualmente corrente tra le parti e

alle condizioni del mercato, e sostanzialmente da includere in due possibili alternative¹.

La prima, classica, strutturata secondo la logica accolta nella disciplina del nostro codice e condizionata dalla natura del rapporto obbligatorio in cui è immersa, oltre che dall'idea della sua persistenza a fronte della mora, prevede il percorso che muove dall'offerta, percorre le tappe del deposito successivo eventuale, la convalida giurisdizionale, e finalmente esita nella liberazione senza adempimento, accompagnata dal ristoro dei costi e dei danni frattanto subiti dal debitore.

La seconda, invece, pur muovendo dall'offerta, non necessariamente passa attraverso il deposito, ma vede il debitore muoversi sul mercato, cercare un'alternativa sostitutiva, provare a disfarsi, ad esempio, delle cose da consegnare e poi, consumati rapidamente questi tentativi, sciogliere il rapporto fonte dell'obbligazione e liberarsi in tal modo. È evidente che in questa seconda prospettiva il debitore è preso in considerazione come contraente, titolare di un interesse che eccede quello alla mera liberazione di un vincolo perché ne include uno più ampio che è quello alla realizzazione – o alla tempestiva rinuncia – ad un affare più complesso, messo in forse dall'atteggiamento del creditore, e la cui persistenza appare perciò non più conveniente né ragionevole².

Ritornando alla disciplina del nostro codice, se si volesse praticare al suo interno questo secondo modello, un interrogativo diventa immediatamente inevitabile. Dove si legge che –stante la mora e al riparo dai costi dovuti alla dilatazione non voluta del rapporto – il debitore può sciogliersi dal vincolo contrattuale e trovare rapidamente un rapporto sostitutivo, piuttosto che salire la china temporale

¹ Il riferimento è al volume di DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, diretto da Schlesinger, Roppo, Anelli, vol.VI, *Le obbligazioni*, Milano, 2019. Il presente contributo trae spunto dalla presentazione del volume tenutasi on line il 15 luglio 2020 per iniziativa del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

² Questo modo di ragionare si trova nel volume di DELLACASA, *La cooperazione*, cit., già dall'esordio della trattazione, p.4 e ss., e prosegue per tutto il primo capitolo.

e burocratica del deposito o della intimazione a ricevere e poi della nomina di un sequestratario, per ottenere il semplice effetto di liberarsi dall'obbligazione?

Certamente di ciò non si parla negli artt. 1206 e ss. c.c. e nemmeno in altri capi della disciplina dell'obbligazione, la cui dimensione prettamente unilaterale non prevede reazioni del debitore alla mancanza di cooperazione del creditore che non siano quelle protese alla mera liberazione senza adempimento della prestazione. Questo è vero, ma la cifra del diritto delle obbligazioni – come ho già detto – per una serie di ragioni attinenti alla costruzione sistematica del nostro ordinamento civilistico si consuma nella sua astrattezza, nella sua adattabilità dunque a qualunque serie di casi indipendentemente dalla fonte che sorregge il vincolo obbligatorio. Ma questa potenzialità è anche il suo limite, tutte le volte in cui l'interprete deve concretizzare la fattispecie e riempire gli inevitabili vuoti che l'essenzialità di una disciplina astratta rivela a contatto dell'inesauribile produzione di casi che le dinamiche sociali propongono. Il che è esattamente ciò che avviene, quando debitore e creditore rivestono concretamente la posizione di contraenti, parti di un contratto a prestazioni corrispettive, e sono perciò reciprocamente debitori e creditori delle prestazioni che compongono il sinallagma; sicché il rifiuto di cooperare di una parte può interferire non solo nei piani di liberazione dell'altra, ma anche nei suoi piani prettamente economici, in ragione dei quali l'aspettativa economica da proteggere non è solo quella di una "ragionevole" durata del vincolo obbligatorio, ma è anche e soprattutto quella di una ragionevolmente profittevole esecuzione, o riconversione, dell'operazione contrattuale a suo tempo concordata con la controparte, ora divenuta creditore non cooperativo.

Se anche questo è vero, non resta che volgere lo sguardo alla disciplina dei contratti, per verificare se vi siano agganci normativi utili a far sì che la mora del creditore non sia più soltanto uno strumento di protezione del debitore ingiustamente vessato da un creditore riluttante e dispettoso, ma possa valere anche come presupposto per consentire al debitore contraente una rapida rimeditazione dell'affare o nella direzione della conservazione del contratto, ovvero nella direzione opposta: ma in entrambi i casi con la copertura

che la responsabilità del creditore moroso gli offre nei termini di cui all'art.1207, comma 2³. Il ponte così allungato tra obbligazione e contratto, tra dimensione unilaterale della prima e dimensione bilaterale del secondo, potrebbe allora conferire alla *mora credendi* un'altra valenza: integrativa e complementare a quella che la tradizione di studio dell'istituto ci ha abituato a conoscere. Non solo, ma per taluni aspetti una dimensione anche avversa a quella tradizionale, e però nel solco di una sua rivalutazione funzionale: nella prospettiva contrattuale, infatti, il debitore non necessariamente subirebbe il tempo della mora, ma – per così dire – se ne potrebbe giovare per ridefinire le sue strategie economiche e reagire ad armi pari ad eventuali, ingiustificate tattiche dilatorie del creditore non cooperativo.

Si delinea così la pista da esplorare per poter offrire al contraente debitore che vede rifiutata la sua prestazione nella dimensione di un contratto sinallagmatico, in ragione della mancata cooperazione del creditore all'adempimento, l'alternativa – presente in altri sistemi – di conservare o sciogliere il rapporto. Nel primo caso, la disciplina della mora di cui agli artt. 1206 ss. c.c., pur con tutti i limiti segnalati dalla dottrina, assolverebbe al suo compito conservativo, permettendo al debitore di liberarsi della singola obbligazione e di mantenere in vita il contratto. Ma se il debitore, a sua volta creditore di una controprestazione a carico del contraente non cooperativo, potesse offrire la prova per la quale la mancata cooperazione del creditore denota in realtà la sopravvenienza di un disinteresse per lo scambio programmato ed annuncia in modo inequivoco anche l'inadempimento della controprestazione, e potesse ancora argomentare il suo

³ Questo è un aspetto essenziale da mettere subito in evidenza. Gli effetti protettivi della mora si producono dal giorno dell'offerta (validata o accettata) e si protraggono fino al momento della liberazione, una volta validato o accettato il deposito. Ciò dovrebbe significare che il debitore contraente è coperto fino a quando non si creano i presupposti per la sua liberazione, avvenga questa per effetto del deposito, oppure per effetto della risoluzione. In tal senso DELLACASA, *op. loc. cit.*, p. 94 ss. Resta evidente che il debitore non potrà a sua volta prolungare speculativamente il tempo di tale copertura, ma dovrà in buona fede decidere verso la risoluzione, se ne ha l'occasione, tempestivamente. Sarà il criterio della correttezza il parametro utile a stabilire il momento ragionevole per questa scelta, evitando di caricare sul creditore, sebbene moroso, il costo di ritardi che il debitore poteva evitare.

interesse – sondato il mercato e verificate altre opportunità – allo scioglimento del contratto piuttosto che alla sua conservazione, quale sarebbe in questo caso il fondamento della eventuale risoluzione del contratto?

L'interrogativo non trova una risposta puntuale nella disciplina della risoluzione per inadempimento, la quale pone a presupposto del rimedio di cui all'art. 1453 un comportamento del contraente debitore qualificabile come inadempimento conclamato della sua prestazione, e di non scarsa importanza alla stregua dell'art. 1455; e non considera rilevante a tal fine – sul piano letterale – la semplice mancata cooperazione all'adempimento della prestazione offerta dall'altro contraente. Inoltre, stando ancora alla lettera della norma, il rimedio risolutorio è azionabile a fronte dell'inadempimento di una prestazione della quale il creditore abbia già maturato il diritto di chiedere l'adempimento o l'esecuzione in forma specifica, e sembra escludere perciò di poter assumere come presupposto della risoluzione quel comportamento non cooperativo del creditore che non abbia evidente e immediata ricaduta sull'adempimento della controprestazione, soprattutto se questa non è ancora venuta a scadenza e non è quindi esigibile dal debitore che si è visto rifiutare la sua prestazione.

Alla stregua di tali argomenti di tenore letterale, dunque, quell'idea di ricollegare alla mora del creditore contraente di un contratto a prestazioni corrispettive, l'ingresso da parte del debitore diligente al rimedio non conservativo della risoluzione del contratto, resterebbe nulla più che una suggestione indotta dalla comparazione con altri ordinamenti, che invece ampliano lo spazio dello scioglimento contrattuale anche ad altre ipotesi non strettamente coincidenti con l'inadempimento conclamato.

Ma questa sarebbe una conclusione affrettata, e figlia di una metodologia interpretativa che confina i suoi risultati negli spazi angusti dell'interpretazione letterale, omettendo di valutare la dialettica variabile degli interessi in gioco alla luce delle *rationes* che presiedono

alla disciplina della risoluzione nel contesto sistematico dell'autonomia contrattuale e degli incentivi alla corretta ed efficiente gestione delle operazioni contrattuali⁴.

Da questa angolazione, allora, il problema che si è voluto segnalare a partire da un approccio comparativo, e dalla valutazione dell'insufficienza della disciplina della *mora credendi* rispetto alla protezione degli interessi del debitore parte di un contratto sinallagmatico, va adesso diversamente inquadrato, alla luce di alcuni orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che hanno allargato il rimedio risolutorio, estendendolo alle fattispecie cosiddette di inadempimento "anticipato"; nonché delle previsioni del codice presenti nella disciplina di alcuni contratti tipici. La verifica dovrà accertare se il comportamento non cooperativo del contraente al momento dell'offerta della prestazione da parte dell'altro possa avere, alla luce degli interessi oggetto del contratto, la stessa rilevanza o rilevanza analoga a quella di un inadempimento, indipendentemente dal fatto che la prestazione del creditore riluttante non sia ancora scaduta; e stabilire quindi se il rifiuto della prestazione possa sorreggere in capo al debitore diligente – contraente fedele – allo stesso tempo una doglianza non solo risarcitoria, ma attinente alla stessa conservazione del contratto.

Tale operazione interpretativa – qualora andasse a buon fine – presenterebbe il vantaggio pratico di offrire al debitore contraente fedele un rimedio tempestivo ed efficace contro tutti i pregiudizi che la mora del contraente può generare nel contesto dell'intera operazione economica, nonché il vantaggio sistematico di disincentivare comportamenti opportunistici e speculativi dei contraenti, consistenti nel tenere artificialmente in vita un contratto che non può più raggiungere il suo scopo economico. Essa presenta tuttavia un costo teorico elevato, poiché proietta pressoché integralmente la valutazione del comportamento del creditore contraente in mora nell'orbita propria dei comportamenti obbligatori e della dinamica adempi-

⁴ Vedi, per questa impostazione, BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc dir.*, XL, Milano, 1989, p.1307, p. 1313 ss. Per una impostazione tutta incentrata proprio sul sistema degli incentivi, si veda il volume di TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.

mento/inadempimento, laddove – come noto – la prospettiva analitica prevalente in merito agli artt. 1206 e ss. c.c. ritiene tale disciplina sottratta a questa logica e rientrante per contro in quella propria dell'autoresponsabilità e dell'assunzione in capo all'agente delle conseguenze dannose verso i terzi derivanti dai comportamenti tenuti a proprio rischio. Ciò che si esprime nella nota disputa tra chi, per giustificare l'obbligazione risarcitoria posta dall'art. 1207 in capo al creditore in mora, qualifica la cooperazione del creditore all'adempimento come oggetto di un obbligo e chi invece preferisce ricorrere alla figura dell'onere⁵.

In altre parole, lo spostamento dell'angolo di osservazione della *mora credendi* dalla dimensione atomistica dell'obbligazione, che privilegia il rapporto potere - soggezione che le è proprio, a quella bilaterale e paritaria che è propria del contratto sinallagmatico, inevitabilmente implicherebbe una duplice valutazione del comportamento di ciascun contraente, non solo in quanto creditore di una prestazione, ma anche in quanto debitore di una controprestazione, e in tal senso responsabile anche dell'esecuzione complessiva del contratto nei termini propri del regolamento, alla luce della totalità degli interessi in esso riversati e con riguardo all'insieme degli affidamenti che ciascuna parte ha riposto e ancora ripone nell'accordo di scambio come fonte di un determinato assetto patrimoniale di vantaggi, costi e rischi.

La percorrenza di questa pista analitica presenta dunque anche uno spessore metodologico di non secondario rilievo. Se si privilegia la dialettica degli interessi in gioco, infatti, tocca all'interprete sdrammatizzare le alternative qualificatorie – sopra ricordate – entro le quali la ricostruzione della disciplina della *mora accipiendi* si di-

⁵ Sul tema, che sarà ripreso più avanti, e sulla tesi che qualifica la posizione creditoria alla stregua di un onere, ci permettiamo di rinviare al nostro *Commento art.1206 – 1207 Codice civile*, in Cuffaro (a cura di), *Commentario del Codice civile- Delle obbligazioni*, Torino, 2012, p. 736, p. 777, e *ivi* il dibattito e altri riferimenti. Per la contraria opinione, rinviamo per tutti al pregevole saggio di D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 77, che riprende la nota tesi di FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

batte, *more solito* si direbbe, in omaggio a questa o quella delle categorie dogmatiche utilizzabili nel diritto civile. E sviluppare per contro il suggerimento proposto nel volume già menzionato, per il quale “*sembra opportuno adottare un’impostazione diversa, libera dalla mediazione di concetti che appaiono difficilmente adattabili al dato normativo e giurisprudenziale. È preferibile porre direttamente in relazione i rimedi previsti dalla legge con gli interessi protetti, evitando di [...] interporre categorie elaborate a priori*”⁶.

Inoltre, ed è questa un’altra indicazione metodologica non secondaria, la prospettiva che parte dalla ricostruzione della dialettica degli interessi in gioco permette di valorizzare la dimensione empirica e fattuale delle diverse fattispecie nel loro porsi nella realtà degli affari, e di elaborare la disciplina più appropriata mettendo sul piatto una gamma più ampia di soluzioni possibili, quali risultanti dalla dimensione ormai multilivello del nostro ordinamento: ciò che consente altresì di valorizzare anche la dimensione comparativa ed europea, dai sistemi di *civil law* a quelli di *common law*, al cosiddetto diritto uniforme, come una dimensione non “esterna” e comunque suscettibile di essere amministrata sul piano ermeneutico in modalità del tutto compatibili con i principi fondanti dell’ordinamento interno. L’intento infine è quello di fornire un contributo interpretativo in termini di efficienza, e non certamente quello di dare ingresso a logiche puramente sanzionatorie del comportamento eventualmente scorretto del creditore, indipendentemente dalla valutazione il più possibile oggettiva dei rischi tipici che il prender parte ad una certa operazione economica comporta per i suoi protagonisti, alla luce di un realistico criterio di razionalità economica, tenendo conto della logica degli incentivi e della coerenza con il ragionevole affidamento che gli operatori economici ripongono nel contratto e nel comportamento della controparte.

2. *Gli orientamenti favorevoli alla risoluzione del contratto nelle ipotesi di cosiddetto inadempimento “anticipato”.*

⁶ DELLACASA, *La cooperazione all’adempimento*, cit., p. 86.

Come si accennava, la possibilità di concedere al debitore che offre la sua prestazione tempestivamente e diligentemente la possibilità di reagire al rifiuto illegittimo del creditore, nel contesto di un contratto di scambio, azionando il rimedio risolutorio, piuttosto che portando a termine la lunga e defatigante procedura di cui agli artt. 1206 e ss. c.c., dipende *in primis* dall'ammissibilità di un'interpretazione estensiva dei presupposti dell'art. 1453 c.c. intesa ad includervi fatti/comportamenti imputabili al contraente che non si manifestano attraverso un conclamato inadempimento di una prestazione senz'altro esigibile dalla controparte, cioè venuta a scadenza, ma che inequivocabilmente lo annunciano rendendo antieconomica la prosecuzione del rapporto; e poi dalla possibilità di includere fra questi anche il rifiuto illegittimo del creditore, allorché tale condotta denoti inequivocabilmente un disinteresse per l'attuazione dello scambio ovvero lo abbia definitivamente compromesso (di questo profilo ci si occuperà più avanti).

Cominciando dal primo profilo indicato, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che ammettono tale possibilità, sin dalla prima fase di vigenza del codice civile e fino ai giorni nostri, sono pressoché concordi nel ritenere giustificabile questa estensione in due serie di casi: quando il debitore dichiara spontaneamente *prima della scadenza del termine* di non voler adempiere la prestazione (figura – questa – non coincidente con quella normata dall'art. 1219, n. 2 c.c.); e quando il debitore “*non mette tempestivamente in atto le attività e i mezzi indispensabili perché possa seguire la puntuale prestazione di quanto dovuto, sicché l'esatto adempimento per tal fatto si appalesa irrealizzabile ancora prima che maturi la scadenza*”⁷, e la

⁷ In questi termini MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, p. 249.; nello stesso senso ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 607, p. 612 ss.; TARTAGLIA, *Dichiarazione di risoluzione del contratto per fatto imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 20; DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 5; PUTORTI, *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 121; PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*, nota a Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, p.728; VENTURELLI, *Tutela dilatoria “anticipata” e contratto*

prosecuzione del rapporto si riveli per tal via del tutto priva di giustificazione.

Con riferimento alle ipotesi di dichiarazione anticipata di non voler adempiere, un intelligente contributo degli anni '60 non si limita a discorrere persuasivamente della analogia tra questa dichiarazione e quella rilasciata in forma scritta dal debitore ai sensi dell'art. 1219, n. 2, e nemmeno soltanto della rilevanza ulteriore e diversa che la dichiarazione *ante diem* può rivestire rispetto alla posizione del creditore che la riceve. L'Autore, infatti, per un verso costruisce un ragionamento che valorizza in termini di inadempimento la mancata esecuzione di quelle attività preparatorie che condizionano l'esecuzione corretta della prestazione entro il termine, nella misura in cui tale omissione dà la certezza che la prestazione non sarà conseguita⁸. Per altro verso, e proprio in relazione alle aspettative del creditore contraente, valorizza lo stato di insicurezza che la dichiarazione anticipata di non voler adempiere genera su tali aspettative, perché tradisce l'affidamento e trasgredisce "all'obbligo implicato dal vincolo di non revocare la volontà solutoria espressa al tempo del contratto"⁹. In entrambi i casi, l'operazione ermeneutica sposta all'indietro la maturazione del diritto del creditore di reagire prontamente a comportamenti del debitore che mettono a repentaglio l'idoneità del contratto ad "attuare la sua destinazione"¹⁰, alla sola condizione che il timore di un pregiudizio non evitabile sia consistente, e che il mutamento nel comportamento (come nelle condizioni) del debitore sia tale da far dubitare della "realizzabilità causale" del contratto. Accertato tutto questo, il rimedio risolutorio diventa necessario ad assicurare il legittimo interesse del creditore a sciogliersi da un vincolo che non potrà realizzare le aspettative suscitate e regolamentate nel contratto: la protezione anticipata evita in tal senso che l'attesa

di appalto, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 42; DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contr.*, 2013, p. 556. Una trattazione sistematica del tema si trova nella monografia di VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013.

⁸ Il riferimento è al noto contributo di FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 251.

⁹ FRAGALI, *op. loc. cit.*, p. 256.

¹⁰ FRAGALI, *op. loc. cit.*, p. 259.

della scadenza del termine e l'espletamento *solo allora* delle procedure esecutive addossi al creditore contraente fedele il rischio di non conseguire, in tutto o in parte, quanto il contratto gli attribuiva, ed anche quello di non essere nemmeno reintegrato nella posizione precedente. Senza contare i casi in cui il creditore che ha fatto affidamento sulla prestazione che il debitore dichiara in anticipo di non volere adempiere necessita di un certo tempo per poterla rimpiazzare e per potere a sua volta adempiere altri contratti la cui esecuzione sarebbe pregiudicata dalla prestazione inadempita del primo debitore. O ancora i casi nei quali il credito la cui prestazione è stata anticipatamente negata si trovasse oggetto di una cessione, o semplicemente di una valorizzazione formale, dovendosi in tal caso scontare tale valore economico del pregiudizio generato dalla dichiarazione anticipata di non voler adempiere¹¹.

Questi ragionamenti trovano fondamento sistematico non solo nella corretta ricostruzione dell'inadempimento nel contesto di un programma negoziale i cui contenuti e interessi eccedono il perimetro della singola prestazione inadempita; ma anche nella valorizzazione di quella che viene definita "l'ispirazione" dell'ordinamento verso la rilevanza di mutamenti e modificazioni patrimoniali capaci di far dubitare della realizzabilità del programma negoziale, quali formalizzati in diverse fattispecie di parte generale e parte speciale¹².

La risoluzione anticipata allora rappresenterebbe l'unico rimedio in grado di salvaguardare l'interesse del creditore contraente fedele, che *adesso* fa affidamento proprio sulla mancata attuazione del contratto¹³, a rientrare prontamente sul mercato, evitando anche che il

¹¹ MURARO, *op. cit.*, p. 283, nel contesto di un ragionamento giustamente incentrato sul valore del tempo avuto riguardo alle esigenze di sostituzione della prestazione rifiutata (qui l'A. parla di "essenzialità del tempo residuo"); ovvero a quelle di una adeguata pianificazione industriale o economica in generale (qui l'A. parla di "irriducibilità del tempo residuo" e di "irreparabilità dell'attesa") (p. 286 ss.).

¹² FRAGALI, *op. cit.*, p. 259.

¹³ Così DELLACASA, *Inadempimento prima del termine*, cit., p. 12, a sottolineare con tale argomento non solo la rilevanza delle dichiarazioni e dei comportamenti di ciascuna parte anche nell'esecuzione del contratto sotto il profilo della buona fede, ma anche la rilevanza del ritardo nell'adempimento, esplicitamente

debitore possa trarre vantaggi speculativi dal protrarsi di un rapporto divenuto inutile per la controparte. Corrispettivamente, all'analogo scopo di evitare comportamenti speculativi del creditore, che non trovasse più conveniente quel contratto per ragioni attinenti alla sua sfera, anche la valutazione dell'inadempimento anticipato del debitore andrebbe sottoposta al criterio di cui all'art. 1455, e la non scarsa importanza continuerebbe a svolgere anche in questi casi il ruolo di strumento correttivo delle eventuali distorsioni cui potrebbe essere piegato il potere del creditore di reagire alle violazioni contrattuali operate dal debitore¹⁴.

Questa impostazione del problema è stata portata a termine dalla dottrina più recente, la quale ha – per così dire – normalizzato il tema della risoluzione anticipata del contratto includendolo fra le operazioni di definizione della fattispecie di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c., il cui presupposto sarebbe un inadempimento di non scarsa importanza, *anche se non attuale*, vale a dire anche se determinatosi in pendenza di una condizione o di un termine. La conclusione positiva è costruita, proprio a partire dall'esame della dialettica degli interessi in gioco, sulla considerazione per la quale l'interesse del creditore contraente fedele a vedersi riconosciuto il diritto allo scioglimento del vincolo, per non poter più riporre ragionevole affidamento sull'esatta e spontanea esecuzione della prestazione, si ricava direttamente sia dal 3° comma dell'art. 1453, sia dall'art. 1455. L'uno

sancita dal punto di vista dell'interesse del creditore anche nella norma che impedisce l'adempimento tardivo nel caso di cui al 3° comma dell'art. 1453 c.c., (sul punto esplicitamente BELFIORE, *op. cit.*, p. 1314), ovvero in quello di cui al comma 2°, n. 2 dell'art. 1219 c.c.. Insomma, in parole semplici, il debitore non può adempiere quando vuole e non sempre può cambiare idea dopo aver deciso di non adempiere (e qui di nuovo DELLACASA, *Inadempimento prima del termine*, cit., p. 13, testo e nota 25, p.15).

¹⁴ Conduce efficacemente questi ragionamenti PUTORTI, *op. cit.*, p.127 ss., sulla scorta di BELFIORE, *op. cit.*, p.1319, 1322 ss. Del resto anche TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 91 ss., quando indirettamente discorre dell'inadempimento annunciato o anticipato affrontando il tema dell'inclusione nel risarcimento del danno a carico del debitore di tutte le spese sostenute dal creditore, afferma che proprio nel caso in cui "ritardo e inesattezza siano evidenti in anticipo al creditore", questi non può aver diritto al risarcimento delle spese inutili che poteva evitare attesa quella evidenza. Vedi sul punto immediatamente *retro* nel testo.

perché impedisce al debitore di adempiere in ritardo, *dopo* la domanda di risoluzione; l'altro perché, nell'ottica del mercato, si ritiene garantisca il creditore anche da quei comportamenti del debitore che rendono gravemente incerto l'adempimento spontaneo e con esso scarsamente utile la conservazione del contratto per il contraente fedele. Quest'ultimo, infatti, come si evince dalla disciplina degli artt. 1183 ss. c.c., ha sempre diritto a conoscere il tempo di attuazione del contratto e quindi a programmare nel contesto meno incerto possibile l'assetto e l'allocazione del proprio patrimonio, anche in considerazione dei limiti posti dall'art. 1223 c.c. alla tutela risarcitoria; dovendosi altrimenti paradossalmente ammettere che il codice abbia voluto privilegiare l'interesse del debitore ad adempiere nel momento che gli è più comodo e a lucrare così arricchimenti ingiustificati a scapito del creditore. *Ratio*, quest'ultima che davvero non risulta dall'equilibrio costruito dal codice nel rapporto obbligatorio, come in quello contrattuale di scambio. Se ne desume la *normale* rilevanza della dichiarazione di non voler adempiere, la quale capovolge l'affidamento del contraente fedele (dall'aspettativa del vantaggio contrattuale all'aspettativa di un pregiudizio) e legittima l'ingresso ai rimedi di protezione della sua sfera economica, tanto quanto i comportamenti attivi od omissivi del debitore inequivocabilmente qualificabili come inadempimenti di non scarsa importanza¹⁵.

La rilevanza della dichiarazione di non voler adempiere si desume anche da un ragionamento prospettato con riferimento alla misura dell'eventuale risarcimento del danno da risoluzione relativo alla posta delle spese infruttuosamente sostenute dal contraente fedele in vista dell'adempimento. Ed infatti, poiché il risarcimento dell'interesse positivo non può eccedere il ricavo mancato, eventuali spese eccessive sostenute dal creditore non dovrebbero essere risarcite, realizzandosi altrimenti un (inammissibile) incentivo sul creditore a

¹⁵ Per questa impostazione, lucidamente BELFIORE, *op. cit.*, p.1314, secondo il quale la piena rilevanza dei comportamenti del debitore che non consentono "al creditore un ragionevole affidamento sull'esatta spontanea esecuzione della prestazione" si desume da testi diversi dall'art.1453, comma 1, e precisamente dalla disciplina del ritardo racchiusa negli artt. 1453, comma 3 e 1455 c.c.. Oltre che dalle norme di parte speciale citate più avanti nel testo.

compiere anche spese inutili ed inefficienti facendo conto opportunisticamente sul successivo risarcimento a carico del debitore. Se questo è vero, allora la dichiarazione anticipata di non voler adempiere quantomeno rende avvertito il creditore contraente in buona fede dell'opportunità di evitare da quel momento spese inutili (che non potranno essergli risarcite in base al combinato degli artt. 1223 e 1227 c.c.). E se questa è la sua rilevanza giuridica quanto al risarcimento delle spese sostenute in buona fede dal creditore che la riceve, non si vede perché non si debba allora concedere allo stesso creditore edotto – e non certo avvantaggiato – del futuro inadempimento il rimedio di un'immediata risoluzione del contratto accompagnata da un'obbligazione risarcitoria la cui entità è fermata e calcolata al tempo della dichiarazione, e in una misura presumibilmente più conveniente per il debitore che deve farsene carico¹⁶. Da questa angolatura, infine, si comprendono meglio anche le considerazioni di chi discorre intorno a tale dichiarazione e alle possibili reazioni dell'altro contraente nei termini (sostanziali) di una procedura consensuale di risoluzione del contratto¹⁷.

Se queste sono le possibili argomentazioni di sistema a favore della definizione del campo applicativo della risoluzione per inadempimento *inclusivo* anche di quei comportamenti tenuti dal debitore in pendenza di un termine (o di una condizione)¹⁸ l'analisi delle norme presenti in parte speciale offre un contributo ancora più significativo.

¹⁶ TRIMARCHI, *op. loc. cit.*, p. 91.

¹⁷ DELLACASA, *Inadempimento prima del termine*, cit., p. 16 ss., il quale ritiene possibile che il creditore, a seguito della dichiarazione di non voler adempiere, non solo sia legittimato a manifestare in via stragiudiziale la volontà di sciogliere il contratto, ma anche che sia legittimato al rifiuto della prestazione offerta successivamente dal debitore (al quale peraltro spetterebbe l'onere di interpellare il creditore prima di offrire la prestazione che aveva dichiarato di non volere eseguire).

¹⁸) L'analisi della disciplina della pendenza contrattuale in questa chiave, con riferimento alla finzione di avveramento della condizione, è condotta da PUTORTI, *op. cit.*, p. 140, con l'intento di sottolineare come la violazione della correttezza in pendenza della condizione (artt. 1358-1359 c.c.) determini un'ipotesi non già di *culpa in contrahendo*, bensì di inadempimento contrattuale, indipendentemente dalla natura della condizione (di diritto o di fatto).

In materia di vendita di beni mobili, l'art. 1517, comma 2, c.c. contempla il caso del compratore il quale, alla scadenza del termine previsto per la consegna delle cose offerte dal venditore, non si presenta per riceverle e nemmeno le accetta, così privando il venditore debitore della cooperazione necessaria a liberarsi. Ebbene, se l'obbligazione di pagare il prezzo non è scaduta, la mancata ricezione delle cose offerte produce la risoluzione di diritto del contratto, perché già nella valutazione del legislatore essa prefigura il mancato pagamento del prezzo e dunque il sopravvenuto disinteresse all'attuazione dello scambio, e ciò nonostante che vi sia ancora margine per il pagamento del prezzo. Questa previsione appare estremamente significativa da un duplice punto di vista: innanzitutto perché configura proprio un'ipotesi nella quale lo stesso legislatore mostra di considerare del tutto inutile la prosecuzione del rapporto di scambio quando uno dei contraenti tiene un comportamento contraddittorio con la funzione del contratto, e dunque il venditore è liberato e reso disponibile ad un pronto rientro sul mercato. In secondo luogo perché – come diremo meglio più avanti – il comportamento del compratore stigmatizzato nella norma quale presupposto della risoluzione sembra più vicino a quello del creditore di cui all'art. 1206 c.c., che non a quello del debitore inadempiente. Ma sul punto ritorneremo a breve.

Ancora più esplicita la disposizione di cui all'art. 1564 c.c., in materia di somministrazione, alla stregua della quale l'inadempimento di singole prestazioni che abbia una "notevole importanza" legittima l'altro contraente a chiedere la risoluzione del contratto qualora ne venga menomata la "fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti". Qui il legislatore mette in forma l'interesse del contraente a reagire all'incertezza generata dal ritardo nell'esecuzione di una prestazione periodica o continuativa, quando l'importanza o la frequenza dei ritardi sia tale da compromettere l'interesse dell'altro contraente ad una programmazione dell'assetto patrimoniale congrua e controllabile.

Analogamente, in materia di contratto di appalto, alla stregua dell'art. 1662 c.c., il committente che accerti nel corso della verifica dell'opera che la stessa non viene eseguita in conformità al contratto

né a regola d'arte può fissare un congruo termine di conformità, trascorso il quale senza che l'appaltatore abbia provveduto, il contratto è risolto. Qui il legislatore mette in forma l'interesse ad evitare un'inutile prosecuzione del rapporto, con conseguenti aggravii di costi da parte di entrambi i contraenti, quando un inadempimento parziale (questa volta di non scarsa importanza) e precedente la consegna dell'opera è tale da configurare con più che probabile certezza la frustrazione degli interessi del committente, perché l'opera finale non sarà conforme al contratto. Ipotesi questa che può ritenersi comprensiva sia dell'inadempimento consistente nell'esecuzione di un'opera (difforme o difettosa) mancante delle caratteristiche richieste dal contratto o dalle regole di produzione; sia del ritardo nell'esecuzione delle diverse fasi lavorative, tale da prefigurare che l'opera non potrà in alcun modo essere completata nel rispetto dei termini di consegna.

Sulla stessa linea, l'art. 2224 c.c. in materia di contratto d'opera assegna al committente il diritto di fissare al prestatore che non "procede all'esecuzione dell'opera" conformemente al contratto o a regola d'arte un congruo termine per adeguarsi, trascorso il quale egli può recedere dal contratto.

L'insieme delle due norme da ultimo citate permette di ricavare una regola più generale, alla cui stregua il contraente di un contratto sinallagmatico, creditore di una prestazione la cui esattezza e completezza dipendono e devono essere precedute da un'attività preparatoria, a sua volta scandita nei tempi e nelle modalità esecutive, ha diritto di sciogliersi dal vincolo allorché l'inadempimento o il ritardo di una delle prestazioni preparatorie o strumentali sia tale da oggettivamente pregiudicare il conseguimento del risultato finale incluso e valorizzato nel regolamento contrattuale. In tali ipotesi, non occorre (ed è forse fuorviante) parlare di inadempimento anticipato: è proprio la dinamica concreta degli interessi contrattualizzati dalle parti – ove comprovata – a giustificare un giudizio sul comportamento della parte debitrice in termini di pieno inadempimento, risultando estranea alla razionalità specifica del codice la scelta di costringere il contraente fedele ad attendere quello che sarebbe l'inadempimento definitivo, sprestando risorse e tempo nel sollecitare una

corretta esecuzione del contratto, già compromessa dal comportamento della parte debitrice. Così come sarebbe irrazionale, e forse di scarsa utilità pratica, riversare poi sulla fase liquidatoria del risarcimento del danno tutte le spese e i danni che la risoluzione immediata avrebbe consentito al contraente fedele di evitare, permettendogli un pronto rientro sul mercato, e in tal modo una riprogrammazione ed un utilizzo efficiente del suo assetto patrimoniale¹⁹. Lo stesso ragionamento si può svolgere in relazione agli scambi ordinati secondo una sequenza procedimentale, come quelli che contemplanò la stipula di un preliminare e poi di un definitivo, allorchè nella fase di pendenza tra il primo e il secondo, il promittente venditore, ad esempio, compia atti lesivi del diritto al conseguimento della proprietà del bene in capo all'acquirente²⁰, rendendo del tutto inutile la prosecuzione del rapporto quando non impossibile la stipula del definitivo.

Se questo è il quadro che ragionevolmente può trarsi dall'ordinamento interno, si integrano perfettamente con esso, e viceversa, le corrispondenti norme del diritto europeo, internazionale privato, o di altri ordinamenti, che espressamente ammettono la conseguenza risolutoria del cosiddetto *breach of contract*, cioè del mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore alla luce degli impegni contrattuali assunti dal debitore; ed anche – con più specifico riguardo al common law – il cosiddetto *anticipatory breach*: la risoluzione del contratto prima della scadenza del termine di adempimento²¹. Dalla Convenzione di Vienna, ai principi Unidroit, ai PECL, non mancano previsioni esplicite che ammettono la risoluzione anticipata del contratto quando “prima della data di esecuzione del contratto è certo che una delle parti commetterà un inadempimento essenziale”

¹⁹ Sul punto, FRAGALI, *op. cit.*, p. 251, p. 253 ss; e MURARO, *op. cit.*, p. 264 ss., p. 286 ss.

²⁰ Si vedano il caso deciso da Cass., 21 dicembre 2012, cit., e il commento di DELLA CHIESA, *op. cit.*, p. 556; e le considerazioni di PUTORTI, *op. cit.*, p. 137 ss., che ravvisa il fondamento della responsabilità del debitore inadempiente direttamente nella violazione del contenuto negoziale, piuttosto che nella violazione del principio di buona fede.

²¹ In argomento utile la lettura di CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p.463, 468, 486 ss.; e di DALLA-CASA, *Inadempimento prima del termine*, cit., p. 575 ss.

(CISG, art.72)²². Il che può dirsi o perché la parte obbligata tiene comportamenti incompatibili con l'adempimento finale; o perché la stessa dichiara di non volere adempiere e tale dichiarazione può ragionevolmente essere interpretata come "seria", e in tal senso causa di un'incertezza sul risultato finale incompatibile con la permanenza del contratto. Nei PECL e nei principi Unidroit si legge che "*Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract*" (*Anticipatory non performance*: art.9:304 PECL e art.7.3.3 Unidroit). Dove all'espressione "*it is clear*" è affidato il compito, come è stato osservato²³, di evocare non soltanto un criterio di certezza assoluta del successivo inadempimento, ma altresì un criterio di elevata probabilità o pericolo evidente del medesimo.

Sul versante giurisprudenziale, da ultimo, gli orientamenti favorevoli all'anticipazione del rimedio risolutorio ad un tempo precedente la scadenza prevista per l'adempimento risalgono a tempi assai lontani e sembrano consolidarsi negli anni '30, con riferimento sia alla dichiarazione di non voler adempiere, sia al mancato approntamento delle attività preliminari e preparatorie necessarie al completamento di un ciclo lavorativo alla scadenza stabilita, e riguardano contratti di durata come, ad esempio, l'appalto²⁴ o la fornitura periodica²⁵; ovvero contratti in cui il debitore assume l'impegno a vendere una certa quantità di merce entro un termine e procede con tale lentezza da rendere inverosimile il raggiungimento dell'obiettivo entro la scadenza fissata²⁶; ovvero ancora contratti contenenti una obbligazione di non vendere le merci acquistate dal produttore in taluni mercati, rispetto alla quale il compratore dichiara di non voler adempiere²⁷.

²² PUTORTI, *op. cit.*, p. 125.

²³ CONTE, *op. cit.*, p. 487 ss.

²⁴ VENTURELLI, *Tutela dilatoria anticipata*, cit., *passim*.

²⁵ Riferimenti in MURARO, *op. cit.*, p. 256, p. 260 ss.

²⁶ PUTORTI, *op. cit.*, p. 129, p. 132 ss.

²⁷ E il caso deciso da Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, cit., commentato da PRINCIGALLI, *op. cit.*, *passim*.

3. Rilevanza della mora del creditore e risoluzione del contratto per iniziativa del debitore.

Ricondotta a sistema la figura del cosiddetto inadempimento anticipato, quale fattispecie direttamente regolata dalla disciplina generale del contratto, e contemplata in alcune discipline di settore, resta adesso da affrontare il tema che ha dato origine a queste riflessioni. E precisamente, l'indagine dovrà finalmente accertare se *anche* il comportamento non cooperativo del contraente/ creditore al momento dell'offerta di una prestazione da parte dell'altro possa avere, alla luce degli interessi oggetto del sinallagma, rilevanza analoga a quella di un inadempimento, allorché la prestazione reciproca del contraente/creditore riluttante non sia ancora scaduta, ma la relativa esecuzione sia influenzata dal mancato ricevimento della prestazione; ed ancora se il comportamento di costui possa ugualmente sorreggere in capo al debitore diligente – contraente fedele – una doglianza non solo risarcitoria, ma attinente alla stessa conservazione del contratto.

Scartando l'ipotesi che frattanto, dopo il primo rifiuto, la prestazione sia divenuta impossibile, con il che il debitore sarebbe comunque liberato, se questa è ancora possibile il ragionamento si deve focalizzare contestualmente sulla valutazione del comportamento del creditore dal punto di vista dell'impatto che questo produce nel sinallagma e rispetto alla prevedibile attuazione o inattuazione dello scambio, nonché sulle conseguenze che la mancata esecuzione della prestazione – che il debitore aveva pianificato – e la dilatazione del vincolo determinano nell'assetto patrimoniale del debitore medesimo e nelle sue personali dinamiche economiche. Nella disciplina del rapporto obbligatorio, come noto, entrambi i punti di vista sono inclusi nel percorso liberatorio offerto al debitore attraverso le due tappe fondamentali dell'offerta formale e poi del deposito e la fase di liquidazione del risarcimento dei danni e del ristoro delle spese di custodia e conservazione della cosa posti a carico del creditore in mora. Ma tale percorso, oltre che lungo e dispendioso, non prende in considerazione la posizione “contrattuale” del debitore, ma solo il suo interesse a liberarsi in un modo o in un altro da una specifica obbligazione.

È stato giustamente messo in rilievo in un recente ampio studio sulla *mora accipiendi* che, dal punto di vista della dinamica degli interessi, il debitore contraente che ha proceduto inutilmente all'offerta formale potrebbe anche maturare l'interesse ad un contratto sostitutivo, che in tempi relativamente rapidi gli consenta di riorganizzare la sua attività nei confronti di un nuovo partner collaborativo e interessato, piuttosto che proseguire nel dispendioso iter del deposito che attribuisce la prestazione ad un partner ormai disinteressato, per ottenere poi forzatamente il corrispettivo in sede di risarcimento²⁸. È ovvio che valutazioni di questo tipo da parte del debitore suppongono un mercato dinamico che facilmente gli offra un'alternativa efficiente e remunerativa con costi transattivi inferiori a quelli imposti dalla procedura del deposito; ma se così fosse, risulterebbe davvero difficile – dal punto di vista dell'efficienza degli scambi e degli incentivi a praticarli – escludere a priori che il debitore possa liberarsi non solo di un vincolo che si prolunga, ma dell'intero contratto, che altrettanto inutilmente si prolungherebbe in una situazione di reciprocità ormai imperfetta, e con rischi che potrebbero superare i vantaggi se la mancata cooperazione del creditore servisse – ad esempio – a celare una sua sopravvenuta difficoltà economica.

Se si ammette allora la rilevanza giuridica di questo interesse specifico del debitore diligente parte di un contratto sinallagmatico²⁹, il problema dell'accesso al rimedio risolutorio, che unisce l'alternativa sostitutiva al risarcimento di eventuali ulteriori danni, passa attraverso la qualificabilità del rifiuto di cooperazione del creditore alla stregua di un inadempimento: operazione ermeneutica che impone un articolato *caveat* preliminare che va subito esplicitato.

Più precisamente, non si intende qui affermare l'immediata automatica rilevanza del rifiuto illegittimo del creditore – come tale – alla stregua di un inadempimento rilevante *ex art. 1453 c.c.*. Ciò non sarebbe possibile per due ragioni. La prima è di ordine testuale, perché la conseguenza immediata che il legislatore collega al rifiuto di ricevere la prestazione è la *mora*, e tale circostanza non può essere

²⁸ Il riferimento è all'ampia monografia di DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento*, cit., p. 95 ss. in sede di analisi comparativa delle soluzioni offerte al tema dai vari ordinamenti.

²⁹ E ricordiamo sul punto le osservazioni di BELFIORE, *op. cit.*, nota 15.

del tutto ignorata. La seconda è di ordine sistematico, perché l'assimilazione della mancata cooperazione creditoria alla fattispecie dell'inadempimento richiede un'indagine ulteriore sull'equilibrio del contratto del quale il creditore è parte, e non può essere fondata *sic et simpliciter* sull'idea per la quale il creditore in mora sia *già inadempiente* rispetto ad un ipotetico obbligo giuridico di cooperazione, la cui violazione possa giustificare l'accesso del debitore al rimedio risolutorio.

Pure se così fosse, infatti, la mera violazione dell'ipotetico obbligo di cooperare all'adempimento non avrebbe altre conseguenze che quelle collegate alla mora attraverso l'art. 1207 c.c., cioè principalmente il trasferimento del rischio e il risarcimento del danno, ma non potrebbe *automaticamente* sorreggere il diritto del debitore di chiedere la risoluzione. Del resto, anche l'orientamento dottrinale che spiega le conseguenze sopra indicate come effetti della violazione dell'obbligo di cooperare posto in capo al creditore, piuttosto che del mancato assolvimento di un onere, svolge questa tesi in relazione allo scopo della giustificazione teorica (dell'art. 1207 c.c., cioè) dell'obbligazione risarcitoria del creditore in mora, prospettando un'argomentazione per la quale l'obbligazione risarcitoria deve – in quanto tale – essere basata sulla violazione di una regola di comportamento, e non potrebbe pertanto giustificarsi semplicemente sul principio dell'autoresponsabilità di chi agisce nell'interesse proprio (il creditore non cooperativo)³⁰. Le due soluzioni, come noto, producono conseguenze differenti circa la imputabilità (con o senza colpa) del rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione, come pure in merito all'*an* e al *quantum* del risarcimento che il creditore in mora deve corrispondere al debitore.

Riprendo qui, con queste poche battute, il tema della qualificazione giuridica del comportamento del creditore che rifiuta illegittimamente la prestazione, giusto per sottolinearne la valenza non in termini aprioristici, ma nella logica degli interessi in gioco. Ed infatti

³⁰ Per una ricostruzione recente del dibattito si rinvia a DELLACASA, *op. loc. cit.*, p. 73 ss., ed ivi altra bibliografia. Argomenta efficacemente in termini di autoresponsabilità TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 24 ss.; ugualmente CATTANEO, *Mora del creditore*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1994, XI, p.432, p. 437 ss.

– come pure notato – la teoria dell’onere e il conseguente affranca-mento della *mora accipiendi* dalla colpa del creditore, non trovano giustificazione in un’astratta qualificazione del diritto del creditore come posizione insuscettibile di connotati vincolistici, incompatibili con la natura stessa del diritto; quanto piuttosto nella necessità di promuovere e tutelare al meglio gli investimenti del debitore effettuati in funzione dell’adempimento e dell’attuazione del rapporto.

Ratio, quest’ultima, che la figura dell’onere può esprimere compiutamente solo se immersa nel contesto di una riflessione che privilegia il tipo di problema concreto alla cui soluzione le norme sulla *mora accipiendi* sono strumentali. Con essa non si vuole indicare un’astratta essenza concettuale, ma una scelta funzionale in termini di protezione di interessi, scelta che in tal caso sembra privilegiare un principio di efficienza e di incentivazione dei privati alla conclusione di operazioni economiche sulle quali poter fare comunque affidamento, piuttosto che un’esigenza di mera coerenza logica, come quella che reputa incompatibili *di per sè* il diritto con l’obbligo.

Sotto questo profilo, invero, assume luce diversa la teoria di Falzea, che invece ritiene il diritto soggettivo del creditore compatibile con una “zona” d’obbligo intesa proprio a tutelare il debitore contro l’esercizio del diritto con modalità non ammissibili e non incluse nel potere del creditore, che non può imporre al debitore un prolungamento ingiustificato del vincolo³¹. Assume una luce diversa sia sul piano teorico-donnatico, perché relativizza la costruzione del diritto soggettivo come libertà e potere dando spazio alla relazione cooperativa propria dell’obbligazione³²; sia perché – nella logica degli interessi – si pone nella stessa ottica propria della teoria dell’onere, come strumento di tutela degli investimenti effettuati dal debitore per adempiere e liberarsi, ma lo fa nell’intento di mitigare l’effetto di riallocazione dei costi generati dal rifiuto della prestazione, applicando anche al creditore una regola di imputazione dei

³¹ Vedi *supra*, nota 5.

³² D’AMICO, *op. cit.*, p. 91 ss., nell’accogliere la teoria di Falzea, argomenta in ordine al profilo della cooperazione creditoria collocandola su di un piano intermedio tra l’onere e l’obbligo, proponendo infine lo schema della obbligazione senza prestazione. Dal qual poi trae le dovute conseguenze in merito all’interesse risarcibile in capo al debitore.

rischi che lo esonera dal fortuito. Ed è questo infatti, a mio avviso, il vero tema della disputa, amministrato attraverso le categorie dell'onere e dell'obbligo: il tema della congruità della riallocazione delle conseguenze della mancata cooperazione e dei relativi rischi interamente in capo al creditore moroso oppure in parte anche al debitore, sebbene costui non disponga di alcuno strumento di controllo della sfera patrimoniale o personale del creditore.

Accertato dunque che il rimedio risolutorio *ex art. 1453 c.c.* “non sembra possa essere fondato sull'inadempimento di un'ipotetica obbligazione di cooperazione imputabile al creditore”³³, affinché la *mora accipiendi* possa dare ingresso alla risoluzione del contratto occorre rientrare nell'ottica dell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale, occorre cioè poterla valutare *alla stregua* di un inadempimento (anche se l'obbligazione corrispettiva del creditore moroso non è ancora venuta a scadenza). Ciò che può dirsi, considerate tutte le circostanze di fatto insieme e in relazione al contenuto del regolamento di interessi concordato, se il comportamento e/o le dichiarazioni del creditore non cooperativo siano tali da denotare in modo inequivocabile e definitivo il suo disinteresse all'attuazione dello scambio, sicché il rifiuto di cooperare possa realisticamente essere inteso come un deciso ripensamento della convenienza del contratto e come indice della volontà di rifiutare non solo lo specifico adempimento di quella prestazione, ma l'intera operazione economica prevista dal contratto. E se così fosse, scatterebbe nuovamente l'esigenza di proteggere al meglio e in maniera ancor più efficiente l'interesse del debitore a salvaguardare in ogni modo gli investimenti effettuati per condurre in porto l'operazione economica³⁴. Certamente non si tratta di una valutazione semplice e immediata, perché la valutazione del comportamento complessivo del creditore deve poter ragionevolmente esitare in un giudizio, in una prognosi, che faccia ragionevolmente prevedere che il creditore sarà inadempiente rispetto alla sua prestazione, inadempienza della quale la mancata cooperazione sarebbe l'indice incontestabile del futuro avveramento.

³³ Così DELLACASA, *op. loc. cit.*, p.102

³⁴ DELLACASA, *op. loc. ult. cit.*

Militano in tal senso proprio le norme che disciplinano il percorso procedurale imposto al debitore a fronte del rifiuto illegittimo della prestazione ritualmente offerta. Ragionando nell'ottica degli interessi, infatti, la procedura formale di offerta, condotta con l'intervento di un pubblico ufficiale, trova migliore giustificazione, piuttosto che nella protezione ideologica della sfera di libertà del creditore, nell'esigenza di rendere esplicita la sua volontà di proseguire o meno nell'esecuzione dell'operazione economica che lui stesso ha concordato. Nel senso che il rifiuto opposto *perfino* all'offerta formale³⁵, con la consapevolezza di doverne affrontare i costi insieme con i danni, può essere sufficiente a denotare con elevato indice di probabilità una nuova valutazione di convenienza da parte del creditore: una valutazione per la quale la diligente e piena esecuzione del contratto sarebbe per lui meno conveniente che non assumersi i costi della mora. Ovvero, detto altrimenti, il creditore trova più efficiente per il proprio asset patrimoniale rifiutare la prestazione e sostenere costi e risarcimenti di cui all'art. 1207 c.c., piuttosto che accettarla e condurre a termine il contratto.

Solo le circostanze specifiche del caso potranno sorreggere (o meno) un simile ragionamento e le successive conclusioni, ma se così fosse, allora, il rimedio risolutorio realizzerebbe la migliore combinazione degli interessi. Lo scioglimento del contratto per inadempimento del contraente creditore, che strumentalmente rifiuta la prestazione compromettendo l'intera operazione economica, eviterebbe al debitore l'inutile percorso della procedura formale di liberazione e il pregiudizio connesso alla difficoltà di riorganizzare *dopo* il proprio patrimonio in vista del rientro sul mercato. Al tempo stesso anticiperebbe la riconversione di entrambi i patrimoni verso operazioni economiche diverse da quella che, nonostante il contratto, non risponde più agli interessi di entrambe le parti: sicché il contratto, piuttosto che il singolo vincolo obbligatorio, non ha più ragione di essere prolungato; e la risoluzione diventa lo strumento più efficiente per riallocare sul responsabile i costi della mancata cooperazione e

³⁵ DELLACASA, *op. loc. cit.*, p.103.

quelli generati dalla violazione dell'affidamento che il contraente fedele aveva risposto nell'esecuzione del contratto³⁶.

Sarebbe questa dunque un'altra ipotesi di inadempimento anticipato, se si vuole ancora conservare questa denominazione già utilizzata per le ipotesi esaminate di dichiarazione anticipata di non voler adempiere e di inadempimento delle obbligazioni preparatorie e preliminari dell'esecuzione delle prestazioni principali, allorché questo renda più che probabile la frustrazione del contratto.

Alla luce di questi ragionamenti, è utile riconsiderare la ratio del già esaminato art. 1517 c.c. in tema di vendita mobiliare. In tal caso – fuori della disciplina delle obbligazioni e dentro quella del contratto di scambio per eccellenza – il legislatore nemmeno usa la parola “mora”: ma la fattispecie normata è una fattispecie di mora, segnatamente di mora del compratore, il quale alla scadenza del termine posto al venditore per la consegna delle cose, non si presenta per riceverle e nemmeno le accetta, così privando il venditore debitore della cooperazione necessaria a liberarsi. Ebbene, se l'obbligazione di pagare il prezzo non è scaduta, la mancata ricezione delle cose offerte produce la risoluzione di diritto del contratto, perché già nella valutazione del legislatore essa prefigura l'inadempimento più grave, ovvero il mancato pagamento del prezzo e dunque il sopravvenuto disinteresse all'attuazione dello scambio, e ciò nonostante che vi sia ancora margine per il pagamento del prezzo³⁷.

³⁶ Si è voluto in tal modo rendere evidente l'impostazione data a queste riflessioni nell'esordio del contributo, e cioè l'importanza di ristabilire una connessione tra disciplina dell'obbligazione e disciplina del contratto a prestazioni corrispettive anche e soprattutto in punto di disciplina dell'inadempimento, allorché la mancata esecuzione di una prestazione interferisce nel rapporto di interdipendenza tra le prestazioni e sulla stessa funzionalità del contratto agli interessi contrattualizzati dalle parti. Ciò che consente poi di ragionare in termini di violazione del contratto come di una categoria non coincidente con l'inadempimento di un'obbligazione, e di dare rilevanza in questa chiave – come qui si sta cercando di fare – anche a comportamenti che, pur non concretando tecnicamente un inadempimento, realizzano una violazione del contratto, e giustificano l'ingresso al rimedio risolutorio. Per una impostazione in tal senso si veda MONTANARI, *Risoluzione del contratto e risarcimento dell'interesse negativo*, in *Europa dir.priv.*, 2010, p.785, p. 790 ss.

³⁷ Ragiona in questi termini DELLACASA, *op. loc. cit.*, p.105.

Il valore paradigmatico di questa disposizione dal punto di vista dei rimedi offerti al debitore di un contraente-creditore non collaborativo non è compromesso dalla *ratio* immediata della norma, legata presumibilmente all'esigenza di evitare il deterioramento delle merci o la perdita del loro valore commerciale, e ciò sia con riguardo alla generale valenza del contratto di vendita nel sistema dei contratti di scambio, sia con riguardo alle potenzialità applicative della norma in quanto disciplinatrice della circolazione di beni mobili. Ed infatti, se l'unica preoccupazione del legislatore fosse stata quella di salvaguardare il valore commerciale delle merci, sarebbe stato sufficiente addossarne al compratore riluttante tutto il costo, piuttosto che disporre lo scioglimento del vincolo e dare così al venditore l'agio di ricollocarsi sul mercato e magari avvantaggiarsi di uno scambio nuovo più conveniente. La scelta in tal senso, dunque, denota la volontà del legislatore di consentire al venditore un riassetto più generale del proprio patrimonio e della sfera delle sue attività, evitando inutili e dispendiose procedure di offerta, e cogliendo la *chance* di un contratto sostitutivo.

Il ragionamento fin qui articolato suggerisce anche la risposta ad un interrogativo non solo tecnico, riguardante il momento a partire dal quale il rifiuto della prestazione senza motivo legittimo può sorreggere l'iniziativa del debitore contraente fedele verso la risoluzione del contratto *ex art. 1453 c.c.*. Ebbene, se il rimedio richiede quale presupposto la possibilità di attribuire al rifiuto di cooperare una valenza *pari a quella* di un inadempimento, segnatamente alla stregua di un indice inequivoco della violazione del contratto, sembra ragionevole ritenere che questo indice possa a sua volta ritenersi comprovabile non prima del rifiuto dell'offerta formale, momento nel quale l'ufficialità della procedura costringe il creditore ad esternare per l'appunto in modo inequivoco il suo intento. È a questo punto che l'interesse del debitore contraente fedele può indirizzarsi verso investimenti alternativi, che suppongono lo scioglimento del contratto; ed è a questo punto che lo stesso può argomentare puntualmente, in base a tutte le circostanze di fatto e al contenuto del contratto, la valenza antagonista del rifiuto di cooperare opposto da controparte e l'incompatibilità dello stesso con la volontà di eseguire

il contratto. Quell' *it is clair*, in altre parole, posto a base della disciplina UNIDROIT e dei Principi PECL a suo tempo menzionati in materia di *anticipatory breach*. È qui, ancora, che può attribuirsi al debitore la scelta fra la prosecuzione della procedura e il deposito in vista della mera liberazione dal vincolo obbligatorio, senza toccare la vigenza del contratto; ovvero l'istanza di risoluzione del contratto, coperto, in ogni caso, dall'ombrello protettivo dato dalla mora del creditore in ordine ai costi e ai danni del prolungamento ingiustificato del rapporto ³⁸.

All'esito di questi ragionamenti, la posizione del creditore risulta sottoposta al vaglio di un ragionevole criterio che – indipendentemente da astratte qualificazioni concettuali – valuta il suo comportamento alla luce di una precisa obbligazione generale, che insiste su di lui nonostante sia soggetto attivo del rapporto: quella di non tenere comportamenti incompatibili con l'attuazione dello scambio e l'affidamento del debitore, un'obbligazione ritenuta non secondaria, ma primaria anche sotto il profilo della giustificazione del diritto al pieno risarcimento da parte del debitore nel caso fosse violata. Si tratta di un'applicazione specifica della buona fede *in executivis*, che permette di operare una valutazione completa del comportamento non cooperativo del creditore passando dalla dimensione dell'obbligazione a quella del contratto sinallagmatico e in riferimento alla "causa" del contratto. Resta inteso che la valutazione alla stregua della correttezza non avverrà in riferimento ad un astratto parametro di comportamento, ma in riferimento alla valutazione oggettiva delle conseguenze che il rifiuto di accettare la prestazione o di cooperare al suo compimento può generare rispetto al puntuale e corretto adempimento del creditore, alla scadenza del relativo termine, e rispetto alla realizzazione dell'intero programma negoziale, avuto riguardo all'interesse del debitore. Ad esempio, si supponga che nel contesto di un contratto di appalto per il restauro di un'abitazione il committente non renda possibile all'appaltatore – che lo offre ritualmente – l'accesso al cantiere con il pretesto della mancanza delle autorizzazioni necessarie all'esecuzione dei lavori, non ancora pervenute in realtà per inerzia del committente proprietario. Si profila in tal caso

³⁸ DELLACASA, *op. loc. cit.*, p. 97, p. 98 ss.

un difetto di cooperazione preparatoria del creditore, al quale, supponiamo, si accompagnino altri atti che denotano la volontà di continuare a fruire del bene nelle condizioni attuali (ad es., il proprietario ha insediato nell'abitazione la famiglia di un congiunto). In tali circostanze, seppure il comportamento del committente non includa ancora l'inadempimento delle sue obbligazioni contrattuali, risultano evidenti innanzitutto l'omissione dell'attività amministrativa preparatoria dell'adempimento del debitore (pronto ad eseguire), e poi la volontà implicita di rinunciare ai lavori di restauro attraverso comportamenti (l'insediamento di una famiglia) incompatibili con l'attività di restauro oggetto (dell'obbligazione e) del contratto. A questo punto, la mora del committente non ha soltanto la valenza della mancata cooperazione che ostacola l'adempimento, rispetto alla quale il debitore vanta l'interesse al recupero delle spese e dei danni (principalmente, il fermo cantiere), quanto piuttosto la maggiore e più grave valenza di un *anticipatory breach*, foriero di incertezza e comunque di un imprevedibile ritardo nell'esecuzione dell'operazione economica concordata, atteso che le circostanze rendono altamente improbabile la realizzazione del restauro ed il relativo pagamento del prezzo da parte del committente.

In ipotesi come queste, la valutazione operata alla stregua della correttezza mette in evidenza l'impatto sul sinallagma della mancata cooperazione del creditore, correlata ad altri comportamenti antagonisti rispetto alla funzione assegnata al contratto, e consente nella fattispecie di portare alla luce un intento inequivocabile di inattuazione dello scambio, che senza difficoltà può essere ricondotto nella dimensione dell'inadempimento (di non scarsa importanza) che giustifica l'ingresso al rimedio risolutorio già dopo l'intimazione anche nelle forme d'uso di cui all'art. 1217 c.c..

Si è scritto autorevolmente che “la mancata cooperazione del creditore può frustrare l'esecuzione del contratto: perciò il problema dei corretti incentivi si pone anche nei suoi confronti”³⁹. Nella disciplina della mora gli incentivi ad un comportamento non opportunistico (o forse i disincentivi ad un comportamento speculativo) sono offerti al

³⁹ TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 21.

creditore dall'art. 1207 c.c. (che per questo va interpretato nella logica del rischio piuttosto che della colpa). Ma questi potrebbero non essere sufficienti ad una equilibrata gestione della dinamica degli interessi qualora non si offrisse anche al debitore la possibilità di valutare la *chance* di un contratto sostitutivo, rivolgendo la sua organizzazione – già strutturata per una certa attività – nei confronti di un contraente alternativo che se ne mostra interessato. In fondo, così come al creditore è offerta dall'art. 1207 c.c. l'alternativa tra rifiutare l'adempimento e pagare costi e danni, ovvero accettare la prestazione e proseguire nell'operazione economica; allo stesso modo dovrebbe potersi offrire al debitore l'alternativa tra la prosecuzione del rapporto fino al termine della procedura di cui agli artt. 1206 ss. c.c. accompagnata dai ristori di legge, e lo scioglimento del rapporto contrattuale con minori ristori ma in una prospettiva calcolata di profitto.

Ragionando diversamente, e negando al debitore contraente fedele il diritto di riorganizzare il suo assetto patrimoniale nel modo più appropriato (ritornando sul mercato) a fronte del ritardo e dell'incertezza generati dai comportamenti non cooperativi del creditore, si può forse dare testimonianza di una (più) rassicurante interpretazione letterale delle norme che – per l'appunto testualmente – non riconducono alla mora nient'altro che gli effetti di cui all'art. 1207 c.c. Ma ciò facendo si tradisce non solo il ben più ampio compito ermeneutico dell'interprete, ma anche la ben più ampia prospettiva di tutela del contraente fedele che la disciplina della risoluzione del contratto può offrire, se la si interpreta dando adeguato e corretto valore alla *ratio* di efficienza espressa dalle sue norme, da porre in connessione sistematica con la disciplina del rapporto obbligatorio, come fin qui si è cercato di fare.

GIUSEPPINA CAPALDO
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università di Roma La Sapienza

DALLA GOVERNANCE DEGLI ENTI PRIVATI ALLA REGOLAZIONE DEL MERCATO UNICO SOSTENIBILE

SOMMARIO: 1. La sostenibilità nel mercato unico europeo. – 2. Gli enti privati e il paradigma della sostenibilità. – 3. Trattato di Lisbona ed economia sociale di mercato. – 4. Sviluppo sostenibile, investimenti eco-sostenibili e normativa eurounitaria. – 5. Principio di sussidiarietà orizzontale e Terzo settore. – 6. Impresa sociale e stakeholders. – 7. Quarto settore e Società benefit. Il beneficio comune e la creazione di valore condiviso. – 8. PMI innovative e Start-up innovative e a vocazione sociale. 9. – Lo statuto degli enti privati e il carattere della lucratività. – 10. Gestione trasparente, sostenibile e responsabile e coinvolgimento di lavoratori e portatori di interessi. – 11 Finanza sostenibile e politiche di engagement. Titoli di solidarietà, green e social bond. – 12. La morfologia dell'ente privato nel mercato unico sostenibile

1. La sostenibilità nel mercato unico europeo.

Un'indagine rigorosa presupporrebbe l'assunzione di una puntuale nozione di sostenibilità a fondamento dell'argomentare, ma allo stato, essa può apparire un concetto sfuggente e indefinito nel parlare comune, così come ampio e variegato nella dimensione del diritto¹, in quanto comprende tanto aspetti ambientali e climatici,

¹ AKKERMANS e VAN DIJCK, *Sustainability and Private Law*, The Hague, 2020, p. 1 ss.; EKARDT, *Sustainability, Transformation, Governance, Ethics, Law*, Berlin, 2019, p. 113 ss. “*Ethical and legal decisions can only be understood as a balancing situation (between various freedoms, elementary preconditions of freedom, further freedom promoting conditions and everything that can be derived from all of the above). Any sustainability decision is thus marked by normative and*

quanto profili di democrazia, di etica, fino alla *governance*², contribuendo a rinnovare il sistema delle responsabilità³.

Certamente si percepisce un inevitabile cambiamento di paradigma del sistema, con istanze che vedono la sostenibilità come il nuovo baricentro⁴; la normativa in costante e continua evoluzione, in cui essa rappresenta talvolta un obiettivo normativo⁵, talaltra un principio, o un paradigma del mercato; così come ci si interroga se lo sviluppo sostenibile sia un diritto umano⁶, o una norma legale evolutiva del diritto internazionale⁷. Insomma, una serie di elementi inducono l'interprete a ritenere che per analizzare il fenomeno sia necessario fissare taluni punti fermi che circoscrivano l'indagine, prima sul piano semantico e poi sul piano tecnico giuridico, esaminandoli attraverso una specifica prospettiva; quella che si assumerà

factual uncertainties (which is usually overlooked). Concrete problems such as “strong versus weak sustainability” or the relevance of a specific argument can only be meaningfully resolved within this theoretical framework. The ethical and legal theory of sustainability is also developed as a trans- formed theory of democracy and of balance of powers.”

² GUTTERMAN, *Sustainability and Corporate Governance*, New York, 2021, p. 1 ss.

³ Secondo MARCHETTI, *Editoriale*, in *Riv. Società*, 2020, p. 349 ss. “la sostenibilità non è utopia, alibi, corpo estraneo, ma concretissima esigenza che ridisegna responsabilità e obiettivi”.

⁴ MAGATTI, *La Sostenibilità è il nuovo baricentro*, in *Corriere della sera*, 26 gennaio 2021, “implica riconoscere che tutto è in relazione con tutto; che non c'è prosperità economica senza inclusione sociale; che la crescita deve fare i conti con l'ecosistema; che l'interesse individuale sia sempre il rapporto col bene comune; che la vita sociale non è mai riducibile ai coevi, ma è sempre un'alleanza intergenerazionale; che la diversità è una ricchezza se sa rispettare il bisogno di identità e di senso di appartenenza”.

⁵ EKARDT, *op. cit.*, p. 113 ss. delinea la libertà e i diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione Europea e anche a livello internazionale in una ricostruzione della sostenibilità come obiettivo normativo. L'idea è che esistano delle precondizioni elementari di questa libertà, sotto forma di cibo, acqua, sicurezza, stabilità climatica, istruzione, assenza di guerre ecc.

⁶ FREDIANI, *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, p. 626 ss.

⁷ BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *EJIL*, 2012, p. 377 ss.

qui sarà quella del mercato unico. Finora, il legislatore dell'UE conosceva lo sviluppo sostenibile, la società sostenibile, l'economia sostenibile e anche il futuro sostenibile⁸, ma la formula del mercato sostenibile di per sé non era adottata in modo frequente dal legislatore comunitario.

La Risoluzione 2020/2021 del Parlamento UE “*Verso un mercato unico più sostenibile per imprese e consumatori*” contribuisce a dare rilevanza alla locuzione introducendo anche formalmente la dimensione di sostenibilità quale attributo del mercato, la cui dimensione non è più soltanto economica, ma è diventata anche sociale ed ambientale⁹. La dimensione sociale era ormai acquisita, basata nei trattati in cui l'economia sociale di mercato è divenuta in fondo il nuovo paradigma macroeconomico di riferimento dell'Unione europea¹⁰.

⁸ Parere del Comitato economico e sociale europeo su “Ascoltare i cittadini d'Europa per un futuro sostenibile” (2019/C 228/06)

⁹ In argomento, la letteratura è sterminata: si vedano WALLACH e SFORZA, *WTO. Tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio globale*, Milano, 2000; GEORGE, *Fermiamo il WTO*, Milano, 2002; VJI, *Globalization and Welfare. A critical reader*, New York, 2007; ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile?*, Bologna, 2003; FITOUSSI, *La democrazia e il mercato*, Milano, 2004; ZIEGLER, *La privatizzazione del mondo. Padroni, predatori e mercenari del mercato globale*, Milano, 2003; ID., *Dalla parte dei deboli. Il diritto all'alimentazione*, Milano, 2004; ID., *L'impero della vergogna*, Milano, 2006. Su alcune delle conseguenze dell'assenza di una regolazione etica dell'economia globale, tra gli altri, GORE, *L'assalto alla ragione*, Milano, 2007; CHOMSKY, SHIVA, e STIGLITZ, *La debolezza del più forte. Globalizzazione e diritti umani*, Milano, 2004; BALES, *I nuovi schiavi*, Milano, 2000; ROOZEN e VAN DER HOFF, *Max Havelaar. L'avventura del commercio equo e solidale*, Milano, 2003; SHIVA, *Ritorno alla terra. La fine dell'ecoimperialismo*, Roma, 2009; EAD., *Le nuove guerre della globalizzazione. Sementi, acqua e forme di vita*, Torino, 2005; BOVÉ e DUFOUR, *Il mondo non è in vendita. Agricoltori contro la globalizzazione alimentare*, Milano, 2000

¹⁰ Per un quadro delle questioni sociali ed economiche dell'epoca si richiama, in una letteratura ricchissima, alcuni saggi tra i quali BECK, *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, Bologna, 2000; ID., *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, 2008; SACHS e SANTARIUS (a cura di), *Per un futuro equo. Conflitto sulle risorse e giustizia globale*, Milano, 2007; ARTUS e VIRARD, *Globalisation. Le pire est à venir*, Paris, 2008; BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2001; BOLTON, *Poor story. An insider uncovers how globalisation and good intention have failed the world's poor*, London, 2007; KULTALAHTI, KARPPI, KULTALAHTI e

La dimensione ambientale si è ormai inserita come elemento essenziale della opzione di mercato macroeconomico dell'Unione Europea e il mercato deve crescere in modo sostenibile, deve favorire l'innovazione, attrarre investimenti, promuovendo una competitività che sia anch'essa sostenibile. In questa prospettiva discorrere di crescita sostenibile significa che la crescita non dovrebbe fondarsi solo sulla quantità, ma anche (e in realtà persino di più) sulla qualità, il che significa: i) *nessuno sfruttamento dell'ambiente o del lavoro*, ii) *condizioni di vita eque*, iii) *crescita economica misurata sulla base non solo dei flussi annuali, ma anche delle riserve di ricchezza e della loro distribuzione*, iv) *soddisfacimento dei bisogni di tutti nel limite delle risorse del pianeta*, v) *sviluppo di economie che ci consentono di prosperare, indipendentemente dalla loro crescita o meno*, e vi) *un flusso chiuso relativo al ciclo delle entrate tra nuclei familiari, imprese, banche, governo e commercio, che operi in modo sociale ed ecologico*¹¹. A differenza del passato, quando oggi nel discorso europeo parliamo di competitività si deve fare riferimento a un modello che trova un equilibrio tra prosperità economica, questioni ambientali e inclusione sociale¹².

Per avere conferma della concretezza del discorso e della sua pervasività nella costruzione del mercato, basti pensare che anche, per

TODISCO (a cura di), *Globalisation. Challenges to Research and Governance*, Helsinki, 2009; NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2007; SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'occidente*, Milano, 2004; ID., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000; SINGER, *One world. L'etica della globalizzazione*, Torino, 2003; STIGLITZ, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Roma, 2001; ID., *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010. M. YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Milano, 1998; ID., *Un mondo senza povertà*, Milano, 2008; ID., *Si può fare! Come il business sociale può creare un capitalismo più umano*, Milano, 2010.

¹¹ "Ascoltare i cittadini d'Europa per un futuro sostenibile" (2019/C 228/06). Il §1.5 prosegue: "L'energia, i materiali, il mondo naturale, la società umana, il potere e la ricchezza che condividiamo: tutti questi elementi sono assenti nel modello attuale. Il lavoro non retribuito dei prestatori di assistenza, principalmente le donne, è ignorato, sebbene nessuna economia potrebbe funzionare senza di loro".

¹² In modo analogo, il diffuso indice di competitività globale va adeguato alla sostenibilità e deve tenere conto di due dimensioni quella ambientale e quella sociale.

esempio, nel diritto privato delle società e in particolare del diritto commerciale europeo è stato introdotto il riferimento all'ambiente nella definizione di scopo delle società. Le società quotate sono state soggette a molteplici interventi normativi di adeguamento al fine di conformare un nuovo modello di public company più in linea con le istanze dei tempi¹³.

2. *Gli enti privati e il paradigma della sostenibilità.*

In questo quadro queste pagine si pongono un duplice obiettivo: in primo luogo, esaminare gli strumenti di cui i privati dispongono nell'ambito delle formazioni sociali riconosciute dalla Costituzione per realizzare una società sostenibile e inclusiva, che cooperi per la tutela dell'ambiente e sia rispettosa dei diritti umani; inoltre, verificare se sia possibile individuare alcune caratteristiche peculiari degli enti e delle organizzazioni al fine di abbozzare uno statuto di ente di diritto privato della sostenibilità.

Gli enti senza scopo di lucro sono sempre stati ritenuti ricchi di opportunità per i privati desiderosi di realizzare finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, ma in realtà, se ci si limitasse a esaminare soltanto queste figure, l'esito risulterebbe incompleto per due ordini di ragioni, l'una esterna alla categoria, l'altra interna alla medesima.

In primo luogo, infatti, un mutamento sociale, stabile e duraturo non può prescindere dal dato economico; qualsiasi cambiamento di sistema non può che fluire attraverso la progressiva evoluzione delle forme che, strutturalmente, realizzano l'economia di mercato (e quindi, per quanto attiene alla peculiare prospettiva qui oggetto di analisi, anche attraverso le figure degli enti con scopo di lucro). L'evoluzione della società che oggi si va imponendo, come esito di un processo imprescindibile¹⁴ è in realtà in atto da ben prima della

¹³ Gli orizzonti normativi e le istanze della prassi sono così ricche che il dibattito giunge anche a discutere istanze fortemente orientate a modelli di lungo termine MARTIN e BEBCHUK, *Alle imprese occorre un nuovo modello?. E' ora di sostituire l'azienda quotata*, in *Harvard Business Review Italia*, January, 2021, p. 1.

¹⁴ "A sea change in the way investors evaluate companies is under way. Its exact timing can't be predicted, but it is inevitable", così ECCLES e KLIMENKO, *The Investor Revolution*, in *Harv. Bus. Rev.*, May-June 2019, p. 116. Sul punto, si

crisi finanziaria del 2008 ed è l'effetto di un cambiamento non solo economico, bensì culturale e del pensiero¹⁵.

Libertà, diritti sociali, diritti umani fondamentali rappresentano il banco di prova di qualsiasi opzione di sistema economico, sollecitando un'indagine che, oltre che giuridica¹⁶, affronti e risolva anche opzioni etiche e di giustizia distributiva e sociale¹⁷.

Inoltre, una ricostruzione sui soggetti del diritto del mercato sostenibile non può prescindere dal mondo delle forme organizzate del profit perché, sul piano normativo, gran parte della disciplina dettata per la sostenibilità è destinata proprio ai diversi soggetti del panorama lucrativo, coinvolgendo quindi necessariamente queste figure nel dibattito¹⁸.

Sotto altro profilo – che si potrebbe definire interno – la categoria degli enti senza scopo di lucro, come categoria unitaria, descrive una gamma variegata di soggetti, il cui carattere *no profit* non è più un

v. anche ROBINSON, *Climate Justice. Manifesto per un futuro sostenibile*, Roma, 2020, p. 23.

¹⁵ Si va verso un cambiamento dello stesso modo di intendere la scienza giuridica, CAPRA e MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017, p. 28 e spec. p. 211 ss.; EKARDT, *op. cit.*, p. 112 ss.

¹⁶ Si pensi solo al dibattito sulla globalizzazione e le regole, per tutti, DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2006, p. 137 ss.; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; P. CIOCCA e MUSU (a cura di) *Economia per il diritto*, Torino, 2006; IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari-Roma, 2001; FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2003; TELÒ, *L'Europa potenza civile*, Roma-Bari, 2004; GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000; ID., *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006; STEINER, *Una certa idea di Europa*, Milano, 2006; ALESINA e GIAVAZZI, *Goodbye Europa. Cronache di un declino economico e politico*, Milano, 2006; MATTEI, REVIGLIO e RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta*, Bologna, 2007.

¹⁷ ZAMAGNI, *Disuguali*, Sansepolcro, 2020, p. 133 ss.; FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020, p. 255 ss.; PIKETTY, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, p. 13 ss.

¹⁸ Si pensi ai parametri ESG, alla Dichiarazione non finanziaria, MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Rivista delle Società*, fasc.5, 1, pag. 992 ss.; RIMINI, *I valori della solidarietà sociale nelle dichiarazioni non finanziarie*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2018, p. 187 ss.

tratto di per sé sufficientemente qualificante¹⁹. Agli enti del primo libro, infatti, si affiancano gli enti del Terzo settore (ETS) che da essi comunque si differenziano, benché sempre nell'ambito dello scopo non lucrativo²⁰, lasciando emergere una notevole complessità nell'ambito degli enti del primo libro, con degli statuti decisamente differenziati che non sembra giustificarsi semplicemente in relazione agli scopi perseguiti²¹.

A loro volta, le fondazioni bancarie che rappresentano un'istituzione strategica per il settore non profit, sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di una disciplina molto dettagliata nella l. 153/1999 - collocate fuori tanto del Codice del Terzo Settore

¹⁹ Intorno alla rilevanza del discorso sulle categorie nel diritto civile contemporaneo si veda LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 42.

²⁰ LIPARI *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 637 ss. "Io credo si debba, una buona volta, rompere la logica delle dicotomie radicali (alla quale, a ben vedere, si riconnette la stessa terminologia che continua a far riferimento ad un «terzo settore»): il mercato come salvezza o come distruzione, lo Stato come protettore o come nemico, la società civile come modello utopico o come luogo delle insanabili contraddizioni. Dobbiamo capire che, se davvero la solidarietà è riflesso dell'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, solo attraverso la gratuità si può scoprire, tramite il riconoscimento dell'altro, l'autentica dimensione dell'«essere parte». Solo se i tre poli del pubblico, del privato e del civile tenderanno ad amalgamarsi, noi potremo cogliere una prospettiva di salvezza per la società del terzo millennio. In un mondo in cui appare tanto difficile recuperare il filo di Arianna del proprio essere per gli altri, in cui appaiono stravolti valori fondamentali della convivenza e la carriera diventa arrivismo, il potere arroganza, l'affare speculazione, la denuncia civile scandalismo, dobbiamo guardare ad esperienze di rapporto che siano capaci, nel nome della fraternità, di porsi quale segno storico di una contraddizione che ci provoca a mettere in crisi noi stessi, le nostre abitudini consolidate, le nostre compiacenti sicurezze. Certo, dobbiamo farlo nel segno del diritto; tuttavia non, per riprendere una formula di Santi Romano, di un diritto che si risolve nelle forme condizionanti dei consueti «catechismi normativi», ma di un diritto, per usare invece le parole di Paolo Grossi nell'introduzione al suo ultimo libro, che va cercato nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia, nell'identità più gelosa di una coscienza collettiva. È questa la scommessa che la mia generazione affida ai giovani giuristi del terzo millennio.".

²¹ Sullo specifico profilo della cd. "societarizzazione" degli enti del terzo settore TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, in *Rivista delle Società*, fasc.2, pag. 393 ss., nell'indagine interessante è anche l'analisi sui poteri che il legislatore attribuisce all'organo di controllo.

che del primo libro del Codice civile - sono enti che hanno per vocazione il perseguimento di scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico in rapporto prevalente con il territorio, “assicurando, singolarmente e nel loro insieme, l’equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale” (art. 2 co.2) ²². Tra gli Enti del Terzo settore sono inoltre inserite di diritto le imprese sociali che, peraltro, non sono un modello organizzativo autonomo, potendo essere costituite nelle forme di tutti gli enti privati inclusi quelli del V libro, bensì un’attività svolta secondo determinati criteri dettati dal d.lgs.112/2017.

3. *Trattato di Lisbona ed economia sociale di mercato*

Il disegno di un sistema di principi e canoni comuni che consenta di delineare univocamente lo sviluppo sostenibile non è certamente soltanto di diritto positivo, né come tale può essere trattata. Per il civilista, peraltro, il discorso si arricchisce di molteplici e variegata sfumature, diviene per un verso più semplice per altro più articolato. Già nei primissimi anni ‘50 Filippo Vassalli affermava che «Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com’è avvenuto nella fase più recente. Non lo è stato per l’intrinseca sua natura, né pel suo processo di formazione» ²³. Egli già descriveva il processo del superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale. Il diritto civile, nel solco della sua natura, doveva – e deve – invece realizzare

²² FIMMANÒ e COPPOLA, *Sulla natura giuspubblicistica delle fondazioni bancarie*, in *Riv. Not.*, 2017, pag. 649 ss.; GRECO e TOMBARI, *Fondazioni 3.0. Da banchieri a motori di un nuovo sviluppo*, Milano 2020, p. 15 ss.

²³ Così già VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, II, p. 481 ss.; ora in *Studi giuridici*, III.2, Milano, 190, p. 753 ss., apprezzando la «tendenza a costruire un “diritto umano”, cioè un diritto di cui gli uomini sono soggetti indipendentemente dalla loro appartenenza a date collettività politiche»; così BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi*, Napoli, 1997, pp. 26, spec. 104 ss., nell’affermare il *valore euristico* della categoria generale del contratto in funzione di *politica del diritto e epistemologica*, sottolinea proprio l’importanza della disciplina uniforme. Infatti «la disciplina transnazionale della legge uniforme può indurre un’aporia: suppone *più* ordinamenti, ma è ad essi *comune*. Perciò la dottrina deve fornirsi di strumenti idonei a neutralizzarla. Lo studioso non può pretendere l’unità nel reale giuridico, puramente illusoria, ma recuperarla proprio in dimensione euristica».

“esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente tra gli uomini” (che non necessitano dell’intervento del pubblico potere, anzi aspirerebbero ad esserne indipendenti). In questi rapporti si pone “un nesso organico con la vita economica ed etica dello Stato”²⁴.

Naturalmente, qualsiasi riflessione su un mercato sostenibile deve, in primo luogo, muovere dalla opzione di fondo di politica economica accolta dal nostro ordinamento, per poi analizzarne le implicazioni a livello privatistico; ora, per cercare di ricostruire queste figure che si muovono in un quadro di pluralità di fonti e di ordinamenti, per quanto attiene all’analisi del sistema economico, il riferimento non può che essere l’Unione Europea²⁵. “Il giurista ha bisogno di dati positivi e in una stagione dell’esperienza giuridica ‘in cui per molti versi si va perdendo la dimensione sistematica del sapere la prospettiva europea assume un ruolo innovativo perché aiuta a saldare le cose nuove con quel quadro sistematico che è il dato qualificante di qualsiasi ordinamento”²⁶.

Certamente, se all’inizio degli anni duemila la nostra Costituzione si poneva su un piano decisamente meno liberista rispetto alle disposizioni dell’Unione Europea, così come si poteva ricostruire dalle norme dei Trattati e dall’articolo 16 della carta di Nizza²⁷, oggi il

²⁴ Così sempre VASSALLI, *op. loc. cit.*, p.758. Così anche ID., *Esame di coscienza di un giurista europeo*, *ivi*, p. 768 ss. In una prospettiva attenta alla cultura contemporanea, BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, p. 1239 ss. spec p. 1291.

²⁵ Così VETTORI, *Contratto e Rimedi*, Milano, 2017, p. 38;

²⁶ Così LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, Padova, 2003, p. 2. Per un’analisi attuale sull’Europa, si veda, tra gli altri, CASSESE, *Il buon governo. L’età dei doveri*, Milano, 2020, p. 69 ss.; PIGA, *L’interregno. Una terza via per l’Italia e l’Europa*, Milano, 2020, p. 121 ss.

²⁷ L’art. 16 della Carta di Nizza è la mera affermazione di un principio, secondo il quale “è riconosciuta la libertà di impresa conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”. Tale disposizione svolge, comunque, una funzione fondante dell’autonomia privata, intesa secondo la tradizione civilistica continentale, anche nelle fonti comunitarie. A questa regola si affianca l’art. 17 che ha ad oggetto la tutela della proprietà privata. Sul piano dei principi fondanti la nostra Costituzione, a fronte dell’art 16 e 17 della carta di Nizza, presenta gli artt. 41 e 42. L’art. 42 tutela il diritto di proprietà, l’art. 41 enuncia il principio per

Trattato sull'Unione Europea nella sua versione consolidata ci consente di ritenere che l'opzione di sistema adottata sia piuttosto quella di una economia sociale di mercato, benché, com'è chiaro, le declaratorie di principio vadano sempre declinate e verificate nei contenuti²⁸.

il quale l'iniziativa economica privata è libera, non può svolgersi in contrasto con sicurezza, libertà e dignità umana, e che l'esercizio dell'iniziativa economica privata non deve essere in contrasto con l'utilità sociale. Quindi, non è sancito un dovere di perseguire l'utilità sociale in capo ai privati, ma, piuttosto, il contrasto con l'utilità sociale fissa il limite dell'iniziativa economica privata. Diversamente dal sistema UE, la nostra Costituzione appariva, sin da allora, attenta oltre che a garantire l'espressione delle libertà economiche del singolo, anche le istanze sociali collettive e le esigenze di tutela della persona e quindi, almeno sul piano dei principi "meno liberista", rispetto all'ordinamento comunitario. Per tutti, si vedano VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005; ID., *La Carta europea dei diritti*, Padova, 2002; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 915 ss.; ID., *Carta Europea e situazioni dei privati*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 1 ss.; ALPA, *La riforma dei codici e il progetto di un codice civile europeo*, in Alpa (a cura di), *Le riforme dei codici in Europa e il progetto di un codice civile europeo*, a cura di, Milano, 2002, p. 3 ss; ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'integrazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p.452 ss.; CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XIII ss.; ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; ALPA e IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, Napoli, 2007.

²⁸ La disciplina del consumatore è paradigmatica di questa parabola evolutiva. All'origine non si poneva certamente, a livello comunitario, l'attuazione di un principio di solidarietà attraverso la tutela della persona-consumatore come soggetto debole, bensì si trattava dello strumento tecnico per costruire un certo tipo di mercato, imponendo alle imprese specifici comportamenti, precise regole nei confronti di coloro che costituiscono, in via aggregata, la domanda con la quale esse si devono confrontare sul mercato. In sostanza, con una serie di regole minime a difesa del consumatore fissate dalle direttive comunitarie, le imprese non possono beneficiarsi ulteriormente di una loro eventuale preesistente posizione di vantaggio competitivo sul mercato, riuscendo anche a imporre al consumatore clausole contrattuali meno vantaggiose per lui, rispetto a quelle che potrebbero imporre le altre imprese. L'Unione Europea, nel perseguire l'obiettivo di un mercato concorrenziale, ha disciplinato i canoni fondamentali di corretta informazione e di negoziazione trasparente e corretta con il consumatore, in modo che le imprese nella

Nel Preambolo gli Stati ribadiscono l'intenzione di *“promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente”*.

La norma cardine è costituita dall'art. 3 TUE, nel quale il legislatore comunitario, dopo aver dichiarato che si prefigge la promozione della pace, dei suoi valori e del benessere dei suoi popoli e che offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui è assicurata la libera circolazione delle persone, al terzo comma si concentra sulle caratteristiche del mercato interno.

“L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo”.

Allo stato quindi il mercato interno è “fortemente” in competizione, ma su un sistema di economia sociale di mercato, crescita

contrattazione con i privati si muovessero su un piano di parità. L'origine del sistema di disposizione in favore del consumatore non traeva perciò la sua origine da una vocazione comunitaria alla protezione dei soggetti deboli, anche se, di fatto, nell'evoluzione del sistema del diritto privato europeo ha avuto anche questa ricaduta. Pian piano, l'ordinamento si è aperto alla tutela del consumatore in quanto tale e, a sua volta, con la carta di Nizza si è sancito, tra i principi di solidarietà, che “nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori” (art. 38). Su questi temi, si v. anche NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010.

equilibrata e stabilità di prezzi. E oltre ad aspirare alla piena occupazione, alla tutela ambientale e al progresso sociale, l'UE ribadisce la tutela di molteplici diritti, prerogative, libertà²⁹.

In questo senso, mentre nella fase iniziale la normazione comunitaria si è rivolta alla creazione di un diritto dei mercanti, attualmente è indiscutibile che l'Unione europea si impegna a tutelare i diritti della persona ed è attenta alla solidarietà, alle libertà e ai diritti fondamentali di tutti i cittadini dell'Unione Europea³⁰.

Anche al co. 5 si ribadisce il principio per cui *“l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite”*.

²⁹ EKARDT, *op. cit.*, p. 113 ss., delinea la libertà e i diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione Europea e anche a livello internazionale in una ricostruzione della sostenibilità come obiettivo normative. L'idea è che esistano delle precondizioni elementari di questa libertà, sotto forma di cibo, acqua, sicurezza, stabilità climatica, istruzione, assenza di guerre etc.

³⁰ VETTORI, *Contratto e Rimedi*, cit., p. 38, intorno alla funzione del Trattato di Lisbona nel passaggio da un'Europa dei mercanti a un'Europa dei diritti' su cui già RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21. Il dibattito sul significato europeo della formula “economia sociale di mercato” e sul suo rapporto con l'antecedente ordoliberal tedesco della *Sozialen Marktwirtschaft* è estremamente ricco e variegato: *ex multis*, si vedano i contributi di JOERGES e RODL, *“Social Market Economy” as Europe's Social Model?*, Eui WP, 2004, 8, p. 1 (in <http://cadmus.eui.eu>); DE PASQUALE, *Libera concorrenza e economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2009, p. 81; LIBERTINI, *A “Highly Competitive Social Market Economy” as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concor. merc.*, 2011, p. 491; ID., *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Oriz. dir. comm.*, 2013, p. 1, nonché, in termini critici, SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *DPCE on-line*, 4-2015 (<http://www.dpce.it>) e ID. *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 39.

4. *Sviluppo sostenibile, investimenti ecosostenibili e normativa eurounitaria.*

Chiarita l'opzione macroeconomica fatta propria dai Trattati dell'Unione Europea, l'indagine volge preliminarmente a definire la sostenibilità e ad individuarne il contesto normativo. Gli elementi di base del ragionamento possono essere tratti dal Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili. Questo Regolamento stabilisce i criteri per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile al fine di individuare il grado di ecosostenibilità di un investimento e rappresenta un passo fondamentale verso l'obiettivo di un'unione a impatto climatico zero.

Al primo considerando il testo richiama appunto l'art 3, comma 3, TUE, confermando il carattere primario e l'essenzialità di uno sviluppo sostenibile, che sia basato sulla equilibrata crescita e sulla tutela ambientale, per lo sviluppo del mercato interno.

Nel secondo considerando del Regolamento viene esplicitamente citata la comunicazione della Commissione Europea del 22 novembre 2016³¹ che fece propri gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile di cui all'Agenda 2030, adottata il 25 settembre dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, riguardanti le tre dimensioni della sostenibilità e cioè la *governance* economica, sociale ed ambientale. Nel Regolamento si ricorda l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, approvato dall'Unione in data 5 ottobre 2016 laddove ci si impegna a rendere "i flussi finanziari coerenti con un percorso che conduca a uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra e resiliente ai cambiamenti climatici"³² (considerando 3).

³¹ Si tratta della comunicazione "Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe" del 22 novembre 2016 (COM/2016/0739 final, disponibile in eur-lex.europa.eu). Il secondo considerando richiama anche le conclusioni del 20 giugno 2017 del Consiglio europeo e una comunicazione della Commissione sul "Green Deal Europeo" dell'11 dicembre 2019 (COM/2019/640 final, disponibile in eur-lex.europa.eu).

³² In argomento, si veda LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007, p.73; GRECO e POLLIO SALIMBENI, *Lo sviluppo insostenibile. Dal vertice di Rio a quello di Johannesburg*, Milano, 2003, p. 31 ss.; KLEIN, *Shock Economy. L'ascesa del capitalismo dei disastri*, Milano, 2007.

Sostenibilità e transizione ad una economia climaticamente neutra, che sia più efficiente in termini di risorse e circolare rappresentano l'opzione strategica per garantire la competitività economica dell'Unione Europea nel lungo termine.

L'UE ha emanato di recente anche un altro Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità sempre nel settore dei servizi finanziari.

Tra le normative interne in materia di sostenibilità, si segnalano in particolare l'attuazione di alcune direttive. Nel d.lgs. 254/2016, attuazione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, la norma che sollecita maggiore attenzione è l'art. 3 che stabilisce il contenuto della dichiarazione individuale di carattere non finanziario³³.

³³ La norma più interessante è all'art. 3 del d.lgs. 254/2016, che detta il contenuto della dichiarazione individuale di carattere non finanziario per gli Enti di Interesse pubblico (sui medesimi criteri sono redatte le dichiarazioni volontarie di cui all'art. 7 del medesimo decreto) “1. *La dichiarazione individuale di carattere non finanziario, nella misura necessaria ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotta, copre i temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, che sono rilevanti tenuto conto delle attività e delle caratteristiche dell'impresa, descrivendo almeno: a) il modello aziendale di gestione ed organizzazione delle attività dell'impresa, ivi inclusi i modelli di organizzazione e di gestione eventualmente adottati ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche con riferimento alla gestione dei suddetti temi; b) le politiche praticate dall'impresa, comprese quelle di dovuta diligenza, i risultati conseguiti tramite di esse ed i relativi indicatori fondamentali di prestazione di carattere non finanziario; c) i principali rischi, generati o subiti, connessi ai suddetti temi e che derivano dalle attività dell'impresa, dai suoi prodotti, servizi o rapporti commerciali, incluse, ove rilevanti, le catene di fornitura e subappalto; 2. In merito agli ambiti di cui al comma 1, la dichiarazione di carattere non finanziario contiene almeno informazioni riguardanti: a) l'utilizzo di risorse energetiche, distinguendo fra quelle prodotte da fonti rinnovabili e non rinnovabili, e l'impiego di risorse idriche; b) le emissioni di gas ad effetto serra e le emissioni inquinanti in atmosfera; c) l'impatto, ove possibile sulla base di ipotesi o scenari realistici anche a*

Altre discipline rilevanti in materia sono il d.lgs. 147/2018, attuazione della direttiva (UE) 2016/2341 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2016, relativa alle attività e alla vigilanza degli enti pensionistici aziendali o professionali³⁴; e il d.lgs. 49/2019 Attuazione della cd. *Shareholders Rights II*, direttiva 2017/828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.

E' chiaro che diventa indispensabile predisporre gli strumenti a livello di politiche dell'Unione al fine di risolvere il problema che tutti gli economisti pongono e cioè il modo di attrarre la finanza verso gli investimenti sostenibili³⁵, “*Nella comunicazione dell'8 marzo 2018, la Commissione ha pubblicato il piano di azione per finanziare la crescita sostenibile, lanciando un'ambiziosa strategia globale sulla finanza sostenibile. Uno degli obiettivi fissati nel piano di azione è il riorientamento dei flussi di capitale verso investimenti sostenibili finalizzato a raggiungimento di una crescita sostenibile e inclusiva*” (considerando 6)³⁶.

*medio termine, sull'ambiente nonché sulla salute e la sicurezza, associato ai fattori di rischio di cui al comma 1, lettera c), o ad altri rilevanti fattori di rischio ambientale e sanitario; d) aspetti sociali e attinenti alla gestione del personale, incluse le azioni poste in essere per garantire la parità di genere, le misure volte ad attuare le convenzioni di organizzazioni internazionali e sovranazionali in materia, e le modalità con cui è realizzato il dialogo con le parti sociali; e) rispetto dei diritti umani, le misure adottate per prevenirne le violazioni, nonché le azioni poste in essere per impedire atteggiamenti ed azioni comunque discriminatori; f) lotta contro la corruzione sia attiva sia passiva, con indicazione degli strumenti a tal fine adottati.”. Sul tema ampiamente in MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, cit., p. 992 ss.; FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. Comm.*, p. 415 ss.*

³⁴ Si veda Regolamento IVASS n. 38/2018 recante disposizioni in materia di governo societario del 3 luglio 2018 (disponibile in www.ivass.it).

³⁵ HENDERSON, *Nel mondo che brucia: ripensare il capitalismo per la sopravvivenza del pianeta*, Roma, 2020, p. 117.

³⁶ ECCLES e KLIMENKO, *The Investor Revolution*, cit., p. 106 ss. Indicano sette criteri valutare la sostenibilità di un investimento, lo screening cd. negativo, che eliminando società in settori o paesi ritenuti discutibili; lo Screening basato sulle norme (che per es. elimina aziende che violano alcune serie di norme); Screening positivo (come la selezione di società con performance ESG particolarmente elevate; la valutazione del tipo di investimenti incentrati sulla sostenibilità (come in

Gli enti che possono realizzare queste finalità si inseriscono nel solco delle nuove istanze delle teorie economiche che vedono nel capitalismo cd. *triple bottom line*, *Planet, People and Profit*³⁷, nel bilanciamento di questi interessi³⁸ – anche attraverso la *governance* – il modo per rinnovare dall'interno il sistema economico e il nostro modo di vivere.

5. *Principio di sussidiarietà orizzontale e Terzo settore.*

Nel nostro ordinamento, il legislatore, in anni recenti, dopo aver emanato numerosi provvedimenti non sempre coordinati tra loro³⁹,

un fondo incentrato sull'accesso all'acqua pulita o all'energia rinnovabile); Integrazione ESG (inclusi i fattori ESG nell'analisi fondamentale); Proprietà attiva (impegnarsi a fondo con le società in portafoglio); Impact investing (ricerca di società che abbiano un impatto positivo su una questione ESG pur ottenendo un ritorno di mercato).

³⁷ Si tratta degli studi iniziati da John Elkington, a prendere le mosse dal saggio ELKINGTON, *Towards the Sustainable Corporation Win-Win-Win Business Strategies for Sustainable Development*, in *California Management Review*, 1994, 1, p. 90; ELKINGTON e HARTIGAN, *The Power of Unreasonable People*, Brighton (Mass.), 2008; ELKINGTON, *The Zeronauts: Breaking the Sustainability Barrier*, London, 2012; ID., *The Breakthrough Challenge: 10 Ways to Connect Today's Profits With Tomorrow's Bottom Line*, Jossey-Bass, 2014; STIGLITZ, *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Torino, 2020, p.5 ss.; ZAMAGNI, *Disuguali*, cit., p. 9 ss.

³⁸ EKARDT, *op. cit.*, p. 113 ss. "*Ethical and legal decisions can only be understood as a balancing situation (between various freedoms, elementary preconditions of freedom, further free- dom promoting conditions and everything that can be derived from all of the above). Any sustainability decision is thus marked by normative and factual uncertainties (which is usually overlooked). Concrete problems such as "strong versus weak sustainability" or the relevance of a specific argument can only be meaningfully resolved within this theoretical framework. The ethical and legal theory of sustainability is also developed as a trans- formed theory of democracy and of balance of powers*". Ne consegue che la regola del bilanciamento rilevi come una tra le più importanti per il contesto della sostenibilità.

³⁹ Al momento dell'emanazione della legge delega tra le principali normative erano in vigore tra le altre, per quanto concerne il mondo dell'associazionismo e fini di utilità sociale: i) Legge quadro sul volontariato l.266/1991, connotata dal fatto che secondo l'art. 3 le organizzazioni potevano costituirsi in qualsiasi forma giuridica purché non incompatibile con lo scopo solidaristico; e secondo l'art. 2 co. 3 il volontario non era legato da un rapporto di lavoro; ii) la l. 381/1991, tipo

con la legge delega 18 giugno 2016, n. 106 per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale ha inteso dettare (art. 1) una disciplina sistematica "per il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi"⁴⁰.

L'assenza di una nozione legislativa di Terzo settore induceva ad individuarlo in termini residuali come settore residuale rispetto al pubblico e al privato⁴¹.

a e tipo b sulle cooperative sociali; iii) l. 281/1998 ora 136 ss. codice consumo (associazioni di consumatori e utenti); iv) l. 328/2000 l. quadro per la realizzazione di un sistema integrato dei servizi sociali; v) l. 383/2000 disciplina delle associazioni di promozione sociale, che all'art.1 riconosce il valore dell'associazionismo; vi) le società di mutuo soccorso; vii) le Cooperative a mutualità prevalente artt. 2512 ss. c.c.; viii) il sistema di agevolazioni fiscali delle Onlus d.lgs. 460/1997. Nel panorama delle Fondazioni, tra le principali normative: i) Fondazioni entiliriche d.lgs. 367/1996; ii) Fondazioni di origine bancaria; iii) Fondazioni universitarie (d.p.r. 254/2001); iv) enti ecclesiastici; enti filantropici. Per l'impresa sociale era stato già emanato il d.lgs. 24 marzo 2006, n.155 ora revisionato. In argomento, G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 726.

⁴⁰ Con la Riforma del Terzo settore, sono stati emanati diversi provvedimenti, in particolare il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale* e il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 *Codice del Terzo settore*, con successive modificazioni e decreti attuativi. Sono esclusi dal Terzo settore tanto le formazioni e le associazioni politiche, che i sindacati e le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche). Sul nuovo codice, si v. tra gli altri, FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2017; CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1; QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 708; DONATI-SANCHINI, *Il codice del Terzo settore: commento al D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, 2019; DI SABATO – NOCERINO, *Il terzo settore: profili critici della riforma*, Napoli, 2019.

⁴¹ LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello stato*, cit., p. 637 revoca in dubbio l'utilità della definizione di Terzo settore come ambito che si ricava appunto da ciò è non-Stato e non-mercato. In generale, sul c.d. terzo settore, si v. GRANELLI, *Impresa e Terzo Settore*, in *Jus Civile*, 2018, p. 715 ss.; SALAMON e

Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, co.4, della Costituzione, il Codice del Terzo settore ha provveduto al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti privati senza scopo di lucro.

L'ordinamento riconosce il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone la spontaneità ed autonomia, ne favorisce l'apporto originale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali. L'evoluzione sul piano economico e quella sul piano delle formazioni sociali, a fronte delle molteplici trasformazioni culturali, economiche e normative in atto, ha riacutizzato anche l'interesse in dottrina per il principio di sussidiarietà, in particolare per quello orizzontale⁴², così come sancito all'art. 118, comma 4, Cost. – e richiamato dal codice del Terzo Settore (art. 1 d.lgs. 117/2017)⁴³ – “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla

ANHEIER, *Defining the nonprofit sector. A cross-national analysis*, Manchester, New York, 1997, 1 ss.

⁴² TRIMARCHI-BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, p. 3.

⁴³ Si tratta di norma di principio che non crea una particolare situazione giuridica in capo ai cittadini, né una riserva di autonomia privata, in quanto non ha carattere precettivo, così PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 1169 ss.; TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 4, p. 713 ss.; CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.; DURET, *La sussidiarietà “orizzontale”: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95 ss.; D'ANDREA, *La prospettiva della Costituzione italiana e il principio di sussidiarietà*, in *Jus*, 2000, p. 227.

base del principio di sussidiarietà”, prevedendo che l’autonomia dei privati possa realizzare interessi collettivi⁴⁴. Posto che la sussidiarietà è un valore dell’ordinamento giuridico che presuppone l’integrazione tra potere pubblico e gruppi sociali nel primato della libertà e della società civile⁴⁵, l’art. 118 della Cost. è una conferma del riconoscimento della centralità della persona umana sia come singolo sia nelle formazioni sociali⁴⁶.

⁴⁴ Sul punto, GROSSI, *L’Europa del diritto*, Bari, 2007, p.11; GUARINO, *L’uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005; ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Bari-Roma, 2003; BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all’indifferenza*, Bari, 2003; ATRIPALDI, MICCÙ e PERNICE (a cura di), *Quale Costituzione per l’Europa. Consolidamento e innovazione costituzionale nel «secondo» Trattato di Roma*, in *Diritto e cultura*, 1-2, 2003; BALDASSARRI e BUSATO, *Europa svegliati. Un ciclo di riforme strutturali per essere protagonisti nella nuova economia globale*, Milano, 2004; DE RITA, *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Torino, 2002; ATRIPALDI (a cura di), *Per una «Teoria delle Istituzioni» tra Diritto e Economia*, in *Diritto e cultura*, 2004, 1-2; STIGLITZ, *In un mondo imperfetto*, cit.; SPAVENTA e CHIORAZZO, *Astuzia o Virtù? Come accadde che l’Italia fu ammessa all’Unione monetaria*, Roma, 2000; MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI e RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001.

⁴⁵ Già nella fase della introduzione della norma costituzionale le ipotesi in cui la finanza privata si poneva al servizio di interessi collettivi erano quelle riconducibili appunto a quella che allora si definiva finanza etica; alla tutela e valorizzazione di beni culturali; o attraverso la istituzione di persone giuridiche o enti di fatto per la realizzazione di interessi di utilità o di promozione sociale; ai temi della responsabilità sociale dell’impresa. P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l’altro*, in Cappellini e Sordi (a cura di), *Codici: una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 579 ss.; COMBA, *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, 2002; FERRARI, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; MONATERI, *Globalizzando il diritto: “a bordo di auto potentissime in strade nazionali”*, in *Biblioteca delle libertà*, n. 146, 1998, p. 31ss.; OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, 1998, spec. p. 14 ss.; OPPETIT, *Retour à un droit commun européen?*, in *Droit de la modernité*, Paris, 1998, p. 73 ss.; PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; TONIATTI, *Diritto, diritti, Giurisprudenza. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Padova, 2002.

⁴⁶ BRUNI e ZAMAGNI, *Economia civile*, cit., p. 27; BECCHETTI e PAGANETTO, *Commercio equo e solidale. Finanza Etica. Per una teoria della globalizzazione*, Roma, 2003, p. 155.

La nozione di Enti del terzo settore dettata dal codice presenta qualche “sovrabbondanza” di elementi⁴⁷.

Ai sensi dell’art. 4 del Codice sono Enti del Terzo Settore, se iscritti al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore: i) le organizzazioni di volontariato (ODV) (artt. 32 e ss.); ii) le associazioni di promozione sociale (APS) (artt. 35 e ss.); iii) gli enti filantropici (artt. 37 e ss.); iv) le imprese sociali, incluse le cooperative sociali (art. 40); v) le reti associative (artt. 41 e ss.); vi) le società di mutuo soccorso (SOMS) (artt. 42 e ss.); vii) le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale di cui all’art. 5, in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi; viii) gli enti religiosi civilmente riconosciuti possono essere considerati ETS limitatamente allo svolgimento delle attività di interesse generale di cui all’art. 5 del Codice.

Sono viceversa esclusi dagli Enti del Terzo settore i) le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; ii) le formazioni e le associazioni politiche; iii) i sindacati; iv) le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche; v) le associazioni di datori di lavoro; vi) gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, con le eccezioni specificamente previste ai sensi dell’art. 4, comma 2 del Codice. Sono esclusi dall’ambito di applicazione le fondazioni bancarie.

⁴⁷ Così COSTI, *Le linee portanti dell’ordinamento del terzo settore*, in *Analisi giuridica dell’Economia*, 2018, p.11, a p. 12 che indica che la legge “definisce l’ente del terzo settore sulla base di ben cinque elementi: 1) la natura privata dell’ente, che normalmente sarà un’associazione o una fondazione, 2) l’esercizio di un’attività di interesse generale, così come definita dall’art. 5 del codice, 3) con scopo non di lucro, 4) per finalità civiche solidaristiche e di utilità sociale, 5) in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi.”.

Gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale⁴⁸.

⁴⁸ L'art. 5 del d.lgs. 117/2017 specifica che *“Si considerano di interesse generale, se svolte in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio, le attività aventi ad oggetto: a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;*

b) interventi e prestazioni sanitarie;

c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;

d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa;

e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi della legge 14 agosto 1991, n. 281;

f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni;

g) formazione universitaria e post-universitaria;

h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale;

i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo;

j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni;

k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso;

l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa;

m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore;

n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n. 125, e successive modificazioni;

6. *Impresa sociale e stakeholders.*

o) *attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile;*

p) *servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106;*

q) *alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi;*

r) *accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti;*

s) *agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n. 141, e successive modificazioni;*

t) *organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche;*

u) *beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo;*

v) *promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della non-violenza e della difesa non armata;*

w) *promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e i gruppi di acquisto solidale di cui all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;*

x) *cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184;*

y) *protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni;*

z) *riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.”*

L'impresa sociale, già disciplinata con il d.lgs. 155 del 2006, è stata ampiamente revisionata con il d.lgs. 112 del 2017 che l'ha coordinata con il codice del Terzo Settore in larga parte confermando le disposizioni precedenti⁴⁹. Come è noto, possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformità alle disposizioni del d.lgs. 112 del 2017, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Non possono acquisire la qualifica di impresa sociale le società costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. 165/2001, e gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati. Le cooperative sociali e i loro consorzi, di cui alla l. 381/1991, acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali⁵⁰.

Due i criteri per l'esercizio dell'impresa sociale che deve avvenire «*adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e fornendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alla loro attività*». Per quanto riguarda lo scopo di lucro invece si tratta di indagare la qualità dell'ente che esercita l'impresa, «essendo l'assenza dello scopo di lucro una qualità dell'ente che la esercita e non certo dell'impresa in quanto tale»⁵¹. E' chiaro che le forme giuridiche adottate possono essere anche quelle degli enti del primo libro, il che inibisce la destinazione di utili e impone la destinazione di eventuali utili ed avanzi di ge-

⁴⁹ Per la prospettiva *multistakeholders* TOLA, *La governance degli enti del terzo settore e i sistemi multistakeholders*, cit., pag. 393 spec. in par. 6.

⁵⁰ Per gli enti religiosi, civilmente riconosciuti, le norme del d.lgs. 112 del 2017 si applicano a particolari condizioni che ricorrono anche all'art. 4, co. 3 del codice del terzo settore.

⁵¹ Così COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, cit., p. 15 secondo cui «il perseguimento dello scopo di lucro può trovare un vincolo proprio nel coinvolgimento di soggetti diversi dall'imprenditore e anche il perseguimento, doveroso, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale da parte dell'ente può imporre vincoli al perseguimento del lucro di impresa oltre che, ovviamente, dello scopo di lucro dell'ente».

stione «allo svolgimento dell'attività statutaria, ma può anche destinarli ad incremento del patrimonio» che, per altro, può essere impiegato solo per lo svolgimento dell'attività e non anche distribuito in qualsiasi forma ai soggetti coinvolti nella struttura proprietaria o nell'esercizio dell'impresa⁵².

Pertanto, nonostante le rilevanti novità che sono state introdotte dalla Riforma e che sono appunto anche la conseguenza dell'inquadramento dell'impresa sociale proprio nel Terzo Settore, l'impianto complessivo non rivoluziona la vecchia legge⁵³.

L'insieme dei principi generali in ordine alla assenza dello scopo di lucro si ricavano dagli artt. 3 d.lgs. 112/2017 e artt. 8 e 9, d.lgs. 117/2017 che vietano la distribuzione in qualsiasi forma anche indiretta di utili, avanzi o riserve ad amministratori, soci, partecipanti, lavoratori, collaboratori anche in ipotesi di scioglimento del rapporto. Nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato nei limiti di cui al comma 3, lettera a)⁵⁴.

Sono dettate poi specifiche regole per valutare la distribuzione indiretta di utili che si fondano sulla parametrizzazione dei compensi o rendimenti all'attività svolta o a valori di mercato: i) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni; ii) la corresponsione ai lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), g) o

⁵² COSTI, *Le linee portanti dell'ordinamento del terzo settore*, cit., p. 15.

⁵³ DE LUCA, *Tipi societari e impresa sociale: profili notarili*, in *Rivista del Notariato*, 2019, pag. 449.

⁵⁴ L'eventuale trasformazione, scissione o fusione deve essere effettuate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro.

h); iii) la remunerazione degli strumenti finanziari diversi dalle azioni o quote, a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per la distribuzione di dividendi dal comma 3, lettera a); iv) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale; v) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, esclusivamente in ragione della loro qualità salvo che tali cessioni o prestazioni non costituiscano l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 2; vi) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

L'impresa sociale può destinare una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti: a) se costituita nelle forme di cui al libro V del codice civile, ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato dai soci, nei limiti delle variazioni dell'indice nazionale generale annuo dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, calcolate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) per il periodo corrispondente a quello dell'esercizio sociale in cui gli utili e gli avanzi di gestione sono stati prodotti, oppure alla distribuzione, anche mediante aumento gratuito del capitale sociale o l'emissione di strumenti finanziari, di dividendi ai soci, in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) a erogazioni gratuite in favore di enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali, che non siano

fondatori, associati, soci dell'impresa sociale o società da questa controllate, finalizzate alla promozione di specifici progetti di utilità sociale.

7. *Quarto settore e Società benefit. Il beneficio comune per la creazione di valore condiviso.*

In Italia la società benefit è stata introdotta con la legge di stabilità per il 2016, l. n. 208/2015 all'art.1, comma 376-384⁵⁵. Il comma 376 configura questo modello organizzativo su due elementi entrambi essenziali: i) lo scopo lucrativo o mutualistico, potendosi costituire come società di capitali o cooperativa; ii) una finalità di beneficio comune da indicare nell'oggetto sociale, da perseguire operando in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di tutti gli *stakeholders*, definiti come “persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse”⁵⁶.

⁵⁵ TOEPLER, *Do Benefit Corporations Represent a Policy Threat to Nonprofits*, in *Nonprofit Policy Forum*, 2019, p.1 ss. esamina il tema della competizione tra le forme giuridiche, a seguito dell'inserimento della benefit corporation, rispetto alle altre forme per l'imprenditoria sociale. KURKLAND, *Esop Plus Benefit Corporation: Ownership Culture With Benefit Accountability*, in *California Management Review*, 2018, 60(4), p. 51-73; TCHOTOURIAN e TURCOTTE, *Le droit des sociétés au service d'une gouvernance d'entreprise socialement responsable? Incertitudes sur les conséquences de l'adoption de la Benefit Corporation*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2018, 11; COOPER e WEBER, *Does Benefit Corporation Status Matter to Investors? An Exploratory Study of Investor Perceptions and Decisions*, in *Business & Society*, Jan 2020, p. 1; BRAKMAN RAISER, *Benefit Corporations - A sustainable Form of organization?*, in *Wake Forest Law Review*, 2012, p. 591 ss.

⁵⁶ ANGELICI, *Società Benefit*, in de Donno e Ventura (a cura di), *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari, 2018, p. 19; DE DONNO, *Dalla benefit corporation alle società benefit. Note introduttive*, in *ivi*, cit., p. 9; STELLA RICHTER JR, *Società Benefit e società non benefit*, in *ivi*, p. 59; VENTURA, *Benefit corporation e società benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in *ivi*, p. 81ss.; ZOPPINI, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit implicazioni sistematiche e profili critici*, in *ivi*, p. 71; MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *ivi*, p. 49; GALLARATI, *Incentivi e controllo del mercato nella società benefit. Un'analisi economica e comparata*, in *Contr. Impr.*, 2018, p. 806 ss.; BUTTURINI, *La relazione annuale della società benefit nel sistema del bilancio d'esercizio*, in *Giur. Comm.*, 2020, pag. 572 ss.; SQUEGLIA, *Il*

Le finalità *benefit* devono essere sviluppate mediante una gestione volta al bilanciamento tra l'interesse dei soci e l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale può avere un impatto⁵⁷. E' chiaro che si tratta di uno strumento giuridico che aspira a rappresentare un modo alternativo di fare impresa, perché consente di abbinare agli obiettivi di profitto anche scopi di beneficio comune, ponendosi un problema di impatto sociale della propria attività imprenditoriale.

In termini più specifici, il comma 378 della legge 208/2015 definisce beneficio comune il perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica, di uno o più effetti positivi, oppure la riduzione degli effetti negativi su persone, comunità, territori e ambiente, beni attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interessi⁵⁸.

La norma definisce questi altri portatori di interesse alla lett. b) come il soggetto o i gruppi di soggetti, coinvolti direttamente dall'attività della società, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile.

Le disposizioni entrano a definire dettagliatamente le "aree di valutazione" del beneficio comune individuandole in quelle che ricorrono sovente nei temi della sostenibilità e per esempio nei parametri ESG (*Environmental, Social, Governance*), in particolare: i) il governo d'impresa, per valutare il grado di trasparenza e responsabilità della società nel perseguimento delle finalità di beneficio comune, con particolare attenzione allo scopo della società, al livello di coinvolgimento dei portatori d'interesse, e al grado di trasparenza delle politiche e delle pratiche adottate dalla società; ii) i lavoratori, per valutare le relazioni con i dipendenti e i collaboratori in termini di retribuzioni e *benefit*, formazione e opportunità di crescita personale, qualità dell'ambiente di lavoro, comunicazione interna, flessibilità e

welfare aziendale tra CSR e trasformazioni d'impresa Le società benefit e il welfare aziendale. - Verso una nuova dimensione della responsabilità sociale delle imprese, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2020, pag. 61 ss.

⁵⁷ RESTA e SERTOLI, *Le società benefit in Italia: i problemi e prospettive*, in Fici (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, cit., p. 453.

⁵⁸ Per un'analisi del modello HASKELL MURRAY, *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, And Benefit Corporation Statutes*, in *American University Business Law Review*, 2013, p. 22 ss.

sicurezza del lavoro; iii) gli altri portatori d'interesse, per valutare le relazioni della società con i propri fornitori, con il territorio e le comunità locali in cui opera, le azioni di volontariato, le donazioni, le attività culturali e sociali, e ogni azione di supporto allo sviluppo locale e della propria catena di fornitura; iv) l'ambiente, per valutare gli impatti della società, con una prospettiva di ciclo di vita dei prodotti e dei servizi, in termini di utilizzo di risorse, energia, materie prime, processi produttivi, processi logistici e di distribuzione, uso e consumo e fine vita⁵⁹.

Il beneficio comune generato deve essere reale e tangibile e rispondere alle esigenze concrete della realtà nella quale l'azienda si colloca così come agli obiettivi dell'azienda stessa e sono dettati degli Standard di valutazione per l'impatto generato dalla società *benefit*⁶⁰.

Nel caso in cui la società *benefit* non persegua la finalità di beneficio comune che si è data, il rimedio è dato dall'intervento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato che può intervenire ai sensi del d.lgs. 145/2007, in materia di pubblicità ingannevole e delle

⁵⁹ Così Allegato 5 alla l. 208/2015.

⁶⁰ Allegato 4 (articolo 1, comma 378) Standard di Valutazione Esterno: "Lo standard di valutazione esterno utilizzato dalla società *benefit* deve essere: 1. Esauriente e articolato nel valutare l'impatto della società e delle sue azioni nel perseguire la finalità di beneficio comune nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni e altri portatori di interesse; 2. Sviluppato da un ente che non è controllato dalla società *benefit* o collegato con la stessa; 3. Credibile perché sviluppato da un ente che; a) ha accesso alle competenze necessarie per valutare l'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso; b) utilizza un approccio scientifico e multidisciplinare per sviluppare lo standard, prevedendo eventualmente anche un periodo di consultazione pubblica. 4. Trasparente perché le informazioni che lo riguardano sono rese pubbliche, in particolare: a) i criteri utilizzati per la misurazione dell'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso; b) le ponderazioni utilizzate per i diversi criteri previsti per la misurazione; c) l'identità degli amministratori e l'organo di governo dell'ente che ha sviluppato e gestisce lo standard di valutazione; d) il processo attraverso il quale vengono effettuate modifiche e aggiornamenti allo standard; e) un resoconto delle entrate e delle fonti di sostegno finanziario dell'ente per escludere eventuali conflitti di interesse".

disposizioni del codice del consumo⁶¹. Anche in termini di concorrenza poi, il fatto di potersi beneficiare di un vantaggio competitivo o reputazionale derivante dall'immagine di società *benefit* è importante⁶².

Definiamo l'impatto sociale orientato al profitto come valore condiviso. Le prove emergenti, sebbene ancora limitate e specifiche per l'azienda, suggeriscono che le aziende che implementano con successo strategie per creare valore condiviso possono offrire rendimenti per gli azionisti superiori. La cattura di tale valore, tuttavia, richiederà pratiche molto diverse da parte sia dei leader aziendali che degli investitori.

8. PMI innovative e Start-up innovative e a vocazione sociale.

Tra le altre figure di enti privati che realizzano finalità attente all'innovazione, alla sostenibilità, si richiamano: a) le piccole e medie imprese innovative istituite con l'art. 4 del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2015, n. 33; b) le start-up innovative previste all'articolo 25, co. 2, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221; le start-up innovative a vocazione sociale (SIAVS), che sono le start-up innovative di cui al comma 2 e 3 che operano in via esclusiva nei settori delle imprese sociali (indicati all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 24 marzo 2006 n. 155).

Con un decreto del ministero dello sviluppo economico del 1 ottobre 2020, sono state assegnate risorse aggiuntive al Fondo di sostegno al venture capitale finalizzato a sostenere investimenti nel capitale delle start-up innovative e delle piccole e medie imprese innovative ed è stato istituito, all'art. 3 del decreto il fondo rilancio con

⁶¹ Sul problema si veda CATERINO, *Denominazione e labeling della società benefit, tra marketing "reputazionale" e alterazione delle dinamiche concorrenziali*, in *Giur. Comm.*, 2020, p. 787 ss.

⁶² SUNTAE, KARLESKY, MYERS e SCHIFELING, *Why Companies are Becoming B Corporations*, in *Harvard Business Review*, 2016, Le aziende B certificate sono imprese sociali verificate da B Lab, un'organizzazione senza scopo di lucro. B Lab certifica le aziende in base a come creano valore per gli stakeholder non azionisti, come i loro dipendenti, la comunità locale e l'ambiente.

una disponibilità di 200 milioni di euro, come Fondo di investimento alternativo mobiliare e riservato investitori professionali che sarà istituito da CDP Venture Capital. Il Fondo sarà gestito in piena indipendenza, secondo una logica di mercato e standard di elevata professionalità, con una durata di 10 anni prorogabili.

Per quello che interessa il tema che qui si sta svolgendo, e cioè quindi degli enti privati sostenibili, le caratteristiche delle imprese cd. target del fondo sono fissate all'art. 4 del decreto. Il Fondo investe nelle start-up innovative e nelle PMI innovative "al fine di supportarne lo sviluppo e/o sostenerne progetti di rilancio dell'attività".

9. *Lo statuto degli enti privati e la categoria della lucratività.*

Una questione che emerge è se, al fine dell'analisi che si va svolgendo, la categoria della lucratività – o meglio la dicotomia lucro-non lucro – abbia ancora senso. Ora questo tema schiude moltissimi problemi teorici che non si possono affrontare e risolvere nella brevità di queste pagine, da quello del *Corporation Purpose*⁶³, all'attitudine ordinante delle categorie del pensiero⁶⁴.

In realtà, da un lato, l'impresa sociale, che è tipicamente uno strumento senza scopo di lucro, consente a certe condizioni di distribuire i dividendi (art. 3, comma 3, lett a); dall'altro tra gli enti con scopo di lucro abbiamo le società *benefit*, introdotte dalla l. 208/2015, nelle quali si realizza uno scopo lucrativo, nella forma di una società di capitali o di una società cooperativa affiancato dal perseguimento di un beneficio comune a vantaggio di specifiche categorie di *stakeholders*.

⁶³ FISCH e SOLOMON, *Should Corporations have a Purpose?*, in *European Corporate Governance Institute, Law Working Paper*, n. 510/2020, August/2020; sul tema si veda anche FRIGENI e SCIARRONE ALIBRANDI, *Emergenza pandemica e restrizioni alle distribuzioni a favore degli azionisti: spunti in tema di corporate purpose*, in *Riv. società*, 2020, p. 482.

⁶⁴ BENEDETTI, *Sull'incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, Bologna 2020, p. 137; MONTANARI, *La figura del giurista al tempo del post-pensiero*, in *Europa e diritto privato*, 2020, p. 423.

L'evoluzione normativa internazionale offre nuovi modelli, tanto per le Profit che per le Non profit Organizations; queste società *benefit*, che erano state introdotte prima in USA come *Benefit corporation*⁶⁵, ora sono presenti anche in Francia come *entreprise à mission* - con la *loi Pacte*⁶⁶ che ha modificato anche l'art. 1833 del *code civil* in materia di oggetto della società, inserendo dei riferimenti alla tutela dell'ambiente "*La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.*"(1833, comma 2, c.c.)⁶⁷. A fianco a queste per esempio, nel mondo statunitense esistono le *Limited Low Profit Corporation* (L3C). Le *Low-profit limited liability corporations* (L3C)⁶⁸ sono un'altra forma ibrida di realizzazione di fini di interesse generale attraverso la forma societaria della responsabilità limitata con scopo di lucro⁶⁹.

Sembra esserci un dispiegarsi senza soluzione continuità dalle figure senza scopo di lucro a quelle per scopo di lucro, secondo diverse formule e differenti congegni.

La legislazione emanata nell'emergenza, in materia di divieto di distribuzione di utili e acquisto di azioni proprie, ci conferma che gli elementi di sostenibilità non sono l'utile e il profitto in sé, che sembrano invece strumentali all'intervento dello Stato.

Ci sono diversi livelli di analisi, laddove debbano studiarsi i modelli organizzativi è evidente che l'intervento dello Stato impedisce

⁶⁵ Che la *B Corp* non rappresenti la soluzione per un nuovo capitalismo HENDERSON, *op. cit.*, p. 143 ss. e rilievi critici in punto di disciplina; così anche FRIGNANI e VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, in *Contr. Impr.*, 2017, p. 503 ss.

⁶⁶ Si tratta della *Loi 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, il cui testo è disponibile in www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁷ TCHOTOURIAN e TURCOTTE, *Le droit des sociétés*, cit., p. 11.

⁶⁸ MARCUM e BLAIR, *The Value of values: an update on the L3C entity, its uses and possibilities*, *UMKC Law Review*, 2020, 88, 927; AVDEEV e WONG, *The Benefit of Investing in Low-Profit Limited Liability Companies by Not-for-Profit Organizations: The Case of L3Cs in the United States*, in *Trento Student Law Review*, 2019, 1, p. 105, ss.

⁶⁹ Diverse ancora dalle *CIC Community Interest Company* del Regno Unito, introdotta dal *Companies Act 2004*.

o limita il dividendo, ma di per sé non sussiste alcuna incompatibilità tra un ente sostenibile e il profitto.

Il d.l. liquidità 8 aprile 2020, n. 23 modificato in sede di conversione dalla l. 5 giugno 2020, n. 40 detta *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali*; all'art.1 si stabilisce la possibilità di ottenere la garanzia SACE per i finanziamenti concessi alle imprese, ma sulla base di alcune condizioni di cui quelle che qui più ci interessa richiamare sono i) il divieto di distribuzione dei dividendi per l'anno 2020 e, nell'ipotesi in cui fosse già stata deliberata, il divieto è da ritenersi esteso ai dodici mesi successivi; ii) il divieto di riacquisto di azioni proprie; iii) l'impresa che beneficia della garanzia assume l'impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali.

Se quindi l'idea di una società sostenibile riguarda tutti gli enti privati al di là della dicotomia lucro-non lucro, di estremo rilievo, per futuri sviluppi della ricerca, è l'analisi del ruolo dello Stato.

Al di là, infatti, di un eventuale intervento diretto dello Stato in quanto tale, quale soggetto di diritto pubblico, nell'ambito del mondo non lucrativo, dietro agli interventi in termini di sgravi fiscali, crediti di imposta, detraibilità delle donazioni, c'è comunque una scelta regolatoria, in relazione ai fini delle particolari normative di agevolazione.

E tutti questi tipi di enti presuppongono un intervento dello Stato che, per esempio, combini variamente incentivi all'innovazione, finanziamenti agevolati, detrazioni fiscali o crediti d'imposta e, con punti di equilibrio diversi, può modularsi anche con la possibilità di distribuire o meno il dividendo e i diversi indici del lucro oggettivo o soggettivo.

In questo momento storico, con la pandemia in corso e una gravissima crisi economica, il ruolo dello Stato è certamente decisivo, lo Stato investitore, lo Stato regolatore, ma per quello che attiene al discorso che si va svolgendo lo Stato è anche fortemente presente nel Terzo settore attraverso il meccanismo delle detrazioni fiscali.

Nel sistema americano la tesi di un possibile difetto di democrazia dipendente dall'aiuto indiretto dato dallo Stato, attraverso gli sgravi

al terzo settore è stato molto dibattuta⁷⁰ e c'è questo altro tema e cioè quello dell'intervento dello Stato che può essere con incentivi con legislazione premiante con sgravi fiscali e può intervenire anche con determinate forme di aiuti.

10. *Gestione trasparente, sostenibile e responsabile e coinvolgimento lavoratori e portatori di interessi.*

Sul piano della *governance* e del coinvolgimento dei lavoratori e degli altri portatori di interessi, tanto per le società quotate che per l'impresa sociale e le società *benefit* sono dettate norme specifiche che rimandano ai principi di una società sostenibile.

Per quanto riguarda le società quotate il d.lgs. n. 49/ 2019, attuativo della dir. UE 828/2017⁷¹, si fonda sul fatto che “*Un impegno efficace e sostenibile degli azionisti costituisce uno dei pilastri del modello di governo societario delle società quotate, basato su un sistema di pesi e contrappesi tra i diversi organi e i diversi portatori di interesse. Il maggiore coinvolgimento degli azionisti nel governo societario delle società rappresenta una delle leve che possono contribuire a migliorare i risultati finanziari e non finanziari delle società, anche per quanto riguarda i fattori ambientali, sociali e di governo, in particolare ai sensi dei principi di investimento responsabile sostenuti dalle Nazioni Unite. In aggiunta, il maggiore coinvolgimento di tutti i portatori di interesse, in particolare dei dipendenti, nel governo societario è un fattore importante per garantire che le società quotate adottino un approccio più a lungo termine, che deve essere incoraggiato e preso in considerazione.*” (considerando 14 della dir. UE 828/2017).

⁷⁰ ROB REICH, *Just Giving: Why Philanthropy is Failing Democracy and How It Can Do Better*, Princeton, 2018, p. 151, D'ERAMO, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020, p. 78 e p. 84 ss; J. STIGLITZ, *Popolo, potere e profitti*, cit., p.163.

⁷¹ Già il considerando 3 della direttiva richiamava, che nella sua comunicazione del 12 dicembre 2012 dal titolo «Piano d'azione su diritto europeo delle società e governo societario una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili», la Commissione ha annunciato una serie di iniziative in materia di governo societario, in particolare per incoraggiare l'impegno a lungo termine degli azionisti e aumentare la trasparenza tra società e investitori. Il Piano d'azione (COM/2012/0740 final) si trova in eur-lex.europa.eu.

Tra le norme attuative sono da segnalare quelle in tema di remunerazione e in particolare l'articolo 124-quinquies T.U.I.F. d.lgs. 58/98 sulla politica di impegno.

Per quanto attiene alla *governance* dell'impresa sociale emerge un profilo degno di nota che avvicina questa figura alle società *benefit*. La dottrina ritiene che il legislatore all'art. 11 del d.lgs. 112/2015 abbia adottato il cd. «*multi-stakeholders approach*», nella quale appaiono coinvolti non solo i lavoratori, ma anche utenti e soggetti interessati alle attività⁷². Infatti, l'articolo 11 del d.lgs. 112/2017 stabilisce che nei regolamenti aziendali o negli statuti delle imprese sociali debbano essere contemplate forme di coinvolgimento dei lavoratori e degli utenti e di altri soggetti direttamente interessati alle loro attività.

Per il secondo profilo ci si interroga su cosa debba intendersi per coinvolgimento, riconducendolo ad un meccanismo di consultazione o di partecipazione mediante il quale lavoratori, utenti e altri soggetti siano messi in condizione di esercitare un'influenza sulle decisioni dell'impresa sociale, con particolare riferimento alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi. Le modalità di coinvolgimento devono essere esplicitate nei contratti collettivi e gli statuti delle imprese sociali devono in ogni caso disciplinare: i) casi e modalità di partecipazione dei lavoratori e utenti all'assemblea dei soci; ii) nel caso le imprese sociali superino almeno due dei limiti indicati dall'articolo 2435-bis del codice civile, ridotti della metà, la nomina di almeno un componente dell'organo di amministrazione e di controllo.

11. *Finanza sostenibile e politiche di engagement. Titoli di solidarietà, green e social bond.*

Come si è visto un ulteriore elemento strategico per ricostruire il quadro comunitario sulla sostenibilità è l'*Action Plan Financing Sustainable Growth* pubblicato dalla Commissione Europea il 8 marzo 2018, fondato su dieci azioni che vanno dall'introduzione di una "tassonomia" europea per la finanza sostenibile, a creare standard e

⁷² VITALI, *Riforma del terzo settore, nuova disciplina dell'impresa sociale e regole societarie*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, p. 105.

certificazioni di qualità per i *green bond*, con l'obiettivo di garantire la credibilità del mercato e rafforzare la fiducia degli investitori e incrementare gli investimenti verso infrastrutture sostenibili.

Tra le azioni ci sono anche quelle volte a modificare le Direttive MiFID II e IDD e le linee guida ESMA sulla valutazione di adeguatezza dei prodotti, includendo le preferenze dei clienti in materia di sostenibilità tra gli elementi da considerare nell'ambito dei servizi di consulenza, così come rendere più trasparenti le metodologie adottate dagli *index provider* nella costruzione dei *benchmark* di sostenibilità, armonizzando in particolare gli indici *low-carbon*;

Inoltre, sono prospettate la promozione di azioni più specificamente volte all'integrazione dei criteri di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance* (ESG) da parte delle società di *rating* e di ricerca di mercato; così come l'introduzione di criteri di sostenibilità nella definizione di dovere di comportamento degli investitori istituzionali ad agire nel migliore interesse dei beneficiari; la possibilità di introdurre una riduzione nei requisiti patrimoniali minimi delle banche in relazione agli investimenti sostenibili dal punto di vista ambientale (il cosiddetto "*green supporting factor*"), nel caso in cui i profili di rischio siano effettivamente inferiori; il miglioramento della qualità e trasparenza della rendicontazione non finanziaria delle imprese, allineando le attuali linee guida sui rischi climatici alle raccomandazioni della Task Force on *Climate-related Financial Disclosures* del *Financial Stability Board*; l'integrazione dei criteri ESG e l'adozione di un approccio di lungo periodo nei processi decisionali dei Consigli di Amministrazione.

Il Regolamento UE 852/2020 detta criteri per la valutazione degli investimenti ecosostenibili ⁷³.

In ordine alla disciplina degli enti privati, si può verificare che, tanto per quello che riguarda gli enti del terzo settore, tanto per quello che riguarda tutto il sistema delle società di capitali esiste la possibilità di accedere alla finanza sostenibile, o in generale alla finanza di scopo. Esempolari sono i *green bonds*, intesi come quei titoli obbligazionari i cui proventi devono essere destinati in via esclusiva

⁷³ Sui criteri economici per valutare un investimento sostenibile ECCLES e KLIMENKO, *The Investor Revolution*, cit., p. 106 ss.

a finanziare progetti a tutela dell'ambiente, energie rinnovabili, prevenzione delle emissioni. La stessa struttura ricorre per i *social bonds*, si tratta cioè di strumenti finanziari, caratterizzati da un obbligo di destinazione della raccolta allo specifico scopo di finanziare progetti determinati. Nel caso appunto di *green* e *social bond*, si tratta di finanziare iniziative nel solco della sostenibilità, come quelle in materia energetica o di innovazione sociale⁷⁴. *Green bonds* e *social bonds* possono qualificarsi come titoli obbligazionari nei quali la decisione dell'ente di emettere le obbligazioni si estende fino alla determinazione delle finalità per le quali il titolo è emesso, deducendo di fatto come oggetto di un'obbligazione anche la realizzazione dello scopo specifico per esempio la destinazione al finanziamento di progetti a tutela dell'ambiente che si va ad affiancare all'altra obbligazione, quella di restituzione del prestito e di corresponsione degli interessi⁷⁵. Dal canto suo, è evidente che l'investitore è mosso anche da un interesse, che si potrebbe definire non patrimoniale, alla realizzazione proprio di quello scopo "sostenibile", dedotto nei *green* e *social bonds*.

Gli enti del Terzo settore hanno la stessa possibilità benché attraverso uno strumento diverso, i Titoli di solidarietà (art. 77 d.lgs. 117/2017), già previsti con un regime più circoscritto nell'ambito della normativa per le Onlus e ora estesi a tutti gli enti del Terzo Settore. In questo caso, sono gli istituti di credito a poter emettere specifici titoli in cui proventi devono essere destinati al finanziamento di iniziative di interesse generale tra quelle elencate all'art. 5 d.lgs. 117/2017 Codice del terzo settore⁷⁶.

L'emissione dei titoli di solidarietà è riservata agli istituti di credito autorizzati ad operare in Italia ai sensi del TUB e possono essere di due tipologie di prodotti finanziari: i) obbligazioni ed altri titoli di debito nominativi o al portatore, non subordinati non convertibili non scambiabili e che non conferiscono il diritto di sottoscrivere o

⁷⁴ GIANNINI, *Titoli di solidarietà e inadempimento dell'obbligazione di scopo*, in *Contr. Impr.*, 2020, p. 689 ss.

⁷⁵ Così ampiamente GIANNINI, *op. cit.*, p. 692 ss.

⁷⁶ GIANNINI, *op. loc. ult. cit.* spiega che nei titoli di solidarietà l'obbligo di destinazione ha fonte legale, in quanto è la legge a congegnare i finanziamenti in modo da favorire il finanziamento e il sostegno delle attività del Terzo settore.

acquisire altri tipi di strumenti finanziari e non sono collegati ad uno strumento derivato che deve avere scadenza non inferiore a 36 mesi; ii) oppure certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati in un mercato regolamentato con scadenza non inferiore a 12 mesi. I titoli di solidarietà corrispondono interessi in misura regolata all'art. 77 co. 4.

In linea con questi orientamenti si pone il dibattito della dottrina anglosassone sui *Social Impact Bonds*⁷⁷, che implica generalmente un contratto tra un'istituzione governativa e un ente privato. In questo caso, l'ente guadagnerebbe attraverso il raggiungimento di obiettivi di *performance* nella fornitura di servizi sociali del settore pubblico.

12. La morfologia dell'ente privato nel mercato sostenibile.

All'esito di questo primo esame, si può ritenere che esistano gli estremi per costruire una disciplina degli enti di diritto privato che operato sul mercato sostenibile. Allo stato dello sviluppo, ancora embrionale, della normativa non sembrano presenti figure tipiche di enti sostenibili, ma diversamente, sul piano del trattamento e dei rimedi, molteplici sono i profili che possono essere declinati relativamente agli enti privati quando si trovino ad operare nell'ambito della realizzazione di interessi sostenibili.

Innanzitutto, si può affermare che il carattere della lucratività non appare discriminante, possono essere protagonisti dello sviluppo sostenibile tanto gli enti a carattere lucrativo che non lucrativo; poi ci sono specifiche regole di *governance* per le società quotate, per le imprese sociali, per le società benefit, così come per PMI e start-up innovative; sono dettati principi e criteri di coinvolgimento degli *stakeholders*; sono previste forme di *welfare* nei confronti dei lavoratori; sono altresì congegnati prodotti e criteri di accesso alla finanza sostenibile.

⁷⁷ Sul tema dei *Social Impact Bonds* si veda HASKELL MURRAY, *Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, And Benefit Corporation Statutes*, cit., p. 52 e nella letteratura in lingua italiana i contributi di RANDAZZO, «*Social Impact Bond*»: un nuovo strumento per la finanza sociale, in *Enti non profit*, 2011, p. 38 e di NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in *Nuove Aut.*, 2018, p. 563.

GIUSEPPINA CAPALDO

La regolamentazione poi, ovviamente, si articola in ragione dei singoli tipi di enti e in relazione alle specifiche discipline, per esempio le regole in materia di politiche di remunerazione nelle società quotate o sul contenuto della dichiarazione non finanziaria per gli EIP, senza parlare del ricchissimo complesso di regole specificamente dedicato all'ambiente. Il sistema si va arricchendo in modo tumultuoso e quotidiano e non può che aprirsi ad ulteriori sviluppi, lasciando al giurista il compito di disegnare nuovi modelli⁷⁸.

⁷⁸ MARTIN e BEBCHUK, *op. cit.*, p. 4 ss.

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Professore ordinario di diritto privato
Università LUMSA Palermo

LOCAZIONI COMMERCIALI E SOPRAVVENIENZE DA COVID-19. RIFLESSIONI A MARGINE DELLE PRIME DECISIONI GIURISPRUDENZIALI.

SOMMARIO: 1. Lo stato di emergenza quale causa di forza maggiore che ostacola l'attuazione dei rapporti contrattuali. – 2. Inidoneità delle agevolazioni tributarie a incidere sull'obbligazione di pagamento del corrispettivo. – 3. Fioritura di un imponente contenzioso cautelare. – 4. Esclusione della riferibilità alle locazioni commerciali della disciplina degli inadempimenti emergenziali contenuta nell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. – 5. Assenza di variazioni quantitative del rapporto di valore tra prestazioni, integranti eccessiva onerosità sopravvenuta. – 6. Distribuzione del rischio della sopravvenienza e impossibilità sopravvenuta della prestazione-risultato. – 7. I rimedi stragiudiziali della riduzione del canone e del recesso.

1. Lo stato di emergenza quale causa di forza maggiore che ostacola l'attuazione dei rapporti contrattuali.

La diffusione del nuovo SARS-CoV-2 ha comportato un'emergenza sanitaria globale, che ha richiesto, per la velocità e la diffusione del contagio, l'adozione di provvedimenti di natura eccezionale in grado di evocare la c.d. «legislazione di guerra»¹.

Le misure di contenimento, a salvaguardia della salute individuale e collettiva (art. 32 Cost.), hanno limitato temporaneamente l'esercizio di libertà fondamentali, quali quella di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.) e di iniziativa economica (art. 41 Cost.)², con il divieto di mobi-

¹ Si vedano D'AMICO, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *I Contratti*, 2020, p. 253 ss., il quale imposta il parallelismo con il diritto dei conflitti mondiali su due piani principali: la modifica dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato e l'attitudine di alcuni istituti dell'emergenza a essere conservati anche nel periodo post-bellico; IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2020, p. 20, che discorre di «un diritto vagante di giorno in giorno, incerto come incerti sono il cammino, e le forme e i tempi, dell'invisibile nemico».

² Cfr., per tutti, AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *costituzionali-smo.it*, 2020, 1, p. 1 ss.

lità dalla propria abitazione, «salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute»³ e la sospensione della maggior parte delle attività produttive o la loro organizzazione «in modalità a distanza o lavoro agile»⁴.

Lo «stato di emergenza», giustificato dal rischio sanitario⁵ – pur non traducendosi in «stato di eccezione»⁶ – ha investito quasi ogni aspetto del vivere comunitario e delle esistenze individuali⁷, configurandosi quale causa di forza maggiore⁸, collocata fuori dalla sfera di controllo delle parti⁹, tale da ostacolare l’attuazione di numerosi rapporti contrattuali¹⁰.

³ V. gli artt. 1, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 8 marzo 2020; 1, comma 1, lett. b, d.P.C.M. 22 marzo 2020. Nella c.d. «Fase 2», l’art. 1, d.P.C.M. 26 aprile 2020 ha ampliato le ragioni giustificatrici degli spostamenti.

⁴ V. gli artt. 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; 1, d.P.C.M. 11 marzo 2020; 1, comma 1, lett. a e c, d.P.C.M. 22 marzo 2020; 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19; 2, d.P.C.M. 26 aprile 2020.

⁵ Lo stato di emergenza, dichiarato con delib. Cons. Min., 31 gennaio 2020 per la durata di 6 mesi, è stato prorogato sino al 15 ottobre 2020 dall’art. 1, d.l. 30 luglio 2020, n. 83.

⁶ Distingue tra «stato di emergenza» e «stato di eccezione», ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *La Repubblica*, 28 luglio 2020, secondo il quale al primo «si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità», mentre al secondo «per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine».

⁷ DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020, p. 1 ss.

⁸ Suggestiva la definizione della pandemia di FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 302: «fonte-fatto, muta sì ed informale, ma pur sempre fonte». In un ordinamento ove i principi hanno funzione nomogenetica è consentito «raggiungere alcuni risultati “non seguendo la via ortodossa della fonte”, ma attraverso una *materialisierung* che consente di dar rilievo agli interessi materiali non formalizzati che emergono dalle singole fattispecie»: VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 693.

⁹ Sulla qualificazione del Covid-19 come causa di forza maggiore si rinvia a TWIGG-FLESNER, *A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID-19 – Change of Circumstances, Force Majeure, or what?*, in K. Pistor (a cura di), *Law in the Time of COVID-19*, New York, 2020, p. 155 ss., che mette in rilievo come l’impatto della pandemia su un concreto contratto dipenda da tre elementi: a) la stipulazione del contratto prima del sorgere dell’evento, che si fa coincidere con la dichiarazione dell’OMS dell’11 marzo 2020; b) la mancata previsione o la ragionevole imprevedibilità dell’evento al momento della conclusione del contratto; c) la presenza o meno di clausole che governino convenzionalmente l’allocazione del rischio dell’evento (161).

¹⁰ Distingue opportunamente GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 319, «due ordini di sopravvenienze: la prima è quella sanitaria, che a rigore non avrebbe potuto comportare, di per sé e tendenzialmente, lo sconvolgimento dell’equilibrio contrattuale; la seconda è quella strettamente economica, direttamente discendente dall’intervento governativo, e dalla quale è derivata l’alterazione del sinallagma».

In questo scenario – come dimostra l’immediata fioritura di un imponente contenzioso relativo al governo delle sopravvenienze¹¹ – la locazione ad uso diverso da quello abitativo e l’affitto di ramo d’azienda¹², in quanto rapporti di durata a prestazioni corrispettive, rappresentano un punto di osservazione privilegiato delle principali problematiche sollevate dal diritto dei contratti al tempo della pandemia¹³,

¹¹ Si vedano, tra i numerosi provvedimenti, Trib. Venezia, decr., 14 aprile 2020; Trib. Venezia, decr., 22 maggio 2020; Trib. Genova, decr., 1 giugno 2020; Trib. Bologna, decr., 12 giugno 2020; Trib. Roma, ord., 19 maggio 2020; Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020; Trib. Milano, 24 luglio 2020; Trib. Catania, ord., 30 luglio 2020; Trib. Roma, ord., 27 agosto 2020. Cfr., altresì, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione tematica “Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Roma, 8 luglio 2020.

¹² Sull’impiego dell’affitto di ramo d’azienda ai fini della concessione del godimento di locali nei centri commerciali v. G. TRIMARCHI, *Le “locazioni commerciali”, il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Notariato*, 2020, p. 238 ss.

¹³ L’impatto della pandemia sui rapporti di locazione commerciale è analizzato, tra gli altri, da CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *Giust. civ.*, 2020, n. 1 spec., p. 233 ss.; D’ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d’azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 102 ss.; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *ilCaso.it*, 5 maggio 2020, p. 1 ss.; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 1 ss.; ID., *Una soluzione strutturale nell’emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 110 ss.; G. TRIMARCHI, *Le “locazioni commerciali”, il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, cit., p. 235 ss.; volendo, CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 422 ss.; nonché, nell’ambito di riflessioni più generali, da BARBA, *Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del Covid-19*, in *Rev. de derecho civil*, 2020, n. 2 spec. p. 81 ss.; BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, p. 6 ss.; FACHECHI, *Stato d’emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in corso di pubblicazione (letto grazie alla cortesia dell’A.); GENTILI, *Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, p. 1 ss.; MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l’applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, *ivi*, 27 aprile 2020, p. 1 ss.; NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 88 s.; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *I Contratti*, 2020, p. 485 ss.; SERRAO D’AQUINO, *L’ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2020, p. 301 ss.; SIRENA, *L’impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell’epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 73 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus Civile*, 2020, 2, p. 499 ss.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 4 ss.

sollecitando l'interprete a confrontarsi con un complesso prisma normativo, scosso dall'irrompere di una fattualità del tutto inedita¹⁴.

2. *Inidoneità delle agevolazioni tributarie a incidere sull'obbligazione di pagamento del corrispettivo.*

A differenza di alcuni legislatori europei, che hanno previsto specifiche ipotesi di esonero da responsabilità per mancato pagamento del canone¹⁵, in Italia difettano disposizioni di portata generale direttamente incidenti sulla disciplina dei rapporti di locazione commerciale e affitto di ramo d'azienda.

Oltre alla sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, fino al 31 dicembre 2020 (art. 103, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 e modificato dall'art. 17 *bis*, comma 1, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020, n. 77), sono state introdotte alcune agevolazioni tributarie, sotto forma di credito d'imposta, dapprima per botteghe e negozi nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione del mese di marzo 2020 (art. 65, d.l. n. 18 del 2020) e, successivamente, per tutti i conduttori di immobili a uso commerciale, nella medesima misura, con riferimento ai canoni (anche di *leasing*) dei mesi di marzo, aprile, maggio e giugno 2020, a condizione di una riduzione del fatturato o dei corrispettivi di almeno il 50 per cento rispetto al periodo di imposta precedente (art. 28, d.l. n. 34 del 2020, modificato dall'art. 77, comma 1, lett. *a*, d.l. 14 agosto 2020, n. 104)¹⁶.

Le agevolazioni tributarie presuppongono, da parte del conduttore o dell'affittuario, l'esatto adempimento dell'obbligazione di dare il corrispettivo, con il futuro recupero di una parte della somma prestata. Tuttavia, la disposizione fiscale non può offrire soluzione alla questione se rimanga sempre dovuto l'integrale pagamento del canone¹⁷.

¹⁴ Si rimanda alle profonde considerazioni di VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 1, p. 3 ss.

¹⁵ Per un approfondimento sia consentito rinviare a CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 427.

¹⁶ La disposizione si riferisce ai «soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione», tra i quali sono inclusi gli enti non commerciali, «con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro nel periodo d'imposta precedente». L'agevolazione spetta, senza limitazioni di fatturato, a strutture alberghiere, termali e agrituristiche, agenzie di viaggio, *tour operators* e soggetti che hanno iniziato l'attività a partire dall'1 gennaio 2019. Il credito è ridotto al 20 per cento per le imprese che superino il riferito volume di affari ed è pari al 30 o al 10 per cento (in ragione del fatturato) «in caso di contratti di servizi a prestazioni complesse o di affitto d'azienda, comprensivi di almeno un immobile a uso non abitativo». Infine, in sede di conversione, si è ammessa la cedibilità consensuale del credito d'imposta dal conduttore al locatore, «in luogo del pagamento della corrispondente parte del canone».

¹⁷ Così anche CUFFARO, *Le locazioni commerciali*, cit., p. 233; FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, cit., p. 246; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale*, cit., p. 3 s.; NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., p. 89; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia*

In altri termini, il legislatore dell'emergenza ha congegnato un incentivo diretto a stimolare l'esecuzione dei contratti, al fine di evitare che la crisi "microeconomica" del rapporto divenga crisi "macroeconomica" del mercato¹⁸, ma non ha affrontato il diverso problema dell'incidenza delle misure di contenimento sulle prestazioni dedotte nei negozi locativi e sul relativo equilibrio complessivo. A questa anomia, fa eccezione la previsione, per le sole locazioni di «palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati», di un rimedio manutentivo quale la riduzione del corrispettivo dovuto nei mesi compresi tra marzo e luglio 2020 «che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito» (art. 216, comma 3, d.l. n. 34 del 2020)¹⁹.

Di là da quest'ambito, si demanda alla giurisprudenza il compito di chiarire se l'emergenza sanitaria e i relativi provvedimenti di contrasto si atteggiino a sopravvenienza in grado di rendere eccessivamente onerosa o impossibile, anche soltanto temporaneamente, l'attuazione dei contratti programmati in un altro contesto.

3. Fioritura di un imponente contenzioso cautelare.

L'attuale incertezza della questione è comprovata dai numerosi ricorsi *ex art. 700 c.p.c.* con i quali, in numerose sedi giudiziarie, si domanda ora di sospendere temporaneamente l'obbligo di pagamento del canone, ora di inibire la riscossione delle garanzie rilasciate in favore del locatore o del concedente, ora di rideterminare giudizialmente i termini di adempimento convenzionalmente pattuiti.

di obbligazioni e di contratti, cit., p. 495, nota 56. Diversamente, SERRAO D'AQUINO, *L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali*, cit., p. 304, che desume dal credito di imposta «che il canone per il periodo di chiusura resti dovuto»; nonché, in modo più sfumato, TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 501, secondo il quale «s'intuisce, seppur indirettamente, la mancata sospensione del pagamento del canone» e D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19*, cit., p. 103, secondo il quale la disposizione tributaria «sembra postulare il persistere dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo».

¹⁸ V., sul punto, le riflessioni di GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, cit., spec. p. 9 ss. e di FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, cit., p. 236 ss.

¹⁹ Nella Relazione illustrativa di accompagnamento al d.l. n. 34 del 2020, si afferma che le misure di contenimento precludono «l'utilizzabilità dell'immobile locato secondo l'uso pattuito», sì da richiedere «un intervento di riequilibrio da parte dell'ordinamento» (152). Sottolinea il rilievo sistematico della previsione di un rimedio manutentivo, TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 509 s.

Ulteriore misura emergenziale è la sospensione dei termini di pagamento dei canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali, prevista dall'art. 95, d.l. n. 18 del 2020 modificato dall'art. 216, comma 1, lett. a, d.l. n. 34 del 2020, a vantaggio di federazioni sportive nazionali, enti di promozione sportiva, società e associazioni sportive, professionistiche e dilettantistiche.

In alcuni procedimenti cautelari, sono stati adottati decreti *inaudita altera parte* ex art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., con i quali si è ordinato alla parte locatrice resistente di non escutere le garanzie.

La sussistenza del *periculum in mora*, indispensabile per l'emanazione del decreto in corso di causa²⁰, è stata diversamente argomentata: in casi nei quali il ricorrente chiede di inibire il pagamento di una fideiussione da parte di un istituto di credito, si è sostenuto che l'attuazione del provvedimento cautelare potrebbe essere pregiudicata dall'incasso della somma, nel tempo necessario a instaurare il contraddittorio²¹; in casi nei quali il locatario allega, invece, la dazione di cambiali o assegni in garanzia, è stato affermato che se i titoli fossero posti all'incasso e non pagati per difetto di provvista, la parte subirebbe gravi effetti quali la segnalazione alla Centrale di allarme interbancaria (CAI), l'iscrizione del protesto e i divieti di stipulare nuove convenzioni di assegno e di emettere assegni²².

Talvolta, non di meno, la misura cautelare provvisoriamente concessa senza contraddittorio è stata revocata, nell'udienza di comparizione, ove si è in concreto escluso il rischio di un pregiudizio irreparabile per il ricorrente, in considerazione dell'assenza di deduzioni «diverse dalla mera difficoltà di fronteggiare il pagamento», ma soprattutto dell'esiguità della somma non dovuta come effetto dell'ipotizzabile riduzione del canone, rispetto all'ingente pregressa morosità dell'affittuario²³.

Risulta, pertanto, evidente che, nei procedimenti cautelari in questione, il presupposto del *periculum in mora* è fortemente condizionato dalle caratteristiche del singolo caso concreto, in virtù della natura strumentale e provvisoria delle misure richieste, dirette a tutelare la minacciata posizione giuridica del conduttore o affittuario ricorrente, durante il tempo necessario al suo accertamento nel giudizio ordinario.

Tuttavia, di là dalle peculiarità delle specifiche fattispecie, nell'attuale elaborazione giurisprudenziale, oltre che nell'acceso dibattito dottrinale, l'aspetto maggiormente controverso è rappresentato, prendendo a prestito proprio il linguaggio dei procedimenti cautelari, dal *fumus boni iuris* della pretesa di sospendere o ridurre temporaneamente l'obbligazione di corrispondere il canone pattuito.

Misurare l'incidenza dello stato di emergenza sul regolare svolgimento dei rapporti locativi e di affitto di ramo d'azienda richiede, allora,

²⁰ L'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c. permette di provvedere *inaudita altera parte* soltanto «quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento». Cfr., sul punto, LUISO, *Diritto processuale civile*¹⁰, IV, *I processi speciali*, Milano, 2019, p. 188 ss.

²¹ In tal senso, Trib. Venezia, decr., 14 aprile 2020 e 22 maggio 2020.

²² Così, Trib. Genova, decr., 1 giugno 2020 e Trib. Bologna, decr., 12 giugno 2020.

²³ Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020, che – pur riconoscendo il presupposto del *fumus boni iuris* nella pretesa di riduzione del canone – non ha ravvisato il *periculum in mora*, per la sproporzione tra l'ammontare dei debiti pregressi del conduttore, pari a 43.228,97 euro e la porzione di canone da ridurre corrispondente a circa 10.000 euro.

di verificare la distribuzione, tra le parti, del rischio della sopravvenienza pandemica, individuando nella trama normativa dell'ordinamento il rimedio più adeguato agli interessi in conflitto²⁴, in grado di ripristinare l'equilibrio compromesso nella fase esecutiva.

4. *Esclusione della riferibilità alle locazioni commerciali della disciplina degli inadempimenti emergenziali contenuta nell'art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.*

Nella copiosa e disorganica legislazione adottata per contrastare gli effetti del Covid-19, l'unica disposizione «di natura privatistica di portata generale»²⁵ si considera l'art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, inserito dall'art. 91, comma 1, d.l. n. 18 del 2020. Il precetto si è preoccupato di regolare i c.d. «inadempimenti emergenziali»²⁶, prevedendo che il rispetto delle misure di contenimento «è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Dinanzi alla presenza di una norma di nuovo conio, potenzialmente suscettibile di applicarsi a qualsiasi figura contrattuale²⁷, è indispensabile interrogarsi sulla sua riferibilità ai rapporti di locazione commerciale e affitto di ramo d'azienda, condivisa, nella succinta motivazione, da un decreto cautelare veneziano reso *inaudita altera parte*²⁸, oltre che da alcuni studiosi.

Una prima voce dottrinale, nel sottolineare la valenza generale della disposizione, ammette il conduttore a invocare lo stato di emergenza

²⁴ Questo approccio metodologico è seguito, con pregevoli risultati, anche da GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 274 ss.; FACHECHI, *Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, cit.

²⁵ L'espressione è di DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 572, al quale si rinvia per un'ampia e attenta analisi della disposizione.

²⁶ Così, efficacemente, BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *I Contratti*, 2020, p. 214. Cfr., altresì, ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziaviva.com*, 29 aprile 2020, p. 1 ss.; ID., *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6 bis, d.l. n. 6/2020)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 274 ss.

²⁷ Rileva DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 574, che a differenza di altre soluzioni adottate dai legislatori europei, l'art. 91, comma 1, d.l. n. 18 del 2020 è «suscettibile di trovare applicazione a qualsiasi rapporto contrattuale» e può «essere invocat[o] da qualsiasi debitore nei confronti di qualsiasi creditore, senza operare alcuna differenziazione di tipo "soggettivo"».

²⁸ Si tratta di Trib. Venezia, decr., 22 maggio 2020, che considera «requisito del *fumus boni iuris*, che le vicende del contratto di affitto di ramo di azienda oggetto di causa debbano essere valutate alla luce della previsione di cui all'art. 91, d.l. n. 18 del 2020».

come causa di giustificazione dell'inadempimento, suscettibile di essere valutata dal giudice nei procedimenti di convalida di sfratto, anche nel caso di mancata comparizione dell'intimato²⁹.

Altra interpretazione valorizza, invece, il richiamo all'art. 1223 c.c. per suffragare l'applicabilità alle locazioni commerciali dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020. Quest'ultimo attribuirebbe al giudice il «potere di rivedere il contenuto del contratto in via equitativa», sì da escludere la responsabilità del debitore (*id est* il conduttore), qualora la prestazione sia divenuta non soltanto impossibile, ma anche «particolarmente onerosa» a causa delle misure di contenimento, come accadrebbe quando è stata sospesa o limitata l'attività produttiva svolta nell'immobile locato³⁰.

In diversa e ulteriore prospettiva, si afferma che la disposizione emergenziale giustifica l'inadempimento temporaneo del conduttore, che neppure potrebbe qualificarsi grave ai fini della risoluzione del contratto³¹. Ma l'esonero da responsabilità da ritardo non farebbe venir meno l'obbligo di corrispondere al locatore i canoni scaduti, esaurito l'impedimento costituito dal vigore dei provvedimenti di gestione dell'epidemia³².

Tuttavia, accogliere una delle predette ricostruzioni esige di risolvere preliminarmente un nodo problematico, lasciato invece insoluto. Sostenere la riconducibilità all'ambito applicativo del precetto eccezionale di un inadempimento contrattuale richiede, infatti, di dimostrarne la derivazione causale dall'osservanza di una misura di contenimento.

Al fine di esimere da responsabilità un debitore inadempiente *ex art.* 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 è indispensabile che la mancata, inesatta o tardiva esecuzione della prestazione dipenda dal rispetto di una prescrizione contenitiva del contagio³³. Pertanto, l'ostacolo alla regolare attuazione del contratto, lungi dal discendere genericamente dalla diffusione della pandemia, dev'essere rappresentato dal rispetto di un

²⁹ In questo senso CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 234.

³⁰ Così, ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali*, cit., p. 6 s., che menziona anche la locazione ad uso abitativo, qualora il debitore sia «nell'impossibilità o nella difficoltà di lavorare ovvero in cassa integrazione».

³¹ Trib. Catania, ord., 30 luglio 2020, che rigettando la richiesta di rilascio dell'immobile locato *ex art.* 665 c.p.c., afferma che l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 «incide nella valutazione della gravità dell'inadempimento del conduttore in relazione alla domanda di risoluzione del contratto».

³² È la ricostruzione di SERRAO D'AQUINO, *L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali*, cit., p. 303 s., che rifiuta, pertanto, la soluzione dell'estinzione *pro tempore* dell'obbligazione di pagamento del canone.

³³ In questi termini, DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 581 ss.

divieto emergenziale³⁴, che legittima (*rectius*, costringe) il debitore a non adempiere.

Proprio l'alternativa tra violare le restrizioni o eseguire la prestazione spiega l'«immunità» del debitore, che viene esentato da responsabilità³⁵, grazie a una disposizione volta ad alleggerirne l'onere probatorio³⁶, con l'accertamento «in via legislativa» di una causa di forza maggiore³⁷.

Affinché operi l'effetto legale di sospensione dell'adempimento, racchiuso nella nuova previsione³⁸, il rispetto dei provvedimenti di gestione del rischio sanitario dovrebbe impedire l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di locazione commerciale o di affitto di ramo d'azienda. Non di meno – a differenza dei contratti che richiedono al debitore di interagire con il creditore o di circolare sul territorio nazionale – il *factum principis* non pone ostacoli giuridici o materiali

³⁴ Si condivide, pienamente, la ricostruzione di BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento*, cit., p. 214, secondo il quale se l'inadempimento dipende da altre ragioni, come ad esempio da cautele singolarmente adottate, «la disposizione non trova applicazione e il debitore è normalmente responsabile ex art. 1218 c.c.». Nella medesima prospettiva, Trib. Bologna, ord., 11 maggio 2020, che riferisce il precetto «alla sopravvenuta impossibilità del debitore di adempiere a causa delle restrizioni su di lui gravanti in quanto impostegli dall'autorità».

³⁵ V. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, p. 3 s., il quale discorre di «causa emergenziale di giustificazione», che realizza «uno stato di sospensione» delle prestazioni «la cui esecuzione contrasterebbe con le misure di contenimento».

³⁶ Così, IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 370 ss.; BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento*, cit., p. 216, il quale condivisibilmente esclude ogni «automatismo» della disposizione, giacché «il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento» (214).

³⁷ Un approfondimento in PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 487 ss., il quale la definisce «clausola preclusiva della responsabilità del debitore per sospensione del rapporto obbligatorio» (489). L'A. osserva acutamente: «mentre ora il debitore si può limitare a invocare la previsione normativa, allegando le prescrizioni di contenimento del contagio che precludono la sua attività solutoria (...); quando le norme eccezionali avranno cessato di produrre i loro effetti, spetterà a chi fa appello alla forza maggiore la prova della sua perdurante efficacia preclusiva dell'adempimento». V., altresì, Trib. Bologna, ord., 11 maggio 2020, secondo il quale l'art. 3, comma 6 bis, d.l. n. 6 del 2020 «esonera certamente il debitore dall'onere di provare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi che hanno reso impossibile la prestazione dedotta nel contratto».

³⁸ Siamo dinanzi a «una vicenda eccezionale di *vis maior*, che le norme emergenziali hanno avuto cura di formalizzare»: PIRAINO, *op. loc. cit.*, p. 489. Una differente interpretazione della disposizione è proposta da DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 580 s., secondo il quale per la sua operatività è indispensabile «che la prestazione sia rimasta oggettivamente possibile anche dopo (e nonostante) l'adozione delle misure di contenimento», che si limitino a creare «per il debitore ostacoli e impedimenti», astrattamente superabili con uno sforzo, tuttavia, in concreto non ragionevolmente esigibile.

all'attività solutoria né del locatore o concedente, né del locatario o affittuario.

La principale e fondamentale obbligazione dei primi, sulla quale è incentrata sotto il profilo causale la stessa nozione di *locatio-conductio* in senso ampio, è quella di far godere la cosa alla controparte (artt. 1571 e 1575 c.c.)³⁹, che non subisce ripercussioni dall'osservanza dei provvedimenti di contrasto all'epidemia. Poiché la prestazione può trovare esatta esecuzione, senza alcun conflitto con le previsioni emergenziali, resta esclusa ogni legittimazione a non adempiere giustificata dal precepto eccezionale.

Altro elemento del sinallagma contrattuale è l'obbligazione di pagare il corrispettivo (art. 1587, n. 2, c.c.) che, in quanto pecuniaria, risulta per sua natura suscettibile di modalità di adempimento rispettose delle misure di contenimento (come ad esempio mediante l'impiego di tecnologie informatiche)⁴⁰: neppure il conduttore o l'affittuario potranno, allora, invocare l'eccezionale causa di esonero da responsabilità.

5. Assenza di variazioni quantitative del rapporto di valore tra prestazioni, integranti eccessiva onerosità sopravvenuta.

Scartata l'applicabilità dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 ai rapporti di locazione commerciale, occorre verificare se l'emergenza Covid-19 e le relative misure di contrasto si atteggino a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), la quale, secondo alcuni studiosi, farebbe sorgere, in base alla clausola generale di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), un obbligo delle parti di rinegoziare le condizioni contrattuali, compresa la misura del corrispettivo, adeguandole con un rimedio di carattere manutentivo che eviti lo scioglimento del contratto⁴¹.

³⁹ Sul punto cfr. M. TRIMARCHI, *La locazione*, in *Trattato di diritto civile C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, IV, 21, Napoli, 2013, p. 160, il quale considera tutti gli altri obblighi del locatore «come strumenti essenziali attraverso cui l'obbligazione di far godere può trovare esatto adempimento».

⁴⁰ Nello stesso senso, BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento*, cit., p. 215 e, nella recente giurisprudenza, Trib. Bologna, ord., 11 maggio 2020, che considera «dubbio» che l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 «possa applicarsi in ipotesi di adempimento di obbligazioni pecuniarie, come in prima battuta parrebbe forse escluso dal rinvio all'art. 1218 c.c., che come noto presuppone una oggettiva impossibilità della prestazione e non già una mera impossibilità soggettiva di adempiere per mancanza di liquidità (secondo l'antica massima *genus numquam perit*)». Una diversa lettura in DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *I Contratti*, 2020, p. 351 ss.

⁴¹ Si vedano, soprattutto, gli scritti di MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giust. civ.*, 2020, spec. n. 1, p. 207 ss.; ID., *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 80 ss.; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *I Contratti*, 2020, p. 129 ss., che auspica l'introduzione di una nuova disciplina della rinegoziazione, come quella prevista nel disegno di legge (Senato della Repubblica, n.

La configurazione di un obbligo legale di rinegoziazione delle locazioni commerciali, alla luce degli eventi sopravvenuti, è suggerita da alcuni provvedimenti cautelari. Un decreto bolognese valorizza la circostanza che il conduttore ha «allegato la pendenza di concrete trattative con la trasmissione di una proposta transattiva consistente nella pattuizione di una temporanea riduzione del canone», per disporre che, nella memoria di costituzione, la parte locatrice resistente «prenda posizione anche in ordine alle prospettive transattive»⁴². Un'argomentazione più articolata si rinviene in una successiva ordinanza romana che, qualificato il Covid-19 come sopravvenienza in grado di «sospingere lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto», fa derivare dalla clausola di buona fede (artt. 2 Cost. e 1375 c.c.) non soltanto un «obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative», ma anche, nel caso di mancata ottemperanza, un potere giudiziale di eterointegrazione del contratto tale da ripristinarne l'equilibrio⁴³.

Tuttavia, di là dalla più ampia questione dell'ammissibilità, *de iure condito*, di un dovere generale *ex fide bona* di rinegoziazione e delle conseguenze del suo inadempimento⁴⁴, l'elaborazione pretoria del rimedio non è giustificata se, come si dimostrerà nel prosieguo della trattazione, esiste un istituto di diritto positivo, in grado di delineare un ordinamento proporzionato, ragionevole e adeguato del caso concreto, che verrebbe illegittimamente disapplicato dal giudice comune⁴⁵.

1151) “Delega al Governo per la revisione del codice civile”. Un *favor* verso la rinegoziazione quale strumento di governo delle sopravvenienze contrattuali prodotte dall'emergenza pandemica è espresso, altresì, da N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, cit., p. 20; BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; CUFFARO, *Le locazioni commerciali*, cit., p. 236; DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020, p. 1 ss.; G. TRIMARCHI, *Le “locazioni commerciali”, il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, cit., p. 245 s.; MAGRI, *Gestione delle sopravvenienze contrattuali e obbligo di rinegoziazione*, in corso di pubblicazione (letto grazie alla cortesia dell'A.). Manifestano, invece, forti perplessità sulla previsione, in via di urgenza, della rinegoziazione obbligatoria, tra gli altri, FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, cit., p. 238 s.; GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 317; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 505; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 8.

⁴² Così, Trib. Bologna, decr., 12 giugno 2020.

⁴³ Così, Trib. Roma, ord., 27 agosto 2020, che dispone la riduzione del canone di locazione del 40%, per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20%, per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, nei quali prevede una riduzione del volume di affari.

⁴⁴ Da ultimo, un'accurata ricostruzione delle principali problematiche del rinegoziare in TUCCARI, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg. XII*, 2019, p. 97 ss. e THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 631 ss.

⁴⁵ Lo stesso Trib. Roma, ord., 27 agosto 2020 ammette che può pervenirsi alla «medesima soluzione» di diminuire la misura del corrispettivo, applicando la disciplina dell'impossibilità temporanea e parziale ex artt. 1256 e 1464 c.c.

Inoltre, e in via pregiudiziale, occorrerebbe dimostrare che l'emergenza sanitaria e le relative misure di contenimento siano in grado di determinare l'eccessiva onerosità di una delle prestazioni dei contratti di locazione commerciale e affitto di ramo di azienda (artt. 1467 e 1623 c.c.).

In altri termini, le sopravvenienze pandemiche – indubbiamente qualificabili come «avvenimenti straordinari e imprevedibili», ai sensi delle previsioni codicistiche⁴⁶ – dovrebbero provocare una variazione di tipo quantitativo del rapporto di valore tra prestazione e controprestazione⁴⁷, per l'accrescimento dell'una o lo svilimento dell'altra⁴⁸.

Se è agevole riscontrare figure contrattuali che soffrono un'alterazione del sinallagma consistente nello sconvolgimento dell'equilibrio economico⁴⁹, le reciproche prestazioni del locatore (o concedente) e del conduttore (o affittuario) non subiscono, invece, alcun mutamento che investa il valore nominale o il peso economico⁵⁰. Da una parte, infatti, l'obbligazione di far godere la cosa non patisce aggravamenti di carattere patrimoniale e, dall'altra, quella di pagare il corrispettivo rimane invariata.

Poiché la misura dello scambio non è alterata oltre l'alea normale del contratto⁵¹, non può prospettarsi l'applicabilità di rimedi (ablativi o manutentivi) all'eccessiva onerosità sopravvenuta⁵².

⁴⁶ Concorda GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 321 ss.

⁴⁷ La distinzione tra “variazioni quantitative”, incidenti sulla misura dello scambio e “variazioni qualitative”, attinenti al contenuto delle prestazioni è ascrivibile ad BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1326; ID., *Il contratto in generale. La presupposizione*, in *Trattato diritto privato*, diretto da Bessone, vol. XIII, t. IV, Torino, 2003, p. 10 e successivamente ripresa da larga parte della dottrina. V., *amplius*, TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, spec. p. 17 ss.

⁴⁸ Rileva, inoltre, NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., p. 90, che, con riferimento ai contratti di affitto, «l'art. 1623 c.c. sembra evocare l'esigenza di una reazione biunivoca, nel senso che alla perdita che la sopravvenienza normativa cagiona ad una parte deve esattamente corrispondere un vantaggio per la controparte».

⁴⁹ Si vedano i numerosi esempi formulati da TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 476 e FACHECHI, *Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, cit., tra i quali possono ricordarsi: l'incremento dei costi dei materiali nell'esecuzione dell'appalto o della vendita di cosa futura; l'aumento delle spese a carico del depositario; le variazioni di prezzo nel caso di vendita con consegna differita di cosa determinata soltanto nel genere.

⁵⁰ Cfr. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, cit., p. 8 s.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 505. In senso contrario, SERRAO D'AQUINO, *L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali*, cit., p. 304; G. TRIMARCHI, *Le “locazioni commerciali”, il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, cit., p. 243 s.

⁵¹ Subordina l'operatività dell'eccessiva onerosità a tale criterio di giudizio, GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in ID. (a cura di) *I contratti in generale*², II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 1824 ss.

⁵² Concorda, Trib. Roma, ord., 19 maggio 2020.

6. *Distribuzione del rischio della sopravvenienza e impossibilità sopravvenuta della prestazione-risultato.*

La qualificazione dell'emergenza Covid-19 e dei relativi provvedimenti di contrasto come causa di forza maggiore, tale da ostacolare la regolare esecuzione dei rapporti contrattuali, deve indurre ad approfondire come operi, nella disciplina della locazione e dell'affitto, il meccanismo di allocazione del rischio della sopravvenienza⁵³.

Muovendo da un'analisi del sinallagma contrattuale, si è già sottolineata la centralità dell'obbligazione del locatore di far godere la cosa al conduttore, precisata dall'impegno a «mantenerla in istato da servire all'uso convenuto» (art. 1575, n. 2, c.c.).

Nella consolidata interpretazione della disposizione, l'obbligo è riferito alle caratteristiche materiali e alle qualità giuridiche del bene⁵⁴, ma non ai requisiti che riguardino lo svolgimento dell'attività programmata dal conduttore⁵⁵.

Nonostante la normativa emergenziale abbia disposto la «chiusura» (art. 1, comma 2, lett. j, d.l. n. 6 del 2020) e la «limitazione o sospensione delle attività commerciali» (art. 1, comma 2, lett. u, d.l. n. 19 del 2020), un autorevole studioso ha sviluppato un'interessante ricostruzione diretta a dimostrare che le misure investono l'idoneità del bene all'uso pattuito, comportando un'impossibilità sopravvenuta della prestazione che attiene alla sfera del locatore⁵⁶. Questi dovrà, pertanto, sopportare il rischio della sopravvenienza, quantunque l'impedimento dipenda da un evento estraneo al suo controllo⁵⁷.

⁵³ Negli *ELI Principles for the Covid-19 crisis*, il *Principles 13* "Force majeure and Hardship" richiede che «States should ensure that existing law on impossibility or force majeure applies in an effective way, and provides reasonable solutions. In particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regimes and the principle of good faith». In tema, v. CREA, *Contractual business network e pandemia: a forward-looking agenda?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 410 ss.

⁵⁴ Cfr., *ex multis*, M. TRIMARCHI, *La locazione*, cit., p. 164 ss., il quale precisa che «il parametro da utilizzare per individuare caratteristiche e qualità richieste è la destinazione pattuita del bene concesso in godimento».

⁵⁵ Emblematica è la più recente giurisprudenza in materia di certificazione di agibilità, la quale configura un inadempimento del locatore soltanto qualora l'esercizio dell'attività sia impedito da «carenze intrinseche» del bene locato (Cass. 16 giugno 2014, n. 13651; Cass., 18 gennaio 2016, n. 666) o addirittura fa gravare esclusivamente sul conduttore l'onere di verificarne l'idoneità al rilascio delle autorizzazioni amministrative indispensabili alla sua utilizzazione (Cass., 25 gennaio 2011, n. 1735; Cass., 26 maggio 2020, n. 9670).

⁵⁶ Si tratta dalla posizione articolata da SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 1 ss.; ID., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciale e impossibilità temporanea*, cit., p. 110 ss. Una prospettiva simile è accolta da TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 503 ss.

⁵⁷ Così, SALANITRO, *op. loc. cit.*, p. 112, secondo il quale «l'idoneità all'uso convenuto della cosa non è limitata soltanto alle caratteristiche intrinseche dell'immobile».

In questa prospettiva, si osserva che i provvedimenti di contenimento della pandemia non vietano le attività commerciali, ma il loro esercizio nei locali aperti al pubblico, con la conseguenza di rendere impossibile la garanzia dell'uso convenuto in contratto o desumibile dalle circostanze⁵⁸.

La riferita soluzione ha il pregio di riportare l'incidenza delle sopravvenienze pandemiche dal piano dei motivi esterni al contratto⁵⁹, a quello del sinallagma⁶⁰, *sub specie* di riduzione dell'uso pattuito. Tuttavia, non è in grado di risolvere l'obiezione che non è impedito l'adempimento dell'obbligazione del locatore di far godere il bene al conduttore⁶¹, poiché non ricorre alcuna chiusura dei locali commerciali con il divieto al conduttore di utilizzarli⁶².

In effetti, il *factum principis* non ostacola la prestazione-attività del debitore-locatore, che può sempre eseguire quanto dovuto, come dimostra il fatto che la controparte conserva, durante lo stato di emergenza, il godimento dell'immobile, non soltanto quale magazzino o deposito di macchinari e merci, ma anche per «*prosequire*» le attività produttive «organizzate in modalità a distanza o lavoro agile» (art. 1, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 22 marzo 2020; art. 2, comma 2, d.P.C.M. 26 aprile 2020). Risulta evidente la differenza rispetto ad altre ipotesi considerate, invece, analoghe – quali il verificarsi di un evento sismico o l'isolamento dell'immobile dopo l'interruzione dell'unica via di comunicazione⁶³, integranti vicende patologiche che comportano l'inutilizzabilità del bene.

⁵⁸ Precisa SALANITRO, *op. loc. ult. cit.*, che le misure «vietano o limitano, per ragioni sanitarie, l'uso dei locali per esercitare attività che possono essere lecitamente condotte altrimenti».

⁵⁹ Sostiene, invece, GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, cit., p. 6 s. che «lo svolgimento utile dell'attività di impresa non è certo il diretto scopo, la causa, della locazione dei locali dell'impresa (...): è solo il motivo».

⁶⁰ Così, anche, BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit., p. 8 s., la quale ricorre alla nozione di causa in concreto, evocata prudentemente anche da BARBA, *Las intervenciones del legislador italiano*, cit., p. 82, al fine di modulare l'applicabilità dell'art. 1464 c.c.

⁶¹ V., tra tutti, GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, cit., p. 6: «il blocco formale recato dai decreti colpisce infatti l'attività o le sole prestazioni che la esplicano. Non le altre obbligazioni *ex contractu* dell'imprenditore». Osserva, inoltre, NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., p. 88, che, nelle locazioni commerciali, il *lockdown* non determina l'impossibilità ad adempiere l'obbligazione del locatore, ma «il godimento secondo il tipo di utilizzo oggettivamente desumibile *ex fide bona* dal contratto».

⁶² Discorre, invece, SALANITRO, *op. ult. cit.*, p. 112 s. di «divieto di svolgere all'interno dell'immobile locato l'attività esercitata dal conduttore», sì che essa sarebbe consentita soltanto «fuori dai locali commerciali». V., altresì, TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 504.

⁶³ Sono gli esempi riportati da SALANITRO, *op. cit.*, p. 112, il quale menziona anche il caso risalente dell'infestazione della zona dal brigantaggio, affrontato da Cass. Napoli, 9 gennaio 1866.

Mentre queste turbative al godimento, pur provenendo *ab externo*⁶⁴, impediscono il comportamento solutorio del locatore, i provvedimenti di governo dell'epidemia pongono limitazioni alle attività produttive, gravanti sulla sfera del creditore-conduttore, che non può conseguire, in tutto o in parte, la prestazione-risultato⁶⁵.

L'impedimento oggettivo delle misure di contenimento incide funzionalmente sul rapporto locativo, nel senso di frustrare con varia intensità il soddisfacimento dell'interesse creditorio a ricavare dall'immobile tutte le utilità che può fornire⁶⁶, sì da configurare un'ipotesi di impossibilità temporanea di utilizzazione della prestazione da parte del conduttore⁶⁷, correntemente ricondotta alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1256 ss. e 1463 ss. c.c.)⁶⁸.

L'impostazione proposta conduce a trasferire, comunque, nella sfera del locatore il rischio della sopravvenienza⁶⁹, ma offre il vantaggio di ancorare all'interesse del creditore il criterio di giudizio dell'*an* e del *quantum* della riduzione dell'uso convenuto.

Poiché la disciplina emergenziale permette di organizzare l'attività a distanza, le scelte dell'imprenditore condizionano la continuazione della destinazione produttiva dell'immobile, sì da trovare conferma che l'indice di riferimento per valutare il grado di incidenza del *factum principis* sull'attuazione del rapporto non si colloca nella sfera del locatore, ma in quella del conduttore, sotto forma di conseguibilità, anche soltanto parziale, del risultato che ne realizza l'interesse contrattuale.

L'interesse del conduttore o dell'affittuario e la misura del suo soddisfacimento rappresenta, allora, il parametro per determinare, dal

⁶⁴ In argomento v. CALVO, sub art. 1578, in *Della locazione. Disposizioni generali*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2014, p. 138 ss.

⁶⁵ Sul venir meno dell'interesse creditorio v. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 543 ss.

⁶⁶ Affinché si configuri impossibilità sopravvenuta, PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 500, considera «sufficiente che venga meno l'utilità del creditore a ricevere la prestazione».

⁶⁷ La figura è esaminata, tra gli altri, da FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 151 ss.

⁶⁸ Si veda, in dottrina, DELFINI, sub art. 1463, in *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 1990, p. 45 s.

⁶⁹ A un risultato analogo perviene NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., p. 88 s., la quale, tuttavia, ravvisa un temporaneo difetto sopravvenuto di presupposizione, al quale applicare analogicamente la disciplina dell'impossibilità temporanea sopravvenuta, che «riesce, almeno in parte, a redistribuire il rischio del *lockdown*, creando un significativo beneficio generale».

punto di vista qualitativo e quantitativo, il peso dei provvedimenti emergenziali sul sinallagma contrattuale⁷⁰, calibrando la portata dei rimedi alle peculiarità dei singoli casi concreti⁷¹.

7. *I rimedi stragiudiziali della riduzione del canone e del recesso.*

L'impossibilità temporanea, nei negozi a prestazioni corrispettive⁷², oltre a esonerare da responsabilità il debitore «finché essa perdura», sospende l'efficacia del contratto anche per la controparte⁷³, legittimata a opporre un'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c.⁷⁴.

Nei rapporti di locazione commerciale e affitto di ramo d'azienda, poiché il riflesso delle misure di contenimento consiste in una limitazione del godimento dell'immobile, l'impossibilità temporanea è di regola parziale⁷⁵, con la conseguente applicabilità degli artt. 1258 e 1464 c.c.⁷⁶. In conformità al principio di proporzionalità⁷⁷, secondo una prospettiva condivisa anche da un'ordinanza romana⁷⁸, di fronte alla riduzione della prestazione-risultato del locatore, il conduttore ha diritto a

⁷⁰ L'interpretazione adottata nel testo giustifica la soluzione suggerita da Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020, di determinare quantitativamente la riduzione del canone di locazione avendo riguardo alla prestazione effettivamente fruita dal conduttore.

⁷¹ Secondo l'insegnamento di VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 787 ss.

⁷² Una «valutazione teleologico-funzionale» della nozione in PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 496 ss.

⁷³ Cfr. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. c.c.*, diretto da Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2002, p. 140 e dottrina *ivi* richiamata.

⁷⁴ In dottrina si evidenzia che l'eccezione di inadempimento non richiede l'imputabilità dell'inadempimento: ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 937.

⁷⁵ Discorre, nei contratti di durata, di «impossibilità parziale *ratione temporis*», PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in E. Navarretta e A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 564 ss.

⁷⁶ La medesima valutazione in SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 9; ID., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, cit., p. 113; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 495 ss.; CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 358 s.; TUC-CARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 499 ss.; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19*, cit., p. 106.

⁷⁷ Si deve all'insegnamento di PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss., l'elaborazione del rilievo sistematico e interpretativo del principio di proporzionalità nei rapporti civili.

⁷⁸ Così, anche, Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020, che afferma: «trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull'obbligazione di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire, *ex art.* 1464 c.c. una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita».

una «corrispondente riduzione» del canone dovuto, in grado di ripristinare l'equilibrio dello scambio, temporaneamente compromesso dall'evento sopravvenuto.

La tutela correttivo-rettificativa offerta dalla diminuzione del corrispettivo (art. 1464 c.c.) appare in grado di contemperare, adeguatamente, gli interessi in conflitto, conservando l'efficacia del contratto⁷⁹, ma rimodulando *ratione temporis* il contenuto della controprestazione dovuta dal creditore di quella parzialmente impossibile⁸⁰, con la ripresa dell'originario programma contrattuale al cessare della sopravvenienza⁸¹.

In uno scenario di generale sospensione della giustizia civile (art. 83, d.l. n. 18 del 2020), appare cruciale sciogliere il dilemma della natura giudiziale o stragiudiziale del rimedio della riduzione del canone *ex art.* 1464 c.c.

Una parte della dottrina, in mancanza di un accordo tra le parti raggiunto in sede di rinegoziazione, esige l'intervento del giudice⁸², con applicazione analogica della disciplina dettata dagli artt. 1578 e 1584 c.c., in materia di vizi e riparazioni della cosa locata⁸³, che tuttavia non trova giustificazioni in assenza di lacune⁸⁴.

Il carattere stragiudiziale della forma di tutela discende, allora, dall'automaticità del meccanismo previsto dall'art. 1464 c.c.⁸⁵, che non

⁷⁹ Osserva TUCCARI, *op. cit.*, p. 503 che l'esigenza manutentiva è «rafforzata, nell'attuale momento storico, dall'estrema difficoltà per i conduttori, di reperire nuovi ed economici locali dove spostarsi rapidamente e, per i locatori, di rintracciare, a loro volta, altri soggetti disponibili a pagare canoni ormai divenuti spesso troppo gravosi».

⁸⁰ Si conferma che «l'impossibilità si qualificherà ora come fattispecie estintiva, ora come fattispecie modificativa»: PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 445.

⁸¹ «L'obbligazione, quindi, che ha subito una modificazione della sua disciplina, con una prevalente riduzione quantitativa della sua operatività, anziché estinguersi riprende vigore, subendo un'ulteriore modificazione della disciplina, che s'identifica con quella originaria»: PERLINGIERI, *op. loc. cit.*, p. 500.

⁸² Così, PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 495; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, cit., p. 77 s.; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale*, cit., p. 6.

⁸³ L'*analogia legis* è prospettata da SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 9, il quale, successivamente, conviene sull'operatività dell'art. 1464 c.c. e della natura stragiudiziale del rimedio: ID., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, cit., p. 115.

⁸⁴ Sia consentito rinviare a CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 432.

⁸⁵ La configurazione della riduzione del corrispettivo come effetto automatico si deve a LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990, spec. p. 19, ed è, altresì, condivisa, sia pure con sfumature diverse, da GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 35 ss.; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 155; SICCHIERO, D'AURIA e GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile C.N.N.*, diretto da P. Perlingieri, IV, 11, Napoli, 2013, p. 348 ss.

richiede un'iniziativa processuale per far valere la riduzione della controprestazione: essa si produce simmetricamente «nell'esatto momento del verificarsi dell'impossibilità parziale»⁸⁶, a partire dal quale l'integrale pagamento del canone va considerato indebito.

Qualora il conduttore (o affittuario) operi o pretenda la diminuzione del corrispettivo, il controllo giudiziale non è obliterato, bensì eventuale e successivo, in quanto subordinato alla contestazione, da parte del locatore (o concedente), dell'avvenuta riduzione e della sua entità. Pertanto, la sentenza avrà natura dichiarativa e non costitutiva, in quanto diretta ad accertare – secondo il criterio della corrispondenza indicato dalla norma⁸⁷ – il *quantum* di una *deminutio* anteriormente compiutasi.

La prospettata soluzione del carattere stragiudiziale del rimedio presenta profonde sintonie con il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che – dopo aver a lungo permesso al locatario di interrompere il pagamento del corrispettivo, soltanto qualora manchi completamente la prestazione del locatore⁸⁸ – avalla, alla luce del principio di proporzionalità e della clausola di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) allo scopo di ridurre la misura del canone, per adeguarlo alla diminuita possibilità di godimento del bene, del quale viene mantenuta la detenzione⁸⁹.

⁸⁶ Testualmente, CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 156. V., anche, SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 654.

⁸⁷ V. SICCHIERO, D'AURIA e GALBUSERA, *op. cit.*, p. 349.

⁸⁸ «La sospensione totale o parziale dell'adempimento dell'obbligazione del conduttore è legittima soltanto qualora venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti»: Cass., 1 giugno 2006, n. 13133; Cass., 13 luglio 2005, n. 14739; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855.

⁸⁹ Una prima significativa pronuncia considera legittima la sospensione parziale o totale del pagamento del canone, ai sensi dell'art. 1460 c.c., nell'ipotesi di inesatto inadempimento, «purché essa appaia giustificata in relazione alla oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto e all'obbligo di comportarsi secondo buona fede» (Cass., 22 settembre 2017, n. 22039, con riferimento a un caso nel quale il conduttore rifiuta di dare il corrispettivo, per non aver potuto esercitare nell'immobile la prevista attività di ristorazione). Successivamente, Cass. 29 marzo 2019, n. 8760, afferma che l'art. 1460 c.c., di fronte a un inadempimento parziale che non impedisca il godimento integrale dell'immobile, non ammette la controparte alla sospensione totale dell'adempimento della propria obbligazione, esigendo piuttosto una reciproca proporzione tra offesa e difesa. Da ultimo, una compiuta enunciazione del mutato indirizzo è in Cass., 26 luglio 2019, n. 20322, la quale osserva che «non vi è alcun dato positivo né ragione logica o sistematica che impongano di adottare, con riferimento al contratto di locazione, una interpretazione diversa ovvero una versione per così dire più limitata di tale strumento di autotutela e dei relativi presupposti», sì da concludere che i «criteri di buona fede e proporzionalità sinallagmatica che concretano il funzionamento dell'istituto verrebbero traditi ove, pur in presenza di accertati inadempimenti del locatore, ancorché non tali da escludere ogni possibilità di godimento dell'immobile, non si ammettesse una “proporzionale” sospensione della prestazione di controparte, ma se ne richiedesse al contrario l'integrale adempimento».

Come si è anticipato, il criterio di giudizio per determinare la misura della riduzione va ricercato sul piano della realizzabilità dell'interesse del conduttore o dell'affittuario al conseguimento delle utilità ascrivibili all'uso convenuto dell'immobile. In giurisprudenza iniziano a scorgersi utili esemplificazioni, che rimandano, in una fattispecie di affitto di ramo d'azienda, alla conservazione della disponibilità materiale dell'immobile e alla possibilità di utilizzarlo per la custodia dei macchinari, delle attrezzature e delle merci⁹⁰, alle quali va aggiunta la destinazione produttiva consistente nello svolgimento dell'attività commerciale in modalità a distanza con consegna a domicilio.

Inoltre, secondo l'art. 1464 c.c., l'impossibilità parziale può produrre una disfunzione del rapporto contrattuale tale da legittimare il creditore non soltanto al descritto rimedio manutentivo, ma anche a quello ablativo del recesso, con la liberazione dalla propria obbligazione e la rimozione del vincolo. Il conduttore o l'affittuario, pertanto, potranno scegliere se preferire al mantenimento del contratto a condizioni adeguate, la sua risoluzione stragiudiziale, qualora non abbiano «un interesse apprezzabile all'adempimento parziale».

La formula codicistica offre un parametro al quale ispirare il controllo sulla giustificazione, sotto il profilo causale, del recesso⁹¹, in grado di ridimensionare fortemente i margini di operatività della figura, nello scenario del Covid-19⁹².

Il recesso, infatti, va considerato uno strumento di reazione alle ipotesi di incidenza dell'impossibilità parziale che rendano non più attuabile l'operazione economica, giacché la prestazione residua produce un'utilità diversa da quella originariamente programmata⁹³. In altri termini, la scelta del conduttore o dell'affittuario di recedere dal contratto va scrutinata mediante una valutazione che – senza limitarsi a verificarne la non contrarietà a buona fede – accerti, in termini oggettivi, la

⁹⁰ Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020, che ipotizza una riduzione del 70 per cento del canone, «tenuto conto del fatto che la porzione di prestazione rimasta ineseguita è oggettivamente quella di maggior significato economico nell'ambito del sinallagma», oltre a considerare dovuti «gli oneri “comuni” diretti ed indiretti, in quanto connessi alla disponibilità materiale dei locali che è rimasta, anche nel periodo di chiusura, in capo alla ricorrente».

⁹¹ In tal senso, PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 590 s., che definisce l'interesse “apprezzabile” quale «interesse, normativamente tipizzato, che funge da limite al recesso».

⁹² Una stimolante rilettura del sindacato giudiziale sulla scelta del creditore in COPPO, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 401 ss., secondo la quale «l'interesse apprezzabile del creditore alla prestazione parziale, almeno in situazioni di crisi causata da circostanze eccezionali e imprevedibili, dovrebbe sempre sussistere quando una componente della prestazione rimane possibile; e la possibilità deve valutarsi non solo in rapporto a chi eroga la prestazione, ma anche in relazione all'utilizzatore».

⁹³ Si accoglie l'impostazione di PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 583 ss. Cfr., altresì, C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presunzione negoziale*, Milano, 1997, p. 500 ss.

compatibilità dell'impossibilità parziale con la causa in concreto del contratto⁹⁴.

Pertanto, la temporaneità delle misure di contenimento, che vanificano parzialmente soltanto alcuni segmenti della prestazione continuativa di far godere la cosa locata, limita la tutela di stampo ablativo alla ristretta casistica ove la frazione della prestazione rimasta possibile, in quanto qualitativamente diversa da quella dovuta, impedisce la perdurante perseguibilità, quantunque a un livello ridotto, del programma contrattuale.

⁹⁴ BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*², Milano, 2012, p. 404. Un'attenta indagine dell'evoluzione del requisito causale in VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 323 ss.; ID., *Il Contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, spec. p. 1200 ss.

ROBERTO CARLEO
Professore ordinario di diritto privato
Università “Parthenope” di Napoli

RESPONSABILITÀ SANITARIA E ONERE DELLA PROVA: IL RUOLO DELLA CARTELLA CLINICA ELETTRONICA

SOMMARIO: 1. Il ritorno alla responsabilità aquiliana e il *revirement* della giurisprudenza sull’onere della prova gravante sul paziente; – 2. La prova del nesso causale e l’avvicinamento ai criteri di imputazione della responsabilità penale; – 3. Il principio di vicinanza della prova; – 4. La cartella clinica e le linee guida. La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità organizzativa o di impresa; – 5. Il ruolo della tecnologia e l’indifferenza delle qualificazioni classiche della responsabilità sul riparto dell’onere della prova in materia sanitaria: la cartella clinica elettronica.

1. *Il ritorno alla responsabilità aquiliana e il revirement della giurisprudenza sull’onere della prova gravante sul paziente.*

Appena circa dieci anni fa, un’importante pronuncia delle Sezioni Unite – la n. 577 del 2008¹ – statuiva che la responsabilità medica segue il riparto probatorio della responsabilità contrattuale; ciò sulla scia della celeberrima pronuncia delle stesse Sezioni Unite n. 13533 del 2001², in materia di onere della prova nella responsabilità *ex art.* 1218 c.c.

¹ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 (Pres. Carbone, Rel. Segreto) (le sentenze gemelle dell’11 gennaio 2008 vanno dalla n. 576 alla n. 584), in *Danno resp.*, 2008, p. 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*

² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 (Pres. Vela, Rel. Preden) ampiamente commentata su diverse riviste giuridiche.

Dunque, fino a un paio di anni fa, non v'era alcun dubbio che la prova del nesso causale fosse invertita a carico del debitore inadempiente, ovvero sul medico (o sulla struttura sanitaria), sgravando conseguentemente il paziente dal relativo onere.

La responsabilità medica venne infatti qualificata come contrattuale grazie al celeberrimo orientamento del “contatto sociale”, inaugurato da Cass. 589/1999³.

La statuizione della sentenza n. 577/2008 delle Sezioni Unite venne pacificamente e costantemente seguita e ribadita da decine di sentenze⁴.

Il sistema consolidato della qualificazione della responsabilità sanitaria come contrattuale resiste negli orientamenti della Cassazione anche in seguito all'introduzione della legge Balduzzi⁵ che per la prima volta contiene un espresso riferimento all'art. 2043 c.c., per “spingere” la qualificazione della responsabilità del medico verso il paradigma della responsabilità aquiliana.

La giurisprudenza, infatti, quasi in un “braccio di ferro” con il legislatore, anche a seguito del nuovo testo legislativo, aveva conservato la propria posizione consolidata⁶ e mantenuto fede ai propri precedenti⁷.

³ Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Danno resp.*, 1999, p. 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*.

⁴ Tra le molte, cfr. Cass. 22894/05; 12362/06; 867/08; 10743/09; 17143/12; 18341/13; 20904/13; 21177/15. Tali sentenze sono tutte menzionate nella sentenza di cui si dirà appresso (Cass. 18392/17). Ma se ne rinvengono anche altre, quali, ad esempio, Cass., 15991/11; 15993/11; 4792/13; 23564/11; 2185/14; 5590/15.

⁵ D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (noto anche come decreto Balduzzi dal nome del Ministro della Salute Renato Balduzzi del governo Monti), conv. in L. 8 novembre 2012, n. 189.

⁶ *Ex multis*, cfr. Cass., 27 aprile 2014 n. 8940; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, entrambe consultabili in *Pluris*.

⁷ Non può prescindere dai richiami ai recenti studi sul nuovo ruolo assunto dalla giurisprudenza anche in un diverso riparto di funzioni tra giurisdizione e legislazione (anche muovendo dall'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost. introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, sulla quale cfr. MAR. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014) e in particolare alla “Trilogia del giudicare” di IRTI, raccolta nei tre volumi editi da “Il Mulino” che, muovendo dai problemi della “Calcolabilità giuridica”

Ma le cose cambiano con l'avvento della legge Gelli/Bianco⁸, la quale non solo ribadisce il riferimento all'art. 2043 c.c. (già introdotto dalla precedente legge Balduzzi), ma in particolare nell'art. 7, traccia una sorta di “doppio binario” della responsabilità: contrattuale per la struttura sanitaria (pubblica o privata) ed extracontrattuale per il medico (e per il personale paramedico). Infatti, mentre viene ad attrarsi nella responsabilità contrattuale la responsabilità della struttura (quindi assoggettata alle norme dell'art. 1218 e ss. c.c.), invece l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

Questa differenza di qualificazione reca delle conseguenze applicative che incidono sulla posizione processuale del paziente danneggiato sotto vari profili, tra i quali, soprattutto, quello dell'onere probatorio (che resterebbe invertito, e dunque più agevole, nei soli confronti della struttura sanitaria) e quello della prescrizione (che resterebbe assoggettata al termine ordinario decennale solo per la struttura, mentre per il medico si abbrevierebbe a cinque anni).

L'agevolazione probatoria che era stata riconosciuta al paziente, tuttavia, comincia a venire meno (non solo quando questi agisca nei confronti del medico, ma) anche quando convenuta sia la struttura sanitaria, ovvero in un ambito comunque tuttora ricondotto (dalla stessa legge) alla responsabilità contrattuale.

La prima inversione di tendenza, che pone l'onere di provare il nesso causale in capo al creditore anche nella responsabilità “contrattuale” sanitaria, si registra con la sentenza della Cassazione n. 18392/2017⁹, la quale afferma che l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta sorge solo ove il danneggiato

(Bologna, 2017), passa attraverso “*Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*” (Bologna, 2018) fino alla “*Decisione robotica*” (Bologna, 2019).

⁸ L. 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in G.U. Serie Generale n. 64 del 17 marzo 2017, entrata in vigore il 1° aprile 2017.

⁹ Cass., 26 luglio 2017 n. 18392 (pres. Travaglino, rel. Scoditti), in *Danno resp.*, 2018, p. 349 ss., con nota di D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*.

abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari.

A questa sentenza ne seguono molte altre¹⁰, e in breve termine questo nuovo orientamento si consolida, e viene ribadito, di nuovo dallo stesso relatore originario, in due delle sentenze che la terza sezione ha pronunciato l'11 novembre 2019, già note come “decalogo di San Martino” sulla responsabilità sanitaria¹¹.

¹⁰ Sono conformi a Cass., 26 luglio 2017 n. 18392 (secondo i precedenti richiamati da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, su cui cfr. nota 12): Cass., 29 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; 23 ottobre 2018, n. 26700; 20 agosto 2018, n. 20812; 13 settembre 2018, n. 22278; 22 agosto 2018, n. 20905; 19 luglio 2018, n. 19204; 19 luglio 2018, n. 19199; 13 luglio 2018, n. 18549; 13 luglio 2018, n. 18540; 9 marzo 2018, n. 5641; 15 febbraio 2018, nn. 3704 e 3698; 7 dicembre 2017, n. 29315; 14 novembre 2017, n. 26824. Si vedano tuttavia (già prima di Cass., 26 luglio 2017 n. 18392), Cass., 24 maggio 2006, 12362; 17 gennaio 2008, n. 867; 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 26 febbraio 2013, n. 4792; 31 luglio 2013, n. 18341; 12 settembre 2013, n. 20904; 20 ottobre 2015, n. 21177; 9 giugno 2016, n. 11789).

Sono invece contrarie, cioè reputano che l'inversione a carico del debitore dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale, anche professionale medica, riguardi anche il nesso causale, sia prima sia dopo il *revirement* inaugurato da Cass., 26 luglio 2017 n. 18392 (di cui alla nota 9), le sentenze citate alla successiva nota 14 (tutte non richiamate da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, su cui cfr. nota 12).

¹¹ Qualche perplessità ha suscitato tale iniziativa dei giudici della terza sezione civile di dettare un simile “decalogo” della responsabilità sanitaria (nell’ambito del “progetto sanità”, parallelo ad altri perseguiti in altre materie assegnate alla stessa Sezione, volto a selezionare delle “nuove” questioni di particolare importanza “nomofilattica”, al fine di dettare delle “sentenze pilota”, cioè capaci di orientare le future determinazioni dei giudici di merito) concentrando diverse decisioni in una data casualmente di particolare importanza per la responsabilità civile (in ragione delle celeberrime sentenze gemelle delle Sezioni Unite dell’11 novembre 2008 che hanno ordinato la materia del danno non patrimoniale), quando invece per alcune di tali decisioni, e tra queste proprio quelle che qui interessano in tema di onere della prova del nesso causale, si era auspicato in dottrina un intervento delle Sezioni Unite. Ed invero il tema che qui ci occupa (non è del tutto nuovo ma) ha subito un drastico *revirement* (peraltro nemmeno pacifico, come si evince da un persistente orientamento contrario in seno alla stessa sezione: cfr. nota 14) che interessa a prescindere dalla riforma legislativa che ha riportato la responsabilità del medico nell’alveo della responsabilità aquiliana, atteso che la Cassazione ha dettato tali regole rivisitando consolidati orientamenti dettati per la

Si legge infatti – nelle sentenze nn. 28991 e 28992 dell’11 novembre 2019¹² (che richiamano tutti i precedenti a partire dalla sentenza 18392/17¹³) il seguente principio di diritto: «*ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l’inadempimento della prestazione i diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo presunzioni, il nesso di causalità fra l’aggravamento della situazione patologica, o l’insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l’esatta esecuzione della prestazione*».

Secondo questo nuovo corso della giurisprudenza di legittimità, l’impostazione classica, secondo la quale al creditore danneggiato spetta solo di allegare l’inadempimento e nulla più, si giustificherebbe solo ove la “causalità materiale” sia insita e non “separabile dall’inadempimento” stesso, che corrisponderebbe al danno evento (c.d. causalità giuridica). Ciò, ritiene questo nuovo indirizzo, potrebbe darsi solo nello schema classico della obbligazione di dare o di fare, ma non anche in caso di obbligazione avente ad oggetto un *facere* professionale, poiché qui «*la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell’evento alla condotta*».

Vale a dire che, nell’ambito della prestazione del *facere* professionale, il danno evento non si identificherebbe nella lesione dell’interesse oggetto della obbligazione, bensì «*dell’interesse presupposto a quello contrattualmente regolato*». Vi sarebbero, cioè, «*nel campo delle obbligazioni di diligenza professionale*», un interesse *primario* ed un interesse *strumentale*: il medico non assume l’obbligo della guarigione del paziente, così come l’avvocato non garantisce la vittoria della causa (ovvero l’interesse primario e presupposto); invece

responsabilità “contrattuale” (ed invero superandoli senza nemmeno menzionare il conflitto), cioè, quindi, intervenendo sui profili dell’onere della prova nel rapporto obbligatorio per i quali la riforma della responsabilità medica non ha direttamente inciso.

¹² Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e Cass., 11 novembre 2019, n. 28992 (Pres. Travaglino, Rel. Scoditti).

¹³ Cfr. nota 10.

la prestazione oggetto dell'obbligazione è «*il perseguimento delle leges artis nella cura dell'interesse del creditore*» (ovvero l'interesse strumentale). Da tutto ciò consegue, secondo la Cassazione in esame, la necessità per il creditore danneggiato nelle obbligazioni di diligenza professionale (nella quali «*la causalità materiale non è praticamente assorbita dall'inadempimento*») di dimostrare il nesso di causalità materiale tra condotta e danno evento, e dunque la lesione dell'interesse «*presupposto*».

Sebbene tale nuovo orientamento non sembri affatto pacifico, né prima, né dopo il *revirement*¹⁴, e pertanto potrebbe comunque attendersi una conferma da parte delle Sezioni Unite, in conseguenza di esso l'onere della prova, con riguardo al nesso causale, in ogni caso ritornerebbe a gravare sul paziente.

¹⁴ In senso contrario, dopo il *revirement* del 2017 (cfr. Cass., 26 luglio 2017 n. 18392 su cui cfr. nota 9) v. Cass., Sez. III, 13 ottobre 2017, n. 24073, Pres. Chiarini, Rel. Olivieri, la quale ha ribadito il principio di diritto secondo cui «*in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo invece a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante*» (cfr. Corte Cass. Sez. Un., Sentenza n. 577 del 11/01/2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 27855 del 12/12/2013) e addirittura anche dopo le recenti sentenze del decalogo di San Martino (cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, su cui cfr. nota 12), v. Cass., 14 novembre 2019, n. 29498, Pres. Amendola, Rel. Graziosi, secondo la quale: «*Nella responsabilità contrattuale l'onere della prova spetterebbe all'inadempiente e il criterio di vicinanza della prova consentirebbe di 'risolvere le questioni di nesso causale' come insegna la giurisprudenza di questa Suprema Corte, anche con l'intervento nomofilattico di Sez Un n. 577/2008. Infatti dall'art. 1218 c.c. si dovrebbe desumere che l'unica prova liberatoria, gravante sul debitore inadempiente, è l'impossibilità oggettiva della prestazione. Per il corretto riparto dell'onere della prova nel caso di incertezza di causa della morte, l'incertezza avrebbe dovuto gravare sul debitore che avrebbe dovuto tenere la cartella clinica in modo tale da impedire l'insorgenza di dubbi*». Ma v., anche, prima del *revirement*, Cass., 11 novembre 2011, n. 23564; Cass., 21 luglio 2011, n. 15991 (tutte non richiamate da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e 28992, su cui cfr. nota 12).

La dottrina non ha mancato di sottolineare l'inversione di tendenza inaugurata da questa sentenza qualificandola alla stregua di una restaurazione del regime classico di responsabilità aquiliana: «*restaurazione, che minaccia di lasciare il danno là dove cade*»¹⁵.

Sebbene altra parte della dottrina giustifichi questo nuovo orientamento, ritenendo il mutamento come un progresso conforme a nuovi presupposti legislativi, e non un ritorno al passato¹⁶, invece alcuni autori si esprimono in termini davvero molto critici, contestando che si tratta di un grave conflitto che non è stato sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite su questa così definita «*nomofiliachia dal basso e giacobina, perché butta il cuore oltre l'ostacolo e spiana il conflitto con l'espedito di negarlo*»¹⁷.

Ovviamente critico sul nuovo corso (legislativo, prima che giurisprudenziale) è il principale fautore e ispiratore del “contatto so-

¹⁵ Cfr. PARDOLESI - SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta*, in *Danno resp.*, 1/2018, p. 5 ss.; ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale. L'inizio di una nuova storia?*, in *Danno resp.*, 2017, p. 696 ss.; D'AMICO, *La prova del nesso di causalità “materiale” e il rischio della c.d. “causa ignota” nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1348; DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in Volpe (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, Bologna, 2018, p. 117 ss.

¹⁶ Cfr., da ultima, SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *Danno resp.*, 2019, 461 ss.; MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, 118 ss.; Cfr. già ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in ID. (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017, p. 228.

Prendono posizione a favore del nuovo orientamento anche taluni stessi magistrati della Cassazione: v. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 265. Cfr. anche, già prima del *revirement*, ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2218.

¹⁷ Così AL. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofiliachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1603, i quali segnalano ben 22 sentenze in un anno e mezzo per ribadire e consolidare il *revirement*.

ciale”, secondo cui la nuova regola legislativa è «*piombata all'improvviso e [...] in maniera [...] disarmante, perché ignara delle partizioni fondamentali della responsabilità civile e dei suoi presupposti, sembra qualificare la condotta del medico alla stregua di un qualunque fatto illecito*»¹⁸.

Tra le molte altre, il problema della prova del nesso di causalità è stato nuovamente affrontato dalla Corte di Cassazione, ribadendo che esso gravi sul paziente, di recente, (oltre che con tutte le sentenze già citate dalla stessa Cassazione¹⁹) con la sentenza n. 8461 del 27 marzo 2019²⁰.

¹⁸ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 554.

¹⁹ Cfr. nota 10.

²⁰ Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2019, n. 8461, in *Pluris*. Nel caso di specie, gli eredi di un defunto lamentavano che il *de cuius* fosse deceduto anticipatamente a causa della mancata diagnosi di un carcinoma. Il comportamento negligente del medico nell'omettere la diagnosi di carcinoma al seno viene, qui, in rilievo non perché la tempestiva diagnosi avrebbe evitato il decesso ma perché avrebbe diminuito il periodo di vita della paziente; l'omissione in pratica ha anticipato la morte.

La Suprema Corte enuncia i seguenti principi di diritto:

a) «*è configurabile il nesso causale tra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi: laddove il danno dedotto sia costituito anche dall'evento morte sopraggiunto in corso di causa ed oggetto della domanda in quanto riconducibile al medesimo illecito, il giudice di merito, dopo aver provveduto alla esatta individuazione del petitum, dovrà applicare la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non al nesso di causalità fra la condotta del medico e tutte le conseguenze dannose che da essa sono scaturite*».

b) «*ove la decisione del giudice sia fondata sulle risultanze di una CTU, l'accertamento tecnico svolto deve essere valutato nel suo complesso, tenendo conto anche dei chiarimenti integrativi prestati sui rilievi dei consulenti di parte: il mancato e completo esame delle risultanze della CTU integra un vizio della sentenza che può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, risolvendosi nell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*».

La sentenza oltre ad esaminare la problematica del nesso causale aggiunge un ulteriore elemento relativo alla CTU come mezzo probatorio determinante in questa tipologia di cause. Infine, si ricorda che l'onere probatorio a carico della strut-

2. *La prova del nesso causale e l'avvicinamento ai criteri di imputazione della responsabilità penale.*

Secondo il nuovo corso della Cassazione civile, la sentenza 7 marzo 2019, n. 6593²¹, dopo aver chiarito che deve sempre sussistere in ogni caso l'inadempimento del personale sanitario, "preliminare" rispetto alla questione del nesso causale²², ribadisce che, in pratica, il paziente deve provare l'esistenza del rapporto "contrattuale" con la struttura sanitaria, l'aggravamento della malattia o la sua "nascita", e il nesso di causalità tra la patologia aggravata o insorta e il comportamento tenuto dal medico.

In questa stessa sentenza la Cassazione civile tende a dichiarare di porsi sempre in continuità anche con la ricostruzione del nesso causale in materia di responsabilità medica così come venne chiarito dalle Sezioni Unite nel famoso arresto contenuto nella sentenza

tura sanitaria e del medico è non solo quello riguardante il sanitario che deve provare di aver agito diligentemente ma anche che il danno è stato prodotto da un evento imprevisto ed imprevedibile.

L'onere probatorio a carico del paziente sarà diverso qualora agisca nei confronti del sanitario; il richiamo fatto dalla Legge Bianco-Gelli all'art. 2043 c.c. impone di seguire le regole dettate dal codice; è, onere, del danneggiato, quindi, provare gli elementi costitutivi del fatto illecito, il nesso di causalità, il danno ingiusto e la imputabilità a quel determinato soggetto; per chiarire, ad esempio, non sarà sufficiente allegare l'inadempimento del sanitario, ma è necessario provare ad esempio la sua ingiustificata e colposa scelta di agire non rispettando le linee guida in materia medica.

Non si applicherà l'art. 2043 c.c. ma l'art. 1218 c.c. qualora con il sanitario si sia concluso un contratto dove la prestazione sanitaria deve tendere ad un risultato come ad esempio nel caso della chirurgia estetica.

²¹ Cass., Sez. III, 7 marzo 2019, n. 6593 (Pres. Travaglino, Rel. Sestini). Anche tale sentenza non è tra quelle citate da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, cit.

²² Si legge nella sentenza che «[...]il motivo (rectius del ricorso per Cassazione) risulta privo di interesse, dal momento che la decisione non rinviene la sua ratio fondante nell'individuazione della spettanza dell'onere probatorio in punto di nesso causale, ma esclude – a monte – che vi sia stato un qualche inadempimento da parte dei sanitari del Policlinico, negando il presupposto stesso della responsabilità contrattuale della struttura, senza necessità, quindi, di affrontare il profilo del nesso causale fra la condotta sanitaria e il decesso del [...]».

576/2008²³ dove si enunciava chiaramente la differenza tra la responsabilità (nel processo) penale e (in quello) civile «[...] *in quanto nel primo vige la regola della prova 'oltre il ragionevole dubbio' (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo (quella civile) vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale*».

In materia civile vige quindi il c.d. “*giudizio controfattuale*”: bisogna cioè accertare se un comportamento diverso e comunque dovuto sarebbe bastato ad evitare il danno.

Alcune analogie si colgono in altre sentenze recenti del 2019²⁴ sul nesso causale nella responsabilità (penale). Nel nuovo orientamento (rispetto alla netta distinzione riportata dalle Sezioni Unite del 2008,

²³ Cfr. nota 1.

²⁴ Cass. pen., 18 marzo 2019, n. 11674 ha stabilito che per accertare la responsabilità medica non è sufficiente attenersi a un coefficiente di probabilità statistica, ma occorre un giudizio controfattuale di «elevata probabilità logica». Cass. pen., 5 giugno 2019, n. 24922, ha precisato che il giudizio controfattuale deve dimostrare che la condotta dovuta che è mancata avrebbe evitato o differito l'evento dannoso, e che esso non si sarebbe comunque verificato in base a leggi scientifiche. Cass. pen., 28 maggio 2019, n. 23252, la responsabilità sussiste anche in caso di morte inevitabile, se vi sia la «alta probabilità logica» che il corretto intervento di medico avrebbe potuto prolungare la vita del paziente.

Cass. pen., 17 giugno 2019, n. 26568 designa i quattro requisiti delle leggi scientifiche da impiegare nell'indagine sul nesso causale: 1) generalità; 2) controllabilità; 3) grado di conferma; 4) accettazione da parte della comunità scientifica internazionale. Tuttavia non devono essere per forza “unanimente riconosciute”.

Cass. pen., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770 il rispetto delle linee guida esonera dalla colpa lieve (come prescrive la legge). Conf. Cass. pen., 25 febbraio 2019, n. 8115.

n. 577) sembra notarsi un “avvicinamento” tra i criteri di imputazione della responsabilità civile e di quella penale²⁵. Forse perché anche la condanna civile del medico oggi la si vuole, almeno di regola, delimitare e circoscrivere ad ipotesi tassative ed obiettive, cioè solo quando abbia violato le linee guida, e solo quando risulti che la diversa condotta avrebbe evitato e ridotto il danno.

Benché spesso si continui tralattivamente ad affermare la distinzione tra il nesso causale nel diritto penale e nel diritto civile, invece le regole in tema di prova sembrano omologarsi, richiedendosi in ogni ambito una prova sempre più rigorosa e scientifica per imputare la responsabilità, ed un diverso trattamento appare addirittura di dubbia costituzionalità, come pure di recente è stato acutamente osservato²⁶.

3. *Il principio di vicinanza della prova.*

Quale che sia la natura della responsabilità del medico – ora extracontrattuale –²⁷, il regime probatorio ben potrebbe e dovrebbe rimanere a carico del medico, quantomeno in applicazione del (pur controverso) *principio di vicinanza della prova*.

Pur senza pretendere affatto di sconfessare il principio dispositivo che governa la prova nel processo civile, la peculiarità della materia sanitaria giustifica che l'accertamento della verità passi attraverso la

²⁵ Sulla ricostruzione del nesso causale mutuata dalla riflessione penalistica, fino al superamento della “causalità scientifica” e alla traduzione da parte dei civilisti della “incertezza scientifica” nel c.d. danno da perdita di chance, cfr. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1341 ss.

²⁶ DONATI, *Le questioni di rilevanza costituzionale poste dalla disciplina civile e penale delle prove*, Relazione tenuta nel convegno “*Giornata di studio in ricordo di Carlo Lessona nel centenario della morte. Il sistema delle prove civili e penali tra la disciplina tradizionale e le istanze di rinnovamento*”, presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 24 e 25 ottobre 2019 (atti in corso di pubblicazione, lavori registrati e trascritti sul sito <http://www.radioradiocale.it/scheda/588028/giornata-di-studio-in-ricordo-di-carlo-lessona-nel-centenario-della-morte-il-sistema/audio>).

²⁷ Sebbene non manchino ancora confutazioni interpretative, cfr. ad esempio DI CIOMMO, *op. cit.*, p. 119 s. Secondo cui la giurisprudenza potrebbe ancora svincolare il richiamo legislativo – “*tutt'altro che felice*” – all'art. 2043 c.c.

consulenza tecnica d'ufficio (peraltro imposta dalla legge come condizione di procedibilità della domanda risarcitoria del paziente e non più solo discrezionalmente disposta dal giudice).

Del resto la prova non potrebbe farsi gravare solo sul paziente, che ben potrebbe non essere in condizione di conoscere i fatti che sono accaduti in una sala operatoria, nella quale di regola si potrebbe essere trovato da solo ed incosciente, a differenza del medico e dei collaboratori sanitari che potrebbero essere responsabili dei danni derivanti dalle proprie condotte.

Se la prova non è d'ufficio, allora è comprensibile che possa e debba farsi gravare in capo agli unici soggetti che possono (e devono?) offrire elementi utili ai fini dell'accertamento della verità.

Può tutelarsi la omissione e la reticenza del medico e della struttura sanitaria volta ad impedire l'accertamento della verità, o non è forse più coerente con i principi di buona fede e leale collaborazione, anche processuale, imporre all'unico soggetto che può darle di offrire al giudizio tutte le utili informazioni di cui è in possesso?

Alla seconda soluzione può giungersi in applicazione del *principio di vicinanza della prova*, che non è privo di qualche fondamento positivo.

Il principio di "vicinanza della prova" – in buona sostanza – potrebbe fondatamente indurre la giurisprudenza a mantenere comunque l'onere probatorio in capo al medico, a prescindere dalla natura (extracontrattuale) della responsabilità, con ciò vanificando le ragioni che avrebbero spinto l'intervento legislativo volto a forzare la responsabilità del medico sempre nell'ambito di quella aquiliana, appunto per ristabilire la regola generale che impone l'onere probatorio in capo al paziente che lamenta il danno.

Al proposito si segnala, in anni recenti, il richiamo prevalente da parte della giurisprudenza al criterio della *vicinanza* (o *referibilità*, *prossimità*, *facilità*) della prova, tanto che la giurisprudenza, di legittimità e di merito, è giunta a parlare di "*dogma*" della vicinanza della prova²⁸.

²⁸ Così Cass., 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 737 ss., con nota di MAT. NUZZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per sinistro su strada statale*; App. Torino, 28 marzo 2007; il passaggio del criterio di vicinanza della prova a principio centrale del sistema avviene con la celeberrima

Il fondamento risale al filosofo inglese Jeremy Bentham²⁹, la cui impostazione ha trovato un'eco nella nostra dottrina in Matteo Pescatore³⁰, il quale, a differenza di Bentham, vede il criterio della vicinanza alla prova porsi non come alternativo al sistema della allegazione, ma come suo temperamento.

Pescatore rileva che: «*certe condizioni di fatto portano con se stesse una tal quale probabilità naturale e quando a questa generale verosimiglianza s'aggiunga la difficoltà estrema che incorrerebbe l'attore a doverne dare una prova più rigorosa, la facilità della prova contraria per parte del convenuto e la necessità di ovviare a più gravi perturbazioni nella pratica della vita civile, la legge e la giurisprudenza tradizionale, che ne tiene le veci, introducono una presunzione in favore dell'attore ossia una eccezione alla regola generale che gli imporrebbe per tutte le condizioni di fatto il carico della prova*».

A livello comparativo il problema della vicinanza della prova è particolarmente sentito soprattutto negli ordinamenti di *civil law* (poiché quelli di *common law* hanno una maggiore capacità di garantire l'accesso alle prove nella fase del processo della c.d. "discovery", finalizzata, appunto, alla scoperta delle prove).

Ad esempio, il principio della *disponibilidad y facilidad* probatoria (già molto diffuso negli ultimi decenni nella giurisprudenza nei settori in cui vi è una asimmetria tra le posizioni delle parti e l'esigenza di tutela di un contraente debole, come il consumatore o il malato) in Spagna e in Brasile ha trovato espressa collocazione nel codice di rito (in Spagna nell'art. 217, 6 comma, introdotto nel 2000, secondo cui il giudice, nell'applicazione dei principi dell'onere della prova, «*deve considerare la disponibilità e facilità della prova di*

sentenza n. 13533/2001 delle Sezioni Unite. Ad una riflessione sul significato del criterio della vicinanza della prova e sulla sua accresciuta importanza è dedicato un recente contributo di BESSO (EAD., *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6, p. 1383 ss.), da cui si traggono utili riferimenti (una recente critica al principio di vicinanza della prova è svolta invece da FRANZONI, *La «vicinanza della prova»*, quindi [...], in *Contr. impr.*, 2016, p. 360 ss.).

²⁹ BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, London, 1827.

³⁰ PESCATORE, *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*², Torino 1883, vol. I, p. 95 ss., spec. 95 e 106

ciascuna delle parti in lite» e in Brasile nell'art. 373 del recente codice di procedura civile emanato con Legge 13.105 del 16.3.2015, che prevede la stessa facoltà del giudice di attribuire l'onere della prova in deroga al principio generale che lo vuole sull'attore, ove sia più facile la prova "contraria", purché con adeguata motivazione della decisione e con la possibilità della parte gravata di soddisfare l'onere attribuitole.

Anche in Italia c'è un «*addentellato normativo*»³¹ nell'art. 64 del codice del processo amministrativo del 2010, rubricato «*disponibilità, onere e valutazione della prova*», il quale nel primo comma prevede che spetta alle parti «*l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni*».

Taluno scorge un altro riferimento, se non alla vicinanza della prova, ad una sorta di *discovery*, anche nell'art. 121 del codice della proprietà industriale (intitolato «*ripartizione dell'onere della prova*») che, al comma 2 stabilisce una speciale disciplina di esibizione che riduce in sostanza l'onere alla allegazione di «*seri indizi*» e non di piena prova, il cui onere viene ribaltato sulla controparte a cui i fatti da provare sono più prossimi (la norma prevede che una volta che l'attore «*abbia fornito seri indizi della fondatezza delle proprie domande e abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi*», allora «*può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte*»).

La conclusione è che, soprattutto grazie alla giurisprudenza, oltre agli spunti di una antica e minoritaria dottrina, anche nel nostro ordinamento «*sembra delinearsi un nuovo sistema probatorio basato sul principio di collaborazione tra le parti e il giudice, principio [...] codificato in altri ordinamenti (in particolare, in quello francese)*»³²: sul punto si rimanda anche all'art. 11 c.p.c. francese, secondo cui le parti sono tenute a dare il proprio contributo alle misure

³¹ Così TAR Catanzaro (Calabria), 8.5.2013, n. 539.

³² BESSO, *op. cit.*, 1392.

istruttorie e il giudice trae le conseguenze della loro astensione o rifiuto di collaborare³³.

Proprio un giurista francese³⁴ afferma che «*non è più il tempo ove una visione individualista del processo civile portava a pensare che la determinazione dell'onere della prova fissasse a priori il ruolo di ciascuna parte nella ricerca degli elementi per il convincimento del giudice e dove il convenuto beneficiava di una sorta di diritto alla passività: oggi, ciascuno deve portare la sua pietra per l'edificio probatorio*».

4. *La cartella clinica e le linee guida. La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità organizzativa o di impresa.*

Come si è sopra rilevato, del resto è il medico che fa la cartella clinica. Il paziente può solo accedervi.

Oggi questo tema è di massima importanza per le strutture sanitarie (che devono dotarsi dei più efficienti sistemi di redazione e conservazione della cartella clinica che i medici debbono adottare).

La cartella clinica contiene (e deve contenere) la verità di ciò che è accaduto. Essa è il documento principale su cui deve incentrarsi la prova dello svolgimento dei fatti. La sua rilevanza probatoria potrebbe essere equiparata addirittura a quella dell'atto pubblico³⁵.

³³ Cfr, tra gli altri, sul principio di vicinanza della prova, CALVO, *La "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria*, in Volpe (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 34 ss. Anche FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. Medica. Diritto e pratica clinica*, 2017, p. 10 s.) dubita che la nuova diversa qualificazione della responsabilità medica possa mutare il consolidato regime del riparto dell'onere della prova.

³⁴ PERROT, nel commento a Cour de cassation 9.1.2014, n. 12.25-472, in *Procédures*, marzo 2014, p. 10 s., che ha ribadito la impossibilità del giudice – nella evoluzione ad oggi – di procedere ad una automatica applicazione del principio dell'onere della prova, senza considerarne la vicinanza e la collaborazione delle parti

³⁵ La peculiarità della cartella clinica è che si tratta di un documento confezionato e sottoscritto dallo stesso medico (che, generalmente, insieme alla struttura sanitaria, è il convenuto nei cui confronti viene contestata la responsabilità). La rilevanza probatoria dovrebbe essere innanzitutto contro il predisponente.

Nel silenzio della legge sulla natura e sulla rilevanza probatoria, è discussa la valenza di atto pubblico (dubbia nel diritto civile ma ammissibile nella più ampia

Il contenuto della prova è “tecnico”. La ricostruzione ed il rispetto delle linee guida sono decisivi.

La responsabilità medica è la forma di responsabilità professionale che più (e prima) di ogni altra viene affidata alla gestione della stessa categoria professionale interessata, in un’ottica – se si vuole – di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 ult. co. Cost.*

I medici sono giudicati innanzitutto da altri medici (i CTU designati ai sensi della consulenza tecnica ai fini conciliativi *ex art. 696 bis c.p.c.*, posta come condizione di procedibilità della azione risarcitoria (alternativa alla mediazione civile obbligatoria in materia). E questi parametri “normativi” – ovvero le linee guida³⁶ – sono creati da altri medici.

Il giudice resta, per così dire, sullo sfondo, sebbene meriti di essere massimamente enfatizzato e valorizzato l’inciso dell’art. 5 della legge Gelli/Bianco («*salve le specificità del caso concreto*»), grazie al quale, così come il consulente rispetto alle linee guida, così anche il giudice rispetto alla valutazione del consulente, non dovrebbe restare mero “spettatore” della procedura (e dell’esito della perizia del CTU designato).

Ed invero l’inciso «*salve le specificità del caso concreto*», rende comunque sempre possibile e doverosa la verifica della possibilità che il medico – in relazione al singolo caso particolare – possa essere responsabile anche se abbia seguito le linee guida, oppure non esserlo ancorché non le abbia seguite.

Di talché si consente opportunamente al CTU, e soprattutto al giudice, di correggere le eventuali storture che potrebbero derivare dalla supina osservanza delle linee guida, le quali – se assolutamente inderogabili nel senso di attribuire o escludere la responsabilità medica

accezione ai fini del diritto penale) che, comunque (sebbene affermata dall’orientamento dominante secondo cui la cartella clinica sarebbe atto pubblico facente, quindi, piena prova fino a querela di falso), non attribuisce la qualità di pubblico ufficiale al medico predisponente (che non potrebbe certificare in favore di se stesso). Cfr. OCCORSIO, *Cartella clinica e "vicinanza" della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1249.

³⁶ Sulle quali cfr. TUCCILLO, *Il ruolo delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali nel giudizio di responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria*, nota a Cass., Sez. III, 9 maggio 2017, n. 11208, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 2, p. 127 ss.

– rischierebbero altrimenti di aggravare invece che risolvere i problemi della “medicina difensiva”, premiando la procedura sul merito e punendo le scelte terapeutiche difformi dalle linee guida che potrebbero – talvolta – rivelarsi risolutive anche in senso positivo per evitare danni al paziente.

Ciò con evidente pregiudizio anche alla sperimentazione ed al progresso della scienza medica.

Il ruolo delle linee guida è la caratteristica più determinante del nuovo regime della responsabilità sanitaria, che potrebbe in futuro estendersi come modello di tutte le responsabilità professionali, che tornerebbero ad avere uno statuto generale raggiungendo la responsabilità medica che, per prima, sembra fuggita in avanti, verso la “*standardizzazione*” delle condotte, come criterio per misurarne la legittimità.

Il cambiamento interpretativo forse avrebbe potuto (e potrebbe) passare per una più chiara e netta presa di posizione anche della giurisprudenza, forte delle mutate scelte legislative e – a monte – politiche, nella materia sanitaria, mantenendo la coerenza di un sistema che, con le difficoltà e le forzature del doppio binario, rischia di portare a risultati fuorvianti.

Da altri si sostiene altresì di inquadrare la responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità organizzativa³⁷ o responsabilità di impresa³⁸.

Il dibattito è tutt’altro che esaurito, e – come detto – è importante soprattutto perché potrebbe riverberarsi anche in altri ambiti di responsabilità professionali (specie per i caratteri di *oggettivizzazione*

³⁷ FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, *passim*.

³⁸ AMIDEI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità di impresa*, in U. Ruffolo (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, p. 37 ss.

Sul passaggio dalla responsabilità professionale alla responsabilità di impresa V. Anche DE MATTEIS, *Dall’atto medico all’attività sanitaria, quali responsabilità?*, in A. Belvedere e S. Riondato (a cura di), *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 117 ss.; EAD., *Le responsabilità civili in ambito sanitario: dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in Aleo, De Matteis e Vecchio (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, p. 11 s.

della responsabilità e di *standardizzazione* delle condotte diligenti)³⁹.

5. *Il ruolo della tecnologia e l'indifferenza delle qualificazioni classiche della responsabilità sul riparto dell'onere della prova in materia sanitaria: la cartella clinica elettronica.*

Le critiche suscitate dal nuovo orientamento sull'onere della prova del nesso di causalità sono molte, forse proprio perché non è agevole spiegare il rovesciamento della prospettiva inquadrandolo, più o meno forzatamente, nella teoria generale delle obbligazioni. Piuttosto occorre prendere atto della scelta politica operata dal legislatore e riconoscere la novità del modello o la sua riconducibilità al paradigma della responsabilità di impresa.

Invero poteva e potrebbe percorrersi una via più diretta per imporre chiaramente il costo della responsabilità medica (coerentemente con il sistema generale della responsabilità aquiliana) in capo alla sola struttura sanitaria, ferma la possibilità della stessa di rivaleersi sui propri dipendenti o preposti secondo il paradigma dell'art. 2049 c.c.

Ciò, comunque, seppure non conservando la natura contrattuale della responsabilità sanitaria, ma riportando integralmente entrambe le responsabilità (del medico e della struttura) nell'alveo della responsabilità aquiliana, comunque agevolando l'onere probatorio del paziente.

Viceversa, la giurisprudenza più recente sembra muoversi nel "doppio binario" della responsabilità sanitaria inaugurato dalle recenti riforme (aquiliana del medico e contrattuale della struttura sanitaria) tendendo – talvolta con rivisitazioni della teoria delle obbligazioni e altre forzature interpretative complesse e non facili da condividere (e da giustificare rispetto agli opposti radicati orientamenti) – ad applicare il regime (specie probatorio) della responsabilità aquiliana anche alla responsabilità della struttura (o alla responsabilità

³⁹ Sulla influenza degli obblighi organizzativi sulla responsabilità che deriva dalla loro violazione cfr. – nella materia della responsabilità degli amministratori – RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori: contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004, *passim*.

del medico nei casi in cui rimane derivante da un rapporto contrattuale).

L'esigenza politica della riduzione del costo sociale (elevatissimo) della responsabilità medica, non deve passare per l'aggravamento dell'onere della prova imposto al danneggiato, dovendosi invece procedere all'accertamento dei fatti mediante l'acquisizione di tutte le prove esistenti, e soprattutto di quelle che provengono dal medico, quale in particolare la *cartella clinica*, che dovrebbe essere massimamente completa, precisa e dettagliata.

E ciò oggi è molto più facile di ieri, grazie agli strumenti tecnologici ed informatici che consentono agevolmente di raccogliere, conservare e proteggere tutti i dati utili per ogni futura valutazione, non solo giudiziale, ma anche scientifica.

La cartella clinica, soprattutto se informatica, può diventare un *contenitore di verità* e un documento in grado di permettere e garantire il *rispetto delle linee guida* da parte dell'operatore sanitario, nonché favorire l'accertamento tecnico preventivo ai fini della *conciliazione* (con ciò valorizzando e potenziando lo strumento deflattivo del contenzioso introdotto dalla ultima riforma). Ed inoltre può costituire un *serbatoio di dati tecnici e statistici utili* per lo sviluppo delle linee guida e della esperienza della medicina.

Di talché la cartella clinica elettronica può svolgere nel contempo un multiplo virtuoso ruolo: sia di *guida* per l'attività diligente del medico; sia di *verifica e prova* (chiara, affidabile e non interpolabile, in quanto tale utilissima non solo per la decisione della lite, ma anche e soprattutto per la sua conciliazione in sede di accertamento preventivo, sia, anche al di fuori del singolo caso ed a beneficio della collettività, di *banca dati* cui attingere utilmente per l'aggiornamento delle linee guida e per il progresso della scienza medica.

Quella della cartella clinica può essere una strada – perseguibile anche tramite interventi legislativi (apparentemente comunque non necessari, nell'ottica della sussidiarietà orizzontale ed art. 118 Cost.) – attraverso cui affrontare il problema della responsabilità medica.

Una cartella clinica che ovviamente non deve essere manipolabile ma che sia controllabile.

L'ausilio tecnologico della informatica, dunque, sembra dischiudere futuri virtuosi orizzonti nella responsabilità medica, tali non

solo da risolvere e superare le difficoltà della prova e della distribuzione del relativo onere tra le parti, ma anche da trovare nuove soluzioni e nuovi punti di equilibrio tra i protagonisti del settore⁴⁰, e – soprattutto (andando oltre il ristretto ambito della responsabilità sanitaria) – da favorire l’evoluzione della scienza medica e l’arricchimento dei dati sui quali si fondano le linee guida⁴¹.

Il “linguaggio comune” che viene auspicato per favorire il necessario dialogo tra i diversi protagonisti della materia (giudici, avvocati, consulenti e – soprattutto – medici), potrebbe essere proprio quello informatico. E così la tecnologia – che influenza il diritto ma può e deve esserne anche guidata⁴² – è utilmente messa a servizio del progresso e del dialogo di scienza medica e scienza giuridica.

⁴⁰ Un particolare profilo che meriterebbe di essere esplorato, tra i molti, potrebbe essere quello di utilizzare la cartella clinica elettronica (anche) come strumento di controllo esercitato dalle strutture sanitarie sull’operato dei medici. Ad esempio, se i contratti tra struttura sanitaria e medico prevedessero – nel libero esercizio della autonomia privata (e quindi senza incorrere in cause di nullità per violazione di legge) – specifici obblighi del medico di verificare, integrare e rispettare le specifiche linee guida predeterminate dalla procedura informatica, ciò consentirebbe di evitare una (deprecabile) deresponsabilizzazione del medico che sbagli abbandonando il carico del danno esclusivamente in capo alla struttura. Nei rapporti interni, peraltro, l’inadempimento del medico a simili obblighi contrattualmente assunti verso la struttura sanitaria, potrebbe determinare ulteriori ed autonome conseguenze (risarcitorie o risolutorie del rapporto), compatibilmente con il limite imposto dalla legge Gelli/Bianco alla eventuale rivalsa della struttura sul medico responsabile in solido verso il paziente danneggiato.

⁴¹ Si pensi, nell’era della rete 5g e della Blockchain alle innumerevoli utilità della condivisione immediata dei dati medici in tutto il mondo.

⁴² Il riferimento è sempre ai dialoghi tra Natalino Irti e Emanuele Severino (N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001).

ENRICO CATERINI
Professore ordinario di diritto privato
Università della Calabria

USO ESCLUSIVO, TIPICITÀ DEI DIRITTI REALI E AUTONOMIA NEGOZIALE¹

1. La Cassazione² affronta il tema fondativo dei rapporti reali e lo fa non senza consapevolezza al punto da pronunciarsi «nell'interesse della legge»³, dunque, oltre l'interesse delle parti, le quali rinunciarono al processo.

Lo spunto viene offerto dalla c.d. prassi notarile⁴ che ha consentito la clausola negoziale che assegna ad un condomino l'uso

¹ Relazione letta alla Quarta giornata di studi Arce, diritto civile, 28 maggio 2021.

² Cass. Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Dir. & Giust.*, 2020, p. 14 ss., con nota di CELESTE, *È nulla la pattuizione che conferisce il diritto "reale di uso esclusivo" su una porzione comune dell'edificio*; in *Giur. it.*, 2021, p. 549 ss., con nota di CALVO, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 427 ss., con nota di DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*; con nota di MURGOLO, *La convenzione costitutiva di una situazione reale di «uso esclusivo» sul cortile comune è incompatibile con la tipicità ed il numerus clausus dei rapporti reali?*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, (in corso di stampa).

³ «Ritengono tuttavia queste Sezioni Unite che occorra pronunciare nell'interesse della legge il principio di cui si dirà, in risposta al quesito posto dall'ordinanza di rimessione (per l'affermazione del principio di diritto in caso di rinuncia v. Cass., Sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051)».

⁴ Cfr., BARALIS e CACCAVALE, *Diritti di «uso esclusivo» nell'ambito condominiale*, Studio n. 4459 approvato dalla Commissione studi del Consiglio Nazionale del Notariato in data 27 maggio 2003, in *Studi e materiali CNN*, 2003, p. 493 ss. i quali segnalano, inoltre, che il diritto d'uso in questione è: «un nuovo diritto reale di creazione pretoria, con vere caratteristiche di irrocervo, che merita una trattazione a parte come "ius singulare". Basti pensare che tale diritto è riconosciuto come collegato ad un vincolo pubblico di destinazione, e come tale è inderogabile dall'autonomia privata e dovrebbe essere insensibile ad ogni vicenda

esclusivo di una parte condominiale⁵. Un problema di per sé marginale rispetto al tema di fondo ma dal quale il giudice di legittimità ha inteso trarre occasione per riproporre un'antica questione concettuale e sistematica, che nella decisione assume tenui sfumature valoriali.

Il giudice segue due filoni argomentativi: il primo di carattere esegetico, il secondo, di stampo dommatico, ma sia nel ricorso alla lettera della norma come ai concetti si annidano scelte valoriali non meno significative di quelle espresse dal metodo interpretativo assiologico-sistematico⁶.

Ambedue i tracciati confluiscono in una convinzione – non del tutto peregrina – che vuole vedere nel sistema dei diritti reali una sorta di baluardo contro lo strapotere dell'autonomia dei privati,

estintiva di diritto comune, mentre poi, qualificandolo in termini di diritto reale, lo si ritiene suscettivo di prescrizione estintiva per non uso (...), ma nel contempo, in deroga alla struttura del diritto reale tipico, destinato alla fruizione non solo da parte dei soggetti di cui agli artt. 1021, 1023 cod. civ., ma anche da parte di “persone che abitualmente accedono” al bene principale» (corsivi testuali).

⁵ «In effetti, però, la clausola mediante la quale si concede ad una singola unità immobiliare l'uso esclusivo di un'area, nel nostro caso (e di solito) adibita come si vedrà a cortile, non nasce – come è del resto ovvio – dalla giurisprudenza, ma si è diffusa attraverso la prassi negoziale, in particolare notarile: e si è in particolare ipotizzato che tale diffusione possa aver trovato la sua ragion d'essere, almeno in taluni casi, quale escamotage per risolvere, tramite la qualificazione surrettizia, problemi catastali, ad esempio – è stato detto – per il mancato frazionamento dell'area comune». ». Cfr., GUARNERI e TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, artt. 978-1026*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017, p. 973 ss. i quali rilevano che: «si deve prendere atto della creazione, da parte della giurisprudenza, di un “diritto di uso” atipico, la cui disciplina si attegga in modo assolutamente peculiare, tanto da farlo considerare come istituto assai diverso rispetto all'uso ex artt. 1021 e ss. cod. civ.».

⁶ V., P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 320 e ss.; CATERINI, *L'«arte» dell'interpretazione tra fatto, diritto e persona*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodi e interpretazioni*, Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di diritto privato, 10 e 11 novembre 2016, Napoli, 2017, p. 71 e ss.

sebbene traspaia dalla concezione dei giudici un'accezione dell'autonomia marcatamente liberista⁷.

Queste premesse richiedono un inquadramento sistematico del tema.

Il timore – non celato dai giudici – secondo il quale l'invasione autonomistica dei rapporti reali determinerebbe un sostanziale svuotamento del potere di godimento che il legislatore ha – invece – inteso riconoscere ai singoli rapporti reali nel concepire i c.dd. principi del «numero chiuso» e della «tipicità», è un timore da non sottovalutare, benché richieda uno sguardo più ampio di quello proposto dall'interprete giudiziale.

È persuasivo che un ritorno aprioristico alla differenza fra il dominio eminente e quello utile possa costituire un agire dei privati che ne renda immeritevole l'autonomia, ma ciò non spiega da solo le ragioni per le quali l'ordinamento contemporaneo dovrebbe opporsi ad una simile concezione⁸.

Dunque, se il pericolo intravisto nel libero impiego dell'uso esclusivo ha un suo fondamento, le conseguenze desunte a mezzo della restaurazione dei principi appena ricordati (numero chiuso e tipicità) non necessariamente sono la risposta proporzionata e ragionevole al pericolo.

2. Intanto occorre principiare con l'osservare che l'assimilazione tra condominio e comunione evocata dal giudice di

⁷ «E cioè, non è configurabile la costituzione di diritti reali al di fuori dei tipi tassativamente previsti dalla legge» (Cass. 26 marzo 1968, n. 944). Difatti, «la proprietà non deve essere asservita per ragioni privatistiche in modo tale da rendersi quasi illusoria e priva di contenuto, inetta quindi a realizzare i propri fini essenziali, convergenti da un lato alla integrazione e allo sviluppo della personalità individuale e dall'altro al benessere e al progresso della comunità attraverso l'incremento della produzione e l'attivazione degli scambi. Di qui la necessità di non abbandonare all'autonomia privata la materia dei diritti reali (*iura in re aliena*) e di mantenere la loro creazione entro schemi inderogabili fissati da esigenze di ordine pubblico» (Cass. 31 maggio 1950, n. 1343).

⁸ Per una ricognizione storico-filosofica della proprietà, sia consentito il rinvio a CATERINI, *Proprietà*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, pp. 3-78; RITTSTIEG, *La proprietà come problema fondamentale. Studio sull'evoluzione del diritto mercantile*, Napoli, 2000, pp. 19-79.

legittimità in base alla disposizione di rinvio dell'art. 1139 c.c.⁹ non propizia conseguenze condivisibili, mentre appare più rispondente all'esigenza di fornire un valido supporto alla tesi che la sentenza persegue.

L'assimilazione non è condivisibile perché la tecnica del rinvio normativo non dev'essere intesa in senso formale ma in quello funzionale¹⁰, quindi, assimilare la funzione del condominio a quella della comunione è atto interpretativo astrattamente incongruo¹¹.

⁹ V. Cass., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, punti: «5.2. [...] se e come il diritto di uso esclusivo di una parte comune possa armonizzarsi con la regola basilare dettata dall'art. 1102 c.c., senz'altro applicabile al condominio per il rinvio dell'art. 1139 c.c., secondo cui ciascun comunista può servirsi della cosa comune [...] 6.1. Nell'art. 1102 c.c., rubricato "uso della cosa comune", dettato per la comunione ma applicabile al condominio per il tramite dell'art. 1139 c.c., il vocabolo "uso" si traduce nel significato del "servirsi della cosa comune"». Scrive BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, 6, Milano, 2017, pp. 323 e pp. 359 «Comunioni speciali sono le figure di comunione autonomamente previste e regolate dalla legge (condominio, comunione ereditaria). A queste comunioni si applica la disciplina della comunione ordinaria, in quanto compatibile [...] I casi non previsti sono regolati dalle disposizioni della comunione in generale (1139 c.c.)».

¹⁰ V., ALPINI, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio «in quanto compatibili»*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 701 e ss., in part. p. 716 e ss., ove si legge «L'opera di interpretazione non può dirsi compiuta mediante una verifica in negativo; per individuare la disciplina applicabile, occorre svolgere una valutazione positiva di compatibilità della *ratio* delle norme e della funzione degli istituti [...]. Da qualsiasi prospettiva sia stata analizzata, la compatibilità presenta un dato costante: la necessità di una valutazione concreta di compatibilità. Nel sistema vigente tale valutazione non può limitarsi ad un giudizio di non compatibilità fra norme (per di più dello stesso rango) ma va estesa ai principi e ai valori della legalità costituzionale. Con la conseguenza che discorrere di "applicazione diretta" delle norme di rinvio non vale ad offrire una caratterizzazione rispetto al procedimento analogico. Il carattere teleologico attribuito all'analogia tesa ad accertare di volta in volta la *ratio* della norma, sembra non potersi escludere anche con riferimento alla compatibilità, sì che il carattere strutturale di quest'ultima, che varrebbe ad assegnargli una valenza negativa nel senso di rappresentare il limite dell'estensione e quindi di operatività del rinvio stesso, si scolora e la dicotomia sembra potersi leggere alla luce dell'unitario procedimento ermeneutico».

¹¹ In proposito chiare le considerazioni di BASILE, *Le esigenze abitative nel condominio*, in Bucelli (a cura di) *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giuridiche*, Atti del convegno in onore di Gianni Galli, 2013, p. 177 e ss. ove l'A.

La comunione esprime la co-titolarità dei molteplici rapporti reali alla quale segue una modalità di godimento compatibile con la titolarità plurima. Alla generalità dell'oggetto della comunione, alla molteplicità dei rapporti reali che possono appartenere alla titolarità multipla, si aggiunge che le funzioni che in concreto possono assumere i rapporti di comunione e quelli di condominio non abilitano ad uniformare il rinvio applicativo dell'art. 1102 c.c. al condominio¹².

La comunione, per espressa disposizione dell'art. 1100 c.c., è regolata *in primis* dal titolo. Ciò fa sì che la disciplina del codice, incluso l'art. 1102 c.c., non è da considerare composta da norme assolutamente inderogabili¹³. Infatti, la funzione di co-godimento «generica» [quella descritta nel codice] del rapporto di comunione può essere specificata sia per la particolare natura dell'oggetto, che per la destinazione particolare che il titolo può imprimere autonomamente al bene. Ciò comporta che il rapporto di comunione può essere «atipico» per l'effetto di «nuove» funzioni che il titolo può assegnare al rapporto di co-godimento. Di conseguenza, i caratteri descritti nella disciplina della comunione potranno subire flessioni a causa dell'adeguamento di essi alla funzione prescelta dal titolo¹⁴.

esamina la valenza personalista della funzione abitativa. Tale funzione incide sul bilanciamento degli interessi che possono verificarsi nella vita nella proprietà edilizia multipiano. L'analisi che fa l'A. della giurisprudenza mette in evidenza come nel condominio si compongono spesso valori esistenziali connessi al diritto all'abitazione con interessi patrimoniale connessi anche all'esercizio dell'impresa.

¹² Sia consentito il rinvio a CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998, p. 179 e ss.

¹³ Sulla differenza tra norme inderogabili e imperative, v. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità de contratto*, Napoli, 1993, p. 80, n. 134, ove s'afferma che le due qualifiche esprimono connotati interferenti ma non omogenei: l'imperatività si pone sul piano della struttura della disposizione, l'inderogabilità è l'esito dell'attività interpretativa della disposizione. Ogni norma imperativa tende ad essere osservata, ma il tasso di vincolatività del contegno richiesto discende dalla ragione che ispira quella disposizione.

¹⁴ V. Cass., Sez. un., 16 febbraio 2018, n. 3873 ove, a proposito del titolo in materia di comunione, si legge: «Quanto al titolo negoziale idoneo ad escludere l'operare dell'accessione, esso – com'è noto – non può essere costituito da un negozio unilaterale, essendo invece necessario un apposito contratto stipulato tra

Il condominio esprime l'esigenza – direi di ordine pubblico – che alcune parti di un bene particolare, un edificio (oggetto specifico sebbene a plurime funzioni, diversamente dalla comunione), non siano sottratte alla loro destinazione¹⁵. Esigenza espressa nella minima unità effettuale del condominio contenuta negli artt. 1120, comma 4, e 1122 c.c. ove si vieta al condomino di eseguire opere (anche nelle parti condominiali affidate ad esso in uso individuale) che arrechino danno alle parti comuni, ovvero causino pregiudizio alla stabilità, sicurezza e decoro dell'edificio, o che rendano talune

il proprietario del suolo e il costruttore dell'opera, che attribuisca a quest'ultimo il diritto di proprietà sulle opere realizzate (Cass., Sez. III, 7 luglio 1980, n. 4337; Cass., Sez. II, 21 febbraio 2005, n. 3440). Costituiscono titoli idonei a impedire l'operare dell'accessione, quelli costitutivi di diritti reali, fra i quali si colloca, oltre alla costituzione diretta di un diritto di superficie (art. 952 e segg. cod. civ.), la c.d. concessione *ad aedificandum*, con la quale il proprietario del suolo rinuncia a fare propria la costruzione che sorgerà su di esso. Trattandosi di contratti relativi a diritti reali immobiliari, essi, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., devono rivestire la forma scritta *ad substantiam* (Cass., Sez. I, 23 febbraio 1999, n. 1543 ; Cass., Sez. II, 11 novembre 1997, n. 11120; Cass., Sez. II, 19 aprile 1994, n. 3714; Cass., Sez. II, 27 ottobre 1984, n. 5511); come anche per iscritto deve risultare la rinuncia del proprietario al diritto di accessione, che si traduce sostanzialmente nella costituzione di un diritto di superficie (Cass., Sez. I, 15 dicembre 1966, n. 2946). Perciò, in mancanza di valido contrario titolo, qualunque costruzione edificata sul suolo comune – non solo da terzi (caso che ricadrebbe nelle fattispecie di cui agli artt. 936 e 937 cod. civ.), ma anche da uno o da alcuni soltanto dei comproprietari – diviene *ipso iure*, per il solo fatto dell'incorporazione e a prescindere dalla volontà manifestata dalle parti al di fuori delle forme prescritte dall'art. 1350 c.c., di proprietà comune di tutti comproprietari del suolo in proporzione alle rispettive quote dominicali», con nota di MURGOLO, *La tolleranza del comproprietario all'edificazione impedisce l'esercizio dello ius tollendi ed importa la partecipazione alle spese*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1, p. 267 e ss.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a CATERINI, *Proprietà*, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 285, ove si legge: «Sul punto della proprietà edilizia rilevanti sono gli studi sul condominio. La traslazione del tema dall'ambito strettamente patrimonialistico a quello esistenziale-patrimoniale, fondato sulla qualificazione del condominio come formazione sociale, assegna ai conflitti condominiali soluzioni difformi dalla lettera della disciplina codicistica [...]. Un cenno al dibattito al super-condominio ove la forza attrattiva delle categorie condominio-comunione ha fatto smarrire la valutazione degli interessi concretamente regolamentati».

parti comuni inservibili all'uso o al godimento di un solo condomino¹⁶. Risulta chiaro che la disciplina del condominio, in considerazione della specificità dell'oggetto, presenta un interesse sociale tutelato che completa quello dei singoli condomini. Il primo si manifesta negli atti di gestione del bene che esprimono molti elementi di doverosità. Insomma, senza giungere a supportare tesi (per quanto autorevoli)¹⁷ che leggono nel condominio una modalità di proprietà collettiva, è fuor di dubbio che in esso l'emersione

¹⁶ In giurisprudenza, v., Cass., Sez. II, 13 novembre 2020, n. 25790, «Altrimenti, proprio dal collegamento che deve comunque farsi tra l'art. 1102, l'art. 1120 e l'art. 1122 c.c., questa Corte ha specificato come l'istallazione sulla facciata dell'edificio condominiale di una canna fumaria, di pertinenza di una unità immobiliare di proprietà esclusiva, non debba recare danno alla cosa comune, alterandone il decoro architettonico (Cass., Sez. II, 31 luglio 2013, n. 18350)»; Cass., Sez. II, 4 novembre 2019, n. 28279, «l'articolo 1122 cod. civ. vieta le opere, anche su parti di proprietà esclusiva, nel caso in cui queste rechino un pregiudizio alle parti comuni o un pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza, o al decoro architettonico dell'edificio; al riguardo questa Corte ha affermato che, in assenza di tali pregiudizi, il divieto di adibire una proprietà esclusiva ad una certa destinazione d'uso dev'essere ricavabile da specifica clausola del regolamento condominiale (cfr. Cass. n. 22428/2011; Cass. n. 5612/2001), dovendosi bilanciare il disposto dell'art. 1122 cod. civ. con le facoltà del proprietario; si è ribadito, infatti, che la compressione di facoltà normalmente inerenti alle proprietà esclusive dei singoli condomini, deve risultare da espressioni incontrovertibilmente rivelatrici di un intento chiaro in tal senso, non suscettibili di dar luogo a incertezze, né ad interpretazioni estensive (cfr. Cass. n. 21307/2016; Cass. n. 9564/97, Cass. n. 1560/95; Cass. n. 11126/94; Cass. n. 23/04 e Cass. n. 10523/03); venendo al caso di specie lo stesso giudice del gravame aveva ritenuto, a pag.12 della sentenza d'appello, che le opere contestate, in sé e per sé considerate, erano compatibili con la struttura dell'edificio, ed aveva ritenuto di non ordinarne l'eliminazione, purché non destinate ad attività di palestra; ciò posto ed avuto riguardo ai principi sopra richiamati, si deve ritenere che il divieto all'utilizzazione a palestra dei locali originariamente destinati a box si sarebbe dovuto ricavare da una disposizione in tal senso, chiara e univoca, del regolamento condominiale, in mancanza della quale il mutamento di destinazione non può essere ritenuto vietato, né può esserne ordinata la rimozione»; il Trib. Pavia, Sez. III, 11 novembre 2020, n. 1070, in *diritto.it*, ha reputato legittima l'apposizione sulla facciata di macchine per il condizionamento termico di uno studio medico invocando l'interesse meritevole di tutela della salute dei pazienti che frequentano l'attività professionale.

¹⁷ V., PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 173 ss.

dell'interesse del gruppo è elemento indefettibile¹⁸. Tuttavia, l'oggetto specifico (l'edificio) non vale a dire unica funzione (abitativa), giacché l'edificio in condominio può avere molteplici funzioni (industriali, agricole, culturali, etc.)¹⁹.

Dunque, è evidente che le funzioni del condominio e della comunione non sono sovrapponibili, se non in parte minima e occasionale, e che l'assimilazione delle due discipline senza alcuna valutazione di adeguatezza non può fondarsi sul mero rinvio previsto dall'art. 1139 c.c.

D'altra parte, nel caso giudicato, detta assimilazione risulta ultronea giacché la corte antistante l'area di sedime dell'edificio in condominio oggetto di causa non rientra per *tabulas* nei beni elencati dall'art. 1117 c.c. quali beni presuntivamente condominiali. Infatti, la norma testé citata ha ad oggetto l'edificio o, al più l'area sulla quale esso siede, non le corti o i giardini, etc. circostanti l'edificio²⁰.

¹⁸ V., BIANCA, *La proprietà*, cit., pp. 335, 359 e 378.

¹⁹ Di contrario avviso BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 359, ove si legge: «Oggetto del condominio è un edificio di civile abitazione nell'ambito del quale coesistono le parti comuni e le unità abitative in proprietà esclusiva dei singoli condòmini».

²⁰ V. Cass., Sez. II, 20 aprile 2021, n. 10370: «Secondo la consolidata elaborazione interpretativa di questa Corte (si vedano, tra le più recenti, Cass., Sez. II, 16 settembre 2019, n. 23001; Cass., seconda sezione, 29 dicembre 2016, n. 27360) il nesso di condominialità, presupposto dalla regola di attribuzione di cui all'art. 1117 c.c., è ravvisabile in svariate tipologie costruttive, sia estese in senso verticale, sia costituite da corpi di fabbrica adiacenti orizzontalmente, purché le diverse parti siano dotate di strutture portanti e di impianti essenziali comuni, come appunto quelle *res* che sono esemplificativamente elencate nell'art. 1117 c.c., con la riserva “se il contrario non risulta dal titolo”. Elemento indispensabile per poter configurare l'esistenza di una situazione condominiale è rappresentato dalla contitolarità necessaria del diritto di proprietà sulle parti comuni dell'edificio, in rapporto alla specifica funzione di esse di servire per l'utilizzazione e il godimento delle parti dell'edificio medesimo [...]. Qui si discute di un tetto che, nel contesto di un complesso costituito da più unità immobiliari autonome, assolve unicamente alla funzione di copertura di una sola delle stesse e non anche di altri elementi, eventualmente comuni, presenti nel cosiddetto “condominio orizzontale” [...]. Si tratta, pertanto, di bene che non rientra tra le parti necessarie all'uso comune, di cui all'art. 1117, n. 1, c.c., e per il quale non opera perciò la “presunzione” di condominialità ivi disciplinata, in quanto esso non denota la sussistenza di connotati strutturali e funzionali comportanti la materiale destinazione della *res* al servizio e godimento di più unità immobiliari appartenenti

La disposizione della norma in esame, lì dove consente che il titolo disponga in senso contrario, è da intendere nel senso espansivo ed inclusivo di altri beni nel condominio, ovvero, nell'altro restrittivo ed escludente alcune parti di beni condominiali elencati nella norma. Nell'una e l'altra ipotesi, tuttavia, non può che riguardare essenzialmente l'edificio, essendo l'oggetto del condominio un oggetto specifico. Tale ultima considerazione subisce l'obiezione che vede tra i beni presuntivamente condominiali le aree destinate a parcheggio. La norma novellata non fa altro che introdurre un concetto funzionale di edificio rispondente alle istanze di ordine pubblico connesse al sostenibile uso degli spazi destinati al traffico pubblico²¹. Dunque, disposizione questa non eccezionale, bensì suscettibile di applicazione analogica.

in proprietà esclusiva a diversi proprietari [...]. Ne deriva che, ove, come, nella specie, voglia ravvisarsi un titolo idoneo ad attribuire a tutti i condomini la comproprietà di un tetto che, nel contesto di un "condominio orizzontale", assolve unicamente alla funzione di copertura di una sola delle unità immobiliari e perciò non è incluso tra le parti elencate nell'art. 1117 c.c., occorre accertare o che tutti i condomini abbiano acquistato individualmente con i rispettivi atti una quota di tale bene, oppure che tale comunione abbia un vero e proprio titolo costitutivo contrattuale, ai sensi degli artt. 1350 n. 3 e 2643 n. 3, c.c., il quale abbia comportato il trasferimento del diritto dal patrimonio del singolo a quello soggettivamente collettivo. In quest'ultima fattispecie, la nuova situazione giuridica di contitolarità concordemente voluta dalle parti deve, dunque, discendere dalla inequivoca manifestazione del consenso unanime dei condomini nella forma scritta essenziale [...]. La comproprietà di una o più cose, non incluse tra quelle elencate nell'art. 1117 c.c. (quale, nella specie, un tetto avente funzione di copertura di una sola delle unità immobiliari comprese in un condominio orizzontale), può essere attribuita a tutti i condomini quale effetto dell'acquisto individuale operato con i rispettivi atti di una quota di tale bene, oppure in forza di un contratto costitutivo di comunione, ai sensi degli artt. 1350 n. 3 e 2643 n. 3, c.c., recante l'inequivoca manifestazione del consenso unanime dei condomini, espressa nella forma scritta essenziale, alla nuova situazione di contitolarità degli immobili individuati nella loro consistenza e localizzazione».

²¹ V. CATERINI, *Proprietà*, cit., p. 294 ss. ove si legge: «Per spazi a parcheggio si devono intendere gli spazi necessari alla sosta, alla manovra e all'accesso dei veicoli. Essi possono essere situati nella costruzione, in aree esterne, oppure in aree che non formino parte del lotto, purché siano asservite all'edificio con vincolo permanente di destinazione a parcheggio, a mezzo di atto da trascriversi a cura del destinatario. La cubatura in rapporto alla quale va determinata la superficie da destinare a parcheggi, è costituita dalla sola

Perciò, il rapporto di condominio è un rapporto di strumentalità che asserve alcune parti di esso alla sicurezza, stabilità, decoro e integrità di altre parti, per cui non si notano particolari ragioni oppositive all'espansione del campo d'azione della norma a mezzo dell'autonomia dei privati, sempreché detta soluzione preservi le funzioni del condominio o, addirittura, le migliori. Medesima argomentazione può adoprarsi nella direzione restrittiva. Ciò riprova che il rapporto condominiale per come strutturalmente è concepito dal legislatore non è di per sé essenziale. Ciò che invece lo è, è il rapporto di strumentalità (o se si preferisce, di servizio) di alcune parti dell'edificio rispetto ad altre²². Ma le corti, ossia le aree circostanti l'edificio, sono di norma escluse da tale strumentalità; esse rientrano nella disciplina della comunione, tranne a dimostrarsi un diverso titolo che comprovi il detto rapporto di strumentalità o servizio²³.

cubatura destinata ad abitazione, uffici e negozi, con esclusione, quindi, delle altre parti dell'edificio: scantinati, servizi e volumi tecnici».

²² V., Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2020, n. 4909, «Se i balconi di un edificio condominiale non rientrano, infatti, tra le parti comuni, ai sensi dell'art. 1117 c.c., non essendo necessari per l'esistenza del fabbricato, né essendo destinati all'uso o al servizio di esso, il rivestimento del parapetto e della soletta devono, invece, essere considerati beni comuni se svolgono una prevalente funzione estetica per l'edificio, divenendo così elementi decorativi ed ornamentali essenziali della facciata e contribuendo a renderlo esteticamente gradevole (Cass. Sez. II, 14 dicembre 2017, n. 30071)»

²³ Nella citata Cass., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, si legge: «Tre sorelle, comproprietarie in regime di comunione di un edificio situato in [...], costituito, nell'arco temporale che qui rileva, da tre unità immobiliari ad uso commerciale al piano terra ed altre tre unità ad uso residenziale al primo piano, oltre che da parti comuni, in particolare un cortile retrostante ed un'area antistante i locali commerciali, procedettero nel [...] allo scioglimento della comunione, all'esito del quale una delle tre condidenti, Br. As., divenne proprietaria esclusiva di un appartamento al primo piano nonché del "negozio posto al piano terra con l'uso esclusivo della porzione di corte antistante distinti al N.C.E.U. alla pagina [...]". Determinatasi per effetto dello scioglimento della comunione una situazione di condominio dell'edificio, Br. As. alienò a R.L. e O.E., nel [...], il proprio appartamento al primo piano ed il "negozio posto al piano terra con l'uso esclusivo della porzione di corte antistante, distinto al N.C.E.U. di detto Comune alla partita [...]»». Nella decisione non risulta che abbia formato materia di accertamento la «inequivoca manifestazione del consenso unanime dei condomini

Dunque, l'applicazione dell'art. 1102 c.c. – sul quale la Corte fonda la sua principale argomentazione – non avrebbe richiesto la predetta assimilazione con il condominio e il richiamo della norma di rinvio dell'art. 1139 c.c.: essa sarebbe dovuta avvenire direttamente stante la non inclusione dell'area antistante l'edificio nei beni condominiali.

Perciò, il perno dell'argomentazione della Corte non è la presupposta assimilazione tra condominio e comunione, per quanto più volte ne ha tratto argomenti per confutare l'ammissione dell'uso esclusivo di parte comune.

3. La questione centrale posta dal giudice di legittimità è se può l'autonomia negoziale privare del tutto del potere di godimento un diritto reale. Ne segue (o precede) la definizione di potere di godimento.

Secondo la Corte il potere di godimento costituisce il contenuto incompressibile di potere «reale»: il diritto reale deprivato del potere di godimento ad opera dell'autonomia dei privati sarebbe *contra ius*. La Corte ammette che questo potere possa essere distribuito in maniera non corrispondente ai diritti in titolarità dei comunisti, infatti, consente il godimento turnario, alternativo o frazionato.

Questa lettura del potere di godimento non dà piena ragione della norma contenuta nell'art. 1102 c.c. la cui interpretazione più che appuntarsi sull'espressione «parimenti uso» degli altri comunisti, deve dar conto della locuzione «secondo il loro diritto». Infatti, la norma non pone i comunisti in una posizione di parità quantitativa, ma di adeguatezza qualitativa dei diritti singoli; essa dà emersione alla natura dell'interesse protetto nel diritto di comunione che legittima i partecipanti ad esercitare il potere di godimento, interessi

nella forma scritta essenziale» a che l'area antistante i locali commerciali sia da includere tra i beni condominiali; mentre risulta che essa area sia da considerare di uso esclusivo ma proveniente dalla contitolarità del diritto di comunione. La Corte avrebbe potuto indagare l'esistenza di un rapporto di strumentalità necessaria tra l'area antistante e l'esercizio commerciale, ma neppure questo risulta.

e valori le cui possibili differenti nature generano l'inevitabile bilanciamento²⁴.

²⁴ V., Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24720: «Secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, in considerazione dei limiti imposti dall'art. 1102 c. c. al condomino, che nell'uso della cosa comune non deve alterarne la destinazione né impedire agli altri comunisti di farne parimenti uso secondo il loro diritto, l'alterazione o la modificazione della destinazione del bene comune si ricollega all'entità e alla *qualità* dell'incidenza del nuovo uso, giacché l'utilizzazione, anche particolare, della cosa da parte del condomino è consentita quando la stessa non alteri l'equilibrio fra le concorrenti utilizzazioni, attuali o potenziali, degli altri comproprietari e non determini pregiudizievoli invadenze nell'ambito dei coesistenti diritti di costoro (cfr. Cass., n. 1072 del 2005). Questa Corte ha altresì chiarito in proposito che tra le destinazioni accessorie del cortile comune, la cui funzione principale è quella di dare aria e luce alle varie unità immobiliari, rientra quella di consentire ai condomini l'accesso a piedi o con veicoli alle loro proprietà, di cui il cortile costituisce un accessorio, nonché la sosta anche temporanea dei veicoli stessi, senza che tale uso possa ritenersi condizionato dall'eventuale più limitata forma di godimento del cortile comune praticata nel passato (Cass., n. 13879 del 2010). Nella specie, la Corte di merito non ha fatto corretta applicazione dei richiamati principi di diritto. Essa, infatti, si è limitata ad escludere che la signora [omissis], con l'ampliamento realizzato, abbia sottratto l'area in questione, che ha considerato "libera", alla possibilità di godimento degli altri comproprietari, senza valutare adeguatamente la circostanza che la stessa, conseguito il risultato di utilizzare parte del cortile comune per accedere con la propria autovettura al vano il cui varco è stato ampliato, e, quindi, di porre detta parte al servizio dell'autorimessa da lei realizzata, abbia indebitamente limitato il diritto degli altri comproprietari al pari uso del cortile, avuto riguardo alla ormai esclusiva utilizzazione dell'area per il transito di mezzi verso la (o dalla) autorimessa. Avrebbe dovuto la Corte – come correttamente richiesto dal ricorrente incidentale – porsi il problema se la trasformazione operata dalla [omissis] avesse alterato l'equilibrio tra le concorrenti – sia pure non identiche – utilizzazioni attuali e potenziali del bene comune da parte degli altri comproprietari. Non è sufficiente, al riguardo, sottolineare, come ha fatto il giudice di secondo grado, che nemmeno in epoca anteriore alla trasformazione i comproprietari utilizzassero lo spazio di cui si tratta per parcheggiare le proprie autovetture, in quanto in un primo momento detto spazio era occupato dal forno e poi dai resti dello stesso, e che comunque anche in origine era presente il varco, sia pure all'epoca di soli mt. 1,50. Tale considerazione non chiarisce, infatti, la *ragione* per la quale si sia ritenuta legittima siffatta limitazione del diritto dei comproprietari, che, anteriormente ai lavori, ben avrebbero potuto parcheggiare i propri mezzi nell'area *de qua*». La motivazione evidenzia come la ragione dell'alterazione del godimento è da porsi a fondamento della medesima, e che tale ragione non può che rinvenirsi negli interessi molteplici divisati nel fatto concreto.

Questa osservazione è insita nella medesima norma lì dove essa protegge la destinazione del bene e impedisce ai singoli comunisti di alterarla. Ma la destinazione è decisa dall'autonomia propria del titolo. Sono i comunisti che hanno deciso la destinazione, non esiste una destinazione per natura²⁵. E anche quando il legislatore imponga un vincolo di destinazione è pur sempre rimessa alle parti la decisione con riguardo alle modalità di godimento del bene nel rispetto del vincolo. Dunque, può essere la stessa destinazione del bene a selezionare modalità di godimento differenziate tra i comunisti.

Pertanto, al di là del vincolo di destinazione del bene che la norma vuole preservare, la distribuzione del potere di godimento tra i comunisti non è l'esito di una scelta neutra ed indistinta, ma dipende dall'interesse (o valore) che le parti in concreto perseguono²⁶.

Ecco perché parlare di uso esclusivo della corte (o di parte del bene comune), senza specificare qual è la funzione concreta dell'assegnazione esclusiva, è insufficiente per fondare il

²⁵ V. CATERINI, *Proprietà*, cit., p. 247 ove si legge: «Indi la funzione di cogodimento generica del rapporto di comunione può essere specificata non solo per la particolare natura dell'oggetto, ma anche per la destinazione peculiare che il titolo può imprimere autonomamente al bene, alla stessa stregua del rapporto reale che imprime al bene una particolare destinazione a servizio o ornamento di altro bene (art. 817 cod. civ.). Tale destinazione che il rapporto di cogodimento imprime al bene, può presentare un migliore adattamento alla specifica funzione, con ciò che ne segue nel concreto regolamento degli interessi».

²⁶ V., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 277 e s., ove è scritto che «È lo stesso legislatore ad offrire interessanti spunti, secondo i quali nello studio dei beni è centrale non tanto il profilo della titolarità, quanto quello della destinazione. Dal punto di vista economico e sociale, un bene non ha, infatti, un'unica destinazione, ma è utilizzabile in direzioni diverse, ciascuna delle quali risponde ad una utilità giuridicamente rilevante. L'ordinamento permette molteplici forme di uso del bene, purché la loro funzione sia utile socialmente. Tuttavia, rispetto ai beni di interesse generale, emerge un nuovo orientamento normativo. [...] la gerarchia normativa delle forme di utilizzazione delle acque collega il processo di oggettivazione *sub specie iuris* ad un controllo di meritevolezza degli interessi quali criteri di qualificazione del bene. [...] L'approccio funzionale alla teoria dei beni supera la logica dell'appartenenza per accogliere quella della destinazione [...]».

consolidamento o la restaurazione dei principi del numero chiuso e della tipicità²⁷.

Il giudice di legittimità non dà alcun rilievo alla ragione che indusse le parti – già in sede di divisione dell'edificio comune, e poi in sede di costituzione del condominio – a destinare la corte antistante uno dei tre piani terreni ad uso esclusivo del proprietario frontista. Eppure questa ragione non è indifferente alla locuzione «secondo il loro diritto», soprattutto, com'è doveroso, se essa viene inquadrata nella legalità costituzionale.

Non può dubitarsi del vincolo posto dal comma 2 dell'art. 42 Cost. Ove vuole che sia la legge a dettare i modi di godimento, e della circostanza che il termine «legge» vada inteso nell'accezione voluta dal sistema delle fonti contemporaneo, il quale include altre fonti primarie oltre la legge (tradizionalmente intesa)²⁸.

Ma non deve dubitarsi altresì del fatto che la norma costituzionale in questione esordisce con il rinvio ad una doppia legittimazione della proprietà derivante dall'essere essa riconosciuta e garantita.

Ora, salvo ad immaginare un costituente ridondante e enfatico, in luogo di quello brachilogico più noto, si deve considerare che la doppia legittimazione proprietaria non è a caso, e che essa risponde ad una evidente considerazione dei differenti interessi e valori che

²⁷ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 298, «In realtà la funzione sociale è parte essenziale della garanzia e del riconoscimento della proprietà privata, la ragione della stessa tutela dell'appropriazione privata dei beni. Essa assume portata generale per ogni statuto proprietario, sì da promuovere la persona umana nel rispetto delle *specifiche peculiarità del caso concreto* [corsivo non originale]: per i beni economici manifesta l'inclinazione del contenuto patrimoniale al supporto delle esigenze della persona nella società; nelle ipotesi di proprietà c.d. personale – ove la realizzazione della dignità umana non può disgiungersi dalle istanze di socialità del sistema – si inverte nell'appagamento degli interessi esistenziali – e non soltanto – dello stesso titolare».

²⁸ Sia consentito il rinvio a CATERINI, *Proprietà*, cit., p. 96 e s. «In conclusione, la riserva relativa “di campo materiale” dell'art. 42, comma 2, Cost. e l'affermazione costituzionale del principio di legalità sostanziale anche nei rapporti reali, consentono di individuare agevolmente gli spazi di autonomia e i parametri della meritevolezza, della ragionevolezza e dell'adeguatezza e proporzionalità anche dell'autoregolamentazione semplificando il controllo giurisdizionale».

sottendono le forme di appartenenza, quelle c.dd. personali, dalle altre patrimoniali²⁹.

L'affermazione trova espliciti riscontri negli atti dell'assemblea costituente che dapprima concepirono due articoli sulla proprietà, uno ad opera della prima sottocommissione (quella dei principi fondamentali), l'altra ad opera della terza sottocommissione (quella sui rapporti patrimoniali).

Fu la commissione dei 75 che in sede di coordinamento del testo finale preferì accorpate le due norme conservandone, però, la doppia accezione verbale (riconoscere e garantire), dalla quale si può correttamente inferire che il grado di maggior tutela del garantire risponde alla protezione dei valori costituzionali, là dove quello di minor tutela del riconoscere corrisponde alla protezione degli interessi patrimoniali sottesi.

Dunque, benché il richiamo alla legge sia indistinto, non deve dubitarsi che la riserva (già) relativa di legge, possa ulteriormente attenuarsi in una riserva di legalità (ossia di rispondenza ai principi) nella quale gli spazi per l'autonomia possono ampliarsi, pur sempre nel rispetto della meritevolezza, proporzionalità e adeguatezza. La costituzione non si priva della legalità nella materia proprietaria, ma ne relativizza la portata, per ritenere che in alcuni ambiti più che la legge può la legalità costituzionale, per cui il ricorso alla legge è l'emersione di una garanzia minima di tutela che non esclude un *surplus* di tutela riveniente proprio dall'autonomia³⁰. Ne emerge un'autonomia complementare e integrativa della legge, ovvero, anche sostitutiva lì dove non sono direttamente in discussione valori

²⁹ CATERINI, *op. ult. cit.*, p. 98 e ss., con ampi riferimenti e argomentazioni tratte dal dibattito in Assemblea costituente.

³⁰ Scrive P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 316: «Dall'intero quadro costituzionale discende che la proprietà privata non possa essere svuotata di qualsiasi contenuto e ridotta al rango di proprietà formale. Essa rappresenta non un disvalore, ma uno strumento di garanzia del pluralismo e di difesa nei confronti dello statalismo. Dato, altresì, che gli statuti proprietari sono diversi in relazione agli oggetti, ai soggetti, alle destinazioni, nonché ai patrimoni e alle circostanze concrete, non esiste un contenuto minimo della proprietà; esistono piuttosto i contenuti dei singoli statuti che occorre individuare mediante un'analisi attenta».

primari, e questi possono tutelarsi con l'applicazione diretta dei principi anche tramite l'autonomia.

È evidente che gli interessi patrimoniali e quelli esistenziali non agiscono in modo indipendente, che essi si intersecano e che i primi sono pur sempre strumentali ai secondi. È la costituzione sociale che adotta simile scelta. Dunque, anche gli interessi patrimoniali hanno un nesso con quelli esistenziali³¹. Tuttavia, il grado di intersezione muta al variare della combinazione degli interessi espressi dal caso concreto. Questa la ragione per la quale il tema della riserva di legge non può essere un *a priori* astrattamente fissato una volta per tutte.

Pertanto, se da un lato, i principi del numero chiuso e della tipicità, non possono considerarsi superati dall'autonomia, dall'altro essi non possono essere intesi in modo univoco e aprioristico. Codesti richiedono pur sempre l'applicazione dei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza. Ma, per altro verso, anche l'autonomia negoziale è ormai sdoganata dal perseguire esclusivamente l'interesse egoistico, considerato che l'ultimo comma dall'art. 118 Cost. la abilita in via sussidiaria alla produzione normativa purché nell'obiettivo dell'interesse generale³².

La cornice dei principi evocati dalla Cassazione è dunque di gran lunga mutata per cui occorre che la soluzione corretta non segua schemi astratti, tipici del procedere per sussunzioni³³ (o, più di frequente, per entimemi), ma ricerchi con ragionevolezza e proporzionalità la soluzione che rispetti gli interessi o i valori divisati nel fatto concreto.

Quest'ultima, la ragione per la quale la risposta univoca alla domanda sul se l'autonomia negoziale può «invadere» il campo dei rapporti reali, appare preconcetta se non affronta il merito che ha

³¹ È il filo conduttore di CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, *passim*, ma spec. p. 20 e ss. e 86 e ss.

³² Volendo, CATERINI, *Il sistema giuridico di bilancio nella legalità costituzionale*, Napoli, 2021, in corso di stampa, parte prima.

³³ V., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. "Dall'interpretazione esegetica all'interpretazione sistematica"*, in *Foro nap.*, 2019, p. 379 ss.; ID., «Principi generali» e «interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 112 ss.

indotto, volta a volta, ciò che la Cassazione evoca come prassi notarile.

In ultima analisi il potere di godimento³⁴ non deve misurarsi con l'unico metro della patrimonialità, o se si preferisce dell'utilità economica, questo essendo l'uno dei due possibili parametri che ammettono l'ingresso dell'autonomia negoziale regolatoria del rapporto reale. Ivi si pone una questione di proporzionalità che vuole che l'uso individuale non sia esclusivo. Ma questa prima soluzione non può essere l'unica giacché i diritti fatti valere dai singoli comunisti a mezzo del potere di godimento previsto dall'art. 1102 c.c. non devono essere necessariamente omogenei (cioè tutti patrimoniali), ben potendo accadere che essi si presentino misti (personali v. patrimoniali), ovvero, omogenei ma non patrimoniali.

È plausibile che in presenza di poteri di godimento portatori di interessi eterogenei la forza dell'autonomia dei privati sarà impedita dal preminente valore protetto dalla fonte normativa primaria, ovvero, rafforzata dalla sussidiarietà che persegue l'interesse generale³⁵, nell'inevitabile fluire del bilanciamento, il quale dà

³⁴ V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 283, «Il potere di godimento, quale possibilità per il titolare della situazione di trarre dal bene (oggetto della situazione) le utilità coerenti con la funzione della situazione soggettiva, è concetto non univoco e omogeneo, ma variabile. Sostanziale è la diversità tra il godimento della proprietà da parte di una persona fisica o di una persona giuridica [...]. I beni che fanno parte del patrimonio della società possono essere utilizzati nei limiti delle caratteristiche istituzionali della persona giuridica; così il godimento per interposta persona si configura piuttosto come utilizzazione del bene mediante persone che direttamente ne godono»; CATERINI, *Il principio di legalità*, cit., p. 150 e s., «In altri termini, la questione delle nuove forme di godimento reale dei beni non dev'essere posta in vista di una quantità di "smembramento" proprietario; ciò per la ragione che la proprietà non contiene in via di principio *tutte* le utilità che fisicamente sono desumibili dai beni, e perché le altre situazioni reali tipiche possono presentare delle modalità di godimento che, per la loro maggiore idoneità alla tutela dei valori primari o patrimoniali, non sono positivamente consentite ed ammesse alle situazioni proprietarie. Le modalità di godimento reale dei beni sono funzionalmente differenziate e autonome per cui le rispettive strutture presentano quei rapporti e quelle regolamentazioni che rendono possibili gli scopi che sono propri di ogni funzione di godimento».

³⁵ L'interesse generale riporta la questione delle clausole generali e dei principi, v., FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*,

sostanza al principio di legalità sotteso al numero chiuso e alla tipicità.

Tuttavia, evocare l'ordine pubblico a sostegno e difesa dei rapporti reali per come disegnati dal legislatore non è sempre appropriato. Occorre, infatti, distinguere non soltanto gli interessi e valori sottesi alla tutela in concreto, ma anche considerare che la disciplina legale dei c.dd. tipi di diritti reali non è tutta di ordine pubblico, né tampoco è tutta composta da norme inderogabili³⁶.

Napoli, 2021, *passim*, ma spec., p. 122 ss., ove al termine dell'evoluzione del pensiero di Teubner scrive: «Mantenimento dell'autonomia mediante i diritti fondamentali, questo il nuovo percorso per la garanzia di un diritto policontestuale [...]. Vale la pena di soffermarsi sulla ultima fase del suo pensiero: la affermazione della necessità che il diritto (ma ciò vale per ogni sistema) debba dotarsi di formula di trascendenza dall'interno. Formula di trascendenza del diritto è la giustizia [...]. Il costituzionalismo sorge dall'incremento di complessità delle funzioni del diritto e realizza una congiunzione strutturale tra politica e diritto. Ma la funzione del controllo costituzionale, in quanto funzione giuridica, implica pur sempre l'imposizione di regole ai processi di autonormazione. La giurisdizione in nome dei principi può condurre alla oppressione: in nome della continuità richiesta di rispetto della Costituzione, si perpetrano violazioni della Costituzione. Postulare la giustizia come formula di autotrascendenza combatte contro i mali derivanti dalla inevitabile trasformazione dei processi di costituzionalizzazione in amministrazione giudiziale dei testi costituzionali. Tutto confluisce in un testo, e dal testo si transita al feticismo testuale: in nome della Costituzione si realizza l'ingiustizia. Per pervenire all'autotrascendenza occorre che il sistema abbia mantenuto la propria autonormatività: dinanzi all'ingiustizia i processi di autonormazione reagiscono trascendendosi, superando se stessi in nome di se stessi – tale è la giustizia [...]. Poniamoci questa domanda: una concreta applicazione della Costituzione può essere ingiusta? Per rispondere occorre applicare il meta-codice costituzionale su sé stesso: da costituzionale/incostituzionale a giusto/ingiusto. Il paradosso della costituzionalizzazione ingiusta è quindi risolto invocando una formula di trascendenza, la quale non piove dal cielo, ma opera dall'interno stesso del sistema. La autonormatività è strumento di trascendenza, la condizione per la liberazione delle energie autosovversive latenti nel sistema stesso».

³⁶ Sulla differenza tra norme inderogabili e imperative, v. LONARDO, *op. cit.*, p. 80, n. 134, ove s'afferma che le due qualifiche esprimono connotati interferenti ma non omogenei: l'imperatività si pone sul piano della struttura della disposizione, l'inderogabilità è l'esito dell'attività interpretativa della disposizione. Ogni norma imperativa tende ad essere osservata, ma il tasso di vincolatività del contegno richiesto discende dalla ragione che ispira quella disposizione.

Perciò, la stessa tipizzazione evocata a tutela dell'interesse contenutistico al godimento presenta variabili dipendenti proprio dall'autonomia dei privati, la quale ha ben ragione di agire negli spazi che la medesima disciplina legale lascia alla libertà delle parti.

Questo è la stessa Cassazione che lo ammette lì dove consente un uso esclusivo ma turnario o parziario che lasci poteri differenziati agli altri comunisti. In altri termini, il giudice di legittimità mette implicitamente da canto il tema della tipicità per affidare le sue considerazioni a quello del numero chiuso, cioè a dire, all'impossibilità per l'autonomia di concepire nuovi rapporti reali.

Il superamento della tipicità comprova che la disciplina legale va discriminata in considerazione della funzione concreta perseguita, di tal modo non differenziando le metodologie interpretative proprie dell'agire negoziale. Pertanto, i temi della minima unità effettuale, della causa concreta e della sintesi degli effetti essenziali non sono dissimili se riferiti ai rapporti reali, ovvero, ai contratti³⁷.

In ultima analisi, l'attenzione si sposta sul piano della norma inderogabile o imperativa della disciplina dei rapporti reali, così come allo stesso modo si svolge nel campo dei contratti. Non tutte le regole contrattuali sono affidate all'autonomia negoziale, la quale oltre a non essere illecita, dev'essere meritevole di tutela, non diversamente da quanto si deve dire con riguardo alla disciplina concreta dei rapporti reali³⁸.

³⁷ V. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 187 ss.; *Id.*, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 83 ss.; VILLELLA, *Per un diritto comune delle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2000, p. 7 ss.; CATERINI, *L'etica delle situazioni patrimoniali e la «logica separazionista» tra diritti reali e obbligatori*, in D'Addino Serravalle (a cura di), *Mercato e etica*, Napoli, 2009, p. 407: «[...] un mercato sensibile all'«utile sociale» assegna alle situazioni reali e obbligatorie la distinta misura di tutela di interessi «alieni» a quelli del singolo titolare, valorizzando gli strumenti dell'abuso, dell'equità, della proporzionalità, della ragionevolezza e della buona fede, là dove un mercato sensibile all'«utile individuale» propende per accentuare la divaricazione tra le situazioni patrimoniali reali e quelle obbligatorie quali differenti modalità di realizzazione degli interessi tutelati».

³⁸ CATERINI, *Il contributo del libro terzo del codice civile alla formazione del «diritto patrimoniale comune». La palingenesi della proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 10 ss.

4. Con queste osservazioni tornare sul tema dell'uso esclusivo di parti comuni merita alcune declinazioni a seconda se il sintagma si svolga nell'ambito del tipo legale, ovvero al di fuori di esso.

Nel caso giudicato s'è trattato di una corte antistante un piano terreno di un edificio adibito a negozio, corte munita dall'utilizzatore di una tettoia e di una chiusura a pannelli coincidente con la linea di proprietà dell'edificio (almeno questo si desume dalla sentenza). Pur nell'incertezza della funzione concreta assolta dalla corte ad uso esclusivo, tale impiego non esclude che la rimanente parte di corte antistante l'intero edificio sia di uso degli altri partecipanti alla comunione, dunque, il patto potrebbe costituire una regolazione specifica di quel modo che consente agli altri comunisti di «farne parimenti uso secondo il loro diritto». Tale soluzione non sarebbe avulsa dal controllo di meritevolezza del patto medesimo.

Non può escludersi (dato che si ignora la funzione concreta) che il patto contenga una pertinenza. Questa non implica esclusivamente una titolarità proprietaria bensì un rapporto tra beni, impresso dai titolari di uno dei rapporti reali recanti ad oggetto i beni legati dal vincolo pertinenziale, purché siano titolari del potere idoneo a instaurare il rapporto di servizio o di ornamento³⁹. Dunque potrebbe manifestarsi anche su di un bene in comunione.

³⁹ Scrive BIANCA, *La proprietà*, cit., p. 47 ss., «L'autore dell'atto di destinazione – oltre che proprietario della cosa principale – dev'essere proprietario anche della cosa accessoria. In dottrina è stata proposta l'interpretazione, che reputa legittimato all'atto di destinazione pure chi non sia proprietario della cosa accessoria. Questa interpretazione urta tuttavia contro il rilievo che la destinazione modifica anche la situazione giuridica della cosa accessoria, assoggettandola alla sorte della cosa principale. La legittimazione a vincolare il bene a pertinenza di un altro bene non può quindi spettare a chi non sia legittimato a disporre». Dunque, l'A. sostiene che la destinazione del bene implica il potere di disposizione recante ad oggetto il bene, tant'è che poco prima afferma che «La legittimazione spetta anche ai titolari di diritti reali di godimento, in ragione del potere ad essi riconosciuto di apportare alla cosa miglioramenti di fatto o di diritto». Pertanto, quei diritti reali recanti ad oggetto il bene principale o l'altro accessorio, che attribuiscono il potere di disporre della destinazione dei beni, sono legittimati ad imprimere ad essi il vincolo pertinenziale.

In astratto non sarebbe da escludere neppure un rapporto di servitù prediale, a poco rilevando l'alterità soggettiva tra i titolari dei fondi, e invece rilevando l'alterità di interessi tra i due fondi; ma l'utilità dovrebbe essere indirizzata al fondo dominante e non al titolare del diritto con oggetto quest'ultimo⁴⁰.

Le ipotesi appena rappresentate danno prova di quanto l'espressione «uso esclusivo di bene comune» contenga una formula polisenso e perciò ambigua se non trova complemento nel fatto concreto espressivo degli interessi in esso divisati.

Altra la questione posta dalla Cassazione con riguardo al superamento ad opera dell'autonomia dei privati del principio del numero chiuso. Come detto, con questo si vuole precludere all'autonomia di concepire nuovi «modelli» di poteri di utilizzo dei beni che non siano vagliati dal principio democratico che sottende alla legalità⁴¹.

L'affermazione – in astratto plausibile – deve fare i conti con la norma costituzionale e – ancora una volta – con l'interesse o il valore protetti dalla legalità. In particolare, la questione si pone dinanzi ad un simulacro di potere di godimento quando esso è per intero traslato nella titolarità di altri. Il punto è senz'altro ben posto con riguardo al potere di matrice economica, sebbene in questo ambito gli spazi dell'autonomia dei privati sono più aperti proprio in considerazione

⁴⁰ V., CATERINI, *Il principio di legalità*, cit., p. 157 ss., ove si esclude che l'utilità del fondo possa essere a beneficio di persone sebbene l'ordinamento non disconosca forme di utilità collettive desumibili realmente da un certo bene a vantaggio di una data comunità; tuttavia, ogni servitù «personale» potrebbe di per sé costituire una nuova situazione reale atipica contenente una funzione di godimento desumibile dal bene verso il quale si rivolgerebbe la servitù personale.

⁴¹ Scrive BIANCA, *La proprietà*, cit., 93 ss., che «Il principio del numero chiuso non è espressamente sancito dal codice civile ma esso risponde ad una fondamentale esigenza sociale, quella di non consentire ai privati di creare a loro arbitrio vincoli destinati ad inceppare l'utilizzabilità e la commerciabilità dei beni da parte dei futuri proprietari». Secondo GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2017, p. 150: «il principio del *numerus clausus* è classificabile tra i principi inespressi in mancanza di un testo legislativo sicuro che ne sancisca il fondamento. Non di meno si tratta di un principio che viene costantemente invocato, talvolta persino con successo, avanti le corti nazionali».

della norma costituzionale che preserva le norme principi (riserva di legalità) e non la norma-fattispecie.

Nella proprietà c.d. personale la questione si presenta a parti capovolte. Si pensi ad una corte comune di una residenza sanitaria destinata ad uso esclusivo dei residenti tra i quali vi è un conoscente di uno dei comunisti, l'interesse del quale è consentire all'amico di godere del verde circostante la residenza; oppure, si pensi ad un'area comune destinata all'uso esclusivo del parcheggio del quale alcuno dei comunisti non fruisce per avere ceduto lo spazio al comunista disabile. Nei casi rappresentati insiste un interesse esistenziale anche nel c.d. dominio eminente, cioè, in un potere di godimento privo di patrimonialità benché conforme ai valori costituzionali. In tali casi l'autonomia dei privati è meritevole e sussidiaria, essa persegue l'interesse generale, e non deve trovare argine in un astratto principio di numero chiuso o tipicità dei rapporti reali.

In conclusione può affermarsi che la tipicità e il numero chiuso non sono scopi-valori dell'ordinamento, ma strumenti di tutela di interessi e valori che trovano attuazione nel fatto concreto, senza il quale una risposta affermativa o negativa risulta generica ed incongrua.

Dunque, in materia di proprietà (o potere di godimento) – per di più – personale non deve fondarsi opposizione ad un c.d. dominio eminente che realizzi, attraverso l'altro dominio, un valore esistenziale, cioè a dire i valori della Costituzione.

Ma altrettanto è a dirsi per la proprietà patrimoniale la quale già di per sé accoglie maggiori spazi destinati all'autonomia, benché con i limiti della meritevolezza. Si vuole dire che l'interesse generale dianzi affidato aprioristicamente alla legge può risiedere anche nell'autonomia negoziale meritevole⁴².

⁴² V. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, 1980, p. 421.

MICHELA CAVALLARO
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università degli studi di Catania

TUTELA DEI RISPARMIATORI E SALVAGUARDIA DELL'INTERESSE PUBBLICO NELLA VICENDA DEI BUONI POSTALI TRENTENNALI

SOMMARIO: 1. L'applicazione di interessi peggiorativi ai buoni postali della serie O. – 2. La correzione parziale della tabella dei buoni postali P/Q: ricadute sul fronte della determinazione degli interessi. – 3. La vittoria di Pirro dei risparmiatori: questioni formali e tutela sostanziale. – 4. La qualificazione giuridica dei buoni postali e l'applicabilità della disciplina codicistica in materia di condizioni generali di contratto. – 5. La prevalente esigenza di salvaguardia dell'interesse pubblico. Contratti di durata e gestione delle sopravvenienze.

1. L'applicazione di interessi peggiorativi ai buoni postali della serie O.

Nel corso degli ultimi anni la questione della quantificazione delle somme da corrispondere in sede di liquidazione dei buoni fruttiferi postali di durata trentennale, emessi nel corso degli anni '80, ha assunto una certa rilevanza e in relazione alla risonanza mediatica ad essa attribuita¹ e per le numerose prese di posizione sia da parte

¹ Secondo il comune sentire il risparmio postale ha rappresentato negli ultimi decenni una forma di investimento alla portata di tutti e particolarmente cara ai piccoli risparmiatori, vuoi per la possibilità di vincolare somme modeste, vuoi per l'intelligibilità dei prospetti informativi, vuoi, infine, per la sicurezza del rendimento finale dell'investimento (cfr. sul punto, AZZARRI, *Integrazione cogente e ius variandi: un singolare intreccio nelle modifiche al rendimento dei buoni postali fruttiferi*, *Banca, borsa tit. cred.*, 2020, p. 669). Per una sintetica ricostruzione storica della genesi dei buoni postali, quale forma di finanziamento pubblico alternativo ai buoni ordinari del tesoro, si veda M. FRANCHI, *La sopravvenuta variazione in pejus del tasso di interesse dei buoni postali emessi prima del decreto*

della giurisprudenza che da parte dell'arbitro bancario e finanziario, all'uopo chiamati in causa.

Il clamore della vicenda si deve alla circostanza che i risparmiatori in occasione della restituzione della somma capitale originariamente investita (equiparata all'euro), aumentata in considerazione degli interessi maturati nel tempo e sulla base di un meccanismo scaglioni (con cadenza quinquennale)², si sono visti corrispondere una somma diversa da quella attesa.

In questa sede non è possibile prendere in considerazione la varietà dei casi di non corrispondenza fra la somma attesa e la somma ricevuta (alcune delle quali si ricollegano alle diverse modalità di calcolo della tassazione di volta in volta applicate): mi soffermerò pertanto su le due fattispecie che appaiono più significative sia per l'ampiezza della casistica a cui hanno dato vita, sia per la diversità di inquadramento sistematico e le differenti motivazioni addotte nelle due ipotesi per giustificare il pagamento al risparmiatore di una somma in taluni casi di gran lunga inferiore rispetto a quella preventiva e talvolta a lungo agognata.

Un primo ordine di questioni investe i buoni postali della serie O, per i quali il d.m. del Tesoro del 13 giugno 1986, in virtù di quanto previsto dall'art. art. 173 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), come emendato ad opera dell'art. 1 del d.l. 30 settembre 1974, n. 460, convertito, con modificazioni, in legge 25 novembre 1974, n. 588³, aveva fissato tassi di interesse più bassi

del Ministro del tesoro del 19 dicembre 2000, nota a Cass., Sez. I, 31 agosto 2018, n. 21543, *ivi*, 2019, p. 686.

² AZZARRI, *op. cit.*, p. 671, nota 5.

³ Si riporta di seguito l'art. 173 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, come modificato dall'art. 1 del d.l. 30 settembre 1974, n. 460, convertito, con modificazioni, in legge 25 novembre 1974, n. 588, al fine di una migliore comprensione dei passaggi argomentativi seguiti dalle corti e, nel contempo, allo scopo di offrire una rappresentazione completa di quello che sarebbe dovuto essere il meccanismo di variazione degli interessi alla luce di quanto disposto dalla legge.

«Le variazioni del saggio d'interesse dei buoni postali fruttiferi sono disposte con decreto del Ministro per il tesoro, di concerto con il Ministro per le poste e le telecomunicazioni, da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale; esse hanno effetto per

rispetto a quelli riportati dalla tabella stampata sul retro del titolo, con la conseguenza che a distanza di anni gli stessi investitori o i loro eredi si sono visti liquidare una somma quasi dimezzata rispetto a quella che sarebbe spettata loro in base alla tabella riportata nel documento.

Di qui la protesta dei risparmiatori che in varie sedi lamentano la scorrettezza di tale modo di operare e la inefficacia di un decreto che modifica unilateralmente il regolamento contrattuale senza prevedere una comunicazione alla controparte, alla quale pertanto non è data la possibilità di valutare la convenienza residua dell'affare, in seguito alla modificazione delle condizioni originariamente pattuite, e di esercitare il recesso dal rapporto chiedendo la restituzione anticipata della somma investita e la corresponsione degli interessi fino a quel momento maturati⁴.

i buoni di nuova serie, emessi dalla data di entrata in vigore del decreto stesso, e possono essere estese ad una o più delle precedenti serie.

Ai soli fini del calcolo degli interessi, i buoni delle precedenti serie, alle quali sia stata estesa la variazione del saggio, si considerano come rimborsati e convertiti in titoli della nuova serie e il relativo computo degli interessi è effettuato sul montante maturato, in base alle norme di cui al primo comma del precedente art. 172, alla data di entrata in vigore del decreto previsto dal presente articolo.

Per i buoni che siano stati emessi da meno di un anno, il nuovo saggio decorre dalla data di compimento dell'anno ed il calcolo degli interessi è eseguito sul montante maturato alla scadenza di questo periodo. Gli interessi vengono corrisposti sulla base della tabella riportata a tergo dei buoni; tale tabella, per i titoli i cui tassi siano stati modificati dopo la loro emissione, è integrata con quella che è a disposizione dei titolari dei buoni stessi presso gli uffici postali».

⁴ A ben vedere l'art. 173 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, come modificato dell'art. 1 del d.l. 30 settembre 1974, n. 460, convertito, con modificazioni, in legge 25 novembre 1974, n. 588, prevedeva che il titolare dei buoni fosse reso edotto della modifica attraverso la esposizione/messa a disposizione della nuova tabella all'interno degli uffici postali. Non è dato sapere se questa misura fosse realmente adottata, è certo però che tale forma di pubblicità nulla ha a che vedere con quella poi introdotta dall'art. 118, comma 2, del d.lgs. (Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria) che, com'è noto, sancisce che qualsiasi modifica unilaterale debba essere comunicata espressamente al cliente secondo specifiche modalità e con un preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole accettato dal cliente e sancisce inoltre la possibilità da parte dello stesso di recedere dal contratto.

La vicenda, esauriti i due gradi del giudizio di merito che avevano dato ragione al risparmiatore, giunge in Cassazione e la I Sezione, investita della questione, la rimette alle Sezioni Unite con un'ampia ordinanza nella quale vengono adeguatamente illustrate le contrapposte ricostruzioni e i dubbi interpretativi che attanagliano lo stesso giudice remittente⁵.

Da un lato, a sostegno della correttezza dell'operato delle Poste italiane, si ribadisce come il d.P.R. n. 156 del 1973, in seguito alle modifiche apportate nel 1974 contempla espressamente la possibilità del ministero del Tesoro di modificare unilateralmente, con un apposito decreto, il tasso d'interesse⁶ e nonostante poi l'articolo 173 del Codice postale sia stato abrogato e le Poste italiane abbiano subito una progressiva trasformazione, consumatasi dal 1994 al 1998, da Azienda autonoma dello Stato a Ente pubblico economico fino ad approdare all'attuale configurazione in s.p.a., attraverso un processo di privatizzazione, l'art. 7, comma 3, del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 284 (Riordino della Cassa depositi e prestiti) stabilisce puntualmente che anche se la fonte del decreto che modifica unilateralmente l'accordo contrattuale è stata abrogata «i rapporti già in essere alla data di entrata in vigore dei medesimi decreti continuano ad essere regolati dalle norme anteriori»⁷.

⁵ Cass. civ., Sez.I, ord., 31 agosto 2018, n. 21543 (est. Dolmetta), in *Contratti*, 2019, p. 31 ss., con nota di CARNEVALI, *I buoni postali fruttiferi e la riduzione unilaterale dei tassi di interesse prefissati. In attesa delle Sezioni Unite*, a cui si rinvia per la ricostruzione storica della normativa; e in *Diritto & Giustizia*, 2018, fasc. 151, p. 3, con nota di G. SATTA, *Buoni postali: alle Sezioni Unite la decisione su quale tasso d'interesse applicare*.

⁶ Tale facoltà, a cui peraltro faceva espresso riferimento il documento medesimo nella parte in cui prevedeva la suscettibilità di variazione successiva dei tassi "a norma di legge", viene ricostruita in termini di diritto potestativo (CARNEVALI, *op. ult. cit.*, p. 38 ss.). Nel senso dell'automatica correzione dei buoni fruttiferi postali della serie O, ad opera del d.m. 13 giugno 1986, si era del resto espressa la giurisprudenza di merito (fra le altre, Trib. Bologna, Sez. II, 19 maggio 2017, n. 881, in *DeJure*; App., Palermo, Sez. III, 8 marzo 2016, n. 437, *ibidem*).

⁷ A ben vedere, la disposizione ammetteva la possibilità di una deroga a tale precetto qualora i nuovi decreti avessero contemplato una regola più favorevole per i risparmiatori; ma il d.m. 19 dicembre 2000, n. 1355800, successivo al d. lgs. 30 luglio 1999, n. 284, si è ben guardato dal farlo (in merito, Trib. Vasto, 8 agosto 2020, n. 129, in *DeJure*).

Vista la natura pubblicistica e imperativa della normativa di riferimento, si ritiene che trovi qui applicazione quanto disposto dall'articolo 1339 c.c., che prevede l'inserzione automatica di clausole o dei prezzi di beni e servizi imposti dalla legge⁸.

La tesi che propende per la correttezza di tale prassi richiama, inoltre, a suo supporto tanto la natura dei buoni postali, comunemente inquadrati all'interno della categoria dei titoli di legittimazione, con conseguente ridimensionamento del valore (vincolante) delle risultanze del titolo, considerato alla stregua di una mera sintesi o rappresentazione scritta di un accordo che rinviene altrove la sua causa e che, in virtù di una fonte (normativa) eteronoma, che ne determina pertanto un effetto naturale, può essere modificato unilateralmente, quanto la circostanza che la regola della modificabilità era già contenuta e ancora vigente nel codice postale al momento dell'acquisto del buono (e pertanto conoscibile da parte del sottoscrittore) e che la stessa ha prodotto i suoi effetti con l'entrata in vigore del decreto ministeriale.

Al riguardo e ai fini di una migliore comprensione della vicenda, va comunque ricordato che la disposizione inserita nel codice postale aveva l'originaria funzione di consentire, in un periodo di inflazione galoppante, l'adeguamento (in senso maggiorativo) dei tassi di interesse dei titoli postali al rendimento di altre forme di risparmio in modo da disincentivare lo svincolo delle somme da parte dei risparmiatori allettati da forme di investimento più redditizie⁹.

Sul fronte opposto a quello fin qui descritto i ricorrenti sostengono, invece, il contrasto della riduzione operata dal d.m. 13 giugno 1986 dei tassi in precedenza fissati e risultanti dal titolo con quanto disposto dall'art. 118, comma 2°, del Tub, disposizione ritenuta espressione di un principio generale vigente in tema di tutela del consumatore, che – com'è noto – prevede l'obbligo di comunicazione

⁸ Sulla riconducibilità del meccanismo di integrazione contrattuale previsto dall'art. 173 codice postale all'art. 1339 c.c., si vedano, da ultimo, per la giurisprudenza di merito, Trib. Bergamo, Sez. IV, 1 ottobre 2019, n. 2051, in *DeJure*; Trib. Vibo Valentia, 25 luglio 2019, n. 684, *ibidem*.

⁹ AZZARRI, *op. cit.*, p. 681 ss.

espressa di qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, almeno due mesi prima della relativa operatività e il diritto della controparte di recedere dal rapporto.

Le Sezioni Unite, interpellate sul punto¹⁰, ritengono pur tuttavia che la disposizione da ultimo richiamata non trovi applicazione al caso di specie, vuoi per la soggettività statale dell'emittente del titolo (al momento dell'emissione) e per le finalità perseguite dalla stessa emissione (finanziare il debito pubblico, attraverso la gestione della Cassa depositi e prestiti), vuoi perché comunque la possibilità di modifica era già prevista dal codice postale del 1973 e quindi il sottoscrittore avrebbe dovuto essere a conoscenza di tale rischio, vuoi perché la riduzione dei tassi viene introdotta da un decreto ministeriale, da un atto cioè che è sottoposto ad una forma specifica di pubblicità e il cui contenuto è facilmente conoscibile¹¹.

Sulla vicenda è intervenuta, da ultimo, anche la Corte costituzionale¹². La fattispecie concreta oggetto del giudizio *a quo* è diversa

¹⁰ La pronuncia richiamata è Cass., Sez. un., 11 febbraio 2019, n. 3963, in *I contratti*, 2019, p. 263, con nota di U. CARNEVALI, *I buoni postali fruttiferi, la riduzione unilaterale dei tassi di interesse originariamente fissati e le Sezioni Unite*; in *GiustiziaCivile.com*, 17 dicembre 2019, con nota di LA BATTAGLIA, *Buoni fruttiferi postali: il regime dei tassi di rendimento tra risultanza del titolo e integrazione ex art. 1339 c.c.*; e in *Diritto & Giustizia*, 2019, fasc. 28, p. 3, con nota di G. SATTA, *Buoni postali: la parola alle Sezioni Unite*. Sulla medesima scia si è di recente mosso Trib. Rieti, 23 marzo 2021, n. 174, in *DeJure*.

¹¹ Tale affermazione è criticata da TRAPUZZANO, *Buoni fruttiferi postali: l'applicazione dei tassi di interesse peggiorativi ai rapporti in corso*, in *GiustiziaCivile.com*, 18 settembre 2020, n. 9/2020, il quale evidenzia una contraddizione nel ragionamento delle SS.UU., che ritengono adeguata/sufficiente la pubblicazione nella G.U. del decreto ministeriale, quanto, diversamente, la stessa legge prescrive quale forma di pubblicità della *modificatio in pejus* la messa a disposizione delle nuove tabelle presso gli uffici postali.

¹² Corte cost., 20 febbraio 2020, n. 26, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 24 febbraio, con nota di G. MARINO, *Buoni fruttiferi emessi prima del 2001: la riduzione retroattiva dei tassi è incostituzionale*. Per un ampio commento della pronuncia si veda TRAPUZZANO, *op. cit.*

A ben vedere la Corte costituzionale si era già occupata della vicenda in Corte cost., 20 febbraio 2007, n. 49, in *DeJure*. Nella citata ordinanza il giudice delle leggi aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art. 173, d.P.R. n. 156 del 1973, sollevata per contrasto con gli artt. 3, 43 e 47 Cost., per

da quella presa in esame dalla Cassazione, e diverse sono ovviamente le motivazioni su cui si fonda il ricorso. In questo caso viene sollevata, per violazione degli artt. 3, 42 e 47 Cost., la questione di legittimità dell'art. 7 d. lgs. 30 luglio 1999, n. 284, che ha abrogato l'art. 173 del codice postale garantendo comunque l'ultrattività di quanto disposto – proprio in forza dell'art. 173, d.P.R. n. 156 del 1973 – dei decreti ministeriali che avevano modificato i tassi della serie O mediante l'estensione alle serie emesse precedentemente dei tassi più bassi previsti in sede di nuova emissione¹³. La questione di legittimità sollevata riguarda in particolare la retroattività di una norma abrogata.

Sul punto la Corte costituzionale ribadisce che in realtà il d.m. del Tesoro del 13 giugno 1986, nell'estendere alle serie precedenti i tassi

carezza di motivazione in ordine alla rilevanza della questione rispetto alla definizione del giudizio *a quo*. In quella circostanza l'aver adottato questioni di ordine procedurale aveva esonerato la Corte dall'entrare nel merito della questione dell'efficacia retroattiva della legge abrogata e del contrasto della stessa con la normativa introdotta dal Tub, rispetto alla quale la Corte ribadisce comunque che al momento dell'emissione dei buoni postali e della relativa correzione ad opera del d.m. 13 giugno 1986, il Tub non era stato ancora emanato, né alle disposizioni in esso contenute è stata attribuita efficacia retroattiva, mentre lo stesso era già in vigore al momento dell'emanazione del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 284.

Del resto già Corte cost., 7 novembre 2003, n. 333, in *DeJure*, aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata contro gli artt. 7, comma 3°, d. lgs., 30 luglio 1999, n. 284 e 9, comma 2°, del d.m. 19 dicembre 2000 (vedi nota succ.), sostenendo, con riferimento alla prima disposizione, che era semmai l'art. 173, d.P.R. n. 156 del 1973 a dovere costituire oggetto del giudizio di legittimità, e, con riferimento alla seconda, che, non trattandosi di norma primaria, essa sfuggirebbe al sindacato della Corte.

¹³ In effetti, l'art. 7, comma 3°, d. lgs. n. 284 del 1999, nel sancire l'abrogazione, «a decorrere dalla data di entrata in vigore dei decreti che stabiliscono nuove caratteristiche dei libretti di risparmio postale e dei buoni fruttiferi postali» delle «disposizioni recate dai capi V e VI, titolo I, libro III del decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156 e relative norme di esecuzione» e nel disporre che «i rapporti già in essere alla data di entrata in vigore dei medesimi decreti continuano ad essere regolati dalle norme anteriori» fa salva la possibilità che «detti decreti possono disciplinare le modalità di applicazione delle nuove norme ai rapporti già in essere, al fine di consentire una disciplina dei rapporti più favorevole ai risparmiatori». Eventualità quest'ultima che, come già accennato, non si è verificata posto che il d.m. 19 dicembre 2000, n. 1355800 ha confermato la sottoposizione dei buoni fruttiferi già emessi alla normativa previgente.

della nuova serie, con una conseguente modificazione *in pejus* degli interessi erogabili per il futuro, ha già prodotto ed esaurito i suoi effetti nel momento in cui è stato emanato; non si tratterebbe pertanto di efficacia retroattiva, ma dell'inserzione automatica di disposizioni di legge che andrebbero, già a partire dalla loro emanazione, a modificare il regolamento contrattuale/pattizio, applicandosi peraltro solo per il futuro.

Avendo riguardo, poi, alla lamentata incompatibilità dell'operato delle Poste italiane con i principi generali introdotti dal Tuf e quindi all'affermata violazione dell'art. 47 Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost., in quanto la norma contestata creerebbe – in virtù della tipologia dell'investimento – una disparità di trattamento fra risparmiatori nell'ipotesi caso di modificazione unilaterale del rapporto, la Corte ribadisce la propria estraneità perché trattandosi di *ius superveniens* fra norme di grado primario il giudizio di incompatibilità spetterebbe al giudice ordinario¹⁴.

2. La correzione parziale della tabella dei buoni postali P/Q: ricadute sul fronte della determinazione degli interessi.

Ad una diversa ricostruzione da parte e della giurisprudenza e dall'Arbitro bancario e finanziario si è prestata la vicenda relativa alla serie P/Q¹⁵.

In questo caso l'entrata in vigore del d.m. del 13 giugno 1986 in fase di collocazione di tali titoli aveva indotto l'emittente a stampigliare la tabella contenente la nuova modalità di calcolo degli interessi su quella precedente (stampata sui buoni della serie P), ma solo limitatamente alla copertura dei primi 20 anni. Con la conseguenza

¹⁴ Sulla questione dell'incidenza dello *ius superveniens* la Corte conferma la posizione già assunta in Corte cost., 6, marzo 2001, n. 47, in *DeJure*, con la quale aveva disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*. Secondo TRAPUZZANO, *op. ult. cit.*, la Corte, non entrando nel merito di questo profilo perde un'occasione preziosa.

¹⁵ Per la giurisprudenza di merito si confronti, per tutti, Trib. Milano, 9 gennaio 2020, n. 91, in *DeJure*, ove espressamente si afferma che la modificazione dei tassi relativamente ai primi vent'anni, senza una chiara indicazione da parte delle Poste che facesse intendere l'applicazione all'ultimo decennio dei tassi della serie Q, aveva suscitato in capo ai risparmiatori un ragionevole affidamento sull'applicazione per quell'arco temporale dei tassi della serie P.

che chi acquisiva il titolo si trovava fra le mani un buono sul cui retro il timbro che riportava i nuovi interessi – quelli della serie Q – copriva solo parzialmente la tabella originaria.

Alla scadenza gli investitori si vedono corrisposte sono inferiori a quelle attese, visto che, anche con riferimento agli interessi da corrispondere relativamente agli ultimi 10 anni, l'emittente tiene conto di quanto stabilito dal d.m. 13 giugno 1986.

La vicenda genera un contenzioso importante sia dinanzi all'Arbitro bancario che davanti al giudice ordinario, ma la soluzione in questo caso accolta – almeno per quanto riguarda gli interessi – è di segno opposto rispetto a quella adottata con riferimento alla serie O.

Con riferimento alla fattispecie in oggetto la parziale correzione dei tassi si colloca temporalmente in un momento successivo al decreto stesso che, disponendo l'emissione della serie Q, interviene a modificare *in pejus* gli interessi della serie P, e pertanto tale modifica non sarebbe opponibile ai sottoscrittori per la parte non riportata sul buono (quasi che l'ente erogatore avesse manifestato implicitamente la volontà di limitare l'operatività del d.m. del 13 giugno 1986 solo al primo ventennio), ne discende che questi avrebbero per l'ultimo decennio diritto all'applicazione dei tassi più favorevoli previsti originariamente per la serie P.

A sostegno di siffatta impostazione si richiama la sentenza delle Sezioni unite n. 13979/2007, che introdurrebbe un principio di diritto di carattere generale applicabile ai buoni collocati in epoca posteriore al d.m. 13 giugno 1986¹⁶, e la recente pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'ABF, che – sulla scia della precedente – riconosce la prevalenza della scritturazione non corretta qualora la sottoscrizione del titolo sia successiva al provvedimento modificativo¹⁷

¹⁶ Cass., Sez. un., 15 giugno 2007, n. 13979, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 133, con commento di DE POLI, *Buoni postali e letteralità*. A ben vedere e come si avrà occasione di puntualizzare, tale pronuncia è stata resa in presenza di una questione diversa da quella in oggetto e per questo la Corte stessa ne ha limitato gli ambiti di applicazione. Sulla questione specifica pertanto si attende una nuova presa di posizione del Supremo Collegio.

¹⁷ ABF, Collegio di coordinamento, 3 aprile 2020, n. 6142, in *GiustiziaCivile.com*, 20 luglio 2020, 7/2020, con nota di PUCCL, *Buoni postali fruttiferi e corresponsione degli interessi: tra risultanza del titolo e interferenza del regime fi-*

Salvo quanto si dirà nel prosieguo, occorre sin d'ora evidenziare come a fronte di tale affermazione di principio emerge comunque la difficoltà delle Poste a liquidare l'intera somma con la conseguente inottemperanza dei provvedimenti dell'arbitro bancario, tutti nel senso innanzi illustrato¹⁸.

3. La vittoria di Pirro dei risparmiatori: questioni formali e tutela sostanziale.

Il tema, seppure destinato a perdere di *appeal* man mano che i buoni delle serie in oggetto, ormai scaduti da tempo, verranno liquidati e si sarà esaurito il contenzioso collegato a tale liquidazione¹⁹, pone alla ribalta due questioni di ampio respiro: da un lato, quella relativa al coordinamento, nell'ambito dei contratti di durata, fra la normativa vigente al momento della relativa stipulazione e la normativa a tutela del contraente debole/risparmiatore entrata in vigore

scale; in www.dirittodelrisparmio.it, 2020, con nota di ZURLO, *Buoni fruttiferi postali: tra criterio della letteralità del titolo, modifica dei rendimenti e competenza dell'Arbitro Bancario Finanziario*.

¹⁸ Fra gli altri, ABF, Collegio Napoli, 13 aprile 2021, n. 9952; Collegio di Milano, 16 febbraio 2021, n. 3887; Collegio di Torino, 13 gennaio 2021, n. 970; Collegio di Torino, 17 dicembre 2020, n. 23009; Collegio di Torino, 17 settembre 2020, n.16076; Collegio di Milano, 1 ottobre 2020, n. 16827; Collegio di Milano, 19 giugno 2020, n. 11008; conferma indirettamente il precedente orientamento la decisione del Collegio di Palermo, 16 gennaio 2018, n. 779, relativamente alla liquidazione di un buono postale emesso anteriormente (24 giugno 1986) all'entrata in vigore del decreto del 13 giugno 1986 (pubblicato sulla G.U. del 26 giugno 1986), con riferimento al quale si sancisce la prevalenza per l'intero periodo dei tassi peggiorativi.

¹⁹ A ben vedere occorre comunque notare come negli ultimi mesi proprio in ragione della mancata ottemperanza da parte dell'ente erogatore delle pronunce dell'Arbitro bancario e in relazione ai parziali adempimenti rispetto alle pretese creditorie si stia facendo strada presso le associazioni dei risparmiatori l'idea di una *class action*. Da quanto risulta dal sito dell'ABF sarebbero 287 (agg. Marzo 2021) i casi in cui Poste italiane s.p.a. non ha rispettato le decisioni adottate dall'Arbitro bancario, il dato, comunque appare sottodimensionato, e riguarda in una buona parte i rimborsi relativi ai buoni della serie P/Q.

nella costanza del rapporto (si pensi alla questione dell'usura sopravvenuta)²⁰; dall'altro, quella della modificabilità unilaterale del rapporto da parte di uno dei contraenti ai fini del perseguimento di un interesse di rango superiore, quale, in questo caso, il contenimento della spesa pubblica²¹.

Ora, se filtrate alla luce delle due esigenze/istanze richiamate, non mi sembra che le fattispecie innanzi descritte siano tanto diverse l'una dall'altra e che le ragioni poste a fondamento della tutela del risparmiatore e di salvaguardia della sua posizione nel caso di parziale correzione della tabella non possano essere estese anche alla vicenda dei buoni della serie O; mentre, per converso, se ci si appropria alla questione nella veste di Poste italiane, non sembra che le argomentazioni addotte a giustificazione dell'operato dell'emittente, nel caso di buoni della serie O, non possano valere, avendo riguardo, agli anni lasciati scoperti anche nel caso di parziale correzione.

Con riferimento alla fattispecie relativa ai buoni della serie P/Q, peraltro, l'argomentazione da più parti seguita in virtù della quale il regolamento contrattuale, nei contenuti che si evincono dal titolo,

²⁰ L'accostamento può apparire arduo, ma mi sembra che la tipologia degli interessi in gioco nel caso di usurarietà sopravvenuta e in quello di rendimenti corretti nel corso di una rapporto di investimento non sia così diversa, in entrambe le situazioni il decisore – a qualsiasi livello chiamato ad operare – si trova dinanzi all'arduo compito di trovare un giusto temperamento fra un interesse “pubblico” di contenimento della spesa, divenuta nel tempo difficilmente sostenibile da parte dell'ente emittente e quello del risparmiatore a vedere salvaguardate le proprie aspettative in presenza di meccanismi di modificazione unilaterale del rapporto non più in linea con i modelli di garanzia del contraente debole. In questi termini la problematica fin qui esaminata si colloca perfettamente all'interno degli ambiti di interesse dello studioso che si intende onorare e a cui si devono pregevoli contributi in tema di giustizia contrattuale e di effettività della tutela (fra gli altri, VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, part. p. 63 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 5 ss.).

²¹ Il riferimento al contenimento della spesa pubblica potrebbe apparire fuor di luogo se si tiene conto della trasformazione delle Poste italiane da Azienda autonoma dello Stato a Società per azioni, pur tuttavia questo argomento è utilizzato dalle Sezioni unite per giustificare la riduzione dei tassi di interesse, probabilmente in considerazione del fatto che oggi il Ministero del tesoro e delle finanze detiene più dell'80% delle quote azionarie della S.p.A.

prevarrebbe sulla norma che dispone la modifica peggiorativa degli interessi, in quanto successivo a questa, mi sembra non convincente se non addirittura in contrasto con altre affermazioni della stessa giurisprudenza²².

Anche in questo caso infatti, l'affermata natura di titolo di legittimazione dovrebbe indurre a ritenere che l'accordo sottostante, così come integrato dalla legge, prevale su quanto emerge dal documento (anche per la parte non esplicitata nel documento): altro sembra però il ragionamento seguito che – come si è tentato di evidenziare – fa perno sull'elemento temporale e sulla tutela della buona fede.

Ora, se la prevalenza della risultanza testuale può essere invocata per la parte mancante/non esplicitata della modifica non si comprende perché non debba valere per la serie O. A maggior ragione se si tiene conto della circostanza che in questo caso la modifica non potrebbe risultare dal documento, perché successiva e il titolo si trova nella disponibilità del risparmiatore, il quale però non è sempre messo nelle condizioni di poter conoscere il contenuto dell'accordo così come modificato ad opera della norma regolamentare.

Alla luce delle precedenti considerazioni mi sembra che in entrambi i casi sussista un problema di opponibilità della modifica alla controparte che non può essere superato con un prima e un dopo. Si pensi, in particolare, alla posizione degli aventi causa del risparmiatore i quali al momento della liquidazione vedono opporsi delle modificazioni di cui difficilmente sarebbero potuti venire a conoscenza.

²² È questa l'argomentazione seguita dai giudici di merito e soprattutto dall'Arbitro bancario: si stigmatizza in tal caso un comportamento ambiguo da parte dell'emittente, che nel momento in cui ha effettuato la correzione del titolo, prima della relativa collocazione sul mercato, avrebbe dovuto utilizzare uno stampino che includesse gli interessi per l'intero trentennio. Così non è stato: la griglia stampigliata copre i primi vent'anni, e pertanto i giudici hanno ritenuto che, essendo il titolo entrato in circolazione con risultanze documentali innanzi descritte e in un momento successivo all'entrata in vigore del d.m. che dispone l'applicazione alla serie di interessi inferiori rispetto a quelli riportati nel documento e non interamente coperti, si debba tutelare l'affidamento del risparmiatore, il quale ha preso conoscenza del contenuto dell'accordo attraverso la presa visione del titolo solo parzialmente corretto, e quindi applicare per gli ultimi 10 anni gli interessi previsti per la serie P, desumibili dallo stesso titolo.

Con tale affermazione non si vuole mettere in dubbio l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato relativamente alla liquidazione della serie O, sotto il profilo dell'opportunità della soluzione adottata in un quadro più generale di riequilibrio delle posizioni delle parti, che ove non corretto dall'integrazione coattiva avrebbe comportato costi insostenibili per le casse dello Stato, quanto piuttosto l'*iter* argomentativo seguito.

Com'è stato già rilevato²³, suscita qualche perplessità il richiamo all'articolo 1339 c.c.²⁴ e al meccanismo di inserzione automatica delle clausole. La disposizione citata disciplina l'ipotesi in cui i prezzi di alcuni beni e servizi siano fissati in modo imperativo e le parti nella stipulazione dell'accordo non si siano attenuti *ab origine* ai vincoli posti dalla legge²⁵. Nel caso dei buoni postali, invero, l'inserzione automatica o meglio la sostituzione automatica della tabella

²³ In proposito si confrontino, fra gli altri, i puntuali rilievi critici di AZZARRI, *op. cit.*; e M. FRANCHI, *op. cit.*, 892 ss.; quest'ultimo propone un utilizzo alternativo dell'art. 1339 c.c., quale norma chiamata ad operare non in fase di esecuzione del rapporto ma nella fase precedente di determinazione dell'oggetto del contratto, in altri termini «non si assisterebbe ad una successiva ed eventuale integrazione del contratto [...], ma piuttosto ad una necessaria ed originaria integrazione del medesimo – ai sensi dell'art. 1339 c.c. – con la clausola di progressiva variazione dell'interesse iniziale secondo le modifiche operate, se del caso, con atto ministeriale».

²⁴ Pur ricorrente in sede giurisprudenziale, fra gli altri, Trib. L'Aquila, 19 dicembre 2019, n. 961, in *DeJure*.

²⁵ Tale profilo può essere solo marginalmente trattato in questa sede. Sulla portata dell'integrazione disposta dall'art. 1339 c.c., sui suoi rapporti con altre fonti di integrazione e sulla relativa specificità quale mezzo di conservazione del contratto invalido, si vedano, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 32 ss.; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 172 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 126 ss.; per un'aggiornata rivisitazione del tema si veda, comunque, FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 56 ss. Di particolare rilevanza e attualità ai nostri fini le pagine di BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 151 ss., che ritiene come l'art. 1339 c.c. possa abbracciare tutto il campo degli interventi legali nel rapporto privato; in tale ottica, l'art. 1339 c.c., sarebbe destinato ad operare anche nelle ipotesi in cui la determinazione pattizia contrasta con la disciplina autoritaria. Purtuttavia, anche ad ampliarne il relativo ambito di applicazione, non sembra che il richiamo all'art. 1339 c.c., disgiunto dalla funzione

degli interessi avviene in virtù di un atto unilaterale, non perché vi sia stata la violazione di una norma imperativa²⁶, ma successivamente per volontà di uno dei due contraenti, a ciò autorizzato dallo stesso regolamento contrattuale per la parte che è direttamente disciplinata dalla legge²⁷, in quanto opera in un determinato regime²⁸. Il fatto, poi, che la stessa normativa prevedesse a carico delle Poste una qualche forma di pubblicità rendeva possibile il recesso dall'accordo e la liquidazione degli interessi maturati fino a quel momento senza incorrere in alcuna penalizzazione.

Ne è conseguito che la mancata comunicazione della variazione degli interessi praticati ha precluso alla controparte la possibilità, pur configurabile in astratto, di chiedere la liquidazione dei fondi anche prima della scadenza.

riequilibratrice delle posizioni delle parti, possa da solo giustificare l'intervento statale. Ma sul punto si veda nel prosieguo.

²⁶ TRAPUZZANO, *op. cit.*, p. 12, sottolinea, al riguardo, che l'art. 173, d.P.R. n. 156 del 1973 attribuiva al Ministero del Tesoro in sede di emanazione di nuove serie, da un lato, l'alternativa di estendere o no i nuovi tassi ai buoni postali di serie precedenti, dall'altro, la scelta della serie a cui applicare eventualmente tale estensione; ne discenderebbe che «siffatta duplice discrezionalità lasciata all'autorità amministrativa, confligge con la natura imperativa delle norme introdotte con il decreto ministeriale». In realtà tale osservazione suscita, invero, qualche perplessità posto che in effetti una volta emanato il d.m. assume forza imperativa per Poste italiane.

²⁷ La Corte costituzionale evidenzia la fonte pubblicistica del regolamento. Il tema era stato ampiamente affrontato dalla Corte anche in Corte cost., 20 febbraio 2007, n. 49, che pure ribadisce per altri versi la natura privatistica del rapporto. La fattispecie, qui oggetto del giudizio *a quo*, riguarda l'ipotesi peculiare dello slittamento di un anno ai fini del calcolo della somma dovuta, sempre ad opera di un d.m., intervenuto a modificare la cadenza con cui venivano quantificati gli interessi: In tal caso – si trattava della serie AA – si afferma l'illegittimità di una norma che modificava una regola in contrasto con le risultanze del titolo. La stessa Corte anticipa però che diversa soluzione andrebbe adottata qualora si tratti di una modificazione dei tassi resa ammissibile da quanto previsto dall'art. 173, d.P.R. 156 del 1973, così come modificato nel 1974.

²⁸ Così la Corte cost., 20 febbraio 2020 n. 20, cit., che esclude la contrarietà al dettato costituzionale del citato art. 173, d.P.R. 156 del 1973, in considerazione della «soggettività statutale del soggetto emittente», richiamando a tal fine Cass., Sez. un., 11 febbraio 2019, n. 3963, cit.

4. *La qualificazione giuridica dei buoni postali e l'applicabilità della disciplina codicistica in materia di condizioni generali di contratto.*

Le precedenti considerazioni inducono chi scrive a prospettare una diversa ricostruzione della vicenda anche in ragione del fatto che – a fronte delle diverse pronunce favorevoli dell'ABF – persiste da parte dell'ente emittente un atteggiamento contrario a riconoscere le pretese dei risparmiatori anche con riferimento alle ipotesi di parziale correzione delle tabelle.

Ai fini della ricostruzione giuridica della fattispecie nel suo complesso occorre comunque procedere per gradi.

In primo luogo, non sembra decisiva per escludere la rilevanza del documento la riconduzione dei buoni postali all'interno della categoria dei titoli di legittimazione²⁹, con quanto ne consegue in ordine all'estensibilità o meno della disciplina dei titoli di credito e all'opponibilità delle risultanze cartolari³⁰.

²⁹ In tal senso, VASELLI, *Documenti di legittimazione e titoli impropri*, Milano, 1958, p. 139 ss.; e, più di recente, TEDESCHI G. U., (voce) *Titoli di credito impropri e documenti di legittimazione*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino, 1998, p. 510, nota 96. Propende per ricomprendere i buoni postali all'interno della categoria dei titoli di credito FALCONE, voce *Buoni fruttiferi postali*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, II, Torino 1983, p. 383. Per quanto attiene alla giurisprudenza, la qualificazione in termini di buoni postali come “meri titoli di legittimazione” ricorre in diverse pronunce del Supremo Collegio, fra le altre, Cass., Sez. I, 16 dicembre 2005, n. 27809, *Giust. civ. mass.*, 2005, che proprio dalla prevalenza sul loro tenore letterale, delle successive determinazioni ministeriali in tema di interessi ai sensi dell'art. 173 t.u. cit., come modificato dall'art. 1, d.l. 30 settembre 1974 n. 460 (conv. nella l. 25 novembre 1974 n. 588) trae argomento ai fini della qualificazione giuridica del buono. Sulla stessa lunghezza d'onda sembra muoversi Cass., Sez. un., 15 giugno 2007, n. 13979, cit. Quest'ultima pronuncia contiene, però, enunciazioni di un certo interesse in merito alla natura privatistica del rapporto fra emittente e risparmiatore e alla necessità di una corretta informazione dell'investitore, che in qualche misura sembrano poi essere state disattese dalla giurisprudenza successiva. La riconducibilità dei buoni postali ai documenti di legittimazione è condivisa dalla giurisprudenza di merito, fra le altre, Trib. Novara, 17 luglio 2019, n. 600.

³⁰ In merito si confrontino le sempre attuali pagine di MARTORANO, *Titoli di credito e titoli cambiari*, Napoli, 1979, p. 93 ss. Invero, la rilevanza del dato letterale (c.d. letteralità) è stata in più occasioni richiamata dalla stessa giurisprudenza, talvolta nella forma di *obiter dictum*, attraverso la massima in virtù della quale «il

A ben vedere, il buono postale rappresenta un documento a cui una delle parti (in questo caso l'emittente) attribuisce la funzione di rendere conoscibile alla controparte i termini dell'accordo quali il valore e – se si fa riferimento alle serie in questione – la tabella con l'indicazione degli interessi³¹. In tale ottica pertanto va considerato al pari di un formulario e ad esso andrebbe applicata la regola sancita dall'art. 1342 c.c., in virtù della quale le clausole aggiunte prevalgono su quelle «del modulo o del formulario qualora siano incompatibili anche se quest'ultime non sono state cancellate»; circostanza questa che in buona sostanza si verifica avendo riguardo alla fattispecie (serie P/Q) in cui la griglia stampigliata sul retro del Buono copre sia materialmente sia con riferimento al relativo arco temporale, solo un ventennio, in tale ottica e secondo una prospettiva meno incline alla tutela dei risparmiatori l'applicazione all'ultimo decennio dei tassi (più alti) previsti per la serie P, pur accolta in sede giudiziaria, sarebbe incompatibile con la nuova scala di valori, in relazione al carattere crescente degli interessi³².

Se sotto questo aspetto l'ipotesi da ultimo richiamata non sembra porre un ordine di questioni diverso da quello relativo alla serie O, resta aperta la questione dell'opponibilità alla controparte della modificazione unilaterale del rapporto pur prevista nella legge – ancora

vincolo contrattuale tra emittente e sottoscrittore de titoli è destinato a formarsi proprio sulla base dei dati risultanti dal testo dei buoni di volta in volta sottoscritti» (cfr., Cass., Sez. un., 15 giugno 2007, n. 13979, cit., la cui portata è stata però più di recente limitata alla specifica ipotesi di modifica della cadenza temporale nella percezione degli interessi, richiamata da Cass., Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4761, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 1 marzo con nota di Bencini; Cass., Sez. I, 31 luglio 2017, n. 19002, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Trib. Benevento, 10 gennaio 2019, n. 34, in *DeJure*; Trib. Roma, Sez. IX, 3 luglio 2017, n. 13469, in *DeJure*; Trib. Santa Maria di Capua Vetere, 21 maggio 2015 e 10 novembre 2014, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, p. 633 ss., con nota di ROTONDO, *Regime giuridico dei buoni postali fruttiferi: tra eterointegrazione del contratto e tutela dell'affidamento del cliente*).

³¹ FRANCHI, *op. cit.*, p. 690, individua nella funzionalizzazione alle operazioni di massa il dato che consente la riconducibilità dei buoni fruttiferi postali all'interno della categoria dei documenti di legittimazione.

³² In tal senso si sono del resto pronunciati Trib. Rieti, 21 gennaio 2020, n. 37, in *DeJure*; Trib. Roma, sez. XVI. 21 novembre 2019, n. 22449, *ibidem*.

vigente al momento dell'emissione dei buoni – regolatrice del potere delle Poste italiane di emettere/commercializzare buoni del tesoro.

Invero, se si assume come parametro la disciplina codicistica in materia di contrattazione di massa, è possibile desumere dall'art. 1341 c.c. un principio di carattere generale in virtù del quale le clausole predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro se conosciute o rese conoscibili con l'impiego dell'ordinaria diligenza. Tale principio probabilmente aveva ispirato anche l'art. 173, comma 3, del d.P.R. n. 156 del 1973, nella parte in cui prevedeva che la tabella con i nuovi interessi dovesse essere affissa negli uffici postali in modo da essere messa a conoscenza dei sottoscrittori. Non è dato sapere se ciò avvenisse realmente – la prova sarebbe peraltro a carico delle Poste – e comunque l'affissione sarebbe stata temporanea e difficilmente opponibile (dopo trent'anni) agli eredi del titolare originario del Buono, i quali al momento della liquidazione hanno fra le mani solo il documento cartaceo. Analoga considerazione vale con riferimento alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dei decreti del ministro del Tesoro, a cui fa riferimento la Cassazione³³.

Se la precedente poteva essere – al fine di censurare la scorrettezza del comportamento delle Poste – una prospettazione della vicenda diversa dal richiamo alla disciplina dello *ius variandi*, così come cristallizzato nel Tub³⁴, e foriera di esiti più fortunati per il risparmiatore, non sembra abbia trovato spazio nelle argomentazioni dei privati (ricorrenti) e dei giudici, attenti a trovare soluzioni all'interno della normativa di settore.

Al di là delle argomentazioni seguite e del tentativo di eludere uno *ius superveniens* alquanto ingombrante occorre sottolineare che un'istanza di non poco conto ha mosso la stessa giurisprudenza nella salvaguardia dell'operato delle Poste, piena nel caso dei buoni della

³³ Può non essere casuale, secondo quanto nota AZZARRI, *op. cit.*, che la Corte di Cassazione abbia trascurato di prendere in considerazione il fatto che lo stesso art. 153, comma 3°, così come modificato dalla legge del 1974, prevedesse la disponibilità della nuova tabella presso gli uffici postali.

³⁴ Lo stesso AZZARRI, *op. cit.*, p. 686, evidenzia come la regola prevista nell'art. 153, comma 3°, rappresenta un significativo precedente della disciplina dello *ius variandi* contenuta nel TUB

serie O, parziale nella vicenda della serie P/Q, quella, cioè, di meglio contemperare l'interesse del risparmiatore con quello dell'emittente.

5. La prevalente esigenza di salvaguardia dell'interesse pubblico. Contratti di durata e gestione delle sopravvenienze.

Invero, le soluzioni accolte dalla giurisprudenza, pur nella diversità e nella contraddittorietà evidenziate, non tenendo conto né dell'adeguatezza dei mezzi di pubblicità, né dello *ius superveniens*, la cui estensione ai contratti in essere avrebbe aggravato la posizione delle Poste, pervengono ad un risultato utile al fine di ristabilire l'equilibrio all'interno di un rapporto il cui protrarsi nel tempo avrebbe alterato gli originari assetti.

Emerge pertanto un profilo della vicenda, di per sé idoneo a comporre il conflitto fra risparmiatore ed ente emittente, che non sembra sia stato particolarmente approfondito né dalle parti, né dai soggetti di volta in volta chiamati a dirimere la controversia: quello relativo alla gestione delle sopravvenienze nei rapporti di durata³⁵.

Sotto il profilo da ultimo evocato anche la facoltà riconosciuta alle Poste di modificare unilateralmente il regolamento negoziale dall'art. 173 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, come emendato ad opera dell'art. 1 del d.l. 30 settembre 1974, n. 460, potrebbe essere annoverata fra i rimedi specifici previsti dal nostro ordinamento quali correttivi in presenza di eventi che incidono sull'originario assetto di interessi, *rectius* sull'equilibrio contrattuale (si pensi, fra le altre, alla normativa in tema di rinegoziazione dei mutui).

In altri termini se non fosse intervenuto il meccanismo di correzione introdotto dal d.m. 13 giugno 1986, in fase di liquidazione della somma capitale, incrementata degli interessi, la prestazione a carico delle Poste sarebbe divenuta eccessivamente onerosa, posto che gli interessi calcolati con trent'anni di anticipo si sarebbero rilevati nel lungo e nel medio periodo non giustificabili se paragonati ai (successivi) rendimenti di forme di investimento che presentano caratteristiche analoghe a quello postale.

³⁵ Al riguardo si rinvia alla fondamentale opera di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim* e part. p. 127 ss.

Di tale inconveniente sembra prendere atto lo stesso legislatore del 1999, che con la riforma della Cassa depositi prestiti oltre a garantire – seppure in via indiretta – l’efficacia dei decreti che avevano operato la riduzione dei tassi, impone un termine massimo per la durata dei buoni postali di futura emissione fissandone una scadenza non superiore a vent’anni, in modo da evitare o minimizzare i rischi connessi alla modificazione delle condizioni economiche e alla variabilità del costo del denaro.

Se posta nei corretti termini la vicenda in oggetto si muove su canali paralleli a quella che, con un’inversione di ruoli, ha visto come protagonisti l’ente erogatore del credito, da un lato, e il beneficiario di un mutuo di durata trentennale, dall’altro; vicenda che ha fatto sorgere la questione dell’usurarietà sopravvenuta e imposto l’adozione di soluzioni comportanti la riduzione ovvero il ricalcolo della somma dovuta mediante l’applicazione di parametri che tengano conto e delle aspettative della parte creditoria e della necessità di sollevare il mutuatario dall’obbligo di corrispondere interessi a tassi che alla luce della normativa vigente sarebbero illeciti³⁶.

Non è questa la sede idonea per entrare nel merito della questione innanzi richiamata e verificare profili di contiguità con la materia che rappresenta oggetto della presente riflessione.

Sta di fatto che, nonostante la riduzione, ad opera del d.m. 13 giugno 1986, dei tassi previsti per la serie O e la parziale modifica di quelli della serie P/Q, messi comunque in circolazione dopo l’emanazione del citato decreto con la modifica limitata ai primi vent’anni, la somma da corrispondere al momento della liquidazione risulta ancora particolarmente onerosa alla luce delle attuali condizioni del mercato del credito e dei tassi di inflazione registrati in anni più recenti.

A questo punto non resta che verificare se l’aver proposto/prospettato una chiave di lettura della questione che fino ad oggi non è

³⁶ Sul tema cfr. INZITARI, *Interessi, legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*, Torino, 2017, p. 168 ss; PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Torino, 2017, p. 181 ss.; D’AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*², Torino, 2017; NIVARRA, *Il mutuo civile e l’usura*, in Gitti, Maugeri e Notari (a cura di), *I contratti per l’impresa. II Banca, mercati, società*, Bologna, 2012, p. 33 ss.

stata appieno utilizzata dagli interpreti possa fornire elementi utili per aprire un varco al fine di risolvere quelle controversie che sono rimaste sospese anche in presenza di pronunce favorevoli da parte dell'Arbitro bancario³⁷ e più in generale al fine di garantire una tutela effettiva al risparmiatore, altrimenti destinato ad un lungo *iter* giudiziario.

A tal fine un'attività ricostruttiva potrebbe essere svolta proprio dall'Arbitro bancario, che, nella veste di mediatore, potrebbe trovare, entro i limiti delle competenze che gli sono attribuite, una linea di equilibrio fra le due parti che consenta una tutela della posizione creditoria: non sarebbe la prima volta (si pensi all'istituto dell'esdebitazione di recente introduzione che ha in qualche modo, seppure nell'ottica di tutela del contraente debole, messo in discussione principi unanimemente ricevuti³⁸) che l'ordinamento consente un intervento volto a contenere le pretese dell'investitore in vista di un sicuro anche se non pieno soddisfacimento dell'interesse creditorio.

L'esigenza di un contenimento della spesa appare, del resto, prevalente rispetto alla realizzazione del sogno di un immediato e in-

³⁷ È notizia di questi giorni che la Corte d'Appello di Milano, a differenza del passato, avrebbe accolto, in sempre maggiori casi, le tesi di Poste Italiane, in merito ai rimborsi dei buoni fruttiferi postali della serie Q/P. Tra questi la sentenza del 6 agosto 2020, n. 2060, non solo ha riconosciuto Poste italiane adempiente alla disposizioni normative, ma ha anche affermato che il risparmiatore non poteva essere stato incolpevolmente indotto in errore nella valutazione dei rendimenti applicati ai titoli. Questo perché in presenza dei prescritti timbri "*conosceva o poteva conoscere i relativi rendimenti in linea con il principio ribadito peraltro dalla Cassazione Sez. Unite n.3963/2019 di pubblicità dei rendimenti dei Buoni affidato dalla normativa alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale*" (DI BARTOLOMEO, in *Investireoggi* del 28 dicembre 2020).

³⁸ Fra gli altri, MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in PELLECCCHIA e MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, p. 386; PELLECCCHIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 825 ss. PAGLIANTINI, *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Torino, 2018, p. 3; CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, in D'Amico (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, p. 203.

sperato guadagno di chi trova nel cassetto i buoni postali di una vecchia serie che, in seguito alla conversione in euro e all'applicazione di interessi progressivi, potrebbero trasformare un cauto investimento in un tesoretto³⁹.

³⁹ Di recente ha suscitato un certo clamore la notizia del ritrovamento fortuito di buoni postali fruttiferi degli anni Ottanta da parte di due donne centenarie costrette ad isolamento domestico per l'infezione da Covid. In entrambi i casi il titolo, acquistato con il ricavato del TFR, rispettivamente, dal padre e dal marito delle due donne al prezzo di 50 milioni delle vecchie lire, oggi appare stimabile per un valore che oscilla dai 200.000 ai 400.000 euro.

MARTA CENINI
Professoressa associata di diritto privato
Università dell'Insubria

PANDEMIA, SOPRAVVENIENZE E GLOBALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Pandemia e sopravvenienze nella disciplina del contratto. –
2. Globalizzazione e diritto. – 3. Osservazioni conclusive.

1. *Pandemia e sopravvenienze nella disciplina del contratto.*

In uno scritto che celebra i 25 anni dall'avvio della riflessione su *Persona e Mercato* apparso pochi mesi dopo lo scoppio della pandemia¹ Giuseppe Vettori ha con la consueta lucidità messo in luce come la tragedia sanitaria abbia portato nuovamente l'attenzione su alcuni dei più complessi temi che la scienza giuridica affronta da decenni, tra cui quello della globalizzazione e dei suoi limiti².

¹ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato*, 2020, p. 21.

² Il tema della globalizzazione e dei suoi rapporti con il diritto è stato affrontato come noto in particolare da Mariarosaria Ferrarese dalla prospettiva della sociologia del diritto. Si vedano in particolare FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; EAD., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2009. La globalizzazione però è stata oggetto di riflessioni anche da parte di illustri Autori che hanno affrontato il tema con diverse chiavi di lettura e ne hanno sondato le applicazioni anche ai diritti sostanziali: si vedano CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; GALGANO, *Il diritto nello specchio della globalizzazione*, Bologna, 2006; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2010; GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 2000, pp. 551; ID., *Pagina introduttiva*, in *Quad. fior.*, 2000; ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss.; SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Pers. Merc.*, 2011, pp. 245 ss.; BORTOLUZZI, *Globalizzazione e diritto: c'è ancora spazio per la legge?*, in *Quad. fior.*, 2001, pp. 669 ss.; DI MICCO, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Giuffrè, 2018.

La pandemia inoltre, come emerge nel medesimo saggio e nei numerosi commenti che si sono susseguiti nel corso del 2020³, ha di necessità dato nuovo risalto alla discussione su tematiche centrali del diritto delle obbligazioni e dei contratti, con particolare riferimento

Per uno sguardo più ad ampio raggio, si vedano gli scritti di Ulrich Beck: in particolare BECK, *Che cos'è la globalizzazione: Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 2009; ID., *La crisi dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2012.

³ I commenti sulla legislazione d'emergenza e sulla disciplina delle sopravvenienze in relazione alla pandemia da Covid-19 sono state numerosissimi. Si segnalano in particolare i contributi apparsi nei numeri speciali della rivista *Giustizia civile.com*. Inoltre, senza pretesa di completezza, si vedano: NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, n. 3, pp. 87 ss.; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 73 ss.; MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Contr.*, 2020, n. 5, pp. 525 ss. Si veda infine la relazione a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*.

alla disciplina delle sopravvenienze contrattuali⁴, al ruolo della clausola generale di buona fede e del dovere di solidarietà⁵, al ruolo della causa (concreta)⁶ nei contratti così come al concetto di esigibilità delle prestazioni⁷.

⁴ Il tema delle sopravvenienze contrattuali ed in particolare della rinegoziazione del contratto è stato affrontato con opere di grande spessore teorico da una vasta letteratura italiana e straniera. Tra le monografie dedicate al tema e le opere sul contratto in generale, ci si permette qui di ricordare senza pretesa di completezza: BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano, 2019; ID., *Diritto civile. La responsabilità*, 5, Milano, 2019; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Le sopravvenienze*, in Roppo (a cura di) *Rimedi*, V, 2, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, pp. 583 ss.; MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, pp. 1037 ss.; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, pp. 1677 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, pp. 918 ss. Per una prospettiva europea e comparata, si veda HONDIUS e GRIGOLEIT (eds), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011.

⁵ MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in Vettori (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996 e *infra* nota 13 ampia bibliografia.

⁶ La pandemia ha in particolare stimolato nuove riflessioni sul concetto di causa concreta. Su questo tema si veda in particolare BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 425; recentemente, con particolare riferimento a quello che è stato chiamato il “vento anticausalista”, BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 251 ss. Si veda inoltre, VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 329 ss. Con specifico riferimento alla causa concreta e all’epidemia di coronavirus, si veda VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 25 marzo 2020, poi ripubblicato nello speciale n. 1, pp. 213 ss.

⁷ Sul tema dell’inesigibilità delle prestazioni in caso di verificarsi delle sopravvenienze, si vedano VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., pp. 933 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975. Con specifico riferimento alla pandemia di Covid-19 si vedano VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 28; BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 27 aprile 2020. Come noto, il termine “inesigibilità” è frutto della esperienza giuridica tedesca di inizio ‘900 ed

Le riflessioni della civilistica italiana già hanno da molto tempo chiarito come per affrontare il tema delle sopravvenienze contrattuali, ma si può dire dello stesso contratto nella società contemporanea, è necessario abbandonare una visione prevalentemente strutturale del fenomeno contrattuale e incline, quindi, a valorizzare il dato volontaristico, per sposare una visione funzionale e dinamica. Quest'ultima, in particolare, considera il contratto come regolamento di interessi nella sua dimensione esecutiva ed effettuale e come luogo di distribuzione dei rischi contrattuali⁸: temi certamente presenti in tutti i contratti a prestazioni corrispettive ma caratterizzanti soprattutto i rapporti destinati a svolgersi in un certo lasso di tempo⁹, come la crisi derivante dalla pandemia ha prepotentemente confermato.

è stata poi codificata con la riforma del 2001 nel §275 BGB; in questo ordinamento e secondo alcune ricostruzioni dottrinali, il concetto di inesigibilità ha uno stretto collegamento con il tema della buona fede contrattuale e con quello dell'impossibilità della prestazione. Sul tema si veda, recentemente, CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012 ed *ivi* ampia bibliografia.

⁸ Si vedano SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, pp. 1676 ss.; MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civ.*, 2014, pp. 825 ss. e *ivi* ulteriore bibliografia. Con specifico riferimento alla pandemia di Covid-19, ragiona in termini di rischio contrattuale SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 21 aprile 2020, poi confluito nello Speciale n. 1, pp. 235 ss. e *ivi* riferimenti.

⁹ La dottrina ha chiarito da tempo che le riflessioni in tema di sopravvenienze contrattuali riguardano tutti i contratti cd. "di durata" e che non è opportuno dare una interpretazione restrittiva dell'espressione, contenuta nell'art. 1467 c.c., di contratti "a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita". Si vedano ancora sul punto TUCCARI, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ., XII Agg.*, 2019; VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 11, che introduce la categoria dei "contratti sociali di durata". Inoltre, antesignano di tutti gli studi sul tema, OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 143 ss.

Già la scelta del tipo contrattuale comporta una precisa distribuzione dei rischi tra le parti¹⁰, salvo sempre il potere di riqualificazione ad opera del giudice¹¹, e durante le negoziazioni i contraenti possono anche derogare la disciplina codicistica o comunque accordarsi circa la distribuzione di determinati rischi. Tuttavia, come è evidente, è razionale che non sia oggetto di trattativa la distribuzione di rischi collegati ad eventi del tutto straordinari e imprevedibili, e in quanto tali spesso non assicurabili; in questi casi, se le parti desiderano dare una disciplina alle sopravvenienze, inseriscono nei contratti (salvo sempre il vaglio della loro validità) clausole di *hardship* o di forza maggiore che solitamente prendono in considerazione una serie di eventi per definizioni “straordinari e imprevedibili” (guerre, limitazioni alla circolazione della moneta, atti dell’ autorità pubblica, epidemie, disastri naturali, interruzioni delle forniture e dei trasporti, scioperi generali, ecc.)¹² e prevedono una graduazione dei rimedi (sospensione delle prestazioni e scioglimento del vincolo; nel caso di *hardship*, eventuale rinegoziazione delle condizioni contrattuali da parte dei contraenti e, in caso di fallimento, adeguamento da parte di un terzo o risoluzione).

La tematica delle sopravvenienze, così impostata, ha dunque anche rappresentato uno dei più significativi banchi di prova per la valorizzazione del ruolo della buona fede nella conclusione, interpretazione ed esecuzione del contratto, rafforzando il filone dottrinale e giurisprudenziale che, ormai da decenni, vede in questa clausola generale il fulcro dell’intera disciplina contrattuale¹³. In particolare

¹⁰ Si pensi al caso, molto frequente nella prassi internazionale, in cui il rapporto tra le parti preveda che una delle due costruisca un’opera nuova per poi trasferirla all’altra parte, ma si preveda la firma di un contratto di compravendita e non di appalto, con evidenti conseguenze in tema di garanzie e di rischio di perimento della cosa.

¹¹ SACCO e DE NOVA, *op. cit.*; VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., pp. 236 ss.

¹² Si veda ad esempio l’elencazione degli eventi di forza maggiore proposta dalla *International Commercial Chamber* reperibile <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/> pubblicata nel marzo 2020 e aggiornata all’epidemia da Covid 19.

¹³ Sul ruolo della buona fede nelle obbligazioni e contratti e sul rapporto tra art. 2 della Costituzione e buona fede contrattuale la letteratura e giurisprudenza sono, come noto, ormai sterminati. Tra i contributi di dottrina, oltre al saggio di

come noto, e come altrettanto messo in luce dai commenti successivi allo scoppio della pandemia e all'emanazione della legislazione d'urgenza¹⁴, la buona fede è uno dei punti fermi per coloro che hanno sempre ritenuto vigente nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziazione del contratto sconvolto dalla sopravvenienza¹⁵.

VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 25-27, si vedano, senza pretesa di completezza: ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, in part. pp. 20 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit.; FALZEA, *La costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, pp. 261 ss.; GROSSI, *Pluralità delle fonti e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2019, p. 763; GUARNERI, *Le clausole generali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1999; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, pp. 71 ss.; LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, pp. 24 ss.; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; ID., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, pp. 13 ss.; PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, pp. 224 ss.; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, pp. 94 ss.

¹⁴ Con specifico riferimento alla pandemia di Covid 19, si veda SCOGNAMILGIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziavivibile.com*, editoriale del 15 aprile 2020 il quale, volendo individuare un comune denominatore delle prime riflessioni sull'impatto della pandemia sul diritto dei contratti, sottolinea come tutte le riflessioni si indirizzino verso una riaffermazione della centralità della regola della buona fede come clausola generale in grado di affidare al giudice una tecnica di governo delle vicende contenziose che dovessero essere (e probabilmente saranno) originate dalla crisi sanitaria. Si vedano inoltre gli Autori citati alla nota 3.

¹⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., in part. pp. 147 ss.; MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., pp. 849; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 496 e p. 1046. Secondo in particolare Macario, la buona fede sarebbe fonte dell'obbligo di rinegoziare finalizzato a conferire effettività alla tutela relativa all'esecuzione del contratto. Si rimanda all'autore per ulteriore bibliografia di dottrina e giurisprudenza. La buona fede, inoltre, contribuisce ad attribuire rilevanza a vicende sopravvenute ulteriori rispetto a quelle di oggettiva impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e che sono parimenti capaci di alterare in maniera significativa l'assetto contrattuale. In questo senso, da ultimo, PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 81. Si veda inoltre SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a*

Sull'esempio delle riforme dei codici civili avvenute recentemente in Europa¹⁶, ha preso posizione sul punto il disegno di legge Conte-Bonafede n. 1151 del 2019 di riforma del codice civile italiano che proprio in tema di sopravvenienze contrattuali ha ulteriormente ribadito la centralità della buona fede e della solidarietà e ha prospettato una disciplina in merito alla rinegoziazione del contratto¹⁷.

Il Disegno di legge delega, in particolare, prevede alla lettera i) che il Governo delegato introduca nel codice civile il "diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti". Anche in assenza dunque nel contratto delle clausole di *hardship* o di gestione delle sopravvenienze, sarebbe così previsto in via generale un obbligo di rinegoziazione secondo buona fede con il

causa dell'epidemia di Covid-19, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 73 ss. e in part. note 53 e 54 e *ivi* ulteriori riferimenti.

¹⁶ Nel 2002, come noto, è stato riformato il codice civile tedesco ed è stata introdotto il §313; nel 2016, è stato riformato il *code civil* francese e in particolare è stato introdotto l'art. 1195 *Code civil* in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta. Anche l'Argentina ha nel 2015 riformato il codice civile e commerciale modificando l'articolo 1101 in tema di contratti di durata. La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e contratti in particolare non ha previsto un vero e proprio obbligo di rinegoziazione ma la pretesa all'adeguamento del contratto, che se disattesa può portare al recesso. Non essendoci una vera e propria obbligazione di rinegoziazione, dovrebbe essere esclusa anche la responsabilità per inadempimento. La giurisprudenza tuttavia, in via interpretativa, sta progressivamente riconoscendo la presenza nell'ordinamento di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione. In tema si veda, da ultimo, MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, cc. 102 ss.

¹⁷ Sul tema si vedano i commenti di MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, cit.; PILIA, *Le tutele dei diritti*, cit., p. 82 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti.

precipuo fine di ristabilire l'equilibrio (economico¹⁸) tra le prestazioni contrattuali, equilibrio evidentemente sconvolto dall'evento straordinario ed imprevedibile¹⁹. Solo in caso di fallimento di tale rinegoziazione privatistica, si potrebbe poi ricorrere al giudice (o all'arbitro?²⁰), il cui compito sarebbe quello, parzialmente diverso, di "adeguare" le condizioni contrattuali alla mutata situazione²¹.

¹⁸ Come noto, in dottrina si discute se la disciplina delle sopravvenienze possa venire in rilievo anche quando sia alterato l'equilibrio non economico del contratto, distinguendosi dunque tra sopravvenienze quantitative e qualitative. Le sopravvenienze quantitative sarebbero principalmente prese in considerazione nell'ambito della disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta mentre le sopravvenienze qualitative ricadrebbero maggiormente nell'area della presupposizione e dell'impossibilità soggettiva della prestazione. In tema si vedano BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 467 ss.; MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, *ivi*, 2007, pp. 1095 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, *cit.*

¹⁹ Cfr. in questo senso la Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1151 del 2019.

²⁰ Alcuni autori (si veda in particolare RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea "grezza"*, in *Dirittobancario.it*, ripreso anche da DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, *cit.*) ritengono che nei casi, come quello della pandemia da Covid 19, in cui l'evento straordinario e imprevedibile colpisce un'intera società (persino ben al di là dei confini nazionali), sarebbe opportuno creare un sistema di arbitrato/ADR per gestire gli squilibri negoziali sopravvenuti nell'esecuzione dei contratti di durata e favorire la rinegoziazione dei termini contrattuali. Questo, secondo l'autrice, avrebbe non solo il vantaggio di non disperdere gli investimenti già effettuati dalle parti ma anche quello di una distribuzione del costo sociale della crisi lungo l'interesse di ciascuna filiera produttiva nonché quello di un coordinamento e omogeneità delle soluzioni. Sulla nascita e evoluzione recente delle Corti commerciali internazionali (o delle corti internazionali di impresa), si veda CAPONI, *Corti commerciali internazionali ovvero corti internazionali d'impresa*, in *Foro it.*, 2018, V cc. 297 ss.; sui sistemi di tutela extragiudiziali che potrebbero essere utilizzati per la gestione della pandemia, PILIA, *Le tutele dei diritti*, *cit.*, p. 84.

²¹ Il ruolo del giudice (o di qualsiasi altro terzo) nell'ambito dell'adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute è uno dei temi più discussi in dottrina in quanto da più parti si afferma che il terzo non sia in grado di sostituirsi alle parti nell'identificare il giusto punto di equilibrio tra le opposte esigenze. Cfr. *infra* prossimo paragrafo e BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale*, Milano, 2017, pp. 69 ss. Con riferimento alla pandemia, si veda anche DOLMETTA, *Il problema della*

Lo stretto collegamento con la riflessione dottrina in tema di buona fede del contratto emerge dal richiamo, nella Relazione illustrativa al Disegno di legge, all'art. 2 della Costituzione e al principio di solidarietà sociale. Gli studi della dottrina che più si è dedicata al tema della rinegoziazione²² sembrano anche spiegare il riferimento all'ordinamento europeo che la Relazione richiama per confrontare i (nuovi?) poteri del giudice con “i poteri di sindacato e di intervento giudiziale dell'autonomia contrattuale dei privati, in specie a tutela dei contraenti “deboli” dei contratti tipicamente asimmetrici”²³. Le sopravvenienze, infatti, sebbene interessino in primo luogo i contratti BtoB e non certo esclusivamente o prevalentemente i rapporti tra professionisti caratterizzati da squilibri e asimmetrie di forza contrattuale (il cd. “terzo contratto”²⁴), pongono la parte col-

rinegoziazione (ai tempi del coronavirus), in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 4 giugno 2020.

²² V. in particolare MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 849 e nota 54.

²³ V. nota precedente.

²⁴ Come ben noto, da tempo la dottrina ha enucleato la categoria del “terzo contratto”: accanto al contratto negoziato in ogni dettaglio da soggetti con parità di forza contrattuale (contratti B2B) e al contratto stipulato con il consumatore (contratti B2C), esistono infatti i contratti stipulati da due imprenditori o parti professionali, in cui tuttavia si riscontra comunque una asimmetria di forza contrattuale (contratti B2b). Le discipline maggiormente indicative di questo nuovo paradigma sarebbero la legge sull'affiliazione commerciale (L. 6 maggio 2004, n. 129) e la legge sulla subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), la quale al suo interno contiene la norma che vieta l'abuso di dipendenza economica tra imprese. Sul cd. “terzo contratto” e in particolare sui contratti di distribuzione, si vedano, senza pretesa di completezza: COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XII ss.; DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, tomo I, Milano, 2002, p. 469 ss.; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 417 ss.; GITTI e VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione*

pita da onerosità in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte, svantaggio che può portare a comportamenti opportunistici e che appunto le norme in tema di sopravvenienze cercano di riequilibrare.

Come da molti sottolineato, l'intervento in via legislativa in questa materia appare opportuno in quanto, sebbene, come accennato, molti desumano tale obbligo da alcune norme di parte generale (art. 1467, comma 3, c.c.; art. 1468 c.c.; art. 1464 c.c.; principio di buona fede contrattuale e conservazione del contratto²⁵; equità integrativa ex art. 1374 c.c.²⁶) e di parte speciale²⁷, la soluzione non si è ancora stabilizzata in via definitiva²⁸.

È stato così sollecitato nel corso del 2020 che l'iter parlamentare del disegno Conte – Bonafede venisse portato a compimento attraverso l'adozione di un decreto legislativo che “inserisca dopo l'art. 1468 c.c. un nuovo articolo, il 1468 bis, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali”²⁹. L'obbligo di rinegoziazione secondo buona fede, dunque, si tradurrebbe in un “potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate”, con correlativo risarcimento del danno in caso

tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza, Milano, 1983; ID., *Contratto e rimedi*, cit., p. 181 ss.; ID., *I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali*, in Gitti, Maugeri, Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012; ID., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. e Impr.*, 2012, p. 1190 ss.

²⁵ V. supra nota 14.

²⁶ SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 1667 ss., p. 1686.

²⁷ Per una panoramica, si vedano SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. Discipl. Priv., Sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2003; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, cit., e *ivi* ulteriori riferimenti.

²⁸ In generale è maggioritaria la tesi a favore dell'esistenza dell'obbligo di rinegoziazione; *contra* tuttavia TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi*, cit.

²⁹ La proposta è stata in particolare avanzata dall'Associazione Civilisti Italiani. Si veda, sul sito dell'Associazione, il testo intitolato *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia* <https://www.civilistiitaliani.eu/iniziative/notizie/709-una-riflessione-ed-una-proposta-per-la-migliore-tutela-dei-soggetti-pregiudicati-dagli-effetti-della-pandemia> (consultato l'8 gennaio 2021).

di inerzia nella trattativa o rifiuto ingiustificato. Si è ribadito al contempo inopportunità (ma il punto è considerato controverso) di affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali³⁰. Un intervento del legislatore è stato anche invocato dalla Commissione Covid 19 dell'Accademia dei Lincei³¹.

Il tragico evento pandemico dunque potrà forse, anche in Italia, essere di stimolo per una rivisitazione di alcune regole inadeguate presenti nel nostro ordinamento. L'auspicata riforma, come anche ribadito nella relazione di accompagnamento al disegno di legge delega ancora in parlamento, dovrà necessariamente considerare anche l'evoluzione normativa e dottrina del diritto privato europeo il quale a sua volta mira a porsi come baluardo in questo momento di crisi³².

2. Globalizzazione e diritto.

Come detto in apertura, la pandemia ha sollevato anche riflessioni in merito alla globalizzazione e al suo rapporto con il diritto.

Il tema come nome noto è assai discusso e già la nozione stessa di globalizzazione appare sfuggente. Illustri autori si sono cimentati in più occasioni e in vari contesti per poi concludere che ogni definizione è per sua natura parziale e incompleta³³. La maggior parte degli studiosi tuttavia individua, pur con diverse sfumature e accenti, alcune caratteristiche del fenomeno che si riassumono nell'erosione dei pilastri ottocenteschi su cui si è fondato lo Stato moderno: la globalizzazione in particolare indebolirebbe l'idea di una sovranità statale nazionale e l'idea che la politica sia preminente rispetto all'economia; metterebbe in discussione l'idea del territorio come ambito

³⁰ Per un primo commento a questa proposta, si veda DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, *op. cit.*

³¹ Il documento elaborato dalla Commissione, datato 2 maggio 2020, è reperibile a questo link: <https://www.lincei.it/it/article/covid-e-contratti> (ultimo accesso 8 febbraio 2021).

³² È stato efficacemente detto che l'Europa è la risposta degli europei alla globalizzazione: si veda BECK, *La crisi dell'Europa*, *cit.*, p. 93 e p. 111.

³³ Cfr. in particolare GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, *op. cit.*; DI MICCO, *Regolare la globalizzazione*, *op. cit.*, e ivi ampia bibliografia. Si vedano anche GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, *op. cit.*; CASSESE, *La crisi dello stato*, Roma-Bari, 2002.

in cui si esplica l'autorità statale e il primato della legge in senso formale, con correlativa gerarchia delle fonti del diritto nazionali.

Decentralizzazione e deterritorializzazione, moltiplicazione dei canali di produzione del diritto e frammentazione, affermazione di forze economiche e sociali di tipo esclusivamente privatistico, che tuttavia finiscono per esercitare una pressione e una influenza superiore a quella degli stati stessi, sarebbero le speculari caratteristiche del fenomeno.

Mettendo in luce alcuni tratti salienti di questo cambio di paradigma³⁴, Paolo Grossi³⁵ sottolinea tuttavia anche che la globalizzazione spinge verso un benefico cambio di mentalità del giurista, specie di *civil law*³⁶, e verso l'abbandono di modelli legalistici e di "mitologie giuridiche"³⁷. Il nuovo diritto globalizzato è un diritto che nasce dai fatti e resta impregnato di una intrinseca fattualità ed esperienzialità e dunque è un diritto che non è sorretto e controllato dal canone della validità, che significa anche corrispondenza a modelli generali autorevoli ma anche autoritari, ma tende alla effettività.

A livello dei contenuti delle regole, si paventa tuttavia che la globalizzazione possa comportare un diritto altrettanto (se non più) autoritario di quello legislativo senza che ciò sia controbilanciato dai vincoli e dal rispetto dei principi di civiltà giuridica che si sono consolidati nei secoli.

Da questo punto di vista si sottolinea che al livello del diritto privato, le regole e principi elaborati dalla prassi internazionale – che con espressione sintetica vengono chiamati "*lex mercatoria*"³⁸ – nonché con più forza il diritto privato europeo non escludono ma anzi prevedono l'applicazione di principi generali, tra i quali spicca

³⁴ FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, op. cit., parla di vera e propria "cesura" rispetto al passato per i tratti "decisamente rivoluzionari" del fenomeno della globalizzazione.

³⁵ GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, cit.

³⁶ Grossi a questo riguardo ricorda anche che la globalizzazione nasce – e si espande – dall'esperienza giuridica di *common law* che, come assai noto, non ha conosciuto l'epoca della Rivoluzione e delle codificazioni illuministiche e tuttora appare in linea di continuità con lo *ius commune* medioevale e post medioevale. In tema, per tutti GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018.

³⁷ Cfr. anche GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

³⁸ Sulla *lex mercatoria*, è d'obbligo citare GALGANO, *Lex mercatoria*, cit.

la buona fede, e confermano la prevalenza delle norme e principi inderogabili di fonte nazionale, internazionale o sovranazionale, dai principi di ordine pubblico alla tutela dei diritti della persona, in particolare della dignità umana, fino al divieto di discriminazione³⁹.

La clausola di buona fede, in particolare, come noto, viene menzionata nei principi Unidroit tra le *general provisions*⁴⁰; inoltre, se è vero che la disciplina dell'*hardship* (art. 6.2.1. ss.) non la menziona, il commento ufficiale espressamente afferma che la richiesta di rinegoziazione del contratto sconvolto dalla sopravvenienza da parte del contraente svantaggiato e la stessa conduzione della negoziazione per riportare il contratto all'originario equilibrio da ambo le parti deve avvenire nel rispetto del principio generale di buona fede e correttezza (*good faith and fair dealing*) previsto dall'art. 1.7. e del dovere di cooperazione (art. 5.1.3.)⁴¹. La buona fede inoltre senza dubbio ha un ruolo preminente nel diritto europeo dei contratti, essendo

³⁹ Con specifico riferimento agli *Unidroit Principles*, si veda l'art. 1.4. dedicato alle *Mandatory rules*. Sul tema del rapporto tra diritti fondamentali e contratto, con riferimento al diritto europeo dei contratti, si veda VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., pp. 200 ss. Il tema inoltre è stato ampiamente studiato da Emanuela Navarretta: si vedano in particolare, da ultimo, NAVARRETTA, *Costituzione europea e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; EAD., *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2014, pp. 547 ss.

⁴⁰ Cfr. in particolare art. 1.7: "*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*". Sul ruolo della buona fede nei principi Unidroit si vedano in lingua italiana: ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr.*, 1996, pp. 318 ss.; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999.

⁴¹ La dottrina specialistica (BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale*, cit., p. 284 ss. e ivi ulteriori riferimenti) rileva come la soluzione adottata nei principi Unidroit in tema di *hardship* sia tra le più avanzate e sia particolarmente tutelante per la parte colpita dall'eccessiva onerosità, la quale può ottenere un adeguamento del contratto anche ad opera di un terzo (in particolare, il giudice o l'arbitro). L'autore rileva che la prassi del commercio internazionale tende tuttavia a prevedere nel contratto clausole specifiche di *hardship* che limitano l'operatività a situazioni determinate e stabiliscono conseguenze precise, che prevedono la rinegoziazione ad opera delle parti ma quasi mai implicano l'adattamento del contratto da parte di un terzo.

presente nei PECL, nel DCFR, nella legislazione europea e nelle sentenze della Corte di Giustizia⁴².

È significativo inoltre che proprio in considerazione della pandemia globale e della necessità di una gestione coordinata delle sopravvenienze contrattuali, l'*European Law Institute* abbia elaborato 15 principi sulla Crisi da Covid-19 tra cui spicca il 13° dedicato a *force majeure and hardship*⁴³. Quest'ultimo da una parte ha affermato che gli Stati dovrebbero far sì che le norme esistenti sull'impossibilità e la forza maggiore trovino applicazione in modo efficace e forniscano soluzioni ragionevoli⁴⁴ e che l'allocazione del rischio dovrebbe essere valutata in base ai contratti esistenti, alla disciplina giuridica

⁴² VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 766. Si vedano, inoltre: GRUNDMANN e MAZEUD (a cura di), *General clauses and standards in European contract law*, 2006, in particolare il contributo di BEALE, *General clauses and specific rules in principles of european contract law: the "Good faith"*; BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel "quadro comune di riferimento (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti*, 2010, pp. 99 ss.; MCKENDRICK, *Contracts, the Common Law and the Impact of Europe*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 508 ss.; TROIANO, *Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario*, in *Contr.*, 2006, p. 191 ss. Con specifico riferimento al ruolo della buona fede nella proposta di Regolamento per il diritto comune europeo della vendita, si veda CATERINI, *Principi e clausole generali nella proposta di regolamento europeo della vendita transfrontaliera*, in *Contr. impr./Europa*, 2014, p. 603 ss.; MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, op. cit. Molti Autori sottolineano come i PECL e i principi UNIDROIT si ispirano, sotto il profilo del richiamo della buona fede, all'ordinamento tedesco.

⁴³ *ELI Principles for the COVID-19 Crisis*. Si veda https://www.europeanlawinstitute.eu/news-events/upcoming-events/events-sync/news/eli-publishes-principles-for-the-covid-19-crisis/?tx_news_pi1%5Bcontrol-ler%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=32885703f7c5c5e3a1b4f6753c6c73e2 (consultato il 5 gennaio 2021). Per un primo commento e la traduzione dei principi, si veda SIRENA, *I principi dell'European Law Institute sulla pandemia di Covid 19*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, n. 4, pp. 890 ss.

⁴⁴ Si veda il §1: "Where performance of a contract is temporarily or definitely prevented directly or indirectly due to the COVID-19 outbreak or States' decision taken in relation to the COVID-19 outbreak, States should ensure that existing law on impossibility or force majeure applies in an effective way, and provides

loro applicabile e al principio di buona fede. Il secondo comma prevede inoltre che nel caso in cui, in conseguenza della pandemia, l'esecuzione del contratto sia divenuta eccessivamente difficoltosa, gli Stati dovrebbero far sì che, secondo il principio di buona fede, le parti intraprendano una rinegoziazione, anche se ciò non sia previsto nel contratto o dalle legislazione esistente⁴⁵. Il comma 3, infine, menziona il principio di solidarietà per incentivare una allocazione delle conseguenze dello scioglimento dei rapporti contrattuali che non sia esclusivamente a carico del consumatore e di una PMI.

In occasione dunque della riscrittura, in ambito europeo, dei principi in materia di sopravvenienze e rinegoziazione, si è inserito espressamente il riferimento alla buona fede come canone generale per la valutazione delle condotte delle parti. È significativo inoltre che la buona fede venga menzionata come criterio per una corretta allocazione del rischio contrattuale.

3. *Osservazioni conclusive.*

Quanto tratteggiato brevemente in questo scritto mostra come la pandemia abbia messo in luce due direttive. La prima è che la globalizzazione è un processo irreversibile ma non per questo incoercibile. Da ormai molti anni e sempre più frequentemente le istituzioni si sono poste il problema di una “globalizzazione sostenibile”⁴⁶ e del

reasonable solutions. In particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regimes and the principle of good faith”. La traduzione nel testo è tratta da SIRENA, *op. ult. cit.*

⁴⁵ §2: “Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principles of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation”.

⁴⁶ BENEDEK, DE FEYTER e MARRELLA, *Economic globalization and human rights*, Cambridge, 2007, ricordato in GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 276.

rispetto, da parte delle multinazionali, dei diritti umani e dell'ambiente⁴⁷. Proprio la pandemia ha dato nuovo risalto a queste tematiche e persino il mondo della finanza, per sua natura del tutto refrattario ad accogliere questi limiti, ha recentemente preso posizione a favore di uno sviluppo sostenibile e di una “nuova normalità”⁴⁸ che consideri non solo i parametri legati ai profitti ma anche i cd. criteri ESG, ossia *Environment, Social and Governance*⁴⁹. L'Unione Europea del resto già da diversi anni ha messo in atto diverse iniziative in questa direzione anche per raggiungere gli obiettivi delle Nazioni Unite per uno sviluppo sostenibile e per garantire il rispetto dei diritti umani e dell'ambiente sia nella catena di valore (*value chain*) che nella catena di distribuzione (*supply chain*) dei prodotti; negli ultimi mesi, anche in considerazione della pandemia, gli sforzi in questo

⁴⁷ Si vedano a riguardo i *Guiding Principles on Business and Human Rights* elaborato da UNHR e il recente studio commissionato dalla Commissione Europea e concluso nel gennaio 2020 *Study on due diligence requirements through the supply chain*, il quale ha avuto lo scopo di fare una analisi sui i requisiti affinché una *due diligence* possa identificare, prevenire, mitigare e dare conto degli abusi e violazione dei diritti umani e dell'ambiente. Per approfondimenti, si rimanda a BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012; ID. (cur.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, London, 2011. In tema si veda, inoltre, ABRIANI, *Il diritto delle imprese tra emergenza e rilancio nella sostenibilità*, in ABRIANI, CASELLI, CELOTTO, DI MARZIO, MASINI, TREMONTI (a cura di), *Il diritto e l'eccezione, Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, 2020, pp. 87 ss.

⁴⁸ La “nuova normalità” o “*new normal*” è spesso invocata come risposta alla pandemia nel senso di un nuovo modo di intendere la società e l'economia. Si veda a riguardo anche il 15° principio elaborato dall'ELI, intitolato “Ritorno alla normalità” in cui invece si auspica la fine della legislazione di emergenza.

⁴⁹ *BlackRock ESG Integration Statement*, 27 July 2018 (revised 12 August 2020), disponibile a <https://www.blackrock.com/corporate/literature/publication/blk-esg-investment-statement-web.pdf>; FINK, *Una completa trasformazione della finanza*, disponibile a https://www.blackrock.com/it/investitori-privati/larry-fink-ceo-letter?siteEntryPassthrough=true&cid=ppc:CEOLetter:Google:IT:keyword&gclid=Cj0KCCQiAvJXxBRceARIsAMSkA-prdb7RNJLYP5FM7TG7Tkv6yVybs-YciGAqMwfgBAXIBMb-wgwn_egAoaApGdEALw_wcB&gclsrc=aw.ds

senso si sono notevolmente intensificati e hanno anche portato all'elaborazione di bozze di direttiva⁵⁰.

La recente menzione della buona fede nei principi elaborati dall'*European Law Institute* proprio in materia di sopravvenienze contrattuali conferma inoltre che nell'ambito del diritto privato la buona fede si candida a pieno titolo ad essere uno dei principi che appartengono a quello che, come espressioni suggestive, è stato chiamato "common core"⁵¹ o "coscienza legante"⁵² delle tradizioni giuridiche. Tali tradizioni, in epoca di globalizzazione, necessariamente devono comprendere anche le esperienze giuridiche extraeuropee: non solo, come ovvio, gli Stati Uniti d'America e gli ordinamenti del Commonwealth, dove tuttavia il principio di buona fede è pressoché sconosciuto, ma anche per esempio il sistema giuridico cinese. A questo riguardo, appare di particolare rilevanza che il 28 maggio 2020 l'Assemblea del Popolo della Repubblica Cinese abbia approvato, dopo una lunga gestazione, il testo del codice civile⁵³, dove viene riservato un ampio spazio alla buona fede⁵⁴.

⁵⁰ Si veda in particolare lo Studio commissionato dalla Commissione Europea *Study on due diligence requirements through the supply chain* citato alla nota 46 a cui sono seguite varie altre iniziative, tra cui il *Draft report* del Parlamento europeo contenente una proposta di direttiva: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_EN.pdf

⁵¹ Ci si riferisce al progetto di MATTEI e BUSSANI, *The common core of European private law*.

⁵² GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit.; cfr. anche GALLIGANO, *Lex mercatoria*, cit., il quale conclude il suo volume osservando è in realtà già in atto l'incontro tra globalizzazione dell'economia e universalità del diritto.

⁵³ Si noti che l'ordinamento cinese viene solitamente ascritto tra i sistemi di *civil law*, sebbene, come ovvio, vi siano profonde differenze con gli ordinamenti tradizionalmente appartenenti a questa famiglia. È comunque indubbio che a partire dal 1976 in poi, la Cina si sia dotata di una serie di fonti scritte modellate sull'esempio occidentale, e in particolare tedesco. Si veda GAMBARO e SACCO, *op. cit.*, p. 378 ss. e ivi ulteriori riferimenti. Come riguardo alla tematica delle sopravvenienze contrattuali, si noti che il codice civile cinese, di cui è disponibile una traduzione non ufficiale in inglese, reca una disciplina dell'inadempimento delle prestazioni dovute a causa di forza maggiore (cfr. in particolare, artt. 180, 563 e 590).

⁵⁴ Si vedano in particolare artt. 7, inserito tra i principi generali, 500, in tema di risarcimento del danno contrattuale, 509, in tema di adempimento del contratto e 557, in tema di obbligazione successive alla risoluzione del contratto.

MARTA CENINI

La valorizzazione della buona fede e degli altri principi appartenenti alla coscienza delle tradizioni giuridiche appare dunque il vero “antidoto” alle derive della globalizzazione: solo così sembra possibile beneficiare degli effetti positivi di questo cambio di paradigma senza però dimenticare secoli di storia e di *scientia iuris*.

CARMINE B. N. CIOFFI
Professore associato di diritto privato
Università Telematica Guglielmo Marconi di Roma

LA TRASPARENZA DELLA CAUSA DEI CONTRATTI DERIVATI

SOMMARIO: 1. L'opacità dei contratti derivati e le carenze della disciplina di settore. – 2. Il ruolo della causa per la trasparenza del contratto. – 3. I contratti derivati con causa assente, falsa o irrealizzabile.

1. *L'opacità dei contratti derivati e le carenze della disciplina di settore.*

Le asimmetrie informative, che hanno compromesso i mercati, finanziario e assicurativo, hanno avuto e hanno tuttora un significativo ruolo sia sul rischio di credito in generale¹, sia, in particolare, sugli specifici rapporti tra le parti, particolarmente quando una di loro è un risparmiatore².

La necessità di evitare siffatte avverse situazioni e gli altrettanto noti azzardi morali avrebbe dovuto costituire la *ratio* degli obblighi

¹ DUFEE e ZHOU, *Credit Derivatives in Banking: Useful Tools for Managing Risk?*, in *Journal of Monetary Economics*, 2001, pp. 25-54.

² STIGLITZ e WEISS, *Credit rationing in markets with imperfect information*, in *American Economic Review*, 71, June 1981, p. 393 ss.; MORRISON, *Credit Derivatives, Disintermediation and Investment Decisions*, in *Journal of Business*, 2005, p. 621 ss. Sulle asimmetrie informative nel mercato del credito, cfr. STIGLITZ, *Information and the change in the paradigm in economics*, Prize Lecture, December 8, 2001, p. 501, rinvenibile all'indirizzo <http://www.nobelprize.org/media-player/index.php?id=507>; sulle asimmetrie informative nel mercato assicurativo, cfr. CHIAPPORRI e SALANIÉ, *Asymmetric Information in Insurance Markets: Predictions and Tests*, in Dionne, *Handbook of Insurance*², New York, 2014, p. 1 ss., che contiene un'ampia e ragionata bibliografia sull'argomento.

di informazione e trasparenza in materia di collocamento degli strumenti finanziari, di cui i contratti derivati costituiscono un'ipotesi assolutamente considerevole³.

³ GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 564, scrive che: "La fattispecie cui si connette come problema giuridico l'informazione contrattuale, è dunque questa: asimmetrie informative, capaci di compromettere l'eguaglianza delle parti del contratto di scambio, che generano una disinformazione negativamente incidente sulla scelta di un contraente, consistente nella mancanza di informazioni rilevanti che l'altra parte possiede e avrebbe potuto fornire, e di cui profitta, oppure nell'enfasi o disordine di quelle fornite che confondono quelle disponibili". La letteratura sull'argomento è ormai molto ampia. Si segnalano alcuni scritti: Gagliardi (a cura di), *Diritto privato dei mercati finanziari: profili di qualificazione e responsabilità*, Pisa, 2017; MAFFEIS, *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, che contiene i saggi dell'autore sullo specifico argomento, pubblicati dal 2010 al 2016; ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016; GENTILI e DI RAIMO, *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie e profili di sistema*, Napoli, 2016; DENOZZA, *La funzione dei derivati nel mercato: tra disciplina del contratto e disciplina dell'impresa*, reperibile al sito <http://www.scuoladiculturapolitica.it>; DOLMETTA, *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro "ragionevoli limiti" l'operatività in derivati*, in *Soc.*, 2016, p. 709 ss.; CHERUBINI, *La via dei giuristi alla probabilità ha un solo problema: la giustizia*, in www.glistatigenerali.com, 2016; CORAZZA, *Causa, meritevolezza e razionalità dei contratti derivati IRS*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 183; MARCHETTI, *Mark to market come elemento essenziale dello swap e necessaria condivisione dei modelli di pricing*, in dirittobancario.it, 2016, p. 11; M. BARCELLONA, *Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 896 ss.; ID., *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2010; TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 98; IRRERA, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Milano, 2013; ID., *Swaps*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. XV, Torino, 1998, p. 314; ID., *Options e futures*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, vol. X, Torino, 1994, p. 366; CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*², Milano, 2011; FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti" finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 133 ss.; GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010; E. BARCELLONA, *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1097; ID., *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 652 ss.; GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 133 ss.; ID., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 570; INZITARI, *Il contratto di swap*, in *Tratt. dir. comm dir. pubb. economia*, diretto da F. Galgano, III, Torino, 1995, p. 2441; ID., *Gli swaps come contratti di*

La legislazione di settore del nostro paese è, invece, a detta di tutti, insufficiente⁴. Si è in presenza di discipline diversificate nei diversi sottosistemi, in cui la trasparenza contrattuale si esprime, con definizioni e contenuti differenziati dello stesso concetto di trasparenza. Di modo che, a seconda dei diversi contesti normativi in cui è evocata ed attuata, la trasparenza contrattuale assume mutevoli contenuti tipizzati⁵.

In tal modo, la trasparenza contrattuale fonda diversificati e distinti sistemi settoriali di tutela, aventi un contenuto, intrinsecamente, non uniforme⁶: perfino la definizione del soggetto, di volta in volta, tutelato è differenziata nei diversi settori e negli insiemi, composti dalle diverse discipline dettate in materia di trasparenza contrattuale. D'altronde, è la stessa normazione UE, che tende a privilegiare una suddivisione dei consumatori per categorie, adattandone la nozione o dando risalto a specifiche caratteristiche, nell'ottica della *gruppen-typische Differentierung*, che, pur tra critiche, è scelta come parametro per commisurare casisticamente la stessa chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale caso per caso⁷.

controllo del rischio, in Minervini (a cura di), *Il diritto della borsa nella prospettiva degli anni 90*, Napoli, 1993; ALPA, *Nuovi strumenti finanziari: problemi di qualificazione*, in *Econ. dir. terziario*, 1992, p. 321. In merito agli elementi primari e secondari, nonché al contenuto principale e essenziale del contratto cfr. CATAUDELLEA, *I Contratti. Parte generale*⁴, Torino, 2014, p. 131 e ss. e p. 164 e ss.; ID., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 187 e ss.

Reputa, ancor oggi, necessaria siffatta indagine preliminare ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 7 e ss. La effettua, di recente, anche L'ERARIO, *La giurisprudenza in tema di causa in concreto nei derivati finanziari: riflessioni critiche*, in Gagliardi (a cura di), *Diritto privato dei mercati finanziari*, cit., pp. 19-35. Più in generale, cfr. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2005.

⁴ Sul tema sia consentito rinviare alla mia monografia dal titolo *L'informazione, la trasparenza e la causa dei contratti derivati*, Napoli, 2018, spec. p. 50 ss. Sui controlli si rinvia alla recente indagine di R. LENER, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, p. 447.

⁵ GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi in autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 461 e ss.

⁶ GAGGERO, *op. loc. ult. cit.*

⁷ Sul tema PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, p. 1291, che richiama *sub nota* 75, tra gli altri, HEINRICHS, *Das Trans-*

2. *Il ruolo della causa per la trasparenza del contratto.*

Con l'esclusione di alcuni puntuali riferimenti, che hanno avuto riguardo prevalentemente alla mancanza o all'indeterminatezza dell'oggetto del contratto⁸, il dibattito sulla trasparenza del contratto ha riguardato, primariamente, il suo aspetto formale e, talvolta, il contenuto del contratto, ma non ha avuto ad oggetto, almeno specificamente, il ruolo che, in tale ambito, svolge la presenza della causa tra i requisiti essenziali del contratto⁹, quantomeno come presupposto imprescindibile del concreto operare delle regole e dei principi vigenti in materia.

La situazione è resa ancor più grave per i contratti derivati, siccome li si reputa astratti¹⁰.

Invero, la nozione di causa come «funzione», «scopo», o «ragione economico-giuridica del negozio» (c.d. «concezione obiettiva»), esprime l'esigenza di una connessione di tipo oggettivo tra l'efficacia vincolante del consenso e la causa del contratto, da cui consegue la subordinazione dell'azionabilità dell'intero contratto alla causa.

Per effetto di questa connessione di tipo oggettivo è l'intero rapporto economico che deve trovare il suo rispecchiamento nella volontà delle parti¹¹. Non è, infatti, possibile che le parti rompano l'unità del rapporto, affidando la sua tutela a singole e separate promesse¹². E con questo divieto è tutelato tanto l'interesse individuale

parenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, in *Lebendiges Recht - Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65 Geburtstag*, Heidelberg, 1995. Più recente, LEGE, *Sprache und Verbrauchereinformation in der Europäischen Union, Deutschland und Luxemburg*, München, 2009; e, in Italia, GENTILI, *L'informazione contrattuale e le regole dello scambio*, cit., p. 573 ss.

⁸ ALPA, *La «trasparenza» nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, p. 411 ss.

⁹ Sui requisiti del contratto e, in particolare, sulla sua causa si rinvia a DEL PRATO, *Requisiti*, cit., spec. p. 59 ss.

¹⁰ GIRINO, *I contratti derivati*, cit., pp. 21 e ss.

¹¹ Analogamente, DI MAJO, *Causa*, in *Enc. giuridica Treccani*, 1988, p. 3.

¹² DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 3. Parla di un principio di inscindibilità degli effetti voluti SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, 1975, p. 595. Al riguardo, così argomentava BETTI (*Der Typenzwang, bei den*

delle parti, quanto quello più generale riguardante la circolazione dei beni, il quale esige che l'intero rapporto traspaia dal contenuto del contratto, sia reso trasparente attraverso di esso¹³.

Nei termini in cui l'astrazione è stata, poi, alquanto apoditticamente, proclamata per il contratto derivato, "quale sua componente essenziale e qualificante" – nel senso che, anche laddove il contratto prevedesse la possibilità, alla scadenza, di ottenere la consegna del sottostante (consegna fisica o *physical delivery*), ciò costituirebbe stabilmente una facoltà alternativa di adempimento dell'obbligazione rispetto al pagamento del differenziale (*cash settlement*)¹⁴, e, soprattutto, nel senso che, non essendo neppure consentita opporre immediatamente l'eccezione tipica del diritto cambiario, in quanto il contratto derivato "risulta perfettamente insensibile alle vicende che coinvolgono lo strumento originario"¹⁵, cosicché "più che di astrattezza parrebbe dunque corretto parlare di astrazione pura"¹⁶ – è semplicemente inconcepibile per il diritto del nostro ordinamento giuridico ed è, quindi, estranea ai *nostra civitatis iura*. Ancor oggi, restano, infatti, finache "fuori dei confini di un terreno ampio",

römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, ora, tradotto in italiano, *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, 1991, pp. 30-31): "Per quanto riguarda i tipi contrattuali fissati dalla legge, il requisito della causa significa che il contenuto richiesto per il contratto *ad substantiam*, così come è delimitato e fissato dalla legge, è sottratto all'arbitrio delle parti, sicché non si rimette alla discrezione delle parti, secondo qualsiasi loro valutazione causale-individuale di funzionalità, la facoltà di eliminare da quel negozio quegli elementi che appartengono alla sua tipica disposizione finalistica, dunque, ad una stessa unità funzionale [...] È vero che ai sensi dell'art. 1988 nella promessa di pagamento così come nel riconoscimento del debito è concesso alle parti del contratto di eliminare la dichiarazione negoziale dalla loro pratica determinazione di scopo: per es. scindere la promessa e controprestazione o dichiarazione contrattuale e controdichiarazione dell'altra parte del contratto e costruirle singolarmente, sebbene ambedue, insieme, formino un'unità funzionale. Poiché però si tratta di una mera astrazione processuale, non è negata la facoltà di concedere al giudice del processo, nel caso di un'eventuale controversia giudiziale, la riunione delle parti del negozio che erano state separate per far valere in tal modo l'inesistenza o il successivo venir meno della funzione tipica (mancanza di causa)".

¹³ DI MAJO, *Causa*, cit., p. 3.

¹⁴ GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 16 ss. (spec. p. 21).

¹⁵ GIRINO, *op. ult. cit.*, p. 21.

¹⁶ GIRINO, *op. ult. cit.*, p. 22.

nell'ambito del quale può dibattersi di astrazione del negozio giuridico, "le ipotesi di astrazione assoluta proprie dei negozi formali dell'originario diritto romano, di fronte ai quali la causa dell'attribuzione, non risultante dall'atto formale, non poteva esplicitare alcuna rilevanza, neppure indiretta o ritardata. Ipotesi di tal fatta, a correttivo delle quali fu introdotto il sistema delle *conditiones sine causa*, oggi non esistono più; e, se talvolta sembra che l'ordinamento non accordi rimedio contro il difetto di giustificazione dell'attribuzione o del vincolo (il dubbio può nascere, ad es., per la remissione del debito o per la fideiussione), un'indagine più attenta mostra o che il rimedio non è affatto escluso o che l'esigenza di giustificazione risulta appagata su un piano diverso da quello che si era preso in esame"¹⁷.

¹⁷ A. LENER, «*Expressio causae*» e astrazione 'processuale' (note preliminari ad uno studio sistematico sull'astrazione), in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 747. L'illustre autore aveva precisato, poco prima, che: "Quando si parla di astrazione – si indichi oppure no nella «causa» il termine da cui si astrae – si fa sempre riferimento ad ipotesi in cui un valore economico viene attribuito o quanto meno, reso più facilmente conseguibile, ovvero viene assunto un impegno che comporta l'esposizione al rischio di un regresso infruttuoso, senza che l'efficacia giuridica dell'operazione dipenda dal fondamento causale, cioè dalla giustificazione sostanziale del risultato che in tal modo si ottiene: trasferimento, credito, garanzia, vincolo di un nuovo debitore, agevolazione della realizzazione di una pretesa mediante il rilievo dall'onere di dedurre e di provare in giudizio. Naturalmente quest'indipendenza, che negli ordinamenti moderni non ha mai carattere definitivo, può assumere diversi significati e diversi gradi di intensità secondo le ipotesi, da quelle in cui non si ha neppure la formazione di una nuova regola sostanziale che importi un'attribuzione, ma una tale regola viene provvisoriamente assunta come esistente finché non sia data dimostrazione del contrario (dimostrazione che non ha valore di impugnativa, bensì di semplice richiamo alla situazione giuridica realmente esistente), a quelle in cui l'astrazione viene detta "ermetica" perché esclude, di regola, l'opponibilità di eccezioni inerenti al fondamento dell'attribuzione o del vincolo, e solo consente di trovare compenso all'ingiustificato arricchimento nell'ambito di una cerchia più ampia di soggetti interessati (si tratta di situazioni almeno trilateri, nelle quali confluisce una pluralità di rapporti «causali, a due»), con inerente traslazione del rischio dell'insolvenza. Intermedie sono tutte le ipotesi in cui l'efficacia giuridica sostanziale dell'atto viene direttamente colpita, sia pure *ex post*, dal difetto del fondamento giustificativo dell'attribuzione (senza limiti, almeno fra determinati soggetti, con limiti derivanti dalla concessione di un rimedio inteso come mezzo d'impugna-

Perfino in altri ordinamenti, caratterizzati da una larga accettazione dell'astrazione materiale forte, come quello tedesco, si esclude la congruenza logica del configurare un negozio causale là dove l'attribuzione non riceve il proprio significato giuridico da una regola, che sia parte integrante dello stesso negozio attributivo¹⁸.

zione: donde l'esigenza di una *causa condicendi* e l'esclusione di esso (*bei Kenntnis der Nichtschuld*), o in cui, invece, solo il risultato economico, cioè lo spostamento patrimoniale intervenuto, è soggetto a controllo e suscettibile di rimozione attraverso il rimedio della ripetizione d'indebito o sotto il profilo, e nei limiti, dell'arricchimento ingiustificato". Concorda, sostanzialmente, MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, p. 3 ss. Per comprendere più analiticamente com'era disciplinata la materia nel diritto romano cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 2013, spec. p. 436. Per una puntuale e argomentata sintesi cfr. sempre MARTINO, *L'expressio causae*, cit., pp. 124-128.

¹⁸ Secondo FLUME (*Das Rechtsgeschäft*, Heidelberg-New York, 1965, p. 157), "*kausale Rechtsgeschäft gilt es nach unserer Rechtsordnung nur in der Weise, das die Zuwendung ihren rechtlichen Sinn durch eine rechtsgeschäftlichen Regelung erhält und diese eine integrierender Bestandteil des Zuwendungsgeschäfts ist*". Si consideri, poi, che lo stesso contratto obbligatorio astratto, nel diritto tedesco, non è nato dalla tradizione, ma dalla dottrina, che non aveva accolto l'elaborazione pratica del *billet non causé*. Sebbene fosse stato trasfuso nei § 780 e 781 B.G.B., è stato oggetto di una tale critica, al punto che, da tempo, si è assegnato, nella sostanza e concretamente, "un valore di astrazione processuale al contratto obbligatorio astratto dei §§ 780 e 781 e si è cancellato, in tal modo "del tutto la figura dell'*abstrakter Schuldvertrag* come insostenibile, ed in luogo di essa si pone la figura del biglietto di debito (*Schuldschein*) contenente una promessa o un riconoscimento non costitutivi di un'obbligazione a sé stante: si introduce dunque una regola esattamente corrispondente, salvo che per l'esigenza dello scritto, all'interpretazione che della tradizione del *billet non causé*, così poco chiaramente espressa dall'art. 1132 *code Napoléon*, offre l'art. 1988 del nostro codice vigente" (in tal senso, espresamente, A. LENER, «Expressio causae» e astrazione 'processuale', cit., p. 817). Opera, comunque, nell'ordinamento civile tedesco, la distinzione tra «*promissio*» e «*traditio*» d'origine romanistica (cfr. §§ 780-781 del B.G.B.). Il principio di astrazione, che ne discende, riguarda il sistema di trasferimento dei diritti. Per produrre l'effetto traslativo, occorre, infatti, porre in essere un contratto con efficacia obbligatoria (*Verpflichtungsgeschäft*) ed un distinto atto con funzione esecutiva (da cui deriva il c.d. *Trennungsprinzip*) (cfr. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1, Halbband, 1986, München, p. 164; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*⁷, Heidelberg., 1997, p. 20 ss. e p. 91 ss.) Quest'ultimo atto si realizza, nell'ipotesi di beni mobili, mediante la consegna del bene e, nell'ipotesi di beni immobili, attraverso l'accordo sul trasferimento del diritto e l'iscrizione

nel Grundbuch (per un'ampia ed approfondita sintesi cfr. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 87 ss.). L'atto dispositivo (*Verfügungsgeschäft*) è, quindi, necessario per qualsiasi attribuzione patrimoniale. La distinzione tra contratto obbligatorio ed atto esecutivo comporta, inoltre, come si è accennato, la natura astratta di quest'ultimo atto (MEDICUS, *op. cit.*, p. 93. Cfr. anche SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1906, p. 127 ss.; ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*⁸, I, 2000, Karlsruhe, *passim*): l'astrazione consiste nella bilaterale e reciproca autonomia dell'atto dispositivo dal precedente contratto obbligatorio. La funzione dell'astrazione dell'atto esecutivo è di consentire la più rapida e sicura circolazione dei diritti. In Germania, si sono cercati dei correttivi al principio di astrazione, consentendo la relativa eccezione ai soli terzi subacquirenti ma non all'accipiens (MEDICUS, *op. cit.*, 93 ss.; KUPISCH, *Causalità e astrattezza*, in Vacca (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativa*, Milano, 1991, II, p. 439 e pp. 446-450), condizionando l'efficacia del trasferimento all'espressione dello scopo soggettivo delle parti (*Zweck*) (NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 87 ss.), subordinando l'efficacia del contratto traslativo alla condizione di efficacia, affidata all'autonomia delle parti, della validità del contratto obbligatorio (MEDICUS, *op. cit.*, 97), o infine tentando di desumere, attraverso un'interpretazione integrativa, una condizione sospensiva di efficacia del negozio esecutivo, consistente nella validità del contratto obbligatorio. Nonostante questi tentativi, tuttavia, i problemi riguardanti la reazione contro gli spostamenti patrimoniali ingiustificati continuano ad essere risolti nell'ordinamento tedesco non sul terreno dell'invalidità del contratto per carenza di causa, ma su quello della reazione contro l'ingiustificato arricchimento, con il riconoscimento di azioni restitutorie (DI MAJO, *Causa*, cit., p. 5; ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, p. 245 ss., con riferimenti alla dottrina di *civil e common law*). L'elaborazione, che risente l'influsso della teoria del *dingliche Vertrag* di SAVIGNY (*Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, II, Berlin, 1853, p. 256 ss.; ID., *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 312. Cfr. però anche HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937, *passim*; LANDWEHR, *Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, in Schmitt (a cura di), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, p. 173 ss.; ACOBS, *Gibt es den dinglichen Vertrag?*, in *ZSRG Rom. Abt.*, (119) 2002, pp. 269 ss.; BREMKAMP, *Causa. Der Zweck als Grundpfeiler des Privatrechts*, Berlin, 2010, p. 218 ss.), è, in questa sede, interessante soprattutto se la si ricollega alla distinzione tra *condicio indebiti* (*Leistung auf eine Nichtschuld*) e *condicio ob causam finitam*, che il nostro diritto ha perduto, ma che spiega, in Germania, dove conserva vigore, perché il difetto originario del presupposto di efficacia, che le parti hanno avuto in considerazione, ha prodotto la teoria della presupposizione (cfr. per tutti, MEYER - PRITZL, *Störung der Geschäftsgrundlage. Kündigung von Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund*, in Schmoekel, Rockert e Zimmermann (a cura di), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, II, 2, Tübingen,

A più forte ragione, nel nostro ordinamento, che è altrimenti ispirato, un'astrazione del tipo di quella attribuita ai contratti derivati è inesistente, oltre che contraddittoria: il derivato trarrebbe il suo valore e il suo significato dalla *reference entity* al punto da determinare, attraverso il riferimento ad essa, la nascita di un'obbligazione in capo a uno solo dei contraenti e non dell'altro, che all'opposto ne diventerebbe il creditore¹⁹, ma siffatta *reference entity* non sarebbe, allo stesso modo, rilevante nella determinazione del suo profilo causale, di modo che sarebbe perfino doverosa e tutelabile l'obbligazione, qualificabile come "debito da gioco", nelle ipotesi, purtroppo non infrequenti, in cui il gioco o la scommessa, che dir si voglia, fossero truccati, com'è, in concreto, già accaduto²⁰.

2007, p. 1708 ss.). Ulteriori riferimenti all'astrazione nel diritto tedesco sono contenuti, tra l'altro, nelle opere di KOHLER, *BGB Allgemeiner Teil*, cit., p. 42, secondo cui: «*Das Verpflichtungsgeschaefi bildet [...] den "rechtlichen Grund" für die Leistung*». ENNECERIUS, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, pp. 870 ss.; ESSER, *Shuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*², Karlsruhe, 1960, p. 763 ss.; SCHNAUDER, *Der kausale Schuldvertrag im System der Güterbewegung*, in *JZ*, 2002, p.1080 ss.

¹⁹ Come si è visto, i derivati sono contratti, in cui le posizioni delle parti sono contrapposte al punto che ciascuna avrà, inevitabilmente, un guadagno o, all'opposto, una perdita, e in cui la prestazione è determinata da un evento estrinseco, futuro ed incerto. Secondo LYNCH (*Gambling by Another Name, the Challenge of Purely Speculative Derivates*, in *Standford Journal of Law, Business & Finance*, 2011, p. 67 e ss.), "More precisely, a derivative is simply an aleatory contract between two counterparties wherein the payoffs to and/or from each counterparty depend on the outcome of one or a set of extrinsic, future, uncertain event(s) and/or metric(s) and wherein each counterparty expects an outcome opposite to that expected by the other counterparty"). Sono, inoltre, ordinariamente descritti come gli strumenti finanziari il cui valore dipende o deriva dal valore di un'altra entità di riferimento, che è variabile nel tempo (più precisamente e letteralmente, come "a financial instrument whose value depends on or is derived from the performance of a secondary source such as an underlying bond, currency or commodity," or "a financial instrument whose value depends on (or derives from) the value of other, more basic underlying variables").

²⁰ Un noto caso, sul quale si ritornerà, è stato sanzionato dalla Decisione della Commissione Antitrust UE in data 4 dicembre 2013. Sotto il profilo della trasparenza della causa, è interessante la sentenza del Trib. Milano, 13 maggio 2016, n. 6001, in cui si afferma che: "Nei contratti di *collar swap*, l'esistenza di un margine di redditività in favore di una delle parti è legittimo e si configura come elemento

Nel nostro ordinamento giuridico, non esiste, quindi, nei termini che si sono discussi, un'astrazione forte e assoluta, coincidente con il concetto di causa e consistente nella produzione degli effetti da parte di un atto acausale²¹.

La regola è nota da molto tempo e si ricollega al principio, secondo cui il nudo patto non genera obbligazione («*ex nudo pacto actio non oritur*»)²², che, a sua volta, si basa, secondo la migliore tradizione, sulla necessità dell'agire umano orientato ad uno scopo («*omnia agentia necesse est agere propter finem*»)²³.

essenziale del contratto sul quale deve necessariamente convergere l'accordo negoziale delle parti a pena di nullità *ex art. 1418 c.c.*».

²¹ Cfr., per tutti, BRECCIA, *Il problema della causa*, in ID., *Causa*, in Alpa, Breccia e Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, 1999, Torino, p. 34 e ss.

²² Già nel diritto romano permane però l'esigenza che la «*conventio*» abbia una causa: il nudo patto non genera obbligazione. Non era ancora giunto il momento della «*cautio quae indiscrete loquitur*» (D. 22,3,25,4, interpolato), ossia del documento scritto, che non indicasse la causa dell'obbligazione. Cfr. JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1877, (*Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972), p. 202, nota 1; SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e struttura della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 673 ss.; MONATERI, *L'accordo nudo*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1967 ss.; HEINRICH, *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 644. Per una sistematica e argomentata ricostruzione cfr. NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 185 ss., dov'è anche possibile rinvenire ulteriori e utili riferimenti bibliografici.

²³ Cfr. la definizione della causa del negozio giuridico di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1997 (rist.), p. 127, secondo cui: «[...] essenziale al concetto di negozio (è) pure questo elemento dello scopo, che ne pone in luce l'aspetto funzionale. Lo scopo, che non ha rilievo, come tale, negli altri atti giuridici [...] ha invece importanza fondamentale nel negozio. [...] Questa funzione che il negozio deve adempiere, riguardata come ragione determinante del soggetto al negozio, appare e si chiama la causa del negozio medesimo». CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 35-37, rimprovera a Betti un eccessivo nascondimento della volontà, occultata nel regolamento precettivo, e pur sempre ricorda come «[...] il regolamento col quale il privato impegna un proprio comportamento, era stato preveduto e preparato dall'ordinamento giuridico: è qui la limitazione della libertà del privato, la quale perciò diciamo autonoma, in quanto presuppone sempre la volontà dell'ordinamento». Analogamente, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 935. Questo argomento – che più volte ritorna nella storia del concetto di causa soggettiva – presuppone tacitamente l'identificazione tra la causa e lo scopo, il movente psicologico, che il diritto ha

Al di là delle ipotesi limite e della vigenza nel nostro ordinamento di un principio, che impone l'*expressio causae*²⁴, che può essere ed è dibattuto soprattutto nelle ipotesi di confine, nel caso dei negozi bilaterali o in quelli a prestazioni corrispettive – seppure con le specifiche caratteristiche, che indicano, per i contratti derivati, siffatta corrispettività nelle reciproche alie –, è evidente che, se il contratto come autoregolamento non è la somma e il portato della somma del contenuto, della forma e della causa, ma, piuttosto, forma, contenuto e causa hanno riguardo a una *realtà inscindibilmente unitaria*, che non è scomponibile arbitrariamente nei suoi elementi²⁵, la causa deve essere espressa ed essere desumibile, in via interpretativa, dal contenuto del contratto: l'autoregolamento, visto staticamente, è il contenuto del contratto; visto dinamicamente, è la funzione del contratto, o, secondo un'accezione diffusa del termine, la sua causa²⁶. Pertanto, non è affatto erroneo, in tale prospettiva, sostenere che, nelle ipotesi negozi bilaterali e in quelli a prestazioni corrispettive, non si dà regola di *expressio causae* al di fuori della regola, che già governa l'accordo e la forma del contratto.

Ad ogni modo, si è sempre escluso che, per tali contratti, possa valere un'astrazione, processuale o sostanziale, forte o debole, che, peraltro, si tende, complessivamente, ormai a confinare nei negozi di esecuzione, nella cessione del credito, nella fideiussione, nella delegazione pura, nei titoli di credito, nella procura, nella rinuncia,

cura di distillare come scopo «tipico» distinguendolo dai motivi variabili delle parti. Esso, se riguardato in termini assoluti in relazione all'agire, è anche del filosofo e fonda l'etica: *omnia agentia necesse est agere propter finem*.

²⁴ Con riguardo all'*expressio causae* cfr. le ipotesi dell'adempimento del terzo, della delegazione, dell'espromissione, dell'accollo, della fideiussione, del contratto a favore di terzi, del negozio fiduciario, della novazione e del negozio di accertamento, trattati da MARTINO, *L'expressio causae*, cit., spec. pp. 198 ss. Lo stesso autore tratta delle promesse unilaterali, degli atti ricognitivi e dei contratti di adempimento. La bibliografia da lui indicata è vastissima.

²⁵ CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 28; DEL PRATO, *Requisiti*, cit., pp. 15 e ss.

²⁶ CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 68.

nella remissione e nella conferma, sebbene, anche in tali casi, si argomenta autorevolmente, che la causa non manca, ma è piuttosto indeterminata e, peraltro, determinabile²⁷.

Si può, pertanto, argomentare, seguendo l'insegnamento di un altro autorevole Maestro della scienza giuridica, che la regola di trasparenza, espressa attraverso la funzione del contratto, presuppone e impone, invece, la conoscenza razionale e finalisticamente orientata dell'agire umano del singolo e, dal punto di vista oggettivo, del contenuto dell'atto²⁸, che si compie o è compiuto, anche in sé considerato, che dev'essere unitariamente vagliato anche dal punto di vista funzionale²⁹; aspetto quest'ultimo che, pur con le inevitabili astrazioni, è ben noto anche ai giuristi tedeschi, seppure essi tendano a

²⁷ SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 66 ss.; *contra*, TROISI, *Appunti sull'astrattezza negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 401 ss. Sotto il profilo della trasparenza della causa, è interessante la sentenza del Trib. Milano, 13 maggio 2016, n. 6001, in cui si afferma che: "Nei contratti di *collar swap*, l'esistenza di un margine di redditività in favore di una delle parti è legittimo e si configura come elemento essenziale del contratto sul quale deve necessariamente convergere l'accordo negoziale delle parti a pena di nullità ex art. 1418 c.c."

²⁸ Cfr. la definizione di causa del negozio giuridico di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 127, secondo cui: «[...] essenziale al concetto di negozio (è) pure questo elemento dello scopo, che ne pone in luce l'aspetto funzionale. *Lo scopo*, che non ha rilievo, come tale, negli altri atti giuridici [...] *ha invece importanza fondamentale nel negozio*. [...] *Questa funzione che il negozio deve adempiere, riguardata come ragione determinante del soggetto al negozio, appare e si chiama la causa del negozio medesimo*».

²⁹ Cfr. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 28; DEL PRATO, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Annali della SISDIC*, Napoli, 2017, spec. pp. 120 ss.; ID., *Requisiti*, cit., 15 ss. Quest'ultimo giurista considera il motivo condiviso, espresso nel contenuto del contratto, coincidente con la causa concreta. Nel suo libro *Le basi del diritto civile*, Torino, 2014, pp. 80-81, scrive, infatti, che: "Quando il motivo comune lecito emerge dall'autoregolamento, esso diviene rilevante e si colloca sul piano della causa, dove viene definito come causa in concreto. Motivo comune e determinante del consenso e causa in concreto sono espressioni che descrivono lo stesso fenomeno". Ma il motivo deve essere comune ed emergere dall'autoregolamento. Se da quest'ultimo si ricava solo il motivo di una parte, ciò significa che quel motivo è conosciuto dall'altra parte, ma non che sia condiviso. Perciò la sua frustrazione non incide sulla vincolatività del contratto.

separare il *Grund* (i. e. la causa efficiente) dallo *Zweck* (i. e. lo scopo finale)³⁰, che sono, invece, inseparabilmente accomunati dal nostro ordinamento giuridico nel concetto di causa del negozio giuridico³¹.

3. *I contratti derivati con causa assente, falsa o irrealizzabile.*

La circostanza che esso sia comunicato rileverà soltanto, ad es., ai fini della riconoscibilità di un errore (art. 1428 e segg.). Condiviso è quel motivo che caratterizza la funzione del contratto, e quindi è considerato comune. Il motivo naturalmente comune è fenomeno assai raro al di fuori dei contratti con comunione di scopo. Esso, in quanto naturalmente comune, rileva, se illecito, anche se non risulti dall'autoregolamento pattizio. Il motivo condiviso, invece, rimane un motivo individuale: ma diviene comune in quanto convenzionalmente elevato a scopo del contratto. Perché un motivo sia condiviso, e cioè comune, è necessario che risulti espressamente da una clausola o da un complesso di clausole dell'autoregolamento – come accade per la condizione – o che esso emerga univocamente dall'assetto di interessi programmato, sotto forma di alterazione della misura dello scambio o tramite altri indici. Questo fenomeno va sotto il nome di presupposizione. Un contratto viene concluso presupponendo che la situazione in essere permanga inalterata o in vista di un evento che non forma oggetto di obbligazione e che i contraenti danno per scontato al punto non ritenere necessario apporre una clausola condizionale. Quest'ultima, condizione infatti, contempla, nella prospettiva delle parti, un evento futuro ed incerto, mentre nella presupposizione l'evento è concepito come certo. Sotto il profilo della trasparenza della causa, la già menzionata sentenza del Trib. Milano, 13 maggio 2016, n. 6001, afferma che: «Nei contratti di *collar swap*, l'esistenza di un margine di redditività in favore di una delle parti è legittimo e si configura come elemento essenziale del contratto sul quale deve necessariamente convergere l'accordo negoziale delle parti a pena di nullità ex art. 1418 c.c.».

³⁰ Si tratta di due delle quattro cause aristoteliche.

³¹ FERRI, *Causa e tipo*, Milano, 1968, pp. 104 ss. L'unitarietà della causa è per Betti la sintesi degli elementi essenziali del negozio. Egli scrive: «Questa nostra conclusione riceve luce, da quanto Hegel (*Wissenschaft der Logik*, 1841, II, p. 74), rileva circa il concetto speculativo di ragione (*Grund*), che corrisponde a quello giuridico di causa del negozio. Gli aspetti personali dell'azione vengono compresi mercè le rispettive cause; ma la relazione reciproca fra loro – relazione che configura il nocciolo essenziale di ciò che esiste in concreto – non è contenuta nelle singole cause di carattere meccanico. Questa relazione, che è il tutto quale sintesi essenziale (*wesentliche Einheit*), sta solo nel concetto, nello scopo (*Zweck*)[...]» (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 183, nota 19). Come si può notare, lo scopo non è affatto da lui trascurato.

In siffatta prospettiva, i problemi concreti³² posti dai contratti derivati sono già stati, piuttosto diffusamente, rappresentati dalla giurisprudenza e dalla dottrina del nostro Paese.

Si tratta di questioni, che, seppure sono state talvolta diversamente illustrate, concernono, innanzi tutto, la causa del contratto derivato, che, spesso originariamente opaca, si rivela *falsa*³³. Sono casi di causa non trasparente, su cui è massima la cautela dei giudici e degli studiosi del diritto civile³⁴, che configurano, piuttosto frequentemente, anche delle ipotesi, in cui si rivela una causa putativa, basata su una ragione giustificatrice, fosse anche perfetta in astratto, ma del tutto infondata, in quanto erronea, in cui la stessa giurisprudenza, talvolta divisa nel riferimento al difetto di causa, è unanime nell'escludere l'applicabilità della disciplina dell'errore³⁵. Tra di loro si segnalano, innanzi tutto, le controversie, che sono state esaminate dalla giurisprudenza, in cui i contratti derivati, formalmente

³² Cfr. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 17. Sulla metodologia fondata sul problema concreto, piuttosto che sui concetti, P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 391 ss.; CANARIS, *Die Verbindlichkeit von Optionsgeschäften, WM Sonderbei lage*, 10, 1998, *passim*. La rigorosa denuncia dei limiti «dell'assiomatizzazione dell'ordinamento giuridico e del fallimento del sistema assiomatico-deduttivo chiuso» in favore di un sistema giuridico aperto, non è effettuata, per quanto qui più interessa, idealizzando i due diversi modi di pensare in tipi. Essi trovano, piuttosto, i loro viventi, anche se imperfetti prototipi, nei sistemi continentali, da un lato, e nel sistema angloamericano, dall'altro, che tendono, da ultimo, a convergere nel senso che «la prassi continentale della giurisprudenza si sposta sempre più dal pensiero concettuale alla casistica dei problemi di nuova scoperta, mentre la prassi angloamericana fa un uso crescente di concetti giuridici come base della costruzione» (cfr., per tutti, ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964, p. 223).

³³ BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: le tutele*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 258.

³⁴ BRECCIA, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ BRECCIA, *op. ult. cit.*, p. 259, che richiama sub nota 41, a titolo esemplare, nell'ambito dei contratti aleatori, il caso della scommessa di cavalli a risultato già noto, deciso da Cass., 2 dicembre 1993, n. 11924, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 74, con nota di TUSSET, *Sulla causa e prova della scommessa*.

stipulati con funzione di copertura, erano stati, in realtà, conclusi o negoziati con finalità puramente speculative³⁶.

³⁶ Fra le numerose sentenze cfr. Cass. 31 luglio 2017, n. 19013; Trib. Genova, 30 novembre 2015, secondo cui: “Il contratto di *Interest Rate Swap* (IRS) è un contratto atipico, di natura aleatoria, caratterizzato dallo scambio, a scadenze prefissate, dei flussi di cassa prodotti dall’applicazione di diversi tassi ad uno stesso capitale di riferimento. L’aleatorietà si atteggia, tuttavia, in maniera differente a seconda della funzione in concreto perseguita dalle parti, distinguendosi ipotesi in cui l’elemento aleatorio costituisce l’unica ragione determinante le parti alla stipulazione del negozio, da altre in cui esso costituisce solo una componente della più complessa causa contrattuale, rivestendo il contratto finalità ulteriori, quali quella di protezione o di copertura da rischi. Tale situazione ricorre ove il contratto di IRS sia stipulato da un imprenditore che intenda tutelarsi dall’oscillazione dei tassi in riferimento ad un mutuo a tasso variabile. Il contratto di swap assume in questo caso una precisa logica che lo avvicina alla causa assicurativa: la causa in concreto è dunque quella di cautelarsi da un rischio preesistente, costituito per il cliente dal fatto di essere esposto all’incertezza dell’oscillazione dei tassi”; App. L’Aquila, 24 luglio 2015, in *www.dirittobancario.it*, 2015 – o invece di difetto della c.d. causa in concreto in assenza di effettiva efficacia di copertura del derivato – cfr. Trib. Milano, 18 maggio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Treviso, 26 agosto 2015, in *www.dirittobancario.it*, 2015, p. 6 ss.; Trib. Monza, 17 luglio 2012, n. 2028, secondo cui: “L’ accertata assenza della dichiarata finalità di copertura, l’assenza di qualsivoglia documentazione attestante l’interesse del cliente sotteso alla quantificazione del nozionale nei limiti convenuti ne comporta la nullità per difetto di causa, ai sensi dell’art. 1418, comma 2, c.c”. Diversamente, Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, 6, II, p. 748, con nota di GIRINO. La sentenza è, criticamente e sistematicamente vagliata, di recente, da RAINERI, *L’alea nella contrattualistica dei derivati OTC*, in Gentili e Di Raimo (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario*, cit., spec. p. 177 ss. La sentenza del Trib. Milano, sez. VI, 13 settembre 2016, n. 10049, afferma che: “Devono essere respinte, invece, la domanda dell’attrice di nullità del contratto per difetto di causa concreta e la domanda, alternativa, di risoluzione del contratto per grave inadempimento dell’intermediario finanziario, per un motivo assorbente. Si tratta, infatti, di istituti previsti da norme codicistiche (art. 1418 cod. civ., art. 1453 cod. civ.) di diritto interno, non richiamato dalle parti nella Schedule, mentre l’attrice non ha allegato norme della legge inglese dalle quali possa discendere l’invalidità o l’inefficacia del contratto per violazione delle predette norme del TUF”. Tuttavia, decide che: “In seguito all’accertamento di diverse criticità del contratto finanziario di *Interest Rate Swap* e, in particolare, della mancanza di funzione di piena copertura da parte dell’operazione in strumenti derivati e della presenza di commissioni occulte in danno alla società investitrice di rilevante ammontare, unitamente al fatto che la banca aveva proposto al cliente un contratto quadro privo dell’indicazione esplicita di un elemento essenziale qual è il *mark to market* al

Lo scrutinio è effettuato dalla giurisprudenza alla luce della causa concreta del contratto. Il tema è, ormai, noto da tempo³⁷. In questa sede, è solo il caso di far presente, nonostante una differente tendenza recente³⁸, che la questione coinvolge, come si è visto, inevitabilmente il ruolo di rendere trasparente il contenuto, gli interessi e le

momento della sua stipula e perfino del metodo di calcolo del medesimo, il tribunale ha affermato la responsabilità extracontrattuale della banca e ha riconosciuto all'investitore il risarcimento di tutti i danni subiti, corrispondenti esattamente ai differenziali maturati e corrisposti, nonostante abbia al contempo confermato la classificazione dell'investitore quale operatore qualificato". Per il Collegio arbitrale Milano, 23 settembre 2015, in *Banca, borsa titoli credito*, 2016, 4, II, p. 490, nota di GIUDICI, *L'accertata mancanza di congruità di un contratto derivato con funzione di copertura determina la nullità per difetto di causa concreta*.

³⁷ Seppure con diverse impostazioni, trattano della causa concreta del contratto le monografie di Cataudella e Ferri, che risalgono agli anni sessanta del secolo scorso, più volte richiamate. L'ambito di applicazione del concetto è ampio e concerne, a tacer d'altro, la presupposizione (CATAUDELLA, *I contratti*, cit., pp. 175, 206, 210 e ss., pp. 236 e ss.; ID., *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 323 ss.), l'interpretazione del contratto (C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, *passim*), i negozi con causa esterna e il pagamento traslativo (per una sintesi delle problematiche si rinvia a CARINGELLA, *Il contratto*, I, Roma, 2011, p. 177 ss.). Al tema è dedicata la monografia di ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; EAD., *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, 2, p. 416. Cfr. anche DEL PRATO, *Requisiti del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2013, p. 36 e ss.; e ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957. Una bibliografia piuttosto aggiornata e ragionata sull'argomento è contenuta anche in LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, *passim*. Sebbene manifesti un'opinione contraria all'elemento essenziale del contratto, di cui si dibatte, è molto utile la lettura di GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, che contiene ampi riferimenti bibliografici anche alla dottrina straniera, soprattutto tedesca. Ancora più aggiornati riferimenti bibliografici sono contenuti nel recente scritto di ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 37 ss. La giurisprudenza in materia è ormai sconfinata.

³⁸ DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in Gentili e Di Raimo (a cura di), *Le negoziazioni*, cit., p. 341 ss, sebbene propugni il controllo giudiziale dei contratti derivati basato sulla causa concreta del contratto, scrive, non riconoscendo adeguatamente il ruolo di trasparenza della causa, che: "Ci sono

ragioni del contratto, che è proprio della causa del contratto, così come implica il riferimento al paradigma dell'informazione, nei termini più ampi, che si sono segnalati. Senza tacere che la stessa volontà dei contraenti si indirizza e ha come suo punto certo di riferimento il contenuto del contratto e le oggettive ragioni del contrarre³⁹. Da ciò consegue, oltre che l'erroneità, la pratica gravità di definire i contratti derivati come dei contratti 'astratti'.

Per comprendere il contratto e per renderlo evidente all'esterno è indispensabile poterne conoscere il contenuto e, in una prospettiva dinamica, la sua causa.

Il dibattito sulla rilevanza della *funzione di copertura dei contratti derivati* ha coinvolto la distinzione tra la causa e i motivi del contratto⁴⁰. Ha, ancor prima, avuto ad oggetto, inevitabilmente, la natura aleatoria, che si assegna a tali contratti.

Le due questioni vanno esaminate unitamente.

volute due crisi sistemiche, si diceva, perché si consolidasse la consapevolezza che tutta la disciplina di tutela del cliente, delineata a far capo dalla normativa di derivazione comunitaria più risalente fino alla MiFID, quella cioè basata sull'informazione e sul mito del consenso informato, sulla teoria delle asimmetrie informative quali cause dei fallimenti del mercato, è da sé sola ampiamente inadeguata". Egli cita, tra gli altri, ONADO, *Mercati e intermediari finanziari. Economia e regolamentazione*, Bologna 2002, 351 ss.; MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento 1999, *passim*, dove "si mette in guardia dalla nascita e dall'accettazione del nuovo «dogma» del «contratto informato»"; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 545 ss., e in *ID.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 428 ss.

³⁹ L'assunto è pacifico da tempo. Cfr. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 217 ss.

⁴⁰ Per la rilevanza causale della funzione di copertura si esprimono, tra gli altri, DOLMETTA, *Introduzione. Speculazione e prudenza*, in Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, Milano, 2014, p. XXXI; E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *ivi*, pp. 91 ss. Diversamente, MAFFEIS, *Trasparenza e spessore del mercato dei derivati*, cit., p. 164, secondo il quale i derivati servono ad entrambi gli scopi (di copertura e speculativo), che non incidono sulla sua causa; DENOZZA, *La funzione dei derivati nel mercato*, cit.; CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, I, p. 826; GIRINO, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, I, p. 92 ss.

Nell'ottica della trasparenza, che è il filo conduttore dell'analisi in corso, la natura aleatoria del contratto – che è la caratteristica connotante l'intera classe contrattuale, dato che il rischio è il problema centrale dei contratti derivati⁴¹ – ha una particolare rilevanza, perché può, in concreto, rendere ancora più oscuro il derivato e occultarne la sua vera funzione.

⁴¹ ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 54. La letteratura sui contratti aleatori è vastissima. Si segnalano, intanto, oltre alla specifica monografia di IRRERA, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Milano, 2013, che si è già menzionata; ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, p. 863 ss.; ID., *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1144 ss.; ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 453 ss.; BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; BARRASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1946, p. 534 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p. 77 ss.; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 491 ss.; BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 468 ss.; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004; EAD., *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.; GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 572 ss.; ID., *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur.it.*, 1986, I, 1, pp. 1706 ss.; ID., *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997; ID., *Contratti di put and call option, mutamento delle circostanze per regolazione del mercato ed eccessiva onerosità*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1151 ss.; e in Pagliantini, Quadri e Sinesio (a cura di), *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, II, 2008, p. 1339 ss.; DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987; ID., *I Contratti speciali. Contratti aleatori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2005, pp. 3 ss.; DURANTE, *L'alea ed il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, pp. 569 ss.; GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, pp. 9 ss.; ID., *Assicurazione (profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, p. 1 ss.; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pp. 242 ss.; NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 1024 ss.; PINO, *Rischio ed alea nel contratto di assicurazione*, in *Riv. ass.*, 1960, I, p. 236 ss.; ID., *Gioco e scommessa e il contratto aleatorio*, in *Scritti in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 777 ss.; SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, pp. 112 ss.; ID., *Considerazioni sui contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 135 ss.

Al di là della distinzione tra alea economica e giuridica⁴², che tende ad essere recentemente superata⁴³, e dell'elaborazione della

⁴² Cfr., da un lato, OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 496 ss.; MESSINEO, *Il Contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1968, p. 774 ss; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del diritto civile*, Napoli, 1978, p. 224, secondo cui: "Il negozio è oneroso quando all'attribuzione in favore di un soggetto faccia riscontro un'attribuzione a carico dello stesso, o all'eventualità dell'attribuzione in suo favore l'eventualità di un'attribuzione a suo carico; altrimenti è gratuito. Secondo che il vantaggio e il sacrificio patrimoniali siano certi o dipendano dalla sorte, i negozi onerosi sono commutativi o aleatori. E, in questi ultimi, può dirsi che commutativo sia il rischio". Per la diversa opinione cfr., per tutti, NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1027 ss.; GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori*, cit., p. 572 ss. e ID., *Contratti di put and call option*, cit., p. 1151 ss. considera astratta la categorizzazione, basata sull'alea economica, perché sarebbe avulsa dal contesto normativo di riferimento. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, cit., p. 440, pone la distinzione tra alea normale e giuridica in base alla misurazione quantitativa della prestazione.

⁴³ ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 58 ss., argomenta che: "Proprio i derivati, si potrebbe anche osservare, potrebbero rappresentare un'ulteriore occasione per discutere se effettivamente la distinzione fra «alea economica» e «alea giuridica», come criterio classificatorio per l'individuazione dei contratti aleatori, debba essere intesa in tutta la sua rigidità formale. Un dubbio che già a prima vista appare a chi scrive giustificato, semplicemente considerando che in tal modo l'accento viene posto, in definitiva esclusivamente, sui modi strutturali della vicenda, trascurandosene invece quelli funzionali. E si tratta di un dubbio che potrebbe essere rafforzato dalla constatazione che, a ben guardare, quel modo di definire l'«alea giuridica» guarda essenzialmente alle caratteristiche della prestazione (e dell'obbligazione che l'ha per oggetto), non tanto in effetti dell'operazione negoziale volta a programmarla. Sicché, si potrebbe dire, si fornisce così una definizione della «prestazione aleatoria» piuttosto che del «contratto aleatorio» in quanto tale. Se invece al secondo si guarda, non pare possibile limitarsi a considerare i criteri contrattualmente previsti per determinare il contenuto e l'imputazione dell'obbligazione, ma diviene necessario, a parere di chi scrive, individuarne, allora in una considerazione complessiva dell'operazione, le ragioni. Così constatando, con riferimento per esempio all' *emptio spei*, l'ipotesi espressamente definita come «contratto aleatorio», trattarsi anche di un modo di regolare l'attribuzione di due fra i rischi che tipicamente caratterizzano la vendita, quello concernente la prestazione e l'altro relativo alla controprestazione. Si tratta, adottato questo punto di vista, di una vicenda negoziale per la quale tale modalità di attribuzione dei rischi assume un ruolo centrale e caratterizzante, e così decisivo per individuarne le finalità, oltre che, naturalmente, per la definizione delle sue condizioni economiche. La sensazione è in definitiva, ma il punto meriterebbe certo ben altro approfondimento, che la ricerca del «contratto aleatorio» non possa esaurirsi

categoria del contratto con alea commutativa illimitata⁴⁴, che non muta i termini della questione, almeno nella prospettiva basilare, che qui interessa, è, infatti, proprio a causa del loro carattere aleatorio che i contratti derivati sono risultati, non raramente, all'esame della giurisprudenza opachi e, quindi, nulli⁴⁵.

Si è, in particolare, rivelata una loro irrazionalità, almeno quando assumono la connotazione di scommesse vere e proprie, in ragione della creazione di un'alea artificiale, prima inesistente⁴⁶.

nella considerazione del modo in cui vengono definiti i criteri sulla cui base determinare la prestazione dovuta e la parte a essa obbligata, ma debba estendersi anche a una valutazione del ruolo che sul piano complessivo dell'operazione svolge il tema del rischio: l'alternativa se la ragione del contratto deve in esso individuarsi ovvero si tratta soltanto di un modo per regolare, diversamente da quanto altrimenti accadrebbe, il rischio cui in ogni caso e inevitabilmente le parti si espongono a seguito della conclusione e per l'esecuzione del contratto”.

⁴⁴ GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, cit., p. 573, e ID., *Contratti di put and call option*, cit., p. 1151 ss.) assume che in tutti i contratti di borsa a termine il negozio giuridico è commutativo in considerazione dell'oggetto della prestazione principale (ossia, dei titoli negoziati in borsa) e l'alea 'naturale' si amplia fino a divenire illimitata. Diversamente, DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 302 ss; e BALESTRA, *Il Contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 135 e ss., non reputano configurabili i contratti, che si sottraggono alla risoluzione, perché ad alea normale illimitata.

⁴⁵ Cfr. le decisioni di merito, già ampiamente citate in nota.

⁴⁶ Al riguardo, si è osservato, di recente (GIUDICI, *Interest rate swap e nullità del contratto: sui pericoli sistemici dei derivati*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, pp. 501 e ss.), che: “La tesi della nullità per mancanza di alea razionale è la conseguenza della sua genesi. Il discorso sull'alea razionale è infatti una trasformazione concettuale di un discorso di politica del diritto contenuto in alcuni studi giuridici sui derivati. In quegli studi si illustra che l'ordinamento tratta i derivati in modo diverso dal gioco e dalla scommessa, perché ha l'aspettativa che operatori professionali, che si presumono razionali, prezzino il rischio in modo adeguato (si deve aggiungere: dando indicazioni sugli andamenti futuri dei valori del sottostante all'intero sistema economico: c.d. «*price-discovery*»). Orbene, chi aderisce alla tesi dell'alea razionale trasforma l'aspettativa sulla razionalità degli operatori professionali (che — si noti bene — non è razionalità del singolo: è razionalità attesa dell'aggregato) in un precetto normativo: la razionalità diviene così, dal nulla, un elemento dell'alea; se l'investitore professionale non è razionale e quindi non è razionale la sua assunzione del rischio, il contratto è nullo (Sul tema E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una “definizione”*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, pp. 563-567; ID., *Note sui derivati creditizi: market failure o regulation failure?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, p.

Quando i contratti derivati annunciano una finalità di copertura, la razionalità, che esprimono, non è dubitabile: si tende a coprire un rischio già esistente in capo di uno dei contraenti.

In altri termini, esiste un *quid*, ulteriore rispetto alla connotazione pura del contratto aleatorio, espressa nel tipo scommessa, che colora la causa del contratto derivato⁴⁷. Tale connotazione è propria di tutti i contratti aleatori tipici, diversi dal gioco e dalla scommessa. Se è ricollegata ai contratti aleatori tipici, l'aleatorietà si presenta, infatti, nel gioco e nella scommessa allo stato puro e assorbente, mentre negli altri contratti tipici è diversamente specificata, di volta in volta, da un ulteriore elemento discriminante (cfr. artt. 1876 e 1895)⁴⁸.

652. Secondo l'A. i derivati puramente speculativi spesso tradiscono questa aspettativa di natura economica, in quanto producono prezzi di mercato del tutto irrazionali; per questo possono essere considerati nulli per carenza di causa meritevole di protezione: ID., *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in MAFFEIS (a cura di), *Swap*, cit., p. 91 ss. Per un'analisi giuseconomica delle questioni trattate da E. BARCELLONA, analisi pure abbastanza scettica circa i benefici dei derivati speculativi, cfr. POSNER-WEYL, *An FDA for Financial Innovation: Applying the Insurable Interest Doctrine to Twenty-First-Century Financial Markets*, in *Nw. UL Rev.*, 107, 2012, p. 1307 ss. *Contra*, per un'analisi puramente finanziaria che enfatizza gli aspetti positivi dei derivati e, in particolare, degli swap, si veda TUCKMANN, *Embedded Financing: The Unsung Virtue of Derivatives*, in *Journal of Derivatives*, 2013, p. 73 («*Derivatives [...] play a central role toward completing financing markets*»). Si tratta di un'argomentazione che non ha nessun aggancio con il diritto positivo. Il tema dell'informazione (informazione che dovrebbe portare all'alea razionale) è – tramite essa – fatto transitare dagli obblighi di condotta dell'intermediario alla causa o all'oggetto del derivato e, quindi, al rimedio della nullità, aggirando il percorso indicato dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2007. La cosa però per certi versi più curiosa è che questo indirizzo talvolta addirittura invoca la comunicazione Consob n. 9019104 del 2 marzo 2009, che specifica le regole di condotta che il distributore deve seguire in sede di distribuzione di prodotti finanziari illiquidi nei confronti della clientela *retail*. Il paradosso è evidente: una delibera Consob che tratta degli obblighi di informazione relativi alla negoziazione di un derivato nell'ambito delle regole di condotta che gli intermediari devono rispettare nei rapporti con la clientela non professionale è richiamata a sostegno della tesi della nullità per mancanza di alea razionale nei derivati stipulati con controparti qualificate⁴⁹.

⁴⁷ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza, 2015, p. 464.

⁴⁸ IRRERA, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, cit., pp. 138 e ss.

Ricerca la razionalità nelle scommesse è vano⁴⁹. Le parti non si comportano in maniera economicamente razionale⁵⁰, quando stipulano i contratti derivati puramente speculativi, quantunque ciascuna possa credere di avere una capacità di previsione superiore all'altra – che, in taluni casi potrebbe essersi fondata, specie nelle ipotesi di

⁴⁹ LYNCH, *Gambling by Another Name*, cit.; MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit., fa presente che: “I tentativi di dimostrare che esiste dal punto di vista dei protagonisti una differenza ontologica tra l’operatività in derivati a fini speculativi ed il gioco (ad es., d’azzardo) non risultano convincenti posto che il riferimento spesso evocato all’esigenza o all’opportunità di disporre di eccedenze di tesoreria è alquanto vago e generico e che non è sempre vero che “lo scopo dell’atto di speculazione è [...] quello di intervenire su una realtà economica cui lo speculatore sarebbe soggetto comunque”. Basta pensare al caso in cui l’impresa stipula un currency swap su una valuta del cui andamento la sua attività non risente in alcun modo. Vero è al contrario che la speculazione pura, al di là delle ovvie differenze di carattere sociologico, si presenta né più né meno come un gioco, con quel tanto di razionalità che entrambi li accompagna e che, semplicemente, se ne distingue, dal punto di vista giuridico, per l’utilità che essa riveste, dal punto di vista dell’interesse generale, nell’ottica dell’efficienza dei mercati, di cui contribuisce a rafforzare la liquidità. Se un investitore, qualsiasi investitore, conclude un contratto derivato è perché egli – ovviamente fuori da qualsiasi intento ludico – si è formato un’idea, esatta o falsa, del funzionamento del contratto”.

⁵⁰ Scrive LYNCH, *Gambling by Another Name*, cit., pp. 86 ss.: “*In a heterogeneous expectations transaction where both parties believe they have superior predictive skills, if both parties have equivalent levels of risk aversion, at least one of those counterparties must be mistaken with regard to their probability estimates for the outcome of the underlying event. Based on the theory of rational expectation theorists, all disagreement-based trading is irrational since a speculator should assume that his information and future expectations are imperfect and thus be forced to re-evaluate his expectations upon encountering another speculator, in this case, a potential derivatives counterparty, who has different expectations. Through a constant process of evaluation and re-evaluation, on the part of both potential counterparties, either (i) disagreement evaporates resulting in no contract or (ii) disagreement persists resulting in a lack of confidence regarding one’s expectations and thus no contract*”.

derivati sofisticati, sulle estese ricerche di informazioni e analisi acquisite e elaborate⁵¹—, oppure sul fatto che il profitto (*payoff*), al quale si è fatto cenno, sia sufficiente a contenere i rischi assunti⁵².

La razionalità dei contratti derivati, anche nelle ipotesi in cui fossero considerati complessivamente come delle scommesse⁵³ (e, a più forte ragione, quando non lo fossero), va, piuttosto, individuata nella verificabilità dei loro elementi⁵⁴.

La razionalità dei contratti derivati concerne la trasparenza del loro contenuto e, in una prospettiva dinamica, della loro causa.

In tale prospettiva, la distinzione tra derivati di copertura e puramente speculativi ha giuridica rilevanza: con i primi si tende a trasferire un rischio presistente da un contraente ad un altro, sebbene persista in tutti i derivati una componente di generazione artificiale del rischio⁵⁵ — che consegue all'inessenzialità della consegna (*delivery*) e alla possibilità di guadagnare da una speculazione al ribasso⁵⁶, che genera l'effetto leva (*Hebelwirkung*) (che oltralpe è reputato essere un elemento essenziale per la comprensione del tipo sociale)⁵⁷ —, e, quindi, una componente speculativa, che li connota come *contratti con alea tendenzialmente illimitata*⁵⁸.

⁵¹ Sono oramai quasi leggendarie le ricerche e analisi di John Paulson (cfr. ZUCKERMAN, *Trader Made Billions on Subprime: John Paulson Bet Big on Drop in Housing Values*, in *Wall Street Journal*, Jan. 15, 2008; ID., *The Greatest Trade Ever: The Behind-the-Scenes Story of How John Paulson Defied Wall Street and Made Financial History*, New York, 2009).

⁵² LYNCH, *Gambling by Another Name*, cit., p. 86.

⁵³ È questa l'opinione espressa da MAFFEIS nei suoi scritti, che si sono richiamati.

⁵⁴ Cfr. MAFFEIS, *I contratti derivati*, cit., p. 283, sub nota 283, che esclude, tuttavia, la rilevanza causale del problema, perchè assume che le finalità di copertura e speculative concernono i motivi del contratto, giuridicamente irrilevanti.

⁵⁵ Oltre agli scritti, che si sono menzionati, cfr. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 88 ss.

⁵⁶ In questo ultimo senso si esprime ANGELICI, *op. ult. cit.*, pp. 75-76.

⁵⁷ ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 77, con ampi richiami nelle note alla dottrina tedesca.

⁵⁸ Oltre agli scritti, che si sono menzionati, IRRERA, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, cit., p. 103 ss.; PERRONE, *I contratti derivati «over the counter»*, in Gitti, Maugeri e Notari (a cura di) *I contratti per l'impresa*, II, *Banca, Mercati, Società*, , Bologna, 2012, p. 281.

La funzione di hedging, che è valsa, a renderli leciti negli Stati Uniti di America, non senza qualche forzatura, è ben altro dalla funzione puramente speculativa.

Lo scrutinio, mediante la causa concreta del contratto vale, perciò, a rendere evidente se effettivamente il contratto derivato, pur con qualche inevitabile componente speculativa, che è intrinsecamente legata alla sua stipulazione, abbia effettivamente e concretamente una funzione di copertura, o se, invece, non nasconda un'altra finalità, puramente speculativa. Di questa esigenza si sono rese conto, di recente, anche le Sezioni unite civili della Suprema Corte⁵⁹.

Pur coscienti delle evidenti diversità, lo scrutinio è stato suggerito confrontando la funzione del derivato di copertura con il contratto di assicurazione⁶⁰.

Occorre, tuttavia tener conto che l'elemento caratterizzante la più generale funzione previdenziale del contratto di assicurazione è nel rischio, che rappresenta il cuore della funzione del contratto⁶¹ e si specifica, nelle assicurazioni contro i danni, nella funzione (indennitaria) di riparazione del danno incerto, pur con taluni temperamenti e, nell'assicurazione sulla vita, nella funzione di risparmio collegata ad un evento incerto attinente alla vita umana⁶². L'essenzialità del rischio nel contratto di assicurazione è indubbiamente testimoniata dalla sanzione di nullità comminata dall'art. 1895 c.c., nell'ipotesi in cui non sia mai esistito o abbia cessato di esistere prima della con-

⁵⁹ Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, secondo cui: "Appare utile considerare gli swap come negozi a causa variabile, perché suscettibili di rispondere ora ad una finalità assicurativa ora di copertura di rischi sottostanti; così che la funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto".

⁶⁰ Cfr., per tutti, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 462; ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 88 ss.

⁶¹ IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2011, spec. p. 135 ss.

⁶² A. GAMBINO, *op. cit.*, spec. p. 18 ss.; App. Milano, 14 aprile 1995, in *Dir. econ. assicur.*, 1997, p. 3673, con nota di CHINDEMI.

clusione del contratto; dalla normativa in tema di sopravvenuta cessazione del rischio (art. 1896, c.c.)⁶³; e dalle regole poste dall'art. 1900 c.c., in ipotesi di dolo del contraente⁶⁴.

Nell'attuale disciplina è, inoltre, presente l'esigenza di garantire che il contratto di assicurazione possa assolvere ad una funzione di neutralizzazione dei rischi individuali attraverso la loro ripartizione su una pluralità di patrimoni con un calcolo del premio su basi tecnico-statistiche. Ne sono testimoni le norme in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti (artt. 1892, 1893, 1894 c.c.)⁶⁵ e sulla variazione e l'aggravamento del rischio (artt. 1897 e 1898 c.c.) e alcune norme in tema di formazione del contratto (artt. 1887, 1888 c.c.).

La funzione di compensazione e neutralizzazione dei rischi individuali attraverso l'operazione tecnica assicurativa incide legislativamente sulle caratteristiche dell'obbligazione corrispettiva del premio, determinandone il contenuto⁶⁶. Il premio, distinguendosi dalla generica controprestazione, collega giuridicamente il contratto all'attività di impresa qualificata dal procedimento tecnico assicurativo. Di ciò costituisce prova il contenuto degli artt. 1893, comma 2, 1897, comma 1, e 1898, commi 1, 3 e 5, e 1926, comma 2, c.c., ma, soprattutto, la connessione, posta dalla disciplina di legge, tra il premio e il periodo assicurativo, che rappresenta l'unità sulla quale si basa il calcolo attuariale e in relazione al quale sono determinate le tariffe (cfr. artt. 1890, ult. cpv.; 1892, comma 3; 1896, comma 1; 1898, comma 4; 1901, comma 1; 1901, comma 3; 1918, comma 3; 1926, comma 5, c.c.)⁶⁷. La connessione è talmente rilevante che, secondo alcuni⁶⁸, la natura tecnica del premio porta in primo piano

⁶³ A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., spec. p. 325 e ss.

⁶⁴ Cass., 21 novembre 1966, in *Foro it.*, 1967, I, c. 2612.

⁶⁵ A. GAMBINO, *op. cit.*, passim.

⁶⁶ FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, cit., pp. 7 ss., spec. p. 114.

⁶⁷ Analiticamente, A. GAMBINO, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁶⁸ È noto che alcuni autori sostengono che il contratto di assicurazione, essendo caratterizzato dalla valutazione del rischio medio, che ne informerebbe la struttura e la causa, non sarebbe aleatorio. Cfr. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, dei magazzini generali*, in *Il codice di commercio*⁴, commentato e coordinato da Bolaffo, Rocco e Vivante, vol. VII, Torino, 1936, p. 22. Diversamente,

l'operazione assicurativa, che ne costituisce la sostanza, e, in tal modo, si compenetra nella struttura del contratto, determinando l'applicazione di una disciplina, che soltanto in quell'elemento può trovare la sua giustificazione. Da ciò consegue la rilevanza della specifica attività d'impresa e, in particolare, del procedimento tecnico attuariale, che connota la particolare fattispecie.

Inoltre, vige in materia il principio secondo cui il premio versato deve corrispondere al tipo di rischio assicurato, alla luce del quale deve essere interpretato il contratto di assicurazione⁶⁹.

si esprime la maggioranza degli autori, secondo i quali il contratto resta in sè aleatorio. Cfr. A. GAMBINO, *op. cit.*, passim.; CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, cit., p. 94 ss.; IRRERA, *L'assicurazione*, cit., p. 188 ss.

⁶⁹ Cass., Sez. un. civ., 24 settembre 2018, n. 22437; Cass., sez. III, 30 aprile 2010, n. 10596, in *www.dirittoegiustizia.it*, 2010, con nota di CIARLA; DEL PRATO, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Annali della SISDIC*, cit., p. 136, osserva che: "L'attività assicurativa ha caratteri peculiari, per l'organizzazione vincolata dell'impresa ed il rilievo tipologico ad essa attribuito, al punto che i contratti conclusi con imprese non autorizzate sono colpiti da nullità (art. 167 c. ass.). Questi caratteri dell'attività si riflettono sulla determinazione dei corrispettivi assicurativi, i «premi», tanto più quando oggetto di copertura sono rischi seriali. Qui vengono in rilievo peculiari tecniche che rendono, nella prassi assicurativa, il premio – in astratto liberamente determinabile – una controprestazione qualificata dal procedimento tecnico attuariale, che delimita il rischio da coprire valutando le reali probabilità di verificarsi del sinistro, e neutralizzando il singolo rischio mediante il suo inserimento in una massa di rischi omogenei. Il «premio» è una nozione tecnica che si compone di due elementi: il premio "puro", calcolato su basi attuariali; il c.d. caricamento, che attiene alle spese generali dell'impresa. Nella sua determinazione, inoltre, concorrono coefficienti correttivi, generalmente praticati dalle imprese assicurative ed approvati dall'Ivass. La segmentazione dei rischi e la discriminazione statistica sono una nota costante della tecnica assicurativa, e perseguono la tutela del mercato assicurativo e della sua concorrenzialità e, in definitiva, degli stessi assicurati. Ciò rende valutabile in via oggettiva la congruità del premio richiesto in relazione al rischio assicurato, e consente un apprezzamento di proporzionalità". Analogamente, avevo sostenuto (in *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1515 e ss.), l'oggettiva esigenza di proporzionalità tra il premio e il rischio assicurato.

È palese che la natura speculativa, che è propria di ogni contratto derivato, che connota un rischio reciproco tendenzialmente illimitato⁷⁰, impedisce la rilevanza del procedimento tecnico-attuariale, con i conseguenti danni, che si sono prodotti nei mercati, ed esclude la delimitazione e la conformazione proporzionale del corrispettivo del contraente (i. e. del premio) al rischio, che viene coperto (cfr. art. 1905 e ss., cod. civ., che escludono il pagamento di un indennizzo superiore al danno sofferto). Coerentemente, il derivato di copertura, avendo, in ogni caso, la funzione di coprire un rischio preesistente, è un contratto atipico, non certamente qualificabile come una scommessa, dato che di quest'ultima non ha la specifica funzione, che è essenzialmente quella di un guadagno puramente aleatorio: quella del contratto derivato di copertura si realizza invece piegando la sua funzione speculativa al diverso e prevalente fine concreto di traslare il rischio preesistente da un contraente all'altro⁷¹.

La concreta possibilità di riconoscere siffatta funzione non richiede che la finalità di copertura sia comune, ma è sufficiente che sia perseguita anche da una sola delle parti, mentre l'altra fornisce siffatto servizio di copertura, in analogia con quanto avviene nel contratto di assicurazione. È, quindi, vano tentare di ricondurre la funzione dei derivati di copertura ai motivi, giuridicamente irrilevanti dei contraenti⁷², anche perché la causa concreta del contratto coincide con il motivo condiviso, che emerge dall'autoregolamento ed è convenzionalmente elevato a scopo del contratto⁷³.

D'altro canto, la similarità tra la funzione di copertura del derivato e la funzione legale del contratto di assicurazione, intesa come insieme di identità e differenza⁷⁴, se non consente l'inquadramento

⁷⁰ Cfr., per tutti, GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 273.

⁷¹ Cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., pp. 463 ss.; ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 118.

⁷² Lo sostiene, invece, MAFFEIS, *I contratti derivati*, cit., p. 283.

⁷³ DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Torino, 2014, p. 80.

⁷⁴ Per KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg, 1965, p. 8: «Recht ist die Entsprechung von Sollen und Sein [...], eine Verhältnissenheit [...], das aber bedeutet Analogie». All'uopo, si richiamano le definizioni dell'analogia di TOMMASO D'AQUINO, *Untersuchungen über die Wahrheit (Questiones disputatae de veritate)*, Bd. I, Freiburg, 1952, p. 75, secondo cui «Übereinstimmung gemäss einem Verhältnis»; di HEIDEGGER,

dell'ipotesi nello schema del contratto di assicurazione, fa sì che l'analogia possa essere reputata tale da applicare ai contratti derivati di copertura, a tacer d'altro, l'art. 1895, c.c.⁷⁵.

Identität und Differenz, Pfullingen, 1957, p. 10, «Zusammengehörigkeit von Identität und Differenz»; di LAKEBRINK, *Hegels dialektische Ontologie und die tomistische Analektik*, Ratingen bei Düsseldorf, 1955, p. 12, «Mitte zwischen Identität und Widerspruch»; SÖHNGEN, *Analogia entis in analogia fidei*, in *Antwort; K. Barth zum 70. Geburtstag*, 1956, p. 266, «Einheit der Entsprechung zwischen Wesensverschiedenen» (cfr. anche ID., *Analogie und Metapher, Kleine Philosophie und Theologie der Sprache*, Freiburg, 1962, *passim*); HEGEL, *Sämtliche Werke* (Ed. Glockner), 3, Auf., 1951, Bd., I, p. 31 ss., Bd. IV, pp. 508 ss., 525 ss., Bd. III, p. 594 ss., Bd. XVIII, p. 360, «dialektische Identität», «Einheit von Einheit und Gegensatz», «Identität der Identität und Nichtidentität».

⁷⁵ Un contratto può considerarsi atipico solo qualora mutino, rispetto all'ipotesi legale tipica, gli elementi essenziali, che connotano la sua funzione, tipizzata dalla legge. Non tutte le regole dettate dalle parti incidono, infatti, sulla funzione, contemplata dall'ordinamento. Alcune non hanno questa idoneità, in quanto regolano aspetti marginali, secondari o strumentali dell'assetto di interessi. Nei limiti in cui ciò si verifica la fattispecie concreta, pur non coincidendo completamente con quella determinata dal legislatore, continua ad essere inquadrata nello schema legale, che, sotto questo aspetto, presenta una certa elasticità (DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in ID. (a cura di), *Studi in onore di Cataudella*, cit., pp. 627 ss.). La differenza tra l'individuazione del diritto applicabile ai contratti tipici ed atipici è basata sull'esistenza della lacuna, che prescrive l'applicazione analogica, che è, nel nostro ordinamento, una forma eminente di *aequitas* costituita, espressione del principio di uguaglianza (cfr., per tutti, BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 111; CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, p. 1 ss; ALEXYS, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, pp. 220-221) e, quindi, di quelli di ragionevolezza e proporzionalità (DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 23 ss.). L'uguaglianza, nel suo nucleo forte, non solo è un principio costituzionale, ma non è derogabile da altre norme pur se munite di copertura costituzionale (Corte Cost., 28 gennaio 1986, n. 16). L'analogia è in quest'ambito il presupposto intergiuridico costituito dall'esigenza empirica di razionalità del governo della vita sociale, che si contrappone all'ingiustizia, alla casualità, all'imprevedibilità e all'arbitrio, la cui concretizzazione conduce a risultati analoghi e non identici a quelli a cui si perviene nell'ambito del contesto normativo formalizzato (FALZEA, *Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, p. 354 ss.). È il caso di precisare che, anche in quest'ambito, l'interpretazione orientata alla valutazione e all'idea del valore non nega affatto che gli interessi giuridici si compongono in sistema e l'ordinamento giuridico si palesa come un sistema di interessi unitario. L'accettazione dell'idea della norma come espressione di un giudizio di valore non priva di validità né l'idea di una razionalità dell'ordinamento giuridico, né in

In ogni caso, sarà decisivo il testo del regolamento contrattuale e la ricostruzione del suo significato nell'ambito della dinamica del rapporto fra le parti⁷⁶.

È, però, corretto assumere che un derivato protettivo non possa darsi senza enunciare l'effettiva titolarità del rapporto sottostante: sarebbe come assumere che si possa dare assicurazione senza enunciare l'efficacia pregiudizievole per la sfera patrimoniale dell'assicurato. La mancata enunciazione del rapporto sottostante equivarrebbe, in tal caso, alla mancata espressione della causa del contratto⁷⁷.

La non indicazione della sua reale causa o la sua grave opacità rendere il contratto derivato astratto nei termini che non sono consentiti dal nostro ordinamento giuridico e, quindi, nullo⁷⁸. Questa impostazione è adesso fatta propria anche dalla recente sentenza delle Sezioni Unite civili del 12 maggio 2020, n. 8770⁷⁹.

generale il metodo teleologico (orientato verso l'idea del valore). La comune applicazione dei principi, in primo luogo, di rango costituzionale e delle regole – anche della parte generale, che disciplina il contratto – espresse dalla legge ordinaria, nonché l'esistenza di un fittissimo numero di norme di legge, dettate per la disciplina dei singoli tipi legali, applicabili direttamente ai casi tipizzati, analogicamente ai casi simili e che possono anche condurre all'individuazione di principi impliciti, fa sì che, sul piano della normativa applicabile, vi sia tra contratti tipici ed atipici, piuttosto che un salto, una graduazione (CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 216).

⁷⁶ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Cont. impr.*, 2012, p. 1203.

⁷⁷ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 463 – 464.

⁷⁸ È questa una tendenza che si riscontra, in particolare, nei *credit default swap*, che presenta una struttura simile ai contratti di assicurazione. Cfr. ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., p. 97. Al sottotipo ha dedicato, di recente, un ampio saggio DANUSSO, *Interest rate swap, prezzo giusto e doveri di informativa con particolare riferimento ai derivati conclusi con gli enti locali nella giurisprudenza italiana e inglese*, in Gentili e Di Raimo (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario*, cit., pp. 31 e ss.

⁷⁹ Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, laddove afferma che: "La funzione che l'affare persegue va individuata esaminando il caso concreto e che, perciò, in mancanza di una adeguata caratterizzazione causale, detto affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito (o definibile)".

A più forte ragione, il contratto è nullo nel caso in cui la sua causa concreta è falsa⁸⁰. Senza tacere che, di recente, sebbene non sia condivisa da tutte le pronunce e da tutti gli autori, la giurisprudenza tende a considerare la presupposizione, in cui si dà rilevanza alla causa concreta del contratto⁸¹, piuttosto come una circostanza ad esso «esterna», che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia⁸². Non sarebbe necessario, quindi, farne oggetto neanche di un'enunciativa contrattuale per darle rilevanza⁸³.

La trasparenza ha un ruolo fondamentale anche nei derivati puramente speculativi⁸⁴.

Ormai da un certo tempo, si afferma la riconducibilità del contratto derivato alla scommessa⁸⁵. Lo si è già escluso per i derivati di copertura. Occorre verificare, adesso, se i contratti derivati puramente speculativi possano essere qualificati in tal modo.

La questione richiede delle minime considerazioni preliminari, in quanto è espressione della tendenza, emersa oltralpe, di attribuire al tipo sociale una specifica connotazione con l'obiettivo di inquadrarlo

⁸⁰ E in tal caso non è necessario effettuare neppure lo scrutinio della meritevolezza della causa, come invece sostiene Cassazione civile, sez. I, 31 luglio 2017, n. 19013, giacché è la stessa falsità del contratto, che lo rende nullo.

⁸¹ CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., spec. pp. 247 e ss; ID., *I contratti*, cit., pp. 105 e ss. e pp. 140 e ss., con esaustivi e puntuali richiami della dottrina e della giurisprudenza in materia. Segue l'orientamento della Cassazione Trib. Taranto sez. II, 18 novembre 2019, n. 2856, per il quale, se i contratti di "swap non sono realmente e chiaramente collegati con i mutui stipulati, ai sensi dell'art. 23 del d.lg. n. 58 del 1998, la causa tipica dei derivati viene meno ex art. 1322 c.c. e quindi non sono meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico".

⁸² Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, che è, evidentemente tributaria dell'opinione di BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., pp. 435 e ss.

⁸³ Sembra orientata in tal senso Cass., 31 luglio 2017, n. 19013.

⁸⁴ Per l'esame di un contratto derivato trasparente, cfr. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, ora anche in ID., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, cit., pp. 449 e ss. Sotto il profilo della trasparenza della causa, è interessante la sentenza del Trib. Milano, 13 maggio 2016, n. 6001, in cui si afferma che: "Nei contratti di *collar swap*, l'esistenza di un margine di redditività in favore di una delle parti è legittimo e si configura come elemento essenziale del contratto sul quale deve necessariamente convergere l'accordo negoziale delle parti a pena di nullità ex art. 1418 c.c.".

⁸⁵ Si esprime in tal senso MAFFEIS in tutte le sue opere, che si sono citate.

necessariamente in uno schema legale tipico (*Typenzwang*)⁸⁶. Nel nostro caso, la tendenza si concretizza nel considerare la scommessa come uno schema residuale, applicabile a tutte le ipotesi di contratti aleatori, la cui causa non sia altrimenti specificata, ma sia connotata solo dall'alea. Tale sarebbe il caso dei derivati puramente speculativi.

La critica a siffatto inquadramento si è, di recente, incentrata sul fatto che la scommessa è astratta e allo stesso tempo ha una causa suffissante debole: la sua disciplina è incentrata sulla soluti retentio, di modo che diviene fondamentale determinare le conseguenze, anche dal punto di vista della causalità dell'attribuzione patrimoniale, dell'art. 23, TUF, secondo cui: "Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile"⁸⁷.

In maniera molto più radicale, si esclude la rilevanza dell'inquadramento nel tipo, inteso come struttura contrattuale, e si assume che lo schema dello scambio sia nient'altro che 'una forzatura tecnica', che non consente di comprendere il senso delle operazioni economiche, di cui si dibatte, ed abbia, invece, importanza unicamente la funzione concreta del contratto derivato, che è individuata nella gestione del rischio da esso generato⁸⁸.

L'opinione si conforma alla più ampia prospettiva, che, partendo dalla distinzione tra il tipo, inteso come la struttura del contratto, e la causa, intesa come la sua funzione individuale⁸⁹, assume che, nel decidere sul singolo problema postosi in concreto, rileva, unicamente, l'assetto di interessi dal quale l'atto di autonomia trae origine

⁸⁶ RADKE, *Bedingungsrecht und Typenzwang*, Berlin, 2001, p. 47 ss., richiamato da ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., 139, nota 19, che rimanda anche a ID., *Note minime su "La libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 403.

⁸⁷ ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, cit., pp. 149 e ss.

⁸⁸ DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, cit., pp. 351 e ss.

⁸⁹ FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, p. 134.

e la causa concreta dell'atto, intesa come funzione 'socio-individuale' del contratto⁹⁰. Per individuare in che modo l'autonomia privata vada esercitata, in una prospettiva sistematica ed assiologia, bisogna tener presente che l'atto negoziale è valido non tanto perché voluto, ma se e soltanto se è destinato a realizzare, secondo un ordinamento fondato sul personalismo e sul solidarismo, un interesse meritevole di tutela. In antitesi con quanti individuano la causa del contratto nell'interesse dei contraenti in sé considerato, oppure in ciò che vuole il mercato, o reputano che la funzione sociale del contratto è il mercato, si patrocina che sono l'iniziativa economica, la proprietà e le loro tutele ad essere funzionalizzate per la realizzazione della persona umana, che è il valore primario⁹¹. Concretamente, il giudizio di meritevolezza del contratto deve svolgersi in modo che lo specifico atto, anche se tipico, sia meritevole di tutela in quel contesto particolare in cui opera e in base al suo complessivo contenuto. La tipicità assume così una funzione solo descrittiva e classificatoria. Si impone, invece, una nuova metodologia fondata sul problema concreto, piuttosto che sui concetti. Per individuare la disciplina applicabile non si dovrà sussumere l'atto nella fattispecie astratta, che connota il tipo legale, ma si dovranno impiegare i principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità.

Dall'esame delle norme del codice civile si evince, tuttavia, che i tipi contrattuali, che sono definiti come concetti di classe, consistono in veri e propri sistemi caratterizzati da elementi di complessità per gli elementi essenziali, che li compongono: siffatti elementi sono posti in un sistema di relazioni interno, caratterizzato dalla funzione dello schema tipico. Non si è di fronte a sistemi chiusi o, peggio ancora, autoreferenziali. Si tratta di sistemi aperti⁹². Lo stesso codice civile contiene, d'altronde, nell'ambito della disciplina degli stessi

⁹⁰ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, cit., pp. 391 e ss.

⁹¹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, pp. 9 ss.

⁹² Per ulteriori argomentazioni e riferimenti sia consentito rinviare alla mia voce *Tipo contrattuale (dir. civ.)*, pubblicata in *Diritto on line*, Treccani, rinvenibile all'indirizzo http://www.treccani.it/enciclopedia/tipo-contrattuale_%28Diritto-on-line%29/.

contratti tipici, numerose norme che consentono l'applicazione ad un tipo contrattuale della disciplina di un diverso tipo (cfr. artt. 1555, 1570, 1677, 1782, comma 2, c. c.). In questi casi, se non si trattasse di ipotesi tipiche, il ricorso all'analogia sarebbe agevole. Qui il criterio della compatibilità sembrerebbe preferito, perché l'analogia nel nostro ordinamento ha, per espressa previsione di legge (art. 12, disposizioni della legge in generale), funzione integrativa dell'ordinamento giuridico. Le differenze della disciplina applicabile, rinvenibile utilizzando il criterio della compatibilità o quello dell'analogia, non sono, comunque, così degne di nota come, a prima vista, si potrebbe immaginare: in entrambi i casi occorrerà sempre ricercare la ratio legis della norma da utilizzare, valutando il contesto normativo in cui si inserisce alla luce della ratio (i. e. causa) dell'atto di autonomia privata, sebbene, come meglio si vedrà in seguito, il potere del giudice di conformare la disciplina di legge al caso concreto sia più ampio nell'ipotesi di analogia (arg. ex art. 12, disposizioni sulla legge in generale). Ai contratti tipici, si applicano le norme di parte generale e quelle specifiche che regolano la fattispecie legale. Non è però da escludere che alcune regole, seppure dettate per un singolo contratto tipico, abbiano una portata che lo trascende, come accade in ipotesi di evizione, in cui la regola dettata in tema di compravendita è applicata a tutti i contratti onerosi. In ogni caso, la comune applicazione dei principi, in primo luogo, di rango costituzionale e delle regole – anche della parte generale, che disciplina il contratto – espresse dalla legge ordinaria, nonché l'esistenza di un fittissimo numero di norme di legge, dettate per la disciplina dei singoli tipi legali, applicabili direttamente ai casi tipizzati, analogicamente ai casi simili e che possono anche condurre all'individuazione di principi impliciti, fa sì che, sul piano della normativa applicabile, vi sia tra contratti tipici ed atipici, piuttosto che un salto, una graduazione⁹³.

Da ciò la persistente rilevanza pratica del dibattito, sviluppatosi sulla natura giuridica degli specifici contratti derivati, e, in particolare, sulla loro assimilabilità al contratto di assicurazione, piuttosto che alle scommesse, così come la disputa sulla natura residuale del

⁹³ CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 216.

contratto di assicurazione per i contratti aleatori con funzione di copertura dei rischi, da un lato, e sulla natura residuale della scommessa per i contratti con connotazione puramente speculativa, che, se affermate, escluderebbero la natura atipica dei derivati⁹⁴.

Con queste precisazioni, può essere meglio affrontata la discussione sulla individuata natura giuridica di scommesse dei contratti derivati speculativi⁹⁵ e, di conseguenza, sul ruolo, che la trasparenza ha in tale ambito.

Si assiste infatti, ad una singolare situazione: la scommessa, di cui è stata perfino dibattuta la natura contrattuale⁹⁶, non è definita nel codice civile⁹⁷. I suoi elementi connotanti – che sono stati individuati nella creazione artificiale dell’alea e nel carattere bilaterale di siffatta alea, che ne individua la corrispettività, oltre che nella situazione,

⁹⁴ Dell’attualità di siffatti problemi è testimone l’ampia loro trattazione, contenuta in ANGELICI, *Alla ricerca del “derivato”*, cit., pp. 147 e ss., dove sono rinvenibili anche precise e puntuali indicazioni bibliografiche.

⁹⁵ Li considera sempre delle scommesse MAFFEIS, *op. ult. cit.*, passim. In giurisprudenza, tra le tante, Cassazione civile, sez. I, 08 maggio 2014, n. 9996, secondo cui: “Il contratto derivato rientra nella categoria della scommessa legalmente autorizzata, la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell’intermediazione finanziaria, risiede nella consapevole e razionale creazione di alee che, nei derivati c.d. simmetrici, sono reciproche e bilaterali. Costituisce, del resto, un dato acquisito il fatto che l’art. 1933 c.c. abbia un ambito di applicazione del tutto residuale, perché concernente esclusivamente le ipotesi di scommessa c.d. tollerata dal legislatore, mentre non riguarda affatto le scommesse legalmente autorizzate che, come tali, debbono attribuire azione per il pagamento”; Trib. Milano, 16 giugno 2015, secondo cui: “Nel contratto di swap la causa consiste nello scambio di due rischi connessi di talché la componente aleatoria costituisce la natura del derivato che può quindi qualificarsi come una scommessa legalmente autorizzata. Il *Mark to Market* costituisce l’oggetto del contratto in quanto rappresenta la sommatoria attualizzata dei flussi futuri attesi. Esso può definirsi come determinabile solo se nel regolamento contrattuale sia stata esplicitata la formula matematica attraverso cui sia possibile procedere all’attualizzazione dello sviluppo prognostico del contratto, risultando insufficiente il riferimento alle mere quotazioni di mercato”.

⁹⁶ BUTTARO, *Gioco e scommessa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XV, Roma, 1989, p. 2.

⁹⁷ Cfr., per tutti, ANNUNZIATA, *Dei singoli contratti – Del giuoco e della scommessa*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, 1998-2000, Milano, 2001, p. 1195-1216.

per la quale le parti del contratto di scommessa non partecipano alla ‘partita’⁹⁸ – sono, piuttosto, il frutto di un ampio dibattito dottrinale. La disciplina di legge della scommessa è incentrata, soprattutto, sul problema della *soluti retentio* e della sua giustificazione, che è stata individuata, giova ricordarlo, nella bilaterale immoralità del contratto legalmente tipico e nella conseguente applicazione del principio *in pari causa turpitudinis*⁹⁹, di cui si rinviene peraltro una consistente rielaborazione nelle, più recenti, argomentazioni dell’immoralità unilaterale e tipica della negoziazione dei contratti derivati¹⁰⁰; oppure, nel dispositivo dell’adempimento dell’obbligazione naturale, che la connoterebbe positivamente come dovere morale e sociale, ma nell’ambito della proporzionalità del gioco con la ‘posta’¹⁰¹; o nella considerazione della natura reale del contratto¹⁰², o, infine, nella sua neutralità, che sembrerebbe incentrata sulla spontaneità dell’adempimento¹⁰³. Si tratta, comunque, di un contratto, che fuoriesce dal paradigma utilitaristico¹⁰⁴.

La disciplina contenuta nell’art. 23 TUF, se intesa nel senso che i contratti derivati, nonostante siano delle scommesse, sono ciò nonostante muniti di azione – che appare la ratio più realisticamente utilizzata nel momento, in cui fu emanata tale disciplina, dato che, all’epoca la giurisprudenza disconosceva azione ai contratti derivati di swap, proprio perché li considerava delle scommesse non munite,

⁹⁸ BUTTARO, *Gioco e scommessa*, cit. Le opinioni sono, come spesso capita, ben più d’una.

⁹⁹ Cfr. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 135 ss e p. 286 ss. e BONFANTE, *Le obbligazioni naturali e il debito di gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 128 ss.

¹⁰⁰ Cfr. MAFFEIS, *Il conflitto di interessi e la tutela degli investitori*, cit., p. 251 e ss.

¹⁰¹ L’opinione, che risale a Pothier, fu ripresa da MANENTI, *Del giuoco e della scommessa dal punto di vista del diritto romano e moderno*, in *Appendice a F. Gluck, Commentario delle pandette*, XI, Milano, 1903, p. 788 ss.; e, poi, fu fatta propria, tra gli altri, da POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 93 e p. 167.

¹⁰² PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, pp. 118 e ss. e pp. 149 e ss.

¹⁰³ FERRI, *La neutralità del gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 47.

¹⁰⁴ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., pp. 422 e ss.

come tali, di azione¹⁰⁵ –, sebbene stravolga la natura del contratto di scommessa, ignorandone la ratio originaria, è oggi priva di valore pratico alla luce del fatto che la meritevolezza del contratto va ricercata anche nei contratti legalmente tipici, che debbono essere meritevoli di tutela giuridica al di là dell'inquadramento in uno schema legale tipico¹⁰⁶, oltre che in quelli atipici (arg. ex art. 1322, c.c.)¹⁰⁷. Se invece i contratti derivati non sono delle scommesse, la solenne disapplicazione dell'art. 1933, c. c., attuata dall'art. 23 TUF, è inutile.

In ogni caso, è necessario che sussista la meritevolezza degli interessi dei singoli contratti derivati, anche nel caso in cui fossero reputati, di volta in volta, delle scommesse.

Seguendo un diverso percorso, vi è chi individua la giustificazione dei contratti derivati, non tanto nel loro inquadramento nell'ambito della scommessa legalmente autorizzata, che, se razionalmente orientata, giustificherebbe in sé l'atto¹⁰⁸, quanto, più in particolare, nel fatto che la negoziazione in mercati regolamentati dei derivati ne consentirebbe l'astrazione dalla loro causa in ragione del fatto che il loro commercio si svolge in siffatto ambito, dove le forme tecniche di negoziazione sono volte a tutelare l'interesse prevalente della logica collettiva del mercato¹⁰⁹. Il derivato OTC concluso a condizioni diverse da quelle di mercato, invece, non sarebbe “in effetti realmente un derivato, poichè la struttura contrattuale svolge un ruolo diverso da quello tipico”¹¹⁰. Per i derivati OTC la soluzione dovrebbe conseguire, al di là di alcune specificità, dal loro confronto con le condizioni di mercato dei derivati negoziati nei mercati regolamentati¹¹¹.

¹⁰⁵ Si rinvia a VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, pp. 118 e ss., che contiene un'ampia e ragionata analisi della giurisprudenza e della dottrina formatasi nel tempo in questa materia.

¹⁰⁶ Per tutte, Cass., 8. Maggio 2006, n. 10490.

¹⁰⁷ Cfr. amplius, DEL PRATO, *Requisiti del contratto*, cit., p. 59 ss.

¹⁰⁸ Così, invece, reputa Cassazione civile, Sez. I, 08/05/2014, n. 9996.

¹⁰⁹ ANGELICI, *Alla ricerca del “derivato”*, cit., spec. pp. 144 e ss.

¹¹⁰ ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 181.

¹¹¹ ANGELICI, *op. ult. cit.*, p. 182 ss.

Si comprendono le realistiche considerazioni, volte a dare un senso compiuto ad una prassi ormai ampiamente diffusa, ma siffatta giustificazione, tipologica e metaindividuale, non esclude che un singolo derivato speculativo possa essere collocato o negoziato come un derivato di copertura. Allo stesso tempo, se si considerano le sentenze della Suprema Corte di Cassazione, che, pur riconoscendo l'azione per danni, negano l'invalidità del derivato nell'ipotesi di comportamenti poco trasparenti dell'intermediario¹¹², la giustificazione determina, in concreto, una immunità dal diritto comune. Non è un caso che il mercato finanziario appaia, ormai, agli occhi di autorevoli osservatori come un 'mercato d'azzardo'¹¹³.

Proprio nella prospettiva della tutela dei mercati regolamentati e della giustificazione sociale dei contratti derivati, dovrebbe, invece, essere giuridicamente rilevante per la invalidità anche dei contratti negoziati nei mercati regolamentati che, com'è già accaduto¹¹⁴, al-

¹¹² Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

¹¹³ ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, spec. pp. 69 e ss.

¹¹⁴ Decisione della Commissione Antitrust UE in data 4 dicembre 2013, con cui la Commissione ha sanzionato otto istituti finanziari internazionali per un ammontare totale pari a € 1,71 miliardi per aver partecipato ad un'intesa nei mercati finanziari dei derivati relativi allo Spazio Economico Europeo. Quattro degli istituti coinvolti hanno partecipato ad un cartello avente ad oggetto la fissazione di tassi in euro, mentre altri sei hanno aderito ad intese bilaterali relative alla fissazione di tassi in yen giapponese. L'intesa è stata effettuata in ambito di derivati finanziari espressi in Euro (EIRD). Il cartello in ambito EIRD ha operato tra settembre 2005 e maggio 2008. Coinvolte erano Barclays, Deutsche Bank, RBS e Société Générale. Tramite lo scambio di informazioni, l'intesa mirava a distorcere e manipolare il procedimento di fissazione del prezzo di specifici componenti dei derivati in relazione al tasso di riferimento EURIBOR. L'indagine della Commissione era iniziata in ottobre 2011 ed il procedimento era stato avviato nel marzo 2013. Mentre Barclays ha beneficiato di immunità totale dalla multa per aver rivelato l'esistenza dell'intesa anti-concorrenziale ed aver collaborato con la Commissione, Deutsche Bank, RBS and Société Générale hanno ricevuto una riduzione della multa per il loro atteggiamento collaborativo e per aver partecipato alla settlement procedure. L'intesa è stata effettuata anche in ambito di derivati finanziari espressi in Yen (YIRD). In ambito YIRD, la Commissione ha scoperto sette diverse infrazioni bilaterali di durata variabile da uno a dieci mesi tra gli anni 2007 e 2010. Anche in questo caso l'accordo prevedeva lo scambio di informazioni sen-

cuni operatori manipolino, attraverso delle intese illegali, le reference entities al punto da escludere la bilateralità dell'alea, che è propria perfino delle scommesse, legalmente autorizzate o meno che siano¹¹⁵. Siffatta situazione rileva come causa di nullità del contratto, quando è precedente o coeva alla negoziazione o alla stipulazione del contratto derivato o è, comunque, preordinata a tal fine dall'inizio¹¹⁶, mentre costituisce, nell'ipotesi in cui sopravvenga nel corso dell'esecuzione del contratto, un caso di risoluzione per la sopravvenuta perversione e non realizzabilità in concreto della causa del con-

sibili tra traders. Coinvolte erano UBS, RBS, Deutsche Bank, Citigroup e JPMorgan, ed il broker RP Martin, per aver agevolato le banche nelle loro condotte. La Commissione aveva avviato il procedimento nel febbraio 2013. Sia UBS che Citigroup hanno beneficiato di piena immunità dalla multa, la prima per aver rivelato l'esistenza dell'intesa anti-concorrenziale, la seconda in relazione alla sua partecipazione ad un accordo bilaterale. Per il loro atteggiamento cooperativo, la Commissione ha concesso una riduzione delle ammende a Citigroup, Deutsche Bank, RBS e RP Martin. Gli istituti bancari hanno beneficiato di un'ulteriore riduzione del 10% per aver aderito alla settlement procedure. L'investigazione è tuttora in corso per il cash broker ICAP. Cfr. amplius, il testo rinvenibile su <http://www.osservatorioantitrust.eu/it/la-commissione-europea-pubblica-le-decisioni-sui-cartelli-dei-derivati-euribor-e-libor/>.

¹¹⁵ Sulla bilateralità dell'alea dei contratti derivati anche se li si considera delle scommesse cfr. gli scritti, più volte menzionati, di Maffesi, che contengono numerosi riferimenti giurisprudenziali in materia. Si può dibattere se i contratti aleatori debbano avere un'alea bilaterale (cfr. NICOLÒ, *Alea*, cit., pp. 1029 ss.), oppure possano, in talune circoscritte ipotesi, avere anche un'alea unilaterale (cfr. A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti*, cit., spec. pp. 296 e ss.), ma, la stessa definizione del derivato, in quanto determina la possibilità di un guadagno o di una perdita, potenzialmente illimitata, esclude l'unilateralità dell'alea, anche se lo si considera come una scommessa (sulla bilateralità dell'alea delle scommesse cfr., per tutti, BUTTARO, *Gioco e scommessa*, cit., pp. 3 e ss.; A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti*, cit., pp. 293 e ss.). In ogni caso, se la certezza della perdita sussiste per la parte perdente, il contratto di scommessa è nullo (A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti*, cit., p. 278). In tal senso, con riguardo ai contratti di interest rate swap, Trib. Milano, sez. VI, 22 dicembre 2015, n. 14622.

¹¹⁶ Con riguardo alla nullità dei contratti derivati in cui difetti la bilateralità dell'alea cfr. Trib. Salerno, 2 maggio 2013 e Trib. Modena 23 dicembre 2011, in *Contr.*, 2012, pp. 130 e ss. In dottrina, per tutti, IRRERA, *Aleatorietà*, cit., spec. p. 132.

tratto. Ciò corrisponde al significato minimo della causa del contratto, intesa come «garanzia minima, corrispondente con la stessa razionalità dell'affare in termini di iniziale realizzabilità e possibilità dell'operazione, come prefigurata nell'autoregolamento di interessi»¹¹⁷, e concretizza un “difetto della base contrattuale o della ragione presupposta”, oltre che una “causa destinata a fallire”¹¹⁸.

Muove, quindi, meritoriamente contro la giustificazione astratta dei contratti derivati l'utilizzazione da parte della giurisprudenza della causa concreta del contratto, che ha avuto una significativa applicazione anche in un contesto, che, sebbene sia diverso, è particolarmente significativo anche nel caso in cui siano stati stipulati dei contratti derivati¹¹⁹.

Il caso molto noto conceneva l'ipotesi di un contratto, che è stato reputato dalla Suprema Corte non “meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., perché la struttura negoziale (che prevedeva l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento) poneva l'alea della operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate ad un saggio d'interesse non tenue, non aveva una certa prospettiva di lucro, laddove invece la banca conseguiva vantaggi certi e garantiti. Né il rischio dell'inadempimento del risparmiatore poteva farsi rientrare nell'alea contrattuale, aleatori così incidendo nel meccanismo funzionale del rapporto, atteso che l'interesse al corretto adempimento del proprio debitore è circostanza comune ad ogni contratto”¹²⁰.

¹¹⁷ È questa la definizione della causa del contratto di NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 236.

¹¹⁸ BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: le tutele*, cit., pp. 259-260.

¹¹⁹ Cfr. IRRERA, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, cit., passim. Sul giudizio di meritevolezza dei contratti derivati cfr anche la recente indagine di PAGLIANTINI, *Ancora sulla saga dei contratti derivati (note minime sul principio di effettività e sui c. d. vizi del XXI secolo*, in Gentili e Di Raimo (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie e profili di sistema*, cit., p. 106 ss.

¹²⁰ Cass., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950. Analogamente, Cass., sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4907, secondo cui: “Non è meritevole di tutela, e va dichiarata nulla ex art. 1322 c.c. l'operazione finanziaria complessa consistente in un piano

E' molto significativo, in tale ambito, che la Corte di Cassazione confermi, nell'ambito del sindacato della causa concreta del contratto, che "i fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro, vale a dire i controlli di meritevolezza di tutela degli interessi (art. 1322 c.c.) e di liceità (art. 1343 c.c.)".

E' questo un indirizzo che si conforma alle caratteristiche della legislazione dell'Unione europea, che, già in sé considerate, indirizzano l'attenzione del giurista verso il concreto assetto di interessi voluto dalle parti e tendono a valorizzare la causa concreta del contratto, almeno nei paesi, come il nostro, in cui il requisito causale è richiesto per la sua stessa rilevanza giuridica, dato che la sua meritevolezza, va ormai ricercata anche nei contratti legalmente tipici, che debbono essere meritevoli di tutela giuridica al di là dell'inquadramento in uno schema legale tipico¹²¹, oltre che in quelli atipici (arg. ex art. 1322, c. c.), ed esprime una ormai costante tendenza della giurisprudenza italiana, che prescrive di effettuare il giudizio di meritevolezza alla luce dei valori espressi dalla Costituzione, dei principi espressi dall'ordinamento dell'Unione Europea e da quelli desumibili dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, muovendo proprio da una definizione della causa concreta del contratto, che è stimata essere la funzione economico – individuale del singolo

di investimento vincolato, a lunga durata, nel quale il cliente non acquisisce la disponibilità della somma di denaro concessa in finanziamento: tale operazione configura un contratto atipico che, però, non supera il vaglio di meritevolezza comportando uno squilibrio abnorme tra le controprestazioni, a favore di un operatore specializzato e professionale qual è la banca"; App. Napoli, sez. III, 16 febbraio 2017, n. 725, ha statuito che: "È nullo, per contrarietà all'art. 1322 c.c., il piano finanziario che trasferisce tutta l'alea in capo ad una sola parte, il risparmiatore (Nella specie, viene ritenuto non meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c. un piano di finanziamento in base al quale l'intera somma concessa in finanziamento al risparmiatore viene impiegata nell'acquisto di obbligazioni e quote di un fondo comune azionario, con costituzione di pegno, in favore della banca, di tali titoli; proposta in alcun modo negoziabile, con un vantaggio certo per l'intermediario e in cui l'alea ricade solo in capo al risparmiatore)".

¹²¹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490.

e specifico contratto, lo scopo pratico del negozio, la sintesi degli interessi, che è praticamente diretto a realizzare, ed è distinta dalla causa, intesa come funzione economico – sociale, che è definita astratta¹²².

In tal modo, si conferma la tendenza del diritto civile a porsi come diritto comune con una spiccata dignità assiologica¹²³.

La causa ha, quindi, anche nei contratti derivati speculativi un fondamentale compito di trasparenza da svolgere.

Lo testimoniano, tra l'altro, le recenti pronunce e indagini sui costi impliciti dei contratti derivati. È noto che, secondo una diffusa opinione, i derivati sono definiti come contratti il cui *'payoff'* (inteso come esito o risultato, espresso in unità monetarie o di utilità, delle

¹²² Cass., 8. Febbraio 2013, n. 3080. Trib. Parma, 11 ottobre 2017, n. 1388, secondo cui: “È nullo il contratto atipico avente ad oggetto un piano finanziario qualora l'interesse perseguito mediante lo stesso sia fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri, non è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., comma 2, ponendosi in contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 Cost., sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza, anche privata, sicché è inefficace ove si traduca nella concessione, all'investitore, di un mutuo, di durata ragguardevole, finalizzato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziatrice, e nel contestuale mandato conferito a quest'ultima per l'acquisto dei prodotti anche in situazione di potenziale conflitto di interessi”. Interessante è la sentenza del Trib. Torino, sez. I, 12 settembre 2017, secondo cui: “In tema di intermediazione finanziaria sono nulle le operazioni di investimento (nella specie: contratto swap) compiute da una banca in assenza di sottoscrizione del contratto c.d. “quadro”, ex art. 23 d.lgs. 58/1998, per carenza del requisito di forma previsto dalla legge, a nulla valendo una ratifica tacita che sarebbe affetta dallo stesso vizio di forma”. Sotto un distinto profilo è significativa la sentenza del Trib. Torino, sez. I, 26 settembre 2017, n. 4507, secondo cui: “È nullo il contratto di swap nel quale non sia stato previsto il diritto di recesso. La sottoscrizione del contratto finanziario swap costituisce negoziazione di uno strumento finanziario ai sensi del tuf con conseguente previsione del diritto di recesso previsto dall'art. 30 tuf, ne consegue la nullità del contratto di swap nel quale non è stato previsto tale diritto di recesso”.

¹²³ DEL PRATO, *Requisiti*, cit., p. 36.

decisioni di uno o più agenti economici) è pari a zero¹²⁴. Ciò nonostante, è diffusa la prassi di addossare all'investitore dei costi c. d. impliciti, che integrerebbero "secondo la prassi" la misura della remunerazione dell'intermediario. Da ciò la necessità, alla luce della causa del contratto, di esplicitare nel contratto il valore del derivato e gli eventuali costi impliciti, che incidono sull'alea e, sicuramente quando toccano i suoi elementi primari, incidono sulla stessa validità del contratto¹²⁵. Solo così si è in presenza di un'alea trasparente e, quindi, razionale¹²⁶.

¹²⁴ Ciò non è sempre vero, in quanto, allorché la consegna del sottostante è prevista ed è effettuata, si genera normalmente un surplus a favore di una delle due parti. LYNCH, *Derivatives: A Twenty – First Century Understanding*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2012, p. 34.

¹²⁵ Trib. Milano, 8 marzo 2018, n. 2807, ha stabilito che: "L'accordo negoziale delle parti deve avere ad oggetto anche il margine di redditività in favore dell'intermediario, in quanto esso influisce sulla misura dell'alea. In difetto di consenso negoziale sul punto, l'intero contratto è nullo ex art. 1418 c.c, a prescindere dalla qualificazione del cliente. E' perciò irrilevante verificare se un cliente professionale sia o meno nelle condizioni per poter desumere l'esistenza di tali costi impliciti dalla struttura del contratto".

¹²⁶ In tal senso, Cass., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, secondo cui: "Restano infatti aperti i problemi generali relativi alla determinatezza (o determinabilità) dell'oggetto del contratto; quelli secondo i quali la validità dell'accordo va verificato in presenza di un negozio (tra intermediario ed ente pubblico o investitore) che indichi (o meno) la misura dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi, perché il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali, intese come specie evoluta delle scommesse di pura abilità. E tale accordo sulla misurabilità/determinazione dell'oggetto non deve limitarsi al criterio del *mark to market*, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici, poiché il primo è semplicemente un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell'alea. Esso deve concernere la misura qualitative e quantitativa dell'alea e, dunque, la stessa misura dei costi, pur se impliciti". App. Milano, sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459; e Trib. Milano, sez. VI, 13 settembre 2016, n. 10049, limitano, invece, la tutela al risarcimento dei danni, statuendo che: "In seguito all'accertamento di diverse criticità del contratto finanziario di Interest Rate Swap e, in particolare, della mancanza di funzione di piena copertura da parte dell'operazione in strumenti derivati e della presenza di commissioni occulte in danno alla società investitrice di rilevante ammontare, unitamente al fatto che la banca aveva proposto al cliente un contratto quadro privo dell'indicazione esplicita di un elemento essenziale qual è il *mark to market* al

momento della sua stipula e perfino del metodo di calcolo del medesimo, il tribunale ha affermato la responsabilità extracontrattuale della banca e ha riconosciuto all'investitore il risarcimento di tutti i danni subiti, corrispondenti esattamente ai differenziali maturati e corrisposti, nonostante abbia al contempo confermato la classificazione dell'investitore quale operatore qualificato". *Amplius*, MAFFEIS, *Trasparenza e spessore del mercato dei derivati*, cit., p. 423-424. Cassazione civile, sez. III, 28 luglio 2017, n. 18781, afferma, invece, che: "Il contratto di "interest risk swap" con "up front" (cioè con effettivo finanziamento iniziale da restituire) non è di per sé nullo per difetto o illecità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti, sicché il detto contratto deve ritenersi valido se la causa aleatoria del contratto di "swap" e quella del sottostante rapporto di finanziamento, pur collegate, restano autonome e distinte, senza risultare snaturate e senza comportare alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale". Diversamente, sebbene con riferimento ad una disciplina specifica, Trib. Milano, sez. VI, 04 aprile 2017, n. 3845, secondo cui: "L'art. 41 della l. 448/2001 consente agli enti pubblici territoriali di rinegoziare il proprio indebitamento solo in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano di ridurre il valore finanziario delle passività totali a carico dell'ente, al netto delle commissioni e dell'eventuale retrocessione del gettito dell'imposta sostitutiva. Ai sensi dell'art. 41.1 della l. 448/2001, pertanto, gli enti locali possono stipulare contratti derivati al fine di contenere il costo dall'indebitamento nei limiti stabiliti con successivo decreto ministeriale del Ministero delle economia e delle finanze, da emanare in concerto con il Ministero dell'Interno e sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del dlgs. 281/1997. In attuazione di tale disposizione, l'art. 3 D.M. dell'Economia e delle Finanze adottato di concerto con il Ministero dell'Interno l'1.12.2003, n. 389 consente agli enti locali, alla lettera d), l'acquisto di collar di tasso di interesse in cui all'acquirente viene garantito un livello di tasso di interesse da corrispondere, oscillante all'interno di un minimo ed un massimo prestabiliti. In altre parole la stipulazione di collar è consentita solo qualora con tale contratto l'amministrazione acquisti la possibilità di contenere, entro dei limiti minimi e massimi prefissati nel tasso strike, l'oscillazione del tasso di interesse relativo ad altro diverso contratto. Tale interpretazione autentica della disposizione richiamata è veicolata dalla Circolare del 27 maggio 2004 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, pubblicata in G.U. 3.6.2004, n. 128 nella quale il Ministero ha specificato che "è implicito nell'acquisto del collar l'acquisto di un cap e la contestuale vendita di un floor, consentita unicamente al fine di finanziare la protezione dal rialzo del tasso di interesse fornita dall'acquisto del "cap". Tali disposizioni sono poste a presidio della stabilità patrimoniale degli enti locali, interesse avente rilevanza costituzionale a norma dell'art. 119 Cost. (resa tanto più evidente dalle modificazioni introdotte a tale disposizione con l'art. 4.1 lett. a) della l. cost. 1/2012), come efficacemente rilevato anche dalla Corte Costituzionale con riferimento a normativa analoga a quella richiamata (ossia l'art. 62 del d.l. 112/2008). La Corte costituzionale

Si conferma, in altri termini, che la luce del sole è il più efficace antisettico¹²⁷.

ha, infatti, evidenziato come i “derivati finanziari scontino un evidente rischio di mercato, non preventivamente calcolabile, ed espongano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all’atto della stipulazione del contratto, utilizzando per l’operazione di investimento un contratto con caratteristiche fortemente aleatorie per le finanze dell’ente. Si tratta, pertanto, di una disciplina che, tutelando il mercato e il risparmio, assicura anche la tutela del patrimonio dei soggetti pubblici. Non può quindi dubitarsi che l’art. 41 della l. 448/2001 e l’art. 3 del DM 389/2001 debbano essere qualificate come norme imperative poste a tutela dell’ordine pubblico economico, la cui violazione comporta la nullità del contratto ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c.. Come già evidenziato l’acquisto di un’opzione collar prevede per definizione l’acquisto di un’opzione cap e la contestuale vendita di un’opzione floor. Perché un soggetto possa dire di aver acquistato un collar, la vendita del floor deve essere finalizzata all’acquisto di un cap (come evidenziato dalla Circolare interpretativa richiamata). Segue che l’importo derivante dalla vendita dell’opzione floor non può essere superiore a quello relativo all’acquisto del cap, diversamente l’ente pubblico non avrebbe acquistato copertura dal rischio di rialzo dei tassi di interesse ma l’avrebbe venuta, in violazione della disciplina a tutela della stabilità patrimoniale dell’ente pubblico locale. Nel caso di specie, anche considerati i margini di costo sostenuto da Banca [...] per la conclusione ed esecuzione del contratto, il valore dell’opzione venduta dal Comune è superiore di oltre 380.000 euro rispetto a quella contestualmente acquistata, di tal che deve concludersi che le parti hanno pattuito, in violazione dell’art. 41 della l. 448/2001 letto in combinato disposto con l’art. 3.2, lett. d) del DM 289/2003, che il Comune vendesse (e non acquistasse) il collar oggetto di causa. *Il contratto deve, quindi, essere dichiarato nullo ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c.*”.

¹²⁷ “As the expression goes, sunshine is the strongest antiseptic” secondo STIGLITZ, *Information and the change in the paradigm in economics*, cit., p. 490.

NICOLA CIPRIANI
Professore ordinario di diritto privato
LUM Jean Monnet

APPUNTI SUL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Premessa. Il recente dibattito sulla meritevolezza del contratto: gli interrogativi ricorrenti quale traccia per una riflessione. – 2. Autonomia privata e ruolo del giudizio di meritevolezza. – 3. Il contenuto e i parametri del sindacato sulla meritevolezza del contratto. – 4. Applicabilità del giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici o anche ai contratti tipici. Il caso delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione. – 5. La meritevolezza negli atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* – 6. Conclusioni.

1. *Premessa. Il recente dibattito sulla meritevolezza del contratto: gli interrogativi ricorrenti quale traccia per una riflessione.*

La tematica del giudizio di meritevolezza del contratto pone l'interprete di fronte a una riflessione complessa e nello stesso tempo di stringente attualità, chiamandolo a misurarsi con un panorama di opinioni di dottrina e giurisprudenza estremamente vario e connotato da approcci spesso molto diversi¹. Tale varietà di posizioni, del resto,

¹ Per le varie prospettive, oltre ai contributi che si richiameranno nel prosieguo, con particolare riferimento al dibattito più recente sul tema v. innanzi tutto MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017; LENER, *Il nuovo "corso" giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss.; MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, in *Annali Sisdic*, 2018, p. 123 ss.; FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Jus civile*, 2017, p. 410 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio (a cura

non può sorprendere, se appena si pensa che il tema costituisce una declinazione di una problematica, quella della causa, da sempre tra le più travagliate, discusse e sfuggenti della teoria del contratto.

Negli ultimi anni il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sull'ar-

di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 394 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 573 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789 ss.; GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in Conte e Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, III, Mantova, 2017, p. 57; LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Arch. ric. giur.*, 2016, p. 195 ss. (che si legge in edizionicafoscari.unive.it).

gomento si è fatto serrato: anzi, proprio alcuni interventi in sede giurisdizionale², nel raccogliere gli spunti della dottrina³, hanno dimostrato l'utilità del concetto, che a lungo era rimasto un po' sonnecchiante, in una sostanziale identificazione con la liceità.

Volendo tentare – con una necessaria semplificazione – di tracciare un percorso ricostruttivo, si può prendere le mosse da alcuni interrogativi, che costituiscono del resto delle costanti nelle riflessioni sull'argomento: in che cosa consiste e a che cosa serve il giudizio di meritevolezza; se esso debba riguardare soltanto i contratti atipici o anche quelli tipici; se il giudizio di meritevolezza conosca delle particolari 'declinazioni', in relazione a ipotesi peculiari e a norme diverse dall'art. 1322 c.c.

² Si pensi, per tutte, all'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite del 19 gennaio 2018, n. 1465 (per i riferimenti alla quale v. *infra*, nota 40) con la quale la terza sezione della Corte di cassazione ha sollecitato un nuovo intervento chiarificatore in materia di clausole *claims made*, nonché alla conseguente Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437 (riferimenti *infra*, nota 41) con la quale i giudici di legittimità sono (nuovamente) intervenuti nel tentativo di risolvere le aporie che connotano il modello assicurativo. Sul tema, anche per ulteriori riferimenti, v. *infra*, § 4.

Altro filone nel quale si è puntato su un rinnovato ruolo della meritevolezza è quello dei contratti di intermediazione finanziaria, nei quali la non corretta distribuzione dell'alea contrattuale è stata sovente reputata ragione di immeritevolezza del contratto: v. ad es. Cass., ord. 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

In argomento, tra i molti, e in una ovvia varietà di ricostruzioni v. in particolare MAFFEIS, *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in *dirittobancario.it.*, 2013; DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 308 ss.; PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 383 ss.; MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, p. 180 ss.; A. TUCCI, *La meritevolezza degli interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, in Volpe (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, Bari, in corso di stampa, §§ 1 ss.

³ Per una pregevole riflessione sulla necessità del rapporto dialogico tra legislatore, dottrina e giurisprudenza, nella specifica prospettiva che in questa sede rileva, v. le recenti pagine di VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid juris?*, in Ricci (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 701 ss.

2. *Autonomia privata e ruolo del giudizio di meritevolezza.*

Il primo degli interrogativi che si sono appena tracciati impone una retrospezione. Infatti, è stato correttamente osservato⁴ che la definizione del concetto di meritevolezza è sempre stata legata al ruolo che di volta in volta si è assegnato all'autonomia negoziale. Del resto, che il riconoscimento di un potere regolativo ai privati non possa tradursi *sic et simpliciter* nel recepimento da parte dell'ordinamento di qualsivoglia contenuto purché non illecito è dato acquisito almeno dal tempo della 'causa sufficiente' di Pothier, che scardinava l'idea del "*solus consesus obligat*"⁵.

⁴ M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 789 ss.

⁵ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506 (in *Foro it.*, 2017, I, c. 1927, con nota di PALMIERI e R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*; *ivi*, I, c. 2721, con nota di TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*; in *Contratti*, 2017, p. 383 ss., con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*; in *Resp. medica*, 2017, p. 237 ss., con nota di PARTENZA, *La clausola claims made e le sezioni dis-unite della suprema corte: l'insostenibile incertezza del mercato*; in *Danno resp.*, 2017, con note di PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made, «code lunghe» e ostracismi giudiziali*, p. 441 ss.; MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, p. 452 ss.; LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, p. 461 ss.; GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, p. 469 ss.; in *Gazzetta forense*, 2017, p. 211 ss., con nota di SCUOTTO, *Sulla immeritevolezza della clausola claims made priva di postuma inserita in un contratto di assicurazione*; in *Corr. giur.*, 2017, con note di FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, p. 1191 ss.; e di MAGNI, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le Sezioni Unite)*, p. 1208 ss.; in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 1383 ss., con nota di LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*; in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 667 ss., con nota di DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made - Nomofilachia o disorientamento?*; in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 973 ss., con nota di BOITI, *Alcune riflessioni sulla distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza e clausole claims made*) ha di recente rilevato che «[l']immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà,

Orbene, in sede di codificazione il requisito della meritevolezza degli interessi fu pensato quale elemento di controllo del fatto che l'autonomia privata si muovesse in un perimetro tale da assicurarne anche l'apprezzabilità sociale, ovviamente nella prospettiva di verificarla alla luce dei principi di riferimento del legislatore dell'epoca⁶. È ben noto come la stessa relazione al Re tenesse questo profilo chiaramente distinto dalla liceità, intesa come non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume⁷.

Questo evidentemente consentiva di fare della meritevolezza degli interessi un elemento necessario della causa del contratto, la cui mancanza comporta, per l'appunto, un deficit causale rilevante *ex*

parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)».

⁶ V. sul punto le pagine di CALVO, *Causa e meritevolezza*, in Volpe (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, cit., § 1 ss.

⁷ La relazione del Guardasigilli al codice civile, al n. 613, affermava che «la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (ché allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'articolo 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica».

Peraltro, proprio la Relazione al Re probabilmente contribuì a favorire la deriva interpretativa che, ponendo al centro l'idea della causa 'in astratto', finì con il depotenziare l'elemento della meritevolezza, così in definitiva tradendo l'impostazione bettiana che ne aveva costituito l'ispirazione. Emilio Betti, infatti, nel definire la causa come funzione economico sociale del contratto, non ne affermava la valutazione in astratto ma, piuttosto, richiedeva che essa coniugasse l'interesse individuale con un interesse sociale (*Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 33 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*², 1960, p. 389 ss.). Sul punto, e sui travisamenti che non di rado hanno caratterizzato le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza, v. in particolare G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21 ss., spec. p. 42 ss.; PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei contratti: itinerari della meritevolezza*, cit., §§ 2-3; MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569 ss.

art. 1418, cpv., c.c. Il contratto non deve avere semplicemente una causa, ma deve avere una causa che generi un assetto di interessi ‘meritevole di tutela’ secondo l’ordinamento: ‘meritevole di tutela’, ossia idoneo a far scattare la protezione e il riconoscimento degli effetti da parte dell’ordinamento. A questa stregua, nella meritevolezza confluisce innanzi tutto il tema della ‘causa sufficiente’, o ‘adeguata’, o ‘idonea’, in una parola della solidità causale minima che l’ordinamento richiede per assicurare la produzione di effetti giuridici⁸.

Questa prospettiva è contrastata da una consolidata opinione, tuttora autorevolmente sostenuta, secondo la quale così ragionando si promuove una «*concezione dirigistica e paternalistica dell’autonomia privata*», mentre il giudizio sulla meritevolezza deve sostanzialmente sovrapporsi a quello sulla liceità, sí che «“interessi meritevoli” di tutela *ex art. 1322*² sono tutti quelli che *pur privi di positiva*

⁸ In questa prospettiva possono riportarsi nell’alveo del problema della meritevolezza anche le ipotesi nelle quali il deficit funzionale dell’accordo viene risolto dal legislatore mediante un rafforzamento della struttura della fattispecie: è il caso dei contratti reali, o almeno di quei contratti reali nei quali la consegna è prevista per l’appunto per dare maggiore solidità e oggettività alla fattispecie. Si pensi al deposito gratuito, al comodato, al mutuo gratuito, in relazione ai quali la dottrina storicamente si interroga sulla ammissibilità di un ‘doppio’ consensuale dei contratti reali, fornendo (neanche a dirlo[...]) soluzioni contrastanti. Da un lato vi è chi ritiene che lo schema tipico sia derogabile (MANZINI, *Sui contratti reali a titolo gratuito*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 943 ss., spec. p. 971 ss.; MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1999, p. 47; ID., *Consegna e forma nei contratti reali*, in *Arch. giur.*, 1993, p. 359 ss., spec. p. 423 ss.; CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova, 1998, p. 267 ss.), dall’altro chi, con argomenti più convincenti, individua nella consegna un elemento che l’ordinamento reputa indispensabile perché la fattispecie abbia quella solidità causale minima per la produzione di effetti (SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1971, p. 502 ss., spec. p. 547 ss.; ID., *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*³, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, I, p. 872 ss.). Così, il comodato o il deposito gratuito consensuali esattamente come la donazione di modico valore priva di consegna, non sono ammissibili perché, molto semplicemente, le mere promesse di comodare o di ricevere in deposito, ovvero di donare, non sono ‘meritevoli di tutela’ giuridica.

utilità sociale, non siano neppure socialmente dannosi e perciò illeciti»⁹.

È appena il caso di sottolineare che la questione chiama in causa una riflessione sui massimi sistemi che in questa sede può essere soltanto accennata¹⁰, con alcune inevitabili semplificazioni e con dei sicuri impoverimenti. Il punto, come si diceva poc'anzi, è nel ruolo che si deve assegnare all'autonomia privata: nel sistema costituzionale, l'efficacia giuridica dell'atto di autonomia non può più essere colta, secondo lo schema bettiano, nel binomio fattispecie (prodotta dai privati) - effetto (determinato dall'ordinamento), ma va configurata come momento di espressione di un potere regolativo. Tale potere, tuttavia, non è autoreferenziale e non può considerarsi espressione di un valore in sé¹¹, dovendo pur sempre trovare la propria giustificazione nei principi posti a fondamento del sistema¹². L'imprescindibilità del legame tra regola e principio – sia per la norma di legge sia per la norma posta dai privati – comporta che, quanto meno da questo specifico punto di vista, l'attività dell'interprete di fronte ai due fenomeni è simile: in entrambi i casi, l'interpretazione, che per sua natura si svolge in funzione applicativa, deve essere sistematica e assiologica¹³.

⁹ ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 346, corsivi nel testo. Nella medesima direzione, tra gli altri, v. spec. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 110 s.; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.

¹⁰ Per una efficace ricostruzione v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 1 ss., 175 ss.

¹¹ All'opposto, individua nell'autonomia negoziale un valore dell'ordinamento, «che in quanto tale necessita di essere bilanciato con altri valori», M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 803 ss.

¹² Per tutti v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, p. 314 ss.; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 597; ID., *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali Sisdic*, 2017, p. 14 ss.

¹³ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c.*

Così, da un lato la norma di legge è sottoposta al giudizio di legittimità, nel quale trova non soltanto il suo limite, in caso di contrasto insanabile e quindi di illegittimità, ma anche un fondamentale canone interpretativo, che ne consente e anzi ne impone la lettura “costituzionale”¹⁴. Dall’altro lato la regola posta dall’atto di autonomia trova il proprio fondamento assiologico¹⁵ in una verifica di compatibilità con il sistema che deve essere svolta sia in negativo (non essere contraria a norme imperative, ordine pubblico, buon costume), sia in positivo (attuare in concreto interessi meritevoli di tutela); e anch’essa, in questa operazione, trova non soltanto il suo possibile limite (illiceità, immeritevolezza), ma anche un fondamentale canone ermeneutico, che ne consente e ne impone la lettura o la riletture alla luce dei principi¹⁶.

e la nuova scuola dell’esegesi, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 111 ss., 289 ss., 568, 581; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L’interpretazione c.d. adeguatrice*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.; ID., *L’interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 423 ss.; ID., *Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili*, ivi, 2014, p. 770 ss.; PENNASILICO, *Metodo e valori nell’interpretazione dei contratti. Per un’ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 133 ss.

¹⁴ In questa prospettiva, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 553 ss.; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, cit., p. 593 ss. Nello stesso senso, v. anche GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 919; G. PERLINGIERI, *Sul giurista che come «il vento non sa leggere»*, ivi, 2010, p. 398.

¹⁵ In tal senso in particolare P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.; BIGLIAZZI GERI, *L’interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, 2013, p. 13.

¹⁶ Quanto appena rilevato induce a svolgere una breve riflessione per chiarire il diverso ruolo che svolgono l’interpretazione secondo buona fede e il giudizio di meritevolezza. Entrambi si caratterizzano quali momenti di verifica e di raccordo tra la regola privata e i principi fondamentali, ma si muovono su piani parzialmente diversi. Si potrebbe dire che l’attività dell’interprete nell’operare il giudizio di meritevolezza conduce a un risultato paragonabile a quello che, in relazione a una norma di legge, svolge una sentenza della Corte costituzionale di accoglimento (se il contratto è reputato non meritevole, quindi sanzionato con l’invalidità) o di rigetto (se il contratto è reputato meritevole, quindi valido). Diversamente, l’operare della buona fede interpretativa produce un risultato più simile a quello ottenuto,

Il giudizio di meritevolezza è quindi giudizio che si svolge non in negativo, come quello di liceità, bensì in positivo¹⁷, avendo ad oggetto il fatto che il contratto, o se del caso la singola regola negoziale, attui in concreto interessi meritevoli di tutela in quanto ricollegabili ai principi fondamentali del sistema.

Qui va innanzi tutto rimarcato un dato, che spesso è oggetto di equivoco in dottrina e, ancor più di frequente, in giurisprudenza: la meritevolezza è giudizio che va reso alla luce dei principi fondamentali, ma in positivo. Il contratto o la clausola che violino ingiustificatamente un principio costituzionale (ingiustificatamente nel senso di non trovare giustificazione in uno o più altri principi) non sono immeritevoli ma, più semplicemente, illeciti: in ragione della loro

sempre in relazione alla norma di legge, mediante una sentenza interpretativa o mediante una sentenza additiva: il regolamento incompatibile con i principi viene, nei limiti del possibile, parzialmente riletto, o se si preferisce riscritto, in una formulazione che ne preservi la compatibilità con il sistema costituzionale. Di conseguenza l'interpretazione secondo buona fede, nella misura in cui attiene alla fase della ricostruzione del regolamento contrattuale, si colloca in un momento che, sul piano logico, precede quello della verifica di meritevolezza. Per converso, mentre nell'interpretazione secondo buona fede può trovare spazio una attività conformativa del regolamento, ciò non dovrebbe accadere nel giudizio di meritevolezza.

Naturalmente l'individuazione della linea di confine tra i due momenti costituisce un aspetto problematico e che divide la dottrina. Contrario al riconoscere uno spazio all'intervento correttivo in sede di interpretazione è GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, p. 581 ss., il quale rileva che «l'interpretazione correttiva è non solo esclusa ma è una sgrammaticatura della grammatica giuridica. Non è interpretazione ma invalidazione». Diversamente, tra gli altri, PENNASILICO, *L'interpretazione tra legge e contratto. Spigolando da «Senso e consenso» di Aurelio Gentili*, in *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili*, Napoli, 2019, p. 11 ss., spec. 29 ss.

Sul tema sia consentito rinviare a CIPRIANI, *Buona fede e interpretazione*, in Ricci (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 413 ss.

¹⁷ Si tratta di una prospettiva largamente condivisa in dottrina. Per un'ampia trattazione si rinvia, in particolare, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 346 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 792 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 58 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 402; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 23 ss.

diretta applicabilità, i principi costituzionali sono norme inderogabili e comunque espressive dell'ordine pubblico, quindi la loro violazione comporta nullità per illiceità¹⁸. Immeritevole è invece il contratto o la clausola che crea un assetto di interessi che, pur non essendo illecito, non risulta attuativo – in positivo – di alcun principio.

3. Il contenuto e i parametri del sindacato sulla meritevolezza del contratto.

Nelle pagine precedenti si è rilevato come il controllo di meritevolezza sulla regola privata si possa paragonare al controllo di legittimità costituzionale sulla norma di legge. Questo parallelismo significa che la verifica di meritevolezza richiede di svolgere una indagine a) su tutti gli interessi che la negoziazione coinvolge, quindi b) su tutti i valori di riferimento, sulla loro gerarchia e sul loro corretto bilanciamento¹⁹, nonché c) sul fatto che la regolazione del rapporto sia attuativa di quei valori entro il perimetro disegnato dalla gerarchia assiologica del sistema. Di conseguenza, quello che è meritevole in un dato assetto di interessi e in un dato contesto assiologico può non esserlo, o addirittura essere illecito, se inserito in una diversa negoziazione²⁰.

¹⁸ Del tutto condivisibili le riflessioni svolte in questo senso da POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 400 ss.; FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in ID. e G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto privato*, Napoli, 2019, p. 251 ss., spec. p. 253 ss.

¹⁹ In questa prospettiva, denso di spunti è il contributo di MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, cit., p. 123 ss., il quale sostiene la assimilabilità «tra la categoria codicistica della meritevolezza e il costrutto di matrice costituzionalistica della ragionevolezza».

²⁰ Si pensi, ad esempio, alle normative in materia di trapianti da donatore vivente. Il tradizionale divieto posto dall'art. 5 c.c. trova un limite nelle ipotesi degli atti con i quali si acconsente alla dazione di un organo del proprio corpo per finalità solidaristiche: rimosso dalla legge il limite di liceità, l'atto di disposizione è reputato meritevole esclusivamente se effettuato senza corrispettivo, perché soltanto in questa ipotesi se ne può collocare il fondamento nella solidarietà. Si deve peraltro rilevare che in questo contesto la dettagliata disciplina normativa comporta un complesso intreccio dei profili di liceità e meritevolezza, che comunque restano pur sempre distinti.

Costituisce affermazione ricorrente quella per la quale il giudizio di meritevolezza va improntato guardando ai principi fondamentali²¹ e, specificamente, all'adeguato rispetto dei valori di solidarietà economico-sociale e alla loro giusta prevalenza, nell'assetto di interessi realizzato dalla concreta negoziazione, sui valori che l'assiologia costituzionale considera ad essa subordinati e serventi²². Si tratta di una impostazione che va condivisa, con la precisazione che ciò non deve tradursi anche nell'idea che il giudizio in questione consista in una «verifica del perseguimento di interessi pubblici, collettivi, generali, portati dalla Costituzione, ed in particolare dagli articoli 2, 3, 41, 42 e 47, e dai trattati europei»²³. Al contrario, «affermare che l'autonomia negoziale (come ogni altra situazione patrimoniale) è 'funzionalizzata' non equivale a negarne il riconoscimento o a pretendere che ogni atto negoziale abbia quale fine ultimo il perseguimento di un interesse pubblico. Si tratta, piuttosto, di valutare se la regola del caso sia positivamente valutabile nel sistema nel quale essa è riconosciuta. Compete all'interprete, di volta in volta, controllare la meritevolezza dell'atto, valutando in concreto la diversa incidenza

Sul tema v. le interessanti riflessioni di POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 406 ss., il quale si sofferma anche sul distinto profilo della possibile immeritevolezza dei trattamenti sanitari (ad es. un trattamento estetico) che, pur astrattamente leciti in quanto non comportanti diminuzione permanente dell'integrità fisica, non consentano di esprimere una valutazione positiva in termini di rispondenza ai principi fondanti l'ordinamento.

²¹ Anche per tutti i riferimenti, v. ancora la ricostruzione di MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 20 ss.

²² MAISTO, *Per una teoria dell'osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, cit., p. 131 s.

²³ Così, nel ricostruire il dibattito, ma in senso critico, MINERVINI, *Meritevolezza degli interessi e contratto*, in Volpe (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, cit., § 3. Critica l'idea di un controllo di meritevolezza specificamente orientato a verificare che il contratto «realizzi finalità pubbliche» anche CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁴, Torino, 2014, p. 234. Più di recente, nella medesima direzione, anche GUAGLIONE, *Il contratto. Sistema del diritto civile*, Torino, 2018, p. 337, sottolinea come l'idea che il potere di controllo sugli atti di autonomia fosse concesso al giudice a tutela di interessi pubblici emergeva in controluce da alcuni passi della Relazione al Re.

dell'interesse pubblico, nella consapevolezza che il 'peso' di tale interesse sarà maggiore in quei rapporti che incidono direttamente su diritti inviolabili (si pensi ai contratti di lavoro, ai contratti di assistenza medica, ai contratti di locazione ad uso abitativo)»²⁴.

Invero, la verifica del rispetto della gerarchia dei valori posti a fondamento dell'ordinamento può e deve ben riguardare anche la adeguata tutela di interessi individuali, e ciò rimane vero non soltanto quando la negoziazione contrapponga interessi (e corrispondenti valori) riconducibili alla tutela della persona e interessi di matrice più strettamente patrimoniale, ma anche quando questa contrapposizione riguardi interessi omogenei e tocchi, quindi, un profilo strettamente quantitativo. In questa prospettiva la meritevolezza resta anche strumento di controllo della solidità e della sufficienza causale²⁵: non pare di dover dubitare del fatto che quella verifica di adeguatezza sia tesa a controllare la sussistenza di un assetto che, non

²⁴ Così P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 214.

²⁵ Su questo profilo, si rende opportuna una precisazione ulteriore: spesso si legge in dottrina che la categoria della meritevolezza è abusata perché in realtà alcune fattispecie integrerebbero direttamente un difetto di causa. In proposito, ci si deve intendere: si può discorrere di difetto di causa in termini di *deficit* funzionale, nel senso che ciò che le parti vogliono fare è in concreto destinato a incontrare un problema funzionale («la causa non può esplicare la sua funzione» diceva SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1989, pp. 183-184), sul piano della produzione degli effetti (ad es., la *datio in solutum* in caso di inesistenza dell'obbligazione pagata; la vendita di una cosa che è già di proprietà dell'acquirente o di una cosa che non esiste); oppure in termini di un progetto funzionale delle parti che l'ordinamento reputa inidoneo a produrre effetti giuridici in quanto non adeguato, non sufficiente, non congruo. In altre parole, non meritevole di tutela. In questo secondo caso abbiamo certamente un *deficit* causale, che è però un *deficit* di meritevolezza e racchiude le ipotesi nelle quali manchi proporzionalità, la razionalità del contratto, perché in questi casi il contratto – anche se non è contrario a norme imperative, ordine pubblico, buon costume – funzionalmente non è teso a generare alcun assetto di interessi che l'ordinamento reputa meritevole.

Orbene, con il passaggio alla teoria della causa in concreto, si tratta di fare una scelta di campo, o nel senso di comprimere lo spazio della meritevolezza a favore della mancanza di causa in concreto (come propone ad esempio LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, cit., § 4), ovvero al

soltanto sotto il profilo qualitativo, ma ove occorra anche sotto il profilo quantitativo e quindi in chiave di proporzionalità²⁶, bilancia gli interessi coinvolti e i valori cui essi si ricollegano, in una modalità compatibile con la gerarchia assiologica del sistema.

4. *Applicabilità del giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici o anche ai contratti tipici. Il caso delle clausole claims made nei contratti di assicurazione.*

Altro aspetto da considerare è la questione dell'ambito di applicazione del giudizio di meritevolezza e, in particolare, se esso debba riguardare esclusivamente i contratti atipici o vada esteso anche ai contratti tipici. Come è noto, infatti, secondo l'impostazione tradizionale e tuttora diffusa, il controllo di meritevolezza dovrebbe guardare, più che alla causa concreta, al tipo negoziale, ossia all'astratto assetto di interessi creato dalle parti²⁷. Per questo, per i contratti nominati il problema della meritevolezza sarebbe risolto a monte dal legislatore²⁸.

contrario, e come pare preferibile, nel senso di riportare le ipotesi di *deficit* funzionale concreto proprio all'interno della categoria logica del difetto di meritevolezza.

Per un chiaro esempio di come la linea di confine tra mancanza della causa e sua immeritevolezza sia sovente una mera questione di prospettiva, v. le pagine di DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicesimo che è immeritevole e che tanto basta?*, cit., p. 308 ss., in commento alla decisione di App. Milano, 18 settembre 2013, *ivi*, p. 295 ss., che aveva per l'appunto dichiarato la nullità di un contratto di i.r.s. per difetto di causa.

²⁶ In tal senso P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 216 s.

²⁷ GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss., spec. p. 64 ss.

²⁸ SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., IV, Torino, 2009, p. 318 ss. L'autorevole A. trova forzata l'idea stessa della categoria del negozio non illecito, ma ciò nonostante non consentito e non legittimo. Finisce con il ritenere (p. 321) che l'art. 1322 «avverte che non sfugge la nullità colui che, senza costituire il rapporto vietato, conclude il contratto che vuole proteggere quello stesso interesse con un rapporto diverso da quello che corrisponde al contratto tipico». In definitiva, la prospettazione sembrerebbe porre il problema della meritevolezza degli interessi non soltanto come riferito esclusivamente ai contratti atipici, ma sostanzialmente teso a garantire un tipo di intervento che è quello ca-

Secondo una diversa prospettiva, che si ritiene senz'altro di dover condividere, invece, il giudizio di meritevolezza, nel riguardare il profilo strettamente causale, dovrebbe essere svolto per tutti i contratti, anche quelli tipici²⁹. In questa direzione, del resto, la migliore dottrina non da oggi ha posto in evidenza come la contrapposizione forte tra tipicità e atipicità sta progressivamente sfumando e non si presta ad essere posta a solido fondamento di una simile diversità di disciplina³⁰. Depongono nel senso del suo superamento una serie di rilievi: si tratta di una prospettiva figlia della logica della fattispecie e del metodo ermeneutico della sussunzione, che sono non da oggi

ratteristico del divieto di contrattare in frode alla legge. E infatti, interrogativo finale che l'autore si pone è se «poteva il legislatore risparmiarsi l'articolo 1322, e lasciare che l'elusione del divieto fosse repressa tramite l'art 1344, che previene i contratti conclusi in frode alla legge?», e la risposta è «sì, avrebbe potuto farlo», rilevando altresì che la formula dell'art. 1344 c.c. incontra una serie di restrizioni che inducono a reputare comunque utile la presenza dell'art. 1322 c.c.

Naturalmente, non è questa la sede per avviare una disquisizione di sistema sulla causa del contratto. Tuttavia, si può affermare che una diversa costruzione consente di rilevare come la prospettazione della causa in concreto comporti un sostanziale svuotamento dei contenuti dell'art. 1343 c.c., sì che a ben vedere la stessa logica della frode alla legge, essenziale ai fini di una teoria della causa che puntasse sulla valutazione in astratto della medesima, è norma della quale oggi come oggi si potrebbe serenamente fare a meno, ben più di quanto non accada per l'art. 1322 c.c.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 189 s.; nella medesima direzione, tra i molti, v. in particolare CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 49 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 54 ss., spec. 58 s.; più di recente, MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 11 ss.

³⁰ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persone e mercato*, Napoli, 2003, p. 389 ss.

Ulteriori sviluppi sul tema si rinvencono in G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri»*. *Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.; FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.; FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1185 ss.

in crisi³¹ e da abbandonare³². I problemi che riguardano lo squilibrio, la ragionevolezza e la proporzionalità, mal si conciliano con le chiavi di lettura che fanno riferimento alle categorie della tipicità o atipicità. Anzi, è proprio la stessa affermazione della teoria della causa in concreto³³ che induce a privilegiare un approccio in termini di interessi³⁴, di funzioni più che di strutture, come invece richiede la logica del tipo. Anche l'impatto delle discipline di matrice comunitaria privilegia una definizione dei problemi incentrata sugli effetti piuttosto che sulla fattispecie. E naturalmente rileva, anche da questo punto di vista, il ruolo della Costituzione che, come si è osservato, impedisce di discorrere di autonomia come dogma in sé.

La prospettiva favorevole all'estensione del giudizio di meritevolezza ai contratti tipici trova un riscontro crescente nelle opinioni della dottrina, al punto che francamente pare di poter aggiungere poco a un dibattito che ha già ampiamente sviscerato il problema. Pertanto, in questa sede pare più proficua una breve riflessione su alcuni interessanti spunti offerti dalla giurisprudenza.

In particolare, emblematica è la parabola interpretativa che ha di

³¹ Sul tema della crisi della fattispecie, in chiave critica, v. le riflessioni di RICCI, *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise: considerazioni sulla crisi della fattispecie*, in ID. (a cura), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 851 ss.

³² In merito, già da tempo, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.

Osserva VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 5 ss., spec. 18, «la fine della fattispecie e di un diritto basato sulla prevedibilità e astrattezza non pone fine al lavoro del giurista ma esige solo che il passaggio dalla legge ai principi e ai valori adottati i modi e le tecniche di una nuova argomentazione giuridica».

³³ Sui riflessi che la teoria della causa in concreto determina in relazione alla perdita di centralità del concetto di tipicità, v., spec., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 351 ss.; più di recente, CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, in G. Perlingieri e Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, *Diritti reali. Obbligazioni. Autonomia negoziale. Responsabilità civile*, Napoli, 2012, p. 411 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, cit., p. 393 s.

³⁴ FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 254 ss.

recente interessato le clausole c.dd. *claims made* nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile, da un lato dando prova di come il dibattito che anima la dottrina trovi riscontro anche in sede giurisdizionale; dall'altro lato offrendo una prospettiva pratica per mettere alla prova le diverse prospettazioni sul giudizio di meritevolezza³⁵, così fornendo una preziosa occasione per fare alcune puntualizzazioni. Ancora più in particolare, l'argomento dimostra le criticità di assumere a paradigma quello della tipicità, anche per la difficoltà di tracciare linee di confine precise tra contratto tipico, contratto atipico, contratto tipico con clausola atipica.

Il dibattito intorno ai contratti di assicurazione con clausole *claims made*³⁶, che ha preso piede all'incirca nell'ultimo decennio,

³⁵ Come opportunamente sottolineano MAISTO, *Di nuovo sull'assimilazione della meritevolezza alla ragionevolezza: il caso delle clausole claims made*, in *ildirittodegliaffari.it*, 2018, p. 8; MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, p. 53 ss., spec. p. 116.

³⁶ Per l'illustrazione della fisionomia del fenomeno delle clausole *claims made* ci si può riportare alla descrizione di Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss., con nota di GUARNIERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 2014, con note di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta* (c. 2026 ss.); PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.* (c. 2032 ss.); TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?* (c. 2036): «Il contratto di assicurazione per responsabilità civile con clausola *claims made* (a richiesta fatta) si caratterizza per il fatto che la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. *sunset dose*), laddove, secondo lo schema denominato “*loss occurrence*”, o “*insorgenza del danno*”, sul quale è conformato il modello delineato nell'art. 1917 c.c., la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto [...]. Malgrado la variegata tipologia di clausole *claims made* offerte dalla prassi commerciale, esse, schematizzando al massimo, appaiono sussumibili in due grandi categorie: a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, come quello dedotto in giudizio, alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto); b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate

si è mosso proprio intorno alla sindacabilità in chiave di meritevolezza delle clausole. Nell'impossibilità di dare conto in questa sede dell'intera evoluzione del dibattito³⁷, si può dire che di certo un primo passaggio fondamentale è rappresentato dalla prima decisione delle Sezioni unite della Cassazione che le ha riguardate: la S. Corte nel 2016 ha affermato la teorica possibilità di sottoporre a vaglio di meritevolezza le clausole in questione in quanto patti atipici inseriti in un contratto tipico, precisando altresì che la verifica «deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete»³⁸.

Meno di un anno dopo, la terza sezione civile della medesima Cassazione, con due sentenze gemelle, nel confermare che nella specie si era di fronte a un patto atipico, ha affermato l'immeritevolezza della clausola per tutte le ipotesi nelle quali sia esclusa la copertura per le richieste risarcitorie postume, ossia formalizzate dal terzo dopo la cessazione del contratto³⁹. Appena qualche mese dopo, ancora la terza sezione, per mano del medesimo relatore che aveva redatto le due decisioni del 2017, ha nuovamente rimesso la questione alle Sezioni unite, sollecitandole a una nuova riflessione sul problema⁴⁰.

dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito».

³⁷ Per una efficace ricostruzione e per i riferimenti completi v. NAZZARO, *Il contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Corti fiorentine*, 2017, p. 3 ss.; MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, cit., p. 53 ss., spec. p. 88 ss.; FEDERICI, *Clausole claims made e principio di meritevolezza*, in Volpe (a cura di), *Il giudice e la meritevolezza del contratto*, cit., § 1 ss.

³⁸ Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., spec. § 17.

³⁹ Cfr. Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, cit., e Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, pubblicata e commentata unitamente a Cass. n. 10506/2017, per i riferimenti alla quale quindi v. *supra*, nota 5. Estensore di entrambe le decisioni è stato il Cons. Rossetti.

⁴⁰ Cass., ord. 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, c. 452, con commento di PALMIERI; in *Corr. giur.*, 2018, p. 459, con nota di MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*; in *Giur. it.*, 2018, p. 559, con nota di DELFINI, *Le sezioni unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 818, con nota di FACCI, *Verso un nuovo intervento delle sezioni unite sulle claims made?*; in *Dir. merc.*

Le Sezioni unite, con la sentenza n. 22437 del 2018⁴¹, hanno, almeno in apparenza, rimodulato i termini della questione, rilevando

assic. fin., 2018, p. 136, con nota di PETTA, *La clausola claims made tra contrasti giurisprudenziali e riconoscimenti normativi*; in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 490, con nota di MUGAVERO, *Ancora dubbi di legittimità sulle clausole claims made: la parola di nuovo alle sezioni unite*; in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 900, con note di CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*; e MIOTTO, *Anche per le claims made «gli esami non finiscono mai»*, p. 931; in *Dir. civ. cont.*, 2019, con nota di ROMANÒ, *La clausola claims made sottoposta al vaglio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c.: passare per la cruna d'un ago*.

⁴¹ Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3033, con nota di DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*; *ivi*, c. 3512, con note di PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*; di CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*; e di TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*; in *Dir. giust.*, 2018, p. 14 ss., con nota di SUMMA, *Le clausole «claims made» allo scrutinio delle Sezioni unite*; in *Danno resp. civ.*, 2018, p. 675 ss., con nota di FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*; in *Contratti*, 2018, p. 639 ss., con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni unite: bis in idem*; in *giustiziacivile.com*, 2018, con nota di GERVASIO, *Tipicità delle clausole claims made e rimedi esperibili dall'assicurato*; in *Ridare.it*, 2018, con nota di RODOLFI, *La clausola claims made è valida, lecita, tipica, ma dovrà essere oggetto di un'indagine ad ampio spettro*; in *Giur. it.*, 2019, p. 27 ss., con nota di DELFINI, *Le Sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la «Big Picture»*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 70 ss., con nota di GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*; *ivi*, p. 142 ss., con nota di ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made «tipizzata» dalle sezioni unite: limiti e prospettive*; *ivi*, p. 147 ss., con nota di CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*; *ivi*, p. 155 ss., con nota di MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 20 ss., con note di D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*; e di FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*; in *Danno e resp.*, 2019, p. 41, con nota di SANTORO, *Clausola claims made: la seconda stagione*; in *Dir. merc. ass. e fin.*, 2018, p. 447, con nota di PETTA, *Liceità e meritevolezza del contratto con clausola claims made - Spunti di riflessione a margine dell'ultimo arresto delle sezioni unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 163, con nota di MIOTTO, *Per le sezioni unite la claims made è (sempre stata) «atipica», ma...*; in *Banca, borsa ecc.*, 2019, II, p. 121 ss., con note di M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*; e di CORRIAS, *La sentenza a sezioni unite del 24 settembre 2018 n. 22437 - Più luci che ombre*.

che nella specie non viene in rilievo il giudizio di meritevolezza perché si è in presenza di un contratto tipico e perché la clausola *claims made* impura, di per sé, non ne muta la funzione fino al punto da astrarlo al tipo dell'assicurazione per la responsabilità civile. La fattispecie sarebbe quindi sottratta all'area di operatività del capoverso dell'art. 1322 c.c. Peraltro, precisa la Cassazione, ciò non toglie che sia comunque necessario effettuare, ai sensi del primo comma del medesimo art. 1322 c.c., un controllo sul rispetto dei "limiti imposti dalla legge" che dovrebbe svolgersi alla luce della medesima «tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al capoverso del citato art. 1322 c.c.»⁴², dunque guardando «alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali (nel loro porsi come vincolo cogente: art. 117, comma 1, cost.) e segnatamente delle Carte dei diritti, le quali norme non imprimono all'autonomia privata una specifica ed estraniante funzionalizzazione, bensì ne favoriscono l'esercizio, ma non già in conflitto con la dignità della persona e l'utilità sociale (artt. 2 e 41 cost.), operando, dunque, in una prospettiva promozionale e di tutela»⁴³; «rimane intatta [...] l'indagine sulla causa concreta del contratto, che spazia dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti) a quella di liceità (intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento)»⁴⁴.

In definitiva, le Sezioni unite, se da un lato, non senza qualche forzatura, riportano la clausola *claims made* nell'area della tipicità, dall'altro chiariscono che ciò non toglie la necessità di un vaglio di adeguatezza ex art. 1322, comma 1, c.c. che, si afferma, deve essere ispirato alla stessa logica e ai medesimi parametri dell'art. 1322 cpv.

Orbene, costituisce osservazione scontata quella per la quale il giudizio sulla idoneità di una clausola atipica ad astrarre un contratto dal tipo conduce in un terreno a dir poco sdruciolevole e richiede valutazioni che finiscono con l'essere estremamente opinabili. E proprio la giurisprudenza in esame ne dà conferma, se è vero che non

⁴² In senso contrario, sostiene la sottrazione del contratto, in quanto tipico, al controllo di meritevolezza, MIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 931.

⁴³ Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., § 16.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., § 19.4.

solo le sezioni semplici, ma le stesse Sezioni unite della Cassazione in appena due anni hanno fornito soluzioni discordanti. Se tuttavia mutiamo l'angolo prospettico, passando da una ricostruzione in termini di struttura ad una in termini di funzione e, quindi, a un approccio in chiave di disciplina, la sensazione è che semplicemente si faccia fatica a liberarsi da alcune incrostazioni dogmatiche e che, problema imprescindibile per i giuristi, sia necessario fermarsi un momento per mettersi d'accordo sul significato delle parole⁴⁵: infatti, la "verifica di adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti", da effettuare in relazione «alla complessità dell'ordinamento giuridico, da assumersi attraverso lo spettro delle norme costituzionali, in sinergia con quelle sovranazionali», della quale discorrono le Sezioni unite nella pronuncia n. 22437 del 2018, è francamente poco distinguibile dal controllo di meritevolezza per come lo si è descritto nelle pagine che precedono⁴⁶.

Questo breve *excursus* naturalmente non vuole entrare nel merito della complessa questione della validità delle clausole *claims made*, ma più semplicemente offrire un esempio concreto per porre in rilievo come l'idea di sottoporre a controllo di meritevolezza soltanto i contratti atipici mostri sempre più la corda. Da un lato perché la contrapposizione tra tipicità e atipicità – del contratto, della singola clausola, o del contratto alla luce della singola clausola – è sovente discutibile e conosce inevitabili zone grigie in relazione alle quali si ha spesso la sensazione che ogni soluzione sia argomentabile.

⁴⁵ FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, cit., p. 675 ss., discorre di un «*deguisement* linguistico»; GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, cit., p. 74, parla di «un'operazione, in fin dei conti, nominalistica».

⁴⁶ In questa direzione vedi le riflessioni di MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, cit., p. 104 ss.

V. anche PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, cit., § 2, i quali osservano, sia pure in chiave critica, che «la strada che passa per la causa concreta, pur operando in un momento diverso, non sia così lontana da quella che transitava per la meritevolezza: vi è un'assonanza, che qualcuno potrebbe imputare a scarso rigore e altri rivendicare come acquisita consapevolezza in uno scenario concettuale profondamente mutato; vi è un'assonanza, dicevamo, quanto alla logica che sottende all'impiego di entrambe le categorie come fattori idonei a discernere tra ciò che è permesso e ciò che è vietato».

Dall'altro lato perché, comunque, anche nel contesto della tipicità permane la necessità di operare un controllo, diverso da quello di mera liceità, sul contenuto del contratto e sulla rispondenza tra interessi concreti e principi fondamentali dell'ordinamento: ricondurre questo controllo all'art. 1322, comma 1, c.c. anziché al capoverso della medesima disposizione, per poi affermare che comunque i parametri sono i medesimi, rischia di diventare un esercizio di stile di scarsa utilità per il giurista.

5. *La meritevolezza negli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*

Un ultimo aspetto sul quale è utile svolgere alcune notazioni – anche al fine di mettere alla prova quanto rilevato nelle pagine precedenti – è quello delle possibili declinazioni del giudizio di meritevolezza in ipotesi speciali, ossia ulteriori rispetto all'art. 1322 c.c.

Da questo punto di vista, viene in rilievo il disposto dell'art. 2645 *ter* c.c., che consente la trascrizione degli atti di destinazione di beni per la «realizzazione di interessi meritevoli di tutela [...] ai sensi dell'art. 1322, secondo comma» facendone conseguire l'opponibilità ai terzi. La disposizione, introdotta nel 2005, ha sicuramente ravvivato la riflessione sul concetto stesso di meritevolezza, rianimando un dibattito all'epoca alquanto sopito, e inducendo la dottrina a interrogarsi sul senso e sul contenuto del riferimento agli interessi meritevoli di tutela *ex art.* 1322 c.c. In particolare, è agevole comprendere che chi sosteneva la sostanziale coincidenza tra liceità e meritevolezza ha dovuto coniare una nuova versione della meritevolezza e affermare che l'art. 2645 *ter*, ad onta dell'espresso richiamo, richiede una verifica secondo parametri diversi rispetto all'art. 1322, comma 2, c.c.⁴⁷: diversamente, si sarebbe dovuto concludere che qualsiasi interesse, purché non illecito, giustificava la destinazione e, soprattutto, l'effetto di separazione patrimoniale.

Orbene, premesso che la disposizione non brilla di certo per il rigore del lessico adottato dal legislatore, si devono cercare le risposte nel sistema. E allora la prima osservazione da fare è che, per le ragioni che si sono illustrate nelle pagine precedenti, di certo l'atto

⁴⁷ Ad esempio, OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in Calvo e Ciatti (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, p. 137 ss., spec. 175 ss.

di destinazione, quale contratto o eventualmente atto unilaterale a contenuto patrimoniale⁴⁸, non si sottrae al vaglio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. Se così è, l'utilità dell'ulteriore richiamo agli interessi meritevoli di tutela che l'*art.* 2645 *ter* opera, va rinvenuta nella complessità funzionale degli atti di destinazione. Infatti, se la destinazione di un bene all'interesse altrui era – con efficacia *inter partes* – da considerare possibile anche prima dell'introduzione di quella norma⁴⁹, quest'ultima ha consentito di abbinare all'effetto destinatario anche quello della separazione patrimoniale, opponibile ai terzi.

Senonché, tra le diverse ricostruzioni proposte, la più convincente è quella secondo la quale il richiamo operato dall'*art.* 2645 *ter* alla meritevolezza degli interessi è specificamente teso a sottolineare la necessità di un ulteriore vaglio di meritevolezza specificamente in relazione all'effetto di separazione patrimoniale. La validità dell'atto di destinazione in sé è quindi soggetta alla 'normale' valutazione *ex art.* 1322 c.c., il che ne assicura l'efficacia *inter partes*; tuttavia, affinché possa prodursi un effetto di separazione opponibile ai terzi si rende necessaria una ulteriore verifica, specificamente orientata a verificare la congruità, la proporzionalità e la ragionevolezza della separazione medesima in relazione a tutti gli interessi coinvolti da

⁴⁸ È discussa in dottrina la struttura dell'atto di destinazione: a chi la ritiene necessariamente unilaterale (DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 946 ss., spec. p. 966 ss.; DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 111 ss., spec. p. 116 s.; SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo* – Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 2006) si contrappone chi ne sostiene la struttura contrattuale (GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165 ss., spec. § 6) e chi ne afferma invece la variabilità (FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 3 ss., spec. p. 5 s.; NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, *ivi*, p. 59 ss.).

⁴⁹ Quanto affermato nel testo, ovviamente, semplifica e impoverisce un discorso più complesso che non è possibile svolgere compiutamente in questa sede. Per alcuni spunti, DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 952 ss.; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., § 5.

quell'effetto⁵⁰. Ed è chiaro che questa valutazione, a differenza di quella sulla destinazione, coinvolge gli interessi dei terzi: in definitiva la valutazione che consente di reputare causalmente solida la destinazione tra le parti non assicura anche la tenuta di quell'assetto di interessi nel momento in cui nel bilanciamento confluiscono anche gli interessi dei terzi e, primi fra tutti, dei creditori del destinante. È dunque possibile che l'atto di destinazione, lecito e meritevole *inter partes*, non raggiunga un grado di meritevolezza adeguato ad assicurare anche l'effetto di separazione: in tal caso la destinazione resta in vita, ma le parti non potranno beneficiare dell'effetto separativo⁵¹.

Nel tralasciare una serie di profili problematici sui quali la dottrina ha ampiamente dibattuto, ciò che in questa sede si intende porre in rilievo è che, se è senz'altro vero che il giudizio di meritevolezza *ex art. 2645 ter* non coincide con quello *ex art. 1322*, comma 2, c.c.,

⁵⁰ La dottrina prevalente – sia pure in una varietà di sfumature – tende a considerare il vaglio di meritevolezza richiamato nell'art. 2645 *ter* c.c. diverso da quello dell'art. 1322 c.c.: cfr. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile)*, Padova, 2008, p. 103 ss.; NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., p. 68; ID., *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in AA.VV., *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Milano, 2010, p. 29; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 56-57; FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 586 ss.; MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza*, cit., p. 29 ss.; PARENTE, *La destinazione e la separazione patrimoniale tra tipicità e atipicità negoziale*, in *Annali Sisdic*, 2018, p. 93 ss.; CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, cit., § 4.

⁵¹ Si tratta di una prospettiva avvalorata, tra gli altri, da GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 62; LENZI, *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 72, secondo il quale il giudizio di meritevolezza comporta una «comparazione ed un bilanciamento tra l'interesse dei beneficiari e l'interesse dei terzi coinvolti dagli effetti del vincolo: in tal caso l'immeritevolezza non rende nullo l'atto, con la conseguenza che il rapporto *inter partes* non ne verrebbe travolto, ma si limita a renderlo inopponibile ai terzi ed in particolare ai creditori»; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., pp. 60-61; CICERO, *La meritevolezza nei negozi di destinazione*, cit., § 4.

tale diversità non riguarda l'essenza del controllo, che in definitiva si svolge sempre secondo i medesimi parametri. A veder bene, infatti, ciò che cambia, e che rende la meritevolezza della quale discorre l'art. 2645 *ter* diversa, è l'oggetto della valutazione, che muta in ragione della proiezione esterna che l'effetto di separazione patrimoniale produce. In altre parole, nella specie si è di fronte ad un atto per sua natura idoneo a produrre effetti su una pluralità di piani, sì che, in relazione ad ognuno di questi, va svolto un autonomo giudizio di meritevolezza che, pur ispirandosi sempre agli stessi parametri, coinvolge di volta in volta centri di interesse diversi e, quindi richiede un bilanciamento diverso.

In definitiva, l'interesse per la cui realizzazione è operata la destinazione è meritevole – e quindi idoneo a produrre *anche* l'effetto separativo – se sussiste un rapporto di congruità e adeguatezza tra bene destinato e scopo perseguito, nonché un ragionevole bilanciamento tra l'interesse perseguito e quello, evidentemente sacrificato, dei creditori del destinante.

6. Conclusioni.

Si dovrebbe tentare una conclusione, sia pure nella ovvia consapevolezza che il discorso sulla meritevolezza è in divenire e ogni conclusione può essere soltanto un momento di pausa utile per porre in rilievo alcuni passaggi.

Si deve tornare a quanto rilevato in avvio: il punto è quale sia il ruolo che si vuole assegnare all'autonomia privata. Un valore da bilanciare con altri valori; un potere libero che incontra soltanto il limite della illiceità; un potere regolativo da esercitare non semplicemente *nell'ordinamento*, ma *con l'ordinamento*, condividendone cioè le aspirazioni e le finalità ultime.

Le riflessioni svolte, pur nella loro frammentarietà, vogliono sottolineare che l'ultima delle prospettive descritte – in un contesto nel quale è acclarato che le strutture formali dell'attività negoziale non costituiscono dei validi punti di riferimento; e nel quale tra il bianco e il nero (leggasi, ad es., tra il tipico e l'atipico, o tra il generale e lo speciale) vi sono non poche inevitabili gradazioni di grigio – ha sicuramente il pregio di mantenere in pieno la propria linearità in tutte

le diverse ipotesi esaminate. Il giudizio di meritevolezza, quindi, insieme all'interpretazione secondo buona fede, si pone come strumento mediante il quale è verificato e certificato il raccordo tra il contratto e l'assiologia costituzionale, e questo, evidentemente, è elemento che non può venir meno per via delle peculiarità del singolo contratto, ma soltanto adattarsi ad esse.

In dottrina questa prospettiva trova, nell'inevitabile varietà di sfumature, sempre maggiore spazio. La giurisprudenza, dal canto suo, ha intrapreso un percorso che, sia pure con le sue curve e qualche volta con i suoi passi indietro, va chiaramente in questa direzione. L'auspicio è che il dialogo, finora fecondo, prosegua.

ALESSANDRA CORDIANO
Professoressa associata di diritto privato
Università di Verona

CESSAZIONE, RIDUZIONE E AUMENTO DELLA PRESTAZIONE ALIMENTARE TRA FUNZIONI SOLIDARISTICHE E ISTANZE DI AUTORESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 1. La *ratio* della previsione: l'obbligazione continuativa, variabile e condizionata. – 2. Il mutamento delle circostanze economiche e dei bisogni delle parti. – 3. La condotta disordinata e riprovevole dell'avente diritto. – 4. La condotta dell'obbligato e l'imputabilità delle vicende peggiorative. – 5. L'ipotesi di errore e di revocazione dell'obbligo alimentare e il diritto di rivalsa.

1. *La ratio della previsione: l'obbligazione continuativa, variabile e condizionata.*

Gli alimenti sono le prestazioni di assistenza materiale, di fonte legale, erogate da determinati soggetti alla persona che si trova in stato di bisogno, per consentirle di condurre una vita dignitosa. Diversamente dal codice del 1865, dove le norme in tema di alimenti erano collocate nell'ambito dei rapporti che presupponevano un rapporto familiare, il legislatore del 1942 ha dettato una disciplina organica della materia, in un titolo apposito del libro primo, alla fine delle disposizioni sul diritto di famiglia, e ha riconosciuto, altresì, per la prima volta l'obbligazione alimentare legale anche in ambito extrafamiliare, a carico del donatario, con ciò qualificando il rapporto alimentare come connesso a un vincolo familiare molto esteso, diverso da quello nucleare¹.

¹ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, p. 810, part. p. 942; EAD., *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, 1973, p. 72 ss. e p. 125 ss.; FERRANDO,

La prestazione alimentare è volta ad assicurare all'alimentando (almeno) il primario sostentamento, secondo la misura e le modalità prescritte dagli artt. 438 e 443 c.c., che soddisfino in quantità e qualità i bisogni del creditore, gravando in maniere sostenibile sulle condizioni economiche di chi questi bisogni è tenuto a garantire. Si deduce, così, che l'obbligazione alimentare è prestazione di durata² e continuativa³, secondo un delicato bilanciamento che tenda in prudente considerazione non solamente il complessivo assetto patrimoniale delle parti, ma altresì anche i rapporti interpersonali fra le stesse, ovvero, in termini ancor più generali, anche il rispetto dell'elenco – da considerarsi tassativo – dei soggetti sui quali grava l'obbligo in ordine di prossimità e secondo un rigoroso principio di priorità della chiamata, come risulta testualmente dal secondo comma dell'art. 441 c.c. in tema di concorso di obbligati di grado diverso della gerarchia dei chiamati⁴.

In questa prospettiva, non meraviglia una disposizione espressamente dedicata alle ipotesi di cessazione o riduzione dell'obbligo alimentare dell'art. 440 c.c., le quali riconducono, invero, a fattispecie anche molto distanti fra loro.

Inoltre, deve ammettersi, non è solo la disposizione menzionata a prevedere ipotesi di cessazione dell'obbligazione alimentare. Se la

Alimenti, in *Dig. disc. priv. Agg.*, IV, Torino, 2000, p. 51 ss.; FIGONE, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 1, Milano, 2011, p. 262 ss.; TRABUCCHI, *Alimenti (dir. civ.)*, in *App. Nov. dig. it.*, I, Torino, 1979, p. 227 ss.; PROVERA, *Alimenti*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, p. 260 ss.; BIANCA, *Diritto civile, 2.1., La famiglia – Le successioni*, Milano, 2014, p. 481 ss.; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; ID., *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, *passim*; ARGIROFFI, *Degli alimenti*, Milano, 2009, p. 21 ss.; M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, III, Torino, 1999, part. 545 ss.; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Gabrielli, III, Torino, 2009, p. 503 ss. e p. 525 ss.

² PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 95, parla di obbligazione “a tratto successivo”; TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 26 s.

³ MAIORCA, *Sub art. 434*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da D'Amelio, *Libro I*, Firenze, 1940, p. 781; TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 503 ss.; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 181 s.

⁴ GALLETTA, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto famiglia*, diretto da Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2007, p. 931 ss.

norma di cui all'art. 448 c.c. prevede un ragionevole meccanismo estintivo per il caso della morte dell'obbligato⁵, il disposto di cui all'art. 434 c.c., in tema di cessazione dell'erogazione alimentare tra affini, fa riferimento all'ipotesi in cui l'obbligazione del suocero e della suocera, del genero e della nuora venga meno, se il beneficiario degli alimenti passi a nuove nozze e, in seconda battuta, quando il coniuge da cui deriva l'affinità, i figli avuti dall'unione con il coniuge e i loro discendenti siano morti⁶: l'allentarsi del vincolo di affinità e della conseguente solidarietà post-coniugale si estende sino a rendere irrilevante il bisogno del beneficiario, anche a prescindere dallo scioglimento del vincolo coniugale⁷. Similmente, elide la residua solidarietà post-coniugale anche la creazione di un nuovo legame⁸, che recide qualsivoglia rimanente dovere di natura solidaristica⁹, posto che la costituzione di un successivo matrimonio crea contemporaneamente nuovi obblighi giuridici, che appaiono ontologicamente incompatibili con i precedenti.

Diversamente, esprime una funzione che è spiccatamente (benché non solo) punitiva il testo del numero 3, primo comma, dell'art. 609

⁵ Ipotesi che, stante la natura strettamente personale, non è trasmissibile *mortis causa* né dal lato debitorio, né da quello creditorio, venendo meno il presupposto dello stato di bisogno (per tutti, PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 578; sull'irrilevanza del comportamento colpevole o negligente dell'obbligato, v. FERRI, *Degli alimenti*, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 673; sull'eventuale responsabilità di terzi in ordine alla morte dell'obbligato, VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 933, part. nota n. 113) e che è equiparabile alla dichiarazione di morte presunta di entrambe le parti, secondo quanto previsto dal terzo comma dell'art. 63 c.c. (DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 505).

⁶ PROVERA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1972, p. 37 ss.

⁷ PROVERA, *op. loc. ult. cit.*; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 6; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 503 s.

⁸ La previsione risponde a un criterio di ragionevolezza, secondo l'opinione di DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 483.

⁹ Così come avviene per la previsione di cui all'art. 5, comma 10, l. div.; cfr. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato di diritto famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, Milano, qui ed. 2011, p. 1661, in tema di perdita dell'assistenza sanitaria.

nonies c.p.¹⁰, così come la nuova previsione di cessazione dell'obbligo alimentare, introdotta dalla riforma della filiazione n. 219 del 2012 con il nuovo art. 448 *bis* c.c., la quale dispone relativamente alla perdita di un diritto, quello successorio e quello alimentare, in connessione con una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale. In queste ipotesi, come detto, le misure hanno un carattere spiccatamente ed eminentemente sanzionatorio in considerazione di condotte connotate da una particolare gravità.

Altro ancora è per la disposizione di cui all'art. 440 c.c., che qui interessa, che comprende fattispecie affatto differenti dalle precedenti: la previsione fissa, in primo luogo, “un logico corollario della funzione e dei presupposti dell'obbligazione alimentare”¹¹, disponendo l'adeguamento della prestazione alimentare in considerazione del mutamento delle condizioni economiche di colui che la somministra o la riceve (primo comma). Essa delinea, poi, la riduzione in conseguenza di una condotta disordinata e riprovevole dell'alimentando e sancisce, infine, un'ipotesi di cessazione per sopravvenienza dell'obbligato di grado anteriore (secondo comma). L'autorità giudiziaria, espressamente adita in tal senso, può provvedere alla riduzione o all'aumento e, di qui, anche alla cessazione dell'obbligo alimentare, secondo le concrete circostanze¹²: l'obbligazione alimentare, infatti, può venire a cessare, a essere ridotta o aumentata in considerazione del mutamento delle condizioni economiche di chi li somministra o di chi li riceve; ovvero in considerazione della condotta disordinata o riprovevole dell'alimentato; ovvero, ancora, in considerazione di una rivalutazione della situazione, che consenta il coinvolgimento di un obbligato di grado anteriore, il quale si trovi in condizione di

¹⁰ Ancora FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 263.

¹¹ Così PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 525.

¹² Sulla disposizione, FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 643; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 102; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 511; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 263 s.; Cass., 3 gennaio 1962, n. 3, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 246. La norma sembra rivolgersi solo alle ipotesi di prestazioni alimentari di somme periodiche, ma in realtà si estende a qualsiasi modalità di prestazione: in questo senso, AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8.

poter somministrare gli alimenti¹³.

Data l'eterogeneità delle fattispecie modificativo-estintive dell'art. 440 c.c., deve potersi ammettere che l'obbligazione alimentare è dovuta in maniera continuativa, se ne permangono i presupposti, potendosi altresì sospendere quando questi vengano a mancare. Al modificarsi, in senso migliorativo o peggiorativo degli stessi presupposti o al venir meno di uno di essi, quindi, l'obbligazione alimentare può variare nella qualità così come nella qualità, giungendo sino ad essere estinta, ad esempio, per il superamento dello stato di bisogno¹⁴, in considerazione del mutamento delle condizioni economiche e sociali delle parti¹⁵, così come dei bisogni del debitore e del creditore¹⁶.

L'alimentando ha, quindi, diritto a veder aumentata la prestazione alimentare, quando dimostri che lo stato di bisogno si sia aggravato in conseguenza della perdita o della diminuzione delle proprie sostanze o della capacità reddituale e professionale, ovvero, a contrario, per l'aumentare o il modificarsi dei bisogni (ad esempio, con l'aumento dell'età, l'insorgere di una malattia del creditore)¹⁷; d'altro canto, anche il miglioramento delle condizioni economiche del debitore ovvero la scoperta di redditi sconosciuti¹⁸ incidono sull'equilibrio del rapporto; anche l'insorgere di nuovi obblighi familiari del debitore¹⁹ o il suo fallimento²⁰, così come il mutamento della situazione economica o complessiva del creditore in senso

¹³ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 181 ss.; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 619 ss.; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 262 ss.

¹⁴ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 619; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 94.

¹⁵ FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 643; PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526; Cass., 3 gennaio 1962, n. 3, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 246; Cass., 10 febbraio 1971, n. 337, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, n. 183.

¹⁶ FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 262.

¹⁷ Così AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 182.

¹⁸ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 101.

¹⁹ Nuovamente PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 123; e VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 882.

²⁰ TEDESCHI, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1969, p. 504.

migliorativo²¹ possono condurre alla diminuzione dell'entità della prestazione.

Al contempo, si vedrà, anche profili propriamente o latamente di ordine soggettivo concorreranno alla richiesta di modificazione ovvero di cessazione del rapporto alimentare: non solamente, infatti, un mutamento soggettivo della parte sulla quale grava l'obbligo, che muti l'ordine dei chiamati, ma anche quei rapporti intercorrenti fra le parti, presumibilmente incrinati dalle condotte disordinate o riprovevoli dell'alimentando, condurranno alla formulazione di un'istanza giudiziale volta alla modifica in senso quantitativo o qualitativo della prestazione originariamente dovuta.

In questa direzione, deve ammettersi, l'obbligazione alimentare non soltanto si qualifica come rapporto di durata e continuativo; ma essa ha anche contenuto variabile²² e condizionato²³: il diritto a richiedere la prestazione sorge *ope legis* in considerazione del verificarsi dei presupposti normativi, ai quali resta legata in maniera indissolubile sino al mutare degli stessi.

Le parti non potrebbero, pertanto, accordarsi per una immodificabilità nel tempo della prestazione alimentare, che prescindendo dal mutamento delle loro condizioni economiche²⁴; essendo la disciplina alimentare inderogabile, la clausola sarebbe *contra legem* e il negozio affetto da nullità, pertanto privo dei requisiti di validità ed efficacia, consentendo altresì la revisione della misura della prestazione al fine di adeguarla alle nuove circostanze presenti²⁵. La natura dell'obbligazione, *essenzialmente* legale, non verrebbe, in questo senso, tradita da una eventuale

²¹ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 182.

²² MAIORCA, Sub art. 434, in *Commentario del Codice civile*, diretto da D'Amelio, *Libro I*, Firenze, 1940, p. 781; TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 503 ss.; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 181 s.

²³ FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 643.

²⁴ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 96: in questo caso, vi sarebbe la possibilità di una revisione della misura originariamente pattuita, in seguito al mutamento delle condizioni economiche delle parti.

²⁵ PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 94 ss.; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 620.

costituzione negoziale, anche nelle ipotesi di cessazione, riduzione e modificazione²⁶.

Questa variabilità intrinseca è dettata, principalmente, dall'andamento dei bisogni del creditore e dalle possibilità economiche del debitore, che influiscono sull'equilibrio fra le due posizioni soggettive, al quale l'obbligazione alimentare dovrebbe teoricamente tendere: la legge, in altri termini, esige che il creditore non possa conseguire a titolo d'alimenti più di quanto gli sia necessario per condurre una vita libera e dignitosa, avuto riguardo alla sua posizione sociale e a un determinato contesto storico; e che il creditore, per converso, non sia tenuto a soddisfarli se non entro i limiti concessi dalle sue attuali possibilità²⁷. A questo delicato bilanciamento deve attenersi la misura stabilita negozialmente o giudizialmente per la prestazione alimentare, al fine di realizzare un sostanziale equilibrio, sul quale quella si fonda e al quale deve tendenzialmente indirizzarsi.

Per questa ragione, per un verso, è la stessa funzione dell'istituto che richiede un adeguamento ai bisogni del creditore ovvero alle condizioni attuali del debitore, che non può essere eccessivamente gravato dall'obbligo²⁸; per altro verso, potrebbe dirsi che la variazione dell'equilibrio dovute a mutamenti di scarsa entità non dovrebbe poter giustificare la revisione della prestazione, richiedendosi, a contrario, una "sensibile modificazione"²⁹.

Se è probabilmente vero, nella concretezza, che i mutamenti debbano avere una certa stabilità³⁰, si suggerisce che vi siano dei bisogni che presentano un carattere spiccatamente eccezionale (ad esempio, motivi di salute), e che, anche a fronte di questa straordinarietà, attengono in ogni caso ai profili essenziali della vita

²⁶ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 182; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 95 s.; PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526.

²⁷ PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 94; TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 496 ss.

²⁸ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 181; p. 186, parla della necessità di non mettere in pericolo la dignitosa esistenza del creditore; ID., *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8.

²⁹ TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 44; AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 183.

³⁰ TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 504, in nota n. 7; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8.

del creditore e necessitano di essere soddisfatti dal debitore anche con formule *una tantum*³¹. In queste ipotesi, non sarebbe tuttavia necessaria un'istanza giudiziaria per la variazione della prestazione, ma evidentemente basterebbe una richiesta di prestazione aggiuntiva, erogabile in via pattizia: salvo che le parti non riuscissero ad addivenire ad un accordo, giacché, evidentemente, in questo caso il soggetto interessato alla nuova determinazione, come pure alla definitiva estinzione del rapporto, dovrà rivolgersi al giudice per la determinazione futura ed, eventualmente, anche per regolamentare il pregresso³².

Se la disposizione di cui all'art. 440 c.c. sembra alludere implicitamente alla modifica peggiorativa, migliorativa o estintiva della somministrazione della prestazione alimentare con somme periodiche, nulla osta alla compatibilità del mutamento della prestazione erogata con il ricorso a modalità differenti³³, come l'accoglimento presso la casa del debitore³⁴. In questa direzione, le stesse modifiche potrebbero paradossalmente prescindere dal mutamento delle condizioni economiche e trovare fondamento in una variazione peculiare dello stato di bisogno, quale il deterioramento dei rapporti fra creditore e debitore che conducono all'esclusione di una particolare modalità di erogazione alimentare³⁵: ciò dovrebbe essere evidente nel caso della richiesta di modifica a seguito di condotte disordinate e riprovevoli, che probabilmente presuppongono anche un'alterazione peggiorativa dei rapporti interpersonali. È evidente, quindi, che l'intervento del giudice possa anche essere richiesto dalle parti per modificare le modalità della somministrazione della prestazione alimentare, divenuta inadeguata, ma non solo in senso quantitativo, rispetto alle esigenze sopravvenute³⁶: resta fermo che, in ossequio ai principi generali in

³¹ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 183.

³² TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 505; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 96.; ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., p. 143.

³³ PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526;

³⁴ AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8.

³⁵ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 619; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8; PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526.

³⁶ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 186 s.

tema di obbligazioni alternative (art. 1286 c.c.) e osservando il disposto dell'art. 443 c.c., la scelta sulle modalità spetterebbe al debitore, ovvero dovrebbe essere da quello acconsentita³⁷, salvo quanto previsto dal secondo e dal terzo comma dello stesso art. 443 c.c.

La modifica in senso qualitativo della prestazione alimentare, così come l'originaria statuizione che preveda modalità eterogenee fra obbligati, non ne contraddice la compatibilità con la disciplina sull'obbligazione parziaria: sia in via originaria, sia in seguito a variazioni, l'esistenza di prestazioni qualitativamente diverse non stride con la possibilità di un mutamento quantitativo o qualitativo di una delle prestazioni; necessario sarà, piuttosto, un equo contemperamento dello sforzo economico elargito dagli altri debitori, ma non diversamente da come è avvenuto in sede di costituzione del rapporto obbligatorio. Nel caso in cui vengano meno le condizioni oggettive (e anche soggettive), il singolo rapporto si estinguerà, anche in caso di obbligazioni plurisoggettive nel lato passivo, richiedendo tuttavia una successiva rivalutazione del complessivo assetto debitorio, per far fronte al venir meno di uno dei chiamati³⁸.

Questa variabilità intrinseca, rispetto al momento della sentenza o dell'accordo, può condurre alla richiesta di aumento, riduzione o cessazione della prestazione alimentare e confluire in una sentenza emessa *rebus sic stantibus*³⁹, soggetta a modifiche per mutamenti caratterizzati da una certa stabilità, salvo il caso, come detto, di bisogni eccezionali⁴⁰. La pronuncia del giudice, però, non può subire modifiche sino a quando non intervengano mutamenti dei presupposti dell'obbligazione⁴¹: la statuizione del giudice, si

³⁷ TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 506.

³⁸ Per tutti, si veda TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 47.

³⁹ Già ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit. p. 143; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8; ID., *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 181; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 98 s., part. nota n. 12; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 619 ss.

⁴⁰ CALUSI, *La revisione dell'assegno alimentare in conseguenza della svalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 367 ss.

⁴¹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 97; TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit. p. 45.

osserva, non viene meno *ipso iure* in virtù del successivo mutamento dei presupposti originari, bensì a seguito di una successiva determinazione giudiziale (o pattizia), che ne accerti l'esistenza e la consistenza e che, in conseguenza, riformuli l'assetto preesistente⁴².

Per un verso, quindi, ai suoi vizi è necessario ovviare con i tradizionali mezzi di gravame⁴³; per altro verso, di conseguenza, è altrettanto inammissibile una rivalutazione delle medesime circostanze che hanno condotto ad una determinata statuizione alimentare, salvo naturalmente un mutamento delle circostanze fattuali⁴⁴. Se, in particolare, nell'accordo siano stati valutati erroneamente elementi che hanno giustificato una diminuzione dell'assegno, il creditore può ben adire l'autorità giudiziaria per rettificare l'ammontare dovuto o per modificare l'assetto soggettivo; mentre, se questi ha accettato consapevolmente una diminuzione ingiustificata della prestazione, l'accordo sarebbe nullo e l'obbligato sarebbe tenuto a corrispondere le maggiori somme anche per il passato⁴⁵.

È fatta comunque salva la possibilità che le parti si accordino per una variazione della quantità o della qualità della prestazione già determinata giudizialmente o negozialmente, perché la reputino ingiustamente superiore o inferiore a quanto dovuto, ritrovando così quell'equilibrio funzionale⁴⁶: la spontanea corresponsione della prestazione, con una variazione di incremento, costituisce determinazione di un obbligo legale e il suo adempimento l'esecuzione di un'obbligazione civile⁴⁷.

Nulla dice la norma circa la decorrenza della variazione: di modo che, evidentemente, la variazione potrebbe incorrere in un tempo sensibilmente più risalente rispetto all'istanza giudiziale o al nuovo

⁴² Nuovamente, PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 99.

⁴³ AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8; ID., *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 182.

⁴⁴ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 620; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 124.

⁴⁵ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 188.

⁴⁶ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 95; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 181; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 643; SALA, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diritto da Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1935; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 262.

⁴⁷ AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 187; ID., *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 9.

accordo, ma non potendosi discostare dalla regola espressa dall'art. 445 c.c.⁴⁸

Certo è che gli effetti della sentenza e, quindi, anche il diritto di pretendere gli arretrati, quelli almeno certamente, non potrebbero che decorrere dall'atto introduttivo⁴⁹ ovvero dalla costituzione in mora dell'obbligato⁵⁰, seguita entro sei mesi dalla domanda giudiziale⁵¹, ma in questo caso nell'ipotesi in cui la domanda sia esercitata dall'alimentando⁵².

Potrebbe pure accadere un mutamento delle circostanze in corso di giudizio⁵³, ma con le stesse conseguenze in ordine alla decorrenza⁵⁴. In questi casi, ben potrebbe il giudice prevedere modalità di somministrazione che si modificano via via nel tempo, stabilendo ad esempio che una somma periodica si accresca gradualmente, aumentando dall'atto di citazione sino alla pronuncia giudiziale⁵⁵.

Infine, le condizioni economiche potrebbero modificarsi dopo la decisione ma prima del passaggio in giudicato della sentenza, consentendo sia la via giudiziale per ottenere la modifica della

⁴⁸ PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 527.

⁴⁹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 108; PACIA, *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 75.

⁵⁰ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 182; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 620 s.; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 262; v. però PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 97, che richiama, discostandosene, BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative*, Camerino, 1921, p. 187; v. anche p. 99 ss.

⁵¹ AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 187; PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 99 s.; DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 511; in giurisprudenza, v. Cass., 20 giugno 1962, n. 1589, in *Dir. fall.*, 1962, II, p. 772; *contra* Cass., 5 giugno 1990, n. 5384, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2900.

⁵² PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 527, la quale specifica che la decorrenza dalla costituzione in mora non trova applicazione nell'ipotesi in cui sia l'obbligato a chiedere la riduzione o la cessazione della prestazione alimentare; così anche AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 188.

⁵³ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 97; recentemente Cass., 22 gennaio 2019, n. 1577, in *Quot. giurid.*, 2019.

⁵⁴ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 621.

⁵⁵ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 967; A. FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 262.

prestazione, sia quella di impugnare la sentenza nei termini e dedurre in appello le circostanze nuove, quali sopravvenute⁵⁶.

2. Il mutamento delle circostanze economiche e dei bisogni delle parti.

Tra le possibili vicende dell'obbligazione alimentare, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 440 c.c. prevede il mutamento dei suoi presupposti oggettivi: le condizioni economiche delle parti e lo stato di bisogno del creditore. Si tratta, correttamente, di vicende modificative del rapporto obbligatorio⁵⁷, avvenute in corso di esecuzione, allorquando si siano già realizzate le condizioni che la legge richiede per l'esistenza della prestazione alimentare, ovvero sia già stata determinata giudizialmente o negozialmente la misura della prestazione⁵⁸. La facoltà di pretendere la modificazione del rapporto alimentare sorge, quindi, per l'alimentando come per l'obbligato, quando si siano verificate le circostanze della situazione previgente⁵⁹.

Il sopravvenuto mutamento dei presupposti originari può, come accennato, comportare, a seconda dei casi, l'estinzione dell'obbligo del debitore (perché quest'ultimo non è più in grado di sostenerlo o perché il creditore non si trovi più nello stato di bisogno⁶⁰), ovvero la modifica quantitativa e/o qualitativa⁶¹, come anche una peculiare modifica soggettiva del rapporto, quella indicata dall'ultimo comma dell'art. 440 c.c.

Resta fermo, nondimeno, a carico di chi invoca una modifica dell'assetto precedente, l'onere di provare il mutamento delle circostanze⁶² e di allegare, pertanto, ogni elemento rilevante, anche

⁵⁶ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 621.

⁵⁷ E non, invece, di un nuovo rapporto obbligatorio; sostengono che il mutamento non comporti cessazione del precedente rapporto e la nascita di uno nuovo, TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 503 s.; *contra* TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 44 s.

⁵⁸ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 95.; ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., p. 143, il quale esclude in punto qualsiasi automatismo.

⁵⁹ TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 505.

⁶⁰ TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 503.

⁶¹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 96.

⁶² PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 527.

non dedotto nella statuizione originaria, perché inesistente o non conosciuto (come la scoperta di cespiti occultati)⁶³. È evidente che, in questa specifica ipotesi, relativa al mutamento delle condizioni e dei bisogni, se l'interessato proverà con un certo agio le circostanze peggiorative della propria situazione personale e/o economica⁶⁴, diverso sarà per l'allegazione delle circostanze migliorative della controparte, che andranno valutate in punto di prova con minor rigore⁶⁵.

Il mutamento delle condizioni economiche del debitore e del creditore, così *in pejus* come *in melius*, possono alterare l'equilibrio funzionale sul quale l'obbligazione alimentare si fonda, concedendo così titolo per la richiesta giudiziale, ovvero per un accordo negoziale⁶⁶, volti alla modifica delle condizioni economiche, in termini di riduzione, cessazione ovvero di aumento. Come detto, anche il mutamento dei bisogni del creditore concorre a fondare una richiesta ai sensi dell'art. 440 c.c.: così per l'aumento dell'età, per l'insorgenza di una patologia, per nuove necessità educative.

Con particolare riferimento alle condizioni economiche del debitore, richiamate dal primo comma dell'art. 440 c.c., si osserva che il legislatore non abbia utilizzato il termine *capacità*, bensì, come detto, quello di *condizioni*: ciò dovrebbe essere reputato come un indice della volontà di condizionare l'obbligazione alimentare alla situazione patrimoniale dell'eventuale debitore, senza però richiedere a quello una misura ulteriore diligenza, destinata a sfruttare appieno le capacità reddituali e di lavoro; in altri termini, la

⁶³ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 100 s.

⁶⁴ TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 496 s., ricorda che la domanda di cessazione può essere avviata anche dal creditore dell'obbligato, con azione surrogatoria, lamentando un danno alla garanzia patrimoniale generica del debitore.

⁶⁵ In punto di onere della prova attenuato, nel senso che la possibilità economica dell'obbligato non debba essere dimostrata dall'attore e incomba invece sul convenuto l'onere di provare l'insufficienza delle sue condizioni economiche, TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 490 ss.; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 638; in senso contrario, Cass., 8 febbraio 1977, n. 556, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 830; SALA, *L'obbligo alimentare fra onere della prova e modalità di adempimento*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 579 ss., in nota a Trib. Prato, 9 novembre 2010.

⁶⁶ PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526.

disposizione non impone al debitore un “dovere di attivazione”⁶⁷ per migliorare le proprie condizioni economiche. Anzi, può accadere che, a fronte di redditi e di patrimonio immutati, insorgano nuovi obblighi di mantenimento e alimentari del debitore⁶⁸.

È altrettanto che, anche a fronte di una incrementata situazione economica del debitore, data la funzionalizzazione dell’istituto nei riguardi dello stato di bisogno dell’alimentando, non è detto che il miglioramento della condizione economica e reddituale del debitore determini, *in re ipsa*, anche l’aumento della prestazione alimentare, dato che la misura determinata in origine potrebbe essere già sufficiente a soddisfare lo stesso stato di bisogno⁶⁹. In questi termini, il miglioramento delle condizioni economiche dell’obbligato legittimerebbe una richiesta di modifica *in melius* solo quando i bisogni del creditore siano a loro volta aumentati⁷⁰, ovvero quando non fossero in precedenza soddisfatti⁷¹; per altro verso, gli accresciuti bisogni del creditore legittimano una loro soddisfazione, se, nondimeno, essi coincidano con le reali possibilità del debitore⁷².

Può accadere, nel concreto, anche una contestuale convergenza di circostanze migliorative e peggiorative delle condizioni economiche delle parti, così come dei bisogni del creditore, che siano idonee a determinate “effetti opposti e perciò capaci, in linea pratica di neutralizzarsi a vicenda in misura totale o parziale”⁷³: in questi casi, la prudente e discrezionale valutazione del giudice dovrà (ri)trovare un equilibrio che tenga conto in maniera sempre proporzionale delle

⁶⁷ PACIA, *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., p. 58; già ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit. p. 89.

⁶⁸ Così DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 620.

⁶⁹ TEDESCHI, *Aumento progressivo dell’assegno alimentare allorché aumentano i redditi dell’obbligato?*, in *Riv. dir. matr.*, 1958, p. 805.

⁷⁰ Espressamente PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526.

⁷¹ FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 644, in nota n. 7; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 182; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 509.

⁷² PACIA, *Degli alimenti*, cit., p. 526; Cass., 11 ottobre 1949, n. 2458, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Alimenti*, n. 15.

⁷³ STELLA RICHTER e SGROI, *Sub art. 440, in Delle persone e della famiglia. Filiazione - Tutela degli incapaci - Alimenti - Atti dello stato civile*, Torino, 1958, p. 732; v. anche PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 93 ss.

rispettive posizioni⁷⁴.

L'obbligazione alimentare, benché originariamente di valore⁷⁵, una volta consacrata in una somma di denaro periodica⁷⁶, diviene obbligazione di valuta⁷⁷: pertanto, in linea di principio, la svalutazione monetaria non dovrebbe avere una diretta influenza su di essa⁷⁸. Eppure, quando gli alimenti sono prestati mediante assegno periodico, l'inflazione, quale meccanismo depauperativo del potere d'acquisto della moneta, può incidere in maniera significativa sullo stato di bisogno dell'alimentando così come sulle condizioni economiche del debitore. Questo induce sovente le parti ad ancorare il valore della prestazione alimentare a quello della moneta corrente, mediante clausole di indicizzazione monetaria che adeguino il suo ammontare a queste variazioni⁷⁹.

La soluzione maggiormente accolta concorda nel ritenere la variazione prevista dalla disposizione di cui all'art. 440 c.c. come dipendente da fattori sopravvenuti nella posizione economica del creditore e del debitore e la loro incidenza dipende da un riesame complessivo dell'equilibrio funzionale⁸⁰. Diverso è, invece, il fenomeno della svalutazione monetaria, fluttuante quanto ordinario, che le parti possono chiaramente aggirare mediante queste clausole.

Se questa possibilità è chiaramente percorribile in via pattizia, si osserva che il giudice non potrebbe provvedervi *ex officio*, ma sarebbe costretto a ovviarvi mediante una pronuncia modificativa dell'assetto precedente a seguito di una richiesta delle parti in tal

⁷⁴ FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 644.

⁷⁵ V. PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 98, part. nota n. 13.

⁷⁶ TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 506 s.

⁷⁷ Da alcune risalenti pronunce traspare una preferenza verso statuizioni che determinino in maniera stabile e certa l'ammontare della prestazione: v. Cass., 29 settembre 1973, n. 4064, riportata da AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8.

⁷⁸ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 621; Cass., 11 febbraio 1976, n. 451, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 1724; *contra*, ma per l'assegno divorzile, Cass., 18 maggio 1984, n. 3080, in *Lavoro prev. soc.*, 1984, p. 659.

⁷⁹ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 183 ss.

⁸⁰ Salvo il caso dell'assegno divorzile, il quale, grazie alla novella n. 74 del 1987, è ordinariamente accompagnato da una clausola di adeguamento automatico: v. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 622.

senso⁸¹: la giurisprudenza prevalente afferma, infatti, che il giudice non abbia il potere di stabilire, analogamente a quanto previsto dalla disciplina divorzile, una forma di indicizzazione a carico dell'obbligato, in ragione del fatto che queste clausole adeguatrici non permetterebbero di conservare un rapporto preciso fra stato di bisogno dell'alimentando e condizioni economiche del debitore, modificandolo altresì in concreto⁸²; è da dirsi, tuttavia, che proprio dalla giurisprudenza è stato talvolta riconosciuto al giudice un potere di ricorrere a dette clausole, al fine, proprio, di evitare frequenti giudizi di revisione⁸³, quanto meno in quei casi nei quali si possa determinare con una certa sicurezza l'effetto della svalutazione sulle condizioni economiche di entrambe le parti⁸⁴.

3. *La condotta disordinata e riprovevole dell'avente diritto.*

Nel contesto delle vicende modificative del rapporto alimentare, appare significativa l'ultima frase contenuta al comma primo dell'art. 440 c.c., in virtù della quale “gli alimenti possono pure essere ridotti per la condotta disordinata o riprovevole dell'alimentato”, segnalando come non irrilevante il profilo della condotta colposa o, addirittura, dolosamente preordinata dell'alimentando che incida in maniera più o meno consapevole sul

⁸¹ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 184 s.; BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia – Le successioni*, Milano, qui ed. 2005, p. 486; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 527; in senso dubitativo, FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 644; in senso contrario DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 622.

⁸² Cfr. PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 527; Cass., 11 febbraio 1976, n. 451, cit.; Cass., 5 aprile 1978, n. 1559, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 646; Cass., 4 luglio 1985, n. 4030, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 1235.

⁸³ Cass., 13 gennaio 1982, n. 169, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 953 e Cass., 15 novembre 1982, n. 6094, in *Dir. fam. pers.*, 1983, p. 25, con riferimento all'assegno di divorzio; in senso adesivo, prima della riforma divorzile, QUADRI, *L'adeguamento monetario degli assegni periodici con funzioni assistenziali*, in *Giur. it.*, 1980, IV, c. 49.

⁸⁴ AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 8; M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 622; ammette questo potere senza limiti, BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia – Le successioni*, cit., 486; SALA, *Gli alimenti*, cit., p. 1935, part. in nota n. 162.

proprio stato di bisogno, deteriorandolo⁸⁵.

Di là dalla *ratio* della norma, che si cercherà di indagare, sembra evidente che il legislatore abbia scelto di discostarsi dalla propensione di assicurare la prestazione alimentare a prescindere dallo stato soggettivo del creditore⁸⁶: in tal senso, è noto, le ragioni che hanno provocato lo stato di bisogno e la conseguenza incapacità di sostenersi del creditore sono, tradizionalmente, irrilevanti poiché l'istituto alimentare ha come precipua funzione quella di realizzare finalità essenzialmente solidaristiche⁸⁷. La connessione con i presupposti dell'obbligazione alimentare, di cui all'art. 438, è nondimeno evidente, se si pensa che l'alimentando è chiamato a provare, oltre al bisogno, anche l'incapacità di provvedere a sé stesso, in relazione, va da sé, anche con gli stili di vita seguiti, scelte emarginanti, comportamenti irresponsabili⁸⁸. Su detta rilevante questione si tornerà in seguito.

Il dettato della norma conduce ad individuare due fattispecie diverse, data l'evidenza che la condotta disordinata è sempre riprovevole: laddove, la condotta disordinata atterrebbe allo sperpero della prestazione alimentare, ovvero all'utilizzo dell'assegno alimentare per destinazioni diverse da quella che gli è propria⁸⁹. Si tratterebbe, pertanto, condotte sregolate, di comportamenti non necessariamente dolosi, ma negligenti e imprudenti, quali spese voluttuarie o superflue, l'uso della prestazione alimentare per fini diversi da quelli per i quali viene erogata, la dedizione all'alcool, agli stupefacenti o al gioco, il rifiuto di lavorare, lo sperpero dell'assegno e ogni comportamento che produca "effetti, volontari o oggettivi [...] idonei a far permanere lo

⁸⁵ Sul quale, sono ancora rilevanti le considerazioni di Trib. Napoli, 17 gennaio 1974, in *Dir. giur.*, 1975, p. 123; e App. Venezia, 25 gennaio 1968, in *Giur. mer.*, 1969, p. 63.

⁸⁶ MAIORCA, Sub art. 434, cit., p. 782; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528.

⁸⁷ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 189.

⁸⁸ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 913; in giurisprudenza, Cass., 6 ottobre 2006, n. 21572, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1142; Cass., 14 febbraio 2007, n. 3334, in *Fam. dir.*, 2007, p. 1002.

⁸⁹ Così AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 189; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 645; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 107.

stato di bisogno o a impedirne un'attenuazione"⁹⁰.

La condotta riprovevole, invece, avrebbe una connotazione etica intrinseca, e potrebbe qualificarsi in senso aggiuntivo, in una ulteriore specificazione: come tutti quei comportamenti socialmente riprovevoli, benché diversi dalle condotte disordinate; ovvero, come quei comportamenti irrispettosi, irriguardosi ovvero gravemente lesivi nei confronti della persona dell'obligato, sulla base di una valutazione che evoca l'ingratitude di cui all'art. 801 c.c.⁹¹, ovvero l'indegnità a succedere⁹². In questo secondo profilo, emerge senz'altro la rilevanza di condotte lesive di interessi fondamentali del debitore, che giungono sino ad incrinare il rapporto solidaristico che sottende l'istituto⁹³: come a dire che l'arbitrio nell'esercizio di situazioni giuridiche soggettiva, ancorché esistenziali, non si concilia con un principio di tutela della persona come "nozione di ordine pubblico costituzionale"⁹⁴.

La norma, tuttavia, non chiarisce due profili: il primo, relativo

⁹⁰ AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 9; FERRI, *op. ult. cit.*, p. 645; VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 912; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528; v. anche App. Roma, 18 gennaio 1961, in *Temi romana*, 1961, p. 133.

⁹¹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 107; FERRI, *op. ult. loc. cit.* 5; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 189 s., per le opportune similitudini con l'istituto della revocazione della donazione per ingratitude, v., nella vasta letteratura, TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, cit., p. 671; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 263 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La revocazione delle donazioni*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, p. 364; CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rescigno, VI, Torino, 1997, p. 588 ss.; PALAZZO, *Le donazioni*, Milano, 1991, p. 499 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XII, Torino, 1961, p. 1041; D'ANTONIO, *La revocazione della donazione per ingratitude*, *La revocazione della donazione per ingratitude*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 726; HOFBAUER, *La revocazione delle donazioni per ingratitude*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 921.

⁹² TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 48; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 263; in senso diverso, però, come non necessaria incidenza con la fattispecie indicata, PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 107.

⁹³ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 190.

⁹⁴ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 724.

all'entità possibile di questa riduzione⁹⁵. Se si assume, infatti, che detta riduzione non possa giungere fino a non consentire il soddisfacimento dei bisogni essenziali, allora dovrebbe ammettersi che la misura degli alimenti non possa scendere oltre ciò che appaia strettamente necessario. La formula scelta dal Guardasigilli, come è noto, ha evidenziato la preferenza verso un prudente e discrezionale arbitrio del giudice, in merito all'*an* e al *quantum* della riduzione, potendo finanche giungere a restrizioni significative, ma comunque rivolgendosi solo a quelle spese che non attengono ai bisogni essenziali della persona (quali spese di svago o culturali)⁹⁶.

Quindi, se è vero che detta riduzione non potrebbe comunque oltrepassare quel limite, si può pensare che possano mutare le modalità di somministrazione: pertanto, ad una sostanziale riduzione, si potrebbe associare una modalità di somministrazione, ad esempio in natura, che eviti condotte sregolate, in una sorta di "personalizzazione del rapporto alimentare", che trovi soluzioni inedite per far fronte, anche, a situazioni emotivamente spiacevoli⁹⁷.

Il secondo profilo attiene al fatto che la disposizione consente la possibilità di ridurre, *ma non di escludere*, la prestazione alimentare in quelle ipotesi in cui l'alimentato adotti condotte colpevoli o, addirittura, dolosamente preordinate a deteriorare il proprio stato di bisogno ovvero ancora lesive di interessi fondamentali del debitore (come nel caso in cui attenti alla vita dell'alimentante o dei suoi stretti congiunti), non rilevando pertanto la colpa del creditore, quanto meno non fino ad elidere in radice l'obbligo del debitore⁹⁸.

⁹⁵ Riferisce MAIORCA, Sub *art. 434*, cit., p. 782, che la Commissione preparatoria del progetto preliminare avrebbe mostrato preferenza verso l'esplicitazione di un criterio volto al limite degli alimenti strettamente necessari; scelta, invece, non avallata dal Guardasigilli, che preferiva l'intervento del prudente e discrezionale arbitrio del giudice, che potesse finanche giungere a restrizioni minori.

⁹⁶ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 107; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 190; anche PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528.

⁹⁷ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 905.

⁹⁸ AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 9; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 525; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 643, in particolare segnala come, nella Relazione al Codice civile,

In altri termini, secondo la migliore dottrina⁹⁹, anche in queste ipotesi l'obbligo alimentare subirà solo una riduzione sino a limite predetto dello stretto necessario, secondo una prudente valutazione del giudice che, comunque, non potrebbe spingersi oltre, se non modificando le modalità di somministrazione. Ragion per cui, questa "sanzione" non potrebbe trovare applicazione quando già la prestazione sia ridotta allo stretto necessario, come nel caso di cui all'art. 439 c.c.: in quest'ultima ipotesi, resterebbe salva la possibilità di richiedere una modalità differente di somministrazione che contemperì le ragioni del creditore e del debitore.

Così statuendo, la disposizione lascia intendere, in primo luogo, che la tutela del debitore abbia, in un certo modo, un rilievo inferiore, assicurando al creditore una prestazione alimentare anche indipendentemente dalla sua colpa¹⁰⁰, in una funzione che evidentemente è prettamente solidaristica: il rilievo che il creditore, *ab origine*, sia chiamato a provare che lo stato di bisogno e la conseguente incapacità di sostenersi non derivino da sue condotte disordinate non lo priverebbe del diritto alla richiesta giudiziale della prestazione alimentare¹⁰¹, ma allo stesso tempo non avrebbe riflesso sulle sue condotte lesive¹⁰².

In secondo luogo, la disposizione pare sottintendere che gli alimenti possano essere ridotti solo dopo l'assegnazione, ossia a seguito di una valutazione negativa condotta dall'autorità giudiziaria. Ciò dovrebbe voler dire che anche comportamenti palesemente in torto della persona del debitore rileverebbero non *ex ante*, ma solo in seguito all'assegnazione giudiziaria o negoziale¹⁰³,

si sia ritenuto superfluo specificare che la riduzione può giungere "fino allo stretto necessario"; Trib. Novara, 28 febbraio 2006, in *Rep. Giur. it.*, 2007, voce Alimenti, n. 11.

⁹⁹ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 191.

¹⁰⁰ Espressamente PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528.

¹⁰¹ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 622; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 263.

¹⁰² V. le considerazioni di VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 913 s.

¹⁰³ FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 263.

salvo il rilievo ai fini dell'indegnità a succedere¹⁰⁴ o ai fini della previsione di cui al numero 3, primo comma, art. 609 *nonies* c.p.¹⁰⁵.

La riflessione si pone in relazione anche ad un'ulteriore ipotesi di cessazione dell'obbligo alimentare, recentemente introdotta dalla riforma della filiazione n. 219 del 2012 con il nuovo art. 448 *bis* c.c., che prevede la perdita di un diritto, quello successorio e quello alimentare, in connessione con il compimento di atti che si connotano per una gravità rilevante, qual è la decadenza dalla responsabilità genitoriale. In queste ipotesi, pertanto, le misure hanno un carattere spiccatamente ed eminentemente sanzionatorio in considerazione di condotte connotate da una particolare gravità¹⁰⁶.

Guardando alla sola ipotesi della perdita del diritto alla prestazione alimentare in considerazione della pronuncia di decadenza di cui all'art. 330 c.c., e comparandola con l'ipotesi di riduzione della prestazione alimentare per condotte disordinate o riprovevoli si evince, da un lato, che la disposizione individuata dall'ultima parte dell'art. 440 c.c. presuppone che la domanda attorea sia sostenuta da un onore probatorio soddisfacente¹⁰⁷ a far ridurre l'obbligazione di alimenti, variabile e condizionata¹⁰⁸; dall'altro, che la stessa domanda *ex* art. 440 c.c. sia soggetta ad una

¹⁰⁴ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 913; AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 189; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 623.

¹⁰⁵ Ancora FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 263.

¹⁰⁶ Su questi profili, BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi d'indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 295; ALBANESE, *L'indegnità a succedere dopo la l. 8.7.2005, n. 137*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 858; FINOCCHIARO, *La causa di esclusione è inapplicabile senza l'intervento del Tribunale dei minori*, in *Guida dir.*, 2005, p. 17. Sul nuovo istituto introdotto dalla legge di riforma della filiazione, PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diritti successorii nella riforma degli status di filiazione*, in *Commento alla legge 12 dicembre 2012 n. 219*, a cura di C.M. Bianca, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 578; RUSCELLO, *La responsabilità genitoriale. I controlli*, Milano, 2016, p. 125 ss.; ID., *L'imbrunire del de patria potestate? Note a margine dell'esclusione dalla successione per decadenza dalla responsabilità genitoriale*, in *Vita not.*, 2015, p. 1065; GALLETTI, *Esclusione della successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448-bis cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1080.

¹⁰⁷ TRABUCCHI, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 235.

¹⁰⁸ FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 643.

prudente e discrezionale valutazione del giudice il quale, operando una valutazione comparativa alla luce del principio di solidarietà familiare, bilancerà la posizione del creditore, guardando alla condotta colposa e al suo stato di bisogno, con le ragioni di parte attorea.

Diversamente, deve ammettersi, la vocazione essenzialmente punitiva della disposizione dell'art. 448 *bis* c.c.¹⁰⁹ è ben evidente, se si osserva che essa non pare lasciare al giudice alcun margine di discrezionalità¹¹⁰, esonerando al contempo il creditore di qualsivoglia onere probatorio, salva l'allegazione della pronuncia di decadenza, così configurando un diritto potestativo, a conti fatti *discriminatorio*¹¹¹, che non tiene conto di diversi profili: della peculiare funzione non sanzionatoria dello strumento dell'art. 330 c.c., diversamente dalle fattispecie penali che prevedono la decadenza dalla responsabilità e, di qui, dai diritti alimentari e successori¹¹²; della possibilità, teoricamente sempre ammissibile, del reintegro nei *munera* parentali secondo quanto previsto dall'art. 332 c.c.; dell'estensione, inspiegabilmente ampia, del diritto sino al grado dei discendenti (in mancanza dei figli), esclusi sul piano della diretta rilevanza dagli effetti della sentenza di decadenza, anche in termini non strettamente giuridici¹¹³.

La questione dall'erosione del credito alimentare sino alla sola

¹⁰⁹ Così la descrive PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diritti successori nella riforma degli status di filiazione*, cit., p. 557 ss.

¹¹⁰ Rigetta, infatti, questa interpretazione, RUSCELLO, *Intervento pubblico e decadenza dalla responsabilità genitoriale*, Roma, 2016, p. 150; propone "un approccio flessibile" del giudice PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diritti successori nella riforma degli status di filiazione*, cit., p. 568 s.

¹¹¹ Parla di un "ragguardevole sbilanciamento", condivisibile solo allorché si tratti di minori, RUSCELLO, *op. loc. ult. cit.*; è una visione "paidocentrica" secondo PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2007, p. 541 ss.

¹¹² SASSI, *Esclusione legale ed esclusione volontaria nel sistema italiano dell'indegnità a succedere*, in *Dir. e proc.*, 2013, <http://www.rivistadirittoeprocesso.eu/articoli/uploads/Andrea%20Sassi.pdf>, p. 296 s. Si tratta di un'ipotesi diversa da quelle penalmente sancite, per RUSCELLO, *Intervento pubblico e decadenza dalla responsabilità genitoriale*, cit., p. 153.

¹¹³ Su dette ipotesi, v. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diritti successori nella riforma degli status di filiazione*, cit., p. 568 s.

riduzione, appare assai significativo, poiché, a fronte di una disposizione di particolare rigore, quella di cui all'art. 448 *bis* c.c., che travolge la pretesa alimentare anche in considerazione di condotte che possono configurarsi come “disordinate e riprovevoli”, si assiste ad un trattamento decisamente più mite, nel caso dell'art. 440 c.c., in virtù della sottesa solidarietà familiare (o anche post-coniugale), che sembra invece lasciare ampio margine a comportamenti scorretti, ancorché non necessariamente illeciti, agiti dall'alimentato, i quali potrebbero anche porsi in assoluto nocimento della persona dell'obbligato, senza che questi possa, se non nei limiti che altre disposizioni lo consentano, opporre alcunché rispetto all'eliminazione dell'obbligo legale degli alimenti¹¹⁴.

Se, di converso, la funzione prettamente solidaristica consentirebbe al creditore di esercitare il proprio diritto alla richiesta giudiziale della prestazione alimentare, a prescindere dalla rilevanza della condotta disordinata o riprovevole con l'incapacità di sostenersi, in una funzione assistenziale “emergenziale”¹¹⁵, ciò non dovrebbe necessariamente essere anche in punto di vicende modificative del rapporto. In tal senso, volendo ritenere pregnante ed efficace, in termini di potenzialità applicativa, un principio di autoresponsabilità¹¹⁶, dovrebbe potersi prospettare

¹¹⁴ Si veda, però, nel senso della possibilità della cessazione dell'obbligo alimentare a seguito di condotte riprovevoli, GALLETTA, *Gli alimenti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, cit., p. 243; e ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., p. 61 s.; segnalai i “gravi errori di collegamento a normative già esistenti”, PALAZZOLO, *Alimenti e indegnità a succedere nel nuovo art. 448 bis c.c.*, in http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=44881&catid=225.

¹¹⁵ GALLETTA, *op. ult. cit.*, p. 943, l'irrilevanza di un comportamento colpevole dell'alimentando dovrebbe valere solo in una fase di *primo soccorso*

¹¹⁶ “Il criterio differenziale fra il profilo dell'autonomia e quello dell'autoresponsabilità corre sulla linea di distinzione fra contenuto *preclusivo* dell'atto e rilevanza *preclusiva* del comportamento”: così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 77 s.; ovvero, secondo PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 457, nota n. 21, il fondamento dell'autoresponsabilità si scorge in “ciò che il diritto considera rilevante nelle ipotesi nelle quali si parla di autoresponsabilità (giuridica)”. Si consenta di rinviare al mio recente, CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità*

un'interpretazione estensiva dell'art. 440 c.c., come norma generale, che produca l'effetto (*preclusivo*) della perdita dell'assegno alimentare in corrispondenza dell'adozione di comportamenti negligenti o preordinati a compromettere o aggravare il proprio stato di bisogno, idonei pertanto a incidere sul fondamento del diritto stesso, ovverosia sull'esistenza dello stato di bisogno. Si può, in tal senso, condividere l'affermazione che, se l'incapacità di provvedere al proprio sostentamento perduri in ragione di comportamenti volontariamente assunti dal richiedente, costui non avrebbe più diritto, in tutto o in parte, al credito alimentare; data la clausola *rebus sic stantibus* e venendo meno uno dei presupposti del credito alimentare, si potrebbe chiedere la riduzione o la cessazione dell'obbligo¹¹⁷.

In tal senso, l'alimentando che, dopo l'assegnazione della prestazione alimentare, si dia a comportamenti irresponsabili, mostra chiaramente di rinunciare “ad un sistema autonomo di vita, al decoro e alla dignità della sua precedente condizione”; vieppiù, l'alimentando che tenga comportamenti “gravemente ingiuriosi o irriconoscenti” nei confronti del familiare obbligato in altre parole “rigetta i legami familiari, l'ambiente di provenienza e i valori in esso condivisi”¹¹⁸, secondo un giudizio di non meritevolezza, idoneo a rilevare ai sensi del predetto principio di autoresponsabilità, finanche giungendo alla soppressione dell'obbligazione alimentare. Nella prospettiva prescelta, stride l'idea che si reputino ammissibili comportamenti scorretti, benché non necessariamente illeciti, agiti dall'alimentato, che addirittura si pongano in assoluto pregiudizio, anche morale, della persona dell'obbligato, senza che questi possa, se non nei limiti che altre disposizioni lo consentano, opporre alcunché rispetto all'eliminazione dell'obbligo legale degli alimenti¹¹⁹: similmente a quanto accade in sede di revocazione della

nei rapporti familiari, Torino, 2018, diffusamente.

¹¹⁷ Così PACIA, *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., p. 57 s.; richiamando ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., p. 61 s.

¹¹⁸ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 913.

¹¹⁹ In questo senso, infatti, GALLETTA, *Gli alimenti*, cit., p. 243; e ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., p. 61 s.

donazione per ingratitudine, il presupposto essenziale dell'ingiuria grave, pur mutuando dal diritto penale la sua natura di offesa all'onore e al decoro della persona, deve essere valutata in senso soggettivo, potendo constare in un comportamento del donatario di avversione o "di un durevole sentimento di disistima delle qualità morali e di irrispettosità della dignità del donante"¹²⁰.

Concludendo, la riduzione dell'assegno per la condotta dell'alimentando non consentirà, in ogni caso, di avanzare pretese di ulteriore integrazione nei confronti di altri obbligati, restando tuttavia fermo il concorso degli altri coobbligati dello stesso grado o di grado successivo, già determinato¹²¹.

4. *La condotta dell'obbligato e l'imputabilità delle vicende peggiorative.*

Come visto in precedenza, fra le vicende modificative del rapporto obbligatorio vi sono anche quelle circostanze che incidono in senso peggiorativo sulle condizioni economiche del debitore. Non vi è dubbio, in tal senso, che se questi viene a trovarsi, senza che gli si possa imputare alcuna condotta negligente o dolosa, in una situazione tale da non consentirgli di rispondere alle esigenze solidaristiche alimentari (o da consentirglielo in misura sensibilmente inferiore), potrà senz'altro chiedere al giudice una riduzione ai sensi del primo comma dell'art. 440 c.c.¹²²

La norma, tuttavia, non prevede espressamente alcunché nell'ipotesi di condotte dolose e preordinate al mutamento *in peius* delle condizioni economiche del debitore¹²³. È assente, infatti, qualsivoglia riferimento a condotte dispositive del debitore obbligato, eventualmente orientate in maniera dolosa verso il deterioramento della propria condizione economica, alla distruzione o all'occultamento dei propri beni, e che siano dirette alla riduzione o alla cessazione dell'obbligo: se debitore sia posto colpevolmente

¹²⁰ Così Cass., 12 maggio 2012, n. 8752, in *Fam. dir.*, 2013, p. 135, sulla quale si consenta di rinviare alla nota di CORDIANO, *L'ingiuria nella revocazione per ingratitudine: gravità della lesione e tutela del patrimonio morale del donante*.

¹²¹ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 192.

¹²² PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 101 s.

¹²³ DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 623 s.; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 264.

nella condizione di indigenza o di difficoltà economica, non può escludersi, comunque, il suo diritto di adire l'autorità giudiziaria al fine di veder dichiarata, con sentenza costitutiva, la cessazione o la riduzione della sua obbligazione; deve escludersi, altresì, che la medesima obbligazione sorga e, di conseguenza, che gli possa venir pretesa, qualora il potenziale obbligato si sia posto fraudolentemente in una condizione economicamente sfavorevole¹²⁴.

Sicché, pure in controtendenza rispetto ad un fondamento prescrittivo del principio di autoresponsabilità, dovrebbe segnalarsi che queste condotte non solo siano ammissibili, ma anche che nulla consentano a favore del creditore, salve alcune precisazioni.

Da un lato, in effetti, resta fermo l'eventuale ricorso ai tradizionali rimedi aquiliani¹²⁵ ovvero, quando possibile, alle tutele del credito previste dall'azione surrogatoria e revocatoria¹²⁶, dal sequestro conservativo¹²⁷; dall'altro, non si escludono neppure le tutele penali offerte dall'art. 570 c.p.¹²⁸ e la misura di cui all'art. 388 c.p., qualora sia intervenuta sentenza di condanna e il debitore non ottemperi all'adempimento della pronuncia, bensì proceda ad atti

¹²⁴ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 102.

¹²⁵ AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 189; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 623. In senso contrario, TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 514.

¹²⁶ In questo senso, PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 103 ss. sul possibile accesso all'azione revocatoria non solo per far dichiarare inefficaci gli atti dispositivi del debitore, ma anche quando questi abbia reso impossibile il sorgere dell'obbligazione o ne abbia determinato l'estinzione. Quanto all'azione surrogatoria, il creditore può certamente esperirla se il debitore trascuri di esigere i propri crediti, salvo si tratti di crediti divenuti inesigibili; anche PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 526, part. nota n. 2; *contra* DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 514; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 264.

¹²⁷ Nel caso di ottenimento di un sequestro conservativo dei beni del debitore, che impedisce atti di disposizione del patrimonio, l'autore dell'atto fraudolento, incorrerebbe nella sanzione penale di cui all'art. 334 c.p.: v. PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 103 s.; in giurisprudenza, Trib. Napoli, 21 marzo 1957, in *Dir. giur.*, 1958, p. 693.

¹²⁸ SALA, *Gli alimenti*, cit., p. 1938, il quale segnala la sola eventuale tutela aquiliana, di cui all'art. 2043 c.c., ovvero penale, ai sensi dell'art. 570 c.p.: Cass., 24 gennaio 1958, in *Giust. pen.*, 1958, II, p. 1058.

fraudolenti o simulati¹²⁹.

È poi certo che, qualora l'alimentante abbia compiuto atti simulati sul proprio patrimonio, riuscendo così a creare l'apparenza di una situazione di indigenza e insolvenza e determinando l'impossibilità del sorgere ovvero l'estinzione del diritto alimentare, il creditore sia legittimato anche all'esperienza dell'azione di simulazione, consentendo eventualmente anche la nascita di un nuovo obbligo alimentare a seguito del ritorno dei beni nel patrimonio del debitore¹³⁰.

In conclusione, vi è da chiedersi se, proprio per evitare simili condotte, l'alimentato non possa garantirsi l'adempimento mediante la costituzione di garanzie personali e reali, di là dalla garanzia offerta dalla disciplina sui privilegi¹³¹: se, evidentemente, la risposta

¹²⁹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 103.

¹³⁰ PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 105; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 624; in giurisprudenza, Cass., 16 marzo 1938, in *Giur. it.*, 1938, I, 1, c. 1884.

¹³¹ Ai sensi dell'art. 2751 c.c., n. 4, hanno privilegio generale sui mobili, i crediti alimentari, dovuti per legge per gli ultimi tre mesi; per l'art. 2776 c.c., secondo comma, in caso di infruttuosa esecuzione sui mobili, detti crediti sono posti in via sussidiaria a carico dei beni immobili, con preferenza rispetto ai creditori chirografari: v. G. TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 447 ss.; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 106; FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 261. Ragioni umanitarie di solidarietà e di rilevante valore sociale sono sottese al privilegio relativo ai crediti per alimenti (CICCARELLO, *Privilegio (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 728; RUSCELLO e CORDIANO, *Art. 2751*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2010, p. 415 ss.). La disciplina di questo privilegio, tuttavia, appare diversa da quella relativa al privilegio per spese di vitto, vesti e alloggio di cui al precedente n. 3, soprattutto dopo la novella del 1975, che ha introdotto l'attuale n. 4, riconoscendo a tali privilegi il n. 17 nell'ordine di graduazione previsto nell'art. 2778 (cfr. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, p. 194; DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale*, Milano, 1994, p. 81). Il fatto che al n. 4 dell'art. in esame si preveda il privilegio per i crediti di alimenti per gli ultimi tre mesi, porta ad escludere i crediti per alimenti dovuti soltanto in seguito a convenzione stipulata fra le parti interessate (PRATIS, *Della tutela dei diritti. Dei privilegi*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, II, 1, Torino, 1976, p. 171). Gli alimenti possono essere richiesti soltanto da chi versa in stato di bisogno ex art. 438, co. 1, c.c.; i debitori sono invece quelli indicati agli artt. 433, 434, 436, 438, co. 3. In relazione alla norma in esame, in combinato disposto con gli artt. 2770 e 2776 c.c., è stata dichiarata inammissibile la questione di

non può che essere positiva¹³², si osserva che le garanzie predette opererebbero efficacemente solo sulle prestazioni scadute e non adempiute, ma non sul futuro¹³³; pertanto una volta disposta la vendita sul bene garantito, il principio della *par condicio creditorum* imporrà il concorso degli altri creditori, sino al completo esaurimento del valore della garanzia e sino, potenzialmente, alla riduzione in stato di insolvenza del debitore e alla conseguente richiesta di cessazione dell'obbligo alimentare¹³⁴.

5. *L'ipotesi di errore e di revocazione dell'obbligo alimentare e il diritto di rivalsa.*

Il secondo comma dell'art. 440 c.c. prevede, infine, un'ipotesi di cessazione o di riduzione della prestazione alimentare per sopravvenienza dell'obligato di grado anteriore, quale logico corollario della norma di cui al secondo comma dell'art. 441 c.c., che prevede, *ab origine*, il concorso ovvero l'esclusività della prestazione a carico dei chiamati di grado posteriore per incapacità economica dei primi chiamati.

Quando gli alimenti siano stati già assegnati, ovvero stabiliti pattiziamente, e risulti presente un obligato di grado anteriore ovvero emerga che questi, diversamente dal passato, si trovi nelle condizioni economiche di poterli somministrare, il giudice potrà emettere sentenza costitutiva relativa a un nuovo rapporto alimentare, liberando, tuttavia, il precedente debitore solo quando

legittimità costituzionale relativa all'art. 2751 c.c., nella parte in cui non prevede che l'assegno di mantenimento e quello alimentare del coniuge separato o divorziato e dei figli sia considerato credito di natura privilegiata, sulla base della considerazione che spetti al legislatore il compito di introdurre nuovi privilegi e di determinarne la natura (Corte cost., 4 marzo 1992, n. 84, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2013).

¹³² FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 644. Si rammenta, correttamente, che la sentenza di condanna alla prestazione alimentare costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale: DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 624.

¹³³ CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 183.

¹³⁴ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 106; TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 514.

l'obbligazione sia definitivamente sorta¹³⁵. Si tratterebbe di una circostanza negativa che funge da fatto impeditivo della fattispecie legale: il fatto impeditivo andrebbe, pertanto provato innanzi all'autorità giudiziaria per produrre gli effetti sperati¹³⁶.

Al contempo, deve dirsi, questo mutamento soggettivo del rapporto alimentare potrebbe intervenire anche in virtù di un errore dell'obbligato di grado posteriore, qualora egli riesca a dimostrare che non conosceva l'esistenza di persone di grado anteriore ovvero che gli era sconosciuta la loro condizione economica, sufficiente a soddisfare la pretesa¹³⁷: in questo senso, deve ammettersi, non può neppure escludersi anche il dolo del chiamato anteriore, precedentemente non considerato.

La norma individuata dal secondo comma ha, evidentemente, una sua implicita attinenza con presupposti molto diversi e, associata a quelle ipotesi di mutamenti delle condizioni economiche delle parti e di condotte sregolate dell'alimentando, completa la disposizione di cui all'art. 440, individuando il venir meno del presupposto, che può essere oggettivo e soggettivo insieme¹³⁸, quale requisito per l'ottenimento di una nuova sentenza costitutiva a carico del nuovo debitore¹³⁹.

In entrambi i casi prospettati, ovvero nel caso di mutamento *in melius* della condizione del nuovo chiamato di grado anteriore e di revocazione in seguito alla conoscenza dell'esistenza di un chiamato di grado anteriore, precedentemente ignorato, non è possibile, in virtù del principio della continuità della prestazione alimentare, privare l'alimentando dei mezzi di sussistenza: pertanto, l'obbligato di grado posteriore non verrà escluso fino all'emissione di una sentenza estintiva nei suoi riguardi e di una contestuale condanna di

¹³⁵ Ancora PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 108; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 645 s.; SALA, *Gli alimenti*, cit., p. 1937 s.

¹³⁶ PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 108.

¹³⁷ Così espressamente FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 645 s.; DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 625; e FIGONE, *Gli alimenti*, cit., p. 264.

¹³⁸ V. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 924 ss.

¹³⁹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 109, in tema di sentenza costitutiva che fa sorgere il nuovo rapporto obbligatorio, per il quale, pertanto, non sarebbero sufficienti i soli presupposti previsti dalla legge.

quello anteriore¹⁴⁰; conseguentemente, in ossequio sempre al disposto del secondo comma dell'art. 441 c.c., qualora l'obbligato anteriore si riveli capace di sostenere solo in parte la nuova obbligazione alimentare, potrà verificarsi un'ipotesi di concorso di obbligati¹⁴¹. In termini processuali, si osserva, dovrà trattarsi inevitabilmente di un litisconsorzio necessario, da sanare, in caso di inerzia dell'alimentando, anche con una chiamata d'ufficio¹⁴².

Ciò che, invece, la norma non dice è se e in quali termini il vecchio debitore possa agire in regresso nei riguardi del nuovo¹⁴³.

La questione è, in effetti, di particolare interesse e per analizzarla occorre ragionare anche in punto di (nuova) decorrenza per il chiamato anteriore: la norma, si è detto, dovrebbe costituire un'eccezione al principio del valore del giudicato *rebus sic stantibus*, in quanto, fuori del caso previsto dal secondo comma dell'art. 440 c.c., che non lo consente, il debitore, al verificarsi del mutamento delle condizione oggettivo-soggettive, ben potrebbe rifiutarsi di adempiere, accollando al creditore l'onere di un nuovo giudizio e, probabilmente, anche della richiesta di assegno provvisorio ai sensi dell'art. 446 c.c.¹⁴⁴. È evidente, in tal senso, che la norma in esame si riferisce al caso della preesistenza di un obbligato anteriore in precedenza non considerato e non, se di stretta interpretazione dovrebbe trattarsi, anche in caso di mutamento dell'ordine degli obbligati per la costituzione di un nuovo legame, ad esempio adottivo, di coniugio o in forza di un'unione civile: ragionando in estremo, questo dovrebbe significare che in queste ipotesi invece il rifiuto di adempiere dell'originario debitore in ragione di un nuovo potenziale chiamato sarebbe legittimo.

In realtà, come è stato puntualmente osservato, l'eccezione al

¹⁴⁰ TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 41; PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 109, parla addirittura della contestualità di due sentenze, una estintiva del vecchio rapporto, l'altra costitutiva di uno nuovo.

¹⁴¹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 108 ss.; v. anche DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, cit., p. 625.

¹⁴² In questo senso, PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 107; DOGLIOTTI, *op. ult. cit.*, p. 625; SALA, *Gli alimenti*, cit., p. 1936.

¹⁴³ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 924 s.

¹⁴⁴ Così TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 486.

principio del *rebus sic stantibus* sarebbe più apparente che reale¹⁴⁵, dovendo misurarsi con il significato che a questa clausola generale, di matrice processuale, si intende attribuire: il giudicato rivedibile in ogni tempo, in effetti, non equivarrebbe (quanto meno non sempre) ad una sorta di automatismo dei presupposti di legge, che sicuramente non vale in via generale in materia familiare e minorile. Il che, in altre parole, significa che il mutamento delle condizioni oggettive e soggettive non provoca, di per sé, l'estinzione o il sorgere del nuovo rapporto obbligatorio (salvo naturalmente il caso della morte di una delle parti, che incide, va da sé, in termini estintivi); e che, di conseguenza, il mutamento di quelle necessita, per avere affetto, della mediazione del giudice, non consentendo una liberazione *ope legis* del vecchio debitore¹⁴⁶, e di un'allegazione probatoria assolta dal debitore originario¹⁴⁷.

Quello che esprime il secondo comma dell'art. 440 c.c., quindi, sarebbe una conferma, e non un'eccezione al principio predetto, significando, semmai, che (anche) in caso di concorso originario fra più obbligati, il verificarsi della condizione modificativa prevista necessita, comunque, di una pronuncia estintiva e di una successiva, costitutiva, del nuovo rapporto con il chiamato anteriore. Infatti, quest'ultimo, a sua volta, potrebbe in ogni caso essere ammesso a provare la sua eventuale incapacità economica, totale o parziale, la quale, se accertata, dovrebbe far riveditare sul complessivo assetto obbligatorio.

In stretta connessione, evidentemente, si pone il problema della rivalsa di quanto *medio tempore* versato dal chiamato posteriore, di cui la norma non parla: problema che si pone con riferimento, in primo luogo, alla decorrenza del nuovo rapporto, posto che la disposizione in esame sembra derogare al principio generale dell'art. 445 c.c., che dispone l'efficacia retroattiva del provvedimento

¹⁴⁵ Ancora VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 926; ma si veda già TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 45.

¹⁴⁶ FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 646.

¹⁴⁷ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 108; PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 528 s.; EAD., *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., p. 75.

giudiziale non dalla sentenza, bensì già dalla domanda. In realtà, si osserva, la norma di cui al secondo comma dell'art. 440 c.c. non devia dalla regola predetta, ma si limita a sancire il principio della continuità degli alimenti, per le ragioni sopra asserite¹⁴⁸.

In seconda battuta, si pone un altro quesito: se, infatti, la domanda di modifica *ex art.* 440, secondo comma, sia mossa dal creditore, il giudice, a fronte di un litisconsorzio necessario, sanabile anche d'ufficio in caso di inerzia dell'alimentando, potrà accertare la circostanza estintiva e costituire un nuovo rapporto. Posto che è da escludersi un'iniziativa d'ufficio, ci si chiede cosa accadrebbe nell'ipotesi in cui l'alimentando si rifiuti di proporre domanda verso il chiamato anteriore per le ragioni più diverse: in tal senso, le norme sul concorso e sul grado degli obbligati, certo non attribuiscono al creditore un arbitrio ingiustificato, consentendo al vecchio debitore di agire, con un onere probatorio però non sempre agile da assolvere rispetto alle condizioni economiche mutate e accresciute del chiamato anteriore¹⁴⁹. Quando, invece, la domanda sia avanzata dal vecchio debitore, il medesimo meccanismo del litisconsorzio necessario consentirà, in un'unità processuale, di concentrare la sentenza estintiva con l'emanazione di quella costitutiva, rendendo evidente il termine temporale dal quale far retroagire la domanda di regresso nei confronti del nuovo chiamato¹⁵⁰.

In termini critici, si prospetta l'ipotesi dell'emanazione di un assegno provvisorio in sede di giudizio principale a carico del nuovo rapporto obbligatorio, secondo quanto concesso dall'art. 446 c.c. Se ben può ben accadere che l'esigenza di provvedere con urgenza si ponga nell'ipotesi di mutamenti *in peius* delle condizioni economiche del debitore, che non riesca ad essere più solvibile¹⁵¹, qualche riflessione in più merita l'ipotesi del nuovo chiamato di grado anteriore.

Il provvedimento, emanato sommariamente in via provvisoria dal giudice ai sensi dell'art. 446 c.c. – nel caso in cui la causa sia

¹⁴⁸ PACIA, *op. ult. cit.*, p. 529.

¹⁴⁹ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, cit., p. 627.

¹⁵⁰ Così già TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. 411; TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 45; PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 108 s.

¹⁵¹ G.B. FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 667; G. PROVERA, *op. ult. cit.*, p. 155.

avanzata *ab origine* dal creditore, quindi con una domanda parallela, ovvero nel caso in cui essa sia mossa dal vecchio debitore, consentendo all'alimentando di costituirsi e avanzare la propria autonoma domanda –, non certamente non incide in termini estintivi sul precedente rapporto, né in termini di decorrenza; però avrebbe conseguenze sul nuovo rapporto, segnando, tuttavia, un profilo critico nell'ipotesi in cui in via provvisoria, appunto, un nuovo assegno si sommi ad uno vecchio che rimanga, nell'ipotesi, immutato. Il tema si profila, vieppiù, nell'ipotesi in cui le modalità di somministrazione della prestazione (la vecchia e quella da costituire) siano in natura o magari fra loro eterogenee.

V'è da chiedersi se forse, in un giudizio modificativo che abbia come presupposto la potenziale chiamata di un grado anteriore, non sia da escludere in radice la possibilità dell'emanazione di un assegno provvisorio, essendo sì, certamente presente e provato l'elemento dell'incapacità di sostenersi del creditore, ma in qualche modo assente quello dello stato di bisogno, in virtù della presenza della prestazione originaria¹⁵².

Come detto, la norma nulla dispone in tema di rivalsa dell'originario debitore, in qualità di soggetto terzo che abbia corrisposto, senza esservi tenuto, gli alimenti alla persona in stato di bisogno, ovvero anche in qualità di coobbligato, ma in misura poi accertata come inferiore¹⁵³. Tralasciando l'ipotesi, plausibile quanto frequente nella prassi, che il vecchio debitore adempia per spirito di liberalità o in adempimento di un dovere morale e sociale ai sensi dell'art. 2034 c.c., con conseguente irripetibilità della prestazione

¹⁵² Sostiene PACIA., *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., p. 80, che la sentenza che conclude il giudizio può presentare discordanze rispetto all'ordinanza di liquidazione provvisoria dell'assegno, negando il diritto nei confronti di quel determinato obbligato oppure riconoscendolo, ma in misura inferiore o superiore a quella liquidata: in quest'ultimo caso, l'efficacia retroattiva della sentenza al momento della domanda o della costituzione in mora ex art. 445 c.c., impone al debitore di integrare, da quella data, l'assegno già corrisposto in via cautelare; mentre, nelle prime due ipotesi, il diritto al rimborso opererà secondo le regole dell'art. 440 c.c.

¹⁵³ PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 530.

eseguita¹⁵⁴, negli altri casi è ammissibile la rivalsa sia nei confronti del nuovo debitore, sia in quelli del creditore¹⁵⁵.

Nei confronti del creditore alimentando, il terzo può agire, ricorrendo alla tutela offerta dall'art. 2033 c.c., in tema di indebito oggettivo, per le prestazioni anteriori alla domanda giudiziale o alla costituzione in mora, promesse, queste, a istanza dello stesso creditore nei riguardi del presunto (nuovo) obbligato; nonché per le prestazioni successive, quando la domanda venga rigettata o l'attore rinunci all'azione¹⁵⁶. In caso, invece, di accoglimento dell'azione e di costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio, l'effetto retroattivo dalla domanda giudiziale o dalla costituzione in mora consente al terzo di invocare la tutela dell'indebito soggettivo, ex art. 2036 c.c., provando tuttavia il presupposto dell'errore scusabile¹⁵⁷.

Nei riguardi dell'obbligato, nei confronti del quale si sia già ottenuta una sentenza costitutiva del nuovo rapporto, il terzo può agire direttamente chiedendo le prestazioni successive alla domanda giudiziale o alla costituzione in mora¹⁵⁸: tuttavia, se abbia pagato in

¹⁵⁴ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 115; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 6; TRABUCCHI, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 236; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 649.

¹⁵⁵ PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 530; reputa possibile la rivalsa nei soli riguardi dell'obbligato, VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, cit., p. 169 ss.; in senso apparentemente analogo anche ARGIROFFI, *Degli alimenti*, cit., p. 174 ss.; e Trib. Monza, 15 gennaio 2007, in *Rep. Giur. it.*, 2007, *Alimenti*, n. 15.

¹⁵⁶ VINCENZI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 196; analogamente anche PACIA, *op. ult. cit.*, p. 530.

¹⁵⁷ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 115; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 6; FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 650; VINCENZI AMATO, *op. ult. cit.*, p. 194, reputa applicabile anche la tutela dell'ingiustificato arricchimento da esperire nei riguardi del creditore verso gli arretrati.

¹⁵⁸ Segnala PACIA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, Gabrielli, cit., p. 530, in nota an. 27, che una giurisprudenza minoritaria e parte di dottrina reputano che la disposizione dell'art. 445 c.c. in tema di decorrenza non si applichi all'ipotesi di rivalsa nei confronti del terzo: v. Cass., 9 agosto 1988, n. 4883, in *Rep. Giur. it.*, 1988, *Alimenti*, n. 2; FERRI, *op. ult. cit.*, p. 651; in particolare, TAMBURRINO, *Alimenti (diritto civile)*, cit., p. 46, reputa che l'azione del terzo verso l'obbligato sia fondata sulla *negotiorum gestio*, ciò anche nel caso in cui vi sia opposizione alla gestione, date le finalità della obbligazione alimentare e la conseguente esigenza di favorire la corresponsione concreta per tutelare il diritto dell'alimentando a ottenere quanto necessario alla sua vita.

virtù di un errore scusabile, lo potrà fare invocando la surrogazione legale prevista dal terzo comma dell'art. 2036 c.c.¹⁵⁹; nell'ipotesi inversa di errore non scusabile, il terzo sarà creditore dell'alimentato per la ripetizione dell'indebito soggettivo ai sensi del primo comma dell'art. 2036 c.c. e potrà, pertanto, agire in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., assolvendo i requisiti ivi previsti, tutelando il diritto di credito dell'alimentato nei confronti dell'obligato per le prestazioni arretrate, al fine di assicurare, in vista di un futuro procedimento esecutivo, la capienza del patrimonio del proprio debitore¹⁶⁰: l'azione sarebbe infatti ammissibile, in quanto attinente non al diritto agli alimenti, ma il diritto di credito alle prestazioni scadute, disponibile¹⁶¹.

Con riferimento all'ipotesi in commento, deve pertanto concludersi per l'ammissibilità a favore del vecchio debitore, dopo la sentenza nei confronti dell'obligato di grado anteriore, un diritto di ripetizione per le prestazioni effettuate dopo la domanda giudiziale, con la quale egli ha ottenuto l'estinzione della propria obbligazione alimentare: la retroattività del provvedimento giudiziale attribuisce a tali prestazioni la qualifica di pagamento di un debito altrui, per un errore certamente scusabile, in quanto il debitore ha pagato in esecuzione dell'atto costitutivo della prima sentenza pronunciata nei suoi confronti: di conseguenza, egli può esercitare l'azione di indebito soggettivo verso l'alimentato e, nei

¹⁵⁹ PROVERA, *Degli alimenti*, cit., p. 115; AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 7.

¹⁶⁰ TEDESCHI, *Gli alimenti*, cit., p. p. 512 s.; CABELLA PISU, *Prestazioni alimentari del terzo e strumenti di regresso*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 723; AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 6 s.; PACIA., *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., p. 77; in senso contrario, VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, cit., p. 171 ss.

¹⁶¹ Così AULETTA, *Alimenti (dir. civ.)*, cit., p. 6; CABELLA PISU, *Prestazioni alimentari del terzo e strumenti di regresso*, cit., c. 724; in giurisprudenza, Cass., 14 aprile 1947, n. 553, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, c. 286. Sostiene PACIA., *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, cit., p. 77, che a questa conclusione non sia di ostacolo la sottrazione dei crediti alimentari al pignoramento ed al sequestro, ai sensi degli artt. 545, primo comma, e 671 c.p.c., dal momento che queste previsioni mirano ad assicurare che la prestazione sia destinata al sostentamento del soggetto in stato di bisogno, il quale, nel caso di specie, tale prestazione ha già ricevuto dal terzo.

ALESSANDRA CORDIANO

limiti in precedenza indicati, l'azione surrogatoria nei confronti del nuovo obbligato; nonché, ad accogliere un'interpretazione restrittiva dell'art. 2042 c.c., anche l'azione di arricchimento senza causa¹⁶².

¹⁶² PACIA., *op. ult. cit.*, p. 79.

CAMILLA CREA
Professoressa associata di diritto privato
Università del Sannio

ARGOMENTO MORALE, PLURALISMO 'CULTURALE' E SEMANTICA DEI MARCHI

SOMMARIO: 1. Pluralismo e multiculturalismo tra modelli ideali e reali. Il dialogo con i *boni mores*. – 2. L'argomento del pluralismo sociale e culturale nel dibattito sul buon costume: approccio empirico-sociologico. – 3. La morale giuridicizzata nell'assiologia pluralista delle carte costituzionali nazionali e sovranazionali: la ricerca di valori di riferimento di comunità frammentate. – 4. Il *trend* recessivo del buon costume nell'esperienza francese e negli itinerari sovranazionali di '*soft law*'. – 5. Valore espressivo dei marchi ed effetti sociali: interferenze con la grammatica dei diritti umani. – 6. Marchi comunitari, immoralità e violazione dell'ordine pubblico – 7. Libertà di espressione e tutela delle diversità linguistiche, religiose e culturali: la casistica europea. – 8. Semantica della differenza e istanze euro-unitarie.

1. *Pluralismo e multiculturalismo tra modelli ideali e reali. Il dialogo con i boni mores.*

Il multiculturalismo ha una pluralità ormai esponenziale di definizioni possibili¹, essendo un concetto mutevole, relativo, controverso. Tratto comune alle varie opinioni è il contesto valutativo (ordinamenti di tipo liberaldemocratico) e la costruzione del multiculturalismo come modello, essenzialmente ideale e politico, nel quale effettivamente si accetti sul piano sociale e normativo una identità

¹ LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma, 2005, p. 3 ss. Distingue multiculturalismo e società multietnica, FERRARA, *Multiculturalismo*, in Bobbio, Matteucci e Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 599; per un quadro ricostruttivo v. CECCHERINI, *Multiculturalismo (dir.comp.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2008, p. 486 ss.

pluralista all'interno di un certo ambito territoriale, sì da ripristinare una tendenziale simmetria tra diritto, società, e cultura² alterati dalla compresenza di individui o gruppi portatori di interessi e valori non omogenei. Questo prototipo ideale trova, forse, un riscontro reale in taluni paesi geneticamente abituati alla diversità. Il Canada³, ad esempio, è storicamente caratterizzato da innesti di tradizioni francofone ed inglesi, e lo Stato – nello stesso testo costituzionale – si dichiara multiculturale adottando, sin dal 1971, politiche attive di promozione, riconoscimento e integrazione delle differenze.

Nella realtà degli stati europei – con talune eccezioni tra le quali la Svizzera, la Gran Bretagna, benché oggi tecnicamente esterna all'Unione, in parte anche il Belgio⁴ e la Germania – è forse più corretto discorrere di pluralismo culturale⁵ etico, sociale, linguistico⁶ e valoriale.

La gestione dei conflitti che ne derivano varia da paese a paese, a seconda della storia di ciascuno, dell'incidenza di un passato coloniale o dell'impatto dei nuovi fenomeni migratori: itinerari diversi e in continua evoluzione per ciascun ordinamento, che impongono una

² JRAZ, *Multiculturalism*, in *Ratio Juris*, vol. 11, n. 3, 1998, pp. 193-205: «*Liberal Multiculturalism is a normative precept motivated by concern for the dignity and well-being of all human beings. It is a precept which affirms that in the circumstances of contemporary Western societies a political attitude of fostering and encouraging the prosperity, cultural and material, of cultural groups, and respecting their identity, is justified*».

³ KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995 (trad.it., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999).

⁴ COLELLA, *La diversità linguistica come «elemento strutturale» della forma di Stato multiculturale belga*, in *Dir. pubbl. compr. eur.*, 2016, pp. 1121-1144.

⁵ Per i caratteri fisionomici del pluralismo, quale fatto di cultura caratterizzato da meccanismi di frammentazione e da conflitti anche interni ad un medesimo gruppo, e in continua evoluzione, VIOLA, *Pluralismo e tolleranza*, in Dalla Torre (a cura di), *Lessico della laicità*, Roma, 2007, p. 227 ss., spec. 228. Per una ampia accezione di cultura finalizzata ad evitare distorsioni del principio pluralista, si rinvia a FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 430.

⁶ Tale forma di pluralismo richiede vere e proprie politiche del linguaggio a tutela delle minoranze linguistiche quali comunità culturali: SCHMID, *The Politics of Language: Conflict, Identity, and Cultural Pluralism in Comparative Perspective*, Oxford, 2001.

analisi pluridisciplinare, comparata ed attenta ai fondamenti antropologici dei vari percorsi⁷. Tutto ciò secondo una accezione del normativo ampia, comprensiva di norme e pratiche sociali oltre che strettamente giuridiche.

Un esempio a mo' di iperbole, che mette in luce con potenza gli atteggiamenti eterogenei che i sistemi giuridici possono avere, può trarsi dalla casistica sull'uso del *kirpan* per i seguaci della religione ortodossa *Sikh* nata in India. La *Supreme Court of Canada*⁸ consente l'uso del simbolo (un coltello) persino nelle scuole al fine dichiarato di tutelare il valore della diversità, del rispetto del pluralismo religioso e dei diritti altrui, quali essenziali messaggi educativi, sia pur con alcune cautele. In una prospettiva diametralmente opposta, i giudici di legittimità, in Italia, hanno asserito⁹ che l'uso del *kirpan* è vietato per ragioni di sicurezza ma soprattutto – e questo è il dato

⁷ SACCO, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007. L'esperienza statunitense, a sua volta, sul piano del multiculturalismo è passata dall'ideale fusionale del *melting pot* tra varie etnie, alla più ragionevole metafora del *salad bowl*, un ibrido in cui gli elementi identitari differenziati si mescolerebbero senza fondersi: HUNTINGTON, *La nuova America. Le sfide della società multiculturale*, Milano, 2005 (trad. it. dalla versione inglese *Who Are We?: The Challenges to America's National Identity*, New York, 2004), sequel del noto scritto *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996, nel quale Samuel Huntington ha sostenuto, provocatoriamente, che alla fine della Guerra fredda il nodo centrale delle politiche internazionali sarebbe stato non lo scontro tra ideologie, né tra classi sociali o gruppi economici, ma tra civiltà o meglio tra *cultural entities*.

⁸ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, 2006 SCC 6; sul punto, in particolare, LOPRIENO e GAMBINO, *L'obbligo di "accomodamento ragionevole" nel sistema multiculturale canadese*, in Rolla (a cura di), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, p. 217 ss. spec. p. 225. Il tema è assai più complesso, dovendosi inserire nel discorso sulla *cultural defence* (esimente) e sulla correlata analisi della inesigibilità di certe condotte culturalmente condizionate (De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010).

⁹ Cass. pen., 31 marzo 2017, n. 24804, con il commento fortemente critico di SIMONI, *La sentenza della Cassazione sul kirpan: "voce dal sen fuggita"?*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2017, p. 4 ss. (da cui l'espressione usata nel testo); CAVAGGION, *Diritto alla libertà religiosa, pubblica sicurezza e "valori occidentali". Le implicazioni della sentenza della Cassazione nel "caso kirpan" per il modello di integrazione italiano*, in *Federalismi.it*, 14 giugno 2017.

preoccupante – per un obbligo dello straniero di conformarsi ai valori della società di accoglienza, o meglio ai valori del mondo occidentale, con ciò palesando un intento assimilazionista, simile a quello francese, di pericolosa adesione «all’ideologia della diversità culturale degli immigrati».

Nel contesto europeo, dove pure il complesso dibattito tra *liberals* e *comunitarians* sul multiculturalismo, nato in Nord America, è progressivamente penetrato¹⁰, il pluralismo si interfaccia con modelli storici correlati ai vari sistemi costituzionali di integrazione¹¹, ad eterogenee politiche di riconoscimento¹², spesso rivelatesi fallaci sul piano delle applicazioni concrete. Le azioni di gestione dei conflitti socio-culturali da parte dei singoli stati, a loro volta, si inseriscono all’interno delle *policy* promosse dall’Unione, nella prospettiva di un ‘processo’ di integrazione, che è un *desideratum* ancora in gran parte da definire e costruire, e di percorsi di tolleranza e di rispetto della identità-diversità dei singoli e delle comunità di appartenenza, ossia di rispetto della dignità umana a fronte dei massicci flussi migratori dai paesi *extra* UE.

¹⁰ LANZILLO, *Il multiculturalismo*, cit., p. 8 ss.

¹¹ Francia, Inghilterra, Germania, Olanda, *in primis*: DI CAVAGGION, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Milano, 2018, p. 153-176. I modelli di gestione del pluralismo imperanti in Europa sono assai diversi e in fase di ripensamento attuale: quello francese e quello britannico, entrambi paesi coloniali. Le risposte sono state diverse: in Francia il modello assimilazionista, in base al quale lo straniero aspira alla cittadinanza e si rapporta allo stato in quanto singolo individuo-cittadino [Costantini (a cura di), *Multiculturalismo alla francese? Dalla colonizzazione all’immigrazione*, Firenze, 2009, p. 167 ss.]; in Inghilterra, invece, una politica pluralista che rispetta le comunità intermedie con le quali si interfaccia il governo britannico (si pensi ai Tribunali della *Sharia*). L’Italia è solo all’inizio il problema del pluralismo si è acuito con i flussi migratori: HASANAJ, *Immigrazione e diversità: Un modello dinamico e differenziato per l’Italia multiculturale*, Milano, 2019.

¹² I conflitti sociali e culturali sono sempre lotte per il riconoscimento; la collisione cresce esponenzialmente in ragione della intensità qualitativa e quantitativa della distanza culturale. Le politiche del riconoscimento dovrebbero tradursi in azioni di gestione dei conflitti perché l’uomo, senza riconoscimenti, perde la sua integrità, i suoi diritti, la sua autonomia personale e morale. Sul passaggio dalle politiche del riconoscimento alla teoria del riconoscimento, in correlazione con l’idea di democrazia nel contesto europeo v. HONNETH, *Riconoscimento: Storia di un’idea europea*, Milano, 2019.

Il discorso sul multiculturalismo o, forse, sul post-multiculturalismo¹³, in questa sede solo sommariamente tracciato, è lo sfondo dal quale partire per interrogarsi su un tema di estremo interesse e poco indagato: il delicato rapporto con il buon costume. Quale potrebbe essere il senso di tale clausola generale, ritualmente ricondotta ad una sorta di sentire, di morale comune-collettiva, all'interno di una società portatrice di bisogni, costumi e valori tanto diversi?

La *ratio* sottesa alla domanda è anzitutto legata alla constatazione che molti degli autori che hanno affrontato il terreno scivoloso del buon costume si sono dovuti confrontare «con il problema del pluralismo sociale»¹⁴, prendendo atto dell'evoluzione liberatoria dei costumi, dell'assenza di una morale universale condivisa all'interno di società/comunità non più omogenee, frammentate, in continua trasformazione, nonché dei rischi di abusi di classi dominanti rispetto a quelle minoritarie.

Per poter anche soltanto tentare di rispondere al quesito pare utile parcellizzare la riflessione partendo da una analisi delle possibili definizioni teoriche delle *bonnes moeurs* della tradizione romanistica, sì come emerse nella letteratura, e da una ponderazione del loro grado di compatibilità/incompatibilità con il discorso del pluralismo. La riflessione non affronta i tradizionali *cultural and religious claims*, ritualmente legati alle esigenze di tutela delle donne, al diritto di famiglia o a questioni di diritto penale, né i conflitti culturali relativi all'autonomia privata o al fatto illecito in senso stretto¹⁵, tutti fondati essenzialmente su ipotesi di collisione con culture 'altre' rispetto a quelle occidentali: non riguarda, dunque, quelli che, con ica-

¹³ PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Hampshire, 2000; VERTOVEC, *Towards post-multiculturalism? Changing communities, conditions and contexts of diversity*, in *International Social Science Journal*, vol. 61, no. 199, 2010, pp. 83-95, che attribuisce al post-multiculturalismo l'attitudine ad esprimere l'esistenza di conflitti anche interni ad un medesimo gruppo, nonché l'evoluzione che deriva dalla interazione dinamica tra comunità portatrici di valori differenti, con conseguente emersione di ulteriori collisioni.

¹⁴ Per una brillante analisi in tal senso, TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 629-653.

¹⁵ Secondo la prospettiva accolta nell'opera monumentale di FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit. spec. p. 427 ss.

stica semplicità Rodotà definiva «conflitti fra assoluti non compatibili»¹⁶. L'obiettivo è, tenuto conto del ruolo recessivo della morale nel dibattito e nella stessa evoluzione normativa, concretizzare la funzione attuale del concetto utilizzando, come lente valutativa un ambito applicativo concreto, ossia la disciplina dei marchi e la casistica europea. La riflessione si inserisce in quella zona grigia di intersezione con la grammatica dei diritti umani dato il valore comunicativo-espressivo dei marchi e il loro impatto sociale oltre che economico.

In tale contesto, l'argomento morale sembra conservare un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità, persistenti tra i vari stati membri.

2. L'argomento del pluralismo sociale e culturale nel dibattito sul buon costume: approccio empirico-sociologico.

Punto di partenza obbligato è la riflessione di Francesco Ferrara, il quale offre, nella sua opera *'Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano'*, una esemplare sistematizzazione della questione della invalidità negoziale per illiceità, benché storicamente ancorata alle disposizioni dell'abrogato codice unitario del 1865¹⁷.

¹⁶ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 124, il quale peraltro precisa l'irrelevanza di una distinzione tra multiculturalismo ed integrazione: ciò che rileva non è la scelta binaria tra integrarsi o, invece, tutelare la propria identità, essendo entrambe opzioni giustificabili e degne di rispetto, ma trovare tecniche di contemperamento ispirate alla flessibilità, tramite la centralità dei principi del sistema ordinamentale.

¹⁷ La riflessione, profondamente intrisa degli influssi tedeschi, apre ad una concezione sociologica del buon costume che ha ispirato fortemente la dottrina italiana successiva e la stessa giurisprudenza, trovando paralleli anche in autori francesi quali René Demogue (il quale discorreva di buon costume come accettabilità sociale), che a sua volta ha avuto un influsso determinante nella letteratura successiva (in particolare, sul pensiero di Louis Josserand e Jean Carbonnier): documenta attentamente siffatta evoluzione TERLIZZI, *Dal buon costume alla dignità della persona*, Napoli, 2014, p. 41 ss., ma anche p. 23 ss. per il confronto e le opportune differenziazioni con la posizione idealistica di Ripert (*ivi*, p. 27 ss.) espresse nella sua fondamentale opera *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925. Per la critica all'impostazione sociologica, invece, SAIGET, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, p. 61 ss.

Partendo dalla duplice premessa che la moralità è «un concetto di relazione», «anzi è non altro che l'utilità sociale», e che la differenza tra diritto e morale non è nella natura, né nei fini – giacché entrambi guidano le azioni dei consociati verso obiettivi di convivenza sociale –, ma semplicemente «nella forma dei mezzi che essi adoperano per la loro esecuzione»¹⁸(la 'coazione giuridica' nell'un caso; la più debole 'coazione psicologica', nell'altro), il buon costume, per Ferrara, è norma sussidiaria che completa le lacune lasciate dalla legge, «a maggior protezione dell'ordinamento giuridico»¹⁹. Esso coincide con la «moralità pubblica», con la «coscienza morale sociale» di un dato popolo in un dato tempo; termini, questi ultimi, ritualmente presenti nelle decisioni delle corti nazionali anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. In tale contesto valutativo, in ogni caso, si esclude che il diritto abbia una funzione di moralizzazione, limitandosi a fungere da ostacolo, da impedimento per «ridurre l'immoralità»²⁰. Il concetto di costume che interessa il discorso giuridico è qualificato in negativo (immorale).

Ma quale è la morale sociale che deve ispirare l'interprete e che, se assente, è criterio per invalidare i negozi giuridici? La morale 'decidente' è quella *comune*, non quella soggettiva e arbitraria dell'interprete, perché penetrata nel commercio, nei costumi, nelle istituzioni; è obiettiva e *generale*, riflessa nella «coscienza universale di tutti»²¹, benché *variabile* «secondo i popoli e secondo i tempi», in quanto correlata al «grado di sviluppo intellettuale ed etico della società»²² e il sentire morale cambia, incide sul diritto, determinando un passaggio graduale della qualificazione dell'atto di autonomia privata «per tutte le più sfumate tonalità dal lecito all'illecito»; *attuale*, *presente* nella vita dell'oggi, e non nell'immaginario ideale o letterario di poeti e filosofi; *reale*, *pratica*, non teorica, perché posta in essere dalla «generalità dei cittadini»²³; civile, relativa ai *cives*,

¹⁸ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 6.

¹⁹ FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 4.

²⁰ FERRARA, *op. ult. cit.*, rispettivamente p. 26 e 27.

²¹ FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 29 e 30.

²² FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 31.

²³ FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 32-34.

senza che rilevinò le istanze di particolari religioni; *locale (non internazionale)*, giacché appartiene ad un certo paese, con le sue tradizioni e i suoi costumi.

L'indagine è chiaramente frutto del suo tempo, ancorata ad una visione statalista del diritto e a una concezione dell'ordine pubblico 'legalista', cioè desumibile, sino quasi a sovrapporsi, alle singole disposizioni legislative, tanto da giustificare, per converso, una visione ampia del buon costume, come unico strumento di reale apertura ai valori etici, alla mutevole realtà sociale, e di estensione del controllo sugli atti di autonomia privata²⁴. È innegabile, tuttavia, l'emersione chiara di tratti distintivi del buon costume e l'impatto che tale impostazione ha avuto sulle corti nazionali: concetto elastico, indeterminato, relativo/variabile, su piano storico-temporale e dei casi concreti, che richiede la interpretazione (diremmo oggi, una concretizzazione); esprime un «ordinamento morale», ben oltre la mera «morale sessuale», ossia un «patrimonio di idee e di sentimenti ereditati dal lungo svolgere dei secoli»²⁵, generalmente sentito nella coscienza collettiva e praticato. La giurisprudenza italiana, sulla scia di Ferrara, continua a parlare di buon costume come l'insieme di «quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il

²⁴ Come acutamente osservato da RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, nota a Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. mer.*, 1970, 1, p. 105.

²⁵ FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, cit., p. 27.

proprio comportamento la generalità delle persone corrette, in un determinato momento e in un determinato ambiente»²⁶, non limitando l'ampiezza del concetto alla mera 'morale sessuale e decenza'²⁷.

In tale prospettiva, l'aspirazione ad una oggettivazione dei valori morali all'interno di una comunità esprime l'idea di una morale potenzialmente universale, comune. È una posizione sociologica, empirica che parte dal basso, con un metodo induttivo; tiene in considerazione la variabilità partendo dal particolare e dal locale, ma persiste nella universalità astruendo da credenze religiose o posizioni ideologiche. Si che apre comunque ad una compatibilità con le istanze pluralistiche, superando definitivamente posizioni che identificavano il buon costume con una unica e univoca morale, quella cristiana, ritenuta peraltro immutabile²⁸.

²⁶ In via esemplificativa, v. Cass., 30 luglio 1951, n. 2226, in *Giur. it.*, I, 1952, p. 22 ss.; Cass., Sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 1679; Cass., 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Foro it.*, I, 1983, c. 691 ss.; di recente, in senso conforme, Cass., sez. VI, 3 aprile 2018, n. 8169 (in *www.dejure.it*) sul pagamento di somma di denaro per ottenere un posto di lavoro; e Cass., 26 gennaio 2018, n. 2014, *ivi*, in relazione ad un caso di simulazione assoluta di posto di lavoro con la richiesta di ripetizione delle somme versate a titolo retributivo e contributivo. Ma i casi sono diversi, o meglio risolti o risolvibili in chiave diversa, secondo Ferrara, perché quella variabilità temporale (oltre che geografica) della morale sociale comune, dei costumi – avversata da prospettive conservatrici pur sempre extra-giuridiche – si riflette, secondo il maestro, sul diritto e comporta che un certo fatto possa attraversare le molteplici sfumature dell'illecito/lecito o, viceversa, del lecito/illecito, con il mutamento tanto dei costumi, tanto dell'ordinamento giuridico di riferimento.

²⁷ La stessa Consulta adotta da tempo un concetto assai ampio di buon costume non limitandolo al pudore sessuale Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2239 ss., con il commento di ODDI, *La riesumazione dei boni mores*.

²⁸ Emblematica la posizione di TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 700-706, il quale, nel far coincidere il buon costume con la morale cattolica assegna al diritto la funzione di moralizzazione cristiana delle azioni dei privati. Senza accogliere espressamente l'impostazione cattolica, individuava nel diritto, per il tramite del rinvio ai *boni mores*, lo strumento per «una migliore realizzazione della giustizia» (dove l'aggettivo 'buono' consente di demarcare la rilevanza dei costumi in quanto buoni, dalla mera prassi) anche DE CUPIS, *Costume, buon costume e diritto*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 486. La visione censoria del diritto si lega storicamente anche al pensiero di un grande conservatore francese: RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., pp. 28

3. *La morale giuridicizzata nell'assiologia pluralista delle carte costituzionali nazionali e sovranazionali: la ricerca di valori di riferimento di comunità frammentate.*

La reazione storica a tali impostazioni sociologiche ed extragiuridiche si ha negli anni di maturazione del ruolo dei principi costituzionali: potremmo parlare di giuridicizzazione del buon costume in chiave costituzionale, fondandosi le carte costituzionali sul pluralismo, a sua volta inscindibilmente connesso alla laicità dello stato ed alle sue basi democratiche.

L'apertura sociologica, fattuale viene, in certo senso, (s)travolta da quella che potremmo definire una rivoluzione culturale legata al riconoscimento dell'incidenza dei principi costituzionali sui rapporti di diritto privato²⁹. Tale processo si coniuga con un mutato approccio al tema delle clausole generali, al ruolo dei giudici, al riconoscimento del valore precettivo dei principi confluiti nella carta fondamentale ed alla loro inesauribile carica assiologica, di là dalla rigidità intrinseca delle regole del 'tutto o niente' e senza dover necessariamente tradursi nelle istanze di un diritto naturale trascendete e 'altro' da quello terreno³⁰. La nuova stagione segna un cambiamento nella stessa riflessione sul buon costume; quella residualità che già emergeva nelle considerazioni di Ferrara si inquadra e si giustifica su basi diverse, attraverso un'innovata interazione tra fenomenologia e deontologia e all'interno di un diritto visto sempre più come esperienza portatrice di valori. Per evitare incertezze sul contenuto della

ss. e 32 ss. (e sul confronto tra quest'ultimo e Alberto Trabucchi cfr. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., p. 636 ss.).

²⁹ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camedino-Napoli, 1972, p. 417; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 90 ss. (tradotta, nella versione inglese, *Constitutional Norms and Civil Law Relationships*, in *The Italian Law Journal*, vol. 1., n. 1, 2015, p. 17 ss.).

³⁰ La transizione dalla legalità statuale a quella costituzionale è magistralmente tracciata da P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss.; sulle ambiguità di tale processo v., tuttavia, NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. Fiorentini*, 2014, XLIII, p. 589 ss., spec. p. 605.

clausola, per evitare che diventi uno strumento di controllo dell'autonomia negoziale, legato a opinioni di certe classi sociali dominanti e, poiché un sentire davvero comune è assai difficile da individuare in contesti sempre più legati al pluralismo culturale, occorre trovare punti fermi. La morale che rileva è quella giuridica (*Rechtsmoral*)³¹, espressa dall'ordinamento e nell'ordinamento, in coerenza con le istanze democratiche e dello stato di diritto.

Non c'è, dunque, un ordine etico che non sia dentro l'ordinamento: l'ordine etico è, più esattamente, nei valori della Costituzione³², un «*ordo ordinans*»³³ che fa trapelare il significato mai definitivo dei principi costituzionali, l'aspetto anche inespresso, ma sommerso, latente in quanto strato valoriale complesso e pertanto necessariamente mobile. La Carta fondamentale rappresenta la base assiologica condivisa, in quanto fonte primaria non solo di legittimazione, ma anche di produzione, garanzia dei valori di un popolo e capace di adattarsi alle mutevoli esigenze sociali, evitando scelte 'arbitrarie di valori'.

In tale quadro, la distinzione con l'ordine pubblico – che in Italia, fino agli anni '70 si tendeva ad assimilare alle basi politico-sociali ed economiche – riempiendosi ora con i valori costituzionali, quali valori anche etici (la persona, la famiglia), si appropria progressivamente dello spazio lasciato al buon costume. L'*ordre public* si frammenta, diventa sempre più multiforme e onnicomprensivo atteggiando

³¹ FERRI, *Ordine pubblico: II) dir. civ.*, in *Enc. giur.* Treccani, V, Roma, 1988, p. 4.

³² RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., p. 104; DI MARZIO, *Buon costume*, in Cendon (a cura di), *I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, p. 250, ribadendo il rischio di arbitrarie generalizzazioni che deriverebbe da una visione del buon costume come rinvio alla coscienza collettiva. In particolare, LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 268 s., per il quale «[i]l fatto poi di dover trovare svolgimento all'interno dei valori costituzionali impedisce ai contenuti morali del buon costume di confliggere con essi e anche di porre ostacoli alle loro attuazioni formali»; sul punto già PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 181 (e p. 73 s.).

³³ GROSSI., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763.

dosi, nel contesto domestico, similmente a quanto avvenuto in Francia, in senso ‘filantropico’³⁴. Il richiamo all’assiologia costituzionale – all’insegna del binomio principi/valori, e di una argomentazione giuridica che è anche argomentazione morale³⁵, ma soprattutto alla luce di una gerarchia nella quale il criterio fondamentale della giuridicità è *in primis* la tutela della persona e della sua dignità – si rafforza esponenzialmente in ragione dei (neo)valori contenuti nelle carte europee (Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e CEDU) e del dialogo tra decisori nazionali ed europee all’interno del complesso meccanismo di tutela *multilevel* dei diritti fondamentali³⁶.

³⁴ Sulla evoluzione dell’ordine pubblico e del rapporto tra quello interno ed internazionale, con diversità di accenti, di recente, CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018; per una argomentata e convincente valutazione unitaria tra i due concetti, tradizionalmente distinti, alla luce della univocità dei criteri assiologici di giudizio (*i.e.*: principi identificativi dell’ordinamento giuridico, complesso ma a sua volta unitario) e del metodo del bilanciamento secondo ragionevolezza, v. ZARRA e G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. pp. 15-90; la preminenza dei principi costituzionali è, altresì, evidenziata da SALERNO, *La costituzionalizzazione dell’ordine pubblico internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 259 ss.

³⁵ Sulla identificazione principi-valori nell’ambito delle tecniche argomentative, ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 73 s., nonostante la persistente opposizione ideale tra elemento deontologico ed elemento assiologico (ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 162 ss.).

³⁶ La centralità della dignità si impone nella stessa riflessione della Corte costituzionale italiana: v. il *leading case* Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, cit., p. 2239 ss. con il commento di ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, ove, promuovendo una nozione ampia del buon costume, la Consulta ha stabilito che il ‘comune sentimento della morale’ vada inteso in senso pluralistico e laico, e vada collegato con il valore supremo della dignità della persona (art. 2 cost.); sì che, una manifestazione del pensiero può essere ritenuta immorale solo qualora confligga con «la pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea». La dignità diviene, così, una sorta «di ‘supervalore costituzionale’, in quanto tale sempre invocabile per limitare qualsivoglia diritto di libertà» (ODDI, *op. ult. cit.*, p. 2247). La correlazione immediata buon costume-dignità come valore etico pervade l’intera opera di PERRONE, «*Buon costume*» e *valori costituzionali condivisi. Una prospettiva della dignità umana*, Napoli, 2015, *passim*. Tra le decisioni della Corte di Giustizia non può non menzionarsi il noto caso Omega: *Corte giust.*, 14 ottobre 2004, c. 36/02, *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungen GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.*, 2004, I, p.

Di là dalla adesione all'una o all'altra impostazione, vero è che i due approcci al buon costume – quello normativo, di giuridicizzazione tramite il pluralismo delle carte dei diritti e la valenza assorbente dell'ordine pubblico; quello empirico-sociologico, che tenta di conservare la separazione tra diritto e morale, talvolta estremizzato dalle contaminazioni antropologiche³⁷ – sembrano conservare il

9609 ss. (sulla quale: HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars. int.*, 10, 2005, spec. p. 135 ss.). Sulla dignità come principio destinato «ad ampliare il contenuto» della stessa clausola «del buon costume», v., MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 67 ss., spec. p. 102; con diversi approcci, RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 801 ss.; SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 583 ss. Certo è che se la dignità umana non è «più un'espressione del c.d. diritto naturale ma [...] elemento costitutivo e caratterizzante il diritto positivo» (P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 152), permane il rischio che il richiamo ad essa si traduca in una formula magica, che induce a tentare ulteriori ma non risolutive tassonomie, essenzialmente basate sulla alienabilità-inalienabilità di beni giuridicamente rilevanti (RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 257).

³⁷ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*³, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 67, ove si sostiene la valenza extra-giuridica del buon costume quale «insieme di regole deontologiche non formalizzate e pregiuridiche», 'spontanee' e 'amorfe', cioè 'non formalizzate' riproponendo in parte l'impianto sociologico di Francesco Ferrara, arricchito di contaminazioni antropologiche. L'obiettivo è difendere la differenza ontologica e qualitativa tra immoralità e violazione di norme imperative o ordine pubblico, criticando il richiamo alla Costituzione. Quella che altrove è stata provocatoriamente definita la 'stampella' costituzionale (così, in riferimento alla buona fede, la classica pagina di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 10) è vista, in questo contesto, come una surrettizia tecnica 'giacobina' volta ad imporre l'idea che l'etica pensabile sia solo quella del legislatore, come se la Costituzione fosse una «bibbia depositaria unica di ogni regola etica» (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 65). Il significato extragiuridico della morale avrebbe un duplice effetto liberatorio: per il legislatore, che non dovrà arrancare nella creazione e aggiornamento di «elenchi di contenuti illeciti»; per la società che, in tal modo, può «far valere le sue istanze [...] senza passare – per una volta – attraverso il filtro degli organi di potere». Certo, il buon costume così inteso sembrerebbe accrescere esponenzialmente il rischio di incertezza del diritto che ne deriva, soprattutto all'interno di

ruolo di narrative dominanti del discorso sulla morale anche nella gestione dei conflitti generati dalle collisioni socio-culturali.

4. *Il trend recessivo del buon costume nell'esperienza francese e negli itinerari sovranazionali di 'soft law'.*

In chiave evolutiva è in ogni caso opportuno segnalare un progressivo *trend* recessivo dei *boni mores*.

Il sistema della illiceità del codice civile italiano, fondato sulla violazione dell'ordine pubblico, del buon costume e delle norme imperative deriva, sul piano storico e della circolazione dei modelli, dall'impianto francese. Tuttavia, nella recente *Réforme du droit des contrats* si è sostanzialmente preferita una epurazione del concetto. La scelta, sia pur con molte e non sopite ambiguità, deriva da plurimi impulsi sia interni, sia esterni. Il cambiamento è stato indotto

una società multiculturale e multi-valoriale. Eppure, si afferma, a contrario: il buon costume promuove il pluralismo perché significa una indifferenza, un disinteresse del diritto (che rinuncia allo strumento sanzionatorio) nei confronti di certi costumi. In altri termini, «[q]uando la scena è turpe, la legge si allontana (in punta di piedi)» (posizione ribadita pure di recente, nell'ambito di una illuminante riflessione sull'abuso del diritto e dei suoi rapporti con l'immoralità: SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, p. 1 ss.; il pensiero di quest'autore induce ad attribuire al buon costume una valenza assai ampia come strumento di controllo sugli atti di autonomia privata al fine dell'invalidazione di accordi economicamente iniqui: nei contratti immorali, infatti, rientrano «i contratti lesivi della giustizia, dell'equità e della buona fede»). Sul punto, anche TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, cit., pp. 647 s. La prospettiva sociologica è valorizzata altresì da ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 387 s.; e in ROBLES, *Rilevanza del buon costume nel diritto provato attuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 83-120. Da un ulteriore prospettiva metodologica, il medesimo risultato della persistente natura del buon costume esterna al diritto si giustifica da un lato, asserendo che i valori etici-morali sono lasciati al buon costume come concetto non giuridico, *rectius* quale 'ponte tra mondo giuridico' ed 'etico-morale' in chiave di complementarità (G. PERLINGIERI, *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo inclusivo» ed «esclusivo»*. Leggendo Wil J. Waluchow, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2020, p. 1 ss.); dall'altro, riconoscendo nell'ordine pubblico una clausola generale che concretizza regole e soprattutto principi, e che promuove il significato normativo oltre che assiologico dei principi costituzionali in sede applicativa (sul punto G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., pp. 49-51, testo e nota 75).

dall'esperienza pretoria che aveva di fatto stravolto l'originario *Code Napoléon* ormai desueto³⁸, limitando l'uso del concetto alla morale sessuale e promuovendone l'uso in endiadi con l'ordine pubblico; tutto ciò in considerazione della liberalizzazione dei costumi, della difficoltà a disancorare la valutazione morale da un costume dominante (in specie religioso) in una società sempre più laica e pluralista, della paura dell'arbitrio del giudice e di una sua soggettiva valutazione etica. Tra i fattori esterni che hanno promosso la riforma vanno annoverati i *report* della *World Bank (Doing Business)*³⁹ che spingevano per un sistema giuridico maggiormente certo e competitivo, e l'impatto dirompente del diritto europeo e delle convenzioni internazionali (la Cedu, *in primis*, data la centralità del controllo di convenzionalità affidato ai giudici). Le funzioni un tempo assolute dall'immoralità sono state progressivamente assegnate ad un concetto assai più controllabile e divenuto progressivamente omnicomprensivo: ossia l'*ordre public*. Una opzione positivista e nazionalista, che rispecchia anche la politica assimilazionista e non multiculturale da sempre avuta in Francia, poiché l'ordine pubblico è pur sempre ricondotto all'identità politica ed ora anche etica della so-

³⁸ GRAZIADEI, *Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rev. contr.*, 2015, pp. 720-727. Molto della riforma, tuttavia, poteva essere risolto valorizzando il ruolo dell'interprete e dell'attività interpretativa: P. PERLINGIERI, *La recente riforma del code civil*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, pp. 1003-1011. Sulla riforma: CARTWRIGHT e WHITTAKER (a cura di), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the reform*, Oxford, 2017; ANCEL, FAVARQUE-COSSON e GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017; per una documentata rassegna della dottrina francese sui vari temi toccati dalla riforma cfr. BASILAVECCHIA, *Nota bibliografica*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 135 ss.

³⁹ Con riguardo all'impatto delle dichiarazioni della *World Bank* in ambiente francese v. KERHUEL e FAUVARQUE-COSSON, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 811-830. L'intento del legislatore francese di ritrovare, nel contesto internazionale, un ruolo trainante è ben espresso da SÉJEAN, *The French Reform of Contracts: An Opportunity to Tie Together the Community of Civil Lawyers*, in *Louisiana Law Review*, vol. 76, n. 4, 2016, p. 1151.

cietà francese – nella variante ulteriore dell’*ordre public philanthropique* stigmatizzato nel meta-valore della dignità della persona⁴⁰–, ed a leggi fatte solo da francesi. D’altro canto, anche in paesi che si erano ispirati alla tradizione codicistica francese, quali il Québec e la Louisiana i *good morals* erano stati già anni addietro eliminati⁴¹. Resta, nella disciplina francese, qualche norma, peraltro dotata di carattere generale, che ancora conserva il rilievo delle *bonnes moeurs*⁴² tanto in apertura del codice (l’art. 6), tanto in talune legislazioni settoriali tra le quali quelle sulla proprietà intellettuale⁴³.

Il *trend* recessivo di tale clausola generale trova conferma, a livello europeo, nella eliminazione di ogni riferimento alla morale nei progetti di armonizzazione (*Draft Common Frame of Reference*, e

⁴⁰ Secondo la controversa ricostruzione di FENOUILLET, *Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l’ordre public philanthropique!*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Paris, 2011, p. 493 ss., il quale ritiene assorbito il buon costume dall’ordine pubblico e dal principio di dignità; difende strenuamente la resilienza dei buoni costumi, che «luttent pour voir reconnaître leur originalité», invece, FOYER, in AA.VV., *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 493 ss., spec. p. 496.

⁴¹ La eliminazione buon costume era già avvenuta anche in Québec (sin dal 1994: art. 1411 *Code civil*) e in Louisiana molti anni prima (sin dal 1987: MORETEAU, *The Louisiana Civil Code in French: Translation and Retranslation*, in *Journal of Civil Law Studies*, vol. 9, 2016, p. 250, nota 61).

⁴² L’art. 6 del *Code civil* prevede la illiceità delle convenzioni particolari qualora derogino «aux lois qui intéressent l’ordre public ou les bonnes moeurs»: nel pensiero del legislatore francese del codice si attribuiva al primo il significato di strumento di garanzia contro turbamenti sociali; alle seconde, invece, lo stigma della «base di stabilità degli stati» (T. NANI, *Analisi ragionata del diritto civile francese*, I, Milano, 1805, p. 76). Sulle origini dell’art. 6 cfr. PENA, *Les origines historiques de l’art. 6 du Code civil*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1992, p. 501 ss.; analizzando il significato dell’ordine pubblico FEMIA, *Ordine pubblico: la politica del diritto*, in PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico*, cit., p. XI-XXXII; cfr. inoltre sul ruolo dei primi sei articoli del *Code civil*, quale fondamento del diritto francese, sia pur da aggiornare, Fauré e Koubi (a cura di), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris, 2003.

⁴³ Cfr., BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle, droit d’auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*⁵, Paris, 2018; in particolare, MARTIN, *La prohibition des marques immorales ou contraires à l’ordre public en droit européen*, in *Les Cahier de propriété intellectuelle*, vol. 27, n. 3, 2015, pp. 1263-1290.

prima ancora nei *Principles of European Contract Law*), nella proposta di regolamento per un diritto comune europeo sulla vendita, e nondimeno nei Principi *Unidroit*, in ragione dei rischi di una interpretazione troppo discrezionale da parte dei giudici e della difficoltà di individuare un *common core* sul piano della morale all'interno dei vari stati membri.

È anche vero, tuttavia, che negli evocati tentativi di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, talvolta ridotti ad una difficile opposizione binaria tra modello pluralista e monista, la eliminazione del buon costume e della *immorality* riemerge surrettiziamente là dove si prevede, come limite all'autonomia privata, la violazione dei '*fundamental principles*' (art. 15:101 PECL⁴⁴, e II-7:301 DCFR⁴⁵) presenti «*in the laws of the Member states of the European Union*». Siffatte previsioni sembrano manifestare la aspirazione ad una argomentazione fondata sui principi fondamentali propri di ciascuno stato membro e una prospettiva, tutta da costruire, di condivisione di valori normativi sui quali poggiare un giudizio di moralità sul contratto. Di qui il possibile richiamo anche ai principi della CEDU e

⁴⁴ Lando, Clive, Prum e Zimmerman (a cura di), *Principles of European Contract Law*, Part. III, The Hague, 2003, pp. 211 e 536.

⁴⁵ von Bar e Clive (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, I, Oxford, 2009, pp. 535-537; sul punto, SOMMA, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, The Hague, 2009, p. 117 ss. La prospettiva di normativizzazione dell'immoralità nell'ambito del diritto contrattuale europeo tramite il ricorso ai principi – sulla scia dell'insegnamento di Ronald Dworkin e nella consapevolezza del *deferential approach* assunto dalla Corte di giustizia, che già nel caso Omega rinviava chiaramente agli stati membri la concretizzazione del significato dell'immoralità sia pur stigmatizzato nel principio di dignità – è la base di un più ampio discorso volto a promuovere una analisi del buon costume (ma anche dell'ordine pubblico) nella dinamica di un *common core* che, partendo da *questionnaire* casistici comuni, dia atto di divergenze e convergenze tra le tecniche operazionali dei vari paesi europei: così, MAK, *Immorality of Contracts in the EU*, (November 26, 2018), *Introductory Chapter*, in COLOMBI CIACCHI, MAK e MANSOOR (a cura di), *Immoral contracts in Europe*, Cambridge, 2020, in corso di pubblicazione, e ora reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2744592>.

della Carta europea dei diritti fondamentali, nel tentativo di concretizzare quei *fundamental principles*, senza che si traducano nelle ennesime «nuvole di trascendentali dichiarazioni di diritti»⁴⁶.

Ma siamo dinanzi ad una *agenda for the future*, a un obiettivo ma soprattutto a una missione del giurista europeo nel tracciare il significato della grammatica dei diritti umani, e in generale dei valori morali all'interno dell'Unione, anche per limitare le distorsioni di un linguaggio esclusivamente *market-oriented*.

5. *Valore espressivo dei marchi ed effetti sociali: interferenze con la grammatica dei diritti umani.*

La recessione del buon costume, nella sua variabilità ed elasticità spazio-temporale, si sostanzia in tecniche diversificate: ora, attraverso l'epurazione del concetto per incremento normativo di disvalore di talune fattispecie nel tempo divenute oggetto di divieti normativi; ora, tramite la sostituzione o l'accostamento in endiadi con altri concetti pur sempre da concretizzare tra i quali in *primis* l'ordine pubblico, sempre più ipertrofico; ora per 'diluzione', ossia eliminazione del disvalore non soltanto giuridico ma anche etico-morale legato ai mutamenti della realtà sociale e degli stessi ordinamenti giuridici. A prescindere dalla mediazione di clausole generali⁴⁷, problematiche ascritte alla violazione del buon costume vengono ricondotte nell'alveo di principi nazionali o europei e delle relative tecniche di argomentazione e applicazione, in contesti ormai caratterizzati da un alto livello di complessità sia normativa, sia giurisdizionale, in considerazione del sistema *multilevel* dei diritti fondamentali, dei rapporti eterarchici tra le corti nazionali ed europee e delle eterogenee tecniche di giustiziabilità, necessarie alla garanzia

⁴⁶ L'espressione è utilizzata a fine Ottocento da Vittorio Emanuele Orlando, come ricorda GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000, p. 35 (e ripresa in ID., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, cit., p. 763).

⁴⁷ Per una sistematizzazione v. FEMIA, *Tre livelli di indistinzione tra principi e clausole generali*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ss.

di effettività dei diritti⁴⁸. Vi è un ambito peculiare nel quale i *boni mores* della tradizione romanistica sembrano conservare un significato operativo, veicolando istanze pluralistiche, o quanto meno percorsi di unità nella diversità nel contesto europeo: la proprietà industriale e intellettuale.

Con riguardo, in particolare, alla disciplina dei marchi i *good morals* si collocano all'interno di quella zona grigia creata dall'intersezione non più soltanto tra *intellectual property* e *competition law*, bensì tra la prima e la grammatica, talvolta retorica, dei diritti umani⁴⁹, facendo emergere i potenziali conflitti multiculturali correlati alla funzione *lato sensu* comunicativa/espressiva del marchio –

⁴⁸ Sul principio di effettività e sulla sua valenza conformativa anche del diritto privato si rinvia alle ispiratrici riflessioni di VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann., X, Milano, 2017, pp. 381-406; per ulteriori approcci al tema, anche in prospettiva europea cfr. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e «drittewirkung», Idee a confronto. Atti del convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017)*, vol. 1, Torino, 2018; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 21 ss.

⁴⁹ Con riguardo alle implicazioni teoriche e applicative di tali interferenze: DREYFUSS e SIEW-KUAN NG (eds), *Framing Intellectual Property Law in the 21st Century: Integrating Incentives, Trade, Development, Culture and Human Rights*, Cambridge, 2018; TUSHNET, *Intellectual Property as a Public Interest Mechanism*, in DREYFUSS e PILA (eds), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford, 2018, p. 95 ss.; HELFER, *Intellectual Property and Human Rights: Mapping an Evolving and Contested Relationship*, *ivi*, p. 118 ss.; RICOLFI, *Trademarks and Human Rights*, in Torremans (ed), *Intellectual Property Law and Human Rights*, AH Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 453-492; HELFER e AUSTIN (eds), *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, 2011; nel contesto domestico v. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, pp. 3-73. Propone una interessante tassonomia tripartita dei rapporti tra IP e 'human rights', in termini di riconoscimento/coincidenza, conflitto o cooperazione, SPINA ALÌ, *Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 51, 2020, pp. 411-445. Si discorre, altresì, di processo di costituzionalizzazione dell'IP system: GEIGER, *Constitutionalising' Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, *ivi*, vol. 37, 2006, pp. 371-406; GRIFFITHS, *Constitutionalisation or harmonization? The Court of Justice, the right to property and European copyright law*, in *European Law Review*, vol. 38, n. 3, 2013, pp. 65-78. Occorre

e in generale di sistemi di *advertising* con finalità di pubblicità e di *marketing* commerciale – rispetto al pubblico di riferimento. Il nuovo spettro valutativo mira a contemperare la crescente tensione tra libertà d'impresa e libertà di espressione⁵⁰, tra interessi economici e interessi pubblici, ben oltre le logiche proprietarie e in una prospettiva di *welfare* inclusiva del contesto politico, sociale e culturale.

I marchi hanno, come noto, anzitutto una funzione distintiva, di identificazione dei prodotti e dell'idea di *business* legata alle strategie imprenditoriali, orientata a evitare la confusione dei consumatori sul mercato ma anche a garantire la posizione competitiva dell'impresa⁵¹.

precisare, in ogni caso, che nel variegato mondo della proprietà intellettuale i *trademark rights*, a differenza dei diritti di *copyright* e brevetto, non sono considerati diritti fondamentali 'per sé': CARPENTER, *Intellectual Property: A Human (Not Corporate) Right*, in Keane e McDermott (eds), *The Challenge of Human Rights: Past, Present and Future*, Cheltenham-UK, 2012, p. 312 ss.

⁵⁰ Per una disamina sistematica dell'interazione tra libertà di espressione e marchi, v. SAKULIN, *Trademark protection and freedom of expression*, AH Alphen aan den Rijn, 2011, spec. pp. 80 ss., 111 ss.; nonché RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 453 ss. Siffatta interferenza riguarda ancor più il *copyright law* (ben analizzato da NETANEL, *Copyright's paradox*, Oxford, 2008) che però esula dalla presente indagine.

⁵¹ Su questi aspetti, che richiamano anche la non pacifica funzione suggestiva dei (correlata alla pubblicità), per una riflessione sistematico-evolutiva nella letteratura interna: VANZETTI, *Natura e funzione giuridica del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1961, I, p. 16 ss.; ID., *Equilibrio di interessi e diritto al marchio*, *ivi*, 1960, I, p. 254 ss.; ID., *La funzione del marchio in un regime di libera cessione*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, I, p. 71 ss.; nonché GALLI, *Funzione del marchio ed ampiezza della tutela*, Milano, 1996; DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993; SENA, *Marchio d'impresa (natura e funzione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1993, p. 293; V. MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi. La proprietà industriale nel mercato comune*, Padova, 1982; sui profili di armonizzazione europea della disciplina v., GALLI, *Il marchio come segno distintivo e la capacità distintiva nella prospettiva del diritto comunitario*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 427 ss.; SANDRI, *L'evoluzione della funzione del marchio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. ind.*, 2010, pp. 451-457; RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, vol. I, Torino, 2015, p. 40 ss.

Tuttavia, tali segni distintivi possono esprimere anche ulteriori e complessi significati sociali potenzialmente discriminatori, denigratori, lesivi di identità culturali, correlati al valore semiotico e non puramente economico-commerciale del *brand*⁵². Si tratta di effetti ambivalenti, di esternalità morali e culturali⁵³, derivanti dalla circostanza che i significati dei marchi (come anche della pubblicità) interagiscono con i sentimenti⁵⁴, le opinioni, i punti di vista dell'individuo o di gruppi di individui. Se da un lato l'utilizzo di certe espressioni o simboli potrebbe aprire a mutamenti positivi della percezione sociale – l'uso seriale e ripetuto di un termine o di una immagine potenzialmente offensiva riduce nel tempo il connotato di disvalore originario –, o anche promuovere positive politiche 'interculturali', dall'altro vi è il rischio di ledere in maniera eccessiva gli interessi di minoranze, di approfittare del contenuto disturbante di talune comunicazioni al fine di conquistare nuove quote di mercato e accrescere il profitto dell'impresa, con riflessi negativi anche sul piano sociale.

6. *Marchi comunitari, immoralità e violazione dell'ordine pubblico.*

Le polisemie del linguaggio si traducono in comunicazioni valoriali complesse. Qualunque messaggio non è mai neutrale; né lo è il sistema della proprietà intellettuale. Tanto più il *brand* è noto e forte

⁵² Si è inteso discorrere a fini semplificatori di marchio e *brand* come sinonimi, benché il secondo termine provenga essenzialmente dal linguaggio economico legato alle strategie di *marketing*.

⁵³ KATYAL, *Trademark Intersectionality*, in *UCLA Law Review*, 2009, p. 1602 ss., la quale, coniugando *critical race theory* e *antidiscrimination law*, giunge persino a qualificare i marchi come beni pubblici (e non privati) proprio in considerazione dei riflessi sociali derivanti dalla sua funzione comunicativa' e quindi dell'esigenza di ampliare la prospettiva valutativa includendo mondi solo apparentemente separati (*marketplace of ideas and market of goods*).

⁵⁴ I sentimenti sono modi di accertare le espressioni di un certo sistema culturale, ma essenzialmente in via indiretta; l'intuizione emozionale è la premessa per il raggiungimento dei valori da parte dei soggetti: FALZEA, *Fatto di sentimento*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, pp. 560 ss., 615 ss. I sentimenti, dunque, rilevano nel diritto (su tutti, l'amore è fondamento giuridicamente rilevante della dimensione relazionale, stigmatizzato nei principi di dignità e di eguaglianza: RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015).

sul mercato, tanto maggiore è l'impatto sul pubblico dei consumatori. La circolazione di un segno o simbolo, peraltro, grazie alla globalizzazione e alla innovazione tecnologica, è potenzialmente senza confini. Ciò che occorre valutare è, dunque, la natura degli interessi del soggetto che chiede la protezione giuridica del marchio e, all'interno del pubblico dei consumatori, la tipologia di interessi dei gruppi lesi dal suo contenuto.

Dal punto di vista strettamente normativo il marchio è registrabile (dunque lecito e valido) da parte degli uffici competenti a livello nazionale o anche europeo ed internazionale, se non è contrario alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume⁵⁵. La violazione di uno di questi parametri, che rappresentano nel linguaggio del legislatore comunitario impedimenti assoluti, ha come conseguenza la nullità, la quale si riflette anche nelle vicende circolatorie, qualora il marchio sia oggetto di vendita o concesso in licenza. Invero, vietata è la registrazione non anche l'uso, che ben potrà perpetrarsi senza però garantire la protezione e l'esclusività, sia pur relativa, derivante dal meccanismo della registrazione. In questo senso il diritto, inteso nel suo valore ordinante e di garanzia, arretra mostrando una certa indifferenza: i marchi c.dd. di fatto esistono, e la valutazione di liceità può mutare nel tempo poiché le clausole generali, 'finestre sul mondo', consentono un adeguamento dell'esperienza giuridica rispetto al contesto sociale. Sicché, un marchio oggi immorale o illecito ben potrebbe, con il mutare dei costumi, divenire socialmente accettato.

I parametri di liceità del marchio, e in particolare il richiamo all'ordine pubblico ed agli *accepted principles of morality* sono so-

⁵⁵ La normativa domestica, europea ed internazionale è sostanzialmente allineata: in Italia (ma analoghe previsioni sono presenti nei vari stati membri), per il marchio nazionale, v. art. 14, comma 1, Codice della proprietà industriale («Non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»); per quanto riguarda il marchio europeo e la disciplina armonizzata rileva l'art. 7 Regolamento 2017/1001/UE («Sono esclusi dalla registrazione i marchi contrari all'ordine pubblico o al buon costume») che riprende, a sua volta, l'art. 6 *quinquies* B(3) della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale; analogamente l'art. 4, comma 1 lett. f, Direttiva 2015/2436/UE.

stanzialmente i medesimi nei regimi nazionali e nella normativa comunitaria derivata finalizzata all'armonizzazione del settore. In particolare, l'art. 7, par. 1, lettera f), RMUE (Regolamento sul marchio dell'Unione Europea-UE 2017/1001) ha come *ratio* il bilanciamento tra l'interesse delle imprese ad utilizzare liberamente parole e immagini nella attività di commercializzazione di prodotti o servizi, e l'interesse collettivo a non imbattersi in segni '*disturbing, abusive, insulting and even threatening.*' In generale, si ritiene che la norma debba essere interpretata sulla base di *standard* valutativi europei. L'obiettivo è evitare giudizi diversificati a seconda delle eterogenee tradizioni nazionali e/o delle differenti modalità di intendere concetti vaghi che richiedono una concretizzazione da parte dell'interprete domestico. Al contempo, però, tale tendenza monistica si scontra con una realtà pluralista⁵⁶: il pubblico di riferimento da considerare secondo la giurisprudenza europea è, per definizione, situato nel territorio di ciascuno stato membro e i segni percepibili dal pubblico come contrari all'ordine pubblico o al buon costume possono variare 'per ragioni linguistiche, storiche, sociali o culturali'. Sicché, tali nozioni vanno interpretate prendendo in considerazione gli elementi peculiari degli Stati membri singolarmente considerati al momento dell'uso del marchio (fattori normativi, ma anche la dottrina e la prassi amministrativa)⁵⁷.

⁵⁶ L'opposizione tra modello monista e pluralista è sotteso anche alla tradizionale narrativa del diritto contrattuale europeo: MICKLITZ, *Monistic Ideology versus Pluralistic Reality – Towards a Normative Design for European Private Law*, in Niglia (a cura di), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013, pp. 29-51; e HESSELINK, *How Many Systems of Private Law are there in Europe?*, *ivi*, pp. 199-247; per una posizione intermedia e moderata, alla luce della casistica europea e di meta-principi che conformino le manifestazioni di autonomia privata al bene ed all'interesse comune v. MAK, *The One and the Many. Translating Insights from Constitutional Pluralism to European Contract Law Theory*, in *European Review of Private Law*, vol. 21, 2013, pp. 1189- 1210 (secondo un percorso già tracciato in EAD., *Fundamental Rights in European Contract Law: a Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy, and England*, The Netherlands, 2008).

⁵⁷ V., in tal senso, Trib. UE, 20 settembre 2011, c. T-232/10, *Coat of Arms of the Soviet Union*, in *Foro. it.*, 2012, IV, c. 52 ss., spec. paragrafi 31-33, relativo alla raffigurazione dello stemma dell'ex Unione delle repubbliche socialiste sovietiche (U.R.S.S.).

Morale e *public policy* tendono a sovrapporsi, per un fenomeno di *overlapping*. La sanzione prevista (non registrazione o successiva invalidazione) è sostanzialmente la medesima, sicché una rigida logica classificatoria tende a perdere di rilevanza. Eppure, le *Guidelines* dell'EUIPO⁵⁸, che hanno un ruolo significativo all'interno del contenzioso sui marchi, tentano una distinzione: la prima rinvia a 'norme morali fondamentali di una società' e va ponderata sulla base di criteri soggettivi; il secondo concetto, per contro, richiama lo *state of law*, un insieme di valori fortemente sentiti nel contesto europeo, oggetto di una maggiore condivisione in quanto fondamentali per l'organizzazione socio-politica dell'Unione, e va interpretato, invece, tramite canoni di giudizio oggettivi. Per entrambe le ipotesi il parametro, che certo non appartiene alla tradizione di *civil law*, è la *reasonable person*⁵⁹ di normale sensibilità e tolleranza, ossia una *fiction juris* che aspirerebbe ad arginare punti di vista soggettivi troppo estremi.

7. *Libertà di espressione e tutela delle diversità linguistiche, religiose e culturali: la casistica europea.*

La casistica sui marchi europei oscilla tra ipotesi nelle quali il giudizio di immoralità si coniuga senza soluzione di continuità con – o meglio è incluso nella – violazione dell'ordine pubblico pur essendo presente il riferimento ad entrambi nell'argomentazione; e fattispecie dove, invece, i *morals* sembrano assumere una certa valenza decisoria, veicolando istanze pluralistiche.

Così, il marchio *Ataturk* è stato ritenuto dall'EUIPO offensivo per la sensibilità della popolazione residente in Europa di origine turca,

⁵⁸ *Guidelines for Examination of EUTMs and RCDs*, entrate in vigore l'1 febbraio 2020, in *guidelines.euipo.europa.eu*. L'acronimo EUIPO (*ex* UAMI) indica l'Ufficio dell'Unione Europea per la proprietà intellettuale, competente per le domande di registrazione di marchi europei e per il relativo contenzioso. V., inoltre J.H. SCHOVSBO, "Mark my words" - *Trademarks and Fundamental Rights in the EU*, in *UC Irvine Law Review*, vol. 8, n. 3, 2018, pp. 555-581.

⁵⁹ Sulle origini del prototipo della *reasonable person* derivante dalle esperienze di *common law* e per la sua controversa introduzione nel *soft law* europeo e nel riforma del codice civile francese, v. CREA, *Dalla 'reasonableness' al 'raisonnable' nell'esperienza giuridica francese: 'Far Away So Close' o 'parler anglais sans le dire'?*, in *Ann. dir. comp.*, 2017, p. 719 ss.

ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera f), RMUE, trattandosi di un eroe nazionale, fondatore della Repubblica turca, dunque di un simbolo spirituale e politico⁶⁰.

Nell'Inghilterra⁶¹ *pre* Brexit è stata negata ad una società di logistica tedesca la registrazione del segno 'Paki' da parte dell'ufficio competente, per violazione dell'ordine pubblico e della *morality*, e in considerazione del fondamentale valore europeo della lotta contro qualunque discriminazione. Il termine, da usare nel *packaging*, in *slang* inglese indica persone di origine pachistana, ma in senso dispregiativo, razzista e fortemente denigratorio per la comunità pachistana e come tale è inteso dal pubblico anglofono dell'Unione.⁶²

Di estremo interesse, sul piano della motivazione e della ricostruzione dei precedenti, il recente caso 'La Mafia se sienta a la Mesa'⁶³, in cui il Tribunale UE ha confermato la decisione dell'EUIPO, invalidando il segno distintivo utilizzato da una catena di ristoranti spagnoli, perché in contrasto con l'ordine pubblico e il buon costume. Il richiamo alla mafia è percepito come oltraggioso, particolarmente in Italia, ma si sostanzia nella violazione di valori fondamentali e indivisibili, quali la dignità e la libertà che «costituiscono il patrimonio spirituale e morale dell'Unione» ed implicano una politica attiva di tutte le istituzioni, anche a livello internazionale, nella lotta alla criminalità organizzata. Nella medesima direzione si colloca anche il precedente caso 'ETA', che designa un noto gruppo terroristico di origine basca, dato il contenuto scioccante quanto meno, ma non esclusivamente, per la popolazione spagnola⁶⁴.

⁶⁰ Decisione della seconda commissione di ricorso dell'UAMI (*ex* EUIPO), 17 settembre 2012 (procedimento R 2613/2011-2), sulla quale v. Ord. Trib. UE, 12 settembre 2013, Causa T-580/12, Yaqub/UAMI - Turkey (ATATURK), in *eur-lex.europa.eu*.

⁶¹ Trib. UE, 5 ottobre 2011, c. T-526/09, PAKI Logistics v OHIM (PAKI), in *eur-lex.europa.eu*.

⁶² Il richiamo è, in particolare, agli artt. 2 e 3 del TUE, art. 9 e 10 TFUE e all'art. 21 del Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

⁶³ Trib. UE, 15 marzo 2018, c. T-1/17, La Mafia Franchises SL v EUIPO, con commento di F. PEZZA, *La Mafia se sienta a la mesa: the subtle line between outrageous and appealing*, in *www.medialaws.eu*, n. 3, 2018.

⁶⁴ Decisione dell'EUIPO, R. 563/2016-2, 27 giugno del 2016. La pronuncia si inserisce all'interno di un consolidato *case law* dell'EUIPO, relativo a segni che

Un più marcato ruolo dell'argomento morale, come strumento concettuale di gestione di conflitti culturali, emerge in relazione a due gruppi di ipotesi: a) differenze linguistiche all'interno dell'Unione; b) pluralismo di religioni, poiché l'immoralità può derivare da marchi o forme di *advertising* pubblicitario che utilizzano simboli religiosi appartenenti ad una comunità particolarmente radicata in uno o più stati membri.

Le parole utilizzate in una certa lingua possono, infatti, essere 'sentite' dal pubblico europeo in modi diversi a seconda dell'area geografica di riferimento e della lingua madre. Non è un caso che i *trade mark* sono da tempo analizzati nella prospettiva semiotica, quali segni di valore⁶⁵. Tale approccio valutativo è incentrato sulla percezione del significato di un termine (ma anche di immagini) all'interno di un certo contesto e in un dato momento storico; applicato ai segni distintivi consente di spiegare, ad esempio, perché la stessa capacità distintiva di un segno può mutare nel tempo, mancare in origine rispetto ad un termine generico (*secondary meaning*) ed essere acquisita successivamente o, viceversa, affievolirsi.

Molti marchi sono stati ritenuti illeciti dai decisori europei in quanto il valore disturbante, dunque il sentimento di immoralità, derivava dal significato che la parola possiede nella lingua di origine. Oltre al precedente caso *Paki*, possono citarsi molteplici ipotesi di rifiuti di registrazione in relazione a vocaboli offensivi, volgari o ingiuriosi in una delle lingue presenti negli stati membri: '*fucking*'

riproducono o evocano atti di terrorismo: v., altresì, la decisione del 29 settembre 2004, Bin Laden (R 176/2004-2): per ulteriori riferimenti v. MARTIN, *La prohibition des marques immorales*, cit., p. 1263 ss.

⁶⁵ BEEBE, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, in 51 *UCLA L. Rev.*, 2004, p. 621 ss. e ID, *The Semiotic Account of Trademark Doctrine and Trademark Culture*, GRAEME B. DINWOODIE e MARK D. JANIS (eds), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Northampton, 2008, p. 42 ss. sottolinea le implicazioni culturali del *modern trademark law* e la necessità di coniugare la analisi semiotica con la valutazione strettamente economica. Sulla centralità degli studi linguistici nel contenzioso relativo ai marchi, SHUY, *Linguistic Battles in Trademark Disputes*, New York, 2002.

‘*fucking cancer*’ o ‘*screw you*’ in inglese; ‘*hijoputa*’⁶⁶ in spagnolo e comprensibile anche agli italiani; ‘*curve*’ (prostitute) in rumeno; ‘*ficken*’ in tedesco; ‘*kuken*’⁶⁷ in svedese. Per contro, sono stati qualificati come leciti i marchi: ‘*kuro*’, poiché, di là dalla somiglianza con la parola volgare ungherese ‘*kúrò*’, l’accentazione delle vocali corrisponde a suoni talmente diversi da rendere diversi anche i significanti; ‘*de puta madre*’, avendo l’espressione assunto nel tempo una connotazione positiva in spagnolo; ‘*aircurve*’, trattandosi di una combinazione creativa di un termine inglese con vocabolo rumeno.

Una menzione a parte merita la vicenda *Fuck Ju Göhte*⁶⁸. Il segno in questione, inizialmente ritenuto dall’ufficio europeo e dal Tribunale UE nel suo insieme grossolano e scioccante, capace di turbare i

⁶⁶ Trib. UE, 9 marzo 2012, c. T-417/10, Cortés del Valle López/UAMI (¡Que buenu ye! HIJOPUTA), reperibile in *curia.europa.eu*. Per i restanti casi menzionati cfr. *Guidelines for Examination of EUTMs and RCDs*, cit., p. 454-457.

⁶⁷ Decisione EUIPO, di rifiuto di registrazione, 1 ottobre 2019 (*euipo.europa.eu*).

⁶⁸ Corte giust., 27 febbraio 2020, causa C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO, in relazione al marchio *Fack Ju Göhte* (*www.curia.europa.eu*). Si tratta del primo caso nel quale la Corte di Giustizia affronta il rapporto tra morale e marchi, nonché tra questi ultimi e la libertà di espressione ritenuta valore fondamentale da tutelare anche nell’ambito del trademark law e non solo nel settore dell’arte, della letteratura e della cultura. Sul piano argomentativo l’assunto è corroborato dal richiamo all’art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE ed alla luce sia del «considerando 21 del regolamento n. 2015/2424, che ha modificato il regolamento n. 207/2009, sia d[e] considerando 21 del regolamento n. 2017/1001, che sottolineano espressamente la necessità di applicare tali regolamenti in modo tale da assicurare il pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare della libertà di espressione» (§ 56 della sentenza): DAVIS, “*Fack ju Göhte*”: or *When is a Trade Mark Offensive?*, in *Cambridge Law Journal*, 2020, p. 234 ss. In senso critico sull’approccio empirico della sentenza in quanto incompatibile con il test di proporzionalità di cui all’art.10 CEDU, v. ENDRICH-LAIMBÖCK e SCHENK, *Then Tell Me What You Think About Morality: A Freedom of Expression Perspective on the CJEU’s Decision in FACK JU GÖHTE (C-240/18 P)*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2020, p. 529 ss.; ZELECHOWSKI, *CJEU Rules on the Refusal Ground Concerning Marks Contrary to Accepted Principles of Morality (March 11, 2020)*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, ora reperibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3552716>). Giova segnalare che nel diritto dell’Unione la libertà di espressione commerciale è inclusa, non senza ambiguità, nella *freedom to conduct business* (libertà di iniziativa economica: GEIGER e MACHADO

cittadini di lingua tedesca (Germania ed Austria), è stato poi giudicato dalla Corte di giustizia meritevole di piena protezione giuridica. La sentenza, constatata l'assenza di una nozione comune di buon costume, ha riconosciuto la liceità di tale marchio comunitario, nella sostanza assegnando prevalenza alla libertà di espressione, commerciale ma in questo caso anche artistica (art. 11 Carta Europea dei diritti fondamentali), di una impresa cinematografica tedesca. Si è, altresì, precisato che il giudizio di immoralità impone una attenta ponderazione del contesto di riferimento da effettuarsi *case by case*; una analisi empirica e non astratta, giacché la morale è relativa, variabile nel tempo, inscindibilmente legata alle contingenze storico/sociali di una certa società⁶⁹. Data la centralità della percezione dei consumatori presenti nella parte dell'Unione interessata dalla circolazione del segno distintivo, il buon costume va individuato facendo riferimento «nel suo senso abituale, ai valori e alle norme morali fondamentali a cui una società aderisce in un dato momento. Tali valori e tali norme, [...] devono essere determinati in funzione del consenso sociale prevalente in quella società al momento della valutazione. Ai fini di tale determinazione occorre tenere in debito conto il contesto sociale, ivi incluse, se del caso, le diversità culturali, religiose o filosofiche che lo caratterizzano, al fine di valutare in modo oggettivo ciò che la società stessa considera, in quel momento, moralmente accettabile»⁷⁰. Un *deferential approach*, già espresso dalla

PONTES, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights (2017)*, in *20 years of the Boards of Appeal at EUIPO, Anniversary Book, Celebrating the Past, Looking Forward to the Future*, Alicante, EUIPO, 2017, pp. 96-113, reperibile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3009170>).

⁶⁹ A mo' di *divertissement*, tra gli elementi che nel *legal reasoning* giudiziale hanno avvalorato una percezione positiva del pubblico germanofono occorre segnalare che il segno denominativo "*Fack Ju Göthe*" corrisponde al titolo di una commedia cinematografica tedesca di grande successo; il titolo non sembra aver causato critiche; l'accesso al film da parte del pubblico giovane è stato assai significativo; il *Goethe Institut*, che è l'istituto culturale della Repubblica federale di Germania, attivo a livello mondiale e che ha tra i suoi compiti quello di promuovere la conoscenza della lingua tedesca, lo utilizza a fini pedagogici.

⁷⁰ Corte giust., 27 febbraio 2020, causa C-240/18, cit., § 39.

Corte di Giustizia nel caso Omega e nell'ambito del dibattito sul diritto contrattuale europeo e ribadito, dunque, con riguardo alla proprietà intellettuale⁷¹.

Questa posizione della Corte di Giustizia sembra non dissimile da quella già da tempo accolta dalla Corte EDU (nel caso *Sekmadienis*)⁷², toccando un tema divenuto centrale oltreoceano a seguito di alcuni e più severi interventi della *Supreme Court* americana⁷³. La

⁷¹ Cfr. retro, note 36 e 45.

⁷² Corte EDU, *Sekmadienis ltd. v. Lithuania*, 30 gennaio 2018, Appl. No. 69317/14, reperibile, in lingua francese su *federalismi.it* (conforme alla precedente Corte EDU, *Dor v. Romania*, 25 agosto 2015, Appl. n. 55153/12, nella quale si è negata la registrazione di un marchio che simboleggiava un crocifisso). Critici nei confronti della pronuncia in quanto, enfatizzando eccessivamente il principio di 'responsabilità dello stato', sarebbe stata un'occasione mancata da parte della Corte europea dei diritti umani per indicare effettivi criteri di bilanciamento tra libertà di espressione e morale: COLAIANNI, *Quando la libertà prevale sulla morale: la pubblicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2018, pp. 1-7; CROCE, *Sekmadienis Ltd. c. Lithuania: luci e ombre di una sentenza a favore della libertà di espressione nella pubblicità commerciale*, in *Quad. cost.*, 2018, pp. 525-527. I manifesti in questione riproducevano immagini di un uomo tatuato in jeans e una donna con l'aureola, vestita di bianco e con indosso una collana di perline, che imitava una corona di rosario. L'allusione a Gesù e Maria si trae[va] dalle frasi: "Gesù, che pantaloni!", "Gesù, Maria! Cosa indossate!", "Cara Maria, che vestito"» (ivi, p. 1)». In questa vicenda, in verità, la libertà di espressione potrebbe ritenersi estesa al c.d. *right to ridicule* (DWORKIN, *The Right to Ridicule*, in *The New York Review of Books*, 23 marzo 2006, Volume 53, n. 5, p. 44); ma ciò che interessa ai fini della riflessione è che trattasi di comunicazione di natura commerciale e che il l'apprezzamento è stato rimesso alle corti domestiche. Per una analisi accurata della giurisprudenza della Corte EDU in materia di intellectual property rights, da ultimo, v. GEIGER e IZYUMENKO, *Shaping Intellectual Property Rights Through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights*, in *Mitchell Hamline Law Review*, vol. 46, n. 3, 2020, pp. 528-612.

⁷³ Negli Stati Uniti, data la ben nota funzione ipertrofica del *First Amendment* della Costituzione americana (*freedom of speech*, in relazione alle ipotesi di *hate speech*), ma anche il delicato *melting pot* di etnie e razze e i maggiori rischi di collisione culturale molto diverso dalle esperienze di pluralismo socio-culturale esistenti in Europa, si accorda una sostanziale preminenza alla libertà di espressione commerciale delle imprese, riconoscendo protezione giuridica, tramite la registrazione, ai marchi prima legislativamente vietati in quanto immorali, scandalosi o *disparaging/denigratori* [15 U.S.C. §1052 (*Section 2 of the Lanham Act*)]. Significativi, sul punto – oltre alla vicenda *Redskins*, teste rosse (LEFSTIN, *Does the First Amendment Bar Cancellation of Redskins?*, in *Stanford Law Review*, vol.

fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici di Strasburgo riguardava, in realtà, non segni distintivi, ma l'attività di *marketing* e *advertising* pubblicitario promossa da una società Lituana operante nel campo della moda e dell'abbigliamento; più esattamente, manifesti contenenti molteplici allusioni evangeliche a Gesù e Maria, diffusi anche nel *web*, ma privi di valore offensivo. La società era stata sanzionata dalle corti interne per violazione della morale cristiana. Il giudizio in sede europea riconosce la prevalenza della *freedom of expression* quale meta-valore fondamentale delle moderne società

52, n. 3, 2000, pp. 665-708) conclusasi con il rifiuto di registrazione – nel segno di questa tendenza: il caso *Matal v. Tam*, 137 S.Ct. 1744, 582 U.S. (U.S. 2017) riguardante il marchio *The Slants*, termine utilizzato per connotare la popolazione di origine asiatica con gli 'occhi mandorla' (che poteva avere un connotato razzista/discriminatorio) nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato incostituzionale la *disparagement clause*; nella medesima direzione il recente caso *Iancu v Brunetti* - 139 S. Ct. 2294 (2019), benché non tocchi il tema del pluralismo, nel quale i giudici supremi hanno dichiarato incostituzionale il divieto di marchi immorali o scandalosi contenuto nel *Lanham Act* (per il marchio 'Fuct'), sulla base delle medesime motivazioni contenute nella sentenza *Matal v. Tam*. Si tratta di una previsione inammissibile perché veicola 'discrimination based on viewpoint', favorendo certe idee a discapito di altre: dunque viola la fondamentale libertà di espressione anche commerciale (per il testo della sentenza v. https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302_e29g.pdf; per un commento, tra i tanti, GREENFIELD, *Trademarks, Hate Speech, and Solving a Puzzle of Viewpoint Bias*, in *The Supreme Court Review*, 2020, p. 183 ss.). In senso critico sul percorso statunitense, perché non attento alle identità culturali, e promuovendo un trapianto del diverso modello adottato in Nuova Zelanda in relazione alla comunità indigena dei Maori cfr. DREYFUSS e FRANKEL, *Trade Marks and Cultural Identity*, in Austin, Christie, Kenyon e Richardson (a cura di), *Across Intellectual Property: Essays in Honour of Sam Ricketson*, Cambridge-UK, 2020, p. 227 ss. Sostiene l'impossibilità di un trapianto dell'approccio americano ai marchi immorali in altre esperienze giuridiche europee, ma al contempo indica possibili nuovi scenari per segni distintivi con un contenuto 'misto', commerciale e politico o artistico, cfr. GEIGER e MACHADO PONTES, *Trade Mark Registration, Public Policy, Morality and Fundamental Rights*, cit. pp. 96-113. Sui possibili scenari che si aprono dopo le sentenze *Matal* e *Brunetti* cfr. SOHN, *Countering the "Thought We Hate" with Reappropriation Use under Trademark Law*, in *New York University Law Review*, vol. 94, 2019, pp. 1729-1766; YEN, *Choosing the Consequences of Tam and Brunetti*, in *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, vol. 19, n. 3, 2020, pp. 396-406; de jure condendo anche MYERS, *It's Scandalous - Limiting Profane Trademark Registrations after Tam and Brunetti*, in *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 27, n. 1, 2019, pp. 1-20.

democratiche sulla morale (*ex art. 10 Cedu*). Tuttavia, l'interferenza della seconda sulla prima va valutata facendo riferimento al parametro del '*pressing social need*', rispetto al quale gli Stati godono di un più ampio margine di apprezzamento, particolarmente intenso quando trattasi di espressione commerciale (e non di natura artistica o politica) e di marchi che toccano profili religiosi, ma che non rappresentano, in senso tecnico, opinioni o giudizi di valore manifestati nell'ambito di un discorso religioso. Il *wider margin of appreciation*, inoltre, si giustifica data l'assenza di una morale condivisa a livello europeo e dell'esigenza di rispettare le specificità di ciascuno stato, ma richiede una adeguata motivazione (carente nel caso di specie) capace di giustificare, in chiave di necessità (*proportionality test*), l'interferenza della morale con la libertà di espressione commerciale.

La violazione del buon costume può dunque derivare da marchi o forme di pubblicità che utilizzano simboli di culti radicati in uno o più stati membri, così urtando il sentimento dei fedeli. In tal caso la libertà di espressione va bilanciata con il pluralismo religioso. I singoli stati hanno in più occasioni optato per una tutela prioritaria della libertà di religione rispetto all'interesse dell'impresa alla registrazione di un segno distintivo offensivo di un certo credo proprio tramite l'argomento morale (buon costume). Tanto per citare alcuni esempi, basti menzionare le alterne e differenti vicende del marchio *Buddha bar*⁷⁴, di recente ammesso in Italia, ma altrove (Norvegia) dichiarato contrario ai principi della morale; il segno distintivo *Jesus*⁷⁵ negato nell'Inghilterra puritana, perché rappresenterebbe un anatema sia per i cristiani, in una logica di parità di trattamento, sia per coloro i quali credono che in una società civile sia necessario

⁷⁴ Cass., Sez. I, 25 gennaio 2016, n. 1277, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 389, con nota di ANDREOLETTI, *La nullità del marchio per assenza di capacità distintiva e contrarietà all'ordine pubblico* e in *Foro it.*, 2016, 3, I, c. 817.

⁷⁵ Con riguardo alla casistica in questione, per più ampi riferimenti v. SPADAVECCHIA, *Marchi contrari all'ordine pubblico e al buon costume: il caso "Buddha Bar"*, in *Dir. ind.*, 2016, pp. 359-368; sulla centralità che la libertà di espressione ha in UK a differenza della casistica europea cfr. SNEDDEN, *Immoral trade marks in the UK and at OHIM: how would the Redskins dispute be decided there?*, in *Journal Intellectual Property Law & Practice*, 2016, vol. 11, n. 6, p. 270 ss.

rispettare le credenze di ogni individuo; sempre nel contesto nazionale, il rifiuto di registrare *Black Madonna* e *Giubileo* per loro alto valore cattolico⁷⁶.

8. *Semantica della differenza e istanze euro-unitarie.*

La casistica è ampia e complessa da razionalizzare; tuttavia, alcuni *trend* sembrano potersi delineare. Nell'ambito preso in considerazione, ossia l'esperienza teorico applicativa dei marchi, il pluralismo è veicolato dalla clausola del buon costume nel significato essenzialmente di morale pubblica. Inoltre, tanto maggiore è il livello di accettazione sociale di un valore e la sua normativizzazione assiologica a livello europeo, tanto più i *morals* vengono assorbiti nell'ordine pubblico riempito dei principi accolti nelle carte costituzionali europee.

L'argomento del pluralismo, che si manifesta per il tramite dell'uso della morale/buon costume, rappresenta uno degli elementi presi in considerazione all'interno del *legal reasoning*, secondo un approccio altrove chiamato '*demystifying*'⁷⁷ teso a non escludere, ma neanche a sopravvalutare tale fattore all'interno dei processi di interpretazione di fatti o di riconoscimento di protezione giuridica di diritti e di un loro apprezzamento alla luce del contesto reale. Così inteso, tale argomento concorre alla emersione di un dato rilevante: l'eterogeneità sociale e culturale e, conseguentemente, normativa

⁷⁶ Il segno distintivo Osho, invece, è stato ritenuto lecito in sede europea perché non considerato oltraggioso per i credenti: Trib. UE, 11 ottobre 2017, c. T-670/15, Osho Lotus Commune/EUIPO-Osho International Foundation (OSHO) che ha respinto il ricorso proposto avverso la decisione della quarta commissione di ricorso dell'EUIPO del 22 settembre 2015 (procedimento R 1997/2014-4), relativa a un procedimento di dichiarazione di nullità (domanda di cancellazione del marchio Osho ritenuto dall'istante generico e in violazione dell'ordine pubblico e del buon costume: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015TA0670&from=IT>).

⁷⁷ Così, nella prospettiva dell'interpretazione costituzionale e del ruolo dell'argomento multiculturale: SHACHAR, *Demystifying Culture*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, n. 2, 2012, p. 429 ss. L'elemento culturale, d'altro canto, va considerato all'interno del più ampio processo di interpretazione e qualificazione dei fatti giuridici, in quanto valutabili non isolatamente bensì all'interno del loro 'contesto' senza però indulgere in pericolosi formalismi o pretese di oggettività: FEMIA, *Interessi e conflitti culturali*, cit., p. 445.

propria dell'architettura europea, che permane nonostante le aspirazioni unitarie, la ricerca di tradizioni comuni e i processi di armonizzazione e costituzionalizzazione europei.

Sicché, le questioni 'moralì' continuano a rappresentare una riserva delle differenze. I messaggi commerciali comunicano valori, giacché incidono sul sentimento degli individui, condizionati da contesti sociali, culturali e politici eterogenei. Soggettività dei valori morali, variabilità spazio-temporale del buon costume e accettabilità/sensibilità/percezione sociale sono semantiche della differenza. Sono indici di persistenti diversità e frammentazioni, di realtà plurali ed in continua evoluzione.

GIOVANNI D'AMICO
Professore ordinario
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

L'INSOSTITUIBILE LEGGEREZZA DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie (astratta) e la sua «crisi». – 3. Il ruolo del «caso» nell'attività di interpretazione. – 4. (Segue): necessità di distinguere la (mera) «interpretazione» dalla «integrazione» della legge. L'ipotesi delle «lacune» e quella delle «clausole generali». – 5. La possibilità di un punto di contatto tra ermeneutica giuridica e positivismo critico. – 6. Epilogo. L'irrinunciabilità del valore della «certezza» del diritto, e il ruolo (insostituibile) della «fattispecie astratta».

1. *Premessa.*

La crisi della dottrina (tradizionale) del «positivismo giuridico» (crisi ormai risalente, e il cui inizio può collocarsi nei primi decenni del secolo scorso) si caratterizza, pur nella varietà dei modi e degli esiti in cui essa si è manifestata, per due aspetti che sono in qualche modo costantemente presenti nelle concezioni «anti-positivistiche»: la critica del «normativismo» e l'enfatizzazione dell'importanza del momento «giudiziale» del diritto.

Si tratta di due aspetti che richiamano con tutta evidenza i concetti evocati dal titolo dell'odierno Incontro («Crisi della fattispecie, primato del caso, concetto di legalità»), l'antinormativismo potendo essere collegato alla cosiddetta «crisi della fattispecie», e il «primato del caso» alla rivalutazione del ruolo dell'interpretazione nel processo di realizzazione degli ordinamenti giuridici.

Per la verità, va subito aggiunto che i «collegamenti» or ora evocati non hanno carattere di necessità: e così, ad esempio, la

critica del positivismo giuridico non implica che si abbraccino necessariamente posizioni (radicalmente) «antinormativiste», potendo limitarsi a prendere di mira solo (la centralità del)la «legge», come accade, ad esempio, in una delle concezioni oggi più diffuse nel panorama delle dottrine giuridiche, la cosiddetta *ermeneutica giuridica*, che costituirà il termine dialettico di riferimento delle considerazioni che seguiranno. Per altro verso, la rivalutazione del momento «ermeneutico» non implica necessariamente che si debba affermare il cosiddetto «primato del caso» (come fa l'indirizzo «ermeneutico», or ora ricordato), potendo quella rivalutazione essere tenuta ferma, senza che sia messo in discussione quello che potremmo definire (per contrapposto) il «primato della norma».

Quanto appena detto consente di indicare sin dall'inizio quello che costituirà in qualche modo il motivo conduttore del mio intervento: ossia cercare di mostrare che esiste un possibile punto di contatto (o terreno) nel quale possono incontrarsi (e conciliarsi) gli assunti fondamentali dell'*ermeneutica giuridica* e quelli di un moderno *positivismo critico*¹. A condizione – come vedremo (*infra*, § 4) – che siano mantenuti fermi alcuni punti teorici fondamentali, tra i quali quello che postula la distinzione tra l'attività di (mera) «interpretazione» della legge e l'attività di «integrazione» dell'ordinamento (quale si realizza, ad esempio, in sede di riempimento di eventuali «lacune», oppure in sede di concretizzazione delle clausole generali).

2. *La fattispecie (astratta) e la sua «crisi».*

Uno dei punti che marcano una distanza (apparentemente incolmabile) tra le teorie cosiddette «cognitivistiche»

¹ Risulterà chiaro più avanti il significato che attribuiamo all'espressione «positivismo (giuridico) critico», ma sin da ora possono indicarsi, tra gli aspetti che connotano questa *rinnovata* concezione positivista, la rinuncia all'idea della «completezza» degli ordinamenti giuridici e il riconoscimento di un essenziale (ed ineliminabile) momento «valutativo» che caratterizza l'attività di interpretazione ed applicazione del diritto (abbandonando concezioni, ormai superate, che configuravano quest'attività come un'attività di tipo «logico-deduttivo»).

dell'interpretazione (ritenute proprie – anche se non in via esclusiva – della concezione «positivistica» del diritto) e le teorie più recenti, ispirate alla filosofia ermeneutica, risiede senza dubbio nella funzione che, due impostazioni, viene attribuita al «caso»² (intendendo per tale il fatto o caso della vita, che viene prospettato nel giudizio e che il giudice dovrà regolare in base a diritto).

Per le prime – si suole affermare – l'interpretazione ha la funzione di «rispecchiare ciò che la disposizione racchiude, senza aggiungere o togliere nulla»³. Per le seconde, invece, la «norma» (che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale) non è (quasi mai) integralmente determinata dalla «legge», in quanto le decisioni del giudice contengono elementi creativi che dipendono dalla sua scelta, cioè dalla sua volontà discrezionale, e che in particolare discendono dall'incidenza che sulla ricostruzione del significato (possibile) della disposizione di legge ha il «caso» *che deve essere deciso*⁴.

Si innesta precisamente su questo punto il problema della cosiddetta *crisi della fattispecie*⁵, che i recenti, suggestivi interventi di Natalino Irti hanno riportato al centro del dibattito giuridico⁶.

² Individua nella dialettica tra elemento normativo ed elemento fattuale «l'idea fondamentale del movimento ermeneutico» VOGLIOTTI, *Recensione a G. Carlizzi e V. Omaggio, L'ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, ETS, Pisa, 2016, in *Ars Interpretandi*, 2016, 2, p. 110. Nella dottrina italiana cfr., sin d'ora, VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic, Capri, 18-20 aprile 2006, I, Napoli, 2007, pp. 315-327, e, per l'uso specifico dell'espressione «primato del caso», ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012, p. 707.

³ Riassume così l'essenza delle teorie «cognitivistiche» dell'interpretazione, ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 166.

⁴ ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., p. 167.

⁵ È inutile indugiare, in questa sede, sulla nozione di «fattispecie» (che diamo, in qualche modo, per scontata): cfr., comunque, nell'ambito di una letteratura assai ampia, almeno RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1950; SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie*

Il tema ha certamente un carattere generale, ma è opportuno avvertire subito che esso si manifesta in forme e con effetti profondamente diversi *nei vari settori dell'ordinamento*, essendo intuitivo che il fenomeno non presenta gli stessi caratteri (e non si espone alle medesime obiezioni) nel diritto civile e nel diritto penale⁷, nel diritto amministrativo e in quello previdenziale o tributario (e così via).

Il dato appena segnalato può considerarsi condiviso. Ricorrente è, ad esempio, il riconoscimento della specificità di un settore come quello del diritto penale, sebbene anche in esso sia dato riscontrare, nei tempi più recenti, un ampliamento notevole degli spazi riconosciuti all'interpretazione, spesso giustificato da una formazione disordinata, frammentaria e contraddittoria della legislazione, oltreché dall'esistenza di una «pluralità di fonti» (in particolare, sovranazionali), non di rado utilizzata per superare (in maniera talora disinvolta, se non spregiudicata) letture ritenute troppo «rigide» dei testi normativi nazionali⁸. Peraltro, vale a ribadire – se mai ce ne

complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331; MAIORCA, *Fatto giuridico. Fattispecie*, Torino, 1960.

⁶ Cfr. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36-44; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987-991; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11-22; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, pp. 801-814; ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016 (che raccoglie i precedenti saggi sul tema); ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 71, 4/5, pp. 917-925.

⁷ Un quadro illuminante (e ricchissimo di indicazioni dottrinali e giurisprudenziali) si legge, a proposito del diritto penale, in un recentissimo contributo di MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cassazione penale*, 2018, pp. 2222-2249.

⁸ In argomento, nell'ambito di una letteratura ormai copiosissima (e di cui non si può dare, certamente, conto in questa sede), cfr. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; ID., *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo della legge*, Milano,

fosse bisogno – la diversità di valutazioni che possono farsi con riferimento alla normativa di carattere civilistico e a quella penalistica, la diversa considerazione che – nei due settori – riceve la tecnica delle «clausole generali». Mentre in ambito civilistico il ricorso a queste formule normative – «indeterminate» e «aperte» a criteri valutativi extralegali – non suscita (almeno *come tale*) obiezioni particolari (salvo stigmatizzarne, talora, l'*abuso* da parte del legislatore), in ambito penalistico le valutazioni sono alquanto diverse, in quanto si ritiene che le clausole generali compromettano la solidità del «tipo», trasformandolo in un «semilavorato a necessario completamento giurisprudenziale», che costituisce «la più eloquente riprova del parziale fallimento della garanzia democratica della riserva di legge nel contesto attuale»⁹. Di qui la raccomandazione (in certo senso opposta a quella abituale per un civilista, per il quale la tecnica della clausola generale è funzionale alla ricerca di una regola *che tenga conto delle circostanze del caso concreto*) di procedere ad una interpretazione «tassativizzante» e «tipizzante» (e perciò conforme ai principi costituzionali in materia penale)¹⁰.

Si rafforza, in definitiva, la constatazione che (anche – sebbene non solo – per le ragioni sopra indicate) le nuove visuali «ermeneutiche» abbiano trovato terreno fertile non tanto tra gli studiosi del «diritto pubblico» (dove prevalgono, anzi, atteggiamenti prudenti, quando non affatto critici), quanto piuttosto tra i «privatisti»¹¹.

2006; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011; AA.VV. (a cura di), *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, pp. 483-624.

⁹ Così FIANDACA, *Sistema penale*, cit.; ID., *Prima lezione* cit. Sui problemi che la normazione contenente «clausole generali» pone in materia penale, cfr. – *ex professo* – CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen sine lege”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *La legislazione penale*, 2017, pp. 1-58.

¹⁰ Cfr. MANES, *op. cit.*, pp. 62-64. Un esempio recente è dato dalla sentenza del 31 maggio 2018, n. 115 (in *Foro it.*, 2018, I, c. 2219 ss.), con cui la Corte costituzionale (Pres. ed est. Lattanzi) ha chiuso la famosa «vicenda Taricco».

¹¹ Documenta assai bene questa differenza, da un lato, l'insieme di voci raccolte, sotto il titolo «*Giudici e legislatori*», sul secondo fascicolo del 2016 della rivista «*Diritto pubblico*», con interventi di PINELLI, RESCIGNO, TRAVI, AZZARI-

Tornando, adesso, agli interventi di Irti sul tema della «crisi della fattispecie», va evidenziato come essi abbiano soprattutto inteso sottolineare l'essenzialità del carattere della «generalità» e «astrattezza» (proprio della «fattispecie») per consentire alle norme giuridiche di svolgere la funzione fondamentale loro propria, di regolare le azioni umane *per il futuro*, permettendo di *prevedere/calcolare ragionevolmente* (attraverso la valutazione circa la riconducibilità o meno di quelle azioni alla «fattispecie astratta» delineata dalla norma) il giudizio che esse riceveranno da parte dell'ordinamento giuridico. La «calcolabilità» – scrive Irti, rifacendosi alla riflessione di Max Weber – è un elemento essenziale della modernità giuridica, e, in particolare, essa costituisce un elemento essenziale dello sviluppo del moderno capitalismo¹². Il problema, peraltro, non è quello di riproporre un modello «weberiano» di razionalità giuridica, che – ammesso pure che sia mai stato attuato concretamente (almeno nella sua forma pura)¹³ – è comunque assai lontano dal

TI, BILANCIA e altri, e dall'altro il saggio di ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impresa*, 2017, 33, p. 1, che affronta il medesimo problema dalla prospettiva del diritto privato.

¹² Con riferimento a quest'ultimo profilo, Irti anticipa una possibile obiezione che è stata di recente indicata come «la questione Inghilterra», ossia «il fatto che proprio il sistema giuridico del paese culla del capitalismo non sembra possedere tutte le caratteristiche che Weber ritiene proprie del moderno diritto razional-formale», il che avrebbe tutto il sapore del paradosso, a meno di non sostenere che il capitalismo in Inghilterra si sia sviluppato non *grazie al* ma *nono- stante* il suo sistema giuridico (così DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re- incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nella società neoliberale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 2, pp. 419 e 422). La soluzione del paradosso può rinvenirsi nell'acuta osservazione di Irti, secondo cui «la logica della fattispecie e del giudizio sussuntivo è comune sia al decidere secondo legge sia al decidere secondo precedenti (*stare decisis*): dove il giudice, estraendo la norma dalle sentenze già emesse, delinea di necessità una fattispecie, cioè sale dal caso deciso ad uno schema tipico, entro cui riconduce il nuovo fatto sottoposto alla sua cognizione» (IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 2016, p. 919).

¹³ In realtà, quel modello non ha mai trovato un riscontro effettivo. Il che non significa, peraltro, che esso non abbia influenzato per lungo tempo il modo in cui sono state intese l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche, e – con esso – il modo in cui si è concepito il ruolo del giurista, e in particolare del

modo in cui funzionano oggi gli ordinamenti giuridici. Né, del resto, sembra questo l'obiettivo che si propone Irti, il quale invece ha inteso richiamare l'attenzione sulle conseguenze che comporta il *totale abbandono* (*rectius: il rifiuto radicale*) di quel «modello», quale viene teorizzato da alcune concezioni moderne, ispirate alla filosofia gadameriana¹⁴.

Se le preoccupazioni manifestate dall'illustre Maestro sono (almeno a parere di chi scrive) largamente condivisibili, non bisogna peraltro pensare che le posizioni della «neo-ermeneutica giuridica» (depurate delle affermazioni più estreme) e quelle di un moderno «positivismo critico» (che è ormai assai lontano dal vetero-positivismo giuridico, che ha dominato la scena nel corso dell'Ottocento, e di buona parte del Novecento) siano radicalmente incompatibili, come si cercherà di mostrare nelle pagine che seguono.

3. *Il ruolo del «caso» nell'attività di interpretazione.*

Abbiamo già accennato all'importanza che il «caso» (ossia il fatto concreto oggetto del giudizio) assume per la teoria dell'interpretazione che si ispira alla filosofia ermeneutica¹⁵, orien-

giudice, nell'attuazione dell'ordinamento giuridico. Insomma, se si volesse istituire un paragone, il modello weberiano della fattispecie (giuridica) potrebbe essere accostato a quello che, in economia, è il modello della «concorrenza perfetta», del quale pure – come è noto – si riconosce il carattere meramente «teorico», atteso che esso presuppone delle condizioni che, nei mercati concreti, non si danno mai (come ad es. l'assenza assoluta di «costi transattivi»). Il che non toglie – anche qui – che il «modello» della «concorrenza perfetta» abbia svolto (e, in parte, svolga tuttora) un ruolo importante, anche se – al contempo – esso possa aver ostacolato (specie in passato) lo studio delle regole di funzionamento dei mercati reali.

¹⁴ Particolarmente severo è il giudizio che Irti esprime su quello che egli chiama il «soggettivismo ermeneutico», che, dimentico delle norme sull'interpretazione (art. 12 del titolo preliminare al codice civile), si abbandona con voluttà mentale ai «pre-giudizi» e alle «pre-comprensioni» della moda «gadameriana» (IRTI, *op. ult. cit.*, p. 922). Sul punto torneremo più avanti.

¹⁵ Questa centralità del «caso» caratterizza anche la peculiare concezione «bipolare», che un'autorevole dottrina (Zagrebelsky) propugna con riferimento

tamento che raccoglie oggi consensi sempre più diffusi, anche (e, forse, soprattutto) nella dottrina civilistica¹⁶. Secondo questa teoria – difatti – l'interpretazione (giuridica) non è concepibile «in astratto», ma solo in relazione ad un caso o ad un insieme di casi, con ri-

all'interpretazione giuridica, quale riflesso della più generale «bipolarità» che caratterizzerebbe il fenomeno giuridico, e che si instaurerebbe tra *lex* e *ius* (cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2008, pp. 21 e 34-35, dove la distinzione viene anche riformulata affidando ad essa il compito di designare il momento «formale» e il momento «sostanziale» del diritto). Tale natura «bipolare» del diritto si fonda (nella concezione in esame) sulla convinzione secondo la quale i fatti di cui si occupa il diritto – in quanto «fatti *umani*» (e non «meri fatti», come sono quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali) – sono portatori come tali di *valutazioni di «giustizia materiale»*, che non possono non rilevare quando ci si pone il problema di «applicare» ad essi una norma giuridica. Per questa ragione non varrebbe, per i «fatti umani» – contrariamente alla *communis opinio* – la celebre «legge di Hume» circa la inderivabilità del «dover essere» dall'«essere» (così *ivi*, p. 187).

¹⁶ A parte quella di Giuseppe Benedetti (alla quale accenneremo più avanti), merita di essere menzionata – anche perché sotto alcuni profili sembra accostabile alla concezione (di Zagrebelsky) ricordata nella nota precedente – la posizione di SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 2, p. 471, il quale parla di una «[...] *prescrittiva normatività del fatto*, ossia la particolare carica di valore insita in esso, quale rappresentata dallo specifico dover essere indotto dal concreto interesse evidenziato e reso manifesto dal fatto», che legittimerebbe correzioni ed integrazioni, sia pure nei limiti «logicamente possibili del testo»: e – continua l'autore – «[...] se poi il testo dovesse invece opporre una insuperabile resistenza, allora all'interprete non resterebbe che denunciare lo scarto riscontrato, ma sempre al fine della necessaria messa in campo degli opportuni rimedi volti a conseguire nel quadro dei principi e valori di sistema *la disapplicazione della norma positiva scoperta palesemente ingiusta*, anche se non necessariamente anche intollerabilmente ingiusta (secondo la già richiamata nota formula di Radbruch)» (corsivo aggiunto). E l'autore conclude nel senso che «prende così forma e consistenza un nuovo e più avanzato modo di intendere la positività del diritto come "positività ermeneutica", positività cioè che trova il suo collaudo e referente fondamentale nell'attività ermeneutica, quale attività mediatrice che, interponendosi tra lo *ius in civitate positum* e i fatti della vita oggetto di applicazione pratica e in questo senso adoperandosi per dare adeguato risalto al dover essere praticato dai consociati come pure a quello sotteso dal singolo caso pratico, *persistentemente modifica o adatta, sviluppa o riduce, nega o trasforma il testo legislativo* [...]».

ferimento ai quali si ritiene che (o meglio, e prima ancora: *ci si domanda se*) una certa norma giuridica sia applicabile¹⁷: «non si può identificare una norma se non identificando al tempo stesso almeno i casi paradigmatici ai quali essa è applicabile»¹⁸.

L'affermazione sembrerebbe – in sé – banale, essendo ovvio che l'interpretazione della norma giuridica – in quanto interpretazione il cui oggetto comprende anche la parte dell'enunciato normativo che descrive la cosiddetta «fattispecie (astratta)» – deve (tra i suoi primi compiti) necessariamente individuare il fatto o la categoria di «fatti della vita»¹⁹ ai quali il legislatore ha inteso far riferimento,

¹⁷ Quest'affermazione può essere intesa in due modi affatto diversi. In un primo significato essa indicherebbe soltanto quella che si potrebbe definire la *precedenza del caso* nell'*iter* del ragionamento giuridico (in tal senso ad esempio cfr. NEUMANN, *Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*, in *Ars interpretandi*, 2013, pp. 88-89, ove si legge: «[...] Il punto di partenza dell'attività decisionale del giudice non è la norma, bensì il fatto, al quale viene associata, inizialmente a titolo di tentativo, una determinata conseguenza giuridica [...] [Il giudice] non è tenuto a escogitare casi adatti a norme pre-date, bensì a trovare norme adatte a vicende umane pre-date, nonché ai "casi" che egli deve costruire a partire da queste ultime [...]»). In un secondo significato (che è – con tutta evidenza – quello assunto da Zagrebelsky), si tratta invece di affermare la *preminenza del caso* come fonte dei criteri valutativi che portano alla individuazione della regola giuridica (*contra* NEUMANN, *op. cit.*).

¹⁸ Così ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2008, p. 176. Cfr. anche VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Diritto privato*, 2002, 7/8, il quale – con riferimento ad impostazioni analoghe – osserva che per esse «[...] sembra quasi che la regola esista nella sua identità di significato solo in presenza di un caso concreto e al di fuori di esso cada nell'indistinto e nell'indeterminato».

¹⁹ Quelli che nel testo chiamiamo «fatti della vita» (e che non sono altro che gli *interessi*, o le situazioni di interesse, che il legislatore prende in considerazione, ai fini di dettarne una regolamentazione giuridica) non sono dunque *un elemento estraneo alla norma*, salvo il rilievo che questa ovviamente li considera (attesa la natura generale e astratta delle sue previsioni) non in riferimento al loro manifestarsi concreto e reale, bensì concependoli in una dimensione «tipica», che *seleziona* i dati della realtà che il legislatore ritiene *rilevanti* ai fini di una certa disciplina effettuale. I «fatti della vita» (e gli *interessi* che essi evidenziano) – dunque – non sono un *posterius* rispetto alla norma, ma ne costituiscono il presupposto, sicché è inconcepibile qualsiasi descrizione di una norma giuridica

per ricollegare agli stessi la regolamentazione prevista nell'effetto giuridico (che è l'altra parte di cui si compone la norma). Quel che, allora, probabilmente essa potrebbe voler sottolineare è che la individuazione dei «fatti regolati» non (sempre) si compie *partendo* (= *potendo partire*) *dall'enunciato linguistico normativo* (con un movimento che va – per così dire – *dalla norma al fatto*), perché *talora*²⁰ è proprio il «caso concreto» sottoposto all'esame del giudice (in quanto «nuovo») a indurre, a porre la *domanda* se esso sia un fatto includibile o meno in quella certa disposizione normativa, domanda rispondendo alla quale (in un senso ovvero in senso opposto) si finisce per «interpretare» la disposizione normativa (ma questa volta, *partendo dal fatto concreto e risalendo da esso alla norma* contenuta nell'enunciato legislativo), attribuendole una portata (e, dunque, un significato) eventualmente più ampia (o, comunque, diversa da) quella sino a quel momento ritenuta.

(quale che essa sia) che prescindendo dalla individuazione del «fatto» a cui quella norma si riferisce, e dunque dagli elementi che lo devono caratterizzare, anche perché – per il principio fondamentale di «congruenza dell'effetto al fatto» (su cui cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, originariamente in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965) – l'interpretazione della fattispecie astratta diventa decisiva anche per la corretta ricostruzione dell'effetto giuridico.

²⁰ In realtà, quella che riportiamo nel testo è una prospettiva che modifica (in qualche modo) la concezione che stiamo esaminando, alla stregua della quale *non solo occasionalmente* (e, cioè, quando si pongano casi «nuovi» o «controversi»), bensì *necessariamente* (e, dunque, *sempre*) l'interpretazione della disposizione normativa *parte dal caso* (che deve essere deciso), e dalla «domanda» che esso «pone» al testo normativo. Ciò detto, va anche aggiunto che non si tratta, comunque, di una «lettura» *arbitraria* del pensiero di Zagrebelsky, il quale in diversi punti (cfr. spec., ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2008, p. 187) lascia intendere – distaccandosi a propria volta dalla filologica «purezza» di una mera trasposizione (sul piano giuridico) della posizione (filosofica) gadameriana (cfr. anche la nota seguente) – che questa «pressione» del «caso» (sulla disposizione normativa), è evidente (in pratica) soprattutto quando si tratti di un «caso nuovo», che metta in tensione l'interpretazione della disposizione, sollecitandone una modificazione rispetto a quanto sino a quel momento ritenuto.

AmMESSO che la concezione (del giurista) in esame possa essere assunta in questo significato²¹, essa si risolverebbe tuttavia semplicemente nella sottolineatura di una distinzione abbastanza *scontata*, che è quella che si può fare tra i «casi» che sono *pacificamente ricompresi* nella fattispecie prevista da una disposizione normativa²² (o perché non è mai sorto dubbio in proposito, o perché si è comunque formata – pur dopo qualche dubbio iniziale – un’opinione consolidata), onde si possa dire che la disposizione in questione *si applica senz’altro* al caso concreto oggetto di decisione (affermazione che darà l’*impressione* di una interpretazione/ applicazione che *dalla norma astratta* «discenda» al fatto o caso concreto, per «sussumerlo» nella disposizione in questione²³); e i *casi nuovi* (os-

²¹ Siamo ben consapevoli della circostanza che la rilevanza del «caso» concreto nella prospettiva ermeneutica gadameriana (ispirata ad un famoso brano dell’*Etica Nicomachea* di Aristotele) ha ben altro significato (e precisamente quello di «perfezionamento creativo della legge»), in quanto il «caso» (con le sue caratteristiche particolari, che la norma «astratta»/«universale» non ha considerato) consentirebbe di *correggere* «equitativamente» la legge (funzione che esso svolgerebbe *sempre*), colmandone quella che ne sarebbe una *intrinseca* «lacuna» (consistente nella mancata considerazione delle caratteristiche del caso singolo), così come avrebbe fatto il legislatore stesso «se fosse presente colà» (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Roma-Bari, 1957, pp. 155 ss.). Sulla concezione gadameriana (fondata sul brano aristotelico, or ora parafrasato) cfr. le osservazioni di FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale*, , Modena, 2018, p. 36 (il quale critica in particolare l’idea che la forma «universale» della legge equivalga ad una sua «lacuna» o «insufficienza»). Questa concezione, peraltro – poiché si risolve apertamente nella teorizzazione di una funzione «correttiva» della legge, che sarebbe propria della interpretazione – quasi mai viene esplicitata (dai giuristi «pratici») nella sua formulazione originaria (in genere, essa viene «riformulata» e «attenuata», come accade per esempio nell’impostazione di Zagrebelsky, richiamata nel testo e nella nota precedenti).

²² Si tratta dei casi che sono talora definiti «*casi facili*» (che possono essere tali – si badi – anche per il fatto di esserlo divenuti, a seguito del consolidarsi di un’opinione, magari all’inizio anche fortemente controversa).

²³ Neumann – prendendo spunto dalla regola del § 5 Abs.1 StVO, la quale statuisce che «Si deve superare a sinistra» – rileva che «se il giudice ha accertato che il convenuto, nel traffico stradale, ha superato l’attore a destra, *una violazione risulta immediatamente dal tenore letterale della legge*», e aggiunge che in

sia i casi che si presentano per la prima volta), e decidendo i quali è possibile che risulti una “portata” della disposizione legislativa più ampia di quella sino a quel momento ritenuta)²⁴.

casi come questi «una formazione della regola da parte del giudice non è necessaria. Per accertare, in base al tenore letterale della legge, che sussiste una violazione della norma, basta la competenza linguistica del *native speaker*. Questo dato va sottolineato – continua Neumann – perché, talvolta, persino i giuristi più provveduti in teoria della conoscenza sostengono che «i giudici conformano e perfezionano il diritto a ogni applicazione della norma astratta al fatto concreto [Ogorek]. Ciò è corretto a condizione di intendere *estensionalmente* la norma giuridica, e di caratterizzare l'estensione in funzione dei casi *effettivamente ricondotti* a tale norma nella prassi del diritto. Se si intende la norma giuridica *intensionalmente*, come significato di una proposizione normativa, allora non si può dire che, in questi casi, la norma venga modificata attraverso la sua “applicazione” a tale norma nella prassi del diritto» (NEUMANN, *op. cit.*, pp. 85-86).

²⁴ In questo senso è vero che i «fatti della vita» che sono sottoposti alla decisione dei giudici non possono essere pensati come oggetto di meccaniche «riconduzioni» alla norma (come se si trattasse di inserire qualcosa in uno *stampo*, sempre uguale a se stesso, per verificare se il «fatto» si «adatta» ad esso; l'immagine dell'ordinamento come «un arsenale di formine giuridiche – le norme – da schiacciare sulla realtà», è stigmatizzata da ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 179), ma sono dati partendo dai quali le stesse norme (lo «stampo» della nostra metafora) continuamente vengono (ma meglio si direbbe: *possono venire*, quando ci si trovi – come diciamo nel testo – di fronte a «*fatti nuovi*») sottoposte a nuove domande, la risposta alle quali *può modificare* la (portata della) norma (la *forma dello stampo*, per continuare nella metafora), *nel senso di indurre ad affermare la riconducibilità ad essa* di «fatti» che fino a quel momento non si era pensato che potessero rientrare nel suo ambito di applicazione (o rientrarvi con le caratteristiche evidenziate dal «caso concreto» che si tratta di decidere). Si pensi, ad esempio, al quesito se una «bicicletta a pedalata assistita» (mezzo di locomozione che da qualche anno si va sempre più diffondendo) rientri o meno nella *fattispecie* «veicolo a motore» ai sensi e per gli effetti di una norma del Codice della strada, che prescriva ai veicoli a motore di circolare tenendo la mano destra della carreggiata (cfr. anche *infra*, nota 25). Qui è chiaro che il primo giudice (o i primi giudici) che – di fronte al caso concreto (e al relativo quesito giuridico: *le biciclette a pedalata assistita devono circolare nella parte destra della carreggiata, in quanto veicoli a motore, oppure devono circolare nelle corsie riservate ai ciclisti?*) – affermerà (oppure negherà) la riconducibilità di tale «caso» alla fattispecie astratta «veicolo a motore», darà un'interpretazione che «allargherà» (o, all'opposto, manterrà invariata) la *porta-*

Non sembra tuttavia che questa seconda ipotesi, ossia quella dei «*casi nuovi*» (che rappresentano – va da sé – solo una parte delle fattispecie concrete che sono sottoposte alla valutazione giudiziale) possa essere assunta a dimostrazione della *essenzialità* (o, addirittura, del «*primato*»), come suggerisce il titolo del Convegno) *del «caso» (concreto)*, e delle valutazioni che il giudice compie partendo da esso, *in ogni ipotesi* di «applicazione» di una disposizione normativa²⁵. Nella maggior parte delle sue decisioni – invero –

ta applicativa della norma del Codice della strada di cui parliamo. L'esempio richiama, in qualche modo, quello che Hart (nel cap. VII de *Il concetto di diritto*) utilizza per illustrare la sua distinzione tra «casi facili» e «casi difficili» (o casi di penombra): prendendo spunto da una regola che, all'ingresso di un parco, dichiara «vietato l'ingresso ai veicoli», Hart osserva che, accanto a casi chiari, con riferimento ai quali il guardiano del parco non avrà dubbi sull'applicare (o non applicare) il divieto (un'automobile, un camion, un pullman, dei pattini a rotelle, delle carrozzine ecc.), si prospetteranno dei casi problematici (e l'esempio che Hart fa è proprio quello di un bambino che si presenti a bordo di un'automobilina elettrica alimentata da una batteria).

²⁵ Detto altrimenti – e per tornare all'esempio prima proposto (cfr. *supra*, la nota precedente) – se il giudice concluderà che «le biciclette “a pedalata assistita” vanno considerate come “veicoli a motore”, ai sensi e per gli effetti della norma x del Codice della strada», non potrà dirsi che tale significato non fosse *virtualmente* contenuto nella formulazione linguistica della disposizione normativa e nella *ratio* che alla stessa si può oggettivamente attribuire. Certo, nessuno penserà che il legislatore (storico) del Codice della strada, quando ha formulato la norma sull'obbligo di circolazione a destra dei «veicoli a motore», avesse in mente le «biciclette a pedalata assistita» (che ancora non erano state «inventate»). Ma è chiaro che ciò che ha rilievo non è l'intenzione «storica» del legislatore (o, se si vuole, l'intenzione soggettiva del legislatore storico), contando invece solo l'oggettiva formulazione dell'enunciato normativo (e la *ratio*, che è possibile attribuire allo stesso). Del resto, sta proprio in ciò – si noti sin da ora – l'utilità irrinunciabile (quella che nel titolo della Relazione indichiamo come la «*insostituibile leggerezza*») della «fattispecie astratta»: se il legislatore avesse usato un altro termine (per così dire, *meno astratto*) – ad esempio: il termine «*automobili*» oppure il termine «*autoveicoli*» –, magari non si sarebbe neppure potuto porre il problema di una diretta riconducibilità alla disposizione così formulata del caso delle «biciclette a pedalata assistita» (fatto salvo, ovviamente, il ricorso eventualmente ad una applicazione *analogica* della medesima disposizione); invece, avendo parlato – più *genericamente* (e, appunto, con un livello più elevato di

l'interprete potrà limitarsi a «riconoscere» nel fatto concreto gli elementi che contraddistinguono la «fattispecie astratta» descritta dalla norma, oppure a registrare che il fatto concreto non presenta «peculiarità» che inducano a «interrogare» la disposizione normativa al fine di verificare se la sua (corrente) interpretazione possa o meno essere mantenuta (problema che si pone invece di fronte ad un «caso nuovo»).

4. (Segue). *Necessità di distinguere la (mera) «interpretazione» dalla «integrazione» della legge. L'ipotesi delle «lacune» e quella delle «clausole generali».*

Il ragionamento svolto nel paragrafo precedente presuppone che si mantenga ferma una distinzione fondamentale, ossia quella tra l'attività di (mera) «interpretazione della legge», e l'attività di vera e propria «integrazione» dell'ordinamento, che il giudice pone in essere quando – avendo riconosciuto l'esistenza di una «lacuna legis» – egli ha necessità di ricorrere al procedimento analogico (*analogia legis*) o, in ultima analisi, di decidere il «caso» secondo i «principi generali dell'ordinamento» (*analogia iuris*). Operazioni, rispetto alle quali non potrebbe in alcun modo sorprendere che si riconosca un apporto «creativo» del giudice, e all'esito delle quali può dirsi effettivamente che il giudice «crea» una regola nuova

«astrazione») – di «veicoli a motore», il dubbio può sorgere (e non è escluso che possa ricevere risposta affermativa). D'altra parte, il giudice che affermi che le «biciclette a pedalata assistita» sono da considerare «veicoli a motore», ai sensi e per gli effetti della disposizione x del Codice della strada, immaginiamo non pensi affatto di creare una «norma nuova», bensì piuttosto di applicare la norma esistente (da lui «interpretata» – se si vuole – *evolutiveamente*). Il che conferma che la posizione «centrale» è quella della disposizione normativa: è *partendo da essa* – si potrebbe dire – che il giudice *analizza* (e, per così dire, interroga) il caso concreto, per stabilire se esso sia o meno riconducibile (certo, non con un procedimento «meccanico», e men che meno di mera deduzione logica) alla «fattispecie astratta» prevista dal legislatore.

(che non si può considerare *già contenuta* in alcuna norma preesistente dell'ordinamento)²⁶.

Un esempio²⁷, che può utilmente servire a chiarire questo punto, può essere ricavato esaminando la disposizione dell'art. 36, comma 3, Cost. (che attribuisce al lavoratore subordinato il diritto al «*riposo settimanale*»). Come è noto, la Corte costituzionale ha dovuto risolvere (con diverse sentenze) una serie di interrogativi che si sono posti nell'(interpretazione e) applicazione della disposizione in questione: a) il riposo settimanale deve coincidere con la domenica?; b) c'è un diritto del lavoratore ad ottenerlo in un altro giorno per motivi religiosi (ad esempio il sabato per gli ebrei, o il venerdì per gli islamici); c) possono esigenze produttive che si pongano in particolari settori (ad esempio quello dei trasporti, o delle attività turistiche) giustificare, parimenti, la concessione del riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica?; d) che succede se l'interruzione per un giorno di una certa attività lavorativa (inevitabile se ci fosse l'obbligo di accordare il riposo settimanale a tutti i lavoratori nello stesso giorno) comporti dei costi elevatissimi (ad esempio per lo spegnimento e riattivazione di particolari macchinari), oppure comporti l'interruzione nell'erogazione di servizi essenziali (energia, trasporti, informazione ecc.)?

È evidente che una formulazione della regola giuridica (relativa al riposo settimanale) *più analitica e dettagliata*²⁸ avrebbe potuto (e

²⁶ Evidenzia plasticamente questa affermazione la notissima formulazione dell'art. 1, comma 2, del Codice civile svizzero, il quale, in caso di «mancanza di una legge applicabile», attribuisce al giudice il potere di decidere «*secondo le norme che egli stesso adotterebbe ove fosse investito della potestà legislativa*». Tale decisione è poi – si noti – tenuta distinta da una ipotetica decisione «*secondo equità*», che il giudice può emanare solo quando sia la legge ad autorizzarlo (art. 4 stesso Codice).

²⁷ L'esempio è tratto da ZAGREBESLKY, *op. cit.*, 2008, p. 283 (il quale lo utilizza, peraltro, a fini diversi dai nostri).

²⁸ Che, però – nell'esempio che abbiamo fatto – sarebbe stata poco opportuna, trattandosi di una norma contenuta in un testo costituzionale, che per sua natura si occupa di «principi», e dunque è poco adatto ad ospitare regole di dettaglio.

potrebbe) contenere una risposta anche alle domande in questione. Ma tant'è: questa risposta, nella specie, manca nel testo della legge.

Ci troviamo di fronte, dunque, ad una «*lacuna legis*» (anzi: ad una serie di «lacune» del testo normativo in esame, rispetto all'oggetto regolato)²⁹. E, se così è, le risposte che il giudice dia alle domande precedenti non potranno considerarsi «aggiunte» (alla disposizione normativa) che egli fa *in sede di mera interpretazione* (onde possa dirsi che il significato della disposizione in questione risulta determinato, congiuntamente, dal testo normativo e dalle «istanze di valore» espresse dal «caso», delle quali l'interprete si fa «veicolo»), bensì sono «aggiunte» che conseguono ad una attività di *vera e propria integrazione della legge (rectius: dell'ordinamento)*, attività che legittima (e, anzi, esige) per definizione la posizione di regole «nuove», che prima non esistevano (per lo meno a livello della legge).

²⁹ Potrebbe obiettarsi che i «casi» indicati vanno considerati non tanto come «casi non previsti» (e, dunque, come «lacune»), bensì come ipotesi che – riconducibili pur sempre alla prescrizione legale del «riposo settimanale» – sono suscettibili di trovare nell'*interpretazione* di detta prescrizione una soluzione, in cui l'apporto «creativo» del giudice concorrerebbe a definire il significato della disposizione (e cfr. DENOZZA, *op. cit.*, p. 430). Riteniamo, cionondimeno, che – pur se a volte sottile – esista (e si possa tracciare) una linea di confine tra l'ipotesi in cui un caso può dirsi «regolato da» (e quindi può essere *deciso con una precisa disposizione*) e quello in cui questo presupposto non si verifica, e dunque è legittimo discorrere dell'esistenza di una «lacuna». E, così, mentre ci sembrano ascrivibili a questa seconda ipotesi le «fattispecie concrete» indicate nel testo, ci pare che non si possa invece ritenere di trovarsi di fronte ad un «caso non regolato» (e quindi ad una *lacuna*) qualora la domanda che l'interprete dovesse porsi fosse quella se l'obbligo di «riposo settimanale» può essere adempiuto dal datore di lavoro facendo godere al lavoratore i 52 giorni di riposo tutti insieme (nell'ambito cioè di un periodo continuato), piuttosto che *settimana per settimana*. Qui – infatti – la risposta negativa può dirsi certamente «contenuta» nella prescrizione del «riposo settimanale» (onde può dirsi che il caso è *regolato da una precisa disposizione*), secondo quella che ne appare una (mera) *interpretazione* (compiuta, naturalmente, non solo sulla base del tenore letterale, ma altresì in base alla *ratio legis*), e non una *integrazione* effettuata da colui che deve decidere il caso.

Può anche concedersi che il confine tra «interpretazione» (delle disposizioni normative) e «integrazione» (delle lacune della legge) possa – in alcuni casi – apparire abbastanza esile³⁰. Ma è un confine che esiste, e che non può essere ignorato (e non solo su un piano meramente concettuale e teorico)³¹.

Di attività «creativa» del giudice – un'attività che tuttavia fuoriesce (ancora una volta) dall'ambito di una mera «interpretazione» della legge – deve parlarsi anche nell'ipotesi in cui la disposizione normativa contenga *clausole generali*. Anche in questa ipotesi è – infatti – possibile affermare che la determinazione della «regola giuridica» è effettivamente il risultato di un «concorso» dell'attività del legislatore (al quale risale l'enunciazione della «direttiva» in cui consiste la clausola generale: «diligenza», piuttosto che «buona fede» o «ragionevolezza» e così via) e dell'attività del giudice, chiamato a riempire di contenuto la «clausola generale» enunciata dal legislatore (il che avviene determinando tale contenuto alla luce delle «istanze di valore» che sono sottese al «senso» dei fatti da giudicare, «senso» a sua volta determinato attingendo direttamente – ossia senza la mediazione delle valutazioni del legislatore, diversamente da quanto avviene nel caso delle normali norme giuridiche – ai sistemi valoriali «extralegali» che concernono, nei diversi ambiti, le attività umane: la morale, l'economia, l'estetica, la religione ecc.).

5. *La possibilità di un punto di contatto tra ermeneutica giuridica e positivismo critico.*

Quanto sin qui detto pone, a nostro avviso, le premesse (o, almeno, alcune premesse) per tentare di individuare – con riferimento ai temi che formano oggetto dell'odierno Incontro – un punto di

³⁰ Si veda la nota precedente.

³¹ Tende, invece, a sostenere una «inevitabile sovrapposizione tra interpretazione ed integrazione nel processo applicativo del diritto» LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 69. Sulla questione cfr., di recente, anche LUZZATI, *Del giurista interprete*, Torino, 2016, pp. 15 e 289.

convergenza tra le posizioni dell'ermeneutica giuridica e quelle di un «positivismo giuridico» *rivisitato*.

Un'«ermeneutica giuridica», depurata delle prospettazioni più estreme – come quelle, ad esempio, che (non solo segnalano una «crisi» della fattispecie, ma) affermano e auspicano un sempre più deciso superamento (o «oltrepassamento») della «logica della fattispecie»³², oppure finiscono per dissolvere il momento «oggettivo» del fenomeno della comprensione nel «soggettivismo» dell'interprete³³ – può sicuramente essere conciliata con le posizioni di un moderno «positivismo critico», che a propria volta ripudi assunti rivelatisi privi di fondamento (dalla completezza dell'ordinamento giuridico, alla univocità del linguaggio comune, alla avalutatività dell'attività di interpretazione e così via).

³² V'è chi ravvisa questo avvenuto superamento (della logica della fattispecie) nel fenomeno della cosiddetta «costituzionalizzazione» del diritto civile (così LIPARI, *op. cit.*, p. 166). Sennonché, va osservato che neanche le norme costituzionali possono dirsi (a rigore) prive di fattispecie: infatti, ciò potrebbe affermarsi se esse enunciassero dei «valori» assoluti (che, come tali, esigano attuazione con riferimento a qualsiasi situazione nella quale il valore possa essere invocato), e non invece dei «principi», che – per quanto ampi – sono comunque riferiti a situazioni (più o meno) circoscritte (la Costituzione non enuncia il «valore» della «funzione sociale» di qualsiasi istituto e/o situazione soggettiva riconosciuti dall'ordinamento, bensì enuncia il principio della «funzione sociale» della proprietà, la quale dunque costituisce la «fattispecie» alla quale quel principio va riferito), oltre ad essere soggetti al «bilanciamento» con gli altri principi rilevanti nel caso concreto. Persino principi di portata (apparentemente) amplissima – come il principio di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost. – non possono pretendere di avere un'applicazione illimitata ed assoluta, e quindi di essere sganciati da una «fattispecie» (per quanto ampia) che ne delimiti l'applicazione.

³³ Quest'ultima accusa indubbiamente non può essere rivolta a tutti gli esponenti dell'indirizzo «ermeneutico», ma è certamente giustificata dalle posizioni assunte da alcuni di essi. Proprio a queste posizioni sembra riferirsi Irti quando formula, nei confronti dell'indirizzo in esame, il giudizio così severo che abbiamo già sopra ricordato (cfr. *supra*, nota 14).

Un famosissimo (e citatissimo) brano di *Alice dietro lo specchio* (1871) di L. Carroll³⁴ esemplifica bene – nel dialogo tra Alice e Humpty Dumpty, che riportiamo – l’alternativa «soggettivismo/oggettivismo» (del comprendere) a cui abbiamo or ora fatto cenno:

«[...] Ecco la tua gloria!» [disse Humpty Dumpty]
«Non capisco cosa vuol dire lei con “gloria”», disse Alice.
Humpty Dumpty sorrise sprezzante:
«Naturale che non puoi capirlo finché non te lo spiego. Volevo dire: ecco un argomento che taglia la testa al toro».
«Ma “gloria” non significa “un argomento che taglia la testa al toro”!», fece osservare Alice.
«Quando io mi servo di una parola», rispose con tono piuttosto sprezzante Humpty Dumpty, «quella parola significa quel che pare e piace a me, né più né meno».
«Il problema è», insisté Alice, «se lei può dare alle parole dei significati così differenti».
«Il problema è», tagliò corto Humpty Dumpty: «chi è che comanda: ecco tutto».

Il dialogo riportato esprime con grande incisività la contrapposizione tra l’idea (se si vuole «ingenua»³⁵) che «le parole abbiano un loro proprio significato e non si possa costringerle ad indicare cose diverse» (dove l’ingenuità sta nell’essere Alice convinta «di non metterci nulla del suo, ma di trarre in luce i significati che stavano

³⁴ CARROLL, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, London, 1871, trad. it. *Attraverso lo specchio e quel che Alice vi trovò*, Milano, 1991, p. 207.

³⁵ Ma non senza tuttavia avvertire – con VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, p. 114 – che si tratta della stessa idea che esprimeva Wittgenstein, quando nel suo *Tractatus* osservava che «Ogni parola ha un significato» e che «Questo significato è associato alla parola. È l’oggetto per il quale la parola sta» (corsivo aggiunto).

sotto i segni, pronti e finiti, in attesa»³⁶), e un «nominalismo radicale» che sfocia in una teoria del significato in ultima analisi autoritaria³⁷. Come ha scritto in proposito un autore, «Al dogmatismo della “verità manifesta”, l’interlocutore della nostra protagonista contrappone un’altra forma di dogmatismo, quella appunto di chi ha il potere di stabilire in ultima istanza il significato delle parole³⁸. [...] Per Humpty Dumpty, dunque, non esiste un significato proprio delle parole che l’interprete dovrebbe scoprire e davanti al quale dovrebbe inchinarsi. La gerarchia che ad Alice appare evidente tra regola e interpretazione o tra autore e lettore si capovolge, sancendo la supremazia dell’interpretazione sul testo e dell’*intentio lectoris* sull’*intentio auctoris* [...]»³⁹.

Si tratta, allora, di non cadere nell’«ingenuo realismo concettuale» di Alice, ma nemmeno di accettare il «relativismo» (scettico) e il «soggettivismo» di Humpty Dumpty.

Orbene, un modo «pragmatico»⁴⁰ per riconoscere al contempo un nucleo di significato «oggettivo» delle parole, senza escludere

³⁶ Così SCARPELLI, *Metodo giuridico*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer*, vol. XXXI, *Diritto*, II, Milano, 1972, pp. 423-424.

³⁷ La lettura che riportiamo subito *infra* nel testo è una delle più diffuse del dialogo tra Alice e Humpty Dumpty. Per una diversa prospettiva cfr., peraltro, LUZZATI, *op. cit.*, p. 252.

³⁸ Questo potere – si noti – è tipicamente attribuito al giudice. Il legislatore lo ha soltanto nelle (eccezionali) ipotesi in cui egli proceda ad una «interpretazione autentica» (e si tratta di un potere che è soggetto a ben precise limitazioni, volte ad evitare, in particolare, *che – sotto l’apparenza di una disposizione «interpretativa» – si introduca una norma «nuova»*).

³⁹ VOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 115-116.

⁴⁰ Se un riferimento concettuale (in prospettiva giuridica) volesse essere richiamato, per giustificare quello che nel testo chiamiamo atteggiamento «pragmatico» – questo potrebbe essere costituito dal concetto hartiano di «*punto di vista interno*», ossia «il punto di vista di coloro che non si limitano a registrare e predire il comportamento conforme alle norme, ma *usano* le norme come criteri di valutazione del comportamento proprio e di quello degli altri» (HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino 1965, pp. 116-117; e cfr. la sottolineatura di VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 35, laddove i due autori evidenziano come «l’adozione del punto

tuttavia l'esistenza di uno spazio nel quale si colloca un (possibile) apporto «creativo» dell'interprete è quello di intendere l'enunciato linguistico che esprime la disposizione normativa come costituito da un «*nucleo centrale*» (di significato) «certo» (che consente di identificare con sufficiente chiarezza e immediatezza il fatto o la categoria di fatti riconducibili alla norma), e da un «alone» circostante all'interno del quale si collocano i «casi dubbi» o «difficili» (cioè quei casi per i quali, appunto, è più o meno discutibile – e, dunque, incerto, soprattutto quando si tratti di casi «nuovi» e sui quali non si sia ancora formata un'opinione consolidata – se essi siano riconducibili alla «fattispecie» legale).

Questa concezione – peraltro risalente⁴¹ – ha trovato nella riflessione di H. Hart⁴² (esponente emblematico di quello che più volte ho indicato, in questa relazione, come «positivismo critico»⁴³) un significativo sviluppo, nel contesto di una visione originale del diritto (a partire dalla prospettiva della *filosofia analitica del linguaggio ordinario*), le cui caratteristiche sono state individuate nell'«interesse specifico e privilegiato per il linguaggio *ordinario*, di uso comune», in «un deciso ridimensionamento del ruolo della logica formale», e, infine, in «una visione del linguaggio e del significato orientata in senso pratico, ossia mirata all'agire linguistico e all'uso del linguaggio»⁴⁴.

Ed è significativo evidenziare come – nell'ambito di un discorso sul più generale fenomeno della «rinascita della filosofia pratica» –

di vista interno comporta l'inserimento della teoria del diritto *negli orizzonti della ragion pratica* e questa è una novità per la scienza giuridica del Novecento, una novità ricca d'implicazioni notevoli e di sviluppi sorprendenti»).

⁴¹ Basti ricordare che la distinzione tra nucleo concettuale (*Bedeutungskern*) e alone (*Bedeutungshof*) si trova già in HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914.

⁴² Cfr. specialmente HART, *Il concetto*, cit.

⁴³ O «positivismo riformato», come lo chiama LA TORRE, *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, p. 681, spec. § 2.

⁴⁴ Le espressioni tra virgolette sono di D'AGOSTINI, *Che cos'è la filosofia analitica?*, in D'Agostini e Vassallo (a cura di), *Storia della filosofia analitica*, Torino 2002, p. 38, richiamato anche da VOGLIOTTI, *op. cit.*.

si sia sottolineato come l'attenzione per l'aspetto pragmatico del linguaggio (a partire dal secondo Wittgenstein), e gli sviluppi della «filosofia post-analitica» – nei riflessi che entrambi hanno avuto sulla meditazione giusfilosofica – abbiano posto «le premesse per un fruttuoso dialogo con l'ermeneutica, determinando convergenze e feconde ibridazioni»⁴⁵.

Ritourneremo fra poco su questo aspetto. Non senza avere, tuttavia, prima osservato che la compresenza delle due dimensioni («oggettiva» e «soggettiva») – di cui si è sin qui discusso con riferimento al singolo enunciato legislativo e alla sua «interpretazione» – sia rilevabile (se pure con un qualche «slittamento» del significato della contrapposizione) allorché si passi a considerare (non più la singola disposizione, bensì) l'ordinamento giuridico *nel suo complesso*. In tale più ampio contesto la dimensione «oggettiva» può – infatti – essere identificata con la realtà della regolamentazione legislativa (che certamente copre, nei moderni ordinamenti, la stragrande maggioranza dei fatti giuridicamente rilevanti), mentre la dimensione «soggettiva» (che si profila in connessione con i casi in cui si fa maggiormente visibile l'apporto dell'interprete) trova spazio nella indubitabile presenza di «lacune» della legge (fatti che il legislatore non si è rappresentato o che egli ha – talora intenzionalmente – omesso di regolare affidandoli ad una valutazione casistica), come anche nei casi sempre più frequenti in cui il legislatore, pur prevedendo un determinato fenomeno, ne affida la regolamentazione a «clausole generali» (o a concetti indeterminati), che lasciano al giudice/interprete il compito di individuare la regola in relazione alle circostanze che accompagnano i casi concreti da decidere⁴⁶.

⁴⁵ Così VOGLIOTTI, *op. cit.*, dove si cita il volume curato da JORI, *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994 (volume nel quale si vedano, in particolare, il saggio di ZACCARIA, *Tra ermeneutica ed analitica: dal contrasto alla collaborazione*, e quello di VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*).

⁴⁶ È appena il caso di osservare che la delimitazione tracciata nel testo è puramente *tendenziale*. E, invero, come nella dimensione che abbiamo definito

Si configura, in tal modo, un assetto ordinamentale sicuramente complesso, rispetto al quale lo stesso problema della «calcolabilità» – sollevato con grande acume da Irti – non può che essere posto in termini relativi.

Come è stato opportunamente evidenziato, «nell'ambito del diritto la possibilità di calcolare in anticipo i risultati dell'interpretazione delle norme, non è una qualità discreta. Esiste al contrario un continuo di maggiore e minore calcolabilità [...]»⁴⁷.

Non c'è dubbio che tutte le volte in cui il giudice decide un caso sulla base dell'applicazione di una «clausola generale», e, a maggior ragione, quando egli lo decide sulla base di un «principio generale» dell'ordinamento (nell'ambito della cosiddetta *analogia iuris*), la «calcolabilità» della decisione giudiziale sia minore rispetto a quella che può (tendenzialmente) scaturire dall'applicazione di una «norma di fattispecie», anche se ciò non significa che un qualche grado di calcolabilità non possa (anzi debba) essere presente anche in quest'ipotesi (come, per converso, deve ammettersi che quella delle «norme di fattispecie» sia solo una *maggiore calcolabilità*, ossia una calcolabilità non assoluta, bensì soltanto *relativa*). Il che conferma sia la irrinunciabilità (per qualsiasi ordinamento giuridico) di entrambi i tipi di «norme», sia la circostanza che la distanza fra di esse tende a ridursi (se non in termini concettuali, certamente) in termini «operativi»⁴⁸.

«oggettiva» (= area coperta dalle regole legislative, costruite ricorrendo alla tecnica della fattispecie) deve riconoscersi la compresenza di uno spazio (ineliminabile) di «valutatività» del giudizio, così nella dimensione che abbiamo viceversa definito «soggettiva» (lacune della legge, clausole generali, concetti indeterminati) il potere «creativo» riconosciuto al giudice nell'attività di integrazione dell'ordinamento non equivale ad «arbitrio», dovendo necessariamente le decisioni assunte nell'esercizio di tale potere assurgere ad un livello di «intersoggettività», che le renda «integrabili nel sistema».

⁴⁷ Cfr. DENOZZA, *op. cit.*, p. 429.

⁴⁸ Sul punto cfr., di recente, LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dal diritto commerciale*, in *Or. dir. comm.*, 2018, 2, p. 19 (dell'estratto), in cui l'autore riferisce del dibattito americano su tali temi.

6. *Epilogo. L'irrinunciabilità del valore della «certezza» del diritto, e il ruolo (insostituibile) della «fattispecie astratta».*

Quel che sembra indiscutibile – e l'averlo sottolineato costituisce uno degli indubbi meriti dei recenti interventi di Irti su questo tema – è che la «certezza» del diritto (sia pure intesa nella dimensione «relativa», di cui si è appena detto) è un elemento costitutivo di ogni ordinamento giuridico, ed un valore al quale non è possibile rinunciare.

Sotto questo profilo, va ribadito che il diffondersi di concezioni «soggettivistiche» (quando non addirittura «intuizionistiche») dell'attività ermeneutica mina profondamente l'affidamento che i cittadini possono fare su un contenuto (relativamente) «certo» delle regole giuridiche, lede principi fondamentali (come il principio di «eguaglianza formale»⁴⁹), minaccia la *libertà* dei singoli (rendendo precario l'esercizio di alcuni diritti fondamentali), e in definitiva

⁴⁹ Non può non preoccupare che, per giustificare tali esiti, si evochi sovente una nozione di «eguaglianza *sostanziale*», la quale – anziché costituire un *rafforzamento dell'eguaglianza formale* – finisce (o rischia di finire) per risolversi in un possibile *svuotamento* di quest'ultimo principio, addirittura teorizzando l'idea che qualsiasi caso concreto è *diverso da tutti gli altri*, e dunque merita un trattamento differenziato. E si vedano le considerazioni di VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in *Ars interpretandi*, 2018, pp. 19-20, il quale – dopo aver riconosciuto che «la regola che si ricava dal caso concreto deve essere applicabile e valevole per tutti i casi simili», perché «*senza la generalità la legalità si dissolve*» – riconduce il fenomeno della (odierna) cosiddetta «crisi della fattispecie» alla circostanza che «[...] proprio la generalizzazione è diventata oggi uno scoglio difficile da superare nel regime del pluralismo», in quanto «questo [il pluralismo] è restio ad accettare la generalità, poiché avanza l'esigenza della giustizia del caso particolare, cioè della particolarità», sicché – a questa stregua – «la generalità rischia di costruire categorie ognuna delle quali contiene un solo caso, quello sulla cui base la stessa categoria è costruita». E conclude osservando che il principio generalità, che si basa su quello di eguaglianza, è in pericolo proprio per l'evoluzione di quest'ultimo concetto, essendosi prodotta «una dissociazione tra un'eguaglianza intesa come generalità del precetto legislativo e un'eguaglianza configurata come giustificabilità della discriminazione e quindi come ragionevolezza. Oggi il problema centrale è quello della tipicizzazione di questi giudizi di ragionevolezza [...]».

comporta (nei suoi esiti estremi) una trasformazione della basi stesse su cui si fondano i moderni ordinamenti giuridici (basti pensare alle tensioni che subisce un principio fondamentale come quello della separazione dei poteri⁵⁰).

La conclusione dei ragionamenti sin qui svolti (sia pure in forma necessariamente sintetica) è che non si può rinunciare ai benefici che sono tradizionalmente connessi alla regolamentazione giuridica realizzata attraverso la tecnica della «fattispecie». Il riconoscimento dell'ineliminabile apporto «valutativo» che è proprio dell'attività giudiziale di applicazione delle norme legislative non può dunque in alcun modo spingersi sino al punto da mettere a rischio valori (come quelli della «certezza», o – più discretamente – della prevedibilità o calcolabilità) che si rivelano irrinunciabili per qualsiasi ordinamento giuridico⁵¹ che intenda svolgere la propria funzione.

Non basta, per scongiurare il pericolo del soggettivismo giudiziale (che consegue, inevitabilmente, ad alcune delle impostazioni sopra analizzate) affermare che l'attività di comprensione di senso e di valore «deve necessariamente appoggiarsi su visioni obiettive comuni dei fatti sociali»⁵². Più che fornire la soluzione, infatti, l'affermazione appena riportata pone i termini del problema, essendo sotto gli occhi di tutti che, sui casi (come si dice) «difficili» quel

⁵⁰ Con tutti i corollari che da questo principio discendono, a partire da quello secondo il quale una legge non può essere abrogata se non da un'altra legge (espressamente o in maniera implicita), oppure da una pronuncia di illegittimità costituzionale resa dal «giudice delle leggi», o, infine, da un *referendum* popolare.

⁵¹ Cfr. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 146, il quale rispondeva negativamente alla domanda del titolo, ribadendo che la certezza è un valore fondativo dell'ordinamento. Parla della certezza come «la stessa ragion d'essere dello Stato, di diritto o meno che sia», LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 391 e 473 (ma il richiamo al valore della certezza è particolarmente insistito e diffuso nel corso dell'intero svolgimento di questa importante voce enciclopedica).

⁵² Così ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2008, p. 199, il quale – poco prima – aveva riconosciuto in maniera esplicita che «dal soggettivismo interpretativo [il mondo del diritto] sarebbe puramente e semplicemente distrutto».

che manca è proprio l'evocata (e auspicata) «visione obiettiva comune» (ed è proprio questa mancanza a rendere il caso «difficile»).

Né fornisce indicazioni più specifiche l'affermazione⁵³ secondo la quale «per non cadere nella soggettività, l'interpretazione deve individuare una serie di criteri di controllo», indicando in particolare – tra i vari criteri emersi «dal lungo dibattito dispiegatosi nell'ambito del vasto orizzonte delle teorie contemporanee sul ragionamento giuridico»⁵⁴ – quello che fa riferimento alla «comunità dell'interpretazione giuridica» (che collega «i componenti di una ben determinata tradizione giuridico-istituzionale»), da considerarsi quale «parametro valutativo dell'accettabilità delle varie alternative di interpretazione da vagliare»⁵⁵. È agevole – anche qui – osservare che, accanto al pluralismo dei valori, l'epoca presente registra anche una grande varietà dei metodi teorizzati e praticati all'interno della cosiddetta «comunità dell'interpretazione giuridica», il richiamo alla quale pertanto appare del tutto inidoneo a fornire (in maniera sufficientemente univoca) le indicazioni e l'orientamento di cui parla la dottrina or ora citata⁵⁶.

⁵³ Anche in questo caso posta di seguito alla premessa secondo cui «L'interesse principale dell'ermeneutica non si orienta all'accettazione di una prospettiva soggettivistica, ma a conservare e ad ampliare l'intersoggettività»: così VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000, pp. 190-191.

⁵⁴ Ivi, dove vengono ricordati – tra le ipotesi più accreditate – i criteri di concordanza, di giustizia e di evidenza [elaborati, in part., da J. Esser], di coerenza narrativa [proposto da Neil Mac-Cormick] e di rispetto della tradizione e del comune sentire dei giuristi.

⁵⁵ VIOLA e ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2000, p. 192, ove si legge altresì che «La comunità interpretativa detta le regole costitutive, ossia la grammatica fondamentale che sorregge e definisce la prassi del giudicare». Il richiamo alla «comunità interpretativa» è frequente anche in LIPARI, *op. cit.*, p. 48. In argomento cfr. specificamente lo studio di PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

⁵⁶ E cfr., contro l'edulcorata evocazione di una «comunità degli interpreti» «armoniosamente impegnata in una sorta di dialogo platonico per costruire, un tassello interpretativo dopo l'altro, il migliore dei mondi giuridici possibili»,

Coniugare «oggettività del testo» e «valutatività dell'interpretazione» continua, dunque, ad essere il grande dilemma dell'epoca del post-positivismo giuridico. Ma per avviarlo a soluzione bisognerebbe forse abbandonare sia l'illusione che i problemi delle moderne società siano risolvibili *tutti* attraverso la legge, sia quella (in certo senso opposta) che affida all'interpretazione giudiziale la speranza di raggiungere la «giustizia».

quanto scrivono PARDOLESI e PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 142, 3, p. 122.

FRANCESCO DELFINI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Milano

NORME DISPOSITIVE E DETERMINAZIONE DEL CONTENUTO DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il problema del controllo sulla determinazione unilaterale del contenuto del contratto. – 2. *The “big picture”*: la determinazione unilaterale dell’oggetto del contratto, come sintesi del fenomeno. – 3. Quattro casi di emersione del problema: i modelli ABI di contratto di cassette di sicurezza; le clausole *claims made* e le clausole di limitazione dell’indennizzo alla quota interna di corresponsabilità solidale nell’assicurazione R.C. professionale; i modelli ABI di fideiussione *omnibus*. – 3.1. I modelli ABI di contratto di cassette di sicurezza. – 3.2. Le clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale. – 3.3. La Cassazione sull’estensione dell’indennizzo assicurativo nel caso di assicurazione di un solo corresponsabile civile. – 3.4. La nullità delle fideiussioni *omnibus* su modelli frutto di intese anticoncorrenziali. – 4. Clausole di determinazione dell’oggetto *v.* clausole di limitazione della responsabilità. – 5. Le tecniche di controllo del fenomeno. I “limiti imposti dalla legge”, di cui al primo comma dell’art. 1322 cod. civ. – 6. Il diritto dispositivo che connota il tipo contrattuale e la sua funzione di controllo e limite nei contratti *standard*. – 7. La conferma, con il metodo della comparazione: Argentina e Francia. – 7.1. Il nuovo codice commerciale argentino, del 2015. – 7.2. La riforma del codice civile francese, nel 2015-2018. – 8. I tipi contrattuali in soccorso della parte generale.

1. *Il problema del controllo sulla determinazione unilaterale del contenuto del contratto.*

Il codice civile del 1942 ha disciplinato il contratto sul presupposto della sua conclusione a seguito di trattative, cioè con una negoziazione individualizzata del suo contenuto¹: ne è testimonianza la dialettica della negoziazione *inter absentes* scolpita nell'art. 1326 c.c.

A questo modello si contrappone quello della conclusione del contratto per adesione di una parte ad un testo predisposto unilateralmente dall'altra per una serie indeterminata di rapporti: modello affacciato già nella prima metà del ventesimo secolo ed oggi ormai prevalente, quantomeno sotto un profilo economico-quantitativo. Il tema dogmatico, non considerato in modo sistematico nella parte generale del codice del 1942, può allora essere indicato come quello del “controllo sulla determinazione unilaterale del contenuto del contratto”.

Come è noto, al di là dell'eccezionale e frammentaria disciplina recata dagli artt. 1341 e 1342 c.c. – che non consentono un controllo di merito sul contenuto del contratto *standard* - non vi è, nel codice, una parte generale della contrattazione per adesione. Vi è, nel codice del consumo, una disciplina di settore per la contrattazione *standard* con il consumatore, ma manca una disciplina generale della contrattazione per adesione tra soggetti di eguale *status* ed in particolare tra professionisti.

¹ Sulla polisemia, nel codice, del termine “contenuto” riferito al contratto, cfr. SACCO e DE NOVA, *Il contratto*⁴, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2016, p. 939 ss. che registra la riduzione della nozione di oggetto (in senso stretto) alla “cosa regolata” e la nozione di oggetto (in senso lato) al contenuto, vocabolo la cui fortuna ritrova nell'uso fattone da Windsheid nelle sue *Pandette*. Propone di distinguere le nozioni di oggetto e di contenuto del contratto, nel senso che «il contenuto del contratto è l'oggetto del contratto qualificato dalla causa, è la prestazione contrattuale illuminata dalla ragione che la giustifica» ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 339.

La stessa impostazione ottocentesca sottostante al nostro codice si mostra in parte anche in *common law*, dove la c.d. *sanctity of the contract* si appoggia implicitamente proprio sulla considerazione del *contract* come risultato di una negoziazione individualizzata e libera.

In entrambe le famiglie di ordinamenti, il fenomeno della contrattazione standardizzata rompe tale assunto di matrice liberale e sollecita il giurista a reperire strumenti di controllo di quella che appare come una autonomia negoziale asimmetrica o meramente unilaterale, ove l'aderente non partecipa nella determinazione del contenuto – in specie giuridico – del contratto, cui può esclusivamente aderire o meno.

Ad esigenze simili, le diverse famiglie di sistemi giuridici rispondono con strumenti nominalmente diversi.

Nel *common law* nordamericano si assiste ad uno sviluppo ed evoluzione della *unconscionability*², *doctrine* recepita espressamente nello

² Il concetto di *unconscionability* fa sostanzialmente riferimento ad una situazione in cui la conclusione del contratto avvenga a fronte di uno squilibrio di potere contrattuale e di un approfittamento di una parte (MCCAMUS, *The Law of Contracts*², Toronto (ON), 2012, pp. 426-427, che richiama «i) an inequality of bargaining power at a certain degree and ii) an advantage taken or the improvidence of the transaction»). Originariamente il rimedio concesso *in equity* era esclusivamente la “*rescission*” – cioè l’eliminazione retroattiva (a differenza della “*discharge*”) del contratto – ma, soprattutto nelle giurisdizioni canadesi di *common law*, si assiste oggi ad uno sviluppo di una nuova “*doctrine of unconscionable terms*”, volta a privare di effetto singole clausole onerose, fermo restando il resto del contratto (come è stato notato dalla dottrina canadese, la Corte Suprema del Canada «*crafted a unique Canadian rule designed to control the unjust application of exculpatory clauses [...] to preclude reliance on the exculpatory clause, but to leave the remainder of the contract intact and enforceable*»: MCCAMUS, *op. ult. cit.*, p. 822 e pp. 831-832). Tale nuovo sviluppo della *unconscionability doctrine* induce interrogativi inconsueti in *common law*, perché la eliminazione di alcune clausole ferma restando la rimanente parte del contratto deve fare i conti con un ancora problematico approccio al tema della invalidità parziale, che non si può giovare di un apparato codicistico come quello presente nei codici di *civil law*. Si è infatti notato che il punto cruciale «*relates to the role, if any, of a doctrine of severance in the context of the unconscionable term analysis [...] in order to determine whether the entire agreement should be struck down or, alternatively, whether the of-*

Uniform Commercial Code statunitense³ oppure, nelle giurisdizioni di *common law* canadesi, intesa come superamento della incertezze poste dalla *doctrine of fundamental breach*⁴ e come sviluppo del più ampio ruolo che viene assegnato attualmente al *general principle of good faith* in campo contrattuale⁵: e, con approccio più ampio, la recente dottrina canadese parla oggi di “*Control Of Contract Power*”⁶.

*fending clause can be deleted and the remainder of the agreement enforced. Essentially the test to be applied is whether what remains after excision of the term constitutes an agreement that can sensibly be enforced. If not, the entire agreement is struck down. The doctrine obviously responds to a concern that enforcing the agreement after excising the term may work unfairness on the party that has inserted the term. If similar problems were to arise in the context of unconscionable term analysis, the doctrine of severance might provide useful device for resolving them. Thus far, however, no role for a severance doctrine has been suggested by the courts in this context» (MCCAMUS, *op. ult. cit.*, pp. 445-446).*

³ Cfr. *Uniform Commercial Code*, § 2-302 “*Unconscionable contract or Clause*”, secondo cui: «(1) *If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.*»

⁴ Il rilievo si legge nella “*dissenting opinion*” del *leading case* *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia* (Supreme Court of Canada, *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, File No.: 32460, 2009: March 23; 2010): «*the doctrine of fundamental breach had “spawned a host of difficulties”* (p. 460), *the most obvious being the difficulty in determining whether a particular breach is fundamental. The doctrine obliged the parties to engage in “games of characterization”* (p. 460) *which distracted from the real question of what agreement the parties themselves intended. Accordingly, in his view, the doctrine should be “laid to rest”*».

⁵ In questo senso, il *leading case* è *Bhasin v. Hrynew* (Supreme Court of Canada, *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, File no.: 35380, 2014: February 12; 2014), ove si è sottolineato che il principio di buona fede sta alla base del diritto dei contratti ed è sottostante a numerose regole giurisprudenziali, tra cui quella relativa alla *unconscionability*.

⁶ SWAN, *Canadian Contract Law*, Markham (ON), 2006, p. 629: «*The Control of*

In Italia, si propone di superare l'attuale inadeguatezza degli artt. 1341 e 1342 c.c. con un'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998 sulla subfornitura⁷, per consentire un sindacato dell'equilibrio giuridico del contratto, quando è unilateralmente predisposto, anche nella contrattazione B2B⁸.

2. *The “big picture”*: la determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto, come sintesi del fenomeno.

Contract Power deals with three related concerns. The first arises from the fact that “necessitous men are not, truly speaking, free men but, to answer a present exigency will submit to any terms that the crafty may impose on them” [...]. The second concern arises when an agreement, perfectly fair when made, nevertheless permits one of the parties to abuse the power that the agreement conferred on it. Such a power may be controlled by standards of good faith conduct, a doctrine of unconscionability and by the imposition in the contractual context of concepts like natural justice [...]. The third is expressed in common law and statutory rules that, for reasons of public (and social) policy, limit the arrangements that contracting parties may make. [...] Some of these concerns are reflected in legislation intended principally to protect consumers, but most are common law developments». L'espressione richiama il saggio pubblicato negli anni Ottanta del secolo scorso da un altro autore canadese, REITER, *The Control of Contract Power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. I, Issue 3, 1981, p. 347, nel quale, con approccio più teorico e speculativo, si valutava l'applicazione di diversi strumenti giuridici (tra cui la *unconscionability*) nella macro e micro evoluzione della teoria del contratto, concludendo che «*academics bear the primary responsibility for evolving a contemporary theory of contract at the macro level [...] but academics also have a critical role to play in the evolution of a new theory at the micro level. They must cease wringing their hands over the difficulties involved in unconscionability – unreasonableness cases. Instead, they should proceed with the task of elaborating a suitable replacement theory for the unacceptable classical views of contract law with which they have been tinkering for 200 years».*

⁷ A livello europeo, poi, si possono valorizzare, nel medesimo senso, gli artt. 3.10 dei *Principles Unidroit* e 4:109 dei PECL.

⁸ Per tutti, cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; altresì Gitti e Villa (a cura di), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

Il problema è di particolare rilievo quando la predisposizione unilaterale del contenuto (giuridico) del contratto tocca il cuore del negozio, e cioè la determinazione del suo oggetto, rendendo talvolta il contratto inutile o pressoché inservibile per le stesse esigenze che avevano indotto l'aderente (o lo avevano obbligato, come nel caso dell'assicurazione della responsabilità civile professionale) a concluderlo.

In tali ipotesi, il problema del controllo della contrattazione *standard* diviene cruciale e più urgente, perché attiene alla stessa funzione economico-sociale del contratto tipico concretamente adottato (o "evocato"): può toccare, se si adotta l'accezione "bettiana" del termine, la stessa "causa" del contratto medesimo.

3. *Quattro casi di emersione del problema: i modelli ABI di contratto di cassette di sicurezza; le clausole claims made e le clausole di limitazione dell'indennizzo alla quota interna di corresponsabilità solidale nell'assicurazione R.C. professionale; i modelli ABI di fideiussione omnibus.*

Il fenomeno empirico può essere difficile da cogliere nella sua unitarietà, perché le sue manifestazioni si sono dipanate nel tempo e la giurisprudenza è chiamata ad occuparsi necessariamente della contingenza, perdendo di vista il quadro generale.

È utile, dunque, una ricognizione di tali "stagioni" di contenzioso, che possono apparire solo ad un primo sguardo come isolate e disomogenee ma che, se riguardate con un approccio diacronico, risultano essere emersioni di un vero e proprio "fiume carsico", da portare in evidenza. E la riconduzione ad unità del fenomeno può essere operata, come sopra proposto, sotto l'etichetta del "controllo della determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto".

Quattro casi emblematici, per rendere più concreto il discorso:

i) il contenzioso sulle cassette di sicurezza, degli anni Ottanta dello scorso secolo⁹;

⁹ Il filone giurisprudenziale è richiamato in DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *Contr.*, 1997, p. 255 ss.

ii) il più recente ed attuale contenzioso sulle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale;

iii) le decisioni della Cassazione sulla estensione dell'indennizzo assicurativo nel caso di assicurazione di un solo corresponsabile civile;

iv) il nuovo tema della nullità delle fideiussioni *omnibus* su modelli frutto di intese anticoncorrenziali, oggetto delle recenti decisioni della Cassazione n. 29810 del 12 dicembre 2017¹⁰ e n. 13846 del 22 maggio 2019¹¹.

¹⁰ Cass., ord., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *IlCaso.it*, ha affermato il principio di diritto secondo cui: «in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla l. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della l. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la l. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016)) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza».

¹¹ Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in *IlCaso.it*, che ha cassato con rinvio affermando il seguente principio di diritto: «In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla l. n. 287 del 1990, art. 2, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui alla l. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estro-

3.1. *I modelli ABI di contratto di cassette di sicurezza.*

La prima stagione di contenzioso elencata muoveva dalla predisposizione unilaterale, in applicazione del modello ABI, del contenuto del contratto per il “servizio delle cassette di sicurezza” con l’inserimento di una clausola che determinava in misura esigua il valore dei beni da custodire e vi faceva riferimento per limitare l’eventuale rimborso in caso di furto o distruzione degli stessi, di cui la banca dovesse rispondere *ex art.* 1839 c.c.

L’originaria clausola (art. 16 n.b.u. in vigore dal 1954), complice la sua formulazione letterale, che menzionava una limitazione del rimborso a carico della banca, fu qualificata come clausola di limitazione della responsabilità e fu successivamente riformulata (con intervento dell’ABI nel 1976 e introduzione di un nuovo art. 2 delle n.b.u.¹²) come clausola di determinazione – in senso riduttivo – dell’oggetto del contratto¹³: ciò tuttavia non ne mutò la valutazione negativa nel successivo

mettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario» e rilevando, in parte motiva: «Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8, è, all’evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell’intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (cfr. in tema anche Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, secondo cui ai fini dell’illecito concorrenziale di cui alla l. n. 287 del 1990, art. 2, rilevano tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all’accertamento della loro illiceità da parte dell’autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato)». In giurisprudenza di merito, nel senso che la nullità in questione attiene solo alle clausole oggetto dell’intesa ed è dunque nullità parziale: Trib. Padova, Sez. II civile, 29 gennaio 2019 e App. Brescia, Sez. I, 29 gennaio 2019 (inedite).

¹² La clausola fu esplicitamente formulata come obbligo del cliente a conservare nella cassetta cose di valore non superiore ad un milione di lire, con il medesimo effetto economico della precedente formulazione.

¹³ Si muove da un *obiter* contenuto nella più emblematica delle sentenze relative al tema dei contratti di cassette di sicurezza, Cass., 29 marzo 1976, n. 1129, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, II, p. 173 ss., che si occupava di un allagamento del *caveau* di una banca di Ferrara, a seguito di un nubifragio nel settembre 1966 con distruzione di

corso di decisioni di legittimità¹⁴, perché fu ritenuto che tale obbligo imposto al cliente avrebbe snaturato l'oggetto del contratto, come descritto dall'art. 1839 c.c., perché la norma fa riferimento alla responsabilità della banca per l'idoneità e la custodia dei locali e l'integrità della cassetta e non fa riferimento alla custodia di singoli beni, come nel caso del deposito.

3.2. *Le clausole claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale*

Il secondo filone giurisprudenziale, quello relativo alle clausole *claims made* – oggetto di numerose sentenze della Cassazione a Sezioni semplici¹⁵ e di due pronunce a Sezioni unite (n. 9140/2016¹⁶ e n.

una raccolta filatelica custodita in una cassetta del *caveau*. Nella sentenza, che riteneva soggetta all'art. 1229 c.c. la clausola (limitativa del risarcimento ad un valore esiguo rispetto a quello dei beni effettivamente custoditi nella cassetta), era affermato, con *obiter dictum*, che la decisione avrebbe potuto essere diversa se si fosse stati al cospetto di una clausola di determinazione dell'oggetto e non già di limitazione della responsabilità: infatti, in tal caso – si osservava – «viene in questione il contenuto del negozio che, di regola, le parti sono libere di determinare, allargandone o restringendone la portata rispetto allo schema tipico». Registra e ripropone la dicotomia, tra le più recenti opere di commento sistematico, D'ADDA, in *Comm. c.c.*, diretto da Gabrielli, Torino, 2013, *sub* art. 1229, p. 366 ss., ove sono ripercorse con attenzione le tappe del contenzioso sulle clausole ABI relative alle cassette di sicurezza. Nel medesimo genere letterario, anche CECCHERINI, *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Schlesinger, Milano, 2003, p. 226 ss., ricorda la dicotomia, muovendo dalla medesima stagione di contenzioso sulle cassette di sicurezza, pure analiticamente riportato.

¹⁴ Cass., 12 maggio 1992, n. 5617, in *Foro it.*, 1993, I, c. 878; Cass., sez. un., 1 luglio 1994, n. 6226, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 1994.

¹⁵ Le più rilevanti sono Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Assicurazione (contratto)», n. 94; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Giur. it.*, 2014, p. 803; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, p. 667.

¹⁶ La sentenza (Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *IlCaso.it*) era stata poi confermata dalla successiva sentenza, sempre a Sezioni Unite, del 2 dicembre dello stesso anno, (Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Nuova giur. civ. comm.*,

22437/2018¹⁷) – attiene alla conformazione dell’oggetto del contratto in senso derogativo e riduttivo dell’art. 1917, comma 1, c.c. Tali clausole, come è noto, configurano l’assicurazione della responsabilità civile in modo che – per usare le parole delle Sezioni Unite della Cassazione nella decisione del 6 maggio 2016, n. 9140 – «la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza [...] laddove, secondo lo schema denominato “*loss occurrence*” o “insorgenza del danno”, la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto».

Le clausole *claims made*, dunque, derogano all’art. 1917, comma 1, c.c. che – con disposizione che pure non è tra quelle dichiarate inderogabili in danno dell’assicurato dall’art. 1932 c.c. – così descrive l’oggetto del contratto: «l’assicuratore è obbligato a tenere indenne l’assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione, deve pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto».

Dopo una serie di decisioni a Sezioni semplici, la Suprema Corte si è pronunciata una prima volta a Sezioni Unite, con la sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016, con un intervento non decisivo dal punto di vista della nomofilachia, perché fu ritenuto che la questione della validità delle clausole *claims made* dovesse essere risolta in punto di “meritevolezza in concreto” del patto, come previsto dall’art. 1322, comma 2, c.c., con valutazione demandata, come tale, al giudice di merito, pur prospettando, con *obiter*, la non manifesta immeritevolezza delle *claims made* “estensive” della copertura rispetto al passato (c.d. “pure”) e la dubbia meritevolezza delle clausole c.d. impure e segnalando che il regime *claims made* induce un’asimmetria qualitativa tra il rischio per cui il professionista deve coprirsi (anche a beneficio del terzo potenzialmente

2017, p. 619) in cui la Corte aveva ritenuto «doveroso assicurare continuità» al richiamo precedente di qualche mese prima (Cass., Sez. un., 9140/2016), non innovando, dunque, i termini della questione giuridica.

¹⁷ Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Giur. it.*, 2019, p. 27 ss.

danneggiato) e quello trasferito all'assicuratore, potendo causare pericolosi "buchi di copertura".

A tale sentenza ha fatto seguito, nel 2017, un'ulteriore decisione a Sezione semplice, la Terza (Cass., 28 aprile 2017, n. 10506)¹⁸, che, pur dichiarando di voler seguire il precedente insegnamento delle Sezioni Unite, non rinunciò a dare indicazioni di massima al giudice di merito nel senso della non meritevolezza del contratto *ex art. 1322*, comma 2, c.c.

Con la successiva decisione n. 22437 del 24 settembre 2018, le Sezioni Unite – pur senza indicare un chiaro ed univoco principio di diritto – sono poi passate da una considerazione del contratto *claims made* come "atipico" e dunque soggetto al controllo di meritevolezza *ex art. 1322*, comma 2, c.c., ad una qualificazione dello stesso come contratto che resta pur sempre tipico¹⁹, ma la cui validità va accertata alla stregua del primo comma dell'art. 1322 cit., valutando cioè se, in concreto, esso rispetti, o meno, i "limiti imposti dalla legge" ivi richiamati.

3.3. La Cassazione sull'estensione dell'indennizzo assicurativo nel caso di assicurazione di un solo corresponsabile civile.

Ancora, la prassi mostra il frequente utilizzo, nei modelli di assicurazione della responsabilità civile professionale, di clausole di limitazione dell'indennizzo alla sola quota interna di corresponsabilità, in caso di debito solidale risarcitorio. E la clausola compare anche in casi in cui l'assicurato necessariamente, per la tipologia di attività svolta, agisce

¹⁸ In *Contr.*, 2017, p. 383, con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, e in *Foro it.*, 2017, I, c. 1927, con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*.

¹⁹ Cfr. par. 14.4. motiv.: «l'ambito delineato risulta allora consentaneo ad una deroga convenzionale, abilitata dall'art. 1932 c.c., alla disciplina del modello di assicurazione della responsabilità civile (o sotto-tipo) di cui al primo comma dell'art. 1917 c.c., senza che ciò comporti una deviazione strutturale della fattispecie negoziale tale da estraniarla dal tipo, nel contesto del più ampio *genus* dell'assicurazione contro i danni (art. 1904 c.c.), della cui causa indennitaria la clausola *claims made* è pienamente partecipe».

con altri soggetti e dunque l'evenienza di un sinistro connotato da corresponsabilità costituisce la regola: si pensi al caso di più professionisti associati, anche di diversi ambiti e competenze professionali²⁰. E proprio qualche anno or sono si è consolidato un condivisibile orientamento di legittimità sull'ambito della copertura dell'assicurazione della responsabilità civile professionale, in caso di concorso dell'assicurato con altri corresponsabili non assicurati.

I casi decisi nel 2012 – si tratta di Cass., n. 8686/2012²¹ e Cass., n. 20322/2012²² – riguardavano entrambi incidenti sul lavoro nei quali il

²⁰ Ad esempio, in un contratto di assicurazione della responsabilità civile professionale a favore di studio associato multi professionale, si legge una clausola intitolata "Responsabilità in solido-Esclusione", che dispone: «L'assicurazione è limitata alla sola quota di responsabilità diretta dell'assicurato con esclusione di qualsiasi responsabilità derivantegli in via di solidarietà».

²¹ Cass., Sez. lavoro, 31 maggio 2012, n. 8686, in *DeJure.it*, che ha enunciato il seguente principio di diritto: «Nell'assicurazione della responsabilità civile, nel caso in cui l'assicurato sia responsabile in solido con un altro soggetto, l'obbligo indennitario dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato non è riferibile alla sola quota di responsabilità dell'assicurato operante ai fini della ripartizione della responsabilità tra i condebitori solidali, ma si estende potenzialmente a tutto quanto l'assicurato deve pagare al terzo danneggiato nei limiti del massimale».

²² Cass., 20 novembre 2012, n. 20322, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 1318, che reca il seguente principio di diritto: «In tema di assicurazione della responsabilità civile, nel caso in cui l'assicurato sia responsabile in solido con altro soggetto, l'obbligo indennitario dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato, nei limiti del massimale, non è riferibile alla sola quota di responsabilità dell'assicurato, operante ai fini della ripartizione della responsabilità tra i condebitori solidali, ma concerne l'intera obbligazione dell'assicurato nei confronti del terzo danneggiato, ivi compresa quella relativa alle spese processuali cui l'assicurato, in solido con il coobbligato, venga condannato in favore del danneggiato vittorioso, solo in tal modo risultando attuata - attraverso la conformazione della garanzia sulla obbligazione dell'assicurato - la funzione del contratto di assicurazione della responsabilità civile di liberare il patrimonio dell'assicurato dall'obbligazione di risarcimento, ferma restando la surroga dell'assicuratore, ex art. 1203 cod. civ., n. 3, nel diritto di regresso dell'assicurato nei confronti del corresponsabile, coobbligato solidale».

risarcimento al lavoratore infortunato venne posto a carico di due corresponsabili, obbligati in solido *ex art. 2055 c.c.* con altri danneggianti coperti da polizza²³.

Sul rilievo che in ipotesi di responsabilità risarcitoria la regola è quella della solidarietà, la Cassazione ha dunque ritenuto che una limitazione della copertura assicurativa alla sola quota interna di debito solidale, come ritenuto dalle sentenze di merito poi annullate, avrebbe privato il contratto della sua stessa utilità – e della sua stessa causa – derogando inammissibilmente allo stesso art. 1917, comma 1, c.c. (la stessa norma con la quale anche l'orientamento sopra riportato in tema di *claims made* si confronta).

La successiva e più analitica, tra le due sentenze del 2012, che dichiaratamente confermava la precedente approfondendone le motivazioni, così argomentava: «Quanto al profilo centrale della questione all'attenzione della Corte, ritiene il Collegio che l'estensione dell'obbligo indennitario dell'assicuratore all'intero importo dell'obbligazione solidale dell'assicurato derivi direttamente dalla funzione del contratto di assicurazione, come oggettivata nella lettera dell'art. 1917 c.c. Il contratto di assicurazione della responsabilità civile, nell'ambito delle assicurazioni contro il danno al patrimonio, svolge la funzione di liberare il patrimonio dell'assicurato dall'obbligazione di risarcimento; con la conseguenza che l'assicuratore risponde delle somme che l'assicurato è tenuto a corrispondere, quale responsabile ai sensi di legge, al terzo per i danni arrecati. Per assolvere a tale funzione la prestazione di garanzia dell'assicuratore dedotta nel contratto non può non essere conformata dall'obbligazione stessa dell'assicurato che, nel caso di risarcimento da

²³ Dalla prima sentenza – Cass., sez. lav., 31 maggio 2012, n. 8686, cit. – si evince che per l'infortunio sul lavoro occorso furono ritenuti corresponsabili l'appaltatore/datore di lavoro e il committente (assicurato che aveva chiamato in manleva la compagnia assicuratrice), titolare dello stabilimento ove il dipendente dell'appaltatore stava lavorando; dalla seconda sentenza – Cass., 20 novembre 2012, n. 20322, cit. – il fatto emerge con minor dettaglio ma parrebbe analogo (si riferisce di un sinistro avvenuto in un cantiere edile, e della corresponsabilità di due concorrenti, uno dei quali assicurato).

illecito imputabile a più persone, è solidale (art. 2055, comma 1, c.c.). La copertura assicurativa non può che riferirsi alla obbligazione assicurata, venendo meno, altrimenti, la stessa causa del contratto di assicurazione, restando l'assicurato privo di tutela per la quota di responsabilità a carico del condebitore solidale, cui è tenuto per legge, sia per l'anticipo sia per il caso in cui il condebitore sia insolubile o di difficile solvibilità»²⁴.

Non mi risulta che la Suprema Corte si sia ad oggi occupata di contratti contenenti una clausola *ad hoc*, come quella della polizza riprodotta in nota, di limitazione dell'indennizzo alla sola quota interna di responsabilità ma, seguendo l'orientamento appena riferito, essa dovrebbe ritenersi comunque inidonea a derogare efficacemente l'art. 1917, comma 1, c.c. E l'argomento che si trae da tale orientamento potrebbe verosimilmente incidere anche sul dibattito in ordine alla discussa validità delle clausole *claims made*.

3.4. La nullità delle fideiussioni omnibus su modelli frutto di intese anticoncorrenziali.

Anche il quarto caso, quello trattato dalla decisione della Cassazione n. 29810/2017 (poi seguita dalla conforme Cass., n. 13846/2019²⁵), appartiene al capitolo della determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto: tuttavia, trattandosi di contratto di fideiussione – di solito concluso *ex art.* 1333 c.c. quale contratto con obbligazioni del solo proponente ma sulla base di un modulo di proposta predisposto dalla banca – la determinazione dell'oggetto del contratto fatta unilateralmente non è

²⁴ Cass., 20 novembre 2012, n. 20322, cit., che aggiunge: «la sola prestazione dell'assicuratore in grado di realizzare la funzione del contratto di assicurazione di responsabilità civile è proprio quella di liberare il patrimonio dell'assicurato dall'obbligazione di risarcimento. Non si tratta, quindi, di ampliamento della copertura assicurativa a favore della parte creditrice (assicurato) e a svantaggio della parte debitrice (assicuratore) – come sostiene la società controricorrente – ma di consentire la realizzazione della ragione propria per cui un contratto di assicurazione della responsabilità civile viene stipulato tra le parti».

²⁵ v. *retro* nota 11.

“riduttiva” di esso, ma risulta di segno opposto, e cioè “estensiva” delle obbligazioni tipiche del garante (che appare come proponente, ma si trova nella sostanziale posizione di “aderente” al modulo dal predisposto garantito)²⁶.

Quest’ultimo caso mostra poi un profilo di particolare interesse sistematico, perché le norme in tema di fideiussione, derogate dalle clausole del modulo ABI censurato, non sono qualificate dal codice, in via espressa, come norme imperative: si tratta degli artt. 1941, 1939 e 1957 c.c. derogati dalle c.d. clausole ABI di “reviviscenza”, “sopravvivenza” e rinuncia ai termini per l’azione del creditore verso il debitore principale. E tuttavia la Cassazione ha ritenuto che la loro deroga cumulativa fosse abusiva e potesse inficiare la validità del contratto.

Il risultato, in quei casi, è stato che una deroga unilaterale a norme pur dispositive – ma descrittive del contenuto e plasmani la stessa natura del contratto tipico: si pensi agli artt. 1939 e 1941 c.c., che connotano di accessorietà l’obbligazione del fideiussore distinguendo il contratto da quello di “garanzia autonoma” – può portare alla nullità del contratto che sia stato in tal modo “snaturato”.

Le peculiarità del caso delle “fideiussioni *omnibus*” ABI hanno semplificato il raggiungimento di tale risultato.

²⁶ Le clausole censurate (già nel provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d’Italia), contenute nei moduli di fideiussioni predisposti dalle banche per obbligazioni anche future (c.d. fideiussioni *omnibus*) seguendo lo schema di contratto predisposto dall’ABI, sono quelle che hanno il seguente contenuto materiale: 1) «il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo» (deroga alla disciplina fallimentare e all’art. 1941 c.c.); 2) «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate» (deroga all’art. 1939 c.c.); 3) «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall’art. 1957 cod. civ., che si intende derogato» (deroga all’art. 1957 c.c.).

Anzitutto, la Corte ha osservato che «Il fondamento sostanziale della contrarietà di alcune clausole tipiche alle norme imperative non è propriamente oggetto di discussione tra le parti, che non contestano il contenuto della pronuncia dell’Autorità indipendente» e dunque tale punto era pacifico e non abbisognava di un apparato argomentativo. In secondo luogo, sembra comunque potersi leggere una motivazione sintetica nel senso che la deroga a tali norme pur dispositive (o “non espressamente dichiarate imperative”), per le modalità con cui fu fatta – e cioè con una “intesa vietata” – ha costituito di per sé e per tale motivo violazione di una norma imperativa (quale è l’art. 2 della legge antitrust)²⁷.

Nel caso concreto, dunque, la dichiarazione di nullità del contratto conseguente alla deroga unilaterale di norme codicistiche dispositive si è giovata del medio logico della concertazione delle condizioni generali di contratto in sede di intesa vietata dall’art. 2 della l. n. 287 del 1990 (norma indiscutibilmente imperativa).

4. Clausole di determinazione dell’oggetto v. clausole di limitazione della responsabilità.

In modo tralatizio si distingue – implicitamente muovendo ancora dal precedente del 1976 in tema di cassette di sicurezza – tra “determinazione dell’oggetto” contrattuale, che sarebbe libera e senza limiti, e “limitazione di responsabilità”, che invece sarebbe soggetta al controllo dell’art. 1229 c.c. Ma si tratta di conclusioni, da un lato, semplicistiche e, dall’altro, inaccettabili, perché inette a regolare prassi negoziali che, come testimonia la sintetica rassegna che precede, hanno rilevantissime conseguenze empiriche e sistematiche.

²⁷ Si legge, infatti, nella motivazione Cass., ord., 12 dicembre 2017, n. 29810, cit. che «qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell’accertamento della violazione dell’art. 2 della legge antitrust. E si è visto che, nella specie, tali accertamenti sono stati svolti dall’Autorità indipendente in sede amministrativa e che essi hanno formato oggetto di prescrizione per la loro rimozione».

Impostato su tale risalente dicotomia, il problema è, infatti, mal posto e viziato da un errore di prospettiva.

La mancanza di disciplina esplicita in punto di limiti dell'autonomia privata nella determinazione dell'oggetto non è, infatti, frutto di una consapevole scelta del codice nel senso dell'indiscriminata insindacabilità di tali clausole: al contrario, tale pretesa maggiore apertura è mera conseguenza della "topografia" codicistica.

Il confronto, nelle prospettazioni originate dagli *obiter dicta* degli anni '70 sopra richiamati, è fatto tra una norma – l'art. 1229 c.c., contenuto nel Titolo primo (del Libro quarto), dedicato alle obbligazioni – e l'assenza di un'omologa disciplina nella parte generale sul contratto (Titolo secondo), riguardante l'oggetto del contratto.

Tale constatazione non mi pare tuttavia significativa.

La previsione, espressa dall'art. 1229 c.c., di limiti per le clausole di limitazione o esonero da responsabilità consegue all'approccio codicistico, che le considera come clausole volte ad incidere sull'obbligazione di una parte (isolatamente considerata), prescindendo dalla fonte, che normalmente è contrattuale, della obbligazione stessa.

L'angolo visuale è dunque quello della restrizione pattizia della prestazione obbligatoria (o dell'esclusione della stessa obbligazione) a vantaggio o liberazione del potenziale debitore: il presupposto inespresso dell'art. 1229 c.c. è che si tratti di clausole verosimilmente predisposte in modo unilaterale, con una genesi analoga a quelle considerate negli artt. 1341 e 1342 c.c. (che, infatti, le menzionano).

Quanto alla determinazione dell'oggetto del contratto, invece, il legislatore non ne ha dettata una disciplina limitativa espressa perché tale elemento è abbracciato, nella impostazione codicistica, dall'accordo delle parti (di cui all'art. 1325, n. 1, c.c. e su cui ruota la definizione dell'art. 1321 c.c.).

Inoltre, l'oggetto disciplinato dagli artt. 1346-1349 c.c. è di regola verosimilmente la cosa contrattata, è l'oggetto materiale destinatario degli effetti dispositivi del negozio; è, per dirla con la dottrina monografica

più recente, il «termine esterno alla struttura del contratto»²⁸: in parole più povere, è il bene della vita che le parti intendono procurarsi con il contratto.

È dunque comprensibile che il legislatore nulla abbia previsto in punto di limiti, perché “determinare” l’oggetto (materiale) del contratto significa stabilire ciò di cui le parti hanno bisogno e che intendono procurarsi con il contratto. Ed era tanto radicata l’implicita considerazione che nessuna disciplina limitativa della determinazione dell’oggetto sarebbe stata necessaria, proprio perché risultato di una negoziazione tra le parti, che il legislatore ne ha previsto limiti, con l’art. 1349 c.c., solo per l’eccezionale ipotesi che la determinazione dell’oggetto sia rimessa ad un terzo, non contemplando neppure la possibilità che l’oggetto fosse determinato unilateralmente²⁹.

²⁸ GABRIELLI, *L’oggetto del contratto*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Schlesinger, Milano, 2001, p. 28 ss. e nello stesso senso, IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 802.

²⁹ L’art. 1349 c.c. disciplina tuttavia un fenomeno diverso, da quello qui in esame, sotto due profili: *ivi* 1) la determinazione dell’oggetto è successiva alla conclusione del contratto; 2) è affidata ad un terzo e non ad una parte. Si discute se sia possibile, ed in che limiti, la determinazione unilaterale (e successiva) dell’oggetto del contratto ad opera di una delle parti: è il tema dell’arbitraggio della parte, appunto. Esso ha trovato risalenti aperture (cfr. CARRESI, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1987, p. 235, che lo consentiva, purché compiuto secondo equo apprezzamento) e, più di recente, la tesi dell’ammissibilità ha potuto trovare spazi argomentativi nella legislazione, seppur di settore, che ha consentito uno *jus variandi* unilaterale alla banca o la previsione, nei contratti dei consumatori, di una clausola che consenta tale potere di modifica unilaterale purché subordinato ad un giustificato motivo. L’attenzione anche monografica al tema è testimoniata dalle coeve monografie di BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, 2005 e di FICI, *Il contratto “incompleto”*, Torino, 2005. La dottrina più recente ne attesta ormai la possibilità – anche ricordando il dato comparatistico e le c.d. fonti persuasive, quali i PECL – approvando il richiamo del canone di buona fede per il controllo a posteriori dell’arbitraggio della parte (GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 822).

Quando, invece, la determinazione dell'oggetto è frutto di predisposizione unilaterale ed incide sul contenuto "giuridico" (ovvero sullo statuto "giuridico"³⁰ dell'oggetto materiale) del contratto, un problema di controllo dell'autonomia privata risorge prepotentemente – come è testimoniato dalla prassi – e non può dirsi escluso dal qui contestato approccio che, nell'assenza di una disciplina codicistica espressa per la determinazione dell'oggetto, vedeva una generica facoltà liceizzante per il predisponente.

5. *Le tecniche di controllo del fenomeno. I "limiti imposti dalla legge", di cui al primo comma dell'art. 1322 cod. civ.*

Le tecniche di controllo di tale fenomeno vanno ricercate nel sistema e possono essere molteplici, perché non vi è una disciplina espressa nella parte generale del codice.

In passato, in concomitanza con l'attualità giurisprudenziale del contenzioso sulle cassette di sicurezza, si era prospettata un'illiceità delle clausole che, pur determinative dell'oggetto, limitassero essenziali diritti ed obblighi derivanti dalla "natura" del contratto, così da compromettere la realizzazione del suo scopo tipico³¹; ovvero, si era indicato l'abuso del tipo contrattuale descritto dall'art. 1839 c.c. (peraltro con norma non dichiaratamente imperativa) quale ostacolo a clausole che

³⁰ Si pensi al regime giuridico della prestazione caratterizzante, specie se essa è "ontologicamente" giuridica, come nel caso della garanzia prestata dal fideiussore o della copertura del rischio da parte dell'assicuratore.

³¹ BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 140. Di «vanificazione concreta delle finalità perseguite dall'utente» parlava, in relazione al risalente dibattito sul contratto di cassette di sicurezza, MARICONDA, *Cassette di sicurezza: ancora sulla clausola n.2 delle norme bancarie uniformi*, in *Corr. giur.*, 1988, p. 499 – tuttavia scettico sull'utilizzo del concetto di abuso del tipo in relazione all'art. 1322 c.c. - per prospettare un'incompatibilità della clausola con l'ordine pubblico, con conseguente nullità, ex art. 1343 c.c. dell'intero (art. 1419, comma 1, c.c.) contratto, ed una tutela (ex art. 1718 c.c. applicato per analogia) dell'utente, pur a fronte del contratto nullo, con attribuzione alla banca, ex art. 2041 c.c. di adeguato ristoro per il servizio comunque reso.

fissassero un limite irrisorio di valore di beni inseribili nella cassetta di sicurezza, in tal modo addirittura privando di causa il contratto³².

La stessa Cassazione a Sezioni Unite, con la più recente sentenza del 24 settembre 2018, n. 22437, sul più attuale tema delle clausole *claims made*, ha proposto come “principio di diritto” quello che appare piuttosto un amplissimo catalogo dei rimedi cui può aspirare l’aderente al contratto³³. Tuttavia un’indicazione contenuta in tale sentenza sulle *claims made* mi pare meriti particolare attenzione.

³² CASTRONOVO, *La responsabilità da cassette di sicurezza*, in Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 493. Negli anni Settanta parte della dottrina aveva stigmatizzato la deroga sistematica al diritto dispositivo, ritenuta contraria al principio di buona fede, ricostruibile in dettaglio con riguardo al diritto dispositivo: in questo senso era la proposta di di Majo formulata nel 1969 alla tavola rotonda tenutasi presso l’Università di Catania (DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1976, p. 65 ss.), che si muoveva – come notava DE NOVA (*Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 158, nt. 88) nel solco della giurisprudenza tedesca che consentiva una deroga al diritto dispositivo nelle condizioni generali solo in presenza di ragioni obiettive.

³³ La sentenza n. 22437 del 24 settembre 2018 delle Sezioni Unite reca il seguente principio di diritto: «Il modello dell’assicurazione della responsabilità civile con clausole “*on claims made basis*”, che è volto ad indennizzare il rischio dell’impoverimento del patrimonio dell’assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell’assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell’art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all’assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell’art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell’attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con formazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell’adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)».

Le Sezioni Unite, come anticipato sopra, hanno, infatti, demandato al giudice di rinvio di effettuare «il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello *claims made*, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo [...]».

Viene così, da un lato, confermato che il problema è quello del controllo della determinazione del "contenuto" del contratto tipico e, dall'altro, viene indicato che esso trova considerazione nel *primo comma* dell'art. 1322 cod. civ.

La dottrina tradizionalmente non ha assegnato una concreta portata precettiva al primo comma dell'art. 1322 c.c.³⁴, limitandosi ad inquadrarlo tra le norme di sistema, e negli anni Settanta del secolo scorso la civilistica si preoccupava prevalentemente di funzionalizzare la autonomia privata al dato costituzionale, rendendola compatibile con più generali istanze di politica del diritto³⁵.

L'art. 1322, comma 1, c.c. è invece oggi chiamato dalle Sezioni Unite ad un ruolo applicativo concreto.

Esso, col menzionare la "determinazione del contenuto" del contratto ad opera delle parti, pare idoneo a consentire di edificare una, seppur

³⁴ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 36 ss. che svolge un discorso unitario sulla autonomia privata ed il suo riconoscimento, riferendo del dibattito sul significato del termine "contenuto" del contratto, in allora oggetto di studio di dogmatico (emblematica la monografia di CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966); MIRABELLI, *Dei contratti in generale*³, in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, p. 27 ss., che non assegna alcun ruolo partito ai due commi dell'art. 1322 c.c. salvo (p. 31) riferire il primo comma al controllo della liceità del contratto tipico e il secondo comma al controllo non solo della liceità ma anche della rilevanza sociale per i contratti atipici. Più di recente, un'attenzione ai limiti di cui al primo comma dell'art. 1322 c.c., non riferiti esclusivamente alle norme imperative, si legge in BRECCIA, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, *sub art.* 1322, pp. 122-123.

³⁵ Cfr. le monografie di NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974 e di LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.

embrionale, disciplina della determinazione unilaterale del contenuto del contratto, colmando quella lacuna cui fa da contrappunto l'espressa disciplina della limitazione convenzionale di responsabilità (art. 1229 c.c.). E mi pare che alla disciplina della "prestazione caratterizzante" il tipo evocato dal predisponente – ancorché non sia dichiarata inderogabile – possa e debba guardarsi per concretare, nel caso di contrattazione *standard*, quei limiti imposti dalla legge per i contratti tipici, cui fa riferimento all'art. 1322, comma 1, c.c.

6. Il diritto dispositivo che connota il tipo contrattuale e la sua funzione di controllo e limite nei contratti standard.

È allora tempo di riprendere le fila del discorso³⁶, attualizzandolo ed approfondendolo.

Come è noto, la disciplina del tipo contrattuale è assai spesso costituita da norme di natura dispositiva. Ma tale natura esse hanno esclusivamente: *i)* se sono singolarmente considerate, cioè se non si è in presenza di una deroga che snaturi l'oggetto del contratto e *ii)* soprattutto, finché sono oggetto di negoziazione derogativa bilaterale.

Entrambe le condizioni non ricorrono nei casi sopra riferiti, e che ho indicato come espressivi di una determinazione unilaterale dell'oggetto – o contenuto essenziale – del contratto.

³⁶ Alla fine degli anni Novanta, proprio affrontando il tema della determinazione unilaterale dell'oggetto del contratto, mi era parso (cfr. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *Contr.*, 1997, p. 255 ss.) che il fenomeno da sottoporre a controllo potesse indicarsi come quello dell'evocazione (con il *nomen* o con altri contrassegni), da parte del predisponente, di un tipo contrattuale e del suo contemporaneo svuotamento di contenuto in senso sfavorevole all'aderente: un problema, dunque, di creazione di affidamento e di sua consapevole delusione (abusiva, perché contraria al precetto di buona fede). Ed avevo avanzato la proposta di rinvenire nel tipo contrattuale, e negli artt. 1322, comma 1, 1418 e 1419 c.c. gli strumenti di governo giudiziale del fenomeno, con nullità per deroga unilaterale e massiva del diritto pur dispositivo. In tal caso, infatti, il contratto non diviene "atipico", ma resta un contratto tipico, il cui contenuto deve valutarsi alla stregua dell'art. 1322, comma 1, c.c.

Va aggiunto che, nella maggior parte dei tipi, l'oggetto del contratto è descritto e considerato, in parte speciale, avendo riguardo alla prestazione caratterizzante. Se si tratta, come di regola avviene, della prestazione del predisponente, il tema in esame si declina allora in quello della restrizione unilaterale dell'oggetto dell'obbligazione di questi. Ma può darsi anche il caso reciproco, in cui il predisponente in via unilaterale estenda, contro la disciplina del tipo, la prestazione dell'aderente (e ne aggravi lo statuto giuridico), come avviene nel caso delle fideiussioni *omnibus* predisposte su "modello ABI", ove è la prestazione del "fideiussore" ad essere "snaturata" fino a trasformarla in quella del garante "autonomo".

Come si è detto, l'autonomia riconosciuta dal primo comma dell'art. 1322 c.c. nella determinazione del contenuto del contratto ha come soggetti "le parti" al plurale, cui si attaglia l'avverbio "liberamente", che allude ad una negoziazione e non ad una predisposizione unilaterale. Solo entro questi limiti le parti possono derogare alle norme suppletive (o dispositive).

La dicotomia norme imperative/norme dispositive si nutre dell'antinomia tra interessi meta-individuali – quelli tutelati dalle norme imperative, inderogabili in via assoluta – e interessi delle parti, di cui esse restano le migliori interpreti e che trovano una disciplina – quella dispositiva, appunto – solo allorché esse non ne abbiano autoregolato gli aspetti, di rilievo meramente individuale³⁷.

Quando, dunque, non vi è una negoziazione bilaterale del contenuto del contratto difforme da norme dispositive, queste ultime non possono dirsi efficacemente derogate: in altri termini, le norme dispositive sono

³⁷ Ciò che, tra l'altro, costituisce un punto di vantaggio degli ordinamenti di *civil law*, consentendo alle parti anche la stipulazione di contratti sintetici, rispetto ai sistemi di *common law* ove, tendenzialmente, la mancanza di un corpo di norme suppletive impone la redazione di analitici e tendenzialmente esaustivi contratti, contenenti una disciplina autosufficiente e non etero-integrabile.

derogabili solo relativamente, cioè solo per via di contrattazione bilaterale, mentre restano efficaci di fronte alla predisposizione unilaterale difforme.

In tale proposta ricostruttiva, mi pare di essere in ottima compagnia.

Chi ha parlato, nella disciplina del B2C, del «profilarsi di una nullità per deroga abusiva al diritto dispositivo» ha, infatti, condivisibilmente concluso che «la derogabilità incondizionata del diritto dispositivo sussiste solo se la deroga è bilaterale (art. 1322 c.c.: “le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto [...]”)³⁸.

E la suggerita inefficacia della deroga al diritto dispositivo, quando risulti non già da una negoziazione bilaterale ma da una predisposizione unilaterale del professionista, potrebbe essere estesa, in via generalizzata, anche alla contrattazione per adesione del B2B³⁹: un argomento in

³⁸ D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in ID. e PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, pp. 222-223, che prosegue: «Quando invece – come avviene nel caso dei contratti stipulati mediante ricorso condizioni generali di contratto – la determinazione del contenuto contrattuale è (sostanzialmente) unilaterale, la deroga abilitata del diritto dispositivo cessa di essere incondizionata, e viene subordinata alla “condizione” (per esser precisi, si tratta di un elemento richiesto per la validità) che la deroga stessa non determini a sfavore del consumatore un significativo squilibrio (contrario buona fede) nella regolamentazione dei diritti degli obblighi che discendono dal contratto».

³⁹ In questo senso, operando una condivisibile interpretazione evolutiva dell'art. 1374 c.c., D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 244-245, che ricorda: «Un tempo [...] la deroga al diritto dispositivo sarebbe stata comunque valida ed efficace, come del resto essa va qualificata ancor oggi se proviene da entrambe le parti (ossia se le clausole di deroga risultano essere state oggetto di trattativa tra i contraenti). Non lo è più, invece, qualora si ponga come deroga unilaterale (ossia prevista da una parte, senza alcun negoziato sul punto con la controparte), e tramite essa il professionista tenti di squilibrare (a suo vantaggio, e a svantaggio del consumatore) il contratto» (p. 248). Il richiamo dell'art. 1374 c.c. pare opportuno perché il diritto dispositivo costituisce, in massima parte, attualizzazione normativa dell'equità contrattuale: clausola generale menzionata quale fonte integrativa proprio dall'art. 1374 c.c., le cui potenzialità applicative erano state indicate da una dottrina di avanguardia negli anni Settanta del secolo scorso, senza tuttavia poi avere dato luogo ad un significativo seguito giudiziario. Si era in allora

tal senso è stato rinvenuto nella disciplina di fonte europea sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, perché la Direttiva 2000/35/CE prevede una possibile nullità delle clausole di deroga abusiva alla disciplina (nazionale) sui termini di pagamento, che pur è di carattere dispositivo⁴⁰. L'argomento mi pare persuasivo: pur trattandosi di una norma relativa allo specifico tema del ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, essa disciplina un aspetto economicamente centrale della contrattazione B2B e lo disciplina in modo analogo a quanto fatto in via generalizzata per la contrattazione consumeristica, potendosi così ipotizzare una ricostituzione ad unità della disciplina della contrattazione per adesione, sia nel B2C che nel B2B.

7. La conferma, con il metodo della comparazione: Argentina e Francia.

Ulteriori conferme alla tesi qui sostenuta, della inderogabilità in via unilaterale – e cioè nella contrattazione *standard* – delle norme dispositive che attengono all'oggetto del contratto, vengono dalla comparazione con ordinamenti di *civil law*, vicini e lontani.

sostenuto che «se, in sostanza, l'equità tende a modellare il contenuto della regola secondo determinati parametri, non si vede perché uno di questi interventi non potrebbe essere diretto a eliminare dalla regola privata, mediante la comminazione dell'invalidità, quella parte di essa che non potrebbe continuare a sussistere senza determinare l'iniquità del regolamento contrattuale»: così GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 332, legittimandosi un impiego dell'equità «diretto a dichiarare l'invalidità di talune clausole eventualmente aggiunta dei privati alla fattispecie legale tipica o caratterizzanti la costruzione atipica» (p. 328) e giustificando la sanzione della nullità (parziale) con il rilievo che la invalidità sarebbe «prevista proprio da una norma imperativa e cioè dall'articolo 1374 cod. civ.» (p. 335). Più di recente, nel senso che la buona fede possa operare in funzione correttiva, RIZZO, *L'evoluzione dell'integrazione del contratto secondo buona fede ed equità*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, p. 468 ss.

⁴⁰ D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 250 ss., pur criticando l'improprio rinvio, fatto dal legislatore nazionale (art. 7, comma 1, ult. parte, d.lgs. 231/2002) agli articoli 1339 e 1419 c.c. anziché all'art. 1374 c.c.

Mi riferisco ai casi dell'Argentina, che ha ricodificato nel 2015, e della Francia, che nel medesimo anno ha iniziato il procedimento di revisione del *Code Civil*, conclusosi nel 2018.

7.1. *La riforma del codice civile francese, nel 2015-2018.*

Il sistema del diritto contrattuale argentino appartiene alla medesima matrice di quello italiano e, quanto all'attuale codice, ne è addirittura tributario, perché con la codificazione del 2015⁴¹ il legislatore argentino ha accolto la medesima opzione di fondo, di unificazione del diritto civile e commerciale, già seguita in Italia nel 1942.

Nel codice argentino del 2015 al contratto per adesione “*a cláusulas generales predispuestas*” è dedicata una disciplina organica, con un'intera sezione, composta dagli artt. 984-989.

La sezione, che contiene norme in tema di redazione chiara e comprensibile delle clausole⁴², di prevalenza delle clausole negoziate su

⁴¹ Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (CccArg/2014) – “Codigo Civil Y Comercial De La Nacion” – approvato con la l. n. 26994 del 1° ottobre 2014, è entrato in vigore il 1° agosto 2015. La scelta del nome del nuovo codice, che menziona entrambe le branche del diritto, «si potrebbe spiegare in relazione alla formula introdotta nella Costituzione argentina dalla riforma del 1994, con la quale si riconobbe espressamente al Congresso la prerogativa di emanare i Codici civile e commerciale “in testi unici o separati” (art. 75, comma 12), e con riferimento alla quale si era cercato di evitare eventuali questioni di incostituzionalità che sarebbero potute emergere nei confronti dell'unificazione delle legislazioni civile e commerciale in relazione al dettato dell'originario testo costituzionale, secondo cui spettava al Potere legislativo argentino emanare “un Codice civile” e “un Codice commerciale” separatamente (art. 67, 11° co.)» (ESBORRAZ, voce *Nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (circolazione del modello giuridico italiano nel)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2016, p. 567).

⁴² «Art. 985.- *Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares*».

quelle predisposte⁴³ e di interpretazione (*contra stipulatorem*)⁴⁴, si apre definendo così il fenomeno regolato: «Art. 984. - *Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción*».

Come risulta sia dalla collocazione della sezione, sia dal testo della norma, si prescinde dalla qualità soggettiva di consumatore dell'aderente, dettandosi una disciplina generale del controllo della predisposizione unilaterale del contratto, anche se concluso tra soggetti di eguale status, e dunque anche tra due professionisti.

Il cuore della disciplina, volta ad evitare uno squilibrio di tipo giuridico del contratto unilateralmente predisposto, sta nell'art. 988, rubricato “*Cláusulas abusivas*”, che prevede: «*En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles*»⁴⁵.

La norma è dunque chiara nell'espungere, con la metafora del “*tener por no escritas*”, le clausole unilateralmente predisposte che derogano

⁴³«Art. 986.- *Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de in-compatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas*».

⁴⁴«Art. 987.- *Interpretación. Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente*».

⁴⁵ Il controllo giudiziale non è poi impedito dall'eventuale approvazione in via amministrativa delle condizioni generali, ed ampio potere di integrazione è lasciato al giudice in caso di nullità parziale, secondo quanto disposto dall'art. 989: «*Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad*».

al diritto dispositivo (lett. b) o che “snaturano” le obbligazioni del predisponente (lett. a).

7.2. *La riforma del codice civile francese, nel 2015-2018.*

Analoga metafora è usata, all’art. 1170, dal *Code Civil* francese, il cui procedimento di revisione ha mosso dalla *Loi* 2015-177, per giungere poi all’*Ordonnance* 2016-131 ed alla successiva *Loi* di ratifica 2018-287⁴⁶.

Il nuovo testo dell’art. 1170 dispone: «*Toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*».

La norma fa parte della (sotto)sezione dedicata al contenuto del contratto in generale, senza riferimento specifico alla contrattazione *standard*, ma sarà verosimilmente quello il suo campo di elezione, consentendo il controllo della restrizione unilaterale della prestazione del predisponente.

Il successivo art. 1171 è invece specificamente limitato alla contrattazione per adesione, a fronte dell’inciso di apertura, inserito da ultimo nel procedimento di novellazione. Al comma 1 si prevede infatti: «*Dans un contrat d’adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l’avance par l’une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite*»⁴⁷.

⁴⁶ Cui ha fatto seguito la LOI n° 2018-287 del 20 aprile 2018 “*ratifiant l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*”.

⁴⁷ Il comma 2 dell’art. 1171, analogamente all’art. 34, comma 2, del nostro c. cons., precisa che «*L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation*». La norma francese è tuttavia più precisa di quella italiana, perché aggiunge l’attributo “principale” al sostantivo oggetto, così chiarendo che ci si riferisce al bene o alla prestazione scambiati con il contratto, e non al contenuto giuridico del contratto stesso o allo statuto giuridico della prestazione.

La norma riecheggia il precetto, di derivazione comunitaria, da noi recepito all'art. 33, comma 1, c. cons., ma lo estende ad ogni contrattazione *standard*, anche tra parti di eguale *status*⁴⁸.

8. *I tipi contrattuali in soccorso della parte generale.*

Anche l'esercizio di comparazione appena svolto, significativo per comunanza di matrice dei due ordinamenti esaminati, milita dunque nel senso della tesi qui proposta, secondo cui le norme dispositive, (in astratto) derogabili in una contrattazione bilaterale e paritetica divengono inderogabili (e cioè imperative) se oggetto di deroga unilaterale nella contrattazione per adesione – specie se descrivono il contenuto del contratto o ne plasmano la “natura”⁴⁹, o delineano la prestazione caratterizzante il tipo – perché tali norme integrano quei limiti di contenuto, di cui al primo comma dell'art. 1322 c.c., che sono valicabili solo con una “libera” determinazione delle parti (al plurale).

E, si può aggiungere, non vi sarà, tecnicamente, questione di nullità degli *standard terms* per (abusiva) deroga a norme dispositive, ma si potrà parlare, più direttamente, di inefficacia della deroga, perché per il contratto tipico non è contemplata una deroga “in via meramente unilaterale” a tali norme (pur dispositive).

La parte speciale del codice, dunque, giunge in soccorso alla parte generale e, in combinazione con l'art. 1322, comma 1, c.c., consente di completare la solo embrionale disciplina della contrattazione *standard*,

⁴⁸ Allorché il contratto è tipico, lo scostamento che può concretare lo squilibrio si misura, appunto, con il diritto (per lo più) dispositivo, di parte speciale (in questo senso, seppur con notazione *a contrario*, DE NOVA, *Le clause vessatorie*, Milano, 1996, p. 17: «Il riferimento al “significativo squilibrio” tra i diritti e gli obblighi delle parti presuppone che si conosca quale sia l'equilibrio. Il che non sarà sempre vero, soprattutto per i contratti non disciplinati dal legislatore»; e, per converso, muovendo dal Considerando n. 13 della Direttiva 93/13/CEE, rileva (p. 34) che non saranno vessatorie le clausole riproduttive di disposizioni di legge, anche suppletive.

⁴⁹ In altre parole, la causa di esso, nella accezione bettiana di “funzione economico sociale del contratto”.

FRANCESCO DELFINI

di cui agli artt. 1341-1342 c.c., segnando un nuovo punto di rilievo della dialettica, tra le due parti del codice, sintetizzata dall'art. 1323⁵⁰.

⁵⁰ Il diacronico sviluppo del ruolo assegnato e assegnabile all'art. 1323 c.c. è stato magistralmente fotografato, sul finire degli anni Ottanta, da DE NOVA nella relazione al Congresso di Venezia del 23- 26 giugno 1988, poi pubblicata col titolo *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 327 ss.

STEFANO DEPLANO
Professore associato di diritto privato
Università Luigi Vanvitelli

DIGNITÀ DELLA PERSONA E STATI INTERSESSUALI

SOMMARIO: 1. Stati intersessuali. Delimitazione del tema di indagine. – 2. Posizione sistematica dalla questione e rilievo ermeneutico della *soft law* sovranazionale ed europea. – 3. Personalismo e stati intersessuali nella giurisprudenza costituzionale europea. La Risoluzione 14 febbraio 2019, n. 2878 del Parlamento europeo e i suoi riflessi sul sistema ordinamentale italo-europeo. – 4. Specificazione dei profili di indagine. Loro rilievo assiologico entro un sistema unitario e complesso. – 5. Gli interventi di “normalizzazione” genitale. Considerazioni in merito alla competenza del legislatore interno nel vietare tali trattamenti sanitari. – 6. *Segue*. Illiceità del trattamento sanitario, ruolo del medico e responsabilità da lesione del diritto all’autodeterminazione terapeutica del minore intersessuale. – 7. Responsabilità genitoriale in ambito sanitario e funzionalizzazione al *best interest* del minore. – 8. Esercizio controfunzionale della responsabilità genitoriale e rimedi conseguenti. – 9. Ordinamento dello stato civile e identità di genere della persona intersessuale. – 10. Osservazioni conclusive.

1. *Stati intersessuali. Delimitazione del tema di indagine.*

Intersessualità è una nozione generica che descrive le variazioni fisiche riguardanti elementi del corpo considerati “sessuati” (cromosomi, *marker* genetici, gonadi, ormoni, organi riproduttivi) e l’aspetto somatico di una persona, in particolare i caratteri sessuali c.dd. secondari¹.

Si tratta di un fenomeno variamente denominato ma noto da tempo immemorabile²: sostituendosi al termine «ermafroditismo»³ – reputato

¹ WARNE e RAZA, *Disorders of sex development (DSDs), their presentation and management in different cultures*, in *Rev. Endocrine & Metabolic Disorders*, 2008, pp. 227-236.

² TURCHI, *Considerazioni attuali circa una questione antica: gli “eunuchi”, tra storia e diritto*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 303 dà atto che la prima evidenza conosciuta di questa situazione è una rappresentazione iconografica egiziana di oltre quattromila anni fa. Saggiunge che questo argomento è tale da porre «aspetti d’attualità inattesi ed imprevisti». Anche il Digesto (D. I, 5, 10) contiene una chiosa di Ulpiano a commento della compilazione *De statu hominum* la quale testimonia che già nel III sec. d.C. i giurisperiti si interrogavano sul sesso anagrafico da attribuire ad un neonato con un corpo ambiguo. I dotti medievali, del pari, erano discordi in merito all’identificazione della *regula* da adottare per stabilire il sesso di una persona qualora questo non fosse immediatamente percepibile, sul punto MARCHETTI, *L’invenzione della bisessualità. Discussioni tra teologi, medici e giuristi del XVII secolo sull’ambiguità dei corpi e delle anime*, Milano, 2001, pp. 17-22.

eccessivamente restrittivo per comprendere interamente la categoria – il lemma «intersessualità»⁴ è stato progressivamente condiviso in ambito medico a partire dall'inizio del secolo scorso per indicare anomalie degli organi sessuali che impediscono di attribuire in maniera certa ed univoca ad un essere vivente il sesso maschile ovvero femminile.

Il progressivo affinamento delle ricerche biologiche e mediche ha di recente condotto ad affiancare alla nozione di «intersessualità» quella, omologa, di D.S.D. o «disordine/differenziazione dello sviluppo sessuale»⁵ ad indicare «le condizioni congenite nelle quali lo sviluppo del sesso cromosomico, gonadico e anatomico è atipico»⁶. Dal punto di vista medico⁷, questa condizione è prevalentemente inquadrata (anche se la tesi è tutt'altro che pacifica) come anomalia o malattia⁸ in particolare di tipo cromosomico o genetico⁹. Sul piano biologico, di riflesso, le menzionate acquisizioni hanno condotto a ritenere che la definizione di «sesso» non si presti più ad essere collocata soltanto sul piano di un'indagine dei caratteri fenotipici ma imponga, per contro, un esame ben più composito ed articolato. Qualora da tale valutazione emerga un risultato (non conforme alla maggioranza dei casi, ovvero) atipico è corretto ritenere che la persona in questione sia intersessuale (cioè caratterizzata da D.S.D., ovvero disordine/differenziazione dello sviluppo sessuale)¹⁰.

³ FEDER e KARKAZIS, *What's in a Name? The Controversy of "Disorder of Sex Development"*, in *Hastings Center Rep.*, 2008, p. 5.

⁴ Il primo ad adoperare questo termine in relazione ad esseri viventi (non umani) che presentavano delle caratteristiche sia maschili che femminili fu GOLDSCHMIDT, *Intersexuality and the endocrine aspect of sex*, in *Endocrinology*, 1917, p. 433 ss.

⁵ LEE, HOUK, S.F. AHMED e HUGHES, *Consensus Statement on Management of Intersex Disorders: International Consensus Conference on Intersex*, in *Pediatrics*, 2006, pp. 488-500.

⁶ In relazione alle critiche portate all'utilizzo di tale nozione, reputata suscettiva di dare corpo alla (contestata) patologizzazione del fenomeno in esame v. ACIEN e ACIEN, *Disorders of Sex Development: Classification, Review and Impact on Fertility*, in *J. clinical medicine*, 2020, p. 1 ove si dà conto della diversa accezione dello stesso concetto: «differenze dello sviluppo sessuale».

Nel prosieguo del testo verranno utilizzati i concetti sia di intersessualità sia di disturbo/differenziazione dello sviluppo sessuale, in quanto conferenti, senza, con ciò, voler in alcun modo prendere posizione sulla patologizzazione della condizione in esame.

⁷ CALLAHAN, *Between XX and XY. Intersexuality and myth of two sexes*, Chicago, 2009, *passim*. Precisa LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw J.*, 2015, p. 111, spec. nota 7, che il feto si differenzia in maschile o femminile a séguito dell'azione degli ormoni sessuali e di specifici determinanti codificati nei cromosomi. L'intersessualità si verifica in caso di non regolarità e di disarmonia degli organi sessuali rispetto a quanto generalmente atteso dell'evoluzione (del feto prima e del corpo poi).

⁸ HESTER, *Intersex and the rhetorics of healing*, in System (ed.), *Ethics and Intersex*, Dordrecht, 2006, p. 47.

⁹ GREENBERG, *Intersexuality and the Law. Why sex matters*, New York, 2012, p. 85 ss.

¹⁰ Tra le forme di intersessualità (*lato sensu* intesa) più comuni si ricordano: la sindrome di Turner, la sindrome di Klinefelter, l'iperplasia surrenalica congenita, la sindrome da insensibilità agli androgeni, la sindrome di Rokitansky, il *deficit* di 17

Questo argomento ed i profili connessi meritano di essere indagati sul piano dei rapporti di diritto civile in una luce nuova, che tenga conto dei più recenti approdi scientifici¹¹ e, al pari, del valore giuridico da tributare alla persona umana nel vigente sistema ordinamentale¹².

La natura articolata del fenomeno impone, in via preliminare, una serie di precisazioni.

L'intersessualità, in primo luogo, è un aspetto oggettivo dell'identità sessuale¹³. Questo carattere la differenzia sia dall'orientamento sessuale (sintagma che definisce il profilo dell'attrazione romantica o affettiva) sia dal *transgenderismo* e dal transessualismo (condizioni caratterizzanti la persona la cui identità di genere non corrisponde al sesso assegnato alla nascita)¹⁴. Quello intersessuale è invece lo stato delle persone che «[hanno] dalla nascita caratteri di entrambi i sessi e non [possono] essere univocamente ascritte all'uno o all'altro sesso»¹⁵. Più nel dettaglio tale condizione non è sempre riscontrabile con certezza al momento del parto ma, talvolta,

beta-idrossisteroide, il deficit di 5 alfa-reduttasi, la disgenesia gonadica completa, la disgenesia gonadica mista o parziale, l'ipoplasia delle cellule di Leydig, l'ipertrofia clitoridea, l'ipospadia, il mosaicismismo cromosomico, l'ovotestis, v. FEDER, *Making sense of intersex. Changing Ethical Perspectives in Biomedicine*, Bloomington, 2014, p. 1 ss.

¹¹ BENNECKE, BERNSTEIN, LEE, VAN DE GRIFT, NORDENSKJÖLD, RAPP, SIMMONDS, STREULI, THYEN e WIESEMANN, *Early Genital Surgery in Disorders/Differences of Sex Development: Patients' Perspectives*, in *Archives Sexual Behavior*, 2021, p. 914 ss.

¹² Di sprone per il giurista appaiono a riguardo le considerazioni di FEMIA, *Segni di valore*, in *civilistica.com*, 2014, p. 4. Affermato che i valori non si collocano né all'interno né all'esterno del sistema ordinamentale, nota: «[l]'essere sempre altrove dei valori [...] ne determina la funzione di contestazione dell'esistente: non ci sarà mai un essere adeguato al dover essere, poiché quale che sia la realtà, sarà sempre possibile immaginare uno stato del mondo diverso, nel quale i valori incontrino una realizzazione maggiore». Da qui la necessità di analizzare criticamente la realtà alla ricerca di istanze (non necessariamente nuove, ma comunque) meritevoli che reclamano una particolare tutela.

¹³ Nello studio del transessualismo, ad es., l'attenzione degli interpreti è stata incentrata prevalentemente sulla «divergenza tra sesso accertato e quello a cui il soggetto sente di appartenere», ovvero sull'aspetto soggettivo dell'identità sessuale, v. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 339.

¹⁴ In termini v. GRISI, *Sesso e genere. Una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 265 s.: «È innegabile che esista un problema di definizione del perimetro dell'intersessualità, che non è squisitamente giuridico [...]. [Q]uando si è al cospetto di un individuo anatomicamente o biologicamente incerto, non riconducibile cioè nel classico modello "binario" abbinato ai corpi maschili e femminili, la bisessualità non c'entra, né il transessualismo che pure capita di vedere un po' frettolosamente tirato in ballo». V. anche, in termini, BILOTTA, *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., VIII, Torino, 2013, p. 737 ss.

¹⁵ PEZZINI, *La condizione intersessuale in Italia: ripensare le frontiere del corpo e del diritto*, in *Resp. med.*, 2017, p. 444.

può essere individuata soltanto successivamente, in particolare durante la pubertà¹⁶.

Se, in talune ipotesi, l'assegnazione di un sesso alla nascita si presenta problematica, ve ne sono solo altre in cui tale scelta non risulta proprio possibile, almeno a ragionare secondo uno schema binario. Non risulta punto praticabile, ad esempio, l'assegnazione del sesso a chi sia affetto da ermafroditismo, caso nel quale si riscontra la compresenza di tessuto sia ovarico sia testicolare. Il soggetto affetto da pseudoermafroditismo, analogamente, presenta un cariotipo tipico ma soffre di un grave problema endocrino¹⁷. Di conseguenza egli può presentare un corredo cromosomico di tipo 46,XY e genitali ambigui (o di tipo femminile) o, viceversa, di tipo 46,XX e genitali ambigui (o di tipo maschile). In questi soggetti, pertanto, l'aspetto degli organi sessuali risulta essere opposto rispetto al sesso cromosomico ed a quello gonadico¹⁸.

Queste prime notazioni sono sufficienti a comprendere l'assunto secondo il quale i corpi intersessuali «scombin[a]no le carte in tavola»¹⁹ imponendo al giurista un supplemento di analisi in merito alla disciplina dell'attribuzione del sesso in rapporto alla tutela della dignità della persona. Ai fini della presente indagine occorre identificare un criterio discretivo utile a selezionare i casi concreti che suscitano maggiori problemi ermeneutici²⁰: può proporsi, in tale prospettiva, l'impostazione che, entro il novero dell'intersessualità distingue tra

¹⁶ Si pensi ai soggetti affetti dalla sindrome di Klinefelter, la quale comporta la presenza di un terzo cromosoma sessuale ("XXY"): da un esame dei caratteri fenotipici costoro appaiono di sesso maschile ma, durante la pubertà, non sviluppano i caratteri maschili né primari né secondari. Similmente, gli affetti da sindrome di Morris presentano un corredo cromosomico di tipo "XY" ma, a causa dell'incapacità di reagire agli ormoni durante la gravidanza, sono destinati a non maturare i caratteri sessuali maschili durante la pubertà. Le persone con corredo cromosomico femminile ("XX") affette da un malfunzionamento delle ghiandole surrenali che producono insufficiente cortisolo e aldosterone (c.d. iperplasia surrenale congenita), per contro, nell'età puberale sviluppano caratteri sessuali maschili. Si veda, in termini, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, 25 febbraio 2010, p. 8 ss.

¹⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. ult. cit.*, p. 8.

¹⁸ Come è rilevato da HUGHES, *Disorders of sex development: a new definition and classification*, in *Best Pract. Res. Clin. Endocrinol. Metab.*, 2008, pp. 119-134.

¹⁹ GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità". Il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 608.

²⁰ La condizione intersessuale – latamente intesa – coinvolgerebbe secondo le stime più accreditate un numero non irrilevante di individui, all'incirca pari al 1,7% della popolazione, come riportato da DAVIDIAN, *Beyond the Locker Room: Changing Narratives on Early Surgery for Intersex Children*, in *Wisc. J. L. gen. soc.*, 2011, pp. 1-22. Per l'incidenza statistica sulla base delle singole condizioni v. WINDSOR HOWELL, *Transgender Persons and the Law*, Chicago, 2014, p. 2 ss. Riporta invece una percentuale fra lo 1,7 e il 4%, HAAS, *Who will make Room for the Intersexed?*, in *Am. J. l. med.*, 2004, pp. 41-68.

«anomalie», da una parte, e «ambiguità» dello sviluppo sessuale, dall'altra parte²¹.

Rientrano nel primo ambito i casi nei quali non vi è alcuna incertezza sul sesso da attribuire al neonato ma soltanto una deviazione dell'apparato genitale dal suo assetto funzionale tipico (ad esempio l'ipospadia). Nella seconda classe, per contro, si collocano i casi nei quali non risulta identificabile con certezza il sesso da attribuire alla persona tanto al tempo della nascita (ad esempio, oltre alle già citate ipotesi dell'ermafroditismo e dello pseudoermafroditismo, della disgenesia gonadica parziale e della sindrome da insensibilità parziale agli androgeni, l'iperplasia surrenalica congenita, l'ovotestis) tanto in un periodo successivo (alcuni individui con *deficit* di 17 beta-idrossisteroide).

Aderendo a questa impostazione, risulta intersessuale in quanto affetto da «ambiguità» dello sviluppo sessuale circa un 1 neonato su 4500-5000²². Tale stima non soltanto non smentisce ma, per contro, contribuisce a sottolineare il rilievo ermeneutico del tema in discorso: l'identificazione dell'«ordinamento del caso concreto»²³, infatti, impone che i valori del personalismo e del pluralismo costituzionale²⁴ si inverino anche in relazione ad ipotesi normative quantitativamente minoritarie se non, come la presente, numericamente residuali²⁵. Ciò

²¹ Elaborata e argomentata da VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *BioLaw J.*, 2019, p. 436.

²² La stima è riportata da VIAGGIANI, *o.l.u.c.*

²³ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss. e, da ultimo, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, *Metodi e tecniche*⁴, Napoli, 2020, p. 274 ss. Sulla necessità di coniugare l'interpretazione delle norme con la qualificazione del fatto giuridico v., in particolare, FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 307 ss., spec. p. 335 ss.: «la qualificazione è conoscenza per l'applicazione» discorrendo, al riguardo, di procedimento che muove dall'accertamento del profilo dell'azione del fatto per costruire attorno ad esso «una serie di connessioni coerenti con il sistema giuridico».

²⁴ Secondo BARBERIS, *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2006, p. 88 differenze e divisioni non sono più «considerate dai moderni – diversamente dagli antichi e dai nostalgici – come pericolosi rischi di dissoluzione del corpo politico, bensì come opportunità». È del resto il rispetto del pluralismo costituzionale che impone la pacifica convivenza – all'interno del medesimo sistema ordinamentale – di una pluralità di punti di vista culturali, religiosi, politici, essenziali, come tipico e ineliminabile ingrediente di una società che si vuole democratica in quanto presiede alla necessaria «riscoperta del molteplice» in tutte le sue forme, PASTORE, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in Giolo e Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, p. 128.

²⁵ Nello scrutinio di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 5 l. 14 aprile 1982, n. 164 la Consulta ha rigettato la questione di legittimità sul presupposto che il provvedimento normativo oggetto di scrutinio trovasse collocazione «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle *situazioni minoritarie ed anomale*» (corsivo aggiunto), Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161, con nota di PATTI, *Identità*

in ragione del rilievo attribuito alla persona umana nel vigente sistema costituzionale e, dal pari, ai riflessi che la qualificazione di tali ipotesi può produrre a livello sistematico²⁶.

2. *Posizione sistematica dalla questione e rilievo ermeneutico della soft law sovranazionale ed europea.*

Il riconoscimento formale degli stati intersessuali è avvenuto in tempi molto recenti: incentrando l'attenzione sull'Unione europea²⁷, le istanze di tutela delle persone intersessuali hanno trovato un definitivo suggello nella giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati membri. Il ruolo assunto dalle legislazioni statali nel sancire i diritti delle persone intersessuali è stato, per contro, del tutto marginale²⁸.

Funzione di insostituibile stimolo hanno avuto gli atti di *soft law* adottati da numerose istituzioni sovranazionali: pur sprovvisti di natura vincolante²⁹ essi hanno, da un lato, formalizzato i caratteri distintivi

sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito?, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 349 ss. In argomento v. anche PEZZINI, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 465 ss.

²⁶ V., sul punto, *infra*, spec. parr. 9 e 10.

²⁷ Ampia disamina del variegato panorama extraeuropeo in tema di intersessualismo in CERRINA FERRONI, *Intersessualismo: nuove frontiere*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, p. 302 ss., spec. p. 311 ss.; BRUNETTA D'USSEAU e FERRARI, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in *GenIUS*, 2018, p. 130 ss. e WALKER, *Genital Exceptionalism Has No Place in the Law: Improving Transgender and Intersex Rights in the 21st Century*, in *Washington U.L.R.*, 2019, p. 245 ss.

²⁸ Ad oggi soltanto tre sistemi ordinamentali europei hanno approvato norme di rango ordinario che riconoscono e tutelano la condizione intersessuale. La Repubblica maltese ha approvato la l. 14 aprile 2015, n. 11 (reperibile in *parlament.mt*) la quale – art. 15 – vieta ogni tipo di intervento chirurgico sui caratteri sessuali di una persona minore che possa essere rinviato fino all'età del consenso informato. Il Portogallo ha approvato la l. 7 agosto 2018, n. 38: l'art. 5 di tale disposizione prevede che, salvo situazioni di comprovato rischio per la salute, i trattamenti e gli interventi chirurgici, farmacologici o di altro genere che modifichino le caratteristiche sessuali di un minore intersessuale non debbano essere realizzati fino al momento in cui questo esprima la propria identità di genere (*app.parlamento.pt*). Da ultimo anche la Germania (l. 25 marzo 2021) ha vietato qualunque trattamento medico su un minore intersessuale «*allein in der Absicht erfolgt, das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen*» fino al compimento dei 14 anni, salvo che non sia imposto da urgenti motivi di salute. La legge, entrata in vigore il 22 maggio 2021, è reperibile al seguente indirizzo: *bundestag.de/dokumente*.

²⁹ Sul piano della teoria generale v. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2010, p. 75 e PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 541: le fonti *extra ordinem* rappresentano «un prodotto immediato del principio di effettività il quale [...] funziona direttamente come una norma sulla produzione giuridica»; PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in *Somma* (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 123: «il diritto può essere *soft* con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia. Può esserlo, inoltre, in quanto espressione di una giuridicità allo stato incoattivo. L'eterogeneità appare,

della condizione in esame e, dall'altro lato, identificato i riferimenti normativi ai quali ricondurre gli interessi meritevoli di protezione di volta in volta riferibili alla persona intersessuale³⁰.

Tali atti normativi prendevano in considerazione l'intersessualità in una prospettiva eminentemente patologica. Si tratta di una opzione di politica del diritto disattesa dalle disposizioni di fonte europea, fondate sul presupposto che la condizione della persona intersessuale meriti di essere tutelata indipendentemente dal paradigma medico³¹.

Le Linee guida del Consiglio degli affari esteri, ad esempio, hanno stabilito che il termine «intersessuale» attenga alle «variazioni corporee rispetto agli standard *culturalmente stabiliti* di mascolinità e femminilità, comprese le variazioni a livello di cromosomi, gonadi e genitali»³². In termini analoghi, la *Fundamental Right Agency* (FRA) ha escluso che l'intersessualità sia «una condizione medica» per definirla «un termine ombrello per identificare un ampio numero di variabili nelle caratteristiche fisiche di una persona che la portano a non coincidere esattamente con le rigide definizioni mediche di uomo o donna»³³. Proprio al fine di stigmatizzare la patologizzazione della condizione intersessuale, inoltre, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha approvato la Risoluzione 12 ottobre 2017, n. 2191 sui diritti delle persone intersessuali, dichiarando che «[queste ultime] sono nate con caratteristiche sessuali biologiche che non corrispondono alle norme sociali o alle definizioni mediche di ciò che rende una persona

pertanto, un suo tratto peculiare». In prospettiva comparatistica, v. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 2 e, rispetto al rapporto tra *soft law* europeo e ordinamenti nazionali, ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *costituzionalismo.it*, 2016, p. 257 ss.

³⁰ V. le Linee guida dell'Alto Commissariato ONU per i rifugiati (U.N.H.C.R.) emanate sulla base dell'art. 35 Conv. di Ginevra sullo stato dei rifugiati e dell'art. 2, Protocollo aggiuntivo del 4 ottobre 1967. Nelle domande di riconoscimento dello *status* di rifugiato fondate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere nell'ambito dell'art. 1, A(2), Conv. di Ginevra sullo stato dei rifugiati, p. 7, si definisce intersessuale: «una persona [...] nata con una conformazione anatomica dell'apparato riproduttivo o sessuale, e/o un assetto cromosomico che non sembrano corrispondere alle nozioni biologiche tipiche dell'essere uomo o donna», reperibili in *refworld.org*. La particolare vulnerabilità delle persone intersessuali è stata invece dichiarata dal *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* dell'ONU, pubblicato in data 5 gennaio 2016 e disponibile all'indirizzo *ohchr.org*, in relazione alle pratiche di «normalizzazione» genitale alle quali – come si andrà ad esporre – i minori intersessuali sono sottoposti in tenerissima età. Il documento in esame qualifica tali pratiche quale un «*intrusive and irreversible treatment*» evidenziandone la natura disumana e degradante (cfr., pp. 18 e 23).

³¹ Come correttamente evidenziato da BRUNETTA D'USSEAU e FERRARI, *La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità?*, cit., p. 110.

³² Corsivo aggiunto. Il documento è stato pubblicato nel 2014 ed è reperibile all'indirizzo *data.consilium.europa.eu*.

³³ Documento pubblicato nel maggio 2015 e reperibile all'indirizzo *fra.europa.eu*.

maschio o femmina» e che «la maggioranza [di loro] è fisicamente sana»³⁴.

Facendo leva sull'art. 21 Carta UE³⁵, in particolare, la Risoluzione parlamentare n. 2191 cit. ha sollecitato gli Stati membri a che le disposizioni riguardanti la registrazione delle nascite siano applicate nel senso di rispettare la condizione dei minori intersessuali. La *Fundamental Right Agency*, inoltre, ha sancito che le discriminazioni subite dalle persone intersessuali siano vietate oltre che dalla disposizione da ultimo menzionata, dall' art. 4, dir., 5 luglio 2006, n. 54/CE³⁶.

In parallelo con le istituzioni europee anche gli organi preposti a dare attuazione ai Trattati ONU hanno ammonito in più occasioni la Repubblica Italiana a causa del *deficit* di tutela riconosciuta alle persone intersessuali. Dapprima il Comitato sui diritti delle persone con disabilità³⁷ per non aver l'Italia adempiuto alla propria obbligazione positiva di garantire ai minori intersessuali il diritto sancito dall'art. 17 Convenzione ONU per le disabilità, a mente del quale «[o]gni persona [con disabilità] ha diritto al rispetto della propria integrità fisica e mentale su base di uguaglianza con gli altri»³⁸. Il Comitato per i diritti dell'infanzia³⁹ ha invece raccomandato di sviluppare e attuare un protocollo di assistenza sanitaria specificamente rivolto ai bambini intersessuali⁴⁰.

In relazione al nostro tema, in conclusione, i citati provvedimenti internazionali e le norme di *soft law* hanno garantito rilievo giuridico agli stati intersessuali e, come si passa ad esporre, svolto una funzione di “stimolante assiologico” nelle argomentazioni dei giudici costituzionali.

³⁴ Reperibile all'indirizzo europarl.europa.eu.

³⁵ In argomento v. FAVILLI e GUARRIELLO, *Art. 21*, in Mastroianni, Allegrezza e Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 412 ss.

³⁶ In argomento v. CAPORRINO, *Latitudini comparatistiche delle discriminazioni nel mercato del lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2015, p. 119 ss. e LETTIERI, *Sull'accertamento del lavoro di egual valore e della discriminazione retributiva di genere*, in *Giur. it.*, 2018, p. 428 ss.

³⁷ Istituito sulla base della Conv. ONU per i diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, ratificata in Italia con l. 3 marzo 2009, n. 18.

³⁸ Il riferimento è, nuovamente, alle pratiche di mutilazione genitale dei minori intersessuali. Il Comitato, nel 2016, si definisce «preoccupato che i bambini siano sottoposti ad interventi chirurgici irreversibili per la loro variazione *intersex* e altri trattamenti medici senza il loro consenso libero e informato» e «raccomanda allo Stato membro di garantire che nessuno sia sottoposto, durante l'infanzia, a trattamenti medici o chirurgici se questi non sono basati su documentazione scientifica; di garantire l'integrità fisica, l'autonomia e l'autodeterminazione per i bambini in questione; e di fornire adeguata consulenza e supporto alle famiglie con bambini *intersex*», sulle quali v. *amplius, infra*.

³⁹ Istituito sulla base della Conv. sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

⁴⁰ V. il punto 23, lett. a. e b., *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy* del febbraio 2019, consultabile all'indirizzo docstore.ohchr.org.

3. *Personalismo e stati intersessuali nella giurisprudenza costituzionale europea. La Risoluzione 14 febbraio 2019, n. 2878 del Parlamento europeo e i suoi riflessi sul sistema ordinamentale italo-europeo.*

Di là dai riferimenti normativi richiamati, un imprescindibile ruolo ermeneutico nella tutela dei diritti delle persone intersessuali è stato svolto, in Europa, dai Tribunali costituzionali.

Il *Bunderverfassungsgericht* ha imposto al legislatore di modificare (e all'amministrazione pubblica di disapplicare) la legge sullo stato civile (c.d. *Personenstandgesetz*)⁴¹, i cui §§ 21, comma 1, numero 3 e 22, comma 3 sono stati reputati contrastanti con gli artt. 2, comma 1, 1, comma 1 e 3, comma 3, *Grundgesetz* e, per l'effetto, dichiarati costituzionalmente illegittimi⁴². Benché novellate nel 2013 al fine di ammettere la possibilità di non annotare nel registro dello stato civile il sesso di un neonato se non immediatamente identificabile⁴³, le disposizioni ordinarie sono state comunque reputate confliggenti con la Costituzione in quanto non consentivano l'indicazione "in positivo" di una registrazione specifica per le persone intersessuali⁴⁴. Nel bilanciamento tra principi la Corte costituzionale tedesca ha attribuito un ruolo preminente alla tutela della dignità umana rispetto alle esigenze di ordine pubblico sottese alla tenuta dei registri dello stato civile. Reputando la possibilità di potersi ascrivere ad un sesso determinato "in positivo" alla stregua di un passaggio ineludibile nella costruzione della propria identità personale, i giudici costituzionali hanno sancito

⁴¹ BVerfG, 10 ottobre 2017, parr. 1-57, in *bundesverfassungsgericht.de*.

⁴² Da prospettive diverse v. MÄRKER, *Drittes Geschlecht? Quo vadis Bundesverfassungsgericht?*, in *Neue Zeitschr. für Familienrecht*, 2018, p. 1 ss.; MUCKEL, *Beschränkung des Geschlechtseintrags auf "männlich" oder "weiblich" im Personenstandsregister verfassungswidrig*, in *Jur. Arbeitsblätter*, 2018, p. 154 e FRIE, *Anmerkung zu BVerfG 10.10.2017-1 BvR 2019/16 Verfassungsrechtlicher Schutz der geschlechtlichen Identität*, in *Neue Zeitschr. für Familienrecht*, 2017, p. 1141 ss.

⁴³ *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften PStÄndG* del 7 maggio 2013, che ha modificato anche il § 22 della Legge sullo stato delle persone (*PStG – Personenstandsgesetz* del 19 febbraio 2007). Cfr. HELMS, *Brauchen wir ein drittes Geschlecht?: Reformbedarf im deutschen (Familien-)Recht nach Einführung des § 22 Abs. 3 PStG*, Berlin, 2015, p. 1 ss.

⁴⁴ Il ricorso era stato presentato da una persona affetta dalla sindrome di Turner, rivoltasi ai giudici per chiedere la correzione dell'iscrizione riportata nel registro delle nascite (da «femminile» a quella di «inter/diverso»). Respinta la domanda dall'ufficiale di stato civile, l'azione era stata rigettata anche dalle Corti di merito e legittimità. Il *Bundesgerichtshof*, in particolare, aveva reputato l'opzione normativa adottata nel 2013 essere del tutto conforme a Costituzione poiché intesa a bilanciare con ragionevolezza il diritto all'identità sessuale della persona (intersessuale) con l'interesse pubblico ordinato al rispetto del sistema binario di attribuzione del genere, v. BgH, 22 giugno 2016, con nota critica di BRACHTHÄUSER e REMUS, *Anmerkung zu BGH, 22.6.2016, XII ZB 52/15, Keine Eintragung von "inter" oder "divers" als Angabe des Geschlechts im Geburtenregister*, in *Neue Jur. Wochenschr.*, 2016, p. 2885 ss. In termini v. anche HELMS e DUTTA, *Geschlechtseintrag "inter/divers" im Geburtenregister?*, in *Standesamt*, 2017, p. 98 ss.

che la legge relativa alle registrazioni anagrafiche deve garantire la piena collocazione della persona all'interno del sistema ordinamentale⁴⁵: poiché il *Grundgesetz* non impone al legislatore né di prevedere l'indicazione del sesso né di aderire necessariamente ad un'impostazione sessuale binaria, i giudici di *Karlsruhe* hanno reputato non giustificabile a livello costituzionale la mancata previsione di una dizione esplicita relativa alle persone intersessuali⁴⁶.

A distanza di pochi mesi dal deposito di questo provvedimento anche il *Verfassungsgerichtshof* è stato chiamato a pronunciarsi su un ricorso presentato da una persona intersessuale⁴⁷. I giudici costituzionali hanno interpretato l'indicazione dell'appartenenza di genere nelle registrazioni anagrafiche alla stregua di una disposizione (ordinaria e, come tale) da ricondurre alla mera discrezionalità legislativa⁴⁸: applicando al caso di specie l'art. 8 Conv. Edu hanno riconosciuto all'istante il diritto di rifiutare un'annotazione non conforme alla propria identità sessuale. Aspetto, quest'ultimo che, in consonanza con i colleghi tedeschi, i giudici costituzionali austriaci non hanno esitato a definire «*identitätsstiftend*»: fondante l'identità dell'essere umano.

Il ricorso – giova evidenziare – non è stato tuttavia accolto. La Corte costituzionale austriaca ha infatti evitato di sancire l'illegittimità costituzionale del *Personenstandsgesetz* per emettere una sentenza interpretativa di rigetto: imponendo di interpretare il generico dettato le-

⁴⁵ Il punto è ben evidenziato da REALE, *Il binarismo di genere non è costituzionalmente necessario e viola i diritti fondamentali, storica sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 219: «[i]l potersi relazionare e pensare in maniera sessuata è parte fondamentale della determinazione della propria identità e di tale possibilità devono poter godere anche quelle persone che non possono essere ricondotte né al sesso maschile né al sesso femminile, dovendosi riconoscere questa specifica identità».

⁴⁶ Nota GUARINI, *Appunti su "terzo sesso" e identità di genere*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, p. 11 che la dichiarata incostituzionalità della legge non è stata sanata con una pronuncia additiva in quanto «la disciplina [...] necessitava di adeguata discussione in sede legislativa, potendo essere diverse le strade da percorrere per giungere all'obiettivo di saldare la legislazione civile alla legalità costituzionale in tema di identità sessuale in questa specifica situazione». Per un commento sulla legge approvata dal Parlamento tedesco in attuazione del "monito" della Corte costituzionale v. VENUTI, *La nuova legge tedesca sull'intersessualità «Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (GeRegÄndG)»*, in *Jus civile*, 2019, p. 1 ss.

⁴⁷ Costei si era vista rigettata dalle competenti autorità amministrative la richiesta di correzione della registrazione anagrafica, all'epoca limitata alla scelta tra «maschile» e «femminile». Sulla base di un'interpretazione successivamente condivisa dalla magistratura amministrativa, l'istanza era stata respinta in forza del § 2, comma 2, riga 3, *Personenstandsgesetz* austriaco il quale impone l'indicazione del sesso nell'atto di nascita. V. il commento di BRUNETTA D'USSEAUX, *La Corte costituzionale austriaca impone l'immediato riconoscimento del terzo genere*, in *articolo29.it* e le osservazioni, a riguardo, di GRISI, *Sesso e genere. Una dialettica alla ricerca di una sintesi*, cit., p. 266 s.

⁴⁸ VgH, 27 giugno 2018, G 30/2017-31. Il testo della pronuncia, anche in lingua tedesca, è reperibile sul sito *articolo29.it*.

gislativo in senso conforme a Costituzione si è dichiarata l'ammissibilità di una registrazione tanto del maschile e del femminile tanto di un sesso ulteriore⁴⁹.

In séguito al deposito delle due decisioni anche il Parlamento europeo ha preso posizione sul punto approvando la Risoluzione 14 febbraio 2019, n. 2878 avente ad oggetto «i diritti delle persone intersessuali»⁵⁰. Questo documento mira a sensibilizzare gli Stati membri in merito a due specifiche ipotesi: i trattamenti chirurgici di “normalizzazione” genitale e la disciplina dell'ordinamento dello stato civile.

Dato conto del quadro sovranazionale ed europeo, nel prosieguo dell'indagine ci interrogheremo sulla qualificazione giuridica di queste due ipotesi nel vigente sistema italo-europeo.

4. Specificazione dei profili di indagine. Loro rilievo assiologico entro un sistema unitario e complesso.

Per “normalizzazione” genitale si intendono gli interventi praticati sui minori con D.S.D. allo scopo di eliminare l'ambiguità che li caratterizza. Che tali pratiche interessino il nostro sistema ordinamentale è attestato, oltre che da un (limitato) riscontro giurisprudenziale⁵¹, dai provvedimenti dell'ONU resi nei confronti dell'Italia⁵² e da un'interrogazione parlamentare con la quale il Ministro della Salute è stato richiesto di avviare un'attività ispettiva in relazione ad un intervento chirurgico realizzato su un (o una) duenne con D.S.D⁵³.

La vicenda interroga il civilista in merito alla qualificazione delle situazioni giuridiche dei vari soggetti coinvolti: considerato il quadro normativo innanzi tratteggiato occorre domandarsi quale rilievo giuridico attribuire alla specificità dello stato intersessuale nel vigente sistema ordinamentale. Tenuto conto della giurisprudenza dei sistemi giuridici germano e austro-europei – accomunati al nostro dal rilievo assiologico dirimente del personalismo costituzionale⁵⁴ – pare corretto

⁴⁹ In termini GUARINI, *o.u.c.*, p. 12.

⁵⁰ Ne dà conto AZZARRI, *La risoluzione del Parlamento europeo sui diritti delle persone intersessuali*, in *rivistafamiglia.it*, 2019, p. 1 s.

⁵¹ V., in particolare, note 91, 125, 154, 160.

⁵² V, *retro*, par. 2.

⁵³ Riconosciuto alla nascita come di sesso femminile e «perfettamente sano» – si legge nell'atto parlamentare – l'infante è stato comunque sottoposto ad un intervento chirurgico di “normalizzazione”: i suoi caratteri sessuali primari sono stati demoliti e ricostruiti sull'assunto che il suo corredo cromosomico fosse «del tutto compatibile» con l'appartenenza al sesso maschile, v. Senato della Repubblica, Atto di sindacato ispettivo, 12 ottobre 2016, n. 4-06490. Primo firmatario On. Sen. S. Lo Giudice, in *senato.it*.

⁵⁴ Da ultimo, in argomento, BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1071 ss. e P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Ann. Sisdic*, 2020, 5, p. 1 ss. Che la tutela della dignità della persona sia un perno dell'ordinamento europeo (allora, comunitario), peraltro, è stato sancito anche da Corte giust., 14 ottobre 2004, c. 36/02, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.*, 2004, I-5659: «l'ordinamento giuridico comunitario è

ritenere che la persona intersessuale meriti tutela – in quanto tale – anche nel vigente sistema ordinamentale italo-europeo.

In tale direzione possono essere invocate disposizioni di rango sia sovranazionale sia costituzionale. In un senso gli artt. 8 e 10 Tratt. FUE; 7 e 21 Carta UE; 8 Conv. Edu; 7 e 17 Convenzione delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità; 2, 3 e 6 Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, applicabili al caso di specie quali norme interposte per il tramite dell'art. 117 Cost.⁵⁵. Per altro verso gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.: indipendentemente dal se la condizione intersessuale sia una naturale modalità di espressione della sessualità umana ovvero un disturbo clinico, infatti, l'intersessuale merita e reclama tutela anzitutto in quanto persona. Quest'ultima, in altri termini, nel vigente sistema ordinamentale, non deve in alcun caso essere considerata alla stregua di "eccezione" o "anomalia" rispetto ad una regola (quella, in particolare, che prescriverebbe l'esistenza soltanto di due sessi) ma, viceversa, quale valore da tutelare in quanto tale⁵⁶. Occorre comprendere, *in primis*, il regime applicabile ai trattamenti chirurgici praticati su un minore di età intersessuale che goda di buona salute. A venire in evidenza, in questa ipotesi, sono i diritti all'identità sessuale e di genere – già da tempo riconosciuti e tutelati dalla Corte costituzionale sulla base delle disposizioni da ultimo menzionate⁵⁷ – quali aspetti del diritto all'autodeterminazione ed alla salute.

L'analisi seguirà dunque due prospettive: la posizione dell'*équipe* medica che diagnostica l'ambiguità sessuale e, secondariamente, il fondamento ed i limiti del potere di rappresentanza dei genitori (o del tutore legale) del minore intersessuale.

5. *Gli interventi di "normalizzazione" genitale. Considerazioni in merito alla competenza del legislatore interno nel vietare tali trattamenti sanitari.*

diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana, quale principio generale del diritto».

⁵⁵ In merito al quale basti il rinvio a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*⁴, Napoli, 2020, p. 1 ss., spec. pp. 59 ss., 99 ss., 116 ss. In relazione alla giurisprudenza della Corte edu v., *infra*, par. 10.

⁵⁶ Nel senso che la Costituzione delinea una «funzionalizzazione» dello Stato «alla massima tutela dei singoli» v. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 304 e P. PERLINGIERI e MESSINETTI, *Sub art. 2*, in P. Perlingieri (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, p. 6 ss.

⁵⁷ Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161, cit. correla questa situazione anzitutto al profilo oggettivo della configurazione corporea (per poi estenderlo anche al profilo dell'identità psichica della persona transessuale): «Non è esatto che l'identità sessuale sia soltanto quella determinata dagli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita, o modificati per naturale evoluzione, ancorché coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti ed a promuoverne il naturale sviluppo».

Il trattamento chirurgico in discorso consiste nel sottoporre il minore (nei primi mesi di vita e, dunque, privo della capacità di discernimento) ad un'operazione demolitivo/ricostruttiva dei caratteri sessuali primari alla quale far conseguire un prolungato trattamento farmacologico, necessario a causa dell'asportazione degli organi fisiologicamente preposti a produrre ormoni⁵⁸. Tanto all'esclusivo fine di ricondurre gli organi sessuali primari ad una configurazione "tipica" ovvero maschile o femminile⁵⁹: si tratta di percorsi diversificati (a seconda che il neonato sia "da ricondurre" ad un sesso o all'altro) ma accomunati dalla necessità di "normalizzare" un corpo – giova sottolinearlo, in perfetta salute – non conforme agli standard di assegnazione a uno dei due sessi⁶⁰. Secondo questa prospettiva clinica l'operazione in discorso sarebbe funzionale a realizzare il (presupposto) benessere psicofisico del minore il quale risulterebbe gravemente compromesso dall'aver un corpo non adeguato agli standard binari di riferimento⁶¹.

Oltre ad essere stato gravemente e ripetutamente censurato dagli atti sovranazionali richiamati in precedenza, giova evidenziare che fondamento clinico ed efficacia terapeutica del trattamento sanitario in discorso non sono affatto condivisi⁶². In merito al trattamento degli stati intersessuali, infatti, le società scientifiche internazionali hanno

⁵⁸ Questi trattamenti sono stati progressivamente elaborati a partire dalla metà del secolo scorso da un gruppo di psichiatri e psicologici guidati dal Dott. John Morris, il quale ha attribuito il proprio nome al protocollo elaborato. Quest'ultimo si basa su tre assunti. Il primo è che l'identità di genere sia completamente malleabile e soggetta a condizionamenti sociali. Il secondo è che un'identificazione nel genere maschile o femminile sia necessaria per uno sviluppo psicologicamente sano della persona. Il terzo è che l'identificazione in un genere è impossibile in presenza di ambiguità genitale. Cfr. MONEY, HAMPSON e HAMPSON, *Hermaphroditism: Recommendations Concerning Assignment of Sex, Change of Sex, and Psychological Management*, in *John Hopkins Med. Bull.*, 1955, pp. 284-319 e MONEY, HAMPSON e HAMPSON, *Hermaphroditism: Psychology & Case Management*, in *Canadian Psychiatric Ass. J.*, 1960, p. 131 ss.

⁵⁹ Già da diversi decenni sono state formalizzati indirizzi medici alternativi a quello tradizionale circa il trattamento della condizione *intersex*. V., a riguardo, DIAMOND e SIGMUNDSON, *Management of Intersexuality: Guidelines for dealing with individuals with ambiguous genitalia*, in *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.*, 1997 p. 1046 ss. e HUGHES, HOUK, AHMED e LEE, *Consensus statement on management of intersex disorders*, in *Off. J. Am. Ac. Ped.*, 2006, p. 148 ss.

⁶⁰ Cfr. LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, cit., p. 113 ss. per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶¹ GREENBERG, *International legal developments protecting the autonomy rights of sexual minorities*, in *Ethics Intersex*, 87, 2006, pp. 89-90.

⁶² Lo evidenziano CECCHI e MARROCCO, *Stati intersessuali e questioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, p. 101 ss., i quali danno atto che, in relazione al trattamento del minore intersessuale «è stato profondamente riconsiderato l'approccio chirurgico». V. anche ZIEGLER e KUFFER, *Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international*, in Hernández Truyol e Virzo (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Napoli, 2016, p. 77 ss.

prodotto pareri e indirizzi per nulla univoci⁶³. Tale contingenza potrebbe essere un ostacolo a che il legislatore italiano vieti questa pratica con legge ordinaria, come accaduto in altri sistemi ordinamentali europei: secondo la giurisprudenza costituzionale⁶⁴ un intervento normativo non può riguardare, in via esclusiva, né le scelte appropriate in ambito terapeutico né le concrete regole di condotta in campo sanitario, salvo che esso non consista nella «elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi [...] norma nazionali o sovranazionali [...] a ciò deputati» e non costituisca «il risultato di una siffatta verifica»⁶⁵. Poiché, nell'alveo della legalità costituzionale, le decisioni professionali del medico si fondano sulle conoscenze scientifiche e le evidenze sperimentali⁶⁶ occorrerebbe, for-

⁶³ A fronte dell'impostazione tradizionale che difende la validità scientifica degli interventi chirurgici in discorso, gli orientamenti più moderni considerano lo stato intersessuale (non come un'emergenza medico-chirurgica, ma) alla stregua di una condizione naturale da gestire con gradualità e in piena e costante collaborazione con i genitori e con il minore. A partire dagli anni '90, infatti, sono state elaborate linee guida e protocolli medici intesi a restituire centralità alla persona, v. DIAMOND e SIGMUNDSON, *op. cit.*, p. 1047. Sulla base di studi che hanno attestato l'impatto psico-fisico totalmente negativo degli interventi di "normalizzazione" chirurgica nell'età adulta, alcuni protocolli hanno evidenziato che la prassi maggioritaria è da sconsigliare radicalmente per il benessere del minore intersessuale. Di conseguenza, gli indirizzi in parola suggeriscono di trattare con urgenza soltanto gli aspetti patologici che potrebbero suscitare conseguenze immediate sulla salute fisica (il riferimento è ai casi, sopra descritti, di «anomalia» degli organi genitali) al fine di posticipare qualunque intervento fino al momento dell'acquisizione della piena capacità di discernimento del minore intersessuale circa la propria identità sessuale. Dà conto della descritta situazione, in prospettiva non adesiva con le tesi meno risalenti, HERMER, *A Moratorium on Intersex Surgeries?: Law, Science, Identity, and Bioethics at a Crossroads*, in *Cardozo women l. j.*, 2007, pp. 255-272.

Si è così fatto strada il protocollo che prevede la completa moratoria di tutti i trattamenti chirurgici non strettamente necessari, da un punto di vista medico, a garantire la salute del minore, quanto meno fino a quando non sarà scientificamente accertato che i benefici sono superiori ai rischi generati dall'intervento.

⁶⁴ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 396 ss., con note di: PENSOVECCHIO LI BASSI, *Sul controllo delle leggi regionali*, *ivi*, c. 398 ss.; MOLASCHI, «Livelli essenziali delle prestazioni» e *Corte costituzionale: prime osservazioni*, *ivi*, c. 406; GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2027.

⁶⁵ Corte cost., 14 novembre 2003, n. 338, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2978 ss., con nota di PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*.

⁶⁶ Sul rapporto fra scienza, diritto costituzionale e decisioni individuali cfr. *ex pluribus*, PASCUCCI, *L'erogazione della prestazione medica tra autodeterminazione del paziente (capace) e autonomia professionale del medico: quali i confini della libertà di scelta terapeutica del malato?*, in *Riv. trim.*, 2013, p. 219; TOMASI, *Politiche sanitarie vaccinali fra diritto, scienza e cultura*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 903; SANTOSUOSSO e PINOTTI, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, *ivi*, p. 53; D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, p. 1; ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori, in costituzio-*

se, un maggiore consenso in relazione ai profili clinici degli stati intersessuali per percorrere la strada⁶⁷ tracciata dagli altri ordinamenti europei⁶⁸ che hanno vietato il trattamento sanitario in esame con legge ordinaria⁶⁹.

Il legislatore, per altro verso, è competente nel definire principi e criteri della responsabilità del personale sanitario al fine di meglio garantire adeguatezza delle scelte e rispetto del malato. In linea generale, dunque, spetta al medico effettuare una valutazione in termini di adeguatezza e proporzionalità di ogni trattamento sanitario⁷⁰, all'esito di un bilanciamento fra rischi e benefici della terapia⁷¹.

La questione della liceità del trattamento di “normalizzazione” genitale del minore intersessuale, di conseguenza, merita di essere affrontata sul piano ermeneutico.

6. Segue. *Illiceità del trattamento sanitario, ruolo del medico e responsabilità da lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del minore intersessuale.*

nalismo.it, 2020, p. 140; COLAIACOMO, “Fake news” scientifiche-crisi d'immagine per la ricerca?, in *federalismi.it*, 2020, p. 188.

⁶⁷ Ipotesi auspicata da LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, cit., p. 123.

⁶⁸ V., *retro*, nota 28.

⁶⁹ «Non è di norma il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a sua disposizione», v. Corte cost., 8 giugno 2009, n. 151, con nota di DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 928 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena difendere”*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1696 ss.

⁷⁰ Sul rilievo del principio di proporzionalità del vigente sistema ordinamentale v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID., “Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale, *ivi*, 2017, p. 204 ss.; da ultimo ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 121 ss. Nello stesso senso v. anche G. PERLINGIERI, *Il controllo di “meritevolezza” degli atti di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Notariato*, 2014, p. 11 ss. e ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 131 ss.

⁷¹ Correttamente, sul punto, CARIMINI, *Ars medica e tutela del paziente*, Napoli, 2019, p. 131 rileva l'«opportunità di tenere separati i livelli di operatività: se le valutazioni connesse all'adeguatezza delle tecniche e alla definizione delle patologie sono riservate alla scienza medica, la verifica della compatibilità con interessi di pari rango appartiene al legislatore, il quale deve tuttavia operare nel rispetto di quanto sancito dalla giurisprudenza costituzionale. In caso contrario, la mancata integrazione di questa condizione, da parte del legislatore, priva di copertura scientifica la disposizione legislativa, derivandone l'illegittimità in termini di ragionevolezza e di effettiva tutela del diritto alla salute delle persone coinvolte».

È pleonastico rilevare l'utilità che avrebbero, vista la complessità del caso in esame, linee guida idonee ad orientare l'applicazione di protocolli operativi condivisi dagli esperti coinvolti a vario titolo nella diagnosi e nel trattamento degli stati intersessuali⁷².

I compiti dell'*équipe* medica (e, di riflesso, dell'interprete) risulterebbero in tale modo agevolati, potendosi dedurre dalle linee guida eventuali inosservanze delle regole di condotta. Più in particolare, ove si provasse che la decisione sia stata assunta da un *team* (chirurghi, pediatri, urologi, endocrinologi e genetisti) in conformità alle linee guida, se ne potrebbe trarre argomento circa la non configurabilità della responsabilità per *malpractice* medica⁷³ in capo, rispettivamente, alla struttura sanitaria⁷⁴ (artt. 1218 e 1228 c.c.) ovvero ai medici (art. 2043 c.c.)⁷⁵.

⁷² Esse troverebbero un preciso riferimento normativo nell'art. 5, comma 1, primo periodo, l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco)⁷² e potrebbero fondare sul piano formale la distinzione – innanzi tracciata – nel trattamento di «anomalie» e «ambiguità» sessuali nel novero delle persone con da D.S.D. Analizzano, da un prospetto generale, questo profilo: CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 453; ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a séguito della legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 728; MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2017, p. 30 ss.; ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1115; BACHELET, *Il rapporto tra ASL e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 777; BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contr.*, 2017, p. 217; PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *questionegiustizia.it*, 2018, p. 161 ss.

In merito alla differenza tra i concetti di «linee guida», «protocolli», «procedure» e «buone pratiche» v. CARIMINI, *Ars medica e tutela del paziente*, cit., p. 28 ss.

⁷³ Ma v., ad ogni modo, le condivisibili considerazioni di CARIMINI, *op. cit.*, p. 137 ss. in merito, da una parte, alla necessità di dare rilievo a tutte le circostanze che caratterizzano il concreto caso clinico e, dall'altra parte, alla impossibilità di poter meccanicamente qualificare il *quomodo* del rapporto di cura a partire dal mero rispetto delle linee guida.

⁷⁴ In argomento GORGONI, *La responsabilità della struttura sanitaria*, in *Danno resp.*, 2016, p. 807 ss.; ID., *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. med. dir. prat. clin.*, 2017, p. 22 s. e CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 489 ss.

⁷⁵ Rileva correttamente MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, cit., p. 144 ss. che la legge Gelli-Bianco contempla una diversità di trattamento per l'esercente la professione sanitaria (di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 7, l. cit.), il quale risponde del proprio operato a norma dell'art. 2043 c.c., e per i medici liberi professionisti che, agendo nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente (ex art. 7, comma 2, ultimo periodo, l. cit.), rispondono in base al disposto dell'art. 1218 c.c., fuggendo ogni dubbio di sospetta legittimità dello stesso. Secondo l'a. la distinzione trova la propria giustificazione sul presupposto che non si possa porre sullo stesso piano un medico che si obbliga su basi negoziali ad eseguire dietro corrispettivo la propria prestazione professionale a favore del paziente, rispetto al medico dipendente e strutturato (sia che

Non vertendo in questa ipotesi, applicabile al caso di specie risulta l'art. 5, comma 1, secondo periodo, l. n. 24 cit. a mente del quale gli esercenti le professioni sanitarie sono tenuti ad «[attenersi] alle buone pratiche clinico-assistenziali»⁷⁶. L'attestazione – necessaria, nell'alveo di un diritto civile ordinato sulla legalità costituzionale – del valore della persona (anche) intersessuale, di concerto con il chiaro dettato dell'art. 32 Cost., impone che l'intersessualità, da condizione ontologicamente patologica, acquisti rilievo assiologico e, di riflesso, ottenga specifica tutela. Da qui è possibile inferire il divieto dell'*équipe* medica di intervenire chirurgicamente sul corpo del minore all'esclusivo fine di modellare un'ambiguità genitale verso una caratterizzazione sessuale primaria “tipica”: poiché, nel caso concreto, dalle «buone pratiche clinico-assistenziali» non emerge un effetto (immediato e/o perdurante) sul benessere di un minore in buona salute, l'operazione chirurgica di “normalizzazione” genitale assume i caratteri di un intervento chirurgico con funzione meramente estetica. Esso, tuttavia, appare suscettivo di incidere irreversibilmente su aspetti esistenziali di massimo rilievo assiologico (causando, ad esempio, definitiva sterilità, dolore cronico, incontinenza, perdita di sensibilità genitale) sì da condizionare l'esistenza del paziente in modo quanto mai gravoso⁷⁷.

La sussistenza del divieto di intervenire chirurgicamente – per finalità meramente estetiche – sul minore affetto da «ambiguità» dello sviluppo sessuale appare convincente sulla base di diversi argomenti.

In primo luogo, l'intersessualità (anche a ritenerla una patologia) non è una condizione che, in sé, meriti di essere curata⁷⁸. Come da prassi, allora, il bilanciamento fra rischi e benefici della terapia – alla selezione della quale, giusta la richiamata giurisprudenza costituziona-

agisca in regime di libera professione intramuraria, oppure di convenzione, o, ancora, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica).

⁷⁶ Appare chiaro il rinvio di tale disposizione al dettato degli artt. 2, 32 e 33 Cost., norme che rappresentano il riferimento assiologico sul quale basare il bilanciamento fra rischi e benefici della terapia in discorso al quale i sanitari – nella loro autonomia – sono tenuti. Per una ampia casistica applicativa v. CALLIPARI, *L'applicazione della legge Gelli-Bianco (l.n. 24/2017). Primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 405.

⁷⁷ Gli effetti di tali terapie sono dettagliatamente illustrati da OSELLA, “*Harmonic Bodies*”. *Intersex person, corrective treatments and gender violence in Italian law: a research proposal*, in Lorenzetti e Moscati (a cura di), *LGBTI Persons and Access to Justice*, London, 2015, p. 176 ss. e NAEZER, OERLEMANS, HABLOUS, CLAAHSEN-VAN DER GRINTEN, VAN DER VLEUTEN e VERHAAK, “*We just want the best for this child’: contestations of intersex/DSD and transgender healthcare interventions*”, in *J. Gender S.*, 2021, p. 8 ss.

⁷⁸ Prova ne è il fatto che la persona intersessuale resta tale per tutta la propria esistenza anche se sottoposta ad interventi di “normalizzazione” e duraturi trattamenti farmacologici: soltanto i caratteri sessuali primari possono essere modificati chirurgicamente a fronte dell'impossibilità – secondo le attuali acquisizioni scientifiche – di modificare il patrimonio genetico e cromosomico della persona, lo nota LORENZETTI, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto*, cit., p. 115.

le, è chiamato il personale sanitario nell'esercizio della propria autonomia⁷⁹ – deve essere rapportato al complessivo stato di salute della persona: intanto la terapia chirurgico-farmacologica avrà uno scopo legittimo in quanto essa sia finalizzata a risolvere uno specifico problema di salute⁸⁰.

Sulla base della prospettiva assiologica qui condivisa, inoltre, la mera riconduzione ad un aspetto fenotipico standard non pare ragione sufficiente per esporre un minore (con disturbi/differenziazione dello sviluppo sessuale e) in buona salute ai penetranti ed irreversibili effetti dell'intervento chirurgico in esame. Appare del tutto arbitrario, in altri termini, ritenere – anche se sulla base di elementi certamente probanti ma in alcun caso risolutivi quali il corredo cromosomico o i caratteri fenotipici – che il personale sanitario possa disporre *de facto* dell'identità sessuale del minore incapace di discernimento, indirizzandola chirurgicamente⁸¹.

Se effettuato aprioristicamente, inoltre, l'intervento di “normalizzazione” si pone in posizione di frontale contrasto anche con il principio di precauzione poiché l'edificazione chirurgica, in età infantile, di caratteri sessuali primari potenzialmente non congruenti con l'identità di genere destinata a svilupparsi (e che, in quanto tale, non può essere conosciuta nell'imminenza della nascita) appare tale da poter peggiorare – e non invece migliorare – il benessere fisico e psicologico del paziente⁸².

Proprio la natura dell'interesse tutelato conduce, in conclusione, a ritenere – indipendentemente da un qualsiasi divieto di rango ordinario – senz'altro illeciti e, dunque, vietati i trattamenti di “normalizzazione” genitale su un minore sano, affetto da «ambiguità» sessuale⁸³.

⁷⁹ AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 ss., spec. p. 30 ss.

⁸⁰ In relazione al rapporto tra prova del danno alla salute e della causa non imputabile dell'impossibilità della prestazione v. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 327 ss.

⁸¹ Lo nota DUNNE, *Towards Trans and Intersex Equality: Conflict or Complementarity?*, in Scherpe, Helms e Dutta (eds), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, 2018, p. 229 ss.

⁸² Su un profilo attiguo v. AL MUREDEN, *I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli “standard” legislativi, principio di precauzione e autoreponsabilità dell'utilizzatore*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1082 ss. In termini v. MONTINARO, *Responsabilità del produttore di farmaci, art. 2050 c.c. e gestione precauzionale del rischio*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1587. Con riferimento al rapporto tra principio di precauzione ed emergenza pandemica, v. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 2020, p. 183-220. Pone in luce che l'ambito di applicazione del principio in discorso sia stato *in primis* proprio quello sanitario FERRARA, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, p. 14 ss.

⁸³ Ad esito opposto, per contro, si potrebbe pervenire soltanto qualora sia possibile dimostrare un effettivo e concreto vantaggio medico per il minore con D.S.D.

Il descritto trattamento di “normalizzazione” genitale appare dunque idoneo a cagionare un danno alla salute del minore intersessuale.

Centrale, al fine di scongiurare tale ipotesi nel quadro dell’alleanza terapeutica tra personale sanitario e rappresentanti legali del minore intersessuale, appare l’obbligazione del medico avente ad oggetto l’accurata disamina e prospettazione del quadro clinico⁸⁴ che caratterizza l’«ambiguità» dello sviluppo sessuale⁸⁵.

Alla luce della particolarità e della delicatezza del caso di specie essa assume un ruolo decisivo in quanto funzionale ad informare compiutamente i rappresentanti legali del minore intersessuale circa l’*iter* medico da percorrere. In disparte ogni considerazione sulla liceità dell’intervento, occorre evidenziare che la mancata informazione dei rappresentanti legali circa condizione fisica del minore e scelte terapeutiche corrispondenti al suo *best interest* lederebbe il diritto dell’infante all’autodeterminazione terapeutica. Con le pronunce di «San Martino *bis*»⁸⁶ – non a caso – la Cassazione ha ribadito che la lesione del diritto all’autodeterminazione in ambito sanitario assume un valore autonomo rispetto a quello alla salute sì che la lesione del primo è autonomamente risarcibile⁸⁷. Oltre al danno alla salute, in altri termini, la lesione del diritto alla autodeterminazione terapeutica – in questo caso perpetrato per il tramite del consenso (non) informato reso

(si pensi all’ipotesi, precedentemente richiamata, di una «anomalia» sessuale quale l’ipospadia). Critica il nesso di corrispondenza necessaria tra salute ed assenza di malattia dell’infadiciottenne RECINTO, *Il diritto alla salute della persona di età minore e il suo superiore interesse*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1233: «il progressivo e costante affermarsi di una declinazione del diritto alla salute dei minori [è] sempre più lontana dalla mera assenza di malattia e di patologia e sempre più sinonimo di salvaguardia di un armonico, corretto, completo sviluppo del minore».

⁸⁴ Analizza il profilo della responsabilità del medico all’indomani dell’entrata in vigore della l. n. 24 del 2017, differenziando l’ipotesi del medico che esercita l’attività libero-professionale da quello dipendente da una struttura sanitaria COSTANZA, *La responsabilità medica. Il singolo esercente la professione sanitaria e le sue responsabilità*, in *Giur. it.*, 2021, p. 456.

⁸⁵ Argomentando a partire dall’art. 33, c. deont. med. la dottrina reputa che fornire tutte le informazioni necessarie su diagnosi, prognosi e terapia sia un’obbligazione autonoma ed indipendente rispetto a quella di cura, v. COSTANZA, *Colpa grave fra esonero ed imputazione di responsabilità*, in Volpe (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, Bologna, 2018, p. 127.

⁸⁶ In particolare Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Danno resp.*, 2020, p. 11 ss. con nota di CACACE, *L’estate dell’autodeterminazione, a San Martino 2019*.

⁸⁷ Peraltro già tracciata da alcuni precedenti di legittimità, Cass., 27 novembre 2015, n. 24220, in *Danno resp.*, 2017, p. 63; Cass., 15 maggio 2018, n. 11749, in *Foro it.*, 2018, c. 2400, con nota di CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*; Cass., 23 marzo 2018, n. 7248, *ivi*, c. 2401: «L’inadempimento, da parte del medico chirurgo, dell’obbligo di acquisire un completo ed esauriente consenso informato del paziente può produrre (a prescindere dall’esito dell’intervento terapeutico) un danno, risarcibile in via autonoma, costituito dalle sofferenze conseguenti alla cancellazione o contrazione della libertà di disporre, psichicamente e fisicamente, di sé stesso e del proprio corpo, patite dal secondo in ragione della sottoposizione a terapie farmacologiche ed interventi medico-chirurgici collegati a rischi dei quali non sia stata data completa informazione».

dai rappresentanti legali del minore intersessuale – è ritenuta suscettiva, da un lato, di dare luogo ad un’ipotesi di responsabilità extracontrattuale in capo al medico strutturato per lesione del «diritto costituzionale di autodeterminazione, limite della sua autonomia professionale»⁸⁸ e, dall’altro lato, di inserirsi tra le condotte delle quali l’ente ospedaliero è chiamato a rispondere, contrattualmente, *ex art.* 1228 c.c.⁸⁹.

Ad essere non convincente, in definitiva, è l’assunto secondo il quale l’interesse del minore corrisponde necessariamente ad un’impostazione oggettiva e paternalistica (secondo la quale il sesso deve essere identificato in tempi rapidissimi entro una prospettiva binaria) e non, invece, al *best interest* della persona (intersessuale) atteso che in questo caso, poiché attinente alla propria identità sessuale, esso non può che essere stabilito soltanto dal (o comunque insieme al)

⁸⁸ Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, cit., punto 3.7.

⁸⁹ La mancata completa informazione ai rappresentanti legali del minore intersessuale, inoltre, potrebbe rilevare quale inadempimento “proprio” della struttura laddove l’omissione sia imputabile (non soltanto all’opera del singolo professionista sanitario, ma) direttamente all’ente medesimo, anche per il tramite della *équipe* medica (Cass., 4 dicembre 2018, n. 31234 e Cass., 17 gennaio 2019, n. 1043, con commento di ALBANESE, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per la violazione degli obblighi informativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1169 ss. e AMIDEI, *La responsabilità medica. Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, 2021, p. 459): si pensi ai casi in cui l’ospedale abbia omesso, a livello strutturale, di organizzare le attività di formazione e aggiornamento per il proprio personale dipendente.

L’obbligazione del personale sanitario a trasmettere le necessarie e corrette informazioni cliniche si presta ad essere qualificata, nonostante le critiche a questa bipartizione, come «di risultato» (v., senza pretesa di completezza e con riferimento alla responsabilità del personale sanitario, CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 485 ss.; CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, cit., p. 453 s.; DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia “guidata”*, in *Giur. it.*, 2018, p. 841 ss.; MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (Note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017 n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 840; MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1239 ss.; PLAIA, *La responsabilità del medico e l’argomento statistico*, in *Contr.*, 2020, p. 341 ss. L’eventuale inadempimento della prestazione intesa ad esporre compiutamente il piano sulla base del quale “trattare” un minore con D.S.D. appare dunque suscettiva di dar luogo a responsabilità civile (in capo al medico e/o alla struttura) autonoma rispetto alla lesione del diritto alla salute. Tale condotta, infatti, si concreta in ipotesi di grave negligenza, attesa la diffusione di indirizzi clinici di rilievo internazionale che, in contrasto con l’indirizzo tradizionale, sconsigliano – oggi – di praticare l’operazione di “normalizzazione” nei primi mesi di vita del neonato a soli fini estetici, in relazione alla responsabilità aquiliana del medico dipendente dalla struttura sanitaria ed al nesso intercorrente tra l’art. 2236 c.c. e gli art. 5 e 7 l. n. 24 del 2017 v. SAVINI NICCI e AMIDEI, *La responsabilità civile del medico “strutturato”*, in *Giur. it.*, 2021, p. 468 ss., spec. p. 471 con relativi riferimenti bibliografici. In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 26 novembre 2018, in *Cd Foro it.*

paziente⁹⁰. Ove ciò non accada risulterebbero infatti inevitabilmente violati i diritti alla salute ed alla autodeterminazione del minore.

A riprova del fatto che proprio tale discutibile “precomprensione”, per contro, abbia sovente animato l’interprete può essere menzionato (l’unico) precedente giurisprudenziale relativo ad un’azione di risarcimento del danno conseguente ad errata diagnosi di uno stato intersessuale⁹¹.

L’*équipe* medica aveva diagnosticato un’ipospadia scrotale in luogo di una sindrome androgenitale e, di riflesso, dichiarato il neonato essere di sesso maschile⁹². Identificato l’errore diagnostico, i genitori agiscono in giudizio per ottenere il ristoro del danno patito (non già in qualità di legali rappresentati del minore, ma) in proprio. Nell’accogliere l’istanza risarcitoria relativa al danno (definito dal provvedimento) «morale» il giudice rileva la «centralità dell’identità sessuale nello sviluppo della persona» per collocare la fine del patema d’animo sofferto dai genitori al momento del «ripristino della *normale sessualità*» dell’infante⁹³. La Corte, in altri termini, sancisce che il danno sofferto dai genitori (e consistente nel patema d’animo generato dai ricoveri e dalle visite mediche alle quali era stata sottoposta la figlia) era cessato al momento (non della diagnosi corretta, ma) dell’effettuazione dell’intervento demolitivo: la chirurgia – estetica e non già terapeutica dal momento che la minore era in ottima salute – aveva “eliminato” l’apparenza dello stato intersessuale e, in tal modo, aveva permesso al corpo della minore di acquistare caratteri “non atipici”. Non a caso, nell’argomentare dei giudici, la liquidazione del danno «morale» ha tenuto *inter alia* conto del “clamore” che l’essere genitori di una persona intersessuale aveva provocato «[nella] piccola realtà di provincia [nella quale abitavano gli attori], in cui è, quanto meno, più difficile mantenere la riservatezza»⁹⁴.

Leggendo “in controluce” il provvedimento, dunque, lo stato intersessuale appare – in sé – quale patologia meritevole di essere rimossa (*recte*, occultata) quanto prima: si tratta di una prospettiva ermeneutica che, oltre a tenere in non cale l’argomento assiologico, getta sul diritto all’identità sessuale del minore un’ombra paternalistica del tutto indipendente dal reale stato di salute del paziente, come si evince dal fatto che l’intervento demolitivo al quale si è deciso di ricorrere appare suscettivo di esporre il minore per lunghissimo tempo a seri problemi fisici e psicologici.

⁹⁰ In termini CACACE, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1176.

⁹¹ Trib. Bari, 25 giugno 2012, in *leggiditalia.it*.

⁹² Quanto alla differenza tra dichiarazione e attestazione di nascita v., *infra*, par. 9.

⁹³ Trib. Bari, 25 giugno 2012, cit. (corsivo aggiunto).

⁹⁴ Trib. Bari, 25 giugno 2012, cit.

7. *Responsabilità genitoriale in ambito sanitario e funzionalizzazione al best interest del minore.*

Al pari di qualsiasi altro trattamento sanitario, anche l'intervento di "normalizzazione" genitale deve essere praticato sulla base del consenso informato della persona interessata. Tanto è prescritto dall'art. 1 l. 22 dicembre 2017, n. 219⁹⁵, il quale richiama testualmente l'art. 32 Cost. sì da positivizzare una regola elaborata dalla giurisprudenza costituzionale⁹⁶. Nel dettaglio, la legge prescrive che se il paziente non è in grado di esprimere una volontà giuridicamente valida⁹⁷ (in quanto minore d'età incapace di discernimento, come nel nostro caso) il potere di esprimere o denegare il consenso informato spetti agli esercenti la responsabilità genitoriale (o al tutore). In questa ipotesi, la rappresentanza deve avere «come scopo la tutela della [vita e della] salute psicofisica [del minore,] nel pieno rispetto della sua dignità»⁹⁸, art. 3, comma 2, l. cit.

Ponendosi in linea di sostanziale continuità con il disposto degli artt. 315 *bis* e 320 c.c. la disposizione da ultimo citata, se interpretata

⁹⁵ In argomento v. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, p. 10 ss.; FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 67; ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e le DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 247; DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018, p. 35 ss.; CACACE, *Di pazienti e di medici: riflessioni biogiuridiche*, in Cacace, Conti e Delbon (a cura di), *La Volontà e la Scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019, p. 365 ss.

⁹⁶ «Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost.», Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4972, con nota di MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*. Per una ricostruzione della nascita e dell'evoluzione del concetto sia consentito il rinvio a DEPLANO, *Diritto all'autodeterminazione terapeutica e suoi limiti*, in Perlingieri e Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*², I, Napoli, 2021.

⁹⁷ Indagano questo profilo BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, *passim*; RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 11 ss.; VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, p. 1 ss.; CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 1037; CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, p. 20 ss.; CALDERAI, *Sui limiti della tutela giuridica dell'autodeterminazione in biomedicina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 901; FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, p. 3.

⁹⁸ *Ex plurimis* v. GIACOBBE, *Autodeterminazione, famiglie e diritto privato*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 297; MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità genitoriale e libertà religiosa*, *ivi*, 2012, p. 1707; PORCELLI, *Minori d'età e rapporti giuridici non patrimoniali*, in *Dir. fam. succ.*, 2018, p. 581; SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella l. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *Jus civile*, 2020, p. 1501 ss.

in linea con la Costituzione, conforma il potere di rappresentanza dei genitori in ambito sanitario.

La prima disposizione⁹⁹ detta un limite “esterno”, limitando la responsabilità genitoriale in ambito sanitario laddove il minore goda di sufficiente capacità di discernimento¹⁰⁰. Nella medesima prospettiva assiologica l’art. 320 c.c. funzionalizza il potere genitoriale in direzione del *best interest* del minore¹⁰¹ nella cura degli interessi esistenziali¹⁰².

Il fondamento delle scelte dei genitori per la prole consiste pertanto (non nell’esercizio di una libertà personale o di un diritto ad autodeterminarsi, ma) in un potere-dovere di protezione del figlio teso alla realizzazione del suo migliore interesse, autentica “stella polare” della disciplina in esame¹⁰³.

Al fine di identificare il limite all’esercizio di tale situazione giuridica in relazione ai trattamenti di “normalizzazione” genitale dei mi-

⁹⁹ Se, come necessario, letta in combinato disposto con gli artt. 2, 3, 32 Cost. e 12 Conv. di New York sui diritti del fanciullo del 20 ottobre 1989; art. 3 Conv. di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996; art. 6 Conv. di Oviedo del 4 aprile 1997 sui diritti dell’uomo.

¹⁰⁰ Con chiarezza v. Trib. min. Caltanissetta, 26 giugno 2018, in *ilfamiliarista.it*, 2019 con nota di F. King. In senso analogo STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in *GenUS*, 2018, p. 20 pone in luce che questa conclusione collima con l’insegnamento dottrinale secondo il quale titolarità ed esercizio delle situazioni giuridiche esistenziali sono inscindibili. V., a riguardo, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, cit., p. 206 ss.

¹⁰¹ Osserva, ad es., BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 3 che la «denominazione responsabilità genitoriale vale infatti a sottolineare che i poteri inerenti all’ufficio dei genitori sono attribuiti e devono essere esercitati nell’esclusivo interesse dei figli». In termini v. RECINTO, *Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1475 ss.; ID., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 11 ss.; PANE, *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 84 ss. Secondo DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 782 ss. di là dalle modifiche lessicali la situazione giuridica attualmente designata come responsabilità genitoriale va, comunque, ricondotta alla originaria e tradizionale potestà genitoriale, come ricostruita dalla dottrina e giurisprudenza più recenti.

¹⁰² BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*⁶, Milano, 2017, p. 343; DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l’autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 2007, p. 139. Si conferma, in questa prospettiva, l’assunto secondo il quale la responsabilità genitoriale sia un istituto funzionalmente differente rispetto alla potestà, v. AL MUREN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1266; RE SCIGNO, *La filiazione “riformata”: l’unicità dello status*, *ivi*, p. 1261 e TOSCANO, *Art. 315 bis*, in Di Rosa (a cura di), *Della Famiglia*², in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2018, p. 558.

¹⁰³ In termini RECINTO, *Responsabilità genitoriale e rapporti di filiazione tra scelte legislative, indicazioni giurisprudenziali e contesto europeo*, in *federalismi.it*, 2018, p. 11 ss.

noris intersessuali e attesa la inevitabile genericità di tale formula¹⁰⁴, allora, occorre analizzare alcuni casi concreti dai quali evincere il modo in cui la giurisprudenza sagomi la responsabilità genitoriale in ambito sanitario in chiave servente rispetto al *best interest* del minore.

È proprio in ragione della conformazione che gli artt. 30 e 31 Cost. imprimono alla situazione giuridica in esame¹⁰⁵ che la manifestazione del pensiero e del credo religioso e politico dei genitori – pur tutelata a livello costituzionale (artt. 19, 21 Cost.) – soccombe nel bilanciamento con la primaria esigenza di protezione alla salute del figlio. Le ragioni fondative del diniego all’adempimento dell’obbligo vaccinale (imposto, da ultimo, dal d.l. 7 giugno 2017, convertito dalla l. 31 luglio 2017, n. 119), ad esempio, non potranno punto consistere nell’affermazione di una posizione ideologica dei genitori ma dovranno in ogni caso derivare da esigenze di protezione degli interessi del minore. A ben vedere – in questo caso concreto – soltanto ragioni connesse alla salute del vaccinando appaiono idonee a giustificare il diniego alla terapia: la giurisprudenza, a riguardo, richiede che la contestazione sia non teorica ed astratta ma specifica ed attuale¹⁰⁶ con onere della prova a carico del genitore anche se relativo alla (non semplice) dimostrazione dei rischi clinici derivanti dall’utilizzo di uno specifico vaccino sulla salute del minore¹⁰⁷.

Limiti al potere genitoriale operano anche in relazione all’ambito, tangente quello oggetto delle presenti note, dei trattamenti sanitari incidenti sul corpo della prole. Le mutilazioni genitali, ad esempio, sono considerate dalla dottrina dominante come idonee ad integrare il reato di lesioni personali (art. 582 c.p.)¹⁰⁸: il variare delle circostanze che caratterizzano il caso concreto, tuttavia, comporta una radicale differenza nella qualificazione della singola ipotesi. Ai sensi dell’art. 583 *bis* c.p. la mutilazione cagionata «in assenza di esigenze terapeutiche» e «[in danno] agli organi genitali femminili» è una circostanza aggra-

¹⁰⁴ In rapporto alla distinzione concettuale tra regole e principi sulla base dei quali riempire di contenuto la formula in esame v. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, p. 17 ss.

¹⁰⁵ In questa prospettiva v. ALPINI, “*Vaccinazioni obbligatorie*” e “*obiezione di coscienza*”, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1035; DE PAMPHILIS, *La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 1106 ss. e PRINCIPATO, *Obbligo di vaccinazione, “potestà” genitoriale e tutela del minore*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 3139 ss.

¹⁰⁶ Ad es. App. Bari, 6 febbraio 2002, in *Giur. merito*, 2002, p. 988 e Cass., 8 luglio 2005, n. 14384, richiamata da TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 460 ss.

¹⁰⁷ Corte cost., 22 luglio 2004, n. 262, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2692. Di recente, nel senso della (temporanea) sospensione della responsabilità in capo al genitore pregiudizialmente contrario al vaccino anti Covid-19, v. Trib. Monza, decr., 22 luglio 2021, in *Cd Foro it.*

¹⁰⁸ LOMBARDO, *Infibulazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., IV, Torino, 2008, p. 564 s.

vante della fattispecie innanzi citata¹⁰⁹. La circoncisione ebraica, per contro, è qualificata dalla giurisprudenza come una lesione personale dolosa ma scriminata dall'esercizio di un diritto (ai sensi degli artt. 19 Cost. e 51 c.p.)¹¹⁰.

Nemmeno in relazione al profilo delle mutilazioni genitali, pertanto, il *best interest* del minore si presta ad essere identificato *a priori*: la tutela dell'integrità fisica (artt. 2, 13, 32 Cost.) risulta generalmente prevalente ma soccombe davanti all'educazione genitoriale finalizzata all'inserimento del minore nel gruppo sociale di provenienza (artt. 30, 31 e 19 Cost.)¹¹¹. In tale ultima ipotesi, pertanto, i rappresentanti legali potranno legittimamente autorizzare l'esecuzione di questa pratica medica.

Sempre la necessità di garantire il *best interest* del minore d'età, impossibilitato ad esercitare il diritto personalissimo disciplinato dall'art. 1 l. 14 aprile 1982, n. 164, ma capace di discernimento ha persuaso più di un Tribunale di merito ad autorizzare, su istanza dei rappresentanti legali, il trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali dell'infradiciottenne transessuale¹¹². L'esercizio tempestivo del diritto all'autodeterminazione terapeutica è stato reputato, in tal caso, servente rispetto allo sviluppo della personalità del minore, in particolare all'inverarsi del diritto all'identità di genere¹¹³, il potere di rappresentanza nell'esercizio del quale è stato attribuito dalle Corti ai rappresentanti legali.

Ulteriore ambito dal quale evincere la fisionomia conformativa del dovere di cura genitoriale in rapporto al diritto all'autodeterminazione del minore d'età è la chirurgia estetica. Questa pratica consente di autodeterminarsi nella scelta di modificare il proprio corpo e, quindi, di

¹⁰⁹ Sul punto v. Trib. Padova, 9 novembre-5 dicembre 2007, in *Cd Foro it.*: «Anche se si è sottolineato che la circoncisione determina comunque la violazione dell'integrità psicofisica di un soggetto che in genere, per la tenera età, non è in grado di esprimere un efficace consenso (sono i genitori che decidono, nell'esercizio del diritto-dovere di educare il bambino secondo i valori della loro cultura), appare difficile contestare che essa, dato che è priva della maggioranza delle connotazioni fisiche, psicologiche e simboliche negative tipiche delle mutilazioni genitali femminili, e probabilmente anche per l'influenza dell'ebraismo, sia da tempo ampiamente accettata dalla cultura europea».

¹¹⁰ Trib. Bari, 21 maggio 2009, in *Dir. imm.*, 2010, p. 103 ss. e Cass. pen., 24 novembre 2011, n. 43646, in *Dir. eccl.*, 2012, p. 403 ss.

¹¹¹ Evidenzia la funzionalizzazione della responsabilità genitoriale al dato costituzionale GARETTI, *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minore: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1421.

¹¹² Così Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, c. 136 ss. e Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 253 ss., con nota di SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*. *Contra v.*, invece, Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1107 ss., con nota di FAMULARO, *I minori e i diritti della personalità*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 500.

¹¹³ Lo sottolinea, opportunamente, VIZZONI, *Transessualismo e filiazione: quando la condizione transessuale riguarda il genitore o il figlio minore*, in *Familia*, 2016, p. 107 ss.

sviluppare la propria personalità, venendo in rilievo a questo proposito gli artt. 2, 3, 13 Cost. Emerge, al contempo, il dovere dei genitori di non autorizzare i trattamenti ritenuti dannosi per la salute e l'integrità psico-fisica del figlio (artt. 30 e 31 Cost.). Pur in mancanza di un'organica disciplina che regoli l'accesso a tali trattamenti, la dottrina occupatasi di questo profilo ribadisce la funzionalizzazione della responsabilità genitoriale agli interessi del minore, se capace di discernimento¹¹⁴.

Sulla base di quanto esposto, pertanto, la fisionomia della responsabilità genitoriale in rapporto ai trattamenti sanitari del minore d'età appare necessariamente conformata all'interesse di quest'ultimo il quale, a sua volta, è intrinsecamente modellato in virtù del bilanciamento degli interessi concretamente in gioco rapportati al loro rilievo assiologico¹¹⁵. La funzionalizzazione al *best interest* del rappresentato esclude che possa essere validamente prestato il consenso a porre in essere trattamenti sanitari che ledano l'integrità fisica del minore non capace di discernimento quando non finalizzati al miglioramento del suo stato di salute (con l'isolata¹¹⁶ – e peraltro non incontestata – eccezione della circoncisione ebraica¹¹⁷)¹¹⁸.

¹¹⁴ È stato affermato, infatti, che non vi sia sovrapposizione tra autodeterminazione ed esercizio del potere-dovere di educare atteso che «i genitori [...] adempiono al loro dovere di cura [valutando] se il figlio possa esprimere in modo maturo la scelta di sottoporsi al trattamento e se quest'ultimo non determini alcuna lesione della sua integrità psico-fisica», LIBERALI, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli 'ossimori costituzionali' nella cura dei figli*, in *Riv. gruppo Pisa*, 2018, p. 10. Cioè a dire che la funzionalizzazione della responsabilità genitoriale al *best interest* del minore (maturo e capace di discernimento) attribuisce alla volontà espressa da quest'ultimo un peso particolarmente qualificato in rapporto all'assenso genitoriale all'operazione di chirurgia estetica, quando questa non comporti rischi per la salute. PICCINNI, *Il corpo artefatto: le "marchiature artistiche" tra integrità e autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 617 ritiene che si debba verificare se il figlio abbia «una sufficiente maturità per sottoporsi all'atto e se l'intervento possa avere un effetto positivo o negativo sullo svolgimento della personalità dello stesso». A questo proposito l'a. sottolinea anche che «[l]a funzione educativa del genitore [...], pur permanendo sino al compimento della maggiore età, si affievolisce [...] con l'avanzare dell'età e della maturità del minore». Concordi sul punto LONGOBUCCO, *Interesse del minore e rapporti giuridici a contenuto non patrimoniale: profili evolutivi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1642 ss., spec. p. 1648 s. e, con particolare riferimento all'autonomia negoziale dei minori nell'utilizzo delle nuove tecnologie, VIVARELLI, *Diritto di autodeterminazione dei minori di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 877 ss.

¹¹⁵ In perfetta consonanza con l'assunto secondo il quale «si interpreta bilanciando (interessi e valori) e si bilancia(no interessi e valori) interpretando», G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, p. 123 ss. e spec. p. 142 ss. e ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Act. jur. iberoam.*, 2018, p. 12.

¹¹⁶ Nel bilanciamento di principi costituzionali tra educazione religiosa e benessere psicologico del minore, ad es., la giurisprudenza propende nel senso di sancire la preminenza di quest'ultimo, v. Cass., 24 maggio 2018, n. 12954, in *Giur. it.*,

Essendo l'intervento chirurgico di "normalizzazione" del minore incapace di discernimento affetto da «ambiguità» genitale – se si condividono le osservazioni precedenti – un trattamento sanitario avente natura estetica e non necessariamente orientato a risolvere un problema di salute, consegue che il genitore (o il tutore) non possa prestare legittimamente il consenso informato alla sua effettuazione in difetto di ragioni concrete ed attuali di tutela della salute del minore¹¹⁹. Tale manifestazione di volontà – in quanto finalizzata a porre in essere un intervento lesivo della dignità e dell'integrità fisica del minore – appare infatti in sé contrastante con il *best interest* del paziente e si presenta alla stregua di un esercizio controfunzionale della responsabilità genitoriale¹²⁰: da tale abuso si concreta una palese inosservanza degli obblighi prescritti dagli artt. 147 e 315 *bis* c.c.¹²¹.

2019, p. 780 ss., con nota di LO GIACCO, *Affido condiviso di figli minori. Il superiore interesse del bambino come limite alla libertà religiosa dei genitori*.

¹¹⁷ V., ad esempio, MASTRANGELO, *Circoncisione, infibulazione ed altre manomissioni del corpo dei minori: sanzioni penali, scriminanti e strumenti internazionali alla luce della risoluzione O.N.U. 67/146 del 20 dicembre 2012, della risoluzione del Parlamento Europeo sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili 2012/2684 del 14 giugno 2012 e della risoluzione del Consiglio d'Europa sull'integrità fisica dei minori*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 226 ss. e LORENZETTI, *La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo*, in *Riv. gruppo Pisa*, 2013, p. 1 ss. Con particolare riferimento ai riflessi civilistici dell'eccezione culturale v. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, *passim*, spec. p. 37 ss.

¹¹⁸ Sotto distinto profilo, l'emersione della capacità di discernimento (tipizzata dall'art. 315 *bis*, comma 2, c.c.), in consonanza con l'art. 2 Cost., pone in ombra il profilo del diritto ad educare a tutto vantaggio di quello alla doverosità di rappresentare giuridicamente la volontà del figlio in relazione alle sue consapevoli scelte esistenziali.

¹¹⁹ Suggestivano di proteggere il minore in chiave di indisponibilità assoluta da parte di terzi della situazione giuridica a costui riconducibile in talune specifiche ipotesi anche RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 32 e ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, p. 90. Perviene a conclusioni non troppo differenti da quelle espone nel testo, anche se ragionando a partire da una prospettiva patologizzante, COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, cit., p. 13: «tali interventi andrebbero attuati solo in condizioni di urgenza, essendo preferibile attendere che il soggetto raggiunga una maturazione che consenta di esprimere il consenso».

¹²⁰ Per la definizione di abuso quale esercizio controfunzionale della situazione giuridica in relazione ad uno specifico caso concreto v., per tutti, P. PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*², Napoli, 2004, p. 28 ss. e EID., *Abuso ed eccesso della situazione giuridica*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*¹⁰, 2021, p. 92 s.

¹²¹ In linea con la giurisprudenza citata appare corretto pervenire ad opposta conclusione se la richiesta di essere sottoposto all'intervento di "normalizzazione" genitale pervenga, invece, dall'intersessuale infradiciottenne ma capace di discernimento: in questo caso il *best interest* del figlio può essere agevolmente dedotto dalle sue stesse dichiarazioni e inclinazioni alle quali, analogamente a quanto osservato in merito ai precedenti che autorizzano l'intervento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali dei minori transessuali, i titolari della responsabilità genitoriale

8. *Esercizio controfunzionale della responsabilità genitoriale e rimedi conseguenti.*

Occorre interrogarsi sui rimedi che il sistema ordinamentale prevede a tutela dell'incapace. Aspetto meritevole di attenzione è l'ipotesi del personale sanitario che si esprima negativamente in relazione al trattamento di "normalizzazione" genitale il quale, per contro, sia richiesto dai genitori del minore intersessuale. Il legislatore ha disciplinato soltanto l'ipotesi – opposta rispetto a quella in parola – del mancato accordo fra rappresentanti legali e personale sanitario riferendosi al caso del rifiuto delle cure proposte dal medico e da questo repute «appropriate e necessarie» (art. 3, comma 5, l. n. 219 cit.)¹²².

Negletto, invece, il caso opposto nel quale gli esercenti la responsabilità genitoriale richiedano un trattamento che il personale sanitario non è disposto ad effettuare. Non potendosi costringere il medico ad agire *contra diligentiam* e dal momento che, in entrambi i casi, oggetto della valutazione è il *best interest* medico del minore pare corretto ritenere che l'ipotesi non disciplinata debba dar luogo al medesimo effetto di quella tipica: la rimessione della decisione al giudice tutelare¹²³ ai sensi del combinato disposto degli artt. 30 Cost. e 316 e 333 c.c.¹²⁴.

sono tenuti a dar corso, al fine di inverare il diritto all'autodeterminazione terapeutica del rappresentato. V., sul punto, la motivazione di Trib. Roma, 11 marzo 2011, cit.: «L'intervento medico chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali richiesto nell'interesse del figlio minore rientra nell'ambito di un trattamento sanitario volto al raggiungimento dell'integrità psico-fisica con la conseguenza che quando esso deve essere espletato vige il principio della rappresentanza dei genitori; ne consegue che i genitori possono essere autorizzati a prestare il proprio consenso al trattamento per l'adeguamento dei caratteri sessuali del figlio minore; sussiste l'imprescindibile esigenza di audizione personale del minore». In senso adesivo alla pronuncia v. anche B. DALIA, *Sentenze lungimiranti e divieti invalicabili nell'Italia dei nuovi diritti*, in *Fam. min.*, 2011, p. 10 ss.

¹²² Sul presupposto che il dissenso dei genitori alle emotrasfusioni suggerite dai medici, espresso in aderenza ad un credo religioso, non possa essere posto a fondamento di una valutazione di inidoneità all'esercizio della responsabilità genitoriale in merito alle decisioni sanitarie e che, in caso di contrasto tra la posizione di personale sanitario ed esercenti la responsabilità genitoriale, la competenza spetti al giudice tutelare v. App. Milano, decr., 10 settembre 2020, in *Cd Foro it.* In relazione al divieto di praticare il trattamento sanitario se un aderente al credo dei «Testimoni di Geova» ha rifiutato l'emotrasfusione v. Cass., 23 dicembre 2020, n. 29469, in *Giur. it.*, 2021, p. 803 con nota di PAPINI, MARSELLA e MOSENSCAIA. Per una panoramica del rapporto tra genitori e figli di minori di età in rapporto alle terapie sanitarie v. CATERINA, *Diritto e corpo umano. Scritti – I minori e il corpo*, in *Giur. it.*, 2021, c. 1464 ss.

¹²³ In termini, v. CACACE, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, cit., p. 1173.

¹²⁴ Ruolo determinante, in questa scelta, lo avrebbe la volontà espressa dal soggetto minore d'età. Meritano evidenza, in quanto rappresentano un *unicum* nel panorama giuridico internazionale, i riferimenti ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza costituzionale colombiana in relazione all'identificazione del *best interest* sanitario del minore intersessuale: a) l'urgenza e l'importanza del trattamento, ai fini del

In rapporto ai rimedi derivanti dalla condotta non lecita dei rappresentanti legali occorre inoltre evidenziare che concorrere a realizzare il trattamento in discorso in difetto di una necessità terapeutica, eventualmente ricorrendo all'aiuto di medici compiacenti, è una condotta idonea a costituire un «grave pregiudizio» per il minore intersessuale. Tale circostanza, di conseguenza, legittima il giudice a pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale giusta l'art. 330 c.c.¹²⁵, norma alla quale la dottrina, peraltro, attribuisce funzione non sanzionatoria ma cautelare, in vista della protezione di interessi assiologicamente qualificati¹²⁶. La (variegata) casistica giurisprudenziale conferma questa conclusione¹²⁷: il pregiudizio viene valutato in rapporto alla complessiva situazione ambientale nella quale versa il minore ed ab-

perseguimento del miglior interesse del bambino; b) i rischi e le conseguenze dell'operazione sulla capacità e possibilità di autodeterminarsi del minore, attuale e futura (in termini, dunque, d'invasività ed irreversibilità); c) l'età del diretto interessato. V., in particolare, Corte cost. Colombia, 12 maggio 1999, n. 337, con un commento di HOLMES, *Deciding fate or developing autonomy? Intersex children and the Colombian Constitutional court*, in Currah, Juang e Price Minter (a cura di), *Transgender rights*, Minneapolis, 2006, p. 102 ss. e Corte cost. Colombia, 18 settembre 2008, n. 912, in *corteconstitucional.gov.co*.

¹²⁵ Con riferimento all'ipotesi, opposta a quella in discorso, nella quale i genitori non diano corso al trattamento sanitario reputato da loro stessi necessario al fine di salvaguardare la salute del figlio intersessuale v. Trib. min. Potenza, decr., 29 luglio 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 1199: «Qualora un infante, denunciato alla nascita di sesso maschile ma affetto da spiccatissimo pseudoermafroditismo femminile (e pertanto, in realtà, di sesso femminile), abbia urgente bisogno degli interventi chirurgici, sanitari, farmacologici e psicologici idonei a riportarlo a normalità anche sul piano scolastico e sociale, ed i genitori, pur dichiaratisi convinti della necessità di porre in atto, senza dilazione, gli interventi necessari al benessere psicofisico del figlio, non si decidano ad agire, rimanendo a lungo inerti e continuando a rinviare “sine die” ogni cura, al minore va nominato un curatore speciale che provochi le occorrenti pratiche chirurgiche e terapeutiche e che del minore curi anche l'equilibrio psicologico [...] attivandosi, insomma, in ogni modo, anche sul piano giudiziario ed amministrativo, affinché il minore abbia a crescere in maniera serena, regolare e consona al suo effettivo sesso. [...] I genitori dell'infante vanno sospesi dalla potestà parentale fin quando durerà l'opera del curatore» (corsivi aggiunti). Merita evidenziare che anche da questo provvedimento emerge un radicato e nemmeno troppo velato pregiudizio nei confronti della condizione intersessuale, aprioristicamente reputata in sé meritevole di essere corretta verso un sesso “altro” al fine di realizzare il *best interest* del minore (in questo caso consistente nel ricondurlo al suo “vero” sesso).

¹²⁶ BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IV, Torino, 1997, pp. 663 ss.; VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini e Cattaneo, III, Torino, 1998, p. 301; RUSCELLO, *Sub art. 330, Responsabilità dei genitori. I controlli*, in *Codice civile commentato*, diretto da Schlesinger, Milano, 2016, pp. 67 ss.

¹²⁷ Lo rileva, correttamente, FARINA, “*Terapie*” di conversione e responsabilità genitoriale, in Pescatore (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, Torino, 2021, p. 229, il quale dà conto degli ulteriori riflessi derivanti dall'applicazione degli artt. 448 bis e 463, n. 3 bis, c.c., applicabili per analogia anche al caso di specie.

braccia lesioni ad interessi non soltanto patrimoniali ma anche (forse, prevalentemente) esistenziali¹²⁸. Dal momento che il trattamento sanitario in esame, violandone la dignità, attenta al diritto (di rilievo costituzionale) all'identità sessuale del minore ed appare idoneo a nuocere irreversibilmente alla salute psicofisica di quest'ultimo, pare corretto ritenere che il sistema ordinamentale non possa non prevedere quale reazione al comportamento di chi attivamente concorre a porre in essere l'intervento in discorso la decadenza dalla responsabilità genitoriale: la rilevanza costituzionale degli interessi in concreto minacciati porta a ritenere, in conclusione, quello sancito dall'art. 330 c.c. quale «giusto rimedio»¹²⁹ contro una violazione dei diritti del minore non capace di discernimento.

9. *Ordinamento dello stato civile e identità di genere della persona intersessuale.*

Oltre a prendere in considerazione le terapie di “normalizzazione”, la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2878 del 2019 ha sollecitato gli Stati membri a stabilire che l'ordinamento dello stato civile e le procedure di registrazione anagrafiche non diano luogo a discriminazioni nei confronti delle persone intersessuali.

Con specifico riferimento al sistema ordinamentale italiano il d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (adottato in esecuzione dell'art. 2, comma 12, l. 15 maggio 1997, n. 127) considera il «sesso» in rapporto a distinte fattispecie: l'attribuzione del nome (art. 35), il ritrovamento del minore abbandonato (art. 38) e la dichiarazione di nascita (artt. 30, 31, 32)¹³⁰. Concentrando l'attenzione sull'ultima ipotesi, la legge non

¹²⁸ FERRI, *Sub Artt. 315-342*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 144; CIANCI, *La «responsabilità genitoriale»*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, Torino, 2016, p. 4103 ss.

¹²⁹ P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 11 ss. invita ad identificare, nel complesso ed unitario sistema ordinamentale, il rimedio ad una lesione di un interesse considerando sia la natura di quest'ultimo sia il suo rilievo assiologico. In termini v. anche G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 87 ss.

Sul rapporto tra principio di «effettività» e rimedi v., altresì, IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2017, p. 961 e, di recente, VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 10 ss.

¹³⁰ Gli artt. 30 ss. d.P.R. n. 396 cit. disciplinano tre distinte modalità di formalizzazione. Entro un termine assai breve (tre o, al massimo, dieci giorni dal parto) il rappresentante legale del neonato è tenuto a rendere all'ufficiale di stato civile la dichiarazione in discorso: essa deve essere corredata da un'«attestazione di avvenuta nascita», redatta dal personale sanitario (salvo il caso previsto dall'art. 30, comma 3, d.P.R. n. 396 cit.) e contenere l'indicazione del sesso: in difetto di tale attestazione la dichiarazione può essere ricevuta soltanto in forza di decreto dato con procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile (art. 31, comma 2, d.P.R. n. 396 cit.). In caso di ritardo nella presentazione della dichiarazione l'ufficiale di stato civile procede comunque alla formazione dell'atto di nascita ma è tenuto a segnalare l'adempimento non tempestivo al Procuratore della Repubblica (art. 31, comma 1, d.P.R. n. 396 cit.). A quest'ultimo, del pari, deve essere riferita l'omessa dichiarazione al fine del promovimento del giudizio di rettificazione (art. 32, d.P.R. cit.).

consente in alcun caso di non dichiarare la nascita e/o il sesso del neonato. Tali obblighi sono infatti assistiti da sanzioni penali: l'art. 495 c.p. punisce chi attesti falsamente ad un pubblico ufficiale l'identità o le qualità personali di altri¹³¹, l'art. 566, comma 2, c.p. chi occulti un neonato al fine di sopprimerne lo stato civile¹³². Il genitore (o il tutore legale), pertanto, è tenuto a rendere una dichiarazione veritiera, tempestiva e completa al fine di «realizzare la certezza in ordine all'attribuzione fedele del sesso al neonato»¹³³ e, soprattutto, di assicurare a quest'ultimo il diritto ad un'identità giuridica¹³⁴.

Messo a fuoco il nesso tra dichiarazione di nascita, interesse pubblicistico alla certezza dei rapporti e tutela dell'identità giuridica del neonato appare fondamentale, ai nostri fini, stabilire come debba essere interpretato il lemma «sesso» di cui all'art. 30 d.P.R. n. 396 cit.¹³⁵.

Posto che nel sistema ordinamentale non v'è alcuna disposizione che detti una definizione stipulativa del lemma in esame, alcuni elementi di valutazione possono essere tratti dalla prassi. Plurimi indici portano a ritenere che il diritto *vivente* consideri determinante, ai fini in esame, l'aspetto fenotipico degli organi genitali: l'esame per conoscere il sesso del nascituro (ecografia) si basa sulla forma dei caratteri genitali del feto e il personale sanitario comunica il sesso del neonato unicamente in base ad un'analisi fisica realizzata *ictu oculi* al momento dell'espulsione dal ventre materno. L'attestazione di avvenuta na-

Cfr., a riguardo, MUSIO e NADDEO, *Delle trascrizioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali*, in Stanzone (a cura di), *Il nuovo ordinamento dello stato civile. Commento al D.P.R. 3.11.2000, n. 396*, Milano, 2001, p. 150. Per un'ipotesi applicativa avente ad oggetto una dichiarazione resa a quattro anni di distanza dal parto v. Cass. pen., 21 maggio 2013, n. 26097, con nota di AMORE, *Osservazioni a Cass. pen. 21 maggio 2013, sez. VI, n. 26097*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2143 ss.

¹³¹ NAPPI, *Falso e legge penale*², Milano, 1999, p. 1 ss., spec. p. 98 ss.

¹³² SEMERARO, *Tutela penale della famiglia e sistema sanzionatorio*, Napoli, 2011, p. 19 ss.

¹³³ GRISI, *Sesso e genere. Una dialettica alla ricerca di una sintesi*, cit., p. 265, nota 36.

¹³⁴ Evidenzia i riferimenti assiologici e alle disposizioni di rango internazionale AMORE, *op. cit.*, p. 2144: «Il regime protettivo alla base di tale reato è [...] incentrato in maniera specifica sull'identità giuridica della persona-neonato [...]. [Essa] viene tutelata a livello costituzionale dall'art. 2 che la configura come diritto inviolabile, oltre che dall'art. 22 e da fonti di diritto internazionale come il terzo principio della Dichiarazione ONU del 1959 sui diritti del fanciullo; dagli artt. 16 e 24 del Patto di New York del 1966 (ratificato in Italia con l. n. 881/1977) e ancora, dalla Convenzione ONU del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (ratificata in Italia con legge n. 176/1991) agli artt. 7 e 8».

¹³⁵ Interessanti, sul punto, le notazioni di VIAGGIANI, *Appunti per una epistemologia del sesso anagrafico*, in *GenIUS*, 2018, p. 30 ss., spec. p. 33 il quale, rievocando la vicenda oggetto dell'interrogazione parlamentare al Ministro della Salute del 2016 (v., *retro*, par. 4, nota 53) afferma (dubitativamente): «Il sesso cromosomico trionfa e prevale su quello fenotipico». Saggiunge in séguito: «Il sesso fenotipico non sta insomma sul gradino più della gerarchia dei sessi». Questa asserzioni sono, tuttavia, smentite nel prosieguo dell'analisi.

scita, del pari, viene normalmente redatta nell'imminenza del parto e prevede, nella più gran parte dei casi¹³⁶, una scelta binaria tra sesso maschile e femminile. Non pare errato, pertanto, ritenere che il lemma in discorso sia interpretato in senso conforme alla regola – di fonte consuetudinaria e senz'altro rispondente all'*id quod plerumque accidit* – che impronta la differenziazione sessuale ad un rigido binarismo essenzialmente basato sui caratteri genitali¹³⁷.

Occorre domandarsi, tuttavia, che cosa prescriva a riguardo il diritto *vigente*: ci si chiede, ad esempio, quali effetti sortirebbe la condotta del rappresentante legale del neonato intersessuale il quale, d'intesa con il personale sanitario, dichiara di attribuire all'infante non il sesso maschile o femminile ma un sesso "altro" (o, ancora, entrambi i sessi)¹³⁸. In questo caso l'ufficiale dello stato civile dovrebbe – a rigore – rifiutare di adempiere alla richiesta (a mente dell'art. 7 d.P.R. n. 396 cit., in quanto contraria alla corrente interpretazione del lemma «sesso» adoperato dall'art. 30 d.P.R. n. 396 cit.) e, verosimilmente, riferirne al Procuratore della Repubblica ai fini del promovimento del giudizio di rettificazione (arg. *ex art.* 32 d.P.R. cit.). Il giudice di questo procedimento (avente natura di volontaria giurisdizione)¹³⁹ avrebbe allora – alla luce di una consolidata giurisprudenza costituzionale¹⁴⁰ –

¹³⁶ LORENZETTI, *Il trattamento*, cit., p. 8, spec. nota 15 dà tuttavia conto che l'incertezza dei caratteri sessuali non è del tutto ignota alle prassi ospedaliere, come si evince dal fatto che nelle schede in uso in alcune strutture sanitarie è presente la possibilità di indicare l'ambiguità dei genitali. Di conseguenza, alle due caselle per l'assegnazione del sesso anagrafico (maschile/femminile) talvolta si affiancano ulteriori opzioni riferite all'apparato genitale (ossia genitali «maschili», «femminili», «ambigui»).

¹³⁷ In termini, v. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità"*, cit., p. 610 ss. e VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, cit., p. 440.

¹³⁸ Posto che l'interesse tutelato dall'art. 495 c.p. è costituito dall'evitare che il pubblico ufficiale abbia una falsa rappresentazione della realtà (v. CRISTIANI, *Falsità personale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1994, p. 108 ss.), ci pare che quello descritto nel testo sia il comportamento che – oltre a garantire la tutela della dignità della persona appena nata – assolve in modo più acconcio al precetto penale posto che unicamente questa condotta appare idonea a rappresentare fedelmente la realtà dei fatti e, quindi, a soddisfare gli interessi sottostanti alla norma richiamata.

¹³⁹ JANNUZZI, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, p. 97, ma v. Cass., 23 febbraio 1993, n. 2214, in *Foro it.*, 1993, c. 1872 ss. con nota di TRISORIO LIUZZI.

¹⁴⁰ ODDI, *La nozione di «giudice a quo»*, in Balduzzi e Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, p. 31 specifica che «la proponibilità alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale dipende non dalla qualificazione del procedimento in corso, ma dalla circostanza che il giudice (contenzioso o volontario che sia il processo) ritenga fondato il dubbio della legittimità costituzionale della legge che egli deve attuare. Del che, del resto, è riprova la inaccettabile conseguenza dell'opposta interpretazione, che sarebbe quella di un giudice costretto (incompetente come egli è a giudicare della costituzionalità della legge) ad applicare una legge rispetto alla quale egli ritiene manifestamente fondata la questione di legittimità costituzionale» (riportando un passo tratto da Cor-

la legittimazione attiva a proporre questione di costituzionalità dell'art. 2 l. n. 127 del 1997, come specificato dall'art. 30, d.P.R. n. 396 cit. in rapporto agli artt. 2, 3 e 32 Cost. e 8 Conv. Edu (quale norma interposta per il tramite dell'art. 117 Cost.). In maniera del tutto analoga a quanto osservato in relazione agli incidenti di costituzionalità scrutinati dalle Corti costituzionali tedesca ed austriaca¹⁴¹, infatti, è da ritenere che mediante le norme da ultimo evocate anche il nostro sistema ordinamentale tuteli la dignità della persona intersessuale e, di riflesso, il diritto all'identità sessuale e di genere¹⁴².

Assai problematica in relazione al nostro sistema, tuttavia, appare la via (percorsa dalla Corte viennese) dell'emanazione di una pronunzia interpretativa di rigetto della questione prospettata¹⁴³. Maggiormente adeguata al contesto normativo italiano potrebbe, forse, essere la strada percorsa dalla Corte costituzionale tedesca la quale – come osservato – ha imposto al legislatore, nell'esercizio della discreziona-

te cost., 12 dicembre 1957, n. 129). In termini v. anche Corte cost., 2 luglio 1966, n. 83, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1074 s. e Corte cost., 5 novembre 1996, n. 387, in *Cons. Stato*, 1996, p. 1926: «il controllo da parte di questa Corte deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico».

¹⁴¹ V. *amplius*, par. 3.

¹⁴² Pur non essendo espressamente disciplinato dal legislatore interno, il diritto all'identità di genere risulta tutelato, quale aspetto della dignità della persona, dalla giurisprudenza sia di legittimità (Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, con nota di PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 643 ss.) sia costituzionale (Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, con nota di D'ANDREA, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta a tanti e nuovi interrogativi*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 263; Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180 e Corte cost., ord., 13 luglio 2017, n. 185, commentate da MANNELLA, *Sulla tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale in occasione di due recenti pronunce in tema di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1680 ss.) sia europea (Corte edu, 10 marzo 2015, Y.Y. c. Turchia, commentata da CORDIANO, *La Corte di Strasburgo (ancora) alle prese con la transizione sessuale. Osservazioni in merito all'affaire Y.Y. c. Turquie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 502 ss. e Corte edu, Sez. V, 6 aprile 2017, ricc. nn. 79885/12; 52471/13; 52596/13, A.P., *Garçon e Nicot c. Francia*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1441 ss. con nota di A. Scarcella). L'«identità di genere» è invece nominata – al fine di introdurre una definizione comune del motivo di persecuzione – dal Considerando n. 30 e dall'art. 10 dir. 13 dicembre 2011, n. 95/UE del Parlamento Europeo recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale.

¹⁴³ La registrazione di un sesso “altro”, infatti, avrebbe una portata “rivoluzionaria” su un sistema giuridico come quello vigente, sagomato sul calco di un rigido binarismo sessuale: si pensi alle disposizioni in tema di rapporto coniugale (artt. 107, 108 c.c. e 1, comma 1, l. 20 maggio 2016, n. 76), di filiazione (art. 244 ss. c.c.), di accesso alla procreazione medicalmente assistita (art. 5 l. 19 febbraio 2004, n. 40), alle vicende circolatorie di diritti reali immobiliari (il funzionamento del sistema della pubblicità prescrivendo che l'atto di acquisto sia trascritto a favore di un soggetto anagraficamente ricondotto ad un determinato sesso e contro il quale dovrà essere trascritto l'acquisto in sede di alienazione), oltre a norme dettate in materia elettorale (come l'art. 4, comma 3, l. reg. Campania, 27 marzo 2009, n. 4) ovvero ancora previdenziale o penitenziaria.

lità che gli compete, di disciplinare compiutamente sia i presupposti dell'attribuzione del sesso nei registri dello stato civile sia i numerosi¹⁴⁴.

Che la disciplina dettata dal d.P.R. n. 396 cit. non risulti idonea a comporre entro l'alveo della legalità costituzionale gli interessi in gioco nel caso di specie è stato implicitamente dichiarato, d'altra parte, anche dal Comitato nazionale per la Bioetica¹⁴⁵. Tale presa di posizione, tuttavia, non si sottrae alla critica di arrecare una discriminazione verso le persone intersessuali, le quali risulterebbero inevitabilmente "indirizzate" verso un'identità anagrafica "fittizia" e, pertanto, non necessariamente collimante con la propria. Un punto, a riguardo, merita di essere rimarcato: come sancito dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, la necessità che i registri anagrafici consentano alla persona intersessuale di identificarsi come tale anche nei confronti dei terzi¹⁴⁶ appare funzionale a garantire la piena realizzazione dell'identità sessuale e di genere, profili essenziali del diritto all'autodeterminazione sancito dall'art. 2 Cost.¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Sempre più di frequentemente, del resto, la Corte costituzionale italiana adopera la tecnica delle sentenze c.dd. monito rivolte al legislatore (in merito alle quali v. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione Italiana*, Napoli, 2010, p. 103 s.), in presenza di più soluzioni astrattamente ipotizzabili in caso di accoglimento della questione, v. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 2566 ss.; RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla "Unvereinbarerklärung"?* (*Osservazioni su C. Cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019*), in *Nomos*, 2019, p. 1 ss.; PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Oss. cost.*, 2020, p. 343; CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza Corte Cost., n. 152 del 2020*, in *Riv. AIC*, 2020, p. 558 ss.

¹⁴⁵ Esso ha infatti suggerito che, al momento dell'iscrizione anagrafica del neonato intersessuale, quest'ultimo vada indicato «come maschio o come femmina [e che] l'ufficiale di stato civile [debba registrare] una "annotazione", fondata su rigorosa e completa certificazione medica [...] della patologia di cui [il neonato] soffre». Tale annotazione dovrebbe consentire al magistrato competente, ove si giunga ad una diversa valutazione del caso concreto, di autorizzare la rettificazione dell'attribuzione anagrafica a séguito di procedure più snelle rispetto a quelle previste dalla l. n. 164 del 1982, v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, cit., p. 22.

¹⁴⁶ Il Comitato nazionale di Bioetica si esprime tuttavia in termini di «inaccettabilità» di tale conclusione, in quanto un *tertium genus* anagrafico a) «provocherebbe pesanti alterazioni» nell'«equilibrio sistemico» ordinamentale; b) costituirebbe una «stigmatizzazione legale della persona, dalle conseguenze psicologiche e sociali imprevedibili, ma indubbiamente altamente rischiose»; c) accorderebbe cittadinanza ad ipotesi patologiche connotate da incertezza nell'assegnazione sessuale e che in alcun modo manifestano una specifica identità di genere, v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ Rileva A. ASTONE, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 316: «Il diritto all'identità di genere in quanto correlato alla personalità dell'uomo deve ricevere – per ragioni di coerenza sistematica – la protezione che l'ordinamento riserva al valore-persona nella sua globalità». Ha evidenziato, e non di recente, che la persona umana sia «un valore unitario non suscettibile di essere scisso in tanti interessi, in tanti beni, in tante isolate situazioni sogget-

Questa considerazione consente di collegarsi anche al profilo della modifica di una registrazione anagrafica precedentemente effettuata: la prospettiva ermeneutica che invita ad interpretare (anche) le norme che disciplinano l'ordinamento di stato civile alla luce della Costituzione intacca il fondamento della tesi tratatizia¹⁴⁸ secondo la quale il sesso sarebbe uno *status* (di matrice pubblicistica e assimilabile, ad esempio, a quello di coniuge o di cittadino) e non, invece, una qualità della persona¹⁴⁹. Sulla base di questo presupposto un consolidato orientamento reputa che l'unica azione utile a modificare un'errata indicazione del sesso debba necessariamente essere quella di *status*, da esercitare per il tramite del rito ordinario di cognizione¹⁵⁰.

Aderire alla tesi che si propone – come pare corretto, in un'ottica di conformità del precetto normativo a Costituzione – consentirebbe di allontanarsi dalla descritta posizione e suffragare l'indirizzo ermeneutico secondo il quale la correzione dell'erronea indicazione del sesso – nella specie, della persona intersessuale – possa avvenire in base al procedimento disciplinato dall'art. 95, d.P.R. n. 396 cit.¹⁵¹. Quest'ultimo consentirebbe la rettificazione del sesso del neonato, il quale non sarebbe stato (ri)conoscibile al momento della dichiarazione a causa del diverso stato di avanzamento delle scienze mediche e biologiche¹⁵².

Per altro profilo immeritevole di condivisione appare anche la tesi¹⁵³ che subordina la rettificazione anagrafica della persona interses-

sive», P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, spec. p. 175.

¹⁴⁸ App. Bari, 22 marzo 1962, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1033 e in *Riv. dir. proc.* 1962, p. 492, con nota critica di CARNELUTTI, *Rettificazione del sesso*; Trib. Taranto, 28 gennaio 1974, in *Dir. fam.*, 1974, p. 459; Trib. Roma, 13 febbraio 1975, *ivi*, 1975, p. 188.

¹⁴⁹ Analizzavano in termini critici il concetto di *status* applicato a caratteri personali già ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, I, Milano 1957, p. 116, spec. nota 185; RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 215; IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova 1990, p. 33. Assai critico in merito al fondamento e alla validità della categoria in discorso anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, cit., p. 247 ss.

¹⁵⁰ Ne dà conto CARDACI, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 688 ss.

¹⁵¹ CARDACI, *op. loc. ult. cit.* Si tratta di una procedura amministrativa che consente di rettificare un atto di stato civile viziato a causa di un errore materiale nel quale sia incorso il pubblico ufficiale o il denunciante.

¹⁵² In relazione all'evoluzione delle stesse in merito al tema che ci occupa v. *retro*, par. 1, 5 e 6. In merito ad un caso specifico nel quale la diagnosi di intersessualità era stata fatta contemporaneamente alla nascita e, di riflesso, l'istanza ex art. 95 d.P.R. cit., era stata presentata poche settimane dopo il parto v. Trib. Bologna, decr., 25 novembre 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2009, con nota di A. Costanzo.

¹⁵³ DOGLIOTTI, *Transessualismo (profili giuridici)*, in *Noviss. dig. it.*, App., VII, Torino, 1987, p. 789; ID., *Il mutamento di sesso: problemi vecchi e nuovi. Un primo esame della nuova normativa*, in *Giust. civ.* 1982, p. 469; LA FARINA, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, p. 341. Di recente, sul presupposto che il sesso anagrafico sia da considerare unicamente

suale al complesso procedimento disciplinato dagli artt. 1 ss., l. n. 164 cit. così come novellato dall'art. 31, d.lg. 1 settembre 2011, n. 150¹⁵⁴. Questo indirizzo ermeneutico si fonda sulla circostanza che la l. n. 164 cit. detti genericamente «norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso» le quali – in difetto di contraria specificazione legislativa – sarebbero applicabili alle persone (non soltanto transessuali, ma anche) intersessuali¹⁵⁵.

L'orientamento in parola, tuttavia, non appare del tutto convincente. Da un lato, infatti, argomenta a partire dal disposto dell'art. 12 disp. prel. c.c. sì da trascurare irragionevolmente che la condizione della persona intersessuale è strutturalmente differente da quella transessuale¹⁵⁶: la prima è caratterizzata dalla presenza di connotati (cromosomico-genetici, gonadici o fenotipici) non riconducibili al sesso né maschile né femminile, la seconda è connotata da un disallineamento, avente natura eminentemente psichica, tra aspetto oggettivo e soggettivo dell'identità di genere¹⁵⁷. Dall'altro lato, si evidenzia che l. n. 164 cit. è teleologicamente orientata a disciplinare un'autorizzazione giudiziale a sottoporsi ad un intervento chirurgico di «adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento chirurgico»¹⁵⁸ (ex art. 31, comma 4, d.lg. n. 150 cit.) o, comunque, a consentire la rettificazione dell'attribuzione di sesso «a seguito di intervenute modificazioni dei [...] caratteri sessuali» (art. 1, comma

una proiezione del sesso psichico, v. VIAGGIANI, *Appunti per una epistemologia del sesso anagrafico*, cit., p. 39.

¹⁵⁴ In giurisprudenza v. Cass., 20 giugno 1983, n. 515, in *Giust. civ.*, 1983, p. 3242, con nota di FINOCCHIARO, *I transessuali di nuovo innanzi alla Corte costituzionale*; Trib. Pisa, 20 gennaio 1984, in *Foro it.*, 1984, c. 1982 e in *Giust. civ.*, 1985, p. 2066; Trib. Macerata, 12 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1985, c. 195. V. anche Trib. Bari, 25 giugno 2012, n. 2295, cit., che ha riconosciuto il risarcimento del danno patrimoniale sopportato dai genitori del neonato per aver dovuto avviare il «giudizio ex l. 164/1982».

¹⁵⁵ CERINO CANOVA, *Degli atti dello stato civile*, in Cian, Oppo e Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Padova, 1992, p. 758.

¹⁵⁶ A proposito dei limiti (storici e sistematici, oltre che metodologici) insiti nella prospettiva che attribuisce valore ermeneutico all'art. 12 disp. prel. c.c. v., almeno, P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica: l'interpretazione c.d. adeguatrice*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss. e P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, cit., spec. p. 233 ss.

¹⁵⁷ V., sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, pp. 43 ss., spec. 48 s., il quale riprende e sviluppa quanto già evidenziato, prima dell'entrata in vigore della l. n. 164 del 1982, in ID., *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. giur.*, 1970, p. 830 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, PERLINGIERI e STANZIONE, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, *passim* e P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 149 ss.

¹⁵⁸ In argomento v. WINKLER, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*, in *Giur. merito*, 2012, p. 570 ss.

1, l. 164 cit.). Si tratta eventualità che, come appare evidente, nel caso concreto possono non attagliarsi alla condizione di una persona intersessuale.

10. Osservazioni conclusive.

Le presenti note intendono fornire un – inevitabilmente parziale – contributo relativo al rapporto tra sistema italo-europeo e problemi giuridici delle persone intersessuali¹⁵⁹.

Appare del tutto verosimile ritenere che tale questione, a breve, interesserà direttamente anche l'interprete italiano: sono attualmente pendenti davanti alla Corte di Strasburgo due ricorsi che vertono sull'applicabilità alle persone intersessuali di diverse disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁶⁰. È noto che il precedente della Corte Edu non è vincolante per le Corti dei Paesi membri ma esso è certamente dotato di specifica forza di convincimento oltre che di particolare autorevolezza¹⁶¹.

Sotto distinto profilo, la tutela della dignità delle persone intersessuali appare suscettiva di arricchire il dibattito sull'identità sessuale e di genere in seno alla letteratura civilista nazionale.

Alla base del problema degli stati intersessuali è la richiesta di ottenere l'indicazione specifica di un sesso, alla nascita o in un periodo successivo, in base ad un criterio non di prevalenza e ma di effettiva congruenza con il dato di realtà (anche al costo di scardinare il retaggio consuetudinario del binarismo sessuale)¹⁶². Proprio l'aderenza al

¹⁵⁹ Il riferimento, non nascosto, è alla ricerca di D'ADDINO SERRAVALLE, PERLINGIERI e STANZIONE, *op. cit.*, p. 10 ss. alla quale va attribuito il merito di aver indagato e messo in luce il trattamento deteriore che l'ordinamento tributava – ancora all'indomani di Corte cost., 26 luglio 1979, n. 98, *Foro it.*, 1979, c. 1929 s. – alla persona transessuale intenzionata a vivere in modo conforme alla propria identità di genere.

¹⁶⁰ Il primo ha per oggetto la presunta violazione degli artt. 8 e 14 Conv. Edu da parte della Francia, le autorità amministrative della quale hanno rifiutato di modificare in «neutrale/intersex» la dicitura «maschile» attribuita alla nascita al ricorrente, maggiorenne intersessuale, v. Corte edu, 8 luglio 2020, ric. n. 76888 del 2017 (caso Y c. Francia). La Repubblica transalpina compare come convenuta anche nel secondo ricorso¹⁶⁰, il quale assume violati gli artt. 3 e 6 Conv. Edu per non aver la Francia attuato ogni misura necessaria a proteggere il minore intersessuale ricorrente da trattamenti di “normalizzazione” genitale perpetrati da soggetti terzi, Corte edu, 22 settembre 2020, ric. n. 42821 del 2018 (caso M c. Francia).

¹⁶¹ SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 2012, p. 1 ss.; ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 29 ss.; CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quest. giust.*, 2018, pp. 102-111; ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice “a quo” in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 861 ss.

¹⁶² PEZZINI, *La condizione intersessuale in Italia*, cit., p. 454.

pieno riconoscimento dell'oggettiva conformazione corporea di queste persone (e della dignità che ad essa è dovuta) potrebbe rappresentare, anche nel sistema italo-europeo, ulteriore argomento per ammettere l'indicazione "in positivo" sui registri dello stato civile di un genere specifico riservato alle persone con D.S.D. Si tratta di un'ipotesi che, nel restituire un sistema di registrazione anagrafica maggiormente aderente alla realtà dei fatti, potrebbe anche garantire adeguatamente l'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici¹⁶³. In alternativa il legislatore potrebbe intervenire sia rimuovendo l'obbligo di indicare il sesso del neonato (in assoluto o soltanto nell'imminenza della nascita) sia dettando una nozione specifica (e ragionevole) alla luce della quale interpretare il lemma «sesso» di cui all'art. 30, d.P.R. n. 396 del 2000.

¹⁶³ Coglie correttamente il punto VENTURELLI, «Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso, in *Pers. merc.*, 2021, p. 342 s.: «Non si può infatti escludere che l'interessato, anziché limitarsi a prendere in esame la direzione dell'intervento, cioè il carattere sessuale cui attribuire prevalenza con un adattamento chirurgico ancora ispirato alla bipartizione tra uomo e donna, decida, più semplicemente, di evitare qualsivoglia intervento, permanendo in una situazione a ben vedere priva di ambiguità perché connotata dalla commistione di caratteri sessuali che, non dovendo assumere alcun rilievo giuridico, ben potrebbero coesistere o tutt'al più rappresentare una valida giustificazione per l'attribuzione di un'identità sessuale "neutra"».

LUCA DI NELLA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Parma

SMART CONTRACT, BLOCKCHAIN E INTERPRETAZIONE DEI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. *Smart contract e distributed ledger technologies (DLT)*. – 2. Significato e applicazioni degli *smart contract*, delle *DLT* e delle *blockchain*. – 3. La regolamentazione degli *smart contract* e delle *DLT* nel diritto interno e comparato. – 4. La rilevanza privatistica delle *blockchain*. – 5. Gli *smart contract* nel diritto dei contratti: dichiarazioni di volontà automatizzate, dichiarazioni autonome, perfezionamento ed esecuzione del contratto. – 6. Gli *smart contract* e l'interpretazione dei contratti. – 7. Le tradizionali teorie dell'interpretazione del negozio. – 8. L'interpretazione del regolamento di interessi tra volontà e dichiarazione. – 9. L'interpretazione degli *smart contract* nell'ambiente normativo del mercato digitale unico. – 10. Conclusioni. L'interpretazione e la decisione quali attività umane.

1. Smart contract e distributed ledger technologies (DLT).

Da qualche tempo l'attenzione dei giuristi si sta concentrando sugli *smart contract* e sulle *blockchain*¹. Si discute delle possibilità, dei vantaggi e delle questioni giuridiche legate all'utilizzo degli *smart*

¹ Questo scritto è il frutto della rielaborazione ed approfondimento della relazione presentata al *XV° Congreso Internacional de Derecho Privado*, svoltosi il 4, 5 e 6 ottobre 2019 a Punta del Este, Uruguay.

contract, già esistenti da molti anni², e del sistema *blockchain*, ‘invenzione’ presentata nel 2008³ che è sempre più spesso utilizzata, tra l’altro, per l’implementazione dei primi in ragione della autonomia

² Il concetto di *smart contract* è stato elaborato dall’informatico statunitense Nick Szabo (SZABO, *Smart contracts: building block for digital markets*, in *Phonetic Sciences Amsterdam* 1996, in http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter-school2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html; ID., *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 1997, 2, n. 9 - 1 September 1997, in <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>), il quale suggerì che, traducendo clausole contrattuali in codici e incorporandole in *hardware* o *software* in grado di autoapplicarle, era possibile ridurre al minimo la necessità di intermediari tra le parti e il verificarsi di eccezioni dannose o accidentali; in argomento, v. PERUGINI, *Distributed Ledger e sistemi di blockchain. Digital currency, smart contract e altre applicazioni*, Vicalvi, 2018, p. 29 ss., spec. 33 ss. Negli anni ‘90, prima ancora che si parlasse di *smart contract*, inizia a essere diffusa la pratica del c.d. ‘assemblaggio di documenti legali’: si tratta di alcuni *software* che possono assemblare i documenti legali. Il risultato che si voleva raggiungere era quello di ridurre al minimo l’immissione di dati, ridurre il tempo speso per la redazione dei documenti e ridurre al minimo l’errore umano. Il *software* utilizzato per l’automazione dei documenti estrae le informazioni giuridiche attraverso un questionario che viene generato dal sistema stesso, che, poi, restituisce il documento agli utenti. Con il passare del tempo sono stati utilizzati *software* sempre più avanzati, fino ad arrivare a discorrere di *smart contract*.

³ SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash Sistem*, del 2008, in <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, e nella versione italiana ID., *Bitcoin: un sistema di moneta elettronica peer-to-peer*, in https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_it.pdf. Nel novembre del 2008 Satoshi Nakamoto (pseudonimo dell’inventore di cui non si conosce l’identità) pubblicò il protocollo Bitcoin su *The Cryptography Mailing list* sul sito *metzdowd.com*. Nel 2009 ha distribuito la prima versione del software client e successivamente ha contribuito al progetto in via anonima insieme ad altri sviluppatori, per ritirarsi dalla comunità di Bitcoin nel 2010 (v. in proposito, v. PERUGINI, *Distributed Ledger e sistemi di blockchain*, cit., p. 36 ss.). Va ricordato che nel 1991 Stuart Haber e Walter Scott Stornetta (HABER e STORNETTA, *How to time-stamp a digital document*, in *Journal of Cryptology*, 1991, p. 99 ss.) hanno lavorato alla prima catena di blocchi protetta da crittografia. Nel 1992 gli stessi Haber e Stornetta, incorporano i *Markle tree* (struttura schematica ad albero) alla *blockchain*, realizzando così un miglioramento dell’efficienza del sistema nel raccogliere più documenti in un unico blocco. Dal 1993 al 2008 la tecnologia *blockchain* rimane solo un’idea di difficile applicazione: il potenziale era già chiaro, ma l’applicazione pratica restava ancora un’incongnita.

ed immodificabilità dei processi in esso programmati. Grazie a queste caratteristiche vengono, in particolare, utilizzati gli *smarts contract* operanti autonomamente in quanto indipendenti da influssi di terzi. Si tratta di nuove tecnologie destinate a cambiare la realtà⁴.

In Italia il dibattito civilistico sul tema specifico si sta sviluppando⁵ nel quadro della ricchezza dei contributi sul tema dei contratti

⁴ A tal riguardo, il Parlamento Europeo ha pubblicato il documento EPRS - BOUCHER, *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita. Analisi approfondita*, Bruxelles, febbraio 2017, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_IT.pdf), in cui si riconosce che «le blockchain rappresentano una modalità particolarmente trasparente e decentralizzata per la registrazione di elenchi di transazioni» e si analizza quali possano essere gli utilizzi concreti oltre la registrazione di criptovalute, quali quelli nel settore dei brevetti, della gestione dei diritti dei contenuti digitali, del voto elettronico, degli *smart contract*, delle catene di approvvigionamento, dei servizi pubblici e delle organizzazioni autonome decentralizzate.

⁵ In letteratura, tra gli altri, v. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, p. 19 ss.; FINOCCHIARO e BOMPRESZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *Riv. dir. media*, 2020, 2, (<http://www.medialaws.eu/rivista/a-legal-analysis-of-the-use-of-blockchain-technology-for-the-formation-of-smart-legal-contracts/>), p. 1 ss.; PERNICE, *Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, in *Tecn. dir.*, 2020, 2, p. 490 ss.; BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in www.judicium.it/contratto-intelligente-questioni-diritto-civile/, 2020; REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive di indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, in *ODCC*, 2020, p. 189 ss.; GIACCAGLIA, *Gli Smart Contracts. Vecchi e nuovi(?) paradigmi nella prospettiva della protezione dei consumatori*, in www.dimt.it/wp-content/uploads/2020/08/Giaccaglia-SmartContracts-completo.pdf; Id., *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 944 ss.; PERUGINI, *Distributed Ledger e sistemi di blockchain*, cit., p. 29 ss.; BATTAGLINI e GIORDANO (a cura di), *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Milano, 2019; PARDOLESI e DAVOLA, «Smart contract»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 195 ss.; DI SABATO, *Gli Smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 378 ss.; v. anche RUNDO e CONOCI, *Tecnologia "blockchain": dagli smart contracts allo smart driving*, in *SeG III MMXVII* (www.sicurezzaegiustizia.com, 2017, III).

informatici⁶; anche in altre esperienze sembra ampiamente acceso⁷. Sembra dunque opportuno, in primo luogo, procedere con una rapida

⁶ In letteratura, per tutti, v. Delfini e Finocchiaro (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014; Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2007; FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; PENNALISICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inf.*, 2004, p. 810 ss.; TOSI, *La conclusione dei contratti on-line*, in Id. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet (dall'E-Commerce all'E-Business)*, Milano, 2003, p. 101 ss.; DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; RICCIUTO e ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economia*, diretto da Galgano, XXVII, Padova, 2002; GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, Napoli, 2000; DELFINI, *Il commercio elettronico*, in Vaccà (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 1999, p. 27 ss.; FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXII, Padova, 1997; GIANNANTONIO, *Diritto dell'informatica*, Milano, 1997; ID., *Manuale di diritto dell'informatica*, 1994, Padova; BORRUSO, *Computer e diritto*, II, *Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988; PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987; CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985.

⁷ Nella letteratura di lingua tedesca, v. BRÄGELMANN e KAULARTZ (a cura di), *Rechtshandbuch Smart Contracts*, München, 2019; M. FRIES e B.P. PAAL (a cura di), *Smart Contracts*, Tübingen, 2019, p. 1 ss.; SCHUHMACHER e FATALIN, *Compliance-Anforderungen an Hersteller autonomer Software-Agenten. Fünf Grundprinzipien für gesetzliche Instrumente*, in *Computer und Recht*, 2019, p. 200 ss.; VORPEIL, *Digitalisierung der Außenhandelfinanzierung - Neue ICC-Richtlinien zur elektronischen Vorlage von Dokumenten bei Akkreditiven und Imkassi - Teil I*, in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2019, 32, p. 1469 ss.; WEIß, *Potenziale und Risiken der Blockchain Technologie im Bankenbereich*, München, 2018; ZIMMERMANN, *Blockchain-Netzwerke und Internationales Privatrecht oder: der Sitz dezentraler Rechtsverhältnisse*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2018, 6, p. 566 ss.; SPINDLER, *Gesellschaftsrecht und Digitalisierung*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2018, p. 17 ss.; HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, in *NJW*, 2018, p. 504 ss.; LINARDATOS, *Smart Contracts – einige klarstellende Bemerkungen*, in *Kommunikation & Recht*, 2018, p. 85 ss.; SÖBBING, *Smart Contracts und Blockchain-Technologie. Definition, Arbeitsweise, Rechtsfragen*, in *IT-Rechts-Berater*, 2018, p. 43 ss.; PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB. Viel Lärm um nichts?*, in *ZfPW*, 2018, p. 431 ss.; ID., *Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung. Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen?*, in *Computer und Recht*, 2017, p. 769 ss.; SATTLER, *Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht*, in *Betriebsberater*, 2018, p. 2243 ss.; MÜLLER, *Bitcoin, Blockchain und Smart Contracts. Technische Grundlagen und mögliche Anwendungsbereiche in*

der Immobilienwirtschaft, in *Zeitschrift für Immobilienrecht*, 2017, p. 600 ss.; SCHREY e THALHOFER, *Rechtliche Aspekte der Blockchain*, in *NJW*, 2017, p. 1431 ss.; BÖRDING, JÜLICHER, RÖTTGEN e VON SCHÖNFELD, *Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht: Praxis und Rechtsdogmatik*, in *Computer und Recht*, 2017, p. 134-140; BUCHLEITNER e RABL, *Blockchain und Smart Contracts*, in *ecolex*, 2017, p. 4 ss.; DJAZAYERI, *Rechtliche Herausforderungen durch Smart Contracts*, in *jurisPR-BKR*, 2016, 12, no. 1; JACOBS e LANGEHAUSSTEIN, *Blockchain und Smart Contracts: zivil- und aufsichtsrechtliche Bedingungen*, in *IT-Rechts-Berater*, 2017, p. 10 ss.; JÜNEMANN e KAST, *Rechtsfragen beim Einsatz der Blockchain*, in *Kreditwesen*, 2017, p. 531 ss.; MANN, *Die Decentralized Autonomous Organization – Ein neuer Gesellschaftstyp? Gesellschaftsrechtliche und kollisionsrechtliche Implikationen*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2017, p. 1014 ss.; KAULARTZ e HECKMANN, *Smart Contracts – Anwendung der Blockchain-Technologie*, in *Computer und Recht*, 2016, p. 618 ss.; KAULARTZ, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, in *Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht*, 2016, p. 201 ss.; ID., *Die Blockchain-Technologie: Hintergründe zur Distributed Ledger Technology und zu Blockchain*, in *Computer und Recht*, 2016, p. 474 ss.; Gless e Seelmann (a cura di), *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden, 2016; TREIBER, *Aus der Praxis: Schuldscheindarlehen als Smart Contracts*, in *REthinking Law*, 2018, 1, p. 10 ss. Nella letteratura di lingua inglese, v. FINCK, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, 2019, p. 161 ss.; DUROVIC e JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, *European Review of Private Law*, 2018, p. 753 ss., e IDD., *The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?*, in https://www.researchgate.net/publication/327732779_The_Formation_of_Smart_Contracts_and_Beyond_Shaking_the_Fundamentals_of_Contract_Law, versione ampliata del primo lavoro; BOURQUE e FUNG LING TSUI, *A Lawyer's Introduction to Smart Contracts*, in *Lask: Scientia Nobilitat*, 2014, p. 4 ss.; CASEY e NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, in *Journal of Corporation Law*, 2017, p. 1 ss.; CATCHLOVE, *Smart Contracts: A New Era of Contract Use*, scaricabile dal sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226; FINCK, *Blockchains: Regulating the Unknown*, in *German Law Journal*, 2018, 19, p. 665 ss.; GUGGENHEIM, *The Potential of Blockchain for the Conclusion of Contracts*, in SCHULZE, STAUDENMEYER e LOHSE (a cura di), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Baden-Baden, 2017, p. 83 ss.; DE FILIPPI e WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Role of the Code*, Cambridge, 2018; HSIAO, *Smart Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law*, in *US-China Law Review*, 2017, p. 685 ss.; MIK, *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*, in *Journal of Law, Innovation and Technology (JLIT)*, 2017, p. 269 ss.; O'SHIELDS, *Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain*, in *North Carolina Banking Institute*, 2017, p. 177 ss.; PAECH, *The Governance of Blockchain Financial Networks*, in

analisi degli *smart contract* e delle *blockchain*, per passare successivamente alla individuazione della rilevanza giuridica, in particolare alla luce del diritto dei contratti, e delle questioni collegate alla interpretazione dei negozi giuridici formati e/o eseguiti tramite i predetti strumenti. Il tutto, consentirà di formulare delle riflessioni sull'impatto della *Legal Tech* nel mondo del diritto e sulla giustizia.

2. *Significato e applicazioni degli smart contract, delle DLT e delle blockchain.*

Non ostante il nome con cui sono diffusamente chiamati, gli *smart contract* non sono contratti⁸, bensì programmi informatici che automaticamente agevolano, controllano o fanno rispettare la negoziazione o l'esecuzione di un contratto; di solito, hanno anche una

Modern Law Review, 2017, p. 1072 ss.; PERUGINI e DAL CHECCO, *Smart Contracts: A Preliminary Evaluation*, scaricabile dal sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729548; RASKIN, *The Law and Legality of Smart Contracts*, in *Georgetown Technology Review*, 2017, p. 305 ss.; REYES, *Conceptualizing Cryptolaw*, in *Nebraska Law Review*, 2017, p. 384 ss.; RYAN, *Smart Contract Relations in e-Commerce: Legal Implications of Exchanges Conducted on the Blockchain*, in *Technology Innovation Management Review*, 2017, p. 10 ss.; SAVELYEV, *Contract Law 2.0: «Smart» Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*, scaricabile dal sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241; SCHOLZ, *Algorithmic Contracts*, in *Stanford Technology Law Review*, 2017, p. 101 ss.; SKLAROFF, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, in *University Pennsylvania Law Review*, 2017, p. 263 ss.; WERBACH e CORNELL, *Contracts Ex Machina*, in *Duke Law Journal*, 2017, p. 313 ss.; WERBACH, *Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, in *Berkley Technological Law Journal* (forthcoming, 2018), scaricabile dal sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Nella letteratura di lingua olandese, TJONG TJIN TAI, *Juridische aspecten van blockchain en smart contracts*, in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2017, p. 563 ss.; ID., *Smart contracts en het recht*, in *Nederlands Juristenblad*, 2017, p. 176 ss.

⁸ Li definiscono contratti invece il Prof. Dr. H. Eidenmüller nell'intervista intitolata *Roboter agieren wie Menschen*, pubblicata in *FAZ Woche*, 22/2017, S. 55 (anche scaricabile dal sito http://www.horst-eidenmueller.de/upload/faz_22-2017_54.pdf): «Smart Contracts [...] sind Verträge, die unter Einsatz von künstlicher Intelligenz geschlossen werden»; DJAZAYERI, *Rechtliche Herausforderungen durch Smart Contracts*, cit., in nota 1 discorre di «internetbasierte Verträge».

interfaccia utente e spesso simulano la logica delle clausole contrattuali⁹. Il carattere *smart* è rappresentato dal fatto che le parti raggiungono un accordo sulle clausole contrattuali e sui tempi sfruttando la logica *If This - Then That (IFTTT)*, per la quale se si verifica un presupposto (*this*) allora consegue un risultato (*that*). Per il resto, lo *smart contract* ha la capacità di far rispettare le proprie clausole ed entrare in esecuzione senza il supporto di una parte esterna. Pertanto, gli *smart contracts* possono svolgere diverse funzionalità nell'intera vicenda contrattuale¹⁰.

In generale, detti programmi possono rappresentare un contratto concluso secondo le regole generali e/o porre in essere automaticamente, secondo determinati dati, processi giuridicamente rilevanti di esecuzione del contratto (ad es., pagamenti, accesso ad un bene, spedizione di merci ecc.), evitando così in via preventiva anche inadempimenti contrattuali¹¹.

⁹ Cfr., PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 433 s.; BRÄGELMANN, *Incomplete Contracts: Eine Sisyphusaufgabe für Legal Tech-Fans*, in *REthinking Law*, 2018, 1, p. 34 ss.; KAULARTZ e HECKMANN, *Smart Contracts - Anwendung der Blockchain-Technologie*, cit., p. 618.

¹⁰ Per una comprensione più agevole dei meccanismi posti alla base degli *smart contract*, è possibile scomporre il processo di formazione di questo tipo di contratto in sei passaggi chiave: «1. Due o più parti identificano un interesse comune. 2. Scrivono insieme uno smart contract ponendo le condizioni e gli effetti desiderati. 3. Inseriscono lo smart contract nella Blockchain prescelta. 4. La stessa Blockchain diventa il garante del contratto. 5. Quando nella rete si ottiene il consenso, il contratto “esegue” le sue condizioni. 6. Dopo che le condizioni sono state eseguite, la Blockchain verrà aggiornata dalla modifica di stato del sistema».

¹¹ Secondo SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, cit., «*The basic idea behind smart contracts is that many kinds of contractual clauses (such as collateral, bonding, delineation of property rights, etc.) can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of contract expensive (if desired, sometimes prohibitively so) for the breacher. A canonical real-life example, which we might consider to be the primitive ancestor of smart contracts, is the humble vending machine. Within a limited amount of potential loss (the amount in the till should be less than the cost of breaching the mechanism), the machine takes in coins, and via a simple mechanism, which makes a freshman computer science problem in design with finite automata, dispense change and product according to the displayed price. The vending machine is a contract with bearer: anybody with coins can participate in an exchange with the vendor. The lockbox and other security mechanisms protect the*

Uno *smart contract* può essere anche programmato in modo da reagire a violazioni del contratto digitalmente accertabili, ad esempio tramite ripetizione parziale del pagamento in caso di ritardo nell'esecuzione della prestazione o di esecuzione parzialmente scorretta, oppure tramite lo spegnimento di apparecchi messi a disposizione della controparte o la limitazione dell'accesso o dell'utilizzo di beni (c.d. *smart lock*) in caso di ritardo del pagamento o di scadenza del termine contrattuale.

Inoltre, gli *smart contract* possono essere strumenti per rendere dichiarazioni di volontà negoziali o per porre in essere comportamenti concludenti e atti reali o materiali¹².

Infine, gli *smart contract* possono anche concludere dei contratti, così come accade per i distributori automatici: anche in tal caso non sarebbero dei negozi giuridici, dovendosi piuttosto discorre di *software-agenti* automatici¹³.

L'importanza degli *smart contract* sta attualmente crescendo a seguito della diffusione dei processi di digitalizzazione e di messa in rete di attività e di beni nel pubblico e nel privato: per le imprese, ad

stored coins and contents from attackers, sufficiently to allow profitable deployment of vending machines in a wide variety of areas». Pertanto, la *vending machine* (distributore automatico) sarebbe il prototipo primitivo degli *smart contracts* e il fenomeno della 'automatizzazione' dei contratti non sarebbe quindi nuovo.

¹² In tal senso, cfr. PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 434.

¹³ V., HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 505 s.; LINARDATOS, *Smart Contracts – einige klarstellende Bemerkungen*, cit., p. 88 s. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contr. impr.*, 2002, II, p. 465 ss., definiva detti programmi (detti anche agenti digitali, elettronici, o informatici) come programmi informatici capaci di azione autonoma in ambienti complessi, caratterizzati da alcune attitudini tipiche, che concorrono, in misura variabile e in diverse combinazioni, a costituire la loro capacità di azione: la reattività al proprio ambiente (adeguano il proprio comportamento agli stimoli forniti dal contesto nel quale operano), la pro-attività (assumono iniziative per realizzare i propri obiettivi), la persistenza (la loro esecuzione si protrae nel tempo) la capacità d'interazione comunicativa e strategica (inviano e ricevono messaggi, e adeguano il proprio comportamento a quello dei partner), l'intelligenza (sono in grado di acquisire ed elaborare conoscenze, e di apprendere dall'esperienza), la flessibilità (sono in grado di affrontare situazioni complesse ed imprevedibili), la mobilità (possono spostarsi nell'ambiente, al fine di individuare le risorse di cui abbisognano e i partner con cui collaborare).

esempio, la negoziazione di titoli, gli ordinativi di merce ecc.; per i privati, ad esempio, gli acquisti o le locazioni di immobili, auto o altri mezzi per brevi periodi effettuati tramite delle applicazioni, oppure il collegamento alla rete di determinate cose, come le serrature di appartamenti o stanze di albergo e i ‘lucchetti’ di mezzi di trasporto – c.dd. *smart lock* –, di frigoriferi per ordinare generi alimentari o richiedere interventi tecnici, discorrendosi in tali ultimi casi dell’oramai celebre fenomeno dell’*internet* delle cose (*Internet of Things*).

In ragione di siffatta rapida evoluzione e del crescente bisogno di automazione, agli *smart contract* è potenzialmente aperto un gran numero di possibili impieghi digitali rispetto a valori patrimoniali che sono oggetto della prestazione o della controprestazione di un contratto o di prestazioni risarcitorie o compensative in caso di inadempimento¹⁴. In particolare, è incrementata la loro applicazione insieme alla *distributed ledger technology* (strutture di banche dati diffuse che pubblicamente e decentralmente registrano la sequenza delle transazioni, abbreviate in *DLT*), quindi anche con l’ambiente operativo di una *blockchain*¹⁵. Nel novero degli ambiti di applicazione delle *DLT*, anche sulla scorta di quanto riconosciuto in uno studio del *Financial Stability Board*¹⁶, lo stesso Parlamento Europeo ha in più occasioni evidenziato come uno degli ambiti di maggior impatto dell’utilizzo delle tecnologie *DLT* possa essere rappresentato proprio dagli *smart contract*. Sia nel *paper* del febbraio 2017, sia nella risoluzione del 3 ottobre 2018, il Parlamento Europeo ha riconosciuto che «i contratti intelligenti sono un elemento importante abilitato dalle *DLT* e possono fungere da fattori chiave delle applicazioni decentralizzate».

¹⁴ PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 435, riportano un esempio di uso degli *smart contracts* nella *sharing economy* e uno nell’*e-commerce*.

¹⁵ V., in proposito, SPINDLER, *Gesellschaftsrecht und Digitalisierung*, in *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, cit., p. 44; DE FILIPPI e WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Role of the Code*, cit., p. 13 ss.

¹⁶ FINANCIAL STABILITY BOARD, *Financial Stability Implications from FinTech. Supervisory and Regulatory Issues that merit Authorities’ attention*, 27 June 2017.

È alle *DLT* che va ora rivolta l'attenzione. La locuzione *distributed ledger technologies* (tecnologie a registri distribuiti), indica infatti un insieme di protocolli che permettono ad una rete composta da nodi di attori di pari entità (*peer nodes*) di gestire un registro, o *ledger*, sincronizzato tra i partecipanti grazie all'utilizzo della crittografia e senza necessità di un unico nodo centrale che si occupi della gestione e del controllo del registro.

Le *DLT* abilitano la possibilità di gestire un registro in cui le evoluzioni dei dati custoditi siano condivise e controllate da più attori contemporaneamente. Un sottoinsieme di tali protocolli, indicato con il termine di *blockchain*, individua quei particolari protocolli nel quale l'evoluzione dei dati del registro è governata attraverso strutture a blocchi crittograficamente concatenati l'uno all'altro. In generale, e in via semplificata, una *blockchain* è una banca dati particolarmente sicura che effettua registrazioni di diversi dati e si differenzia da altre banche dati essenzialmente per l'utilizzo di diversi procedimenti crittografici e per la sua fondamentale autonomia e immodificabilità¹⁷. Siffatte caratteristiche trovano applicazione

¹⁷ Cfr. la definizione di *blockchain*, riferito alla criptovalute, elaborata dalla CONSOB: «Un *distributed ledger* o *blockchain* (quest'ultimo nome è in genere accomunato all'utilizzo del *bitcoin* e in italiano si traduce letteralmente in 'catena di blocchi') è un registro aperto e distribuito che può memorizzare le transazioni tra due parti in modo sicuro, verificabile e permanente. I partecipanti al sistema vengono definiti 'nodi' e sono connessi tra di loro in maniera distribuita. Nella sostanza è una lista in continua crescita di record, chiamati *block*, che sono collegati tra loro e resi sicuri mediante l'uso della crittografia. I dati in un blocco sono per loro natura immutabili (non possono essere retroattivamente alterati senza che vengano modificati tutti i blocchi successivi ad esso; per fare ciò, dati la natura del protocollo e lo schema di validazione, servirebbe il consenso della maggioranza della rete). La natura distribuita e il modello cooperativo rendono particolarmente sicuro e stabile il processo di validazione, pur dovendo ricorrere a tempi e costi non trascurabili, in gran parte riferibili al prezzo dell'energia elettrica necessaria per effettuare la validazione dei blocchi (questo nel caso della *Blockchain* del *bitcoin*) e alla capacità computazionale necessaria per risolvere complessi calcoli algoritmici (attività che viene comunemente definita come '*mining*'). L'autenticazione avviene tramite la collaborazione di massa ed è alimentata da interessi della comunità. La *Blockchain* è un registro pubblico delle transazioni *Bitcoin* in ordine cronologico. È utilizzata per memorizzare in modo permanente le transazioni *Bitcoin* e per prevenire il fenomeno del cosiddetto '*double spending*' (per evitare che

possa spendere i *bitcoin* più di una volta nello stesso momento). Come già osservato, la *Blockchain* è un insieme di blocchi fra loro concatenati: ogni blocco è identificato da un codice, contiene le informazioni di una serie di transazione, e contiene il codice del blocco precedente, così che sia possibile ripercorrere la catena all'indietro, fino al blocco originale (una sorta di DNA delle transazioni *Bitcoin*). Tutti i nodi della rete memorizzano tutti i blocchi e quindi tutta la *Blockchain*», in <http://www.consob.it/web/investor-education/cryptovalute>. Cfr. anche la definizione del *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (abbreviato in *BaFin*, autorità federale pubblica e indipendente per la supervisione del settore finanziario, soggetta alla stretta vigilanza tecnica e legale del Ministero Federale della Finanza tedesco): «*Blockchains sind fälschungssichere, verteilte Datenstrukturen, in denen Transaktionen in der Zeitfolge protokolliert, nachvollziehbar, unveränderlich und ohne zentrale Instanz abgebildet sind. Mit der Blockchain-Technologie lassen sich Eigentumsverhältnisse direkter und effizienter als bislang sichern und regeln, da eine lückenlose und unveränderliche Datenaufzeichnung hierfür die Grundlage schafft*», in https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/FinTech/Blockchain/blockchain_node.html. RUNDO e CONOCI, *Tecnologia "blockchain": dagli smart contracts allo smart driving*, in *SeG III MMXVII* (<https://www.sicurezzaegiustizia.com>, 2017) forniscono questa descrizione della *blockchain*: «L'infrastruttura *blockchain* può essere descritta semplicemente come una rete globale di dispositivi interconnessi (nodi) e nella quale è opportunamente memorizzato un registro digitale pubblico condiviso (denominato in gergo "*Global Distributed Ledger*") il quale è riprodotto opportunamente su ciascuno dei dispositivi-nodi. Pertanto, all'interno della rete *blockchain* è memorizzato un notevole quantitativo di dati distribuito opportunamente tra i vari *records* informativi presenti su ciascun dispositivo-nodo. Tali *records* sono in continua evoluzione sia in relazione al loro numero che in relazione all'informazione in essi contenuta. L'elevata sicurezza dei dati memorizzati nella *blockchain* è garantita dal meccanismo di funzionamento, di fatto estremamente innovativo. Elemento chiave del funzionamento della *blockchain* è la tecnica di memorizzazione dei dati: una copia dell'intero registro della *blockchain* (*ledger*) è memorizzata su ciascun dispositivo-nodo partecipante. Ogni record informativo del *ledger* memorizzato su un dispositivo-nodo è composto dalle seguenti due parti: transazioni: includono i dati in un formato prestabilito; blocchi: questi dettagliano il flusso di operazioni sulle transazioni, in opportuno ordine temporale. Ogni blocco include un codice *hash* di sicurezza. Le transazioni sono generate dai partecipanti alla rete *blockchain* in relazione all'utilizzo applicativo che intendono perseguire (*smart contracts*, accesso dati, comunicazione tra nodi remoti, trasmissione o invio dati o altro, etc.), mentre i blocchi sono generati da partecipanti speciali, i cosiddetti *miners* (letteralmente "minatori"), che utilizzano *software*, *hardware* specializzato e potenti algoritmi matematici per validare le transazioni e creare i blocchi. Quando una transazione digitale viene completata, viene inclusa in un raggruppamento di tran-

nell'ambiente *peer-to-peer*, ossia nel collegamento e comunicazione tra nodi paritari (*peer*) in una rete aperta o chiusa priva di una unità centrale di controllo o di archiviazione dei dati. Si possono configurare le più diverse tipologie di *blockchain* tra loro anche molto differenti, non esistendone quindi una unica tipologia¹⁸.

La principale caratteristica delle *blockchain*, rispetto alle *DLT*, è proprio che ciascun nodo della rete detiene una copia completa del registro contenente tutte le transazioni effettuate da tutti gli attori. Le *DLT* che non rientrano in questa definizione di *blockchain*, invece, non sono basate su una struttura a blocchi e permettono quindi di creare sottogruppi di *data disclosure* dove ciascun nodo detiene solo una parte del registro delle transazioni, ovvero quelle in cui il nodo stesso è originatore o ricevente, per garantire maggiore *privacy* tra i partecipanti.

Si può quindi affermare che mentre nelle *DLT*, diversamente dai registri centralizzati (i classici *database*), il controllo dell'evoluzione dei dati è condiviso tra alcuni partecipanti della rete, nelle

sazioni (blocco) opportunamente criptato (di solito vengono raggruppati più blocchi ad intervalli di tempo regolari, tipicamente 10 minuti) e diffusa nell'intera *blockchain* dove sarà validata dai *miners*, mediante opportuni algoritmi matematici alquanto complessi. Ad ogni blocco validato dai *miners* viene assegnata (sempre mediante un algoritmo complesso) una c.d. marca temporale (*Timestamp*). Ogni blocco validato con marca temporale, sarà aggregato agli altri blocchi in una catena lineare, cronologicamente ordinata e sempre aggiornata, dunque, sarà inviato a tutta la *blockchain*: in tal modo ogni dispositivo-nodo della *blockchain* conterrà una copia di questi blocchi in un registro distribuito (*ledger*). In tal modo la struttura della *blockchain* sarà decentralizzata e priva di un arbitro o di un server centrale di arbitraggio oltre che protetta da potenti algoritmi di crittografia. Queste caratteristiche rendono le transazioni della *blockchain* "autonome" nel senso che queste avvengano automaticamente senza l'intervento di intermediari. Se un *hacker* volesse violare un blocco della *blockchain*, dovrebbe violare tutti i blocchi costituenti la catena associata a quel blocco eseguendo delle azioni non autorizzate su ciascuno dei *ledgers* associati ad ogni dispositivo-nodo, il cui numero è di fatto sconosciuto a priori e può, ben essere, elevato rendendo praticamente e materialmente impossibile eseguire un cyber-attacco o un qualsivoglia tentativo di corruzione dati».

¹⁸ Così, PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 434; contra, WILSCH, *Die Blockchain-Technologie aus der Sicht des deutschen Grundbuchsrechts*, in *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2017, p. 761, sembra prendere le mosse da un concetto unitario.

blockchain, sottoinsieme delle *DLT*, il controllo dell'evoluzione dei dati tracciati nel registro è condiviso tra tutti i partecipanti della rete.

Una transazione è l'elemento chiave di una *blockchain*: è il modo con cui un generico attore (nodo) può richiedere una modifica al registro andandone ad alterare il contenuto. Il registro non sarà altro che il risultato di tutte le transazioni fatte da tutti i nodi dal momento esatto in cui è nata la *blockchain* fino al momento attuale in cui la si osserva.

In una *blockchain*, infatti, ciascun nodo ha una propria copia completa del registro delle transazioni. Il protocollo – ossia un insieme di regole che implementa una specifica *blockchain* – prevede che solo un nodo della rete per volta (e mai lo stesso) possa aggregare tutte le transazioni fatte dai nodi in un intervallo di tempo definito (a seconda della rete) in una struttura dati chiamata 'blocco'. Questo blocco viene legato crittograficamente al blocco precedente, includendo al suo interno l'impronta digitale (*hash*) dell'ultimo blocco disponibile sulla rete e successivamente viene inviato a tutti i partecipanti.

Ciascun nodo (o partecipante) andrà ad aggiornare il proprio registro locale sulla base delle transazioni presenti nel blocco ricevuto. In questo modo si ha la ragionevole certezza che tutti i nodi della rete abbiano, in locale, un registro perfettamente identico a quello degli altri partecipanti.

Questa tecnologia ha dei risvolti interessanti: volendo cambiare un'informazione inclusa nel registro attraverso una transazione passata, non esiste una copia centrale da alterare. Un ipotetico nodo malevolo dovrebbe cambiare tutti i registri di tutti i nodi della rete. Inoltre, cambiare l'informazione equivale a modificare il blocco passato, ma questa operazione ne cambia anche la sua impronta digitale, richiedendo la modifica (o il ricalcolo) anche del blocco successivo e di tutti gli altri blocchi della catena fino a quello attuale.

Questa riscrittura dell'intera catena può avvenire solo in alcuni tipi di *blockchain* e solo se tutti i nodi (o almeno la maggioranza) sono concordi nell'effettuarla. In alcuni casi questa operazione è improbabile: ad esempio nelle *blockchain* c.dd. *permissionless* (sia per lo pseudonimato dei partecipanti, sia per i disincentivi dovuti al

proof-of-work) la probabilità di riuscire a riscrivere i blocchi è prossima allo zero. In alcune *blockchain* c.dd. *permissioned*, invece, gli attori sono tutti noti, ma se il numero è sufficientemente elevato e la *governance* della rete tiene conto di alcuni aspetti, anche in questo caso la probabilità di effettuare una riscrittura potrebbe in teoria essere ridotta al minimo.

Per questo motivo alcune *blockchain*, ma non tutte, hanno una caratteristica molto interessante: le informazioni al loro interno sono immutabili e riconducibili ad un particolare istante nel tempo.

Ovviamente, ciò non comporta obbligatoriamente che le informazioni custodite in una *blockchain* siano automaticamente certificate: la semantica del dato non può essere verificata da questa tecnologia e dipenderà sempre dagli attori che inseriscono le informazioni e dai processi di controllo esterni alla *blockchain* e necessari a certificare il dato. Quello che però previene automaticamente la *blockchain* è la possibilità di modificare i dati *a posteriori*, permettendo (ed obbligando) all'attore che li fornisce di poterne reclamare la titolarità, ovvero certificando che un determinato attore ha effettuato quella specifica transazione in quel preciso momento.

Nell'ambito di una *blockchain* gli *smart contracts* assumono di regola la funzione di amministratore, potendo avviare processi programmati e determinare cambiamenti all'interno di banche dati: ad esempio, possono prelevare una determinata somma da un conto, diminuendone corrispondentemente il saldo, e accreditarla su un altro conto, aumentandone del medesimo importo il saldo, configurandosi in tal modo un pagamento. Se il trasferimento di valore riguarda un *token*, ossia una riproduzione di una unità di valuta oppure di una unità di valore come, ad esempio, *ether* quale *currency token* (o *coin*)¹⁹ o criptovaluta, all'interno di una rete o anche tra diverse

¹⁹ Per un inquadramento sistematico dei diversi tipi di *token* e di *coin* v., ZICKGRAF, *Initial Coin Offerings - Ein Fall für das Kapitalmarktrecht?*, in *Die Aktiengesellschaft*, 2018, p. 295 ss.; KLÖHN, PARHOFER e RESAS, *Initial Coin Offerings (ICOs). Markt, Ökonomik und Regulierung*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2018, p. 92, i quali affrontano il tema oggi centrale del diritto dei mercati finanziari, ossia se l'*Initial Coin Offerings* (chiamato anche *Token Sales*) è soggetto al predetto diritto e se debba essere regolato in modo specifico; KAULARTZ e MATZKE, *Die Tokenisierung des Rechts*, in *NJW*, 2018, p. 3279 ss.

blockchain, allora si discorre di transazione di *token*. Spesso si dimentica la semplicità di questa tecnica, giacché nella realtà non esiste il *token* quale moneta elettronica che viene trasferita in forma di pacchetto di dati: allo stato attuale, i *token* sono pure registrazioni in banche dati che annotano la cancellazione di un certo numero di *token* da un conto e il contemporaneo aumento di un altro per le corrispondenti unità.

Gli *smart contract*, quali protocolli di transazione computerizzata che eseguono i termini di un contratto, assumono oggi maggiore importanza nel contesto di diffusione di *DLT*, e di *blockchain* in particolare, dal momento che i termini dell'accordo sarebbero programmati nella forma di codici e di istruzioni, memorizzati in una *blockchain*, gli uni interdipendenti dagli altri.

È necessario, a questo punto, illustrare brevemente come la tecnologia *blockchain* si applichi a uno *smart contract* e come un contratto possa materialmente assumere una forma direttamente tecnologica, diversa dal linguaggio naturale.

Preliminarmente è utile sottolineare che l'intervento delle parti è ovviamente necessario al momento iniziale. Si può affermare che il cuore della struttura è composto da tre elementi principali: *account* (traducibile come identificazione delle parti), beni di cui si dispone (*asset*) e il contratto. Per *account*, si intende un indirizzo in grado di identificare una persona, un'entità o un gruppo di persone che andrà a interagire con il *DLT*. I beni sono sia materiali sia i servizi, fatture e unità di valore scambiate. Più genericamente, i beni possono essere definiti come un insieme di valori scambiati e posseduti da una o più parti, che possiedono la chiave crittografica che consente di dar luogo al regolamento di un contratto. L'ultimo requisito è rappresentato dal contratto inteso come sequenza logica di azioni che media il trasferimento di valuta e dati tra gli *account*.

I suddetti *account* inviano al *DLT* aggiornamenti che consistono in transazioni autorizzate, modificandone così lo stato. Le transazioni vengono inviate e verificate affinché sia verificata la loro integrità e l'integrità dei dati prima di essere aggregate e sequenziate in un blocco.

Tutte le transazioni sul *DLT* sono firmate digitalmente dal titolare di un *account* sulla rete. Ciò fornisce tre proprietà chiave del *DLT*,

che si differenzia dal traffico di rete tradizionale: a) l'autenticazione, in quanto una parte malintenzionata non può mascherarsi usando l'*account* di una parte della transazione, se parte non è; b) l'integrità, in quanto la ricevuta della transazione non può essere modificata dopo il fatto; c) la non malleabilità, in quanto eventuali modifiche alla transazione invalideranno la firma dell'emittente, invalidando così anche la transazione.

Ogni clausola, approvata da entrambe le parti prima di essere immessa nella catena, viene inserita nel primo blocco e da linguaggio naturale viene trasformata in linguaggio crittografato in grado di essere compreso dal sistema. Le operazioni che di fatto vengono svolte dalle parti sono queste: immissione, attraverso le proprie chiavi crittografiche, sia delle clausole che si intendono eseguire nel contratto, sia delle operazioni che il sistema svolgerà in automatico nel caso di violazione di una delle suddette clausole. Grazie alla sequenza *if/then*, se il sistema registrerà l'avveramento del fatto di cui alla clausola, il contratto progredirà; se, al contrario il contenuto della clausola verrà violato, il contratto automaticamente esperirà i rimedi previsti dalle parti stesse o dalla legge. Grazie al sistema *backup* non sarà possibile trovarsi nella situazione in cui una parte vanta l'esistenza un contratto con alcune clausole e l'altra parte vanta lo stesso contratto, ma con clausole diverse. Proprio come avviene per le tecnologie che si utilizzano tutti i giorni, anche la *blockchain* è dotata di un sistema di salvataggio dati.

Oltre al sistema di salvataggio, il contratto viene anche duplicato, in modo tale che, in caso di sua modifica, risulti sempre chiaro quale sia l'originale condiviso dalle parti stesse²⁰. Una copia dell'intero registro viene memorizzata su ogni nodo di ciascun partecipante, in modo che ogni record informativo contenga sia la copia delle transazioni e dei dati corrispondenti in un formato prestabilito, sia il blocco contenente le transazioni eseguite in ordine temporale, protetto poi da un codice *Hash*²¹.

²⁰ Cfr. ROSIC, *Smart contract: the blockchain technology that will replace lawyers*, in <https://blockgeeks.com/guides/smart-contracts/>.

²¹ RUNDO e CONOCI, *Tecnologia blockchain: dagli smart contract allo smart driving*, cit.

Negli *smart contract* l'intera disciplina dell'accordo, compresa la sua esecuzione, è dunque automatizzata nel senso che l'*hardware* ed il *software* si occupano dell'interpretazione ed esecuzione del contratto, senza che sia necessario – né possibile – un ulteriore intervento umano.

In questo modo, uno *smart contract* richiamato da una transazione fatta da un generico attore (nodo) ne può certificare non solo la sottoscrizione da parte dello stesso, ma anche la verifica dei termini codificati al suo interno per la valutazione dell'esito. Infatti, un generico attore (nodo) ha la possibilità di codificare determinate azioni in uno *smart contract* da pubblicare su una *blockchain*. Un generico firmatario può sottoscrivere il contratto attraverso una transazione e fornire, contestualmente alla firma, dei parametri di *input*. Lo *smart contract* non fa altro che eseguire le operazioni codificate al suo interno sulla base degli *input* forniti e produrre uno specifico risultato il cui fine è quello di alterare le informazioni presenti nel registro distribuito in modo che tutti i nodi della rete possano quindi osservarne lo stato aggiornato.

Le operazioni dello *smart contract*, infatti, sono avviate dalla transazione del firmatario che è inclusa in un blocco ed inviata a tutti i nodi della rete. Ciascuno di loro eseguirà la transazione che invoca lo *smart contract* e produrrà lo stesso *output* degli altri in modo da permettere di avere la stessa copia del registro aggiornato su tutti i nodi.

Uno *smart contract*, una volta attestato su una *blockchain*, non può più essere disatteso quanto al raggiungimento delle condizioni in esso previste – salvo la previsione di apposite funzioni *software* – e, una volta eseguito, la transazione effettuata sulla *blockchain* è irrevocabile. È stata, quindi, la tecnologia *blockchain* a dare piena attuazione a quella che nel 1996 era la visione di Szabo, in quanto il *network*, con le sue caratteristiche di decentralizzazione e tendenziale immutabilità, assicura l'esecuzione del contratto trasposto nel codice *software*²².

²² Cfr. BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, cit., p. 1, nota 4, la quale osserva che al di fuori «della *blockchain* un contratto automatizzato può sempre essere interrotto mediante l'intervento di una delle parti coinvolte, mentre nel caso degli *smart contracts blockchain based* questo è impossibile».

3. *La regolamentazione degli smart contract e delle DLT nel diritto interno e comparato.*

La questione della disciplina degli *smart contract* e delle *blockchain* è inevitabilmente divenuta in molti Paesi un tema centrale nel dibattito sulle nuove tecnologie. In alcuni Stati sono state già introdotte norme in materia.

Negli USA²³, lo Stato del Tennessee con la *Senate Bill* n. 1662 del 26 marzo 2018, modificando il *Tennessee Code*, ha inserito la definizione di «*Distributed Ledger technology*» e regolato anche gli *smart contract*. Questi ultimi sono definiti come programmi informatici basati su eventi, eseguiti su un registro elettronico, distribuito, decentralizzato, condiviso e replicato, ed utilizzati per automatizzare le transazioni, incluse, ma non solo, quelle che: custodiscono o trasferiscono *asset* sul registro; creano e distribuiscono *assets* elettronici; sincronizzano informazioni; gestiscono l'identità e l'accesso degli utenti alle applicazioni. In merito alla loro validità la disposizione chiarisce genericamente che essi devono ritenersi validi e che non si può negare efficacia legale ad un contratto unicamente perché eseguito tramite uno *smart contract*.

Il *framework* normativo approvato da Malta fa rientrare gli *smart contract* e le relative applicazioni, incluse le organizzazioni autonome decentralizzate (DAO), o altri simili progetti nella più ampia categoria di *Innovative Technology Arrangement*, la quale comprende tutte le soluzioni ed architetture che si basano su tecnologie a registro distribuito²⁴.

In Gibilterra, invece, la *Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations 2017* (LN. 2017/2014), entrata in vigore il 1° gennaio 2018, non contiene una definizione specifica di *smart contract*.

²³ Sugli interventi legislativi effettuati o in corso in diversi Stati degli USA, v. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 39 ss.; PERNICE, *Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, cit., p. 497 ss.

²⁴ V. PERNICE, *op loc. ult. cit.*

Il Parlamento Europeo, nella *Risoluzione* del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*²⁵ proprio in merito agli *smart contract* ha sottolineato la necessità che la Commissione effettui una valutazione approfondita delle potenzialità e delle implicazioni giuridiche, ad esempio i rischi relativi alla giurisdizione e la necessità di dare certezza alla validità di una firma digitale crittografata quale passo fondamentale per favorire gli *smart contract*. Allo stesso tempo, ha invitato la Commissione a promuovere l'elaborazione di norme tecniche a livello delle organizzazioni internazionali di settore, quali ISO, UIT e CEN-CELENEC ed a condurre un'analisi del quadro giuridico esistente nei vari Stati membri in relazione all'applicabilità degli *smart contract*, cercando anche di rafforzare la loro validità attraverso il coordinamento giuridico o il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri²⁶.

²⁵ *Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP))*, in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d94752df-35ee-11ea-ba6e-01aa75ed71a1/language-it>. In argomento, v. anche il *Parere del Comitato economico e sociale europeo su «Blockchain e tecnologia di registro distribuito (Distributed Ledger Technology, DLT) in quanto infrastrutture ideali dell'economia sociale»(parere d'iniziativa)*, in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7ebe4aa5-f192-11e9-a32c-01aa75ed71a1/language-it/format-PDF/source-search>. Sulla risoluzione, v. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 41 ss.

²⁶ In particolare, la *Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP))*, cit., affronta i temi dell'applicazione della tecnologia al mondo universitario e al mondo della ricerca per la certificazione dei titoli di studio e dei titoli accademici; al diritto d'autore e al mondo della proprietà intellettuale, invitando la Commissione e la BCE a un'analisi puntuale dei rischi connessi alla volatilità delle criptovalute come metodo alternativo di pagamento e di trasferimento di valore. La *Risoluzione* invita altresì la Commissione a promuovere l'elaborazione di un'analisi approfondita sul quadro giuridico esistente tra i vari Stati membri in relazione all'applicabilità dei contratti intelligenti. Individua come possibile ambito di applicazione quello delle infrastrutture, in modo da prevenire abusi di posizioni dominanti. La *Risoluzione* insiste sulla maggiore trasparenza, affidabilità e razionalizzazione nel trattamento delle informazioni che potrebbero essere la conseguenza di un'implementazione della tecnologia nell'ambito del settore pubblico dell'UE. L'idea è anche quella di creare una rete di *blockchain* privata, e condivisa tra gli Stati membri, intesa a memorizzare i dati

Il Parlamento Europeo ha individuato due macro ambiti di interesse che richiederebbero ulteriori approfondimenti e una definizione certa del quadro giuridico, al fine di garantire la certezza necessaria agli operatori per poter applicare quanto ipotizzato:

1) l'inquadramento degli *smart contract* nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, superando il contrasto che si verrebbe a creare tra una tecnologia fondata sulla immutabilità di termini e condizioni e ordinamenti giuridici fondati, almeno in parte, sull'autonomia delle parti che potrebbero decidere di modificare determinate condizioni in corso di validità del contratto;

2) il riconoscimento della validità di una firma digitale crittografata, anche attraverso l'elaborazione di norme tecniche da parte delle organizzazioni internazionali competenti.

A tal fine, il Parlamento Europeo ha espressamente incaricato la Commissione Europea di promuovere l'introduzione di tali tecniche nonché di superamento di potenziali ostacoli all'utilizzo di tali contratti nel c.d. mercato digitale unico (*digital single market*).

Tra le normative europee attualmente in vigore alcune possono essere già applicate alla *blockchain*. Il Regolamento n. 910/2014 (c.d. Regolamento eIDAS) definisce un sistema di «validazione temporanea elettronica» come i «dati in forma elettronica che collegano altri dati in forma elettronica a una particolare ora e data, così da provare che questi ultimi esistevano in quel momento» (art. 3, n. 33), e dispone che alla «validazione temporanea elettronica non possono

dei cittadini in modo sicuro e flessibile, incoraggiando uno studio più approfondito sui casi di *e-voting* nel settore sia pubblico sia privato. L'ultimo ambito trattato dalla *Risoluzione* è quello della regolamentazione delle ICO (*Initial Coin Offering*), quale strumento di investimento alternativo per finanziare le piccole e medie imprese (PMI) e le *start-up* innovative. Più in generale, la Commissione e le autorità nazionali sono invitate ad acquisire le competenze tecniche e normative al fine di intervenire in tempi brevi a livello legislativo e, se necessario, a regolamentare là dove risulti opportuno. In argomento, v. anche il *Parere del Comitato economico e sociale europeo su «Blockchain e tecnologia di registro distribuito (Distributed Ledger Technology, DLT) in quanto infrastrutture ideali dell'economia sociale»* (parere d'iniziativa), in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7ebe4aa5-f192-11e9-a32c-01aa75ed71a1/language-it/format-PDF/source-search>.

essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziali per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata. 2. Una validazione temporale elettronica qualificata gode della presunzione di accuratezza della data e dell'ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate» (art. 41, commi 1, 2).

In Italia le *DLT* e gli *smart contract* sono disciplinati dall'art. 8-ter d.l. n. 135 del 2018, convertito con modifiche in l. n. 12 del 2019, rubricato «Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract»²⁷.

Il comma 1 descrive le «tecnologie basate su registri distribuiti» (*DLT*), di cui le *blockchain* sono sottoinsiemi²⁸, come «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili»²⁹. Il comma 3 ne regola la

²⁷ In proposito, con varie valutazioni della disciplina, v. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 45 ss.; BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, cit., p. 2 ss.; PERNICE, *Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, cit., p. 500 ss.; REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive di indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, cit., p. 189 ss.; BOMPRESZI, *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *Dir. merc. tecn.*, 2019, p. 1 ss.; GIACCAGLIA, *Considerazioni su Blockchain e smart contracts (oltre le criprovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 944 ss.

²⁸ V. *supra* il § 2.

²⁹ La BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS - COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES, *Distributed ledger technology in payment, clearing and settlement*, February 2017, scaricabile dal sito <https://www.bis.org/cpmi/publ/d157.pdf>, ha definito le tecnologie basate su registri distribuiti come «processes and related technologies that enable nodes in a network (or arrangement) to securely propose, validate and record state changes (or updates) to a synchronised ledger that is distributed across the network's nodes» (p. 2), evidenziando come la natura di tali tecnologie sia insita nell'utilizzo

rilevanza quale mezzo di prova in procedimenti giudiziari: la «memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014»³⁰. Il comma 4 dispone che, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, l'Agenzia per l'Italia digitale individui gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere ai fini della produzione degli effetti di cui al comma 3³¹.

Il comma 2 definisce invece lo «smart contract» come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli *smart contract* soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

delle c.dd. reti di nodi, che collegati gli uni agli altri rendono possibile lo scambio di dati tra un utente ed un altro.

³⁰ Questo il testo dell'art. 41 reg. UE/910/2014 «Effetti giuridici della validazione temporale elettronica. 1. Alla validazione temporanea elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata. 2. Una validazione temporale elettronica qualificata gode della presunzione di accuratezza della data e dell'ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate. 3. Una validazione temporale elettronica rilasciata in uno Stato membro è riconosciuta quale validazione temporale elettronica qualificata in tutti gli Stati membri».

³¹ Nel momento in cui è stato elaborato questo scritto, le linee guida non sono state ancora emanate; il 20 luglio 2020 si era chiusa la fase di consultazione pubblica promossa dall'AGID avente ad oggetto il documento di sintesi sulla *Strategia italiana per la Blockchain e i registri distribuiti* (scaricabile in https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte_registri_condivisi_e_Blockchain_Sintesi_per_consultazione_pubblica.pdf).

Nell'economia del presente lavoro vengono svolte alcune sintetiche considerazioni su alcuni aspetti delle predette disposizioni³². La disciplina fissa la rilevanza delle tecnologie basate su registri distribuiti quale mezzo di prova in procedimenti giudiziari al ricorso di determinate condizioni poste dall'AGID. È importante, dunque, identificare i requisiti tecnici che deve avere un registro distribuito o una *blockchain* per poter essere considerata immutabile e conseguentemente beneficiare degli effetti di cui di all'art. 41 del Regolamento n. 910/2014 (validazione temporale elettronica). Allo stesso modo, è fondamentale definire tecnicamente i concetti di «distribuito, condiviso e replicabile» in quanto alcune *blockchain* prevedono una copia completa del registro su tutti i nodi della rete, ma alcune tecnologie di registri distribuiti innovative prevedono una distribuzione, condivisione e replicazione dei dati *on a need to know basis* (ovvero solo tra i nodi interessati alla transazione). È centrale, quindi, porre attenzione alla definizione per evitare di lasciare questo tipo di registri al di fuori del campo di applicazione della normativa³³.

La definizione giuridica di *smart contract* evidenzia alcuni aspetti fondanti: è un programma per elaboratore; opera su tecnologie basate su registri distribuiti; la sua esecuzione vincola automaticamente due o più parti; gli effetti sono quelli predefiniti dalle stesse; soddisfa il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate attraverso un processo avente anche in tal caso i requisiti fissati dall'AGID. Sembra potersi evidenziare alcune criticità nella previsione dei suddetti requisiti. Innanzi tutto, non sempre gli effetti sono «predefiniti» dalle parti, anzi spesso si assiste alla predeterminazione unilaterale del regolamento contrattuale. Questo

³² Per un'analisi riferita alla proposta di emendamento della legge di conversione n. 12 del 2019 del decreto-legge di semplificazione n. 135/2018 che ha reintrodotto le prescrizioni sulle tecnologie basate sui registri distribuiti e sugli *smart contract*, sostanzialmente confermate nel testo approvato, v. , *L'Italia prova a normare gli smart contract, ecco come: pro e contro*,

³³ In tal senso, v. NICOTRA, *op. loc. ult. cit.*

potrebbe comportare per alcune fattispecie l'esclusione dall'applicazione della norma³⁴. Anche il requisito in base al quale elemento di uno *smart contract* è il vincolo automatico che esso crea per due o più parti in conseguenza della sua esecuzione potrebbe essere fonte di dubbi interpretativi: per un verso, gli *smart contract* sono usati anche per la formazione dell'accordo, che non vincola dunque con

³⁴ Cfr., NICOTRA, *op. loc. ult. cit.*, il quale riporta l'esempio di uno *smart contract* che, come spesso accaduto sulla piattaforma *Ethereum*, consente la creazione di *token* e, al ricevimento di un certo quantitativo di criptovaluta, assegna parte di detti *token* all'indirizzo da cui risulta il trasferimento: l'ipotesi in questione è riconducibile all'offerta al pubblico, di cui all'art. 1336 c.c., e si configura come una proposta (spesso irrevocabile) i cui termini, però, sono unilateralmente predefiniti dal proponente, il quale decide il quantitativo di *token* che trasferirà in cambio della criptovaluta e può stabilire altri vincoli accessori in capo a colui che accetta la proposta (ad esempio, limiti temporali alla libera negoziabilità dei *token* trasferiti). Si osserva che, in tale contesto gli effetti del contratto, ossia le conseguenze della sua esecuzione, non sono «predefiniti» dalle parti, ma vengono unilateralmente determinati da una di esse ed accettati *in toto* da coloro ai quali l'offerta è diretta.

l'esecuzione³⁵; per l'altro, possono essere applicati nella fase esecutiva, poggiando su un accordo già sorto a monte, che è la fonte del vincolo³⁶.

La seconda parte della disposizione statuisce che lo *smart contract* soddisfa il requisito della forma scritta nel caso di previa identificazione informatica delle parti interessate, tramite un processo i cui requisiti devono essere fissati da AGID. La norma chiarisce dunque che uno *smart contract* può soddisfare il requisito della forma scritta. Data la sua natura di programma per elaboratore, in assenza di un'espressa previsione potrebbero sorgere dubbi sulla conformità di uno *smart contract* al requisito dell'immodificabilità di cui all'art. 3, comma 2, DPCM 13 novembre 2014 ed a quanto previsto dall'art. 4, comma 3, DPCM 22 febbraio 2013, secondo cui non può consi-

³⁵ Secondo v. NICOTRA, *op. loc. ult. cit.*, il termine esecuzione, «potrebbe essere riferito al fatto che lo *smart contract*, essendo un programma per elaboratore, viene eseguito (nel senso dell'elaborazione delle istruzioni in esso contenute), oppure all'esecuzione delle obbligazioni e prestazioni in esso previste. Si tratta di due momenti distinti che potrebbero essere non coincidenti, dato che l'esecuzione – in senso informatico – di uno *smart contract* non necessariamente comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, qualora, ad esempio, non si avverino le condizioni nello stesso previste. Inoltre, ricollegare la nascita del vincolo contrattuale tra le parti all'esecuzione del contratto, intesa quale esecuzione della prestazione, sembrerebbe poter far ricadere gli *smart contract* in alcune ipotesi nell'ambito dei contratti reali (caratterizzati, appunto, dal perfezionarsi del contratto al momento della *traditio*, ossia della consegna materiale della cosa). In tale ottica uno *smart contract*, fin quando non sono eseguite le prestazioni in esso previste, non vincolerebbe le parti in quanto ancora non perfezionato. Anche tale ricostruzione del fenomeno potrebbe in verità comportare dei problemi applicativi. Si ipotizzi che due parti decidano di regolare tra loro un determinato rapporto prevedendo, per la fase esecutiva, la redazione di uno *smart contract* (ove possibile ovviamente) che a scadenze determinate provveda a trasferire una criptovaluta quale corrispettivo di una prestazione, magari da svolgere *off-chain*. L'oblatore di detta prestazione, confidente dello *smart contract*, esegue la prestazione, mentre la parte debitrice della controprestazione, per sfuggire alla stessa, non provvede al deposito sull'indirizzo dello *smart contract* della criptovaluta corrispondente. In questo caso, il contratto non andrebbe in esecuzione in quanto non viene attuato alcun trasferimento e secondo la norma non sarebbe suscettibile di tutela, proprio perché ancora non perfezionato».

³⁶ Su questi aspetti si rinvia *infra* al § 5.

derarsi immodificabile un documento informatico che contiene macroistruzioni o codici eseguibili (questi ultimi contenuti, per definizione, in uno *smart contract*). In assenza di una previsione espressa lo *smart contract*, pertanto, potrebbe non essere considerato un documento informatico immodificabile.

Tale seconda disposizione sembra inoltre richiamare l'art. 20, comma 1 bis, d.lgs. n. 82 del 2005, che stabilisce i presupposti in forza dei quali un documento informatico è idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta. Il medesimo art. 20, inoltre, individua anche gli strumenti di attribuzione della paternità del documento informatico (firma elettronica qualificata, firma elettronica avanzata, firma "identificata", nonché firme elettroniche "semplici" a seguito della valutazione del giudice) che consentono di conferire allo stesso tale efficacia.

4. *La rilevanza privatistica delle blockchain.*

Oltre agli effetti riconosciuti da norme giuridiche, una *blockchain* può avere rilevanza anche a seguito di apposita previsione che ha fonte nell'autonomia negoziale.

Se le parti di contratto vi hanno interesse, possono far corrispondere con apposito accordo la situazione rappresentata in una determinata *blockchain* alla situazione giuridica effettiva. Allo stesso modo, in virtù di una modalità di formazione del contratto prevista autonomamente, una *blockchain* può avere effetti costitutivi per alcuni contratti, assegnando alla registrazione di determinate transazioni (per lo più, di *token*) nella *blockchain* natura di presupposto di efficacia o di condizione sospensiva³⁷.

5. *Gli smart contract nel diritto dei contratti: dichiarazioni di volontà automatizzate, dichiarazioni autonome, perfezionamento ed esecuzione del contratto.*

Al di là delle prescrizioni in precedenza illustrate che regolano alcuni specifici aspetti, è necessario analizzare come in particolare

³⁷ Questa la proposta di PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 438.

gli *smart contract* e le loro utilizzazioni possano essere disciplinati sulla base del diritto dei contratti.

Quale classica applicazione viene in rilievo innanzi tutto l'esecuzione autonoma di contratti ad effetti obbligatori, come ad esempio l'apertura dello *smart lock* di un bene concesso in godimento (appartamento, stanza di *hotel*, automobile ecc.), la spedizione di merce e l'annotazione a favore del creditore di somme di denaro o di criptovalute a titolo di adempimento della controprestazione. In questi casi, il ricorso agli *smart contract* in sede di conclusione del contratto non ha di per sé alcun peculiare rilievo. Al contrario, il loro utilizzo in sede di esecuzione può determinare conseguenze giuridiche – diverse dalla sola conclusione del contratto secondo il tenore letterale dell'art. 8-ter, comma 2, d.l. n. 135 del 2018 –, qualora i processi in tal modo avviati conducano a risultati diversi da quanto contrattualmente previsto, generando così la violazione di alcuni obblighi di fonte legale e/o negoziale oppure l'inadempimento assoluto del rapporto. Questa eventualità diviene particolarmente rilevante quando gli *smart contract* operano nell'ambito di una *blockchain*, ciò che li rende difficilmente bloccabili, una volta avviati³⁸.

Oltre a questo, gli *smart contract*, appositamente predisposti a tal fine, possono generare o trasmettere dichiarazioni di volontà oppure anche porre in essere contratti obbligatori (analogamente ai classici distributori automatici di biglietti³⁹ con i quali viene realizzato il contratto automatico⁴⁰), o altri contratti necessari per l'attuazione dei

³⁸ Cfr. DE FILIPPI e WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Role of the Code*, cit., p. 75.

³⁹ Così, GLATZ, *Blockchain & Smart Contracts. Eine neue Basistechnologie im Recht?*, in *Rethinking Law*, 2018, 1, p. 23. Sul trattamento giuridico delle *automatisierte Willenserklärungen* nell'esperienza tedesca, v., per tutti, LEENEN, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*², 2015, § 5, Rn. 10. Delle questioni poste dal contratto concluso per automatico si sono occupati all'inizio dello scorso secolo CICU, *Gli automi nel diritto privato*, estratto da *Il Filangieri*, n. 8, 1901, p. 1 ss., e SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata e il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902.

⁴⁰ V. G. PERLINGIERI, *Contratto telematico. La nozione*, in P. Perlingieri (a cura di), *Manuale di diritto civile*⁷, 2014, Napoli, p. 554, per il quale i contratti automatici «vengono stipulati per mezzo di un apparecchio che meccanicamente

primi. In questi casi la disciplina applicabile è quanto meno quella 'generale' e/o 'speciale' del contratto⁴¹.

Dal punto di vista del perfezionamento dei negozi, sembra opportuno distinguere le dichiarazioni di volontà rese tramite mezzi di comunicazione elettronici, come ad esempio un *sms* o i *social media* nelle quali soltanto l'esternazione delle stesse ha luogo con il ricorso a strumenti elettronici (c.dd. dichiarazioni di volontà elettroniche), dalle dichiarazioni di volontà generate direttamente da *software* nelle quali anche il loro contenuto viene formato grazie all'intervento di appositi programmi (c.dd. dichiarazioni di volontà automatizzate)⁴².

Una dichiarazione di volontà automatizzata si ha, ad esempio, quando nel commercio *online* all'ordine di un bene segue l'accettazione dello stesso inviata automaticamente dal programma, oppure quando un *software*-agente invia per l'utilizzatore, secondo le sue indicazioni, delle dichiarazioni di volontà temporalmente sfalsate, come accade nelle aste *online* quando un *software* fa automaticamente delle offerte per l'acquisto di un bene fino alla somma massima fissata dall'utilizzatore. Ancora, quando con le negoziazioni algoritmiche i programmi immettono autonomamente nei mercati elevate quantità di ordini di acquisto o di vendita di strumenti finanziari

effettua una prestazione attraverso l'inserimento di una moneta da parte dell'utilizzatore».

⁴¹ V. per la disciplina applicabile ai contratti telematici, G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, pp. 554 ss. e 556 ss.

⁴² PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 439, discorrono di *elektronische Willenserklärungen* e di *automatisierte Willenserklärungen*. Anche la dottrina italiana, già da tempo, distingue due ipotesi: il caso in cui la volontà contrattuale dichiarata sia stata direttamente trasmessa per via elettronica e il caso in cui, invece, sia stata formata attraverso un sistema informatico e successivamente trasmessa con l'ausilio dello stesso. Nel primo caso, la volontà contrattuale, già formata, si serve dell'ausilio del sistema informatico o telematico per essere trasmessa. Nel secondo caso, invece, la volontà contrattuale si forma tramite il sistema informatico e successivamente viene trasmessa con l'ausilio dello stesso; in questa ipotesi, vengono individuati due differenti momenti: quello della formazione della volontà contrattuale e quello della dichiarazione della volontà contrattuale all'interno del sistema (FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, cit., p. 53 ss.). Cfr., in argomento, GEMMA, *L'accordo telematico*, in Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2007, p. 237 ss.

alle condizioni date, eseguendo determinate strategie di investimento o disinvestimento prestabilite dagli intermediari.

In questi casi si ritiene che un programma possa emettere una dichiarazione di volontà giuridicamente rilevante⁴³. In effetti, se è vero che una siffatta dichiarazione presuppone un comportamento umano con il quale un soggetto manifesta la volontà che si producano determinati effetti giuridici nei suoi confronti, è altrettanto vero che detta volontà può essere individuata anche quando un *software* formula e/o invia una dichiarazione nel modo sopra indicato, qualora l'inserimento dei dati o la programmazione dei parametri siano, anche soltanto in generale, riconducibili alla volontà umana⁴⁴. Di conseguenza, dalla prospettiva del destinatario, la dichiarazione di volontà in questi casi è imputabile alla persona che si avvale dei *software* per i propri scopi: tale è chi gestisce il sistema informatico oppure chi, da solo o con l'intervento di altri, immette nel programma o nello *smart contract* i parametri contrattuali.

Dato comune agli esempi di dichiarazioni di volontà automatizzate sopra illustrati è che le dichiarazioni sono generate automaticamente da un *software* e da questo inviate, ma il loro contenuto è predefinito dall'intervento umano che ne fissa i parametri o i limiti⁴⁵. In

⁴³ In tal senso, nell'esperienza tedesca, v. *BGH* 16.10.2012, in *NJW*, 2013, p. 599; MEDICUS e PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*¹¹, 2016, Rn. 256; SINGER, *Vorbemerkungen zu §§ 116–144*, in STAUDINGER, *BGB*, 2017, Rn. 57.

⁴⁴ Cfr., SPINDLER e SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*³, 2015, *Vorbemerkung zu §§ 116 ss. BGB*, Rn. 6, ove si discorre di un «gestreckten, arbeitsteiligen Erklärungsprozess»; PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 442: «Allerdings genügt nach allgemeiner Ansicht bereits die Tatsache, dass jedenfalls die genaue Einspeisung bzw. jedenfalls die Eingrenzung (z.B.: „biete für mich mit bis zu einem Höchstpreis von 100€“) der entsprechenden Parameter auf einen (ggf. generalisierten) menschlichen Willen zurückzuführen ist, für das Vorliegen einer späteren Willenserklärung bzw. deren etwaig erforderlicher subjektiver Elemente»; MEDICUS e PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, cit., Rn. 332; in giurisprudenza, *BGH*, 16.10.2012, in *NJW*, 2013, p. 598, precisa che «Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung».

⁴⁵ Cfr. SPECHT e HEROLD, *Roboter als Vertragspartner?*, in *MultiMedia und Recht (MMR)*, 2018, p. 41 s., le quali, sempre nel quadro delle *Computererklärungen*

tal senso, il predetto contenuto è già determinato o determinabile nel momento dell'inserimento dei dati⁴⁶.

A seguito degli ulteriori sviluppi tecnologici sono però configurabili dei casi in cui i *software* stessi sono in grado di adottare delle decisioni e di manifestarle⁴⁷. Attualmente esistono alcuni algoritmi che sulla base dei dati raccolti sviluppano autonomamente nuove 'condotte' (c.d. *machine learning*)⁴⁸ e che con l'aiuto di reti neurali artificiali, persino senza immissione di specifici dati quindi senza l'immediato condizionamento o intervento umano, adottano in proprio e 'auto-riflettendo' nuovi modelli di decisione (c.d. *deep learning*)⁴⁹. Quale esempio di questi ultimi tipi di algoritmi si può citare il nuovo *software* di assistenza telefonica *Google Duplex*, il quale in proprio attiva delle telefonate per prenotare un appuntamento dalla parrucchiera o un tavolo al ristorante o per effettuare degli ordini ed è in grado di reagire in modo flessibile anche dinanzi a situazioni insolite⁵⁰. Altro esempio, ancora più impattante sulla realtà, sembrerebbe essere l'utilizzo delle negoziazioni algoritmiche ad alta frequenza di ultima generazione per lo svolgimento di attività sui mercati regolamentati (art. 17, § 2, comma 5, MiFID II)⁵¹. Si

gen, distinguono ulteriormente tra *teilautomatisierte Bestellsystemen* e *automatisiert agierenden Agenten* (come SIRI e ALEXA o HP Instant Ink - inchiostro originale HP ordinato dalla stampante); analogamente, SPINDLER e SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, cit., Rn. 9.

⁴⁶ SPECHT e HEROLD, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ HARKE, *Sklavenhalterhaftung in Rom*, in Gless e Seelmann (a cura di), *Intelligente Agenten und das Recht*, cit., p. 116, compara questi casi all'impiego degli schiavi, considerati come cose, nell'impero romano.

⁴⁸ V. BORGES, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018, p. 977; SPECHT e HEROLD, *Roboter als Vertragspartner?*, cit., p. 40.

⁴⁹ V. ZECH, *Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern - Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken*, in Gless e Seelmann (a cura di), *Intelligente Agenten und das Recht*, cit., p. 163.

⁵⁰ V. <https://ai.googleblog.com/2018/05/duplex-ai-system-for-naturalconversation.html>, ove possono essere attivati degli esempi di telefonate.

⁵¹ Cfr. MENICOCCHI, *Trading ad alta frequenza: gli algoritmi dominano il mercato?*, in <https://www.finanzaoperativa.com/trading-ad-alta-frequenza-gli-algoritmi-dominano-il-mercato/> (letto in rete il 26/9/2020), secondo la quale i «computer che si interfacciano con le piattaforme di *trading* eseguono ordini che non

tratta di un sistema informatico di negoziazione che consente l'inizializzazione, la generazione, la trasmissione e l'esecuzione di ordini che sono determinati dal sistema senza intervento umano ed è caratterizzato da un tempo breve per la creazione e la liquidazione delle posizioni, un elevato indice giornaliero di rotazione del portafoglio, un elevato rapporto infragiornaliero ordini/operazioni e la chiusura del giorno di negoziazione in una posizione *flat*, o prossima a essa⁵².

necessitano di un intervento umano immediato. Basandosi su degli algoritmi, le macchine sono in grado di analizzare il mercato – raccogliendo informazioni a velocità notevolmente elevate – e restituire istruzioni dettagliate nell'arco di milisecondi. Esiste una varietà di algoritmi, in base agli obiettivi e ai parametri pre-stabiliti dall'attività dell'investitore professionale o istituzionale a cui generalmente è collegato il *trading* automatico. In ogni caso, tale sistema è utilizzato per generare decisioni di *trading* in tempo reale senza intervento umano». In tema, per un primo riferimento, v. GOLDSTEIN, KUMAR, F.C. GRAVES, *Computerized and High-Frequency Trading*, in *The Financial Review*, 2014, p. 177 ss.; CAIVANO, CICCARELLI, DI STEFANO, FRATINI, GASPARRI, GILIBERTI, LINCiano, TAROLA, *Il trading ad alta frequenza. Caratteristiche, effetti, questioni di policy*, CONSOB, Discussion Papers, 2012, 5.

⁵² V. il considerando n. 61 MiFID II: la negoziazione algoritmica ad alta frequenza è «un sistema di negoziazione [che] analizza dati o segnali del mercato a velocità elevata per poi inviare o aggiornare un gran numero di ordini entro un tempo brevissimo in risposta all'analisi». Tale tecnica è caratterizzata da: «a) infrastrutture volte a ridurre al minimo le latenze di rete e di altro genere, compresa almeno una delle strutture per l'inserimento algoritmico dell'ordine: co-ubicazione, *hosting* di prossimità o accesso elettronico diretto a velocità elevata; b) determinazione da parte del sistema dell'inizializzazione, generazione, trasmissione o esecuzione dell'ordine senza intervento umano per il singolo ordine o negoziazione, e c) elevato traffico infragiornaliero di messaggi consistenti in ordini, quotazioni o cancellazioni» (art. 4, § 1, n. 40 MiFID II). La negoziazione algoritmica ad alta frequenza è generalmente utilizzata dagli operatori che impegnano capitale proprio per la negoziazione e consiste piuttosto nell'uso di tecnologie sofisticate per attuare strategie di investimento (in argomento, sia consentito rinviare a DI NELLA, *Lineamenti della nuova disciplina dei mercati finanziari (MiFID 2 e MiFIR)*, in Caterini, Di Nella, Flamini, Mezzasoma e Polidori (a cura di), *Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo, Studi in onore di Vito Rizzo*, I, Napoli, 2017, pp. 529 ss.; v. anche CARACINO e MARGARIA, *Negoziazione algoritmica e mirror trading: dinamiche operative e qualificazioni giuridiche*, in www.diritto-bancario.it, 2015.

Siffatti programmi sono chiamati sistemi autonomi⁵³ e *software-agenti autonomi*⁵⁴, giacché questi a differenza degli agenti automatizzati possono teoricamente adottare delle decisioni senza puntuali impostazioni di dati a monte. Pertanto, se un algoritmo autonomo genera una dichiarazione di volontà, questo non accade sulla base di condizioni esattamente fissate oppure delineate in precedenza: siffatte dichiarazioni possono quindi essere chiamate dichiarazioni di volontà autonome, per differenziarle dalle dichiarazioni automatizzate⁵⁵.

Poiché il contenuto delle dichiarazioni di volontà autonome non è in precedenza del tutto definibile da parte dell'utilizzatore del *software*, si pone in prima battuta la questione di come e a chi giuridicamente vadano imputate. Secondo una soluzione elaborata in letteratura si possono applicare ad esse gli stessi principi delle dichiarazioni automatizzate e imputarle all'utilizzatore o al gestore del sistema, essendo peraltro riconducibili alla categoria delle dichiarazioni computerizzate. Altra dottrina prospetta invece la necessità di creare nuove norme giuridiche e una nuova teoria del negozio⁵⁶. Alcuni ritengono non più possibile imputare come propria all'utilizzatore la dichiarazione autonoma in quanto manca la sua preventiva immis-

⁵³ SCHULZ, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, Baden-Baden, 2014, p. 70, il quale discorre di «*autonom agierenden Systemen*» se il sistema ha anche una esistenza reale, come ad esempio un robot.

⁵⁴ SCHULZ, *op. ult. cit.*, 42 ff., 70 f.; SPECHT e HEROLD, *Roboter als Vertragspartner?*, cit., p. 42 ss.

⁵⁵ Così PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 442 s.

⁵⁶ V. BORGES, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, cit., p. 979, il quale afferma che «*Die Rechtsgeschäftslehre bedarf der Fortentwicklung, um autonome Systeme angemessen einordnen zu können*»; così, anche WIEBE, *Die elektronische Willenserklärung*, Tübingen, 2002, p. 206 ss.; KERSTEN, *Menschen und Maschinen. Rechtliche Konturen instrumenteller, symbiotischer und autonomer Kostellationen*, in *Juristen Zeitung*, 2015, p. 7, si occupa della conformità dei nuovi sistemi ai *Grundrechte* e alla possibile necessità di adattamenti di questi ultimi.

sione di dati o fissazione di condizioni e vedono con favore il riconoscimento della capacità parziale dei sistemi autonomi⁵⁷: di conseguenza, applicano il diritto della rappresentanza, equiparando detti sistemi al rappresentante minorenni ed escludendo così la loro responsabilità⁵⁸.

⁵⁷ SPECHT e HEROLD, *Roboter als Vertragspartner?*, cit., p. 42. Si discorre dunque di “soggettività digitale” dei robot la quale sarebbe funzionale all’individuazione di un centro di imputazione, sebbene poi lo snodo principale e più spinoso si sostanzia nella determinazione dei contorni della figura del “responsabile” per gli atti posti in essere dai robot. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 621 ss., spec. 628, si interroga sull’opportunità di continuare a definire i robot come prodotti ai sensi della Direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità del produttore, sebbene essi abbiano acquisito capacità di adattamento e un elevato grado di autonomia, prendano decisioni, non necessitino dell’attività dell’uomo salvo nella fase di progettazione, ideazione, configurazione. Sempre in relazione alla responsabilità, in dottrina i robot sono stati talora paragonati ai minori (BOSCARATO, *Who is Responsible for a Robot’s Actions? An initial examination of Italian Law within a European Perspective*, in van de Berg e Klaming (a cura di), *Technologies on the Stand: Legale and Ethical Questions in Neurosciences and robotics*, Nijmegen, 2011, p. 383 ss.) o a soggetti non totalmente capaci, con consequenziale applicazione dell’art. 2049 c.c., talaltra agli animali (RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning, dalla machinery produttiva all’auto driverless verso una “responsabilità da algoritmo”?*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 14; BOSCARATO, *o.c.*, p. 393; HU, *Robot Criminal Liability Revisited*, in Yoon, Han, Ahn (a cura di), *Dangerous Ideas in Law*, Paju, 2018, p. 494 ss.), con conseguente applicazione dell’art. 2052 c.c. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1689 ss., spec. p. 1702, a fronte del progredire di “cervelli” non umani, si interroga sul concetto di “personalità elettronica” e sulla possibilità di una transizione dell’*Artificial Intelligence* da bene a “essere”, sino a poter giungere a parlare di dignità di “persona”, seguendo una parabola analoga a quella registrata per quanto concerne l’animale, specie d’affezione, e lo schiavo, e a tal fine marca la distinzione tra responsabilità e personalità giuridica.

⁵⁸ SPECHT e HEROLD, *Roboter als Vertragspartner?*, cit., p. 43; analogamente, TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *Archiv für civilistische Praxis* 182, 2018, p. 168 ss. (ID., *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019). Prospettano l’applicazione del diritto della rappresentanza, tra gli altri, GROB e GRESSEL, *Entpersonalisierte Arbeitsverhältnisse als rechtliche Herausforderung - Wenn Roboter zu Kollegen und Vorgesetzten wer-*

den, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2016, p. 991; KEBLER, *Intelligente Roboter - Neue Technologien im Einsatz*, in *MultiMedia und Recht*, 2017, p. 592; SCHIRMER, *Rechtsfähige Roboter?*, in *Juristen Zeitung*, 2016, p. 664. In Italia, da tempo SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, cit., p. 465 ss., afferma che l'«autonomia dell'agente e l'imprevedibilità del suo comportamento ci conducono ad escludere che le determinazioni dell'agente siano necessariamente determinazioni del suo utilizzatore. L'agente (o almeno l'agente sofisticato, come il nostro Hermes) determina autonomamente i contenuti del negozio secondo le istruzioni ad esso impartite e secondo la propria valutazione dell'interesse dell'utilizzatore. Quindi, più che ad un mezzo di trasmissione della volontà dell'utilizzatore esso sembra assimilabile ad un rappresentante dello stesso: quando risulti necessario stabilire chi ha voluto che cosa, bisognerà indagare nel caso concreto se e in quale misura i singoli contenuti del negozio siano stati pre-determinati dall'utilizzatore o siano invece il frutto dell'autonomia dall'agente (cfr. art. 1391 c.c., secondo il quale «nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato»). Si tratterà di una rappresentanza di tipo peculiare, solo per alcuni aspetti pienamente assimilabile all'ipotesi tipica della rappresentanza volontaria ex 1338 c.c., ma tuttavia modellabile su tale figura». Ciò posto, l'a. passa a considerare se e in quale misura gli agenti possano considerarsi soggetti di diritto, sostenendo che l'«attribuzione di soggettività giuridica agli agenti può [...] giustificarsi in modo strumentale, quale tecnica che consente di meglio soddisfare i bisogni degli utilizzatori degli agenti stessi. Se gli agenti fossero datati di soggettività giuridica essi potrebbero agire non solo quali rappresentanti di persone fisiche o giuridiche, ma anche quali mandatari senza potere di rappresentanza. L'agente acquisterebbe in proprio diritti e doveri, senza spendere il nome del suo utilizzatore, e trasferirebbe in seguito i risultati della propria attività all'utilizzatore» (p. XXX). L'a. precisa poi che «quella della personificazione dell'agente elettronico sembra una strada difficilmente percorribile, almeno allo stato della tecnologia e degli studi giuridici», ed osserva che «non vi sono ostacoli alla realizzazione di ordinamenti settoriali – attinenti ad esempio, a determinati *marketplaces* elettronici – i cui soggetti siano non gli esseri umani, ma agenti. Gli agenti pertanto possono essere titolari di posizioni soggettive (diritti e doveri) all'interno di tali ordinamenti settoriali, posizioni non riconosciute nell'ordinamento giuridico generale, ma da cui possono derivare, nell'ordinamento generale, conseguenze giuridiche a carico dei titolari degli agenti stessi (ad esempio, l'obbligo di pagare una penale qualora l'agente violasse uno degli obblighi attinenti al comportamento nel *marketplace*), possibilmente entro limiti definiti negozialmente» (p. XXX). Per una critica a questa prospettazione, v. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, in *Contr. impr.*, 2002, II, p. 500 ss., la quale ribadisce che l'"agente" è un programma infor-

Allo stato attuale dello sviluppo tecnologico la soluzione preferibile sembra essere quella di applicare alle dichiarazioni autonome gli stessi principi dettati per quelle automatizzate. A prescindere dalle difficoltà di delineare il riconoscimento ai *software* di un attributo fondamentale dell'uomo quale la suddetta capacità (pur se) parziale, l'impostazione criticata sembra, tra l'altro, essere il frutto di una concezione eccessivamente dogmatica della volontà dei contraenti. Anche dietro le dichiarazioni autonome ci sono persone che, per i loro scopi personali o imprenditoriali e comunque a loro vantaggio, ricorrono alla semplificazione offerta dall'automazione informatica. Pertanto, anche in caso di partecipazione al traffico giuridico a mezzo di sistemi autonomi, gli atti così posti in essere sono di regola riconducibili ad una persona⁵⁹, alla quale è ascrivibile una generale volontà di agire e la consapevolezza che i *software* di cui si avvale

matico, quindi una cosa, che non ha soggettività giuridica e pertanto non può essere rappresentante. Sul tema della soggettività v. anche C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1253 ss.

⁵⁹ PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 444, nota 93, affermano che «*Im Einzelfall mag es an einem Handlungswillen und/oder Erklärungsbewusstsein des Nutzers eines autonom agierenden Systems fehlen, wenn z.B. ein Sprachassistent einen im Fernseher laufenden Dialog als Befehl missversteht und daraufhin selbständig bestimmte Ware (etc.) bestellt [...]; in einem derartigen Fall kann eine Berufung auf etwaig fehlenden Handlungswillen ggf. nach Rechtscheingesichtspunkten ausgeschlossen sein; dann aber sollte eine Anfechtung analog § 119 Abs. 1 BGB [...] zugelassen werden*», relativo all'impugnazione per errore.

genereranno delle dichiarazioni negoziali a lei imputabili⁶⁰ sulla base dei principi di autoreponsabilità e di affidamento⁶¹.

Alla medesima conclusione si giunge anche in caso di non preventiva prevedibilità del contenuto di dichiarazioni autonome: queste possono essere sempre imputate come proprie all'utilizzatore o al gestore del sistema⁶². Per un verso, questo già accade a chi sottoscrive un foglio in bianco: a costui deve essere imputato il contenuto

⁶⁰ SPINDLER e SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, cit., Rn. 6, considerano la generale volontà di agire e la consapevolezza che delle dichiarazioni negoziali a lui imputabili saranno generate quali requisiti per la configurazione di dichiarazioni computerizzate. Nella letteratura italiana, secondo FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, cit., p. 503, «l'"agente" è un mezzo di trasmissione volontà contrattuale che si è già formata nella sfera soggettiva dell'utilizzatore dell'"agente"». Il contenuto contrattuale è stato infatti predeterminato, quanto meno nei suoi aspetti essenziali: che il contenuto non sia stato determinato nei singoli dettagli non vuol dire che sia imprevedibile». A proposito dei contratti informatici, secondo la stessa a. (EAD., *I contratti informatici*, cit., p. 53 ss.), non sembra destare particolari riserve il caso in cui, sebbene sia possibile distinguere il momento della formazione della volontà da quello della dichiarazione della volontà, sia lo stesso *software* a gestire la conclusione automatica del contratto (come avviene appunto per gli *smart contract*): in questo caso, infatti, la fase di programmazione, intesa come definizione del programma, coincide anche con la fase di formazione di volontà contrattuale rilevante nella rete. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, cit., p. 21 ss., ha invece ravvisato nella volontà inserita nel programma, una volontà «condizionata», cioè una volontà che si realizzerebbe «al verificarsi di determinati eventi»; in tal senso, secondo BORRUSO, *Computer e diritto*, II, *Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988, p. 257 ss., «la volontà del programmatore trasferita e depositata nel programma, dovrà intendersi condizionata, dal momento che, non può ritenersi che il programmatore abbia previsto tutte le possibili decisioni del computer, a causa della relativa imprevedibilità del comportamento del computer». Criticamente su tali posizioni v. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi agenti del ciberdiritto?*, cit., p. 385.

⁶¹ Così, FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i "software agents": un falso problema giuridico?*, cit., p. 503; DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 54 ss.; CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 387.

⁶² In tal senso, v. PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 444, i quali osservano che «*Selbst bei einer fehlenden Vorhersehbarkeit des genauen Inhalts einer autonomen Computererklärung wird daher meist allenfalls der (subjektive) Geschäftswille des jeweiligen Nutzers in Frage stehen. Der Ge-*

del negozio, anche se non corrisponde del tutto alla sua volontà⁶³; per l'altro, in forza dei principi generali, colui che trae vantaggio dall'uso di un'automazione che aumenta determinati rischi nelle transazioni, deve fondamentalmente sopportare anche la conseguenza di vedersi imputate dichiarazioni di volontà a lui non necessariamente gradite, salvo il caso di contenuto palesemente fantasioso o non realistico rispetto al contesto della transazione⁶⁴ in virtù della buona fede o del contenuto «impossibile» della stessa.

Le dichiarazioni di volontà automatizzate e autonome sono dunque qualificabili come le classiche dichiarazioni del diritto dei contratti. A questo consegue che la trasmissione e il recepimento delle stesse ad opera di uno *smart contract* è sottoposta alle medesime norme vigenti per le tradizionali proposta e accettazione. Una dichiarazione automatizzata viene trasmessa quando il *software* l'invia all'indirizzo del destinatario ed è considerata ricevuta quando entra nella sua sfera giuridica ai sensi dell'art. 1335 cod. civ.)⁶⁵. Valgono

schäftswille ist aber ohnehin kein notwendiges Wesenselement einer Willenserklärung; sein Fehlen berechtigt „lediglich“ zur Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB [...] Überdies wird das Erfordernis subjektiver Elemente einer Willenserklärung abseits des Anfechtungsrechts mit guten Gründen zunehmend in Zweifel gezogen».

⁶³ Così ha deciso in un caso di *Blankettunterschrift* il BGH, 11.7.1963, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, p. 1971. Nella giurisprudenza italiana, v. Cass., Sez. II, 31 gennaio 2019, n. 2992, «Il sottoscrittore che assuma, con querela di falso, che la sottoscrizione era stata apposta su foglio firmato in bianco ed abusivamente riempito ha l'onere di provare sia che la firma era stata apposta su foglio non ancora riempito, sia che il riempimento era avvenuto *absque pactis*».

⁶⁴ PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 445, precisano che «*Allenfalls bei Erzeugung gänzlich von einem normalen Kausalverlauf abweichender Phantasieerklärungen durch einen verrückt spielenden Softwarealgorithmus mag eine Zurechnung im Einzelfall ausscheiden; (nur) derartige Fälle sind nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung (d.h. in Abhängigkeit von einer Gutgläubigkeit des Erklärungsempfängers) sowie – hilfsweise – ggf. einer auf das negative Interesse gerichteten cic-Haftung gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 BGB zu behandeln*».

⁶⁵ Secondo Cass., Sez. II, 9 dicembre 2014, n. 25923, «L'art. 1326, primo comma, c.c. deroga in parte all'art. 1335 c.c., nel senso che, fermo restando che l'accettazione, ove diretta al proponente si reputa conosciuta nel momento cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia, il contratto si deve ritenere ugualmente concluso quando, pur non essendo stata l'accettazione indirizzata al proponente,

dunque le comuni regole sulla conclusione del contratto. Può anche trovare applicazione l'art. 1336 c.c. sull'offerta al pubblico: il contratto si considera perfezionato nell'istante nel quale l'accettazione dell'oblato giunge all'indirizzo del destinatario (proponente), ovvero quando viene registrata o memorizzata dal *server* dell'*internet provider* del proponente (tale momento è cronologicamente anteriore – con anticipazione del momento di conclusione del contratto – rispetto alla effettiva conoscenza). Nella connessione in tempo reale, ovvero priva di memorizzazione di messaggi o di intermediazione di *server e/o provider*, il tempo e il luogo della conclusione dipende dal momento e dal luogo nei quali il proponente ha effettiva conoscenza dell'accettazione, ovvero ne prende visione (principio di conoscenza o teoria della cognizione: art. 1326 c.c.): in queste ipotesi, la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. non è tecnicamente utilizzabile. Alle dichiarazioni automatizzate e autonome possono applicarsi anche gli artt. 1327 e 1333 c.c.: rispettivamente, l'accordo si intenderà concluso nel tempo e nel luogo nel quale ha avuto inizio l'esecuzione (accettazione per comportamento concludente commissivo) o al tempo della scadenza del termine per il rifiuto (accettazione per comportamento concludente omissivo) e nel luogo nel quale il destinatario ha avuto conoscenza della proposta ex art. 1335 c.c.⁶⁶.

Con gli *smart contract* il contratto si forma dunque quando alla proposta segue l'accettazione secondo le regole generali di cui agli artt. 1326 ss. cod. civ.; questo vale anche nel caso in cui detti programmi operino per entrambe le parti⁶⁷. Identico discorso vale per lo

questi ne abbia comunque avuto conoscenza (fattispecie relativa alla compravendita di un immobile in cui il venditore aveva accettato la proposta dell'acquirente comunicando la sua adesione all'agenzia immobiliare)».

⁶⁶ V., in tal senso, G. PERLINGIERI, *Contratto telematico. La nozione*, cit., p. 554; sul punto cfr., tra gli altri, MASTRORILLI, *Contrattazione a distanza*, cit.; NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, cit., p. 7 ss.; FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, cit.; PENNALISICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, cit., p. 810 ss.; DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, cit.; Ricciuto e Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, cit.; GIOVA, *La conclusione del contratto via Internet*, cit.

⁶⁷ HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 506.

smart contract che opera in una *blockchain*, giacché quest'ultima costituisce l'ambiente in cui agisce il predetto programma e, se del caso, formula e/o invia la dichiarazione, magari dopo aver confrontato la coincidenza tra quanto chiesto dal cliente e i parametri prefissati della transazione (c.d. *matching*). Parti del contratto divengono coloro che si sono avvalsi dei sistemi informatici per stipulare negozi, sia immettendovi i dati della transazione, sia semplicemente avvalendosene senza averli programmati⁶⁸.

L'efficacia delle dichiarazioni automatiche e autonome e quella del contratto così posto in essere deve anch'essa essere valutata quanto meno secondo il diritto dei contratti. L'eventuale perfezionamento nell'ambito di una *blockchain* non ha di per sé una particolare rilevanza, non essendo attualmente previsto alcuno specifico requisito legale di efficacia, al netto di quanto richiesto ai fini della validazione temporale elettronica dall'art. 8 *ter* d.lgs. n. 12 del 2019⁶⁹. Di conseguenza, non è significativo se e come la transazione venga registrata nella *blockchain*⁷⁰, salvo che non sia prevista negozialmente la "forma-*blockchain*": l'effettiva conclusione del contratto ha luogo fondamentalmente *off-chain* anche per gli *smart contract* operanti in una *blockchain*, quindi indipendentemente dalla registrazione durevole nella banca dati delle dichiarazioni di volontà e dalla

⁶⁸ Di avviso parzialmente diverso è HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 506, «*der ggf. auch eine Zurechnung an den vom „Nutzer“ des Smart Contracts ggf. zu unterscheidenden Programmierer bzw. Betreiber für möglich hält („fließende Grenze“); richtigerweise sollte dies nur in begründeten Ausnahmefällen – z.B. bei fehlender Identifizierbarkeit des „Hintermannes“ und Vorliegen eines offenen oder verdeckten Geschäfts für den, den es angeht (dazu etwa D. Paulus, JuS 2017, 301 (304 f.)) – angenommen werden und ein von den Vertragsparteien verschiedener Betreiber des Smart Contracts daher nur ganzausnahmsweise gem. §§ 164 ff. BGB als Vertreter einer der Parteien anzusehen sein*».

⁶⁹ In argomento v. *supra* il § 3.

⁷⁰ Diversamente, HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 506, ritiene fondatamente esservi l'inefficacia del contratto, se la dichiarazione di volontà che lo perfeziona viene memorizzata in una forma non durevole.

leggibilità del codice sottostante⁷¹. In concreto, questo può significare che con la firma di una notizia viene selezionato un determinato indirizzo e un programma automatizzato inoltra poi questa notizia ad un altro determinato indirizzo elettronico. La generazione della dichiarazione di volontà si ha tramite l'invio e l'accesso della stessa all'indirizzo selezionato, dal quale è richiamabile, funzionando in sostanza come una *e-mail*. Quando viene automaticamente emessa l'accettazione tramite uno *smart contract*, questa arriva a destinazione nel momento in cui nell'indirizzo del proponente viene realizzato un effetto e costui ne prende atto effettivamente o ne viene a conoscenza in circostanze normali. Così accade, ad esempio, per le transazioni di *token*.

Anche in caso di ricorso agli *smart contract* nell'ambito della conclusione del contratto le dichiarazioni di volontà non possono essere di per sé parificate alla transazione rappresentata o eventualmente eseguita nella *blockchain*: queste possono risultare da "comportamenti" concludenti o in forma di testo quale notizia elettronica. Questo significa che una transazione rappresentata in una *blockchain* esegue un contratto secondo le regole generali oppure rappresenta un contratto e, se del caso, in aggiunta va interpretata quale dichiarazione concludente sul piano contrattuale. Pertanto, la sussistenza del contratto attuato è indipendente dal corrispondente contenuto della *blockchain*. Qualora una registrazione venisse successivamente cancellata per una qualsiasi ragione, questo non ha di per sé alcuna influenza sull'efficacia del contratto, rimanendo eventualmente problemi di prova ai sensi della disciplina vigente⁷². Questo vale anche

⁷¹ HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 507.

⁷² PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 448, giungono a questa conclusione anche per il trasferimento di diritti, regolato in Germania sulla base del *Trennung* e dell'*Abstraktionsprinzip*, per il quale ai fini del trasferimento occorrono il contratto causale (ad effetti obbligatori) e quello astratto (ad effetti reali): «ebensowenig kann man bei einem Scheitern des Vollzugs einer Transaktion bzw. von Vertragsbeziehungen in einer Blockchain automatisch von einer Unwirksamkeit oder Inexistenz des jeweiligen Kausalgeschäfts ausgehen. Alles andere hieße ohne Not gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu verstoßen».

per i contratti stipulati in forma scritta per volontà delle parti: la distruzione successiva dei documenti non ne fa venire meno l'efficacia. Oltre a questo, occorre considerare l'interesse delle parti alla transazione, che continuerà a sussistere indipendentemente dalla rappresentazione della stessa nella *blockchain*.

D'altra parte, una transazione registrata o eseguita in una *blockchain* può fornire indicazioni sullo stato dell'esecuzione del contratto come pure documentare che questo è stato concluso *off-chain* ed eseguito, come ad esempio accade quando il pagamento è stato effettuato tramite uno *smart contract* o sono state scambiate situazioni giuridiche soggettive.

Questo significa anche che i contenuti essenziali del contratto non necessariamente devono essere rappresentati in forma di dati in una *blockchain*. Così accade, ad esempio, nella maggior parte delle *Initial Coin Offering* con cui i *token* vengono ceduti dietro pagamento di denaro. Di regola, i *token* sono standardizzati⁷³ e il loro contenuto, ossia i crediti e i diritti in essi inclusi, risulta dalle condizioni generali di contratto della rispettiva *Initial Coin Offering* che normalmente non sono integrate nello *smart contract*⁷⁴.

6. *Gli smart contract e l'interpretazione dei contratti.*

Il diffondersi degli *smart contract* pone sicuramente anche la questione dell'interpretazione dei contratti formati e/o eseguiti con l'ausilio di detti programmi. Come scritto in precedenza, in alcuni casi la dichiarazione di volontà posta in essere dallo *smart contract* è imputabile alla persona che l'ha emessa, ma il contenuto della stessa non è in senso stretto riconducibile alla sua volontà. Quindi volontà e dichiarazione assumono connotazioni diverse nella contrattualistica digitalizzata del ventunesimo secolo.

Questa semplice considerazione impone di riflettere sulla ermeneutica contrattuale, pur se in termini molto essenziali. Occorre in

⁷³ Quasi tutti i *token* si basano attualmente sul *ERC-20-Standard* della *Ethereum-Blockchain* (v. KAULARTZ e MATZKE, *Die Tokenisierung des Rechts*, cit., p. 3279).

⁷⁴ KLÖHN, PARHOFER e RESAS, *Initial Coin Offerings (ICOs). Markt, Ökonomik und Regulierung*, cit., p. 92; ZICKGRAF, *Initial Coin Offerings - Ein Fall für das Kapitalmarktrecht?*, cit., p. 295 ss.

proposito prendere le mosse dalla constatazione che il nucleo essenziale della interpretazione del contratto trova una sua determinazione in perfetta consonanza con la natura e l'essenza di questa figura, giacché chi pone un problema di interpretazione è costretto a prendere posizione in merito al fondamento del contratto e a svolgere il discorso partendo da questo aspetto⁷⁵.

7. Le tradizionali teorie dell'interpretazione del negozio.

Per rispondere al quesito del fondamento del contratto, autorevole dottrina ha fatto ricorso al metodo comparativo, ripercorrendo in particolare le dispute presenti nella dottrina tedesca dell'Ottocento che hanno influenzato la dottrina europea e, in particolare, quella italiana⁷⁶. È dunque utile esaminare, pur se in estrema sintesi, le tradizionali teorie del negozio⁷⁷ e della sua interpretazione.

La prima base culturale degli studi tedeschi in materia è da rinvenire negli scritti di Kant, che concepisce l'autonomia privata come arbitrio e la libertà della persona come diritto originario dell'uomo⁷⁸. Si fonda così un sistema di tipo giusnaturalistico fondato sui diritti soggettivi. Nel quadro della Pandettistica, Von Savigny traduce la libertà della persona nella libertà della volontà la quale, divenuta postulato etico, è la base del principio per cui tutto il diritto dei contratti

⁷⁵ Così, RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Camerino-Napoli, 1985, p. 11 ss.

⁷⁶ RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 64 ss., di cui questa parte dello scritto è ampiamente debitrice.

⁷⁷ V., in argomento, GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Megoni, III, 1, Milano, 1988, p. 17 ss., e la bibliografia *ivi* citata; CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*², Milano, 1967, p. 27 ss.; v. anche le indicazioni bibliografiche di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XVI, 2, Torino, 1960, p. 38, e la bibliografia introduttiva alla voce ID., *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 208 s. Nella letteratura tedesca v., tra gli altri, COING, *Europäisches Privatrecht. 1800 bis 1941*, II, 19. Jahrhundert, 1989, München, p. 275 ss.; FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*⁴, Berlin, Heidelberg e a., 1992, p. 28 ss.; SCHLOSSMANN, *Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Kritisches und Dogmengeschichtliches*, in *Festgabe der Kieler Fakultät für A. Hänel*, Kiel e Leipzig, 1907, pp. 1 ss. e 48 ss.

⁷⁸ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga, 1788, I, § 8.

riconosce nella volontà della persona il suo momento centrale⁷⁹. Pertanto, fondamentale è in questa ricostruzione la ricerca della volontà, della quale la dichiarazione è il segno di riconoscimento esterno che la manifesta e che cede di fronte ad un contrasto con la stessa⁸⁰.

Nella seconda metà dell'Ottocento viene sviluppata la *Erklärungstheorie* che si distacca da quella ora illustrata assegnando un significato decisivo e un ruolo proprio alla dichiarazione⁸¹. In dottrina si afferma che non può essere tutelata sulla base dell'assunto che in realtà manca la volontà corrispondente quella persona che in modo a lei imputabile determini una manifestazione esterna della volontà tale da far credere alla controparte in buona fede di aver acquistato dei diritti: a tal fine, si ritiene, da un lato, che sia sufficiente la sola imputabilità della dichiarazione al dichiarante, non essendo richiesta alcuna colpa; dall'altro, al destinatario in buona fede basta far valere il dichiarato, senza bisogno di ulteriori circostanze che lascino anche soltanto lontanamente dubitare che la dichiarazione sia effettivamente voluta⁸². Questa costruzione viene elaborata per alcuni casi particolari quali l'errore e la trasmissione erronea della dichiarazione, ma non quale teoria generale del negozio: diviene comunque importante in quanto assegna una nuova valenza alla dichiarazione influenzando significativamente la dottrina tedesca, anche se non diventa dominante.

Alle prime concezioni filosofiche della volontà subentrano quelle impostazioni che riconoscono valore alla volontà in quanto ciò è consentito dal diritto positivo, ma che ritengono che siffatto riconoscimento sia pressoché dovuto, continuandosi dunque a postulare il

⁷⁹ VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 258; v. sul punto CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 341 ss.

⁸⁰ Cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 18 ss.; CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 29 ss., 335 ss.; COING, *Europäisches Privatrecht. 1800 bis 1941*, II, 19. Jahrhundert, cit., p. 276 s.

⁸¹ V. COING, *o.c.*, p. 277, il quale a proposito della *Erklärungstheorie* osserva che «Anlaß zu dieser neuen Auffassung gab vor allem ein Fall, in dem ein telegraphischer Auftrag von der Telegraphenbehörde falsch übermittelt worden war (Kaufen bestimmter Aktien statt Verkaufen). Es ging dabei also eigentlich um den Schutz des Vertrauens im Rechtsverkehr» (corsivo nel testo); cfr., sulle ragioni storiche di questa evoluzione, GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 20 ss.

⁸² BÄHR, *Über Irrungen im Contrahiren*, in *Jherings Jb.*, 14, 1875, p. 393 ss.

primato della volontà sul diritto⁸³. Windscheid, nel muovere dalla prospettiva dell'ordinamento depurando la concezione volontaristica dalle scorie giusnaturalistiche, supera la tesi che vede nella dichiarazione un semplice segno di riconoscimento della volontà⁸⁴. Muta quindi la ricostruzione: la dichiarazione è considerata realizzazione della volontà; gli effetti giuridici sono collegati alla dichiarazione la quale è manifestazione del volere ed elemento essenziale che però retrocede in caso di contrasto con il volere; l'intento (*Absicht*) rivolto alla produzione dell'effetto viene isolato e distinto rispetto alla volontà dell'atto.

Nei successivi studi è decisamente marcato l'abbandono della volontà intesa in senso naturalistico, in favore di una volontà concepita in senso giuridico⁸⁵: a questa evoluzione contribuiscono sia l'emanazione del BGB nel 1900, sia l'affievolirsi delle correnti giusnaturalistiche⁸⁶. Tuttavia, le premesse di base rimangono ancora salde nel tessuto culturale dei giuristi, dando luogo ad un equivoco di fondo che genera un'aporia: la volontà è costruita dalla prospettiva giuridica, ma modellandola su quella naturalisticamente intesa quale fenomeno psichico. In particolare, il giudice si deve limitare a provare le intenzioni interne delle parti e l'interpretazione, privata di ogni importanza, tende a fissare il fatto se esisteva nelle parti questa volontà.

In parte Danz fa chiarezza proponendo un metodo oggettivo di interpretazione, che non è strumento probatorio, ma un'arte giuridica, poiché tende a determinare gli effetti giuridici che devono prodursi tra le parti⁸⁷. L'interpretazione tende quindi a penetrare il «significato delle parole» il quale dà la norma giuridica per la soluzione del caso concreto. Nel ricercare il «significato» occorre attribuire un

⁸³ Cfr. COING, *op. cit.*, p. 277.

⁸⁴ VON WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, in *Arch. für civ. Praxis*, 1880, p. 78 ss.

⁸⁵ LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in *Jherings Jb.*, 19, 1881, p. 154 ss., per il quale il «*Rechtsgeschäft ist jede juristisch erhebliche Privatwillenserklärung, deren Rechtsfolge bestimmt ist, den erklärten Parteiabsichten zu dienen*» (p. 163);

⁸⁶ V. in argomento, COING, *op. cit.*, p. 278.

⁸⁷ DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1911, pp. 5 ss., 36, 134.

particolare rilievo ai criteri della buona fede e degli usi del traffico come prescrive il § 157 *BGB*.

L'orientamento volontaristico e quello oggettivistico caratterizzano il dibattito scientifico sotto forma di un esasperato dualismo per ampia parte del ventesimo secolo. Da un lato, viene evidenziato il § 133 *BGB* come riconoscimento della teoria volontaristica, il quale prescrive che per interpretare una dichiarazione di volontà occorre ricercare la volontà reale e non attaccarsi al senso letterale dell'espressione. Dall'altro, si ricorre al § 157 che richiama la buona fede e gli usi del traffico come basi della teoria della dichiarazione. Anche in Italia si riscontra un'analoga contrapposizione, poiché l'art. 1362 c.c. discorre di «comune intenzione» dei contraenti, mentre l'art. 1366 c.c. mette in gioco la buona fede in sede di interpretazione.

Uno sforzo significativo al superamento di tale dualismo si ha, tra gli altri, in un indirizzo che si prospetta dando un nuovo fondamento al negozio. Von Bülow⁸⁸ e Larenz⁸⁹ ritengono che questo sia rappresentato non da una volontà o da una dichiarazione: suo elemento caratterizzante è un aspetto che si pone sul piano del dovere (*Sollen*) o del valore (*Geltung*). In particolare, per Larenz nella interpretazione rileva la dichiarazione come atto volontario secondo i due aspetti del volere dell'atto dichiarativo e del suo oggettivo significato. L'interpretazione non dovrebbe ricercare la volontà che si pone accanto alla dichiarazione, ma dovrebbe semplicemente svolgere una mediazione tra momento soggettivo e oggettivo, venendo ad assumere la dichiarazione la veste di esecuzione, realizzazione di volontà ed oggettivazione di significato. La dichiarazione di volontà non comprende soltanto l'atto che porta ad espressione un determinato senso, ma anche il senso espresso e non si prospetta solo come manifestazione di un volere che per sua natura non ha portata vincolante. Posto che il volere non è qualcosa di definitivo, ma un temporaneo avvenimento che si è concluso in un istante e che con la sua realizzazione finisce

⁸⁸ VON BÜLOW, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg, 1899, p. 105 ss.

⁸⁹ LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main y Berlin, 1930, p. 29 ss.

come un presente, la dichiarazione di volontà è indirizzata all'ingresso di un valore giuridico nell'ordinamento: essa non indica che qualcosa è, ma che qualcosa deve valere. Di conseguenza, l'interpretazione non ha a che fare con la volontà e con il suo rapporto con la dichiarazione, ma soltanto con i possibili significati di quest'ultima dovendo tra questi indicare quello giuridicamente rilevante. Nella configurazione del quesito ermeneutico, che è quesito di imputazione, l'interprete deve chiedersi quale significato il dichiarante dovrebbe considerare come comprensibile alla controparte e che, con riguardo alla concreta situazione, gli può essere imputato.

Questa dottrina è stata accolta da ampi settori in Germania e in Italia è stata ripresa da Betti sotto forma di teoria precettiva del negozio⁹⁰. È stata anche criticata, ma in generale si è inclini a riconoscere i pregi di questa concezione e a sottolinearne la novità rappresentata dall'essenza normativa del negozio giuridico. Gli orientamenti volontaristici e quelli oggettivistici tendono così a dare rilevanza al profilo del regolamento di interessi posto in essere dal negozio. Nella figura negoziale vengono dunque conciliati la dichiarazione di volontà e il regolamento di interessi, riferendoli la prima al profilo strutturale dell'atto e il secondo a quello funzionale del rapporto negoziale. La volontà viene dunque concepita non come volontà psicologicamente caratterizzata, ma come ciò che è manifestato giuridicamente e che si traduce in una disposizione o in un comando. Al negozio viene riconosciuta l'attitudine a produrre effetti giuridici collocandolo nella zona del valore in virtù della regola che esso pone: scopo dell'interpretazione del contratto è allora l'individuazione del regolamento di interessi.

⁹⁰ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 39 ss. (v. anche la ricostruzione della visione di Betti prospettata da CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 34 ss. e la bibliografia *ivi* riportata). La teoria precettiva è stata sviluppata e parzialmente rettificata da SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 105 ss., il quale disattende la teoria di Betti per ciò che attiene all'ammissibilità di un precetto o statuizione frutto di autonomia privata; detta concezione è stata ulteriormente evoluta da FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, che rilancia l'idea del negozio come fonte di norme giuridiche, inserita nel sistema delle fonti in posizione subordinata rispetto alla legge.

In questa visione, la valutazione del contratto come struttura e procedimento che l'ha formata viene in considerazione fino al momento della sua conclusione ed i problemi che afferiscono a tale fase si risolvono in chiave di esistenza e validità, mentre l'interpretazione si colloca tra il giudizio di validità e la fase dell'efficacia. Vi è però uno stretto collegamento tra struttura e regola per cogliere il negozio nella sua unitarietà. L'interpretazione è volta a cogliere il regolamento, ma per giungere a tale esito l'indagine deve essere portata anche sulla struttura: l'interpretazione consiste allora nell'indagare un fatto secondo le norme dell'ordinamento per cogliere un valore. Si deve dunque sempre tenere presente il collegamento tra la dichiarazione di volontà e il regolamento, essendo il negozio un atto decisionale delle parti⁹¹.

8. *L'interpretazione del regolamento di interessi tra volontà e dichiarazione.*

Il regolamento di interessi, inteso come valore, presenta già in sede di interpretazione una connotazione giuridica. L'autonomia privata è un potere giuridico che non si esaurisce nell'atto di volontà come tale, ma nella oggettiva capacità dei soggetti di regolare interessi privati a mezzo dei regolamenti di interessi posti con i negozi. Il volere si esaurisce con la dichiarazione o con il comportamento concludente e vi rimane assorbito, mentre la regola negoziale sorge con la dichiarazione o con il comportamento, prendendo vita come regolamento di interessi distaccato dagli autori e collocato nell'ordinamento che lo riconosce, lo integra e lo conforma. Pertanto, l'interpretazione, più ed oltre che essere una forma di conoscenza, consiste in una attività di valutazione giuridica in cui svolge un suo ruolo il momento della qualificazione che non può essere posto al di fuori di essa.

Interpretazione e qualificazione confluiscono quindi in un unitario procedimento ermeneutico volto a individuare il regolamento di

⁹¹ RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 102 ss.

interessi⁹². Nel procedimento interpretativo è indubbiamente imprescindibile una preliminare attività di conoscenza per giungere ad una qualificazione del negozio: quest'ultima però viene ad assumere all'interno dello stesso procedimento un ruolo preminente nella determinazione del significato giuridicamente rilevante. La qualificazione richiede la conoscenza dell'atto e dell'ordinamento, particolarmente della disciplina in base alla quale va espressa la valutazione: su questa dunque incidono il momento conoscitivo, il giudizio di meritevolezza inteso come individuazione del valore giuridico, e i principi fondamentali⁹³. Anche gli effetti, che in base al procedimento di integrazione vengono collegati all'atto, devono essere presi in considerazione per la qualificazione, attenendo l'integrazione più al regolamento di interessi, quindi al rapporto, che all'atto. L'integrazione, l'applicazione della norma, non sono effetti logici consequenziali, ma fasi essenziali della qualificazione del contratto come tipo e come fatto singolo⁹⁴.

La qualificazione del fatto non può quindi prescindere da quella dei suoi effetti. In questa prospettiva, l'unità di interpretazione e qualificazione supera la contrapposizione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta e mira alla massima valorizzazione delle particolarità del fatto. Questo accade non mediante un meccanico processo di sussunzione in rigidi schemi legislativi, ma con la individuazione della normativa maggiormente compatibile con gli interessi e i valori in gioco secondo la gerarchia che ne propone l'ordinamento e con la considerazione di tutte le circostanze del caso, sì da relativizzare la decisione senza violare il principio di uguaglianza: si tratta di valutare il fatto per individuarne la rilevanza giuridica, ossia la normativa da applicare al caso concreto. In questa prospettiva viene superato lo schema della sussunzione e la considerazione che la integrazione degli effetti non è soltanto un "dopo" rispetto alla qualificazione, ma un suo momento essenziale⁹⁵.

⁹² RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 132 ss.

⁹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 616.

⁹⁴ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 618 s.

Nella ricostruzione del complessivo regolamento contrattuale manifesteranno quindi la loro influenza momenti psicologici, sociali, economici, giuridici in un procedimento estremamente complesso e ciclico, in un combinarsi di reciproche influenze con prevalenza, a seconda dei casi, dell'uno o dell'altro aspetto. Nel modo di combinarsi di vari aspetti e nella prevalenza che ad essi va data volta a volta si debbono allora tenere presenti le scelte dell'ordinamento: nel procedere all'interpretazione di un contratto sarà possibile tener presente la relativa disciplina con conseguente relativizzazione del procedimento ermeneutico⁹⁶. In giurisprudenza e in dottrina si costata da tempo l'ampia utilizzazione di schemi e discipline particolari per dare soluzione ai problemi interpretativi che si presentano. In tal senso, l'interpretazione è rivolta alla soluzione di un problema di diritto positivo: è un'attività valutativa, guidata da principi di diritto, volta a determinare il significato giuridicamente rilevante del contratto, ossia il suo regolamento di interessi, quale comprensione del senso in un contesto normativo.

Se quindi nell'attività interpretativa tramite la specifica disciplina si possono tenere presenti le scelte valutative compiute dal legislatore in relazione a ciascun contratto per quanto concerne volontà e dichiarazione, si rimanda a questa disciplina la scelta della prevalenza da assegnare al momento soggettivo o a quello oggettivo. Di conseguenza, l'attività interpretativa è neutra e si colora di oggettività o soggettività a seconda della disciplina di ogni singolo contratto. Diviene dunque rilevante quello che autorevole dottrina ha definito come ambiente normativo di riferimento di ogni singolo contratto, dal quale si desumono gli indici che consentono di relativizzare il procedimento interpretativo nel rispetto delle prescrizioni dell'ordinamento in sede di selezione del materiale ermeneutico⁹⁷.

La prospettiva della scelta del materiale ermeneutico in base agli indici desunti dall'ambiente normativo complessivo di riferimento consente nei contratti formali di valutare volta a volta la particolare

⁹⁶ RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 189 ss. e 218 ss.; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 615 s.

⁹⁷ RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 153 ss.

funzione svolta dalle prescrizioni sulla forma e di adeguarvi il procedimento ermeneutico sulla base degli interessi coinvolti nell'operazione⁹⁸. Sulla base di questa valutazione si potrà decidere se il negozio necessita di una interpretazione rigorosamente oggettiva o sarà consentito un ampio impiego delle circostanze, di linguaggi personali o concordati convenzionalmente. Ci può dunque essere un contratto solenne la cui disciplina non consente di ricorrere ad elementi diversi dalla dichiarazione, oppure un negozio rispetto al quale la legge non impone una forma, ma richiede una manifestazione di volontà non equivoca o espressa, oppure nel quale il vestimento è veicolo di informazioni che possono essere desunti anche da elementi esterni al negozio.

Nei contratti non formali l'interpretazione dipende dalla natura della fattispecie negoziale che ne costituisce oggetto, risentendo soprattutto del genere e della estensione degli interessi toccati⁹⁹. Quindi, tanto più è estesa la cerchia delle persone interessate alla dichiarazione, tanto più questa è significativa per il mercato, tanto più è da accentuare il suo contenuto oggettivamente riconoscibile; tanto meno la dichiarazione opera nel mercato, tanto più è da accertare il suo soggettivo significato di là dalla sua esteriore apparenza.

Il negozio è dunque da interpretare in maniera conforme alla legge e di conseguenza anche in maniera conforme alla Costituzione. Pertanto, un ruolo centrale nel procedimento ermeneutico è assunto dai principi di tutela del consumatore, dell'imprenditore contraente debole e, in ultima analisi, di protezione della persona umana. Il diritto cogente non ha soltanto funzione di controllo, di limite del voluto: esso può servire anche a determinare il contenuto del negozio, a modellarne la determinazione. In particolare, i principi di trasparenza, dell'informazione, del divieto di abuso del diritto, dell'equilibrio contrattuale, di proporzionalità, di adeguatezza, di tutela della personalità umana e della conservazione del negozio operano all'interno del procedimento ermeneutico ora conformando il contenuto del regolamento di interessi in senso più favorevole alla parte debole,

⁹⁸ RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 200 ss.

⁹⁹ RIZZO, *op. ult. cit.*, p. 209 ss.

ora rendendo invalido il negozio, secondo le necessità di tutela che emergono nel caso concreto.

9. *L'interpretazione degli smart contract nell'ambiente normativo del mercato digitale unico.*

Alla luce di quanto sopra esposto sul metodo di interpretazione che si ritiene di privilegiare, si procede ad applicarlo alle dichiarazioni in esame.

Innanzitutto, vanno fatte due precisazioni. Allo stato attuale della disciplina, il ricorso agli *smart contract* non incide sulle regole applicabili alla conclusione del contratto e sulla loro interpretazione e non determina la qualificazione dell'atto così concluso in uno specifico tipo contrattuale¹⁰⁰. Inoltre, l'interpretazione delle dichiarazioni automatizzate e di quelle autonome può essere sottoposta ai medesimi principi in quanto dietro a siffatte manifestazioni di volontà è sempre rinvenibile un soggetto a cui le stesse vanno imputate.

Le prime sono generate automaticamente da un *software* e da questo inviate, ma il loro contenuto è predefinito dall'intervento umano che ne fissa i parametri o i limiti. Nelle seconde il contenuto non è in precedenza necessariamente definito *in toto* da parte dell'utilizzatore del *software*, giacché i sistemi autonomi e i *software*-agenti autonomi possono teoricamente adottare delle decisioni senza puntuali impostazioni di dati a monte. Il nodo da sciogliere è dunque se nella interpretazione di tali dichiarazioni si deve dar rilievo al momento soggettivo o a quello oggettivo ai fini della determinazione del regolamento di interessi.

Il problema deve essere risolto definendo l'ambiente normativo in cui operano i contratti conclusi tramite le dichiarazioni autonome e quelle automatizzate. Si tratta dell'ambiente normativo del «mercato digitale unico», regolato da specifiche norme, oltre che dal diritto dei contratti in generale, dal diritto dei consumatori, dal diritto

¹⁰⁰ In tal senso, HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 508; PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 449; in tal senso, con riferimento ai contratti telematici, PERLINGIERI, *Contratto telematico. La nozione*, cit., pp. 554 e 556.

di tutela dell'imprenditore debole e naturalmente dai principi costituzionali, specie di quelli di tutela della persona¹⁰¹. Dal complesso di queste norme si traggono dunque le coordinate di riferimento per procedere alla interpretazione delle dichiarazioni in esame.

Il riferimento al mercato digitale e alla relativa normativa conduce a privilegiare il momento oggettivo della dichiarazione. Questo per due ragioni. Il mercato, inteso come ambiente normativo, è in generale caratterizzato da una disciplina che regola in modo oggettivo gli scambi, proprio in ragione della dimensione standardizzata di buona parte delle transazioni e dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato che permea ogni scambio¹⁰². Oltre a questo, anche la tutela del contraente debole consumatore e imprenditore esige di adottare una normativa in cui gli interessi delle parti trovano il punto di contemperamento nella oggettività del trattamento giuridico. La trasparenza, il divieto di abuso, l'equilibrio contrattuale, l'adeguatezza e la regola dell'interpretazione *contra proferentem* sono, tra gli altri, chiari esempi della *policy* legislativa di privilegio della regolazione oggettiva degli accordi.

Quanto ora affermato, vale a maggior ragione per i contratti stipulati con l'ausilio di strumenti digitali in reciproca assenza dei contraenti. In questi, l'interpretazione dipende anche dalla natura della fattispecie negoziale che ne costituisce oggetto, risentendo soprattutto del genere e della estensione degli interessi toccati.

In proposito, occorre anche distinguere tra contratti conclusi *online* ed eseguiti *offline* (commercio elettronico indiretto) in quanto relativi a beni non smaterializzabili, e contratti conclusi ed eseguiti *online*, quindi aventi un oggetto smaterializzato (commercio elettronico diretto). Occorre poi differenziare tra "comunità chiusa" in cui il commercio elettronico è caratterizzato, almeno di regola, dalla conoscenza reciproca dei soggetti che vi partecipano all'interno di settori limitati del traffico: si tratta normalmente di imprese *partner* in contatto tra loro mediante reti chiuse di tipo proprietario (*intranet*, *extranet*), l'accesso alle quali è precluso ai soggetti non accreditati.

¹⁰¹ Sulla disciplina del commercio elettronico, v. Rossello, Finocchiaro e Tosi (a cura di), *Commercio elettronico*, Torino, 2007, *passim*.

¹⁰² DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 12 ss.

Nella “comunità aperta” invece i contratti sono quelli del commercio telematico in *internet* che si svolge in un mercato libero, di dimensione potenzialmente globale e con un numero elevatissimo di potenziali *partner* che non si conoscono e, di frequente, parlano lingue differenti¹⁰³.

Altra inevitabile distinzione che va richiamata in argomento è quella improntata sulla diversa qualità dei contraenti. Così, gli accordi stipulati sono potenzialmente classificabili come contratti *B2B* (*Business to Business*, contratti tra imprese), contratti *B2C* (*Business to Consumer*, contratti dei consumatori), contratti *B2PA* (*Business to Public Agency*, contratti tra imprese e pubbliche amministrazioni) e contratti *C2PA* (*Consumer to Public Agency*, contratti tra consumatori e pubbliche amministrazioni), nonché contratti *P2P* (*Person to Person* o *Peer to Peer*, contratti tra privati).

In generale, dunque, per le dichiarazioni automatiche, tanto più è estesa la cerchia delle persone interessate alla dichiarazione, tanto più questa è significativa per il mercato digitale, tanto più è da accentuare il suo contenuto oggettivamente riconoscibile. Al contrario, tanto meno la dichiarazione opera nel mercato, tanto più è da accertare il suo soggettivo significato di là dalla sua esteriore apparenza.

Per le dichiarazioni automatizzate, al contrario, la ricerca di una qualche volontà da parte di uno, se non di entrambi i contraenti, risulta essere non sempre utile e praticabile, giacché il contenuto della dichiarazione può essere determinato più o meno autonomamente dai sistemi digitali. Di conseguenza, rispetto a questa tipologia la scelta del materiale ermeneutico non può non essere fatta in modo più circoscritto, dovendo privilegiare la dichiarazione nella sua portata oggettiva e secondo il senso ad essa attribuibile nel mercato di riferimento. Questo tuttavia non vale, qualora si tratti di relazioni intercorrenti tra soggetti aventi relazioni economiche pregresse, ad esempio, le imprese: in tal caso, è configurabile una ricerca del volere dei contraenti, avvalendosi della prassi negoziale intercorsa tra le parti.

¹⁰³ Cfr., su questi aspetti, G. PERLINGIERI, *Contratto telematico. La nozione*, cit., p. 552 s.

Importante è poi considerare il ruolo della informazione nei contratti digitali dei consumatori. Rispetto a questi, il cliente può essere edotto soltanto in base dalle informazioni contenute in rete e dal significato che ad esse può essere ragionevolmente assegnato in virtù della buona fede e correttezza. Quale ulteriore elemento di selezione dei materiali ermeneutici, un ruolo importante è giocato dalla trasparenza, che può essere interna o esterna al contratto, ossia relativa all'atto ("trasparenza in senso stretto") oppure all'attività in cui questo è inserito ("trasparenza in senso ampio"), influenzandone comunque il contenuto e la ricostruzione del regolamento di interessi, attingendo ad esempio alle informazioni recate dalla pubblicità dei prodotti o servizi acquistati¹⁰⁴.

Se un contratto posto in essere con uno *smart contract* contiene delle condizioni generali, queste vanno trattate ai sensi della disciplina vigente. Il codice del relativo *smart contract* fondamentale non contiene le predette condizioni¹⁰⁵. L'utilizzo di uno *smart contract* in sede di esecuzione del contratto e degli obblighi da attuare suo tramite possono essere previsti nelle condizioni generali, oppure soltanto il ricorso a siffatti programmi può essere oggetto delle condizioni, ma mai coincidere con queste. Relativamente all'accordo formatosi in base alle condizioni generali, è naturalmente da prendere in considerazione il contenuto della dichiarazione ricevuta dall'aderente. In caso di perfezionamento del contratto a mezzo di uno *smart contract*, questo deve portare la controparte a

¹⁰⁴ Sulla trasparenza resta fondamentale ed ancora attuale lo scritto di RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 56 s., per il quale il principio di trasparenza «sembra, invero, involgere non soltanto una valutazione "interna" del contratto, ma altresì una sua valutazione dall'"esterno"; secondo quest'ultimo tipo di valutazione la trasparenza non va confinata al limite del testo contrattuale e delle informazioni che fa esso emergono (entro questo limite si potrebbe discorrere di una sorta di "trasparenza in senso stretto") estendendosi, anzi, ad un più ampio contesto che abbraccia, ad es., la "pubblicità", le "informazioni nella fase precontrattuale", le "informazioni e le comunicazioni in corso di attuazione del rapporto contrattuale" (si potrebbe parlare, al riguardo, di "trasparenza in senso ampio")».

¹⁰⁵ HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 507, lo ritiene invece possibile.

conoscenza dell'intero testo delle condizioni¹⁰⁶: se questa deve a tal fine metter mano al codice o cercare comprenderlo, ciò non può essere preteso da lei e di conseguenza le predette condizioni non possono essere considerate parte del contratto¹⁰⁷. Qualora poi la clausola relativa al ricorso ad uno *smart contract* sia da considerare inefficace o invalida e ciò non ostante questo venga eseguito automaticamente, si potrebbe configurare la violazione di obblighi contrattuali. In *proposito*, va sottolineato che gli accordi di partecipazione ad una rete *blockchain* sono da qualificare come condizioni generali di contratto alle quali la normativa europea sulle clausole vessatorie pone stretti limiti relativi in particolare all'esclusioni di diritti dell'aderente. Si pensi al diritto di recesso o ai diritti ed azioni in caso di inadempimento che non possono essere esclusi o limitati al consumatore. In generale, dunque, questa disciplina influenza in modo essenziale l'applicazione di *smart contract* in sistemi *blockchain*, giacché l'esecuzione automatica di diritti contrattuali può escludere di fatto la possibilità di sollevare eccezioni o pretese ostantive alla controprestazione¹⁰⁸.

Nel senso ora esposto, si è espresso autorevolmente il *BGH* in un caso paradigmatico. La vicenda verte sull'acquisto *online* di due biglietti aerei. Nel compilare la richiesta di prenotazione, la parte attrice indicava sul sito il proprio nominativo, ma lasciava aperto quello del secondo viaggiatore che doveva ancora individuare, scrivendovi «ancora sconosciuto». Nel sito era riportata l'avvertenza che, dopo l'avvenuta prenotazione, il nominativo digitato non poteva essere cambiato e doveva corrispondere con quello del relativo documento di identificazione. L'attrice riceveva conferma dell'acquisto per due persone, la seconda identificata come «ancora sconosciuta» e pagava il prezzo di due biglietti. Prima del volo, l'attrice

¹⁰⁶ BÖRDING, JÜLICHER, RÖTTGEN e SCHÖNFELD, *Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht - Praxis und Rechtsdogmatik*, in *Computer & Recht*, 2017, p. 139, affermano che tutte le componenti del contratto devono essere rappresentate nel codice sorgente.

¹⁰⁷ Così nell'esperienza tedesca, PAULUS e MATZKE, *Smart Contracts und das BGB*, cit., p. 459 s.

¹⁰⁸ V. in tal senso, SCHREY e THALHOFER, *Rechtliche Aspekte der Blockchain*, cit., p. 1436.

telefonicamente chiedeva alla convenuta di inserire il nome della persona da lei individuata, questa rispondeva che non era possibile in quanto si trattava di un «cambiamento di nominativo» non ammesso a quel punto della procedura: poteva soltanto stornare la prenotazione e rifare il biglietto per la seconda persona. L'attrice effettuava comunque il viaggio da sola e, al suo ritorno, chiedeva un danno di € 400,00 ai sensi degli artt. 4, comma 3 e 7, comma, 1, lett. *b*, del Regolamento UE n. 261/2004 (in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato per il negato imbarco del secondo viaggiatore) e la restituzione di metà del prezzo del biglietto pagato per due persone.

Il *BGH* procede in primo luogo alla qualificazione di siffatte dichiarazioni emesse tramite *computer*. La Suprema Corte ritiene che poter valutare la pretesa della parte attrice occorre che si possa individuare nel caso in esame un contratto di viaggio relativo anche al secondo passeggero e osserva che i §§ 145 ss. *BGB* si applicano anche al contratto concluso con una prenotazione in rete tramite una procedura totalmente o parzialmente automatizzata. In assenza di regole speciali, ci vuole dunque l'incontro di proposta e accettazione. L'interpretazione di quanto pubblicato sul sito del convenuto viene interpretato dal *BGH* come *invitatio ad offerendum*: il cliente viene dunque sollecitato a fare una proposta, che il convenuto può o meno accettare secondo la disponibilità di posti sull'aereo. La dichiarazione predisposta da quest'ultimo e pubblicata in rete costituisce dunque una proposta contrattuale. Definita la natura giuridica delle dichiarazioni delle parti in causa, il *BGH* si pone la questione della loro interpretazione, considerando che quella del convenuto è stata generata automaticamente da un *computer*.

In generale, il *BGH* precisa che nell'interpretazione delle dichiarazioni di volontà si deve indagare la volontà effettiva del dichiarante, la quale si desume partendo dal tenore della dichiarazione e dal volere oggettivo. Oltre a questo, occorre considerare anche lo scopo perseguito con la dichiarazione, l'interesse delle parti e le ulteriori circostanze del caso che possono illuminare il senso delle dichiarazioni. In questo quadro, occorre considerare che in caso di dichiarazioni ricettizie è necessario anche tutelare l'affidamento del

destinatario e il traffico giuridico: di conseguenza, queste devono essere interpretate così come il destinatario le ha comprese secondo la buona fede e gli usi del traffico. In tal senso depongono anche gli obblighi delle parti previsti dalla normativa sul commercio elettronico (§ 312g, comma 1, n. 3, *BGB*)¹⁰⁹.

Per la interpretazione delle dichiarazioni computerizzate non ci deve basare sulla risposta automatica del sistema computerizzato di cui si è avvalsa la parte attrice per attivare il processo di prenotazione. Questo perché non il sistema, ma la persona o l'impresa, che utilizza quest'ultimo come strumento di comunicazione, rende la dichiarazione o è il destinatario della dichiarazione emessa. Pertanto, il contenuto della dichiarazione non deve essere determinato nel senso in cui il sistema lo intende e lo elabora, bensì secondo quanto il destinatario persona umana lo può intendere in virtù della buona fede. Soltanto una siffatta comprensione è conforme ai §§ 133 e 157 *BGB* e ai principi interpretativi sopra indicati¹¹⁰.

¹⁰⁹ *BGH*, 16 ottobre 2012, cit., p. 598: «Nach §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen [...] und demgemäß in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Bei der Willensforschung sind aber auch der mit der Erklärung verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien und die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können [...]. Dabei sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, bei deren Verständnis regelmäßig auch der Verkehrsschutz und der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers maßgeblich ist, so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste [st. Rspr...]. Diese Auslegungsgrundsätze gelten auch, wenn bei der Abgabe und dem Empfang von Willenserklärungen elektronische Kommunikationsmittel genutzt werden. Dafür spricht auch die gesetzliche Regelung der Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (folgt Verweisung auf die Regelung des. § 312g Abs. 1 Nr. 3 BGB, die noch nachfolgend unter 3a behandelt wird)».

¹¹⁰ *BGH*, 16 ottobre 2012, cit., p. 598: «Für die Auslegung dieser Erklärungen ist nicht auf die automatisierte Reaktion des Computersystems abzustellen, dessen sich die Beklagte für die Abwicklung des Buchungsvorgangs bediente. Nicht das Computersystem, sondern die Person (oder das Unternehmen), die es als Kommunikationsmittel nutzt, gibt die Erklärung ab oder ist Empfänger der abgegebenen Erklärung. Der Inhalt der Erklärung ist mithin nicht danach zu bestimmen, wie sie das automatisierte System voraussichtlich deuten und verarbeiten wird, sondern danach, wie sie der menschliche Adressat nach Treu und Glauben und der

10. *Conclusioni. L'interpretazione e la decisione quali attività umane.*

In conclusione, sulla base di quanto scritto, sinteticamente si possono fare le seguenti considerazioni di portata generale.

Sicuramente non può essere stigmatizzato il ricorso a *blockchain* e *smart contract* in sede di negoziazione e di esecuzione del contratto. I vantaggi sono sotto gli occhi di tutti: grande agevolazione nel trovare ciò che serve in rete con incremento quindi di opportunità per clienti e offerenti, facilitazione nell'acquisto di beni e servizi a distanza, riduzione dei costi di produzione e transazione e conseguente abbassamento dei prezzi.

Del pari, sono però evidenti anche gli svantaggi legati al ricorso dei suddetti strumenti digitali: negazione di diritti di autotutela ai clienti, eccessiva rigidità nei processi di formazione ed esecuzione del contratto, in ultima analisi possibilità di lesione anche dei diritti fondamentali delle persone.

A tutto questo è possibile porre rimedio con adeguati e mirati interventi legislativi, là dove lo si ritenga necessario. Ma il presidio più importante resta questo: l'interpretazione del contratto e della legge deve essere considerata un'attività esclusivamente umana, che pertanto non può essere affidata ad un programma, algoritmo o intelligenza artificiale che sia. Come è stato esattamente affermato, l'interprete opera non soltanto come giurista, ma anche come psicologo, sociologo, esperto di linguistica, esperto del settore ecc. che valuta dei fatti collocati nella realtà unitaria per coglierne il valore e attuare la Costituzione nella individuazione della normativa da applicare al caso concreto¹¹¹. Il giurista interviene dunque nel processo ermeneutico sia come tecnico caratterizzato da una propria cultura giuridica e non solo, sia come persona che ha una propria sensibilità ed un vissuto fatto di esperienze di vita e di relazioni umane. Tutto questo non può essere replicato da un programma e semmai soltanto con

Verkehrssitte verstehen darf. Allein ein solches Verständnis steht mit den §§ 133, 157 BGB und den hierzu entwickelten Auslegungsgrundsätzen in Einklang.

¹¹¹ RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 11 ss.

grandi difficoltà da una intelligenza artificiale¹¹², almeno allo stato attuale dell'evoluzione tecnologica¹¹³.

Ne consegue allora che anche l'elaborazione di sentenze e decisioni analoghe, come i lodi arbitrali, è un'attività umana non delegabile a programmi, algoritmi o all'intelligenza artificiale¹¹⁴. Da parte di alcuni si ventila invece l'opportunità di affidare funzioni giudicanti a tali sistemi¹¹⁵. Sul punto, nell'economia di questo scritto si

¹¹² Sull'intelligenza artificiale, v. il libro bianco realizzato dall'AGID, *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, versione 1.0, marzo 2020, in <https://ia.italia.it/assets/librobianco.pdf>, ove se ne prospettano le diverse possibili applicazioni: «L'Intelligenza Artificiale, oggi, può guidare al posto nostro, prendersi cura delle persone anziane o malate, svolgere lavori pericolosi o usuranti, aiutarci a prendere decisioni ponderate, basate sulla gestione razionale di grandi moli di dati. Ci può permettere di comunicare in lingue che non conosciamo, può seguirci nello studio e aumentare le esperienze culturali o di intrattenimento a nostra disposizione. Nella Pubblica amministrazione può essere utilizzata con profitto nel sistema sanitario, scolastico, giudiziario, nel pubblico impiego, nella sicurezza e, più in generale, nella gestione delle relazioni coi cittadini, che possono venire semplificate e rese allo stesso tempo più efficaci, veloci ed efficienti». Sui complessi rapporti tra intelligenza artificiale e diritto, tra gli altri, v. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; Alpa (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile*, Pisa, 2020; SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge, 2014; SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, Milano, 1996; in argomento, v. anche la sezione monografica del fasc. 7/2019 della rivista *Giur. it.*, dedicato al tema «Intelligenza Artificiale e diritto», a cura di Gabrielli e Ruffolo.

¹¹³ V. AGID, *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, cit., p. 10: «l'Intelligenza Artificiale non è ancora in grado di riprodurre il funzionamento complesso della mente umana, ma solo alcune sue capacità circoscritte. Uno degli obiettivi è dunque quello di rendere queste tecnologie un po' più simili al nostro modo di relazionarci col mondo, pur essendo qualcosa ancora da costruire».

¹¹⁴ In tal senso, KAISSIS, *Recourse to Courts in times of Alternative Dispute Resolution and Disruptive Technologies*, in Apalagaki e Pipsou (a cura di), *Dikaio Choris Synora – Liber Amicorum Athanassios Kaissis*, Atene-Salonicco, 2018., p. 301 ss. (la traduzione del titolo dal greco all'inglese è del Prof. Kaissis);

¹¹⁵ Cfr. ad esempio, FRIES, *PayPal Law and Legal Tech - Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2016, p. 2862 ss. e 2684 ss., il quale discorre di «Digitalisierung der Justiz»; HECKELMANN, *Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts*, cit., p. 509 s., il quale

ritiene sufficiente muovere, tra le altre, quattro critiche a questa tendenza¹¹⁶.

La prima è quella di metodo. Come verrebbero prodotte queste decisioni? Nella letteratura tedesca si discorre in proposito di algoritmi di sussunzione e di ricostruzione dogmatica delle decisioni di futuri programmi in base agli elementi legali della fattispecie¹¹⁷. Ma se si ritorna alla sussunzione, si rischia di negare rilievo alle circostanze del caso concreto e alla valutazione del fatto e dei valori da esso espressi. In generale, allora questo sembra configurarsi come un ritorno al formalismo insito nella dialettica fatto-norma, negando quella fatto-valore e affermando così un metodo formalistico digitale simile a quello degli inizi del ventesimo secolo che l'attuale teoria dell'interpretazione ha superato dando così piena attuazione al dettato costituzionale.

La seconda è quella della controllabilità delle sentenze. La correttezza della decisione adottata da un algoritmo può essere soltanto limitata alla corrispondenza tra i precedenti e la decisione concreta? Se così è, per un verso, la motivazione non avrebbe più alcun ruolo e con essa il procedimento argomentativo assiologico che porta ad adottare la sentenza e a consentirne il controllo di conformità al sistema complessivo; per l'altro, si pone il problema dei fatti nuovi mai decisi prima e, soprattutto, dell'evoluzione dell'ordinamento e della interpretazione che genera nuovi orientamenti in superamento di quelli precedenti anche in ragione del mutato contesto socio economico di riferimento, che una macchina non è per definizione in grado di conoscere e considerare.

La terza critica è quella relativa alla tutela della persona. Un algoritmo che operi in base alla fattispecie e alle precedenti decisioni applicative di una norma rischia in molti casi di negare protezione

parla di «*Smart Judge*» e si chiede «*Warum soll Software nicht imstande sein, eines Tages auch die Rolle eines Richters zu übernehmen?*».

¹¹⁶ Cfr. in argomento, MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 861 ss.

¹¹⁷ Cfr. FRIES, *PayPal Law and Legal Tech - Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?*, cit., p. 2862 ss. e 2684 ss., ove utilizza il termine «*Subsumtionsautomat*», e p. 2865.

alla personalità umana. In proposito, è paradigmatico un famoso caso deciso dal *BVerfG* in materia di fideiussione bancaria sottoscritta dal figlio a favore dei genitori: pur se la fideiussione era in sé e per sé inoppugnabile, i giudici costituzionali l'hanno dichiarata nulla poiché negava i diritti fondamentali del figlio, costretto per tutta la vita per tentare di restituire un mutuo che lo avrebbe schiacciato e gli avrebbe negato il diritto a perseguire una vita felice¹¹⁸. Come avrebbe deciso un algoritmo?

Quarta critica è quella dell'accettazione sociale di un programma che giudica, di uno *smart judge*. Come reagirebbe un cittadino di fronte alla decisione emessa da un programma che gli dà torto, magari nei confronti di una impresa? La questione non è certamente di stretto diritto, ma impatta pienamente sulla visione della giustizia nella collettività. Mettendola seriamente in discussione. La conseguenza è che ci potrebbe essere una reazione di rifiuto del "giudice macchina" che porterebbe anche a porre in dubbio la sua imparzialità, posto che si tratta di sistemi programmati da imprese che sono tanto difficilmente controllabili anche da tecnici esperti, quanto facilmente manipolabili e indirizzabili verso certi esiti da chi abbia i mezzi e la possibilità di farlo.

In conclusione, si ritiene fondato il timore di chi paventa che le nuove tecnologie del ventunesimo secolo possano annullare la rivo-

¹¹⁸ *BVerfG*, 19 ottobre 1993, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1994, p. 36 ss.: «Die Zivilgerichte müssen – insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklausel wie § 138 und 242 BGB – die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind»; tra gli altri, sulla decisione v., oltre al commento di ADOMEIT, *Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild*, *ivi*, p. 2467 ss. e alla critica (di portata più generale) di MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994, p. 7 ss., la nota di BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 202 ss., e ID., *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1995, p. 101 ss.; in argomento v. DI NELLA, *La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la Mithaftung von Nahbereichspersonen*, in *Rassegna di diritto civile*, 2012, 4, p. 1191 ss.

luzione umanistica, qualora l'uomo si spogli della prerogativa di giudicare e lo affidi ad algoritmi¹¹⁹. Con questo non si vuol escludere l'evoluzione tecnologica dall'ambito del diritto¹²⁰: la *Legal Tech* deve supportare le attività degli operatori, non sostituirsi ad essi disumanizzando l'esperienza giuridica. La complessità ed imprevedibilità dei sistemi aperti come quelli dei rapporti umani non è infatti paragonabile alla complessità di sistemi chiusi come quelli riferiti, ad esempio, a macchine, cose, fenomeni fisici, gioco degli scacchi o quant'altro.

¹¹⁹ Questo l'ammonimento di HARARI, *Homo Deus. Eine Geschichte von Morgen*, traduzione dall'inglese di A. Wirthensohn, 2017, München, p. 465.

¹²⁰ In Italia, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, sulla quale v. PROSPERETTI, *Obbligo di motivazione e procedimenti in cui non è nota a priori la logica dell'algoritmo*, in www.dirittomercatotecnologia.it), seguendo la dottrina maggioritaria, ha deciso che il ricorso a *software* di produzione automatica di provvedimenti amministrativi sia ammissibile solo riguardo all'attività vincolata della p.a. in cui vi è, pre definizione, corrispondenza univoca tra dati da esaminare, regole da applicare e risultato del procedimento, senza spazi di elasticità, in perfetta consonanza con la logica deterministica che è propria dell'elaborazione elettronica: in argomento, con ampi riferimenti di letteratura, v. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale e decisione amministrativa automatizzata*, in *Tecn. dir.*, 2020, 1, p. 83 ss.

GIOVANNI DI ROSA
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Catania

**LA PERSONA OLTRE IL MERCATO.
LA DESTINAZIONE DEL CORPO
*POST MORTEM***

SOMMARIO: 1. Diritto e corpo. I termini della disponibilità giuridica *post mortem*. – 2. L'atto di disposizione del (proprio) corpo al fine di assicurare la vita (altrui). – 3. Il principio della dichiarazione di volontà in ordine alla donazione degli organi umani. Disciplina transitoria e recenti interventi attuativi. – 4. (*Segue*). La regola del cosiddetto silenzio-assenso. – 5. Il carattere atecnico della adottata fattispecie donativa e la preminenza della dimensione etico-solidaristica. – 6. L'atto di disposizione del corpo con finalità didattiche e scientifiche. – 7. La rilevanza sociale della destinazione tra scelte normative e logiche valoriali.

1. *Diritto e corpo. I termini della disponibilità giuridica post mortem.*

Non vi è dubbio che il corpo costituisca un elemento fondamentale dell'uomo (come, del resto, di tutti gli altri esseri viventi), contribuendo a indentificarlo, con il precipuo connotato dell'esclusività. In merito si rileva, appropriatamente, come il corpo abbia un'importanza speciale, «perché è attraverso il corpo che siamo in contatto con il resto del mondo»¹. Il corpo rappresenta, più precisamente, la persona nella dimensione materiale, caratterizzandosi il relativo rapporto in termini di appartenenza (che si risol-

¹ OTTONELLI, *Il corpo come soggetto di diritti*, Bologna, 2017, p. 547.

ve, per l'appunto, nell'identità) e non di proprietà². In termini ancora più puntuali si rileva, evidenziando (per smascherarla) l'ingenuità culturale della metafora proprietaria dei diritti, che «chi afferma che le persone sono proprietarie della loro vita o del loro corpo come lo sono di una cosa confonde l'aver, cui fa riferimento la proprietà, con l'essere cui fanno riferimento i diritti della persona i quali mostrano chiaramente un'eccedenza rispetto allo schema proprietario»³.

L'ordinamento giuridico affronta, per la prima volta, la relazione identitaria tra la persona umana e il (suo) corpo con l'introduzione nel codice civile del 1942 della previsione dell'art. 5, ai cui sensi «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Si tratta di una disposizione che si inserisce in una logica di contemperamento di contrapposti interessi: da un lato, «l'esigenza, di natura essenzialmente patrimoniale, di riconoscere un ambito di liceità alla libera contrattazione mediante atti di disposizione del proprio corpo; dall'altr(o), l'esigenza di salvaguardare (non tanto la salute, quanto) l'integrità fisica del singolo, visto sostanzialmente come soldato e produttore»⁴. Sono noti, al riguar-

² In tal senso ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà, Zatti (a cura di) *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 99 ss.

³ NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 270.

⁴ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 1, I, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1989 (rist.), p. 156; diversamente, in ordine ai relativi presupposti teorici e ricostruttivi in relazione al rapporto, per un verso, tra atti e beni e, per altro verso, tra disponibilità e indisponibilità quali categorie applicate (indistintamente) ad aspetti della persona umana, MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss. e spec. p. 384 ss.; ID., *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 493 ss., il quale preferisce discutere di atti di destinazione, rilevando lo stretto rapporto, in questo settore, tra libera scelta in ordine al compimento dell'atto e gratuità del medesimo, indice del principio solidaristico di stampo costituzionale e condizione stessa che costituisce l'accesso al sistema delle finalità di natura solidale. Ad avviso di PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, p. 45, il divieto dell'art. 5 c.c. rispecchia «una concezione che vede la

do, sia la specifica vicenda giudiziaria che ha rappresentato la ragione (contingente) dell'introduzione della disposizione sopra richiamata⁵ sia il rapporto (controverso, ma centrale) con il successivo art. 32 Cost.⁶. Quanto a quest'ultimo può sinteticamente rilevarsi che il rapporto in questione traduce (in considerazione del contesto di riferimento) le soluzioni normative al problema della tutela giuridica della persona umana⁷. La relativa articolazione muove proprio dal confronto a livello di fonti di produzione delle regole giuridiche, con riferimento cioè alla relazione tra Codice civile del 1942 e Costituzione della Repubblica del 1948⁸. Al riguardo, infatti, a fronte, dal punto di vista della rilevanza delle scelte operate dal Codice civile del 1942, della disciplina delle attività economiche organizzate attraverso le categorie del contratto e dell'impresa (con

persona umana essenzialmente come valore funzionalizzato, da tutelare perciò e mantenere integra non per sé, ma in funzione della potenza dello stato: una linea ideologica che vede nell'uomo il guerriero e produttore e nella donna la riproduttrice della specie»

⁵ Lo ricorda, da ultimo, PIRILLI, *Solidarietà e "dono" nei trapianti tra viventi*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 140, nt. 13.

⁶ La previsione costituzionale, affermando la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, esclude l'obbligatorietà di trattamenti sanitari se non per disposizioni di legge. Può al riguardo sinteticamente ricordarsi, come autorevolmente sottolineato da BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *op. loc. ult. cit.*, che il dato normativo in esame si pone nella direzione di tutela della salute quale «valore psichico oltre che fisico suscettibile non solo di conservazione e di reintegrazione, ma altresì di incremento e di promozione in una prospettiva di realizzazione del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.)».

⁷ Per l'indicazione della varietà di prospettive con le quali è possibile discutere in modo sistematico i problemi che oggi interessano la persona umana, specificamente, BESSONE, FERRANDO, *Persona fisica*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 193 ss. e spec. p. 196 ss.; per un ampio quadro sul diritto delle persone, a difesa della verità dell'uomo, v. la raccolta di scritti di BUSNELLI, *Persona e famiglia*, Pisa, 2017, p. 15 ss.

⁸ Si tratta, ovviamente, della relazione, per così dire, originaria, nel senso che oggi occorre tener conto del nuovo sistema delle fonti (a livello di produzione normativa) ma anche dell'importante opera di interpretazione della giurisprudenza (in particolare costituzionale), su cui, per qualche accenno, VETTORI, *Quid iuris? Prima lezione di diritto alle matricole fiorentine*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 184 ss., rilevando la difesa costante della centralità della persona in ogni ambito.

la cosiddetta commercializzazione del diritto privato) in sostituzione della centralità (nel modello del Codice civile del 1865, sulla scia del *Code civil* napoleonico del 1804) dell'istituto proprietario⁹, la prevalente ottica di analisi è stata quella patrimoniale, ossia un approccio (di stampo precipuamente capitalistico) nella logica della preminenza dello scambio a base del sistema di indagine, in particolare con riferimento al contratto inteso come operazione economica¹⁰. Peraltro, l'introduzione della Carta costituzionale ha, per certi versi e in contrapposizione, spostato il baricentro dell'attenzione dello studioso del diritto privato in relazione all'accentuazione, al valore preminente, all'accresciuta dignità che riceve lo svolgimento della persona¹¹, privilegiandosi così una rilet-

⁹ V., in proposito, RESCIGNO, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 1, Torino, 1991, p. 16 ss. e spec. p. 24 ss.; sui rapporti tra (originaria) proprietà statica e (nuova) proprietà dinamica, diffusamente, RODO-TÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, ora in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*², Bologna, 1990, p. 127 ss. e spec. p. 140 ss.; altresì, in precedenza, BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, p. 117 ss.

¹⁰ Sui rapporti tra contratto e operazione economica, con estrema chiarezza, GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*, I, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 48 ss.

¹¹ Lo rileva, ma non è voce affatto isolata, RESCIGNO, *Introduzione*, cit., p. 44; significative riflessioni in ordine alla prospettiva costituzionale sul tema si debbono a NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 1 ss., il quale rappresenta, tra l'altro, che «quando la Costituzione, di fronte alle gravissime mortificazioni della dignità umane prodottesi nel primo Novecento, accoglie la concezione più estesa di essere umano come soggetto di diritti inviolabili esprime una sorta di opzione antropologica: riconosce una concezione dell'uomo che non lo fissa in una definizione statica ed esclusiva, ma lo considera come persona e perciò come soggettività aperta e suscettibile di sviluppo» (p. 4); sulla dignità umana come qualità riconosciuta *a priori*, diffusamente, ID., *La dignità come valore di ogni uomo*, in NICOLUSSI, RUSCONI, *Volte e risvolti della dignità umana. A settant'anni dall'art. 1 della Costituzione tedesca*, in *Jus*, 2020, p. 3 ss. Alla dignità della persona, inviolabile e da rispettare e tutelare ai sensi dell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si richiama VETTORI, *Il tempo dei diritti. Un diverso modo di osservare*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1437 s., indicandola come principio fondamentale e limite interno di ogni diritto; ID., *La fecondazione assistita fra legge e giudici*, in *Persona e*

tura delle disposizioni codicistiche alla luce delle indicazioni costituzionali, nell'ottica della funzionalizzazione degli istituti giuridici¹², in un (mutato) clima di depatrimonializzazione del diritto privato quale risposta alle esigenze fondamentali della persona con riguardo alla clausola di promozione e tutela della persona umana contenuta nell'art. 2 Cost.¹³. Non si può, pertanto, non aderire, in ragione della scelta personalistica della nostra Costituzione¹⁴, all'idea secondo cui la Carta costituzionale «ha posto a fondamento del nostro ordinamento il rispetto, la tutela, la promozione della persona umana e a questa tutela, promozione, rispetto, la stessa scienza è debitrice non dal punto di vista semplicemente morale, ma dal punto di vista giuridico in attuazione della gerarchia dei valori giuridicamente rilevanti»¹⁵; in questo contesto, allora, la dimensione costituzionale del valore “persona” si apre alle sue attuazioni a livello sia individuale sia relazionale¹⁶.

Non può essere certamente questa la sede per affrontare compiutamente gli specifici ordini di problemi sopra rappresentati e, provando a circoscrivere l'indagine a uno specifico (e peculiare) oggetto, si prenderanno in considerazione due interventi normativi

mercato, 2016, p. 8 s.; sul principio di dignità, da ultimo, il contributo di SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, *passim*.

¹² Si tratta della prospettiva di PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ora in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 3 ss.; nonché, in precedenza, ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*.

¹³ V., ancora, PERLINGIERI, *Prefazione a La persona e i suoi diritti*, cit., p. X.

¹⁴ Sul principio personalista si rinvia, per tutti, a MORTATI, *Costituzione*, b) *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1972, p. 139 ss. e spec. p. 214 ss.

¹⁵ Così PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, ora in *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 170.

¹⁶ Non si può al riguardo non richiamare il pensiero di COTTA, *Persona (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 169, il quale rileva che «di contro alle considerazioni fenomeniche della persona e della sua socialità [...] emerge la realtà ‘strutturale’ della persona. Essa è unica e irripetibile [...] ma al tempo stesso, per struttura e non per arbitrio, è relazionale [...]. Lungo un itinerario filosofico millenario, interrotto e ripreso più volte, la persona è stata colta nella sua intrinseca sintesi di unicità e relazionalità».

di natura settoriale, entrambi riconducibili al tema delle relazioni tra corpo umano e ordinamento giuridico, sotto il profilo della regolamentazione da parte del secondo della disponibilità del primo per il tempo in cui il soggetto avrà cessato di vivere. Il riferimento è, in particolare, alla (ormai risalente) disciplina dei trapianti d'organo *ex mortuo*, di cui alla legge 1° aprile 1999, n. 91 e alla (recentissima) normativa in ordine alla destinazione del corpo *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica, di cui alla legge 10 febbraio 2020, n. 10. Va da sé che i richiamati testi di legge si muovono su un piano sicuramente differente rispetto alla generale previsione dell'art. 5 c.c., destinata a operare rispetto agli atti *inter vivos*¹⁷, mentre sia la l. n. 91/1999 sia la l. n. 10/2020 sono dirette ad assicurare la disponibilità del corpo *post mortem*, quantunque attraverso atti assunti in vita dal soggetto disponente. Le due discipline in esame, pur nella ovvia diversità delle relative regole, hanno entrambe a che fare propriamente con la disposizione del corpo *post mortem*, traducendo così una corrispondente duplice opzione normativa in ordine al trattamento giuridico del cadavere. Quest'ultimo, infatti, oltre alla tradizionale (e usuale) destinazione alla pace della tomba può oggi essere destinato (con comuni, quantunque distinte, finalità etico-sociali) sia a prelievi per trapianti di organo e di tessuti a fini terapeutici sia a fini promozionali di studio e di ricerca, quali utilizzi certamente non lesivi della dignità dello stesso¹⁸.

2. *L'atto di disposizione del (proprio) corpo al fine di assicurare la vita (altrui).*

¹⁷ Ritieni che l'ambito di operatività della previsione codicistica possa riferirsi anche agli atti di disposizione di tipo contrattuale D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Famiglia*, 2005, p. 777 ss.; in precedenza, diffusamente, ID., *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, *passim*.

¹⁸ Verranno ripresi, nel prosieguo del lavoro, passaggi già presenti, rispettivamente, in DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 135 ss. e ID., *Il diritto dell'esistenza*, Catania, 2020, p. 59 ss.; nonché in ID., *La disposizione del proprio corpo post mortem a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, p. 843 ss.

Il primo settore di indagine è dunque rappresentato dalla consentita disponibilità del corpo umano rispetto ai trapianti d'organo *ex mortuo*. Tale ambito, pur nella rilevata diversità rispetto ai trapianti da vivente¹⁹, principalmente per il fatto che «mentre in un caso le persone viventi coinvolte ed interessate sono due, nell'altro il rapporto si pone tra la salute o la vita di una persona e il rispetto di un cadavere»²⁰, si caratterizza per la comune individuazione nel corpo di un soggetto dello strumento di tutela del corpo di un altro soggetto. Per questa ragione la destinazione del primo ad assicurare la sopravvivenza del secondo trova il proprio fondamento, prima ancora che nella corrispondente regola normativa, in una decisione dal rilevante valore etico dal punto di vista degli interessi che entrano realmente in gioco²¹.

In tal senso l'attuale disciplina, rappresentata dalla l. n. 91/1999, ha provveduto a completare un percorso iniziato con la prima (limitatissima) regolamentazione, contenuta nella legge 3 aprile 1957, n. 235, in materia di prelievo di parte del cadavere a scopo di trapianto terapeutico, prima della quale nessun prelievo umano era consentito, e sviluppatosi attraverso la successiva legge 2 dicembre 1975, n. 644²². A fronte della complessità della tematica, coinvolgente profili (anzitutto) etici, giuridici (privatistici e pubblicistici), medici e sociali, la corrispondente attuale normativa interviene a riordinare e, per certi versi, ammodernare una legislazione ritenuta, probabilmente a ragione, «non più adeguata al qua-

¹⁹ Sulle differenti tipologie di trapianti è possibile rinviare, per tutti, a GIACOBBE, *Trapianti*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 892 ss. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Digesto*, disc. pen., XIV, Torino, 1999, p. 330 ss.

²⁰ ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, in *Ragiusan*, 2001, p. 199.

²¹ Può leggersi al riguardo il rilievo di GALLO, PALERMO, *Trapianti e terapia genetica: aspetti personalistici*, in *Medicina e Morale*, 2005, p. 258.

²² Al riguardo D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, p. 222, ne evidenzia i tratti di svolgimento, proprio rispetto alla l. n. 235/1957, originaria (e settorialissima) normativa «espressione di una legislazione tendenzialmente chiusa, che rimetteva ai regolamenti di esecuzione o ad interventi normativi successivi l'adeguamento del diritto alle esigenze della chirurgia». Per una ricostruzione complessiva dell'evoluzione normativa rinvio a DI ROSA, *Dai principi alle regole*, cit., p. 143 ss.; per ulteriori aggiornamenti ID., *Il diritto dell'esistenza*, cit., p. 74 ss.

dro normativo europeo»²³, con lo scopo dichiarato «di incentivare gli espianti, favorendo il crescere di una cultura più aperta e di migliorare le opportunità per le tante persone, oggi in lista di attesa per i trapianti»²⁴. Peraltro, il generale favore con cui è stata salutata l'introduzione della nuova disciplina deve misurarsi, per un verso, con talune voci contrarie in ordine alle scelte di fondo della medesima e, per altro verso, con la sostanziale mancata attuazione, almeno sino a tempi recentissimi (come a breve si vedrà), del modello proposto, dovendosi a quest'ultimo riguardo segnalare la prolungata situazione di transitorietà che ha caratterizzato l'intera materia.

Ora, nel complessivo contesto disciplinare, i cui tratti caratterizzanti sono desumibili, in termini generali, dallo schema approntato dallo stesso legislatore, un particolare rilievo assumono, per quel che in questa sede interessa, le disposizioni (contenute nel capo II, l. n. 91/1999) dirette a consentire, in concreto, l'accesso al prelievo di organi, unitamente a quelle (di coordinamento e di natura transitoria, di cui al capo VII, l. n. 91/1999) che hanno poi assunto una importanza decisiva in quanto, per un ventennio, hanno dettato le regole di funzionamento, in termini di presupposto oggettivo, delle operazioni di (espianto e di) trapianto.

3. Il principio della dichiarazione di volontà in ordine alla donazione degli organi umani. Disciplina transitoria e recenti interventi attuativi.

La regolamentazione in esame traduce, per un verso, la tendenziale riduzione della tutela della contraria volontà espressa dal soggetto in vita e, per converso ma sulla stessa linea, la corrispondente riduzione «del numero e dei modi di pronunciarsi delle persone cui si riconosce un «potere» di disposizione del cadavere, negando in particolare la facoltà di vanificare la volontà positiva che il defunto abbia espresso in vita»²⁵. Il principio di carattere generale è infatti oggi quello secondo cui tutti i cittadini devono dichiarare (ovviamente in vita) la propria volontà in ordine alla destinazione degli

²³ ZANETTA, *Un centro nazionale ramificato sul territorio per incentivare la cultura della donazione*, in *Guida al diritto*, 1 maggio 1999, n. 17, p. 28.

²⁴ ZANETTA, *Un centro nazionale*, cit., p. 28.

²⁵ RESCIGNO, *Morte*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XI, Torino, 1994, p. 463.

organi e dei tessuti del proprio corpo successivamente alla morte. Tale principio, del tutto nuovo, può essere pienamente avvertito a condizione di tenere presenti alcuni ulteriori termini di riferimento rappresentati, rispettivamente, dalla qualifica (e dalle conseguenze) che a tale scelta (o, come si vedrà, alla relativa assenza di scelta) l'ordinamento ha ritenuto di attribuire, dai presupposti che (soli) giustificano e consentono una scelta di questo tipo, dall'intero apparato (di natura tecnico-amministrativa) che sostiene un tale tipo di normazione e, quindi, di regolamentazione.

Per ciò che concerne il primo aspetto, ossia la qualificazione normativa della scelta, si prevede che «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione» (art. 4, comma 1 l. n. 91/1999); le relative questioni riguardano, sostanzialmente, il senso da attribuire al termine “donazione” e l'opportunità della previsione del cosiddetto silenzio-assenso.

Per quanto attiene, poi, ai presupposti di operatività di simile scelta, peraltro strettamente correlati alla complessiva organizzazione amministrativa, occorre tenere presenti, secondo quanto stabilito dal successivo decreto ministeriale 8 aprile 2000, le modalità (comprehensive dei termini e delle relative forme) di notifica da parte delle Aziende unità sanitarie locali agli assistiti della richiesta di dichiarare la propria (libera) volontà in ordine alla donazione di organi o tessuti dopo la morte a scopo di trapianto, «tali da garantire l'effettiva conoscenza della richiesta da parte di ciascun assistito» (art. 5, comma 1, lett. a, l. n. 91/1999). Infatti, solo una volta espletata tale procedura, può rendersi operativo, e giuridicamente rilevante, il principio della dichiarazione di volontà in ordine alla donazione, sotto il duplice profilo della vincolatività della dichiarazione eventualmente effettuata e delle conseguenze discendenti dalla possibile (ed eventuale) mancanza di quest'ultima. In ogni caso, e si tratta di regola di sicuro rilievo sistematico, «i soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti, secondo le modalità indicate con il decreto del Ministro della sanità di cui

all'articolo 5, comma 1, sono considerati non donatori» (art. 4, comma 2 l. n. 91/1999).

Scopo della previsione in esame non è tanto, come pure ritenuto, quello di escludere la possibilità di essere donatori per i soggetti non destinatari della relativa richiesta²⁶, atteso che nulla impedisce il verificarsi di una simile eventualità, ossia che il soggetto possa esprimere la propria volontà donativa al di fuori della procedura regolamentata per legge. La questione affrontata (e risolta) dal legislatore con l'affermato principio contenuto nell'art. 4, comma 2 l. n. 91/1999 è, invece, un'altra ed è precisamente rappresentata dalla dichiarata corrispondenza tra procedimento amministrativo e attribuzione dei correlativi effetti giuridici, ossia dal richiesto rispetto delle regole procedurali perché possa divenire operativo l'immaginato sistema fondato sulla intervenuta o non intervenuta manifestazione della volontà. In altri termini, la prevista esclusione della qualifica di donatori per i soggetti ai quali non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della volontà (art. 4, comma 2 l. n. 91/1999), ben lungi dall'impedire che la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti possa egualmente avvenire, ha il (più limitato) scopo di escludere che ad un simile risultato possa addivenirsi (proprio in relazione a quanto normativamente disposto, ossia *ex lege*) in assenza del rispetto delle prescritte regole procedurali, assicurandosi così proprio la necessaria e dovuta conformità al dettato legislativo, il cui destinatario, sotto questo profilo, risulta essere il soggetto pubblico e non il soggetto privato²⁷.

²⁶ In questo senso, ma in maniera non condivisibile, ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., p. 206.

²⁷ Debbono, invece, condividersi le perplessità manifestate in ordine alla scelta normativa di sostituire alla volontà del minore di età quella dei genitori esercenti la potestà, con l'ulteriore (importante) precisazione che «in caso di non accordo tra i due genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione» (art. 4, comma 3 l. n. 91/1999); sembra piuttosto preferibile una soluzione diretta a valorizzare, in un ambito così rilevante e di carattere non patrimoniale, la volontà del soggetto personalmente interessato alla vicenda, così come evidenziato, tra gli altri, da ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., p. 206; nonché, in precedenza, da PALMERINI, *La nuova legge sui trapianti d'organo: prime notazioni*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1318 ss.; da ultimo RESTA,

La scelta operata dal legislatore con riferimento alla menzionata regola della dichiarazione di volontà è rimasta tuttavia inattuata sino a tempi recenti, atteso l'originario rinvio normativo della prevista applicazione. Le relative disposizioni, infatti, ossia quelle contenute nell'art. 4 l. n. 91/1999, «acquistano efficacia a decorrere dalla data di attivazione del sistema informativo dei trapianti di cui all'articolo 7» (art. 28, comma 2 l. n. 91/1999). Pertanto, nonostante l'espressa abrogazione della disciplina previgente (art. 27, comma 1 l. n. 91/1999), per un ventennio sono stati applicati gli stessi principi e le stesse regole procedurali originariamente contenute nell'art. 6 l. n. 644/1975, in adesione cioè al principio della libera utilizzabilità *post mortem* del corpo (secondo il meccanismo del consenso presunto o, più correttamente, del non dissenso), in assenza di una espressa opposizione manifestata in vita dal defunto o da parte dei soggetti indicati dalla legge in quell'arco temporale di riscontro (e di accertamento) del momento di determinazione della morte. Per esplicita disposizione di legge, nel periodo transitorio, dunque fino alla data di attivazione del sistema informativo dei trapianti, si «è consentito procedere al prelievo di organi e di tessuti da soggetto di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e del decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582, salvo che il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso» (art. 23, comma 1 l. n. 91/1999).

La regolamentazione transitoria così prevista deve oggi ritenersi superata con la piena entrata in vigore della dichiarazione di volontà in ordine alla donazione di cui all'art. 4 l. n. 91/1999 (art. 28, comma 2 l. n. 91/1999), a motivo della intervenuta adozione (il 20 agosto 2019) del decreto ministeriale della salute che contiene le norme del regolamento sul sistema informativo trapianti, deputato a disciplinare la tracciabilità e a trasparenza dell'intero processo di donazione-prelievo-trapianto di organi. A questo decreto seguirà l'attuazione delle altre prescrizioni della l. n. 91/1999, ossia l'adeguamento dell'anagrafe nazionale degli assistiti in tutte le

Doni non patrimoniali, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 525. Tale soluzione, del resto, sarebbe del tutto in linea con gli sviluppi di un sistema sempre più orientato a tenere nel debito conto la posizione del minore di età (in particolare, se "adulto"), soprattutto rispetto a vicende personalissime.

Aziende sanitarie locali e una rinnovata campagna informativa volta a promuovere la consapevolezza su donazione e trapianto d'organi. Pare dunque oramai compiuto il percorso di concreta attuazione (anche) dell'affermato principio del cosiddetto silenzio-assenso, vero asse portante dell'intera (rinnovata) disciplina.

4. (Segue). *La regola del cosiddetto silenzio-assenso.*

L'introdotta principio della dichiarazione di volontà, unitamente agli effetti normativamente disposti in ordine alla relativa assenza, a loro volta discendenti da un'ulteriore regola sottesa al sistema così innovato, sembra indicare che il legislatore, di fronte a due possibili tecniche di soluzione del problema relativo alla prestazione del consenso, ossia «dare rilievo alla volontà espressa in vita dal defunto o, dopo la morte, alla volontà espressa dai prossimi congiunti; dall'altro [...], attribuendogli un ruolo prevalente, profili di solidarietà sociale costituzionalmente garantiti»²⁸, ha chiaramente preferito la seconda possibilità. In merito paiono necessarie alcune precisazioni in ordine al ruolo della volontà dell'interessato e alle modalità (più o meno formalizzate) attraverso cui la volontà medesima viene assunta come giuridicamente rilevante.

Sotto il primo profilo, infatti, la volontà del soggetto acquista, per certi versi, un rilievo diverso rispetto a quello avuto in precedenza, nel senso che in passato il prelievo era consentito a condizione che l'interessato non avesse in vita esplicitamente negato il proprio assenso al prelievo, salva comunque la possibilità che tale opposizione fosse manifestata dopo la morte dai prossimi congiunti. Il modello originario, pertanto, assumeva sicuramente come rilevante la volontà del soggetto, almeno in relazione all'aspetto negativo, posta la non necessità del consenso per procedere all'espianto. Il soggetto, dunque, si trovava in una posizione di sicura disponibilità delle proprie spoglie, quantunque risultasse difficile immaginare (in concreto) una decisione negativa in assenza di particolari motivi; anzi, appariva come plausibile (e statisticamente più ricorrente) una situazione, rappresentata dalla assenza di una qualsivoglia

²⁸ TRICOMI, *Così la «lunga marcia» verso l'attuazione lascia spazio al regime transitorio*, in *Guida al diritto*, 1 maggio 1999, n. 17, p. 32.

dichiarazione di volontà in merito, proprio in considerazione della sostanziale disavvertenza di tale ordine di problemi da parte del soggetto durante il decorso della propria esistenza. Appare evidente, allora, che l'unico (reale) ostacolo era rappresentato dall'attribuzione ai prossimi congiunti della possibilità di opporsi al prelievo, riconoscimento quest'ultimo che, in verità, mal si atteggiava al mancato riscontro di una diversa volontà del *de cuius*.

Diversamente, invece, accade sulla base dell'affermato principio della dichiarazione di volontà, atteso che la riforma operata dalla l. n. 91/1999 appare «maggiormente accentrata sul soggetto interessato, non demandando più ai prossimi congiunti una scelta che invece ciascun cittadino è chiamato a compiere quale opzione di principio, scevra da condizionamenti emotivi»²⁹. Il rilievo, effettivamente, appare persuasivo, in quanto il legislatore, mosso dall'avvertita esigenza della sensibilizzazione rispetto a tale ordine di problemi, ha previsto un procedimento che ha inizio con la sollecitazione del soggetto ad affrontare la questione, dovendo cioè questi provvedere a manifestare, una volta soddisfatta la richiesta della necessaria conoscenza attraverso il supporto informativo, la propria volontà finalizzata ad una scelta libera, informata e consapevole. Sotto questo profilo, dunque, due sono i possibili esiti della espressa manifestazione della volontà: positivo, ossia di assenso al prelievo; negativo, ossia di diniego al prelievo. Fin qui il sistema si mostra in linea con la valorizzazione della volontà individuale, espressione del principio di autodeterminazione, sebbene sollecitata e indotta dalla esplicita richiesta formulata dall'apparato sanitario ma comunque nella più assoluta libertà da parte del soggetto di assumere le decisioni ritenute più congrue al proprio credo, al proprio modo di essere e di affrontare questioni così personali.

In realtà, la vera novità (oltre alla scomparsa della possibilità di opposizione da parte dei prossimi congiunti) è rappresentata dalla qualificazione dell'assenza di volontà del soggetto interpellato, il quale viene previamente informato che «la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione» (art. 4,

²⁹ TRICOMI, *Così la «lunga marcia»*, cit., p. 33.

comma 1 l. n. 91/1999)³⁰. Ciò significa che, a fronte della richiesta proveniente dall'organo amministrativo, è possibile (oltre a una espressa dichiarazione di volontà in un senso o nell'altro) anche l'assenza di dichiarazione la quale, tuttavia, non è scevra di conseguenze, anzi viene normativamente indicata come assenso alla donazione, ritenendosi prevalenti in questa ipotesi esigenze di solidarietà sociale e completandosi così il quadro delle ipotesi nelle quali, successivamente alla morte, è consentito il prelievo di organi e di tessuti.

Proprio l'introdotta principio del cosiddetto silenzio-assenso ha suscitato un vivace dibattito, dovendo in merito evidenziarsi che l'aver legislativamente attribuito al silenzio del destinatario della richiesta sopra menzionata il valore di un assenso, ossia di una positiva dichiarazione di volontà, alla donazione, è espressione di un modello legale che assegna al silenzio, in questo specifico ambito, un preciso significato, impregiudicato comunque l'interrogativo sull'effettiva opportunità di una simile opzione normativa ma anche sulla complessiva coerenza della scelta così operata. Al riguardo, infatti, il tradizionale settore di elezione di tale istituto è rappresentato (dalle situazioni derivanti) dai rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, rispetto cioè alla avvertita necessità di tutelare questi ultimi dalla inerzia del soggetto pubblico. Tale strumento è infatti diretto ad annullare gli effetti dell'inerzia alla quale il legislatore «fa conseguire gli stessi effetti dell'esercizio positivo

³⁰ L'aver posto l'accento, come aspetto nuovo, sulla regola del cosiddetto silenzio-assenso non sembra, in verità, in contrasto con quanto rilevato da ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., p. 204, per il quale, rispetto al sistema precedente, «risulta [...] eccessivo e per niente giustificato il clamore suscitato dall'introduzione del cd. silenzio-assenso, il quale è stato da molti falsamente presentato come una grossa novità», dal momento che il fatto nuovo è costituito proprio da una tecnica che (analoga quanto ai risultati tuttavia) appare diversa in ordine ai presupposti di operatività e alla stessa prospettazione fattane dal legislatore sotto il profilo formale; in verità, conferma di questa impostazione sembra venire dallo stesso ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., p. 205, allorché specifica le distinte (e diverse) possibili posizioni (per la precisione tre) in cui possono trovarsi i cittadini di fronte al novellato sistema normativo.

dell'attività amministrativa»³¹. Più precisamente, si tratta di una risposta apprestata dal legislatore non funzionale al giudizio amministrativo (come nel caso del silenzio-rifiuto o del silenzio-accoglimento) ma, piuttosto, volta ad attribuire «*ope legis* al silenzio (a certe condizioni ed in certi limiti), effetti equiparabili a quelli che l'interessato si attendeva dal provvedimento invano richiesto (silenzio-assenso)»³². In quest'ottica, pertanto, appare del tutto evidente che, proprio in considerazione della peculiarità di tale istituto, il quale incide significativamente sulla funzione amministrativa, «il silenzio-assenso è un istituto di carattere eccezionale che può essere previsto solo da specifiche e tassative norme di legge non suscettibili di estensione analogica»³³.

Ora, al di là degli espliciti limiti evidenziati in ambito amministrativo, la maggiore difficoltà in merito all'operatività dell'istituto del cosiddetto silenzio-assenso rispetto alla disciplina dei trapianti d'organo concerne propriamente sia il settore di riferimento rispetto alle previsioni di principio sia il soggetto interessato.

Quanto al primo profilo, infatti, deve riconoscersi che l'introdotta tecnica, esemplificativa di un meccanismo automatico di presunzione (comunque relativa, in quanto suscettibile di prova contraria ai sensi dell'art. 4, comma 5 l. n. 91/1999) del consenso, certo non sembra in linea con lo stesso affermato principio della libera volontà richiamato dall'art. 4, comma 1 l. n. 91/1999, dovendosi piuttosto ritenere che proprio la valorizzazione dell'elemento volontaristico appare in contrasto con la (diversa) previsione per cui «la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione» (art. 4, comma 1 l. n. 91/1999). Parimenti, trattandosi di ambito nel quale il soggetto «conserva [...] il massimo livello di discrezionalità, nelle scelte che riguardano gli elementi

³¹ TONOLETTI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Digesto*, disc. pubbl., XIV, Torino, 1999, p. 157.

³² LIGNANI, *Silenzio*, a) *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 562, specificando che la formazione del silenzio «comporta *ope legis* il verificarsi di effetti almeno in parte assimilabili a quelli di una pronuncia favorevole all'interessato».

³³ La relativa disamina può leggersi in TONOLETTI, *Silenzio*, cit., p. 176 ss., ove ampi riferimenti giurisprudenziali.

propri della natura umana»³⁴, deve dunque ritenersi particolarmente discutibile, almeno in termini strettamente giuridici, l'adozione della regola presuntiva del consenso. Al riguardo si è fatto criticamente rilevare che «nell'applicazione del criterio del silenzio-assenso al tema dei prelievi degli organi può intravedersi un conflitto [...] con il combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., essendo tale criterio da assumersi come violatorio dei diritti della personalità del soggetto»³⁵, in quanto non può rinvenirsi all'interno del nostro sistema giuridico la possibilità di considerare in termini di doverosità la donazione degli organi³⁶. Tale ordine di valutazioni sembra poi confermato dalla modifica operata dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, contenente disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (cosiddetta legge di stabilità 2013), che ha provveduto a introdurre l'art. 6 *bis*, rubricato "Qualità e sicurezza degli organi", il cui comma 1 dispone che «Le donazioni di organi di donatori viventi e deceduti sono volontarie e non remunerate»³⁷. Ora, a parte la reiterata previsione (anche se ovviamente di primaria rilevanza) della necessaria assenza di remunerazione³⁸, peraltro ulteriormente specificata e variamente articolata nel prosieguo del citato testo normativo³⁹, devono mettersi in evidenza due aspetti: il

³⁴ ZANETTA, *Nella valorizzazione del ruolo della famiglia una garanzia per il rispetto delle volontà*, in *Guida al diritto*, 1 maggio 1999, n. 17, p. 36.

³⁵ BECCHI, DONADONI, *Informazione e consenso all'espianto di organi da cadavere. Riflessioni di politica del diritto sulla nuova legislazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 277 s.

³⁶ Diffusamente, sul punto, BECCHI, DONADONI, *op. ult. cit.*, p. 271 ss., attraverso l'articolata disamina sia della disciplina penale sia di quella costituzionale.

³⁷ L'intervento del legislatore, come segnalato (con successivi approfondimenti di interesse) da VENUTI, *Novità e prospettive nella normativa in materia di trapianti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 307, «è stato determinato dall'esigenza di trasporre senza ulteriori indugi, essendo scaduto il termine nel mese di agosto 2012, la direttiva europea n. 2010/53/UE relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti».

³⁸ Sul divieto dello scopo di lucro, di recente, CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Pisa, 2013, p. 121 ss.; in precedenza, già, RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 124 ss.

³⁹ Si statuisce infatti, altresì, che «Il reperimento di organi non è effettuato a fini di lucro. È vietata ogni mediazione riguardante la necessità o la disponibilità

primo concerne la formale trasposizione nella disciplina della l. n. 91/1999, dedicata ai prelievi da persona inanimata, del generale principio della donazione di organi, con gli essenziali tratti della volontarietà e della non remuneratività, anche per i prelievi da persona vivente; il secondo, in verità più significativo, attiene al possibile rilevato contrasto con l'impianto complessivo della l. n. 91/1999 e, in particolare, con la già riferita regola del cosiddetto silenzio-assenso. A tale ultimo riguardo si è giustamente avvertito che «se la *donazione* di organi di un donatore *deceduto* è *volontaria*, deve consistere in un atto avente struttura e contenuto precisi, tangibilmente e inequivocabilmente riconoscibile come tale. Cosa che non può dirsi per la fattispecie della mancata risposta alla richiesta di esprimersi in merito al prelievo *post mortem* [...], dal momento che in essa *manca* propriamente una determinazione della volontà del disponente volta ad ammettere il prelievo»⁴⁰. La questione, più precisamente, involge i rapporti tra volontarietà ed espressa manifestazione di volontà, ossia tra la forma dell'atto e la consequenziale disciplina degli effetti prodotti. È indubbio che il rilievo critico sopra riportato ha un proprio indiscutibile peso, tuttavia il riferimento normativo all'attività sollecitatoria (e agli effetti determinati e determinabili in capo al destinatario della stessa) vale a identificare le condizioni per l'operatività del principio introdotto dalla l. n. 91/1999, assegnando specifica giuridica rilevanza al contegno, anche eventualmente omissivo, dell'interessato. In altri termini, la riconosciuta possibilità della manifestazione di una volontà contraria sembra poter salvaguardare la richiesta volontarietà quale carattere distintivo della donazione di organi.

Per quanto concerne, poi, il secondo profilo in precedenza richiamato (ossia quanto al soggetto interessato), l'istituto del cosiddetto silenzio-assenso si presenta, per così dire, chiaramente capovolto sotto l'aspetto soggettivo, atteso che il destinatario non è la

di organi che abbia come fine l'offerta o la ricerca di un profitto finanziario o di un vantaggio analogo. È altresì vietata ogni pubblicità riguardante la necessità o la disponibilità di organi che abbia come fine l'offerta o la ricerca di un profitto finanziario o di un vantaggio analogo» (art. 6 *bis*, comma 1 l. n. 91/1999).

⁴⁰ VENUTI, *Novità e prospettive*, cit., p. 311.

pubblica amministrazione, soggetto pubblico, quanto il cittadino, soggetto privato.

Proprio tale ultimo rilievo suscita un'ulteriore riflessione, di ordine più generale, rispetto cioè alla stessa appropriatezza del riferimento all'istituto del cosiddetto silenzio-assenso e al relativo (originario) ambito di operatività. Infatti, se tale istituto nasce, così come generalmente riconosciuto, quale rimedio preventivo diretto a eliminare la stessa possibilità che «il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all'emanazione dell'atto»⁴¹, risulta del tutto evidente che la scelta compiuta dalla l. n. 91/1999 non sembra avere molto a che fare con il procedimento amministrativo in quanto tale. Mentre, appunto, in questo specifico settore il problema è rappresentato dall'assicurare un risultato rimediale rispetto all'inerzia della pubblica amministrazione, nella disciplina dei trapianti d'organo la questione non può impostarsi in termini di individuazione di una (tecnica di) risposta all'inerzia del cittadino chiamato ad assumere una espressa decisione (positiva o negativa). Si tratta, piuttosto, di un vero e proprio superamento (nel settore relativo) del principio della libertà individuale che può manifestarsi (e trovare compiuta espressione) anche nel non assumere decisione alcuna (sia pure momentaneamente) rispetto ad un problema di estrema complessità, valutabile in tempi e modi diversi da ciascuno (proprio in ragione della diversità di ogni essere umano) non necessariamente traducibili in scadenze normative (di natura tecnica e con connotazioni tempistiche).

Il problema, allora, appare diverso, dovendosi al riguardo segnalare il passaggio da una visione meramente privatistica della disponibilità del proprio corpo, in ordine alle vicende successive alla morte, affidata cioè al mero (insindacabile) volere del soggetto o dei propri congiunti, a un tendenziale favore per l'utilizzabilità degli organi mediata (e, ovviamente, favorita) dallo strumento normativo della presunzione di volontà (in ordine) alla donazione. Pertanto, qualunque sia la qualificazione giuridica che si ritenga dovere dare alla tecnica espressamente adottata dall'art. 4, comma 1 l. n.

⁴¹ TONOLETTI, *Silenzio*, cit., p. 157.

91/1999 in merito alla dichiarazione di volontà, ulteriori chiarimenti potranno venire proprio dall'analisi dell'adottato modello donativo. Si deve, comunque, prendere atto che l'averе sostanzialmente (ma non giuridicamente) privato il soggetto della disponibilità delle proprie spoglie attraverso il superamento del principio del consenso esplicito indica che «tra le due impostazioni, quella pubblicistica e quella privatistica, è prevalsa la prima, che considera il corpo umano, dopo la morte, bene disponibile per la comunità»⁴².

Sotto questo profilo, tuttavia, il progressivo *favor* normativo per i trapianti d'organo, rappresentato dal superamento di tendenziali (e preesistenti) limiti di carattere oggettivo (rispetto cioè alle parti prelevabili), non sembra essere egualmente, ossia nella stessa misura, testimoniato dall'incidenza normativa in merito ai modificati limiti soggettivi, in considerazione cioè della introdotta regola della non necessarietà del consenso (almeno esplicito o espresso). Il soggetto interessato viene infatti comunque sollecitato a manifestare la propria volontà (eventualmente anche di segno contrario), con il correttivo legislativo della qualifica di donatore in assenza di (non favorevole) dichiarazione di volontà. A tal proposito l'adesione all'orientamento cosiddetto pubblicistico non appare dunque del tutto piena, nel senso che la mantenuta possibilità di diniego non è conforme alla impostazione (marcatamente solidaristica e, quindi, pubblicistica) di chi, autorevolmente, aveva già rilevato la dubbia compatibilità di una volontà contraria (nel vigore della l. n. 644/1975) «con l'esigenza sociale della utilizzazione delle spoglie per fini curativi»⁴³. Ciò, evidentemente, depone per un sistema ancora fondamentalmente consensualistico (sia pure nella diversità delle forme giuridiche di rilevanza del silenzio), in contrapposizione a un sistema di carattere appropriativo⁴⁴.

⁴² ZANETTA, *Un centro nazionale*, cit., p. 31; sulla rilevanza giuridica del cadavere e sulla relativa duplice ottica (privatistica o pubblicistica) v., già, MONTANARI, *Trapianti d'organo: ambiguità di una possibile legge*, in *Iustitia*, 1989, p. 47.

⁴³ BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990 (rist.), p. 164, nt. 43.

⁴⁴ Il riferimento, quanto alla diversità dei due sistemi, ciascuno dei quali peraltro ha una differente articolazione interna, è agli interessanti rilievi di RESTA,

È peraltro importante rilevare che l'adozione del sistema consensualistico, nella forma che prescinde da un'espressa manifestazione della volontà positiva, riduce i costi decisionali e transattivi⁴⁵. Si deve altresì segnalare che proprio la riscontrata estrema scarsità di organi disponibili per il trapianto, in un Paese come il nostro che pure già da tempo si attesta su di una fascia alta nell'ambito della media europea in ordine al numero di donatori e che, secondo l'ultimo *report* 2017 del Centro nazionale trapianti, registra 23,7 donatori per milione di abitanti, ha sollecitato significative indagini volte a evidenziare che trattasi di una scarsità non naturale, nel senso che «esistono delle barriere, secondo alcuni di carattere psicologico o legislativo, che impediscono il potenziale incontro della domanda e dell'offerta nell'equilibrio efficiente»⁴⁶.

Proprio in questa direzione, allora, sembra muoversi la scelta normativa operata dalla l. n. 91/1999, rispetto alla quale, in ogni caso, a prescindere pertanto dalla valutazione degli instaurati rapporti normativi tra limiti soggettivi e limiti oggettivi di disponibilità del (proprio) corpo, la terminologia utilizzata del legislatore non deve comunque trarre in inganno circa gli eventuali istituti richiamati (come nel caso, non isolato per la verità, del cosiddetto silenzio-assenso), che risultano tuttavia difficilmente applicabili in quanto provenienti da settori molto differenti e non comparabili (è questo il caso del diritto amministrativo). Si vuole, piuttosto, solamente catalizzare l'attenzione sulla procedimentalizzazione realizzata nel settore dei trapianti d'organo⁴⁷ al fine di consentire, appunto, una differente (nel senso di più efficiente) allocazione di tali risorse scarse⁴⁸.

Scarsità delle risorse e funzione allocativa del diritto: il caso dei trapianti d'organo, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 124 ss., ove, altresì, un'ampia disamina comparatistica delle (più rilevanti) discipline straniere.

⁴⁵ Il richiamo di carattere economico proviene da RESTA, *Scarsità delle risorse e funzione allocativa del diritto*, cit., p. 135.

⁴⁶ RESTA, *Scarsità delle risorse e funzione allocativa del diritto*, cit., p. 138.

⁴⁷ Similmente, sul punto, anche ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., p. 205.

⁴⁸ Paradigmatica, sotto questo profilo, la scelta (peculiarmente consensualistica ma con certi adattamenti) effettuata nello Stato (della città) di Singapore nel 1987, come riportato da RESTA, *Scarsità delle risorse e funzione allocativa del diritto*, cit., p. 142 ss. e p. 158 s., diretta a stabilire una sorta di circolo "virtuoso"

5. *Il carattere atecnico della adottata fattispecie donativa e la preminenza della dimensione etico-solidaristica.*

Si sono in già in precedenza riferiti i rilievi critici in ordine all'assunto modello della donazione, quale schema giuridico (almeno formalmente) utilizzato dal legislatore per designare la materia della disponibilità del proprio corpo a fini di trapianto ai sensi dell'art. 4 l. n. 91/1999, unitamente allo strumento normativamente (e, oggi, ordinariamente) deputato ad assicurare il relativo consenso, ossia il cosiddetto silenzio-assenso. A quelli devono aggiungersi le perplessità in merito all'appropriatezza del riferimento giuridico e, correlativamente, alla fondatezza della riconduzione del modello così proposto allo schema donativo corrispondente al *nomen iuris* utilizzato.

In buona sostanza l'interrogativo qui posto concerne la rispondenza del termine adottato, donazione appunto, alla regolamentazione degli interessi sottesi, attraverso un processo di analisi che, partendo dalla disamina della tecnica così introdotta, ne consenta un'interpretazione (più o meno conforme) alla categoria giuridica di riferimento nel raggiungimento dell'obiettivo qualificativo (ossia la possibile configurazione giuridica in termini, propriamente, di donazione). Sorge cioè il sospetto che la terminologia utilizzata sia il frutto della sovrapposizione di due linguaggi differenti, quello ordinario (ossia comune) e quello (propriamente) giuridico o che, comunque, la esatta comprensione della terminologia utilizzata debba assumere come punto di riferimento il dato sociale su cui si innesta, poi, il modello normativo.

Appare infatti evidente, al riguardo, che alla dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è sottesa una scelta di campo da riferire sicuramente alla logica del dono che, tuttavia, non riguarda qualcosa ma qualcuno, ossia la propria persona, dunque non un do-

tra il bisogno del bene e il conferimento dello stesso allorché «introduce [...], per la prima volta a livello mondiale, un sistema di incentivi e disincentivi alla donazione, funzionalizzati all'aumento dell'offerta del bene scarso [...]» (p. 143), per cui (tra l'altro) «in caso di bisogno [...] chi non si è opposto alla donazione [...] ha priorità di accesso al rene» (*ibidem*).

nare ma un donarsi, un dono quindi del sé⁴⁹. Risulta, poi, altrettanto chiaro che alla gratuità del donare e, pertanto, del donante sta e corrisponde (o, comunque, dovrebbe corrispondere) la gratitudine del ricevente, per il semplice fatto che dalla morte di un soggetto (e grazie alla decisione di quest'ultimo) deriva per un altro la meravigliosa possibilità di (continuare a) vivere, dovendosi al riguardo condividere (e senza enfasi alcuna) la felice formula (nella sua significativa e singolare sinteticità) per cui chi dona gli organi ama la vita. Questo splendido orizzonte di servizio alla vita segna, dunque, il superamento di una (chiusa) mentalità individualistica con la possibilità «di utilizzare nuove forme di solidarietà volontaria particolarmente ricche di valore e attraverso le quali pervenire ad una crescita autentica di umanità e civiltà»⁵⁰. È proprio allora in questa ottica ricostruttiva, volutamente prospettata in via del tutto preliminare, che debbono leggersi le scelte normative e i correlativi strumenti giuridici adottati.

Se, infatti, si prova a riflettere sulla soluzione giuridica assunta in materia di trapianti d'organo si nota immediatamente l'accostamento di due profili in (chiara) contrapposizione. Nella misura in cui, appunto, si dispone che «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte» (art. 4, comma 1 l. n. 91/1999), emerge, come correttamente evidenziato, la contemporanea adozione della «dimensione privatistica, invocando a sostegno della liceità dell'espianto d'organi un istituto che qualifica in modo personalissimo l'iniziativa dispositiva del privato, quale la *donazione* (e) (...) un più generale ambito di intervento pubblico, attraverso l'istituzione di un *obbligo* in capo ai privati di manifestare comunque una volontà circa l'autorizzazione

⁴⁹ Questa la condivisibile prospettiva di CIPRESSA, *La donazione degli organi umani. Un'esigenza etica*, in *Riv. teologia morale*, 2001, p. 412; sul rapporto, nel nostro ordinamento ma anche in ordinamenti differenti (come quello francese), tra la nozione giuridica di donazione (di cui all'art. 769 c.c.) e l'espressione dono, nozione priva (nel nostro sistema) di una sicura autonomia dogmatica e normativa, RESTA, *Doni non patrimoniali*, cit., p. 510 ss.

⁵⁰ PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, p. 16.

all'espianto cui segue una serie di presunzioni in senso ad esso favorevole»⁵¹.

Tralasciando la disamina (già in precedenza svolta) delle possibili opzioni interpretative quanto al modello adottato, giova qui rilevare l'utilizzo in senso assolutamente atecnico dell'istituto della donazione, sulla base di taluni significativi rilievi riferibili al cosiddetto atto di donazione degli organi rispetto ai tratti distintivi indicati nell'art. 769 c.c.: l'esclusione del carattere della negozialità; la correlativa assenza di patrimonialità; la mancanza dello spirito di liberalità da parte del donante (ossia l'*animus donandi*); la combinata assenza del depauperamento del patrimonio del disponente (donante) e dell'arricchimento del patrimonio del ricevente (donatario) per la non configurabilità della disposizione di un diritto del donante o della assunzione di un'obbligazione da parte di quest'ultimo; la fondamentale revocabilità sino al momento dell'intervento di espianto della volontà del disponente (art. 4, commi 4 e 5 l. n. 91/1999, diversamente dallo schema tecnico della donazione la cui revocabilità, di regola, si arresta al momento dell'accettazione da parte del donatario)⁵².

Di contro, è chiaro che l'affermazione del principio donativo si basa sulla avvertita consapevolezza del valore dell'atto in questione sotto il profilo dell'impegno personale in termini di libertà e di coscienza di ciascuno che, tuttavia, viene (singolarmente) coniugato, attraverso l'imposizione dell'obbligo di manifestazione della volontà, con la necessità di assicurare una disponibilità concreta di organi a fini di trapianto; ciò porta a ritenere l'esistenza di un interesse pubblico a pianificare la donatività, rinvenendosi cioè il disegno del legislatore «nella definizione e tutela di un *interesse pub-*

⁵¹ MONTANARI, *Trapianti d'organo*, cit., p. 47, già al tempo della relativa proposta di legge che, peraltro, sotto questo profilo si è poi tradotta corrispondentemente nel provvedimento normativo in questione; il rilievo critico, a seguito della introduzione dell'art. 6 bis l. n. 91/1999, è stato ripreso, con stringente argomentazione, da VENUTI, *Novità e prospettive*, cit., p. 310 ss.

⁵² Una esauriente indicazione dell'incompatibilità del modello donativo civilistico con le scelte normative in tema di trapianti d'organo si rinviene in PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 21 ss.; v. pure, in precedenza, MONTANARI, *Trapianti d'organo*, cit., p. 47 ss. e spec. p. 49 s.

blico a ché prenda corpo un atto di iniziativa privata che abbia – per di più – le caratteristiche personalissime della “donazione”»⁵³.

Siamo pertanto in presenza di un atto gratuito non donativo, il cui *nomen iuris* (donazione) non corrisponde allo schema tecnico-formale sotteso, volendo semplicemente riferirsi ad un atto di disposizione gratuito di parti del proprio corpo, del quale sia stata accertata la morte (cerebrale), in funzione di un interesse sociale. Più precisamente, secondo una certa ottica ricostruttiva (alla quale può in questa sede aderirsi), la donazione di organi «andrà a collocarsi nella categoria delle prestazioni superetiche o supererogatorie trattandosi di atto di solidarietà che non costituisce diretta espressione né di un obbligo giuridico imposto dal sistema normativo né di un obbligo morale che tragga origine da imperativi dettati da religioni con morali teologiche»⁵⁴. Dunque, più che atto di liberalità, «l’idea stessa di dono muta natura [...], si palesa come manifestazione di solidarietà verso tutta l’umanità sofferente»⁵⁵. Conferma di questi ultimi rilievi si trae dalla stessa dottrina cattolica che, lungi dall’affermare l’esistenza di un qualsiasi obbligo al riguardo, ritiene tuttavia (e giustamente) meritevole di «particolare apprezzamento la donazione di organi compiuta in forme eticamente accettabili, per offrire una possibilità di salute e perfino di vita a malati talvolta privi di speranza»⁵⁶.

Proprio il richiamo alle scelte etiche consente, in ultima analisi, di porre l’accento sulla gratuità che contraddistingue l’atto di donazione degli organi, dovendo cioè tenere sempre presente, in conformità con il legame etimologico che il termine gratuito ha con la parola grazia, nel senso di bontà o benevolenza, che (a maggior ragione in un ambito come quello che si sta esaminando) senza la gratuità non è possibile la vita; correttamente allora, in termini generali ma precipuamente validi in un settore escluso dalle dinamiche mercantili, si ricorda che «ciò che è gratuito [...] non è senza

⁵³ MONTANARI, *Trapianti d’organo*, cit., p. 48.

⁵⁴ PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 24 s.

⁵⁵ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 126, anche in ragione dell’esser rivolto a un destinatario indeterminato.

⁵⁶ GIOVANNI PAOLO II, Lett. enc. *Evangelium vitae*, Città del Vaticano, 1995, n. 86.

valore, né senza fondamento, ma ha un valore immenso, perché poggia semplicemente e saldamente sulla bontà del donatore, non sui meriti di colui che riceve: dare un prezzo, rendere commerciabile ciò che è gratuito, vorrebbe dire – inevitabilmente – svilirlo e deprezzarlo»⁵⁷.

6. *L'atto di disposizione del corpo con finalità didattiche e scientifiche.*

L'altro settore di indagine è rappresentato, come in precedenza indicato, dalla assicurata disponibilità del corpo *post mortem* a fini di studio e di ricerca secondo quanto previsto dalla recentissima disciplina contenuta nella l. n. 10/2020, che costituisce il punto di arrivo di un risalente dibattito⁵⁸. Tale regolamentazione sostituisce la scarna (ma assai chiara) previsione contenuta nell'art. 32 regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, di approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, ove si prevedeva, in buona sostanza, che tutti i corpi non reclamati dai congiunti fino al sesto grado di parentela potevano essere utilizzati a fini scientifici, esclusi i suicidi. Il successivo regolamento di polizia mortuaria, prima quello approvato con decreto Presidente della Repubblica 21 ottobre 1975, n. 803, con la relativa previsione di cui all'art. 39, poi quello sostitutivo approvato con decreto Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285, con la relativa previsione (sostanzialmente equivalente) di cui all'art. 41, ha confermato il potere dei suddetti congiunti, che non avevano (e non hanno) la possibilità di attribuire al cadavere destinazione diversa da quella tradizionale e usuale, di impedire piuttosto la destinazione diversa, diretta ad esempio a soddisfare esigenze scientifiche o didattiche⁵⁹. Ai prossimi con-

⁵⁷ INVERNIZZI, *Introduzione*, in Aa. Vv., *La gratuità. Il segno e il suo prezzo*, Milano, 2007, p. 5.

⁵⁸ In merito, *amplius*, DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo post mortem*, cit.

⁵⁹ Per tale ordine di considerazioni DE CUPIS, *I diritti della personalità*², in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, 1, Milano, 1982, p. 192; ID., *Cadavere (diritto sul)*, in *Digesto*, disc. priv. (sez. civ.), II., Torino, 1993 (rist.), p. 191; nel senso della possibilità da parte del familiare di determinare (esclusivamente) il modo e il luogo della sepoltura di cui ai regolamenti sanitari e di polizia mortuaria, in giurispruden-

giunti, in mancanza di una specifica scelta da parte dell'interessato, compete (e compete) quindi il diritto di determinare (solo) destinazione e modalità di sepoltura, quale diritto ritenuto spettare (giustamente) *iure proprio* e non *iure successionis*, espressione del diritto al rispetto dei defunti⁶⁰.

In mancanza, pertanto, di una compiuta e articolata regolamentazione da parte del legislatore di una qualche procedura diretta a raccogliere la volontà del soggetto di rendere disponibile *post mortem* il proprio corpo ai fini didattici e scientifici, rimaneva comunque la possibilità di rivolgersi ad alcuni centri universitari attivi nel nostro Paese (Padova, Torino e Bologna) attraverso una dichiarazione (donativa) compilata e sottoscritta dal disponente, revocabile in qualsiasi momento⁶¹. L'idea del tempo era, dunque, in assenza di

za, Trib. Terni, 28 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2011, p. 1540, con nota di PALMA, *Il diritto dei prossimi congiunti a disporre del cadavere altrui: un diritto risarcibile?*, rilevando altresì che tale diritto familiare «non è in alcun modo riconducibile nell'ambito applicativo dell'art. 5 c.c., invocabile soltanto qualora il relativo atto dispositivo sia posto in essere dal vivente».

⁶⁰ In tal senso, in maniera condivisibile, GAZZONI, *L'erba voglio non cresce nemmeno nel giardino del giudice: dichiarazione giudiziale di paternità, ordini del giudice e provvedimenti abnormi*, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, p. 1781, il quale richiama l'orientamento giurisprudenziale, ravvisato nella citata Cass., 5 agosto 2008, n. 21128, *ivi*, 2009, p. 1634, secondo cui il diritto dei familiari sul cadavere è «fondato sulla consuetudine e che viene loro riconosciuto in considerazione del sentimento di pietà che li lega al defunto»; in precedenza DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Digesto*, cit., p. 190; sul punto, in giurisprudenza, già Trib. Torino, 16 ottobre 1985, in *Dir. fam. e pers.*, 1986, p. 1977.

⁶¹ Il tema della forma della manifestazione della volontà, rispetto cioè alla necessità o meno di una particolare modalità di esternazione dell'interno volere in ordine alla destinazione del cadavere da parte dell'interessato, è da ultimo brevemente menzionato da PALMA, *Il diritto dei prossimi congiunti*, cit., p. 1541, la quale riporta, senza tuttavia menzionare specifici riferimenti dottrinali ma rappresentando quanto ricavato da indicazioni normative di settore e da alcuni precedenti giurisprudenziali, l'orientamento secondo cui l'atto di disposizione è «soggetto al principio della libertà delle forme, tenuto conto che nel nostro ordinamento la forma vincolata, nello specifico quella testamentaria, è richiesta solo per la cremazione. In assenza di disposizioni normative analoghe, inerenti alle altre modalità di destinazione del cadavere, è necessario che la volontà del singolo non debba manifestarsi secondo forme particolari, purché emerga in modo chiaro e preciso».

un pur possibile manifestazione di volontà, quale atto personalissimo dell'interessato, «di destinare alla scienza i corpi di quelle persone sole che, non essendo reclamate da nessuno, possono essere utilizzati senza problemi»⁶².

Tale situazione era peraltro stata oggetto di diverse critiche. Nel parere approvato il 19 aprile 2013 e pubblicato il 20 maggio 2013 il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) aveva evidenziato, da un lato, la rilevanza etica della donazione del corpo *post mortem*, in particolare ai fini della formazione e della ricerca; dall'altro lato, aveva sottolineato la non accettabilità etica della disciplina vigente (per l'appunto quella contenuta nel richiamato r.d. n. 1592/1933) che destinava alle attività didattiche e di studio i corpi morti di persone risultate essere sconosciute o prive di relazioni parentali o amicali, al punto che nessuno si preoccupava di richiederne il corpo per la sepoltura, in palese contrasto con la riconosciuta preminenza del consenso consapevole e informato del donatore (con esclusione, in questo specifico contesto, della possibilità di ritenere operante il principio del cosiddetto silenzio-assenso)⁶³. Al contempo il CNB, rilevata l'importanza della donazione del corpo *post mortem*, per scopi didattici e scientifici, espressione dei valori di solidarietà e di promozione della cultura e della ricerca, finalizzati a loro volta alla tutela della salute (con il richiamo al combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost.), indicava altresì, proprio perché richiesto in tal senso dal potere legislativo⁶⁴, problemi e criticità di una possibile regolamentazione della materia. In particolare si faceva presente la necessità *de iure condendo* di affrontare in maniera specifica e puntuale «i molteplici problemi posti dalla donazione del cadavere alla istruzione medica: modalità del consenso in vita del donatore, vincolatività di questo, prevalenza o meno della con-

⁶² GIORIO, *La donazione di cadavere per scopi scientifici e di ricerca*, in *Stato civ. it.*, 2018, n. 12, p. 18.

⁶³ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione del corpo post mortem a fini di studio e ricerca*, in www.governo.bioetica.it.

⁶⁴ Il CNB, infatti, con il parere in oggetto riscontrava il quesito posto al riguardo con missiva del 16 aprile 2012 dall'onorevole Eugenia Roccella, componente della Commissione Affari Sociali della Camera dei Deputati e membro dell'Intergruppo parlamentare per il valore della vita.

cezione privatistica su quella pubblicistica, rilevanza della volontà dei familiari, garanzia di un'efficiente struttura organizzativa nel trattamento dei corpi e nella loro conservazione, nella predisposizione dell'attività didattica, nella ricomposizione della salma e successiva restituzione ai familiari, oneri concernenti le procedure da attuare, individuazione dei centri regionali abilitati alla ricerca, ecc.»⁶⁵.

L'introdotta regolamentazione ad opera della l. n. 10/2020 si caratterizza anzitutto per la ribadita affermazione dei principi di solidarietà e proporzionalità deputati a informare l'utilizzo del corpo umano *post mortem*, in ragione di una disciplina che preveda corrispondenti modalità in grado di assicurare il rispetto del corpo umano (art. 1, comma 2 l. n. 10/2020)⁶⁶, con esclusione di qualsiasi fine di lucro (art. 7, comma 1 l. n. 10/2020).

Criterio ordinante della novella è comunque costituito dal principio secondo il quale è possibile la destinazione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* ai fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica «da parte dei soggetti che hanno espresso in vita il loro consenso secondo le modalità stabilite dall'articolo 3» (art. 1, comma 1 l. n. 10/2020), ossia attraverso un atto di disposizione mediante «una dichiarazione di consenso all'utilizzo dei medesimi redatta nelle forme previste dall'articolo 4, comma 6, della legge 22 dicembre 2017, n. 219» (art. 3, comma 1 l. n. 10/2020). Parimenti, in parallelo, si prevede che «L'articolo 32 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, di cui al regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, è abrogato» (art. 10, comma 1 l. n. 10/2020). Il complessivo quadro normativo indica dunque l'intervenuto mutamento di prospettiva da parte del legislatore, passato dalla logica del cadave-

⁶⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione del corpo post mortem*, cit., p. 8.

⁶⁶ In quest'ottica va allora inquadrata anche la successiva previsione ai cui sensi la restituzione del corpo alla famiglia deve avvenire in condizioni dignitose, entro dodici mesi dalla data della intervenuta consegna per fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica (art. 6, comma 1, l. n. 10/2020), con esclusione di ogni onere a carico dei privati, ossia quelli «per il trasporto del corpo dal momento del decesso fino alla sua restituzione, le spese relative alla tumulazione, nonché le spese per l'eventuale cremazione» (art. 6, comma 2, l. n. 10/2020).

re assegnato all'utilizzo in quanto abbandonato a quella del cadavere destinato per scelta libera e consapevole, intervenuta in vita da parte del disponente. Il legislatore della novella, a differenza di quanto accaduto con la l. n. 91/1999, ha preferito non ricorrere, onde assicurare la disponibilità del corpo *post mortem*, al (criticato) principio del cosiddetto silenzio-assenso. È stato altresì escluso l'utilizzo del termine donazione per indicare la specifica tipologia dell'atto compiuto, facendosi piuttosto riferimento alla (già nota) terminologia codicistica di «atto di disposizione» (art. 3, comma 1 l. n. 10/2020). I profili da ultimo evidenziati, entrambi inerenti a forme e modi della disponibilità del corpo *post mortem*, meritano qualche ulteriore riflessione, nel senso che, una volta esclusa dalla l. n. 10/2020 l'operatività del cosiddetto silenzio-assenso, non appare allora del tutto comprensibile la ragione dell'esclusione anche del termine donazione dal testo normativo. Si tratta ovviamente anche in questo caso di un atto gratuito non donativo, dunque un atto di disposizione gratuito di parti del proprio corpo, quale atto di consenso relativo a diritti della personalità, alla pari di altri atti della stessa natura già presenti nel nostro ordinamento⁶⁷.

Le modalità espressive della propria volontà di disposizione (peraltro sempre revocabile) sono le medesime, giusto il rinvio operato al riguardo dall'art. 3, comma 1 l. n. 10/2020 a quanto previsto dall'art. 4, comma 6 l. n. 219/2017, di quelle ivi previste per la redazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), ossia atto pubblico, scrittura privata autenticata o scrittura privata. Ove peraltro le condizioni del disponente non consentissero il rispetto delle forme ora indicate, proprio in virtù dell'operato richiamato al disposto dell'art. 4, comma 6 l. n. 219/2017 deve altresì ritenersi possibile e giuridicamente rilevante la manifestazione di volontà

⁶⁷ Si tratta della prospettiva suggerita da ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 7, che ne ravvisa la funzione, quali atti che assumono la volontà unilaterale del diretto interessato, nel «legittimare intrusioni nella sfera personale, che senza la conforme volontà dell'interessato sarebbero illecite».

attraverso videoregistrazione o dispositivi che permettano alla persona con disabilità di comunicare⁶⁸.

Nella dichiarazione di consenso il disponente indica una persona di fiducia (nel senso che può indicare, non sembrando potersi ricavare un obbligo giuridico in tal senso)⁶⁹, ossia un fiduciario che ha «l'onere di comunicare l'esistenza del consenso specifico al medico che accerta il decesso» (art. 3, comma 2 l. n. 10/2020) e, facoltativamente, anche un sostituto destinato a operare in caso di morte o di sopravvenuta incapacità del fiduciario, se avvenute prima della morte del disponente, oppure in ipotesi di oggettiva impossibilità dello stesso a svolgere il compito affidatogli (art. 3, comma 2 l. n. 10/2020). L'incarico, sia del fiduciario sia del relativo sostituto, è revocabile da parte del disponente «in qualsiasi momento con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione» (art. 3, comma 4 l. n. 10/2020).

7. La rilevanza sociale della destinazione tra scelte normative e logiche valoriali.

⁶⁸ Non appare anche qui da condividere la previsione secondo la quale, per i minori di età, «il consenso all'utilizzo del corpo o dei tessuti *post mortem* deve essere manifestato nelle forme di cui al comma 1 da entrambi i genitori esercenti la responsabilità genitoriale ovvero dai tutori o dai soggetti affidatari ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184» (art. 3, comma 6 l. n. 10/2020), mentre la relativa revoca può essere espressa anche da uno solo dei soggetti ora indicati (art. 3, comma 6 l. n. 10/2020). Si è infatti persa un'ulteriore occasione per valorizzare, in un ambito così personale come quello esaminato, la concreta capacità di discernimento del minore di età, proponendosi comunque in termini generali da SENIGAGLIA, «*Consenso libero e informato del minorenne tra capacità e identità*», in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1345, una interpretazione della funzione del rappresentante legale nel senso «non [...] di *sostituire* l'interessato nella scelta, bensì di *concorrere* con lui nella medesima, di farsi portatore di una volontà attinta dall'identità del minorenne».

⁶⁹ Diversamente, tuttavia, si legge nel *dossier* n. 168 - Schede di lettura, 19 giugno 2019, della Camera dei deputati, servizio studi, XVIII legislatura, a commento del progetto di legge A.C. 1806 (che sarebbe stato poi successivamente approvato nella forma riferita in testo), specificandosi che «A differenza della legge n. 219/2017, che prevede la possibilità di indicare nelle DAT un fiduciario chiamato a rappresentare il disponente nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie, nella dichiarazione di consenso alla donazione *post mortem* deve essere obbligatoriamente indicato un fiduciario» (p. 3).

I precedenti cenni, sia pure necessariamente sommari, traducono comunque il particolare significato dell'intervento normativo, con cui si è raccolto l'invito, sempre più pressante, a colmare un vuoto regolamentare nel settore della destinazione del proprio corpo *post mortem* a fini didattici e scientifici rispetto, per un verso, alla controversa residualità della originaria regolamentazione di cui al già richiamato r.d. n. 1592/1933 e rispetto, per altro verso, alla compiuta disciplina (oggi risalente a più di un ventennio fa) sui trapianti di organi *ex mortuo* di cui alla già menzionata l. n. 91/1999. Non è certo un mistero che la medicina moderna ha un debito essenziale con lo studio del cadavere che, sottoposto alla dissezione, costituisce un oggetto osservabile⁷⁰. Infatti, pur non esistendo un divieto in merito all'utilizzo del cadavere a scopi di ricerca e di didattica, la mancanza di un quadro organico e compiuto della materia, a fronte anche della estrema datazione dei (pochi e frammentari) riferimenti normativi, non avrebbe consentito un agevole ricorso a questo tipo di destinazione. Del resto, contrariamente alle originarie scelte del nostro legislatore dell'epoca, «in tutta Europa e in tutti i paesi civilizzati, la prassi di usufruire dei cadaveri a scopo di insegnamento, di perfezionamento delle tecniche biomediche e di ricerca non solo è ampiamente autorizzata, ma in concreto favorita»⁷¹. D'altro canto, ancor più specificamente, l'utilizzo dei cadaveri costituisce «parte integrante del percorso di formazione dei giovani medici – su un solo cadavere si possono eseguire fino a 100

⁷⁰ Ne discute con grande efficacia SPINSANTI, *Dopo l'ultimo respiro: medicina e società di fronte al cadavere*, in *L'arco di Giano*, 2000, p. 125 ss., nella recensione al volume curato da Norbert Stefenelli, *Körper ohne Leben*, Wien, 1998, rilevando, in particolare, la doppia possibile (e non conflittuale) destinazione del cadavere, ossia per la scienza in quanto «i corpi dei defunti, prima della sepoltura, possono ancora essere utili [...], in quanto svelano in sala settoria i segreti della malattia» (p. 130), ma anche quale «preziosa riserva di organi passibili di espianto e destinati a salvare vite umane» (*ivi*).

⁷¹ OSCULATI, GUZZETTI, TAVANI, *L'uso del cadavere o di sue parti a scopi scientifici e didattici. Sinossi della normativa italiana e confronto con quella di alcuni Paesi esteri*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 252, ove (anche) una rapida panoramica dello stato dell'arte in alcuni ordinamenti sia europei sia d'oltre oceano.

diversi interventi – e strumento comune per la messa a punto di protesi, di tecniche chirurgiche e di tecnologie diagnostiche»⁷².

Per tutte queste ragioni deve essere allora salutata con favore la nuova disciplina che, oltre a completare, dal punto di vista della relativa puntuale regolamentazione, le possibili destinazioni del corpo *post mortem*, segnala la particolare valenza sociale della scelta dispositiva. Proprio per questo, in un assetto programmatico a fini promozionali e informativi, il legislatore della novella affida al Ministro della salute la promozione, «nel rispetto di una libera e consapevole scelta, (di) iniziative dirette a diffondere tra i cittadini la conoscenza della presente legge, utilizzando le risorse disponibili a legislazione vigente per la realizzazione di progetti di comunicazione istituzionale» (art. 2, comma 1 l. n. 10/2020). Alle regioni e alle aziende sanitarie locali compete, poi, l'assunzione di iniziative aventi identiche finalità conoscitive, i cui destinatari appartengono (a vario titolo) al mondo della sanità (art. 2, comma 2, lett. *a*, l. n. 10/2020), unitamente a iniziative volte a «diffondere tra i cittadini, attraverso idonea pubblicizzazione presso le amministrazioni comunali e anche attraverso le organizzazioni di volontariato, una corretta informazione sull'utilizzo del corpo umano e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione medica e di ricerca scientifica» (art. 2, comma 2, lett. *b*, l. n. 10/2020). Non c'è dubbio, sotto questo profilo, che l'atto di disposizione rappresenti l'esito di un percorso (anzitutto) culturale, in un contesto sempre più caratterizzato da uno strisciante individualismo che neanche recenti dolorosissime vicende (come l'emergenza pandemica) riescono (nonostante talune apparenze) a scalfire.

In tal senso l'indubbia funzione promozionale (e non meramente simbolica) del diritto si realizza attraverso una assunta regolamentazione in grado non solo di esplicitare in termini normativi le possibili opzioni dei privati in un ambito ricco di implicazioni che trascendono il singolo, ma altresì idonea a generare effetti virtuosi attraverso strumenti già noti (ma non sempre ben sperimentati) in

⁷² GIORIO, *La donazione di cadavere*, cit., p. 17, ricordando la diffusa pratica di importare i cadaveri da altre Nazioni oppure di inviare i propri studenti all'estero per esercitazioni che richiedono l'uso di cadaveri.

settori affini⁷³. Si tratta di uno sforzo, oggi più che mai necessario, nella misura in cui la generalizzata normativa di riferimento assicura la possibilità che la didattica universitaria e la ricerca scientifica si giovino di ciò che, altrimenti, presto sarà null'altro che polvere, senza però che ciò importi mancanza del giusto rispetto nei confronti del cadavere.

⁷³ L'assetto promozionale e informativo di un certo tipo di legislazione in materie non strettamente patrimoniali non è certo nuovo, basti al riguardo ricordare i riferimenti contenuti nella legge 22 maggio 1978, n. 194, recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (in particolare, ma non solo, gli artt. 1 e 2) e quelli presenti nella legge 19 febbraio 2004, n. 40, contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita (in particolare, ma non solo, gli artt. 2 e 3).

ENRICO ANTONIO EMILIOZZI
Professore associato di diritto privato
Università degli Studi di Macerata

LE FIRME ELETTRONICHE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La firma elettronica semplice – 3. La firma elettronica avanzata – 4. La firma elettronica qualificata o digitale.

1. *Premessa.*

Il documento¹ informatico suscita interesse per quanto riguarda l'identificazione del relativo autore che, ovviamente, non può avvenire attraverso la firma autografa².

¹ Cfr. FINOCCHIARO, *La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2000, p. 34; ID., *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici*, Milano, 2003, pp. 38-39; CANDIAN, *Documentazione e documento, III, (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 580; LISERRE, *Sul rapporto fra automazione e diritto: l'avvento del documento elettronico*, in *Riv. not.*, 1998, I, p. 813; IRTI, *La memoria dell'impresa (dai quadernacci di Francesco Datini ai nastri magnetici)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 57; CARNELUTTI, *Documento (Teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 87; BORRUSO e CIACCI, *Diritto civile e informatica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, X, 3, Napoli, 2004, p. 385 ss.; DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988, p. 1 ss.; CRISCI, *Atto pubblico, a) Diritto civile*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 265; LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, p. 1 ss.; ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 239; ID., *La successione testamentaria*, Torino, 1944, p. 224; BORTOLUZZI, *Forma telematica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 717; DI SABATO, *Scrittura e documento scritto*, in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, p. 220 ss.; ID., *Il documento contrattuale*, Milano, 1997, p. 1 ss.; F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, p. 16 ss.; BARONCINI, *Sub art. 2702 c.c.*, in Bonili e Chizzini (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 429; COMOGLIO, *Sub art. 2712 c.c.*, in Bonilini e Chizzini (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 514, nota n. 60; ID., *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, I, Torino, 1985, p. 373; FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, 1989, p. 443 ss.; MIRABELLI, *Contratto tra terminali e documento elettronico*, in *Riv. not.*, 1986, I, p. 769 ss.; ROSSELLO, *I contratti dell'informatica*, in *Informatica e dir.*, 1995, I, p. 63 ss.; ALPA, *Il "diritto dei computers"*, in *Informatica e dir.*, 1985, I, p. 53 ss.; TROIANO, *Firma e forma elettronica: verso il superamento della forma ad substantiam. Riflessioni a margine del regolamento UE n. 910/2014 e delle recenti riforme del codice dell'amministrazione digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 81 ss.; GRAZIOSI, *Documento informatico (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 493; GENTILI, *Documento informatico (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 629 s.; ROTA, *I documenti*, in Taruffo, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi da Schlesinger, Milano, 2012, p. 734 ss.; EMILIOZZI, *Le firme elettroniche. Tecniche di imputazione del documento virtuale*, Napoli, 2006, p. 17; A.M. GAMBINO, *Firma digitale (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1999, p. 1; PALMIERI e PARDOLESI, *Gl*

Ciò in quanto nel documento informatico non avviene l'incorporazione della volontà dell'autore all'interno del supporto necessario per la sua formazione (nel caso di forma *ad substantiam*) e conservazione (nel caso di forma *ad probationem*) come, invece, capita nel documento cartaceo³.

“access contracts”: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 266; FROSINI, *Telematica e informatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 61; CERRI, *Telematica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1998, p. 1; PASQUINO, *Aspetti problematici della conclusione del contratto mediante “telefax”*, in *Dir. inf.*, 1989, p. 573.

²) CARPINO, *Scrittura I) Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 809; SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 810; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987, II, p. 969 ss.; ID., *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 3; PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 461 ss.; SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, II, Torino, 1982, p. 226; MORELLO, *Sottoscrizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 1004; PATTI, *Internet e l'efficacia probatoria del documento informatico*, in PALAZZO e RUFFOLO, *La tutela del navigatore in Internet*, Milano, 2002, p. 39; COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, I, Torino, 1997, p. 336; ID., *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 322 ss.; ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, p. 5 ss.; BERTOLA, *Firma*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 377 ss.; CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 509; LENER, *Forma scritta costitutiva e conclusione del contratto*, in *Foro it.*, 1964, I, c. 1780 ss.; ID., *Atto pubblico e sottoscrizione delle parti*, in *Riv. not.*, 1978, p. 988 ss.; DE SANTIS, *op. cit.*, p. 75.

³ Cfr. DI GIANDOMENICO, *Introduzione*, in ID. e CUOMO, *Profili giuridici dell'informatica*, Napoli, 2000, p. 7; ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, p. 100; FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in Franceschelli (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 33; FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 322; CAMMARATA, *Documenti informatici: la smaterializzazione della scrittura*, in Rizzo (a cura di), *Documento informatico firma digitale e commercio elettronico*, Napoli, 2000, p. 95; CRISTIANI, *Falsità in atti*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 5; PATTI, *Documento*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 3; IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, I, p. 491; VERDE, *Prova documentale I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 1; ANGELICI, *Documentazione e documento I) diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 6.

L'imputazione soggettiva del documento informatico avviene, invece, attraverso varie fattispecie di firma elettronica di cui è interessante esaminare la valenza sostanziale e probatoria.

2. *La firma elettronica semplice.*

Una fattispecie di sottoscrizione del documento informatico è offerta dalla firma elettronica semplice, per la quale gli artt. 20 e 21, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale) non stabiliscono in maniera univoca la relativa valenza sostanziale e probatoria.

Sussiste, pertanto, l'interesse a stabilire se il documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice sia idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta *ad substantiam*, nonché possa essere qualificato come scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*⁴.

Il primo periodo dell'art. 20, comma 1-*bis*, d.lgs. 82/2005, introdotto dall'art. 20, comma 1, lett. a), d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 stabilisce che: "il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo

⁴ Sulla forma del negozio giuridico cfr. DEL PRATO, *Requisiti del contratto*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, p. 1 ss.; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 555 ss.; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 1 ss.; FERRI, *op. cit.*, p. 313 ss.; PALAZZO, *op. cit.*, p. 442 ss.; LISERRE e JARACH, *Forma*, in ALPA, BRECCIA e LISERRE, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, 3, Torino, 1998, p. 395 ss.; GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 989 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 217 ss. Si deve comunque escludere che un documento che fa piena prova ai sensi dell'art. 2702 c.c. si possa ritenere soddisfatto anche il requisito della forma scritta ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c. Per tali considerazioni cfr. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, p. 96 ss.; F. RIZZO, *Il documento informatico. "Paternità" e "falsità"*, Napoli, 2004, p. 89; VERDE, *op. cit.*, p. 1.

71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore", mentre il secondo periodo dello stesso comma, attraverso una norma destinata a disciplinare tutti gli altri documenti informatici, inclusi quelli sottoscritti con firma elettronica semplice, stabilisce che: "l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta ed il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità".

Diversamente, quindi, rispetto a quanto era avvenuto in passato con l'art. 6, comma 2, d.lgs. 10/2002, la firma elettronica semplice non gode più del riconoscimento esplicito della idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

È importante considerare quanto stabilisce il secondo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., il quale contiene una clausola generale⁵ sull'efficacia sostanziale e probatoria del documento informatico in genere e, quindi, anche di quello a cui sia apposta una firma elettronica semplice.

Da esso si può argomentare che i documenti informatici sottoscritti con la firma elettronica semplice non soddisfano a priori il requisito legale della forma scritta, bensì il relativo valore sostanziale, nonché quello probatorio è stabilito dal secondo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. e dipende dalle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità di volta in volta riscontrabili.

La questione relativa all'efficacia sostanziale del documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice non può, secondo noi, prescindere da quanto stabilisce l'art. 21, comma 2 *bis*, c.a.d., il quale, seppure per espressa disposizione normativa si riferisce alla firma elettronica avanzata ed alla firma elettronica qualificata e, quindi, a quella digitale, è di certo utile anche per la nostra indagine. Infatti il primo periodo dell'art. 21, comma 1 *bis*, c.a.d. stabilisce che a pena di nullità le scritture private di cui all'art. 1350, nn. 1-12, c.c. se fatte con documento informatico, devono essere sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con

⁵ Cfr. EMILIOZZI, *op. cit.*, p. 52 ss.

firma digitale⁶. Invece il secondo periodo dell'art. 21, comma 1 *bis*, c.a.d. prevede che per gli atti previsti dall'art. 1350, n. 13 c.c. è possibile utilizzare validamente anche la firma elettronica avanzata, oltre che, ovviamente, quella qualificata o quella digitale, ovvero, è possibile utilizzare altresì le altre modalità previste dal primo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., il quale, come abbiamo già detto, concerne i documenti informatici che seppure non sono sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, tuttavia, hanno i requisiti previsti dalla Agid e sono formati con modalità tali da assicurare la sicurezza, la integrità e l'immodificabilità del documento, nonché la sua riconducibilità all'autore.

È importante, secondo noi, considerare che la natura generica della previsione contenuta nell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., sull'efficacia sostanziale del documento informatico in genere e, quindi, anche di quello sottoscritto con firma elettronica semplice, si deve, prima di tutto, all'intenzione del legislatore di prevedere una disciplina idonea ad autoadeguarsi rispetto alla rapida evoluzione della tecnologia.

A noi sembra che la pur infelice disposizione legislativa contenuta nella seconda parte dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., svolga, tuttavia, un ruolo essenziale all'interno della normativa sul documento informatico, che consente di evitare che l'evoluzione delle tecnologie renda rapidamente obsoleta la disciplina sulle firme elettroniche. In altri termini è da ritenere che il legislatore, attraverso il secondo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., abbia voluto prevedere che qualora una firma elettronica semplice sia dotata delle stesse caratteristiche di quella avanzata ed il giudice (⁷) ne accerti la sussistenza,

⁶ Cfr. le critiche svolte da TROIANO, *op. cit.*, p. 85, nei confronti dell'eventuale interpretazione secondo la quale gli atti di cui ai nn. 1-12 dell'art. 1350 c.c. sarebbero nulli se sottoscritti con firma elettronica avanzata. Sulla efficacia di scrittura privata al documento informatico sottoscritto con firma digitale cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 575.

⁷ Alcune perplessità sull'attribuzione di tali compiti al giudice sono manifestate da GENTILI, *Documento*, cit., p. 643 s. ed in particolare alla p. 644. Sulle finalità che hanno orientato anche il legislatore comunitario con il Reg. UE, 910/2014, cfr. le osservazioni svolte, seppure con riferimento alla firma elettronica avanzata, da FINOCCHIARO, *Una prima lettura del Reg. UE n. 910/2014 (c.d. eidas): identificazione on line, firme elettroniche e servizi fiduciari*, in *Nuove leggi*

si deve riconoscere al documento informatico, a cui essa risulti apposta, il requisito della forma scritta anche *ad substantiam*, ai sensi dell'art. 1350, n. 13, c.c.

Anche riguardo all'efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con la firma elettronica semplice, l'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. non determina a priori il relativo valore probatorio, bensì stabilisce che essa dipende dalla libera valutazione del giudice, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità.

La scelta compiuta dal legislatore si deve ritenere dipenda, da un lato, dalla necessità di prevedere una disciplina sul documento informatico e, quindi, sulla firma elettronica capace di adeguarsi automaticamente all'evoluzione tecnologica, evitando, in tal modo, che essa risulti ben presto obsoleta e, dall'altro, dalla considerazione che: “la firma elettronica non è un tipo ma un'ampia categoria, in potenziale espansione, sicché è sensato che a tipi diversi, con caratteristiche di sicurezza diverse, corrispondano discipline sostanziali” e probatorie “diverse”⁸.

Si potrebbe pensare, in virtù di quanto stabilisce il secondo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., che il legislatore abbia attribuito alla discrezionalità del giudice la decisione sull'efficacia probatoria del documento informatico che risulti sottoscritto con la firma elettronica semplice, sicché sarebbe possibile che a tale documento sia conferita una valenza probatoria non solo diversa, bensì addirittura maggiore rispetto a quella prevista per la scrittura privata dall'art. 2702 c.c.⁹.

civ. comm., 2015, p. 425, la quale ritiene che dalla definizione di essa emerga un “principio di neutralità tecnologica”.

⁸ GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 644.

⁹ Cfr. GENTILI, *Le tipologie di documento informatico dopo il D.P.R. n. 137/03: effetti sostanziali ed effetti probatori*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 681 s.

La conclusione appena prospettata non sembra condivisibile se si considera che l'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. non è idoneo a giustificare una modifica degli effetti sostanziali e probatori della scrittura privata, previsti nel codice civile¹⁰.

Si deve ritenere che il legislatore, attraverso la clausola generale prevista dal secondo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., abbia attribuito all'autorità giudiziaria il compito di decidere, di volta in volta, in base alle caratteristiche del documento informatico a cui è stata apposta una firma elettronica semplice, con quale fattispecie probatoria prevista dal codice civile risulti compatibile (¹¹). In ogni caso, tuttavia, si deve escludere che al documento informatico a cui sia apposta una firma elettronica semplice possa essere attribuita una valenza probatoria maggiore rispetto a quella prevista per la scrittura privata dall'art. 2702 c.c. Mentre si deve ritenere possibile che tale documento informatico possa talvolta, quando le circostanze concrete lo giustificano, avere l'efficacia probatoria prevista dall'art. 2712 c.c. per le riproduzioni meccaniche e dall'art. 2719 c.c. per le copie fotografiche, ovvero, costituire un principio di prova scritta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2724, n. 1 c.c.¹².

Ciò posto, si può affermare che attraverso il secondo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. il legislatore non ha conferito al giudice un'illimitata discrezionalità per quanto concerne la decisione sull'efficacia probatoria del documento informatico a cui è apposta la firma elettronica semplice, bensì ha voluto attribuirgli il compito di verificare le caratteristiche di volta in volta presenti nella firma elettronica semplice e nel documento informatico, al fine di accertarne la corrispondenza o meno con la fattispecie della sottoscrizione autografa su documento cartaceo, per la quale si applica quanto previsto dall'art. 2702 c.c.¹³.

¹⁰ Cfr. CLARIZIA, *Contratto informatico (per l'oggetto e per il mezzo)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 246; IRTI, *La memoria dell'impresa (dai quadernacci di Francesco Datini ai nastri magnetici)*, cit., p. 57.

¹¹ Cfr. GENTILI, *Documento informatico (diritto civile)*, cit., p. 645.

¹² GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 645 s. ed in particolare alla p. 646.

¹³ EMILIOZZI, *op. cit.*, p. 125. Sull'attività demandata al giudice dall'art. 20, comma 1-*bis*, c.a.d. cfr. le osservazioni svolte da GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 645.

3. *La firma elettronica avanzata.*

La definizione di firma elettronica avanzata non si rinviene nel codice dell'amministrazione digitale, bensì si trova nell'art. 3, n. 11, Reg. UE 23 luglio 2014, n. 910, il quale stabilisce che si intende per firma elettronica avanzata, una firma che soddisfi i requisiti previsti dall'art. 26¹⁴.

L'efficacia sostanziale del documento informatico al quale risulti apposta una firma elettronica avanzata è attualmente prevista dall'art. 21, comma 2 *bis*, c.a.d. Questa norma dispone, nel primo periodo, che per gli atti indicati dall'art. 1350, n. 1-12 c.c. occorre, a pena di nullità, che il documento informatico sia sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, mentre nel secondo periodo riconosce che per la validità degli atti previsti dall'art. 1350, n. 13 c.c. è sufficiente l'uso della firma elettronica avanzata.

Viene così risolto qualsiasi dubbio sull'efficacia sostanziale del documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata. Esso, pertanto, non è idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta *ad substantiam* per tutti quegli atti che sono elencati nei nn. 1-12 dell'art. 1350 c.c.¹⁵.

L'efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata è attualmente prevista dall'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., il quale prevede una disciplina uniforme sull'efficacia probatoria di tale documento informatico, rispetto a quello sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Infatti l'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. stabilisce che: “il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata, o comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore”.

¹⁴ Rileva la differente definizione di firma elettronica avanzata contenuta nel Reg. UE 910/2014 rispetto a quella contenuta nella direttiva 93/1999 e nel c.a.d.: FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 425.

¹⁵ Cfr. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 648.

Nonostante l'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. rinvii alla disposizione contenuta nell'art. 2702 c.c. per stabilire l'efficacia probatoria del documento informatico a cui sia apposta una firma elettronica avanzata, il quale per la scrittura privata prevede la facoltà di disconoscimento da parte del soggetto nei cui confronti viene fatta valere in giudizio e la possibilità per l'interessato di proporre il giudizio di verifica, tuttavia, la dottrina¹⁶ ritiene che tale documento informatico abbia una efficacia probatoria maggiore rispetto a quella prevista per la scrittura privata dall'art. 2702 c.c.

A tale conclusione la dottrina in esame giunge sulla base di quanto era previsto dall'art. 21, comma 2, c.a.d. nel testo introdotto dall'art. 14, d.lgs. 235/2010. In particolare si poneva l'attenzione sulla circostanza che se il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata viene disconosciuto, esso non cessa di produrre effetto, in quanto, si sensi del citato art. 21, comma 2, abr., c.a.d., l'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria¹⁷.

Occorre, tuttavia rilevare che la presunzione sull'utilizzo della firma elettronica avanzata da parte del relativo titolare è stata soppressa dall'art. 10, lett. b), d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179, il quale ha sostituito l'art. 21, comma 2, c.a.d. limitando la presunzione sull'utilizzo del dispositivo di firma da parte del titolare del relativo dispositivo solo alla ipotesi di firma elettronica qualificata o digitale¹⁸. Tale scelta è stata ribadita poco tempo dopo, dal legislatore, con l'art. 20, comma 1, lett. b), d.lgs. 217/2017 che ha introdotto l'art. 20, comma 1 *ter*, c.a.d. attualmente vigente, il quale stabilisce la presunzione di utilizzo del dispositivo di firma da parte del relativo titolare solo per la firma elettronica qualificata o digitale.

Ciò posto, in virtù della disciplina vigente che non prevede per la firma elettronica avanzata la presunzione di utilizzo del dispositivo

¹⁶ GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 649.

¹⁷ Osservava, infatti, GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 649, nel periodo in cui era vigente l'art. 21, comma 2, abr., c.a.d. che: "la tecnica dell'inversione dell'onere della prova rafforza la sicurezza del documento informatico rispetto all'omologo cartaceo".

¹⁸ Norma abrogata dall'art. 21, comma 1°, lett. b), d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217.

di firma da parte del relativo titolare, si può ritenere sia venuto meno l'argomento principale su cui si fondava la tesi della dottrina¹⁹ appena vista, che attribuiva un'efficacia probatoria al documento informatico sottoscritto con tale tipo di firma maggiore rispetto a quella prevista per la scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*

Pertanto si deve ritenere che il primo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. permetta di affermare, a proposito del documento informatico a cui sia apposta una firma elettronica avanzata, che esso ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*, cosicché può essere disconosciuta dal presunto autore, con la conseguenza che l'altra parte ha l'onere di provare che la firma elettronica avanzata è stata apposta dal titolare del relativo dispositivo di firma.

4. *La firma elettronica qualificata o digitale.*

La firma elettronica qualificata, ai sensi dell'art. 3, n. 12, Reg. UE/910/2014, è una "firma elettronica avanzata creata da un dispositivo per la creazione di una firma qualificata e basata su un certificato qualificato per firme elettroniche".

La firma digitale, ai sensi dell'art. 1, lett. s), c.a.d., costituisce: "un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici".

L'efficacia sostanziale e probatoria attribuita dal legislatore alla firma elettronica qualificata si desume dall'art. 25, comma 2, Reg. UE/910/2014, il quale stabilisce che: "una firma elettronica qualificata ha effetti giuridici equivalenti a quelli di una firma autografa"²⁰.

¹⁹ GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 649.

²⁰ Cfr. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 425 s. Occorre ricordare, tuttavia, quanto rilevato da DELFINI, *Documento informatico, firme elettroniche e funzione notarile*, in AA.VV., *L'atto pubblico informatico*, Torino, 2011, p. XXXII, il quale osserva che: "il meccanismo di firma digitale o elettronica qualificata non replica in alcun modo la sottoscrizione tradizionale: non è in alcun modo una acquisizione informatica, una scansione, dei grafemi che compongono il nome e il cognome vergati in modo autografo dalla parte".

Decisivo per stabilire la valenza sostanziale della firma elettronica qualificata o digitale è l'art. 21, comma 2 *bis*, c.a.d., il quale statuisce che le scritture private di cui all'art. 1350, nn. 1-12 c.c., se fatte con documento informatico, devono essere sottoscritte con firma elettronica qualificata o digitale, a pena di nullità. Ovviamente anche gli atti previsti dall'art. 1350, n. 13 c.c. sono validi se contenuti in un documento informatico sottoscritto con firma qualificata o digitale, dato che per essi, il secondo periodo dell'art. 21, comma 2 *bis*, c.a.d., ritiene sufficiente la firma elettronica avanzata.

Per quanto riguarda, invece, l'efficacia probatoria del documento informatico munito della firma elettronica qualificata o digitale occorre rinviare all'art. 20, comma 1 *bis*, il quale stabilisce che il documento informatico con firma elettronica qualificata o digitale, allo stesso modo di quello sottoscritto con firma elettronica avanzata ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c., ed inoltre all'art. 20, comma 1°-*ter*, c.a.d., il quale stabilisce che solo per la firma qualificata o digitale sussiste la presunzione legale *iuris tantum* sull'utilizzo del dispositivo di firma da parte del titolare²¹.

Si potrebbe pensare che il documento informatico, la cui imputazione soggettiva è garantita dalla firma digitale, ovvero da altro tipo di firma elettronica qualificata, costituisca una scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c., in considerazione appunto del rinvio a questa norma contenuto nell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d., cosicché il presunto autore è legittimato al disconoscimento di essa, la quale altrimenti fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza della dichiarazione.

Secondo noi, invece, questa interpretazione letterale dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. non è condivisibile.

Occorre, infatti, considerare quanto dispone l'art. 20, comma 1 *ter*, c.a.d., ai sensi del quale: "l'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria". Proprio la presunzione prevista da questa norma, rende incompatibile il regime

²¹ Sulla presunzione di utilizzo del dispositivo di firma cfr. PATTI, *Delle prove*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Scialoja, Branca e Galgano, a cura di De Nova, Bologna-Roma, 2015, p. 489.

probatorio del documento informatico stabilito dal primo periodo dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. con quanto prevede l'art. 2702 c.c. a proposito della firma autografa che sia apposta su di un documento cartaceo.

Si deve infatti ritenere che la presunzione di utilizzo del dispositivo di firma da parte del titolare, stabilita dall'art. 20, comma 1 *ter*, c.a.d., impedisca il disconoscimento della sottoscrizione previsto dall'art. 2702 c.c.²², cosicché il rinvio compiuto a questo articolo del codice civile da parte dell'art. 20, comma 1 *bis*, c.a.d. deve essere interpretato nel senso di fare riferimento ad una scrittura privata la cui sottoscrizione sia stata riconosciuta o sia legalmente da considerare come riconosciuta²³.

²² La peculiare efficacia probatoria rafforzata del documento informatico sottoscritto con firma digitale è rilevata da SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 768.

²³ ROTA, *op. cit.*, p. 759.

MIRKO FACCIOLI
Professore associato di diritto privato
Università degli Studi di Verona

LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO DIPENDENTE NEL DIALOGO FRA LEGGE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. Una (rinnovata) riflessione sulla natura della responsabilità del medico non contraente con il paziente: dalla teoria del contatto sociale alle discipline introdotte dalla Legge Balduzzi e dalla Legge Gelli-Bianco. – 2. Profili critici della tecnica normativa impiegata nell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco. – 3. Sicurezza delle cure e dubbi di costituzionalità suscitati dalla disciplina della responsabilità del medico dipendente. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Una (rinnovata) riflessione sulla natura della responsabilità del medico non contraente con il paziente: dalla teoria del contatto sociale alle discipline introdotte dalla Legge Balduzzi e dalla Legge Gelli-Bianco.

Nella terza edizione di *Contratto e rimedi* Giuseppe Vettori dedica diverse pagine alla responsabilità sanitaria¹, offrendo stimolanti spunti di riflessione in una materia alla quale chi scrive riserva da tempo grande attenzione. La lettura di questa parte del volume dell'Onorato mi ha in particolare offerto l'occasione di (tornare a) ragionare su di un aspetto, quello della natura della responsabilità del medico non contraente con il paziente², che come noto costituisce

¹ VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 959 ss.

² Per un'ampia disamina sul punto v., da ultimo, PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"?*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 418 ss.

uno dei profili più tormentati e controversi di questo “sottosistema” della responsabilità civile³.

Il discorso sulla responsabilità sanitaria svolto da Vettori si inserisce in una più ampia trattazione dei rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana e degli espedienti concettuali che consentono di ricondurre nell’alveo della prima fattispecie che, in virtù della mancanza di una relazione contrattuale tra danneggiato e danneggiante preesistente alla lesione, appartenerebbero a stretto rigore alla seconda. In questa prospettiva, l’Autore sottolinea l’importanza che nel tempo ha progressivamente assunto, in giurisprudenza, la teoria del contatto sociale⁴ e mette in luce come la stessa sia stata per la prima volta accolta da una storica pronuncia della fine del secolo scorso⁵ con riguardo alle ipotesi di responsabilità del medico dipendente⁶ per poi essere contrastata, proprio in quel settore, da due interventi normativi succedutisi nei tempi più recenti, entrambi ispirati dall’obiettivo di attenuare il rigore del regime della responsabilità sanitaria che si era via via imposto nelle aule di giustizia e, in tal modo, combattere il fenomeno della c.d. medicina difensiva⁷.

³ Pare opportuno evidenziare che la fortunata espressione appena richiamata nel testo, a quanto consta originariamente formulata da DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, è stata recentemente messa in discussione osservando come la regolamentazione della materia sia troppo incoerente e disorganica per potere essere considerata un vero e proprio “(sotto)sistema”: in tal senso v., fra gli altri, SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1676 ss.

⁴ Non altrettanto compatta si presenta, come noto, la dottrina, una significativa parte della quale ha sempre contrapposto ai sostenitori della teoria del contatto sociale (tra i quali è d’obbligo il rinvio, da ultimo, a CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, *passim*, ma spec. p. 521 ss.) una serie di serrate ed argomentate critiche (per tutti v., anche per un’ampia rassegna critica della giurisprudenza in materia, ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss.; ID., “*Contatto sociale e affidamento, attori e protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*”, in *Jus civ.*, 2017, p. 185 ss.; ID., *Contatto sociale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. XI, Torino, 2018, p. 85 ss.).

⁵ Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441.

⁶ VETTORI, *op. cit.*, p. 959 ss.

⁷ Sul tema v., fra gli altri, GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 22 ss.; ID., *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di*

Il primo di tali interventi, rappresentato dall'art. 3, comma 1, della c.d. Legge Balduzzi⁸, conteneva un anodino rinvio all'«obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile» che non era in realtà riuscito nel suo intento, sollevando piuttosto un'estenuante discussione dottrinale e giurisprudenziale focalizzata attorno a due contrapposte soluzioni interpretative: alcuni ritenevano che il legislatore avesse consapevolmente voluto ricondurre la responsabilità in discorso nell'alveo della responsabilità aquiliana, in tal modo superando la consolidata impostazione che ne predicava la natura contrattuale sulla base della teoria del contatto sociale; altri invece, fra cui lo stesso Vettori nonché la Suprema Corte⁹, interpretavano il rinvio in parola come un mero riferimento alla sussistenza del generico dovere di risarcire il danno causato dal medico anche nelle ipotesi di esclusione della responsabilità penale del medesimo sulla base di quanto disposto nel primo periodo della stessa norma, traendone la conseguenza che l'impiego della teoria del contatto sociale non fosse stato in alcun modo delegittimato dall'intervento del legislatore e che la responsabilità del medico non contraente con il paziente potesse continuare ad essere qualificata come responsabilità da inadempimento¹⁰.

Il superamento del contatto sociale in ambito di responsabilità medica pare essersi invece consumato con l'avvento dell'art. 7, comma 3, della c.d. Legge Gelli-Bianco¹¹, norma la cui formulazione letterale espressamente riconduce all'alveo aquiliano la responsabilità del professionista sanitario che, come il medico dipendente di un nosocomio pubblico o privato, non operi «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente»: anche

riforma della responsabilità sanitaria, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 410 ss.; MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 189 ss.

⁸ D.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», poi convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189.

⁹ Cass., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass., Sez. VI, ord., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Giur. it.*, 2014, p. 1109; Cass., Sez. III, 3 ottobre 2016, n. 19670.

¹⁰ VETTORI, *op. cit.*, p. 968 ss.

¹¹ L. 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie».

facendo leva sulla qualificazione come «imperativa» della disciplina in parola operata dal comma 5 dello stesso articolo¹², la tesi prevalente ritiene doversi quindi escludere la praticabilità di qualsivoglia operazione ermeneutica tesa a riportare nell'ambito contrattuale la responsabilità del medico che non abbia assunto un rapporto obbligatorio nei confronti del paziente tramite la conclusione di un apposito negozio¹³.

Discostandosi dalla *communis opinio*¹⁴, Vettori tuttavia ritiene che «il dialogo appare chiuso, solo apparentemente, con un atto legislativo che impone, per legge, la qualifica giuridica di un fatto», perché «qualificare *ex lege* come forma “imperativa” di responsabilità aquiliana la condotta illecita del medico dipendente solleva

¹² Il significato di questo comma è, peraltro, fortemente controverso: da più parti si è infatti osservato che immaginare che la norma sia diretta ad impedire interpretazioni dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco tese a riproporre la teoria del contatto sociale è del tutto fuori luogo, posto che l'imperatività è un limite dell'autonomia privata e non riguarda l'attività del giudice, il quale è già tenuto, in forza del principio di legalità, ad applicare la legge, senza che sia necessario ribadirlo con una specifica previsione normativa. In alternativa si potrebbe allora attribuire alla norma il significato di vietare deroghe convenzionali alla disciplina della responsabilità prevista nei commi precedenti stipulate tra il paziente e il medico e/o la struttura sanitaria, anche se allo stesso risultato sostanzialmente già conducono gli artt. 1228 e 1229 c.c. (su questi aspetti v., tra gli altri, SALANITRO, *Sistema o sottosistema?*, cit., p. 1680, nt. 21; MEOLI e SICA, *Art. 7. Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in Meoli, Sica e Stanzione (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Napoli, 2018, p. 168 ss.).

¹³ Icasticamente si è detto che, per tentare di sostenere il contrario (v. gli Autori citati nella nota successiva), l'unica strada sarebbe «fingere di non capire il significato del testo» (ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Gelli-Bianco*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 733).

¹⁴ Come fanno pure quanti ritengono che il tenore letterale dell'art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco non precluderebbe del tutto la possibilità di continuare a ricavare uno spazio applicativo alla teoria del contatto sociale anche nell'ambito della responsabilità sanitaria: in questo senso v., per esempio, CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 559; COMANDÈ e NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in Gelli, Hazan e Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, p. 282 ss.; CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale*, in Volpe (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna, 2018, p. 82 s.

dubbi e non chiude affatto la questione di un controllo dogmatico di razionalità». Ed invero – prosegue l’Onorato – «la verità giuridica di un fatto non si determina solo con una definizione o un atto di imperio, ma appartiene ad una dinamica plurale atta a recepire istanze diverse. Insomma la legge non può disgiungere le idee e il sistema dai fatti. [...] Mutare un indirizzo giurisprudenziale sul fatto è certo possibile. Resta da esaminare se ciò possa essere eseguito d’imperio con una finalità politica (il timore di una medicina difensiva) da bilanciare con altri interessi»¹⁵.

Poste queste premesse, Vettori evidenzia allora come, a prescindere da ogni questione relativa all’intrinseca bontà della teoria del contatto sociale¹⁶, dietro l’apparente chiarezza dell’impianto normativo della Legge Gelli-Bianco si nascondano (almeno) due criticità.

2. Profili critici della tecnica normativa impiegata nell’art. 7 della Legge Gelli-Bianco.

Le perplessità di Vettori innanzitutto riguardano l’opzione di fondo prescelta dal legislatore con l’art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco, vale a dire insistere sul profilo della qualificazione come aquiliana piuttosto che contrattuale della responsabilità del

¹⁵ VETTORI, *op. cit.*, pp. 971 e 973.

¹⁶ Sulla quale l’Autore, dopo avere esaminato una serie di ulteriori ipotesi nelle quali detta teoria trova applicazione, esprime comunque il proprio giudizio mettendone in luce pregi e difetti. Dal primo punto di vista Vettori osserva che, in presenza dei presupposti del contatto sociale qualificato e della lesione dell’affidamento riposto dal danneggiato sulla professionalità del danneggiante, «la relazione [...] che a questo punto si crea è molto più prossima ad una relazione contrattuale, la cui pretesa è fatta valere nell’ambito del rapporto di fatto, anziché extracontrattuale», sicché giustificatamente si «abbandona la logica della fattispecie e si individua un nuovo punto di messa a fuoco del diritto: la lesione di un interesse protetto al quale l’ordinamento deve offrire la tutela più efficiente e l’esistenza di una relazione qualificata da fonti normative». Sotto il secondo profilo l’Onorato rileva, però, come «l’evoluzione alluvionale del contatto sociale» sollevi il problema della definizione dei limiti di operatività della figura, da tracciare precisando «cosa si intenda con l’espressione “contatto sociale” e quale ampiezza debba riconoscersi al termine “qualificato”», innegabile essendo il rischio che la «potenzialmente amplissima» capacità espansiva dell’istituto «ingeneri confusione, travolgendo ogni argine di sistema della responsabilità civile» (VETTORI, *op. cit.*, p. 994 ss.).

medico. Osserva l'Autore che questa non è la strada migliore per «trovare la forma e il rimedio più adeguato al fatto da regolare, con l'aiuto della tecnica e della scienza giuridica», in quanto «sono altri gli strumenti che il giurista possiede per penetrare la verità civilistica del fatto», quali la ricostruzione dell'onere della prova, il concetto di causalità, la perimetrazione del danno risarcibile, il criterio di imputazione della responsabilità¹⁷.

Tali affermazioni richiamano il pensiero di quanti hanno messo in luce come la tecnica normativa utilizzata nella norma in discorso sia palesemente anomala e inappropriata, posto che il compito del legislatore non è qualificare le fattispecie concrete, bensì quello di predisporre la disciplina delle medesime, che spetta poi all'interprete – ed in particolare al giudice – ricostruire in via ermeneutica. In questa prospettiva viene messo in luce che, al fine di stroncare l'indirizzo giurisprudenziale che riconduceva la responsabilità del medico dipendente nell'alveo contrattuale sulla base della teoria del contatto sociale, sarebbe stato senz'altro preferibile introdurre una disciplina speciale della responsabilità in discorso caratterizzata da proprie regole in materia di riparto dell'onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, e così via, eventualmente costruite prendendo a modello quelle della responsabilità aquiliana¹⁸.

Va aggiunto che una soluzione siffatta sarebbe stata non solo più corretta sul piano della tecnica normativa, ma probabilmente anche

¹⁷ VETTORI, *op. cit.*, p. 974.

¹⁸ MEOLI e SICA, *op. cit.*, p. 112 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 747 s.; ID., *La responsabilità sanitaria nel nuovo "diritto vigente": problemi e prospettive*, in Faccioli e Troiano (a cura di), *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Napoli, 2019, p. 38 s.; PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, p. 265; DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, p. 10.

più efficace nell'ottica del raggiungimento dell'obiettivo che il legislatore si era prefissato con la (re)introduzione¹⁹ del regime del “doppio binario” di responsabilità contrattuale della struttura e aquiliana del medico che lavora al suo interno, ovverosia convogliare le azioni risarcitorie dei pazienti danneggiati – o quantomeno le sentenze di condanna scaturenti dalle medesime – sull'ente ospedaliero in virtù delle differenze caratterizzanti i due regimi di responsabilità²⁰ e così permettere ai professionisti sanitari di lavorare con maggiore tranquillità, contrastando il fenomeno della medicina difensiva²¹. Anche

¹⁹ L'art. 7 della Legge Gelli-Bianco non rappresenta infatti una novità, perché la prospettiva del c.d. cumulo improprio di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria ed extracontrattuale del medico dipendente veniva comunemente praticata nelle aule di giustizia prima che il recepimento giurisprudenziale della tesi del contatto sociale riconducesse la responsabilità (anche) del secondo nell'area dell'inadempimento del rapporto obbligatorio (per maggiori ragguagli sul punto, v. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2017, p. 782 ss.). Quanto appena rilevato peraltro non toglie che la riproposizione del modello del “doppio binario” si colloca oggi in un quadro di riferimento profondamente mutato rispetto a quello che ne aveva giustificato l'originaria elaborazione, così assumendo anche nuovi e diversi significati, sicché sarebbe riduttivo affermare che il legislatore ha posto in essere un'operazione di mero “ritorno al passato” (*amplius* sul punto, v. SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *Danno resp.*, 2019, p. 461 ss.).

²⁰ Secondo questa prospettiva, in forza del diverso riparto dell'onere della prova e del termine di prescrizione in ambito contrattuale ed extracontrattuale i processi che vedano coinvolti tanto la struttura quanto il professionista sanitario potrebbero facilmente concludersi con la condanna della prima e la declaratoria di non responsabilità del secondo: consapevole di tutto ciò, il paziente dovrebbe quindi essere indotto a convenire in giudizio solamente il nosocomio, se non altro per evitare di dover rifondere le spese del giudizio al medico che venisse mandato esente da ogni addebito.

²¹ In questo senso v., fra gli altri, DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*², Padova, 2017; EAD., *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in Belvedere e Riondato (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 117 ss.; EAD., *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007; HAZAN, *Alla vigilia di*

a prescindere dal dubbio che con la concentrazione del contenzioso in capo alle strutture la medicina difensiva potrebbe uscire dalla porta per rientrare dalla finestra²², è stato, infatti, da più parti rilevato che, in virtù delle peculiarità della responsabilità sanitaria, le diversità in punto di onere della prova e di prescrizione tra responsabilità contrattuale della struttura ed extracontrattuale del personale medico potrebbero non essere in grado di influenzare la strategia processuale delle vittime di *medical malpractice*, disincentivandole dall'agire contro il secondo: dal punto di vista dell'onere della prova, le differenze appaiono fortemente ridimensionate dal sempre possibile impiego da parte della giurisprudenza, pure nell'applicazione dell'art. 2043 c.c., di meccanismi presuntivi in favore del paziente basati sul

un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli), in *Danno resp.*, 2017, p. 80 ss.; RUFFOLO e GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica*, in Ruffolo (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, p. 3 ss.; CAMINITI e MARIOTTI, *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in Genovese e Martini (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in sanità. Commentario alla Riforma Gelli-Bianco*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 80 ss.; MARTINI, *In particolare. La "nuova" responsabilità contrattuale delle strutture*, in Gelli, Hazan e Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 236 ss.; MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 849 s.; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1460 ss.

²² Lo solleva PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 38, ipotizzando che «un probabile sbilanciamento delle azioni di responsabilità a danno delle sole strutture sanitarie (pubbliche o private) – senza coinvolgimento del professionista cui è addebitato il fatto dannoso – non risulterà gradito a queste ultime, che perdono un coobbligato in solido e il conforto della sua assicurazione, e che si vedranno costrette, se vorranno traslare il costo del risarcimento, ad agire in rivalsa verso il professionista [...]. È dunque verosimile che il costante ricorso alla prassi della medicina difensiva, che il singolo professionista, percependo un minore rischio di essere aggredito, potrebbe abbandonare (o quanto meno ridurre), finisca per essere sollecitato dalle stesse aziende ospedaliere, timorose di dover far fronte da sole alle pretese risarcitorie e di vedere accresciute le fattispecie di danno in conseguenza dell'attenuarsi del contenzioso giudiziale verso i singoli operatori sanitari».

c.d. principio di vicinanza della prova e sul brocardo *res ipsa loquitur* nonché dagli accertamenti sulla responsabilità del professionista compiuti in sede di consulenza tecnica, ora tra l'altro divenuta condizione di procedibilità *ex art. 8* della Legge Gelli-Bianco; per quanto poi concerne la prescrizione, va rilevato che il paziente, anche nell'improbabile ipotesi in cui decidesse di agire a distanza di più di cinque anni dall'evento lesivo, verrebbe comunque a giovare di un orientamento giurisprudenziale, a lui particolarmente favorevole, che ricollega il *dies a quo* in materia di danno alla salute al momento dall'esteriorizzazione dello stesso quale oggettivamente percepibile e riconoscibile dal danneggiato non solo come lesione della propria integrità psicofisica, ma anche sotto il profilo della riferibilità causale al contegno di uno o più responsabili²³. Senza contare che la riconduzione della responsabilità del medico dipendente all'ambito extracontrattuale comporta addirittura un vantaggio per il paziente nel momento in cui gli attribuisce la possibilità, normalmente esclusa in ambito contrattuale dall'art. 1225 c.c., di pretendere il risarcimento dei danni imprevedibili²⁴.

Solo nei prossimi anni, quindi, sarà possibile sciogliere questi dubbi e verificare l'effettivo impatto del "doppio binario" sugli assetti della responsabilità sanitaria e sul problema della medicina di-

²³ Cfr. tra gli altri, PARDOLESI, *op. cit.*, p. 265; NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata" verso le aziende e i nuovi "filtri" per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in Lovo e Nocco (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2017, p. 36 ss.; PARDOLESI e SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti del contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 170; FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, p. 10 s.; GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. med.*, 2017, p. 26; GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contr.*, 2017, p. 381; PUCELLA, *Brevi considerazioni in tema di prova alla luce della legge n. 24/2017*, in Iudica (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, p. 103; BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1312 ss.; MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli, 2019, p. 175 ss.

²⁴ CONSOLO e BARONE, *Responsabilità del medico e regolazione della successione di leggi di qualificazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 177.

fensiva. Nel frattempo, la prospettiva che reputa il regime della responsabilità contrattuale (da contatto sociale) del medico più favorevole per il paziente rispetto a quello aquiliano è stata implicitamente fatta propria da una delle celebri pronunce della Suprema Corte di “San Martino 2019”²⁵ quando ha giustificato la soluzione dell’irretroattività dell’art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco richiamando – tra gli altri argomenti – la necessità di tutelare l’affidamento circa l’applicazione del regime *de quo* legittimamente nutrito da quanti avevano avviato un’azione giudiziaria in epoca antecedente all’entrata in vigore della nuova disciplina²⁶. Sempre le sentenze di cui si diceva sopra, tuttavia, hanno pure ribadito²⁷ che, così come accade nel contesto della responsabilità aquiliana, anche laddove venga dedotta la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria è onere del paziente danneggiato provare, anche tramite presunzioni, il nesso di causalità materiale fra l’aggravamento della situazione patologica (o l’insorgenza di nuove patologie) e la condotta negligente della controparte, così confermandosi come, sotto questo rilevantisimo punto di vista, il diritto vivente non conosca differenze tra le due forme di responsabilità²⁸.

²⁵ Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, nn. 28985-28994, tutte pubblicate e commentate in Pardolesi (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, Fascicolo speciale n. 1/2020 della rivista *Il foro italiano*.

²⁶ Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 318, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Sulla “irretroattività” della disciplina sostanziale della l. n. 189/2012 e della l. n. 24/2017*; in Pardolesi (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., c. 378, con nota di MAGLIULO, *La retroattività della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco: vecchie e nuove questioni in tema di responsabilità professionale medica*. Per un commento a questa pronuncia, v. pure CONSOLO e BARONE, *op. cit.*, p. 169 ss.

²⁷ Definitivamente confermando un cambio di rotta che era stato inaugurato da un trittico di pronunce del 2017, sulle quali v. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, p. 540 ss.

²⁸ Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, nn. 28991-28992, in Pardolesi (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., c. 128, con note di PARDOLESI e SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*; di D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*;

3. *Sicurezza delle cure e dubbi di costituzionalità suscitati dalla disciplina della responsabilità del medico dipendente.*

Il secondo rilievo critico mosso da Vettori all'art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco riguarda «l'irragionevole contraddizione» che egli ritiene doversi riscontrare tra il dettato della norma in parola e le previsioni contenute nell'art. 1 dello stesso provvedimento legislativo²⁹.

Quest'ultimo colloca tra gli aspetti fondamentali della nuova disciplina la – del resto presente già nell'intitolazione della legge – «sicurezza delle cure», nel suo comma 1 definendola, non senza una certa enfasi³⁰, «parte costitutiva del diritto alla salute» da perseguire «nell'interesse dell'individuo e della collettività». Il comma 2 dispone che tale obiettivo si realizza (anche) mediante lo svolgimento di «attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie» nonché «l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative»; mentre spetta al comma 3 specificare che alle attività di prevenzione

di MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*; di PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*; di IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*. Sull'acceso dibattito sollevato da queste pronunce e dai loro precedenti conformi, v. pure SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Danno resp.*, 2020, p. 307 ss.; RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 327 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno resp.*, 2020, p. 75 ss.

²⁹ VETTORI, *op. cit.*, p. 974.

³⁰ PARDOLESI, *op. cit.*, p. 261. In senso maggiormente critico nei confronti di tale formulazione normativa è stato pure affermato che il legislatore, anziché puntare all'obiettivo "minimo" di prevenire i danni da *medical malpractice*, avrebbe potuto e dovuto porsi il più ambizioso traguardo di innalzare la qualità delle prestazioni sanitarie offerte nel nostro Paese: in tal senso v., per esempio, BLANDINO e GENOVESE, *Garanzia e sicurezza delle cure in sanità*, in Genovese e Martini (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in sanità*, cit., p. 23; ASTONE, *Profilo civilistico della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1117.

del rischio messe in atto dagli enti nosocomiali «è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale».

Questa disciplina viene generalmente interpretata secondo due diverse e complementari prospettive.

Da un primo punto di vista essa è considerata il preambolo della normativa che i successivi articoli della Legge Gelli-Bianco dedicano, a completamento di quanto era già previsto nei commi 538-540 dell'art. 1 della Legge di stabilità 2016, al c.d. *clinical risk management*, vale a dire a tutto quel complesso di attività, suscettibili di essere svolte tanto a livello istituzionale quanto all'interno delle stesse strutture ospedaliere, aventi lo scopo di prevenire e contrastare il rischio della verificazione di eventi avversi per la salute del paziente durante l'esecuzione dei trattamenti sanitari³¹. Secondo un'ulteriore chiave di lettura, che in particolare valorizza quanto previsto nel comma 2 dell'articolo in esame, quest'ultimo rappresenta inoltre l'addentellato normativo della tesi dottrinale e giurisprudenziale che riconosce la configurabilità, in capo alle strutture sanitarie, di un'autonoma e diretta responsabilità per "difetto di organizzazione" che si affianca alla responsabilità vicaria per le condotte di *medical malpractice* poste in essere dal personale che opera al loro interno³².

Rispetto a tutto quanto finora detto, nelle pagine di Vettori l'art. 1 della Legge Gelli-Bianco acquista però un significato nuovo e del tutto peculiare. Secondo l'Onorato, dalla disciplina in esame esce invero «confermata (o creata)», «in modo chiaro», quella «relazione giuridica fra medico dipendente e malato» che l'art. 7, comma 3,

³¹ Sul punto v., anche per ulteriori citazioni in tal senso, FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018, p. 159 ss., cui adde FERRARI, *La rilevanza della sicurezza delle cure e della persona assistita nel quadro della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1337 ss.; CATELANI e MILAZZO, *La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico*, in *Ist. fed.*, 2017, p. 305 ss.; SABATINO e SICA, *Art. 1. Sicurezza delle cure in sanità*, in Meoli, Sica e Stanzone (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 1 ss.

³² Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti, FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione*, cit., p. 47.

della stessa Legge Gelli-Bianco vorrebbe invece espungere dal sistema³³: «il diritto alla sicurezza (parte costitutiva del diritto alla salute) si ha nei confronti della struttura e di tutto il personale “compresi i liberi professionisti convenzionati”. I quali hanno, dunque, un obbligo nella fase di prevenzione sino alla fase terminale della malattia». Se ne deduce – prosegue l’Autore – che «ci sono diritti e obblighi, fra paziente e medico dipendente, in ogni fase del rapporto di cura e tale relazione è giuridica, non di fatto, perché disposta da precise indicazioni normative la cui violazione determina una responsabilità contrattuale. Né si può replicare che si tratti di un dovere generico, riferibile ad una responsabilità aquiliana, perché un dovere relativo ad un rapporto individuato non può che assumere la veste di un obbligo e di un corrispondente diritto». La conclusione del ragionamento di Vettori è stringente e suggestiva: «se è così, il richiamo nell’art. 7 della legge all’art. 2043, come norma inderogabile, dovrebbe cadere di fronte a un giudizio di costituzionalità perché si tratta di un precetto contraddittorio e dunque irragionevole. La Corte ci ha insegnato più volte questo limite. Neppure il legislatore può negare (art. 7) una relazione giuridica dopo averla affermata e costruita nello stesso testo»³⁴.

Con queste considerazioni l’Onorato si inserisce quindi tra gli esponenti della corrente di pensiero che ravvisa profili di illegittimità costituzionale nella disciplina dell’art. 7, comma 3, della Legge Gelli-Bianco. A tale riguardo si lamenta che essa ha sradicato proprio dall’ambito nel quale era stata originariamente accolta una teoria giurisprudenziale, quella del contatto sociale, che viene largamente utilizzata in numerosi altri settori con il meritevole scopo di

³³ Dubbi di analogo tenore potrebbero sorgere in seguito all’introduzione della l. 22 dicembre 2017, n. 219, contenente «norme in tema di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento», che fra le altre cose valorizza, anche con una certa enfasi, la «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico». Generalmente si ritiene, però, che tale disciplina non si ponga in contrasto con la qualificazione aquilana della responsabilità del medico strutturato discendente dal disposto dell’art. 7, 3° co., della Legge Gelli-Bianco: sul punto v., per tutti, SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 125 ss.

³⁴ VETTORI, *op. cit.*, p. 974 s.

tutelare l'affidamento dei consociati che si trovino ad essere danneggiati da operatori professionali qualificati. Alla norma in parola inoltre si contesta la violazione del principio di eguaglianza conseguente alla diversa qualificazione della responsabilità di soggetti, il medico libero professionista e il medico ospedaliero, che invece si trovano in una situazione del tutto simile, nonché l'indebita ingerenza nelle prerogative del giudice, al quale viene inopinatamente sottratto il potere di procedere alla qualificazione giuridica della fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione³⁵.

4. *Rilievi conclusivi.*

Dalle pur brevi riflessioni svolte nelle pagine precedenti emerge come la responsabilità sanitaria costituisca uno dei settori dell'ordinamento in cui risalta con maggiore evidenza lo svolgersi di quel dialogo tra legge, dottrina e giurisprudenza che l'Onorato ha spesso auspicato nei propri scritti, dimostrando con palmare efficacia quanto tale integrazione tra formanti sia indispensabile per governare la complessità dei sistemi giuridici attuali ed affrontare adeguatamente i delicatissimi problemi che agitano le società contemporanee³⁶. Ed invero, diversamente non potrebbe essere, se è vero che le soluzioni implementate per regolare l'imponente contenzioso in tema di responsabilità medica, dallo stesso Autore non a caso definita «lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio»³⁷, hanno spesso ricadute di più ampia portata sulla ricostruzione di profili generali dell'obbligazione e della responsabilità civile, quali la

³⁵ Per questi rilievi v., tra gli altri, BOCCHINI, *op. cit.*, p. 1312; CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in Volpe (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 17 ss.; CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno resp.*, 2017, p. 393 ss.

³⁶ Su questi temi v., in particolare, VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 73 ss.

³⁷ Sul punto v., *amplius*, VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 351 ss. (le parole riportate nel testo si leggono a p. 356).

già esaminata figura del contatto sociale, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, la concezione del nesso causale, e così via³⁸. Di tutto questo offrono una recente conferma, del resto, le già menzionate pronunce di Cassazione di “San Martino 2019”, nelle quali la spiccata propensione al confronto con l’elaborazione dottrinale appare funzionale alla creazione di un complesso di regole e di principi in tema di *medical malpractice* che, in quanto condiviso dalla comunità degli interpreti, possa effettivamente essere in grado di perseguire i fondamentali obiettivi della prevedibilità e della controllabilità delle future decisioni in materia³⁹.

³⁸ V., anche per ulteriori riferimenti, FACCIOLI, *La legge Gelli-Bianco fra normativa speciale della medical malpractice e disciplina generale dell’obbligazione e della responsabilità civile*, in Faccioli e Troiano (a cura di), *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria*, cit., p. 1 ss.

³⁹ Lo evidenziano, fra gli altri, SCOGNAMIGLIO, *Un “restatement” dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, in Pardolesi (a cura di), *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., c. 1 ss.; FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno resp.*, 2020, p. 7 ss.; PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 160 ss.

VINCENZO FARINA
Professore associato di diritto privato
Università del Salento

PROBLEMI VECCHI E NUOVI IN TEMA DI DATA CERTA E FALLIMENTO

SOMMARIO: 1. L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento. – 2. Profili di costituzionalità dell'art. 44 l.f.. – 3. L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento. – 4. La nozione di “terzo” e efficacia probatoria tra imprenditori dei libri contabili. – 5. Data certa quale condizione dell'azione del creditore. Conseguenze. – 6. In particolare sul ruolo di terzietà del curatore. – 7. Segue: la terzietà del curatore e rapporti con e tra creditori fallimentari. – 8. Terzietà, documento e negozio documentato. – 9. La nozione di “fatto idoneo” a stabilire l'anteriorità del documento. – 10. Alcuni casi di “fatto equipollente”: il timbro postale. – 11. Segue: la cd. “marcatura temporale”.

1. *L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento.*

L'art. 44 della l.f. prevede che tutti gli atti compiuti dal fallito ed i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento siano inefficaci rispetto ai creditori. Pari inefficacia viene riconosciuta nel secondo comma della stessa disposizione ai pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento. La previsione è stata ribadita dal Codice della crisi di impresa (art. 144 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), ove previsto al primo comma “Gli atti compiuti dal debitore e i pagamenti da lui eseguiti o ricevuti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale sono inefficaci rispetto ai creditori”.

Chiaro è lo scopo perseguito dalla norma: escludere dal concorso quei creditori in possesso di titoli sorti dopo la dichiarazione di fallimento e riservare i beni del fallito ai creditori “anteriori”, i quali solo sono ammessi a partecipare al concorso sul patrimonio del fallito, che si apre a seguito del fallimento (art. 52 l.f.). In perfetta *suitas* con detto scopo la *ratio* della disposizione in parola è stata individuata dalla giurisprudenza “nella perdita, coeva al fallimento, del diritto di disporre da parte del debitore”¹. Con la conseguenza che la relativa azione di inefficacia non è soggetta a prescrizione “perché diretta a far dichiarare una nullità che si verifica di pieno diritto nei confronti del fallimento e dei creditori”².

La previsione dell’inefficacia, rispetto ai creditori, dei pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, configura dunque il logico corollario della perdita della disponibilità dei beni, acquisiti al fallimento stesso (art. 42 l.f.) e mira a preservare l’integrità dell’attivo, assicurando la *par condicio creditorum* in sede di concorso. Il rigido rispetto della *par condicio* ha condotto la giurisprudenza ad estendere il concetto di pagamento, interpretandolo alla luce dell’intervenuta perdita da parte del fallito a seguito della sentenza dichiarativa del suo fallimento del potere di disporre. In quest’ottica si è giunti a ritenere inopponibile alla massa “qualsiasi atto estintivo di un debito a lui riferibile, anche indirettamente, effettuato con suo denaro o per suo incarico o in suo luogo”, ivi compreso il pagamento eseguito dal terzo, *debitor debitoris*, “in favore del creditore del fallito destinatario dell’assegnazione coattiva del credito ex art. 553 c.p.c.”³. Ciò in quanto la valenza estintiva è destinata ad

¹ Cass., Sez. I, 14 ottobre 2015, n. 20742, in *De Jure*, 2020; conf. Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21246, *ivi*, 2020.

² Cass., Sez. I, 14 ottobre 2015, n. 20742, *cit.*; conf. Cass., Sez. III, 30 marzo 2005, n. 6737, in *De Jure*, 2020.

³ Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 1227, in *De Jure*, 2020; conf. Cass., 11 dicembre 2007, n. 25946, *ivi*, 2020 ; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1544, *ivi*, 2020; Cass. 28 marzo 2001, n. 4494, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3265. La motivazione si fonda sulla natura non definitiva dell’ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., che assegna il credito salvo esazione e non soddisfa in sé l’interesse del creditore. Detto soddisfacimento interviene solo a seguito del successivo pagamento da parte del terzo pignorato, che nel caso oggetto di disamina è successivo alla dichiara-

operare congiuntamente sia per il suo debito che per quello del fallito, giovandosi però di una provvista ascrivibile al patrimonio di quest'ultimo⁴.

Detta inefficacia rappresenta una sanzione obiettiva, che opera indipendentemente dalla buona o mala fede del terzo, atteso che l'indisponibilità del patrimonio dell'imprenditore dichiarato fallito produce un effetto automatico *erga omnes*, prescindendo dalla conoscenza effettiva di tale evento⁵. Al riguardo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la data della dichiarazione di fallimento, rilevante anche ai fini del verificarsi dello spossessamento del fallito ai sensi dell'art. 42 l.f., si identifica nel giorno in cui la sentenza dichiarativa del fallimento medesimo assurge a giuridica esistenza con

zione di fallimento. In dottrina (DE STEFANO, *Assegnazione nell'esecuzione forzata*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 270 ss.) si sostiene che l'assegnazione di un credito, a cui si riconosca natura di *datio in solutum*, abbia solo efficacia *pro solvendo* e non *pro soluto*, necessitando per l'estinzione del debito dell'effettivo pagamento della somma assegnata (così anche, CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2002, p. 506). In argomento vedi anche: BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, p. 122 ss.; ID, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990, p. 206 ss.; VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. civ.*, VIII, 2001, p. 94 ss., spec. 122; DELLA PIETRA, *Le vicende del pignoramento e dell'assegnazione di crediti*, in Auletta (a cura di), *Le espropriazioni presso terzi*, Bologna, 2011, p. 37 ss., TISCINI, *Considerazioni intorno a natura, effetti e regime dell'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553 c.p.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2012, p. 18 ss.

⁴ Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2016, n.1227, cit.; conf. Cass., Sez. I, 10 agosto 2017, n. 19947, in *Ilprocessocivile.it*, 19 ottobre 2017, con nota di CASCELLA, *È inefficace il pagamento del terzo pignorato dopo il fallimento del debitore, anche se in forza di assegnazione anteriore*. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. S. Maria Capua Vetere, 26 marzo 2013, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, n. 6, p. 711, con nota di PLASMATI; Trib. Roma, Sez. fall., 20 marzo 2013, n. 6053 e Trib. Milano, 9 maggio 2012, n. 5346 entrambe in *De Jure*, 2020.

⁵ È stato anche di recente affermato: "Nella compravendita stipulata dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, l'inefficacia dell'atto ex art. 44 l.f. è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del medesimo, con effetti "erga omnes", non essendo impedita l'opponibilità dell'atto ai terzi di buona fede, dalla mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento" (Cass., Sez. I, 2 ottobre 2019, n.2462, in *Diritto & Giustizia 2019, 3 ottobre*; conf. Cass., Sez. I, 13 settembre 2007, n.19165, in *De Jure*, 2020).

la pubblicazione mediante deposito in cancelleria⁶ e nell'ora di quel giorno⁷. Restano irrilevanti, al fine indicato, gli ulteriori adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 17 del citato decreto progressivamente variati nel tempo, così come ogni indagine sulla concreta conoscenza del fallimento da parte dei destinatari di detti atti o sullo stato soggettivo del *solvens*⁸, ovvero sull'idoneità, o meno di questi ultimi ad arrecare pregiudizio alla massa⁹.

⁶ In questi termini tra le altre: Cass., 5 gennaio 1972, n. 27, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 383; Cass., 7 luglio 1981, n. 4434, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 637 con nota di VICARI, *Effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e buona fede del terzo*; Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Fall.*, 1989, p. 505; Cass., 16 aprile 1992, n. 4705, *ivi*, 992, p. 911; Cass., 11 marzo 1994, n. 2382, *ivi*, 1994, p. 819; Cass., 29 marzo 2005, n. 6624, in *Giut. civ.*, 2005, I, I, p. 1472; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29873, in *Giust. civ. Mass. 2011*, 12, n. 1901. Più di recente Cass., 27 febbraio 2019, n. 5781 in *Diritto & Giustizia*, 2019, 28 febbraio. In dottrina in senso conforme alla giurisprudenza maggioritaria tra gli altri MACCHIA, *Decorrenza degli effetti della sentenza di fallimento*, in *Fall.*, 1989, p. 552; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, p. 623 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, p. 142 ss.; TEDESCHI, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Legge fallimentare. Commentario*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 455 ss.; APICE, *Da quando ha effetto la dichiarazione di fallimento?*, in *Consulenza*, 1978, p. 68. In tempi più recenti vedi anche AMBROSINI, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 379; ZANICHELLI, *Timbro postale e data certa*, in *Fall.*, 2002, p. 435; D'AQUINO, *L'opponibilità al passivo delle scritture private non cerziorate*, in *Fall.*, 2006, p. 663. A favore della tesi minoritaria, che fa decorrere tali effetti dalla data della deliberazione, anziché da quella del deposito: PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, p. 764; ANDRIOLI, *Fallimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 342 e ss.; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 68. In giurisprudenza: Cass., 30 maggio 1956, n. 1833, in *Foro it.* 1956, I, c. 1100; in *Dir. fall.* 1956, II, p. 275, con nota adesiva di PROVINCIALI; Cass., 18 marzo 1975, n. 1043, in *Foro it.* 1976, I, c. 1526.

⁷ Afferma di recente Cass., 27 febbraio 2019, n. 5781, *cit.* "Posto che la legge fallimentare non prescrive l'annotazione sulla sentenza dichiarativa di fallimento dell'ora in cui è stata emessa, tale sentenza produce i suoi effetti dall'ora zero del giorno della sua pubblicazione"; conf. Cass., Sez. III, 20 Marzo 2020, n. 7477, in il *Caso.it*, 1 maggio 2020.

⁸ Cass., Sez. I, 13 settembre 2007, n.19165, *cit.*

⁹ V. Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Fall.*, 1989, p. 505; in *Giur. it.*, 1989, I, I, c. 1348. Più di recente è stato affermato "Nella compravendita stipulata dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, l'inefficacia dell'atto ex art. 44

2. *Profili di costituzionalità dell'art. 44 l.f.*

La stessa Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sull'argomento, ha ritenuto una prima volta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 l.f., sollevata in riferimento all'art. 24 Cost. con riguardo all'opponibilità degli effetti della sentenza di fallimento anche al terzo di buona fede che abbia contratto con il fallito dopo il fallimento e prima della pubblicazione della relativa¹⁰. Il Giudice delle leggi, sul presupposto che l'art. 24 Cost. tuteli il diritto di difesa in relazione ad aspetti meramente processuali dell'esecuzione concorsuale, ha ritenuto che la questione sottoposta al suo esame attenesse agli effetti che sul piano meramente sostanziale la sentenza produce nei confronti dei terzi a seguito dello spossessamento incidente sulla sfera patrimoniale del fallito in forza della sentenza medesima. Sulla base di tale assunto la Corte ha statuito inoltre che "la decisione del legislatore di anticipare al momento del deposito della sentenza di fallimento il prodursi di determinati effetti nei confronti dei terzi, anziché farli decorrere dall'affissione della sentenza stessa ai sensi dell'art. 17 legge fallimentare" costituisca una "valutazione discrezionale ineccepibile, con cui viene attuato il contemperamento di opposti interessi: quello dei creditori alla salvaguardia della garanzia patrimoniale".

La dottrina ha condiviso tale tesi, rilevando come l'effetto sostanziale della sentenza si produca su di un atto negoziale, allorché il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. non sia più o non sia ancora in gioco sul piano processuale¹¹. Ed in effetti, il diritto di difesa "non è più in gioco" qualora si faccia riferimento "al procedimento che si è concluso con la pronuncia della sentenza di fallimento", rispetto al quale il terzo, attinto dagli effetti della pronuncia, non è parte. Così

L.F. è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del medesimo, con effetti "erga omnes", non essendo impedita l'opponibilità dell'atto ai terzi di buona fede, dalla mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento" (Cass., Sez. I, 2 ottobre 2019, n. 2462, *cit.*).

¹⁰ Corte Costituzionale, 6 giugno 1995, n. 228, in *Fall.*, 1995, p. 1175 con nota di PANZANI, *Ancora sullo spossessamento del fallito e sul diritto di difesa*.

¹¹ Così PANZANI, *Ancora sullo spossessamento del fallito e sul diritto di difesa*, *cit.*, p. 1177 s.

pure non è ancora in gioco qualora si intenda far riferimento ad un futuro giudizio di cognizione che la curatela potrebbe promuovere con l'azione di inefficacia dell'atto lesivo della *par condicio creditorum*, ma che non ha ancora promosso¹². Questo futuro giudizio non potrà svolgersi efficacemente in assenza del terzo, che potrà in quella sede, in ossequio al principio di cui all'art. 24 Cost., svolgere le sue difese. Di contro, come precisato dalla Suprema Corte, l'azione dichiarativa dell'inefficacia deve essere rivolta proprio nei riguardi del terzo creditore-*accipiens*, che è rappresenta in tal caso l'unico legittimato passivo¹³.

Sempre la Corte Costituzionale ha valutato la legittimità della disposizione in questione sotto un diverso profilo di natura eminentemente sostanziale, giungendo a conclusioni meno condivisibili. La Corte di Cassazione remittente aveva ritenuto il contrasto dell'art. 44 l.f. con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.¹⁴. In particolare aveva evidenziato come si disponesse ivi che i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la pubblicazione attraverso il deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa di fallimento fossero immediatamente inefficaci nei confronti dei creditori anche prima dell'allora prevista quanto inutile affissione¹⁵ (alla porta esterna del Tribu-

¹² PANZANI, *op. ult. cit.*, p. 1177 s.

¹³ Cass., Sez. III, 20 marzo 2020, n.7477, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 23 marzo, con nota di PAGANINI, *Azione di inefficacia ex art. 44 legge fallimentare e legittimazione passiva*.

¹⁴ Trattasi dell'ordinanza del 18 novembre 1996 con cui la Suprema Corte è andata di contrario avviso con quanto in precedenza affermato (Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Giur. it.*, 1989, I,1, c. 1348) secondo cui l'irrilevanza degli ulteriori adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 17 così come di ogni "indagine sulla concreta conoscenza del fallimento da parte dei destinatari di quegli atti, ovvero sull'idoneità o meno di questi ultimi ad arrecare pregiudizio alla massa" non era in contrasto con gli art. 3, 23, 24 e 41 Cost., in quanto si verteva "in tema di scelte del legislatore, giustificate da obiettive esigenze pubblicistiche proprie della procedura fallimentare, le quali non incidono sulla tutela processuale dei diritti dei terzi né si traducono in un'imposizione di prestazioni a loro carico, ma operano sul piano degli effetti sostanziali di determinati atti, relativamente ai rapporti con i creditori del fallito".

¹⁵ Attualmente la pubblicazione interviene a mezzo annotazione presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale a seguito delle

nale) ai sensi dell'art. 17 della legge fallimentare e senza che rilevasse l'eventuale buona fede del *solvens*. La disposizione in tal guisa si porrebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione sotto un duplice profilo. Nessuna distinzione veniva operata nel periodo tra la pubblicazione e l'affissione della sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito di coloro che avevano avuto rapporti con il fallito tra quelli consapevoli e quelli non consapevoli dell'intervenuta – ma non pubblicata – dichiarazione di fallimento. Di contro la previsione discriminasse, senza ragionevole motivo, coloro che avevano avuto rapporti col fallito dopo la dichiarazione di fallimento e coloro che ne avevano avuto prima, pur in presenza di un identico stato psicologico soggettivo del terzo.

La Corte, con una motivazione invero stringata, ha fatto leva sul “principio generale secondo cui la dichiarazione di fallimento priva il fallito, dalla data di deposito della relativa sentenza, dei poteri di amministrazione e disposizione del suo patrimonio trasferendoli agli organi della procedura fallimentare” per immolare sull'altare di “una efficace e diretta tutela della massa dei creditori” le esigenze non meno pregnanti di tutela della libera circolazione dei beni e del correlato principio di tutela dell'affidamento e della buona fede del terzo. L' “esigenza di tutela della massa dei creditori” è stata ancora una volta pilatescamente ricondotta ad “una scelta del legislatore non manifestamente irragionevole e, perciò stesso, non censurabile sul piano della legittimità costituzionale”, perfettamente in linea con il pregresso orientamento della stessa Corte di Cassazione¹⁶.

In dottrina si era puntualmente rilevato come la motivazione celsasse il timore “[...]inespresso ma percepibile nella – in verità ellittica – decisione della Consulta) che cadenzare e diluire nel tempo gli effetti dello spossessamento in funzione di un ipotetico trattamento paritario dei creditori a conoscenza e di quelli inconsapevoli dello stato di fallito del debitore potrebbe vanificare gli scopi della

modifiche apportate dall'articolo 52 del D.P.R. del 14 novembre 2002, n. 313 per come successivamente sostituito dall'articolo 15 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

¹⁶ Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, cit.; Cass., 7 luglio 1981, n. 4434, in *De Jure*, 2020.

norma”¹⁷. D’altro canto, era però innegabile che l’ordinanza di rimessione aveva messo a nudo un problema non insignificante quanto attuale, quello del “sacrificio assoluto delle ragioni dei terzi contraenti post-fallimentari” a fronte delle “ragioni della massa dei creditori – pur meritevoli della massima tutela”¹⁸.

In questo contesto peraltro la normativa comunitaria a tutela della sicurezza dei traffici nell’ambito di un mercato, oramai da tempo comune, si orientava in senso diametralmente opposto. La Direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli¹⁹, a cui dava attuazione in Italia il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210²⁰ prevedeva difatti all’art. 3, con buona pace delle ragioni della massa dei creditori, che gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti fossero vincolanti per i partecipanti al sistema, e, nel caso di apertura di una procedura di insolvenza nei confronti di un partecipante, fossero opponibili ai terzi, compresi gli organi preposti alla procedura medesima in determinate ipotesi²¹.

¹⁷ Così, TISCINI, *Brevi osservazioni in tema di legittimità costituzionale dell’art. 44 della legge fallimentare*, in *Giust. civ.*, 9, 1998, p. 2094.

¹⁸ In questi termini LAMANNA, *Inefficacia di atti e pagamenti del fallito e irrilevanza della buona fede dei terzi*, in *Fall.*, 1999, p. 21 ss.

¹⁹ Sul tema: PERASSI, *L’attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli (commento al d.leg. 12 aprile 2001 n.210)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, I p. 816 ss; SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti della direttiva 98/26/CE al d.lgs 12 aprile 2001 n. 210*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 797 ss.

²⁰ In argomento tra gli altri LEANDRO, *La legge regolatrice degli effetti reali del trasferimento di strumenti finanziari tramite intermediari*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, p. 384; BONFATTI, *Definitività delle operazioni compiute nell’ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2001, p. 857.

²¹ È l’art. 2 del d. lgs. 12 aprile 2001, n. 210 a prevedere tutt’ora anche a seguito delle modifiche operate dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48 che “Gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti sono vincolanti tra i partecipanti a un sistema, e nel caso di apertura di una procedura d’insolvenza nei confronti di un partecipante sono opponibili ai terzi, compresi gli organi preposti alla procedura medesima, se gli ordini di trasferimento: a) sono stati immessi nel sistema prima del momento di apertura della procedura d’insolvenza; b) sono stati immessi nel sistema successivamente al momento di apertura della procedura d’insolvenza ed eseguiti il giorno lavorativo dell’apertura, qualora

Il problema è stato poi per buona parte risolto dal legislatore che, pur lasciando nella sostanza intonza nel tempo sotto questo profilo la previsione di cui all'art. 44 l.f., ha provveduto a modificare la previsione di cui all'art. 16 l.f.. In forza del secondo comma di tale norma, nel testo vigente a seguito delle modifiche apportate dall'art. 14 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la sentenza dichiarativa di fallimento produce i suoi effetti nei riguardi dei terzi, non dalla data della sua pubblicazione, ma dall'iscrizione nel Registro delle imprese²².

Non pare poi potersi revocare in dubbio che tra gli effetti della sentenza di fallimento incidenti nella sfera giuridica dei terzi siano da ascrivere proprio quelli riconducibili all'inefficacia prevista dall'art. 44 l. fall. in relazione agli "atti compiuti dal fallito", ai "pagamenti da lui eseguiti" ed ai "pagamenti ricevuti"²³. Di contro, la tutela dei terzi e della loro buona fede si ferma qui e le altre previste forme di pubblicità della sentenza dichiarativa di fallimento non sono destinate ad implementare le garanzie riconosciute ai terzi nei termini sopra specificati. Si è quindi condivisibilmente escluso²⁴ che la produzione degli effetti della sentenza di fallimento nei confronti dei terzi di buona fede patisca una sospensione sino al compimento delle formalità previste dall'art. 88 l. f.. Nessuna incidenza può avere quindi a tal fine la mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento, rimanendo ferma *ex artt.* 16, comma 2, e 44 l.f. la sua efficacia *erga omnes* e la sua opponibilità a costoro, nei cui confronti l'integrazione della pubblicità cui all'art. 17 l.f., per come richiamata dal secondo comma dell'art. 16, costituisce idonea misura di salvaguardia²⁵.

l'operatore del sistema provi che al momento dell'immissione non era a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza, né avrebbe dovuto esserlo".

²² La data di pubblicazione della sentenza invece riverbera ancora i suoi effetti nei riguardi del fallito e degli organi della procedura.

²³ V. in termini Trib. Roma, 31 ottobre 2018, n. 20955 in *Ilfallimentarista.it*, 10 dicembre 2018; Trib. Milano, Sez. II, 8 maggio 2012, n.5309, in *Guida dir.*, 2012, 31, p. 70.

²⁴ Cass., 2 ottobre 2019, n. 2462, *cit.*

²⁵ Cass., 2 ottobre 2019, n. 2462, *cit.*

3. *L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento.*

Ma la data in cui un determinato atto è compiuto è rilevante anche nell'ipotesi in cui, il perfezionamento di quest'ultimo intervenga in epoca antecedente al fallimento. La sezione III della legge fallimentare e, in parallelo, la sezione IV del Codice della crisi di impresa disciplinano minuziosamente questi atti allorché determinino effetti pregiudizievoli rispetto ai creditori, distinguendo tra atti a titolo gratuito (artt. 64 l.f.; 163 Cod. Crisi di impresa), pagamenti di crediti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente (artt. 65 l.f.; 164 Cod. Crisi di impresa), atti a titolo oneroso, atti estintivi di debiti pecuniari, e garanzia di vario genere (artt. 67 l.f.; 166 Cod. Crisi di impresa), atti compiuti tra coniugi (artt. 69 l.f.; 169 Cod. Crisi di impresa) prevedendone, a determinate condizioni, la revocatoria fallimentare come strumento aggiuntivo rispetto alla revocatoria ordinaria, che può sempre essere utilizzata dal curatore fallimentare. L'imponenza, l'estensione e l'incisività di tale disciplina dà contezza del notevole rilievo della data certa in sede fallimentare con riguardo agli atti compiuti dal fallito ed ai pagamenti effettuati, per come testimoniato dal profluvio di pronunce in sede di legittimità e di merito.

La data certa, peraltro, non è oggetto di specifico regolamento in sede fallimentare neppure nel nuovo Codice della crisi di impresa dove la terminologia appare solo con riguardo ai piani attestati di risanamento, di cui all'art. 56, imponendo al comma 2 la certezza della data del piano e prevedendo poi all'ultimo comma che “gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa”.

Da qui la necessità di continuare a far riferimento alla disciplina apprestata dal codice civile che si preoccupa, tra l'altro, in particolare della data certa della scrittura privata non autenticata nei confronti dei terzi all'art. 2704 c.c.²⁶ La norma in questione al primo

²⁶ Per un commento ampio della disposizione tra gli altri: MAZZARESE, *artt. 2697- 2739*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*³, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 230 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004; CONTE, *artt. 2697- 2730. Prove*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon, Milano, 2008; RIZZO, *Data, data certa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., V*,

comma fa discendere la certezza della data della scrittura privata non autenticata rispetto ai terzi, oltre che dal giorno della riproduzione in atti pubblici e dagli eventi specificamente considerati dalla norma (morte o sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta), dal verificarsi un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento.

Il richiamo alla prefata disposizione pare avvalorato da quanto stabilisce l'art. 45 l.f. (ora sostanzialmente trasfuso in termini identici nell'art. 145 Codice della crisi di impresa), dove è previsto che le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori²⁷.

La rilevanza a fini probatori del riconoscimento della data certa del documento ai fini dell'opponibilità al fallimento (ed alla futura liquidazione giudiziale), trova ulteriore riscontro nei limiti imposti alla prova per testi e per presunzioni. Se è pur vero che l'articolo 2704 cc. non contenga "una elencazione tassativa dei fatti in base ai

Torino, p. 117 ss., 1989; VERDE, *Prova documentale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; DOLMETTA, *La data certa. Conflitto tra creditori e disciplina dell'impresa*, Milano, 1986, *passim*; ID., *Sui più recenti sviluppi in materia di data certa e fallimento*, in *Vita not.*, 1996, p. 11 ss.; LEVATI, *Data. Data certa*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, II, Torino, 1981, p. 979 s.; GIACOBBE, *Data. b) Data certa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1964, p. 700; REDENTI, *Frammenti da "La prova della data riguardo ai terzi"*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, II, p. 237 ss.; CARRESI, *Osservazioni in tema di prova della data delle scritture private rispetto ai terzi*, in *Riv. not.*, 1959, I, p. 675 ss.; COSTANTINO, *Data certa della scrittura privata riguardo ai terzi*, in *Nuovo dir.*, 1965, p. 535 s.; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, 28, Roma, 1992, p. 1 ss.; ID., *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987, p. 976.

²⁷ In giurisprudenza in ossequio al dettato di cui all'art. 45 l.f. ai fini dell'opponibilità nei confronti del fallimento del venditore dell'acquisto di un bene mobile iscritto nel pubblico registro automobilistico si è ritenuto anche di recente necessario "che l'atto di vendita sia stato trascritto nel pubblico registro prima della data di dichiarazione del fallimento," mentre non è stato ritenuto sufficiente che la trascrizione della vendita fosse stata richiesta prima della dichiarazione di fallimento (Cass., Sez. I, 15 novembre 2018, n. 29459, in *De Jure*, 2020)

quali la data di una scrittura privata non autenticata deve ritenersi certa rispetto ai terzi²⁸, d'altro canto il giudice di merito nella valutazione di un fatto diverso da quelli tipizzati dal legislatore quali idonei a dimostrare la data certa non può giovare di prova per testi o per presunzioni direttamente vertente sulla data²⁹. Detta prova è ammessa solo al fine di individuare i fatti idonei a stabilire in modo certo l'anteriorità della formazione del documento³⁰. Invero dai fatti indicati nell'art. 2704 c.c. si desume, come puntualmente rilevato in dottrina, "non già la data in cui il documento fu redatto, bensì il giorno rispetto al quale è certa l'anteriorità della formazione del documento: ed è appunto da questo giorno che la data diventa certa e computabile riguardo ai terzi, ossia si considera "come se fosse" quella nella quale il documento si è formato, tanto che si è parlato di *fictio iuris*"³¹.

A ciò aggiungasi che il limite generale per valore (€ 2,58) frapposto alla prova per testi³² dei contratti dall'art. 2721 c.c. rende tale

²⁸ Cass., Sez. I, 13 marzo 2018, n. 6089, in *Guida dir.*, 2018, 30, p. 42.

²⁹ Cass., 4 giugno 1986, n. 3742, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 37; Cass., 25 luglio 2006, n. 16976, in *Giust. civ.*, 2007, 7-8, I, p. 1679 afferma in termini emblematici: "Attesi i limiti posti dall'art. 2704 c.c., la parte non può avvalersi della prova per testi al fine di dimostrare direttamente la certezza della data della scrittura privata non autenticata". Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Padova, 6 agosto 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1141.

³⁰ Cass., Sez. III, 11 ottobre 1985, n. 4945, in *Dir. e giur. agr.*, 1986, p. 481; Cass., 8 novembre 2001, n. 13813, in *Fallimento*, 2002, p. 723, con nota di CANTELE. In argomento vedi anche tra le tante: Cass., 28 giugno 1963, n. 1760, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 997; Cass., 31 maggio 1986, n. 3696, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Fallimento*, n. 275; Cass., 21 giugno 1984, n. 3657, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Fallimento*, n. 264. Cass., 8 novembre 2006, n. 23793 in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, p. 1387; Cass., 22 ottobre 2009, n.22430, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 10, n. 1485, dove si precisa che prova per testi o per presunzioni non possa essere ammessa" con riguardo ad un atto proprio della stessa parte interessata alla prova della data certa"; così pure Cass., Sez. VI, 12 settembre 2016, n.17926, in *Diritto & Giustizia*, 25 gennaio 2017. Più di recente v. Cass., 13 marzo 2018, n.6089, in *Guida dir.*, 2018, 30, p. 42.

³¹ LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, p. 188 s. e in nt. 62.

³² Sulla prova testimoniale in genere si rinvia tra gli altri: AMBROSINI, *La prova testimoniale civile. Profili processuali*, Milano, 2006; ANDRIOLI, *Prova testimoniale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1967, p. 338 ss.; BEGHINI, *La prova per testimoni*

strumento scarsamente utilizzabile in particolare in sede fallimentare, potendosi esplicitare il libero convincimento del giudice ogni qual volta la legge non determini preventivamente il valore da attribuire ad una prova³³. Di contro, riguardando l'inopponibilità per difetto di data certa non il negozio in sé, “ma la data della scrittura prodotta”, è ammissibile la prova, peraltro non affatto semplice, del negozio e della sua stipulazione in data anteriore al fallimento “pre-scindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento, salve le limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso”³⁴.

Così delineato il quadro normativo di riferimento, occorre precisare che la questione della data certa con specifico riguardo al fallimento è stata, e per certi aspetti continua ad essere, una delle questioni più dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che non hanno mancato di assumere posizioni a dir poco variegata e, sovente, contrastanti.

4. *La nozione di “terzo ed efficacia probatoria tra imprenditori dei libri contabili.*

Uno dei più importanti problemi, che si pongono all'attenzione degli interpreti con riguardo alla disciplina degli effetti degli atti pregiudizievoli rispetto ai creditori, è l'individuazione del concetto di “terzo”, a cui fa testuale riferimento l'art. 2704, comma primo, c.c., ai fini dell'opponibilità delle scritture.

nel rito civile, Padova, 1997; CECCHERINI, *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010, p. 1 e ss.; DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, XXXVIII, Milano, 1988, p. 40 ss.; VIOLA, *La testimonianza nel processo civile*, Milano, 2012, p. 1 ss.

³³ In argomento v. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 75 ss.; ID., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 481 ss. In giurisprudenza in materia fallimentare i limiti di prova per testi in relazione al valore della causa trovano applicazione (v. Trib. Milano, 30 maggio 1985, in *Fall.* 1985, p. 1191). È d'uopo rammentare che i limiti di valore previsti dall'art. 2721 c.c. per la prova testimoniale sono destinati ad operare soltanto qualora il contratto sia invocato in giudizio come fonte di reciproci diritti ed obblighi tra le parti contraenti e non quando “ove esso sia dedotto quale semplice fatto storico influente sulla decisione” (Cass., 1 marzo 2019, n.6199, in *De Jure*, 2020).

³⁴ Cass., 25 febbraio 2011, n.4705, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, n. 308.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità, dopo un periodo di pronunce giurisprudenziali difformi, sembrava aver trovato un orientamento unitario nel 1990 con la nota sentenza delle Sezioni unite della Cassazione³⁵. Si era affermato nell'occasione, in relazione alle scritture private relative ai crediti insinuati, come in sede di formazione dello stato passivo del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa si applichi la regola della certezza della data ai sensi del comma primo dell'art. 2704 c.c. Detta regola può essere fatta valere dal curatore, tanto nella fase della verifica, quanto in quella dell'opposizione.

Si era così cercato di comporre un contrasto tra le sezioni della Corte, ove da un canto si era sostenuto che il curatore potesse assumere la posizione di terzo solo eccependo la natura simulatoria e fraudolenta del documento, ovverosia assumendo una difesa estranea ai diritti di cui poteva essere titolare il fallito. D'altro canto, diversamente opinando, si era affermato che nel procedimento di verifica del passivo, al curatore organo cui è assegnata la funzione di tutela dei creditori, deve essere riconosciuta una posizione di terzietà, tale da giustificare l'applicazione dell'art. 2704 c.c.³⁶. Si era parimenti riconosciuta la situazione di terzietà nel rapporto tra creditore ammesso e creditore impugnante ai sensi dell'art. 100 l.f.³⁷.

A due anni di distanza dalla decisione resa dalle Sezioni unite, due sentenze emesse dalla prima sezione la Corte contraddicevano gli assunti ivi sostenuti, rinnegando il principio dell'applicabilità dell'art. 2704 c.c. al fallimento³⁸.

³⁵ Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Fallimento*, n. 459; in *Fall.*, 1990, p. 1225; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 38.

³⁶ Cass., 1 marzo 1986, n. 1304, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Fallimento*, n. 296; Cass., 29 novembre 1985, n. 5956, in *Foro it.*, 1986, I, c. 451.

³⁷ Cass., 4 giugno 1986, n. 3742, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Fallimento*, n. 529.

³⁸ Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, in *Giur. comm.* 1993, II, 360 con nota di AMBROSINI, *Data certa e fallimento*, cit.; in *Foro it.*, 1993, I, c. 2658; in *Fall.*, 1992, p. 798, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2685, con nota critica di LO CASCIO, *Ancora sull'opponibilità della scrittura privata in sede di accertamento del passivo del fallimento*, così statuiva: "Ai fini dell'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 2704 c.c. in tema di certezza e computabilità, riguardo ai terzi, della data della scrittura privata (nella specie, prestazione di garanzia fideiussoria), non assumono la qualità di terzi, rispetto al negozio documentato (e non al documento),

Successivamente riprendeva vigore diffuso l'orientamento propugnato dalle Sezioni unite, che riconosceva in sede di formazione dello stato passivo del fallimento la qualità di terzo al curatore nei riguardi sia dei creditori del fallito, che richiedono l'insinuazione al passivo, sia rispetto allo stesso fallito. Sulla base di tali premesse si sosteneva con affermazione tralaticia l'applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 2704 c.c. e la necessità, quindi, della certezza della data nelle scritture allegate come prova del credito³⁹.

né il curatore fallimentare, il quale, in sede di verifica dei crediti, contesti l'antioriorità del credito rispetto all'instaurazione della procedura concorsuale, atteso che la sua qualità di terzo è configurabile solo nelle diverse ipotesi in cui eserciti l'azione revocatoria o l'azione di simulazione, né gli altri creditori del fallimento, in quanto tutti i creditori si trovano tra loro in posizione paritaria, salve le cause legittime di prelazione, in un rapporto che non è di conflitto, in senso tecnico, ma di concorso. Pertanto, la prova della detta anteriorità, in sede di verifica, non è soggetta alle limitazioni fissate dalla norma citata, ma può essere fornita con le modalità dimostrative consentite da ciascuna fattispecie, secondo i criteri normali di attuazione dell'onere della prova". Cass., 13 agosto 1992, n. 9552, in *Foro it.*, 1993, c. 2657; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 213 con nota di TRENTINI; in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 360 con nota di AMBROSINI, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 25 stabiliva che "In tema di formazione dello stato passivo del fallimento, il curatore, allorché forma l'elenco dei creditori e, successivamente, partecipa alla verifica dei crediti, si trova non nella posizione di terzietà propria dei soggetti considerati dall'art. 2704 c.c., ai fini della determinazione dei limiti di opponibilità ad essi delle scritture private delle quali non sia autenticata la sottoscrizione, ma in quella che è propria degli ausiliari del giudice, onde non si pone, rispetto ad esso, alcuna questione di "opponibilità" in senso tecnico di scritture del tipo suddetto, alle quali il creditore istante per l'ammissione al passivo abbia affidato la dimostrazione del suo credito, con la conseguenza che al curatore stesso è dato non già eccepire l'inopponibilità per mancanza di data certa nel senso proprio del citato art. 2704 c.c. e cioè con effetto esclusivo della stessa possibilità di presentazione della scrittura agli organi fallimentari, bensì contestare soltanto la "verità" della data risultante dal documento o il documento stesso, così onerando l'istante della dimostrazione (con qualunque mezzo) che questo è stato firmato in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, dovendosi escludere nel sistema del diritto concorsuale l'esclusiva incidenza della normativa dell'art. 2704 c.c., per la prova della data del documento del credito da ammettersi".

³⁹ Cass., 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1580; Cass., 8 febbraio 2000, n. 1370, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 265. La dottrina ha ritenuto che anche dopo la riforma del diritto fallimentare di cui al D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma

Vi era però una parte della giurisprudenza anche di legittimità, che, per limitare gli effetti del ruolo di terzietà del curatore indotti da un'interpretazione rigorosa dell'art. 2704 c.c., propendeva per l'applicazione alla fattispecie relativa ai rapporti tra curatore e creditori del fallito, che rivestissero la qualità di imprenditori, dell'art. 2710 c.c.⁴⁰.

È invero innegabile che il problema esegetico posto dall'art. 2704 c.c. risulta nella pratica strettamente connesso nel rapporto tra imprenditori con il ruolo e la funzione dei "libri bollati e vidimati nelle forme di legge" di cui all'art. 2710 c.c., essendo il fallito necessariamente un imprenditore e subentrando in sua vece il curatore. Da qui la necessità a distanza di oltre vent'anni dalla prima pronuncia di un intervento anche sul punto delle Sezioni unite⁴¹.

La Suprema Corte ha nell'occasione ed in prima battuta ha escluso l'applicabilità nel giudizio di ammissione al passivo della previsione di cui all'art. 2710 c.c. nei confronti del curatore fallimentare⁴², non potendosi la data certa del credito vantato e di cui

dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80) il curatore abbia conservato la posizione di terzo in sede di accertamento del passivo (LIMITONE, *Data certa*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, Padova, 2010, p. 379; AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, 2, Padova, 2009, p. 566; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino 2009, p. 957; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2009, p. 356).

⁴⁰ Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, in *De Jure*, 2020; conf.: Cass., 8 settembre 2004 n. 18059, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 580; Cass., 10 gennaio 2003 n. 142, in *Fall.*, 2003, p. 1169, con nota di BETTAZZI, *Efficacia probatoria delle scritture contabili nel fallimento*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 1982, n. 5272, in *De Jure*, 2020.

⁴¹ Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, 4, II, p. 400, con nota di RANIELLI, *Osservazioni a Cass. Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in tema di opponibilità della data certa nel procedimento di verifica del passivo*; in *Foro it.* 2013, 4, I, c. 1137, con nota di FABIANI; in *Giust. civ.*, 2013, 2, I, 299 con nota di DIDONE; in *Ilfallimentarista.it*, 27 giugno 2013 con nota di LA CAVA.

⁴² Così già Cass., 9 maggio 2011, n. 10081 in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, n. 717; Cass., 26 gennaio 2006 n. 1543 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, n. 33; Cass., 15 marzo 2005 n. 5582, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2366; Cass., 9 maggio 2001, n. 6465, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3542; Cass., 14 gennaio 1999, n. 352, in *Fall.*, 1999, p. 1315; Trib.

all'art. 2704 c.c. dimostrarsi invocando il regime probatorio evocato da detta norma. L'art. 2710 c.c. è destinato difatti ad operare "soltanto fra imprenditori, in relazione a rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa". Di contro, osservano le Sezioni Unite, da un canto il curatore non è un imprenditore, d'altro canto nei riguardi del fallito il subentro del curatore non dà luogo ad una vicenda successoria "essendo viceversa a lui attribuibile esclusivamente la funzione di semplice gestore del patrimonio di quest'ultimo"⁴³. A questo punto è stato facile per la Suprema Corte trarne come "automatica" conseguenza "l'inapplicabilità nei suoi confronti della disciplina probatoria di cui si lamenta la mancata attuazione"⁴⁴.

La soluzione è stata, per così dire, un po' sbrigativa e forse sarebbe stata meritevole di un maggior approfondimento anche rispetto alle motivazioni addotte sul punto in precedenza da alcune pronunce della stessa Corte⁴⁵. Si era osservato da un canto come l'espressione utilizzata nell'art. 2710 c.c. sia "fare prova tra imprenditori" e non già «fare prova nelle cause tra imprenditori», con un chiaro richiamo al rapporto sostanziale (e non processuale) intercorso «tra imprenditori» e quindi "a prescindere dal fatto che esso venga eventualmente dedotto in giudizio da soggetti diversi"⁴⁶.

In disparte il dato letterale, pur non trascurabile, si era posto puntualmente in luce come la limitazione soggettiva tra imprenditori della prova in questione trovasse il suo fondamento "nell'esigenza di garantire la posizione di parità tra le parti"⁴⁷, potendo ciascun imprenditore opporre all'altro le proprie risultanze contabili. Il che potrebbe spiegare l'irrilevanza della disposizione "nei confronti di un

Napoli, 1 dicembre 2011, con nota di GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Osservazioni a Trib. Napoli, 1° dicembre 2011, in tema di accertamento del passivo e data certa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, 1, II, p. 95; in senso contrario Trib. Roma, 9 settembre 2002, in *Giur. romana*, 2003, p. 227.

⁴³ Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*; Cass., 7 luglio 2015, n. 14054, in *GiustiziaCivile.com*, 2016, 7 marzo; Cass., 20 aprile 2016, n. 7972, in *Guida dir.*, 2016, 31, p. 77.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

⁴⁵ V. *retro* nt. 38.

⁴⁶ Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, *cit.*

⁴⁷ Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, *cit.*

soggetto diverso dalla controparte originaria e che non abbia la disponibilità delle scritture contabili di quest'ultima", come il cessionario del credito ad esempio⁴⁸, ma tale circostanza non ricorre nell'ipotesi del curatore, che di quelle scritture ben può disporre (fatte salve le ipotesi di cd bancarotta documentale).

5. *Data certa quale condizione dell'azione del creditore. Conseguenze.*

Le Sezioni unite nella citata pronuncia ritornavano nuovamente ad occuparsi della data certa sotto un diverso e non meno pregnante profilo per dirimere ancora una volta il contrasto, che si era verificato sul punto.

Parte della giurisprudenza riteneva infatti che la data certa delle scritture assurgesse ad elemento costitutivo del diritto di partecipazione al concorso con gli altri creditori ed in virtù di ciò il relativo onere probatorio fosse a carico del creditore istante⁴⁹. Secondo un diverso orientamento di legittimità la mancanza di data certa rilevava come mero fatto impeditivo del diritto azionato e, in ragione di ciò, costituiva onere del curatore, quale parte controinteressata, dedurlo a mezzo specifica eccezione⁵⁰.

⁴⁸ Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, *cit.*

⁴⁹ Cass., 14 ottobre 2010 n. 21251 in *Foro it.*, 2011, I, c. 67, con nota di COSTANTINO, *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: "della corte il fin è la meraviglia"*, secondo cui «a contumacia del convenuto (nella specie, curatore fallimentare), non assume alcun significato probatorio in favore della domanda dell'attore, ma può concorrere, insieme ad altri elementi, a formare il convincimento del giudice, in quanto, di per sé sola considerata, essa non introduce deroghe al principio generale di cui all'art. 2697 c.c.; ne consegue che nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, l'antiorità del credito di cui si chiede l'ammissione al passivo, costituendo elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e, quindi, alla distribuzione dell'attivo, va provata dal creditore istante, né forma oggetto di eccezione in senso stretto riservata alla sola iniziativa di parte (curatore o creditori concorrenti)».

⁵⁰ Così Cass., 27 settembre 2010 n. 20268, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, n. 1264: «in tema di prova civile, la contestazione sulla mancanza di data certa nella scrittura privata si configura come eccezione in senso stretto che, in quanto tale, può essere proposta solo dalla parte. Pertanto, in ipotesi di revocatoria fallimentare, al curatore – che è parte in tale giudizio e che dal complesso dei dati sottoposti al suo esame può correttamente identificare il momento genetico dell'atto (e,

In altre pronunce si riteneva, di contro, che l'assenza di data certa comportasse il venir meno di un elemento costitutivo del diritto azionato, con conseguente natura di eccezione in senso lato della difesa formulata dal curatore e rilevabilità d'ufficio da parte del giudice⁵¹.

Il dissidio tra le sezioni della Suprema Corte si incentrava in primo luogo sul ruolo (sostanziale o processuale) da riconoscere al requisito della certezza della data nelle scritture private: elemento costitutivo della fattispecie sostanziale⁵² o elemento impeditivo del riconoscimento del diritto, opponibile in via di eccezione dalla curatela? Data per veritiera la scrittura privata esibita in giudizio e non disconosciuta dal curatore, rimaneva il problema, ulteriore e diverso, se permanesse a quel punto l'onere per chi la produceva di provare la data effettiva della sua redazione⁵³. Peraltro, non era di poco momento in termini di incidenza dell'onere della prova stabilire se l'eccezione di incertezza di data fosse da considerare eccezione in senso stretto ovvero mera difesa e se in quest'ultimo caso, ritenuta la certezza condizione dell'azione, fosse verificabile di ufficio dal giudice

quindi, la sua antecedenza o no alla dichiarazione di fallimento) – compete proporre l'eccezione di mancanza data certa nella scrittura privata contestata». In senso conforme: Cass., 2 settembre 2004, n. 17691, in *Fall.*, 2005, p. 880, con nota di TRENTINI, *La cassazione e l'eccezione di carenza di data certa*.

⁵¹ Cass., 21 novembre 2011 n. 24432, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, n. 1646, secondo cui «nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, l'antiorità del credito di cui si chiedi l'ammissione al passivo, essendo un elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e, quindi, alla distribuzione dell'attivo, non forma oggetto di eccezione in senso stretto riservata alla sola iniziativa di parte, ossia del curatore o dei creditori concorrenti (nella specie, la Suprema Corte ha rilevato che correttamente il tribunale aveva rigettato la domanda muovendo, implicitamente, dalla rilevabilità d'ufficio della carenza dell'antiorità del credito)».

⁵² V. sul punto FERRETTI, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, Torino, 2000, I, p. 601.

⁵³ V. sul tema e con riguardo alla fotocopia non disconosciuta nella sua conformità all'originale Cass., 29 luglio 2005, n.15954, in *Fall.*, 2006, 6, p. 661 con nota di D'AQUINO, *L'opponibilità al passivo delle scritture private non cerziorate*, cit.

anche in difetto di specifica e tempestiva eccezione da parte del curatore⁵⁴.

In questo caso invero più che in altri non si può ragionare per ordinamenti separati ed il profilo sostanziale in ragione del regime probatorio si intreccia con quella processuale in un indissolubile connubio. Ben può accadere che un credito realmente esistente non possa essere azionato in ambito fallimentare, qualora manchi di alcuni elementi (come la sua anteriorità rispetto alla dichiarazione di fallimento e l'opponibilità ai terzi – creditori e curatore –), che lo qualificano e lo connotano ulteriormente in quella sede. Pur essendo quindi l'esistenza del credito condizione necessaria per l'insinuazione, "non è condizione sufficiente, se il credito non ha attitudine a concorrere nella procedura concorsuale"⁵⁵.

Oggetto del processo di accertamento del passivo è dunque il diritto di credito nella sua «porzione concorsuale»⁵⁶. Il diritto di credito nei confronti del fallimento patisce, per poter essere fatto valere, un'ibridazione processuale. Diventano sue proprie caratteristiche normalmente estranee al diritto di credito: non è più sufficiente la sua esistenza e consistenza attuale in uno con la validità del titolo in cui rinviene la sua fonte, è necessario invece che detto titolo sia opponibile e sia efficace nei confronti di terzi qualificati (curatore ed altri creditori)⁵⁷.

Da qui il conseguente problema non di poco conto: l'opponibilità e l'efficacia del titolo, peraltro saldamente collegati alla certezza della data del documento, che li contiene, sono o no elementi costitutivi della domanda e quindi condizioni dell'azione rientranti nel

⁵⁴ Afferma Cass., 26 luglio 2012, n.13282, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 970, «Ne consegue che, in tale ipotesi, il giudice dell'opposizione allo stato passivo, tenuto a verificare anche d'ufficio l'antiorità del credito insinuato, deve considerare certa la data della scrittura, pur in difetto di un'espressa rinuncia del curatore all'eccezione concernente il difetto di data certa».

⁵⁵ PAGNI, *Esecutività dello stato passivo ed efficacia preclusiva*, in *Fall.*, 2010, p. 1380 s.

⁵⁶ FABIANI, *Spunti di riflessione sull'oggetto del processo di accertamento del passivo*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3376 s.

⁵⁷ FABIANI, *Spunti di riflessione sull'oggetto del processo di accertamento del passivo*, cit., c. 3378.

potere-dovere del giudice di verifica della sussistenza indipendentemente dall'attività assertiva delle parti e senza incorrere in vizio di ultrapetizione⁵⁸?

Le Sezioni unite, nel ribadire l'opinione già espressa in precedenza⁵⁹, hanno risolto il contrasto giurisprudenziale attribuendo al difetto di data certa delle scritture il ruolo di elemento costitutivo del diritto azionato. Nello stesso tempo hanno riconosciuto al medesimo natura di eccezione in senso lato e, conseguentemente, hanno ammesso il rilievo anche d'ufficio dal giudice, pur in assenza di iniziativa sul punto da parte del curatore.

Sia pur incidentalmente nell'occasione la Corte si è occupata di un problema non di poco momento: l'applicabilità o meno in sede fallimentare del principio di non contestazione di cui all'art.115, comma 1 c.p.c. con riguardo ai “fatti non specificatamente contestati” dal curatore. Come è noto la norma in questione, a seguito della sostituzione operata dall'art. 45, comma 14, della l. 18 giugno 2009, n. 69, ha reso esplicito il principio in forza del quale non è necessario che siano provati i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite. Conseguentemente una contestazione generica, come è quella che sovente caratterizza l'operato dei curatori in sede di ammissione allo stato passivo, pur a fronte di fatti oggetto di specifica e puntuale allegazione da parte del creditore istante e rientranti nella sfera di conoscibilità del curatore medesimo, potrebbe non produrre alcuno effetto.

La Suprema Corte anche in questo caso in maniera forse troppo sintetica, ha escluso l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 115 c.p.c., in tema di disponibilità delle prove, in quanto la sua evocazione “non appare in sintonia con la peculiarità del procedimento di verifica dei crediti e con la qualità soltanto di parte processuale attribuita al curatore”⁶⁰. A tacer d'altro non riesce di facile compren-

⁵⁸ V. tra le tante: Cass., Sez. II, 8 agosto 2019, n. 21184, in *Guida dir.*, 2019, 46, p. 57; Cass., Sez. lav., 23 agosto 2006, n.18374, in *De Jure*, 2020.

⁵⁹ Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

⁶⁰ Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*; negli stessi termini v. anche Cass., 10 febbraio 2017, n. 3660, ord., in *italgiure.giustizia.it*; Cass., 6 agosto 2015, n. 16554, *cit.*; Cass., 10 aprile 2012, n. 5659, in *Fall.*, 2013, p. 621.

sione come al curatore, a cui si attribuisce comunque il ruolo di gestore del patrimonio del fallito, venga riconosciuta la qualità di sola “parte processuale” con esonero di qualsivoglia obbligo di contestazione delle domande *ex adverso* formulate da un creditore, le cui allegazioni non possono non rientrare nella sua sfera di conoscibilità.

Se è pur vero la sovente riconosciuta terzietà del ruolo del curatore comporti che lo stesso non possa disporre del diritto in giudizio a mezzo di (più o meno *ficta*) *confessio* di fatti pregiudizievoli per la massa dei creditori o per il fallito⁶¹, ciò non di meno in sede di accertamento del passivo il curatore quale parte pubblica ha al pari del PM “ il dovere di non nascondere gli elementi di cui sia entrato in possesso per ragioni dell’ufficio esercitato (che è pur sempre quello di assicurare ai creditori la loro “par condicio”, senza avvantaggiarne ma anche danneggiarne alcuni), specie quando questi siano il risultato del concreto atteggiarsi del principio di vicinanza della prova”⁶². A fronte di questo suo preciso dovere, ritenere del tutto inoperante il principio di cui all’art. 115, comma 1, c.p.c. ci pare onestamente eccessivo ed in parte contraddittorio, soprattutto allorché la Suprema Corte, pur ribadendo il ruolo del curatore di parte “parte processuale diversa dal fallito medesimo”, riconosce che il curatore si ponga “nell’esercizio del diritto del fallito nella stessa posizione di quest’ultimo”⁶³.

Non è quindi forse un caso che altre pronunce, sia di legittimità che di merito, si sono discostate da detto orientamento, sostenendo che “nel nuovo diritto fallimentare il curatore è principalmente una parte [...] che nel contraddittorio con il creditore istante s’imbatte – come tutte le parti – nell’operatività del principio di non contestazione, con riguardo alla formazione della prova delle pretese creditorie”⁶⁴.

⁶¹ Cass., 4 dicembre 2015, n. 24723, in *Fall.*, 2016, p. 553, con nota di TREN-
TINI, *L’opposizione allo stato passivo, sua natura impugnatoria e varie questioni
processuali*.

⁶² Cass., 14 gennaio 2016, n. 535, ord., in *Diritto & Giustizia*, 2016, 31 agosto.

⁶³ Cass., 19 ottobre 2017, n. 24690, in *De Jure*, 2020.

⁶⁴ Cass., 14 gennaio 2016, n. 535, *cit.*; Cass., 6 agosto 2015, n. 16554, *cit.*;
Trib. Bari, decr., 30 marzo 2015, in *expartecreditoris.it*; Trib. Napoli, decr., 22
gennaio 2013, in *Dir. fall.*, 2014, p. 400, con nota di DE VITA, *L’onere della prova
dei fatti costitutivi del credito nella verifica del passivo fallimentare*. In dottrina v.

6. *In particolare sul ruolo di terzietà del curatore.*

Le Sezioni Unite nella citata pronuncia del 2013⁶⁵ sono ritornate nuovamente ad occuparsi del ruolo di terzietà del curatore⁶⁶, fondandola esclusivamente sulla estraneità del medesimo al negozio fonte

FABIANI, *Accertamento del passivo fallimentare e riforme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 476 ss. A sostegno di questa tesi parte della dottrina ha evocato la disposizione di cui all'art. 111 *bis* l.f. nella parte in cui esclude la necessità di sottoporre a verifica i crediti prededucibili "non contestati per collocazione e ammontare": DE VITA, *L'onere della prova dei fatti costitutivi del credito nella verifica del passivo fallimentare.*, cit., p. 42. Di contro è stato rilevato puntualmente come "l'osservazione non pare dirimente, perché per sua ratio la disposizione pare riferirsi soltanto ai crediti prededucibili sorti direttamente in capo alla massa dei creditori, rispetto ai quali non può predicarsi la terzietà del curatore che cumulativamente li rappresenta ed è, quindi, parte anche sostanziale dei relativi rapporti pare dirimente, perché per sua ratio la disposizione pare riferirsi soltanto ai crediti prededucibili sorti direttamente in capo alla massa dei creditori, rispetto ai quali non può predicarsi la terzietà del curatore che cumulativamente li rappresenta ed è, quindi, parte anche sostanziale dei relativi rapporti" (ANDRETTO, *L'efficacia probatoria degli estratti conto nella accertamento del passivo*, in *Fall.*, 2019, 2, p. 149). Ha evidenziato l'eccezionalità di tale previsione Cass., 7 gennaio 2016, n.118, in *Ilfallimentarista.it*, 2016, 5 febbraio.

⁶⁵ Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

⁶⁶ Ruolo di terzietà in precedenza riconosciuto tra le altre da Cass., Sez. I, 26 luglio 2012, n. 13282, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 970; Cass., Sez. VI, 6 giugno 2012, n. 9175, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, n. 748; Cass., Sez. I, 22 ottobre /2009, n. 22430, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 10, n. 1485. Sulla qualificazione del curatore come terzo o parte in relazione alla tipologia dei giudizi ed all'oggetto del contratto v. tra gli altri BERTI, *La posizione giuridica del curatore nell'accertamento del passivo*, in *Dir. econ.*, 1993, p. 453; DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 240; MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 579; RICCI, *Sulla posizione del curatore nei giudizi concernenti la procedura fallimentare*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2819; TRENTINI, *Posizione del curatore nel procedimento di accertamento del passivo, con particolare riguardo alla questione dell'efficacia probatoria delle scritture prive di data certa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 213; MANFEROCE, *L'accertamento del passivo*, in Fabiani-Patti, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, p. 165.

del credito azionato⁶⁷, senza soffermarsi particolarmente sulla tutela dell'interesse della massa da parte del curatore e sul c.d. conflitto tra creditori anteriori e successivi al fallimento⁶⁸ su cui si tornerà nel paragrafo seguente. È stato ivi precisato come la terzietà del curatore nella concreta fattispecie trovi sufficiente giustificazione nella sua totale estraneità dello stesso alle vicende negoziali fondanti le pretese creditorie fatte valere in sede di ammissione al passivo o nel successivo procedimento di opposizione.

Questo orientamento, oramai consolidatosi, favorisce notevolmente il fallimento ed in particolare il curatore, rendendo invero ardua dal punto di vista probatorio la posizione di quei creditori i quali non abbiano un titolo munito di data certa in base all'art. 2704 c.c.. Il problema non è di poco momento in sede processuale in quanto, come puntualmente rilevato dalla Suprema Corte, l'individuazione della qualità di parte o di terzo del curatore determina nella prima ipotesi l'applicabilità della meno favorevole disciplina (per il curatore) dell'art. 2702 c.c., mentre nella seconda ipotesi trova applicazione l'art. 2704 c.c. con i rigorosi limiti imposti in particolare dal primo comma nei confronti del creditore che proponga istanza di ammissione al passivo.

Ciò non dimeno, al di là dei tratteggi riconoscimenti di terzietà presenti nella giurisprudenza successiva alla pronuncia del 2013, riesce invero non sempre facile comprendere come, assegnata al curatore la "funzione di mero gestore del patrimonio del fallito"⁶⁹, si possa poi prescindere del tutto dalle situazioni giuridiche soggettive

⁶⁷ È stato così ripreso un vecchio orientamento già fatto proprio da Cass., 3 giugno 1976, n. 1987, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 2132. In dottrina in termini analoghi già LASERRA, *La scrittura privata*, Napoli, 1959, p. 313 ss.. Secondo alcune pronunce di merito il ruolo di terzietà del curatore interverrebbe allorché espletati un'attività, come la verifica dei crediti, che il debitore non avrebbe mai potuto porre in essere: Trib. Verona, 29 giugno 1991, in *Arch. civ.*, 1992, p. 448; Trib. Roma, 20 dicembre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 294. In senso critico sul punto LO CASCIO, *Ancora sull'opponibilità della scrittura privata in sede di accertamento del passivo del fallimento*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2698.

⁶⁸ Questo aspetto aveva costituito uno di punti significativi della motivazione di Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

⁶⁹ Cass., 13 ottobre 2017, n.24168, in *De Jure*, 2020, che richiama Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

passive, che connotano quel patrimonio al pari di quelle attive. La gestione del patrimonio altrui, tra cui rientra anche quella del patrimonio del fallito, indubbiamente non ha nulla a che vedere con un fenomeno successorio (a titolo universale o particolare)⁷⁰. Al pari del rappresentante (volontario o legale) o del titolare della *negotiorum gestio* il curatore non può essere annoverato tra i soggetti successori del fallito medesimo, attesa, tra l'altro, l'impossibilità di considerare il fallimento ed ancor meno i suoi organi come un nuovo soggetto di diritto, che subentri al fallito. Ciò però non significa che costui, pur avendo *ex art. 31 l.f.* "l'amministrazione del patrimonio fallimentare", sia necessariamente terzo nei confronti del fallito, titolare di detto patrimonio, e di coloro i quali con costui abbiano intrattenuto rapporti tra imprenditori⁷¹. A tacer d'altro pare innegabile che, a seguito ed in conseguenza della dichiarazione di fallimento, il potere di amministrare e di disporre dei beni del fallito, al pari della *cessio bonorum* (artt. 1977, 1979 e 1980 c.c.), transiti in favore degli organi della procedura.

Il concetto di "parte" e di "terzo" va rettamente inteso alla luce della generale previsione di cui all'art. 1372 c.c. Pare sul punto potersi condividere la tradizionale dicotomia tra "parte del negozio" e "parte del rapporto"⁷² o – come è stato in séguito meglio precisato – tra "parte della fattispecie negoziale" e "parte del regolamento di

⁷⁰ Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.* Una parte della giurisprudenza a suo tempo si manifestò propensa a ritenere l'organo fallimentare come una sorta di successore nelle posizioni contrattuali del fallito: Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*; Cass., 26 marzo 1975, n. 1151, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 468. In argomento v anche BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e sul curatore-terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fall.*, 1980, p. 826 ss.

⁷¹ Non pare fuor di luogo rilevare che, in disparte la necessità delle autorizzazioni del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 35 l. f. e delle altre norme che la impongono nonché la ricorrenza di funzione di vigilanza da parte dello stesso comitato e del giudice delegato, il curatore a seguito delle riforme "non è più sotto ordinato ad alcun organo in grado di impartirgli una direttiva qualsivoglia" (così RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo le riforme*, in *Giur. comm.*, 2, 2008, p. 181ss.).

⁷² Sulla dissociazione tra parte del negozio e parte del rapporto v. tra gli altri: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 265; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1983, p. 238.

interessi”⁷³. Quest’ultima, al pari della prima, non rientra nel concetto di “terzo” per come previsto dalla già menzionata norma⁷⁴. Invero non possono essere considerati terzi rispetto al negozio quei soggetti che sono “parti del rapporto”⁷⁵ a cui il negozio si riferisce, né – in altri termini – è a reputarsi estraneo al negozio chi non lo è alla “operazione”⁷⁶ o al “regolamento di interessi” ad esso sotteso, valutato nel suo complesso.

Sulla base di tali premesse si può convenire anche in relazione alla fattispecie disciplinata dall’art. 2704 c.c. che per terzo debba intendersi quel soggetto che, non avendo partecipato alla scrittura, né avendo assunto posizione giuridica di parte, sia titolare di un diritto di qualsivoglia natura, sostanziale o processuale, che possa venire pregiudicato dalla convenzione contenute nelle scritture private della cui data trattasi⁷⁷. Occorre però precisare che la mancata partecipa-

⁷³ In questo senso, DONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino-Napoli, 1982, p. 45 ss. L’analisi viene effettuata con riguardo alla procura rilevando come il *dominus* non possa essere “degradato a mero destinatario degli effetti dell’atto compiuto dal cooperatore (come tradizionalmente si ritiene) dovendogli riconoscere la posizione di gran lunga più pregnante di termine di riferimento dell’assetto di interessi programmato, quantunque non abbia assunto il ruolo di termine soggettivo della fattispecie». Sul punto, per il concetto di “parte del rapporto” cui il negozio si riferisce intesa come destinataria degli effetti, v. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 238. Per la nozione di terzo ai sensi dell’art. 2704 c.c., v. RIZZO, *Data, data certa*, cit., p.107.

⁷⁴ SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 238; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 133; ID., *Il contratto con sé stesso*, cit., p. 45 ss.

⁷⁵ SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 238, il quale espressamente esclude dal novero dei “terzi” rispetto ai quali il contratto non può produrre effetto anche coloro per conto dei quali il contratto è concluso. Questi ultimi rispetto agli effetti del negozio sono “parti in senso sostanziale”.

⁷⁶ BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 220 ss., ed *ivi* altre citazioni in nt. 58. La dottrina è peraltro concorde nel ritenere che gli effetti del negozio presi in considerazione sono soltanto gli effetti diretti.

⁷⁷ Cass., 9 aprile 1979, n. 221, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1176; Cass., 25 febbraio 1975, n. 751, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1965; Cass., Sez. trib., 17 dicembre 2008, n.29451 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, c. 1787 e Cass., Sez. trib., 24 marzo 2017, n.7621, in *De Jure*, 2020, entrambe in tema di imposta di registro. In dottrina per

zione alla formazione dell'atto scritto non è da sola sufficiente a provare la terzietà, essendo necessario ed indispensabile la titolarità di una situazione indipendente ed incompatibile con quella che riviene dalla scrittura privata in uno con la ricorrenza di un interesse passibile di pregiudizio per effetto di quanto sancito nella scrittura⁷⁸.

Alla luce di tali presupposti non pare poi scontata una costante terzietà del curatore nel momento in cui lo si riconosce "gestore" del patrimonio del fallito, a cui afferiscono i rapporti di natura sostanziale istaurati da quest'ultimo con i suoi creditori e/o aventi causa nonché le inerenti situazioni giuridiche soggettive, attive e passive⁷⁹. Né in soccorso può giungere il *munus publicum*, di cui pure risulta investito il curatore, ed in particolare il suo ruolo di "ausiliario" del giudice ed in quanto tale *super partes* o comunque, in quanto pubblico ufficiale, deputato alla tutela di interessi diversi da quelli privati presenti nella procedura fallimentare⁸⁰. Indubbiamente la riforma del 2006, ha determinato un sensibile depotenziamento del

tutti BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 265 ss. Secondo altri il curatore sarebbe terzo già solo per il fatto di essere soggetto diverso dalle parti del negozio da cui è scaturito il credito oggetto di controversia (Cass., 3 giugno 1976, n. 1987, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 2132; LASERRA, *La scrittura privata*, cit., p. 313 ss.).

⁷⁸ COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 333.

⁷⁹ La distinzione tra parte formale e parte sostanziale è stata talvolta rilevata dalla stessa Suprema Corte, in tema di simulazione con riguardo all'art. 1417 c.c., preferendo condivisibilmente un approccio funzionale alla fattispecie. È stato in quest'ottica ritenuto parte in senso sostanziale e non terzo "il promissario acquirente dell'interponente di una precedente compravendita simulata, il quale intenda far valere, impugnando per simulazione il relativo contratto, che il proprio dante causa, pur non essendo formalmente intestatario del bene compromesso in vendita, lo aveva realmente acquistato, celandosi dietro l'interposto" (Cass., 25 giugno 2012, n. 10592, in *Giust. civ.*, 2012, 9, I, p. 1990). Si è rilevato nell'occasione come costui, pur non essendo partecipe della simulazione, non potesse non patire le conseguenze che l'interposizione fittizia comportava per il suo dante causa, attesa la "situazione di convergenza sostanziale di interessi, in quanto il primo deriva e ripete in tutto la propria posizione dal secondo". In termini v. anche Cass., 21 ottobre 1994 n. 8638, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 3089, con nota di COSTANZA, *L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni*.

⁸⁰ Trib. Lecce, 16 maggio 1988, in *Fall.*, 1989, p. 32, con nota di MASSARO, *La posizione del curatore nel procedimento di formazione dello stato passivo*; PA-

ruolo del giudice delegato a tutto favore del curatore, la cui responsabilità quale pubblico ufficiale risulta significativamente incrementata⁸¹, il che sotto tale profilo potrebbe costituire un ulteriore argomento per sostenere la terzietà del curatore. In contrario però si era già a suo tempo condivisibilmente evidenziato che il carattere pubblicistico dell'organo non connota la sua posizione rispetto all'attività negoziale posta in essere dal debitore prima del fallimento, ma impone al curatore un *agere* nel rispetto dei criteri dettati dalla legge a prescindere dal perseguimento o meno nel contempo, di interessi particolari⁸².

Tuttavia, non pare potersi trarre argomento contrario alla terzietà del curatore dalla circostanza, pure evidenziata in giurisprudenza, secondo cui l'inopponibilità degli atti privi di data certa comporterebbe "l'esclusione dal concorso di quei crediti per mancanza di formalità dalle quali l'impresa di norma, e legittimamente, rifugge per antieconomicità del mezzo rispetto al fatto gestionale di impresa"⁸³. In contrario va rilevato come il vigente codice civile, non riproponendo la disposizione di cui all'art. 55 dell'abrogato codice di commercio con riferimento agli atti "atti e contratti commerciali" che, in deroga all'art. 1327 c.c. 1865⁸⁴, corrispondente all'attuale art. 2704 c.c., prevedeva il regime della libera ricerca della data, abbia inteso assoggettare alla regola della data certa anche gli atti relativi all'attività di impresa.

JARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1991, p. 226; ZAPPAROLI, *Introduzione allo studio sul "contraddittore fallimentare"*, Milano, 1961, p. 99. In senso contrario Cass., 13 agosto 1992, n. 9552, *cit.*

⁸¹ V. in argomento MINUTOLI, *La nuova verifica del passivo ed il potere di condizionamento sul giudice delegato della non contestazione del curatore*, in *Fall.*, 2007, p. 601.

⁸² Così DOLMETTA, *La data certa*, *cit.*, p. 53, nt. 34.

⁸³ Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

⁸⁴ L'art. 1327 c.c. del 1865 conteneva una disposizione in tutto simile all'art. 2704 c.c. vigente. Nella Relazione Pisanelli al richiamato codice civile in riferimento all'art. 1327 si legge "tale regola si applica alle scritture contenenti trasmissioni di diritti reali, o simili nei loro effetti ai diritti reali, e che devolsi ritenere come terzi coloro che contrattarono sulla stessa cosa, colla persona che fece la trasmissione".

Pare di contro potersi convenire che l'art. 2704 c.c., in uno con le altre disposizioni che esigono la certezza della data, non sono destinate a tutelare qualsivoglia terzo genericamente inteso, ma solo quei terzi che risultino titolari di un particolare interesse rispetto al contratto in relazione al quale si pretenda di individuare la collocazione cronologica⁸⁵. In questo senso la terzietà del curatore, prescindendo dalla funzione esercitata in sé considerata da un punto di vista statico e va individuata alla luce dell'interesse tutelato dal suo agire in quello della massa dei creditori, individuandone in relazione a quest'ultimo di volta in volta la prevalenza o meno in ipotesi di diversi interessi compresenti: altri creditori ed aventi causa del fallito ed il fallito medesimo.

A diverse conclusioni occorre giungere quando il curatore agisca per conseguire l'adempimento di un'obbligazione facente capo ad un soggetto che abbia stipulato un contratto con l'imprenditore successivamente dichiarato fallito, esercitando un'azione rinvenuta nel patrimonio del fallito medesimo, a tutela di un interesse a lui direttamente riconducibile. In tali casi il curatore non agisce nella veste di terzo in sostituzione dei creditori al fine della ricostruzione del patrimonio originario del fallito, ma, traendo giovamento i medesimi dalla sua iniziativa, si pone nella stessa posizione sostanziale e processuale del fallito, quale sarebbe stata anche se il fallimento non fosse stato dichiarato, al fine di far entrare nel suo patrimonio azioni, che gli competevano già prima della dichiarazione di fallimento e che sono indipendenti dal dissesto successivamente verificatosi. Ne consegue che in siffatta ipotesi la controparte ben possa opporre al curatore, questa volta *utente iuribus* del fallito, le stesse eccezioni, che avrebbe potuto opporre al fallito, nonché le prove documentali da quest'ultimo provenienti, senza i limiti di cui all'art. 2704 c.c.⁸⁶.

⁸⁵ DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 93 ss.

⁸⁶ Tra le tante: Cass., Sez. un., 11 maggio 1982, n. 2923, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1561; in *Giust. civ.*, 1982, I, p.1726; in *Giur. it.*, 1982, I,1, c. 1142; Cass., 18 agosto 1998, n. 8143, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, n. 1724; più di recente Cass., 14 febbraio 2019, n.4312, in *De Jure*, 2020, che, pur rilevando come la massa dei creditori pure si giovi del risultato utile in tal modo perseguito, dal curatore, quest'ultimo allorché agisca in giudizio per ottenere l'adempimento di un contratto stipulato dall'imprenditore prima del fallimento" rappresenti «il fallito, spossessato, nella cui posizione giuridica egli subentra, e dei cui diritti si avvale. Ne deriva

7. *Segue: la terzietà del curatore e rapporti con e tra creditori fallimentari.*

Ulteriore profilo rispetto la terzietà del curatore merita uno specifico approfondimento è con riguardo al rapporto che viene a crearsi con e tra creditori fallimentari, reso problematico dal particolare ruolo del curatore che agisce nell' nell'interesse della massa dei creditori del fallito.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto che il curatore, ai fini della determinazione dei limiti di opponibilità ad essi delle scritture private delle quali non sia autenticata la sottoscrizione di cui all'art. 2704, comma primo, c.c., non assumerebbe la qualità di terzo, allorché in sede di verifica dei crediti, contesti l' anteriorità del credito rispetto all'instaurazione della procedura concorsuale. Ciò in quanto la sua qualità di terzo sarebbe configurabile solo nelle diverse ipotesi in cui eserciti l'azione revocatoria o l'azione di simulazione⁸⁷. Da ciò si trarrebbe la logica conseguenza che la prova della detta anteriorità, in sede di verifica, non sia soggetta alle limitazioni fissate dalla disposizione in questione, "ma può essere fornita con le modalità dimostrative consentite da ciascuna fattispecie, secondo i criteri normali di attuazione dell'onere della prova"⁸⁸. In buona sostanza ai fini dell'applicabilità della disciplina della data certa prevista dall'art. 2704, comma primo, c.c., non assumerebbero la qualità di terzi i creditori del fallimento, in quanto questi ultimi si troverebbero tra loro in posizione paritaria, salve le cause legittime di prelazione, in un rapporto che non è di conflitto, in senso tecnico, ma di concorso⁸⁹. Tale assunto riceverebbe ulteriore conferma dalla circo-

che, in tal caso, il curatore non è terzo e non può invocare l'inopponibilità ad esso delle pattuizioni del contratto dissimulato intervenuto tra le parti sol perché il documento, recante la prova della simulazione relativa, è privo di data certa *ex art. 2704 c.c. anteriore al fallimento*».

⁸⁷ Vedi sul punto in giurisprudenza tra le altre Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*; Cass., 10 dicembre 2003, n.18824, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1205, in tema di data certa della controdedicazioni; Cass., Sez. II, 9 agosto 2019, n. 21253, in *De Jure*, 2020.

⁸⁸ Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

⁸⁹ Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

stanza che essendo il procedimento fallimentare *naturaliter* destinato ai creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento e postulandosi perciò stesso i creditori concorrenti tutti ed egualmente come anteriori, non sarebbe per l'appunto ipotizzabile fra di loro un conflitto, ma solo un concorso. Sulla base di tali premesse si è ritenuto che la prova della detta anteriorità in sede di verifica, possa essere fornita, al di fuori dei rigori di cui alla citata norma, con le modalità dimostrative consentite da ciascuna fattispecie, secondo i criteri normali di attuazione dell'onere della prova⁹⁰.

Sulla stessa scia parte della dottrina, pur riconoscendo la ricorrenza di interessi contrastanti tra i creditori, ha posto in dubbio la stessa configurabilità di un conflitto giuridico tra creditori. Ciò in quanto nella concreta fattispecie l'esclusione di un creditore dal concorso non determinerebbe l'ammissione dell'altro, come invece dovrebbe accadere in ipotesi di vero e proprio conflitto giuridico⁹¹. Ricorrerebbe invece una situazione di conflitto di mero fatto.

Le pretese dei creditori, dunque, essendo dirette esclusivamente nei confronti del debitore (fallito), correrebbero tra di loro parallele senza dar luogo ad un conflitto di diritti⁹². La stessa limitazione di capienza del singolo credito ammesso in questo contesto, lungo da generare un significativo contrasto destinato a far emergere la posizione di terzietà di ciascun creditore (anteriore) verso l'altro è vista come una mera conseguenza della coesistenza di più diritti di credito.

Di contro la Suprema Corte a sezioni unite già nel 1990, aveva sostenuto che in sede di formazione dello stato passivo con riguardo alle scritture private che documentano i crediti insinuati si applichi la regola della certezza della data, ai sensi del comma primo dell'art. 2704 c.c.. Detta regola il curatore può far valere sia nella fase della

⁹⁰ Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

⁹¹ SCOGNAMIGLIO, *In tema di data certa e di insinuazione dei crediti cambiari nel fallimento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, I, p. 793, che evoca la fattispecie di più acquirenti da uno stesso dante causa.

⁹² In dottrina la tesi è stata sostenuta, tra gli altri, dal SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1954, p. 106 ss.

verifica, che in quella dell'opposizione⁹³. La genesi normativa del conflitto fra più creditori del medesimo debitore in sede concorsuale è stata dalla Suprema Corte individuata nell'art. 44 l.f., riservando la suddetta previsione i beni del fallito "a favore dei creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento" e precludendo, di contro, ai creditori posteriori la "possibilità di affermare il proprio diritto al concorso (ex art. 2740 c.c.)". L'affermata opponibilità ai creditori degli atti compiuti dal fallito" solo se compiuti prima della dichiarazione di fallimento" comporta che questa categoria di creditori, attestata secondo le Sezioni unite in posizione di terzietà rispetto ai suddetti atti, possa giovare della tutela apprestata dal successivo art. 52 l.f.. La norma in parola, quale prevede che il fallimento apra il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, andrebbe per l'effetto letta secondo la citata giurisprudenza, "come se dicesse: "apre il concorso dei creditori anteriori"⁹⁴. Conseguentemente, posta la questione in questi termini, diviene ineluttabile l'insorgere tra i creditori anteriori e quelli posteriori al fallimento di un vero e proprio "conflitto giuridico", che ha poi modo di manifestarsi sia in sede di formazione della massa passiva che di opposizione ed impugnazione⁹⁵. Tale conflitto in sede di verifica o di opposizione allo stato passivo comporta poi che la scrittura privata, allegata a comprova di un credito sia "soggetta, rispetto agli altri creditori, in qualità di terzi, alle regole dettate dall'art. 2704, comma 1, c.c. in tema di certezza e computabilità della data"⁹⁶. Tali regole ben possono, a parere delle Sezioni unite, essere fatte valere dal curatore o dal commissario nell'interesse della massa.

Sempre in giurisprudenza, nel solco segnato dalle Sezioni unite, si è rilevato come la situazione di contrasto che si determina tra i creditori del fallito in sede di formazione dello stato passivo non sia di mero fatto. Essa attiene non soltanto all'entità delle quote di riparto, ma incide anche "sul riconoscimento del diritto di partecipare

⁹³ Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*; Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

⁹⁴ Negli stessi termini successivamente: Cass., 14 ottobre 2010, n. 21251, in *De Jure*, 2020; Cass., 8 novembre 2010, n. 22711, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 656.

⁹⁵ Così Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

⁹⁶ Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

al concorso, ed instaura – conseguentemente – un conflitto giuridico tra due categorie di creditori, non dissimile da quello che si determina, nella esecuzione individuale, fra creditori tempestivi e creditori tardivi, e che si ritrova fra creditori intervenuti e creditori muniti di causa di prelazione successiva al pignoramento. Ciò vale a giustificare – pertanto – “nei loro reciproci rapporti, l’applicabilità dell’art. 2704 c.c.”⁹⁷. Si è poi soggiunto, condivisibilmente, che non si possono considerare tutti i creditori aprioristicamente come anteriori al fallimento per espungerne una posizione di conflitto, ma occorra proprio stabilire ai fini del concorso sull’attivo quali siano i creditori “anteriori”. Qualora tale dimostrazione si voglia dare attraverso una prova documentale sarà ineludibile l’applicazione del criterio di cui all’art. 2704 c.c. per stabilire l’anteriorità o meno del negozio sui cui si fonda la pretesa del creditore rispetto alla dichiarazione di fallimento⁹⁸.

La tesi del conflitto giuridico tra il curatore, portatore degli interessi dei creditori anteriori al fallimento, e coloro che presentano domanda di insinuazione al passivo era stata già in precedenza autorevolmente sostenuta dalla dottrina⁹⁹. Essa rinviene il suo fondamento nella circostanza che l’ammissione al passivo di ciascun creditore, avuto riguardo alla scontata insufficienza del patrimonio del debitore insolvente, è destinata a pregiudicare *ex se* i diritti di credito degli altri concorrenti. Nell’occasione non si è trascurato di evidenziare come la necessità di applicare la regola della data certa di cui all’art. 2704 c.c. costituisca il presupposto della contestazione operata dal curatore e non già l’effetto. Conseguentemente in tanto il curatore

⁹⁷ Cass., 6 maggio 1998, n. 4551, in *Fall.*, 1999, p. 375.

⁹⁸ Così AMBROSINI, *Data certa e fallimento*, cit., p. 376.

⁹⁹ DOLMETTA, *La data certa*, cit. p. 109 ss. e 120 ss.

può contestare l'antiorità del credito rispetto al fallimento in quanto appunto è terzo¹⁰⁰ *utendo iuribus* dei creditori¹⁰¹.

Pertanto proprio la coesistenza di più diritti di credito nella fase di realizzazione coattiva determina, in ipotesi di incapienza, una situazione di incompatibilità e quindi di conflitto tra i titolari degli stessi, che non può essere esorcizzata relegando il mancato soddisfacimento del singolo credito concorrente a mera conseguenza del concorso e non già ad espressione del potenziale conflitto sempre esistente tra i creditori del fallito. Non può invero negarsi dunque che i creditori anteriori e concorrenti, cui l'ordinamento attribuisce il diritto di opporsi alla partecipazione al concorso e quindi all'ammissione al passivo dei crediti sorti successivamente alla dichiarazione di fallimento, si abbiano a qualificare come terzi, ai sensi dell'art. 2704 c.c., rispetto ai rapporti intercorsi tra il fallito ed i singoli creditori ed agli atti sui quali questi ultimo fondino la loro pretesa all'ammissione al passivo¹⁰².

Il relegare quindi il curatore nella posizione di terzo solo nell'ipotesi in cui egli agisca in revocatoria¹⁰³ e/o con l'azione di simulazione¹⁰⁴ appare operazione ermeneutica poco comprensibile, sol che si consideri che, se il presupposto della legittimazione del curatore in tali casi vada rinvenuto nell'esigenza di tutela da incidenze negative sul patrimonio fallimentare, eguali ragioni presie-

¹⁰⁰ DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 55, nt. 34. Ritengono invece che la qualità di terzo del curatore sorga a seguito della contestazione avverso la richiesta di ammissione al passivo, tra gli altri: MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 579; DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito*, cit., p. 240.

¹⁰¹ DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 52, nt. 34.

¹⁰² V. sul punto Cass., Sez. VI, 8 novembre 2010, n. 22711, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 656. In dottrina v. PAGNI, *Esecutività dello stato passivo ed efficacia preclusiva*, in *Fall.*, 2010, p. 1380 s.

¹⁰³ Cass., Sez. I, 30 gennaio 1995, n.1110, in *Fall.*, 1995, p. 927; Trib. Milano, Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 534, in *Redazione Giuffrè*, 2015.

¹⁰⁴ Tra le altre v. Cass., Sez. I, 28 gennaio 2008, n.1759, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1, n. 97; Cass., Sez. I, 6 settembre 2006, n.19136, in *Foro it.* 2007, 4, I, c. 1141.

dono all'operato del curatore in sede di verifica dei crediti e di opposizione¹⁰⁵. Pertanto, il curatore, cui compete la tutela collettiva dell'interesse della massa dei creditori, viene a trovarsi anche per questa ragione nella posizione di terzo nell'attività di controllo dell'opponibilità dei singoli crediti ai sensi dell'art. 44 l. f., con l'ulteriore conseguenza che il conflitto in questione debba essere disciplinato dalla disposizione di cui all'art. 2704, comma primo c.c.¹⁰⁶.

8. *Terzietà, documento e negozio documentato.*

Passando poi ad esaminare con riferimento a quale situazione debba qualificarsi la terzietà, l'orientamento prevalente in giurisprudenza ed in dottrina è propenso a riconoscere che la regola della data certa di cui all'art. 2704 c.c. riguarda solo il documento¹⁰⁷ e non già

¹⁰⁵ Sul punto vedasi AMBROSINI, *op. ult. cit.*, p. 379; Trib. Lecce, 16 maggio 1988, in *Fall.*, 1989, p. 321.

¹⁰⁶ Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*; Cass., 5 maggio 1992, n. 5294, in *Fall.*, 1992, p. 102 in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2685. Sulla qualità di terzo del curatore in sede di verifica dei crediti e di opposizione vedi tra le tante Cass., Sez. I, 18 gennaio 2019, n.1389, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 21 gennaio con nota di TARANTINO, *Ammissione di un credito nello stato passivo: indispensabile la data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento*; Cass., Sez. I, 26 luglio 2012, n.13282, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 970; Cass., 22 novembre 2007, n. 24320, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, n. 11; Cass., 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1580; Cass., 6 maggio 1998, n. 4551, in *Fall.*, 1999, p. 375; Cass., 26 giugno 1996, n. 5920, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 33; Cass., 2 aprile 1996, n. 3050, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, n. 489; in *Fall.*, 1996, p. 984; Cass., 5 marzo 1994, n. 2188, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 168, con nota di ROZZI; Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.* In dottrina tra gli altri LIMITONE, *Data certa*, *cit.*, p. 379; AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, t. 2, Padova 2009, p. 566; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino 2009, p. 957; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2009, p. 356.

¹⁰⁷ Nel nostro codice civile non è rinvenibile una definizione di documento malgrado il termine risulti presente in varie disposizioni (v. artt. 736, 1262, 1477, 2235, 2961 c.c.) Sulla natura giuridica e funzione del documento in termini generali e senza pretese di completezza: CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova. 1941; CARNELUTTI, *Documento (Teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 86 ss., p. 85; GUIDI, *Teoria Giuridica del documento*, Milano, 1950; MO-

il negozio documentato Non è mancato però chi invero ha sostenuto che il riconoscimento della data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. attinga tanto all'estrinseco del documento, ossia al materiale cartaceo "contenente", quanto al suo contenuto, ossia all'atto giuridico documentato, salva la prova specifica e positiva, a carico del terzo, della redazione del contenuto della scrittura in un momento posteriore a tale data¹⁰⁸. Ciò in quanto altrimenti si giungerebbe alla conclusione paradossale di rendere inoperante una "prova forte", quale è la scrittura, per mancanza di certezza di data, sgombrando il campo ad una "prova debole", quale è prova per testi o per presunzioni.

Cercando di fare chiarezza sul punto cominciamo con il dire che tutti i fatti elencati nell'art. 2704 c.c. presentano, però, una caratteristica comune¹⁰⁹, che consiste nell'idoneità a dimostrare, in modo oggettivo e con pari certezza, che il documento è stato sottoscritto anteriormente al verificarsi dei fatti medesimi. Questo dato sembra confermare ulteriormente la regola secondo cui la data certa fissata dall'art. 2704 c.c. concerne esclusivamente l'opponibilità a terzi della scrittura e non anche l'opponibilità dell'atto documentato.

Logico corollario del suddetto principio è che la prova del negozio e della sua anteriorità rispetto al fallimento può sempre essere fornita, indipendentemente dal documento inopponibile, con tutti gli

RELLO, *Sottoscrizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino 1978, p. 1003 ss.; ANGELICI, *Documentazione e documento*, Diritto civile, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 3 ss.; PATTI, *Documento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, 1991 p. 1 ss.

¹⁰⁸ App. Cagliari, 8 marzo 1986, in *Riv. giur. Sarda*, 1988, p. 352; Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.* In dottrina in questo senso CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 772; BENINCASA, *Inopponibilità al fallimento degli atti privi di data certa*, in *Giust. civ.* 1965, I, p. 838 ss.; DOLMETTA, *La data certa*, *cit.*, p. 100 ss. Sulla distinzione tra documento e dichiarazione, v. sempre CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, p. 134 ss., dove si chiarisce come lo scrivere sia forma di una dichiarazione, mentre lo scritto rappresenta il documento della dichiarazione: "L'evitar la confusione tra i due termini è una vera necessità logica, poiché la dichiarazione (negozio) è un atto, il documento è un oggetto il requisito formale della dichiarazione non è punto il documento, ma la formazione del documento; in altri termini ciò che importa per la forma è lo scrivere (atto), ciò che importa per la prova è lo scritto (oggetto)".

¹⁰⁹ OLIVIERI, *Osservazioni in materia di timbro postale "in corso particolare" e data certa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, 4, p. 378, in nota a Trib. Milano, 15 marzo 1999.

altri mezzi consentiti, anche nei confronti dei terzi e, quindi del curatore, salve, però, le normali limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del rapporto¹¹⁰. Pertanto, pur in difetto della prova della data certa di un documento da far valere nei confronti del curatore del fallimento a fondamento di una ragione di credito, è possibile ricorrere alla prova testimoniale del negozio, ogni qualvolta il rapporto giuridico, dal quale il credito trae origine, sia compatibile con tale mezzo probatorio¹¹¹.

In altra prospettiva si pone il problema dell'opponibilità verso i terzi del negozio giuridico documentato: per opporre ai terzi l'atto contenuto nella scrittura è necessaria l'esistenza dell'atto medesimo alla data del documento accertata nei modi di cui all'art. 2704 c.c.¹¹². Per l'effetto esso trova soluzione differente a seconda del differente grado di certezza proprio dei fatti indicati nell'art. 2704 c.c.¹¹³.

Se la certezza della data risulta da fatti cd. "attestativi", il negozio giuridico sarà senz'altro opponibile ai terzi, in quanto tali fatti sono idonei ad accertare che, alla data della registrazione o della riproduzione in atto pubblico, la scrittura conteneva anche la dichiarazione. Invero i fatti cd. attestativi, in quanto caratterizzati dall'intervento di un pubblico ufficiale, producono risultati maggiori in termini di certezza della scrittura privata, rispetto a quelli prodotti dai fatti materiali pure previsti dal primo comma dell'art. 2704 c.c.: essi offrono certezza non solo in ordine alla data del documento, ma anche in ordine al suo contenuto. Analoga soluzione deve essere accolta in

¹¹⁰ Cass., 5 luglio 1958, n. 2424, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 594; Cass., 15 dicembre 1999, n. 14069, in *Giust. civ. Mass.* 1999, n. 2536; App. Milano, 4 ottobre 1983, in *Fall.*, 1984, p. 479; Cass., 6 aprile 1983, n. 2427, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1694; App. Milano, 21 ottobre 1980, in *Arch. civ.*, 1980, p. 1070; più di recente Cass., 16 novembre 2018, n. 29614, in *Guida dir.*, 2019, 11, p. 43, secondo cui «l'inopponibilità per difetto di data certa ex articolo 2704 del codice civile, non riguarda il negozio, ma la data della scrittura prodotta, sicché il negozio e la sua stipulazione in data anteriore al fallimento possono essere oggetto di prova, prescindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento, salve le limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso»; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2319, in *Guida dir.*, 2016, 17, p. 50.

¹¹¹ Trib. Milano, 30 maggio 1985, in *Fall.*, 1985, p. 1191; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2319, *cit.*

¹¹² In tal senso DOLMETTA, *La data certa*, *cit.*, p. 165.

¹¹³ OLIVIERI, *Osservazioni in materia di timbro particolare*, *cit.*, p. 379.

relazione a tutti quegli altri eventi che, al pari dei fatti attestativi, danno certezza non solo in ordine alla data, ma anche in ordine all'esistenza, a quella data, del negozio (ad esempio il deposito presso pubblici uffici dell'atto¹¹⁴).

Quanto invece all'efficacia probatoria di fatti materiali o equipollenti¹¹⁵, che rendono certa soltanto la data del documento, il problema dell'opponibilità ai terzi del negozio si pone. Invero il riconoscimento dell'opponibilità a terzi del negozio giuridico in presenza di fatti "non attestativi" pare una contraddizione in termini poiché, come detto, tali fatti rendono certa soltanto la data del documento e non anche l'esistenza del negozio alla data accertata.

Il problema è stato risolto in vario modo. Alcuni hanno invocato una presunzione di contemporaneità della data e del contenuto della scrittura superabile con la prova contraria a carico dei terzi che, altrimenti, vedrebbero opporsi l'efficacia negoziale del documento¹¹⁶.

Altri, muovendo dalla distinzione tra *dichiarazione* e *rappresentazione* del negozio, hanno osservato come la paternità della dichiarazione si desuma dalla sottoscrizione in calce al documento rappresentativo della dichiarazione stessa, a prescindere da ogni considerazione di una effettiva conoscenza da parte del sottoscrittore del contenuto del documento da lui sottoscritto¹¹⁷. Sulla base di tali premesse si è ritenuto¹¹⁸ che la dichiarazione negoziale, fuori dall'ipotesi dell'abuso di "biancosegno", anche se riprodotta su documento sottoscritto in bianco dopo la morte o la sopravvenuta impossibilità di sottoscrivere del soggetto, sia comunque riferibile al soggetto stesso e, dunque, (la dichiarazione) non può non essere anteriore alla firma. In giurisprudenza il problema si è posto soprattutto con riguardo al timbro postale ed alla circostanza che lo stesso non formi o meno corpo unico con la scrittura, eventualmente stesa sull'altra facciata e che dunque potrebbe essere suscettibile di formazione in

¹¹⁴ In relazione al deposito della quietanza di pagamento presso gli uffici comunali, che conferisce data certa all'esistenza del documento, v. Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 24867, in *De Jure*, 2020.

¹¹⁵ Sui fatti equipollenti si rinvia al § successivo.

¹¹⁶ V. tra gli altri COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 348.

¹¹⁷ DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 164.

¹¹⁸ DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 164.

un momento diverso e successivo rispetto a quello dell'apposizione del timbro postale sul plico¹¹⁹.

Prendendo le mosse dal riferimento testuale dell'art. 2704 c.c. agli altri fatti che stabiliscono “in modo egualmente certo l'antiorità del documento”, riteniamo che la certezza dei fatti equivalenti, come quella dei fatti materiali, riguardi esclusivamente l'antiorità della scrittura e non anche l'esistenza della dichiarazione negoziale¹²⁰. A favore di tale interpretazione milita il dato testuale dell'art. 2704 c.c., ove l'inopponibilità è riferita esclusivamente alla “data della scrittura della quale non è autenticata la sottoscrizione”, così manifestando legislatore il chiaro intento di preoccuparsi non già del contenuto (negozio documentato), ma di una parte del contenente (documento) e della sua computabilità riguardo a terzi in genere e, per quel che ci occupa, al fallimento in specie¹²¹. Il tempo di “formazione” quindi potrà essere dimostrato verso i terzi soltanto facendo riferimento ai fatti indicati nell'art. 2704 c.c., e cioè a fatti oggettivi e sottratti alla libera disponibilità delle parti, stante il rischio di fraudolente antidatazioni. Alla data certa del documento stabilita nei modi dell'art. 2704 c.c. consegue, poi, come un effetto, l'opponibilità a terzi del negozio giuridico, a meno che dall'esame complessivo di tutte le circostanze del caso concreto non risulti ragionevolmente che, alla data accertata, il documento non conteneva la dichiarazione negoziale.

9. La nozione di “fatto idoneo” a stabilire l'antiorità del documento.

Il rigore della disposizione di cui all'art. 2704, comma 1, c.c. nell'indicare una serie di fatti di non discutibile attendibilità per un verso attestativi (le registrazioni, le riproduzioni in atti pubblici) per

¹¹⁹ Sul punto v. in seguito § successivo.

¹²⁰ OLIVIERI, *Osservazioni in materia di timbro particolare*, cit., p. 378.

¹²¹ In dottrina in questi termini vedi tra gli altri: CATENACCI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 124 ss.; DE FERRA, *Inopponibilità ai creditori concorrenti delle scritture prive di data certa*, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 601; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, I, Napoli, 1974, p. 265; DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito*, cit., p. 237. In giurisprudenza: Cass., 7 ottobre 1963, n. 2664, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 123; Cass., 4 febbraio 1981, n. 748, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 572.

altro verso materiali (la morte o la sopravvenuta impossibilità fisica), che rendano certa l'individuazione della data del documento, risulta mitigato significativamente dall'introduzione nello stesso comma di una clausola, che riconosce attendibilità equipollente in ordine alla certezza della data alla verifica in quel giorno di "un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento"¹²².

La categoria degli equipollenti, non presente nel codice civile del 1865, è stata introdotta dal legislatore del 1942 allo scopo di conciliare l'esigenza di protezione dei terzi con quella di libertà dei traffici. Per tale motivo il legislatore non ha elencato puntualmente i fatti "equipollenti", ma, ha preferito lasciare al giudice il compito di verificare, caso per caso, se ad un fatto, prospettato in giudizio e non contemplato dalla legge, possa riconoscersi la stessa efficacia probante dei fatti espressamente previsti. Ciò nondimeno, per evitare abusi interpretativi, il legislatore ha stabilito che il giudice possa considerare "equipollenti" soltanto quei fatti che sono in grado di offrire una certezza pari a quella propria dei fatti nominati.

La chiara lettera della norma ha determinato il formarsi della pacifica opinione secondo cui l'elencazione operata dalla prima parte primo comma dell'art. 2704 c.c. abbia carattere squisitamente esemplificativo e non tassativo, essendo consentito all'interprete di stabilire, volta per volta, se ad un dato fatto possa riconoscersi la stessa efficacia probante di quelli previsti¹²³. In effetti, come è stato pun-

¹²² Seguendo la nota definizione di DOLMETTA, *La data certa*, cit. p.159, i fatti che rendono certa la data possono essere suddivisi, in fatti nominati ("le registrazioni, le riproduzioni in atti pubblici, la morte e la sopravvenuta impossibilità fisica di sottoscrivere") e fatti non nominati (c.d. "equipollenti"), definiti questi ultimi come quegli altri fatti ugualmente idonei a stabilire con certezza la data della scrittura privata.

¹²³ Cass., 10 luglio 1980, n. 4427, in *Rep. foro it.*, 1981, *Prova documentale*, c. 2319, n. 19; Cass., 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1580; Cass., 26 giugno 1998, n. 6314, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, n. 1400; Cass., Sez. I, 8 novembre 2006, n. 23793, in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, p. 1387; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 23425, in *De Jure*, 2020; Cass., 15 marzo 2018, n. 6462, in *De Jure*, 2020. In dottrina tra gli altri LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del*

tualmente osservato, appare di difficile verifica un'equipollenza del fatto tale da "possedere un grado di intrinseca efficacia probante pari a quello dei fatti tipizzati nell'art. 2704 c.c."¹²⁴. Nella piena consapevolezza di ciò parrebbe il legislatore abbia voluto, in deroga al principio della libera valutazione delle prove da parte del giudice¹²⁵, vincolare l'interprete ad una "selezione rigorosa del materiale probatorio fornito dalle parti"¹²⁶.

La Suprema Corte in quest'ottica ha posto un limite al principio del libero convincimento nella valutazione dell'equipollenza allorché ha più volte statuito che, in presenza di una scrittura privata non autenticata, la dimostrazione della sua opponibilità al fallimento presupponga la prova da parte dell'istante di un fatto idoneo a dedurne l'anteriorità, escludendo la possibilità di indurre un apprezzamento del giudice in termini di mera verosimiglianza della data apposta sul documento¹²⁷. Appare sotto tale profilo condivisibile l'inammissibilità di prove per presunzioni o per testi, che siano direttamente vertenti sulla certezza della data medesima¹²⁸. In questi termini i "fatti idonei" non possono essere individuati in circostanze indiziarie o

documento, cit. p. 188 s., secondo cui dai fatti indicati nell'art. 2704 c.c. «si deduce non già la data in cui il documento fu redatto, bensì il giorno rispetto al quale è certa l'anteriorità della formazione del documento: ed è appunto da questo giorno che la data diventa certa e computabile riguardo ai terzi, ossia si considera "come se fosse" quella nella quale il documento si è formato, tanto che si è parlato di *factio iuris*» (ivi, nt. 62).

¹²⁴ Così DI MARCELLO, *Problemi di data certa nel fallimento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, 2, p. 199 ss., in nota a Trib, Milano, 30 giugno 2003. Esistono, tuttavia, dei fatti equipollenti ai quali è stata riconosciuta un'efficacia probatoria più ampia. È il caso, ad esempio, dei documenti ritualmente depositati in cancelleria nel corso di un processo ai quali si è riconosciuto valore di prova sia della data dello scritto sia dell'esistenza a quella data della dichiarazione in esso contenuta. V. Trib Milano, 7 aprile 1986, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 486.

¹²⁵ Sul tema in termini generali v. PATTI, *La disponibilità delle prove*, cit., p. 75 ss.

¹²⁶ DI MARCELLO, *Problemi di data certa nel fallimento*, cit. p. 204.

¹²⁷ Da ultimo tra le altre Cass., Sez. III, 3 agosto 2012, n.13943, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 1016.

¹²⁸ V. tra le altre Cass., Sez. I, 30 settembre 2016, n.19595, in *De Jure*, 2020; Cass., Sez. I, 25 luglio 2006, n.16976, in *Giust. civ.*, 2007, 7-8, I, p. 1679; Cass., 4 giugno 1986 n. 3742, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1796.

presuntive¹²⁹, che di per sé escludano la ricorrenza di “eguale certezza” rispetto a quella degli altri fatti elencati dallo stesso articolo nello stabilire l’anteriorità della data. Per la stessa ragione si è escluso che i “fatti idonei” possano essere oggetto di prova testimoniale sulla certezza della data¹³⁰.

D’altro canto, coerentemente è stata riconosciuta la possibilità di provare con testi e presunzioni il c.d. *fatto equipollente* in sé, ossia quello idoneo a sancirne, senza alcun dubbio, la formazione anteriore alla configurazione di tale fatto¹³¹. È accaduto così che nell’applicazione giurisprudenziale sovente ci si è dimostrati disposti a rinvenire in diverse concrete fattispecie la presenza di un “fatto che stabilisca in modo egualmente certo l’anteriorità nella formazione del documento”.

10. Alcuni casi di “fatto equipollente”: il timbro postale.

Una delle ipotesi più note e storicamente più datata di fatto idoneo a provare la certezza della data di una scrittura non autenticata è rappresentata dal timbro postale.

¹²⁹ Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n.23425, in *De Jure*, 2020; Cass., 10 marzo 1990 n. 1975, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 591; Cass., 4 giugno 1986, n. 3742 in *Fall.*, 1986, p. 1342; in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 37; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1796; in *Giur. it.* 1987, I,1, c. 1882; Cass., 13 febbraio 1982, n. 901, in *Rep. foro it.*, 1982, *Prova documentale*, c. 2388, n. 14. In senso parzialmente difforme vedi Cass., 11 ottobre 1985, n. 4945, in *De Jure*, 2020.

¹³⁰ Cass., Sez. I, 16 novembre 2018, n. 29614, in *Guida dir.*, 2019, 11, p. 43; Cass., 12 dicembre 1974, n. 4235, in *Rep. foro it.*, 1974, *Prova documentale*, c. 1841, n. 7; Cass., 10 marzo 1990 n. 1975, cit.; Cass., 6 giugno 1981, n. 3664, in *De Jure*, 2020; Cass., 26 novembre 1979 n. 6190, in *De Jure*, 2020. In senso contrario: Cass., 11 ottobre 1985 n. 4945, cit., che però ammette la suddetta prova solo quando sia diretta ad evidenziare un fatto munito dell’attitudine sopra specificata, «non anche quando tali prove siano rivolte, in via indiziaria ed induttiva, a provocare un giudizio di mera verosimiglianza della data apposta sul documento (come nel caso degli elementi evincibili dall’esecuzione del contratto)».

¹³¹ Così BARONCINI, *Il c.d. “altro fatto” idoneo a stabilire in modo certo l’anteriorità della formazione del documento ex art. 2704 c.c.*, in *Fall.*, 2018, 7, p. 855. In giurisprudenza tra le tante: Cass., 1 ottobre 2015, n.19656, in *De Jure*, 2020; Cass., 28 maggio 2012, n. 8438, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, n. 681; Cass., 14 giugno 2007, n. 13912, in *De Jure*, 2020; Cass., 11 ottobre 2006, n. 21814, in *Giust. civ.*, 2007, p. 92.

Numerosi i casi in cui la giurisprudenza nel tempo ha avuto modo di occuparsi del timbro postale¹³² apposto sul foglio contenente a sua volta la scrittura, la cui data certa costituisca il *thema probandum*¹³³. Prevalente appare l'opinione che ravvisa nell'apposizione timbro postale il fatto idoneo ad individuare la certezza della data solo nel caso in cui il foglio sul quale è stato apposto formi un corpo unico con la scrittura autenticata. In questa ipotesi si è considerata la timbratura eseguita in un pubblico ufficio equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita¹³⁴. Non ha rilevanza poi che il foglio sul quale il timbro è stato apposto contenga solo l'indirizzo del destinatario¹³⁵. Si è talvolta escluso, con rigore forse eccessivo, che il timbro postale apposto sul retro del foglio, in cui è riprodotta la dichiarazione, sia idoneo ad attribuire data certa alla dichiarazione stessa, ciò in quanto nulla impedisce di ritenere che il lato scritto fosse "bianco" al tempo della spedizione¹³⁶.

Un contrasto in giurisprudenza si è registrato con riferimento al cd. timbro "in corso particolare" un tempo previsto dall'art. 41, lett. b) del d.p.r. 29 marzo 1973 n. 156. L'art. 41 del citato d. p.r. si occupava delle eccezioni dell'esclusività del servizio postale e disciplinava quei casi in cui la corrispondenza poteva essere distribuita e recapitata senza far ricorso al servizio postale. Tale eventualità veniva in via eccezionale ammessa, ma alla lettera b) era sancito che il

¹³² Va precisato che dal 1 aprile 2016 Poste Italiane non effettua più il servizio "Data Certa". La necessità di associare data e ora certa è possibile ora in relazione ad un documento elettronico utilizzando l'EPCM (Electronic Postal Certification Mark) emessa da Poste italiane, così come previsto in ambito internazionale dalla Universal Postal Union.

¹³³ Ora la tematica a seguito dell'avvento della posta certificata e della firma digitale ha cominciato a perdere progressiva rilevanza in sede contenziosa.

¹³⁴ Tra le altre Trib. Padova, 19 luglio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Cass., Sez. I, 28 maggio 2012, n.8438, in *Guida dir.*, 2012, 33-34, p. 64; Cass., Sez. I, 14 giugno 2007, n.13912, *cit.*; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10873, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 369 con nota di OLIVIERI, *cit.*; Cass., 11 gennaio 1983 n. 186, in *Foro it.*, 1984, I, c. 622; in *Riv. notar.*, 1984, p. 933.

¹³⁵ Cass., 25 luglio 1997, n. 6943, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, n. 1269.

¹³⁶ Trib. Trieste, 29 febbraio 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 596 con nota di BRUMAT; più di recente Trib. Modena, 7 marzo 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018.

diritto postale venisse soddisfatto mediante impronta di macchina affrancatrice o mediante francobolli debitamente annullati da un ufficio postale o dallo stesso mittente, con apposizione per il tramite di inchiostro indelebile della data di inizio del trasporto stesso. Secondo alcuni questo timbro, non essendo rilasciato dalle Poste nell'esercizio delle loro funzioni proprie e tipiche, non era idoneo ad attribuire certezza alla data del documento incorporante scrittura privata non autenticata, pari a quella che la legge riconosce ai fatti contemplati nella prima parte dell'art. 2704, comma primo c.c.¹³⁷. Altri invece non operavano distinzioni tra l'apposizione del timbro in parola e quello apposto normalmente dalle Poste, assegnando ad entrambi valore di "fatto idoneo" ai sensi di cui all'art. 2704 c.c.¹³⁸.

L'art. 41, lett. b) del d.p.r. 29 marzo 1973 n. 156 è stato abrogato dall'art. 16 d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 ponendo così fine all'utilizzo anomalo del servizio postale rappresentata dal "corso particolare". In sostituzione del cd. timbro in corso particolare si è ritenuto di far ricorso all'applicazione dell'art. 8 del d. lgs. n. 261\1999, che prevede la c.d. autoprestazione. In forza di tale disposizione è consentita la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza. L' "autoprestatore", che desiderasse avere su un proprio invio la certificazione attestante che il servizio postale relativo al medesimo invio avvenga in una determinata data, dovrà: apporre sulla corrispondenza la dicitura "autoprestazione"; affrancare l'invio in base alle vigenti tariffe del corriere prioritario; portare l'invio stesso ad un ufficio postale che vi apporrà

¹³⁷ Trib. Milano, 15 marzo 1999, *cit.*

¹³⁸ Cass., 16 febbraio 1991 n. 1623, in *Rep. giur. it.*, 1991, *Prova documentale*, n. 16 secondo cui: "Al fine della certezza ed opponibilità ai terzi della data della scrittura privata, al timbro postale, che su di essa sia apposto in sede di spedizione ordinaria, deve essere equiparato il timbro per annullamento del francobollo, contemplato dall'art. 41, lett. b) del d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 nel caso di corrispondenza "a corso particolare" (in deroga al principio della spettanza in esclusiva allo stato del servizio postale), considerando che l'una e l'altra timbratura provengono da dipendenti dell'Amministrazione postale, con pari garanzie di autenticità"; in senso conforme; Trib. Verona, 29 giugno 1991, in *Arch. civ.*, 1992, p. 448; Trib. Milano, 17 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1309; in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 97 con nota di STINGONE; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10873, *cit.*

il suo bollo a data e lo restituirà all'esibitore¹³⁹. La giurisprudenza però non ha apprezzato l'istituto ai fini della certezza della data ed ha ritenuto con riguardo all'opponibilità al fallimento che "il timbro postale apposto sulla corrispondenza per «autoprestazione» dall'addetto delle Poste, di cui all'art. 8 d.lgs. 22 luglio 1999 n. 261, non è idoneo a conferire data certa allo scritto, poiché il plico è presentato alla Posta in busta chiusa e l'addetto non ha la possibilità di verificarne il contenuto"¹⁴⁰. A conclusioni diverse riteniamo si possa giungere qualora vi sia apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico, anziché sull'involucro che lo contiene in maniera tale che l'inchiostro del timbro risulti chiaramente apposto sopra, e quindi successivamente, almeno in parte, all'inchiostro della scrittura¹⁴¹. In questi termini pare orientarsi sia la giurisprudenza di merito¹⁴² che di legittimità¹⁴³, secondo cui in detta ipotesi "la data risultante da quest'ultimo è data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio equivale ad attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita". Nell'occasione è stato altresì pre-

¹³⁹ Vedi in questi termini la *Circolare della Direzione centrale Ispettorato e Qualità delle Poste italiane spa* del 6-10-99 Prot n. DC/DP/SNR/99 avente ad oggetto "Data certa" su corrispondenza autoprodotta (art. 8 Decreto Legislativo n. 261).

¹⁴⁰ Con riguardo ad un contratto di pegno v. Trib. Vicenza, 8 luglio 2008, n. 1186, in *Giur. mer.*, 2009, 3, p. 688, che richiama in motivazione Cass., 25 luglio 1997 n. 6943, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, n. 1269. Negli stessi termini Trib. Padova, 22 gennaio 2004, in *Fall.*, 2004, p. 820.

¹⁴¹ Così RUSSO, *La "data certa" nei documenti esibiti o prodotti nei confronti del Fisco*, in *Il fisco*, 2013, I, p. 4775.

¹⁴² Trib. Padova, 2 marzo 1999, in *Fall.*, 1999, 934; Trib. Modena, 7 marzo 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018.

¹⁴³ Cass., 28 maggio 2012, n. 8438, in *Guida dir.*, 2012, 33-34, p. 64; in senso conforme: Cass., 11 ottobre 2006, n. 21814, in *Giust. civ.*, 2007, I, I, p. 92; Cass., 28 giugno 2002 n. 9482, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, n. 1122. Più di recente Cass., ord., 3 ottobre 2018, n. 24137, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 173, 2018, p. 6, con nota di G. SATTÀ, *La prova della data certa di un documento: le indicazioni della Suprema Corte*, secondo cui il timbro postale in "autoprestazione" è invece strumento idoneo a conferire certezza di data alle scritture private con cui faccia "corpo unico".

cisato, che una volta accertata la ricorrenza del corpo unico tra scrittura e timbro, gravi “sulla parte che contesti la certezza della data l’onere di provare – pur senza necessità di querela di falso – che la redazione del contenuto della scrittura è avvenuta in un momento diverso”¹⁴⁴.

11. *Segue: la cd. “marcatatura temporale”.*

Un’ipotesi in cui solo di recente ci si è posti il problema della data certa in genere e rispetto al fallimento è rappresentata dalla cd. “marcatatura temporale”¹⁴⁵. Trattasi di una vera e propria firma digitale del documento, generata da una *Certification Authority* e contenente le relative informazioni a una data e a un’ora certa.

L’istituto è stato introdotto dall’art. 48 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 poi sostituito dall’art. 33, d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che nel disciplinare la data e l’ora di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico, trasmesso mediante posta elettronica certificata, riconosceva la sua opponibilità ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68 ed alle relative regole tecniche¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cass., 28 maggio 2012 n. 8438, *cit.*

¹⁴⁵ In argomento v. tra gli altri PATTI, *L’efficacia probatoria del documento informatico*, 2000, 1, p. 60; BARONCINI, *L’onere della contestazione della certezza della data del documento informatico nel giudizio di accertamento dello stato passivo*, *Fall.*, 2017, p. 12; NAVONE, *La data del documento informatico: osservazioni in materia di validazione temporale*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 4; VITRANI, *Gli effetti della marcatatura temporale nel processo civile*, in *Ilprocessotematico.it*, 27 giugno 2017; TOSCHI VESPASIANI, *L’apposizione di marca temporale informatica è idonea a dare data certa al documento*, 5 marzo 2019; SCARPA, *Le nuove frontiere dell’efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 260; SENSINI, ARTINA, *Tipi ed usi della firma digitale: evoluzione e stato dell’arte*, in *Amministrazione & Finanza*, 2019, 8-9, p. 49.

¹⁴⁶ Si legge al terzo comma dell’art. 48: “La data e l’ora di trasmissione e di ricezione di un documento informatico trasmesso ai sensi del comma 1 sono opponibili ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ed alle relative regole tecniche, ovvero conformi alle Linee guida”. Di detta disposizione è prevista l’abrogazione ai sensi del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, come modificato dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, che ha statuito all’art. 65, comma 7: “Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti l’Agenzia per l’Italia digitale e il Garante per la protezione dei dati personali, sono

La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul tema, così la ha definita:” la c.d. “marcatura temporale” è il processo con cui un certificatore accreditato crea ed appone su un documento informatico, digitale o elettronico una “firma digitale del documento” alla quale sono associate le informazioni relative alla data ed all’ora di creazione che, ove siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale di cui al d.p.c.m. del 22 febbraio 2013, sono così opponibili ai terzi”¹⁴⁷.

Nell’occasione specie la Corte ha censurato la decisione del giudice di merito che, in sede di opposizione allo stato passivo, aveva confermato l’esclusione di un credito sull’errato presupposto dell’insussistenza di una data certa opponibile al fallimento, benché fosse stata apposta da un certificatore accreditato – la “marca temporale” attestante una data di creazione del documento antecedente alla dichiarazione di fallimento.

La questione peraltro era stata già oggetto di esame da parte della Cassazione¹⁴⁸ che aveva già in precedenza riconosciuto come una volta accertata l’esistenza di un documento informatico¹⁴⁹, munito di “marca temporale”, fosse onere della parte interessata a negare la

adottate le misure necessarie a garantire la conformità dei servizi di posta elettronica certificata di cui agli artt. 29 e 48 del decreto legislativo del 7 marzo 2005, n. 82, al regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE. A far data dall’entrata in vigore del decreto di cui al primo periodo, l’articolo 48 del decreto legislativo n. 82 del 2005 è abrogato”.

¹⁴⁷ Cass., 13 febbraio 2019, n. 4251, in *Diritto & Giustizia*, 14 febbraio 2019, con nota di MATTIOLI, *Marca temporale: data ed ora del documento informatico opponibili ai terzi*; e in *Ilprocessotelematico.it*, 4 aprile 2019, con nota di NARDELLI, *La validazione temporale e l’efficacia probatoria nei confronti dei terzi*.

¹⁴⁸ Cass., 23 maggio 2017, n. 12939, in *Ilprocessotelematico.it*, 27 giugno 2017, con nota di VITRANI, *cit.*

¹⁴⁹ Sul documento informatico tra gli altri v. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, Torino, 2007, p. 141 ss.; ID., *I documenti informatici: validità e inefficacia*, in *Diritto dell’Internet*, 2006, p. 297 ss.; SANDEI, *Valore formale e probatorio del documento informatico alla luce del d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 15 ss.

certezza della data, addurre e dimostrare l'intervenuta la violazione delle regole tecniche sulla validazione temporale"¹⁵⁰.

Invero oramai non solo "il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile", ma anche la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida (art. 1 bis d.l.gs 7 marzo 2005 n. 82 nella sua attuale formulazione)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cass., 23 maggio 2017, n. 12939, cit.; conf. Cons. Stato, 3 ottobre 2016, n. 4050, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2320 secondo cui «Nelle gare telematiche, con l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e con la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte; i sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura; inoltre l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa».

¹⁵¹ V. sul punto tra gli altri BUONOMO, MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio*, in *Dir. informatica*, 2, 2013, p. 255; MARRA, *Validità temporale della documentazione elettronica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 1, p. 27 ss.

PASQUALE FEMIA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Salerno

OPPOSIZIONE ERMENEUTICA ED EFFETTIVITÀ

SOMMARIO: 1. Un omaggio ad un amico. – 2. Contro il dialogo ideale: il «dono dell'inquietudine». – 3. Un rinnovato senso di 'realtà' nell'interpretazione. – 4. Per una interpretazione che non corra in soccorso del vincitore. – 5. O dialogo o interpretazione. – 6. Effettività e interpretazione. – 7. Soggetto, oggetto, interprete. Dodici tesi. – 8. Opposizioni e incomprensioni. Una risposta alle critiche. – 9. Scrivilo ancora

1. Un omaggio ad un amico

Voglio bene a Giuseppe Vettori. Lo ammiro come studioso, per la serietà e insieme levità del suo discorrere scientifico. Per il tratto di signorile ascolto. Per un momento di vicinanza umana che volle donarmi un pomeriggio a Pisa, quando con la sua finezza d'animo comprese che attraversavo un momento difficile.

L'università è piena di pescecani. La competizione premia sovente dapprima la violenza, poi la furbizia e qualche volta il merito. L'amicizia con Giuseppe mi ha dato coraggio. Il merito e la civiltà sopravvivono, e vivono talvolta. Vivono nella bontà che non si spegne pur attraversando decenni di vicende, tensioni, soprusi. Il sorriso e la mitezza di Giuseppe mi hanno insegnato altrettanto quanto i suoi scritti. E dai suoi scritti ho appreso molto, e molto apprenderò ancora.

Rendergli omaggio è un piacere. Difficile trovare un modo adeguato. Non me la sento di scrivere un bel saggio 'da rivista', e neanche di riciclarne per l'occasione uno tra quelli da poco sfornati, compiuti o incompiuti che siano. Preferisco dialogare con la sua

inquietudine, in un senso che subito chiarirò, e riflettere su cosa facciamo quando interpretiamo.

2. *Contro il dialogo ideale: il «dono dell'inquietudine»*

Nel punto attualmente più alto del suo percorso speculativo, Giuseppe Vettori ha costruito il principio di effettività quale garante di una controllata e ragionevole «conversione del fatto in diritto» attraverso una rinnovata riflessione sulla selezione del rimedio nell'attuazione dei diritti¹. Che la selezione della disciplina applicabile dipenda (anche) dalla effettività dei diritti attuati attraverso di essa implica la chiara rottura della frontiera novecentesca tra validità giuridica ed effettività sociologica: a tal punto nessuna soluzione potrà dirsi valida se ineffettiva. Ciò vincola l'interprete due volte: gli impone, innanzitutto, di valutare se la disciplina reputata applicabile al caso da regolare garantisca che la sua non sia una soluzione meramente di carta, ma abbia ragionevoli possibilità per essere una soluzione reale del conflitto regolato; richiede, in secondo luogo, la revisione di ogni risposta (anche e soprattutto giurisprudenziale) già data, poiché la sopravvenuta ineffettività deve essere valutata non quale mero anacronismo, ma come potenziale invalidità successiva². La piena attuazione del principio di effettività significa la fine della concezione puramente

¹ VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. Dir., Annali*, X, Milano 2017, p. 403; ID., *Effettività tra legge e diritto*, Milano 2020. Il lavoro muove dall'attenzione alla concretezza nella ricostruzione della disciplina, che ha radici lontane: ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983; in una dimensione affine di pensiero PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112 ss.; IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961ss. Cfr., inoltre, LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss. Assai pregevole la tesi di dottorato – al momento purtroppo non ancora riversata in una monografia – di EPISCOPO, *L'effettività del diritto (privato) europeo nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Analisi di un concetto indeterminato*, Tesi di dottorato, Univ. Pisa (Dottorato Sc. giur., curriculum di Dir priv., XXX ciclo), a.a. 2018/2019, online: <https://etd.adm.unipi.it/t/etd-12062018-000614/>.

² Cfr. D'AMBROSIO, *L'anacronismo legislativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli 2006, p. 309 ss.

linguistica della validità normativa (e quindi del controllo di costituzionalità). Una frontiera del tutto nuova per quella che una volta, con espressione da qualcuno declinata in modo sprezzante, si chiamava “giurisprudenza sociologica”³.

Il coro di critiche levato contro tale prospettiva ha sempre insistito sulla pretesa invalicabilità della tecnica normativa della fattispecie⁴. Queste resistenze, tutte centrate sul valore ideologico della calcolabilità (ovvero: della certezza)⁵, sono soltanto una strategia di contrasto all’adattamento del diritto al pluralismo culturale, del quale la regolazione mediante principi è il segno più tangibile. La mitologia della fattispecie è la trasfigurazione formale novecentesca del mito ottocentesco del legislatore onnisciente, radicato nell’assunzione superficiale e irrealistica che la rappresentanza politica costituisca un surrogato terreno dell’onniscienza e onnipotenza divina. Il “legislatore” non sa tutto (e talvolta non sa né capisce un bel niente), non prevede tutto, decide quel che può. Il legislatore è un mito dietro il quale ci sono organizzazioni collettive (talvolta poco e male organizzate), vincolate da alleanze e soggette al ciclo elettorale. Le leggi sono la composizione raggiunta di volta in volta tra la dispersione delle forze politiche in campo e le reciproche prospettive di avanzamento o perdita elettorale, prospettive delle quali la regolazione legislativa è uno, ma soltanto uno, degli elementi. La democrazia è morta senza realismo. E se la realtà democratica è questa, il diritto deve assumere come

³ TEUBNER, *I rapporti precari tra diritto e teoria sociale*, in Femia (a cura di), *Drittwirkung. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli 2018, p. 255 ss.

⁴ Nella sua versione più affascinante e culturalmente provveduta: ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna 2021, p. 22 ss.; ID., *Gnoseologia della fattispecie*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 95; il punto di riferimento è IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, p. 11 ss.

⁵ IRTI, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2016. Una posizione assai diversa in G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli 2018, p. 49 ss.; che la certezza abbia molteplici sfumature e non possa comprendersene il problema se non mediante un impianto sistemico risulta con nettezza da CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino 2017, p. 211 ss.

condizione delle proprie riflessioni la realtà dell'attività legislativa, e lasciar perdere le mitologie di un passato semplice che non esiste più (né è mai esistito nei termini della sua autorappresentazione mitica).

La nostalgia per il Buon Pastore Normativo, che tutto sa e saggiamente lascia discendere distillate verità raccolte nelle lucide forme di fattispecie astratte, è una illusione autoritaria, una nostalgia di un passato immaginario, che ha il solo scopo di ridurre la regolazione sociale a mera amministrazione. Perché chi produce ben confinate fattispecie è un amministratore, non un politico; e la certezza⁶, in nome della quale si invoca la censura al ragionare per principi, è il travestimento del desiderio repressivo di ogni diffusione della critica sociale. La società politica è complessa, non vede alcuna direzione nelle regole, se non le esperisce quali eventi di principi. L'essere del dover essere regolativo è l'esperienza normativa dei principi. Si formulano regole mediante *exempla*, parabole, immagini; si fanno norme anche soltanto guardandosi negli occhi. E ci sono i principi: che non si comprendono, se non li si possa collegare quali senso di eventi, combinazioni di problemi, racconti. I principi sono norme ad esperienza necessaria⁷.

⁶ Sulla equivocità di queste invocazioni rivolte alla certezza avverte bene il maestro di Giuseppe Vettori: BENEDETTI, *Fattispecie ed altre forme di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 67 ss.

⁷ Che non si possa intendere un principio, né quindi comunicarlo, senza avere una qualche esperienza cui esso sia ricollegabile, in quanto senso di questa esperienza, è un modo semplice e intuitivo per rappresentare una normatività non dominata da astrazioni. Non va disconosciuto che ogni appello all'esperienza rischia di tradursi in un appello all'evidenza e ogni evidenza nasconde un fondo autoritario: "se qualcosa è evidente a me, e non lo è a te, allora è colpa tua" – e così soccombe sempre il più debole, bollato di insensibilità. *Evidenza* deve pertanto essere intesa in modo antiautoritario in quanto *immanenza*: che una norma non possa darsi se non in quanto immanente ad un'esperienza, significa che la norma non ha altra fenomenologia, non ha alcuna possibilità di apparire se non all'interno di un contesto applicativo: FEMIA, *Civiltà del discorrere. Storia, esperienza, norma negli incontri di Pietro Perlingieri*, in Perlingieri, *Giuristi e loro opere nel mio percorso di studi*, Esi, Napoli 2022 (in corso di stampa), p. XLII. La norma-evento, la norma immanente ad un fatto, ma non confinata a quel fatto, pronta ad essere immanenza normativa di innumerevoli fatti, è antiautoritaria, poiché nessuno può esserne il padrone. Chi pone il principio come immanenza non

Della implosione della normatività amministrata per astrazioni ristrette il principio di effettività costituisce il segno tangibile. L'effettività prende atto che la rilevanza giuridica è decisa dalla vigenza dei principi e opera quale fattore di delimitazione, misura della suddetta rilevanza⁸. Come ogni principio, essa non è un contenuto, ma una funzione di connessione e conflitto di discorsi.

Questo spazio nel quale la normatività si fa campo della possibilità è intrinsecamente democratico, poiché impone la pluralità delle voci. Da questa condizione, con le parole che Giuseppe Vettori dedica al 'suo' Ernesto Balducci, abbiamo ricevuto il «dono dell'inquietudine», «bene ingombrante ma prezioso»⁹. E tale inquietudine si nutre di un'indubbia declinazione esistenziale del ruolo dell'interprete¹⁰: egli non è il censore delle ontologie, ma è interprete se e soltanto se viva innanzitutto su se stesso i conflitti innescati dal pensare per decidere secondo il dover essere¹¹. Il dono dell'inquietudine si manifesta nella rilevanza ermeneutica del

si appropriata di una evidenza inaccessibile agli altri, ma pone per necessità l'incompletezza di ciò che afferma, in quanto nessuna esperienza esaurisce il principio. Sulla distinzione tra «immanenza in se stessa (pura immanenza)» e «espressione dell'immanenza in qualcos'altro (campo trascendentale)» cfr. RAASTRUP KRISTENSEN, *Thinking and Normativity in Deleuze's Philosophy*, in Braidotti e Pisters (eds.), *Revisiting Normativity with Deleuze*, London et alii 2012, p. 21.

⁸ VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit., p. 403.

⁹ VETTORI, *Il dono dell'inquietudine*, in *Testimonianze*, 1992, p. 173.

¹⁰ È questo il senso della tesi che configura la precomprensione quale dato esistenziale: BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione: studi su ermeneutica e diritto*, Torino 2014, p. 248; una accezione piuttosto diversa, ibridata nello stile analitico: CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?* in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 2006, p. 1 ss.

¹¹ Basti ricordare il celebre saggio di Marie Theres Fögen: FÖGEN, *Die Tragödie des Entscheidens. Eine Anmerkung zu den „Eumeniden“ des Aischylos – The Tragedy of Making Decisions. A Commentary on Aeschylus' „Eumenides“*, in *Ancilla Juris*, 2007, p. 42 ss.; nonché VISMANN, *Das Drama des Entscheidens*, in Vismann e Weitin (Hg.), *Urteilen/ Entscheiden*, Paderborn 2006, p. 91ss.; BERGER, GÜNZL e KRAMP-SEIDEL, *Normen und Entscheiden. Bemerkungen zu einem problematischen Verhältnis*, in Pfister (Hg.), *Kulturen des Entscheidens. Narrative – Praktiken – Ressourcen*, Göttingen 2017, p. 248 ss.

«forse», il possibile dogmatico, l'«orizzonte epistemico della certezza»¹².

La declinazione esistenziale della pratica ermeneutica – in questo allontanata dalle asprezze heideggeriane – apre ad una concezione reale, non meramente astratta e ideale, del dialogo. L'ideale della comunità illimitata di comunicazione¹³, al di là delle apparenze e certo contro le intenzioni di chi ha lavorato per questo progetto filosofico, finisce per provocare risposte autoritarie: se nel conflitto reale di interpretazioni, ciascuno dei contendenti è esposto all'accusa di aver violato le condizioni ideali, se ciascuno si trova a doversi confrontare non soltanto con la diversa interpretazione altrui dell'oggetto della contesa, ma anche e innanzitutto con l'interpretazione altrui della propria interpretazione, e vede quest'ultima bollata quale devianza, quale violazione dal paradigma comunicativo ideale: insomma, se nella disputa il contendente rischia di essere un dialogante fuorilegge (perché avrebbe violato le norme della situazione dialogica ideale), il dialogo su qualcosa diviene l'accusa reciproca su qualcuno (“dissenti su questo tema perché sei un incapace di applicare le norme costitutive del dialogo ideale”, e quindi: “sei un nemico della comunità illimitata di comunicazione”, “non rispetti i nostri valori dialogici” – e così via insultando). A quel punto il paradigma della comunità ideale diverrà una istituzione autoritaria della Verità. Vedremo più avanti che l'assunzione del dialogo nella sua realtà impone di distinguere tra dialogare e interpretare. Sono due momenti che possono integrarsi, poiché dopo aver interpretato si riprende a dialogare – e viceversa si interrompe l'interpretazione perché si apre l'orizzonte del dialogo – ma non possono accadere nello stesso istante.

Mettere in questione l'esistenza, e vorremo dire la realtà umana dell'interprete, comporta un approccio del tutto diverso alla pratica dell'interpretare.

¹² BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna 2020, p. 140. L'integrazione tra dimensione etica ed epistemologia è assai bene posta in evidenza da CAMARDI, *La contemporaneità del civilista. Un saggio di Giuseppe Benedetti sulla scienza del diritto civile*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 30.

¹³ APEL, *Comunità e comunicazione* [titolo originale: *Transformation der Philosophie*], Torino 1977, p. 259 ss.

«I valori non esistono in un cielo lontano, non prescindono dal nostro impegno nel mondo, ma devono confrontarsi con l'esistenza e con la particolarità dell'incontro con l'altro che richiede alcune regole. Uscire da sé stessi.

Se fai centro su di te, sulla tua scienza, cultura, saggezza non si lambisce la verità. Se sposti il centro di te, fuori da te la tua mente può riconoscere e garantire la verità delle cose, nell'unico modo possibile. “*Chi fa la verità arriva alla sua luce, Chi discute della verità senza farla la perde*”; e si perde la verità se si separano le belle idee, dai fatti umili perché *la verità ci viene dal basso* fissando i fatti vivi e “il tortuoso bacillo dell'errore”¹⁴.

Nell'apertura che non teme l'avventura dell'incertezza si manifesta la «genesì pluralistica» del diritto¹⁵, poiché «il “forse costruttivo” non ama la solitudine»¹⁶.

3. *Un rinnovato senso di 'realtà' nell'interpretazione.*

In questo invito ad uscire da se stessi, a non tentare avventure criptoautoritarie di fondazione universale di una qualsivoglia scienza ermeneutica colgo un punto fondamentale di incontro con una ricerca intrapresa qualche anno fa. Ho provato a delineare un programma di ricerca per una ermeneutica dell'opposizione, nata dall'insoddisfazione per il modello comunicativo antirealista condotto dalla teoria critica habermasiana¹⁷ – presto declinata da Alexy in un modello di argomentazione giuridica tanto fortunato quanto concretamente inservibile, una sorta di caserma ermeneutica

¹⁴ VETTORI, *Giuseppe Benedetti maestro di ragione e verità*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 50, corsivi nel testo. Le citazioni tra virgolette alte provengono da BALDUCCI, *La verità e le occasioni*, Alba, 1960, p. 101.

¹⁵ PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 248.

¹⁶ BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 156.

¹⁷ Sul carattere antirealista della teoria critica TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico. Per una epistemologia giuridica «costruttivista»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 290; per uno sguardo di insieme, da parte di un eminente e acuto studioso italiano di Habermas, CEPPA, *Giustizia come decostruzione: Teubner versus Derrida e Habermas*, in *Teoria politica*, 1998, p. 89 ss.

con tratti di comicità involontaria – e dalla ferma convinzione che il successo delle metodologie ermeneutiche nel pensiero giuridico italiano, soprattutto dagli anni Novanta in poi, sia stato il frutto di un ritrarsi della tensione critico-riformista a vantaggio di un sospetto quieto vivere, di un rinnovato oblio della vocazione sociale del giurista¹⁸. Convincere che vi sia ascolto per tutti, ignorando le posizioni di potere effettivamente schierate nel campo ermeneutico è pura mistificazione: non ha alcun senso discorrere di comunità interpretative, fingendo che non vi sia differenza tra interpreti forti e deboli, interpreti che parlano e interpreti che condannano, giudizi che si archiviano e giudizi che infiammano, creano nemici, comminano scomuniche¹⁹. E non si dica che questa non è interpretazione: non esistono interpretazioni che non siano performative, poiché interpretare è fare. Decenni di discussioni ermeneutiche senza alcuna concreta analisi su fondamenti e effetti sociali delle loro pratiche, senza alcuna ricerca sul reale svolgimento delle forze giuridiche che argomentando si confrontano: tutto questo ha portato l'ermeneutica, la teoria dell'argomentazione, la teoria del discorso, ad una sterile astrattezza individualistica, ad un sostanziale narcisismo nel quale l'interprete si convince di essere una brava persona perché proclama che tutti possano dialogare – come se il reale campo ermeneutico attendesse davvero la sua licenza per esistere – finendo alla fine per consolare soltanto se stesso.

L'ultimo esempio di analisi realista nella cultura giuridica italiana è stato quello, mai abbastanza lodato, di Giovanni Tarello²⁰; da allora

¹⁸ Non replico qui argomenti svolti in altra sede: FEMIA, *Non essere furbo. Ermeneutica scomoda e legalità sconnessa*, in *Foro nap.*, 2020, pp. 540 ss. e 554 ss.

¹⁹ Con un linguaggio accademicamente meno sboccato avevo distinto tra «epistemico» e «istituzionale nella interpretazione», perorando il lavoro dell'interprete non fosse compiuto senza adeguata considerazione la «posizione istituzionale», vale a dire il concreto potere di influenza, del quale ciascun interprete gode nel sistema giuridico di riferimento: FEMIA, *Inimicizia costituzionale, competenza ermeneutica, retorica del sospetto*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 619 ss.

²⁰ TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 159 ss.; ID., *Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua*, in *ivi*, 1966,

la letteratura in argomento ha subito una involuzione autocelebrativa, replicando l'apologetica del diritto come esperienza, formula che ha imperversato nella prima metà del Novecento, con una occupazione del campo simbolico così pervasiva da aver reso impossibile per decenni anche solo pronunciare l'espressione "esperienza giuridica" a chi intendesse fare ricerca scientifica seria. Non è difficile prevedere per la strana coppia "ermeneutica & bilanciamento" un destino simile: (imminente?) diffidenza, (crescente?) oblio, nostalgico recupero, ripresa storicizzante.

4. *Per una interpretazione che non corra in soccorso del vincitore.*

Ma di interpretazione si deve pur vivere. Mentre si attende che nel sistema giuridico si faccia un passo oltre le ombre gadameriane, per tener conto della realtà del contesto²¹, della polifonia delle voci²², della possibilità conseguente di una pluralità di accordi divergenti,

p. 349 ss.; ID., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 459 ss.

²¹ Particolare attenzione merita l'approccio pragma-dialettico, inteso alla riduzione dei disaccordi. Così, nell'ambito di un più vasto programma di ricerca, si pone in rilievo il contesto argomentativo da parte di VAN EEMEREN e GARSEN, *Argument Schemes: Extending the Pragma-Dialectical Approach*, in EID. (eds.), *From Argument Schemes to Argumentative Relations in the Wild. A Variety of Contributions to Argumentation Theory*, Cham, 2020, p. 22: «*In the strategic manoeuvring taking place in the various kinds of argumentative practices of argumentative reality the various types and subtypes of argumentation may manifest themselves in specific, context-related ways. The ways in which a subtype of argumentation manifests itself can then be viewed as different contextually determined variants of the subtype concerned. In describing the various manifestations of argumentative reality in the empirical component of the research program distinguishing between these (and other) variants is an important task*». Cfr., inoltre, VAN EEMEREN e GROOTENDORST, *Rationale for a Pragma-Dialectical Perspective*, in *Argumentation*, 1988, p. 271 ss.; VAN EEMEREN, *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, Milano, 2004.

²² Che l'argomentazione possa essere metaforicamente modellata sul colloquio e quindi sul dialogo non significa che essa sia effettivamente un dialogo. Del resto da tempo si discute sulla rilevanza dei poliloghi nell'argomentazione collettiva: LEWIŃSKI e AAKHUS, *Argumentative Polylogues in a Dialectical Framework: A Methodological Inquiry*, in *Argumentation*, 2013, p. 161 ss.; SYLVAN, *Introducing polylogue theory*, in *Philosophica*, 1985, p. 89 ss.

ma egualmente ragionevoli²³, e finanche della ineluttabilità di disaccordi profondi²⁴, e di vere e proprie ingiustizie discorsive²⁵, direttiva fondamentale di ogni intervento teorico nella prassi quotidiana dell'interpretazione giuridica è prendere coscienza del suo radicamento nel potere e nella capacità di seduzione simbolica. L'interprete non è il depositario di una scienza, ma qualcuno che ha potere. Chi non conta nulla non interpreta, ha soltanto opinioni. Senza potere non c'è interpretazione: ci saranno dialoghi, comunicazioni, informazioni, narrazioni, ma non interpretazioni. Chi si professa teorico dell'interpretazione giuridica – che lo sappia o no – sta ritagliando per sé una fetta (più spesso una fettina) entro la circolazione del potere nel sistema giuridico. Egli deve rifuggire dalla tentazione di correre in soccorso del vincitore e riflettere a fondo, prima ancora di addentrarsi in discorsi su come debba interpretare bene l'interprete, su quale sia l'utilità sociale della sua attività. Smascherare il rapporto tra teorie e ideologie è stata a lungo la finalità dichiarata di una certa forma di pensiero critico; è divenuta poi il ricercato (e qualche volta malcelato) effetto collaterale dell'atteggiamento analitico inteso a descrivere come si fanno cose con parole. Si diffonde, negli ultimi tempi, un diverso intento, più esplicitamente politico, e che ricorda da vicino la distribuzione di patenti di qualità o indegnità in uso per decenni presso la filosofia idealistica: l'interpretazione antiegemonica come strumento per

²³ Cfr. LEWINSKI, *Practical Argumentation as Reasoned Advocacy*, in *Informal Logic*, 2017, p. 85 ss.; CHANG, *Comparativism: The grounds of rational choice*, in Lord e McGuire (eds.), *Weighing reasons*, Oxford, 2016, p. 213 ss. La preoccupazione espressa nel testo è che la ragionevolezza non sia un espediente per dire: “guarda che c'è una sola soluzione giusta, anche se io non ti posso dimostrare appieno perché, credici comunque”. La ragionevolezza è soltanto il segno di una pluralità irriducibile di possibilità, a sciogliere la quale non concorre la ragione, ma la responsabilità politica.

²⁴ RANALLI, *What is Deep Disagreement?*, in *Topoi*, 2021, p. 983 ss.; MATHESON, *Deep Disagreements and Rational Resolution*, in *ivi*, p. 1025 ss.; FOGELIN, *The logic of deep disagreements*, in *Informal Logic*, 1985, p. 1 ss.

²⁵ KUKLA, *Performative Force, Convention, and Discursive Injustice*, in *Hypatia*, 2014, p. 440 ss.

progettare (e vaneggiare) forme di contropotere²⁶. Tra questi due atteggiamenti – ai quali per loro esplicita vocazione non potrà mai accadere di essere il discorso quotidiano della maggioranza degli operatori del diritto²⁷ – ha prosperato e resiste l'*aurea mediocritas* del discorso ermeneutico conciliatore, nella quale il discorso del potere traveste l'autorità con l'autopredicazione della propria ragionevolezza. L'autorità si proclama mite, ma in nulla cambia la disposizione dei poteri in campo, sì che tutto ciò che può sperarsi è un moderato riformismo, affidato però soltanto ai vertici, alle corti superiori. Che il sistema dei poteri dominanti, celebrato e intersecato dal sistema dei discorsi accademici, si rassicuri nel legittimarsi in quanto produttore di sentenze (nel doppio senso di decisioni giudiziarie e proposizioni linguistiche) ragionevoli è ben chiaro; altrettanto che di questa legittimazione faccia parte la promessa di cauto riformismo, mediante scelte compiute dall'alto. Nella proclamata mitezza prosegue la abituale violenza.

Forse questo riformismo (blandamente) promesso compiace i potenti e chi aspira a prenderne il posto senza mutare strutture né discorsi di potere; ma dal punto di vista della funzione sociale della riflessione accademica che vorrebbe fare ragione della prassi giuridica la scelta del ridursi a fare teoria della consolazione degli oppressi o del compiacimento dei potenti è misera cosa. Non si può ripetere per decenni che il diritto è scienza pratica e poi trattare l'interpretazione come una sofisticata e inerte filosofia della comunicazione. Non basta. La teoria di una pratica è intervento sulla pratica; ovvero registrazione reale di tutte le condizioni strutturali entro le quali accadono le azioni di significazione (chi decide, come, chi controlla, chi ci riflette su, e perché) con le quali il diritto fa se

²⁶ FISCHER-LESCANO, FRANZKI, HORST (Hrsg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen, 2018.

²⁷ Questi strumenti possono condurre ad una concezione del diritto sostanziale quale strumento politico da attivare mediante la funzione simbolica del processo. Cfr. CHIARAMONTE, *Il laboratorio della giustizia politica*, in Fiorentino e Chiamonte, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Milano-Udine, 2019, p. 155 ss. La considerazione del testo non toglie che la costruzione di controcategorie non sia soltanto il primo passo verso una nuova configurazione del diritto.

stesso. Nessuna teoria dell'interpretazione giuridica senza seria sociologia.

5. *O dialogo o interpretazione.*

Il progetto di una ermeneutica dell'opposizione²⁸ nasceva dal malcontento, dalla insoddisfazione; un invito a distaccare l'interprete dal potere che nella prassi si riversa, a collocare al centro dell'indagine il pericolo di commistione tra interprete e interpretato, ovvero tra teoria e dominio, il pericolo che la teoria divenga l'ornamento gentile della violenza. Opposizione quindi tra interprete e interpretato; posizione dell'oggettivazione normativa come operazione costitutiva della stessa attività ermeneutica. Ciò intacca il mito dialogico dell'ermeneutica come tecnica conciliatrice, costringendo a distinguere dialogo e interpretazione. Ciò che risponde, dialoga; ciò che tace, chiuso nella sua significazione, si interpreta.

*Si dialoga con un soggetto, si interpreta un oggetto*²⁹. Se ho dinanzi un soggetto – e lo tratto come tale – qualsiasi dubbio possa sorgere rispetto ad una informazione o ad un qualsivoglia atto comunicativo (o anche soltanto che appaia tale) sarà risolto semplicemente rivolgendogli la parola e interrogando; quando si interpreta, invece, si assume implicitamente che la comunicazione interpretata sia chiusa, conclusa in quanto tale. Se nel corso di una conversazione 'interpreto' un'asserzione, ciò significa che sto provocando un arresto dialogico: sospendo o tronco la conversazione e apro una svolta significativa: "hai detto *questo!*", cui segue risposta: "no, non intendevo *questo*" ed ulteriore replica: "ed invece sì, quello che hai detto è *questo*" (dove si può sostenere che il soggetto aveva l'intenzione di dire questo, ma l'ha mascherata con parole insidiose; oppure che non avesse l'intenzione, ma inconsciamente volesse dire altro da quello che ha detto). Quale che sia la piega che prenderà la conversazione dopo tale arresto, *questo* è ormai un fatto concluso, qualcosa che non si può cambiare: è un detto trattato ormai da entrambi i dialoganti come testo. E l'interpretazione di tale oggetto

²⁸ FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars interpretandi*, 2020, p. 93 ss.

²⁹ FEMIA, *op. ult. cit.*, p. 95.

(hai detto [...] vale come “hai creato una dizione”, un oggetto di dizione) fa parte di un'intenzione dialogica più complessa. Si potrà dialogare su questa interpretazione, ma non si potrà più fare in modo che ciò che è stato detto non sia detto, ovvero: che ciò che è stato detto sia trattato come oggetto da interpretare.

La scissione tra dialogo col soggetto (parola vivente) e interpretazione dell'oggetto (testo) suscita indubie, e in parte comprensibili, resistenze. A lungo si è insistito sulla struttura dialogica dell'intendere, sull'ermeneutica della ricezione; molto si discorre sulla necessaria intersoggettività di ogni pratica comunicativa, e sulla comunità di senso che la rende possibile³⁰; e ancor più si condivide l'interazione tra testo e contesto quale premessa necessaria di ogni momento ermeneutico³¹. Ma non c'è alcun bisogno di contestare tali posizioni per affermare la oggettualità necessaria dell'*interpretandum*. È il modo con il quale il soggetto interpretante si rivolge all'*altro da sé* che definisce se l'altro sia soggetto o oggetto: e soltanto in questa ultima ipotesi l'atto di colui che interpreta è davvero interpretazione.

Nel programma di ricerca che proviamo a delineare è oggetto ciò che nelle azioni comunicative sia trattato come tale. Il solo fatto che dipenda dall'azione dell'uno (che si autocostruisce come soggetto) sull'altro (costituito come soggetto, e non piuttosto destituito come oggetto) indica che l'interpretazione è esercizio di potere ermeneutico. È il dominio di chi nel proprio agire inteso alla conoscenza di un Altro, abbia già deciso di rivolgersi a tale Altro privandolo del diritto di rispondere: un Altro che, interrogato, dovrà

³⁰ Qui si apre un amplissimo fronte di discussione sui rapporti tra fenomenologia ed ermeneutica, finemente analizzata da MENGA, *Filosofia del soggetto e mediazione interpretativa: sulla fenomenologia ermeneutica di Paul Ricoeur*, in *Etica & Politica*, 2009, pp. 330 ss. e spec. 348 ss., ove molto opportunamente si illustra la «funzione ermeneutica della distanziamento»; MARINO, *Hans-Georg Gadamer: idealismo linguistico o realismo?*, in *E/C*, 2013 (*Senso e sensibile*), p. 122 ss. Sulla distanziamento in Ricoeur, cfr. anche BÜHLER, *Ricoeur's concept of distanciation as a challenge for theological hermeneutics*, in Verheyden, Hettema, Vandecasteele (eds.), *Paul Ricoeur. Poetics and Religion*, Leuven 2011, p. 151 ss.

³¹ CANANZI, *L'ermeneutica dell'azione sensata. Ricoeur e il mondo come testo*, in *Archivio di Filosofia*, 2013, p. 209 ss.

replicare tacendo e sottomettersi ad ascoltare quale senso l'atto ermeneutico del *dominus* gli conferisca come proprio.

Si desidera o meno rivestire questo dato con la ripresa di realismo filosofico o con una raffinata revisione dell'ermeneutica verso la rivalutazione della oggettualità³², ciò che conta è ribadire la distanza tra interpretante e interpretato, che una eccessiva insistenza sulla comunità linguistica e la confusione tra esperienza collettiva e realtà esterna aveva fin troppo trascurato. Conta affermare la differenza tra *agire un dialogo e compiere un'interpretazione (vale a dire: monologare)*.

Si potrà replicare quanto si vuole che anche durante il dialogo si interpretano le asserzioni, gli atteggiamenti, il corpo stesso dell'altro partecipante, e che senza tale reciproca ermeneutica istantanea il dialogo non avrebbe luogo – ciò manifesta l'ambiguità degli usi di interpretazione (assunto come mediazione necessaria di ogni evento comunicativo o di ogni produzione di significato) –, ma non cancella in alcun modo la differenza tra dialogare e interpretare e, soprattutto, ai nostri fini, la disattenzione verso il valore costitutivo della velocità in ogni processo di pensiero.

Nessuno dubiterebbe, in fisica, sul rilievo della velocità di un processo; tutti riconosciamo la differenza tra toccare e scontrarsi. Sembra invece che nella teoria della comunicazione la velocità di produzione degli eventi significanti sia ignorata; anzi, una tradizione millenaria affida alla lentezza – ai danteschi «occhi tardi e gravi» (*Inf.*, IV, 112) – il ruolo di madre di ogni riflessione degna di valore. Ma per guardare oltre non occorre abbandonarsi a qualche idiozia tardofuturista sulla velocità; basta pensare alla comunicazione algoritmica per comprendere come l'intelligenza artificiale produca pensiero a velocità non interpretabile per l'uomo, il quale può soltanto comprenderla *ex post* (e se questa si volesse chiamare interpretazione, si confermerebbe che ad essere interpretato è il testo del pensiero, non il pensiero nel suo inafferrabile veloce divenire)³³.

³² FIGAL, *Gegenständlichkeit. Das Hermeneutische und die Philosophie*², Tübingen, 2018 (trad. it. della 1^a ed. 2006, *Oggettualità. Esperienza ermeneutica e filosofia*, Milano 2010).

³³ Sul pensiero macchinico traducibile, ma non interpretabile, rinviamo a FEMIA, *Essere norma. Tesi sulla giuridicità del pensiero macchinico*, in P.

Allo stesso modo, la velocità con la quale ha luogo una conversazione non è un dato esteriore, ma costitutiva dell'evento: troppo veloce, sono due innamorati che litigano; troppo lenta, due accademici che monologano insieme (quante noiosissime "tavole rotonde" abbiamo ascoltato, povere successioni di maniacali annoiate monolalie?). Cosa accadrebbe se, nel bel mezzo di una conversazione al bar, uno dei due dialoganti si arrestasse e corresse a consultare repertori, ascoltare consulenti, lasciarsi consigliare da linguisti o psicologi, raccogliersi in tormentate macerazioni interiori? L'altro fuggirebbe a gambe levate, certo di avere incontrato un malato di mente.

L'oggettualizzazione – ma preferiremmo dire: la reificazione, non c'è nulla di male³⁴ – dell'evento comunicativo in un testo, costituito mediante la chiusura, non deve fare paura. Un testo non vale meno di una voce, è soltanto diverso³⁵. Da questa diversità si consegue una comunicazione interna, mentale, solitaria, lontana, allontanata dall'oggetto-scrittura, ma proprio per questo più profonda, capace di accedere a significazioni e ramificazioni semantiche immense³⁶.

6. Effettività e interpretazione.

Le critiche devono innanzitutto essere spietate con se stesse. E il progetto di una ermeneutica dell'opposizione, così tanto perorato, è

Perlingieri, Giova, Prisco (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, p. 65 ss.

³⁴ Reificare implica portare all'esterno l'interiorità: un processo sociale, necessario alla comunicazione. Un «elogio della reificazione» in VIRNO, *Quando il verbo si fa carne. Linguaggio e natura umana*, Torino, 2003, p. 111 ss.

³⁵ Sarebbe impossibile – e comunque dipendente dalla posizione teorica adottata – discutere a fondo di teoria del testo, qui è assunto come insieme di segni provvisto di confine riconoscibile. Per percorrerne gli sviluppi più recenti rinviamo a DE ANGELIS, *Il testo conteso. Semiotiche ed ermeneutiche nella seconda metà del Novecento*, Pisa, 2014, p. 11 ss.

³⁶ La chiusura del testo, il suo confinamento, è la necessaria premessa di ogni sconfinamento. In tal senso la «testualità» del diritto è l'aspetto moderno della sua natura eterarchica (insuscettibile di declinazioni gerarchiche) e infinitamente produttiva di nuove significazioni. Su questa concezione della testualità: AUGSBERG, *Die Lesbarkeit des Rechts: Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie*, Hamburg, 2008, p. 113 ss.; ID., *Reading Law: On Law as a Textual Phenomenon*, in *Law and Literature*, 2010, p. 369 ss.

poco più di una preoccupazione per le sorti di una buona teoria della pratica, poco più di una dichiarazione di insofferenza. Un progetto largamente incompleto, dunque; solo un programma per ricerche sul campo, per aprire una via sperimentale all'interpretazione. Se questa tensione verso gli effetti andasse smarrita, si perderebbe con essa il lascito fondamentale della teoria che – proprio grazie agli insegnamenti di Giuseppe Vettori – ha condotto in primo piano un rinnovato senso dell'effettività nel diritto³⁷. *Effettività* normativa non potrebbe mai darsi senza *efficienza* ermeneutica³⁸.

E l'ermeneutica dell'opposizione trovò, sul nascere, una risoluta opposizione.

Concepito per celebrare (in modo non celebrativo) un grandissimo maestro di ermeneutica giuridica – cui va tutta la mia personale gratitudine – il testo di *Ermeneutica dell'opposizione* fu inviato per la pubblicazione su *Ars interpretandi* ed ebbe una vicenda singolare: il referee (così mi fu detto) reputò «non sufficientemente sviluppate e argomentate» le tesi conclusive, presentate nell'ultimo paragrafo; mi consigliava di pubblicare il saggio senza di esse. Regola del referaggio è non protestare e non lo feci. Il saggio comparve mutilo delle conclusioni. E fu oggetto di una replica, civilissima benché non poco acuminata, nella quale si osservava che lo scritto «denota una qualche rigidità e resta talora schematicamente prigioniero delle pur felici intuizioni»³⁹. Precedevano questo giudizio alcuni rilievi critici, cui pensai inizialmente di replicare. Poi venne la pandemia e con essa ben altre preoccupazioni.

L'occasione di rendere omaggio ad un amico mi sollecita a pubblicare qui il pezzo allora espunto. Credo in questo di poter trovare una ulteriore ragione di sintonia con il suo approccio. Giuseppe Vettori, in un saggio breve quanto appassionato, non ha

³⁷ VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.; ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid juris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 73 ss.

³⁸ Per la distinzione tra effettività normativa e efficienza ermeneutica, FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, cit., p. 103.

³⁹ ZACCARIA, *La ragione dialogica dell'ermeneutica*, in *Ars interpretandi*, 2020, p. 137.

timore di evocare il «grido profetico» del '68⁴⁰ e, con occhio critico, sobrio nella forma quanto fermo nelle posizioni, polemizza contro chi per inerzia categoriale crede di trovare ancora legittimazione nel campo argomentativo replicando moduli consacrati alla tradizione. Non basta ripetere per essere nel giusto. Vettori acutamente osserva che contrastare l'applicazione dei principi in nome del primato della legge dello Stato significa semplicemente ignorare quanto siano mutevoli le concezioni e funzioni dello Stato e quanto occorra adeguare la metodologia alla «trasformazione della forma democratica»⁴¹.

«Trovo paradossale che in un'epoca di attacco ai presupposti dello Stato costituzionale, all'espansione del sovranismo e alla forza illimitata della sovranità popolare manifestata oramai, in tutto il mondo, da una minoranza inferiore ad un quarto della popolazione, si esalti il ruolo della legge come unica fonte di giuridicità e si veda il nemico nei poteri di controllo a cui la costituzione garantisce la piena indipendenza (art. 101 Cost.) e libertà (art. 33 Cost.).

Trovo difficile da comprendere come si demonizzi il ruolo centrale dell'applicazione della regola che una parte consistente della cultura giuridica considera essenziale in un'epoca complessa e inedita.

Trovo poco produttivo insistere su una priorità della legge o dei giudici in presenza di una fase storica che non ha necessità di “visioni univoche e parziali” ma di una razionalità “dinamica e aperta”, capace di ordinare il presente e di porsi in sintonia con il proprio tempo, con un'analisi attenta dei benefici e dei limiti dell'attività delle Corti in Italia e in Europa»⁴².

Le scelte metodologiche non sono riflessi condizionati; non possono essere mere strategie di occupazione del campo simbolico all'interno della comunità degli accademici. Nessuno di noi può permettersi il lusso di decidere cosa scrivere (e pensare) chiedendosi:

⁴⁰ VETTORI, *Il Sessantotto e la forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Quad. fior.*, 2019, p. 445.

⁴¹ VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 434.

⁴² VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 441.

“faccio più bella figura se conservo o se spacco tutto?”, “mi si nota di più se invoco i grandi argomenti dei grandi nomi o se scrivo che tutto deve ricominciare con me?”. Bisogna pensare la realtà senza giocare con le formule: democrazia e principi possono significare molte cose e senza avere coscienza della realtà sulla quale si deve incidere non si potrà mai garantire l’effettività dei diritti che si affermano. E affermare l’ineffettivo significa negare con cattivo stile. L’effettività è una strada che, una volta intrapresa, non consente di tornare indietro. Guardare il diritto dalla parte della verità dei risultati (che i diritti soggettivi ascritti agli individui dichiarano) significa non accettare l’ipocrisia delle false promesse. Il dover essere è prescrizione di effettività; e cercare di far diventare vero quello che il diritto dice debba essere, cercare di fare in modo che i diritti soggettivi siano gli strumenti per divenire verità e non soltanto il contenuto di una sentenza, non le stanche formule magiche di un chiuso circo acrobatico diviso tra aule di università e tribunali.

Effettività significa ancoraggio dei discorsi alla realtà; significa controllo delle conseguenze; significa possibilità di invalidazione successiva di una proposizione giuridica che sperimentalmente si sia rivelata ineffettiva⁴³. Nulla di tutto questo, abbiamo detto, si compie senza legare la ricerca del significato alla realtà da interpretare, alla complessità dei soggetti operanti, alle loro strategie, al contesto e alle retoriche con le quali si agisce nel potere.

Di questa realtà asseriamo faccia parte integrante il nesso tra soggettivazione, oggettivazione e interpretazione. Riproduciamo quindi per intero la parte omessa da *Ermeneutica dell’opposizione*.

7. Soggetto, oggetto, interprete. Dodici tesi.

Delineiamo alcune tesi (la forma espositiva serve a renderne palese il carattere non definitivo). Loro finalità è contribuire al lavoro interpretativo nella direzione indicata, mantenendo lontana l’ermeneutica dal rischio, nel diritto sempre ricorrente, di servire (sia

⁴³ La invalidazione successiva non è una riproposizione mascherata della vecchia ripudiata abrogazione per desuetudine. Se una soluzione non funziona, ciò non significa che sia invalido il principio che quella soluzione doveva attuare, ma significa soltanto che la tecnica prescelta ha fallito ed occorrerà inventarne un’altra per il futuro.

pure in buona fede) la cattiva causa della svalutazione delle differenze⁴⁴.

1. Interpretare un soggetto significa espropriarlo della soggettività.
 - 1.1 Interpretare è giudicare ciò che non può più produrre materiale interpretabile: l'interpretazione è chiusura. Dire: 'io interpreto' (un testo, un gesto, un'azione, un'immagine, qualsiasi cosa) implica considerare l'interpretato come oggetto, mai come soggetto. 'Io interpreto *qualcosa*'
 - 1.2 L'interpretazione è quindi l'opposto del dialogo, dove due soggetti comunicano producendo senso o dividendolo o contrapponendone molteplici.
 - 1.3 Tutta la retorica sulle aperture dialogiche, sui dialoghi col testo, sull'ermeneutica della domanda ecc. è soltanto il tentativo di colmare metodologicamente la frattura costitutiva dell'atto ermeneutico: la reificazione dell'ente interpretato produttore di senso in oggetto interpretabile. Allo stesso modo, gli infiniti discorsi sulla eticità dell'atto ermeneutico hanno la funzione di nobilitare l'esclusione originaria, la frattura costitutiva tra interprete ed interpretato.
 - 1.4 Non c'è nulla di male in tutto ciò. La reificazione è necessaria alla convivenza sociale.
 - 1.4.1 Reificare un soggetto, interpretandolo, significa giudicarlo. L'interpretazione è la forma pura del giudizio.
 - 1.4.2 Ogni atto di qualificazione giuridica è una interpretazione.
 - 1.4.3 Qualificare significa reificare ciò che si qualifica. La *res interpretata* è giudicata per quello che è stata. Non conta il futuro, la sua possibilità di

⁴⁴ Ho integrato il testo originario per chiarire punti che resterebbero oscuri, una volta che le tesi siano lette separatamente dal discorso che originariamente le precedeva.

pentimento, di riscatto, di rinascita: chi è interpretato è destituito del valore personale del suo divenire. *Egli* non diviene, ma si raggela in *esso*: il tempo passato impera e lo costituisce nella sua oggettualità: egli/esso è quello che ha fatto (e pertanto è stato/sarà giudicato, ovvero reificato nella interpretazione), non è più *quello*, ma *qualcosa*.

1.4.4 Giudicare è l'antitesi di perdonare. Il giudizio chiude il tempo; il perdono lo apre.

1.4.4.1 Tutti possiamo cambiare (il senso semplice dell'incalcolabilità soggettiva è null'altro che questo), tutti possiamo meritare il perdono se facciamo qualcosa di male ("non lo faccio più"), *ma non sempre*: la società ha bisogno di oggettivare le azioni soggettive per disciplinarle.

1.4.4.2 Perdonare sempre ("è cambiato, cambierà, sta cambiando") renderebbe impossibile la convivenza: poiché la certezza del perdono produrrebbe la certezza dell'impunità.

1.4.5 Ecco che il cambiamento è lasciato al soggetto, ma il soggetto non è lasciato a se stesso: è separato dal suo oggetto, dalla sua identità (che è l'opposto della soggettività: la soggettività è il sempre non identico).

1.4.6 L'interpretazione è la costituzione del giudizio; la destituzione del perdono. "Non giudicare" significa: non interpretare.

2. L'espropriazione soggettiva è evidente là dove l'interpretato non può sfuggire all'interpretazione. L'espropriazione è funzione dell'autorità: maggiore l'autorità (il potere autoritario dell'interprete), maggiore l'espropriazione (la sottomissione autoritaria è il percorso della reificazione).

3. L'ermeneutica giuridica è lo strumento dell'istituzione espropriativa principale: nessuno sfugge al diritto, al suo giudizio, poiché nessuno può scegliere la regola dopo il fatto.
 - 3.1 L'autonomia, il diritto prodotto da sé, non cambia la natura del diritto. Anche la norma autonoma precede l'atto cui la regola autonoma deve essere applicata (altrimenti non sarebbe autonomia, programma dei comportamenti futuri, ma descrizione, narrazione delle condotte passate).
 - 3.1.1 Persino chi fa legge a se stesso deve reificarsi quando interpreta le proprie leggi.
 - 3.1.1.1 L'autorialità non gli consente di cambiare la regola *ex post*; una volta che gli atti di significazione normativa siano stati pubblicati, anch'essi sono oggetti.
4. Il conflitto delle interpretazioni è il conflitto tra diverse strategie di costruzione del significato dell'oggetto, non è la prova del mantenimento della soggettività dell'interpretato.
 - 4.1 Il panorama conflittuale rende indubbiamente meno intensa l'espropriazione, perché mette in scena quantomeno la possibilità di molteplici autorità.
 - 4.2 Ma il diritto è per sua vocazione autoritario, è disciplina della forza. Non tollera le contraddizioni, riduce le molteplicità a coerenza, a qualsiasi costo.
5. Il diritto costituisce la soggettività per espropriarla nell'identità. Ammette l'incalcolabilità soggettiva e ne attribuisce il rischio al soggetto medesimo, il quale si trova a subire le conseguenze delle sue 'libere' scelte.
 - 5.1 'Soggettivo' significa incalcolabile; 'identitario' significa sempre uguale, calcolabile.
 - 5.2 Trattare la persona nella sua soggettività o nella sua identità fa differenza abissale.
 - 5.2.1 Punire o premiare l'autore del fatto presuppone che egli meriti ciò che gli viene attribuito, in quanto egli è sempre lo stesso (identità): il soggetto

che ha agito è identico al soggetto cui viene imputata la conseguenza (favorevole o sfavorevole che sia).

5.2.1.1 Ecco che il soggetto è ridotto a materia dell'identità: l'infinita possibile variabilità delle sue azioni è soltanto ciò che giustifica che il fatto abbia un autore, ma poi l'autore è la stessa persona (ovvero la stessa maschera) della quale si parla al momento del giudizio.

6. Il diritto ha bisogno dell'identità, senza la quale non può giudicare né premiare né punire; ma ha bisogno anche della soggettività, senza la quale le azioni che punisce non sarebbero altro che di se stesso, cioè del diritto, inteso come sistema giuridico e frazione imputabile del sistema sociale: se il colpevole non fosse un *soggetto*, come si potrebbe sfuggire all'accusa che il colpevole sia allora il *sistema*? Che è esattamente ciò che fanno le spiegazioni sociologiche, quelle che poi si deprecano nel diritto, cautelandosi con l'avvertenza che comprendere non significa giustificare.
7. Interpretare le soggettività – riducendole ad azioni dell'individuo (l'individuo è il nome di chi è isolato affinché sia sempre identico) – è il modo di funzionamento ordinario del sistema giuridico.
 - 7.1 Reificare non conduce necessariamente all'omologazione. In linea di principio è possibile produrre almeno tanti oggetti per quanti soggetti esistano; ma l'omologazione è l'utopia perseguita dall'ordine. Pertanto, ogni atto di ermeneutica giuridica ha l'omologazione (che viene pudicamente chiamata integrazione del significato nel contesto) come proprio sfondo e fine.
8. L'ermeneutica filosofica giuridica è una criptolegittimazione del potere esistente. È oggettivamente conservatrice, di là dall'intenzione dell'interprete.

- 8.1 Ermeneutiche della liberazione o della contestazione sono in realtà sempre possibili, ma *ogni volta che* si ponga una soluzione, per quanto innovativa, quale soluzione interna, propria del sistema, che sia imputabile al sistema in quanto autore, in quanto cifra della sua identità, *allora* il sistema è confermato, conservato, persino nella paradossale affermazione di una propria costitutiva identità rivoluzionaria.
 - 8.2 Le strategie di rottura sono sovversioni infrasistemiche. Oltre c'è la creazione, non l'interpretazione, di diritto.
9. Il contesto nell'ermeneutica è presentato come non conflittuale, come un ambito nel quale integrarsi, non scegliere né schierarsi.
 - 9.1 Ogni contesto è un conflitto. Se non vi fosse la possibilità del disaccordo non vi sarebbe bisogno di interpretare. Ogni argomentazione avviene nella possibilità del proprio fallimento.
10. La soggettività è il motore della democrazia e quindi anche della formazione democratica del diritto. Poiché tutti possiamo cambiare, possiamo immaginare regole nuove e riuscire a farle approvare.
 - 10.1 L'immaginazione di regole nuove è opposizione di regole vecchie. L'incalcolabilità soggettiva che conduce all'immaginazione è quindi intrinsecamente oppositiva: potendo sempre mutare, essa si contrappone a ciò che lascia ad ogni mutamento.
 - 10.2 Immaginarsi diversi (da prima) significa opporsi persino a se stessi (al sé passato).
11. L'ermeneutica di una nomogenesi democratica non può essere integrativa, ma oppositiva.
 - 11.1 Le acque del fiume non scorrerebbero se non incontrassero la resistenza del letto: rocce e terra che si oppongono all'acqua e non sanno resisterle, perché non

riescono ad assorbirla; eppure al tempo stesso le resistono, perché la costringono a scorrere. La forma del fiume è la forma della pietra e dell'acqua; è la forma di un'opposizione vinta e non vinta, interminabile. Il diritto è una corrente; funziona soltanto opponendosi a qualcosa che non distrugge, ma attraversa; e attraversando conferisce forma.

11.2 Il diritto vive di una duplice opposizione:

11.2.1 *opposizione costitutiva*, è l'opposizione del dover essere all'essere, è il gesto con il quale si giudica la realtà come ingiusta e la si vuole cambiare legiferando;

11.2.2 *opposizione ermeneutica* (in senso stretto), è l'opposizione di chi soccombe all'interpretazione vittoriosa.

11.2.3 Le due opposizioni sono entrambi fenomeni costitutivi della nomogenesi, ma si muovono su piani diversi: l'uno aperto, l'altro coperto.

11.2.3.1 L'opposizione ermeneutica è più pericolosa per lo sconfitto

11.2.3.1.1 Nell'opposizione costitutiva lo sconfitto è un aspirante legislatore rimasto in minoranza (il gioco democratico assolve anche la funzione di rappresentazione dell'alternativa, poiché la minoranza può sempre divenire maggioranza); lo sconfitto è un avversario politico, resta quindi legittimato nel suo spazio politico.

11.2.3.1.2 Nell'opposizione ermeneutica, invece, *lo sconfitto è un fuorilegge*. Egli è rappresentato come colui che ha provato a fingere l'esistenza di una norma diversa da quella che è; ha cercato di ingannare la legge, ma la polizia ermeneutica della *communis opinio*, della *sanior pars interpretum* lo ha fortunatamente stanato e messo in condizione di non nuocere.

11.2.3.2 Vero, quindi, che in entrambi i casi chi perde nella partita della nomogenesi deve sottomettersi, ed osservare una norma che non avrebbe voluto (l'alternativa è la devianza). Ma in un caso la sua sconfitta è aperta e aperta resta la cittadinanza dell'opinione alternativa che egli rappresentava; nell'altro la sconfitta è occulta, perché il luogo della sua consumazione non è rappresentato quale formazione della legge, ma della sua conoscenza.

12. Decenni di affermazioni sulla creatività dell'interpretazione non hanno davvero risolto il problema centrale dell'ermeneutica dell'opposizione in un sistema giuridico democratico: la dignità degli sconfitti nel gioco interpretativo.

12.1 Non servono a questo scopo molteplici strategie messe in campo dalle ermeneutiche contemporanee.

12.1.1 L'insistenza sulla *storicità delle interpretazioni* e delle qualificazioni giuridiche che ne conseguono: come dire, oggi hai perso, domani dopodomani, forse giammai... chissà.

12.1.1.1 Di tutte le strategie è la discorsivamente più debole, ma la pragmaticamente più efficace:

12.1.1.1.1 è *debole*, perché si limita a constatare la banalità storica della precarietà di tutto ciò che sia umano; se tutto è precario, precaria è anche la battaglia e anche la vittoria, ma non c'è alcuna differenza specifica in questa precarietà rispetto a qualsiasi altro aspetto della vita;

12.1.1.1.2 è *efficace*, perché lascia indeterminato l'orizzonte della speranza: una stagione, una generazione, un'era geologica?

12.1.1.2 La relatività storica è quindi null'altro che *funzione consolatoria*. Serve a mantenere

l'ordine; serve anche, in qualche misura, a mantenere aperto un pensiero alternativo.

12.1.2 L'insistenza sull'*apertura dei sistemi giuridici*, cioè la tesi che la coerenza affermata tra le interpretazioni dominanti collegate in catene argomentative è costitutivamente precaria, come dire: "hai perso; forse potevi anche vincere – perché le aperture del sistema forse ti avrebbero dato spazio – ma resta il fatto che hai perso, e quindi rassegnati".

12.1.3 L'insistenza sulla *dialogicità dell'interpretazione*: parliamo, parliamo, ma poi hai perso...

12.1.4 L'insistenza sulla *fusionione degli orizzonti* e la sua pretesa di *eticità del giudizio ermeneutico* che ne consegue. Qui si tocca il vertice dell'intollerabile ipocrisia: ti accolgo, mi confondo in te, ho carità verso di te, perché penso che tu dica cose sensate, sono buono perché ti ascolto...ma hai perso e adesso, consolato, sottomettiti.

12.2 L'ermeneutica democratica non può limitarsi a difendere la funzione consolatoria, concedendo una generica possibilità di mutamento futuro del presente normativo; deve rappresentare la dignità epistemica degli sconfitti.

12.2.1 In primo luogo le soluzioni sconfitte sono diritto: alternativo, non vigente

12.2.1.1 Ciò implica che nel processo ermeneutico si possano distinguere le interpretazioni giuridiche (plausibili) da quelle non giuridiche (implausibili).

12.2.1.1.1 Non è una banalità, questa: detto di una disposizione normativa, *il* (null'altro che) *plausibile è giuridico*.

12.2.2 Lo *status* giuridico di un'interpretazione sconfitta è: discorso giuridico rilevante, non vigente.

12.2.2.1 La proposizione giuridica sconfitta è paradossalmente al tempo stesso invalida e valida:

non è vigente, quindi è invalida; fa parte dell'ordinamento, quindi è valida.

12.2.2.2 Non è utile risolvere questo paradosso distinguendo tra validità e vigenza. Postulare la validità non paradossale di tutte le norme, vigenti e non; la validità di tutto e di (quasi) tutto il suo contrario genererebbe soltanto confusione. E la confusione fa funzionare male il sistema.

12.2.2.3 Se proprio si deve trovare una distinzione, tanto vale parlare di *validità normativa*, per tutto ciò che vige, avendo vinto nella battaglia delle interpretazioni; e *validità giuridica proposizionale*, per tutto ciò che, avendo perso, (ancora) non vige.

12.2.3 L'interpretazione sconfitta ha lo stesso destino della norma (o dell'insieme di norme) che interpreta. Una volta che un'interpretazione sia data, nulla può cancellarla, se non l'abrogazione del suo substrato testuale.

12.2.4 Nell'ermeneutica giuridica l'interprete autoritario prevale sulla massa degli interpreti laici. Mille interpretazioni sono sconfitte da quella delle Sezioni Unite.

12.2.5 L'autoritarismo, pur necessario dal punto di vista del funzionamento dell'amministrazione della giustizia, è il nemico principale contro il quale l'ermeneutica dell'opposizione deve porre rimedio. Altro che lusingare i giudici, nobilitando la loro prudenza, saggezza, capacità di coniugare tradizione e innovazione.

12.2.6 Divieto assoluto di rilievo autoritativo di un'interpretazione sull'altra. In sede metodologica ogni interpretazione vale per se stessa e non per l'interprete.

12.2.6.1 L'ideale sarebbe – come nei referaggi – l'obbligo di anonimato sulla provenienza dell'interpretazione. Nell'attuale organizzazione

della archiviazione dei documenti giuridici questo non appare possibile; ma non è detto che si debba rinunciarvi.

12.2.6.1.1 Si potrebbero immaginare delle ‘microcomunità ermeneutiche’ alle quali siano presentate le interpretazioni da esaminare dopo che i testi abbiano subito un trattamento che il più possibile neutralizzi lo stile disciplinare (giurisprudenziale, dottrinale, filosofico-politico) proprio del contesto nel quale siano state generate.

12.2.6.1.2 Certo i testi sarebbero quindi tradotti dal loro idioletto in una lingua neutrale. Ma l’effetto decostruttivo sarebbe indubbio, e varrebbe la pena di tentare.

8. *Opposizioni e incomprensioni. Una risposta alle critiche*

Al progetto delineato in *Ermeneutica dell’opposizione* Giuseppe Zaccaria rivolge «tre sole osservazioni» (in realtà quattro). Grato delle sollecitazioni, replico. Elenco dapprima in corsivo le osservazioni critiche del mio autorevolissimo contraddittore; seguono poi le repliche.

*Uno. Il testo non è chiuso davvero, perché c’è il dialogo con l’interprete*⁴⁵.

Si tratta di una asserzione radicale, che intende smentire il punto di partenza, ovvero la differenza tra dialogare e interpretare. Direi che in questa critica sia stato equivocato il senso della chiusura testuale. Assertire che «l’interprete interrogante diviene interrogato e interpretare è dialogare» è soltanto contrapporre una visione ad un’altra, senza rispondere all’argomento della differenza tra dialogo

⁴⁵ ZACCARIA, *La ragione dialogica*, cit., p. 135: «Ma se è certamente vero che un testo è anche un oggetto chiuso, fissato all’interno di ben determinati confini, che consentono di conservarlo nel tempo, e perciò sta lì di fronte a noi come un oggetto da interpretare, è altrettanto vero che l’interpretazione è possibile solo se quel testo non è soltanto un oggetto, ma se riconosciamo che esso contiene una infinità, o comunque una pluralità, di significati».

(risposte del soggetto) e interpretazione (attribuzione di significato all'oggetto). Il presupposto della critica direi invece risieda nell'equivoca convinzione che senza dialogo l'interprete si illuderebbe di andare alla ricerca di una sola risposta giusta, «perché solamente nel dialogo quel testo chiuso, *il cui significato non va assimilato ad un immobile e univoco punto di vista fissato una volta per tutte*, può dischiudersi alla pluralità delle interpretazioni»⁴⁶. Questa identificazione tra oggettività e univocità è insostenibile in assoluto; in particolare, è del tutto estranea alla tesi da me sostenuta. Che qualcosa sia un oggetto non significa che porti in sé un solo significato vero; significa invece che l'ente interpretato è trattato come qualcosa e non come qualcuno, che non può rispondere come un soggetto e va pertanto interpretato. La «comunanza» tra io e tu – che Zaccaria giustamente intende preservare e per la quale sono scomodati Dilthey e Gadamer (ma sarebbe andato egualmente bene Emilio Betti ed il suo primato del «colloquio») – è una ripresa della *Bildung*, della educata formazione spirituale che nell'impresa ermeneutica rinsalda la comunità. Che interpretare sia più civile che sopprimersi è evidente; ma ciò non toglie che interpretare resta *dire a qualcuno che cosa ha detto*; è una forma del comprendere diversa dal chiedere a qualcuno di esprimersi in un dialogo. Che sia una forma di conoscenza dell'Altro è indubbio; ma che essa non sia ricreazione psicologica dei moti dell'anima altrui, né necessariamente un atto di rinnovata conciliazione degli opposti è altrettanto indubbio. Ogni dialogo può interrompersi senza conclusione, ogni interpretazione può fallire: certo questa non è una buona ragione per smettere di dialogare o di interpretare, poiché la comprensione è una condizione evolutiva di sopravvivenza della specie.

Direi che il vero dissidio sia tra una concezione reale ed una ideale dell'interpretazione. Non affermo che l'una sia migliore dell'altra. Basta che sia chiara la diversità. Se guardiamo l'interpretazione come un'attività che accade davvero, connotata da un potere ermeneutico soggettivo ed una disposizione oggettiva, è insostenibile che l'interpretazione sia un dialogo. Somiglia più che

⁴⁶ ZACCARIA, *op. loc. ult. cit.*, corsivo aggiunto

altro ad un interrogatorio, magari condotto con dolcezza; si interrompe soltanto quando l'interprete decida di aver compiuto il proprio lavoro, di aver attribuito il senso; l'interpretato non ha facoltà di non rispondere (il silenzio è interpretato) e soprattutto non può dire mai: "basta!". Dal punto di vista realista è linguaggio metaforico asserire che «la struttura dell'ermeneutica è indiscutibilmente dialogica, se è vero che il testo-oggetto non è qualcosa di "chiuso", ma qualcosa che pone domande al soggetto interpretante»⁴⁷. Le 'domande' del testo 'aperto' sono figure con le quali l'interprete riveste di forme (e legittima entro una certa cultura) il proprio operato: ma egli non avrebbe difficoltà a distinguere il volto di un uomo dalla pagina di un codice civile.

Devo pertanto replicare alla tesi secondo la quale «se la "chiusura" interrompe questa comunanza, se si frappone un ostacolo al gioco di rinvio tra testo e azione, l'interpretazione diviene al limite impossibile»⁴⁸ che la possibilità di intendere esattamente cosa si faccia quando si interpreta – e, sia chiaro, quando si interpreta nel diritto, poiché 'interpretazione' designa una galassia disomogenea di attività – è legata invece unicamente alla oggettualizzazione, alla chiusura testuale. Altrimenti si dialoga. 'Apertura' del testo è solo una metafora per indicare che la società è pluralista e nessuna interpretazione può schiacciare le altre. Trovo che sia pericoloso, in un'area dello spirito nella quale si producono sentenze e condanne e pene, chiamare 'dialogo' una attività nella quale ci si costituisce nel potere di soggetto interpretante e si colloca l'*interpretandum* in quella di oggetto interpretato.

In questo dibattito Femia e Zaccaria *dialogano* tra loro o *interpretano* un testo? *Dialogano interpretando*, risponderebbe Zaccaria; *aut aut* replicherei, e così via all'infinito. Il colloquio, quello vero, ha possibilità assai maggiori di concludersi con una intesa, con un sorriso e con un accordo (e sin d'ora, con il rispetto che sento di dovere ad una nobilissima figura di studioso, non vedo l'ora che accada); l'interpretazione è intrinsecamente aggressiva, per

⁴⁷ ZACCARIA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 136.

quanta dolcezza e cortesia contenga. È aggressiva perché costituita nella chiusura testuale.

Due. L'ermeneutica è libera di muoversi tra senso e significato, tra assenza e presenza di confini.

Qui confesso di non comprendere. Non comprendo in cosa la distinzione tra senso e significato – mai contestata né discussa nel mio saggio – dovrebbe rilevare ai fini di corroborare la dialogicità dell'interpretazione. Continuo a credere che Zaccaria abbia interpretato il mio appello al realismo come una ingenua (meta)fisica della verità, come una tesi dell'unica risposta corretta: altrimenti non replicherebbe perorando l'esigenza del «contesto di senso potenzialmente infinito»⁴⁹. Che l'interpretazione sia oggettualizzazione non implica affatto che l'oggetto abbia una verità e ancor meno che sia passibile di una sola interpretazione⁵⁰.

Lamenterei piuttosto che non siano stati discussi gli elementi fondamentali della ermeneutica dell'opposizione: l'immanenza linguistica, la differenza tra scrivere su (riscrivere la legge) e scrivere intorno (commentarla)⁵¹, i riferimenti alla prassi dei testi sacri e,

⁴⁹ ZACCARIA, *op. ult. cit.*

⁵⁰ Mi limito a ricordare un passo. FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, cit., p. 99: «Finché l'uomo sarà quel che è, disputerà senza pace di etica o rapporti col divino. L'interprete potrà assecondare l'opposizione agita dal testo o opporsi ad essa, in un continuo gioco di egemonie e controegemonie. Scaturiranno infinite interpretazioni, corroborate da infinite selezioni di materiali testuali, composti in insiemi sempre diversi».

⁵¹ «Chiuso» non significa monologico né ostile al pluralismo delle voci. Significa soltanto che l'unità comunicativa va considerata come un insieme comunicativo finito; una entità che ha parlato e non parla. La chiusura testuale è quindi la condizione per la continua apertura applicative. Cfr. STEINHAEUER, *Excerpt from Cultural Techniques of Law. Remarks on a Format of Excerpt from Cultural Techniques of Law. Remarks on a Format of Legal Studies*, in *Law Text Culture*, 2019, p. 84: «Law is in conflict (Auseinandersetzung) with itself by dismantling (auseinandersetzt) itself and effecting both identity and alterity. It attaches itself to something that might not be legal and is exterior to it. Law's limits are yet also internal; they go through itself. They are both insistent, as well as intervening. In the midst of law, we find files, staples of paper, witnesses, sluggish bodies, networks, stations, a selection of programmes, court architectures, high and low ceiling rooms, streets, morasses, and much more. In the midst of a legal

soprattutto, almeno per quanto riguarda l'obiezione della infinità del senso, della comunicazione come carenza. Anche qui colgo la diversità di approcci: la teoria ermeneutica che perseguo è realista (e che questo non significhi affatto professare una teoria normativa ontologica e veritativa è inutile ormai ripetere) e realismo significa anche chiedersi prima di *cosa* sia comunicare, *perché* lo si faccia. Si comunica perché manca qualcosa; il bisogno espressivo è adattamento e superamento della carenza. Non vi è un incontro tra io e tu, ma incontro tra soggetto e oggetto⁵².

Tre. Il dover essere non è (soltanto) oppositivo.

Ho sostenuto la tesi del dover essere come contestazione dell'essere in altro luogo⁵³. Ne sono ancora risolutamente convinto, ma credo che questo non abbia alcuna influenza ai fini della condivisione o della critica della ermeneutica della opposizione. Riconosco che la concisione della pagina nella quale ho integrato le due opposizioni, quella normativa e quella ermeneutica, abbia facilitato l'incomprensione.

subject, we may find flesh, skin, horn, hair, capital and assets, organisations and apparatus. In the midst of persons, we find things. The juridical is permeated by the political, moral, religious and all the forces that it promised to repudiate. Legal positivism is rattled with uncertainty and harbours a sense of lack and insufficiency within it, regardless of whether such a lack is productive or not. ... Law can be understood as the effect of a continuing process of differentiation that is always also lacking; the effect of such a lack is permanent openness».

⁵² FEMIA, *op. ult. cit.*, p. 98: «interpretare è cogliere la differenza nell'oggetto, perché il *novum* sorto dalla carenza è una differenza. Dovrebbe a tal punto essere chiaro cosa sia l'opposizione ermeneutica. Significa interpretare la creazione in quanto contrasto della carenza, significa intendere l'oggetto nella sua funzione di differenza necessaria entro un sistema (che, come il linguaggio, è sempre un sistema di differenze). L'identità dell'opera – per quanto voglia apparire la ricapitolazione di un sempre così dettato da tradizioni secolari – è la sua novità (quante nuove letture dell'antico conosciamo?) e l'interprete può comprenderla soltanto se la distacca dallo sfondo, assecondandone l'intrinseco movimento oppositivo. Si fondono gli orizzonti soltanto per veder meglio quanto da quegli orizzonti l'oggetto ermeneuticamente costituito si differenzi nella sua chiusura».

⁵³ FEMIA, *Segni di valore*, in Ruggeri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli 2012, p. 85 ss.

Chiarisco. Se tutto va bene nella nostra percezione del mondo, non abbiamo bisogno di norme. Poniamo norme perché la realtà del corso delle cose non ci piace. Se la norma è opposizione al reale, interpretare la norma significa seguirne il senso oppositivo, ovvero portare ad effettività il cambiamento del reale che esse intendeva provocare costituendosi in dover essere. Come ho ripetuto infinite volte *dover essere* significa unicamente *dover fare*, altrimenti restiamo prigionieri dell'illusione che l'unica realtà sia il discorso e non i dolori, i soprusi, gli arricchimenti, le violenze e i piaceri.

Replicare a tutto questo che la «tensione tra il piano della fattualità e il piano di ciò che deve accadere può esprimersi secondo modalità differenziate, non soltanto nei modi della contrapposizione»⁵⁴ può significare soltanto una cosa: che Zaccaria intenda la mia 'opposizione' come autoritarismo o almeno come una tardiva ripresa di idee iperdirigiste dell'azione statale esercitata con la forza riconquistata dello strumento legislativo. Sono mille miglia lontano da questa ideologia. Apprezzo la concezione della normatività come introduzione di differenze, ma per quanto le differenze siano infinite (e abbiamo visto che interpretare un oggetto significa che il risultato non sia unico), per quanto le differenze siano infinitesimali, *tertium non datur*: una cosa o è identica o non lo è. Può esserlo più o meno, ma quando la quantità trasfigura in qualità (quando avrò perso abbastanza capelli, e i dieci capelli rimasti in testa non impediranno che abbia senso dire "sono calvo"), allora una cosa o è uguale o è diversa. Possiamo diffidare della metafisica opposizione – come giustamente ammoniva Uberto Scarpelli – tra *Sein* e *Sollen*, ma dire che il dover essere sia altro dall'essere, significa soltanto dire che una norma è tale se serve a qualcosa: "respirate l'aria" non è una norma.

Non si deve confondere il modo di cambiare la realtà (plurale, flessibile, pragmatico, sperimentale: basti richiamare la retroazione della invalidità per ineffettività)⁵⁵ dal modo di rappresentare il cambiamento: possiamo ben descrivere un processo normativo come

⁵⁴ ZACCARIA, *La ragione dialogica*, cit., p. 137.

⁵⁵ *Retro*, nota 42.

riformista, flessibile, orientato alla ricerca di consenso mediante continui aggiustamenti⁵⁶

L'assimilazione della oppositività allo statalismo non ha fondamento. Meno ancora dedurne questo:

«Diversamente si finisce semplicisticamente per presupporre un unico soggetto detentore del diritto, il legislatore, comprimendo di conseguenza lo spazio occupato dall'attività decisionale e riconoscimentale del giudice e dei consociati che partecipano dinamicamente alla pratica sociale normativa e al momento produttivo del diritto. Una visione datata e antica, che non corrisponde alla complessità attuale del diritto»⁵⁷.

Non ho bisogno di osservare che né in *Ermeneutica dell'opposizione* né altrove ho mai sostenuto progetti autoritari, né abbia mai voluto indulgere ad assimilazioni semplicistiche tra diritto e assolutismo legislativo. Aggiungerei che proprio per aprire il diritto alla comunità degli interpreti occorra guardare con realismo alle differenze di potere, occorra costringere il giudice, proprio perché fa tutt'altro che opera dichiarativa, ad argomentare a partire dalla sua posizione istituzionale. Altro che reificare le norme nella legge statale: la vera, più volte esplicitata, politica del metodo è evitare che l'ermeneutica sia una ipocrisia dell'armonia e una favola dell'ordine. Quando invece ciò che occorre è assumere la responsabilità del lavoro costruttivo, dello scegliere tra opposizioni, opponendo ad esse, magari, anche una nuova soluzione proposta come mediazione (quando è invece soltanto una alternativa).

⁵⁶ Ciò soprattutto – seguendo la ricerca di Scott J. Shapiro, un risalente saggio del quale è proprio in tal punto ricordato da Zaccaria – se accedessimo alla tesi che identifica alcune norme quali piani. Cfr. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge (Mass.) – London, 2011, p. 127: «plans are abstract propositional entities that require, permit, or authorize agents to act, or not act in certain ways under certain conditions» [la copia del volume in mio possesso, acquistata usata, reca una nota scritta a matita del precedente possessore: “certain” is ironic here – mi fa simpatia].

⁵⁷ ZACCARIA, *La ragione dialogica*, cit., p. 137.

Che non si possa dire affatto che nella ermeneutica della opposizione si celi un positivismo veterolegislativo mi sembra evidente dal passo che segue, nella stessa pagina, quello commentato da Zaccaria e che mi sento costretto a riprodurre per intero:

«[Il sistema normativo] vorrebbe trarre forza oppositiva autodefinendosi coerente: ma si tratta di mera immaginazione, poiché è impossibile una coerenza tra opposizioni limitate (ogni testo è chiusura, ogni chiusura è limite) e storicamente contingenti. Non è il sistema normativo a contrapporsi alla realtà, della quale invece è parte: sono le singole emergenze deontiche, le norme, che puntillisticamente si oppongono al corso delle cose, cercando di orientarlo. Le norme nascono quando servono a qualcuno ed è pragmaticamente impossibile che da questo caos di contingenze, desideri, bisogni, prepotenze possa emergere una direzione che annulli le altre e faccia convergere tutti i testi verso un fine unitario. L'unità è il necessario prodotto di una immaginazione ermeneutica, derivata dal progressivo chiarimento delle differenze introdotte da ciascuna opposizione normativa»⁵⁸.

Mi sembra molto lontano da una semplicistica assimilazione del sistema giuridico alla legge statale. L'obiettivo polemico della pagina contestata non era affatto il riconoscimento della necessità del pluralismo ermeneutico o del ruolo della giurisprudenza⁵⁹, ma la critica a visioni della normatività come sistema del dover essere. Visioni che nascono da una concezione del tutto irrealistica della

⁵⁸ FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, cit., p. 98.

⁵⁹ L'assimilazione tra giudice e interprete è, se non semplicistica, riduttiva: interpretano i funzionari pubblici, ed hanno vincoli ermeneutici dovuti alla loro posizione istituzionale ben diversi. La medesima decisione comportante una spesa pubblica, pronunciata da un giudice, potrebbe essere una bella, storica, sentenza additiva di prestazione; firmata in calce ad un atto amministrativo da un dirigente pubblico potrebbe costituire il fatto per il quale un collega del precedente magistrato persegua quel dirigente per abuso di ufficio, o peggio. Non dimentichiamo, inoltre, che interpretano anche le *law firms* che facciano e disfacciano modelli contrattuali di diritto uniforme. E soprattutto non dimentichiamo che chiunque è interprete, ma solo purché ne abbia il potere, nel senso prima precisato.

prassi della legislazione e della giurisprudenza. Le quali non deducono da sommi principi – chiunque rifletta sui vertici e fondamenti ultimi di un sistema non dimentichi che *apices iuris non sunt iura* e soprattutto si interroghi perché *apex* significa sommità, ma *apices iuris* significa sottigliezze, sciocchezze, cavilli che non fanno diritto⁶⁰ – ma sono sempre il prodotto di contingenti occasioni di conflitto e di mediazione. Chi invoca coerenza nel diritto, la costruisce; i principi sono strutture di giustificazione e razionalizzazione di conflitti, non macchine di deduzione *ex cathedra*. Questo e nient'altro si intendeva precisare.

Come ho anticipato, alle tre obiezioni segue una chiusura finale, nella quale si conclude che il saggio, «così ricco di spunti e indicazioni stimolanti, denota una qualche rigidità e resta talora schematicamente prigioniero delle pur felici intuizioni che offre»⁶¹. Su 'rigido' e 'schematico' non spetta a me dire; e neanche su 'felice'. Ma su quanto mi senta non compreso da quello che precede, devo assolutamente dire. Non è semplice racchiudere in una formula il senso dell'obiezione, proverò così:

Quattro. L'opposizione ermeneutica non soccombe

La distinzione tra dialogo e interpretazione è il punto di partenza del programma di ricerca delineato in *Ermeneutica dell'opposizione*; la differenza tra opposizione costitutiva e opposizione ermeneutica è il suo punto di arrivo. Come è stato chiarito⁶², una concezione realistica dell'attività ermeneutica non può ignorare la differenza di potere dell'interprete né il contesto effettivo nel quale l'atto ermeneutico è invocato. Il problema principale è l'autoritarismo nascosto nell'autorevolezza, a sua volta mimetizzata nella disposizione al colloquio e al dialogo. Non nel senso che chi

⁶⁰ MASSETTO, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, in ID., *Scritti di storia giuridica*, Milano 2017, p. 777 ss.; PADOA SCHIOPPA, *Equità nel diritto medievale e moderno. Spunti della dottrina*, in *Riv. st. dir. it.*, 2014, p. 23.

⁶¹ ZACCARIA, *La ragione dialogica*, cit., p. 137.

⁶² *Retro*, § 7, tesi 11.

manifesti queste disposizioni concilianti sia un impostore o un nemico di classe; ma nel modesto senso che con questi strumenti teorici è più difficile difendersi da chi si impadronisca dell'interpretazione mite e ragionevole per chiusure conservatrici.

Quando ero giovane, mi presentai un giorno a Campobasso a lezione proponendo agli studenti di leggere e commentare un po' di fogli, nei quali si discuteva, con toni fortemente critici, una sentenza in tema di rifiuto di trasfusione per motivi religiosi. Quei fogli, scritti a macchina (erano anni lontani, ho detto), riproducevano una mia nota in un libro sui conflitti culturali⁶³. L'aula era naturalmente divisa da un corridoio centrale. Agli studenti del lato sinistro consegnai il foglio anonimo senza avvertire che l'autore fosse il loro professore; a quelli dell'altro, invece, la notizia giungeva ben chiara dal mio nome scritto sull'ultima pagina. Diedi tutto il tempo della lezione per scrivere le loro considerazioni. Il giorno successivo lessi in aula alcuni dei commenti: gli studenti informati sull'identità dell'autore erano in larghissima maggioranza d'accordo con me: non così quelli chiamati ad esprimersi sotto il velo di ignoranza. Conclusi invitandoli a vigilare contro il rischio dell'autorevolezza delle opinioni nel diritto, poiché la libertà del dibattito deve tenersi lontana dall'ombra del potere.

Ma come tutti gli ermeneuti sanno, nessuno può saltare oltre la propria ombra; e l'ombra del potere deve essere governata dall'interno. Come? Una idea, timidamente affacciata, è quella di costituire delle microcomunità ermeneutiche, una miriade di *focus group* chiamati a valutare le interpretazioni senza conoscere l'autorevolezza dell'interprete. Si aprirebbe un territorio di ermeneutica sperimentale – che riprenda seriamente l'*exemplum* molisano di qualche decennio fa – che potrebbe avere degli sviluppi forse oggi non facilmente immaginabili. Non dovrebbe mancare la collaborazione di linguisti per cogliere le tracce linguistiche della posizione istituzionale (se leggo “questo collegio” ho già capito che sta parlando un giudice – ma le tracce da depurare sono molto più

⁶³ FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli 1996, pp. 670-675, nota 1046.

insidiose) e insegnare ai lettori a valutare ogni testo ermeneutico con la minore incidenza possibile della variante autoritaria.

Tutto ciò si regge sulla osservazione seguente: chi contesti una legge, proponendo che sia approvata una diversa, sta facendo attività politica, e la sua posizione è costituzionalmente tutelata dalla libertà di manifestazione del pensiero quale oppositore politico; chi invece interpreti una legge in un senso respinto da chi abbia il potere di ultima parola nel conflitto ermeneutico è semplicemente un fuorilegge.

Si potrà contestare in molteplici modi questa alternativa. Si potrebbe, ad esempio asserire che chi contesti una legge, potrebbe voler disobbedire. Ma contestare nel gioco democratico non è disobbedire (fatte salve disobbedienza civile e diritto di resistenza, che però sono tipici conflitti ermeneutici, poiché implicano diverse interpretazioni dei principi); e l'obiezione non terrebbe. Si potrebbe, oppure, asserire che anche il fuorilegge ermeneutico sia protetto dalla libertà di manifestazione del pensiero e sia tutelato dal fatto di aver potuto dialogare, di essere stato ascoltato, di poter sperare che la sconfitta del presente getti il seme della futura vittoria. Ma sarebbero solo consolazioni che mancano il punto fondamentale. L'oppositore politico è colui che sostiene una idea e un progetto diversi, riconosciuti come parte del discorso politico. Potrebbe dirsi lo stesso dell'oppositore ermeneutico? Quanti sarebbero disposti a chiamare *diritto* la tesi ermeneuticamente sconfitta? Non dubito che volentieri e caritatevoli interpreti accolgano nelle grandi braccia delle loro note a fondo pagina ampi riconoscimenti e prudenti apprezzamenti, persino elogi, per il coraggioso sconsiderato che abbia sostenuto una tesi interpretativa insostenibile; ma sono certo che la gran parte dei pratici ignorerebbe la tesi sconfitta, perché porterebbe a condanna certa. Il diritto applicato dalle aule dei tribunali e dalla realtà degli uffici pubblici e dalla semplice realtà dei conflitti tra privati sarà pure il diritto di una società pluralista, ma *parla per una sola soluzione alla volta*. Ogni volta chi dice il diritto, non dirà mai: "ho dato ragione a te, ma avrei ben potuto darti torto, in fondo non saprei dirti perché abbia deciso così e, chissà, la prossima volta o questa volta stessa lo farò, ecco: sei condannato e

assolto insieme” – sembra di essere finiti in un bizzarro *Alice nel paese delle giureviglie*...

Il diritto è intrinsecamente autoritario e funzionalmente monologico nel momento applicativo. Tutto il resto sarà pure pluralista e dialogico; ma alla fine uno vince e l'altro perde. E, se lo sconfitto nel gioco ermeneutico abbia minori garanzie dello sconfitto nel gioco politico, per il diritto di una società democratica non è una cosa buona. Da qui le distinzioni prima proposte tra validità normativa e validità proposizionale⁶⁴, sulle quali non vale la pena di tornare.

Questo era quanto avevo in animo, quando avvertivo che «particolare attenzione merita l'opposizione di chi soccombe all'interpretazione vittoriosa»⁶⁵. Non si può ridurre la questione, asserendo che «l'interpretazione giuridica può infatti essere “oppositiva”, senza per questo dover necessariamente soccombere all'interpretazione vittoriosa»⁶⁶. Oppositiva è qualsivoglia interpretazione, che vinca o perda; è oppositiva non perché ne contesti un'altra (qui l'equivoco), ma perché ha costituito come oggetto il suo *interpretandum*. Il conflitto tra le interpretazioni è poi risolto in modi assai diversi a seconda del campo ermeneutico; nelle aule dei tribunali, dalla regola della cosa giudicata; nelle aule accademiche, dal maggior numero di consensi tra gli esperti, consenso cui non sono estranei il potere accademico di chi sia autore dell'atto ermeneutico, l'autorevolezza della sede ove è pubblicata o dell'università nella quale l'interprete insegna, e via via seguitando ad elencare contingenze. Ed è tutt'altro problema ancora determinare scientificamente, non per mera suggestione, come queste realtà discorsivo-pragmatiche reagiscano le une sulle altre e come tutte insieme modifichino la effettività dei diritti nella realtà quotidiana.

Non si può allora asserire che l'interpretazione non sia soccombente perché: «si pensi, solo per addurre un esempio, all'interpretazione/decisione che riforma in appello o in cassazione precedenti verdetti giudiziari: essa è certamente “oppositiva” rispetto

⁶⁴ *Retro*, § 7, tesi 12.2.2.

⁶⁵ FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, cit., p. 105.

⁶⁶ ZACCARIA, *Ragione dialogica*, cit., p. 137.

alle tesi dell'interpretazione precedente, ma non soccombe affatto, anzi prevale – provvisoriamente o definitivamente – rispetto alla precedente»⁶⁷. Potrei replicare che sia ovvio che la nuova interpretazione emessa da un giudice di grado superiore non sia soccombente, per la semplicissima ragione che è vittoriosa; e che l'esempio si sarebbe dovuto occupare dell'interpretazione avanzata in primo grado e sconfessata dalle corti superiori⁶⁸. Tuttavia, anche così riformulata, l'obiezione travisa il senso della distinzione tra opposizione politica e opposizione ermeneutica: non si tratta di riconoscere cavallerescamente dignità ad uno sconfitto (perché certo non so quale consolazione possa dare ad un imputato condannato in via definitiva durante il giudizio di rinvio il sapere che nei gradi precedenti era stato assolto grazie ad una diversa interpretazione) ma di preoccuparsi dello statuto democratico della pratica ermeneutica.

Quindi: un conto è affermare che ogni interpretazione sia oppositiva, perché il soggetto interpreta un oggetto costituito dall'interprete come tale; un altro è affermare che l'interprete sconfitto nella contesa tra molteplici interpretazioni veda trattata la sua opposizione ermeneutica in modo peggiore rispetto alla opposizione politica. I due piani sono stati confusi nell'obiezione che mi è stata rivolta.

Collocare su di un piano ideale tutte le interpretazioni, e poi non preoccuparsi di quali siano i percorsi che lascino vincere una interpretazione e quali quelli che possano sovvertire il quadro senza lasciare ai poteri dominanti strategie retoriche per truccare la partita, sarebbe poco pluralista. Poiché la ragione dialogica è la ragione del dialogo sociale; quello che si svolge tra soggetti riuniti in comunità;

⁶⁷ ZACCARIA, *op. loc. ult. cit.*, p. 137.

⁶⁸ E potrei aggiungere che la realtà sia ormai talmente complessa, caratterizzata dalla diffusione sempre maggiore di decisori non gerarchizzabili, che questo discorso non si occupi di quello che accade in un ambito – il dialogo (ma preferirei dire il conflitto) tra le corti – ove il pericolo di confusione tra autorità e pluralismo ermeneutico sia più forte che mai. Cfr. FEMIA, *Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo*, in Rizzo e Ruggeri (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, Napoli, 2010, p. 85 ss.

non quello solitario tra autore e testo, che del dialogo sociale è un singolo frammento, una voce in attesa di risposta.

9. *Scrivilo ancora*

Nell'Antico Testamento, *Libro di Geremia*, il profeta detta a Baruc «tutte le cose che il Signore gli aveva detto» (*Ger.*, 36, 4); Baruc le scrive su di un rotolo. Il re, sconvolto dalla lettura della parola sacra, pensa bene di distruggerla: «lette tre o quattro colonne, il re le lacerava con il temperino da scriba e le gettava nel fuoco sul braciere, finché non fu distrutto l'intero rotolo nel fuoco che era sul braciere» (*Ger.*, 36, 23). Il re ordina di far arrestare Geremia e Baruc, ma il Signore li aveva nascosti.

Distrutta la scrittura, distrutta la parola? Niente affatto. Dio ordina a Geremia di prendere un altro rotolo e di riscrivere. Ma questa riscrittura non è ripetizione; è invece ricapitolazione⁶⁹, espressione della Legge in altro modo:

«Geremia prese un altro rotolo e lo consegnò a Baruc figlio di Neria, lo scriba, il quale vi scrisse, sotto la dettatura di Geremia, tutte le parole del libro che Ioiakim re di Giuda aveva bruciato nel fuoco; inoltre vi furono aggiunte molte parole simili a quelle» (*Ger.*, 36, 32).

Molte parole simili furono aggiunte: Dio non ripete, riscrive diversamente la stessa Legge.

Cosa facciamo quando interpretiamo? Riscriviamo la legge con molte parole simili, come Geremia, o ripetiamo la banalità di un ordine dall'alto? Diverse le condizioni dei discorsi sulla scrittura sacra. La teologia è interpretazione generativa: comprendere la parola di Dio perché chi comprende non sia più come prima. La scienza delle religioni rimuove (almeno esibisce la rimozione, poiché il richiamo alla partecipazione nascosta è fortissimo) questa necessità di partecipazione. Ma rimuove così anche la possibilità di

⁶⁹ Neologismo introdotto da BEAUCHAMP, *L'uno e l'altro Testamento. Saggio di lettura* [1976], I, trad. di A. Moretti, Brescia 1985, p. 172 ss.; cfr. BOVATI, *Deuteriosi e compimento*, in *Teologia*, 2002, p. 20 ss.

osservare. Non si tratta semplicemente di essere parte del contesto che si osserva, l'ineluttabilità dell'orizzonte, che del resto proviene proprio dalle scienze naturali: è proprio che solo *qui de te fabula narratur*.

Come ci disporremo: come lo scienziato delle religioni, portando il testo alla «sterilità assiologica»⁷⁰, o come il fedele eletto, che è stato trasformato dalla parola?

Ci si dispone all'ascolto e solo allora si riceve il dono della comprensione. Ma possiamo permetterci questo lusso nella durezza dei conflitti quotidiani del sistema giuridico? Nel contesto del suo circuito di potere questo atteggiamento diviene ben altro: la sacralizzazione del testo, la iscrizione delle azioni ermeneutiche giuridiche nel segno della funzione sacerdotale. Il giurista non deve però essere trasformato dalla Scrittura giuridica. Il diritto non lo eleva alla laica superstizione del cosmo dei valori (come per troppo tempo prediche accademiche sul dover essere e controrepliche scettiche hanno solidalmente creduto), ma semplicemente, umanamente, prova a correggere la realtà. I valori ci sono nel diritto, eccome; ma non sono l'oltremondo, il cielo, l'aldilà da far scendere sulla terra (troppi giudici vogliono salvare il mondo dal male degli uomini). Sono semplicemente ciò che usiamo per trovare/giustificare una soluzione⁷¹.

Democratizzare il dissenso ermeneutico, cogliere la realtà delle argomentazioni giuridiche nei contesti nei quali sono avanzate e si scontrano: questo potrà essere il contributo dell'ermeneutica dell'opposizione ad «una democrazia che si preoccupi ancora dei limiti al potere»⁷². Il primo dovere dell'interprete è non cedere alla pretesa del reale di apparire razionale, di non lasciarsi sedurre dalla vocazione a tessere le ragionevoli lodi del potere vigente, I rotoli

⁷⁰ Con una espressione che MANCINI, *Negativismo giuridico*, Urbino, 1981, p. 34, nota 15, riprende da Umberto Cerroni.

⁷¹ Un incontro con questa necessità esistenziale dell'applicazione conferirebbe un valore diverso all'impresa del comprendere. Molto opportuna l'ipotesi a fondamento del saggio di GRIFFERO, *Prima della bulimia ermeneutica. Osservazioni sul dialogo mancato tra Emilio Betti e Luigi Pareyson*, in *Syzetesis*, 2020, p. 51 ss. L'ideale del colloquio si scontra con la pratica del silenzio.

⁷² VETTORI, *Il Sessantotto e la forza dei principi*, cit., p. 445.

della Legge possono essere lacerati dal Re; eppure è ancora possibile non soltanto scriverci su, ma scrivere ancora:

«La cultura e una società civile vigile deve sollecitare una mobilitazione capace di fissare le priorità di un processo democratico, tramite appunto la pretesa all'effettività. La quale indirizza verso tutele adeguate ad un ordine fondato su norme e principi, pensati come un antidoto all'astrattezza e capaci di arricchire gli obblighi positivi degli Stati e favorire l'attuazione e l'evoluzione delle forme, come mostra con chiarezza la giurisprudenza europea»⁷³.

Scrivilo ancora, scrivi ancora fino a quando non troverai l'effettività dei diritti. Guardala, e riscrivi.

⁷³ VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

ANTONIO FICI
Professore associato di diritto privato
Università degli Studi del Molise

I “PRESUPPOSTI NEGOZIALI” DELL’“AMMINISTRAZIONE CONDIVISA”: PROFILI DI DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La natura giuridica della parte privata. – 2.1. La qualifica di ente del terzo settore e i suoi requisiti essenziali. – 2.2. Le cooperative di comunità e il terzo settore. – 3. La “gratuità” dei rapporti. – 4. La “comunione di scopo” come fondamento causale dei rapporti *ex artt. 55-57 CTS*. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il tema dei rapporti tra enti del terzo settore e pubbliche amministrazioni – oggetto degli articoli 55-57 di cui al titolo VII del d.lgs. 117/2017 recante il Codice del terzo settore (CTS) – non potrà più essere affrontato e discusso senza tenere in considerazione la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 131 del 2020, resa nell’ambito di un giudizio di legittimità avente ad oggetto una norma di legge regionale sui rapporti tra art. 55 CTS e cooperative di comunità¹. La mole di commenti che la decisione ha repentinamente generato ne conferma la fondamentale importanza per il terzo settore e il suo diritto².

¹ Il testo della sentenza è reperibile in www.terzjus.it.

² Cfr., tra i primi, GIGLIONI, *L’amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in www.labsus.it, secondo cui “ci sono tutte le condizioni perché la sentenza n. 131 del 2020 divenga una pietra miliare nella storia del diritto italiano”; GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in www.rivistaimpresasociale.it; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*,

Segnatamente, la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Governo italiano per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., da parte dell'art. 5, comma 1, lett. b), della legge regionale umbra 11 aprile 2019, n. 2, specificamente dedicata alle cooperative di comunità. Si lamenta il contrasto tra la norma regionale testé menzionata e quella statale di cui all'art. 55 CTS, nella misura in cui la prima sembra estendere a soggetti che di per sé non sono enti del terzo settore – cioè le cooperative di comunità di cui alla medesima legge regionale – il particolare regime dei rapporti con gli enti pubblici che la seconda riserva agli enti del terzo settore, così invadendo la materia dell'ordinamento civile, che la Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato.

Nel giudicare infondata la riferita questione di legittimità (ancorché attraverso una sentenza interpretativa di rigetto), la Corte Costituzionale svolge in diritto una serie di considerazioni che, sebbene non sempre determinanti ai fini della risoluzione della questione ad essa sottoposta (assumendo dunque il carattere di *obiter dicta*), non potranno che influenzare (ed indirizzare in una certa direzione) il futuro dibattito sui diversi temi da essa toccati.

La sentenza della Corte, così come, più ampiamente, l'intera giurisprudenza amministrativa ed euro-unitaria sul tema dei rapporti tra enti del terzo settore ed enti pubblici, e dunque oggi sugli articoli 55, 56 e 57 CTS, presentano numerosi profili di interesse per lo studioso del diritto privato dei contratti e delle organizzazioni. In prospettiva inversa, le categorie privatistiche possono rivelarsi d'enorme ausilio per una migliore comprensione ed applicazione delle norme e degli istituti del diritto amministrativo implicati nella materia in esame.

Più specificamente, il nuovo diritto del terzo settore (così come, del resto, tutti quei “diritti” che trasversalmente si occupano di specifiche materie e settori, quali, per fare solo alcuni esempi, l'ambiente, il turismo, il consumo, il trattamento di dati personali, ecc.) mette in crisi i confini tra il diritto pubblico/amministrativo ed

n. 3/2020, in www.forumcostituzionale.it; SANTUARI, *La Corte Costituzionale sulla coprogettazione. Sciolti i dubbi interpretativi sull'art. 55 del Codice del Terzo Settore*, in www.welforum.it; SCOPPETTA, *Il terzo settore nella sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 26 giugno 2020*, in www.terzjus.it.

il diritto privato, laddove è solo dal dialogo tra le varie discipline giuridiche coinvolte che è possibile ricavare non solo soluzioni normative adeguate alla materia da regolare, ma anche interpretazioni coerenti con l'oggetto della disciplina³.

Il presente contributo – muovendo dalle motivazioni della sentenza n. 131/2020 – intende pertanto fornire di questa giurisprudenza una lettura orientata nel senso suindicato, soffermandosi sui presupposti negoziali di quella che adesso anche la Corte denomina “amministrazione condivisa”⁴, intendendo come tali le condizioni necessarie affinché il modello “collaborativo” di rapporti tra pubblico e privato, accolto dagli articoli 55-57 CTS⁵, possa acquisire la specificità necessaria a distinguerlo dal modello “competitivo” di rapporti di cui al Codice dei contratti pubblici e a sancirne la legittimità anche ai sensi della normativa euro-unitaria in materia. Ad avviso di chi scrive, questi presupposti fondamentali attengono principalmente alla natura giuridica della parte privata e alla causa negoziale, mentre la “gratuità” del rapporto, ancorché elemento di significativa importanza, non assume autonomo rilievo, ma contribuisce a determinare la natura della causa.

2. La natura giuridica della parte privata.

Uno dei primi tratti caratteristici delle forme di collaborazione pubblico-privato di cui agli articoli 55-57 CTS – ovvero di quelli

³ Cfr. già, per più ampie considerazioni del medesimo tenore, FICI, *Introduzione: la riforma come opportunità per il terzo settore*, in Id. (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 15 ss.

⁴ L'elaborazione teorica del concetto e del modello della “amministrazione condivisa” si deve soprattutto agli studi del professor Gregorio Arena, del quale cfr., da ultimo – oltre a ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto tra cittadini e istituzioni per far ripartire l'Italia*, 2020, in www.labsus.it – ID., *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in Fici, Gallo e Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, p. 25 ss.

⁵ Sul principio di collaborazione quale corollario del principio di sussidiarietà orizzontale, e sugli articoli 55-57 quali strumenti giuridici di collaborazione, Cfr. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, n. 2/2019, p. 499 ss.

che si sono qui identificati come “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa” – è costituito dalla natura giuridica del soggetto privato in esse coinvolto, ovvero un ente del terzo settore costituito (e gestito) in conformità alle disposizioni del recente Codice.

L’importanza di questo elemento al fine di giustificare e legittimare le disposizioni di cui ai menzionati articoli del Codice del terzo settore rispetto alla disciplina generale del Codice dei contratti pubblici (e alla disciplina dell’Unione europea) emerge chiaramente dalle parole della Corte. Costituisce anzi, nel caso di specie, il vero e proprio *thema decidendum*, avendo dovuto la Corte valutare se la norma regionale impugnata potesse legittimamente estendere l’ambito di applicazione dell’art. 55 CTS ad una figura soggettiva denominata “cooperativa di comunità”.

Le cooperative di comunità costituiscono una fattispecie molto diffusa a livello di legislazione regionale. L’Umbria fa parte di quel folto gruppo di Regioni che possono vantare una normativa specifica in materia (è stata anzi una delle prime Regioni a dotarsene)⁶. Essa è stata introdotta con L.R. 11 aprile 2019, n. 2, il cui art. 5, comma 1, lett. b), è divenuto appunto oggetto del giudizio di legittimità risolto dalla Corte Costituzionale mediante la sentenza n. 131/2020.

Si tratta di una legge regionale di sostegno agli enti giuridici da essa individuati come “cooperative di comunità”, e non già, ovviamente, di istituzione di un nuovo tipo di ente giuridico (ovvero di sotto-tipo di società cooperativa), poiché, ove così fosse, si realizzerebbe una palese violazione dell’art. 117, comma 2, lett. 1), della Costituzione.

La legge umbra, infatti, riconosce e promuove ruolo e funzione delle cooperative di comunità (art. 1), tali essendo considerate dal legislatore regionale, agli specifici fini (promozionali) della legge in questione, “ed in assenza di norme nazionali che le riconoscano”, le società cooperative (*ex art. 2511 c.c.*) a mutualità prevalente

⁶ Cfr. per riferimenti, anche comparativi, SFORZI e BORZAGA, *Imprese di comunità e riconoscimento giuridico: è davvero necessaria una nuova legge?*, in *Impresa sociale*, n. 13/2019, p. 17 ss.

(ai sensi dell'art. 2512 c.c.) che si prefiggano un determinato scopo di interesse generale da perseguirsi nell'ambito del territorio regionale e che presentino alcuni specifici requisiti di *governance*.

Più precisamente, i requisiti normativi che consentono l'iscrizione di questa particolare tipologia di società cooperativa a mutualità prevalente nell'albo regionale delle cooperative di comunità (art. 3), presupposto necessario per l'acquisizione della relativa qualifica e per l'accesso alle misure di sostegno e promozione di cui agli articoli 4 e 5 della medesima legge regionale, sono:

a) lo scopo di produrre “vantaggi a favore di una comunità territoriale definita alla quale i soci promotori appartengono o eleggono come propria nell'ambito di iniziative a sostegno dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale volte a rafforzare il sistema produttivo integrato e a valorizzare le risorse e le vocazioni territoriali e delle comunità locali nonché a favorire la creazione di offerte di lavoro” (art. 1), ovvero di perseguire “l'interesse generale della comunità in cui operano, promuovendo la partecipazione dei cittadini alla gestione di beni o servizi collettivi, nonché alla valorizzazione, gestione o all'acquisto collettivo di beni o servizi di interesse generale”, cioè “anche al fine di contrastare fenomeni di spopolamento, declino economico, degrado sociale urbanistico” (art. 2);

b) l'aver sede legale ed operatività in uno o più comuni della Regione;

c) la previsione statutaria (e conseguentemente l'effettiva realizzazione):

- di adeguate forme di coinvolgimento dei soggetti appartenenti alla comunità di riferimento interessati alle attività della cooperativa;

- di modalità di partecipazione all'assemblea dei soci dei soggetti appartenenti alla comunità di riferimento interessati alle attività della cooperativa;

- della possibilità di nominare nel consiglio di amministrazione soggetti appartenenti alla comunità di riferimento interessati alle attività della cooperativa.

L'obiettivo di promuovere le cooperative di comunità, come sopra individuate, è realizzato dal legislatore regionale attraverso va-

rie misure, tra cui quella oggetto della disposizione impugnata. L'art. 5, comma 1, lett. b), della L.R. 2/2019, demanda infatti alla Regione la disciplina delle “modalità di attuazione della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accREDITAMENTO previste dall'articolo 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106) e le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità e adotta appositi schemi di convenzione-tipo che disciplinano i rapporti tra le cooperative di comunità e le stesse amministrazioni pubbliche operanti nell'ambito regionale”. Proprio dal momento che l'art. 55 CTS è disposizione rivolta agli enti del terzo settore, si è dunque posta dal Governo italiano la questione relativa a se, coinvolgendo le cooperative di comunità ai sensi dell'art. 55 CTS, la norma regionale non abbia illegittimamente ampliato il novero dei soggetti del terzo settore, la cui individuazione non può che spettare allo Stato, trattandosi di materia dell'ordinamento civile.

La Corte Costituzionale risolve la questione in senso negativo e fa così salva la norma regionale, ma lo fa sulla base di una particolare interpretazione della disposizione impugnata.

La decisione, infatti, non si fonda sul riconoscimento della possibilità per le regioni di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 55 a soggetti diversi dagli enti del terzo settore in senso stretto, ciò che la Corte nega con fermezza⁷, né sull'automatica riconduzione

⁷ Afferma infatti la Corte che “lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dal richiamato art. 55 è però riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS”, e che pertanto “agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS”. Condivide quanto sostiene il ricorrente, ovvero che “qualora la norma impugnata mirasse al coinvolgimento anche di ogni forma di cooperativa di comunità nelle attività previste dall'art. 55 CTS si verificherebbe, come appunto rileva il ricorso statale, un'indebita omologazione di tali cooperative agli ETS”, e nel ricordare che “questa Corte nella sentenza n. 185 del 2018 ha, infatti, precisato che ricade tipicamente nella competenza statale nella materia ‘ordinamento civile’ non solo la conformazione specifica e l'organizzazione degli ETS, ma anche la definizione delle ‘regole essenziali di correlazione con le autorità pubbliche”, conclude affermando quanto segue: “il legislatore regionale, quindi, se da un lato è abilitato, nell'ambito delle attività che ricadono nelle materie di propria competenza, a de-

delle cooperative di comunità alla categoria degli enti del terzo settore, ciò che la Corte senz'altro esclude⁸, bensì esclusivamente sulla circostanza che la norma impugnata deve interpretarsi in un senso diverso da quello per cui è stata valutata incostituzionale dal ricorrente.

Invero, l'art. 5, comma 1, lett. b), L.R. 2/2019, secondo la Corte Costituzionale, non amplierebbe il novero dei soggetti ammissibili alle modalità di relazione pubblico-privato di cui all'art. 55 CTS (né conterrebbe un'espressa qualificazione delle cooperative di comunità come enti del terzo settore), ma si limiterebbe ad attribuire alla Regione il potere da un lato di stabilire le concrete modalità di attuazione dell'art. 55 CTS (disposizione applicabile alle cooperative di comunità solo in quanto dotate dell'ulteriore qualifica di enti del terzo settore) e dall'altro di prevedere, con specifico riguardo alle cooperative di comunità, forme di coinvolgimento di natura diversa da quelle previste dall'art. 55 CTS per gli enti del terzo settore. Da qui la legittimità costituzionale della norma regionale impugnata, non comportando essa, così interpretata, "alcuna omologazione tra un soggetto estraneo al Terzo settore e quelli che vi rientrano"⁹.

clinare più puntualmente, in relazione alle specificità territoriali, l'attuazione di quanto previsto dall'art. 55 CTS, non può, dall'altro, alterare le regole essenziali delle forme di coinvolgimento attivo nei rapporti tra gli ETS e i soggetti pubblici".

⁸ Correttamente, secondo la Corte, le cooperative di comunità non sono di per sé qualificabili come enti del terzo settore, ma potrebbero esserle in quanto assumano – in conformità alla normativa applicabile – una qualifica del terzo settore, come quella di cooperativa sociale o di impresa sociale: sul punto v. anche oltre nel testo. Di conseguenza, potrebbero esservi cooperative di comunità enti del terzo settore e cooperative di comunità prive di questa seconda qualifica.

⁹ Aggiunge la Corte: "Essa, infatti, consente di disciplinare: a) le modalità attuative dell'art. 55 CTS, avendo a riguardo gli ETS, come qualificati dalla normativa statale (e, quindi, anche le cooperative di comunità che in base alla suddetta normativa siano tali); b) le forme di coinvolgimento delle cooperative di comunità, che siano 'soltanto' così qualificabili (e non anche come ETS) e che non potranno essere coinvolte con gli stessi strumenti e modalità riservati dal legislatore statale agli ETS ai sensi del citato art. 55 CTS. Alla stregua delle considerazioni fin qui svolte, va da sé che gli schemi di convenzione-tipo, richiamati dalla disposizione impugnata e da adottare da parte della Regione, sono necessariamente diversi, quanto a presupposti e contenuti, dalle forme di coinvolgimento

Se questa è la vera *ratio decidendi* della sentenza n. 131/2020, quali implicazioni sistematiche possono da essa farsi allora derivare?

2.1. *La qualifica di ente del terzo settore e i suoi requisiti essenziali.*

Dalla sentenza della Corte si evince innanzitutto il potente ruolo giocato dalla nozione legislativa di ente del terzo settore.

L'istituzione della categoria normativa degli enti del terzo settore ha sinora prodotto soltanto vantaggi per questo mondo: da un lato, è stato più semplice per il legislatore richiamare l'insieme di questi enti in provvedimenti di carattere generale (come quelli, recenti, dettati dall'esigenza di fronteggiare le conseguenze dell'epidemia da COVID-19), dall'altro lato, risulta più complesso attribuire vantaggi, fiscali o d'altra natura, a soggetti che non rientrano formalmente nel terzo settore, come dimostra la vicenda giurisprudenziale che ha trovato esito nella sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale. Tant'è che la situazione degli enti aspiranti al riconoscimento quali enti del terzo settore ma impossibilitati ad ottenerlo a causa della persistente (e sul piano politico ingiustificabile) assenza del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS)¹⁰, andrebbe al più presto risolta per non continuare a discriminare, irragionevolmente, gli enti che non sono ancora del terzo settore (ma hanno tutte le caratteristiche sostanziali per esserlo) e gli enti che invece formalmente lo sono già (grazie alle norme transitorie di cui all'articolo 101, commi 2 e 3, CTS).

La nozione di ente del terzo settore accolta nella legislazione di riforma del 2017 si presta ad assumere la funzione concreta di "certificazione di qualità" degli enti ad essa riconducibili. Una certificazione "protetta" mediante il sistema di controlli *ex ante* ed *in itinere* messi in piedi dal CTS e dalla normativa derivata e collegata.

tipicamente disciplinate per gli ETS, perché, qualora attengano a cooperative di comunità non qualificabili all'interno di tale perimetro, la relazione convenzionale con l'ente pubblico si pone su basi diverse da quella accordata ai primi".

¹⁰ Cfr. BOBBA, *Ancora un rinvio per il Decreto del RUNTS*, editoriale del 24 agosto 2020, in www.terzjus.it.

Ed è in questo senso, invero, che anche la Corte Costituzionale se ne avvale per formare il suo giudizio, se è vero che – nel ricercare il motivo per cui “lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dal richiamato art. 55 è [...] riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall’art. 4 CTS” – lo individua nella “stretta connessione” esistente “tra i requisiti di qualificazione degli ETS e i contenuti della disciplina del loro coinvolgimento nella funzione pubblica”.

Infatti, sempre secondo la Corte, “la originale e innovativa (nella sua attuale ampiezza) forma di collaborazione che si instaura mediante gli strumenti delineati dall’art. 55 CTS richiede, negli enti privati che possono prendervi parte, la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire e quindi la effettiva ‘terzietà’ (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano”.

I requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore garantiscono dunque la “terzietà” dell’ente e la sua prossimità rispetto alle finalità perseguite dagli enti pubblici, giustificando così il particolare regime loro “riservato” di rapporti ai sensi dell’art. 55 CTS.

Gli elementi identitari degli enti del terzo settore “sono quindi valorizzati come la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici: secondo le disposizioni specifiche delle leggi di settore e in coerenza con quanto disposto dal codice medesimo, agli ETS, al fine di rendere più efficace l’azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell’interesse generale”.

A livello interpretativo, le parole della Corte confermano quanto si era già sostenuto all’indomani dell’approvazione del Codice, ovvero che quella di “ente del terzo settore” è una qualifica che può essere acquisita (e mantenuta) da un ente (già esistente o costituito *ad hoc*) che risulti in possesso dei necessari requisiti normativi di qualificazione¹¹. Non già dunque un nuovo tipo o sottotipo di ente

¹¹ Cfr. FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, in Id. (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell’impresa sociale. Una*

(ovvero di contratto associativo), bensì uno *status* attribuibile ad enti costituiti ai sensi di altre normative (in primo luogo, del codice civile). Ciò è confermato sia dal dato testuale che dall'analisi sistematica (ed è la conseguenza necessaria della funzione essenzialmente promozionale della legislazione sul terzo settore). Il legislatore, infatti, a proposito dell'impresa sociale, parla espressamente di “acquisire la qualifica” e di “perdere la qualifica” (artt. 1, comma 1, e 12, comma 5, d.lgs. 112/2017), e più in generale non ricollega necessariamente all'iscrizione nel RUNTS l'acquisizione della personalità giuridica (alla stregua dell'art. 22, CTS, questa è infatti una possibilità per gli ETS ma non già una necessità), né fa inevitabilmente derivare dalla cancellazione dal RUNTS l'estinzione dell'ente (ma solo la perdita del patrimonio accumulato, se l'ente vuole continuare ad operare “ai sensi del codice civile”: art. 50, comma 2, CTS).

Più precisamente, si tratta di una qualifica normativa opzionale che un ente giuridico può da subito o nel corso della sua esistenza decidere di assumere¹², ma che potrebbe anche smarrire qualora decida volontariamente di “uscire” dal terzo settore cancellandosi dal RUNTS oppure sia da tale registro cancellato dall'autorità pubblica vigilante in presenza di accertate violazioni della normativa applicabile.

L'acquisto e la conservazione della qualifica sono, come detto, subordinate al possesso da parte dell'ente, di alcuni requisiti essenziali di varia natura, ovvero:

a) la forma giuridica di associazione, riconosciuta o non riconosciuta (come persona giuridica), o di fondazione o di altro ente di carattere privato diverso dalle società¹³;

b) l'indipendenza dai soggetti di cui all'art. 4, comma 2, CTS, ovvero sia da amministrazioni pubbliche, formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza

introduzione, cit., p. 83 ss.; ID., *La nuova impresa sociale*, *ivi*, p. 377 ss.

¹² Nessun ente è infatti obbligato a diventare “del terzo settore”, cioè ad assumere tale qualifica, neanche qualora di fatto svolga senza scopo di lucro un'attività di interesse generale.

¹³ Solo l'impresa sociale può anche avere la forma di società, financo a determinate condizioni unipersonale.

di categorie economiche, associazioni di datori di lavoro, che sono poi quei soggetti che non possono mai acquisire la qualifica di ente del terzo settore¹⁴;

c) l'esercizio in via esclusiva, o quanto meno principale, di una o più attività di interesse generale, in una qualsiasi forma – non solo gratuita, volontaria o erogativa, ma anche mutualistica o imprenditoriale – e fatta salva la possibilità di esercitare attività “diverse” da quelle di interesse generale entro limiti predeterminati dalla legge¹⁵;

d) il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale;

e) l'assenza di scopo di lucro¹⁶;

f) l'iscrizione nel RUNTS¹⁷.

¹⁴ Una deroga è stata successivamente introdotta dall'articolo 11 *sexies*, comma 1, del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, con riguardo agli enti risultanti dalla “trasformazione” delle IPAB. Oggi si legge infatti nell'art. 4, comma 2, CTS, quanto segue: “sono altresì escluse dall'ambito di applicazione del presente comma le associazioni o fondazioni di diritto privato *ex Ipab* derivanti dai processi di trasformazione delle istituzioni pubbliche di assistenza o beneficenza, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 16 febbraio 1990, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 23 febbraio 1990, e del decreto legislativo 4 maggio 2001, n. 207, in quanto la nomina da parte della pubblica amministrazione degli amministratori di tali enti si configura come mera designazione, intesa come espressione della rappresentanza della cittadinanza, e non si configura quindi mandato fiduciario con rappresentanza, sicché è sempre esclusa qualsiasi forma di controllo da parte di quest'ultima”. Analoga previsione si trova nell'art. 4, comma 3, d.lgs. 112/2017, ma con riferimento a soggetti diversi da quelli di cui all'art. 4, comma 2, CTS.

¹⁵ Il requisito si trova più precisamente declinato negli articoli 5 e 6 CTS.

¹⁶ Il requisito si trova più precisamente declinato nell'art. 8 CTS. Una disciplina particolare vale per le imprese sociali (cfr. art. 3, d.lgs. 112/2017).

¹⁷ Sicché, costituendo anch'esso un requisito costitutivo della natura giuridica di ETS, un ente non iscritto al RUNTS non potrebbe qualificarsi come ETS e far uso della relativa denominazione, nonostante presenti tutti gli altri requisiti di qualificazione precedentemente elencati nel testo. Gli ETS devono inoltre iscriversi nel registro delle imprese qualora svolgano attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale (art. 11, comma 2, CTS). Le imprese sociali sono tenute ad iscriversi soltanto nel Registro delle imprese, alla sezione di quest'ultimo loro specificamente dedicata (cfr. art. 5, d.lgs. 112/2017).

Questi requisiti sono tra loro cumulativi, nel senso che tutti quanti devono essere posseduti da un determinato ente affinché esso possa qualificarsi come ente del terzo settore. Sono questi requisiti a dar forma a quella specifica identità degli enti del terzo settore che giustifica e legittima la riserva in loro favore dei rapporti con la pubblica amministrazione di cui all'art. 55 CTS e che allo stesso tempo non ne consente l'estensione per legge regionale (o in via interpretativa) a soggetti che formalmente non appartengono al terzo settore, come nel caso specifico le cooperative di comunità (in quanto tali)¹⁸.

La natura giuridica della parte privata diventa dunque un fondamentale elemento distintivo dei rapporti pubblico-privato di cui all'art. 55 CTS, ovvero, impiegando la terminologia qui proposta, un presupposto negoziale dell'amministrazione condivisa di cui l'art. 55 individua alcuni particolari forme di realizzazione.

Nella sentenza n. 131/2020, il ragionamento della Corte Costituzionale è limitato all'articolo 55 CTS, non essendo gli articoli 56 e 57 CTS nemmeno menzionati. Analoghe considerazioni possono tuttavia valere anche a loro riguardo.

In relazione agli articoli 56 e 57 preme anzi sottolineare come il loro ambito di applicazione sia ancora più ristretto di quello di cui all'art. 55, essendo circoscritto a quelle tipologie organizzative (ovvero qualifiche particolari) del terzo settore – cioè le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale (l'art. 57, invero, alle sole organizzazioni di volontariato, per di più aderenti ad una rete associativa nazionale del terzo settore¹⁹ ed accredi-

¹⁸ Una questione di questo genere si è posta, a livello interpretativo, con riguardo alle organizzazioni non governative (ONG), già contemplate nella legge 49/1987, oggi abrogata. Il Ministero del lavoro, nella nota del 22 maggio 2019, n. 4787 (disponibile in www.terzjus.it), ha negato l'automatico riconoscimento come ETS di questa fattispecie soggettiva poiché non inclusa tra quelle "tipiche" previste dal d.lgs. 117/2017.

¹⁹ Le reti associative sono associazioni, riconosciute o non riconosciute, che aggregano (direttamente o indirettamente, cioè attraverso gli enti ad esse aderenti) almeno cento enti del terzo settore (o almeno venti enti del terzo settore con la forma giuridica di fondazione) con sedi legali o operative in almeno cinque diverse regioni o province autonome, al fine di svolgere "attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore loro associati e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuov-

tate secondo la normativa regionale applicabile) – i cui requisiti di qualificazione sono ancora più stringenti, ciò che le rende financo più “virtuose” (come testimonia il regime fiscale di maggior favore di cui godono all’interno del CTS) e funzionalmente “più vicine” agli enti pubblici di ogni altra tipologia di ente del terzo settore.

Com’è noto, infatti, anche al fine di recepire la prassi preesistente al Codice del 2017, il legislatore della riforma ha sì unificato il terzo settore fornendo un’identità comune a tutti gli enti che lo compongono, ma non l’ha uniformato, rispettando la intrinseca varietà tipologica che continua a connotarlo grazie ad una precisa tecnica normativa, che è stata quella di affiancare ad una fattispecie generale ed “atipica” nei suoi possibili contenuti (cioè l’ente del terzo settore in generale, i cui tratti distintivi abbiamo sopra presentato), alcune fattispecie particolari e “tipiche”, specializzate rispetto alla fattispecie generale e tra loro distinte, in virtù di norme particolari loro applicabili che prevalgono, ove sussistenti, sulla disciplina generale (art. 3, comma 1, CTS)²⁰. Il risultato è stato dunque che la riforma ha dato normativamente vita sia ad un ente del terzo settore “in generale” (da iscriversi nella sezione residuale del RUNTS dedicata agli “altri enti del terzo settore”) sia a “singoli” enti del terzo settore (a ciascuno dei quali corrisponde una diversa sezione del RUNTS).

verne ed accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali” (art. 41, comma 1, CTS). Tra le reti associative ve ne sono alcune destinatarie di una particolare considerazione legislativa. Si tratta delle reti associative nazionali, tali perché associano (direttamente o indirettamente) almeno cinquecento enti del terzo settore (o almeno cento enti del terzo settore con la forma giuridica di fondazione) con sedi legali o operative in almeno dieci diverse regioni o province autonome (art. 41, comma 2, CTS). Oltre alle funzioni delle reti associative ordinarie, le reti associative nazionali possono svolgere altre attività, tra le quali spicca quella dell’eventuale controllo (di legalità) degli enti loro aderenti, previa autorizzazione concessa dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali (art. 93, comma 5, CTS), se risultano in possesso di particolari requisiti tecnici e professionali (ancora) da definirsi con decreto ministeriale. Da osservare, infine, che tra tutte le reti associative nazionali, il legislatore riconosce un particolare ruolo, e specifiche prerogative, a quella “più rappresentativa sul territorio nazionale”.

²⁰ Avevamo proposto la distinzione tra fattispecie “tipiche” ed “atipiche” di enti del terzo settore, adesso accolta dalla Corte Costituzionale, già in FICI, *Fonti della disciplina, nozione e governance degli enti del terzo settore*, cit.

Ebbene, tra queste qualifiche particolari, quelle dell'organizzazione di volontariato e dell'associazione di promozione sociale (ed in particolare la prima delle due) più si caratterizzano per la dimensione gratuito-erogativa dell'agire e la struttura democratica e partecipata di *governance*, ciò che le rende ancora più coerenti rispetto agli obiettivi dell'amministrazione condivisa di quanto non lo siano gli altri enti del terzo settore²¹. Ciò giustifica il *favor* legislativo che si attua indirizzando le misure di collaborazione pubblico-privato di cui agli articoli 56 e 57 CTS soltanto a queste particolari tipologie di enti del terzo settore (più precisamente, l'art. 57, come già ricordato, si rivolge soltanto alle organizzazioni di volontariato)²².

²¹ Le organizzazioni di volontariato sono associazioni (riconosciute o non riconosciute) – costituite da almeno sette persone fisiche (oppure da almeno tre ODV) – che nell'esercizio della loro attività devono avvalersi prevalentemente delle prestazioni volontarie dei propri associati (art. 32, comma 1, CTS), potendo ricorrere al lavoro retribuito soltanto in presenza di determinate condizioni e nel rispetto di precisi limiti stabiliti dalla legge (art. 33, comma 1, CTS). Devono inoltre operare prevalentemente in favore di terzi (art. 32, comma 1, CTS), e per l'attività di interesse generale che svolgono non possono ricevere in cambio più del rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate, a meno che tale attività sia svolta quale attività secondaria e strumentale nei limiti di cui all'articolo 6 CTS (art. 33, comma 3, CTS). A livello di *governance*, le ODV devono necessariamente avere tutti gli amministratori soci e non possono remunerare i componenti degli organi sociali (tranne quelli muniti dei necessari requisiti professionali che compongono l'organo di controllo interno). L'associazione di promozione sociale è, rispetto all'ODV, un modello organizzativo a "più bassa definizione" legislativa. Diversamente dalle ODV, l'APS può infatti svolgere la propria attività di interesse generale indifferentemente in favore di associati, loro familiari o terzi non associati (art. 35, comma 1, CTS), e non è vincolata al solo rimborso spese. Nondimeno, il suo agire rimane legato ad una dimensione di volontariato prevalente. Infatti, al pari delle ODV, le APS sono tenute ad avvalersi prevalentemente dell'attività di volontariato dei propri associati (art. 35, comma 1, CTS), potendo impiegare lavoratori retribuiti "solo quando ciò sia necessario ai fini dello svolgimento dell'attività di interesse generale e al perseguimento delle finalità", fermo restando che "in ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari o al cinque per cento del numero degli associati" (art. 36 CTS). Se pertanto lo svolgimento in forma (oggettivamente) lucrativa dell'attività di interesse generale non è in principio impedito alle APS, la loro capacità economico-imprenditoriale è tuttavia fortemente limitata da queste ultime disposizioni.

²² Cfr. sul punto Cons. St., 10 agosto 2016, n. 3615.

L'importanza attribuita alla particolare natura giuridica della parte privata al fine di giustificare (e legittimare) rapporti pubblico-privato del carattere di quelli di cui agli artt. 55-57 CTS non costituisce del resto una novità in giurisprudenza. Emerge già dalle importanti decisioni rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di affidamento di servizi di trasporto sanitario²³ – su cui si avrà peraltro modo di ritornare tra breve in questo scritto – che a loro volta hanno fatto breccia sulla giurisprudenza amministrativa italiana in tema di art. 57 CTS, nonché, più recentemente, anche su quella in materia di convenzioni *ex art.* 56 CTS²⁴.

Chiaro ed importante è, in conclusione, il condivisibile messaggio della Corte Costituzionale: solo per enti con una identità legislativa che li renda funzionalmente simili alle pubbliche amministrazioni è possibile contemplare modalità di rapporto con queste ultime ispirate al paradigma dell'amministrazione condivisa. La legittimità di questi rapporti rispetto a quelli fondati sul Codice dei contratti pubblici dipende da questo presupposto fondamentale, ovvero che la disciplina del soggetto privato sia tale da garantirne “comunanza di interessi” rispetto all'amministrazione pubblica e “terzietà” rispetto al mercato e al profitto. Il Codice del terzo settore costituisce una legislazione “epocale” già solo per il fatto di essere stato capace di attribuire agli enti da esso regolati un'identità foriera di così rilevanti benefici²⁵.

²³ Cfr. CGEU, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, CGUE, 28 gennaio 2016, causa C-50/14, CGUE, 21 marzo 2019, causa C-465/17 e CGUE, 20 giugno 2019, causa C-424/18, tutte reperibili in www.terzjus.it.

²⁴ Cfr., per la giustificazione e legittimità di una procedura per l'affidamento di servizi di trasporto socio-sanitario svolta *ex art.* 56 CTS, Cons. St., sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199, che, molto significativamente, è stata decisa in un momento successivo alla pubblicazione della sentenza n. 131 della Corte Costituzionale. A diverse conclusioni, invece, in questo caso seguendo l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018, era precedentemente giunto il Tar della Toscana, Sez. I, sempre con riguardo all'art. 56 CTS, nella sentenza 1 giugno 2020, n. 266, sulla base di una particolare concezione dell'elemento della “gratuità” della convenzione (su cui v. *infra* nel testo). Tutte queste decisioni sono reperibili in www.terzjus.it.

²⁵ Non si tratta di una valutazione dettata dall'approccio eccessivamente entusiastico dell'autore di questo scritto alla riforma (ciò che ROSSI, *op. cit.*, p. 59, nt. 17, mi attribuisce), bensì solo di una constatazione di fatto alla luce di quanto

2.2. *Le cooperative di comunità e il terzo settore.*

Solo gli enti privati che sono formalmente dentro il terzo settore possono pertanto accedere agli istituti della amministrazione condivisa di cui agli articoli 55-57 CTS, non già anche quelli che ne sono fuori, come in generale le società cooperative e più specificamente le cooperative di comunità in quanto tali.

Quest'ultima fattispecie, come già si ricordava, è molto diffusa a livello di legislazione regionale, ma non trova alcuna corrispondenza in quella nazionale, sebbene alcuni tentativi di prevederla siano stati compiuti mediante specifici progetti di legge²⁶.

V'è anzi ancora in corso un dibattito sull'opportunità di introdurre una specifica disciplina delle cooperative di comunità, rispetto alla quale la posizione che ci sembra più condivisibile è quella di chi ne esclude l'esigenza, sostenendo che la disciplina dell'impresa sociale, dopo la riforma del 2017, possa adeguatamente ospitare e dare dunque consistenza giuridica alle varie "imprese di comunità" che si stanno sempre più creando nel territorio nazionale, eventualmente con alcune modifiche ed integrazioni dettate dalla necessità di tenere conto delle peculiarità di questo modello d'impresa²⁷.

Senza voler entrare qui più approfonditamente nel merito della discussione, ci sembra tuttavia che la sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale, là dove si sforza di ricondurre le cooperative di comunità vuoi alla legge 381/91 sulle cooperative sociali vuoi al d.lgs. 112/2017 sull'impresa sociale, possa essere letta nel senso di rafforzare la tesi che qui si è condivisa²⁸.

sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza commentata. Nel giudicare "epocale" la svolta consacrata dal Codice del terzo settore, l'autore di questo scritto si trova peraltro in ottima compagnia: cfr., proprio con riferimento ai rapporti pubblico-privato, CLARICH e BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma?*, in *JusOnline*, n. 3/2018, p. 29.

²⁶ Ne danno conto SFORZI e BORZAGA, *op. cit.*

²⁷ Sul punto, cfr. la condivisibile e ben motivata posizione di SFORZI e BORZAGA, *op. cit.* Più in generale, su questa figura, cfr. Mori e Sforzi (a cura di), *Imprese di comunità. Innovazione istituzionale, partecipazione e sviluppo locale*, Bologna, 2018, *passim*.

²⁸ Del medesimo avviso sembrano BERNARDONI e BORZAGA, *Imprese di comunità, come inquadrarle? Una proposta alla luce della Sentenza 131/2020 della Corte costituzionale*, in www.rivistaimpresasociale.it.

Infatti, dopo averne (correttamente) escluso la automatica riconduzione al terzo settore, la Corte ritiene che le cooperative di comunità, in forza della normativa statale attualmente vigente, possano però accedere agli istituti dell'art. 55 CTS se:

a) costituite come cooperative sociali, assumendo così di diritto, ai sensi dell'art. 1, comma 4, d.lgs. 112/2017, la qualifica di imprese sociali (e dunque di enti del terzo settore); oppure

b) qualificate come imprese sociali dotandosi dei requisiti di cui al d.lgs. 112/2017 ed effettuando l'iscrizione nel Registro delle imprese (nella sezione dedicata alle imprese sociali), la quale, per le imprese sociali, sostituisce l'iscrizione al RUNTS (art. 11, comma 3, CTS).

In entrambi i casi, infatti, esse si qualificerebbero anche come enti del terzo settore, rientrando a pieno titolo nella sfera di applicazione dell'art. 55 CTS.

È possibile già oggi, dunque, creare cooperative di comunità avvalendosi della normativa statale vigente in materia di terzo settore, e se l'unico problema davvero significativo è quello di eventuali attività di interesse generale non rientranti nell'ampio elenco (a carattere tassativo) di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 112/2017²⁹, potrebbe allora essere più agevole aggiornare questo elenco secondo la procedura prevista dall'art. 2, comma 2, d.lgs. 112/2017, per includervi altre attività di interesse generale tipicamente svolte dalle imprese di comunità³⁰, che approvare una legge nazionale che que-

²⁹ Cfr. ancora SFORZI e BORZAGA, *op. cit.*

³⁰ L'elenco di cui all'articolo 5, comma 1, può essere aggiornato – tenuto conto delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, nonché delle finalità e dei principi del CTS – con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da adottarsi “ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, acquisito il parere delle Commissioni parlamentari competenti, che si esprimono entro trenta giorni dalla data di trasmissione del decreto, decorsi i quali quest'ultimo può essere comunque adottato”.

Più specificamente, al fine di collegare queste ulteriori attività alle imprese di comunità, si potrebbe adottare una tecnica legislativa simile a quella prevista per le attività strumentali dall'art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. 112/2017. Cfr. *amplius* FICI, *L'integrazione delle cooperative di comunità nella disciplina dell'impresa sociale: una proposta*, di prossima pubblicazione

ste ultime istituisca, la quale, peraltro, non potrebbe che duplicare – generando così un’ indesiderabile inflazione normativa, controcorrente rispetto alle esigenze di unificazione che hanno condotto alla riforma del terzo settore del 2017 – molti dei contenuti già presenti nel d.lgs. 112/2017, dacché le imprese di comunità condividono già nella sostanza numerosi tratti qualificativi delle imprese sociali *post* riforma (e possono pur sempre dare forma giuridica alle loro specificità attraverso puntuali disposizioni statutarie).

Peraltro, una legge sulle “cooperative di comunità” limiterebbe *a priori* il fenomeno poiché costringerebbe le “imprese di comunità” ad assumere la forma della società cooperativa. La legislazione sull’impresa sociale ci insegna invece, a far tempo già dal d.lgs. 155/2006, che la pluralità delle forme giuridiche, tra cui quelle di associazione, fondazione e società di capitali, può essere la scelta migliore perché in alcuni casi forme giuridiche diverse da quella cooperativa possono rivelarsi più efficaci ed adeguate a fornire struttura organizzativa ad un’impresa con finalità sociali. La tendenza registrata a livello di legislazione europea parrebbe confermarlo³¹.

Naturalmente, con quanto detto sopra non s’intende negare (né la legittimità né tanto meno) l’opportunità di leggi regionali, come quella umbra, che promuovano le cooperative di comunità³², anche

Invece, secondo BERNARDONI e BORZAGA, *op. cit.*, “la sentenza della Corte rafforza quindi la tesi secondo cui è opportuno che l’impresa di comunità venga riconosciuta come una tipologia di impresa sociale con una modifica del d.lgs. n. 112 del 2017 le caratterizzi in base all’obiettivo – l’interesse della comunità – e non ai settori di attività, consentendo quindi a queste imprese – come già previsto per le imprese di inserimento lavorativo – di impegnarsi nella produzione di qualsiasi tipo di beni e servizi di pubblica utilità come ad esempio la gestione del servizio idrico o la produzione e distribuzione di energia da fonti rinnovabili, settori in cui non possono operare le imprese sociali tradizionali”.

³¹ Cfr. FICI, *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Study for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament, Brussels, 2017.

³² Le quali, peraltro, molto ricordano le “comunità di utenti” di cui all’art. 43 della Costituzione, sicché la loro promozione godrebbe anche di copertura costituzionale. Sul punto può essere utile la lettura di CUSA, *La cooperazione energetica tra tutela dei consumatori ed economia sociale di mercato*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 663 ss.; nonché ID., *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Or. dir. comm.*, n. 1/2020, p. 71 ss.

se non si comprende perché non debbano parimenti essere promosse da una regione le imprese sociali di comunità che non abbiano forma cooperativa (e che potrebbero peraltro essere organizzate e gestite in maniera ugualmente democratica)³³.

3. La “gratuità” dei rapporti.

La Corte avrebbe potuto fermarsi a questo punto della sua motivazione. Infatti, una volta attribuito all’art. 5, comma 1, lett. b), della legge regionale umbra 11 aprile 2019, n. 2, un significato compatibile con la disciplina costituzionale di riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni, e dunque tale da non ledere nel caso specifico la volontà del legislatore nazionale di riservare agli enti del terzo settore (propriamente detti *ex* d.lgs. 117/2017) gli strumenti giuridici di collaborazione *ex* art. 55 CTS, ciò che rientra nella materia di esclusiva competenza statale dell’“ordinamento civile”, la questione di legittimità costituzionale della norma impugnata poteva dirsi risolta, a nulla servendo un’indagine sul significato e la rilevanza costituzionale del medesimo art. 55 CTS, che la Corte ha ritenuto però opportuno svolgere ugualmente.

Tuttavia, ancorché non necessario, il giudizio della Corte sulla ragionevolezza dell’art. 55 e la sua legittimità alla luce del diritto euro-unitario degli appalti pubblici (e di conseguenza anche del Codice dei contratti pubblici), s’inserisce autorevolmente, pur non menzionandolo espressamente, in un dibattito tanto acceso quanto delicato sui rapporti tra Codice del terzo settore e Codice dei contratti pubblici, e per le conclusioni cui la Corte perviene, tale giudizio non può che risultare particolarmente gradito a chi condivide la tesi secondo la quale gli articoli 55-57 CTS darebbero vita a relazioni pubblico-privato così specifiche da rendere inconcepibile

³³ Pur conservando, ovviamente, le cooperative la loro specificità che le rende un modello particolarmente virtuoso di impresa sociale. Non a caso, le cooperative sociali sono automaticamente, “di diritto”, qualificate dal legislatore come imprese sociali. Sul punto cfr. CUSA, *Le cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 948 ss.; nonché FICI, *Le cooperative sociali dopo la riforma del terzo settore*, di prossima pubblicazione.

l'applicazione prioritaria di norme, come quelle del Codice dei contratti pubblici, pensate per rapporti di natura affatto diversa³⁴.

Già si è detto di come la natura di ente del terzo settore posseduta dalla parte privata non possa che influenzare la disciplina dei rapporti *ex artt.* 55-57 CTS. Un altro elemento in tal senso essenziale parrebbe essere quello della “gratuità” di tali rapporti, a fronte della “onerosità” che invece sempre connoterebbe i rapporti regolati dal d.lgs. 50/2016.

Di tale “gratuità”, quale fattore discriminante i rapporti collaborativi di cui agli artt. 55-57 CTS, esistono però due interpretazioni diverse, una più ampia, l'altra molto più restrittiva.

Nel giudicare compatibile con il diritto dell'Unione europea l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dalle note sentenze *Spezzino* e *Casta*, ne individua una condizione di legittimità nella circostanza che le organizzazioni di volontariato affidatarie dei servizi “non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri”. La Corte europea ammette peraltro che tali organizzazioni “si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, [...] sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato”, a condizione però che l'attività sia “svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento” ovvero “nei limiti imposti dalla legislazione nazionale”, e che eventuali rimborsi spese ai volontari riguardino soltanto ed esclusivamente spese effettivamente sostenute entro limiti preventivamente stabiliti dall'organizzazione medesima³⁵.

Il carattere “gratuito” degli affidamenti che ne giustifica e legittima il particolare regime giuridico risiede dunque, secondo questa

³⁴ Cfr. l'appello “Il diritto del terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore”, che aveva come primi firmatari Gregorio Arena e Felice Scalvini: <https://urly.it/36rg1>.

³⁵ Cfr. CGEU, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, cit., e CGUE, 28 gennaio 2016, causa C-50/14, cit.

prima interpretazione, nella commisurazione del corrispettivo versato dalla pubblica amministrazione alle spese effettivamente sostenute dall'organizzazione privata per rendere il servizio. Il corrispettivo, cioè, costituisce in realtà un rimborso spese, ovvero è limitato a queste ultime, non comportando alcun utile o profitto a beneficio dell'organizzazione affidataria. Possono però legittimamente determinare la misura del corrispettivo, ed essere pertanto rimborsate all'organizzazione affidataria, anche le spese relative al costo del lavoro e al rimborso delle spese a loro volta sostenute dai volontari, purché le prime siano necessarie per il regolare funzionamento dell'organizzazione affidataria (ovvero non eccedano i limiti stabiliti dalla legislazione nazionale applicabile) e le seconde corrispondano a spese effettivamente sostenute dai volontari entro limiti prestabiliti *ex ante* dall'organizzazione medesima.

È evidente come questi principi risultino ripresi, quasi alla lettera, dal legislatore nazionale nella formulazione dell'art. 56 CTS (applicabile altresì, in virtù del rinvio espresso di cui al comma 2, agli affidamenti di cui all'art. 57, comma 1, CTS)³⁶, e come i requisiti essenziali della qualifica particolare di organizzazione di volontariato di cui agli artt. 32 e ss. CTS corroborino, sul piano sostanziale, il requisito della “gratuità” degli affidamenti come sopra inteso, se è vero che le ODV sono tenute ad avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati (art. 32, comma 1, CTS) – potendo ricorrere a lavoratori retribuiti “esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta”, fermo restando che “in ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari” (art. 33, comma 1, CTS) – e per l'attività di interesse generale prestata possono ricevere soltanto il rimborso delle spese effettivamente soste-

³⁶ Cfr. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, n. 1/2019, p. 157 ss., la quale peraltro giustamente ricorda come anche le linee-guida dell'ANAC sull'affidamento di servizi ad enti del terzo settore e cooperative sociali, adottate con delibera n. 32/2016, seguendo la medesima linea argomentativa della Corte europea, abbiano contribuito a determinare questo risultato.

nute e documentate (art. 33, comma 3, CTS)³⁷. Sul versante delle spese sostenute dai volontari soccorre poi una norma generale, l'art. 17, comma 3, CTS, secondo cui “al volontario possono essere rimborsate dall'ente del Terzo settore tramite il quale svolge l'attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente medesimo”, essendo in ogni caso “rimborsi spese di tipo forfetario”.

L'interpretazione restrittiva del requisito di “gratuità” dei rapporti è stata invece sorprendentemente proposta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 20 agosto 2018, reso in sede consultiva su richiesta dell'ANAC (in funzione dell'aggiornamento delle linee-guida contenute nella delibera n. 32/2016 di quest'ultima autorità)³⁸.

Il Consiglio di Stato include tra le condizioni in presenza delle quali l'affidamento di servizi sociali (che avvenga anche ad esito di una procedura *ex art. 55 CTS*) non debba ritenersi soggetto alla regolazione di origine euro-unitaria, ovvero al Codice dei contratti pubblici, quella dello svolgimento del servizio “a titolo integralmente gratuito”, poiché solo l’“assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza” risolvendosi in un

³⁷ La disciplina delle associazioni di promozione sociale è meno rigorosa rispetto a questi requisiti, ma rimane il fatto che anche le APS devono avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati (art. 35, comma 1, CTS).

³⁸ La sorpresa deriva dal fatto che il Consiglio di Stato, interpellato dal legislatore in sede di riforma del terzo settore, non aveva mosso analoghi rilievi nell'esercizio della funzione consultiva pronunciandosi prima sullo schema di decreto legislativo recante il Codice (parere n. 1405/2017) e successivamente su quello del decreto legislativo “correttivo” al medesimo Codice (parere n. 1432/2018). L'orientamento del Consiglio di Stato espresso nel parere n. 2052/2018 è stato pedissequamente seguito da Tar Toscana, Sez. I, 1 giugno 2020, n. 266, ed ha determinato timori ed incertezze in molte amministrazioni pubbliche, che solo su questa base si sono determinate a seguire la via dell'appalto ai sensi del d.lgs. 50/2016 piuttosto che quella della convenzione ai sensi dell'art. 56 CTS. Ne dà atto anche GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore*, in Fici, Gallo e Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore*, cit., p. 86.

“fenomeno non economico”, strutturalmente estraneo alle logiche di mercato.

Le procedure di affidamento di servizi sociali da rendersi in forma onerosa, cioè “in presenza anche di meri rimborsi spese forfettari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione”, sarebbero invece sottoposte al Codice dei contratti pubblici, “al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore”.

In definitiva, soltanto “il rimborso che escluda la remunerazione di tutti i fattori della produzione altrui (capitale e lavoro) e copra solamente le spese vive, nega l’onerosità della prestazione ed enuclea un contesto di servizio di interesse generale non economico, non interferente, in quanto tale, con la disciplina del codice dei contratti pubblici”.

Del resto, il Codice dei contratti pubblici si applica – come il Consiglio di Stato pone in evidenza – a tutti gli appalti pubblici, ovvero a tutti i “contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi” (art. 3, lett. ii), d.lgs. 50/2016).

È evidente che le due nozioni di “gratuità” non solo conducano a risultati completamente opposti sul fronte dell’applicabilità o meno della disciplina generale dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 alle procedure di cui agli artt. 55-57 CTS, ma ancora prima, e in maniera più rilevante, sottintendano due interpretazioni completamente diverse di questo requisito.

Il Consiglio di Stato, nel summenzionato parere, riferisce la “gratuità” al contratto, interpretandola in maniera corrispondente a come essa è tradizionalmente intesa anche in ambiente civilistico. A titolo gratuito è infatti, per una parte contrattuale, il contratto che, a fronte della prestazione dell’altra parte, non prevede alcuna prestazione a suo carico (ma le impone tutt’al più una prestazione secondaria, cioè un onere o modo, che ne riduce il vantaggio, sebbene non già fino ad azzerarlo del tutto). Laddove nei contratti a titolo oneroso, alla prestazione principale di una parte corrisponde

una prestazione principale anche a carico dell'altra³⁹. Di conseguenza, è evidente che – se questa è la “gratuità” rilevante – allora i contratti che pongono (anche solo) il rimborso spese a carico della pubblica amministrazione sono contratti a titolo oneroso inevitabilmente sottoposti alla disciplina del d.lgs. 50/2016.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, invece, riferisce il requisito (che, peraltro, molto significativamente, non denomina mai “gratuità”) non già al contratto bensì all'affidatario dei servizi, o meglio alla sua prestazione, ritenendolo sussistente allorché quest'ultimo non riceva alcun profitto dalla prestazione, come avviene quando il corrispettivo dell'amministrazione consista nel solo rimborso delle spese effettivamente sostenute per erogare il servizio (peraltro presidiato, al fine di salvaguardarne in concreto la natura, da vincoli quali quello del tetto massimo di rimborsabilità delle spese). Ciò tanto più se si pensa che l'affidatario è limitato nell'impiego di lavoratori retribuiti e mette dunque gratuitamente a disposizione della sua *partnership* con l'amministrazione procedente l'apporto dei propri volontari, restando dunque a suo carico (sebbene solo in forma “figurata”) ampia parte dei costi d'esercizio.

La Corte di giustizia ha pertanto ben presente che il contratto è a titolo oneroso per l'amministrazione anche quando preveda il solo rimborso spese, e che perciò in linea di principio esso potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva appalti⁴⁰, ma l'assenza di profitto per l'affidatario (unitamente ad altri elementi, tra cui l'identità dell'affidatario e le finalità perseguite) lo connota in modo tale da renderlo diverso dagli appalti pubblici. La mera “economicità” (nel senso che i ricavi conseguiti non superano i costi del servizio, come avviene se si è in presenza del solo rimborso spese) della prestazione per l'affidatario (o addirittura la sua “antieconomicità”, se si pensa all'apporto di volontari) è dunque

³⁹ Cfr. ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, e Zatti, Milano, 2011, p. 412 ss.; BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*³, Milano, 2019, p. 448 s.

⁴⁰ Questa è la premessa esplicita nella sentenza *Spezzino*, nella quale si richiama quanto dalla medesima Corte già statuito in CGUE, 19 dicembre 2012, causa C-159/11.

l'elemento dirimente, non già la gratuità del contratto per l'amministrazione.

È possibile, tuttavia, conciliare la tesi del Consiglio di Stato con quella della Corte di giustizia dell'Unione europea?

A nostro avviso, ciò è realizzabile solo nella misura in cui si discernano e distinguano due distinte categorie, quella dell'onerosità e quella della corrispettività, e si tenga conto che, mentre un contratto di scambio, ovvero a prestazioni corrispettive, è sempre oneroso, non è parimenti vero il contrario, potendo sussistere contratti onerosi che non sono a prestazioni corrispettive, come i contratti con comunione di scopo, di cui i contratti associativi (cioè quelli istitutivi di enti e persone giuridiche) costituiscono la manifestazione più evidente nel Codice civile.

Se i rapporti pubblico-privato di cui agli articoli 55-57 CTS trovassero infatti fondamento causale nella comunione di scopo (piuttosto che nella corrispettività delle prestazioni) e fosse quest'ultimo il fattore di per sé idoneo a determinarne la sottrazione dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016, allora la tesi del Consiglio di Stato, espressa nel parere n. 2052/2018, sarebbe comunque superata, perché di altra natura sarebbe la ragione per cui il Codice dei contratti pubblici non si applica a questi rapporti, non già il fatto che essi non siano onerosi per l'amministrazione procedente (dal momento che effettivamente lo sono se si adotta la nozione di gratuità in senso stretto), bensì la circostanza che essi siano con comunione di scopo (sempre che lo scopo comune sia condiviso con un ente del terzo settore). Dall'altro lato, acquisirebbe allo stesso tempo più solide basi teoriche l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, poiché la comunione di scopo costituisce una sorta di sintesi di tutti i tratti caratteristici del rapporto messi in luce dalla Corte medesima, incluso l'elemento dell'assenza di profitto per l'ente privato affidatario del servizio.

È qui che ritorna molto utile la sentenza n. 131/2020 della Corte Costituzionale, la quale infatti non discute di "gratuità", ma focalizza la sua attenzione su un diverso elemento causale ritenuto determinante al fine di attribuire specificità ai rapporti di cui all'art. 55 CTS, rendendoli così modelli organizzativi ispirati non già al principio di concorrenza bensì a quello di solidarietà.

4. La “comunione di scopo” come fondamento causale dei rapporti ex artt. 55-57 CTS.

L’articolo 55 del Codice del terzo settore – esordisce la Corte nella sentenza n. 131/2020 – rappresenta “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost.” che ha, a sua volta, “esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della ‘profonda socialità’ che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una ‘azione positiva e responsabile’ (sentenza n. 75 del 1992)”. Più in particolare, l’art. 55 CTS, in attuazione dell’ultimo comma dell’art. 118 Cost., “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria *procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria*”, ponendo in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore.

Con gli enti del terzo settore – soprattutto in ragione delle loro caratteristiche funzionali (perseguire senza scopo di lucro il bene comune mediante lo svolgimento di attività di interesse generale) – gli enti pubblici instaurerebbero “un nuovo rapporto collaborativo”, diretto a realizzare “*insieme*” l’interesse generale.

Ancora – spiega la Corte – “si instaura [...] tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di *amministrazione condivisa*, alternativo a quello del profitto e del mercato: la ‘co-programmazione’, la ‘co-progettazione’ e il ‘partenariato’ (che può condurre anche a forme di ‘accreditamento’) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di *un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coe-*

sione e protezione sociale, secondo una *sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*⁴¹.

Le parole chiave del messaggio della Corte sono dunque collaborazione, condivisione, convergenza di obiettivi, aggregazione di risorse ed assenza di sinallagmaticità. Sono tutti elementi che contraddistinguono i rapporti di cui all'art. 55 CTS e ne determinano la specificità, rendendone giustificabile il relativo regime giuridico anche alla luce del diritto degli appalti pubblici dell'Unione europea.

Allo studioso del diritto civile una fattispecie negoziale con queste caratteristiche evoca immediatamente la categoria dei contratti con "comunione di scopo" in quanto alternativa a quella dei contratti "di scambio" ovvero "a prestazioni corrispettive".

Seppur in prevalenza dogmatica, in quanto destinataria di una scarna (se non addirittura inesistente) disciplina giuridica⁴², la categoria dei contratti con comunione di scopo è stata elaborata per contrapposizione a quella dei contratti a prestazioni corrispettive (ovvero sinallagmatici o di scambio): in questi ultimi la prestazione di una parte è scambiata con la prestazione dell'altra, sicché ciascuna prestazione trova causa e giustificazione nell'altra, con la quale si trova in rapporto di reciprocità ed interdipendenza⁴³; nei primi, invece, la prestazione di una parte non è effettuata per ottenere in cambio quella dell'altra, ma tutte le prestazioni lo sono per conseguire, attraverso lo svolgimento di una successiva attività di varia natura, uno scopo comune alle parti⁴⁴.

⁴¹ Corsivi aggiunti.

⁴² Al punto che, secondo parte della dottrina, tale categoria non esiste, è inutile o finisce col coincidere con quella dei contratti plurilaterali cui fanno infatti riferimento gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 del codice civile: cfr. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 276. Invero, estesa è invece la disciplina dei contratti associativi (cioè costitutivi di un ente o persona giuridica), che dei contratti con comunione di scopo costituiscono una delle più importanti sottocategorie: cfr. MARASÀ, *Le società*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, e Zatti, Milano, 2000, p. 9 ss. Oggetto di disciplina specifica sono anche altri contratti ascrivibili alla categoria dei contratti con comunione di scopo, come i contratti di rete di cui all'art. 3, comma 4 *ter*, d.l. 5/2009.

⁴³ Cfr. ROPPO, *op. cit.*, p. 418.

⁴⁴ Cfr. ROPPO, *op. cit.*, p. 419.

Nei contratti con comunione di scopo obiettivo condiviso dalle parti è dunque quello di realizzare insieme, grazie agli apporti di ciascuna, un risultato che soddisfi gli interessi di entrambe. In questo senso può dirsi che tra le parti di un contratto con comunione di scopo si realizza una vera e propria collaborazione, una collaborazione in senso stretto, tecnico-giuridico, che assume rilevanza causale e non ha quella valenza meramente descrittiva che può genericamente riscontrarsi in qualsiasi contratto.

Nei contratti con comunione di scopo le parti cooperano apportando risorse (tali contratti sono dunque, come si è già in precedenza sottolineato, tendenzialmente onerosi), ma queste risorse sono aggregate in vista dell'obiettivo comune e non costituiscono oggetto di scambio tra le parti, sicché la prestazione di una parte di per sé non soddisfa l'interesse dell'altra e finisce per rivolgersi anche a vantaggio di chi la effettua⁴⁵.

L'obiettivo dei contratti con comunione di scopo, inoltre, può essere comune a più di due parti, ciò che spiega perché tali contratti possano essere plurilaterali, cioè avere più di due parti. Del resto, là dove non c'è scambio, ma aggregazione di risorse per uno scopo condiviso, sicuramente non si pone un problema di compatibilità tra struttura e funzione, potendo convivere apporti provenienti da più di due parti con la realizzazione della causa contrattuale, ed essendo anzi quasi naturale che ciò si verifichi (non a caso il codice civile finisce riduttivamente per identificare i contratti con comunione di scopo con i contratti plurilaterali)⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. BELVEDERE, *op. cit.*, p. 274, secondo cui il fatto che la prestazione si rivolga a vantaggio anche del contraente che la compie non è un mero corollario della comunione di scopo, bensì criterio di individuazione di questi contratti, infatti: "mentre nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte soddisfa l'interesse solo dell'altra, e costituisce solo un sacrificio per chi la compie, in altri tale prestazione finisce con il tornare a vantaggio anche di chi la compie, indirettamente o direttamente"; dove "indirettamente" presuppone lo svolgimento di un'attività ulteriore resa possibile anche dalla prestazione stessa (società, associazioni, consorzi), e "direttamente" indica che l'interesse di ciascuna parte è soddisfatto dal verificarsi di una situazione giuridica che richiede il sacrificio della parte stessa ovvero dalla sua stessa prestazione di fare o di non fare, come nei contratti con cui viene regolato il godimento di una cosa comune da parte dei comproprietari.

⁴⁶ Cfr. artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.

I rapporti di cui all'art. 55 CTS – possedendo le caratteristiche che la Corte Costituzionale mette bene in evidenza nella sentenza n. 131/2020 – si prestano ad un inquadramento giuridico in questi termini, cioè come rapporti con comunione di scopo piuttosto che sinallagmatici.

Tale qualifica è di per sé idonea a giustificare la soggezione ad un regime giuridico particolare (quello di cui al Codice del terzo settore e alla legge 241/90 cui il medesimo Codice fa rinvio) rispetto a quello generale di cui al d.lgs. 50/2016 (che si occupa di contratti essenzialmente sinallagmatici, in quanto “aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere”), allo stesso modo e per le medesime ragioni per cui sono destinatari di una disciplina speciale (cioè il d.lgs. 175/2016) i contratti associativi della pubblica amministrazione, che pure, come già ricordavamo, appartengono alla categoria dei contratti con comunione di scopo, di cui anzi rappresentano il prototipo.

Inoltre tale qualifica, come già si ricordava, rende non pertinente (al fine di motivare l'estensione ai rapporti ex artt. 55-57 CTS delle norme del Codice dei contratti pubblici) l'argomento della onerosità dei rapporti, poiché quest'ultimo elemento, quand'anche effettivamente sussistente (seguendo l'interpretazione restrittiva che ne dà il Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018), resterebbe comunque assorbito dalla causa di comunione di scopo con il quale è perfettamente compatibile. Quanto al rimborso spese, esso costituisce sì pertanto, secondo questa prospettiva, una prestazione a carico dell'amministrazione, ma non già, tuttavia, una prestazione corrispettiva, bensì (al pari di un conferimento in società) un apporto di risorse pubbliche alla causa condivisa con il *partner* privato (o i *partner* privati) del terzo settore⁴⁷.

Se questa è l'effettiva natura giuridica del rimborso spese, si spiega allora perché sul fronte tributario tali apporti non concorrono alla formazione del reddito degli enti del terzo settore (art. 79,

⁴⁷ Il termine “partenariato” è utilizzato dal legislatore nell'art. 55, comma 4, CTS.

comma 4, lett. b), CTS). Per le medesime ragioni essi dovrebbero rimanere esclusi dal campo di applicazione dell'IVA⁴⁸.

5. Conclusioni.

Le norme di cui agli articoli 55-57 CTS mettono a disposizione di cittadini e pubbliche amministrazioni alcuni particolari strumenti giuridici di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., e del correlato principio di collaborazione tra enti pubblici ed enti del terzo settore nell'ambito del modello organizzativo dell'"amministrazione condivisa", ovvero "il modello organizzativo che, attuando il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, consente a cittadini e amministrazione di condividere risorse e responsabilità nell'interesse generale"⁴⁹.

Se queste norme sono interpretate in stretta connessione con la funzione loro assegnata, è possibile individuare l'esatta natura giuridica dei rapporti pubblico-privato cui consentono di dar vita e giustificare la particolare disciplina in relazione a quella generale dei contratti pubblici⁵⁰.

Facendo ricorso alle categorie del diritto privato, in questo studio si è proposto di qualificare i rapporti nascenti dagli artt. 55-57 CTS come rapporti "con comunione di scopo" (con enti del terzo settore).

⁴⁸ Cfr. sul punto la circolare n. 34/E dell'Agenzia delle entrate del 21 novembre 2013, nonché *amplius* SEPIO, *Le attività di interesse generale degli enti del Terzo settore in regime di convenzione con la P.A. e i conseguenti risvolti fiscali*, in Fici, Gallo e Giglioni (a cura di), *op. cit.*, p. 203 ss.

⁴⁹ Questa la definizione di "amministrazione condivisa" contenuta nell'art. 2, lett. a), L.R. Lazio, 26 giugno 2019, n. 10.

⁵⁰ Nello scritto si è intenzionalmente fatto sempre ricorso al termine "rapporti" piuttosto che a quello "contratti", al fine di non prendere posizione sulla qualificazione pubblicistica di questi rapporti, come contratti o piuttosto come accordi ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/90, come propone GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore*, cit. Invero, si vuole qui solo accennare al fatto che la qualifica pubblicistica di accordi dovrebbe trovare supporto nella tesi che attribuisce comunione di scopo a questi rapporti, non foss'altro alla luce delle discussioni che la dottrina civilistica ha a suo tempo svolto con riguardo a questa categoria negoziale, secondo alcune voci (cfr. MES-SINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 139 ss.) non inquadrabile in quella dei "contratti" poiché priva dell'elemento del conflitto di interessi tra le parti che connoterebbe quest'ultima.

Inducono verso questa conclusione alcuni elementi di fatto tra loro collegati, ovvero la particolare natura giuridica (di ente del terzo settore) della parte privata, l'oggetto del rapporto (lo svolgimento di attività di interesse generale) e il tipo di prestazione a carico dell'amministrazione (rimborso spese).

La natura di ente del terzo settore della parte privata e la causa di comunione di scopo sono stati qui individuati come presupposti negoziali dell'amministrazione condivisa, ovvero come quegli elementi essenziali affinché i rapporti di cui agli artt. 55-57 CTS acquisiscano la specificità sufficiente e necessaria a distinguerli da tutti gli altri rapporti pubblico-privato.

Così qualificati, questi rapporti si differenzerebbero da quelli "di scambio" oggetto del d.lgs. 50/2016, giustificandosi così la particolare disciplina contenuta negli articoli 55-57 CTS. Quest'ultima, a ben vedere, non realizzerebbe una deroga al Codice dei contratti pubblici, avendo ad oggetto rapporti di natura diversa. Anche il problema della compatibilità delle menzionate disposizioni del Codice del terzo settore con il diritto euro-unitario degli appalti pubblici troverebbe in tal modo più agevole soluzione (ciò vale soprattutto con riferimento agli articoli 55 e 56, perché l'art. 57, sotto questo punto di vista, va trattato separatamente, trovando diretto riscontro nella legislazione e nella giurisprudenza euro-unitarie).

L'interpretazione che la Corte Costituzionale offre, nella sentenza n. 131/2020, dell'art. 55 CTS e dei suoi istituti supporta le conclusioni cui si è pervenuti in questo scritto, anche se in questo senso la pur fondamentale decisione presenta due importanti limiti che non si possono qui sottacere.

Il primo riguarda il fatto che la sentenza si concentra esclusivamente sull'art. 55 e non anche sull'art. 56 CTS, che nemmeno menziona. A ciò deve peraltro aggiungersi che, a ben vedere, la Corte non si occupa espressamente dell'eventuale fase esecutiva degli accordi di co-progettazione (cioè la fase di "realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento", cui fa esplicito riferimento l'art. 55, comma 3, CTS), che è quella che – dando luogo all'affidamento di un servizio e prevedendo sicuramente un esborso a carico dell'amministrazione – più pone questioni di compatibilità

con il Codice dei contratti pubblici e il diritto euro-unitario degli appalti pubblici⁵¹.

Il secondo attiene all'estraneità del giudizio (di merito) sull'art. 55 CTS alla vera e propria *ratio decidendi* della sentenza n. 131/2020. Infatti, come già spiegato, il rigetto del ricorso è da imputarsi unicamente al fatto che la disposizione regionale impugnata sia stata ritenuta dalla Corte rispettosa della sfera di competenza statale in materia di ordinamento civile, e pertanto compatibile con l'art. 55 CTS, indipendentemente dai contenuti di quest'ultima norma. Le valutazioni della Corte sul merito dell'art. 55 CTS costituiscono dunque, a ben vedere, *obiter dicta*.

Tutto ciò induce pertanto a pensare che – seppur un significativo passo in avanti sia stato compiuto verso un autonomo diritto costituzionale ed amministrativo del terzo settore⁵² – vi sia ancora molta strada da fare in questa direzione e che il percorso, stante la costante tensione (anche normativa) tra i principi di solidarietà e di concorrenza, non sia dei più agevoli.

⁵¹ Cfr. infatti quanto osserva il Consiglio di Stato nel parere n. 2052/2018.

⁵² Cfr. GORI, *op. cit.*

MASSIMO FOGLIA
Ricercatore di diritto privato
Università di Bergamo

**DIVAGAZIONI SUL DIRITTO ALLA FELICITÀ
(FRA LEGGE E GIUDICE)**

SOMMARIO: 1. Ai confini del danno non patrimoniale. – 2. Diritto alla felicità: un diritto immaginario? – 3. A proposito di “alterazione delle abitudini e della qualità della vita”. – 4. Dignità e fine vita. – 5. La relazione fra persona e animale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Ai confini del danno non patrimoniale.

In occasione di un editoriale apparso su *Persona e Mercato*, Giuseppe Vettori ha sottolineato con molta chiarezza la necessità di una profonda riflessione sulla categoria del danno non patrimoniale¹. Egli ha osservato: «l'enorme contenzioso ha posto in luce un problema sociale e giuridico che travalica i problemi specifici e ha inciso su categorie fondamentali del diritto dei privati. Dalla distinzione fra le due aree di responsabilità, agli elementi essenziali dell'illecito contrattuale e aquiliano, sino alla nozione e al contenuto del danno»².

Riguardo proprio al *contenuto* del danno non patrimoniale, Vettori ha rilevato come la pronuncia delle Sezioni Unite di San Martino del 2008 sia stata un punto di arrivo nella delimitazione del danno:

¹ VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 351.

² *Ibidem*.

disagi, fastidi e ansie sono stati espulsi dall'area del danno risarcibile. Ma da allora le cose non sono rimaste immutate³. Alcuni interventi legislativi hanno posto in risalto taluni valori (come l'ansia, la paura, il timore ma soprattutto le alterazioni delle abitudini di vita) ai quali è stata assegnata una nuova rilevanza anche sul piano risarcitorio⁴. E non è insolito rinvenire nelle pronunce dei giudici espliciti riferimenti agli stessi valori, stati d'animo o condizioni della persona che, nelle vicende concrete, si assumono lese dalla condotta illecita del responsabile⁵.

Il costante dialogo fra legislatore e giudici appare dunque necessario: l'obiettivo è dotare la categoria del danno alla persona di una tecnica rimediale capace di dare risposte alle esigenze concrete.

A partire dalle sentenze di San Martino del 2008, la Cassazione ha formulato una massima, ormai tralatizia e nota a tutti, secondo la quale: «Il danno non patrimoniale di lieve entità è risarcibile solo a condizione che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di *diritti del tutto immaginari* [corsivo mio], come quello alla qualità della vita o alla felicità, essendo consustanziale al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. quello di tolleranza della lesione minima»⁶.

³ Cfr. PONZANELLI, *Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1349 ss.

⁴ VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice*, cit., p. 352.

⁵ V. per tutte, Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 3727, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1012, con nota di DELLI PRISCOLI, *La non risarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità, anche se derivante da reato*.

⁶ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-26973-26974-26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss., con note di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*; SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, p. 261 ss.; CITARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, ivi, p. 434 ss. V., inoltre, AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009.

Il problema che all'interprete si pone invariabilmente è se e in quale misura risarcire tali interessi⁷. L'esigenza di assicurare l'effettività della tutela della persona⁸, specialmente rispetto all'ipotesi di lesione dei diritti fondamentali, è alla base del dibattito sul danno non patrimoniale⁹. In questa direzione, ad esempio, si può registrare lo sforzo di elaborazione dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano nell'edizione 2021 delle "Tabelle milanesi"¹⁰.

2. *Diritto alla felicità: un diritto immaginario?*

Chiedersi se e fino a che punto il diritto alla felicità o alla qualità della vita siano "immaginari" non sembra privo di consistenza speculativa¹¹. Non solo perché rinvia ad una domanda filosofica: esiste la felicità, e, di conseguenza, esiste un diritto ad essere felici; ma anche perché mette in luce il fondamento assiologico dell'idea che si debba selezionare un livello di serietà della lesione, al di sotto del quale il rimedio risarcitorio non può ritenersi giustificato (e dunque il conseguente pregiudizio non è compensabile).

Ci si potrebbe chiedere quale peso dare, sul piano giuridico-argomentativo, a questo richiamo alla felicità, posto che la felicità è un concetto difficilmente descrivibile: come scrive Salvatore Natoli, nel suo saggio sulla felicità, «[a]gli uomini *accade* d'essere felici».

La felicità è perciò un fatto, uno stato della mente. Gli uomini sanno cos'è la felicità non tanto perché ne possiedono il concetto,

⁷ Un'attenzione sbilanciata ai valori e ai rimedi è denunciata, tra gli altri, da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, e Id. *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 293. Cfr. anche VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. merc.*, p. 137.

⁸ Cfr. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

⁹ Per un'efficace sintesi del problema v. ZIVIZ, *Di cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 863 ss.

¹⁰ Tra i primi commenti PONZANELLI, *Tabelle milanesi versione 2021*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 433 ss.; GRONDONA, *La nuova edizione delle "Tabelle milanesi": effettività della tutela, equità della liquidazione e centralità dell'argomentazione*, *ivi*, p. 416 ss.

¹¹ Del resto la letteratura giuridica non è priva di spunti in tal senso. Sul diritto alla felicità, e limitatamente alla dottrina recente, v. GRAZIADEI e PASA, *Happiness Once More?*, in *The Journal of Comparative Law*, 2019, p. 203, i quali nell'incipit si chiedono proprio "What is the place occupied by happiness in the law today?".

quanto perché ne sperimentano la condizione¹². Un bellissimo verso di una poesia di Thomas Eliot, tratta dai *Quattro quartetti*, ne dà una chiara rappresentazione: “*I momenti di felicità [...] Ne abbiamo avuto l’esperienza, ma ci è sfuggito il significato*”.

Del resto, se volessimo risalire all’etimologia greca del termine (eudaimonía o eutychiá), scopriremmo che per i Greci la felicità è qualcosa che tocca in sorte, non è un bene disponibile per l’uomo, ma è qualcosa che viene a lui assegnato. E questo significato, scrive sempre Salvatore Natoli, è ancora presente in alcune lingue europee (si pensi al tedesco: *das Glück*, che significa sia felicità sia fortuna; o all’inglese *happiness* che significa felicità, che, per via di radice, si ricollega al verbo *to happen*, che significa – per l’appunto – accadere)¹³. Agli uomini *accade* di essere felici.

Questo per quanto riguarda la semantica della felicità.

E come si fa, allora, ad avere diritto a qualcosa che accade, per caso, e dunque che può accadere o non accadere. Forse dovremmo dire che abbiamo diritto alla ricerca della felicità, al suo “perseguitamento”. Viene alla mente la formulazione della Dichiarazione d’indipendenza americana, ove i costituenti avevano stabilito che «*a tutti gli uomini è riconosciuto il diritto alla vita, alla libertà, e al perseguimento della felicità*» (*pursuit of happiness*).

Occorre poi aggiungere che la felicità – intesa come stato d’animo – non è mai definitiva. La felicità quando c’è è intermittente, è qualcosa di episodico, di transitorio e di breve durata: “*momenti di felicità*”, è il titolo di un libro dell’etnologo francese Marc Augé¹⁴. Un titolo che dice tutto.

Per alcuni, poi, la felicità può non esistere affatto: penso alla corrente dell’antinatalismo: pochi anni fa è stato pubblicato un libro del filosofo sudafricano, David Benatar, il cui titolo è eloquente: “*Meglio non essere mai nati. Il dolore di venire al mondo*”¹⁵. Si badi che la tesi di Benatar non si riferisce ai casi di malformazione genetica,

¹² NATOLI, *La felicità. Saggio di teoria degli affetti*⁶, Milano, 2011, p. 11.

¹³ NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 20.

¹⁴ AUGÉ, *Momenti di felicità*, Milano, 2017.

¹⁵ BENATAR, *Meglio non essere mai nati. Il dolore di venire al mondo*, Milano, 2018.

al c.d. diritto a non nascere se non sano, bensì egli afferma che nascere è molto peggio che non nascere, perché la presenza del dolore è intrinsecamente un male.

Infine è interessante notare – come suggerisce il libro di Augé, *Momenti di felicità* – come le istituzioni pubbliche e private della società moderna siano impegnate a porre in essere politiche finalizzate al raggiungimento della felicità: l'ONU ha sancito che la “felicità sociale” è al cuore delle politiche di sviluppo; nell'organigramma delle grandi aziende è comparso lo *chief happiness officer*, un manager delle risorse umane con una qualifica e un ruolo speciale: rendere i dipendenti felici, affinché siano anche impiegati migliori. In questa prospettiva, alcune facoltà di Economia (si pensi, ad esempio, all'Università di Palermo) hanno istituito un corso di «Economia della felicità», inserito nel piano di studi dei corsi di laurea magistrale.

E allora: se sul piano sociale c'è una rincorsa alla felicità, sul piano dei rapporti privati, nell'ottica della tutela risarcitoria, la Cassazione dichiara invece che l'ordinamento non è chiamato a garantire il diritto del singolo ad essere felice.

È utile, tuttavia, chiedersi che cosa davvero intenda la Cassazione quando afferma che il diritto alla felicità non esiste, è un diritto immaginario.

La Cassazione intende assumere che non esiste un diritto alla felicità come stato permanente, ad una esistenza senza scosse, ad essere immuni o protetti da qualsiasi momento di turbamento, seccatura, sofferenza o dolore, anche se provocato da terzi. Si tratta, in altri termini, del c.d. principio di tolleranza. Un'immagine efficace si deve alla filosofa pisana, Barbara Henry (citata per prima da Emanuela Navarretta¹⁶), secondo cui esiste «una specifica quota di [...] veleno verso se stessi che si può incamerare»¹⁷ senza poter lamentare un danno meritevole di protezione.

Del resto pare condivisa da tutti, e non solo per ragioni di politica del diritto, la necessità di porre un limite all'area di risarcibilità del

¹⁶ Cfr. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 789 ss.

¹⁷ HENRY, *Mito e identità. Contesti di tolleranza*, Pisa, 2000, p. 231.

danno. Il rischio è di compensare qualsivoglia situazione soggettiva di disagio o fastidio, poiché infinite sono le idiosincrasie di ciascuno e numerose le persone che costantemente le cagionano. E come scrive Giulio Ponzanelli: «La responsabilità civile non può porre ristoro a ogni accadimento dannoso perché altrimenti perderebbe la sua identità fino a mutarsi e quasi confondersi con un sistema di sicurezza sociale»¹⁸.

Tuttavia, affermare che non esiste un diritto alla felicità, non significa non riconoscere «la piena tutela risarcitoria alla dimensione personale, esistenziale e finanche emozionale dell'uomo»; purché non si alteri «la coesistenza pacifica di una pluralità di soggetti e una pluralità di interessi»¹⁹. Perciò è necessario stabilire un livello minimo di tollerabilità delle esternalità negative. Ma l'esigenza dell'accertamento di una minima serietà dell'offesa, e dunque anche l'esclusione dei danni c.d. bagatellari, è un'attività, come ricorda lo stesso Vettori nell'articolo richiamato nell'incipit, in cui il ruolo del giudice risulta particolarmente incisivo. Anche le recenti sentenze di San Martino del 2019 sembrano consolidare il percorso verso «una particolare attenzione al caso in decisione, nella formulazione del principio di diritto per il giudice del rinvio e anche nel dialogo con l'interprete»²⁰.

Vi sono situazioni sulla soglia dell'area di risarcibilità del danno non patrimoniale dove assai rilevante è la valutazione del giudice caso per caso, anche dal punto di vista della quantificazione in sede di personalizzazione del danno. Vorrei proporre pochi esempi dove la condotta illecita del danneggiante incide negativamente ora sul profilo interiore del danno (corrispondente al patimento morale in tutti i suoi aspetti) ora sulle dinamiche relazionali della vittima.

3. *A proposito di "alterazione delle abitudini e della qualità della vita"*.

¹⁸ PONZANELLI, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 114

¹⁹ NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, cit., p. 789 ss.

²⁰ Così FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di San Martino*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 7 ss.

Con l'ordinanza n. 7513 del 2018²¹, la Cassazione ha censurato la sentenza di merito che aveva aumentato del 25% la misura standard del danno biologico, ritenendola una duplicazione delle poste risarcitorie, in quanto il danno biologico sarebbe già di per sé un danno "dinamico-relazionale". Nel caso di specie, la vittima ha dovuto rinunciare, a causa dei postumi di un sinistro stradale, alla «cura dell'orto e del vigneto cui era solito in precedenza attendere».

Non deve sorprendere che taluni possano avere una relazione affettiva con il proprio giardino²². La cura dell'orto, per alcuni, è qualcosa di più di un semplice "non poter più fare", e magari anche qualcosa di più di un "momento" di felicità, di un istante transitorio, di una felicità episodica. È allora possibile considerarle – con le parole della Cassazione – «conseguenze dannose del tutto anomale e affatto peculiari»?

A molti piace curare le piante del proprio giardino, ma non tutti possono affermare di subire un danno significativo qualora non fossero più in grado di occuparsene a causa del fatto illecito del responsabile.

L'ord. n. 7513/2018 ha dato alcune indicazioni. Tale profilo di danno – si legge nell'ordinanza – è risarcibile solo se l'impossibilità di svolgere una determinata attività fosse conseguenza *straordinaria* (dunque non ordinaria) di quella menomazione. Soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, tempestivamente allegiate dal danneggiato, che rendono il danno concreto più grave, è possibile incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione²³.

²¹ Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2038.

²² Solo per fare un esempio la scrittrice Pia Pera del giardinaggio aveva saputo fare una forma di letteratura. La passione (l'amore, vorrei dire) per il suo giardino sono diventati celebri. Molti dei suoi libri sono dedicati a questo: "L'orto di un perdigiorno", "Il giardino che vorrei", "La virtù dell'orto", e da ultimo, quando le è stata diagnosticata la malattia terminale che la condotta alla morte, un libro dal titolo molto evocativo: "Al giardino ancora non l'ho detto", tratto da una poesia di Emily Dickinson (*I haven't told my garden yet*), che disvela l'esistenza di uno straordinario rapporto con le sue piante.

²³ In questi stessi termini si esprimono anche le sentenze di San Martino del 2019. V. Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28988, in *Danno e resp.*, 2020, p. 65, con commento di PONZANELLI, *Risarcimento del danno alla persona: San*

Ebbene, se volessimo ritenere la cura del giardino un'attività quotidiana non comune a tutti, dovrebbe allora operare – ove venga offerta prova dell'effettivo pregiudizio – la “personalizzazione” del danno, alla luce delle compromissioni peculiari del caso concreto, che giustificerebbero un aumento percentuale del danno biologico, e dunque un incremento della liquidazione. Analogo ragionamento, tuttavia, dovremmo applicarlo anche a chi – in maniera “straordinaria” – ama fare le passeggiate in montagna, o giocare a calcio, e via dicendo.

Su questa strada è sempre presente il rischio di quella deriva del sistema della responsabilità civile che suscita in alcuni preoccupazione. Ma del resto, come scrive Giuseppe Vettori, il danno alla persona vive nel processo²⁴, e su questa indubitabile premessa appare decisivo il richiamo ad una «rinnovata alleanza fra legge e giurisdizione che attribuisca responsabilità nuove a tutti gli attori e operatori chiamati ad attuare un sistema costituzionale delle fonti profondamente mutato»²⁵.

Ulteriori “momenti di felicità” sono stati ritenuti dalla Cassazione non meritevoli di accedere all'area del danno risarcibile. A titolo

Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018. Di seguito la massima della sentenza: «In presenza di un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico e l'attribuzione di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente; soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, le quali rendano il danno concreto più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione».

²⁴ Cfr. CALLEGARI, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, Canterano, 2017, la quale sottolinea come le decisioni giudiziarie debbano essere rese all'interno di un “contesto di senso”, frutto delle narrazioni processuali dei soggetti coinvolti, cariche di percezioni, emozioni e punti di vista: «La decisione si caratterizza quale fenomeno condizionato da fattori cognitivi, emotivi e da un contesto di senso entro cui la stessa è resa» (*ivi*, p. 15). Analoghe considerazioni sono svolte da BREGGIA, *Algoritmi ed effettività delle tutele*, in *Pers. merc.*, 2019/1, p. 25 ss.

²⁵ VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice*, cit., p. 353.

esemplificativo, segnalo qui soltanto alcune pronunce dello stesso anno (2018): Cass. n. 22811/2018 ha rigettato il ricorso promosso da due titolari di utenze di telefonia mobile della Vodafone, i quali, lamentando di aver subito l'interruzione del servizio per quasi 15 giorni, chiedevano un danno non patrimoniale quantificato in Euro 1.000,00 per ciascuno senza tuttavia dar prova di un effettivo sconvolgimento delle normali attività relazionali; Cass. n.1370/2018 ha rigettato la richiesta risarcitoria dei coniugi nei confronti del fotografo per la perdita delle fotografie scattate durante il matrimonio (i coniugi chiedevano il danno morale ed esistenziale, ritenendo che l'assenza del servizio fotografico incidesse negativamente sulla loro vita per l'impossibilità di rivivere nel tempo le emozioni del matrimonio attraverso il servizio fotografico). In quest'ultima pronuncia, la Cassazione ha affermato che: «Pur essendo innegabile il rilievo che la data delle nozze riveste per gli sposi, e pur trattandosi di una situazione certamente in grado di creare turbamenti d'animo, il danno in esame non assurge a una gravità tale da incidere su interessi di rango costituzionale. Il diritto a ricordare il giorno del matrimonio attraverso documentazione fotografica non costituisce, di per sé, un diritto fondamentale della persona tutelato a livello costituzionale. Si tratta quindi, di un diritto "immaginario", non idoneo, in base alla regola enunciata dalle Sezioni unite, ad essere fonte di un obbligo risarcitorio in relazione al danno non patrimoniale».

Il discorso si potrebbe naturalmente ampliare a molte altre occasioni di danno. Ma vorrei qui proporre soltanto due ulteriori esempi. Il primo riguarda la tutela della dignità nel fine vita.

4. *Dignità e fine vita.*

Nella sentenza n. 10424/2019 la Cassazione si è occupata di una vicenda di responsabilità derivante da errore diagnostico, con particolare riguardo alla lesione del diritto all'autodeterminazione nel fine vita²⁶. Si legge in motivazione una celebre ed alquanto evocativa

²⁶ Cass., 15 aprile 2019, n. 10424, in *Giur. it.* con nota di FOGLIA, *La lesione del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali*. Il caso è il seguente: una donna si sottopone, nel giugno 1996, ad un intervento di asportazione bilaterale delle ovaie. Il 12 luglio 1996 le viene comunicato l'esito dell'esame istologico, che a dire dei medici evidenzia la presenza di un fibroma

citazione letteraria: l'ordinamento giuridico, osserva la Corte, «non è affatto indifferente all'esigenza dell'essere umano di “entrare nella morte ad occhi aperti»²⁷.

La Cassazione, con la pronuncia in parola, riconosce al morente il potere di governare la propria vita alla fine, garantendo alla persona un diritto di partecipare attivamente alle decisioni che riguardano le scelte non solo terapeutiche, ma anche esistenziali²⁸. Il processo del morire, osserva la Corte, rappresenta «la più intensa (ed emotivamente pregnante) prova della vita, qual è il confronto con la

benigno. Mesi dopo la donna è colpita da nuovi dolori nella zona pelvica e viene ricoverata presso un'altra struttura ospedaliera, dove viene effettuata una nuova valutazione dei vetrini del precedente esame istologico, all'esito della quale le viene diagnosticato, nel marzo 1997 (vale a dire circa nove mesi dopo la prima diagnosi), un sarcoma del tessuto muscolare liscio che la condurrà alla morte nell'ottobre dello stesso anno.

Gli attori (il marito e i figli) agiscono in giudizio ritenendo che l'errore diagnostico abbia privato la donna di “*chance*” di maggiore e migliore sopravvivenza, incidendo anche sulla qualità della sua vita residua. L'attività istruttoria, in primo e in secondo grado, stabilisce che quel tipo di intervento chirurgico, nella specie correttamente e tempestivamente praticato, sarebbe stato eseguito anche in caso di carcinoma maligno (nella specie sussistente ma non diagnosticato), sicché la ritardata diagnosi – concludono entrambe le Corti di merito – non può aver compromesso “*chance*” di guarigione.

La Cassazione accoglie il ricorso, precisando che la ritardata diagnosi di una malattia mortale priva (quantomeno in astratto) il paziente del diritto ad operare le sue “scelte ultime”, col conseguente diritto di ottenere il risarcimento del danno consistente nella «perdita di un ventaglio di opzioni, con le quali affrontare la prospettiva della fine ormai prossima».

²⁷ Così nella sentenza in commento, al § 7.1. L'efficace espressione, com'è noto, è tratta da YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien suivi de Carnets de notes de Mémoires d'Hadrien* (1951), trad. it. *Memorie di Adriano seguite da taccuini di appunti*, Torino, 2002, p. 275 s.: «Fino all'ultimo istante, Adriano sarà stato amato d'amore umano [...] Un istante ancora, guardiamo insieme le rive familiari, le cose che certamente non vedremo mai più [...] Cerchiamo di entrare nella morte ad occhi aperti [...]».

²⁸ Cfr. C. IRTI, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione: danno in re ipsa?*, in *Giur. it.*, 2019, p. 291, la quale sottolinea che «La libertà di autodeterminarsi nelle scelte esistenziali più intime è presa in considerazione come valore in sé, diritto inviolabile della persona, suscettibile di essere leso, in quanto tale, da un comportamento altrui, anche solo omissivo, che ne ostacola l'espletamento».

realtà della fine»²⁹. Il prepararsi alla morte può infatti essere considerato l'atto filosofico per eccellenza, se è vero che è l'ineluttabilità della morte a dare un senso al vivere.

La Cassazione attribuisce un valore alla morte (*rectius* al morire) ove afferma: «anche la sofferenza e il dolore, là dove coscientemente e consapevolmente non curati o alleviati, acquistano un senso ben differente, sul piano della qualità della vita, se accettati come fatto determinato da una propria personale opzione di valore nella prospettiva di una fine che si annuncia (più o meno) imminente, piuttosto che vissuti, passivamente, come segni misteriosi di un'inspiegabile, insondabile e angosciante, ineluttabilità delle cose»³⁰.

Pertanto, la pronuncia in parola riconosce autonoma rilevanza risarcitoria al diritto di autodeterminazione non solo sotto il profilo strettamente terapeutico (vale a dire nella scelta delle possibili opzioni terapeutiche, a cui vanno ricomprese le cure palliative), ma anche – e in senso più ampio – all'autodeterminazione individuale intesa come «presa di coscienza del sé quale soggetto responsabile della propria esperienza esistenziale, soprattutto nella fase conclusiva della vita»³¹.

Nel caso di specie, il danno non patrimoniale consiste nella privazione delle possibilità di godere del *kairos* della vita, che si traduce nella lesione – per usare le parole della Corte – della libertà di

²⁹ §7.1.3.4 di Cass., 15 aprile 2019, n. 10424, cit. La Corte rileva altresì che tale circostanza è espressamente riconosciuta e protetta sul piano normativo, e in particolare dalla l. 219/2017 e la l. 38/2010 (Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore), recante un "corpus" di norme aventi come scopo la «tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine».

³⁰ Così, ancora una volta, Cass., 23 marzo 2018, n. 7260, cit. In altre parole, rileva ancora la Corte, anche la «mera accettazione della propria condizione» (Cass., 15 aprile 2019, n. 10424, § 7.1.3.4, cit.) costituisce espressione di quel diritto a vivere la propria morte. Già in precedenza v. Cass., 23 marzo 2018, n. 7260, cit.: «In tema di responsabilità medica, il colpevole ritardo diagnostico di una condizione patologica ad esito certamente infausto comporta (non già perdita di chance, ma) violazione del diritto del paziente all'autodeterminazione nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una simile condizione di vita». Per ulteriori considerazioni al riguardo si rinvia a M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, spec. p. 117 ss.

³¹ C. IRTI, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione: danno in re ipsa?*, cit., p. 290.

«scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita, una situazione, questa, meritevole di tutela “al di là di qualunque considerazione soggettiva sul valore, la rilevanza o la dignità, degli eventuali possibili contenuti di tale scelta»³².

Sicché è erroneo affermare, rileva sempre la Corte, che tale condotta «non abbia inciso sulla qualità di vita» del paziente. Poiché se è vero che, nel lasso di tempo intercorso tra la diagnosi errata e quella esatta, lo stato di sofferenza fisica della paziente non è diverso da quello che si sarebbe verificato nell'ipotesi di una diagnosi corretta³³, il beneficio che la donna avrebbe potuto trarre da una corretta e tempestiva informativa si traduce non già nell'alleviare il dolore derivante dalla sua condizione clinica ma nel *dargli un senso*³⁴.

³² Nello stesso senso v. Cass., 23 marzo 2018, n. 7260, in *Giur. it.*, 2019, p. 287 ss., con nota di C. IRTI, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione: danno in re ipsa?* e in *Foro it.*, 2018, I, p. 1579 ss., con nota di PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della terza sezione: «La violazione del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali, determinata dal colpevole ritardo diagnostico di una patologia ad esito certamente infausto, non coincide con la perdita di chances connesse allo svolgimento di specifiche scelte di vita non potute compiere, ma con la lesione di un bene di per sé autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale, tale da non richiedere l'assolvimento di alcun ulteriore onere di allegazione argomentativa o probatoria, potendo giustificare una condanna al risarcimento del danno sulla base di una liquidazione equitativa»*. Ma v. anche Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 284, con nota di FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, e in *Corriere giur.*, 2009, p. 809 ss. con nota di AMENDOLAGGINE, *La risarcibilità del danno da perdita di “chance” conseguente all'omessa tempestiva diagnosi di un processo morboso terminale: «In tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, in quanto essa nega al paziente, oltre che di essere messo nelle condizioni di scegliere “cosa fare”, nell'ambito di ciò che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto, anche di essere messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle sue attitudini psico-fisiche, in vista e fino a quell'esito»*.

³³ Cfr. ancora Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, cit.

³⁴ Il dolore potrebbe anche essere accettato e sopportato, se non fosse accompagnato dalla distruzione della dignità della persona: «[...] solo quando il dolore non diventa meccanismo di esclusione – dalla famiglia, dal lavoro, dalla vita comune – crescono le possibilità di non percepirlo come attentato alla dignità, e

Si ritrova, nelle motivazioni appena riportate, quel riferimento a valori come la dignità e la qualità di vita della persona la cui lesione fa sorgere l'obbligo di risarcire un danno che è alla ricerca di una riparazione efficiente³⁵.

Un esempio ulteriore, che riguarda ancora una prospettiva "esistenziale" della persona, è rappresentato dal danno da perdita dell'animale di affezione, sul quale dopo le Sezioni Unite di San Martino del 2008 si è avviato un acceso dibattito.

5. *La relazione fra persona e animale.*

Secondo le Sezioni Unite di San Martino del 2008 il danno da perdita dell'animale d'affezione non sarebbe risarcibile se non sul piano del danno patrimoniale (*i.e.* il valore economico dell'animale). Si tratterebbe dunque di una quota di veleno che il padrone dell'animale è costretto a ingerire senza rimedio, di un dolore che egli deve tollerare, anche se ne ha profondamente patito. Tale condotta, secondo questa tesi, non lederebbe interessi costituzionalmente protetti.

Questa lettura, secondo la dottrina forse maggioritaria, sarebbe ormai superata, alla luce di un ripensamento della relazione fra persona e animale.

Tradizionalmente nel nostro ordinamento gli animali vengono classificati come semplici *res*, con la conseguenza che si riserva loro lo stesso trattamento previsto per i beni³⁶. Si tratta tuttavia di una prospettiva antropocentrica abbandonata anche dal Trattato di Lisbona, con l'inserimento nell'ambito del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) di un nuovo articolo (n. 13), dove si è

quindi di accettarlo e di convivere con esso» (così RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 214). Sui possibili "scenari di senso" entro i quali il dolore viene giustificato e compreso si rinvia ad un saggio di NATOLI, *L'esperienza del dolore. Le forme del patire nella cultura occidentale* (1986), Milano, 2010.

³⁵ Cfr. ancora VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice*, cit., p. 352.

³⁶ V., di recente, BATTELLI, *La relazione fra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cultura e diritti*, 2018, 2-3, p. 35 ss. e la bibliografia ivi indicata.

affermato esplicitamente che gli animali non sono “cose”, ma «esseri senzienti».

La privazione di tale legame – soprattutto se dovuta ad un comportamento violento o se vissuta come un’ingiustizia – può incidere negativamente sulla sfera della persona, recando compromissioni delle abitudini di vita³⁷.

A questo punto, si dovrebbe valutare se la relazione affettiva con l’animale, che contribuisce allo sviluppo della personalità umana, possa essere annoverata tra le attività realizzatrici della persona e tutelate ai sensi dell’art. 2 Cost. A queste condizioni appare convincente la tesi di chi ammette che il risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla perdita dell’animale d’affezione debba trovare spazio quale compensazione per il pregiudizio arrecato dalla lesione di un diritto “della persona”, rispetto al quale la relazione uomo-animale si pone come tramite necessario.

Un danno, però, che spetta non al proprietario come tale – come rilevava già Paolo Zatti in un contributo del 1995³⁸ – ma al “padrone”: a chi aveva con l’animale una relazione di “compagnia”, una relazione “affettiva”. L’ingiustizia va infatti ravvisata nella lesione della personalità subita per la perdita della relazione di compagnia con l’animale, e dunque della perdita della qualità della vita.

E così, in un certo senso, si ritorna al diritto alla qualità della vita, al diritto alla felicità, e alla massima della Cassazione di San Martino del 2008 che afferma l’irrisarcibilità dei fastidi che consistono: «[...] nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità [...]».

6. Considerazioni conclusive.

Alle volte si è davvero di fronte a meri “disagi e fastidi” che devono essere tollerati: a volte felicità è fortuna, come la intendevano i Greci: si è felici per caso.

³⁷ PARINI, *Morte dell’animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 612.

³⁸ ZATTI, *Chi è il padrone del cane?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 135 ss.

Ma ciò non toglie che la felicità la si può meritare, che essa, nonostante tutto, è frutto di una conquista³⁹: l'uomo ha qualche potere di mettersi al riparo dai danni della sorte. E poiché la felicità esiste, ed è di questo mondo, anche se intermittente e transitoria, vi sono casi in cui forse merita di essere tutelata.

Più in generale, va osservato come il problema della rilevanza dei valori conduca inevitabilmente al dibattito sulla pretesa crisi della fattispecie⁴⁰: la categoria del «danno non patrimoniale» non si sottrae alla nota diatriba ove si legga con il linguaggio della fattispecie e dei suoi effetti⁴¹.

Non è certo questa la sede neppure per fare cenno ai termini della (spinosa) questione se non per rilevare – come osserva lucidamente Giuseppe Vettori – che nell'ottica di un ineludibile bilanciamento dei valori un ruolo primario compete proprio alla scienza giuridica⁴².

I vincoli dell'argomentazione giuridica rappresentano senza dubbio un limite alla discrezionalità del giudice nel positivizzare certi

³⁹ NATOLI, *La felicità*, cit., p. 19.

⁴⁰ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, ivi, 2015, p. 11 ss.

⁴¹ Cfr. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 49 ss., il quale rileva il costante abbandono del principio tradizionale secondo cui l'effetto giuridico (l'obbligo risarcitorio) deve trovare la sua corrispondenza in una fattispecie che ne riproduca gli elementi di fatto, in favore di un metodo in base al quale il profilo di illiceità «non è tanto della condotta *non iure* ma del danno *contra ius* ossia del danno lesivo di un interesse giuridicamente protetto». Vari ed autorevoli sono stati gli interventi della dottrina sulle categorie del diritto civile nella diatriba sulla pretesa crisi della fattispecie: tra i molti, oltre agli autori già citati, v. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., *passim*; LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim* (ma v. anche ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 4 ss., e *passim*); GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da ID., Padova, 2009, I, p. XXV; GUARNERI, *Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 547 ss., p. 548-549; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, ivi, 2002, I, p. 625; GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. IX ss., p. 28-32; di recente GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 633 ss.

⁴² V. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 171.

valori. Tuttavia ci si chiede se esista – con le parole di Luigi Mengoni – un «ordine *oggettivo* [il corsivo è mio] di valori sostanziali»⁴³; ma soprattutto se questi possano davvero dirsi valori *condivisi*⁴⁴.

Un passaggio fondamentale, scrive Natalino Irti, consiste «nel salire dal diritto ai valori, cioè a criteri supremi, che si celano o si calano nelle norme costituzionali»⁴⁵. Tutti in dottrina sono concordi nell'affermare che nell'applicare il diritto è necessario tener conto (anche) della Costituzione, del diritto europeo, del diritto vivente basato sui principi e le clausole generali⁴⁶. Così come nessuno mette in dubbio la rilevanza dei valori, frutto di scelte di civiltà, riflessi nelle Costituzioni.

Sulla via di una costante rilettura costituzionale del sistema della responsabilità civile (e non solo), la categoria del danno non patrimoniale si è certamente evoluta nel tempo, anche se per alcuni ha

⁴³ MENGONI, *Diritto e tecnica*, 2001, ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 47: «I principi morali incorporati dalla costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro status originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione – che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti – ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica». Cfr. N. IRTI, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Occasioni novecentesche ecc.*, Napoli, 2012, p. 85 ss.

⁴⁴ È contrario alla tesi dei valori “condivisi” GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 633 ss. Nello stesso senso v. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, p. 46-47: «[...], la dignità delle persone, le libertà e gli altri diritti fondamentali non sono né valori oggettivi né principi scontati nel senso comune, bensì il frutto di scelte di civiltà, talora difficili e controverse [...] e neppure da tutti condivise. Proprio per questo tali valori vengono stipulati in costituzioni rigide [...]: perché quei valori non sono condivisi da tutti. Giacché il ruolo delle costituzioni non consiste nel riflettere i valori di tutti. [...] E la loro legittimazione dipende non già dal fatto che le loro norme siano volute da tutti, ma dal fatto che esse garantiscano tutti».

⁴⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 41.

⁴⁶ Cfr. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit., p. 654.

subito una vera e propria deriva dagli esiti incontrollabili⁴⁷. Su un punto, però, mi pare si possa tutti convergere: «il danno alla persona risente del carattere del nuovo sistema delle fonti, frantumate e potenziate da nuovi fatti produttivi e da nuovi soggetti, in ogni settore di attività. Sicché l'ordine si regge in virtù di un arco che poggia su due colonne distanti e complementari, la legge e la giurisdizione, la stabilità è assicurata da una reciproca forza propulsiva e da una comunicazione e interazione di spinte dinamiche»⁴⁸.

⁴⁷ V. per tutti, BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, *passim*.

⁴⁸ VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice*, cit., p. 353.

LUIGI FOLLIERI
Professore associato di diritto privato
Università di Foggia

DISPOSIZIONE DI UN BENE DEL FONDO PATRIMONIALE: APPUNTI SUL RAPPORTO FRA PRINCIPIO CONSENSUALISTICO E TRASCRIZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: una pronuncia della Cassazione e i temi di studio dell'Onorato. – 2. Fondo patrimoniale e destinazione di beni allo scopo. – 3. (Segue): la costituzione del fondo fra annotazione e trascrizione. – 4 (Segue): alienazione di un bene appartenente al fondo e regime pubblicitario. – 5. Sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione: distinzione tra efficacia e opponibilità. – 6. Atto dispositivo di un bene del fondo patrimoniale: effetti «favorevoli» e «sfavorevoli». – 7. Criteri di risoluzione dei conflitti e ruolo dell'efficacia traslativa

1. Premessa: una pronuncia della Cassazione e i temi di studio dell'Onorato.

Una recente pronuncia della Cassazione¹, nel decidere una questione di diritto che presenta taluni caratteri di novità e che attiene all'opponibilità ed agli effetti dell'atto dispositivo di un bene ricadente nel fondo patrimoniale, offre lo spunto per operare alcune riflessioni su temi di studio cari all'Onorato.

¹ Cass., 30 agosto 2018, n. 21385, in *Giur. it.*, 2018, p. 2317 s. e *ivi*, 2019, p. 2381 ss., con nota di VERDE, *Alienazione dei beni del fondo patrimoniale: consenso traslativo, opponibilità ed effetti favorevoli al creditore esecutante*; in *Notariato*, 2018, p. 557; in *Riv. giur. edil.*, 2019, 1, I, p. 220; in *Fam. dir.*, 2019, p. 883 ss. con nota di REITANO, *Cessione dell'immobile incluso nel fondo patrimoniale, omessa trascrizione dell'atto di vendita e opponibilità del vincolo al terzo creditore*; e in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 220 ss., con commento di FREZZA, *Pubblicità dell'atto dispositivo di un immobile appartenente al fondo patrimoniale*.

La Cassazione, infatti, giunge a risolvere il problema sottoposto al suo vaglio attraverso il coordinamento tra il principio consensualistico e l'efficacia dichiarativa della trascrizione, che evoca argomenti sui quali il Festeggiato ha scritto pagine meritevoli di essere benevolmente apprezzate da ogni giurista.

Parte importante degli studi dell'Onorato ruotano intorno al consenso traslativo² e all'opponibilità³, parole chiave per decifrare lo spessore dello studioso Vettori.

Anzi, non è revocabile in dubbio come un vero e proprio filo conduttore degli scritti del prof. Vettori sia da individuare nel principio consensualistico, riguardato in prospettiva, per così dire, «dinamica»; e, quindi, nel rapporto con le regole di circolazione dei diritti e, in particolare, con la trascrizione, strumento che serve, appunto, a rendere opponibili determinati atti e gli effetti da questi prodotti.

Preme qui soprattutto sottolineare l'encomiabile impegno profuso dall'Onorato per spiegare la coesistenza tra il principio del consenso traslativo e la funzione dichiarativa della trascrizione, con il precipuo intento di offrire una soluzione «ordinante» rinvenuta nelle pieghe della distinzione tra efficacia e opponibilità, concetti cari al Festeggiato.

Tornando al *dictum* della Suprema Corte, era accaduto che i coniugi Tizio e Caia, con atto del 3 dicembre 2003, costituivano un fondo patrimoniale (regolarmente trascritto nei pubblici registri e annotato nei registri di stato civile a margine dell'atto di matrimonio) nel quale era ricompreso l'immobile X. Con atto del 5 aprile 2004, detti coniugi trasferivano tale immobile ad Alfa. In data 7 aprile 2004, la Banca Beta iscriveva un'ipoteca giudiziale sull'immobile X (in forza di un decreto ingiuntivo emesso nei confronti dei coniugi Tizio e Caia), mentre l'atto di acquisto di Alfa veniva trascritto il 20 aprile 2004. La Banca Beta avviava, quindi, l'azione esecutiva

² VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, part. p. 75 ss.; ID., *I contratti ad effetti reali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, tomo V, Torino, 2002, p. 85 ss.

³ VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1983; ID., voce *Opponibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999.

sull'immobile ed il terzo acquirente Alfa proponeva ricorso in opposizione.

Il Tribunale (dopo che la controversia era giunta una prima volta in Cassazione, ove si riscontrava una violazione del litisconsorzio necessario con i coniugi Tizio e Caia) accoglieva l'opposizione e la Corte di Appello confermava la decisione di primo grado. Il Giudice di appello: I) rilevava l'inopponibilità alla Banca dell'atto di vendita perché trascritto successivamente all'iscrizione ipotecaria, sebbene il rogito notarile fosse di due giorni precedente; II) riteneva che alla Banca fosse, però, opponibile il vincolo derivante dall'inclusione dell'immobile nel fondo patrimoniale, non potendo la Banca creditrice invocare che, alla data dell'iscrizione dell'ipoteca, il bene X fosse fuoriuscito dal fondo patrimoniale perché venduto ad Alfa, in considerazione della tardiva trascrizione della compravendita.

La Banca Beta proponeva quindi ricorso per cassazione, chiedendo alla Suprema Corte di chiarire se, al creditore che iscrive ipoteca, possa essere opposta l'inclusione di un immobile nel fondo patrimoniale qualora, in data anteriore all'iscrizione, il bene sia stato alienato a terzi, ma tale atto di alienazione non sia stato ancora trascritto.

La Cassazione, coordinando il principio consensualistico con l'efficacia (meramente) dichiarativa della trascrizione, afferma che «gli effetti dell'atto dispositivo non sono opponibili al terzo, se per lui pregiudizievoli, fintanto che l'atto non risulta dai pubblici registri immobiliari; ma ciò non esclude che il terzo non possa invece avvalersi di quegli effetti, se per lui favorevoli». E così sarebbe per il caso in questione, in cui l'atto dispositivo del bene compreso nel fondo patrimoniale determinerebbe, per il creditore, sia effetti favorevoli (la fuoriuscita dell'immobile dal fondo patrimoniale nel quale è stato conferito), sia sfavorevoli (l'alienazione degli immobili dalla sfera patrimoniale dei debitori), con la conseguenza che, mentre il conflitto fra creditore (ipotecario) e terzo acquirente (del bene ipotecato) va risolto secondo il criterio della priorità della trascrizione, nei rapporti fra creditore e debitori-venditori questi ultimi non possono opporre al primo, quale fattore ostativo all'assoggettamento del bene a pignoramento, la mancata trascrizione dell'atto di alienazione nei registri immobiliari. Da ciò deriva che la Banca Beta, da un lato, può

opporre l'iscrizione dell'ipoteca all'acquirente Alfa, perché l'iscrizione è intervenuta prima della trascrizione dell'atto di vendita; dall'altro, può giovare dell'alienazione per sostenere la sopravvenuta inefficacia del vincolo derivante dall'appartenenza del bene al fondo patrimoniale.

Dalla vicenda appena riassunta emergono una varietà di effetti che si intersecano e discendono, rispettivamente, dall'atto traslativo che riguardi un bene del fondo patrimoniale, dalla trascrizione e dall'operare del principio consensualistico.

Della loro disamina si occuperà il presente scritto.

2. Fondo patrimoniale e destinazione di beni allo scopo.

Prospettiva privilegiata dalla quale riguardare l'istituto del fondo patrimoniale⁴ è costituita dalla tematica della destinazione patrimoniale⁵.

⁴ In argomento, cfr. CIAN e CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia* (voce), in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, 1982, p. 825 ss.; GABRIELLI, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale* (voce), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 293 ss.; AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990 (monografia poi rifluita nel volume *Il fondo patrimoniale*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 167-171, Milano, 1992); LENZI, *Profili sistematici del fondo patrimoniale*, Pisa, 1990; ID., *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, p. 53 ss.; CARRESI, *Fondo patrimoniale* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 2000; LANOCITA, *Il problema della annotazione del fondo patrimoniale*, Napoli, 2001; CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003; DELL'ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino, 2009; FUSARO, *Commento agli artt. 167-171*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, artt. 74-176, Torino, 2010, p. 1043 ss.; DEMARCHI, *Il fondo patrimoniale*, 2^a ed. (con la collaborazione di F. Francogniero), Milano, 2011; FRANCISSETTI BROLIN, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, Napoli, 2012; CIATTI, *Il fondo patrimoniale*, in Calvo e Ciatti (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, XIX, Torino, 2014, p. 111 ss.; FERRARI, *Fondo patrimoniale e trust familiare*, Milano, 2017.

⁵ Sono plurime le locuzioni che richiamano il fenomeno della destinazione patrimoniale: «patrimonio di destinazione»; «patrimonio autonomo»; «patrimonio separato» o «segregato». I contributi della dottrina in argomento sono ormai numerosissimi: tra gli altri, v. BIGLIAZZI-GERI, *Patrimonio autonomo e patrimonio separato* (voce), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 280 ss.; EAD., *A proposito di un patrimonio autonomo e separato*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II,

Milano, 1988, p. 105 ss.; Mir. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; EAD., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 335 ss.; ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545 ss.; SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 837 ss.; FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 121 ss.; AA. VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003; LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. not.*, 2003, p. 545 ss.; DI RAIMO, *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 330 ss. (anche in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 105 ss.); ID., *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 945 ss.; ID., *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust. Art. 2645 ter cod. civ.*, Padova, 2008, p. 47 ss.; ID., *Persona giuridica, destinazione e segregazione*, in *Corti Pugliesi*, 2008, vol. 1, p. 22 ss.; ID., *Destinazione e articolazioni patrimoniali*, in Lamberti, De Liso, Sticchi Damiani e Vallone (a cura di), *Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, I, Napoli, 2011, p. 199 ss.; QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004; MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004; A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005; CAPALDO, *I patrimoni separati nella struttura delle operazioni finanziarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005 (suppl. spec.), p. 201 ss.; NIUTTA, *I patrimoni e finanziamenti destinati*, Milano, 2006; VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 775 ss.; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007; ID., *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, Art. 2645 ter, in *Commentario del codice civile*, diretto Scialoja e Branca, e poi da Mengoni, Bologna-Roma, 2017; AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Mir. Bianca, Milano, 2007; GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 321 ss.; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss.; ID., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 49 ss.; ID., *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 224 ss.; DORIA, *Il patrimonio "finalizzato"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 485 ss.; Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, cit.; RAMETTA, *Il principio di indivisibilità del patrimonio tra storia e dogma*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 1553 ss.; ID.,

È la stessa disciplina apprestata dal legislatore per lo strumento in questione a rendere «impermeabile» il fondo patrimoniale, *rectius* i beni in esso conferiti, dall'aggressione di taluni creditori, individuati in coloro che vantano pretese creditorie derivanti da vincoli assunti «per scopi estranei ai bisogni della famiglia» (cfr. art. 170 c.c.).

Il fondo patrimoniale, infatti, «discendente» del patrimonio familiare⁶, è deputato a garantire la soddisfazione dei «bisogni della famiglia», come testimoniato dalla norma introduttiva della disciplina

Relazioni giuridiche tra patrimoni separati, Assago, 2013; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010; STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645 ter c.c.*², Assago, 2010; PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011, spec. p. 83 ss.; MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011; BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione: nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, Padova, 2012; MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in Pennasilico (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, p. 829 ss.; NERVI, *Responsabilità patrimoniale e attività d'impresa. Riflessioni a valle della riforma del diritto societario*, *ivi*, p. 957 ss.; Mar. NUZZO, *Indivisibilità del patrimonio e responsabilità del debitore: riflessioni sull'attualità di un dogma*, in ID. (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II, *Coordinamento tra imprese. Responsabilità patrimoniale del debitore. Soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, Torino, 2014, p. 105 ss.; MAGNELLI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e la meritevolezza degli interessi*, Napoli, 2014; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.; in *Notariato*, 2014, p. 11 ss.; e ID. in Gitti, Delfini e Maffei (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova. Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, III, Milano, 2015, p. 2369 ss.; GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 362 ss.; BONINI, *Destinazione di beni ad uno scopo. Contributo all'interpretazione dell'art. 2645 ter c.c.*, Napoli, 2015; ID., *Dall'azione revocatoria all'espropriazione anticipata: la tutela dei creditori rispetto agli atti di destinazione*, in *Giur. it.*, 2016, p. 231 ss.; CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015; NICOLAI, *Il negozio di destinazione e la segregazione del patrimonio. Un modello alternativo di negozio fiduciario?*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 47 ss.; BALLERINI, *Atti di destinazione e tutela dei creditori: l'art. 2929 bis c.c. riduce i confini della separazione patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 272 ss.

⁶ Non sembra in discussione che «Il patrimonio familiare, insieme alla dote, ha indubbiamente fornito lo scheletro al fondo patrimoniale ancorché sia stata mutata

dedicata all'istituto, ove si prevede, in maniera chiara, che determinati beni (immobili, mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito) – che vanno a costituire il fondo – sono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia (cfr. art. 167, comma 1, c.c.)⁷.

Lo scopo, declinato sotto la locuzione «bisogni della famiglia», caratterizza marcatamente il fondo patrimoniale, al punto che ai beni ivi conferiti viene impressa – per dirla con le parole della giurisprudenza – «una destinazione esclusiva a uno scopo dal quale non possono essere distolti, servendo alle necessità del nucleo familiare»⁸.

In altri termini, la costituzione del fondo patrimoniale crea un patrimonio di scopo, attraverso cui determinati beni, di titolarità dei coniugi (o anche di un terzo), sono *separati* dal patrimonio di questi ultimi e destinati all'esclusivo perseguimento dei bisogni della famiglia.

La «cifra» di questo patrimonio (generalmente classificato come) di destinazione si coglie nel disposto degli artt. 169 e 170 c.c., che declinano l'*ubi consistam* dello strumento destinatorio.

La prima previsione sancisce il requisito dell'indisponibilità dei cespiti entrati a far parte del fondo patrimoniale; la seconda, ancorché con formulazione inadeguata⁹, introduce una limitazione alla pignorabilità dei beni¹⁰.

Il vincolo di inespropriabilità, in particolare, si traduce in una deroga al principio generale della responsabilità patrimoniale del debitore (sancito, come noto, dall'art. 2740 c.c.)¹¹ e costituisce indice

non soltanto l'etichetta, il nome, ma anche buona parte della disciplina» (FUSARO, *op. cit.*, p. 1047).

⁷ Ha distinto tra profilo funzionale e strutturale della destinazione P. PERLINGIERI, *Sulla costituzione di fondo patrimoniale su "beni futuri"*, in *Dir. fam.*, 1977, p. 267, nota 7, sottolineando che nel fondo patrimoniale la destinazione attiene alla funzione.

⁸ Cass., 28 novembre 1990, 11449, in *Giur. it.*, I, 1, p. 666 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 640 ss.; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 566 ss.; e in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, II, p. 681 ss.

⁹ Per tutti, AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, cit., p. 295.

¹⁰ In ordine a tali profili, *ex professo*, FRANCISETTI BROLIN, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, cit.

¹¹ Diversi sono gli scritti che si annoverano nell'ambito tematico della responsabilità patrimoniale. Tra gli altri: D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale*,

delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale: disposizioni generali, in *Commentario del codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, p. 438 ss.; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*², in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1943 [da cui traggono spunto gli scritti di MIGLIACCIO, *Responsabilità patrimoniale e natura dell'interesse del creditore sul patrimonio del debitore*, in Perlingieri e Polidori (a cura di), *Domenico Rubino*, I, *Interessi e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 597 ss. e di PORCELLI, *Le limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Domenico Rubino*, I, cit., p. 619 ss.]; NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, artt. 2740 – 2899, Bologna-Roma, 1945 (anche in una 2^a ed., 1955); LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione*, Milano, 1975; ID., *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 315 ss.; LAPERTOSA, *La responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 cod. civ.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 491 ss. (ove una sintesi delle opinioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali sul tema); BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*², in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2010, p. 3 ss.; MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; AL. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (Alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, in *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1805 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 19, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997, p. 490; ID., *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1040 ss.; NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001; ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, vol. IX, tomo III, Torino, 2005; ID., *La responsabilità patrimoniale e le relative azioni conservative*, in Lipari (a cura di), *Rosario Nicolò*, Napoli, 2011, p. 473 ss.; MACARIO, *La responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo. Spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti dei creditori*, *ivi*, p. 307 ss.; ROJAS ELGUETA, *L'autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, Roma, 2006; ID., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012; ID., *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore: nuove prospettive*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 813 ss.; SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni*, 2, Torino, 2011; ID., *I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 91 ss.; PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, cit.; FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, part. p. 7 ss.; MARCHETTI, *Sul preteso divieto delle limitazioni*

normativo che conferma, in un certo qual modo, la riconducibilità del fondo patrimoniale alle – ormai sempre più ricorrenti – ipotesi di patrimonio separato.

Infatti, l'art. 170 c.c. esclude che i creditori possano procedere all'esecuzione forzata sui beni del fondo e sui relativi frutti per debiti che conoscevano «essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia», sicché, da una parte, i beni del fondo patrimoniale sono aggredibili per obbligazioni assunte al fine di perseguire i bisogni della famiglia; dall'altra, detti cespiti garantiscono la soddisfazione anche di debiti rispetto ai quali il creditore ignorava l'estraneità ai bisogni della famiglia.

Dunque, un'inespropriabilità che va perimetrata sia da un punto di vista «oggettivo», sia da un altro «soggettivo».

I beni appartenenti al fondo patrimoniale possono formare oggetto di esecuzione forzata (esclusivamente) in ragione di obbligazioni assunte per i bisogni della famiglia (criterio, per così dire, oggettivo) e di debiti che il creditore insoddisfatto riteneva essere stati contratti per un fine differente dal perseguimento dei bisogni familiari (criterio, per così dire, soggettivo).

Quest'ultimo criterio (soggettivo) sembra attenuare l'intensità del vincolo di destinazione, dal momento che la concreta operatività del limite di espropriabilità dei beni appartenenti al fondo sconta la laboriosità di un'indagine introspettiva sul profilo riguardante la conoscenza, da parte dei creditori, dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia.

Tuttavia, è indubbio che la caratteristica destinazione dei beni del fondo patrimoniale ad uno scopo di solidarietà familiare abbia alimentato le opinioni di coloro che stigmatizzano l'utilizzo distorto ed in frode ai creditori al quale si presta lo strumento in questione¹².

ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore, in *Riv. dir. civ.*, 2016, II, p. 537 ss.; EAD., *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017; EAD., voce *Responsabilità patrimoniale negoziata*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., XII, Torino, 2019, p. 331 ss.

¹² Detto impiego dell'istituto è «casticamente colto attraverso l'immagine dei "fondi di pulcinella"» (così A. FUSARO, *op. cit.*, p. 1046 e nota 8 su CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, II, Milano, 1984, p. 92, cui si deve l'espressione).

E ciò trae conferma dalle vicende giudiziarie che riguardano l'istituto in esame e che hanno ad oggetto, principalmente, azioni revocatorie intentate dai creditori e dirette ad ottenere la declaratoria di inefficacia dell'atto costitutivo del fondo¹³.

Pertanto, con la costituzione di un fondo patrimoniale, si imprime ai beni un vincolo giuridico che produce un effetto segregativo, atteso che la ridotta disponibilità giuridica di detti beni e la limitata pignorabilità ad opera di taluni creditori soltanto – indici ricavabili dalla disciplina legale dell'istituto – consentono di inquadrare lo strumento del fondo patrimoniale nell'ambito dei patrimoni di destinazione.

3. *(Segue): la costituzione del fondo fra annotazione e trascrizione.*

Per quanto riguarda l'aspetto pubblicitario, l'attenzione deve anzitutto soffermarsi sulla ricostruzione della disciplina che attiene all'opponibilità del fondo patrimoniale (e del relativo vincolo di destinazione in cui finiscono per ricadere i beni rientranti nel fondo) e, successivamente¹⁴, sul regime pubblicitario applicabile nell'ipotesi in cui un cespite appartenente al fondo venga alienato.

Occorre subito ammonire sulle difficoltà che si incontrano a causa del modo in cui è congegnato il sistema normativo sul punto.

Si registra, infatti, la potenziale «sovrapposizione» di due formalità: la trascrizione nei pubblici registri immobiliari e l'annotazione nei registri dello stato civile.

La trascrizione è prevista dall'art. 2647, comma 1, c.c., secondo il quale va trascritta la costituzione del fondo patrimoniale avente per oggetto beni immobili; allo stesso modo, la trascrizione deve essere eseguita per i beni immobili che successivamente entrano a far parte del fondo patrimoniale (art. 2647, comma 2, c.c.).

¹³ Di esso si predica tratteggiatamente la natura gratuita e, in questa prospettiva, va ricordata la c.d. azione revocatoria breve, introdotta dall'art. 2929 *bis* c.c. e riguardante anche gli atti di costituzione di vincoli di indisponibilità compiuti a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, su cui si limita il richiamo alla sintesi contenuta nella voce di GALLO, *Azione revocatoria breve*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg., XI*, Torino, 2018, p. 33 ss.

¹⁴ V. *infra*, § 4.

L'annotazione è invece disposta dall'art. 162, comma 4, c.c. per le convenzioni matrimoniali che, a detta della previsione normativa, «non possono essere opposte ai terzi quando a margine dell'atto di matrimonio non risultano annotati la data del contratto, il notaio rogante e le generalità dei contraenti».

Il coordinamento fra le due formalità pubblicitarie si impone perché parte della dottrina¹⁵ e giurisprudenza maggioritaria¹⁶ concordano nel ritenere che il fondo patrimoniale sia da ricomprendere nel *genus* convenzioni matrimoniali, ossia tra quei negozi mediante i quali i coniugi adottano un regime patrimoniale in tutto o in parte diverso dal modello legale della comunione dei beni.

Il dibattito, a tal proposito, ruota intorno a due fondamentali posizioni: l'una, fatta propria dalla giurisprudenza della Cassazione¹⁷,

¹⁵ Cfr. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, cit., p. 140; MOSCARINI, *Struttura e funzioni nelle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. not.*, 1976, p. 61; LENZI, *Struttura e funzioni del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, p. 56.

¹⁶ Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 330 ss. [con nota di FINOCCHIARO, *La pubblicità in materia di rapporti patrimoniali fra i coniugi. (Noterelle in tema di costituzione del fondo patrimoniale)*]; Cass., 01 ottobre 1999, n. 10859, in *Contr.*, 2000, p. 768 ss. (con nota di BENETTI, *Natura e pubblicità del fondo patrimoniale*); Cass., 15 marzo 2006, n. 5684, in *Vita not.*, 2006, p. 796; Cass., 05 aprile 2007, n. 8610, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2557.

¹⁷ Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, cit.; Cass., 01 ottobre 1999, n. 10859, cit.; Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, in *Vita not.*, 1999, p. 1434; Cass., 15 marzo 2006, n. 5684, cit.; Cass., 05 aprile 2007, n. 8610, cit.; Cass., Sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1612 ss. (con nota di RIDELLA, *Il regime pubblicitario della "convenzione" del fondo matrimoniale*); in *Fam. dir.*, 2010, p. 561 ss. (con nota di BALDINI, *Natura e pubblicità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale: le ragioni di una decisione definitiva*); in *Foro it.*, 2010, I, c. 3122 ss. (con nota di MALTESE, *Brevi note sulle più recenti pronunce della Cassazione in tema di fondo patrimoniale*); in *Riv. not.*, 2010, p. 412 ss. (con nota di MAZZOTTA, *Il rapporto fra l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio e la trascrizione nei registri immobiliari dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale*); e in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 479 ss. (con nota di BAILO LEUCARI, *Corollari applicativi in tema di revocatoria del fondo patrimoniale. Brevi note a margine della sentenza 13 ottobre 2009, n. 21658, Sezioni Unite Civili, Suprema Corte di Cassazione*); Cass., 03 maggio 2012, n. 2348, in *Guida dir.*, 2012, 31, p. 70; Cass., 23 settembre 2013, n. 21725, in banca dati DeJure; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27854, in *Fam. dir.*, 2014, p. 172; Cass., 15 maggio 2019, n. 12545, in *Riv. not.*, 2019, II, p. 1089.

che «degrada» i registri immobiliari a mero strumento di pubblicità-notizia; l'altra che attribuisce a ciascuna forma di pubblicità una propria funzione dichiarativa e sostiene che la trascrizione debba *integrare* l'annotazione¹⁸.

Secondo la prima linea di pensiero, che ha ormai ricevuto l'avallo della giurisprudenza di legittimità¹⁹ (oltre al supporto della Corte Costituzionale²⁰), l'opponibilità ai terzi dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale non dipende dalla trascrizione, ma dall'annotazione nei registri dello Stato Civile, in quanto il fondo patrimoniale integra una convenzione matrimoniale ed è quindi soggetta alle disposizioni di cui all'art. 162 c.c. (circa le forme delle convenzioni medesime), ivi inclusa quella del comma 4 che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione.

¹⁸ AULETTA, *op. ult. cit.*, p. 139 ss. e, in part., p. 158 [ove chiaramente si delinea, in conclusione, «come una soddisfacente soluzione alla problematica esaminata è, dunque, fornita dalla tesi secondo la quale l'annotazione del fondo patrimoniale nei registri dello stato civile è richiesta per opporre ai terzi di buona fede la convenzione nel suo insieme (cioè la sua vigenza ed il relativo contenuto rimesso all'autonomia privata), mentre la trascrizione si rende necessaria per l'opponibilità del vincolo riguardo a ciascun bene del fondo»]; GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003, p. 71; BARGELLI e BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir., Aggior.*, IV, Milano, 2000, p. 453; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*², Napoli, 1995, p. 272. Ritiene questa tesi «più persuasiva» anche FUSARO, *Commento agli artt. 167-171*, cit., p. 1066.

¹⁹ Cass., Sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658, cit.; Cass., 03 maggio 2012, n. 2348, cit.; Cass., 23 settembre 2013, n. 21725, cit.; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27854, cit.; Cass., 15 maggio 2019, n. 12545, cit.

²⁰ Corte cost., 06 aprile 1995, n. 111 (in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1420 ss.; in *Corr. giur.*, 1995, p. 738; e in *Vita not.*, 1996, p. 127 ss.), che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 162, ult. co., 2647 e 2915 c.c. in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. (la Consulta era stata investita dalla questione con un'ordinanza del Tribunale di Genova. Nella specie, una banca aveva proceduto al pignoramento di un bene costituito in fondo patrimoniale del quale era stata effettuata la trascrizione prevista dall'art. 2647 c.c., ma non l'annotazione nei registri dello stato civile. Avverso l'opposizione all'esecuzione, la banca aveva eccepito il difetto di pubblicità presso lo stato civile e la controparte aveva sollevato, appunto, questione di costituzionalità, ritenuta non manifestamente infondata dal Tribunale di Genova che aveva rimesso alla Corte Costituzionale).

In quest'ottica, la trascrizione del medesimo atto costitutivo, ex art. 2647 c.c., con riferimento agli immobili che costituiscono oggetto del fondo, identifica una pubblicità notizia, inidonea ai fini dell'opponibilità.

Ne consegue che, in mancanza di annotazione a margine dell'atto di matrimonio, il fondo patrimoniale non è opponibile ai creditori, risultando irrilevante l'eventuale trascrizione antecedente ad altre formalità pregiudizievoli; anche perché è da escludere la retroattività dell'annotazione effettuata nei registri dello Stato Civile²¹.

La trascrizione è così «relegata» – dal consolidato orientamento giurisprudenziale appena richiamato²² – ad una funzione di mera pubblicità notizia.

Non può tuttavia essere trascurata l'altra tesi (alla quale si è innanzi fatto cenno)²³, quella del c.d. doppio binario, che distingue tra atto costitutivo del fondo, che va qualificato quale convenzione matrimoniale ed è soggetto alla disciplina dell'art. 162, comma 4, c.c.; e atto di individuazione del singolo bene conferito nel fondo, che, riguardando un bene immobile, dovrà essere trascritto ai fini dell'opponibilità ai terzi della segregazione.

In questa prospettiva, l'annotazione – in ogni caso indispensabile ai fini dell'opponibilità – consentirebbe ai terzi di apprendere che esiste un fondo patrimoniale, mentre la trascrizione risulterebbe necessaria per l'individuazione di quali beni immobili si sottraggano, in concreto, al regime della comunione legale e siano sottoposti al peculiare vincolo di destinazione derivante dalla loro appartenenza al fondo.

²¹ Cass., 5 aprile 2007, n. 8610, cit.; in questa direzione anche Cass., 16 novembre 2007, n. 23745, in *Foro it.*, 2008, p. 1936; e in *Vita not.*, 2008, p. 242 (nel senso dell'impossibilità di retrodatare la produzione degli effetti alla data di proposizione della domanda di annotazione o di anticiparli alla data di trascrizione effettuata ai sensi dell'art. 2647 c.c. ed avente la funzione di pubblicità notizia).

²² Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, cit.; Cass., 01 ottobre 1999, n. 10859, cit.; Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, cit.; Cass., 15 marzo 2006, n. 5684, cit.; Cass., 05 aprile 2007, n. 8610, cit.; Cass., Sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658, cit.; Cass., 03 maggio 2012, n. 2348, cit.; Cass., 23 settembre 2013, n. 21725, cit.; Cass., 12 dicembre 2013, n. 27854, cit.; Cass., 15 maggio 2019, n. 12545, cit.

²³ Cfr. nota 18.

In altre parole, la trascrizione attuerebbe la pubblicità del vincolo rispetto ai singoli beni e renderebbe opponibile ai terzi la destinazione patrimoniale, sul presupposto imprescindibile dell'annotazione dell'atto costitutivo nei registri dello stato civile.

V'è, però, che simile orientamento, pur attribuendo importanza alla trascrizione con riferimento agli specifici beni accantonati nel fondo patrimoniale, appare contravvenire irragionevolmente alla chiara efficacia dichiarativa della sola annotazione (che consente al terzo di ottenere esaustiva conoscenza circa la condizione giuridica dei beni cui il fondo si riferisce attraverso la lettura del relativo contratto costitutivo).

Di conseguenza, può dirsi che l'opponibilità del fondo patrimoniale e del relativo regime giuridico dipende dall'annotazione, nei registri dello stato civile, della particolare convenzione matrimoniale in esame.

Siffatta conclusione, del resto, è quella cui perviene la giurisprudenza che ha provato a ricondurre a sistema le previsioni normative degli artt. 162 e 2647 c.c.

Non vanno tuttavia sottaciute le criticità connesse all'annotazione – a margine dell'atto di matrimonio – dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale; e che sono, peraltro, le comuni difficoltà cui si va incontro allorquando debba procedersi all'annotazione di un qualsiasi atto presso i registri dello stato civile²⁴.

È infatti da sottolineare che, diversamente dai pubblici registri immobiliari, non esistono, presso lo Stato Civile, registri d'ordine atti a far constare il momento del deposito; così come non è chiaro il momento in cui si realizza l'opponibilità ai terzi (se dalla pubblicazione presso l'ufficio dello stato civile del luogo della celebrazione del matrimonio o presso quello della residenza dei coniugi)²⁵.

²⁴ Non a caso, si è parlato di «una sorta di girone dantesco dove la formalità vaga, secondo un percorso poco tracciato» (FUSARO, *op. ult. cit.*, p. 1065).

²⁵ Perché avvenga l'annotazione occorre un visto preventivo del p.m. in sede civile, a seguito del quale la copia dell'atto viene inviata al registro dello stato civile del luogo dove è stato celebrato il matrimonio e poi trasmessa al registro della residenza dei coniugi.

4. (Segue): *alienazione di un bene appartenente al fondo e regime pubblicitario.*

A questo punto, occorre chiedersi se anche l'atto dispositivo di un bene appartenente al fondo patrimoniale – come l'atto di costituzione del fondo – debba essere annotato e, in caso affermativo, quale rilievo assuma l'eventuale annotazione.

In questa linea di indagine, per arrivare ad affermare l'annotazione di simile atto dismissivo, lo si dovrebbe considerare alla stregua di una modifica di convenzione matrimoniale e, così, anch'esso da annotare ai sensi dell'art. 163, comma 3, c.c.

Bisogna, tuttavia, in primo luogo, domandarsi se, nella specie, si possa parlare di una modifica di convenzione matrimoniale.

Il ragionamento, al riguardo, può articolarsi lungo due direttrici: è modifica (*ex art. 163 c.c.*) quella che attiene alla convenzione matrimoniale nel suo complesso e che muta in tutto o in parte il regime patrimoniale vigente; oppure, sono modificazioni anche quelle che non alterano le strutture generali delle convenzioni cui si riferiscono o che operano sostituzioni (parziali o totali).

È evidente che soltanto nel secondo caso l'alienazione del bene appartenente al fondo patrimoniale potrebbe considerarsi alla stregua di una convenzione matrimoniale.

L'atto dispositivo di un bene del fondo patrimoniale, infatti, incide esclusivamente (per sottrazione) sull'oggetto del fondo, riducendone la consistenza; e, quindi, non determina alcuna alterazione della disciplina patrimoniale dei coniugi e del regolamento astratto e generale della convenzione.

Ma foss'anche predicabile l'equiparazione tra atto dispositivo di un bene del fondo e modifica di una convenzione matrimoniale, occorre chiedersi se i coniugi venditori possano avvalersi della mancata annotazione per opporre al creditore ipotecario la persistenza del vincolo segregativo «impresso» sul bene dal fondo patrimoniale.

In altre parole, bisogna interrogarsi sulla natura dell'annotazione e verificare se essa possa assumere una valenza differente rispetto a

quella di pubblicità dichiarativa; e, detto senza mezzi termini, risultare una forma di pubblicità costitutiva²⁶ ai fini della realizzazione dell'effetto *estintivo* del vincolo imposto dal fondo patrimoniale sul bene (successivamente alienato).

In proposito, la giurisprudenza ritiene che, ove la pubblicità sia necessaria ad integrare una qualsiasi fattispecie normativa, deve essere oggetto di esplicita previsione²⁷.

L'affermazione può spiegarsi alla luce del dato che le figure di pubblicità costitutiva sono annoverabili nell'ambito dell'eccezionalità.

Va, tuttavia, operata un'importante precisazione: tra le manifestazioni di pubblicità costitutiva, soltanto per quanto concerne l'ipoteca la previsione di legge collega espressamente l'effetto costitutivo del diritto alla formalità pubblicitaria (iscrizione ipotecaria: cfr. art. 2808, comma 2, c.c.).

Negli altri casi (comunemente ricondotti ad una pubblicità di carattere costitutivo), la valenza di costitutività (basti pensare ai vincoli di indisponibilità derivanti dal pignoramento immobiliare, dal sequestro conservativo e dalla *cessio bonorum*) si ricava, in linea interpretativa, dalla disamina del disposto legislativo, che non riconnette, *expressis verbis*, la genesi del diritto e/o della situazione giuridica all'adempimento pubblicitario²⁸.

²⁶ Per CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 290 ss., la pubblicità costitutiva si avrebbe quando l'atto segnalativo rientra fra gli elementi principali o fondamentali di una fattispecie, cioè tra quegli elementi che costituiscono la causa immediata del mutamento giuridico; e si distinguerebbe in pubblicità costitutiva con efficacia normale ed in pubblicità costitutiva con efficacia particolare, a seconda che le vengano attribuiti mutamenti autonomi o che invece essa debba influire sul mutamento causato dal fatto segnalato per confermarlo o sanarlo.

²⁷ Cfr. Cass., 12 dicembre 2003, n. 19058, in *Vita not.*, 2004, p. 291; e in *Arch. Civ.*, 2004, p. 1233; nonché Cass., 30 agosto 2018, n. 21385, cit.

²⁸ Oltre all'ipoteca, sono comunemente ricondotte nell'alveo della pubblicità costitutiva, le figure dell'usucapione abbreviata (artt. 1159 e 1162, comma 2, c.c.); dell'acquisto dall'erede apparente [artt. 534 e 2652, n. 7, c.c.]; della trascrizione del pignoramento e del sequestro conservativo (*ex* artt. 555 e 679 c.p.c.); della cessione dei beni ai creditori (*ex* artt. 2649 e 2687 c.c.); della cessione dei beni da parte dell'erede beneficiario (*ex* artt. 507, comma 2. e 509, comma 2, c.c.).

Sicché niente, in via astratta, proibirebbe di risalire, con un percorso ermeneutico, all'efficacia costitutiva dell'annotazione in discorso.

Nella specie, però, diventa arduo sostenere la costitutività di siffatta formalità pubblicitaria, poiché il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 163, comma 3, c.c. (sulla modifica delle convenzioni matrimoniali), così come dell'art. 162, comma 4, c.c. (sulle convenzioni matrimoniali *tout court*), è chiaro – seppure con differente formulazione delle due norme – nell'attribuire all'annotazione ivi prevista la valenza di pubblicità dichiarativa, necessaria per opporre ai terzi sia la convenzione, sia le sue modificazioni.

Più nel dettaglio, per l'art. 162, comma 4, c.c. le convenzioni matrimoniali «non possono essere opposte ai terzi» senza l'annotazione; mentre per l'art. 163, comma 3, c.c. le modifiche delle convenzioni non «hanno effetto rispetto ai terzi» se non è curata l'annotazione.

Ancorché la seconda previsione potrebbe – a voler essere pedanti – lasciare qualche dubbio, è senz'altro la lettura combinata delle due disposizioni normative a dissiparlo, nel senso che le modificazioni

Inoltre, un indirizzo giurisprudenziale ritiene subordinata la costituzione del privilegio speciale sul bene immobile oggetto di contratto preliminare ex art. 2775 bis c.c. ad una particolare forma di pubblicità costitutiva ed afferma la sottrazione di tale privilegio alla regola generale – sancita dall'art. 2748, comma 2, c.c. – di prevalenza del privilegio sull'ipoteca (Cass., Sez. un., 1 ottobre 2009, n. 21045, tra l'altro in *Giur. it.*, 2010, p. 797 ss., con nota di SICCHIERO, *L'ipoteca anteriore prevale sul privilegio ex art. 2725 bis c.c.: quando la giurisprudenza ha i piedi per terra*; in *Giur. it.*, 2010, p. 1049 ss., con note di ARCHINÀ, *Il "ridimensionamento" del privilegio ex art. 2775 bis c.c.* e di TERLIZZI, *Le Sezioni unite cambiano rotta sul conflitto tra privilegio da contratto preliminare trascritto e ipoteca precedentemente iscritta*; e in *Foro it.*, 2010, I, c. 1550 ss.; Cass., 16 marzo 2012, n. 4195, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 2171 ss., con nota di CARRANO, *Osservazioni sul conflitto tra privilegio del promissario acquirente e ipoteche iscritte anteriormente*; Cass., 27 novembre 2012, n. 20974 e Cass., 9 gennaio 2013, n. 341, entrambe in *Fallimento*, 2013, p. 412 ss., con nota di CEDERLE, *Fallimento del promittente venditore e conflitto del privilegio ex art. 2775 bis c.c. con l'ipoteca anteriormente iscritta. La trascrizione del contratto preliminare e lo speciale privilegio immobiliare del promissario acquirente*; Cass., 30 luglio 2014, n. 17270, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2903 ss.).

non possono non seguire lo stesso regime pubblicitario delle convenzioni, da annotare – inequivocamente – per l’opponibilità ai terzi.

Dunque, anche se l’alienazione di un bene rientrante nel fondo patrimoniale fosse soggetta ad annotazione ai sensi dell’art. 163, comma 3, c.c., lo sarebbe per finalità di opponibilità ai terzi; e non perché si possa compiutamente produrre la (sopravvenuta) inefficacia del vincolo di destinazione derivante dall’appartenenza del bene al fondo patrimoniale.

Se così è, i coniugi venditori del bene non potrebbero far valere, nei confronti dei loro creditori, la persistenza di tale vincolo dopo l’intervenuta vendita non seguita da un’ipotetica annotazione.

5. Sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione: distinzione tra efficacia e opponibilità.

La vicenda che ha ispirato questo scritto²⁹ è stata risolta attraverso il coordinamento del principio consensualistico con quello dell’efficacia (meramente) dichiarativa della trascrizione di una compravendita immobiliare.

È pertanto necessario prendere in esame (seppur in maniera sintetica, considerata la limitata estensione del presente contributo) il non semplice rapporto fra la trascrizione ed il principio del consenso traslativo³⁰, che pone problemi di ricostruzione del sistema.

²⁹ V. *retro*, § 1.

³⁰ Per una disamina del difficile coordinamento fra l’acquisto della proprietà tramite il consenso e l’effetto della trascrizione descritto dall’art. 2644 c.c., cfr. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., part. p. 75 ss.; ID., *I contratti ad effetti reali*, cit., p. 103 ss.; MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Padova, 2004, spec. p. 102 ss.; VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno. La doppia alienazione immobiliare tra tutela risarcitoria e restituzioni*, Brescia, 2005, spec. p. 26 ss.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, *passim* e part. p. 105 ss.; BIZZARRO, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012, p. 25 ss.; MANCO, *Negozi in danno dei terzi e circolazione dei beni*, Napoli, 2016, p. 26 ss.; CICERO, *Consensualismo e trascrizione*, in F. Volpe8a cura di), *Vendite e circolazione immobiliare*, Torino, 2018, p. 67 ss.; FREZZA, *Circolazione immobiliare e certezza del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 167 ss.

Il giurista, infatti, è posto innanzi al dilemma di conciliare regole che fra di loro si contraddicono³¹, anche rispetto ad un ragionamento di ordine logico.

Lo scambio del consenso legittimamente manifestato³², in virtù del principio consensualistico (di cui è espressione l'art. 1376 c.c.), dovrebbe sancire *definitivamente e nei confronti di tutti* il trasferimento del diritto in favore dell'avente causa, senza che un successivo acquisto di terzi (dello stesso diritto o di un altro diritto incompatibile) possa prevalere sul diritto di colui che ha acquistato per primo, a cagione della trascrizione precedentemente intervenuta.

Diviene così arduo spiegare la coesistenza delle due regole all'interno di un medesimo ordinamento giuridico.

³¹ Sull'evoluzione storica della spinosa tematica, cfr. (senza alcuna pretesa di completezza), STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 1 ss.; e in ID., *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, p. 453 ss.; ID., *La trascrizione nell'ordinamento italiano e francese*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 290 ss.; GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, p. 23 ss.; CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 69 ss.; ZACCHEO, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milano, 1991, p. 100 ss.; DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, Milano, 1994, p. 34 ss.; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., p. 18 ss.; ID., *I contratti ad effetti reali*, cit., p. 87 ss.; WACKE, *Trasferimento della proprietà in virtù di mero consenso o solo a seguito della tradizione del bene? Sulle divergenze nei percorsi della ricezione e sul possibile superamento delle stesse*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 1035 ss.; VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 17 ss.; RAJNERI, *Il principio consensualistico e l'Abstraktionsprinzip quali meccanismi alternativi di attribuzione della titolarità e gli interessi dei terzi: un conflitto irrisolto nei lavori di Restatement del diritto privato europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 433 ss.; MUCCIOLI, *op. cit.*, p. 52 ss.

³² L'origine della teoria del contratto come incontro dei consensi è individuata da GORLA, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 257, nota 7, nel D. 2, 14, *De pactis*, 1, 3, che, dopo aver definito il «*pactum*» l'accordo come «*duorum pluriumve in idem placitum et consensus*», così prosegue: «*nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis loci in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt*».

La questione è nota e datata ed impinge nella teorica generale della circolazione dei diritti³³.

Ragionando in astratto, dovrebbe imperare, su tutte, la regola *prior in tempore potior in iure*, quale criterio in grado di imporsi per la sua *palmare* evidenza.

È di immediata percezione l'assunto secondo cui chi prima acquista debba, a buon ragione, potersi ritenere titolare *indiscusso* del diritto che gli è stato trasferito.

Tuttavia, nel concreto, la priorità temporale dell'atto di acquisto non è certamente, di per sé, criterio idoneo per la risoluzione di conflitti tra più acquirenti dello stesso diritto (o di diritti fra loro incompatibili)³⁴.

L'acquirente, invero, di fronte all'impossibilità, per l'alienante, di fornire la prova negativa di non aver operato precedenti trasferimenti (in conflitto), si troverebbe costretto a confidare soltanto nella garanzia per evizione e, quindi, a potersi avvalere della mera risoluzione del contratto con conseguente risarcimento del danno.

La certezza nei traffici giuridici, al contrario, impone che l'acquirente, ancorché al ricorrere di determinati presupposti di legge (che possono variare e realizzarsi in maniera, più o meno, articolata),

³³ Il contratto traslativo, nell'attuare lo spostamento del diritto su di un bene da un soggetto ad un altro, coinvolge l'interesse delle parti e di un'ampia categoria di terzi. In ciò risiede il problema giuridico della circolazione [sul punto, cfr. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933 (in rist. anastatica, Napoli, Scuola di Camerino, n. 22), p. 61, il quale osservava: «la tutela giuridica della circolazione si deve risolvere non tanto nella costituzione di un rapporto personale tra i contraenti quanto nel mutamento della situazione giuridica di fronte ai terzi. Allora non solo gli aventi causa dalle parti, ma anche altri terzi sono interessati alla circolazione: in genere *tutti i terzi*, quando si tratti di successione in un rapporto reale o di costituzione di questo»].

³⁴ DELLE MONACHE, *Fedeltà al principio consensualistico?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 288, sottolinea la perdurante importanza del ruolo svolto dal principio consensualistico, nonostante il canone espresso dalla massima *prior in tempore potior in iure* – consequenziale all'accoglimento del principio del consenso traslativo – venga soppiantato dai vari criteri preordinati alla risoluzione dei conflitti tra più aventi causa da un medesimo autore.

debba essere tutelato con più intensità³⁵; e non soltanto sul piano meramente risarcitorio.

Così, mentre il consenso è suscettibile di esaurire la vicenda traslativa *inter partes*, occorre l'adempimento di specifici oneri perché l'atto di acquisto risulti opponibile ai terzi (o, comunque, a determinati terzi).

In altri termini, l'*esplicazione erga omnes* dell'effetto acquisitivo del diritto è subordinata, volta per volta, a seconda del bene o del diritto trasferito, alla tempestiva notificazione o all'accettazione del debitore (nel caso di più cessioni del medesimo credito: art. 1265 c.c.); al preventivo acquisto del possesso (nell'ipotesi di successivi contratti di alienazione dello stesso bene mobile: art. 1155 c.c.); o alla preventiva trascrizione dell'atto di trasferimento (in ordine a più alienazioni del medesimo immobile: art. 2644 c.c.).

Da qui, con riferimento ai beni immobili, il problema della doppia alienazione, che pone questioni teoriche di spessore, su cui variegata risultano le posizioni della dottrina³⁶.

³⁵ Rileva, peraltro, CIATTI CÀIMI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, artt. 2643-2645-bis, 2646-2651, Milano, 2018, p. 198, che «Spostando ... sulla data della pubblicazione la regola *prior in tempore* [...] – e soprattutto ponendo l'acquirente in condizione di conoscere (tramite la visura presso l'ufficio della conservatoria) l'antecedente stipulazione di un atto traslativo con altri – si fornisce la circolazione dei diritti immobiliari di una regola talmente chiara che la gran parte delle possibili controversie tra aventi causa dallo stesso autore neppure insorgono nei tribunali [...] Il prezzo da pagare è il sacrificio subito dal primo acquirente che ha confidato nella regola consensualistica, sacrificio che [...] è accettabile sul piano costituzionale perché riduce le controversie in numero e in durata e rende sicura la circolazione dei diritti immobiliari».

³⁶ In ordine alla doppia alienazione immobiliare, si segnalano, tra gli altri, DORIA, *Il problema della responsabilità dell'alienante per doppia alienazione immobiliare. Nella dialettica del rapporto tra contratto di alienazione e principio consensualistico*, Catanzaro, 1992; ID., *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale. Il problema della responsabilità dell'alienante e del secondo acquirente*, cit.; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., spec. p. 75 ss.; VENTURELLI, *op. cit.*, part. p. 57 ss.; BIZZARRO, *op. cit.*, p. 149 ss.; VITUCCI, *La trascrizione nel procedimento traslativo. Contributo allo studio del doppio trasferimento immobiliare*, Napoli, 2014, *passim* e, in part., p. 42 ss.; MANCO, *op. cit.*, p. 69 ss.; VIANA, *La pubblicità nella vendita im-*

Non è questa la sede per approfondire le diverse opinioni degli studiosi, da taluno raggruppate secondo tre grandi linee di pensiero³⁷, ma è senz'altro opportuno segnalare come la coerenza del sistema possa essere garantita distinguendo i due concetti dell'efficacia (*inter partes*) del trasferimento e dell'opponibilità³⁸ del titolo di acquisto³⁹.

mobiliare, Napoli, 2017, p. 275 ss. Cfr., altresì, i saggi di COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 520 ss.; POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e «responsabilità extracontrattuale da contratto»*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 733 ss.; CASELLA, *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 517 ss.; GABRIELLI, *Doppia alienazione e trascrizione nella teoria dei fatti illeciti (problemi e prospettive)*, in *Quadr.*, 1993, p. 22 ss.; e in ID., *Studi sui contratti*, Torino, 2000, p. 275 ss.; ID., *La doppia vendita immobiliare*, in *Dir. priv.*, 1995, p. 303 ss.; e in ID., *Studi sui contratti*, cit., p. 389 ss.; MUCCIOLI, *Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 681 ss.; FERRANTE, *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1115 ss.; nonché la rassegna di BUSANI, *La doppia alienazione immobiliare. Rassegna di giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 73 ss.

³⁷ VETTORI, *op. ult. cit.*, pp. 76-78 (il quale osserva che «La dottrina sulla funzione della trascrizione si divide sostanzialmente secondo tre linee di pensiero. Per alcuno l'acquisto non trascritto non conseguirebbe piena efficacia reale, altri spiega l'apparente contrasto fra gli artt. 1376 e 2644 c.c. scindendo il potere di disposizione del proprietario dalla legittimazione, altri ancora considera la trascrizione *condicio iuris* idonea a risolvere ogni acquisto precedente»); sulla scia di Vettori, VENTURELLI, *op. cit.*, p. 29.

³⁸ Evidenzia VETTORI, voce *Opponibilità*, cit., che «Il concetto di opponibilità riassume il complesso delle regole destinate a risolvere i conflitti determinati dalla circolazione dei beni e di questa costituisce la disciplina più significativa» (p. 1), osservando che «l'opponibilità esprime la necessità di soluzione di conflitti fra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili» [p. 4; ma cfr. anche ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit. p. 136].

³⁹ Chiaramente VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., p. 107; A. VENTURELLI, *op. cit.*, p. 35 ss.

Tenendo presente tale distinzione si riesce, infatti, a dare una spiegazione plausibile ai principî del consenso traslativo e dell'efficacia dichiarativa della trascrizione⁴⁰.

In questa «bipolarità», il principio consensualistico va ricondotto al piano dell'efficacia del trasferimento fra alienante ed acquirente; l'efficacia dichiarativa della trascrizione all'altro piano dell'opponibilità dell'atto di acquisto a terzi (che vantano diritti in conflitto).

Anzi, nella prospettiva appena evidenziata, si chiarirebbe anche la *rilevanza*⁴¹ (sotto il profilo dell'efficacia *inter partes*) del primo atto di trasferimento non trascritto nell'ambito del fenomeno della doppia alienazione immobiliare.

Dunque, a prescindere dalle diverse ricostruzioni teoriche che possono registrarsi in ordine alla difficile armonizzazione degli artt. 1376 e 2644 c.c. (e sulle quali non è questo il luogo per potersi intrattenere), un dato su tutti merita di essere sottolineato ai fini del presente contributo: la distinzione tra efficacia traslativa ed opponibilità dell'atto sembra mostrarsi decisiva nella riconduzione a sistema di regole tra loro astrattamente incompatibili⁴².

⁴⁰ Osservava MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, II, 1, Milano, 1952, p. 545, che «la trascrizione vale a trasformare un'impossibilità giuridica (quella di acquistare da chi ha già alienato o costituito il dato diritto) in una possibilità giuridica».

⁴¹ Per FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941 (in rist. anastatica, Napoli, Scuola di Camerino, n. 13), p. 27, «La rilevanza giuridica [...] null'altro designa che l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, e si esprime perciò come *efficacia potenziale*: distinguendosi così dall'efficacia attuale, pur se avviene di solito che i due momenti coincidano». Per un'ampia ricostruzione del concetto di rilevanza giuridica, v. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss. (anche in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 3 ss.), il quale, con riferimento alle differenze tra rilevanza ed efficacia (p. 1111 s.), osserva: «La rilevanza dipende da un *nesso di concetti* (il concetto particolare è riportato sotto il concetto generale); gli effetti dipendono da un *nesso di giudizi* (se si è verificato il soggetto della protasi, allora segue il soggetto dell'apodosi)». Sui rapporti tra rilevanza ed efficacia anche FALZEA, voce *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 901.

⁴² Va peraltro osservato che la difficile armonizzazione della regola del consenso traslativo con l'art. 2644 c.c. (norma che condiziona l'opponibilità degli effetti reali *erga omnes* all'adempimento di oneri successivi al perfezionamento

Occorre, peraltro, saggiare – e sul punto dovrà soffermarsi la parte finale dello scritto⁴³ – se la distinzione regga rispetto ai conflitti suscettibili di verificarsi con riguardo all’atto di alienazione di un cespite oggetto del fondo patrimoniale.

6. *Atto dispositivo di un bene del fondo patrimoniale: effetti «favorevoli» e «sfavorevoli».*

La giurisprudenza⁴⁴ pone l’accento su una duplicità di effetti che derivano dall’atto di disposizione di un bene appartenente al fondo patrimoniale.

Un atto dispositivo del genere interviene per «sottrazione» sull’oggetto concreto del patrimonio destinato ai bisogni della famiglia, nel senso che determina la fuoriuscita del bene dal fondo e, di conseguenza, la cessazione del vincolo di destinazione cui risultava asservito il cespite.

Esso, dunque, differisce rispetto ad atti che, al contrario, «implementano» il fondo patrimoniale e che, successivamente alla sua costituzione, conferiscono nel fondo ulteriori beni.

L’atto di disposizione di un bene che rientra nel fondo patrimoniale produrrebbe, peraltro, effetti «favorevoli» e «sfavorevoli».

Ma per comprendere a cosa effettivamente attengano tali attributi, occorre operare una contestualizzazione.

Infatti, l’attribuire ad un effetto la connotazione di favorevole o sfavorevole implica, ontologicamente, il riferimento ad un determinato soggetto.

dell’accordo) riecheggia, forse, sotto altra veste, la storica distinzione di teoria generale fra *titulus* e *modus acquirendi*, che ha da sempre rappresentato momento cruciale di riflessione in ogni indagine sui meccanismi che sovrintendono alla produzione dell’effetto reale. Da questo punto di vista, è come se il legislatore, con la categoria del contratto ad effetti reali, avesse inteso fondere due fasi in precedenza considerate distintamente, seppur in stretto collegamento, quali il momento obbligatorio e quello reale; ed ecco «perché inevitabilmente si è ricreato, pur sotto rinnovata veste, un certo dualismo nel momento in cui si svincola l’opponibilità dall’atto per ricollegarla ad eventi ulteriori» (cfr. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, vol. I, tomo I, Torino, 2012, p. 7).

⁴³ V. *infra*, § 7.

⁴⁴ Cass., 30 agosto 2018, n. 21385, cit.

L'essere favorevole o sfavorevole sottende l'interrogativo su chi sia il soggetto rispetto al quale uno specifico effetto sia favorevole ovvero sfavorevole.

E gli effetti, nella specie, presentano, come termine di riferimento soggettivo, il terzo creditore dei coniugi che hanno, in un primo momento, costituito il fondo patrimoniale e, successivamente, alienato il bene di quel fondo su cui il loro creditore aveva iscritto ipoteca.

In simile contesto, l'atto dispositivo determina, rispetto al creditore dei coniugi venditori, sia effetti favorevoli, che sfavorevoli: quanto ai primi, l'immobile fuoriesce dal fondo patrimoniale nel quale era stato conferito e diviene, così, espropriabile dal creditore ipotecario; riguardo ai secondi, il trasferimento del bene ad altri e, quindi, l'attribuzione del bene dalla sfera patrimoniale dei debitori a quella altrui dell'acquirente.

Sicché, l'atto di alienazione in questione produce, nello stesso tempo, effetti pregiudizievoli e favorevoli nei confronti del creditore.

Si tratta ora di capire in che maniera gli effetti pregiudizievoli possano rendersi opponibili al terzo creditore; e se vi sia spazio affinché quest'ultimo possa avvalersi degli effetti a lui favorevoli ove quelli del primo tipo non gli siano opponibili.

Va, a tal proposito, osservato che non si può avere, concretamente, il *contemporaneo* verificarsi di queste due tipologie di effetti: o si rendono opponibili gli effetti pregiudizievoli per il creditore, ed allora egli non potrà avvalersi degli effetti favorevoli; oppure, non operando gli effetti sfavorevoli, il creditore potrà opporre quelli per lui favorevoli ai propri debitori.

Detto altrimenti, gli uni effetti escludono gli altri, atteso che, soltanto una volta che quelli pregiudizievoli non potranno prodursi nei confronti del creditore, allora quest'ultimo potrà opporre ai debitori la sopravvenuta inefficacia del vincolo di destinazione conseguente alla vendita del bene e, così, aggredire il cespite immobiliare con l'azione esecutiva.

7. Criteri di risoluzione dei conflitti e ruolo dell'efficacia traslativa.

L'alienazione di un bene del fondo patrimoniale può generare due ipotesi di carattere astrattamente conflittuale: una tra il creditore ipotecario dei coniugi alienanti ed il terzo acquirente del bene; l'altra fra il creditore e i coniugi debitori che hanno alienato il bene.

Il primo genere di conflitto non può che risolversi nella prospettiva dell'efficacia dichiarativa della pubblicità immobiliare; e, dunque, secondo la regola della priorità nella trascrizione, sicché prevarrà chi, tra l'alienatario e il creditore ipotecario, avrà, rispettivamente, trascritto o iscritto per primo l'atto di trasferimento o l'ipoteca nei pubblici registri.

La seconda «anomala» tipologia di conflitto – che ricorre nella misura in cui i coniugi che hanno costituito il fondo patrimoniale sono portatori dell'interesse⁴⁵, contrapposto a quello del creditore ipotecario, a che il bene (trasferito con atto trascritto successivamente all'iscrizione ipotecaria) non sia fuoriuscito dal fondo e non risulti quindi assoggettabile a pignoramento – trova, invece, secondo la giurisprudenza⁴⁶, una soluzione differente, che riposa nell'operare del principio consensualistico.

Tale conflitto deve essere oggetto di approfondimenti, ma va, per ora, preliminarmente chiarito come non sia pensabile che la mancata trascrizione dell'atto di alienazione del bene impedisca il prodursi dell'effetto traslativo; in assenza della trascrizione, si è comunque determinata la cessazione del vincolo di inespropriabilità, conseguentemente all'effetto reale che discende dall'intervenuto scambio del consenso ed alla connessa fuoriuscita dell'immobile dal fondo patrimoniale. Pertanto, il bene alienato non è più vincolato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia ed è suscettibile di pignoramento (a meno che la vendita dell'immobile possa risultare concretamente funzionale a soddisfare le esigenze della famiglia, così da implicare la non automatica estromissione del bene dal fondo e da sottrarre quest'ultimo all'esecuzione dei creditori personali dei coniugi).

⁴⁵ Va notato che, sotto questo profilo, l'interesse dei coniugi alienanti è, per certi versi, comune a quello dell'acquirente, che può opporsi all'azione esecutiva adducendo la persistenza del vincolo di destinazione.

⁴⁶ Cass., 30 agosto 2018, n. 21385, cit.

Viene così ad emersione un *duplice* ruolo del principio consensualistico, che si atteggierebbe, da un lato, come regola di produzione degli effetti reali; dall'altro, come «primordiale» criterio risolutivo di conflitti.

Il secondo modo di atteggiarsi del principio del consenso traslativo resta, però, in ombra, al punto che è dato registrare, comunemente, l'affermazione secondo cui il consensualismo traslativo opera nel campo della circolazione «a-conflittuale», nel senso che, ogniqualvolta subentri un'ipotesi di conflitto, si fanno strada soluzioni di carattere diverso, improntate alle logiche dell'evidenza e della pubblicità, anziché alle dinamiche dei nudi patti.

In altri termini, allorché sorga un conflitto, intervengono le regole deputate a risolverlo e, così: nell'ordine e allo stadio iniziale, la basilare ed intuitiva regola di prevenzione (*prior in tempore potior in iure*) – che pure discende, a mo' di corollario, dal consenso traslativo –, con prevalenza dell'avente causa portatore del titolo cronologicamente primo; successivamente, all'operare della precisa disposizione risolutiva del conflitto e per i diritti reali su beni immobili, la regola sovraordinata della prevalenza del titolo precedentemente trascritto (*ex art. 2644 c.c.*).

In questo quadro, è quindi da escludere che un qualsiasi genere di conflitto possa essere regolato dall'applicazione dell'art. 1376 c.c.: il principio consensualistico non è da annoverare tra le regole risolutive di conflitti.

La peculiare ipotesi conflittuale che viene in rilievo nella specie, tuttavia, sembra mettere in crisi sia la sistematica e l'ordine di operatività delle regole risolutive di conflitti innanzi tratteggiati, disvelando un ruolo «inedito» del principio consensualistico; sia, nel contempo, la distinzione di piani tra efficacia (attinente al principio del consenso traslativo) e opponibilità (propria della trascrizione), con cui riesce a darsi una plausibile spiegazione all'aporia sollevata dal rapporto tra gli artt. 1376 e 2644 c.c.⁴⁷.

⁴⁷ V. *retro*, § 5.

Infatti, nel conflitto fra creditore ipotecario pignorante e coniugi alienanti di un bene appartenente al fondo patrimoniale, si dà prevalenza al creditore senza che assumano rilievo le regole sulla trascrizione e senza far ricorso al principio di prevenzione *tout court*.

A ben guardare, quel che è dirimente, è la *mera* efficacia traslativa che deriva dallo scambio del consenso; non si dà questione della priorità temporale di un titolo rispetto ad un altro, né, tanto meno, è decisiva la priorità della trascrizione.

Un simile scenario induce quindi ad interrogarsi specificamente sul conflitto in esame, per verificare, in primo luogo, se si tratti di un conflitto in senso proprio; e, in caso affermativo, se il conflitto in questione possa consentire di revocare in dubbio la generalizzata valenza della distinzione tra efficacia del trasferimento e opponibilità del titolo di acquisto.

Muovendo nella prima direzione, non può escludersi che si possa parlare di conflitto, qualunque sia l'accezione che di esso voglia preferirsi.

A tal riguardo, premessa l'estrema difficoltà di individuare una precisa nozione di conflitto, può dirsi che quest'ultima e quella finitima di concorso di diritti risultano genericamente riconducibili al concetto lato di collisione (*Kollision der Rechte*), che designa il fenomeno per cui «diritti appartenenti a soggetti diversi si trovino di fronte in modo che l'esercizio di uno renda, in tutto o in parte, impossibile quello del o degli altri»⁴⁸.

La collisione, poi, si specificherebbe in termini di conflitto o di concorso, potendosi intendere il primo in senso restrittivo e il secondo in senso estensivo, sicché il conflitto sarebbe una specie di concorso.

Secondo l'elaborazione offerta dalla dottrina, presupposti indispensabili dell'esistenza del conflitto sono: «a) la contemporanea esistenza, o, più precisamente, la coesistenza di più diritti soggettivi;

⁴⁸ NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, p. 15 (nonché citazioni in nota 22); cfr. anche MAGAZZÙ, voce *Concorso e conflitto di diritti soggettivi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, pp. 671 e 675 s.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 89 ss. Sull'argomento si richiama: WRÓBLEWSKI, *Zur lehre von der Collision der Privatrechte*, Wien, 1894, *passim*; DE BOOR, *Die Kollision von Forderungsrechten*, Berlin-Wien, 1828, *passim*.

b) l'appartenenza di questi a soggetti diversi; c) la possibilità che vi sia interferenza tra le attività di esercizio dei singoli diritti, che, cioè, l'esercizio dell'uno porti al sacrificio più o meno completo e definitivo del o degli altri diritti»; con l'ulteriore chiarimento che, per la possibilità del conflitto, è «indispensabile che i diritti coesistenti siano posti tutti sullo stesso piano e sussista, inoltre, per essi la uguale giuridica possibilità di integrale realizzazione»⁴⁹.

Il conflitto, peraltro, potrebbe verificarsi «soltanto quando manchi, almeno inizialmente, una norma che regoli il modo della coesistenza dei diritti»⁵⁰.

Ciò perché «la mancanza di una iniziale regola di coordinazione o subordinazione [...] pone tutti i diritti sullo stesso piano e ammette, perciò, la possibilità che, se non in fatto, almeno in astratto, tutti possono trovare attuazione. L'essenza del conflitto sta appunto in questa astratta uguale possibilità di attuazione di tutti i diritti cui non corrisponde un'analoga possibilità di fatto»⁵¹.

In sostanza, la presenza di norme quali gli artt. 1155, 1265 e 2644 c.c., che presidiano la certezza della circolazione dei diritti e selezionano la situazione giuridica cui va attribuita prevalenza, escluderebbe la configurabilità di ipotesi di conflitto.

Di conseguenza, con riferimento, ad esempio, alla doppia alienazione di beni immobili, l'esistenza dell'art. 2644 c.c. (che riconosce

⁴⁹ NATOLI, *Conflitto di diritti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 448; ID., *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, cit., p. 52 ss.; cfr., inoltre, in senso conforme, MAGAZZÙ, *op. cit.*, pp. 671-673.

⁵⁰ NATOLI, *Conflitto di diritti*, cit., p. 448.

⁵¹ NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, cit., p. 19. A tal proposito, nella dottrina romanistica, si rilevava: «Finché i diritti che più persone hanno sopra un oggetto, non si escludono vicendevolmente, ma si possono tutti far valere, non sussiste che una concorrenza di diritti. Soltanto nel caso che i diritti di più persone stiano fra loro in una tale opposizione, che uno solo di essi possa esercitarsi pienamente, ha luogo una collisione, e in séguito alla stessa il quesito, a quale diritto spetti la preferenza» (HAIMBERGER, *Il diritto romano privato e puro*⁴, trad. italiana di C. Bosio, Torino, 1855, p. 55).

prevalenza al soggetto titolare dell'acquisto per primo trascritto) impedirebbe l'insorgere di un conflitto⁵², regolando, a monte, il *concorso* di più diritti.

Invero, un'obiezione su tutte potrebbe muoversi a tale ricostruzione: un conflitto, anche quando vi siano norme dirette a regolare la coesistenza di più situazioni giuridiche fra loro incompatibili, comunque esiste, poiché il prevalere di un diritto sull'altro risulta conseguenza dell'applicazione *postuma* del criterio risolutivo del conflitto recato dalla disposizione normativa.

Ciò posto, non pare sia da escludere la ricorrenza di un conflitto nel caso in questione; e ciò anche prescindendo dalle esatte coordinate idonee ad individuare un conflitto di diritti e, segnatamente, dalla necessità o meno che non si rinvergano norme deputate a dettare criteri di prevalenza tra situazioni giuridiche confliggenti.

Infatti, il creditore ipotecario e i coniugi debitori-alienanti vantano diritti sullo stesso bene immobile, tali che l'esercizio dell'uno pregiudica in modo irreparabile la soddisfazione dell'altro diritto: da una parte, il creditore intende agire esecutivamente sul bene una volta che sia venuto meno il vincolo impresso su di esso dal patrimonio di scopo; dall'altra, i coniugi hanno l'interesse opposto a non subire l'espropriazione del cespite immobiliare, da ritenere ancora

⁵² Taluna dottrina, tra l'altro, sostenendo l'impossibilità giuridica della coesistenza di più diritti contrastanti, nega in radice la configurabilità del conflitto tra diritti. Cfr., VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, Firenze, 1925, p. 188; SCARPELLI, *Il conflitto tra diritti personali di godimento e l'art. 1380 del codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 951 ss.; TEDESCHI, *Negozi giuridici incompatibili*, in *Arch. giur. Serafini*, 1929, p. 210 ss., il quale osservava che l'espressione «conflitto tra diritti», che sembra alludere a diritti contrastanti, è inesatta in quest'accezione, in quanto il fenomeno, così interpretato, urterebbe con il postulato dell'unità e della coerenza di un sistema. Con la locuzione «conflitto tra diritti» si intende, piuttosto, «quella serie di processi mentali dell'interprete per cui di quei diritti potenzialmente incompatibili viene resa possibile la coesistenza o riducendoli da ciò che il diritto è, astrattamente considerato nella sua pienezza, o subordinandoli uno all'altro nella loro esistenza (esistenza condizionata o eventuale), o nella loro estensione».

ricompreso nel fondo patrimoniale. Né è dato rintracciare una precisa norma (come gli artt. 2644, 1155, 1265 c.c.) che possa regolare il conflitto di specie⁵³.

Può dunque dirsi sussistente un'ipotesi di conflitto, che viene tuttavia (singolarmente) risolto attraverso l'efficacia traslativa, la quale si atteggia a criterio risolutivo del conflitto, ancorché nell'ambito che è proprio dell'efficacia del trasferimento; e senza «sconfinare» in quello dell'opponibilità del titolo di acquisto.

La soluzione di un simile conflitto è infatti da rinvenire nell'area di *estensione* degli effetti prodotti dal negozio di trasferimento del bene rientrante nel fondo patrimoniale.

Per comprendere l'assunto, bisogna muovere dalla constatazione che la Suprema Corte⁵⁴, con riferimento al conflitto in esame, non applica la regola di priorità cronologica del titolo, ma si limita a richiamare l'operatività del consenso traslativo, che determina il trasferimento automaticamente e nello stesso momento di conclusione del contratto.

Il terzo creditore ipotecario può avvalersi dell'effetto traslativo ed opporlo ai coniugi debitori che hanno disposto del bene appartenente al fondo patrimoniale.

Così, a ben riflettere, si è distanti dall'opponibilità propria dell'atto precedentemente trascritto o di quello cronologicamente anteriore e si è, più propriamente, nella sfera di estensione dell'efficacia traslativa.

Si ha, in questa prospettiva, che l'effetto del trasferimento si produce *per il terzo* creditore in quanto a lui favorevole, nella medesima logica propria del contratto a favore di terzi⁵⁵.

⁵³ MAGAZZÙ, *Concorso e conflitto di diritti soggettivi*, cit., p. 680, evidenza: «Criteri di risoluzione del conflitto di diritti (mediante prevalenza di un diritto e correlativa subordinazione dell'altro o degli altri) sono: a) la priorità dell'esercizio del diritto (*melior est condicio possidentis*) [...]; b) la priorità del titolo costitutivo del diritto (*prior in tempore potior in iure*), e, in tal caso, la legge richiede generalmente che il titolo anteriore abbia data certa; c) la priorità della trascrizione del titolo».

⁵⁴ Cfr. Cass., 30 agosto 2018, n. 21385, cit.

⁵⁵ Sull'evoluzione storica e sul superamento del principio di relatività degli effetti del contratto (trattato in tutte le opere monografiche che attengono al contratto), cfr. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 13 ss. e ID., *Il*

Dunque, si rientra nel campo della efficacia traslativa, che si produce imprescindibilmente *inter partes* e che propaga *indirettamente* i suoi effetti in favore del terzo creditore ipotecario⁵⁶, consentendogli di avvalersi della cessazione del vincolo di inespropriabilità derivante dalla immediata fuoriuscita del bene dal fondo patrimoniale.

Due corollarî possono trarsi dalla disamina del peculiare conflitto in questione.

In primo luogo, dall'attenta osservazione di tale conflitto, viene ad emersione il ruolo, per così dire, più «intimo» del principio del consenso traslativo, quale criterio «primordiale» di risoluzione del conflitto; funzione poco nota del principio consensualistico, che resta sempre offuscata dall'operare delle regole risolutive del conflitto *in senso proprio* (criterio della priorità del titolo costitutivo del diritto; criterio della priorità della trascrizione del titolo).

In altri termini, il consenso traslativo non è altro che il primo *stadio* nell'«organigramma» delle regole risolutive di conflitti, ma non ricompreso tra queste, in quanto destinato, inesorabilmente, a cedere il passo all'operare degli *altri* criterî che sovrintendono alla circolazione giuridica.

Una seconda considerazione attiene, invece, alla distinzione di piani tra efficacia (del trasferimento) ed opponibilità (del titolo di acquisto)⁵⁷, la cui valenza generalizzata non è da revocare in dubbio anche rispetto ad un'ipotesi conflittuale – come quella esaminata – dalla spiccata peculiarità.

Sicché tale distinzione può continuare ad assolvere, senza eccezioni di sorta, al compito di spiegare la coesistenza delle regole del

*contratto a favore di terzi*², in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2012, p. 2 ss.

⁵⁶ L'effetto indiretto e/o riflesso favorevole (derivante da un contratto) si collocerebbe a metà strada, dotato di qualcosa in meno del contratto a favore del terzo e in più rispetto all'ipotesi in cui il contratto è soltanto l'occasione per l'eventuale vantaggio del terzo (FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Artt. 1372-1373, Milano, 1998, pp. 184 e 198).

⁵⁷ V. *retro*, § 5.

consenso traslativo e dell'efficacia dichiarativa della trascrizione, altrimenti annoverabile alla stregua di una contraddizione tra principi⁵⁸ dell'ordinamento giuridico.

⁵⁸ Per una recente analisi del problematico rapporto tra principi e norme, cfr. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.; ID., *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in Mazzamuto e Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti, Roma, 30.10.2015, Università di Roma Tre, Torino, 2016, p. 219 ss.; ID., *Il valore «normativo» dei principi*, in Cicero e G. Perlingieri (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.

MASSIMO FRANZONI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Bologna

IL CONTRATTO D'ACCERTAMENTO: UN PARADOSSO

SOMMARIO: 1. Il contratto d'accertamento: da dove incominciare il racconto? – 2. Il contratto d'accertamento e l'atto meramente riproduttivo. – 3. L'accertamento, la transazione e la sentenza. – 4. Il contratto di accertamento e la transazione. – 5. Il contratto d'accertamento. – 6. Il contratto d'accertamento e il c.d. "effetto preclusivo". – 7. ... in conclusione.

1. Il contratto d'accertamento: da dove incominciare il racconto?

Ci sono parole che sono entrate nel lessico del giurista e che proprio per questa ragione sono diventate figure giuridiche riconosciute, sebbene non sia chiara affatto la loro struttura o la loro funzione. Talvolta questo accade per i principi, come quello per lungo tempo accolto di nessuna responsabilità senza colpa, oppure quello più recente della vicinanza della prova¹ o della causa in concreto². È anche accaduto che principi di cui sempre è stata invocata l'esistenza abbiano trovato in concreto applicazione soltanto di recente, penso alla *compensatio lucri cum damno*, recentemente rivisitata dalla Suprema corte³.

¹ Cfr. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi ...*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 360 ss.

² Cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

³ Cfr. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2018, 1092, in commento a Cass, Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564

Da tanti decenni si continua a ragionare sulla struttura e sulla funzione del contratto (o del negozio) di accertamento, pur dando atto che «nessun altro istituto appare fonte di incertezze come il negozio di accertamento»⁴. «L'impressione che chi si accosti all'argomento ricava è quella di una grande confusione, nella quale i vari concetti e i vari istituti giuridici si mescolano e si sovrappongono fra loro in modo assai poco rigoroso, quando non casuale *tout court*, lasciando il lettore decisamente disorientato e frastornato. [...] In materia, veramente non è solo un vezzo retorico asserire che tutto e il suo contrario si trova sostenuto»⁵. Queste asserzioni, pur essendo condivise da tutti coloro che anche recentemente si sono occupati del tema⁶, tuttavia non hanno avuto l'esito di far abbandonare questa figura da parte degli operatori del diritto, ad esempio,

e a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 febbraio 2018, n. 1.

⁴ PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 125. È noto che questa figura è stata elaborata dalla dottrina tedesca della fine dell'800, ed ha avuto una certa diffusione in Italia intorno alla metà del 900. I dubbi sulla rilevanza di questo contratto hanno riguardato la sua efficacia, divisa tra dichiarativa e dispositiva, e la sua autonomia dalla transazione, una volta che a questa venga attribuito il ruolo di rimuovere l'incertezza: così VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile ecommerciale*, diretto da Cicu e Messineo, e continuato da Mengoni e poi da Schlesinger, Milano, 1986, p. 233 ss.; MOSCARINI e CORBO, *Transazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, p. 2. Una indagine molto ampia su questo contratto è svolta da PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, la quale dimostra che la figura è ormai entrata di pieno diritto soprattutto in conseguenza dell'impiego fattone dalla giurisprudenza. Di recente, anche BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, nel cui studio, oltre a ricostruire il dibattito, l'autrice segnala che le ritrosie ad ammettere la figura da parte dei giuristi italiani derivarono anche dal fatto che, proprio ragionando su questo contratto, alcuni giuristi tedeschi ravvisarono l'esistenza di un negozio astratto anche nel nostro sistema.

⁵ FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in E. Gabrielli e F.P. Luiso (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, p. 6 s.

⁶ Senza pretesa di completezza: GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1367; MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, p. 241; DI PAOLO, *Negozio di accertamento*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 54; DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1297 ss.

con una diversa qualificazione dell'atto. L'atteggiamento resta quello di immaginare una figura generale di contratto d'accertamento, della quale talune ipotesi costituirebbero specie⁷.

L'ultima specie in ordine di tempo è quella prevista legislativamente dall'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c., secondo il quale «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato», possono essere trascritti⁸. In molti hanno affermato che, non trattandosi di transazione, questo contratto presenta tutte le caratteristiche del contratto d'accertamento. Per non dire della prassi seguita da certe agenzie delle entrate che applicano un regime fiscale agevolato agli accordi raggiunti dalle parti in sede di mediazione, a condizione che quegli accordi non siano qualificati transazione. L'uno e l'altro contratto sono idonei a superare la lite, ma soltanto uno gode del favore fiscale, e ciò lascia intendere che il civilista dovrebbe qualificare diversamente l'uno rispetto all'altro.

Nonostante tutto questo, non è sicuro che esista un vero e proprio spazio autonomo per il contratto di accertamento, posto che le specie riconducibili al genere, a ben vedere, ben possono essere qualificate altrimenti. Certo, spesso è avvertita la necessità di menzionarlo, anche senza un bisogno effettivo, quando si afferma che «l'interpretazione del contratto e degli effetti sostanziali del negozio giuridico (transazione, negozio di accertamento, rinuncia od altro negozio) stipulato dalle parti contestualmente alla conciliazione giudiziale è riservata esclusivamente al giudice di merito»⁹. O addirittura quando ci si interroghi sulla esistenza di un atto di accertamento anche di natura unilaterale, affrettandosi a ricordare che, secondo l'art. 1324 c.c., le norme sul contratto in generale ben possono essere applicabili anche a questi atti unilaterali e per i fini più diversi: dal riconoscimento della proprietà di altri¹⁰; all'atto di revi-

⁷ Questa impostazione è bene descritta da D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 31 ss.

⁸ Cfr. MINERVINI, *op. cit.*, p. 241 ss.

⁹ Cass., 4 dicembre 1986, n. 7193, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2172.

¹⁰ Cfr. fra le più recenti, Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848, in *Guida al diritto*, 2016, 8, p. 92.

sione dei prezzi previsti nel contratto di appalto¹¹; dall'atto di adesione al retratto agrario¹²; alla dichiarazione che l'appaltatore sottoscriva *motu proprio* in ordine al valore definitivo di precedenti contestazioni da attribuirsi all'iscrizione delle relative partite e dei relativi accrediti in contabilità¹³.

Situazione paradossale, da un lato una forte propensione a ritenere inutile la categoria del contratto d'accertamento, dall'altro lato una sua sovraesposizione; viene invocato anche laddove se ne potrebbe fare a meno. Verrebbe da dire, nulla di nuovo sotto il sole, ma non vorrei affrettare troppo il racconto, quindi procediamo con ordine.

2. Il contratto d'accertamento e l'atto meramente riproduttivo.

Rispetto agli studi del passato, generalmente da qualche tempo si rifugge dalla tentazione di orientarsi verso la ricerca di una figura generale di accertamento nel diritto privato, e si limita il campo di analisi alle regole operazionali di questo contratto, del quale è indiscusso il suo carattere di atipicità. Ciò premesso è bene osservare che il contratto d'accertamento, e pure la transazione per come si dirà nei §§ ss., non si identificano con la composita categoria degli

¹¹ Cfr. Coll. arb., 19 luglio 1989, in *Arch. giur.*, 1991, p. 97; Coll. arb., 20 dicembre 1988, *ivi*, 1989, p. 908; Coll. arb., 23 settembre 1987, *ivi*, 1989, p. 333; il collaudo Coll. arb., 11 maggio 1990, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, p. 1488, è un negozio di accertamento nel «collaudo approvato e accettato»; Coll. arb., 23 marzo 1984, *ivi*, 1985, p. 23

¹² Cfr. App. Cagliari, 18 marzo 1988, in *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 337, con nota di LUMINOSO, *Sulla dichiarazione di adesione al retratto agrario*: «La dichiarazione di adesione al retratto agrario (escluso che abbia lo scopo di realizzare l'incontro di volontà del retraente col retrattato e di formare un titolo contrattuale), avendo valore di riconoscimento del diritto del retraente e funzione di rimuovere qualunque incertezza sulla situazione giuridica preesistente, ha natura di negozio (unilaterale recettizio) di accertamento».

¹³ Cfr. Cass., 6 novembre 1981, n. 5857, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1981, II, p. 477, nella quale si precisa che tale dichiarazione «non costituisce transazione, a causa del difetto di reciproche concessioni delle parti e della mancanza di sottoscrizione dei due contraenti, ma ben può costituire un negozio unilaterale di accertamento ove sia caratterizzata dalla volizione del sottoscrittore di conferire certezza agli aspetti dubbi del rapporto sottostante, precisandone in modo definitivo e vincolante l'essenza, il contenuto e gli effetti».

atti riproduttivi, i quali necessariamente ripetono dal primo atto lo stesso schema causale¹⁴. L'autonomia dell'atto meramente riproduttivo deriva dal fatto che spesso questo ripropone una dichiarazione, poiché la precedente è priva di effetti. Se si forma il consenso sulla vendita di un bene immobile, ma questo manca della forma scritta, il contratto riproduttivo di quel consenso, in realtà, è l'unico contratto esistente¹⁵. Di conseguenza questo non può non produrre effetto dispositivo. Questo contratto non può essere considerato transazione, poiché manca una lite da superare con reciproche concessioni; e neppure può configurarsi come accertamento, posto che questo presuppone l'esistenza del sottostante contratto incerto nel contenuto o negli effetti.

Lo stesso vale per il medesimo contratto di vendita che, pur concluso per iscritto, sia privo delle firme autenticate necessarie per la trascrizione. Qui il successivo contratto riproduttivo, non ripete l'effetto reale già prodottosi, ma consentirà la trascrizione, in ciò confermando un effetto dispositivo, seppure limitato a quel fine¹⁶. In questa seconda ipotesi si può rilevare un contenuto di accerta-

¹⁴ L'ampia dimostrazione risale già a NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Ann. Ist. sc. giur., ec. pol. e soc. della R. Università di Messina*, VII, 1932-1933, ora in *Raccolti di scritti*, Milano, 1980, I, p. 387 s.

¹⁵ Cfr. Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, in *Mass. Foro it.*, 1996: «la possibilità di attribuire efficacia costitutiva ad una dichiarazione ricognitiva dell'altrui diritto dominicale su un bene immobile (nella specie, contenuta in un contratto di compravendita di altro immobile) presuppone che anche la causa della dichiarazione risulti dall'atto dato che, trattandosi di un bene immobile per il cui trasferimento è necessaria la forma scritta *ad substantiam*, tutti gli elementi essenziali del negozio debbono risultare per iscritto»; Cass., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 449, con nota di GRANELLI, *Ricognizione e accertamento di debito*; e in *Corriere giur.*, 1991, p. 558, con nota di GRANELLI, *La casazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*; Cass., 23 dicembre 1987, n. 9634, in *Corriere giur.*, 1988, p. 254, con nota di MARICONDA, *Sulla ricognizione dei diritti reali immobiliari*.

¹⁶ Su queste posizioni mi sembra già NICOLÒ, *op. cit.*, p. 388 ss. Così anche SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 34 ss., nella riproduzione o nella rinnovazione l'a. sostiene che c'è un autonomo contenuto volitivo dell'atto, rispetto al quale il vizio dell'originario contratto perde rilievo, salvo che non si traduca nel vizio dello stesso contratto rinnovato. Negli stessi termini, VALSECCHI, *op. cit.*, p. 260 ss.

mento nel contratto riproduttivo, ma questo sarebbe inutile se mancasse la possibilità di ottenere la trascrizione del secondo contratto, la quale sola è capace di spiegare la ragione della sua conclusione.

Così come questi contratti non presentano affinità con l'accertamento o con la transazione, allo stesso modo non possono essere identificati con la riproduzione dei documenti, atto normalmente finalizzato alla precostituzione di un mezzo di prova, agli effetti dell'art. 2720 c.c.¹⁷. In tutti gli esempi in precedenza ricordati, la ripetizione della volontà già espressa è funzionale al raggiungimento di un risultato altrimenti non conseguibile. Sicché il successivo contratto diventa l'unico atto produttivo di effetti o, quantomeno, si pone come condizione di efficacia di quello precedente. Al contrario la riproduzione dei documenti, quand'anche richieda un consenso manifestato dalle parti interessate, si colloca al di fuori dell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Una siffatta attività non è funzionale allo scambio di alcunché, ma garantisce la prova nel processo¹⁸.

Diversa dalle figure appena ricordate è invece la controdi chiarazione di una simulazione. Questa, in tanto non riproduce alcunché, in quanto indica ciò che le parti hanno effettivamente voluto, in difformità dalla dichiarazione simulata. Questa ulteriore dichiarazione non presenta alcun carattere assimilabile con il contratto d'accertamento. L'effetto della controdi chiarazione è di dettare la sola regola da osservare, ma non in omaggio ad una esigenza di certezza o per risolvere una lite, bensì perché questa è l'unica regola voluta dalle parti.

Alla struttura della riproduzione si potrebbe ricadere nelle ipotesi nelle quali la transazione semplicemente riproduca in dispositivo la stessa regola del rapporto in conflitto, senza mutarla. Più volte si è ricordato l'ammissibilità di una causa transattiva, se nel contratto figuri lo scambio di rinunce fra le parti transigenti. Si potrebbe sostenere che, a queste condizioni, il contratto si delinea come riproduzione, o forse accertamento mero, del titolo dal quale è sorta la

¹⁷ IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 152, assimila queste figure al genere degli atti di natura confessoria.

¹⁸ Cfr. da ultima, PAOLINI, *op. cit.*, p. 220 ss.

lite¹⁹. Ma questa conclusione non è soddisfacente per due ragioni. La prima è che il nuovo contratto nasce soltanto allo scopo di superare una lite, e questo solo fatto sarebbe di per sé sufficiente a qualificarlo con causa di transazione. Inoltre, questo nuovo contratto, seppure non tragga effetto dispositivo dalle obbligazioni che crea, ugualmente contiene scambievoli rinunce che costituiscono proprio quelle reciproche concessioni, o quel comune sacrificio, cui le parti si sottopongono per realizzare il fine del superamento della lite. Il profilo regolamentare del contratto, che porta con sé l'efficacia dispositiva secondo l'art. 1321 c.c., si cataloga nel genere della transazione e non in quello del contratto d'accertamento, ancorché, fenomenologicamente sembra doversi spiegare nella logica del contratto riproduttivo.

3. *L'accertamento, la transazione e la sentenza.*

Probabilmente il percorso preferenziale che porta a dover confrontarsi con il tema del contratto di accertamento resta l'indagine sulla transazione. In comune con questa figura, il contratto d'accertamento ha l'antefatto pregiuridico, ossia la *res dubia*. Proprio questa sarebbe la ragione che fa nascere la lite da superare con la transazione, proprio questa sarebbe la ragione che induce le parti a ritornare sulla vicenda già regolata da un precedente contratto, per introdurre un certo chiarimento²⁰. Accertamento e transazione derivano da un precedente rapporto il quale godeva di una regola di disciplina: questa va coordinata con quella data dal successivo contratto. Pertanto sia per l'accertamento, sia per la transazione, si è discusso dell'efficacia dichiarativa o dispositiva dell'atto di autonomia. Storicamente, per la transazione, la questione ha incomin-

¹⁹ Espressamente su questi profili, VALSECCHI, *op. cit.*, p. 262 ss.

²⁰ È questa la tesi tradizionalmente attribuita a GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. del dir.*, 1958, I, p. 227 ss.; Cass., 12 novembre 1981, n. 6001, in *Mass. Foro it.*, 1981: «perché un negozio possa qualificarsi d'accertamento, è necessario che esso abbia, come causa, la rimozione della situazione di incertezza in cui si trova un determinato rapporto giuridico, come oggetto, la fissazione del contenuto di un precedente negozio e, come effetto, a differenza dell'atto ricognitivo ex art. 2720 c.c., la creazione di un'obbligazione nuova, che impone alle parti il riconoscimento di quel contenuto».

ciato a porsi quando, nell'alto medioevo, in contrasto con la tradizione romanistica e canonistica, per sottrarre il contratto dall'intollerabile pressione fiscale, si è incominciato ad affermare che questo contratto *non transfert dominus*, trattandosi di *alienatio necessaria*, come nella divisione convenzionale. Sembra quasi che la storia si ripeta²¹.

Ancora, ad una prima indagine, parrebbe che l'accertamento sia una costante di queste figure, che, come il giudice decide dopo aver accertato la *causa petendi*, i contraenti illuminano i lati oscuri della vicenda con l'accertamento contrattuale; oppure che le parti in lite concludano la transazione dopo aver accertato i termini della vicenda finita in conflitto²². Chiudendo coerentemente il ragionamento così impostato, si dovrebbe propendere per una soluzione che vede la vicenda originaria in primo piano, poiché l'efficacia dipende proprio dall'originario titolo accertato con la sentenza, con il contratto d'accertamento o con la transazione che produce un effetto preclusivo rispetto alla possibilità di rinnovare il conflitto sorto²³.

Senonché, è stato obiettato che nella transazione il profilo dell'accertamento è estraneo all'attività delle parti²⁴: ciò che ha ri-

²¹ In tempi recenti, l'origine della tesi dichiarativa della transazione fonda sull'interpretazione letterale dell'art. 1772 c.c. abr., secondo il quale «le transazioni hanno tra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile»; formulazione analoga era contenuta nell'art. 2052 *code Napoléon*. Tuttavia questa espressione avrebbe dovuto essere letta per il suo significato traslato (secondo VALSECCHI, *op. cit.*, p. 269, «il suo valore è puramente simbolico»), allo stesso modo in cui viene interpretata la «forza di legge», nell'art. 1372 c.c., riferita al contratto. Così come un contratto non può essere una legge, in base alla seconda norma, allo stesso modo il medesimo contratto non può essere una sentenza, secondo l'art. 2052 *code Napoléon*.

²² Si vedrà fra breve che il carattere proprio della transazione consista nelle reciproche concessioni con le quali si supera o si previene una lite, ai sensi dell'art. 1965 c.c.

²³ Come è noto la tesi dell'effetto preclusivo che nasce da qualsiasi accertamento risale a FALZEA, *Accertamento*, in *Enc. del dir.*, 1958, I, p. 205 ss., spec. p. 209 ss.

²⁴ In senso contrario, CARRESI, *La transazione (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 485: «le parti, quando non concordano nella valutazione della situazione iniziale, devono in primo luogo mettersi d'accordo sul

lievo è l'atto di autonomia con il quale la lite viene risolta o prevenuta, mediante le reciproche concessioni²⁵. Quando le parti transigono non hanno un interesse diretto all'accertamento sulla verità della loro posizione, vogliono superare la lite. Pertanto con la transazione le parti non accertano e neppure chiariscono una vicenda dai contorni incerti, semmai «costituiscono» e talvolta «regolano» soltanto, nel significato proprio dell'art. 1321 c.c.: il nuovo rapporto che sostituisce il precedente²⁶. La transazione, «supera la controversia senza accertare il fatto e risolvere questioni giuridiche, prescindendo dalla fissazione della ragione e del torto»²⁷.

modo di intenderla, cioè devono “accertarla” e solo in un secondo tempo, dopo averla accertata, potranno procedere alla sua modifica». L'assunto pare ragionevole, tuttavia, come si osserverà in seguito, è valida la transazione conclusa dalla parte che sia convinta di avere completamente ragione, ma ritenga per sé conveniente eliminare ad ogni costo il rischio di una lite.

²⁵ Già NICOLÒ, *op. cit.*, p. 385; D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1974, *sub art.* 1965, p. 222.

²⁶ È pertinente la seguente massima della Cass., 13 maggio 1996, n. 4448, in *Mass. Foro it.*, 1996: «poiché il presupposto della *res dubia* che caratterizza la transazione, è costituito non dall'incertezza obiettiva circa lo stato di fatto e diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali dei rispettivi diritti e obblighi delle parti, nessuna incidenza sulla validità ed efficacia del negozio può attribuirsi, al di fuori delle ipotesi previste dagli art. 1971 segg. c.c. all'accertamento *ex post* della assoluta infondatezza delle contrapposte pretese; pertanto, la sentenza di mero accertamento con cui in sede di opposizione all'esecuzione venga affermata l'inesistenza del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata, non vale a fondare la domanda giudiziale rivolta a conseguire, a titolo di liquidazione di indebito la restituzione di quanto il debitore esecutato abbia in via transattiva pagato al creditore per ottenerne la desistenza dall'azione esecutiva o addirittura la rinuncia al credito». Analogamente Trib. Milano, 1 luglio 1993, in *Contr.*, 1994, p. 176, con nota di BOZZOLA, *Presupposti ed effetti preclusivi della transazione*: «interventivo l'accordo transattivo, resta preclusa la possibilità di stabilire quale fosse realmente la situazione giuridica preesistente».

²⁷ DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 8; l'opinione è largamente accolta: VALSECCHI, *op. cit.*, p. 270. Tra i pochi sostenitori della diversa opinione c'è CARRESI, *op. cit.*, p. 484, il quale sostiene che «della transazione e del contratto di accertamento non si può dire che modifichino la situazione preesistente»; «di fronte ad una situazione nella cui valutazione discordano, le parti non hanno altra alternativa che procedere alla eliminazione di quell'incertezza» (*ibidem*). Le considerazioni in precedenza svolte nel testo costituiscono valide

Seppure possa apparire scolastico, prima di passare all'indagine sul contratto di accertamento, è opportuno riflettere ancora sul carattere vincolante della transazione e della sentenza, alla luce dell'accertamento. La transazione fa stato fra le parti, non per via dell'accertamento, ma in conseguenza della natura dispositiva del contratto, che richiama la «forza di legge tra le parti» dell'art. 1372 c.c.; mentre la sentenza fa stato «tra le parti, i loro eredi o aventi causa», per effetto della preclusione che deriva dalla cosa giudicata, secondo l'art. 2909 c.c., che copre il dedotto e il deducibile. In sostanza, una volta che una lite sia stata decisa con una sentenza, quella lite non esiste più, poiché il conflitto è stato risolto in favore di una o dell'altra parte, in applicazione della regola originaria. Pertanto la riproposizione della medesima lite costituirebbe un *bis in idem* inammissibile. Viceversa la riproposizione della medesima domanda in via giudiziale, una volta che questa abbia trovato composizione in una transazione, si concluderebbe con una sentenza di rigetto, posto che la transazione equivarrebbe alla produzione di una quietanza in un giudizio avente ad oggetto la domanda di adempimento²⁸.

obiezioni alla tesi che vede la transazione come strumento per escludere l'incertezza, attraverso la rilettura degli effetti dell'originario rapporto. E ancora: la transazione formalmente «si presenta come un negozio o costitutivo o modificativo o estintivo a seconda della natura del contratto che viene ripetuto, ma tale comando, appunto per la sua qualità di comando complementare, non causa una nuova vicenda, bensì solo rafforza una vicenda già avveratasi per il fatto di metterla fuori contestazione» (*ivi*, p. 496). Questa tesi neppure è condivisibile per la sola transazione semplice, come si vedrà oltre nel testo.

²⁸ Cfr. Cass., sez. lav., 13 maggio 1995, n. 5243, in *Mass. Foro it.*, 1995: «l'interpretazione del giudicato (c.d. esterno) formatosi fra le stesse parti in un giudizio diverso da quello nel quale esso è invocato, istituzionalmente riservata al giudice del merito, è incensurabile in sede di legittimità, salvo che per violazione dell'art. 2909 c.c. ovvero delle norme e dei principi di diritto in tema di *res iudicata*, ovvero ancora per vizi attinenti alla motivazione, i quali vanno specificamente dedotti non essendo sufficiente il mero richiamo all'art. 2909 c.c. o all'art. 324 c.p.c. e restando comunque escluso che possa censurarsi direttamente l'accertamento coperto dal giudicato, sollecitando nuove e difformi decisioni sulle questioni già decise (nella specie, secondo l'interpretazione del giudice di merito il giudicato formatosi in una precedente controversia fra datore di lavoro e lavoratore aveva stabilito che la transazione con la quale era stata riconosciuta a

La sentenza non innova rispetto al rapporto in lite, decide quale efficacia debba avere il diritto o il rapporto in conflitto. Al contrario la transazione innova sempre il rapporto in conflitto, anche nell'ipotesi in cui ponga solo una regola da osservare tra le parti, senza far nascere alcuna nuova obbligazione rispetto al rapporto originario: ciò avviene quando le parti reciprocamente si scambino rinunce. Ciò spiega perché il giudicato copre il dedotto e il deducibile del rapporto in conflitto, mentre l'effetto processualmente preclusivo che deriva dalla transazione dipende dal suo oggetto²⁹. Pertanto, non potendosi equiparare la transazione ad una sentenza, l'oggetto di quest'ultima non può identificarsi con l'intero rapporto in conflitto, ma soltanto con la rappresentazione datane con la pretesa e con la contestazione svolte dai transigenti³⁰.

Neppure dal punto di vista funzionale, c'è identità fra l'*exceptio rei iudicatae* e l'*exceptio rei per transactionem finitae*, sebbene entrambe siano idonee a paralizzare la successiva azione relativa alla stessa lite. È ben vero che entrambe le eccezioni devono essere dedotte dalle parti, poiché il giudice non può rilevare d'ufficio l'*exceptio rei iudicatae*³¹, così come non può rilevare l'*exceptio rei*

quest'ultimo una determinata anzianità di servizio aveva ricompreso ogni aspetto e ogni incidenza dell'anzianità stessa, con la sola eccezione del diritto alle retribuzioni *medio tempore* maturate, sicché di tale anzianità doveva tenersi conto al fine del decidere sulla domanda di risarcimento del danno da omissione contributiva; la suprema corte rilevando l'inammissibilità del motivo di ricorso con il quale si prospettava una diversa lettura dell'accordo transattivo ha confermato la sentenza impugnata ribadendo il principio di cui alla massima)».

²⁹ Una chiara rappresentazione di questa regola si desume dall'orientamento giurisprudenziale che esclude la remissione della querela dalla transazione sul risarcimento del danno (Cass., 18 gennaio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 192), anche quando vi sia un «impegno a rimettere la querela», «manifestato in forma scritta in un atto di transazione»: Cass. pen., 18 settembre 1989, in *Riv. pen.*, 1990, p. 770; Cass. pen., 22 marzo 1988, in *Arch. circolaz.*, 1989, p. 307; Cass. pen., 2 febbraio 1988, in *Arch. circolaz.*, 1988, p. 827; Cass. pen., 5 maggio 1981, in *Riv. pen.*, 1982, p. 180.

³⁰ Cfr. Cass., 4 dicembre 1986, n. 7193, in *Mass. Foro it.*, 1986, secondo la quale «deve escludersi qualsiasi equivalenza tra l'eccezione di intervenuta conciliazione giudiziale e l'*exceptio rei iudicatae*». *Contra* GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 338 ss.

³¹ Cfr. fra le tante, Cass., 29 agosto 1998, n. 8622, in *Mass. Foro it.*, 1998:

*per transactionem finitae*³². Tuttavia il diverso modo di delinarsi dell'una rispetto all'altra eccezione si coglie osservando gli effetti di un giudicato pronunciato sulla medesima controversia oggetto di transazione, come dispone l'art. 1974 c.c. Un conto è affermare l'impossibilità di pronunciare una nuova sentenza, stante il *ne bis in idem*, altro conto è dedurre un ulteriore fatto, come la transazione (o la quietanza nell'esempio appena riportato) per ottenere il rigetto della domanda proposta.

4. Il contratto di accertamento e la transazione.

Molti studiosi condividono l'idea che si possa semplicemente accertare, senza disporre e, conseguentemente, senza transigere³³;

«la preclusione dipendente da giudicato esterno costituisce oggetto di una eccezione in senso proprio, sicché non è rilevabile d'ufficio dal giudice, né può essere fatta valere per la prima volta in sede di legittimità»; Cass., 24 agosto 1998, n. 8384, *ivi*, 1998; Cass., 24 settembre 1997, n. 9378, *ivi*, 1997, anche se non richiede l'uso di formule particolari; tuttavia, Cass., 16 luglio 1997, n. 6476, *ivi*, 1997: «la sola produzione nel corso del processo di una sentenza pronunciata fra le stesse parti in un altro giudizio non comporta, di per sé, la deduzione dell'eccezione di giudicato esterno e non esime la parte che ha interesse a proporla dall'onere di affermazione, trattandosi di questione non rilevabile d'ufficio»; Cass., 19 febbraio 1997, n. 1509, *ivi*, 1997.

³² Lo rileva CARRESI, *op. cit.*, p. 491, nota 9, seppure sia il maggior fautore della teoria dichiarativa della transazione. Diverso è il caso in cui sia l'attore che nella *causa petendi* dia atto dell'intervenuta transazione e, ciononostante, chieda soddisfazione sulla base del rapporto originario. In questo caso il giudice è tenuto ad esaminare gli effetti della transazione, poiché questa costituisce un elemento costitutivo dell'azione fatta valere: l'esempio è simile a quello di chi agisca per l'adempimento segnalando che il suo credito è prescritto. Il giudice non rileva d'ufficio l'inammissibilità dell'azione per intervenuta transazione, ma rigetta la domanda per mancanza di prova sull'esistenza del diritto fatto valere. Con questi limiti può essere condivisa l'opinione di GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., p. 362.

³³ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1 ss.; LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 421 ss.; per la tesi negatrice, cfr. anche FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 112 ss., critico anche della tesi di REDENTI, *Dei contratti*, Padova, 1931, p. 5 ss., che aveva qualificato l'accertamento come contratto regolamentare. Sostiene il FURNO che questa funzione è tipica di tutti i contratti, ma non è sufficiente a spiegare il come di questo regolamento.

non tutti ritengono che il potere di accertare possa essere ricompreso in quello di disporre³⁴. È ben vero che, se le parti hanno il potere di disporre, non vi sono ragioni per negare che esse abbiano anche quello di accertare validamente il rapporto. Ma è altrettanto vero che, se dispongono, in ciò si riassume la causa del contratto, il quale proprio per questa ragione si differenzia dal titolo oggetto di accertamento. Sicché, senza voler qualificare questo nuovo contratto come transazione, esso apparirà come contratto che regola, ai sensi dell'art. 1321 c.c., dunque proprio per questo costituisce.

Peraltro, si potrebbe pure affermare, con il contratto d'accertamento le parti non vogliono nulla di diverso rispetto a quanto hanno già disposto con il titolo dal quale deriva l'esigenza di accertare, sicché la fonte dell'impegno giuridicamente rilevante resta l'originario titolo così come accertato e non invece il successivo contratto d'accertamento. Si potrebbe così affermare che con il contratto d'accertamento le parti vogliono semplicemente sostituire ad una vicenda incerta una situazione certa, con effetto preclusivo quanto alla riproposizione di questioni oggetto del nuovo regolamento; mentre con la transazione esse vogliono sostituire ad una vicenda litigiosa una situazione pacifica³⁵. Oppure si potrebbe af-

Spesso l'accostamento tra questi contratti è servito per attribuire efficacia dispositiva alla transazione, conservando quella dichiarativa al contratto d'accertamento: riflette su questi temi SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 255.

³⁴ Così aveva ritenuto già STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 133.

³⁵ Sono emblematiche queste decisioni, quasi tutte in tema di ricognizione di diritto reale: Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in *Mass. Foro it.*, 1996: «il negozio di accertamento, avendo la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni contestazione al riguardo, non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti e, pertanto, per la regolamentazione della situazione controversa (nella specie, sussistenza, o meno, della comproprietà di beni immobili tra i coniugi), deve farsi capo, in ogni caso, alla fonte precettiva originaria, in quanto l'indicato negozio è volto soltanto ad eliminare le incertezze della situazione giuridica preesistente, presupponendo l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti, in mancanza del quale il negozio di accertamento difetta di causa ed è nullo»; Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, *ivi*, 1996; Cass., 9 luglio 1987, n. 5999, in *Mass. Foro it.*, 1987: «a differenza della transazione, con la quale le parti modificano la disciplina di un rapporto preesi-

fermare che il contratto di accertamento sarebbe da collocare in una categoria intermedia tra gli atti di mera ricognizione con effetto puramente dichiarativo e i negozi di secondo grado con effetto modificativo della precedente disciplina convenzionale³⁶.

Non è tutto. C'è stato chi, confutando radicalmente questi ragionamenti, ha sostenuto che il contratto o, con linguaggio di allora, il negozio giuridico, non è uno strumento idoneo all'accertamento. Quest'ultimo presuppone una situazione non modificabile, mentre il primo ha il fine di introdurre innovazioni giuridicamente vincolanti. L'accertamento presuppone un giudizio, mentre il negozio postula l'introduzione di un comando. Sicché l'accertamento, legato al giudizio, può essere espresso soltanto da un soggetto terzo, il giudice, mentre le parti potrebbero soltanto con un successivo contratto modificarne una precedente, ma ciò non significa accertare³⁷.

Le obiezioni sono indubbiamente forti, tuttavia presuppongono che l'accertamento sia esclusivamente legato alla rappresentazione dei fatti e degli atti per fini di prova: si pensi alla confessione o alla ricognizione di debito, figure normalmente chiamate in causa in questi ragionamenti. Ragion per cui il tradizionale collegamento fra l'accertamento e la transazione obbliga questa tesi a collocare la lite al di fuori della causa transattiva per valorizzare il solo elemento di innovatività rispetto al rapporto in conflitto. In questa logica la lite sarebbe un elemento meramente descrittivo e presupposto del

stente mediante reciproche concessioni, con il negozio di accertamento, le parti rimuovono dubbi e incertezze relativi ad un determinato rapporto giuridico con una regolamentazione nuova ma corrispondente alla situazione preesistente, restando pur esso soggetto (specialmente in materia di lavoro) al limite imposto dall'art. 1966 c.c., che sancisce la nullità della transazione avente ad oggetto diritti sottratti alla disponibilità delle parti».

Riflette su questi temi VALSECCHI, *op. cit.*, p. 234 ss.

³⁶ Tale tesi fa rientrare in questa categoria la convalida, la ratifica, la conferma, la previsione dell'co. ult. dell'art. 17 l. 47/85: CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, I. Altrove ho manifestato riserve su questa concezione: FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*², in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, *sub art. 1444*, § 4 ss.

³⁷ Questa impostazione risale a FURNO, *op. cit.*, pp. 9 ss., 19, 28 s., 44; SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 25 ss.

contratto, mentre la causa consisterebbe in uno scambio fra prestazioni, l'oggetto identificherebbe proprio quelle singole prestazioni che danno un nuovo assetto al rapporto³⁸.

Si è già ricordato che il contratto d'accertamento e la transazione hanno in comune il raccordo con un titolo sottostante: si può accertare solo qualcosa che esisteva già; allo stesso modo, normalmente si può superare solo una lite nata da una situazione regolata in precedenza³⁹. La condizione giuridica del sottostante rapporto può essere di vero e proprio conflitto, oppure può essere di semplice incertezza sul contenuto o sulla sua efficacia. Si suole dire che, nel primo caso si avrà transazione⁴⁰, mentre nel secondo un contratto di accertamento⁴¹. Secondo alcuni appartiene a questa seconda

³⁸ Cfr. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 17 s.; FURNO, *op. cit.*, pp. 67-71.

³⁹ Cfr. Cass., 29 gennaio 1991, n. 885, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, p. 449, con nota di GRANELLI, *Ricognizione e accertamento di debito*; e in *Corriere giur.*, 1991, p. 558, con nota di GRANELLI, *La cassazione ritorna sulla differenza tra ricognizione di debito e negozio di accertamento*: «il negozio d'accertamento, anche se si limiti a stabilire l'esistenza e la consistenza di una singola obbligazione, deve necessariamente indicare il rapporto cui l'obbligazione stessa si ricollega».

⁴⁰ Proprio per questo così decide la Cass., sez. lav., 6 gennaio 1984, n. 62, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, p. 885; e in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 339: «l'accordo fra datore di lavoro e lavoratore, circa il carattere autonomo e non subordinato delle prestazioni lavorative espletate in un determinato periodo anteriore alla formale assunzione, esula dal mero negozio di accertamento e integra una transazione, qualora risulti intervenuto non con la mera funzione di rendere certa una situazione incerta, ma con lo scopo di comporre, mediante reciproche concessioni, una lite, attuale o potenziale, mentre resta irrilevante nel concorso di tali requisiti del negozio transattivo, ogni indagine *a posteriori* sull'effettiva ricollegabilità di quelle prestazioni ad un rapporto autonomo anziché subordinato».

⁴¹ Cfr. Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Mass. Foro it.*, 1983 (riportata per esteso da PAOLINI, *op. cit.*, p. 241): «a differenza della transazione, che postula una reciprocità di concessioni tra le parti in modo che ciascuna di esse subisca un sacrificio, e della rinuncia, che postula l'esistenza di un diritto acquisito e la volontà abdicativa volta a dismettere il diritto medesimo, il negozio di accertamento ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo; esso non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, ma rende definitive e immutabili situazioni effettuali già in stato di obiettiva incertezza, vincolando le parti ad attribuire al rapporto precedente gli effetti che risultano

specie il lodo irrituale redatto dagli arbitri irrituali chiamati anche quali amichevoli compositori, poiché la loro opera consisterebbe nel dare direttamente voce alla volontà delle parti, definendo o integrando il titolo originario⁴².

Ad una riflessione più attenta non è facile ipotizzare che il dubbio sia la vera causa del nuovo contratto, si può ritenere che sia l'intento di prevenire una futura lite. In ogni caso il limite tra mero accertamento e transazione è davvero molto labile. Per contro l'attività degli arbitri è di svolgere un incarico professionale che verosimilmente muterà i diritti e gli obblighi delle parti che hanno conferito loro l'incarico; non pare sia questo un vero e proprio accertamento, quando piuttosto un arbitrato o comunque un atto con finalità integrativa del precedente.

5. *Il contratto d'accertamento.*

L'impressione che si riceve dall'esame di questo dibattito sul contratto d'accertamento, forse un po' datato, è che in effetti, difficilmente si può escluderne la natura dispositiva, ancorché non possa produrre l'effetto reale⁴³ e neppure novativo⁴⁴, quand'anche si

dall'accertamento, e precludendo loro ogni pretesa, ragione od azione in contrasto con esso».

⁴² Cfr. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1614; Cass., 18 novembre 2015, n. 23629, in *Mass. Foro it.*, 2015; Cass., 8 novembre 2013, n. 25258, *ivi*, 2013; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24552, *ivi*, 2013; Cass., 27 settembre 1993, n. 9727, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3254; Cass., 9 dicembre 1986, n. 7315, *ivi*, 1987, I, c. 634; Cass., 21 febbraio 1980, n. 1238, in *Giur. it.*, I, 1, c. 565; le massime ripetono questo adagio, che raramente è *ratio decidendi*: «nell'arbitrato rituale le parti mirano a pervenire ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c. con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà».

⁴³ Cfr., fra le tante, Cass., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Giur. agr. it.*, 1988, p. 411; e in *Vita not.*, 1988, p. 235: «l'acquisto derivativo della proprietà di un bene immobile postula un contratto, a contenuto traslativo, intervenuto con il precedente titolare del diritto e soggetto alla forma scritta *ad substantiam*, men-

risolva sul piano della interpretazione della regola del precedente rapporto. Anche senza giungere ad attribuire il ruolo di atto modificativo di quello incerto, poiché in questo caso il suo oggetto andrebbe ben oltre il mero accertamento⁴⁵, è difficile escludere che la regola posta non sia cogente, unitamente a quella sulla quale si innesta. Forse aveva visto giusto il Nicolò, che ha attribuito al contratto di accertamento il carattere dichiarativo, quanto alla funzione, mentre costitutivo, quanto al contenuto⁴⁶.

Probabilmente il modo per attribuire rilievo al contratto d'accertamento consiste nel ritagliarne uno spazio, in quelle vicende nelle quali l'incertezza delle parti non si è ancora trasformata in conflitto vero e proprio⁴⁷. Oppure quando le parti hanno già preventivamente indicato il modo di giungere ad un certo risultato in previsione della instaurazione di un processo o della definizione transattiva. A questa categoria di contratti appartiene, ad esempio, la perizia contrattuale, quando questa venga impiegata nel modo descritto in precedenza⁴⁸. In particolare la perizia non chiarisce alle

tre, in difetto di questo, non può discendere da un negozio di mero accertamento, il quale può eliminare incertezze sulla situazione giuridica, ma non sostituirne il titolo costitutivo».

⁴⁴ Cfr. ROTONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Milano, 1993, p. 17.

⁴⁵ Questa tesi è stata proposta da CORRADO, *Negoziato di accertamento*, Torino, 1942, p. 201 ss., che è fautore della concezione costitutiva del contratto di accertamento.

⁴⁶ Cfr. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 443: «il negozio di accertamento, nella sua forma tipica del riconoscimento negoziale, realizza una funzione dichiarativa attraverso una struttura costitutiva»; in termini identici Trib. Napoli, 3 febbraio 1973, riportata per esteso da PAOLINI, *op. cit.*, p. 150. La Cass., 5 novembre 1968, n. 3658, in *Mass. Foro it.*, 1968, ritiene di escludere «la natura costitutiva del negozio di accertamento, il quale non ha carattere innovativo della situazione giuridica preesistente, ma si limita a riconoscere la esplicazione, con funzione dichiarativa, nella sua essenza. Con il che questo si diversifica nettamente dalla transazione, nella quale si verifica in ogni caso un effetto costitutivo».

⁴⁷ Cfr. Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2456, con nota di BRUNETTI: «con il negozio di accertamento (nella specie, avente ad oggetto la determinazione del confine tra due fondi), le parti rimuovono i dubbi e le incertezze relativi ad un determinato fatto o rapporto giuridico, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione».

⁴⁸ Cfr. Cass., 17 novembre 1982, n. 6162, in *Mass. Foro it.*, 1982: «si ha perizia contrattuale quando le parti di un rapporto giuridico conferiscono ad una o

parti il contenuto del rapporto sottostante, poiché questo non è mai stato chiaro⁴⁹. Dunque non si può negare che la fonte del rapporto sia la disposizione effettuata con la perizia, a prescindere da quale impiego verrà effettuato successivamente: la conclusione di una transazione, l'inizio di una lite e così via. In ogni caso il risultato conseguito con la perizia non potrà più essere messo in discussione dalle parti⁵⁰.

In generale, il contratto d'accertamento ha l'effetto di porre una regola certa rispetto alla quale le parti non possono reintrodurre impugnazioni fondate sul preesistente titolo con i noti aspetti di incertezza⁵¹. Da ciò appare un bizantinismo porsi il problema se il nuovo contratto possa o non possa produrre effetti retroattivi, tra le parti. Certo la nuova regola è fortemente dipendente dal titolo originario, pur con questo limite, il contratto d'accertamento, resta catalogabile fra i contratti regolamentari o costitutivi secondo la definizione dell'art. 1321 c.c., e si configura come atto dispositivo. Beninteso, rispetto ai terzi, il contratto di accertamento è soggetto alla limitazione che vale per tutti i contratti, prevista dall'art. 1372, comma 2, c.c.

più persone l'incarico di compiere un accertamento tecnico, come nel caso, frequente in materia assicurativa, in cui al terzo sia demandato l'accertamento di un danno e delle conseguenze di un evento, al quale sia collegata la prestazione dell'indennizzo a carico dell'assicuratore nella misura che risulterà accertata attraverso l'attività del perito; consegue che, non implicando siffatto incarico poteri d'indagine circa l'applicabilità e l'interpretazione del contratto, nonché la sua validità ed efficacia, anche con riguardo al controllo degli adempimenti facenti carico alle parti, qualora il disaccordo tra queste ultime verta pure su alcuno di tali elementi, non vi è spazio per la perizia contrattuale e non vi è altra alternativa, nell'interpretazione di una clausola che preveda una soluzione del conflitto al di fuori della lite giudiziaria, che quella tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale»; Cass. 18 febbraio 1998, n. 1721, *ivi*, 1998.

⁴⁹ Cfr. Cass., 8 novembre 2018, n. 28511, in *Mass. Foro it.*, 2018, quando le parti di un contratto di assicurazione affidano ad un terzo l'incarico di esprimere una valutazione tecnica sull'entità delle conseguenze di un evento, al quale è collegata l'erogazione dell'indennizzo, impegnandosi a considerare tale valutazione come reciprocamente vincolante.

⁵⁰ Cass., 22 giugno 2015, n. 12873, in *Foro pad.*, 2015, I, c. 391, secondo la quale «la perizia contrattuale costituisce una sottospecie dell'arbitrato libero».

⁵¹ Fra i principali sostenitori di questa concezione: FALZEA, *op. cit.*, p. 209.

Una volta che si voglia dare per ammessa questa figura, per completezza, si deve pure aggiungere che non vi sono ostacoli ad ammettere tanto un accertamento in positivo, quanto un accertamento in negativo, ossia l'insussistenza di alcun diritto derivante dal rapporto incerto⁵². Neppure vi possono essere ostacoli ad ammettere che il suo oggetto possa riguardare l'accertamento di un atto così come di un fatto giuridico⁵³, questione risolta ora in larga misura dall'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. Ancora, una volta ammessa la figura, si deve catalogarla fra i contratti di secondo grado: quelli ai quali un vizio genetico o funzionale del titolo incerto si trasmette privando di efficacia l'accertamento compiuto, che perde ogni senso.

6. Il contratto d'accertamento e il c.d. "effetto preclusivo".

Una larga parte degli interpreti ha attribuito al contratto d'accertamento il caratteristico effetto preclusivo proprio del giudicato della sentenza o dell'*exceptio rei per transactionem finitae*⁵⁴. La rimozione dell'incertezza avrebbe come conseguenza quella di impedire alle parti la riproposizione in giudizio di questioni riguardanti obblighi o diritti delineati qualitativamente e quantitativamente con il contratto di accertamento. Letto da una diversa prospettiva si potrebbe affermare che il contratto di accertamento si pone in termini analoghi alla sentenza passata in giudicato. Probabilmente si tratta soltanto di una questione terminologica, tuttavia qualche rilievo critico a questo assunto è bene farlo.

L'effetto preclusivo è normalmente collegato al principio del *ne bis in idem* e svolge tecnicamente un ruolo sul piano processuale: la parte non può di nuovo impegnare un giudice su una questione sulla quale questi si è già pronunciato. In questo ambito, tale regola

⁵² Per ogni riferimento, PAOLINI, *op. cit.*, p. 51 ss.

⁵³ Cfr. Cass., 23 agosto 1991, n. 9047, in *Corriere trib.*, 1991, p. 2759, si trattava del contratto di accertamento con il quale veniva dato atto dell'intervenuto acquisto a titolo originario di un immobile.

⁵⁴ Cfr. FALZEA, *op. cit.*, p. 209 ss.; BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 1371 ss.; PAOLINI, *op. cit.*, p. 140 ss., dove ulteriori riferimenti; così pure

tutela una pluralità di interessi, ivi compreso quello generale della certezza del diritto, che sarebbe compromesso ogni qual volta, con l'instaurazione di un nuovo giudizio, si correrebbe il rischio di ottenere un giudicato difforme da quello precedente. Pertanto bene si comprende come l'esistenza di un giudicato precluda la proposizione della medesima lite o di una che avrebbe potuto essere deducibile nel precedente processo.

La preclusione che si determina per effetto della conclusione di un contratto di accertamento, invece, è espressiva di un principio completamente diverso: il contratto ha forza di legge fra le parti, secondo il già più volte richiamato art. 1372, comma 1, c.c.⁵⁵. Una volta rimossa l'incertezza con il contratto di accertamento questa non esiste più: l'originario rapporto deve avere l'efficacia che le parti hanno attribuito con il nuovo regolamento, il vecchio è estinto. Il contratto di accertamento comporta la rimozione dell'incertezza e, con il nuovo regolamento che si innesta sul precedente rapporto o che spiega il contenuto o gli effetti del preesistente diritto, è negata la possibilità che le parti possano successivamente riproporre contestazioni derivanti da un'incertezza rischiarata convenzionalmente, da risolvere con una sentenza o con una transazione. Se così non fosse, si dovrebbe collocare il contratto di accertamento nel novero dei rapporti di cortesia che, in mancanza di obbligatorietà, si trovano al di fuori del diritto o da questo sono occasionalmente lambiti. Oppure si dovrebbe collocarlo tra gli accordi di natura esclusivamente processuale, ma in questo caso il contratto sarebbe nullo per contrasto con l'art. 2698 c.c.

Con una forte semplificazione, si può sostenere che il contratto di accertamento produce l'effetto preclusivo, quanto alla possibilità di litigare su questioni oggetto di un rapporto che si è estinto proprio con il contratto di accertamento. Nulla in comune con la preclusività che nasce dal giudicato di una sentenza.

Senonché, questo effetto da lungo tempo attribuito al contratto d'accertamento non gli è proprio in via esclusiva; tutti i contratti con i quali si modificano precedenti accordi presentano questo carattere. Il contratto con il quale le parti modificano le quantità o il

⁵⁵ Ho affrontato questi temi in FRANZONI, *La transazione*, cit. p. 242 ss.

prezzo di una certa fornitura pattuita in precedenza impedisce ad una parte di chiedere al giudice l'adempimento del quantitativo originario a quel prezzo. Si può chiamare effetto preclusivo oppure richiesta di adempimento di un'obbligazione inesistente: chi avrà ragione?

7. ... *in conclusione.*

Ai nostri fini pare sufficiente concludere su questo punto con una duplice considerazione. Ciò che identifica nel linguaggio comune il contratto di accertamento è quell'atto di autonomia diretto a modificare, in qualche modo, una preesistente vicenda⁵⁶. Questo spiega il legame di accessorietà fra il contratto di accertamento e l'atto o il rapporto accertato, e la impossibilità del primo di produrre gli effetti novativi che, invece, ben può produrre la transazione quando sia generale⁵⁷. La seconda è che per attribuire all'atto d'accertamento la natura propria del contratto, secondo l'art. 1321 c.c., occorre che, per lo meno, gli si riconosca l'effetto di precludere alle parti la possibilità di ridiscutere ciò che è stato deciso in quell'atto⁵⁸. In questo modo acquistano un senso compiuto i verbi

⁵⁶ Mi sembra pertinente il seguente passo di NICOLÒ, *op. cit.*, p. 443: «il negozio di accertamento, nella sua forma tipica del riconoscimento negoziale, realizza una funzione dichiarativa attraverso una struttura costitutiva»; prosegue il passo affermando che «la transazione attraverso una struttura costitutiva realizza una funzione pure costitutiva». Tuttavia questo passo è espressivo di un orientamento per lungo tempo prevalso che attribuiva al contratto d'accertamento natura dichiarativa, anche quando incominciava a prevalere la tesi dispositiva per la transazione. Così, ad es., GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pp. 52 ss., 104 ss., affermava che il contratto d'accertamento aveva una struttura costitutiva, ma una funzione dichiarativa; e CORRADO, *op. cit.*, p. 94, lo definisce come contratto «modificativo a scopo di accertamento». L'impressione è che si tratti di espedienti per non affermarne il carattere dispositivo, proprio di ogni contratto.

⁵⁷ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, cit., p. 194; DAMBROSIO, *La risoluzione per inadempimento nel negozio di accertamento*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 919.

⁵⁸ Così DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 7; il quale ripete l'insegnamento del FALZEA, *op. cit.*, p. 209 ss., spec. p. 212; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 262. L'opinione è condivisa anche da altri aa.: ASCARELLI, *La letteralità dei titoli di*

«costituire» o «regolare», riferiti ad un rapporto giuridico patrimoniale dall'art. 1321 c.c.

Senonché se da questo contratto eliminiamo la transazione e tutti gli altri atti o contratti dei quali si è già fatto cenno in precedenza, viene da chiedersi: qual è la sua utilità? Seppure non sia opportuno negare esistenza al contratto atipico d'accertamento, quantomeno per l'uso che ne viene fatto nel linguaggio corrente, tuttavia il suo ambito operativo deve essere specificato attraverso l'attività dispositiva delle parti rilevabile nell'oggetto. Ma, così facendo, c'è da dubitare che si possa procedere verso una tipizzazione anche soltanto sociale del contratto in questione, poiché questo finisce per identificarsi con quei contratti che modificano precedenti contratti conclusi fra le stesse parti.

Mi sembra che si possa stabilire un parallelo con quanto è accaduto a proposito del negozio giuridico. Questa figura, ignorata dal legislatore italiano, da sempre è richiamata nella letteratura giuridica e nel linguaggio dei pratici, spesso come sinonimo di contratto o di atto giuridico; altrettanto spesso come categoria ordinante sovraordinata al contratto, al matrimonio e al testamento; talvolta come categoria analogica, ossia come criterio per indicare un complesso di norme da impiegare in sede interpretativa, fuori dal proprio ambito⁵⁹.

Di recente, parrebbe che il legislatore abbia invertito la rotta, come un lampo a ciel sereno, affatto inaspettato. Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), il sintagma “negozio giuridico” e la sua aggettivazione “negoziale” hanno trovato una rinnovata vitalità, al punto da trovare riferimenti testuali nella rubrica delle sezioni e nelle norme. Ad es. c'è una sezione rubricata «Strumenti negoziali stragiudiziali», all'art. 56 si

credito, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 255; ID., *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, p. 326.

⁵⁹ Questa è la posizione di GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, e poi da Schlesinger, III, 1, Milano, 1988, che coerentemente difende la sua opinione anche in scritti coevi: ID., *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 733 ss.; ID., *L'atto giuridico come categoria ordinante il diritto privato*, *ivi*, 1990, p. 1001 ss.

menziona la «rinegoziazione», un'altra sezione è rubricata «Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione», nell'art. 63 più volte è menzionata la «sottoscrizione dell'atto negoziale», nell'art. 97, c'è un riferimento agli «usi negoziali». Che dire? Trattandosi di un Codice, quello di cui si sta parlando, occorre ripensare i risultati raggiunti? Oppure occorre prendere atto che il linguaggio non corrisponde alla sostanza e concludere che il negozio giuridico è un'espressione diretta a «soddisfare quelle ancestrali compiacenze ricostruttive, presenti nel ceto dei giuristi, che si indirizzano sempre alla ricerca di categorie ordinanti per appagare quell'inconscio bisogno di certezze che, spesso in modo vano e inutile, i dottori della legge vanno da secoli cercando e inseguendo»⁶⁰.

Replicherei questo ragionamento per l'impiego della categoria del contratto d'accertamento. Ho l'impressione che quando si afferma che il contratto che regola le distanze tra fondi, è un contratto d'accertamento; che il lodo irrituale è un contratto d'accertamento e così via lo si afferma per escludere che si tratti di un contratto tipico, ma non per ricevere indicazioni circa la disciplina applicabile a quell'atto. Forse c'è l'idea di rifarsi ad una categoria sovraordinata con funzione ordinante, ma questo desiderio è immediatamente disatteso dal modo in cui si giunge a delineare la disciplina applicabile. Questa normalmente trova nel rapporto originario la sua fonte principale, successivamente deve essere modellata a quella dettata con la regola nuova, tenuto conto della tecnica di compatibilità. È ciò che accade con il contratto atipico: talvolta si ricorre alla consolidata teoria della causa prevalente, talaltra si mutua la regola applicabile da quella propria delle obbligazioni da adempiere, sulle quale è sorta la lite.

Lo stesso vale nell'ipotesi in cui le parti richiedano consensualmente la rettifica dell'accatastamento del bene. Con tale contratto le parti procedono alla «esatta identificazione di un immobile oggetto di trasferimento contrattuale»⁶¹; essa è, piuttosto, un atto ese-

⁶⁰ GABRIELLI, *Tradizione e novità nel nuovo Codice della crisi d'impresa: le modulazioni dell'autonomia privata e "l'apparizione" del negozio giuridico*, in *Giur. it.*, 2019, suppl., p. 1 ss. spec. p. 7.

⁶¹ Fra le tante Cass., 28 giugno 1986, n. 4310, in *Mass. Foro it.*, 1986.

cutivo della vendita originaria, ma l'omaggio alla tradizione che impone di qualificarlo contratto d'accertamento. Anche quando si afferma che il negozio di accertamento «non costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti» e presuppone «l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti in mancanza del quale il negozio di accertamento difetta di causa ed è nullo»⁶², indubbiamente si afferma il vero. Tuttavia alla medesima conclusione si giungerebbe constatando che il contratto in questione ha un oggetto inesistente, senza che la sua qualificazione di accertamento possa in qualche modo aggiungere o togliere qualcosa al ragionamento.

A questo punto posso concludere con le conclusioni altrui, molto efficaci, sintetiche, eleganti: «i negozi di “accertamento” dovrebbero accertare la realtà giuridica. Ma la realtà giuridica è solo una comoda metafora. Non si accertano le metafore. Il nome ci inganna. [...] Si può imporre la pace; non si può imporre la verità»⁶³.

⁶² Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in *Mass. Foro it.*, 1996, nella specie, sussistenza, o meno, della comproprietà di beni immobili tra i coniugi.

⁶³ GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1397.

GIAMPAOLO FREZZA
Professore ordinario di diritto privato
Università LUMSA

USUCAPIONE DECENNALE E I RAPPORTI FRA TRASCRIZIONE E BUONA FEDE

SOMMARIO: 1. Sul (presunto) approccio casistico in una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione – 2. Usucapione decennale *ex art.* 1159 c.c.: il ruolo della buona fede – 3. Funzione della trascrizione fra conoscenza e conoscibilità – 4. Rapporto fra l'art. 1159 c.c. e la doppia alienazione immobiliare con particolare riguardo agli effetti della trascrizione (art. 2644 c.c.).

1. *Sul (presunto) approccio casistico in una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione.*

La più autorevole civilistica italiana, con fruttuosa influenza in ambito giurisprudenziale, ha da tempo segnalato la necessità di un metodo interpretativo attento alle peculiarità del caso concreto, nella consapevolezza che è il fatto, e non già l'enunciato, l'oggetto naturale della dimensione giuridica¹. Il caso, in questa prospettiva, diviene l'elemento cruciale per l'individuazione di una norma che è

¹ P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 319 e in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 307 ss., nonché in Pellegrini (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, Napoli, 2018, II, p. 1591 ss. Cfr., anche, ID., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss. ed in ID., *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 29 ss.; LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 480 ss.; VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim.*, 2015, pp. 787 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in www.personaemercato.it.

tale solamente quale sua regola, sempre se ad esso adeguata, nel contesto dei valori che caratterizzano il sistema ordinamentale di riferimento. Tale regola, per essere aderente alle ricordate indicazioni assiologiche, deve essere anzitutto conforme al principio di ragionevolezza, a sua volta operativamente condizionato dalle peculiarità di volta in volta riscontrate dall'interprete, onde, si direbbe, il "cerchio si chiude"².

Sembra apparentemente richiamare l'approccio appena descritto una recente sentenza della Cassazione in tema di usucapione decennale, buona fede, trascrizione e responsabilità del notaio³. Leggendo, però, le motivazioni del provvedimento è facile notare come il ragionamento alla base della decisione sia contraddittorio: la rilevanza della peculiarità del caso concreto, enunciata dalla S.C., è poi seguita da un metodo volto a dare spazio alle presunzioni legali, che, invece, prescindono da tale specificità.

Vale la pena, allora, descrivere il fatto e le motivazioni.

Il caso trae origine dalla domanda di accertamento dell'usucapione decennale su un fondo, posto al confine con quello di proprietà del convenuto, posseduto dall'attore (secondo quanto dallo stesso dichiarato) in buona fede e in virtù di un contratto di acquisto regolarmente trascritto. Il convenuto eccepiva la nullità di tale negozio, l'esistenza di vari atti interruttivi del possesso (diffide alla restituzione della porzione di immobile da parte del legittimo proprietario) e, infine, la carenza dell'*animus*. La domanda, accolta in primo grado, è stata poi riformata in appello per carenza del requisito della buona fede necessaria ai sensi dell'art. 1159 c.c.: l'attore non aveva curato di ispezionare i registri immobiliari allo scopo di accertare la

² P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 445 ss.; ora in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., p. 1 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti e "il principio della massima attuazione della Costituzione"*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 808, nt. 2); ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss. e in Del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, Napoli, 2013, p. 1785 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., p. 317 ss.

³ Cass., 16 gennaio 2018, n. 25879.

titolarità dell'immobile acquisito, onde, secondo il giudice del gravame, versava in colpa grave, *ex art. 1147, comma 2, c.c. e, di conseguenza, in mala fede.*

Il ricorso in Cassazione, da parte dell'attore, è stato poi accolto sul presupposto in base al quale «in tema di usucapione decennale di beni immobili, la giurisprudenza di questa Corte regolatrice ha affermato il principio secondo cui, la buona fede di chi ne acquista la proprietà in forza di titolo astrattamente idoneo è esclusa soltanto quando sia in concreto accertato che l'ignoranza di ledere l'altrui diritto dipenda da colpa grave (art. 1147 c.c.) e, in linea generale, non può affermarsi che versi in colpa grave colui il quale, rivoltosi a un notaio per la redazione di un atto traslativo e non avendolo esonerato dal compiere le cosiddette visure catastali e ipotecarie, addivenga all'acquisto in considerazione delle garanzie di titolarità del bene e di libertà dello stesso fornite dall'alienante, o apparente tale, e nella ragionevole presunzione che l'ufficiale rogante abbia compiuto le opportune verifiche, atteso che il notaio, pur fornendo una prestazione di mezzi e non di risultato, è tenuto a consentire la realizzazione dello scopo voluto dalle parti con la diligenza media, riferibile alla categoria professionale di appartenenza, curando le adeguate operazioni preparatorie all'atto da compiere, senza ridurre la sua opera alla passiva registrazione delle altrui dichiarazioni»⁴.

Una motivazione che, in questa parte, si lascia apprezzare perché rinvia alla rilevanza dell'accertamento «in concreto» dell'ignoranza di ledere l'altrui diritto, ma, immediatamente, rinvia alle presunzioni con riguardo alla attività posta in essere dal notaio. Aspetto, quest'ultimo, che appare rafforzato dal passo successivo della motivazione, che – sempre per comodità del lettore – riportiamo qui di seguito: «la colpa grave – che supera la presunzione di buona fede *ex art. 1147 c.c.* – si può ravvisare nei casi in cui l'acquirente già dall'esame del titolo sia messo in grado di escludere o comunque dubitare della titolarità, in capo all'alienante, del diritto trasferito (*ex plurimis*, Cass., 25 settembre 2002, n. 13929; Cass., 13 giugno 1992, n. 7278), oppure quando, avendo esonerato il notaio dall'eseguire i suddetti

⁴ Cass., 16 gennaio 2018, n. 25879, cit.

ordinari accertamenti preliminari, non li abbia a sua volta compiuti [...]»⁵.

L'accertamento in concreto della colpa, in sintesi, si fonda su una presunzione di colpa grave nel caso in cui l'acquirente, avendo esonerato il notaio dalle visure catastali, non abbia poi ispezionato i registri immobiliari: da qui l'equiparabilità, agli effetti dell'art. 1159 c.c., alla mala fede.

Con le considerazioni che seguono riteniamo, invece, di poter dimostrare che spetta sempre al giudice indagare in questi casi, di volta in volta, sul grado della colpa, con riguardo alla personalità del soggetto e alle altre peculiarità del fatto concreto e ciò a prescindere dalla rilevanza di ogni forma di presunzione⁶.

⁵ *Ibidem*

⁶ La presunzione rappresenta, come noto, la conseguenza che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato e, quando essa è lasciata alla prudenza del giudice (presunzione semplice), deve essere basata su fatti gravi, precisi e concordanti (artt. 2727-2729 c.c.): PALAZZO, *Presunzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 265 ss., il quale inquadra la presunzione nell'ambito del sistema degli atti di accertamento ad efficacia preclusiva e sottolinea che l'area ristretta delle presunzioni legali determina con maggiore frequenza l'uso giurisprudenziale di presunzioni semplici. Vedi, inoltre, CORDOPATRI, *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, *ivi*, 274 ss., il quale chiarisce che "la *praesumptio hominis* opera nel giudizio di fatto, in sede di ricostruzione della fattispecie concreta, pura ed inalterabile restando quella astratta". La gravità comporta che la presunzione debba essere "ragionevolmente certa"; la precisione impone che i fatti noti e l'*iter* logico del ragionamento probabilistico siano ben determinati nella realtà storica e la concordanza richiede che il fatto ignoto sia di regola desunto da una pluralità di fatti noti gravi e precisi, univocamente convergenti nella dimostrazione della loro reale sussistenza (Cass., 24 febbraio 2004, n. 3646; altre indicazioni in RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, VI, I, artt. 2643-2739, a cura di G. Finocchiaro, Milano, 2005, p. 606 ss.).

Quelle ipotizzate dalla S.C. nella sentenza descritta qui nel testo sembrano, in realtà, prescindere da tali valutazioni, quanto piuttosto appaiono fondarsi su massime di esperienza, che, secondo quanto attentamente chiarito, sono "in grado di colmare le lacune probatorie e di offrire una (verosimile) spiegazione dell'avvenimento" (PATTI, *Della prova testimoniale, delle presunzioni*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja, G. Branca, a cura di Galgano, libro VI, artt. 2721-2729, Bologna-Roma, 2001, p. 93). Immediato è, allora, l'accostamento concettuale fra la presunzione basata sulla massima d'esperienza e l'istituto tedesco dell'*Anscheinsbeweis*, che però è concettualmente distinto dal ragionamento presuntivo, in quanto rileva in quei settori dell'esperienza ove si verificano con

La decisione della S.C. sintetizzata rappresenta, peraltro, l'occasione per tornare a riflettere su alcune importanti questioni giuridiche che emergono dall'esegesi dell'art. 1159 c.c.: il rapporto fra buona fede e trascrizione, nel sistema generale delle segnalazioni pubblicitarie⁷ e nell'ambito della norma da ultimo citata; il ruolo «diretto» svolto, nell'art. 1159 c.c., dalla segnalazione da realizzarsi mediante trascrizione; e, infine, il difficile coordinamento interpretativo fra la portata dell'art. 2644 c.c. e il contenuto normativo

regolarità degli accadimenti che consentirebbero di trarre alcune conclusioni intorno allo specifico fatto che si tratta di provare. Se, dunque, quella ipotizzata dalla S.C. prescinde dalla valutazione di fatti gravi, precisi e concordanti e si basa su massime di esperienza, si verrebbe a creare una sorta di terza forma di presunzione, diversa da quelle legale e semplice: quella giurisprudenziale. Tanto vale, allora, conferire al giudice il potere di accertare, di fatto e caso per caso, il grado della colpa, anche nel caso dell'attività professionale svolta dal notaio.

⁷ Su cui appaiono fondamentali le letture di GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, 1, tomi I e II, Torino, 2012; GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012; CIATTI CÀIMI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, Artt. 2643-2645 bis, 2646-2651, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018; AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti dell'VIII Convegno nazionale della Sisdic, Napoli, 2014; TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IX, Torino, 2012; ZACCARIA, TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008; FERRI, ZANELLI, in Ferri, Zanelli, D'Orazi-Flavoni (a cura di), *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile A. Scialoja e G. Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, Roma, 1995; MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX; Torino, 1997, 75 ss.; PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, a cura di G. Giacobbe e M.E. La Torre, XIV, 2, Milano, 1989; NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, Milano, vol. I, a.a. 1971-1972, a cura degli assistenti R. Moschella e M. C. Andrini; vol. II, a.a. 1972-1973, a cura degli assistenti R. Moschella, G. Mariconda e F. Gazzoni; vol. III, *La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense dal corso*, a.a. 1972-1973, a cura di D. Messinetti; ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943; DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile teorico-pratico*, Novara, Milano, 1970; MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi agli immobili (Art. 2643-2672)*, in *Commentario del codice civile, Libro della tutela dei diritti*, diretto da d'Amelio e Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, XXI, Firenze, 1943; COVIELLO, *Della trascrizione*, I, rist., Napoli-Torino, 1924.

dell'art. 1159 c.c., nel contesto di un corretto bilanciamento degli interessi concretamente coinvolti⁸. Aspetti, questi, che saranno qui di seguito trattati.

2. Usucapione decennale ex art. 1159 c.c.: il ruolo della buona fede.

L'art. 1159 c.c. contempla, come noto, una figura complessa: l'acquisto in buona fede (elemento soggettivo) da chi non è mai stato proprietario di un immobile (o diritto reale immobiliare), in forza di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà (elemento oggettivo), purché debitamente trascritto, ex art. 2643 n. 1 c.c., perfeziona l'usucapione abbreviata decennale⁹.

⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 495; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 371 ss. ed ora anche in P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, cit., p. 199 ss., spec. p. 262 s.

⁹ SACCO, CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 2000, p. 503 ss.; DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in *Trattato di diritto immobiliare*, a cura di G. Visintini, I, Padova, 2003, p. 1433 ss. In generale, sul punto, GUERINONI, *L'usucapione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da Gambaro e Morello I, Milano, 2008, p. 869 ss.; MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, VIII, Torino, 2002, p. 622; SACCO, v. *Usucapione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 561 ss.; COMPORTI, v. *Usucapione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; RUPERTO, v. *Usucapione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1022 ss.; SALVI, *In tema di usucapione «a domino»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 117 ss.; CATERINA, «*Impium praesidium*». *Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, per un'analisi economico-comparata.

Si prescinde, in questa sede, per economia di esposizione, dall'analisi dell'elemento oggettivo di riferimento, cioè la perfetta corrispondenza fra il bene posseduto e quello oggetto del titolo d'acquisto debitamente trascritto. Per approfondimenti, SACCO, R. CATERINA, *op. cit.*, p. 503; DALLA MASSARA, *op. cit.*, p. 1465 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass., 17 giugno 2019, n. 16152; Cass., 17 maggio 2018, n. 10873; Cass., 24 febbraio 2016, n. 3648.

La buona fede, in seno all'art. 1159 c.c., è destinata a svolgere un ruolo del tutto particolare, quale coelemento perfezionativo della fattispecie normativa, congiuntamente alla trascrizione nei registri immobiliari¹⁰.

Si tratta, però, di un'eccezione rispetto ai principi generali su cui si fonda il sistema della trascrizione, formalità i cui effetti prescindono dallo stato soggettivo in cui versa il trascrivente. Dopo questa premessa di ordine generale, nel prosieguo, cercheremo di chiarire la differente nozione di buona fede soggettiva, di cui all'art. 1159 c.c., e affronteremo il problema della sua rilevanza temporale: ci domanderemo, cioè, se essa debba essere presente al momento dell'impossessamento oppure fino a quello della trascrizione.

a) La buona fede soggettiva – nel sistema generale delle segnalazioni pubblicitarie aventi ad oggetto beni immobili – è, secondo i principi generali, del tutto irrilevante¹¹. In seno ai conflitti di cui all'art. 2644 c.c. la mala fede del terzo potrà, al più, valere ai fini del risarcimento dei danni *ex art. 2043 c.c.*¹².

Appare, di conseguenza, doversi escludere che trascrizione e buona fede si possano sommare «perché l'una opera su un piano completamente distinto rispetto all'altra. La buona fede opera sul piano sostanziale dell'acquisto del diritto, la trascrizione opera sul piano suo proprio»¹³, quello dell'opponibilità ai terzi.

La regola può sembrare in parte diversa riguardo ad alcune ipotesi previste dall'art. 2652 c.c. – in tema di trascrizione, con funzione prenotativa, delle domande giudiziali – ove la legge rinvia, appunto, alla buona fede allo scopo di far salvi gli acquisti del subacquirente, ma la differenza è in realtà solo apparente, là dove il concetto in esame sia correttamente inteso.

¹⁰ Per un'efficace sintesi delle problematiche che la norma ingenera, v. G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, III, Napoli, 2016, p. 455.

¹¹ Sulla buona fede in rapporti agli acquisti a titolo derivativo, v. PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, Perugia, 2012, p. 11 ss.

¹² GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, t. I, cit., p. 30 ss.

¹³ GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, t. I, cit., p. 30.

La rilevanza di tale stato soggettivo – pretesa dai casi di cui ai nn. 4, 5, 6, 7 e 9 dell'art. 2652 c.c. e intesa quale ignoranza del vizio (invalidità o inefficacia) che cade sull'atto¹⁴ – è, invero, già pretesa dalla legge sul piano sostanziale: così è nell'ipotesi di cui all'art. 1415 c.c., in tema di simulazione (da coordinarsi con l'art. 2652, n. 4 c.c.); in quella di cui all'art. 2901 c.c., in tema di azione revocatoria (da coordinarsi con l'art. 2652, n. 5 c.c.); nel caso di cui all'art. 1445 c.c., in tema di azione di annullamento (da coordinarsi con l'art. 2652, n. 6 c.c.), e, infine, in seno all'art. 534 c.c., in tema di azione diretta a contestare il fondamento di un acquisto a causa di morte (da coordinarsi con l'art. 2652, n. 7 c.c.)¹⁵.

Il ragionamento non è diverso riguardo alla trascrizione degli atti: il nostro legislatore ha rafforzato il valore dei registri immobiliari affidandosi alle risultanze che da essi promanano, escludendo la rilevanza della buona fede. Quest'ultima, sul piano astratto e teorico, avrebbe potuto trovare ingresso, come è accaduto, ad esempio, nella legge Belga del 1851¹⁶; allo stesso modo, sempre in via di ipotesi, potrebbe darsi rilevanza allo stato soggettivo del secondo acquirente sotto il profilo del dolo o della *participatio fraudis*; ma il nostro legislatore ha inteso separare nettamente, sul piano della risoluzione dei conflitti, gli aspetti soggettivi e psicologici sin qui descritti dal sistema delle segnalazioni pubblicitarie. Ciò che conta è la risultanza oggettiva nel registro, salvi, ovviamente, i rimedi di diritto sostanziale (risarcimento del danno, azioni revocatoria, ecc.).

Allo scopo di poter estendere alla trascrizione il dato soggettivo della buona fede, si potrebbe tracciare un parallelismo tra possesso e pubblicità immobiliare¹⁷, ma il tentativo, secondo il nostro punto di vista, va rigettato perché le regole del possesso di beni mobili (artt.

¹⁴ MESSINETTI, *Trascrizione delle domande giudiziali ed accertamento incidentale della sottoscrizione della scrittura privata. Appunti sull'art. 2653 n. 3 e sul principio di tassatività degli effetti giuridici secondo l'art. 2645 c.c.*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 196, che aderisce a NICOLÒ, *op. cit.*, III, p. 16.

¹⁵ GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 135.

¹⁶ Per un'efficace analisi storica del sistema della trascrizione, si vedano le chiarissime pagine di CIATTI CAIMI, *op. cit.*, 1 ss., a partire dalle regole francesi precedenti al *code Napoléon*, da cui deriva il nostro sistema pubblicitario.

¹⁷ CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Napoli (rist.), 2010, p. 63.

1153-1155 c.c.) sarebbero destinate a rilevare solo su un piano meramente descrittivo. Né ci sembra possibile richiamare il parallelismo fra sistema fondiario e quello della trascrizione allo scopo di dare ingresso, nel secondo, alla rilevanza della buona fede, tenuto conto che il primo, a differenza del secondo, si fonda sulla pubblica fede, da escludersi, invece, nel nostro ordinamento persino nel caso della trascrizione delle domande giudiziali¹⁸.

b) Diversamente dai principi sopra sinteticamente esposti, la buona fede di cui all'art. 1159 c.c. svolge, insieme alla trascrizione, un ruolo molto importante: è coelemento perfezionativo della relativa fattispecie e va intesa come ignoranza di acquistare da chi non è proprietario, onde, in buona sostanza, deve ammettersi che fra l'art. 1159 c.c. e l'art. 1147 c.c. vi sia una sorta di rapporto di genere a

¹⁸ Il nostro ordinamento giuridico non si fonda sul principio della pubblica fede: nel sistema tedesco, invece, le risultanze del «libro fondiario si reputano esatte [...] nei confronti di coloro che hanno acquistato in buona fede diritti sull'immobile. In altri termini la validità dell'acquisto dipende, *inter partes*, dalle condizioni richieste in diritto comune per il trasferimento della proprietà; tuttavia nei confronti dei terzi di buona fede, l'iscrizione (*Eintragung*)» nel registro – preceduta dall'investitura (*Ausflassung*), cioè dalla dichiarazione delle parti resa di fronte all'ufficio dei libri fondiari – costituisce piena prova della proprietà (PICCARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1968, p. 104). L'applicazione di tale principio è sospesa nei casi di iscrizione provvisorie o condizionali, come nella «prenotazione» su cui si è appena argomentato, e nell'ipotesi di «opposizione contro l'esattezza del libro fondiario» (§ 894 *B.G.B. Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs*). Riguardo quest'ultima, se le risultanze del libro fondiario non rispecchiano la situazione reale dell'immobile – ad esempio: iscrizione erronea a causa di un'investitura invalida per incapacità delle parti; fallimento dell'iscritto, ecc. – si può procedere con la rettifica e, a scopo cautelare, può essere iscritta nel libro fondiario la opposizione contro l'esattezza dei suoi contenuti (§ 899 *B.G.B.*). Come osservato da autorevole dottrina, in sintesi e per quanto qui utile, «per pubblica fede si intende l'idoneità della pubblicità a costituire prova del diritto nei confronti dei terzi, sì che non sono opponibili a questi gli eventuali vizi del titolo reso pubblico dal loro dante causa, a meno che dai pubblici registri non risulti iscritta una prenotazione (*Vormerkung*) che, avvertendo i terzi dell'esistenza di una contestazione circa la titolarità del diritto quale iscritto nei pubblici registri, valga a sospendere l'applicazione del principio di pubblica fede» (PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 297, ove indicazioni di dottrina).

specie¹⁹. La diversa concezione secondo cui la buona fede di cui agli artt. 1153 e 1159 c.c. non è, come nell'art. 1147 c.c., possessoria, cioè ignoranza di ledere un altrui diritto, ma ignoranza dell'alienità, con conseguente non equiparabilità fra mala fede e colpa grave²⁰, è disattesa dalla giurisprudenza unanime²¹: da qui, la necessità di verificare se è in mala fede colui il quale, acquistando un bene immobile, non consulti i registri immobiliari allo scopo di verificare l'esistenza di formalità già presenti e pregiudizievoli.

La rilevanza della buona fede, in presenza di un titolo conflittuale trascritto, riguarda sia il caso del secondo acquirente che trascrive per secondo, sia quello in cui il primo acquirente trascrive dopo la trascrizione ad opera del secondo acquirente. La distinzione fra questi casi è molto importante, come argomenteremo nel paragrafo conclusivo di questa indagine, ma non ai fini del ruolo che in entrambi può svolgere la buona fede.

Il problema della consultazione, o meno, dei registri immobiliari in rapporto alla mala fede emerge, invero, sia nell'ipotesi, classica, di chi acquista e trascrive per secondo, ma anche in quella di colui il quale acquista per primo e trascrive per secondo. In questo caso, peraltro, la rilevanza della buona fede, ai fini degli effetti dell'art. 1159 c.c., non deve limitarsi al momento dell'impossessamento del bene immobile, come si potrebbe pensare in linea di prima analisi, ma, di necessità, «dovrà essere presente durante l'intera fase formativa, ivi compreso il momento della trascrizione del titolo, pur quando tale momento segua l'impossessamento»²².

Ciò premesso, poiché – come chiariremo nel paragrafo che segue – l'avvenuta trascrizione non fa conseguire una presunzione legale di conoscenza ma, a tutto concedere, una mera conoscibilità dell'atto segnalato, deve escludersi che si possa presumere in mala fede colui il quale abbia trascritto per secondo, a prescindere dal fatto che abbia o meno acquistato per primo, là dove, invece, in chiave di conoscibilità, occorrerà valutare caso per caso la colpa e il suo grado. Tale

¹⁹ È questa l'impostazione di MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975, p. 324 ss.

²⁰ SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 29.

²¹ Vedi, *infra*, le citazioni di giurisprudenza nella nt. 26.

²² GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, 1, p. 48.

valutazione è necessaria ai fini dell'art. 1147, comma 2, c.c., che, come noto, si riferisce alla colpa grave: il giudice dovrà tenere conto della personalità del soggetto e delle altre peculiarità del caso concreto, secondo un criterio di ragionevolezza²³.

Esemplare, a tal proposito, è la giurisprudenza del passato secondo la quale «non può, *a priori*, ritenersi che versi sempre in colpa grave colui che, comprando un immobile, non faccia precedere l'acquisto dall'esame dei registri immobiliari», ritenendosi così ammissibile «uno scusabile errore di diritto, dipendente dalla mancanza, nell'acquirente, delle necessarie cognizioni giuridiche»²⁴.

Più di recente, invece, la giurisprudenza sembra seguire l'approccio casistico solo sul piano teorico, perché in pratica essa ricorre a soluzioni apodittiche, con scarsa attenzione al principio di adeguatezza²⁵, come in apertura di queste riflessioni si è cercato di chiarire descrivendo la più recente giurisprudenza sul punto e il richiamo al ragionamento presuntivo²⁶.

²³ Si rinvia, per le recenti e attente visioni d'insieme offerte dalla dottrina più sensibile, l'opera in due tomi di G. PERLINGIERI e FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; nonché G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

²⁴ Cass., 18 agosto 1956, n. 3123, in *Giur. it.*, 1958, I, 2, c. 283; in *Foro it.*, 1957, I, cc. 1816 ss.; Cass., 23 luglio 1969, n. 2791. Vi è chi, poi, ritiene che l'errore di diritto è inescusabile (VISALLI, *Rapporti tra trascrizione e usucapione decennale*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1814), ma l'art. 1159 c.c. fa riferimento alla buona fede soggettiva che va accertata caso per caso, a prescindere dalla presunzione legale, onde la regola *ignorantia legis non excusat* non appare idonea ad incidere su tale stato soggettivo.

²⁵ Cfr., *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice*, cit., p. 371 ss.; ID., *Relazione conclusiva*, in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, 435 ss.; ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss. in generale, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, t. II, p. 83 ss.

²⁶ Oltre a Cass., 16 gennaio 2018, n. 25879, cit., si vedano, Cass., 20 luglio 2005, n. 15252, in *Giur. it.*, 2006, I, c. 1844, secondo la quale «ai fini dell'usucapione decennale di un bene immobile, deve ritenersi sussistente la buona fede di chi, con atto debitamente trascritto, lo abbia acquistato in forza di titolo astrattamente idoneo a trasferirne la proprietà, qualora si sia rivolto ad un notaio per la redazione dell'atto traslativo, senza esonerarlo dal compiere le visure catastali ed

3. Funzione della trascrizione fra conoscenza e conoscibilità.

Il presupposto su cui si fonda il ragionamento poc' anzi esposto è quello secondo cui la formalità della trascrizione – poiché idonea a svolgere, in seno all'art. 1159 c.c., una funzione diretta e non già indiretta²⁷ – non determina il sorgere di una presunzione legale di

ipotecarie, non rilevando in senso contrario l'omessa verifica della trascrizione anteriore di una domanda giudiziale volta all'accertamento del trasferimento della proprietà del medesimo bene a favore di un terzo che l'aveva comprato dallo stesso dante causa, in virtù di atto non trascritto».

In tema di trascrizione delle domande giudiziali, vedi, inoltre, Cass., 15 ottobre 1992, n. 11285, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1906, secondo la quale «la presunzione di buona fede posta dal comma 3 dell'art. 1147 c.c. deve ritenersi vinta dalla prova contraria scaturente dai dati obiettivi acquisiti al processo e consistenti nell'accertata omissione di visure dei registri immobiliari, omissione che integra una colpa grave da cui dipende l'ignoranza dell'altrui diritto».

Anche in tale ambito, allora, tale formalità non rappresenta una circostanza idonea, di per sé, ad escludere la buona fede del terzo, secondo una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza, e ciò perché, come attentamente osservato, l'adempimento di tale onere, «quand'anche dovesse sostenersi che valga a fondare una presunzione di conoscenza del processo, non potrebbe [...] dar luogo ad alcuna presunzione di conoscenza relativamente al vizio del contratto che ne costituisce oggetto, posto che tale conoscenza può essere indotta esclusivamente dalla sentenza passata in giudicato e non, certamente, dalla domanda introduttiva del giudizio» (ORESTANO, *Principi generali*, in *La trascrizione delle domande giudiziali*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da Gabrielli e Gazzoni, II, Torino, 2014, p. 21) Sulla trascrizione delle domande e sul rapporto con la buona fede, v. FREZZA, *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Artt. 2652-2653, Milano, 2014, p. 108 ss.

²⁷ Diverse sono, invece, le ipotesi in cui la segnalazione pubblicitaria qui indagata sia idonea a svolgere una funzione, come dire, indiretta: si pensi ai rapporti fra apparenza e trascrizione. Sull'apparenza, vedi, senza la pretesa della completezza, BESSONE, DI PAOLO, *Apparenza*, in *Enc. giur. Treccani*, 2, Roma, 1988, p. 1 ss.; D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, I, 1957, p. 714 ss.; FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, Milano, II, 1958, p. 682 ss.; SACCO, *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, p. 353 ss.; GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1137 ss.; MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973; RAINERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 311 ss.; STOLFI, *Note minime sull'apparenza del diritto*, nota a Cass. 17 marzo 1975 n. 1020, in *Giur. it.*, I, 1976, cc. 797 ss.; ID., *L'apparenza del diritto*, in *Le prolusioni dei civilisti*, 2, 1900-1935, Napoli, 2012, p. 2125 ss. Trattazione e riferimenti in

conoscenza dell'atto segnalato. Deve piuttosto parlarsi di mera conoscibilità, da valutarsi in concreto: sul punto, vale allora la pena approfondire.

IMARISIO, *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2015. A fronte di una dottrina che considera la formalità qui in esame come "il più considerevole mezzo di apparenza" (CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 39), o di altra impostazione che argomenta in termini di "analogia funzionale" fra i due concetti (DE CUPIS, v. *Pubblicità (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, p. 1015), autorevole insegnamento esclude, con riguardo al nostro ordinamento giuridico, ogni loro forma di relazione diretta, potendosi, al più, indagare sugli effetti indiretti svolti dalla trascrizione in rapporto all'apparenza (GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, t. I, p. 39 ss.).

Le segnalazioni pubblicitarie da realizzarsi tramite trascrizione nulla hanno a che vedere con la c.d. pubblica fede (D'AMELIO, v. *Apparenza del diritto*, cit., p. 719) e la nozione di apparenza ha subito, nel nostro ordinamento giuridico, un processo di sempre maggiore diffusione, tanto che oggi essa è ricondotta all'area dell'atipicità. Possono richiamarsi, a tal proposito, le applicazioni giurisprudenziali afferenti alla garanzia dell'art. 1489 c.c., relativa agli oneri e ai diritti dei terzi, che non siano apparenti e non dichiarati nel contratto, a cui non può sottrarsi il venditore che li ha taciuto, quantunque la loro esistenza sia stata resa pubblica con la trascrizione, salvo, ovviamente, che il medesimo non provi l'effettiva conoscenza della controparte. Resta, dunque, del tutto irrilevante, in tale ambito, la rilevanza diretta della trascrizione del vincolo, che può assumere valore solo verso il terzo acquirente in punto di opponibilità (Cass., 4 giugno 2018, n. 14289, in *Giust. civ. Mass.*, 2018). Talvolta, poi, la Cassazione rimanda alla rilevanza «indiretta» della trascrizione in rapporto all'apparenza, affermando che essa «può essere invocata anche quando la situazione apparente non coincide con quella risultante dai pubblici registri, qualora questa non venga in rilievo direttamente ma solo in via indiretta, come presupposto di una fattispecie complessa, rilevante autonomamente sul piano giuridico per giustificare l'errore del terzo di buona fede, così che la rilevanza dell'errore deve essere accertata con riferimento alla peculiarità del singolo caso». Si badi che, nel caso di specie, è stato ritenuto applicabile il principio all'ipotesi di un amministratore di condominio che, senza il previo controllo dei registri immobiliari, aveva ottenuto ingiunzione di pagamento di quote condominiali nei confronti di chi, entrato nel condominio in forza di un preliminare di acquisto di un appartamento, aveva continuato a comportarsi come condomino anche dopo l'avvenuta stipula del contratto definitivo da parte dei suoi figli (Cass., 14 febbraio 1981, n. 907, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 401). La sentenza appena citata appare però criticabile, perché sembra dimenticare l'irrilevanza della mala fede nel sistema della trascrizione, e, soprattutto, perché riconosce, seppure in via indiretta, valore probatorio alle risultanze pubblicitarie, ipotesi, questa, che ci appare del tutto estranea al nostro ordinamento giuridico.

Il rapporto fra pubblicità e trascrizione immobiliare è, invero, assai controverso²⁸.

La dottrina più autorevole, riguardo all'analisi della sua funzione *ex art. 2644 c.c.*, è divisa in due orientamenti. L'alternativa è la seguente: o la trascrizione è idonea a svolgere una funzione pubblicitaria e di tale fenomeno pubblicitario essa rappresenta un aspetto particolare²⁹, oppure «la pubblicità che deriva dalla trascrizione è solo una conseguenza indiretta e occasionale della funzione assolta in altra direzione. Il rendere pubblica la vicenda circolatoria è infatti solo strumentale al perseguimento di specifici fini ulteriori, perché sono questi fini ulteriori ad essere perseguiti dal legislatore e non già il fine della pubblicità in sé e per sé»³⁰.

Come conseguenza di un'amplissima introduzione storica³¹, autorevole dottrina individua «gli interessi di fondo, che stanno alla base di qualunque meccanismo pubblicitario», in un principio «generale di carattere pubblico» che presiede l'esigenza della pubblicità, dimostrando così che la vera pubblicità, analizzata nella sua essenza, è quella notizia.

In tale contesto, si innesta il rapporto fra trascrizione e pubblicità.

²⁸ Spunti di riflessione in AA.VV., *La trascrizione fra pubblicità e acquisto dei diritti* (Raccolta delle relazioni tenute nella Tavola rotonda svoltata a Parma il 18 marzo 1992 per iniziativa dell'Istituto di diritto privato dell'Univ. di Parma e del Consiglio notarile di Parma), Palermo, 1992.

Quanto argomentato nel testo non terrà conto della medesima problematica con riguardo alla trascrizione delle domande giudiziali. Sul punto, v. FREZZA, *op. cit.*, p. 209 ss., ove, escluso che tale formalità sia idonea a realizzare una presunzione legale di conoscenza, si conclude nel modo seguente: «è indubbio, però, che talvolta la conoscibilità può essere anche la giustificazione funzionale della scelta posta in essere dal legislatore, come nel caso di trascrizione contro chi appare ancora proprietario quando il primo acquirente ha ommesso di adempiere all'onere della trascrizione del proprio acquisto, ma resta il fatto che l'irrelevanza della effettiva conoscenza di tale omissione, cioè l'irrelevanza della mala fede, non permette di attribuire alla funzione pubblicitaria, in sé considerata, valore alcuno».

²⁹ Su tale posizione, con vigore, GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 60 ss., con sintesi del dibattito.

³⁰ GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, t. I, cit., p. 37.

³¹ PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, cit., 1989, p. 34 ss.

La prima, quale «aspetto particolare del fenomeno pubblicitario, presenta il fulcro verso il quale gravitano gli effetti speciali previsti per le varie ipotesi, in quella *conoscibilità legale* che ne costituisce il risultato e in cui si sostanzia la sua *funzione istituzionale*»³².

In altre parole, «la trascrizione – o meglio la pubblicità in generale – ha un centro di gravità teleologico unico, un unico *risultato* immediato e primario: la *conoscibilità legale*, a cui si ricollegano gli svariati effetti ulteriori [...]. D'altra parte, anche rimanendo sul piano degli effetti, anziché su quello del risultato, è lecito, seguendo il sistema della legge, identificare effetti *normali* ed effetti *speciali* [...]»³³, onde normale sarebbe l'effetto della conoscibilità legale, e speciali quelli ulteriori, quali, ad esempio, la risoluzione dei conflitti in sede circolatoria dei diritti.

Lungo la stessa impostazione altra autorevole dottrina ribadisce che «l'unica funzione, comune a tutte le norme che prescrivono la pubblicità e pertanto l'unica funzione generale dell'istituto, è quella di assicurare che determinati fatti siano resi conoscibili a chiunque; al risultato delle conoscibilità vengono poi collegati, solo talvolta, effetti particolari più o meno intensi. Effetti che non cessano di essere particolari solo perché appaiono, sul piano pratico, i più importanti. Non cessa, in ispecie, di essere effetto particolare quello assegnato alla trascrizione immobiliare dalla norma dell'art. 2644 c.c. con riguardo agli atti indicati negli artt. 2643 e 2645 c.c.»³⁴.

Quello della conoscibilità legale è, però, considerato, da altra prospettiva, un vero e proprio «trucco dogmatico»: fra l'attività volta alla trascrizione e l'effetto peculiare di essa (diverso in base all'atto che si trascrive: *inter vivos*, *mortis causa*, sentenze, domande giudi-

³² PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 52.

³³ PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 50.

³⁴ GABRIELLI, *Confronti fra due concezioni della pubblicità immobiliare: in particolare, a proposito di trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 385 ss.; ID., *L'opera di Salvatore Pugliatti nel campo della pubblicità legale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 645 ss.; ID., *Sul modo di operare della pubblicità a norma dell'art. 2644 c.c.*, in *Riv. not.*, 2009, p. 355 ss. Aderisce COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, *ivi*, 1983, I, p. 522.

ziali), non trova spazio né la conoscenza, né, tantomeno, la conoscibilità, onde la presunzione di conoscenza o di conoscibilità farebbe sorgere «problemi che sarebbero altrimenti evitabili»³⁵.

Come conseguenza, si afferma che la trascrizione solo per funzione pratica «vale come fonte di pubblicità notizia» e non per funzione giuridica³⁶.

Ecco, allora, che «ogniquale volta non viene in questione un conflitto risolto dalle norme di cui agli artt. 2643 ss., la trascrizione non ha infatti alcuna funzione da svolgere, né rileva che essa sia stata o non sia stata curata nemmeno a fini ulteriori (o, per meglio dire, ultronei) quali quello della notizia»³⁷.

In base a quanto precede, può ritenersi che dalla trascrizione non consegua una presunzione legale di conoscenza, ma, a tutto concedere, una mera conoscibilità della pubblicità dell'atto e non può dirsi che, in concreto, l'avvenuta trascrizione ne determini la sua conoscenza presuntiva. A ciò consegue che la mancata consultazione dei registri immobiliari avente ad oggetto l'esame dell'atto trascritto non determina, di per sé, colpa grave ex art. 1147, comma 2, c.c.: occorre realizzare, come già detto, una valutazione caso per caso. La colpa grave, invero, escluderebbe la rilevanza della buona fede pretesa, invece, sul piano perfezionativo, dalla norma sull'usucapione abbreviata.

³⁵ FERRI, *Note introduttive ad uno studio sulla trascrizione immobiliare*, in *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951, p. 302 ss.

³⁶ GORLA, *Se la trascrizione valga presunzione legale di conoscenza*, in *Temi emiliana*, 1932, p. 5, citato da GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, t. I, cit., p. 37, nt. 111.

³⁷ GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 39. L'Autore critica anche la posizione di ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 123, p. 124, secondo il quale la trascrizione può essere liberamente utilizzata dai privati per raggiungere il risultato della conoscenza o della conoscibilità dell'atto e di «tutte quelle situazioni determinate da accordi che non producono effetti reali (nel senso della costituzione, modificazione, estinzione di diritti reali), ma pongono regole relative all'esercizio di situazioni reali». Tale posizione va disattesa perché l'indicato fine sarebbe estraneo alla trascrizione e addirittura precluso dalla legge.

Per le ragioni indicate nel testo, infine, va escluso che la trascrizione possa svolgere una funzione di notificazione, con lo scopo di realizzare la conoscenza, in sé, dell'atto: così, lontano nel tempo, BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milano, 1906, p. 93 ss.

4. *Rapporto fra l'art. 1159 c.c. e la doppia alienazione immobiliare con particolare riguardo agli effetti della trascrizione (art. 2644 c.c.).*

Può essere utile, infine, analizzare il problema del rapporto esistente, a livello interpretativo, fra l'art. 1159 e l'art. 2644 c.c.: nelle pagine che precedono si è dato per presupposto, invero, che l'art. 1159 c.c. si possa applicare all'ipotesi di doppia alienazione immobiliare.

In realtà, si rende necessario distinguere due ipotesi:

- a) quella in cui il secondo acquirente è anche secondo trascrivente, ma ha posseduto in buona fede per dieci anni;
- b) quella ove il primo acquirente ha conseguito il possesso, ma ha trascritto per secondo.

Nel primo caso, l'acquisto del secondo acquirente è sicuramente a *non domino*, perché il primo acquirente primo trascrivente ha consolidato definitivamente il suo acquisto, onde può ritenersi applicabile l'art. 1159 c.c.

Nel secondo, invece, la questione può essere dubbia perché è incerto se possa considerarsi il primo acquisto non trascritto come *a non domino* agli effetti dell'art. 1159 c.c. e ciò in forza di quanto previsto dall'art. 1376 c.c., espressione di un principio invalso nella tradizione del codice napoleonico, e, di conseguenza, in quella dei codici italiani del 1865 e del 1942. Si tratta della regola del consenso traslativo, secondo la quale nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato. Il semplice consenso è, dunque, necessario, ma anche sufficiente, per il perfezionarsi della fattispecie³⁸.

³⁸ VETTORI, *Consensus traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 75 ss.; BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. privato*, 1995, p. 5 ss., ove bibliografia. Vedi, inoltre, di recente, CICERO, *Consensualismo e trascrizione*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 35 ss.; FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 3 ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in

Ecco perché questo caso può essere più correttamente ricondotto nell'ambito degli acquisti *a domino*³⁹.

Potrebbe, al più, indagarsi se possa operare, in luogo della usucapione decennale, quella ordinaria ventennale, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia acquistato, posseduto per venti anni, ma non abbia trascritto. In astratto, potrebbe ipotizzarsi un conflitto con un terzo che, ad esempio, abbia acquistato e trascritto dopo il ventennio.

Se valesse lo stesso ragionamento appena esposto a proposito dell'usucapione decennale, dovrebbe considerarsi inammissibile anche l'usucapione ventennale *a domino*, perché chi possiede è già titolare del diritto *ex art. 1376 c.c.*

Si potrebbe, ad onta di ciò, indagare se l'usucapione sia destinata ad operare, in ogni caso, per l'esercizio in sé del potere di fatto oppure se il titolo che ha dato vita al potere di fatto possa escludere le conseguenze del possesso. Poiché il titolo astrattamente idoneo è preteso, sotto il piano sostanziale, solamente nel caso di cui all'art.

Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1995, p. 671 ss.; FREZZA, *Circolazione immobiliare e certezza del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 167 ss. Sui rapporti fra l'art. 1376 c.c. e l'art. 2644 c.c., sebbene in un contesto specifico, di recente FOLLIERI, *Alienazione di un bene del fondo patrimoniale: efficacia traslativa e risoluzione dei conflitti*, in *Contr. impr.*, 2020, 393 ss.

³⁹ SALVI, *In tema di usucapione a domino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 117 ss., secondo il quale, giustamente, chi è già proprietario non può esercitare l'azione di rivendica. Questa soluzione non appare destinata a mutare in rapporto alle diverse teorie elaborate sui rapporti fra gli effetti della trascrizione (art. 2644 c.c.) e il principio del consenso traslativo (art. 1376 c.c.). Come noto, secondo la concezione della *condicio iuris*, la trascrizione tempestiva del secondo acquirente opera alla stregua di una condizione legale che risolve retroattivamente gli effetti del primo atto traslativo non trascritto (GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, t. 2, 51 ss.), onde il primo acquisto è come se non avesse mai prodotto effetti e il secondo acquirente, primo trascrittore, acquisterà *a domino*. Il primo avente causa, dunque, non avrebbe più un titolo a cui ricollegare il possesso decennale di buona fede. Se si aderisse, invece, alla prospettiva suggerita dalla dottrina e alla giurisprudenza dominante, la prioritaria trascrizione del secondo acquisto sarebbe destinata ad operare nel senso di determinare l'inefficacia relativa del primo atto, onde la sua inopponibilità, e per questa ragione l'acquisto resterebbe sempre *a domino*, come tale inidoneo al perfezionamento dell'usucapione (indicazioni in GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*).

1159 c.c., potrebbe concludersi che chi acquista *a domino* può avvantaggiarsi degli effetti del possesso ventennale, onde sarebbe destinato a vincere il conflitto con il terzo che abbia acquistato bensì prima, ma trascritto dopo il ventennio. Si badi, solo per completezza, che l'opponibilità dell'usucapione maturata potrà operare *ex sé*, cioè per il tramite di una sentenza che la accerti e che va trascritta, ai fini notiziali, *ex art. 2651 c.c.*⁴⁰.

L'impostazione descritta, pur raffinata e interessante sotto il profilo speculativo, è severamente criticata da chi, con rigore, ritiene che in tal modo «l'intero sistema della trascrizione, basato sul principio di continuità e sull'onere posto a carico dell'acquirente a titolo derivativo, verrebbe ad incrinarsi. È evidente infatti che ove il primo avente causa potesse invocare l'usucapione non avrebbe alcun motivo per procedere alla tempestiva trascrizione, almeno dal punto di vista della conservazione degli effetti reali e solo sarebbe indotto a curare la relativa formalità per motivi di opportunità legati al profilo probatorio. Infatti la prova dell'intervenuta usucapione potrebbe essere all'occorrenza difficile e comunque dovrebbe, ai fini del titolo idoneo al trasferimento, risultare da una sentenza di accertamento [...]»⁴¹.

L'equipollenza fra usucapione e trascrizione, nel senso sopra chiarito, appare, allora, molto ardua, onde deve concludersi nel senso che tale ultima formalità pubblicitaria non ammetta equipollenti: altro è, invero, la consegna del bene effetto di un accordo a titolo derivativo (acquisto *a domino*), su cui opera, in punto di opponibilità, la segnalazione qui indagata, altro è l'impossessamento che realizza un acquisto *a non domino*, con titolo solo astrattamente, ma non concretamente, idoneo al trasferimento.

⁴⁰ Sul punto, in generale, v. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018. Sui rapporti fra la trascrizione della sentenza di usucapione e quella del verbale di conciliazione che accerta l'usucapione, v., di recente, LA FATA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione che accerta l'usucapione e degiurisdizionalizzazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1215 ss.; FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex artt. 11, comma 3, d. lgs. n. 28 del 2010 e 2643 n. 12 bis c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1022 ss.

⁴¹ GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

ENRICO GABRIELLI
Professore ordinario di Diritto civile
Università di Roma “Tor Vergata”

AUTONOMIA PRIVATA, COLLEGAMENTO NEGOZIALE E STRUTTURA FORMALE DELL’OPERAZIONE ECONOMICA

SOMMARIO: 1. L’analisi strutturalista dell’operazione economica. – 2. La combinazione tra atti e comportamenti. *Il caso uruguayano Martinier S.A. c. Lumary S.A. y Otros.* – 3. Pluralità di contratti e collegamento negoziale. – 4. Causa in concreto e unità dell’operazione economica. – 5. Il rapporto tra più contratti collegati all’interno della struttura dell’operazione. La rilevanza della funzione negoziale complessiva. – 6. Il divieto di frazionamento come conferma dell’unità strutturale dell’operazione economica. – 7. Raggruppamento tra contratti e variazioni nella struttura formale.

1. L’analisi strutturalista dell’operazione economica.

Nella teoria del contratto un aspetto di particolare interesse può essere offerto dall’analisi di alcuni profili della struttura formale della “operazione economica”¹.

(*) Lo scritto riproduce in parte i contenuti delle Relazioni tenute a Montevideo il 24 settembre 2019 nella *Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay* e il 25 settembre 2019 nella *Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*.

¹ Sul tema, anche per le ulteriori indicazioni, mi permetto di rinviare, da ultimo, a GABRIELLI, *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica*, Santiago del Chile, 2020, *passim*; ID., *Operación económica y teoría del contrato*, Buenos Aires, 2017, *passim*; ID., *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo, 2009, p. 17 ss.; ID., “Operazione economica” e teoria del contratto, Milano, 2013, *passim*; ID., *Contratto e operazione economica*, in *Digesto. Disc. priv. Sez. civ. Agg.*, Torino, 2011, p. 243 ss., (e ora anche in ID.,

Il concetto – come più volte si è già avuto modo di esporre – indica e identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano. Tale situazione, infatti, concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell’atto di autonomia privata, il quale deve essere riguardato nella sua unità strutturale, cioè come “operazione economica”, indipendentemente dai singoli elementi, sostanziali o formali, che le parti hanno utilizzato per costruire il loro assetto di interessi².

L’atto posto in essere dai suoi autori, infatti, non si compone soltanto ed unicamente delle enunciativie e delle disposizioni pre-cettive delle parti, ma anche dei comportamenti e delle attività connesse e dipendenti da tali disposizioni, sicché l’angolo visuale dal quale l’ordinamento osserva l’autoregolamento privato deve essere quello fornito sia dall’atto, sia dall’attività³ che, singolarmente e complessivamente, concorrono a modellarlo nella sua unità strutturale.

L’operazione economica – intesa come categoria concettuale e ordinante degli atti di autonomia privata – permette, per un verso, di attribuire rilevanza costitutiva agli eventuali accadimenti che precedono o seguono la formale nascita dell’atto di autonomia, così come alle caratteristiche soggettive dei contraenti, e al rapporto tra le parti o tra le parti e i terzi; per un altro, di dare rile-

Estudios sobre Teoría General del Contrato, Lima, 2013, p. 463 ss.); ID., *L’operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905; nonché a PALERMO, *L’autonomia negoziale*², Torino, 2014, p. 22-23; POLLICE, *Il contratto*², Torino, 2015, p. 189; FERRARO, *Patto di opzione e operazione economica*, Milano, 2016, p. 167 ss.

² GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 131 ss.; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 719; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, t. I, p. 43 ss.; ID., *Il contratto e l’operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 939.

³ Cfr. già BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 288; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 212.

vanza al contesto nel quale si colloca l'affare e le circostanze di fatto che accompagnano e seguono la realizzazione dell'accordo.

Con la conseguenza, sul piano ricostruttivo, che la raffigurazione dell'assetto di interessi – soprattutto quando supera la dimensione del singolo atto e si presenta mediante operazioni negoziali complesse – può, anche sotto il profilo dei procedimenti configurativi del contenuto sostanziale del regolamento negoziale, compiutamente esprimersi solo mediante la nozione di autonomia contrattuale, e quindi secondo la sua conformità ai principi della liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti.

Tali interessi prescindono dallo schema del contratto come atto, poiché per la loro disciplina e realizzazione richiedono la compresenza sia dell'atto, sia dell'attività. La stessa nozione di contratto, oramai, non può più, già sul piano della rappresentazione concettuale, essere configurato secondo uno schema improntato alla prevalente rilevanza della struttura e del suo *nomen*, cioè mediante l'assorbente schema del tipo.

In tal senso occorre analizzare gli elementi dell'operazione per sottoporli ad un'accurata indagine, di natura strutturale⁴, che ne ponga in luce sia gli autonomi elementi interni – siano essi programmatici, impegnativi o dispositivi – sia i nessi rilevanti e le loro relazioni strutturali e funzionali con gli altri elementi con cui l'operazione stessa entra in contatto – al fine di una loro autonoma ma concorrente e globale considerazione.

L'operazione, come si deduce anche dalle formule legislative nelle quali la nozione è richiamata⁵, potrà avere una struttura

⁴ Sull'analisi strutturalista della fattispecie, cfr. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783 ss. ID., *Il contratto*, in *Studi in onore di G. Oppo*, vol. I, Padova, 1992, p. 239 ss.

⁵ La nozione di "operazione" (seppur privata dell'aggettivazione "economica", ovvero di quella "negoziale") non è peraltro estranea al lessico legislativo: basti fare riferimento alla Sezione V del Capo XVII del libro Quarto del codice civile, rubricata sotto il nome di "operazioni bancarie in conto corrente", e al suo interno ai contenuti degli artt. 1852, 1854, 1855 e 1857; nonché, per limitare l'esemplificazione solo ad alcune norme, sia all'art. 2423-*bis*, il quale fa espresso riferimento «alla sostanza dell'operazione o del contratto», volendo così distinguere, anche sul piano nominalistico, due differenti fattispecie; sia agli artt. 2425-*bis*, 2425-*ter*, 2426 c.c.

semplice, quando l'emersione degli interessi sottostanti sia da ricollegare ad un singolo atto, seppure articolato mediante plurime disposizioni e comportamenti attuativi; oppure una struttura complessa, quando essa si componga di un raggruppamento di contratti ovvero di una pluralità di negozi⁶, siano essi collegati fra loro, intenzionalmente ovvero occasionalmente, per la realizzazione di una funzione unitaria; ovvero, al contrario, siano essi volutamente frazionati per la realizzazione di intenti elusivi di una disciplina imperativa.

L'operazione economica, quale schema strutturalmente unitario, infatti è espressiva sia sul piano nominalistico, sia su quello della disciplina della fattispecie, di un assetto globale di interessi e rappresenta uno strumento concettuale ed ermeneutico metodologicamente utile, poiché permette di concentrarsi sulla ragione concreta del singolo affare, al di là del tipo contrattuale⁷, e di conseguenza favorisce, oltre lo schema dell'atto e del contratto, la valutazione della pluralità e diversità di interessi, individuali e collettivi, che di volta in volta risultano essere, in concreto, regolati nell'atto di autonomia privata.

Nella prospettiva interpretativa offerta dall'operazione economica, che supera quella più angusta propria del singolo tipo o del collegamento tra tipi, è così possibile inquadrare e qualificare i conflitti di interessi sottostanti ad ogni atto di autonomia privata, valorizzando la selezione tra gli stessi, e conseguentemente risulta più agevole indicare ed indagare fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse, mediante la scomposizione dei loro piani di analisi e l'individuazione della complessiva funzione che

⁶ GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 132 ss.; ID., *Il contratto le sue classificazioni*, cit., 722; FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 318-319.

⁷ Sul punto cfr. di recente, fra le varie possibili ipotesi esemplificative, con riguardo: ai contratti derivati, ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, p. 47, nota 85; alla legislazione in materia di usura, FARINA, *Sindacato e disapplicazione dei decreti ministeriali in tema di usura e rilevanza dell'operazione economica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 470 ss.; alla nozione ed alla disciplina dello "strumento finanziario", LA ROCCA, *Autonomia privata e mercato dei capitali*², Torino, 2009, p. 286.

le parti hanno voluto attribuire alla singola disciplina negoziale, indipendentemente dai modelli astratti e tipici di riferimento mediante i quali la stessa risulta costruita.

Nel moderno diritto dei contratti, infatti, ad una pluralità di strutture e di modelli contrattuali sovente corrisponde una unicità di funzione⁸.

Si tratta, allora, di valutare quali sono gli elementi e i fattori che, sul piano della struttura formale dell'operazione, ne compongono e disegnano la sua configurazione unitaria⁹.

La costruzione e l'articolazione interna delle singole componenti dell'assetto di interessi variano e si modulano, infatti, in ragione della differente rilevanza degli stessi, per come sono stati dedotti dalle parti nel regolamento negoziale, così che essi emergono solo nella prospettiva di una complessiva valutazione dell'operazione economica nella sua unità.

Alla base della riflessione – come alla base di ogni discorso che tocca il tema dell'autonomia privata – si pone la considerazione della sostanza reale degli interessi in conflitto e da regolare¹⁰, secondo una legge costante di ogni vicenda connessa alla di-

⁸ GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, *op. cit.*, p. 74 ss.

⁹ Per PALERMO, *Funzione illecita e autonoma privata*, cit., 136; ID., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., 2; ID., *Contratto preliminare*, cit., p. 101 ss., l'operazione è infatti «unità formale».

¹⁰ La medesima *ratio* ermeneutica esposta nel testo sembra rinvenirsi laddove la Corte di cassazione, 28 luglio 2014, n. 17066, in tema di locazioni non abitative (nel caso di specie, ad uso turistico-alberghiero) ha stabilito – in presenza della violazione dell'obbligazione di custodia della cosa locata, per l'omessa esecuzione di lavori di piccola manutenzione per un valore di settanta milioni di vecchie lire, a fronte di canoni corrisposti in nove anni per un importo di oltre tre miliardi – che tale violazione non fosse idonea a giustificare la risoluzione per inadempimento, poiché la «valutazione della gravità dell'inadempimento va operata caso per caso e non può ridursi alla mera constatazione della violazione di una obbligazione principale ma deve considerare l'importanza dell'inadempimento in rapporto al complesso delle pattuizioni e dell'operazione economica posta in essere, nonché all'interesse che intendeva realizzare la parte non inadempiente, così da verificare in quale misura l'inadempimento abbia determinato un effettivo squilibrio nel sinallagma contrattuale, che giustifichi la risoluzione».

namica degli effetti e dell'efficacia giuridica, che è quella del principio di convenienza dell'effetto al fatto¹¹.

La sintesi dei vari elementi dell'operazione è, del resto, continuamente diversa, poiché dipende dalla importanza e dalla selezione degli interessi sottostanti e dalla loro differente "qualità", riguardata nella prospettiva attraverso la quale i privati osservano l'operazione sul piano della individuale ed egoistica economia di ciascuna parte.

Il regolamento che i privati individuano per dare disciplina in concreto al loro affare non può necessariamente essere affidata alle configurazioni astratte delle singole ipotesi contrattuali, che non riescono, di per sé, a cogliere in pieno la qualificazione formale degli interessi in conflitto, dei quali forniscono, a volte, soltanto un'incompleta raffigurazione, poiché il rapporto che corre tra natura dell'affare e caratteri formali dell'operazione ha, spesso, sul piano ermeneutico soltanto valore relativo e non sostanziale.

In tal senso si deve convenire con un'autorevole dottrina, che si è espressa con riguardo al negozio ma con affermazioni che possono essere tranquillamente riportate e assegnate al tema del contratto, che «nella realtà pratica ed empirica, ma anche in quella giuridica, non esiste il "negozio", ma i "negozi", ossia una infinita varietà e diversità di tipi e figure, ciascuna contraddistinta da un proprio regime e da un corrispondente quadro di effetti a seconda della dimensione soggettiva e della misura oggettiva degli interessi perseguiti»¹².

Con la conseguenza che appare oggi ancor più difficile, di quanto non lo fosse già in passato, rinvenire un elemento semantico in grado di assicurare unità concettuale alla nozione di contratto e quindi appare più utile, e teoricamente costruttivo, nell'inquadramento degli atti di autonomia privata ricorrere alla nozione di operazione economica, piuttosto che a quella di con-

¹¹ Cfr. sul principio di convenienza dell'effetto al fatto, SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 488.

¹² SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 33.

tratto soprattutto quando si tratta della regolazione giuridica non di un singolo contratto, ma di un intricato ed articolato intreccio di interessi¹³.

Solo una visione complessiva dell'assetto di interessi – e della sua costruzione tecnica – consente di apprezzarne la loro variegata qualità, di selezionare la loro differente rilevanza e di enucleare la disciplina dei singoli momenti, lungo i quali essa si svolge, e delle singole fasi per mezzo delle quali essa si dispiega sul piano formale, sostanziale ed effettuale.

L'atto di autonomia privata, infatti, deve essere inquadrato e interpretato attraverso tutte le sue singole componenti, in quanto sono esse che ne indicano i profili essenziali e che consentono, attraverso una globale considerazione degli interessi, di sottoporre l'operazione alla valutazione dell'ordinamento, affinché gli riconosca gli effetti che in concreto essa è diretta a produrre sul piano della disciplina positiva.

Il complessivo regolamento di interessi posto in essere dai privati, quale atto di autonomia, deve pertanto essere riguardato come “operazione economica”.

2. Pluralità di elementi e unità di struttura. La combinazione tra atti e comportamenti. Il caso uruguayano Martinier S.A. c. Lumary S.A. y Otros

In questa prospettiva – che mi pare sia recepita ora anche in Uruguay, sia dalla giurisprudenza¹⁴, e segnatamente da quella della Corte Suprema¹⁵, sia dalla dottrina¹⁶ – occorre muovere

¹³ Sul punto mi permetto di rinviare a GABRIELLI, *La nozione di contratto*, in *Giur. It.*, 2018, p. 2790 ss., ora anche in ID., *L'autonomia privata. Dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2020, p. 4 ss.

¹⁴ Cfr. le sentenze: SEF 3 -7-2015; SEF 9-123-2014; SEF 2-310-2011; SEF 1- 123- 2012; SEF 1- 21-2011; SEF 2 - 9198 – 2011; TAC 4° 315/2007; e quelle richiamate da CASTRO RIVERA, *La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmatico de la doctrina*, in *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, p. 36.

¹⁵ Per l'adesione della giurisprudenza della Corte Suprema uruguayana alla “teoria dell'operazione economica”, cfr. ora *Suprema Corte de Justicia*, n. 1241 de 12 de agosto 2019, in <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

l'indagine verso l'esame sia della struttura precettiva dell'operazione, sia del rapporto, e delle forme tecniche che esso assume, tra i vari elementi mediante i quali essa si articola.

Un primo angolo di osservazione è quello fornito dalla combinazione tra atti e comportamenti, poiché, «*in rerum natura* non esistono negozi, esistono comportamenti»¹⁷.

Il che ha indotto la dottrina a indicare l'esigenza e l'opportunità di «approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva operazione, l'attività»¹⁸, proprio perché l'autoregolamento negoziale non si compone soltanto ed unicamente delle enunciative e delle disposizioni precettive delle parti, ma anche dei comportamenti e delle attività connesse e dipendenti da tali disposizioni.

Gli interpreti, peraltro, hanno da tempo osservato che il comportamento negoziale costituisce un frammento di una più complessa operazione economica comprensiva anche del profilo esecutivo e di tutta la vicenda patrimoniale realizzata o da realizzare. Con la conseguenza che, guardata in questa prospettiva, l'operazione deve soddisfare due differenti esigenze, quella del riconoscimento del carattere impegnativo dell'autoregolamento posto in essere – alla quale corrisponde la collocazione della regola privata sul piano dell'ordinamento – da un lato; e, dall'altro, quella della predisposizione di mezzi tecnici idonei alla realizzazione e regolamentazione della vicenda patrimoniale, alla quale fa riscontro la disciplina dell'operazione economica sotto il profilo della realizzazione dei suoi effetti¹⁹.

¹⁶ Nella dottrina uruguayana, *inter alios*, cfr., GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, vol. XXVI, *Teoría General del contrato*, Montevideo, 2009, p. 271; BLENGIO, *El contrato y la operación económica*, en *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, p. 31 ss.; A. CASTRO RIVERA, *La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina*, cit., p. 34 ss.

¹⁷ PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 212.

¹⁸ PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 232.

¹⁹ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 288, per il quale l'atto privato assolve, ri-

La teoria del comportamento e il problema della rilevanza delle circostanze esterne e rilevanti, in questa chiave di lettura, si presenta di significativa utilità, poiché la dottrina più attenta e sensibile ne ha già da tempo prefigurato le linee di valutazione in chiave interpretativa dell'operazione economica ed ha osservato che «è lo stesso proiettarsi nel tempo dell'operazione economica che, impedendo l'identificazione della stessa con un singolo atto, rende necessaria una disciplina del collegamento fra i diversi atti [...] che concorrono a costituirla»²⁰.

Nel pensiero degli interpreti si sottolinea la necessaria importanza che nel sistema deve essere accordata alle “circostanze”, le quali «senza entrare a far parte del negozio, in sé considerato, sono state tenute presenti dalle parti e che dunque attengono non già all'atto in sé, ma alla complessiva situazione di fatto in cui questo si inserisce»²¹.

Tali circostanze, infatti, seppure rimangono sempre «elementi di fatto connessi al contratto», possono vedere modificate «le condizioni della loro rilevanza in ragione dei rapporti con il precetto concretamente preso in esame», come avviene, secondo una determinata accezione del termine, quando si tratti di integrare ad opera del giudice il regolamento negoziale perché le circostanze non possono essere, né esplicitamente, né implicitamente, comprese nel precetto, poiché il punto a cui si riferiscono non è stato oggetto di disciplina. In tal caso «l'integrazione di quel punto del regolamento ad opera del giudice dipende unicamente dalla possibilità di ritrovare, oltre il precetto, circostanze idonee a consentire quella soluzione che più sembra in armonia con il complesso dell'operazione compiuta»²².

spetto a tale disciplina, la duplice funzione di "misura" dell'effetto vincolante e di presupposto per l'operatività della disciplina del rapporto.

²⁰ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 290.

²¹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 78.

²² RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 238 – 239.

Cfr. ora anche IRTI, *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 21 – 22, il quale rileva come «prima nella prospettazione delle parti e poi nella decisione del giudice, la fattispecie del contratto sia sostituita dalla “operazione economica”, e come alla funzione tipica e costante subentri

È pertanto necessario osservare il regolamento negoziale dal punto di vista della sua situazione globale nel cui contesto lo stesso è destinato ad interagire, della quale il singolo contratto individuale è, sovente, solo una parziale proiezione o limitata manifestazione.

Il regolamento negoziale deve essere guardato da quello che assai efficacemente è stato definito «il c.d. punto di vista esterno al contratto, ossia la situazione complessiva, della quale il singolo contratto è diretta esplicazione o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire», poiché tale situazione «ha valore costitutivo, non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto»²³.

In tal senso appare di sicura utilità il riferimento al recente caso sottoposto allo scrutinio della Corte Suprema uruguayana, *Martiner S.A. c. Lumary S.A. y Otros*, nel quale, al fine di dichiarare la risoluzione per inadempimento, ed il conseguente eventuale danno da risarcire, si trattava di interpretare un contratto preliminare di cessione del pacchetto azionario di controllo e dei diritti connessi di una società di navigazione di traghetti, nel quale il promittente acquirente del pacchetto azionario di controllo offriva ad un soggetto terzo (titolare del diritto di concessione per l'attracco delle navi e che non era una parte del contratto preliminare) di acquistare i diritti di attracco per i traghetti.

Sorta contestazione sull'adempimento del contratto definitivo di cessione dei diritti di attracco, la questione – in assenza di una esplicita dichiarazione negoziale al riguardo contenuta nel con-

la causa concreta e individuale», la quale diviene anche uno «strumento che permette di andare oltre il testo linguistico, di indagare gli scopi perseguiti dalle parti, di giudicare e correggere il rapporto tra le prestazioni» e DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 24, che sottolinea come la concezione del contratto come espressione di una più ampia operazione economica, da valutarsi con riguardo all'assetto globale degli interessi coinvolti, permette al giudice un esame maggiormente efficace sulla liceità dei modelli contrattuali.

²³ SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in VETTORI, *Remedies in contract: the common rules for a European law*, Padova, 2008, p. 243.

tratto – consisteva nel valutare se l'impegno del terzo al trasferimento dei diritti di attracco dovesse essere qualificato come condizione sospensiva del contratto preliminare di vendita delle partecipazioni, con il conseguente venir meno dell'obbligo al trasferimento in assenza della cessione di tali diritti di attracco; ovvero se tale impegno configurasse un'autonoma obbligazione la cui ragione e giustificazione causale dovesse essere rinvenuta nell'operazione economica complessiva consistente nella contemporanea cessione sia dei diritti sulle partecipazioni, sia dei diritti di attracco, seppure la parte titolare di questi ultimi non fosse parte del primo negozio e tale impegno non risultasse esplicitamente dedotto nel contratto preliminare come condizione sospensiva.

La Corte muove il proprio ragionamento dalla necessità di interpretare la comune intenzione delle parti, ritiene che si debba tener conto anche degli elementi extratestuali e dei comportamenti, anche successivi alla conclusione del contratto, con la conseguenza che la società titolare dei diritti di attracco, sebbene non ne fosse parte formale, doveva considerarsi parte sostanziale del contratto preliminare, assumendo l'obbligazione derivante da quel contratto di cedere al promissario acquirente i diritti di attracco.

Nell'interpretazione del contratto, secondo la Corte uruguayana, è necessario indagare, rispetto all'operazione economica, che cosa volevano realizzare le parti, vale a dire determinare quali erano gli interessi in concreto perseguiti dai contraenti che si erano spinti a concludere quel contratto preliminare.

La decisione afferma, in definitiva, che «si deve partire dall'idea che le persone di diritto privato quando operano nella realtà negoziale, specialmente nell'ambito imprenditoriale, quello che vogliono realizzare sono operazioni economiche e non atti giuridici, che, in definitiva, non sono altro che mezzi per raggiungere gli obiettivi economici perseguiti» e che il negozio giuridico «deve interpretarsi alla luce dell'operazione economica sottostante al medesimo».

3. Pluralità di contratti e collegamento negoziale.

Un ulteriore profilo di analisi è offerto dal rapporto tra più contratti collegati tra loro all'interno della struttura dispositiva dell'operazione.

Il che impone di valutare se una pluralità di contratti sia sempre l'indice di un collegamento negoziale, ovvero se può trattarsi di un'operazione economica.

Il rapporto tra operazione economica e collegamento negoziale – come quello tra contratto e operazione economica, rispetto al quale, come dice Jorge Gamarra, “*estas terminologia deben tomarse con pinzas*”²⁴ – apparentemente potrebbe apparire ambiguo e i due concetti risultare come sinonimi.

L'interprete, se si fermasse ad un'analisi superficiale del tema, del resto, potrebbe reputare che si tratti di uno stesso fenomeno, o del medesimo profilo di inquadramento della fattispecie, visto da due punti di osservazione; così che l'uno appaia diverso dall'altro, laddove, invece, ci si troverebbe dinnanzi solo un differente modo di contemplare la stessa realtà.

Il dubbio non è certamente nuovo, basti ricordare che nello sforzo ermeneutico e ricostruttivo tendente a porre in luce l'autonomia del concetto – e della categoria logica – dell'operazione economica, segnando i limiti ed i confini della sua propria ed autonoma qualificazione, il raffronto tra operazione economica e collegamento negoziale si è da tempo presentato di significativa utilità²⁵.

Le due nozioni, in realtà, non rappresentano fattispecie che possano essere inquadrate come espressioni dello stesso fenome-

²⁴ GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, XXXVI, cit., p. 271, nt. 1.

²⁵ Cfr. variamente orientati LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 182 ss.; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 166 ss.; NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 839 ss.; ID., *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1229; BIANCA, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 438; GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 153, secondo il quale nel fenomeno dei contratti collegati «non c'è un unico contratto, ma una pluralità coordinata di contratti, che conservano ciascuno una autonoma causa, anche se nel loro insieme mirano ad attuare una unitaria e complessa operazione economica».

no giuridico, né sul piano concettuale, né su quello della disciplina loro applicabile.

Altro è che un determinato contratto costituisca il presupposto di un successivo contratto (o di altri successivi), come avviene nel caso del collegamento (necessario o volontario) tra contratti; altro è che con il collegamento negoziale si voglia creare una operazione complessa, per realizzare un interesse che sia funzionalmente unitario, anche se tale risultato si produce mediante il collegamento di una pluralità di contratti o di negozi autonomi²⁶.

Il rapporto tra operazione economica e collegamento negoziale si può sintetizzare nel rilievo secondo cui se un collegamento negoziale può dar luogo ad un'operazione economica, non può dirsi il contrario, vale a dire che ogni operazione economica dia luogo ad un collegamento tra contratti.

L'unità funzionale dell'operazione economica perseguita dalle parti non pregiudica infatti il problema dell'unità o pluralità strutturale dei contratti, e quindi dell'individuazione in concreto di una fattispecie di collegamento.

Sul piano dell'analisi dell'operazione economica e della sua conformazione strutturale occorre misurare la causa in concreto – espressione tipica dell'unità formale dell'operazione – quale momento unificante dell'assetto di interessi e quindi quale indice interpretativo di una differente struttura della fattispecie²⁷.

La causa in concreto, e l'indagine ermeneutica sulla stessa, è divenuta, nel corso del tempo – anche in una parte della dottrina uruguayana²⁸ – lo strumento interpretativo per qualificare e disci-

²⁶ Cfr. le riflessioni di FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, cit., p. 327 ss., e di NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, op. cit., p. 1229.

²⁷ Il tipo di valutazione indicata nel testo viene ritenuto utile anche per la valutazione di convenienza economica del contratto, cfr. TINTI, *La convenienza economica del contratto*, Torino, 2016, p. 175 ss.; p. 9.

²⁸ Cfr. la polemica che si è aperta tra GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, cit. p. 274 e CARNELLI, *Análisis de la nueva doctrina de Gamarra sobre la causa del contrato*, en *ADCU*, t. XLII, p. 419 ss., polemica sulla quale mi permetto di rinviare a GABRIELLI, *Causa en concreto y operacion economica*, in *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, 2015, III, p. 1 ss.; anche in *Roma e America*, 2012, p. 119.

plinare gli atti di autonomia, come appunto accade, per segnare le linee di differenza, sia nel caso dei negozi unici a struttura complessa, sia nel caso del collegamento fra negozi.

Nella prima fattispecie, sul piano strutturale, si assiste ad un contratto unico a contenuto complesso caratterizzato dall'esistenza di un intento negoziale oggettivamente unico, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da impedire che ciascuna di quelle prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica, così che quelle diverse prestazioni si presentano tra loro organicamente interdipendenti e volte a conseguire un risultato unitario inscindibile²⁹.

Nella seconda fattispecie, invece, si è in presenza di un meccanismo (sia esso volontario, sia esso legale) che, sul piano strutturale, disegna uno schema articolato, attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che però viene realizzato, non per mezzo di un singolo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti. Tali contratti, però, conservano ognuno una propria e autonoma causa, anche se ciascuna di loro è diretta a realizzare, nel loro insieme, un risultato ulteriore rispetto a quello espresso nella causa dei singoli contratti organizzati in sequenza. Con la conseguenza che, in tali ipotesi, il collegamento, pur potendo determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra i contratti in sequenza, non esclude che ciascuno di essi si caratterizzi per una propria causa e conservi una distinta individualità giuridica³⁰.

Il criterio di distinzione tra l'una e l'altra fattispecie, oltre che di natura strutturale, è dunque di carattere funzionale, poiché dipende dalla unicità o pluralità degli interessi perseguiti dalle parti.

Il ricorso alla interpretazione della causa in concreto, quale strumento di emersione degli interessi rilevanti – e della loro selezione anche gerarchica – all'interno del regolamento composto da una pluralità di negozi tra loro collegati, e diretti al conseguimen-

Sul problema della causa in concreto nel diritto uruguayano cfr. ora anche CASTRO RIVERA, *op. cit.*, p. 34 ss.

²⁹ NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit., p. 1231.

³⁰ NUZZO, *op. ult. cit.*, p. 1232.

to di un risultato unitario, consente, proprio sul piano strutturale, di valutare se tale collegamento rappresenti la somma delle singole autonome cause coinvolte nel disegno costruttivo; ovvero se i singoli negozi, per gli interessi che in concreto in quella specifica situazione vogliono realizzare, non concorrono piuttosto alla definizione di una unica ed unitaria causa dell'intero collegamento negoziale, dato che la sequenza negoziale, nella sua globale struttura e funzione, può piuttosto indicare e rappresentare proprio l'unità formale dell'operazione economica voluta dalle parti.

Si tratta, ad esempio, di rilevare se, in determinate situazioni, si è in presenza di più contratti autonomi, a volte stipulati perfino da soggetti diversi, ma ciascuno di loro dotato di una propria causa, che in quanto tale potrebbe vivere di vita propria, ma che, in concreto, si colloca all'interno di una operazione la quale, nel suo complesso, è diretta a realizzare un fine unitario ed ulteriore, rispetto a quello disegnato dalla singola causa negoziale coinvolta nello schema. Fine, il quale trascende la causa dei singoli negozi o dei singoli comportamenti attuativi, che si può apprezzare solo in relazione alla specificità dell'operazione economica concepita dalle parti.

L'inquadramento del problema e la qualificazione della fattispecie non ha rilievi solo teorici, in ordine alla configurazione strutturale delle singole ipotesi, ma soprattutto applicativi, come risulta evidente per quanto attiene ad esempio al giudizio di liceità e di meritevolezza dell'interesse concretamente perseguito, che deve essere effettuato in concreto, scrutinando la natura dell'effetto perseguito, al di là dello schermo formale mediante il quale si presenta la raffigurazione esteriore della struttura negoziale impiegata.

La presenza di una pluralità di negozi, ed eventualmente anche di parti negoziali, fa sorgere, anzitutto, il problema se si possa ritenere che tutti i contratti nella sequenza coinvolti possano qualificarsi come collegati – ovvero se alcuni di loro abbiano solo un nesso di occasionalità con il collegamento – con la conseguente inscindibilità del risultato economico dei singoli contratti, rispetto all'effetto finale perseguito con il collegamento; oppure se si tratta di un'operazione economica unitaria, e quindi di un unico inte-

resse e di un'unica funzione negoziale concreta, caratterizzata pertanto da un fine ulteriore rispetto a quello proprio dei singoli tipi.

Nel primo caso, la disciplina in sede di interpretazione (e quindi anche quella relativa per esempio all'invalidità, ovvero ai criteri e parametri che presiedono all'esecuzione del contratto) sarà quella atomistica relativa ai singoli contratti, e quindi ai singoli segmenti negoziali collocati in sequenza.

Nel secondo caso, l'interpretazione, pur valutando la relazione che intercorre tra la funzione svolta dal singolo contratto, considerato autonomamente, e gli altri, dovrà tener conto della funzione svolta dal complesso dei contratti nel loro insieme, in ragione dell'unitario interesse economico e giuridico perseguito dalle parti, proprio mediante la costruzione di un'unica ed unitaria struttura giuridica caratterizzata da una univocità di effetti da realizzare.

L'interprete dovrà pertanto esaminare e valutare, sul piano tecnico della costruzione dell'assetto di interessi e della loro effettiva rilevanza, la sua funzione – e il suo perimetro strutturale – per cogliere la differenza tra pluralità di contratti, ciascuno con causa autonoma, contratto unico a struttura complessa e unità formale dell'operazione.

Se non si ragiona in tale direzione, infatti, non si riesce a cogliere quell'unità morfologica, oltretutto funzionale, che, sotto il profilo non solo statico, ma anche dinamico, l'interprete dovrebbe tener presente, ai fini di una organica ricostruzione delle singole fattispecie ed ipotesi, sia per una piena comprensione del significato sostanziale dell'assetto di interessi oggetto di scrutinio e di valutazione, sia per inquadrarle in un senso o nell'altro³¹.

4. *Causa in concreto e unità dell'operazione economica.*

Nella prospettiva indicata nel testo, a suo tempo, non si è condivisa l'autorevole affermazione secondo cui la nozione di operazione economica non presenta note atte a distinguerla chiaramente da

³¹ Cfr. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 22.

quella di causa concreta, e quindi a renderla utile nei casi in cui non sia dato fare richiamo alla causa³².

Si è infatti osservato, di contro, che il richiamo alla causa concreta si esaurisce nel ristretto ambito individuato dal perimetro del singolo contratto (o tutto al più dei singoli negozi organizzati in sequenza), non potendosi utilizzare per le ipotesi – per le quali, invece, l’operazione si presenta strumento concettuale ed ermeneutico di sicura utilità – in cui l’assetto di interessi comprenda non due interessi in conflitto, ma una pluralità di interessi; ovvero per quelle ipotesi di “operazioni complesse” in cui ad una pluralità di strutture negoziali, fra loro collegate, corrisponda una unicità di funzione, che trascende quella espressa dalla causa in concreto delle singole fattispecie di cui l’operazione si compone, poiché riferita ad un intreccio di interessi più ampio. Interessi la cui regolazione giuridica non potrebbe essere confinata nello schema del singolo tipo, o nella mera sequenza del collegamento negoziale – segnata da negozi i quali costituiscono l’uno il presupposto dell’altro, ovvero di quelli in successiva sequenza – ma che deve essere assoggettato a regolazioni economiche e giuridiche più articolate³³.

A questo secondo argomento, dalla richiamata dottrina³⁴, è stato replicato nel senso che, così ragionando, si muoverebbe dal pregiudizio consistente «nella prospettazione che, senza tener conto della funzione concreta perseguita dalle parti con le intese raggiunte, muova dalle funzioni astratte delineate negli schemi tipici e le consideri realizzate (così configurando una pluralità di contratti) ogni qualvolta veda concretarsi gli elementi che le caratterizzano, anche se gli stessi si trovino inseriti in una combinazione più ampia: con ciò attribuendo agli schemi legali anche la valenza di precludere alle parti la possibilità di realizzare una funzione composita». Tale pregiudizio inficerebbe, fra gli altri profili, l’idea, di cui sopra, secondo cui il richiamo alla causa concreta si esaurisce nel ristretto ambito individuato dal perimetro del singolo contratto (o tutto al più dei singoli negozi organizzati in sequenza). La inficerebbe nel

³² CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁴, Torino, 2014, p. 193.

³³ GABRIELLI, *Il Codice di Napoleone, il contratto e l’operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 12.

³⁴ CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁵, Torino, 2019, p. 242-243.

senso che (la prospettazione criticata) avrebbe come base la «considerazione degli schemi tipici come limite non valicabile dall'interprete», nel senso che egli «debba necessariamente concludere per la contemporanea esistenza di corrispondenti funzioni concrete»³⁵.

Il rilievo critico, di cui sopra, seppur autorevole, però, appare contestabile.

In tal senso è sufficiente tener presente che la logica – per non dire l'ideologia di fondo – del concetto di “operazione economica” o di “operazione negoziale”, e della sua utilizzazione in chiave ricostruttiva ed ermeneutica, muove proprio nel senso inverso da quello descritto: muove cioè dal presupposto che l'operazione economica, come “unità formale”, realizza, sia concettualmente, sia sul piano della disciplina applicabile, la situazione in cui una pluralità di atti, negozi e comportamenti viene voluta e costruita *ab origine* come struttura unitaria, poiché in funzione della realizzazione di un unico ed unitario effetto e non come contratto unico a struttura complessa.

Il piano di indagine strutturale di quest'ultimo – e la composizione dei suoi elementi – è dunque differente da quello dell'operazione economica, soprattutto se il primo lo si intende come quello nel quale «si combinano integralmente le componenti di più schemi tipici»³⁶, poiché, pur perseguendo una “funzione unica”, esso si compone morfologicamente di elementi tratti da una pluralità di schemi tipici, e quindi la individuazione e qualificazione dei suoi “elementi di struttura” è sempre vincolata al raffronto con l'esistenza di uno schema astrattamente preordinato dal legislatore.

La tesi, che fonda l'idea dell'operazione economica come unità formale, infatti prende le mosse, non dal pregiudizio che assegnerebbe agli schemi legali «anche la valenza di precludere alle parti la possibilità di realizzare una funzione composita»³⁷ ma dalla ben differente prospettiva secondo cui i privati possano, mediante una

³⁵ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, p. 243, nota 297.

³⁶ CATAUDELLA, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 242.

struttura formale, individuale, unitaria e complessa, in quanto composta da più elementi (atti, negozi, comportamenti, circostanze) costruire una operazione economica che si realizza sul piano degli effetti per mezzo di una funzione negoziale unica, che prescinde dall'esistenza e dal necessario riferimento strutturale «alla combinazione delle componenti di più schemi tipici».

Il che però implica una differenza non solo nominalistica, ma anche strutturale, tra operazione economica e contratto unico a contenuto complesso (se inteso come quello in cui «si combinano integralmente le componenti di più schemi tipici»)³⁸.

Se, infatti, si riconosce «che l'interprete debba esaminare la fattispecie concreta nella sua interezza, senza aprioristiche segmentazioni e, se vi ravvisa un assetto di interessi unitario, individuare una funzione unitaria della stessa e, quindi, una causa unica»³⁹ – si finisce allora per descrivere sul piano degli effetti – ma non della struttura – e seppure con diversa denominazione e formulazione (quella del “contratto unico a struttura complessa”), quella configurazione di un assetto di interessi e quella fattispecie concreta che, oramai da tempo, viene individuata con la nozione di “operazione economica”.

In tal senso, per illustrare, l'utilità sistematica del concetto di operazione economica, come categoria formale, risulta particolarmente esemplificativo richiamare l'applicazione che ne è stata effettuata in un caso, che riguardava un contratto preliminare (con annessa clausola compromissoria) che, benché unico sul piano formale, conteneva distinte promesse: di vendita di un immobile; di cessione di azienda; di locazione. Contratti che erano stati poi conclusi in esecuzione del contratto preliminare, che dalle parti era stato confermato in ogni sua parte⁴⁰.

³⁸ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 243.

³⁹ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 243, nota 297.

⁴⁰ Lodo arbitr. 2 marzo 1996, (Pres. ed Est. F. Gazzoni - Boitani, A. Di Majo, A. Marini, N. Picardi), in *Riv. arbitr.*, 1996, 353 ss., ove si legge che, tra le numerose eccezioni sollevate dalle parti nel corso del giudizio rilevava quella relativa alla competenza del Collegio (adito in base alla clausola compromissoria contenuta nel contratto preliminare di compravendita dell'immobile) a decidere anche in merito all'atto di cessione dell'azienda, sostenendosi dalla parte

In tale vicenda si è dimostrato, anche sul piano teorico, che ricostruendo la fattispecie in termini di operazione economica unitaria, seppur composta di una pluralità di negozi tra loro collegati, essi esprimono «isolatamente considerati, una frazione dell'intento unitario, individuabile nella sua interezza solo a seguito di una valutazione globale dei negozi stessi, l'uno in relazione all'altro», così che «se plurimi sono i negozi e le cause che li giustificano, unico è l'affare, cioè l'operazione economica divisa dalle parti, cui i negozi stessi (e di conseguenza la loro disciplina) sono in qualche modo subordinati. È pertanto all'operazione che deve aversi riguardo quando si tratta di stabilire la sorte dei contratti collegati, cosicché essa acquista autonoma rilevanza giuridica e come tale va, infatti, valutata in chiave di liceità e meritevolezza dell'interesse ai sensi dell'art. 1322 c.c. Non potrebbe altrimenti comprendersi il motivo per il quale un contratto dovrebbe essere risolto sol perché altro contratto del tutto autonomo causalmente e strutturalmente risulta, sul piano genetico o funzionale, viziato»⁴¹.

Si sottolinea, altresì, da questa giurisprudenza, che «se si porta in primo piano l'unicità dell'operazione e quindi del risultato vo-

che negava tale competenza che il Collegio avrebbe dovuto limitarsi a conoscere solo dell'eventuale inadempimento della promessa di vendita e non (qualora ne fosse stata accertata la sussistenza) della risoluzione dei contratti definitivi di cessione dell'azienda e di locazione in seguito stipulati, poiché nel contratto definitivo di cessione era stata, a sua volta, prevista un'altra clausola compromissoria riferita anche all'ipotesi di risoluzione del contratto, ma con una struttura sul piano soggettivo radicalmente diversa rispetto a quella prevista nel contratto preliminare. Il Collegio ha reputato che il problema della competenza dovesse essere deciso sulla base dell'interpretazione della clausola compromissoria da condurre «da un lato, avuto riguardo – sul piano dispositivo – ai patti contenuti nel contratto preliminare cui la clausola stessa accede, e, dall'altro, avuto riguardo ai successivi atti di adempimento e ai patti che li hanno accompagnati». In particolare si è ritenuto fosse proprio compito degli arbitri stabilire che cosa le parti avessero voluto statuire affidando agli arbitri il potere di risolvere le controversie relative all'esecuzione del contratto preliminare, così come era stato costruito, dato che, a fronte della sua unicità documentale, esso conteneva ben tre diverse promesse, ciascuna peraltro destinata ad essere adempiuta con la conclusione di altrettanti e distinti contratti definitivi.

⁴¹ Lodo arbitr., 2 marzo 1996, cit.

luto e perseguito dalle parti, ben si comprende come il collegamento si risolva in un modo di essere dei negozi, utilizzati in un quadro funzionale più ampio rispetto a quello proprio, cui si riferisce la singola struttura e la singola clausola, di talché se la disciplina singolarmente considerata resta quella che è, essa, a seguito del collegamento, è ampliata in chiave di rilevanza di vicende esterne, che se sono estranee in una visione statica ed atomistica, tali non sono in chiave dinamica, una volta riferite all'operazione».

Ricondotta dunque la disciplina del collegamento negoziale all'interpretazione dell'intera operazione, la diretta conseguenza, applicata alla concreta fattispecie, è che «il principio *simul stabunt, simul cadent* non significa, a ben vedere, che la risoluzione di un negozio comporti la risoluzione dell'altro, se non in via strumentale al fine di porre nel nulla l'unitaria operazione economica. È la sostanza economica che unifica i negozi ad imporre una disciplina unitaria in materia di risoluzione e quindi riferita appunto all'operazione globale»⁴².

Se infatti, diversamente da come è accaduto nel caso richiamato, si ragiona fermandosi all'osservazione del mero schema strutturale rappresentato da più negozi in sequenza – e quindi in termini di “collegamento di negozi per volontà delle parti” – senza considerare l'operazione negoziale nella sua individualità, e quindi comprensiva di tutte le sue componenti, allora tale collegamento viene riduttivamente inteso come un rapporto tra “entità distinte”⁴³, che può essere apprezzato solo ai fini della produzione di certi effetti sostanziali, ferma restando, in linea generale, la disciplina autonomamente applicabile a ciascun schema tipico.

⁴² Lodo arbitr., 2 marzo 1996, cit.

⁴³ In tal senso è la fondata critica che PALERMO, *L'autonomia privata*, cit., p. 21-22 muove all'affermazione di CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁴, Torino, 2014, p. 200, secondo il quale nel caso del collegamento volontario il rapporto tra contratti collegati può assumere rilevanza varia, ma non potrebbe «proprio perché non ha riguardo ai casi nei quali l'assetto di interessi perseguito è unitario ed inscindibile, incidere sino al punto che l'inattuazione di uno dei contratti coinvolga l'altro».

Laddove il senso e il significato ermeneutico del concetto di operazione economica si rinviene proprio nell'unità che *ab origine* caratterizza, sia la funzione, sia la costruzione strutturale della fattispecie⁴⁴.

Alla stessa conclusione, e sulla base dei medesimi rilievi, si dovrebbe giungere, ad esempio, per affrontare e adeguatamente risolvere il problema della forma del negozio fiduciario, per il quale si pone il quesito «in ordine al fatto se il patto fiduciario concernente diritti reali immobiliari non possa risultare da una dichiarazione unilaterale del fiduciario e, in questa ultima ipotesi, in presenza di quali requisiti tale dichiarazione unilaterale possa integrare gli estremi dell'atto scritto in presenza della volontà del fiduciante di avvalersene (anche in giudizio)»⁴⁵.

La questione – in presenza di un contrasto tra orientamenti divergenti⁴⁶ – verte, in particolare, sulla circostanza se il patto fidu-

⁴⁴ Tipica in tal senso è l'ipotesi del cd. “pegno rotativo”, sulla quale mi permetto, da ultimo, di rinviare a GABRIELLI, *Del pegno*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, II, Torino, 2015, p. 71 ss.; nonché per ulteriori recenti riferimenti a CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio*, Napoli, 2018, p. 45 ss.; MARSEGLIA, *L'evoluzione della disciplina dei pegni non possessori*, Torino, 2018, p. 116 ss.; e, seppure con alcune significative deviazioni concettuali e ricostruttive, anche a CHIANALE, *Le garanzie reali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2019, p. 279 ss.

⁴⁵ Cfr. Cass., 5 agosto 2019, n. 20934, con la quale la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite per la soluzione del contrasto.

⁴⁶ Si contendono il campo, per un verso, Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Foro it.*, 2014, I, p. 2860; in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 140, con nota di CORRALLO, secondo la quale «la dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali». In tal senso quindi il *pactum fiduciae* non necessariamente deve rivestire la forma scritta, anche ove abbia ad oggetto beni immobili, poiché in presenza di una dichiarazione unilaterale l'impegno a trasferire non avrebbe natura meramente ricognitiva, ma costitutiva dell'obbligo (suscettibile di esecuzione in

ciario concernente diritti reali immobiliari debba essere redatto per iscritto a pena di nullità; ovvero possa risultare da una dichiarazione unilaterale resa anche oralmente dal fiduciario e, in questa ultima ipotesi, in presenza di quali requisiti ulteriori tale dichiarazione unilaterale possa essere integrata da un atto scritto, e quale natura debba essere riconosciuta allo stesso atto, vale a dire se essa abbia carattere “ricognitivo retrospettivo” ovvero costitutivo del diritto del fiduciante ad ottenere il successivo ritrasferimento del bene.

Se infatti si segue l’idea che il *pactum fiduciae* non debba necessariamente scindersi nel binomio costituito da due negozi (uno interno di natura obbligatoria e uno esterno di natura reale) ma possa essere riconosciuto, come nel concreto della realtà avviene, in una causa unitaria che colora e qualifica l’intera operazione economica, allora si può correttamente concludere che il negozio ricorre anche se tra due parti intercorra un accordo fiduciario la cui funzione è «quella appunto di realizzare il programma fiduciario mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l’accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere differenti sia nel numero che nella tipologia»⁴⁷.

In tal senso deve riconoscersi che se, in una sequenza negoziale all’interno della quale si colloca il *pactum fiduciae*, la causa tipica dei singoli negozi posti in essere può ben essere indirizzata

forma specifica ex art. 2932) di trasferire la proprietà di immobili, in quanto volta «ad attuare l’accordo fiduciario preesistente», la fiducia dovendo ritenersi «la causa dell’intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l’impegno assunto (...) con la sottoscrizione dell’impegno unilaterale»; per un altro verso, e con orientamento contrario, si pone Cass. 25 maggio 2017, n. 13216, secondo la quale, invece, il *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta *ad substantiam*, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l’art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo.

⁴⁷ Cass. 15 maggio 2014, n. 10633, in *Foro it.*, 2014, I, p. 2860.

all'unitario scopo fiduciario perseguito, cioè all'unitaria funzione negoziale concreta, allora è l'intero vincolo obbligatorio così assunto che costituisce la *causa fiduciae* e quindi (non solo la causa interna nel rapporto fiduciante-fiduciario ma) anche la causa del successivo spostamento patrimoniale con effetto reale esterno consistente nel ritrasferimento del bene dal fiduciario al fiduciante.

La semplice dichiarazione unilaterale dell'impegno oralmente assunto, anche se non rivestita della forma scritta, configura un titolo idoneo a giustificare il ritrasferimento dal fiduciario al fiduciante, se, nel programma delle parti, essa è successivamente accompagnata da una connessa e coerente investitura formale, proprio perché la vicenda deve essere inquadrata nel complessivo disegno programmato dalle parti, e quindi ogni dichiarazione e ogni comportamento deve essere interpretato come unitariamente avvinco, anche dal punto di vista temporale oltre che strutturale, alla originaria dichiarazione che riconosce quell'obbligo al ritrasferimento.

Il problema della necessità della forma scritta *ad substantiam* del *pactum fiduciae* è quindi assorbito nell'unità strutturale e funzionale dell'operazione, poiché è nel contesto dell'intera operazione che di quella forma *ad substantiam* si deve rinvenire l'esistenza, indipendentemente dal segmento temporale o strutturale all'interno del quale la stessa dichiarazione è rinvenibile.

Nell'indicata prospettiva mi pare si sia ora orientata la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴⁸.

⁴⁸ Cass. 6 marzo 2020, n. 6459, in *Giur. It.*, 12, 2020, p. 2622, con nota di M. PALAZZO, *La forma del negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili*.

la quale inquadra il negozio fiduciario come «una operazione negoziale che consente ad una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (il fiduciario), trasferendo direttamente al fiduciario la proprietà del bene o fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio da un terzo, con il vincolo che il fiduciario rispetti un complesso di obblighi volti a soddisfare le esigenze del fiduciante e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato» e, superata la ristretta dimensione della fattispecie e proiettato il negozio nel quadro della pluralità delle forme mediante le quali può manifestarsi, espressamente lo qualifica nel senso che

A diversa conclusione dovrebbe, infatti, giungersi, se si sostiene che ogni singolo segmento, o frammento, della fattispecie debba essere considerato isolatamente, e come tale, altrettanto atomicamente inquadrato e qualificato in termini di disciplina applicabile, sia dal punto di vista del valore dispositivo dell'autoregolamento negoziale, sia dal punto di vista della sua rilevanza formale.

Senonché, così ragionando, non solo non si è in grado di apprezzare e cogliere l'unitarietà della fattispecie concreta ed il suo rilievo sostanziale, ma si cade nell'errore ermeneutico di non considerare, nella valutazione dei reali assetti di interesse posti in essere dai privati, il valore dei comportamenti siano essi precedenti, siano essi successivi, alla costruzione dell'atto di privata autonomia.

5. Il rapporto tra più contratti collegati all'interno della struttura dell'operazione. La rilevanza della funzione negoziale complessiva.

Tali regolazioni, tuttavia, si collocano ad un livello ulteriore e superiore rispetto a quello del tipo, al quale bisogna fare riferimento per individuare la disciplina applicabile a quelle fattispecie.

Nella realtà del concreto, infatti, come si è osservato, «vi sono operazioni economiche che si possono comprendere solo se tutti i contratti che le compongono vengono considerati nel loro complesso»⁴⁹, sicché, in determinati casi (come, ad esempio, il *project financing*, ovvero il prestito titoli), i singoli contratti sarebbe privi di una propria causa, e quindi non esisterebbero, se considerati

«all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti».

Il problema della necessità della forma scritta *ad substantiam* del *pactum fiduciae* è quindi assorbito nell'unità strutturale e funzionale dell'operazione, poiché (come si trae conferma dall'orientamento giurisprudenziale) è nel contesto dell'intera operazione che di quella forma *ad substantiam* si deve rinvenire l'esistenza, indipendentemente dal segmento temporale o strutturale all'interno del quale la stessa dichiarazione è rinvenibile.

⁴⁹ DE NOVA, *Dieci «voci» per una tavola rotonda su «il nuovo diritto dei contratti»*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 817 – 818.

isolatamente, ma la acquistano dal loro inserimento in un'operazione economica complessa⁵⁰.

In queste fattispecie, infatti, l'eventuale nesso di collegamento tra atti di autonomia privata non si traduce nella somma o nella sequenza di più funzioni negoziali autonome, seppur collegate, ma si esplica nella creazione di una operazione complessa nella cui identità strutturale convergono una pluralità di atti, negozi e comportamenti dotati ciascuno di una propria autonomia e rilevanza, ma tutti funzionalmente orientati alla realizzazione di un interesse unico ed unitario e quindi tutti governati da una unitaria funzione causale di natura negoziale⁵¹.

L'accordo in ragione del quale i singoli negozi in sequenza vengono uniti non comporta l'esistenza di un "negozio di collegamento", collocato in una posizione di superiorità gerarchica rispetto ai singoli negozi che della sequenza fanno parte, poiché – attraverso il nesso di consequenzialità e dipendenza funzionale che corre tra l'uno e l'altro contratto in ragione delle rispettive cause in concreto – il collegamento penetra all'interno di ciascuno dei negozi, caratterizzandone la funzione in concreto perseguita, in vista però del risultato unitario, cui i singoli effetti convergono e per la cui realizzazione in senso unidirezionale l'operazione è diretta.

Con la conseguenza che, se tali negozi vengono apprezzati isolatamente, essi esprimono unicamente una frazione della funzione dell'intera operazione; se, invece, essi sono considerati nella prospettiva di una loro globale valutazione, e quindi l'uno in relazione all'altro, di modo che il rapporto che li lega è tale che la validità ed efficacia dell'uno influenza la validità ed efficacia dell'altro, allora si coglie il senso dell'unità dell'operazione economica voluta dalle parti.

Ne segue che se tanti sono i contratti e le cause che li giustificano, tuttavia, unico è l'affare – cioè l'operazione economica vo-

⁵⁰ DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*; cfr. anche NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit. p. 1235 e gli esempi *ivi* indicati.

⁵¹ Sul punto cfr. FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, cit., p. 330; PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., p. 35.

luta dalle parti – alla quale i negozi stessi, e la loro disciplina, sono sottoposti, anche dal punto di vista del controllo da parte dell'ordinamento.

Occorre puntualizzare che solo guardando all'operazione nella sua unicità funzionale (e non per la somma delle singole funzioni che concorrono a comporla, in base alla sequenza dei tipi posti in collegamento) e quindi al risultato in concreto voluto e perseguito dalle parti, si comprende come il collegamento sia solo una forma giuridica mediante la quale i singoli negozi vengono utilizzati per costruire un quadro funzionale più ampio, rispetto a quello circoscritto dalla individuale struttura negoziale tipica e dalla singola clausola.

Un collegamento di negozi in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, ricorre in presenza di una pluralità di requisiti, sia oggettivo (costituito dal nesso teleologico fra i negozi), sia soggettivo (costituito dal comune intento pratico delle parti), il quale non necessariamente deve risultare espressamente dal contenuto dell'assetto regolamentare, poiché è sufficiente che emerga anche tacitamente la volontà non solo dell'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche del collegamento e del coordinamento fra gli stessi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da una sola delle parti all'insaputa e senza la partecipazione dell'altra⁵².

Nel fenomeno del collegamento negoziale, in particolare di quello volontario, ci si trova dunque di fronte all'esplicito operare di una pluralità di negozi, ognuno dei quali è dotato e caratterizzato da una singola regolamentazione di interessi e quindi da una propria funzione negoziale concreta. A seconda di come la sequenza è strutturata, e l'interesse sottostante si caratterizza in concreto, inoltre, la sequenza si può manifestare con differenti variazioni di natura funzionale, laddove ad esempio nel collegamento necessario si assiste, piuttosto che ad una funzionalità unitaria ed intrinseca, ad una consequenzialità soltanto logica e temporale

⁵² Cass., 18 aprile 1984, n. 2544; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580.

tra effetti negoziali, poiché ogni contratto in sequenza mantiene una propria autonoma funzione.

Un'efficacia funzionale unitaria si rinviene, piuttosto, quando il collegamento nasce per volontà delle parti, e quindi l'unitaria funzione è il risultato di una dipendenza intrinseca tra i vari negozi che compongono, e lungo i quali si articola, la sequenza.

In questo caso il collegamento negoziale, seppure mediante negozi che sono in astratto indipendenti l'uno dall'altro, esprime, al di là delle singole cause negoziali dei contratti coinvolti, una sua propria e autonoma funzione⁵³, sulla quale l'ordinamento esprimerà la sua valutazione in termini di liceità e di meritevolezza dell'interesse da proteggere e realizzare.

L'elemento funzionale intorno al quale si concentrano le singole determinazioni pattizie e le singole previsioni di comportamenti impegnativi ed attuativi, anche se l'operazione complessa si articola mediante una pluralità di negozi, e sul quale scende il giudizio dell'ordinamento, è quello che risulta dall'operazione economica complessiva che le parti, mediante lo strumento formale del collegamento, hanno voluto realizzare.

L'operazione economica, quale schema unificante l'intero assetto di interessi disegnato dall'autonomia privata, penetra all'interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali⁵⁴.

⁵³ FERRI, *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, cit., p. 331.

⁵⁴ In tal senso indicazioni importanti provengono dalla recente riforma francese del diritto dei contratti, la quale introduce, infatti, nel Codice di Napoleone la locuzione "*même opération*", (art. 1186 e art. 1189). L'impressione che si ricava – dalla reiterazione della formula combinata che risulta dalle locuzioni "*même*" e "*opération*" – è che la stessa possa essere parificata alla nozione di "operazione economica" o di "operazione negoziale" presente nella dottrina e nella letteratura italiana (sul punto mi permetto di rinviare a GABRIELLI, *Il codice di Napoleone, il contratto e "l'operazione economica"*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, p. 1 ss. nonché a P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in Valentino (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, p. 242 (anche in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1009).

A formare e comporre la morfologia dell'operazione economica, infatti, concorrono, come si è detto, non solo negozi collegati in sequenza unitaria fra loro, ma anche e soprattutto una pluralità di regole e di comportamenti, tutti univocamente diretti a creare e a far emergere – anche in previsione dell'interpretazione complessiva dell'atto di autonomia privata e della sua economia, così strutturata – l'effetto selettivo degli interessi rilevanti, che le parti hanno voluto disciplinare, ma all'interno di un'unica struttura e di una regolamentazione funzionalmente unitaria dell'assetto di interessi da realizzare.

6. Il divieto di frazionamento come conferma dell'unità strutturale dell'operazione economica.

Un ulteriore profilo di indagine strutturale dell'operazione economica è dato dal divieto del suo “frazionamento”.

È noto che all'autonomia privata è consentito scomporre in più contratti, funzionalmente collegati, un'operazione economica conseguibile mediante un unico contratto⁵⁵.

Il fenomeno del “divieto di frazionamento”, però, si presenta quando una operazione economica che dovrebbe essere costruita come unitaria, invece, viene “frazionata” al fine di evitare l'applicazione di una determinata disciplina imperativa.

Nel “frazionamento” contrattuale una struttura negoziale – che (per la natura dell'affare e le sue circostanze) nasce come necessariamente unitaria, e che quindi si deve presentare come tale, viene invece volutamente frazionata in una molteplicità di contratti – aventi contenuto identico o eterogeneo ma coincidente, nella sommatoria, con il contratto frazionato – al fine di eludere una determinata disciplina⁵⁶.

In questo caso il profilo strutturale unitario dell'operazione economica risulta, per così dire, rovesciato: la struttura necessariamente unitaria è volutamente frazionata.

⁵⁵ NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, cit., p. 1231.

⁵⁶ Sul tema cfr. ora, per tutti, AZZARO, *Contratto e negozio nel “frazionamento” del rapporto giuridico*, Torino, 2009, p. 11 ss.

Da qui il divieto – la cui violazione il legislatore sanziona con apposita disciplina – imposto dall’ordinamento di frazionare la naturale unità dell’operazione economica, voluta e disciplinata come tale dal legislatore in determinate fattispecie, in funzione protettiva degli interessi dei contraenti deboli, e in definitiva del mercato.

L’analisi dell’interprete, in questo caso, deve dunque avere ad oggetto la valutazione complessiva dell’operazione economica posta in essere (o meglio “disgregata”) con il frazionamento, per verificare se esso abbia una funzione elusiva del profilo qualitativo o del profilo quantitativo stabilito dalla disciplina di tutela, ponendo quindi in risalto per contrasto il valore qualificante dell’operazione economica, proprio attraverso la scoperta dell’artificioso e fraudolento meccanismo di “scissione” della naturale unità dell’affare⁵⁷.

7. Raggruppamento tra contratti e variazioni nella struttura formale.

Nella struttura formale dell’operazione è dato riscontrare anche il fenomeno dell’aggregazione o del raggruppamento tra più contratti, quando il legislatore tende a tipizzare l’operazione economica anche mediante il livello di intervento che non opera sul piano della disciplina del tipo, ma su quello del raggruppamento di contratti, per riunire – all’intero di un’unica disciplina dell’operazione economica – più tipi contrattuali al fine di regolare determinate situazioni.

Situazioni e profili di regolazione di interessi che si collocano, prevalentemente, sul piano della disciplina del mercato⁵⁸ e diretti,

⁵⁷ In giurisprudenza sul punto, cfr., Cass. 11 giugno 2007, n. 13580, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 729, con nota di GABRIELLI, *Il “contratto frazionato” e l’unità dell’operazione economica*, e da ultimo, Cass. 13 aprile 2017, n. 9610.

⁵⁸ Sul rilievo che la concezione del contratto (non come atto ma) come operazione economica assume nella disciplina che in materia di contratto dettano le Autorità indipendenti per regolare il mercato, cfr. ora, SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell’operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, p. 136 ss.

in presenza di determinate condizioni economiche e sostanziali, alla protezione sia del contraente “debole”, sia dell’impresa.

Si assiste in tal modo ad un fenomeno di aggregazione, nell’unità formale della struttura del “tipo di operazione”, di fattispecie eterogenee, di singoli elementi di tipi legali riconducibili a diverse figure negoziali tipiche, poiché, mediante questa modalità di organizzazione delle singole fattispecie, si tende ad operare una “scomposizione” del tipo legale per ricostruirlo in una pluralità di figure, dotate ciascuna di un’autonoma e speciale disciplina⁵⁹.

Figure che concorrono, nel loro insieme, alla definizione di una struttura negoziale unitaria e quindi alla costruzione di un’altrettanta unica operazione economica, come accade nel caso del cd. “*rent to buy*” (art. 23 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con la L. 11 novembre 2014, n. 164)⁶⁰, con il quale le parti prevedono “l’immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto”.

La fattispecie trova il suo idoneo inquadramento come operazione economica complessa, data dalla combinazione di un contratto di locazione e di un contratto preliminare unilaterale con il quale il concedente si obbliga al trasferimento della proprietà del bene al conduttore, al quale è perciò attribuito il diritto di acquistare l’immobile vedendosi riconosciuti in conto prezzo una parte dei canoni corrisposti nel corso del contratto.

I problemi di disciplina del contratto, infatti, possono essere agevolmente risolti non applicando le discipline – o le singole

⁵⁹ Cfr. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, p. 323 ss.

⁶⁰ Riconducono la figura del *rent to buy* alla categoria dell’operazione economica, fra gli altri, MURINO, *Rent to buy e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, I, p. 382 ss.; FRANCO, *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell’autonomia privata*, in Franco (a cura di), *Rent to buy tra fattispecie e procedimento. Studio sull’autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 23 ss.; BUCELLI, *Rent to buy di azienda. “Sostanza dell’operazione o del contratto”*, in Landini e Palazzo (a cura di), *Rent to buy di azienda*, Milano, 2016, p. 77 ss.; VALENTINO, *Crisi economica e tipologie contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 355; POLETTI, *Quando al “rent” non segue il “buy”: scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contr.*, 2015, p. 1055.

cause dei contratti coinvolti nella struttura della fattispecie – ma facendo riferimento al concetto e alla figura dell'operazione economica e quindi all'unitarietà della sua struttura configurativa e della sua funzione.

Il piano di riferimento e di rilevazione di tali discipline – e delle fattispecie che in chiave ricostruttiva ne emergono – è, peraltro, prevalentemente quello del mercato, nel cui contesto l'analisi della legislazione speciale pone in evidenza come il legislatore venga, non di rado, a regolare unitariamente fattispecie formate da una pluralità di contratti, le quali non potrebbero trovare spiegazione e disciplina al di fuori di una loro ricostruzione nell'ambito dell'operazione economica complessivamente considerata.

Come accade, con la disciplina dei contratti di investimento, ovvero per le nullità della disciplina sull'abusivismo edilizio (art. 17 l. n. 47/1985); per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il credito al consumo, la disciplina sulla prevenzione e repressione degli abusi di potere economico (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sul ritardo nei pagamenti); ovvero, per la disciplina della “dipendenza” di cui all'art. 34, comma 1, Codice del consumo, ovvero per quella di cui alla l. 192/1998 (sull'abuso di dipendenza economica nella subfornitura)⁶¹.

In tali fattispecie, infatti, il legislatore regola una figura che viene definita mediante una serie di indici ed elementi di natura oggettiva, che nel loro insieme coordinato concorrono alla individuazione della prestazione che forma oggetto del contratto.

L'operazione, quando ricorrano tali requisiti individuanti, indipendentemente dal tipo contrattuale originario all'interno del quale quella prestazione si colloca – e quindi con una disciplina legislativa che riguarda un gruppo di contratti in cui la stessa può essere rinvenuta – viene regolata dalla specifica normativa prevista per quel tipo di operazione, a prescindere dal tipo legale al quale, di volta in volta, essa potrebbe essere ricondotta sul piano interpretativo.

⁶¹ Per la indicazione delle varie e numerose ipotesi legislative in cui emerge il rilievo dell'operazione economica, cfr. ora, FERRARO, *Patto di opzione e operazione economica*, cit., p. 17 ss. e p. 170 ss.

Il legislatore, in tal caso, fa affidamento sul “tipo di prestazione” per disciplinare la fattispecie.

Un chiaro esempio si trova nel d. lgs. 24 maggio 2004, n. 170, di attuazione della direttiva sulle garanzie finanziarie, ove si fa espressamente menzione, quale parametro normativo, alla “prestazione di garanzia finanziaria”, che viene definita all’art.1, lett. q) come “l’avvenuto compimento degli atti, quali la consegna, il trasferimento, la registrazione delle attività finanziarie, in esito ai quali le attività finanziarie stesse risultino nel possesso o sotto il controllo del beneficiario della garanzia o di persona che agisce per conto di quest’ultimo o, nel caso di pegno o di cessione del credito, la notificazione al debitore della costituzione del pegno stesso o della cessione, o la loro accettazione da parte del debitore”.

In tal modo, quando ricorrano tali requisiti, la negoziazione viene disciplinata dalla specifica normativa prevista per quel tipo di operazione, a prescindere dal tipo legale di contratto al quale, di volta in volta, essa potrebbe essere ricondotta, ma facendo affidamento sul parametro normativo del “tipo di prestazione”, così che il legislatore opera mediante una disciplina, non più per contratti, ma per attività, per operazioni economiche⁶².

⁶² Il legislatore ha avuto cura di elaborare una definizione di ampia portata della fattispecie “garanzia finanziaria”, o su quello di “prestazione di garanzia finanziaria”, poiché nel suo contesto, e quindi anche sul piano della disciplina applicabile, vanno ricondotte non solo le fattispecie tradizionalmente ascritte al modello reale di garanzia, ma “qualsiasi altro contratto di garanzia reale”, dovendosi per tale intendere qualsiasi contratto che abbia per oggetto “attività finanziarie” (vale a dire strumenti finanziari e contante), il cui profilo funzionale, e quindi la sua causa in concreto, indipendentemente dal modello formale, sia connotato da una causa di garanzia su “strumenti finanziari”.

Per più ampie considerazioni sul punto, cfr. GABRIELLI, (a cura di), *Le garanzie finanziarie*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da Cicu e Messineo, Milano, 2018, p. 33; ID., *Del pegno*, cit., p. 100 ss.; ID., *Contratos de garantía financiera y quiebra*, in *Revista de Anales de Legislación Argentina*, 2015, p. 139 ss.; ID., *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2005, p. 77 ss.

L'ordinamento, infatti, spesso regola unitariamente fattispecie formate da un insieme di atti e di contratti – modulati ed articolati secondo forme strutturali diverse e variabili, che non necessariamente seguono la sequenza del collegamento – i quali, tuttavia, non potrebbero trovare una qualificazione teorica ed una spiegazione in termini di disciplina applicabile, se non al di fuori di una loro ricostruzione nell'ambito dell'operazione economica unitaria e complessivamente considerata.

La pluralità degli interessi in conflitto, il loro differente carattere selettivo, il rapporto che li lega e li contrappone, la loro variegata qualità, rappresentata da forme giuridiche tra loro morfologicamente diverse, in definitiva, si salda nell'unità della struttura formale della “operazione economica”; la quale altro non è che una piena manifestazione – espressa sia mediante un particolare *nomen juris*, sia per mezzo di un articolato e peculiare disegno costruttivo della sua struttura formale – della libertà e del potere, riconosciuto dall'ordinamento a ciascuno consociato, di regolare i propri interessi in attuazione del principio di autonoma privata.

ALBERTO GALLARATI
Professore associato di diritto privato
Università di Torino

IL “CONTRATTO” FIGURATO EX ARTICOLO 23 TUF

SOMMARIO: 1. La firma unica sui contratti (bancari e) finanziari – 2. La nuova regola operativa – 3. Il contesto della nuova regola operativa – 4. L’irrelevanza della forma ai fini della struttura. Il «contratto» di cui all’articolo 23 del T.U.F. è una *sineddoche*. – 5. L’irrelevanza della forma rispetto al consenso. – 6. L’efficienza della nuova regola operativa. – 7. Conclusioni

1. *La firma unica sui contratti (bancari e) finanziari.*

Il tema dell’unicità della firma su un documento contrattuale si inserisce in una serie di questioni che nell’ultimo decennio hanno interessato i rapporti conclusi tra l’intermediario finanziario – o la banca – e il cliente.

Difatti, il *corpus* di regole giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguite nel tempo per i contratti finanziari, fondate sull’articolo 23 del Testo Unico della Finanza, parrebbero applicabili anche ai contratti bancari, rispetto ai quali gli articoli 117 e 127 del Testo Unico Bancario prevedono un regime molto simile a quello dei primi.

In particolare, secondo l’articolo 23 del Testo Unico della Finanza i «contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti». Resta salva la possibilità per la Consob, sentita la Banca d’Italia, di prevedere con regolamento che, «per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei con-

traenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia».

Similmente, l'articolo 117 del Testo Unico Bancario impone che i contratti siano redatti per iscritto e un esemplare sia consegnato al cliente.

In mancanza della forma richiesta il contratto è nullo.

Entrambe le nullità sono, come noto, nullità relative o di protezione¹, nel senso che soltanto una delle due parti del contratto, e segnatamente quella debole, cioè il cliente, può, per espressa previsione di legge, esperire il relativo rimedio.

Entrambe le nullità per mancanza di forma scritta sono volte ad assicurare che l'investitore professionale o la banca, da un lato, informino adeguatamente e su supporto scritto la propria controparte, al fine di livellare, per quanto possibile le asimmetrie informative che separano le parti nella relazione contrattuale.

Questo riequilibrio della differenza di informazioni è dunque l'interesse sotteso alle norme in questione², le quali si contrappongono ad un altro gruppo di regole, sempre riconducibili alle nullità di protezione e tese ad evitare che la parte debole del contratto sia pregiudicata dall'inclusione di clausole (frutto di contrattazione squilibrata ovvero di unilaterale predisposizione e) finalizzate ad introdurre, nella relazione contrattuale, una riallocazione diseguale di diritti ed obblighi³.

¹ È oramai significativa la letteratura giuridica che si è occupata del tema. Si vedano, tra i molti, POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Torino, 2008; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012; SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, IV, Milano, 2006, p. 155; GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 77; GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 199.

² Si veda POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 5.

³ Si pensi all'articolo 36 del codice del consumo e l'articolo 9 della (Legge 18 giugno 1998 n. 192) sul contratto di subfornitura.

In ragione della specifica finalità prevista dal Legislatore, l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza ha indotto dottrina e giurisprudenza a discutere circa la sussistenza dei requisiti minimi in presenza dei quali si potesse ritenere integrato il requisito della forma scritta.

Più nel dettaglio, i citati formanti del nostro ordinamento si sono interrogati se la forma prescritta a pena di nullità relativa ai sensi dell'articolo 23 del suddetto Testo Unico possa ritenersi sussistere per effetto della sola sottoscrizione del cliente.

Sul punto, occorre prendere le mosse dalla arcinota prassi degli intermediari finanziari, i quali predispongono il contratto che detta le regole generali sulla cui base deve declinarsi la prestazione di servizi di investimento ed in forza del quale sono impartiti, dal cliente all'intermediario, i relativi ordini di acquisto di strumenti finanziari. Si tratta, dunque, di un accordo quadro, ben lontano da un mero adempimento precontrattuale⁴ e ricondotto dalla dottrina maggioritaria e poi dalla Cassazione al modello codicistico del mandato, che troverebbe attuazione nelle successive operazioni di esecuzione dei suddetti ordini, rispetto ai quali, tuttavia, la Suprema Corte non sottrae del tutto ed in maniera definitiva la natura negoziale, anzi⁵. Dello stesso avviso, peraltro, si registrano le posizioni di parte autorevole della dottrina⁶.

⁴ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: natura e forma*, in Alpa (a cura di), *I Contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 172

⁵ Si vedano le Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 entrambi in www.ilcaso.it. In dottrina, per tutti, sulla natura di mandato si veda GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 889 e INZITARI e PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in B. Inzitari (a cura di), *Il diritto degli affari*, Padova, 2008, p. 13. Si veda tuttavia quanto discusso in SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 170 e ss, nonché in MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 485.

⁶ GENTILI, *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contr.*, 2008, p. 393; SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 170 e ss., nonché in MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretta da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 485.

Le singole operazioni di esecuzione, poi, come acutamente osservato, potrebbero anche essere *self-standing*, nella misura in cui rivestano tutti i requisiti di forma previsti dalla legge per il contratto di investimento⁷, con la conseguenza che in mancanza o in caso di nullità del primo gli ordini resterebbero comunque validamente impartiti⁸, fermo restando che essi possono atteggiarsi in qualsiasi forma, da veri e propri contratti a mere operazioni materiali, prive di alcuna natura negoziale⁹. Dunque, secondo questa impostazione, in assenza di contratto di quadro, occorrerà verificare di volta in volta la fattispecie, potendosi ben configurare una prestazione dell'intermediario destinata ad eseguirsi una tantum, con esecuzione contestuale¹⁰. Naturalmente, dovranno potersi rinvenire tutti i requisiti di forma e sostanza previsti per il contratto di investimento¹¹ e il dislivello di informazioni dovrà pertanto essere appianato.

Ondivaga si è dimostrata la giurisprudenza di merito, che registra due orientamenti opposti, a favore e contro la prospettata tesi. Da un primo punto di vista, si è osservato come, non essendovi contraria disposizione di legge, deve ritenersi che siano ammissibili, in assenza di contratto quadro, singoli mandati di negoziazione, purché siano stati conferiti per iscritto e l'intermediario abbia adempiuto ai propri doveri di trasparenza ed informazione del cliente¹². Al contrario, un diverso indirizzo predica la natura normativa del regolamento contrattuale, che rappresenterebbe l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, nell'ottica di garantire

⁷ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 486.

⁸ La medesima dottrina tuttavia osserva come questo tipo di situazione possa difficilmente verificarsi (MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 486, nota 83).

⁹ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p.173

¹⁰ SEPE, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 486.

¹² Tribunale di Monza, 4 giugno 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 21, con nota di TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, p. 39. Si veda anche Tribunale Bari, 12 gennaio 2017, n.70, inedita.

una protezione al consumatore¹³ e, sulla base di tale assunto, ritiene imprescindibile la presenza del contratto quadro¹⁴.

Va quindi sin da ora precisato che la nullità relativa dell'articolo 23 del Testo Unico della Finanza non può che riferirsi, perlomeno nella maggior parte dei casi e, secondo l'impostazione che parrebbe maggioritaria, al contratto quadro. La validità dei singoli ordini in punto di forma è invece lasciata all'eventuale requisito convenzionale richiesto dal medesimo *master agreement*¹⁵ (che, secondo l'articolo 37, comma 2, lettera c) del Regolamento Intermediari (Regolamento Consob 20307 del 2018) di recente rinnovato, indica per l'appunto le «modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni»). Ad essi, pertanto, si applicherà il regime di cui all'articolo 1352 del codice civile, secondo il quale, ove le parti abbiano convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la conclusione di un contratto, si presume che questa sia voluta per la validità del medesimo.

Come notato, il declinarsi del rapporto in contratto quadro e ordini non risponde solamente ad una logica di tutela del contraente debole, ma «più in generale alla reiterabilità della prestazione e all'esigenza di tempestività della sua finalizzazione»¹⁶, che verrebbe pregiudicata dall'eventuale necessità di per ciascun atto esecutivo un contratto dettagliato che rechi tutte le informazioni riportate nel *master agreement*.

Tuttavia, in considerazione di quanto sopra osservato, non si può escludere, per quanto possa essere raro, che il rapporto tra investitore e intermediario non si declini in un significativo arco tempo e sia limitato ad un'operazione con esecuzione contestuale.

¹³ Tribunale di Forlì, 12 settembre 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 22, con nota di TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 39. Si veda anche Tribunale Modena, 18 gennaio 2018, n. 84, inedita.

¹⁴ È contrario SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 177.

¹⁵ Si vedano sul punto, tra molte, Cass. civ., 9 agosto 2017, n. 19759 in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass. civ., 2 agosto 2017, n. 16053 in *Dir. e giust.*, 28 giugno 2017; e Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *Giust. civ. mass.*, 2016.

¹⁶ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, in *I contratti dei risparmiatori*, cit., p. 166.

A quel punto, assumendo che gli ordini possano avere natura contrattuale, occorrerà verificare se ciascuno di essi rivesta o meno le caratteristiche richieste dall'articolo 23 del Testo Unico della Finanza e dalle rilevanti norme del Regolamento Intermediari che dovrebbero essere ai medesimi applicati.

Sempre secondo la prassi in cui prende corpo il rapporto tra cliente e intermediario, quest'ultimo propone al primo la conclusione del contratto quadro sotto forma di scambio di corrispondenza commerciale, in modo tale che ciascuna delle parti del rapporto apponga la propria sottoscrizione in calce ad un originale (del contratto) e la consegni all'altra. Ne consegue che ciascuna parte avrà copia sottoscritta dall'altro contraente.

In accordo con l'articolo 1326 del codice civile, secondo cui il contratto è concluso quando il proponente è portato a conoscenza dell'accettazione dell'oblato, si è correttamente ritenuto che l'accordo quadro sia perfezionato anche laddove la sottoscrizione delle parti risulti da due distinti documenti il cui contenuto dovrà essere inscindibilmente collegato¹⁷. Sicché, in tal caso, non potrà essere fatta valere la nullità per mancanza di sottoscrizione¹⁸.

Il problema che tuttavia a questo punto si pone attiene alla prova.

Sul tema si rinvergono due diversi orientamenti giurisprudenziali, uno dei quali – il minoritario – è stato di recente rielaborato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Secondo il primo indirizzo¹⁹, la forma scritta *ad substantiam* richiederebbe la produzione in giudizio del contratto concluso, e,

¹⁷ Per tutte, in giurisprudenza, si veda Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, reperibile in *www.giustiziacivile.com* 2016, 18 novembre. In dottrina si veda, per tutti, SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Milanofiori Assago, 2016, p. 729 e 732.

¹⁸ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 180.

¹⁹ Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.. Si vedano anche i seguenti provvedimenti conformi, di legittimità e merito Cass. civ., 14. marzo 2017, n. 6559, in *www.societàpiù.it*, 11 aprile 2017; Cass. civ., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Dir. & Giust.*, 2016; Cass. civ. 27 aprile 2016, n. 8395, in *Giust. civ. mass.*, 2016; Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8396, in *DeJure*; Cass. civ., 19 maggio 2016, n. 10331, in *Guida al dir.*, 2016; Cass. civ., 3 gennaio 2017, n. 36, in *Giust. civ. mass.*, 2017. Tra le corti di merito, si vedano, Corte d'Appello Bologna, 13 gen-

pertanto, ove sia prodotto un documento recante la sottoscrizione di soltanto una delle parti coinvolte, tale evidenza sarebbe mancante, non potendosi evincere la conclusione del contratto né da una prova testimoniale, né dalla clausola, sottoscritta dal cliente, con cui questo dichiara di aver ricevuto dall'intermediario copia firmata del documento. Né, infine, può ritenersi che la sottoscrizione possa esser sostituita dalla produzione in giudizio del contratto da parte di colui che non lo abbia firmato, giacché tale produzione farebbe spiegare gli effetti del contratto *ex nunc*, e quindi, a valere dal tempo in cui la produzione è occorsa.

Un opposto e più antico orientamento, rimasto tuttavia isolato, ha espresso principi del tutto contrastanti²⁰.

In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto integrato il requisito della forma scritta in considerazione del deposito in giudizio, da parte della banca, di copia del contratto sottoscritto dal cliente e dell'allegazione, da parte della medesima banca, non soltanto della circostanza secondo cui il primo sarebbe in possesso del documento dalla stessa firmato – in conformità con la prassi sopra ricordata –, ma anche dell'avvenuta ed incontestata esecuzione del contratto, della quale è fornibile prova per mezzo di documenti scritti (ordini di investimento e comunicazione degli estratti conto). Più nel dettaglio, la Cassazione ha ritenuto, aderendo alla statuizione del Giudice di secondo grado, che «il contratto sarebbe stato firmato anche dalla banca perché, essendosi il negozio concluso per corrispondenza, la copia firmata dalla banca non poteva che essere in mani dei ricorrenti», anche alla luce della presenza della già citata clausola, secondo cui i clienti avevano riconosciuto e dato atto di aver ricevuto il documento contrattuale sottoscritto dalla controparte.

In ogni caso, atteso che «nei contratti per cui è richiesta la forma scritta "*ad substantiam*" non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti», detto requisito avrebbe potuto ritenersi integrato tanto dal deposito in giudizio della copia firmata (da parte di chi non l'ha sottoscritta) quanto da una «qualsiasi ma-

naio 2017, n. 89, in *www.dirittobancario.it*; e Corte d'Appello di Milano 19 aprile 2017, n. 1680, anch'essa in *www.dirittobancario.it*.

²⁰ Cass. civ., 22 marzo 2012 n. 4564, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 3, p. 380.

nifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto», purché la parte «che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta»²¹.

Ne consegue che, grazie (non soltanto alla avvenuta produzione in giudizio del relativo documento ma anche) alle manifestazioni di volontà esternate dalla banca alla controparte «nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguente perfezionamento dello stesso», l'intenzione della banca risulterebbe comunque per iscritto ed integerebbe così il requisito di forma, a prescindere dalla produzione di una copia firmata del contratto.

In altre parole, atti scritti successivi alla sottoscrizione del contratto effettuata da una delle parti e dai quali si evinca la volontà dell'altra di avvalersi del medesimo contratto, sarebbero in grado di soddisfare il requisito di legge della forma scritta a pena di nullità.

²¹ Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Giust. civ. mass.*, 2016. Si veda anche, tra i vari precedenti, Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 10, secondo la quale «con riferimento ai contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, il contraente che non abbia sottoscritto l'atto può perfezionare il negozio con la produzione in giudizio del documento al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, o manifestando a questi con un proprio atto scritto la volontà di avvalersi del contratto. In tal caso, la domanda giudiziale o il successivo scritto assumono valore equipollente della firma mancante, sempreché, medio tempore, l'altra parte non abbia revocato il proprio assenso o non sia decaduta, con la conseguente impossibilità della formazione del consenso nella forma richiesta dalla legge nei confronti dei suoi eredi. Tale principio, peraltro, non opera se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non sia più in vita al momento della produzione, perché la morte determina l'estinzione automatica della proposta (quando questa non è irrevocabile *ex art. 1329 c.c.*), rendendola non più impegnativa per gli eredi». cfr., tra le tante, Cass. 16 ottobre 1969 n. 3338; Cass. 22 maggio 1979 n. 2952; Cass. 18 gennaio 1983 n. 469; Cass. civ., 17 giugno 1994, n. 5868, in *Giust. civ. mass.*, 1995; Cass. civ., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Giust. civ. mass.*, 2000; Cass. civ., 1 luglio 2002, n. 9543, in *Giust. civ. mass.*, 2002; Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. mass.*, 2006).

2. *La nuova regola operativa.*

In questo solco, si pone una recente sentenza delle Sezioni Unite²², la quale, tuttavia, in merito alla conclusione del rapporto, adotta un orientamento non del tutto collimante con quello appena riportato.

Infatti, la Corte prende le mosse dal particolare tipo di nullità in questione, finalizzata ad appianare le asimmetrie informative che separano il cliente dall'intermediario e, quindi, a far conoscere al primo le regole entro cui si svolgerà il rapporto con il secondo, in modo tale da garantire regolarità e trasparenza al mercato.

Alla luce di questo approccio funzionale, la Suprema Corte ha osservato come la sottoscrizione dell'intermediario sia irrilevante per la validità del contratto quadro, dovendosi invece ricercare – e provare –: (i) la sussistenza di un documento scritto; (ii) la sottoscrizione del cliente; e (iii) l'avvenuta consegna del medesimo da parte dell'intermediario. Il consenso di quest'ultimo, invece, è ricavabile, in assenza di sottoscrizione, dal comportamento concludente tenuto e consistente nella predisposizione del contratto quadro, nella consegna di un esemplare al cliente, nella raccolta della sua sottoscrizione e, ovviamente, nell'esecuzione della prestazione. In particolare, la consegna del documento scritto, una volta redatto dall'intermediario, costituendo un obbligo di legge previsto per questi tipi di rapporti, può ben assurgere ad indice dell'inequivocabile volontà da parte di chi ha predisposto la documentazione rilevante, di concludere il relativo contratto.

Sotto questa prospettiva, la particolare disciplina di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza ed il peculiare ruolo della nullità relativa consentono di dissociare le due funzioni generalmente riconosciute alla sottoscrizione, cioè la riconducibilità

²² Si tratta di Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contr.*, 2018, 133 con nota di D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, p. 138, nonché con note di PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, p. 143 e AMAGLIANI, *Nota a breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, p. 149. La sentenza è altresì pubblicata in www.dirittobancario.it e www.ilcaso.it.

della scrittura a chi ha per l'appunto firmato e la prestazione del consenso del medesimo attore rispetto al contenuto del documento²³. «Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elementi costitutivi del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale, predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione»²⁴.

Ne risulta quindi che il compito attribuito dal Legislatore alla norma è assolto con la sola sottoscrizione del cliente, mentre quella dell'intermediario non ha alcun valore aggiunto²⁵.

Ai fini della valida conclusione del contratto, è dunque sufficiente, come suggerito nell'ordinanza di remissione n. 10447 del 27 aprile 2017²⁶, che il soggetto nei cui confronti la regola protettiva è posta abbia sottoscritto il documento, e quindi, ricevuto le informazioni obbligatorie per legge su un supporto durevole. Tant'è che, osserva il Collegio remittente, il Testo Unico della Fi-

²³ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁴ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁵ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁶ È pubblicata in *I contratti*, 2017, p. 393, con nota di MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*. L'ordinanza è altresì commentata, unitamente a Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919 e Cass. civ., 14 marzo 2017, n. 6559 da PANZARINI, *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 5, 2017. Si vedano anche il commento di GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, p. 554; e PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, p. 679.

nanza non si limita a prevedere la forma scritta ma impone la consegna di una copia del documento, per assicurarsi che le informazioni da trasmettere al cliente gli siano effettivamente comunicate tramite uno scritto.

Così concepita, la nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza si attegna alla stregua di una sanzione, «ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.Lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario», e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione»²⁷, la quale, oltre ad esser priva di fondamenti giuridici determinerebbe anche un risultato «manifestamente sproporzionato» rispetto alla funzione a cui la regola è deputata²⁸.

L'intermediario, infatti, pur avendo eseguito il contratto e per la sola mancanza della firma di un proprio rappresentante, potrebbe veder accertare la nullità del rapporto ed essere condannato alle conseguenti restituzioni delle somme investite, delle commissioni e se del caso anche degli interessi pattuiti per un tasso superiore a quello di legge.

Infine, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, va disconosciuta quell'ulteriore funzione, sostenuta da autorevole dottrina, che il documento scritto *ex* articolo 23 del Testo Unico della Finanza avrebbe rispetto all'organizzazione dell'impresa finanziaria e bancaria.

In particolare, alle nullità relative previste dai testi unici per i contratti (bancari e) finanziari sarebbe sotteso un «ordine pubblico di direzione, [...], alla luce della superiore esigenza di garantire la fiducia ed integrità dei mercati, ciò che solo mediatamente, e non sempre, conduce, con riguardo all'applicazione di questa o quella specifica regola a proteggere gli investitori»²⁹.

²⁷ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁸ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁹ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 e ss; MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 63 ss.; nonché MAFFEIS, *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, p. 107.

In tal senso, il vincolo di forma sarebbe (tra l'altro) teso a garantire professionalità³⁰ e «buona organizzazione interna della banca»³¹.

3. *Il contesto della nuova regola operativa.*

Come sopra accennato, la nuova regola operativa è stata forgiata in virtù di un approccio strettamente funzionale alla nullità di protezione prevista per i contratti finanziari.

Tale nullità è volta a salvaguardare il rispetto della forma scritta e s'inserisce nella crescente tendenza di sottrarre alle parti l'autonomia delle forme, in ragione della protezione di una di esse ed in netta rottura con il generale summenzionato principio³².

Questo, peraltro, secondo alcuni, è stato ricavato dal silenzio del codice civile e la sua effettiva operatività dovrebbe essere alquanto ridimensionata³³.

In simile prospettiva, l'articolo 1325 c.c. non affermerebbe alcuna libertà di scelta del *vestmentum* del contratto, ma riorganizzerebbe le fattispecie contrattuali tra negozi formali e negozi informali, senza potersi ravvisare un rapporto di eccezione a regola³⁴. Alcuni contratti avrebbero una «struttura debole» ed altri una struttura rinforzata dalla forma, che si pone accanto ad oggetto, causa ed accordo quale elemento ulteriore³⁵, evitando così sovrapposizioni con il consenso delle parti.

³⁰ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss.

³¹ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

³² Sul principio di libertà delle forme si veda GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 989. In materia di contratti finanziari analizza il tema il recente lavoro di TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018, p. 45.

³³ IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985. Per una critica funzionale al principio di libertà della forma si veda P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

³⁴ IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, cit., p. 81.

³⁵ IRTI, *op. ult. cit.*, p. 83.

Le critiche non sono mancate, e, in estrema sintesi³⁶, hanno posto l'attenzione non soltanto sulla dicotomia appena rappresentata (che parrebbe non considerare alcuna forma se non quella scritta³⁷), ma anche sull'esistenza del principio contestato³⁸ (il quale troverebbe conferma nell'articolo 1350, n. 13, c.c.³⁹), sull'interpretazione estremamente lasca dell'articolo 2721, comma 2, c.c.⁴⁰ (che ha svuotato il significato della limitazione di cui al primo comma dell'articolo 2729 c.c.⁴¹), sulle compilazioni d'armonizzazione del diritto europeo dei contratti (ove si asserisce la libertà delle forme⁴² come nei Principi UNIDROIT⁴³), nonché sulla considerazione secondo cui alla forma non consegue sempre e solo una questione di completezza della fattispecie – vi sono più forme accanto a questa⁴⁴ – e la sua mancanza non si riduce sempre all'invalidità dell'atto⁴⁵.

Da questa prospettiva, allora, si è osservato come la limitazione della libertà di veste attribuibile al rapporto⁴⁶ garantisca tutela

³⁶ Per una rassegna degli argomenti si veda PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, in Navarretta e Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale – Artt. 1350-1386*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Milanofiori Assago, 2016, p. 8-15.

³⁷ GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2009, p. 820.

³⁸ VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 809.

³⁹ Tale regola prevede che debbano farsi per atto pubblico o scrittura privata «gli atti specialmente indicati dalla legge».

⁴⁰ Parrebbe far proprio questo argomento PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 10.

⁴¹ L'osservazione è di SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 704, i quali però non ritengono sufficiente la medesima per affermare un «principio generale di libertà delle forme richieste ad probationem».

⁴² VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009.

⁴³ GALLO, *Trattato del contratto*, Milanofiori Assago, 2010, II, p. 1951.

⁴⁴ PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 13-14.

⁴⁵ DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, II, 2006, p. 895, il quale nota come vi possano essere più sanzioni, a seconda della regola che si considera, per violazione di un precetto di forma.

⁴⁶ BRECCIA, *La forma*, cit., p. 536; MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 112.

alla parte più debole e disinformata⁴⁷, livellando le relative asimmetrie e consenta così di coniugare il principio costituzionale di libera iniziativa economica privata (di cui all'articolo 41 della Costituzione) con quello della centralità della persona (espresso dagli articoli 2 e 3, comma 2) e quello della solidarietà (anch'esso contemplato dal medesimo articolo 2 della Costituzione)⁴⁸.

La forma «informativa» è strettamente correlata con il contenuto del documento, anch'esso disposto dal Legislatore a fini protettivi ed informativi del contraente debole. Nel caso dei contratti finanziari, il riferimento corre al Regolamento Intermediari, il quale, richiamato dal Testo Unico della Finanza, contempla per l'appunto una serie di indicazioni che questi tipi di rapporti debbono perlomeno presentare, limitando, innanzitutto, la sua applicabilità ai «clienti al dettaglio» e, quindi, ai consumatori⁴⁹.

⁴⁷ Si vedano per tutti MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 43; LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 13; nonché BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, *Formazione*, a cura C. Granelli, I, Milano, 2006, p. 474.

⁴⁸ Si veda sul punto PERLINGIERI, *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 485 ID., *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità Economica Europea all'Unione Europea*, in P. Perlingieri e Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Napoli, 2009, p. 7.

⁴⁹ In particolare, secondo l'articolo 37 del menzionato regolamento, i contratti di investimento devono: a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilire il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione che l'intermediario deve fornire al cliente nell'adempimento dell'obbligo di rendicontazione dell'attività svolta; e) indicare i corrispettivi che spettano all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti (ai sensi delle disposizioni previste dal Titolo V della Parte II del Regolamento); f) indicare se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; g) indicare le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; h) indicare le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32 *ter* del Testo Unico della Finan-

Si tratta, in generale, di indicazioni che attengono situazioni in cui l'azione sleale o negligente dell'*agent*, cioè, secondo la letteratura gius-economica, di chi agisce nell'interesse altrui ed è separato, dalla propria controparte – il *principal* – da significative asimmetrie informative, può arrecare allo stesso *principal* una perdita secca⁵⁰ ed alla quale questi può porre rimedio facendo valere le re-

za. Inoltre, qualora il contratto abbia ad oggetto la gestione di portafogli, questo deve contemplare, ai sensi dell'articolo 38 del Regolamento Intermediari: a) i tipi di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente e i tipi di operazioni che possono essere realizzate su tali strumenti, inclusi eventuali limiti e specificando la possibilità per l'intermediario di investire in strumenti finanziari non ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, in derivati o in strumenti illiquidi o altamente volatili o di procedere a vendite allo scoperto, acquisti tramite somme di denaro prese a prestito, operazioni di finanziamento tramite titoli o qualsiasi operazione che implichi pagamenti di margini, deposito di garanzie o rischio di cambio; b) gli obiettivi di gestione, il livello del rischio entro il quale il gestore può esercitare la sua discrezionalità ed eventuali specifiche restrizioni a tale discrezionalità; c) l'eventualità che il portafoglio del cliente possa essere caratterizzato da effetto leva; d) la descrizione del parametro di riferimento, ove significativo, al quale verrà raffrontato il rendimento del portafoglio del cliente; e) l'eventualità che l'intermediario deleghi a terzi l'esecuzione dell'incarico ricevuto, specificando i dettagli della delega; f) il metodo e la frequenza di valutazione degli strumenti finanziari contenuti nel portafoglio del cliente.

⁵⁰ Il modello economico di *principal and agent* descrive quella relazione sociale sussistente tra due soggetti e caratterizzata dal fatto che l'azione leale e diligente dell'uno (*agent*) influisce sulla funzione di utilità dell'altro (*principal*), derivando dall'attività del primo benefici o danni in capo al secondo. Il problema degli incentivi sorge ogniqualvolta un *principal* voglia delegare ad un *agent* una attività, in quanto privo del tempo e della capacità di intraprenderla ovvero in quanto ritenga di poter ottenere dei benefici maggiori dalla specializzazione del (lavoro del) secondo. Quest'ultimo, per il mero fatto di essere stato delegato, avrà accesso ad informazioni che il *principal* non conosce (c.d. *hidden information* o *adverse selection*) e, per contro, al *principal* risulterà impossibile, non possedendo le conoscenze necessarie, monitorare e valutare la condotta dell'*agent* (c.d. *hidden action* o *moral hazard*). Sicché, onde evitare che il *delegato*, sfruttando il bagaglio conoscitivo di cui è munito, pregiudichi l'interesse del suo *delegante*, gli dovrà essere predisposto un sistema di incentivi idoneo in termini di compensazione premiale. In ultima analisi, pertanto, il modello di *principal & agent* si fa carico di costruire l'«*optimal contract*», cioè quell'accordo che preveda un compenso strutturato in modo tale da incentivare l'*agent* ad agire nell'esclusivo interesse del *principal*.

gole di condotta. In queste situazioni, è chiaro che il compito del Legislatore è quello di sopperire al citato fallimento del mercato, con obblighi di *disclosure*, in modo tale da prevenire l'allocazione delle perdite in capo ai clienti ed i conflitti davanti alle corti, che, com'è ovvio, generano costi non soltanto per gli attori coinvolti, bensì per l'intero sistema.

Al fine di render più incisivi questi obblighi, si è poi loro associato un ulteriore dovere, che attiene alla consegna materiale del supporto fisico grazie al quale le informazioni circolano, cioè il documento che rappresenta il contratto concluso tra il cliente e l'intermediario. La regola vale tanto per i contratti di investimento quanto per quelli bancari⁵¹ e parrebbe consentire al contraente disinformato, in caso di sua violazione, di reagire attivando la nullità protettiva⁵², col conseguente rimedio restitutorio che a questa fa

Per un approccio estremamente chiaro ai problemi di *agency costs* nella società e nel diritto cfr. POSNER, *Agency Models in Law and Economics*, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working*, Paper n. 92, 2000, p. 12. È in ogni caso molto vasta la letteratura economica e di analisi economica del diritto, che si è occupata di *agency costs*, tra molti, a titolo meramente esemplificativo, cfr. EASTERBROOK-FISCHEL, *Close Corporation and Agency Costs*, in 38 *Stan. Law Rev.*, 1986, p. 371; SHAVELL, *Risk Sharing and Incentives in the principal-Agent Relationship*, in 93 *Bell Jour. of Economics*, 1979, p. 541; BAMBERG-SPREMANN et al., *Agency Theory, Information and Incentives*, Berlin, 1987; S.A. ROSS, *The Economic Theory of Agency, The principal's Problem*, in 63 *Economic American Rev.*, 1973, p. 134; PRATT-ZECHKAUSER (ed.), *Principal and Agent, The structure of Business*, Boston, 1985; JENSEN-MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in 3 *Jour. of Financial Economics*, 1976, p. 305; GROSSMANN-HART, *An Analysis of principal and Agent Problem*, in 51 *Econometrica*, 1983, p. 7; SCOTT, *Agency Costs and Corporate Governance* (voce), in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London-New York, 1998, p. 26; GJESDAL, *Information and Incentives: The Agency Information Problem*, in 49 *Rev. of Economics Studies*, 1982, p. 373; LAFFONT-MARTIMOR, *The Theory of Incentives. The principal-agent Model*, Princeton, 2002; nella letteratura giuridica italiana, cfr. SARTORI, *La teoria economica dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 607.

⁵¹ Si veda l'articolo 23 del TUF e l'articolo 117 del TUB.

⁵² DOLMETTA, *Strutture rimediale per la violazione di obblighi di fattispecie da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in *Contr.*, 2008, p. 80; TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 96.

seguito secondo le regole generali. Il vincolo di forma è dunque «composito in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna»⁵³. Lo stesso principio, peraltro, parrebbe potersi applicare anche ai contratti bancari⁵⁴.

Quindi, la prescrizione della forma scritta, le norme sul contenuto del contratto e l'obbligo di consegna del medesimo contribuiscono a formare la minima garanzia assumibile dal Legislatore per assicurarsi che l'*agent* livelli (o effettui perlomeno uno sforzo per appianare) la differenza di informazioni. Già, perché, come noto, non sempre tali accorgimenti sono sufficienti, nel senso che non sempre la sottoscrizione di un documento scritto a contenuto vincolato è in grado di rendere effettivamente edotto il cliente della disciplina adottata nel suo rapporto con l'intermediario. Ma questo è un altro discorso, di cui la dottrina del nostro ordinamento ha piena consapevolezza⁵⁵.

Sì è detto – e lo osservano anche le Sezioni Unite – che questo tipo di nullità si collochi in quella tendenza del Legislatore, italiano ed europeo, definita come neoformalismo negoziale⁵⁶, di prevedere vincoli di forma in un crescente numero di fattispecie contrattuali a cui tale vincolo era precedentemente estraneo ed in ragione di una specifica funzione, di volta in volta affidatagli e finalizzata a tutelare una delle due parti del contratto, che è ritenuta, *ex-ante*,

⁵³ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.. Era già della stessa opinione DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, cit., p. 80.

⁵⁴ Si veda DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 104.

⁵⁵ Si veda sul punto SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 182.

⁵⁶ È antesignano rispetto alla funzione della forma quale garanzia della parte più debole P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 67 ss. Sul neoformalismo, in generale, si vedano LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, cit., *passim*; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione dei contratti*, Napoli, 1999; MESSINA, *Libertà di forma e nuove forme negoziali*, cit., *passim*; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; BRECCIA, *La forma*, cit., p. 465;

più debole rispetto all'altra⁵⁷, in quanto meno informata. Tant'è che, in dottrina si è anche parlato di neoformalismo «informativo»⁵⁸, laddove lo «scritto contrattuale non è un obiettivo finale, bensì un semplice passaggio intermedio»⁵⁹.

In questo scenario va collocata la regola operativa adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che poggia sulla considerazione secondo cui la nullità prevista per difetto del *vestimentum* (e consegna del documento) dei contratti (bancari e) finanziari va per l'appunto intesa in ragione della funzione attribuita dal Legislatore e non nella cornice dell'ordinario statuto della nullità previsto dal codice civile.

Questo approccio strettamente funzionale allontana ulteriormente la nullità di protezione di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza (e, dunque, vista l'assoluta analogia di struttura, quella di cui agli articoli 117 e, perlomeno in parte⁶⁰, 127 del Testo Unico Bancario) dallo statuto della nullità contemplato dal codice civile, agli articoli 1325 (n.1 e n. 4) e 1350 e seguenti.

Qui la duplice funzione di riconduzione del documento a colui che lo ha sottoscritto e di prestazione del consenso è imprescindibile.

Si ritiene infatti che, quando la forma scritta è richiesta ai fini della produzione degli effetti del contratto, non sia ammesso far emergere altrove il consenso delle parti⁶¹. In altre parole, l'accordo

⁵⁷ Per una classificazione si veda POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 5.

⁵⁸ Si veda ad esempio TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 77.

⁵⁹ Le parole, riferite ai contratti bancari, sono di DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., p. 97.

⁶⁰ Si veda SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 179-180, circa la particolare nullità dell'articolo 27 del Testo Unico Bancario.

⁶¹ In generale si veda Cass. civ., 7 giugno 2011 n. 12297, in *Giust. civ. mass.*, 2011, secondo cui, per l'appunto, «nei contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo». È conforme Cass. civ., 21 giugno 1999, n. 6214, in *Foro padano*, 2000, I, p. 357, ove si osserva come «nei contratti per i quali è prescritta la forma scritta "ad

deve evincersi dalle sottoscrizioni di un documento scritto, a nulla rilevando l'eventuale comportamento concludente di uno o entrambi i contraenti e l'esecuzione delle prestazioni concordate, grazie ai quali potrebbero recuperarsi gli effetti del contratto.

È tuttavia rilevante, fungendo da equivalente della sottoscrizione, oltre alla produzione in giudizio del contratto da parte del contraente che non ha firmato (con effetti *ex nunc*), qualsiasi dichiarazione scritta, «diretta alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto»⁶².

Dunque, pur non essendosi nettamente affermata «la sufficienza del consenso comunque manifestato, attorno ad un testo scritto»⁶³, «si è semmai valorizzato il riferimento a quest'ultimo, fatto attraverso dichiarazioni pur sempre formali e recettizie, reputate idonee – in forza di tali caratteri – a surrogare la sottoscrizione mancante»⁶⁴.

*substantiam" la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma per tutti gli elementi essenziali e pertanto l'oggetto di esso deve essere almeno determinabile in base ad elementi risultanti dall'atto stesso e non "aliunde", non potendo a tal fine applicarsi il capoverso dell'art. 1362 c.c., a norma del quale l'intenzione dei contraenti può esser desumibile anche dal loro comportamento complessivo, posteriore alla conclusione del contratto, né l'art. 1371 c.c., norma di chiusura rispetto alla predetta». Sull'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, si veda Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8395 (secondo la quale «è di tutta evidenza che documentazione quale quella in questo caso depositata dalla banca, indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture, non possiede i caratteri della "estrinsecazione diretta della volontà contrattuale", tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale») in *Contr.*, 2016, p. 1098, con nota di GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*; e in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110, con nota di TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*. In dottrina, per tutti, si veda GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 920.*

⁶² Cass. civ., 18 gennaio 1983, n. 469, in *Giust. civ. mass.*, 1982, fasc. 1.

⁶³ DI GIOVANNI, *La forma*, cit., p. 889.

⁶⁴ DI GIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*

Del resto, se così non fosse, la preoccupazione del Legislatore circa la necessità che sia adottata la forma scritta verrebbe riposta nel nulla: in assenza di un documento firmato dai contraenti ed in presenza di un contratto eseguito, in tutto o in parte, gli effetti del medesimo verrebbero comunque a prodursi.

Per i contratti bancari e finanziari, invece, la questione è diversa.

Se la forma è infatti funzionale alla sola riconduzione della scrittura a colui il quale l'ha sottoscritta e richiede necessità di attribuzione al cliente, nell'ottica di appianare il dislivello informativo, si possono trarre almeno due conclusioni.

La prima è che, secondo la nuova regola operativa, la veste richiesta dall'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, non rileva ai fini della struttura.

La seconda, che consegue alla precedente, attiene all'irrilevanza della forma rispetto al consenso delle parti e, dunque, all'accordo.

4. *L'irrilevanza della forma ai fini della struttura. Il «contratto» di cui all'articolo 23 del T.U.F. è una sineddoche.*

Quanto al binomio forma-struttura, si è osservato come le Sezioni Unite abbiano interpretato l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza alla stregua di una regola che non richiede forma scritta *ad substantiam*, e che, pertanto, non verrebbe violata dall'assenza della sottoscrizione del cliente⁶⁵. In particolare, la forma non sarebbe elemento essenziale del contratto, come prevista dall'articolo 1325 n. 4 del codice civile, non potendosi infatti sempre ritenere che ogniqualvolta sia prevista la nullità per la violazione di una regola che imponga la formazione di un documento, questa sia stata pensata ai fini della struttura del rapporto⁶⁶. Il Legislatore, infatti, potrebbe sempre comminare tale sanzione a prescindere dalla sostanza e identificare il requisito di forma in una serie di «operazioni diverse da quelle che contraddistinguono il perfezionamento del

⁶⁵ D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 141.

⁶⁶ D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*

contratto in forma scritta»⁶⁷. A questo punto, probabilmente «potrebbe dubitarsi che ci si trovi di fronte al fenomeno vero e proprio della “forma del contratto”, in quanto la prescrizione formale sembra attenere (e probabilmente atterra) più al documento che all’atto»⁶⁸.

Questa impostazione, secondo la medesima dottrina, sarebbe supportata da un dato letterale e dall’ulteriore obbligo di consegna del documento. Sotto il primo profilo, il tenore della norma, secondo cui i contratti finanziari devono essere “redatti” per iscritto e non “conclusi” o “perfezionati”, lascerebbe intendere che il Legislatore abbia voluto riferirsi, più che alla forma – intesa in senso civilistico tradizionale –, alla documentazione del contratto. Nello stesso senso, deporrebbe l’obbligo di consegnare il contratto al cliente, che – può aggiungersi – quando la forma è prevista ai fini della struttura, pare, naturalmente, ridondante e di chiara natura comportamentale.

Pertanto, il vincolo di *vestmentum* ai sensi dell’articolo 23 del Testo Unico della Finanza si tradurrebbe in una regola di condotta dell’intermediario, tesa ad imporre a quest’ultimo la trasmissione di alcune informazioni e sarebbe rispettata con la sola consegna del testo che le incorpora, la cui sottoscrizione apposta dal cliente – quasi “per ricevuta” – ha una prevalente funzione di provare la consegna del contratto a cui si affianca l’ordinario ruolo riconosciuto alla firma nel nostro ordinamento, attinente al consenso ed al contenuto dell’atto⁶⁹.

È critico rispetto a questa impostazione chi ha osservato come la nuova norma potrebbe essere interpretata da almeno tre diverse prospettive (segnatamente, in un’ottica di forma informativa, abuso del diritto e proporzionalità dei rimedi)⁷⁰ senza che le conclusioni varino e, attribuendole la natura di regola di condotta, due ulteriori temi acquisirebbero rilievo.

⁶⁷ D’AMICO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁸ D’AMICO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 142.

⁷⁰ PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.*, cit., p. 146.

Innanzitutto, essa avrebbe un ambito di applicazione ristretto alla sola ipotesi di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, senza essere pertanto utilizzabile nell'alveo dei contratti bancari, ex articolo 117 del Testo Unico Bancario, in considerazione della «profonda differenza sul piano funzionale»⁷¹ delle due nullità. Sicché, considerando come la maggior parte delle sentenze sui contratti monofirma attiene proprio a tale tipo di rapporti, non parrebbe potersi concludere nel senso di ritenere che la Cassazione abbia nei fatti riqualificato, una volta per tutte, la forma protettiva *ad substantiam*.

In secondo luogo, prosegue questa critica, la forma di protezione nei contratti finanziari, «appiattita sul garantire un'ideale informazione, a monte e a valle dell'operazione»⁷², verrebbe collocata al di fuori dell'operatività degli articoli 1325 e 1418, secondo comma, del codice civile per essere degradata, da obbligo di conclusione, ad obbligo di consegna. Non si tratterebbe quindi di forma ad *validitatem* bensì di forma-modulo⁷³, la quale, tuttavia, mal si concilia con un contesto normativo ove ai due legislatori concorrenti, Europeo ed Italiano, risultano compiti diversi, in ragion dei quali il primo introduce la forma a scopo d'informazione ed il secondo ne definisce la sostanzialità o meno⁷⁴.

Se però la forma-modulo assume che il documento in questione non abbia portata contrattuale, ma semmai si collochi nell'ambito del procedimento formativo⁷⁵, allora i conti potrebbero non tornare. È sufficiente prendere in mano uno dei documenti che circolano sul mercato per rendersi conto che esso contiene disposizioni di portata simile e che ben difficilmente può ad esempio esser posto sul medesimo piano dell'informativa, in materia di diritto di recesso, di cui all'articolo 52, I comma, del Codice del Consumo,

⁷¹ PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷² PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 90.

⁷⁴ PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., p. 147.

⁷⁵ PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 66; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 90; PASA, *Forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, p. 251.

generalmente additata quale archetipo di forma modulo, distinta da quella del contratto ed incapace di condizionarla⁷⁶.

Quanto invece sembra voler affermare la Corte è una regola operativa qualificabile alla stregua di una regola di condotta che impone all'intermediario di predisporre una proposta scritta – a nome del cliente e contenente tutte le informazioni richieste dalla legge, oltre ai termini del contratto che intende concludere con la controparte – e far sottoscrivere al cliente il relativo documento.

Parrebbe quasi, sotto questa prospettiva, che la Cassazione abbia inteso il «contratto» di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza in senso figurato, come se il Legislatore avesse fatto uso di una *sinceddoche*, esprimendo una «nozione con una parola che di per sé, denota un'altra nozione, e questa ha con la prima un rapporto quantitativo»⁷⁷. Dunque, la tecnica adottata dal redattore della norma sarebbe quella della *sinceddoche* «generalizzante», con cui si nomina un concetto più ampio per far riferimento ad un concetto più ristretto, nel primo contenuto. In tal senso, il Testo Unico impiega «contratto» (“il tutto”) per indicare soltanto una parte di ciò a cui si riferisce⁷⁸, e, dunque, la «proposta», essendo sufficiente e necessario, in ragione del tipo di regola in questione, che soltanto la seconda rivesta la forma scritta e sia sottoscritta dal cliente.

Questa interpretazione *sinceddochica* sembra la più lineare: si avrà una proposta di contratto, la quale, a questo punto, potrà essere oggetto di accettazione, da parte dell'intermediario, per iscritto, mediante apposita sottoscrizione, formando una scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 c.c., ovvero per comportamento concludente, ai sensi dell'articolo 1327 c.c.

Così interpretato, lo schema ricalca le alternative messe a disposizione dalla legge sulla subfornitura (Legge 18 giugno 1998 n. 192) agli attori del mercato, in ragione delle «caratteristiche» delle

⁷⁶ TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 90.

⁷⁷ Si veda MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manualetto di figure retoriche*, Bari, 2010, p. 21.

⁷⁸ MORTARA GARAVELLI, *op. loc. ult. cit.*

«finalità proprie di un “formalismo di protezione”»⁷⁹, che, alla luce della recente interpretazione delle Sezioni Unite, parrebbe avere molti tratti in comune con i rapporti di cui all’articolo 23 del Testo Unico della Finanza. Basti qui ricordare come il secondo comma dell’articolo 3 della suddetta legge consideri concluso per iscritto quel contratto di subfornitura in cui il subfornitore non accetta la proposta del committente per iscritto ed inizia l’esecuzione della prestazione, in termini di inizio della lavorazione ovvero della fornitura per cui il contratto è concluso. Se ne deduce che, in questa situazione, prevedendo la descritta alternativa, è lo stesso Legislatore a porre sul medesimo piano forma e comportamento – di una delle parti – diretto alla conclusione del contratto, in considerazione di un’istanza protettiva del subfornitore, la cui posizione è evidentemente ritenuta tutelata a sufficienza per effetto della sola proposta formale del committente e delle informazioni da essa veicolate.

Se dunque l’intermediario sottoscrive l’offerta, nessuna questione potrà essere ovviamente sollevata.

Nell’opposta ipotesi, invece, va osservato come l’articolo 1327 c.c. preveda una fattispecie complessa, composta da: (i) una dichiarazione del preponente, volta alla conclusione del contratto, che include il regolamento a cui dovrà attenersi l’oblato, consentendo a quest’ultimo di ingerirsi nella sfera giuridica altrui, la quale, altrimenti, gli sarebbe preclusa; (ii) una richiesta del preponente in merito all’esecuzione immediata della prestazione ovvero, in alternativa, la necessità che in base alla natura dell’affare o agli usi, l’esecuzione preceda l’accettazione dell’oblato; e (iii) il comportamento dell’oblato, conforme alla proposta⁸⁰.

La richiesta può anche non essere esplicita, ma desumersi dal tenore letterale di alcune espressioni incluse nella proposta⁸¹, col

⁷⁹ Le parole sono di CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018, p. 243 a cui si rinvia per una lucida analisi sul punto.

⁸⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 303.

⁸¹ PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi continuato da Schlesinger, Milano, 2016, p. 356.

limite dalla buona fede, che impedisce al proponente di pretendere modifiche unilaterali della sfera giuridica altrui.

Se questi elementi mancano, occorre far riferimento alla natura dell'affare, che, secondo la migliore dottrina, va slegata dalle ragioni di urgenza⁸² e d'interesse del creditore, focalizzato più sul ricevere la prestazione che sull'accettazione della controparte e deve per contro essere letta alla luce di tre ipotetiche caratteristiche della fattispecie, individuabili nel contenuto positivo della prestazione, nell'ingerenza nella sfera giuridica del proponente e nell'esclusione dell'utilità di trattative⁸³ che, secondo la dottrina, può essere rinvenuta ove non vi siano discussioni sul prezzo della prestazione, poiché ad esempio di mercato o fissato da un terzo⁸⁴.

A ciò alcuni hanno sotteso la necessità che sussistano in ogni caso un interesse del proponente alla conclusione del contratto in tal modo⁸⁵ ed un concorrente interesse dell'oblato⁸⁶. In altre parole, mentre la richiesta (esplicita o desunta) di chi propone esclude l'indagine sulla natura dell'affare, l'applicazione di questo diverso criterio dovrebbe comunque presupporre un interesse – all'anticipo della prestazione – di entrambe le parti⁸⁷, con la precisazione, di alcuni, secondo cui quello dell'oblato non potrebbe collimare con e, pertanto, dovrebbe essere ulteriore rispetto al suo generale interesse alla conclusione del rapporto⁸⁸.

A questa tesi, però, si è più correttamente obiettato, sulla base della relazione ministeriale di accompagnamento al codice civile e

⁸² Quando questi sussistono, l'applicabilità dell'articolo 1327 pare scontata. Si veda Cass. civ., 12 novembre 2004, n. 21516.

⁸³ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p.305; PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., p. 358.

⁸⁴ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p.306.

⁸⁵ PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., p. 359.

⁸⁶ PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 360.

⁸⁷ VENOSTA, *Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2, comma 2°, della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1165

⁸⁸ PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 360-361.

degli interessi in gioco, come le tre ipotesi previste dalla norma vadano lette in chiave alternativa tra loro⁸⁹.

Ne consegue che la presenza di uno dei tre requisiti, rende superflua l'insussistenza degli altri, purché, ovviamente, colui al quale sia riconducibile la proposta non abbia richiesto l'accettazione della controparte⁹⁰.

Ove poi dalla natura dell'affare non fosse possibile riscontrare esigenze di esecuzione priva dell'accettazione espressa, occorrerebbe far riferimento agli usi, i quali, secondo parte della letteratura giuridica, non si limitano agli usi normativi, ma comprendono anche le usanze negoziali radicate in particolari aree o mercati, e (addirittura) la prassi consolidata tra le parti nell'ambito dei progressi rapporti commerciali⁹¹.

Come noto, la legge ricollega alla descritta fattispecie di cui all'articolo 1327 c.c. la qualifica di contratto e la rende applicabile in qualsiasi transazione, che troverà una propria disciplina di *default* nel contratto tipico corrispondente⁹² o applicabile ai sensi dell'articolo 1322 c.c. e seguenti.

La regola, tuttavia, non opera senza frontiere.

Difatti, affinché l'articolo 1327 c.c. possa produrre effetti, l'offerta non deve contemplare prestazioni meramente negative, le quali sono state ritenute incompatibili con la struttura della norma⁹³ al pari di quelle prestazioni positive ma i cui effetti si determinino esclusivamente nella sfera giuridica dell'oblato⁹⁴. In particolare, con riferimento alle prime, sarebbe arduo attribuire ad un

⁸⁹ Si veda sul punto G. CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, cit., p. 224 e p. 231.

⁹⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 304; G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 224.

⁹¹ CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, cit., p. 231.

⁹² SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 303.

⁹³ SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 304; G. CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, cit., p. 225; ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *La formazione*, a cura di Granelli, Milano 2006, p. 190.

⁹⁴ SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 304; G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*

mero comportamento omissivo la volontà di aderire alla altrui proposta o una libera scelta di colui al quale la proposta è destinata⁹⁵.

In secondo luogo, deve trattarsi di contratti «suscettibili di “esecuzione”»⁹⁶.

Infine, la regola non trova applicazione, secondo giurisprudenza e dottrina, ai contratti formali⁹⁷: non può infatti pretendersi di sostituire la forma scritta al comportamento di una delle parti coinvolte.

Occorre a questo punto verificare se lo schema previsto dalla norma in questione sia o meno applicabile nell'ambito dei contratti finanziari e possa pertanto rappresentare il fondamento normativo sulla base del quale ricostruire l'interpretazione sineddochica delle Sezioni Unite.

La questione parrebbe potersi risolvere in senso positivo.

A tal fine occorre prendere le mosse dalla natura del rapporto e distinguere presupposti di applicazione e limiti, potendo sin da ora anticipare che i primi paiono sussistere ed i secondi essere rispettati.

Quanto ai primi, se, come ribadito dalle Sezioni Unite, cliente e intermediario concludono un contratto quadro suscettibile di essere eseguito, sulla base dello schema del mandato, mediante gli ordini di borsa, è allora evidente come detto contratto assuma rilevanza, ancor prima economica che giuridica, nel momento in cui l'investitore fornisce al professionista la provvista per effettuare il primo acquisto di strumenti finanziari. In altre parole, fino a quel momento, il contratto quadro, ancorché concluso con tutte le for-

⁹⁵ PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., p. 357.

⁹⁶ SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 304.

⁹⁷ Si veda sul punto Corte d'Appello di Palermo, 15 giugno 1957, in *Giust. civ. mass.*, 1957, p. 65; Cass. civ., 29 settembre 2000, n. 12942, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 2027. In dottrina si veda ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 118; LA ROCCA, *Sottoscrizione e “forma informativa” nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 6, p. 14; PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 364; ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, cit., p. 196. Tuttavia, paiono dubitarne, invitando a distinguere a seconda della ragione ispiratrice della forma SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 309.

malità del caso, non svolgerebbe alcuna funzione economica apprezzabile e tutte le regole di comportamento ivi contemplate, anche se efficaci, resterebbero, oltre che inapplicate, prive di significato alcuno. Per di più nessuna delle parti potrebbe pretendere alcunché dall'altra. Per chi ha in mente le categorie del trust, il meccanismo presto si spiega: all'atto programmatico, cioè l'atto istitutivo, segue l'atto dispositivo, cioè la dotazione patrimoniale, a cui è subordinata l'esigibilità delle obbligazioni dal primo previste. A ben vedere, dunque, parrebbe un caso di scuola quello del cliente che, recatosi dall'investitore professionale, dopo aver sottoscritto un contratto quadro, non doti la controparte delle risorse necessarie per gli investimenti da questo regolamentati e, pertanto, non lo metta in condizione di eseguire la propria prestazione.

Allora, in quest'ottica, la proposta è redatta dall'intermediario, sottoscritta dal cliente e diretta a concludere il contratto quadro, il cui momento conclusivo inizia coi comportamenti dell'investitore professionale, indicati dalle Sezioni Unite, e si perfeziona, ai sensi dell'articolo 1327 c.c., con l'esecuzione del primo ordine di borsa.

Chiaramente è la natura dell'affare la chiave per l'applicazione della suddetta norma, giacché in tal senso depone inequivocabilmente la prassi del mercato.

Ad essa, tuttavia, può anche essere aggiunta – ove lo si ritenesse necessario in coerenza con quella parte di dottrina sopra citata – la sussistenza di un interesse non soltanto del proponente ma anche dell'oblato.

Difatti, il primo, dopo esser stato portato a conoscenza delle regole d'ingaggio nell'instauranda relazione, non è interessato tanto a ricevere un'accettazione formale dell'altro, che dette regole ha predisposto e stampato su propria carta intesta, quanto, piuttosto, all'esecuzione tempestiva dell'ordine sulla base delle informazioni contenute nel documento appena sottoscritto. Anche l'intermediario, dal canto suo, avrà un interesse allineato con quello del cliente, che coinciderà con la necessità di dar corso alle istruzioni d'acquisto e vendita nel minor periodo di tempo possibile, per evitare che possano essergli contestati, in caso di oscillazioni del mercato, inadempimenti di sorta.

Passando poi ai limiti di applicazione della norma, di cui s'è fatto cenno in precedenza, si può osservare come i contratti di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza siano senz'altro «susceptibili di essere eseguiti» ed il vestimento richiesto per la loro validità non attenga alla loro conclusione bensì allo loro “redazione”⁹⁸.

L'esclusione dei contratti formali, dunque, dovrebbe poter operare nella misura in cui la forma investa la struttura e non, come nel caso dei contratti finanziari, sia richiesta ai soli fini dell'informazione che essa veicola.

Infine, l'eventuale presenza di obblighi di non fare, ove non previsti dalla legge o dal Regolamento Intermediari e quindi applicabili di per sé all'intermediario, non sarebbero comunque oggetto esclusivo della proposta come può essere un patto di non concorrenza o un obbligo di non edificare), giacché associati ad altre obbligazioni, ed avrebbero in ogni caso la funzione di delimitare l'area di ingerenza dell'intermediario nella sfera privata del cliente.

5. *L'irrilevanza della forma rispetto al consenso.*

La regola operativa sin edochica così descritta ed incorniciata nell'ambito della fattispecie prevista dall'articolo 1327 c.c. depotenzia una delle critiche più aspre che, ad oggi, sono state mosse alla pronuncia delle Sezioni Unite, in merito alla necessità di ricercare un «equipollente della sottoscrizione»⁹⁹ in forza di una «prospettazione palesemente contraddittoria. E ciò perché delle due l'una, o la sottoscrizione (del rappresentante) della banca è irrilevante e allora non ha alcun senso ricercarne equipollenti. Diversamente opinando è tutta la costruzione operata dalla sentenza in rassegna a dover essere rimeditata, come forse sarebbe opportuno fare»¹⁰⁰. Le medesime considerazioni, peraltro, varrebbero per quelle impostazioni tese a svilire la funzione della sottoscrizione

⁹⁸ D'AMICO, *La “forma” del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 142.

⁹⁹ PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., p. 147.

¹⁰⁰ AMAGLIANI, *Nota a breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018*, n.898, cit., p. 152.

nell'ambito della forma e con riferimento al consenso, le quali hanno sostanzialmente svuotato di portata la firma dell'intermediario per riconoscere medesima valenza a quell'insieme di comportamenti, poi citati dalle Sezioni Unite, in virtù dei quali il contratto è predisposto, stampato e fatto sottoscrivere al cliente¹⁰¹.

Occorre allora riflettere, come sopra anticipato, in merito all'irrelevanza della forma di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza rispetto al consenso.

Se infatti la regola operativa è quella di cui s'è appena detto, che richiede la sola proposta scritta, è evidente come la sottoscrizione dell'intermediario non rivestendo alcuna funzione – né quella di attribuire la scrittura al suo autore, né quella di veicolare il consenso – non sia necessaria e, tantomeno, richiesta.

Quindi, non si tratta di andar alla ricerca di equipollenti della firma¹⁰² – né parrebbero farlo le Sezioni Unite –, ma, proprio in considerazione del fatto che questa è mancante e che quindi manca l'appropriazione del contenuto del contratto sul versante dell'intermediario, è ovviamente necessario rintracciare il consenso di quest'ultimo, secondo le regole generali contemplate dal codice civile. Va infatti da sé che, se il consenso manca, non può esservi accordo, né contratto.

Soltanto in questa prospettiva possono assumere rilevanza la condotta e le circostanze fattuali indicati dalla Suprema Corte.

Se così è, l'incontro della volontà delle parti potrà essere (rin)tracciato, nell'ambito della relazione, in base ai criteri che l'ordinamento mette a disposizione dell'interprete, tra cui, come noto, il comportamento dei soggetti coinvolti e la conseguente esecuzione del contratto.

In altre parole, non vi è un vizio genetico del rapporto ed attribuibile alla mancanza del consenso che sia sancito dalla forma

¹⁰¹ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 471; TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 187.

¹⁰² Su questi temi è interessante il lavoro, con risvolti filosofici, di BERTOLINO, *documento in senso forte e documento in senso debole*, *Riv. trim. dir. pric. civ.*, 2011, p. 845.

scritta a pena di nullità (relativa), in ragione della assenza – agli atti del processo – della sottoscrizione dell'intermediario.

Il contratto è valido ed il consenso della banca è desunto dal suo comportamento antecedente, contemporaneo e successivo alla sottoscrizione del documento eseguita dalla controparte.

Non potrebbe pertanto obiettarsi che la giurisprudenza abbia inteso introdurre surrettiziamente una convalida del contratto relativamente nullo ad opera della parte a cui tale facoltà non spetterebbe – giacché non protetta – nemmeno in accordo con quelle tesi che affermano possibilità di convalidare rapporti affetti da nullità relativa¹⁰³. La regola operativa enunciata, infatti, non ha nulla a che vedere con la convalida, giacché quest'ultima, come noto, presuppone un vizio di invalidità del contratto, non riscontrabile quando a firmare sia stato il solo cliente, per le ragioni appena enunciate.

6. *L'efficienza della nuova regola operativa*

Mentre da un punto di vista strettamente giuridico si potrebbe ravvisare qualche ombra sulla sineddochica interpretazione delle

¹⁰³ POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 941 e p. 946; D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contr.*, 2008, p. 732 e p. 738; ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1183.; MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contr.*, 2007, p. 699; ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 175; GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1589 e p. 1633-1635; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 172; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 58.

Vi sono comunque opinioni contrarie alla convalidabilità del contratto relativamente nullo. Si vedano GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 226; RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 214; GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 1593, che sottolinea come, se si ammette la convalida, il condizionamento psicologico derivante dalla debolezza contrattuale potrebbe diventare fonte di pressioni della controparte.

Sezioni Unite, un ragionamento di analisi economica del diritto conduce a differenti conclusioni.

Sotto il primo profilo, infatti, si potrebbe ritenere che il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia una forzatura interpretativa appositamente coniata per salvare gli effetti del contratto ed evitare distorsioni d'impiego del rimedio previsto in favore del cliente, giacché finisce per sdoganare quella «forma asimmetrica»¹⁰⁴, suggerita dall'asimmetria informativa che separa le parti e supportata dalla nullità relativa, la cui adozione ha suscitato critiche e perplessità in dottrina¹⁰⁵.

Quanto invece ai risvolti efficientistici, va osservato come la regola operativa così forgiata si ponga in linea con il principio di proporzionalità dei rimedi per la violazione delle regole di condotta e non, di cui si sia reso protagonista l'intermediario finanziario o la banca, giacché ricollega la possibilità di far valer il vizio forma esclusivamente quando quest'ultima non è in grado di assolvere alla propria funzione di veicolo di informazioni per il cliente.

In secondo luogo, si elimina in radice quel comportamento opportunistico di coloro i quali, pur essendo in possesso del documento debitamente sottoscritto dalla controparte, allegano in giudizio di non averlo mai ricevuto, in modo tale da ottenere una condanna dell'intermediario alla restituzione delle somme investite, sfuggendo all'applicazione delle regole di condotta. Ciò significa, quando la violazione di tali norme sussista, non essere costretti a sopportare l'onere probatorio richiesto per far valere l'azione infedele o poco diligente dell'intermediario, che abbia determinato una perdita secca al portafoglio del risparmiatore, e, quando la violazione di tali norme non sussista, ottenere, indebitamente ed in ogni caso, un rimedio che non verrebbe altrimenti concesso azionando l'apparato rimediabile preposto alla salvaguardia di diligenza e lealtà dell'azione dell'investitore professionale. È qui dunque sin troppo evidente la scorrettezza dell'attore, il quale, facilitato dalla prassi bancaria e dalla norma sulla nullità, si inserisce tra le maglie del sistema per asserire l'inadempimento di una regola che è stata in

¹⁰⁴ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 178.

¹⁰⁵ SEPE, *op. loc. ult. cit.*

realtà rispettata ed ha svolto appieno la funzione riconosciuta dall'ordinamento.

Si tratta allora di evitare la riallocazione, sull'intermediario, di quei costi che dovrebbero restare in capo al cliente giacché derivanti da un'operazione poco fortunata, ma perfezionata nel rispetto delle norme comportamentali, e dunque, lecita.

Quindi, un ulteriore risvolto di efficienza può essere rinvenuto in quella diversa funzione, invocata da autorevole dottrina, che l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza avrebbe rispetto all'organizzazione dell'impresa e che, contrariamente a quanto asserito dalla Cassazione, non perderebbe per effetto della nuova regola.

Come sopra accennato, secondo questa impostazione, alle nullità relative previste dai Testi Unici per i contratti (bancari e) finanziari sarebbe sotteso un ordine pubblico di direzione volto alla salvaguardia della fiducia e della integrità dei mercati¹⁰⁶. In tal senso, il vincolo di forma sarebbe teso a garantire professionalità¹⁰⁷ e «buona organizzazione interna della banca»¹⁰⁸. Tali funzioni non parrebbero affatto abbandonate se sol di considera l'obbligazione riconosciuta in capo all'intermediario di predisporre la proposta di contratto su cui poi il cliente dovrà apporvi la firma.

Infine, dovrebbero essere eliminati – perlomeno nel pensiero delle Sezioni Unite che hanno ritenuto il tema assorbito nella dichiarata validità dei contratti monofirma – se non, più probabilmente, ridursi, quei comportamenti opportunistici di coloro i quali intendano far uso selettivo della nullità relativa, selezionando ed impugnando alcune operazioni effettuate dall'investitore professionale, che non abbiano avuto l'esito sperato, per conservare invece gli acquisti di strumenti finanziari risultati, ex post, vantag-

¹⁰⁶ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393; ID., *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 63; ID., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, cit., p. 107.

¹⁰⁷ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss.

¹⁰⁸ Cass. civ., 16 gennaio 2018, cit.

giosi. A questo punto, una corte, investita della questione, non avrebbe a disposizione alcuno strumento, sottrattole dal carattere relativo della nullità, per estendere la propria pronuncia alle restanti transazioni. Né simil richiesta parrebbe proponibile dal convenuto¹⁰⁹.

Quindi, come acutamente notato, il risparmiatore, conscio di disporre di una strategia di exit priva di costi, potrebbe addirittura avere incentivi ad alzare il livello di rischio dei propri investimenti, riallocando poi, per intero, all'intermediario, le perdite che al primo potrebbero derivare dagli acquisti più rischiosi¹¹⁰. In questa prospettiva, la possibilità di selezione degli ordini nell'ambito della causa sulla nullità *ex* articolo 23 del Testo Unico della Finanza è come se garantisse a chi investe una sorta di assicurazione sulle transazioni sfortunate, azzerando così l'aleatorietà dei contratti di borsa.

Sul punto si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, concludendo sostanzialmente in senso favore-

¹⁰⁹ Lo conferma, se mai ve ne fosse stata necessità, Tribunale di Torino, 11 febbraio 2011, inedita su supporto cartaceo ma scaricabile in *DeJure*, secondo cui: «*A fronte della ben mirata richiesta di restituzione di indebitto, sta infatti un'assoluta mancanza di possibilità di reazione da parte della banca che, non avendo legittimazione a far valere tale nullità, ben può dubitarsi che possa allargare gli effetti dell'azione promossa dagli investitori anche ad operazioni rispetto alle quali questi (nonostante la dedotta nullità ad origine dell'intero rapporto) nulla richiedono: la domanda riconvenzionale dell'intermediario, infatti, in via potenziale potrebbe (a sua volta iniquamente) rovesciare effetti negativi non previsti e non voluti dall'investitore, unico soggetto legittimato a decidere se e quando far valere la nullità.*

Analoghe considerazioni portano poi a non ritenere configurabile in capo al giudice un potere di disporre dell'individuazione degli effetti restitutori in forza del rilievo di una exceptio doli rinvenibile nella scelta processuale effettuata dall'attore.

L'investitore, quindi, da parte originariamente debole del rapporto e per questo destinatario della tutela legale, diventa unico arbitro della sorte del rapporto intercorso magari per anni con l'intermediario, sia in ordine alla tempistica dell'azione che della scelta degli investimenti da porre nel nulla, potendo dirigere opportunisticamente e maliziosamente gli effetti della dedotta nullità».

¹¹⁰ Lo nota SEMENGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, p. 26 ss.

vole, purché all'intermediario non sia riallocata un'esternalità negativa eccessiva ed autorizzata dalla norma.

Più nel dettaglio, è stata attribuita all'investitore la possibilità di scegliere gli ordini da impugnare, limitando la selezione attraverso l'applicazione di un criterio di buona fede, quasi matematico, volto ad evitare che la controparte sopporti un ingiustificato pregiudizio. Difatti, la Suprema Corte ha ritenuto che il cliente sia gravato da un obbligo di lealtà, in ragion del quale la nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»¹¹¹. Si tratta, come specificato nella medesima pronunzia, di un principio che non coincide né con l'*exceptio doli* né con l'abuso del diritto e si traduce in un esame degli investimenti complessivamente perfezionati. In ragione di tale esame, l'intermediario potrà eccepire la mancanza di buona fede laddove l'investitore travalichi il limite del pregiudizio dal medesimo subito, che dovrà essere accertato in giudizio per effetto di una comparazione tra gli investimenti nel complesso oggetto dell'azione e quelli esclusi e non potrà in ogni caso eccedere il *petitum* azionato¹¹².

¹¹¹ Si veda Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, in *dirittobancario.it*.

¹¹² DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 89; GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *dirittobancario.it*, dicembre 2019; MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it.*, dicembre 2019; RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Quest. Giust.*, 7 gennaio 2020; DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, p. 26; MAGGIOLO, *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 39; IULIANI, *Nullità selettive – Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: L'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273; PAGLIANTINI, *Nullità selettive – Una nullità di protezione ancora in cerca di autore?*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273; PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contr.*, 2020, p. 11; ID., *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 169; SCOGNAMIGLIO, *Le Se-*

Naturalmente, l'intermediario, quale contraente non protetto, non potrà agire in via principale o riconvenzionale né al fine di far dichiarare la sussistenza di altri ordini che dipendano dal medesimo contratto quadro, né per ottenere le restituzioni che conseguano alla dichiarazione di nullità del citato accordo e dei relativi ordini¹¹³.

La nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza è così sostanzialmente incanalata nel solco tracciato dell'articolo 117 del Testo Unico Bancario, laddove la stessa è definitivamente interpretata alla stregua di nullità «a vantaggio» del cliente, anche sulla base di considerazioni di illegittimità costituzionale che potrebbero discendere da una diversa interpretazione¹¹⁴.

Questo particolare impiego del rimedio previsto dalla legge, tuttavia, diversamente da quanto la Cassazione sembra aver ritenuto, non pare definitivamente scongiurato dalla prospettata validità dei contratti monofirma.

Esso, infatti, potrebbe acquisire nuovamente rilievo, o, meglio, non perdere di importanza, perlomeno ogniqualvolta sia del tutto mancante l'offerta scritta.

Qui, però, si apre altra questione, che attiene alla struttura del rapporto tra l'investitore e la banca e di cui s'è già in parte fatto cenno in apertura di lavoro.

Difatti, in assenza di contratto quadro, il problema che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato, pervenendo a soluzioni affatto univoche, attiene all'eventuale necessaria sussistenza o meno del

zioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 5; ID., *Le Sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 176; GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 154; MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 160; MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163.

¹¹³ Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

¹¹⁴ Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, nonché RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Quest. Giust.*, cit.

medesimo, da cui discende la natura negoziale o meno dei singoli ordini di investimento.

Sul tema vanno richiamati i già citati orientamenti di dottrina e giurisprudenza, i quali hanno espresso posizioni discordanti.

Al proposito, mi par di poter ritenere che, quando il *master agreement* non sia stato sottoscritto nemmeno da una delle due parti, la sua necessaria sussistenza possa essere desunta soltanto laddove risulti che la prestazione dell'intermediario sia reiterata nel tempo in una logica di continuità del rapporto con l'investitore.

Per contro, ove questo richieda al primo di dar corso ad una o più operazioni sporadiche, *una tantum*, i cui perfezionamenti siano separati da significativi intervalli di tempo, ciascuna di tali operazioni dovrebbe essere ricostruita quale contratto a sé stante.

Di tal che, in questo secondo caso, non parrebbe nemmeno potersi parlare di uso selettivo della nullità, in considerazione del fatto che le parti, laddove avessero affrontato la questione del contratto scritto, non si sarebbero dirette verso un accordo quadro, ma avrebbero presumibilmente adottato singoli contratti di investimento (e, se del caso, di disinvestimento). Allora, l'impugnazione di un'operazione piuttosto che di un'altra non dovrebbe porre alcun problema di coinvolgimento nella causa di quelle che l'investitore ha ignorato¹¹⁵.

¹¹⁵ Si veda sul punto Cass. civ., 24 aprile 2018, n. 10116, secondo cui «*poiché nella specie è fatto incontroverso che la lunga consuetudine intrattenuta [...] con la banca e sviluppatasi attraverso un elevato numero di operazioni di investimento e disinvestimento non tragga titolo da un pregresso accordo quadro debitamente stipulato tra le parti nella richiesta forma scritta, in quanto un contratto in tal senso non è mai venuto ad esistere tra loro, l'assunto che bisogna trarne ai nostri fini è che se un contratto manca, perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trovi in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità, di guisa che quando se ne faccia valere la nullità – a torto o a ragione che sia, questo qui non rileva – non vi è ragione di chiedersi se ciò integri "un uso selettivo della nullità" e cozzi perciò contro le regole della correttezza e della buona fede o sia fonte di un abuso del diritto, perché una siffatta evenienza – ma non diverso discorso si impone per i pretesi effetti concludenti, quanto alla rinuncia a valersi della nullità o alla*

Diverso potrebbe invece essere quando si possa ricondurre il rapporto ad un accordo quadro, i cui ordini di esecuzione siano intesi alla stregua di mere istruzioni materiali.

Qui, infatti, il tema della nullità selettiva continuerebbe a porsi.

7. Conclusioni.

In conclusione, la regola operativa elaborata dalla Suprema Corte pare aver natura di regola di condotta che obbliga l'intermediario a predisporre una proposta di contratto da far sottoscrivere al cliente al fine di informarlo in merito a tutti i termini e condizioni entro cui si svolge la relazione contrattuale. Ne consegue che la nullità per violazione della medesima non è posta ai fini della struttura dell'atto.

A tal fine, la Corte sembrerebbe intendere il termine «contratto» di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza in senso figurato.

Infatti, la Cassazione, ritenendo sufficiente e necessario, in ragione della funzione della norma, che soltanto la proposta del cliente rivesta la forma scritta e sia da questi firmata, ha interpretato la medesima come se questa, al termine «contratto», si esprima in senso figurato e contenga una sineddoche «generalizzante»¹¹⁶, tale per cui il Legislatore avrebbe nominato un concetto più ampio

convalida di essa di un comportamento protratto nel tempo – è prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro e non quando come qui esso totalmente manchi. Reputa perciò il collegio che, pur dovendo per questo rigettarsi il proposto ricorso incidentale, nondimeno si renda necessario affermare il seguente principio di diritto: "In materia di intermediazione finanziaria, allorchè le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente"»

¹¹⁶ Si veda MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manualletto di figure retoriche*, cit., p. 22.

– contratto – per far riferimento ad uno più ristretto – proposta – nel primo contenuto.

Soltanto in questa prospettiva, la nuova regola operativa s'incassa a perfezione nel contesto giuridico di riferimento e, in particolare, con il ruolo attribuito dalla stessa Suprema Corte ai comportamenti (concludenti) dell'intermediario – che altrimenti non potrebbero aver rilevanza – e, quindi, con la conclusione del contratto ex articolo 1327 c.c., la cui applicazione, come abbiamo precedentemente esaminato, non parrebbe trovar ostacolo alcuno.

La regola così ricostruita presenta una serie di risvolti efficientistici, giacché rispetta il principio della proporzionalità dei rimedi, elimina in radice comportamenti opportunistici dei consumatori che pretendano di non aver mai ricevuto la copia del contratto sottoscritta dalla banca, contribuisce all'applicabilità dell'*exceptio do-li* nei confronti di coloro che, in assenza di un'offerta scritta, intendano selezionare gli effetti della nullità – anziché l'azione –, per far dichiarare nulle le sole operazioni di acquisto di strumenti finanziari che non abbiano avuto l'esito sperato, e, infine, assurge ad una funzione di garanzia della professionalità e della buona organizzazione interna della banca, nell'ottica di preservare la fiducia e l'integrità dei mercati.

Infine, l'applicazione della nuova norma dovrebbe avvenire anche in relazione ai contratti bancari, nel cui ambito l'articolo 117 del Testo Unico Bancario, impone un requisito di forma sostanzialmente collimante con quello dell'articolo 23 del Testo Unico della Finanza¹¹⁷, e, come questo, alquanto distante dalle solite ragioni su cui si fondano i precetti di forma¹¹⁸.

Anche perché, come acutamente notato, laddove dovesse trovare applicazione il principio che la Cassazione ha ribaltato – nullità per mancanza della sottoscrizione della banca o dell'intermediario, in presenza di quella del cliente – si finirebbe per sostenere che le disposizioni dei testi unici in materia bancaria

¹¹⁷ MIRONE, *Sub art. 117*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Artt. 70-162, Torino, 2013, p. 1309. Si veda anche ROSSANO, *Il Disposto dell'art. 117 T.U.B. e gli obblighi di esecuzione del contratto di conto corrente*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, p. 145.

¹¹⁸ DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., p. 97.

ALBERTO GALLARATI

e finanziaria siano poste a tutela non tanto del cliente, bensì dell'impresa¹¹⁹. Il che, com'è ovvio, significherebbe ribaltarne la *ratio* pensando, al contrario, di starne dando esecutività.

¹¹⁹ DOLMETTA, *op. ult. cit.*, p. 96, nota 37.

PAOLO GALLO
Professore ordinario di diritto civile
Università di Torino

LE RESTITUZIONI CONTRATTUALI TRA RETROATTIVITÀ ED IRRETROATTIVITÀ*

SOMMARIO: 1. Il problema delle restituzioni contrattuali. – 2. La peculiarità delle restituzioni contrattuali. – 3. Le restituzioni contrattuali nel codice. – 4. La distinzione tra buona e mala fede. – 5. L'opponibilità ai terzi. – 6. La prescrizione. – 7. I modelli delle restituzioni contrattuali. – 8. Le restituzioni contrattuali in Italia. – 9. I vizi originari. – 10. I vizi sopravvenuti. – 11. La teoria del saldo. – 12. L'eccezione di inadempimento. – 13. I frutti percepiti medio tempore. – 14. Le restituzioni convenzionali. – 15. Le opzioni in materia di restituzioni contrattuali.

1. Il problema delle restituzioni contrattuali.

Se il contratto è nullo, non importa ovviamente per quale ragione, è sufficiente non dar esecuzione al contratto; i problemi maggiori sorgono quando il contratto ha ricevuto esecuzione, ancorché parziale; nei casi di questo genere l'alternativa di fondo che si pone è la seguente:

a) dar ingresso ai rimedi restitutori, con conseguente *restitutio in integrum*; ciascuna parte sarà in altre parole tenuta a restituire quanto conseguito in esecuzione del contratto, unitamente ai frutti ed agli interessi, in modo tale da ricondurre le parti nel modo più esatto possibile nella stessa posizione in cui si trovavano prima dell'esecuzione del contratto; ove poi la restituzione in natura non sia più possibile, per distruzione, consumazione o alienazione del bene, la restituzione avrà luogo per equivalente; un discorso comparabile può essere in linea di principio ripetuto in materia di pre-

stazioni di fare o comunque non suscettibili di restituzione; si tratta a ben vedere del modello tradizionale della *condictio*, tipico della tradizione romanistica;

b) in alternativa sarebbe possibile consolidare lo scambio, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo pattuito o comunque un giusto corrispettivo; a questi fini potrebbe parlarsi di irretrattività della declaratoria di nullità (*ex nunc*), di rapporti di fatto, di sanatoria del contratto nullo tramite l'esecuzione e così via; si tratta a ben vedere del modello dei *quasi contracts* inglesi, in virtù dei quali l'esecuzione di un rapporto contrattuale nullo, avente ad oggetto sia prestazioni di dare (*quantum valebat*), sia di fare (*quantum meruit*) comporta consolidazione del rapporto per il passato, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo indicato nel contratto.

Il problema si pone all'incirca nei medesimi termini nei casi di scioglimento del contratto per un vizio sopravvenuto del sinallagma contrattuale; si pensi in particolare alla risoluzione del contratto per inadempimento; anche nei casi di questo genere si pone la seguente alternativa:

a) sciogliere il contratto con effetto retroattivo, con conseguente *restitutio in integrum*, comprensiva dei frutti e degli interessi maturati *medio tempore*;

b) ritenere che lo scioglimento del contratto operi solo *ex nunc*, con conseguente consolidazione delle prestazioni effettuate fino a quel momento, salva la liberazione da ogni obbligazione per il futuro.

Come vedremo nel corso dell'esposizione, entrambi questi modelli, ed eventuali varianti intermedie, sono stati attuati nei vari sistemi giuridici contemporanei, nonché nei principali testi di *soft law*. Ognuno di essi ha i suoi pregi ed i suoi difetti; cercheremo pertanto di capire se ve ne sia uno preferibile rispetto agli altri o se viceversa sia opportuno diversificare per esempio tra vizi originari del sinallagma (scioglimento *ex tunc*) e vizi sopravvenuti (scioglimento *ex nunc*).

2. La peculiarità delle restituzioni contrattuali.

Ancora più a monte occorre peraltro domandarsi se le restituzioni contrattuali siano un'applicazione particolare dell'indebito o se viceversa pongano problemi tali da rendere necessaria una loro trattazione diversificata¹; in questo secondo caso occorrerà ovviamente porsi l'ulteriore quesito se sia opportuno o meno diversificare il regime delle restituzioni contrattuali a seconda che si tratti di vizi originari o sopravvenuti del sinallagma.

Come è ben noto, in base all'impostazione tradizionale, attualmente ancora più diffusa specie in giurisprudenza, le restituzioni contrattuali costituirebbero un caso particolare di indebito, con conseguente applicazione integrale del principio della retroattività dello scioglimento del rapporto contrattuale, non importa se per vizi originari o sopravvenuti, e conseguente ingresso dei rimedi restitutori ordinari²; più articolata è la situazione in dottrina, dove men-

* Questo studio è destinato agli scritti in onore di Giuseppe Vettori.

¹ PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 647, nonché in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 203; Vacca (a cura di), *Caducazione degli effetti del contratto*, Torino 2006; De Nova (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Padova 2012; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; AA. VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano, 2012; DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 523; ORLANDO, *Mutuo dissenso*, Napoli 2016, p. 276; TRUONG KE AN THAI, *Restitution d'une chose autre qu'un somme d'argent dans le nouveau code civil vietnamien de 2015*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2017, 675-689.

² Cass., 11 novembre 1992, n. 12121, in *De Jure*; Cass., 29 ottobre 1993, n. 10752 in *De Jure*; Cass., 27 dicembre 1994, n. 11177 in *De Jure*; Cass., 13 aprile 1995, n. 4268 in *De Jure*; Cass., 4 dicembre 1997, n. 12301, in *Giur. it.*, 1998, 2052; Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252 in *De Jure*; Cass., 1° agosto 2001, n. 10498 in *De Jure*; Cass., 22 maggio 2002, n. 7507 in *De Jure*; Cass., 20 aprile 2005, n. 8248 in *De Jure*; Cass., 8 novembre 2005, n. 21647 in *De Jure*: "La ripetibilità, tuttavia, è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di ripetizione, secondo le regole degli artt. 2033 ss c.c., operando altrimenti, ove ne sussistano i presupposti, in mancanza di altra azione, l'azione generale di arricchimento prevista dall'art. 2041 c.c."; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334 in *De Jure*; Cass., 2 agosto 2006, n. 17558 in *De Jure*; Cass., 22 agosto 2007, n. 17844 in *De Jure*; T. Trieste, 26 maggio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1225, con nota di BALLERINI, *Riduzione del canone per vizi della cosa locata ripartizione delle spese di registrazione e clausola di indicizzazione*; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052 in *De Jure*; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956 in

tre alcuni autori si sono espressi a favore dall'applicazione dell'indebito, ancorché con alcuni adattamenti³, un numero crescente di autori è giunto a riconoscere la peculiarità delle restituzioni contrattuali nell'ambito dell'indebito⁴.

De Jure; A. Roma, 16 febbraio 2012, n. 873 in *De Jure*; T. Roma, 18 novembre 2013, n. 23086 in *De Jure*; Cass., 6 giugno 2017, n. 14013 in *De Jure*.

³ RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1225; p. 1238; BRECCIA, *Pagamento dell'indebito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rescigno, Torino, 1982, p. 777; MOSCATI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1973, p. 135; ID., *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, Atti, 2006, p. 459; ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435; 476, il quale ribadisce la valenza generale del rimedio della ripetizione dell'indebito; p. 479; ID., *Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebito in una prospettiva di riforma del diritto delle obbligazioni*, in *Le tutele e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 568; BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano 1994, p. 293; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*³, Torino, 2004, II, p. 671; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 949; DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova 1997, p. 119; OMODEI-SALÈ, *Il rischio del perimento fortuito nella vendita di cosa viziata*, Padova 2004, p. 68; p. 73; ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, p. 284; p. 419 ss.; p. 423 p. 449; BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 87; p. 101; ID., *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010, p. 137; p. 145; p. 271; p. 472; nel senso della parziale autonomia delle restituzioni contrattuali rispetto all'indebito: ID., *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in AA. VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano, 2012, p. 17, la quale distingue nell'ambito della disciplina dell'indebito le norme applicabili solo all'indebito non contrattuale (artt. 2033, seconda parte, 2037, comma 2 e 3, 2038) e quelle applicabili ad ogni tipo di indebito (artt. 2033 prima parte, 2035, 2037, comma 1, 2039) p. 34 ss; ID., *Invalidità, impugnative contrattuali, restituzioni*, in *Stud. jur.*, 2012, p. 411-421.

⁴ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 204; LEONE, *Delle restituzioni ex negotio e delle restituzioni ex indebito*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, IV, p. 215; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 70; BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa della attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, p. 11; BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azione di caducazione contrattuale e ripetizione dell'indebito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 173; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, p. 243; GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova,

Non è infatti difficile rendersi conto come, nonostante alcuni richiami espressi alla disciplina dell'indebito (artt. 1422, 1463 c.c.), la disciplina delle restituzioni contrattuali non è facilmente coordinabile con il regime ordinario dell'indebito, sia sotto il profilo della rilevanza della buona e della mala fede dell'*accipiens*, sia sotto il profilo della diversità dei termini di prescrizione, dato che l'azione di nullità è imprescrittibile (art. 1422 c.c.); sia ancora sotto il profilo del differente grado di opponibilità ai terzi⁵. Mentre infatti la

1990, p. 225-362; ID., *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino 1997, p. 13 ss; ID., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Trattato diritto civile*², diretto da Sacco, Torino, 2008, p. 239-273; ID., *Trattato del contratto*, Torino, 2010, III, p. 2200-2238; ID., *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*³, Torino, 2018, p. 341 ss; ID., *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, Torino, 2018, p. 337-380; DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 291; ID., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 531; ID., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 13; ID., *La responsabilità contrattuale*, Torino 2007, p. 199; ID., *La risoluzione*, in Castronovo e Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 543, p. 548; CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 793; DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998, p. 56; DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, V, 385; ID., *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto.*, in *cit.*, 2015, p. 522; NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in Castronovo e Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 181; p. 211; ID., *Le restituzioni de iure condendo*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, in *Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli 2012, p. 611; p. 616 ss; FACCI, *Il danno da informazione inesatta*, Bologna, 2009, p. 87 ss; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 23 ss.; MAIOLO, *Ripetizione dell'indebito e nozione di pagamento, tra prestazioni di dare e prestazioni di fare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 387; p. 401 ss; BOZZI, *La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali*, in Addante (a cura di), *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Milano, 2016, p. 101-131; SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli 2018, p. 1715-1734.

⁵ BARCELLONA, *op. cit.*, *passim*.

condictio è un'azione personale, l'azione di nullità implica caducazione anche dei diritti degli eventuali terzi aventi causa⁶.

3. *Le restituzioni contrattuali nel codice.*

Sebbene il legislatore non abbia disciplinato in modo compiuto le restituzioni contrattuali, non mancano le norme del codice dedicate ad esse. Per quel che riguarda la disciplina del contratto in generale, basti ricordare quanto disposto dagli artt. 1360, 1422, 1443, 1458, 1463 c.c. Numerose sono inoltre le norme di parte speciale dedicate alle restituzioni: donazione (art. 807 c.c.); vendita in generale (artt. 1492-1493 c.c.); vendita di cose mobili (art. 1519 c.c.); vendita con riserva di proprietà (art. 1526 c.c.); riporto (art. 1551, comma 2, c.c.); contratto estimatorio (art. 1557 c.c.); locazione (art. 1590 c.c.); affitto di fondi rustici (art. 1645 c.c.); appalto (artt. 1671, 1672 c.c.); agenzia (art. 1751 c.c.); deposito (art. 1774 c.c.); comodato (art. 1809 c.c.); lavoro subordinato (art. 2126)⁷.

Quello che peraltro è mancato, per lo meno fino ad ora, è il tentativo di ricostruzione unitaria delle restituzioni contrattuali, alla luce delle peculiarità delle singole applicazioni legislative nonché giurisprudenziali; si tratta in altre parole di un complesso di norme piuttosto frammentato, che non è sfociato in una disciplina organica dell'intera materia. Come avremo modo di constatare nel prosieguo dell'esposizione, le restituzioni contrattuali presentano peculiarità tali da rendere necessaria una loro trattazione a sé stante.

4. *La distinzione tra buona e mala fede.*

Una prima difficoltà concerne l'adattamento del regime della buona e della mala fede alle restituzioni contrattuali. Come è possibile infatti far riferimento alla buona ed alla mala fede dei contraenti ai fini della graduazione dell'obbligo di restituzione dei frutti (art. 2033 cc.), nonché ancora ai fini della responsabilità in caso di distruzione o alienazione del bene (artt. 2037 e 2038 c.c.)? Vero è che è possibile aggirare l'obiezione considerando in buona fede il

⁶ ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli, 1984, *passim*.

⁷ DE NOVA, *op. cit.*, p. 3.

contraente che non conosceva o non doveva conoscere il vizio del contratto, e viceversa in mala fede il contraente che ne era a conoscenza⁸. La giurisprudenza con riferimento a fattispecie di contratto nullo ha ritenuto la mala fede dell'*accipiens* nel caso di illiceità per contrasto con norme imperative⁹. Parimenti in materia di risoluzione per inadempimento è possibile considerare in buona fede la parte fedele, ed in mala fede la parte inadempiente¹⁰. In questa prospettiva, mentre l'obbligo restitutorio della parte fedele può essere considerato di valuta, quello della parte infedele può essere considerato di valore¹¹.

Pur con alcuni sforzi, è pertanto possibile adattare la disciplina della buona e della mala fede anche alle caducazioni contrattuali; la giurisprudenza è del resto costante nell'affermare che dopo la caducazione si apre la porta ai rimedi restitutori ordinari¹². In dottrina

⁸ Cass., 2 agosto 1952, n. 2491, in *De Jure*; Cass., 15 dicembre 1982, n. 6918 in *De Jure*; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 197: "La buona fede consiste nella persuasione di agire in conformità alle regole del diritto, nella convinzione della legalità del proprio comportamento, del quale l'agente ignori l'antigiuridicità: pertanto essa non è riferibile a chi abbia posto in essere un contratto nullo per frode alla legge, con la consapevolezza dell'esistenza dei fatti causativi della nullità, né la malafede dell'*accipiens* può essere esclusa dalla constatazione della mala fede del *solvens*"; Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *De Jure*: "Nell'ipotesi di declaratoria di nullità di un contratto, la disciplina degli eventuali obblighi restitutori è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, di talché l'*accipiens*, qualora sia in mala fede nel momento in cui percepisce la somma da restituire, è tenuto al pagamento degli interessi dal giorno del ricevimento".

⁹ Cass., 15 dicembre 1972, n. 3612, in *Foro it.*, 1973, I, p. 2549; Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, in *Giust. civ.*, 2009, p. 1867.

¹⁰ Cass., 14 maggio 1963, n. 1190, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, p. 812; SACCO, *op. cit.*, p. 637.

¹¹ Cass., 30 giugno 1982, n. 3940 in *De Jure*; Cass., 26 febbraio 1986, n. 1203 in *De Jure*; Cass., 23 agosto 1985, n. 4510 in *De Jure*; Cass., 12 giugno 1987, n. 5143 in *De Jure*; Cass., 6 aprile 1990, n. 2911, in *Archiv. civ.*, 1990, p. 907; Cass., 2 agosto 1990, n. 7705 in *De Jure*; Cass., 27 agosto 1990, n. 8834 in *De Jure*.

¹² Tra le tante: Cass., 10 febbraio 1953, n. 327, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, IV, p. 212; Cass., 14 ottobre 1966, n. 2459, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 207; Cass., 15 dicembre 1972, n. 3612, in *Foro it.*, 1972, I, p. 2459; Cass., 12 marzo 1973, n. 685, in *Foro it.*, 1973, I, p. 2784; Cass., 9 luglio 1980, n. 4374, in *Giust.*

ci si domanda però se il risultato che si ottiene sia soddisfacente¹³. Tanto più che caricando le regole restitutorie di valenze risarcitorie o sanzionatorie¹⁴ si rischia di attribuire al contraente fedele addirittura qualche cosa in più di quello che avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato eseguito¹⁵.

Opportunamente la più recente giurisprudenza ha così finito per considerare di valuta anche l'obbligazione restitutoria della parte infedele; salvo ovviamente il risarcimento del danno. Soluzione indubbiamente preferibile, proprio perché evita di attribuire valenze risarcitorie ai rimedi restitutori. Parimenti da respingere è la regola in base alla quale solo la parte infedele è tenuta a restituire i frutti, nonché la regola in virtù della quale solo la parte inadempiente deve considerarsi in mora a far data dal tempo in cui ha ricevuto la prestazione¹⁶.

civ., 1980, I, p. 2426; Cass., 10 agosto 1984, n. 4759, in *De Jure*; Cass., 8 febbraio 1984, n. 966, in *De Jure*; Cass., 17 aprile 1993, n. 4553, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1099. Nel senso che l'azione di nullità è ben distinta rispetto a quella per la ripetizione dell'indebito: Cass., 11 gennaio 1978, n. 102, in *De Jure*.

¹³ BRUNI, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴ Cass., 29 novembre 1994, n. 10217 in *De Jure*. Superata è la tesi di AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, secondo il quale la risoluzione intesa come sanzione conduceva alla duplice conseguenza dell'irretroattività della risoluzione e della salvezza dei diritti dei terzi.

¹⁵ LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1990, 422; D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 529.

¹⁶ Secondo CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. civ.*, 1999, 793, p. 811 ss., ai fini delle restituzioni occorrerebbe equiparare alla distinzione buona-mala fede, la non conoscenza-conoscenza dell'obbligo di restituzione; in senso critico DI MAJO, *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello schuldrecht*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 531, p. 537, p. 546, il quale sarebbe favorevole a distinguere a seconda che si tratti di scioglimento per causa originaria (*condictio indebiti*) o sopravvenuta (*condictio ob causam finitam*), con conseguente retroattività solo nel primo caso; in senso critico MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, Atti, p. 459; p. 483; p. 484, secondo il quale il problema non è tanto quello di distinguere tra vizio originario o sopravvenuto, ma al limite tra indebito e restituzioni contrat-

Anche in giurisprudenza non è peraltro difficile trovare decisioni che in misura maggiore o minore si discostano rispetto alle linee ordinarie dell'indebito. Per esempio in materia di risoluzione per inadempimento vi sono decisioni che fanno leva sul carattere retroattivo della pronuncia per sancire il principio in base ai quali le restituzioni devono avvenire fin dal momento della consegna (*ex tunc*); senza ovviamente distinguere a seconda dello stato di buona o di mala fede, o tra parte fedele ed infedele¹⁷. Anche in materia di nullità vi è un filone giurisprudenziale secondo il quale in tema di possesso acquistato a titolo derivativo, ovvero in esecuzione di un contratto nullo, non si applica l'art. 1148 c.c., il quale riconosce al possessore di buona fede il diritto ai frutti. La declaratoria di nullità esplica dunque il suo normale effetto retroattivo, con la conseguenza che il possessore, non importa se di buona o di mala fede, è tenuto a restituire i frutti¹⁸.

La soluzione non è peraltro pacifica; secondo un altro filone dottrinale e giurisprudenziale lo scioglimento del contratto, non importa se per cause originarie o sopravvenute, non dovrebbe operare retroattivamente, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto ed obbligo di devolvere gli interessi *ex nunc*.

Per esempio secondo una parte della dottrina ai fini delle restituzioni occorrerebbe distinguere tra fase di costanza del rapporto, antecedente alla caducazione del contratto, e fase successiva¹⁹; in

tuali; anche se finisce per ribadire la sua preferenza per il modello unitario dell'indebito, p. 483; p. 488; p. 492.

¹⁷ Cass., 14 marzo 1968, n. 827 in *De Jure*; Cass., 15 marzo 1972, n. 756, in *Foro pad.*, 1972, I, 249: "Il venditore è tenuto a restituire le somme ricevute con gli interessi legali, dovuti quale frutto civile del denaro, indipendentemente dalla mora, a far data dal giorno in cui le somme gli furono consegnate dall'altra parte"; Cass., 21 ottobre 1992, n. 11511 in *De Jure*; Cass., 10 giugno 1968, n. 1774 in *De Jure*; Cass., 17 maggio 1969, n. 1684 in *De Jure*; Cass., 6 ottobre 1970, n. 1803, in *Foro it.*, 1970, I, 2746; Cass., 10 maggio 1980, n. 3073 in *De Jure*; Cass., 12 maggio 1982, n. 2962 in *De Jure*; Cass., 23 agosto 1985, n. 4510 in *De Jure*.

¹⁸ Cass., 1° febbraio 1957, n. 381, in *Foro it.*, 1958, I, 428. In senso contrario, a favore cioè dell'applicazione della regola in virtù della quale il possessore di buona fede fa propri i frutti: Cass., 21 maggio 1955, n. 1486 in *De Jure*; SACCO, *Il possesso*, Milano, 1988.

¹⁹ BELFIORE, *op. cit.*, *passim*

questa prospettiva poiché in materia contrattuale, con la sola eccezione della nullità, la prestazione è sempre dovuta, ai fini delle restituzioni occorrerebbe considerare entrambe le parti di buona fede²⁰. In relazione al periodo di costanza del rapporto, poiché ciascuna parte esercita legittimamente i suoi poteri, dovrebbe dunque escludersi un obbligo restitutorio esteso ai frutti²¹.

Impostazione che del resto non manca di trovare eco anche in giurisprudenza, dove in alcune occasioni si insiste sul carattere costitutivo della decisione²², con conseguente decorrenza dell'obbligo restitutorio relativo agli interessi a partire dalla data della pronuncia stessa (*ex nunc*)²³, o della domanda²⁴; parimenti in caso di mutuo dissenso, partendo dal presupposto che lo scioglimento del contratto non opera retroattivamente, l'obbligo di restituzione degli interessi è stato compensato con il godimento della cosa²⁵. Il che ovviamente può influire anche in ordine al momento in cui viene liquidato il valore della prestazione²⁶.

Ed è proprio sotto questo profilo che si delinea l'alternativa di fondo in materia di restituzioni contrattuali; sciogliere il contratto retroattivamente, con conseguente restituzione integrale delle prestazioni effettuate, comprensive di frutti ed interessi maturati *medio tempore* (*ex tunc*), o viceversa ritenere che lo scioglimento del contratto non operi retroattivamente, con conseguente salvezza delle prestazioni già effettuate e liberazione dalle obbligazioni future (*ex nunc*); salvo ancora distinguere a seconda che si tratti di vizi originari (*ex tunc*) o sopravvenuti (*ex nunc*), contratti ad esecuzione istantanea (*ex tunc*) o di durata (*ex nunc*), prestazioni di dare (*ex*

²⁰ BRUNI, *op. cit.*, p. 181.

²¹ BELFIORE, *op. cit.*, 247; DI MAJO, *op. cit.*, p. 322.

²² Cass., 29 novembre 1973, n. 3291, in *Mass. Giur. it.*, 1973.

²³ Cass., 23 marzo 1965, n. 476, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 4 luglio 1969, n. 2456, in *Foro it.*, 1970, I, 560; Cass., 13 gennaio 1972, n. 106, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 29 novembre 1973, n. 3291, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 18 febbraio 1980, n. 1192, in *De Jure*; Cass., 23 marzo 1965, n. 476, in *Mass. Giur. it.*, 1973.

²⁴ Cass., 4 giugno 1985, n. 3315, in *De Jure*.

²⁵ Cass., 29 aprile 1993, n. 5065, in *De Jure*.

²⁶ Cass., 4 luglio 1969, n. 2456, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 13 gennaio 1972, n. 106, in *Mass. Giur. it.*, 1973.

tunc) o di fare (*ex nunc*), prestazioni suscettibili di restituzione (*ex tunc*) o prestazioni insuscettibili di restituzione (*ex nunc*) e così via. Come avremo modo di vedere nel prosieguo dell'esposizione sebbene in alcuni ordinamenti sembri prevalere una logica rispetto all'altra, in realtà le soluzioni concrete sono molto variegare e spaziano dalla retroattività all'irretroattività dello scioglimento contrattuale.

5. L'opponibilità ai terzi.

Differenze rispetto al regime ordinario della ripetizione dell'indebitato si ravvisano anche sotto il profilo dell'opponibilità ai terzi della pronuncia. La declaratoria della nullità in applicazione del noto principio *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis* si riflette immancabilmente anche sugli eventuali acquisti dei terzi aventi causa, non importa se di buona o di mala fede, se a titolo gratuito od oneroso²⁷; con i soli limiti costituiti in materia di beni mobili dalla regola possesso vale titolo (art. 1153 c.c.), ed in materia di immobili dalle regole sulla c.d. pubblicità sanante (art. 2652 n. 6 c.c.). In materia poi di annullamento vengono fatti salvi i diritti dei terzi che abbiano acquistato in buona fede ed in base ad un titolo oneroso (art. 1445 c.c.), con palesi deroghe rispetto al regime della *condictio*, in virtù del quale solo il terzo acquirente a titolo gratuito può essere escusso nei limiti dell'arricchimento (art. 2038 c.c.). In materia di rescissione e di risoluzione è previsto che la declaratoria non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di impugnazione (artt. 1452, 1458, comma 2, c.c.).

In dottrina si è considerato come l'evoluzione che si è avuta a partire dal codice Napoleone fino ai nostri giorni abbia comportato un progressivo restringimento del principio *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*, ormai relegato nel solo caso della nullità; a favore viceversa della salvezza degli acquisti dei terzi in base ad atto trascritto prima della data di trascrizione della domanda²⁸.

Ne risulta un quadro sicuramente piuttosto articolato e comples-

²⁷ ARGIROFFI, *op. cit.*, *passim*

²⁸ Specificamente sul punto: ARGIROFFI, *op. cit.*, *passim*

so che può comportare notevoli disparità di trattamento a seconda che si tratti di nullità, annullabilità, rescissione e risoluzione; piuttosto diversa appare la situazione nei paesi di *common law*, dove per regola generale il *tracing*, vale a dire la possibilità di seguire le vicende di un cespite patrimoniale e di recuperarlo in via preferenziale anche dopo numerose trasformazioni e passaggi di mano tramite la configurazione di un *constructive trust* si interrompe solo in presenza di un acquisto a titolo oneroso ed in buona fede²⁹; solo la presenza congiunta di questi due requisiti, vale a dire il titolo oneroso e la buona fede, interrompe infatti il *tracing* ed impedisce la configurazione del *constructive trust*. Soluzione senza dubbio di grande modernità che contempera l'interesse al recupero dei cespiti patrimoniali trasferiti indebitamente, con quello della salvaguardia dell'affidamento dei terzi aventi causa, che in termini del tutto generali merita tutela solo in presenza congiunta dei requisiti del titolo oneroso e della buona fede. Soluzione senza dubbio molto razionale ed efficiente che meriterebbe di essere attuata anche in Italia e più in generale in Europa continentale in modo del tutto generalizzato, senza distinguere più a seconda della natura del vizio considerato.

6. *La prescrizione.*

Un terzo punto di possibile distinzione tra nullità ed indebito è costituito dalla disciplina della prescrizione; come è ben noto mentre l'indebito è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale (art. 2946 c.c.), la nullità del contratto può essere fatta valere senza limiti di tempo (art. 1422 c.c.)³⁰.

In realtà l'apparente antinomia si concilia facilmente, ove si convenga circa la peculiarità delle restituzioni contrattuali; in questa prospettiva anche il diritto alle restituzioni contrattuali è soggetto al termine ordinario di prescrizione decennale, il quale inizia a decorrere a far data dal giorno in cui il contratto è stato dichiarato nullo, si è risolto di diritto, o la risoluzione è stata pronunciata con

²⁹ Più ampiamente: GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., p. 186.

³⁰ GALLO, *Trattato del contratto*, Torino 2010, III, p. 1981; ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, V, Torino 2017, p. 930.

sentenza passata in giudicato (art. 2946 c.c.)³¹. Ne consegue che il giudice non può fissare un termine per le restituzioni, dato che ciò contrasterebbe con il carattere immediatamente esecutivo della sentenza³². In alcune occasioni la giurisprudenza ha viceversa ritenuto che, trattandosi di indebito oggettivo, il termine di prescrizione del diritto alla restituzione delle somme versate non decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione, ma da quello del pagamento³³. In altre sentenze ancora si è distinto a seconda che si tratti di indebito per mancanza originaria della *causa solvendi*, con conseguente decorso della prescrizione a far data dal giorno del pagamento, o viceversa di indebito in cui il difetto della *causa solvendi* sopravvenga al pagamento, con conseguente decorso della prescrizione dal giorno in cui l'accertamento dell'indebito è diventato definitivo³⁴. Soluzioni che peraltro non paiono condivisibili ove si ritenga che le restituzioni contrattuali siano soggette ad un regime particolare, non del tutto riconducibile a quello dell'indebito; ne consegue che risulta preferibile la tesi in base alla quale il termine di prescrizione inizia in ogni caso a decorrere a far data dal passaggio in giudicato della sentenza.

7. I modelli delle restituzioni contrattuali.

Da sempre il modello francese appare come quello più ispirato all'idea dell'unità della *condictio*; le restituzioni contrattuali non costituirebbero dunque una figura particolare di indebito, con conseguente applicazione del regime ordinario dell'indebito; per la verità una prima incongruenza derivava dal fatto che mentre ai fini

³¹ Nullità: Cass., 12 settembre 2000, n. 12038, in *De Jure*; T. Messina, 18 marzo 2005, in *De Jure*; MAFFEIS, *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: La prescrizione delle azioni di ripetizione*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2001, p. 653 e ss.; DELLACASA, *op. cit.*, p. 410.

³² Cass., 7 maggio 1999, n. 4604, in *De Jure*.

³³ Nullità: Cass., 26 agosto 2002, n. 12474, in *Giur. it.*, 2003, 1580; Cass., 13 aprile 2005, n. 7651 in *De Jure*; Cass., 15 luglio 2011, n. 15669, in *De Jure*; Cass., 12 maggio 2014, n. 10250, in *De Jure*; Cass., 19 aprile 2016, n. 7749, in *De Jure*; risoluzione: A. Firenze, 3 gennaio 2012, n. 1165, in *De Jure*; A. Napoli, 9 gennaio 2012, n. 16, in *De Jure*.

³⁴ Cass., 3 dicembre 2015, n. 24628, in *De Jure*; Cass., 2 dicembre 2016, n. 24653, in *De Jure*.

della ripetizione dell'indebitato la giurisprudenza francese, pur nel silenzio del *code Napoleon*, richiedeva la prova dell'errore del *solvens*, una tale prova non era richiesta ai fini dell'azione di nullità³⁵, con conseguente attrazione del regime restitutorio nell'ambito della nullità³⁶; si voleva infatti escludere che l'esecuzione consapevole di un contratto nullo potesse produrre un effetto sanante; in alcune occasioni la giurisprudenza era altresì giunta ad affermare che i frutti e gli interessi erano soggetti a restituzione a far data dallo scioglimento del contratto, senza distinguere tra buona e mala fede³⁷.

In Francia ha dato luogo a discussioni anche il regime restitutorio al quale sono sottoposti i contratti di durata, come per esempio quelli di lavoro, società e locazione. La dottrina e la giurisprudenza concordano comunque nell'asserire che poiché nei casi di questo genere sarebbe addirittura impensabile una restituzione in natura delle prestazioni effettuate, o del godimento del bene concesso in locazione, il regime restitutorio assume caratteri di specialità³⁸. In base all'opinione tradizionale occorrerebbe comunque far applicazione dei principi generali; e poiché la declaratoria di nullità ha immancabilmente efficacia retroattiva, l'unico modo per regolare il rapporto tra le parti è far riferimento ai rimedi restitutori ordinari³⁹.

Secondo una seconda soluzione, un tempo minoritaria⁴⁰, ma che in seguito ha guadagnato crescente terreno, sarebbe viceversa preferibile escludere che la declaratoria di nullità abbia efficacia retroattiva; in questa prospettiva per regolare il rapporto di lavoro, locazione, o per lo scioglimento della società, sarebbe sufficiente

³⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris 1992; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris 1991, p. 379.

³⁶ Civ. 24 settembre 2002, n. 00-21278, *Defrénois*, 2003, 185, con nota di AUBERT, *Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat: quel régime juridique?*

³⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, p. 379; POISSON-DROCOURT, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, in *Req. D. Sirey*, 1983, Ch. 85.

³⁸ Cass., civ., 22 maggio 1970, Bull. civ., III, 269, n. 371.

³⁹ GHESTIN, *Le contrat*² Paris 1988, p. 1066; lavoro: Cass., soc., 8 aprile 1957, D. 1958, 221, con nota critica di MALAURIE; MARTY e RAYNAUD, *Les obligations*², Paris, 1988, p. 240.

⁴⁰ FLUOR e AUBERT, *Les obligation*⁵, Paris, 1991, p. 303.

far riferimento alla disciplina del contratto in questione⁴¹. Specie in materia di lavoro si tratta indubbiamente di una soluzione molto più protettiva per il lavoratore, il quale avrebbe in ogni caso diritto a percepire la sua retribuzione, a prescindere da accertamenti circa l'effettivo arricchimento.

Il quadro si è peraltro nuovamente modificato in seguito alla riforma del 2016, la quale da un lato ha aderito ad una concezione rigorosamente oggettiva dell'indebito, con conseguente irrilevanza dell'errore ai fini della ripetizione (art. 1302), salvo il settore dell'indebito soggettivo (art. 1302-2), dall'altro lato ha disciplinato in termini unitari le restituzioni, aderendo in pieno all'idea della retroattività della *condictio*, senza distinguere tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma (art. 1178)⁴².

Si tratta dunque dell'applicazione piena del modello unitario della *condictio*, senza tendenziali distinzioni tra indebito ordinario e contrattuale (artt. 1352 ss), tra vizi originari e sopravvenuti, tra prestazioni di dare e di fare (art. 1352-8), tra prestazioni suscettibili di restituzione e prestazioni non suscettibili di restituzione, tra contratti di durata e contratti ad esecuzione istantanea e così via⁴³; concezione che risente ancora molto del modello della clausola risolutiva, il quale a sua volta coincideva con quello della condizione risolutiva, connotata da retroattività, oltretutto reale e quindi opponibilità *erga omnes*. Modello che peraltro in seguito è per lo più stato limitato alla sola condizione, con conseguente tendenziale diversificazione rispetto al regime della risoluzione per inadempimento.

È peraltro ancora presto per sapere come il sistema verrà interpretato; basti per esempio ricordare che anche il *code Napoleon* nella sua configurazione originaria non prevedeva l'errore ai fini della ripetizione dell'indebito; questo non ha peraltro impedito alla giurisprudenza successiva di reintrodurre la *condition d'erreur*; se

⁴¹ Cass., civ., 7 febbraio 1990, *Bull. civ.*, III, n. 40; WEILL e TERRE', *Les obligations*⁴, Paris, 1986, n. 331, 333; STARK, *Obligations*³, Paris, 1989, § 883, 371.

⁴² Più ampiamente: GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*³, Torino, 2018, p. 393.

⁴³ In senso critico: GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato code civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 646-669.

questa soluzione dovesse essere confermata anche dalla giurisprudenza successiva alla riforma del 2016, ne conseguirebbe una nuova divaricazione tra restituzioni ordinarie e restituzioni contrattuali; la giurisprudenza potrebbe inoltre orientarsi nel senso dell'irretroattività della pronuncia di nullità per lo meno in materia di lavoro, società e locazione, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto.

Il modello tedesco si connota per la tendenziale fusione tra arricchimento ed indebito; il BGB disciplina unitariamente l'intero settore dei rimedi restitutori (§§ 812 ss. BGB); nonostante questa premessa, da sempre il modello tedesco delle restituzioni contrattuali non è unitario; piuttosto si distingue a seconda che si tratti di vizio originario o sopravvenuto del sinallagma contrattuale; nel primo caso, poiché è come se il contratto non fosse mai stato concluso, ai fini delle restituzioni si fa riferimento alla disciplina generale del *Bereicherung* (§§ 812 ss BGB); nel secondo caso lo scioglimento del contratto ha luogo in via stragiudiziale in virtù del *Rücktritt*, il quale scioglie il contratto con effetto retroattivo (§ 346 BGB); ai fini delle restituzioni non si fa peraltro riferimento al *Bereicherung*, ma piuttosto si ritiene che sorgano obbligazioni contrattuali rovesciate legate da vincolo sinallagmatico⁴⁴; ne consegue l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento e soprattutto l'applicazione della teoria del saldo (§ 348 BGB); le obbligazioni restitutorie sono in altre parole reciprocamente condizionate, con la conseguenza che ciascuna parte restituisce nella misura in cui anche l'altra parte ha la possibilità di restituire.

Il sistema tedesco delle restituzioni contrattuali, anche dopo la riforma del *Rücktritt* avvenuta nel 2002, non è dunque unitario⁴⁵; mentre infatti nei casi di risoluzione sorgono obbligazioni restitutorie rovesciate, nei casi di nullità, annullamento e così via, poiché è come se il contratto non fosse mai stato concluso, le restituzioni

⁴⁴ CASTRONOVO, *op. cit.*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 793; p. 841, nota 84.

⁴⁵ In lingua italiana: BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 87 ss.; p. 89, *ivi*, riferimenti alla letteratura tedesca, nonché ID. in *Studi, Comporti*, Milano, 2008, I, p. 129; ID., *Il sinallagma rovesciato*, Milano 2010.

avvengono sulla base dei principi generali dell'arricchimento senza causa; modello binario che, sebbene sia stato accolto anche dal DCFR⁴⁶, non ha mancato di suscitare critiche da parte della stessa dottrina tedesca⁴⁷.

Piuttosto articolata appare la situazione anche nei paesi di *common law*, dove occorre distinguere per lo meno tre differenti situazioni.

a) Se viene data esecuzione ad un contratto nullo, trovano applicazione i *quasi contracts*, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo pattuito, sia in materia di prestazioni di dare (*quantum valebat*), che di fare (*quantum meruit*); diversamente che nella tradizione romanistica il regime non varia dunque a seconda che si tratti di prestazioni di dare o di fare, in ogni caso l'esecuzione del contratto esplica un effetto sanante, con conseguente obbligo di devolvere il corrispettivo pattuito con riferimento alle prestazioni svolte fino a quel momento; a questo proposito è possibile parlare di sanatoria del contratto in virtù dell'esecuzione, di rapporti di fatto o ancora di irretroattività della nullità (*ex nunc*)⁴⁸.

b) In Inghilterra non esiste una nozione di contratto annullabile comparabile a quella continentale, ma piuttosto si nota un pullulare di rimedi⁴⁹; semplificando al massimo è comunque possibile asserire che la parte lesa ha la facoltà di porre fine al contratto mediante una dichiarazione unilaterale rivolta alla controparte (*rescission*); la *rescission* ha efficacia retroattiva e comporta un annullamento *ab initio* del contratto che viene considerato come *avoided ab initio*; ovviamente i problemi maggiori sorgono dopo che il contratto ha

⁴⁶ In senso critico: SIRENA, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law, ERPL*, 2011, p. 977-1000, in partic. p. 982.

⁴⁷ ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002*, in Burrows e Rodger (a cura di), *Mapping the Law, Essays in Honour of Peter Birks*, Oxford, 2006, p. 323; p. 341; ID., *The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles 2010*, in *Rev. dr. unif.*, 2011, p. 563-587; in lingua italiana: BARGELLI, *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito*, *op. cit.*, p. 87 ss.

⁴⁸ Più ampiamente: GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁴⁹ GALLO, *Nullità ed annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino 1995, p. 310-317.

ricevuto esecuzione; nei casi di questo genere è possibile giungere a *rescission* del contratto solo se sia ancora possibile giungere a *restitutio in integrum* e la *rescission* non pregiudichi i diritti dei terzi. In ogni caso l'annullamento, ove considerato possibile, opera dunque retroattivamente con conseguente *restitutio in integrum*⁵⁰.

c) Ancora diverso è il discorso che occorre effettuare con riferimento alla risoluzione del contratto; nei paesi di *common law*, tradizionalmente si distingue tra *rescission*, con efficacia *ex tunc*, e *termination*, con efficacia *ex nunc*⁵¹. In questa prospettiva lo scioglimento del contratto per inadempimento non pregiudica le prestazioni che sono già state effettuate, salvo l'obbligo di devolvere il corrispondente pecuniario, ma si limita a liberare le parti dalle obbligazioni che non sono ancora state adempiute.

La distinzione tra vizi originari e sopravvenuti è ben visibile anche nei PECL.

a) In caso di vizi originari il contratto può essere annullato; con l'annullamento ciascuna parte può domandare la restituzione di quanto ha prestatato in esecuzione del contratto, purché restituisca in pari tempo quanto ha ricevuto; se la restituzione per qualche ragione non può essere fatta, sarà dovuta una somma adeguata a quanto ricevuto (art. 4:115); molto chiaramente i PECL, diversamente rispetto al modello tedesco, condizionano dunque reciprocamente le obbligazioni restitutorie anche in materia di vizi originari del *sinalagma*.

b) Ancora diverso è il discorso che occorre fare con riferimento alla risoluzione del contratto per inadempimento, dove la concezione non retroattiva della risoluzione del contratto ha ricevuto nuovo impulso anche da parte dei PECL, nei quali si è volutamente optato per un effetto tendenzialmente non retroattivo della risoluzione⁵². Molto chiaramente, ai sensi dell'art. 9.305, comma 1, la risoluzione del contratto libera le parti dall'obbligo di prestare e di

⁵⁰ GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, op. cit., p. 257 ss.

⁵¹ ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*³, Oxford, 1981, p. 294 ss; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 1988, p. 382 ss.

⁵² *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, edizione italiana a cura di Castronovo, Milano 2001, p. 481 ss; ma si veda già in precedenza l'art. 81 della CISG.

ricevere la prestazione ma, fatte salve le disposizioni degli artt. da 9.306 a 9.308, non pregiudica i diritti né scagiona dalla responsabilità che siano già sorte al momento della risoluzione. L'art. 9.305, comma 2, precisa ulteriormente che la risoluzione non ha effetto riguardo alle clausole del contratto relative alla composizione delle controversie e a ogni altra clausola che sia volta ad avere efficacia dopo la risoluzione. Questo non esclude peraltro il diritto della parte che ha domandato la risoluzione di rifiutare una prestazione già precedentemente accettata se il valore di essa risulta ridotto in misura essenziale a causa dell'inadempimento dell'altra parte (art. 9.306). Con la risoluzione le parti hanno inoltre la facoltà di ripetere le somme già pagate per prestazioni non ricevute o legittimamente rifiutate (art. 9.307). Con la risoluzione è possibile domandare la restituzione delle cose che possono essere restituite e per le quali non si abbia ricevuto corrispettivo (art. 9.308). Se si tratta di prestazioni che non possono essere restituite in natura, per le quali non si è ricevuto corrispettivo, è possibile pretendere la devoluzione di una somma congrua in relazione al valore che la prestazione ha per l'altra parte (art. 9.309).

Soluzione senza dubbio equilibrata, che tende a superare il rigido schematico tra retroattività e non retroattività, facendo salva nel contempo l'esigenza di non travolgere quella parte di contratto che ha già avuto regolare esecuzione, nonché quella di consentire alla parte adempiente di liberarsi per il futuro da un vincolo contrattuale non più avvertito come consono ai suoi interessi. Ferma ancora la possibilità che la risoluzione travolga anche le prestazioni già effettuate, ove non corrispondenti all'interesse di chi le ha ricevute, con conseguente ingresso delle obbligazioni restitutorie; necessariamente diversificate a seconda del tipo di prestazione già effettuata: denaro, cose determinate e prestazioni non suscettibili di restituzione in natura; in quest'ultimo caso le restituzioni avranno luogo nei limiti del beneficio conseguito.

Il modello binario non è invece stato adottato dalla CESL⁵³, la quale non distingue tra vizi originari e sopravvenuti del sinallag-

⁵³ SIRENA, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, ERPL, 2011, p. 977-1000.

ma⁵⁴, con conseguente restituzione integrale (art. 172, comma 1, CESL), comprensiva di frutti ed interessi a far data dal tempo dell'adempimento (art. 172, comma 2, CESL), senza distinzione tra buona e mala fede (*ex tunc*).

4. *Le restituzioni contrattuali in Italia.*

Il sistema italiano è quello che indubbiamente si avvicina di più a quello francese, connotato dalla tendenziale unità della *condictio*; in questa prospettiva non avrebbe senso distinguere tra indebito ordinario e indebito contrattuale, nonché tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma.

In realtà il discorso appare molto più complesso ed articolato di come potrebbe apparire per lo meno a prima vista; numerose sono in particolare le eccezioni al principio di retroattività delle restituzioni, sia in caso di vizi originari, che di vizi sopravvenuti del sinallagma.

5. *I vizi originari.*

In conformità all'insegnamento corrente, se il contratto è nullo o annullato o ancora rescisso, è come se non fosse mai stato concluso, con conseguente ingresso dei rimedi restitutori ordinari a far data dal tempo dell'adempimento; per quel che riguarda i frutti e gli interessi, secondo alcuni occorrerebbe distinguere tra buona e mala fede; preferibile è peraltro non effettuare una tale distinzione; piuttosto occorre chiarire se in conformità all'opinione più diffusa è preferibile applicare fino in fondo l'idea della retroattività dello scioglimento del contratto, con conseguente restituzione dei frutti e degli interessi a far data dal tempo dell'adempimento, o se viceversa è preferibile far riferimento alla pronuncia del giudice, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto.

Si consideri tuttavia che nonostante il sistema italiano sembri ispirato al modello della retroattività delle restituzioni al pari di quello francese, sia in presenza di vizi originari che di vizi soprav-

⁵⁴ SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli 2018, III, p. 1715-1734, in partic. p. 1724.

venuti, numerose sono le eccezioni ad un tale principio, specie in materia di rapporti di durata.

a) L'eccezione più vistosa è sicuramente costituita dalla prestazione di fatto di attività lavorativa⁵⁵; ai sensi dell'art. 2126 c.c. la nullità o l'annullamento del contratto non produce effetto con riferimento al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. A ben vedere nel 1942, la soluzione non costituiva peraltro una novità assoluta; già in precedenza in più occasioni la giurisprudenza era giunta a far salvo il diritto del lavoratore alla retribuzione⁵⁶ e più in generale sia in Francia che in Germania si era diffusa l'opinione che la declaratoria della nullità o l'annullamento del contratto non operasse retroattivamente, con conseguente salvezza del periodo in cui il lavoratore aveva dato esecuzione al contratto e conseguente diritto a maturare la retribuzione pattuita⁵⁷; soluzione senza dubbio molto più protettiva per il lavoratore che non il riferimento ai rimedi restitutori generali, quali indebito ed arricchimento.

In questo senso non può dunque dirsi che si sia trattato di un'effettiva novità; piuttosto il legislatore si è limitato a codificare un principio a quell'epoca già ben affermato in Europa a livello giurisprudenziale, vale a dire il principio dell'irretroattività della caducazione del contratto in materia di lavoro subordinato (*ex nunc*).

Più problematico è semmai capire quale sia l'ambito di applicazione di un tale principio; la regola per comune ammissione trova

⁵⁵ DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 523.

⁵⁶ Si ricorda in particolare una decisione della Corte d'Appello di Milano la quale aveva già formulato la regola in base alla quale la nullità "non toglie al locatore d'opera il diritto a conseguire, per il periodo di prestazione d'opera effettivamente avvenuta, gli utili riconosciutigli dal contratto", in *Mon trib.*, 1909, 810. La dottrina razionalizzava il risultato facendo riferimento al concetto di arricchimento senza causa. Sull'intera questione cfr., V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984.

⁵⁷ GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, op. cit., p. 287 ss.

applicazione anche nel settore del pubblico impiego⁵⁸. L'art. 2129 c.c. estende infatti esplicitamente questa disciplina anche al settore dei contratti stipulati da enti pubblici. A parte questo, la giurisprudenza ha però sempre ribadito la natura di norma eccezionale della regola in questione, con conseguente inapplicabilità ai rapporti diversi da quello di lavoro subordinato⁵⁹. La norma in questione non si applica dunque al lavoro autonomo⁶⁰, e così pure al contratto d'opera, al contratto di lavoro parasubordinato⁶¹, ed all'associazione in partecipazione⁶².

Il problema in realtà si pone ogniqualvolta sia stata data esecuzione ad un contratto avente ad oggetto una prestazione diversa da quella di dare, con conseguente impossibilità di recupero in natura. Si pensi per esempio ai problemi di ripetizione che sorgono quando sia stata data esecuzione ad un rapporto di mandato o di mediazione invalido⁶³; o ancora al caso in cui risulti nullo l'impegno di non fare concorrenza assunto in base a contratto⁶⁴.

È ovvio che in tutti questi casi, non potendosi far riferimento alla regola di cui all'art. 2126 c.c. l'unica soluzione residua consiste

⁵⁸ Prestazione di fatto a favore di un ente pubblico, nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato di natura privata: Cass., 17 maggio 1985, n. 3044, in *De Jure*; annullamento dell'assunzione per illegittimità del concorso: Cass., 22 novembre 1985, n. 5799, in *De Jure*; P. Nocera, 6 dicembre 1985, in *Nuovo dir.*, 1986, 452; Cass., 2 febbraio 1985, n. 696, in *De Jure*; contratti di lavoro degli enti pubblici privi di forma scritta: Cass., 16 maggio 1983, n. 3373, in *Giust. civ.*, 1984, 1,479; assunzione senza concorso: Cass., 23 aprile 1981, n. 2434, in *De Jure*; amanuense adibito a mansioni superiori: Cass., 21 maggio 1985, n. 3098, in *De Jure*; mansioni inferiori: TAR Puglia, 28 luglio 1994, n. 1191, in *Foro it.*, 1995, III, 349; DE LUCA, *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in *Foro it.*, 2007, V, p. 57.

⁵⁹ Cass., 4 luglio 1983, n. 4482, in *De Jure*.

⁶⁰ In relazione alle prestazioni professionali di un medico presso un ambulatorio dell'Inam, la Corte di Cassazione ha affermato che non si applica il 2126 c.c., ma esclusivamente il 2041 c.c., perché manca la subordinazione: Cass., 3 febbraio 1984, n. 832, in *De Jure*.

⁶¹ Cass., 14 gennaio 1985, n. 58, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 688; Cass., Sez. Un., 12 novembre 1983, n. 6730, in *De Jure*.

⁶² SPAGNUOLO-VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 369.

⁶³ BRECCIA, *op. cit.*, 439 ss.

⁶⁴ MOSCATI, *op. cit.*, 169.

nel far applicazione degli istituti generali, vale a dire la ripetizione dell'indebito e l'arricchimento senza causa. In questa prospettiva dottrina e giurisprudenza concordano nell'ammettere la possibilità di agire in via residuale mediante la ripetizione dell'indebito ogniqualvolta non sia possibile ricondurre la fattispecie concreta nella previsione di cui all'art. 2126 c.c.⁶⁵. In base ad un filone dottrinale e giurisprudenziale minoritario in materia di prestazioni di fare indebite, ove non possa trovare applicazione l'art. 2126 c.c., occorrerebbe viceversa far riferimento all'azione generale di arricchimento senza causa⁶⁶.

Entrambe le soluzioni sono ovviamente accettabili; nel caso in cui sia stata data esecuzione ad un contratto invalido e non sia possibile la restituzione in natura, le alternative astrattamente configurabili sono tre: imporre la devoluzione del corrispettivo fissato nel contratto; imporre la devoluzione di un giusto corrispettivo, determinato autoritativamente dal giudice con riferimento ai valori medi di mercato⁶⁷; o viceversa limitare l'entità dell'obbligazione restitutoria con riferimento all'arricchimento effettivamente conseguito. Tenendo conto del fatto che si verte in materia di indebito, e che normalmente in materia di recupero di quanto prestato in esecuzione di un rapporto contrattuale invalido si prescinde dall'accertamento dell'effettivo arricchimento, pare preferibile una

⁶⁵ TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano 1962, 28; BRECCIA, *op. cit.*, 439 ss; MOSCATI, *op. cit.*, 159 ss; BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione dello indebito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 231; Cass., 7 luglio 1959, n. 2162, in *De Jure*; T. Bologna, 1° dicembre 1964, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 926; Cass., 24 novembre 1981, n. 6245, in *De Jure*; Cass., 2 aprile 1982, n. 2020, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2597.

⁶⁶ GANGI, *Le obbligazioni*, Milano 1951, 113; Cass., 31 gennaio 1966, n. 359, in *Giust. civ.*, 1966, I, 869; A. Potenza, 4 marzo 1964, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 1964, 762; Cass., Sez. Un., 19 luglio 1982, n. 4198, in *Rass. Ass. St.*, 1983, I, 304; Cass., 27 ottobre 1981, n. 5616, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 908.

⁶⁷ GUERRINI, *Rimedi contrattuali e restituzioni nel novellato code civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 646-669, distingue a seconda che si tratti di nullità o di risoluzione per inadempimento; nel primo caso esclude il ricorso al prezzo contrattuale, che potrebbe comportare sanatoria del contratto, salva applicazione dei prezzi di mercato, 664; nel secondo fa invece riferimento al prezzo contrattuale, p. 665.

delle prime due soluzioni (arg. ex artt. 2033, 2126 c.c.)⁶⁸.

La scelta si riduce così tra restituzione del corrispettivo concordato o di un giusto corrispettivo. La prima soluzione (corrispettivo contrattuale) è più vicina all'idea di sanatoria del rapporto, e varrebbe di fatto a parificare il regime delle restituzioni in oggetto a quello previsto dall'art. 2126 c.c. La seconda soluzione (giusto corrispettivo) si avvicina viceversa di più al regime generale dell'indebito ed all'idea di *restitutio in integrum*.

Considerando ancora che la regola della sanatoria del rapporto per il tramite dell'esecuzione in Italia appare come del tutto eccezionale, pare preferibile far riferimento al giusto corrispettivo; o, secondo una variante, al minor valore tra giusto corrispettivo e corrispettivo pattuito.

b) Un discorso comparabile può essere ripetuto per le società di fatto; anche in questo ambito si ritiene infatti che lo scioglimento del contratto operi *ex nunc*, con conseguente applicazione della disciplina del contratto societario con riferimento al periodo dell'esecuzione, anche in questo caso in applicazione della teoria dei rapporti di fatto⁶⁹.

c) La questione può essere problematica anche con riferimento all'esecuzione di un rapporto di locazione nullo; nei casi di questo genere è più che ovvio che il conduttore non potrebbe in ogni caso restituire il godimento effettuato *medio tempore*; la soluzione preferibile ogniqualvolta si tratti

⁶⁸ Si veda però anche: Cass., 24 novembre 2003, n. 17860, in *De Jure*: "In tema di azione di ingiustificato arricchimento proposta da un professionista intellettuale per lo svolgimento di attività in mancanza di contratto, al fine di ritenere esistenti le condizioni dell'azione non è sufficiente la dimostrazione dell'espletamento della prestazione, occorrendo anche accertare l'esistenza di un effettivo vantaggio conseguito dalla parte cui abbia fatto riscontro l'impovertimento del professionista. (Nella specie, un avvocato aveva svolto attività professionale in favore di una società di capitali incorporata in altra società di capitali, in forza di un contratto stipulato successivamente alla incorporazione; la S.C., nell'enunciare il succitato principio di diritto, ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda, in quanto il professionista non aveva dimostrato il vantaggio economico conseguito dall'incorporante".

⁶⁹ GALLO, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto civile*, VII, *la responsabilità civile*, Torino 2018, p. 315 ss.

di prestazioni non suscettibili di restituzione è sicuramente quella di escludere la retroattività dello scioglimento con conseguente consolidazione del rapporto con riferimento al periodo dell'esecuzione; soluzione facilmente raggiungibile o considerando l'art. 2126 c.c. espressione di un principio generale suscettibile di estensione anche nei casi di questo genere, o viceversa escludendo la retroattività dello scioglimento; in un caso di questo genere la Corte di Cassazione ha giustamente escluso che il locatore sia tenuto a restituire i canoni percepiti⁷⁰. In altre occasioni ha invece escluso la configurabilità di un rapporto di fatto, con conseguente esclusione del diritto di trattenere i canoni devoluti, salvo il diritto del locatore di provare il danno subito (art. 2043 c.c.), o l'arricchimento conseguito dal conduttore (art. 2041 c.c.); soluzione senza dubbio meno lineare e protettiva per il locatore di quella che fa applicazione della teoria dei rapporti di fatto⁷¹.

d) Il problema si è posto anche in materia di esecuzione di fatto di un contratto di trasporto; il Tribunale di Torino ha peraltro escluso che il vettore che ha dato esecuzione ad un contratto nullo possa agire in via riconvenzionale con l'azione per la ripetizione dell'indebito⁷². La soluzione può però apparire eccessivamente dura, specie se confrontata con la giurisprudenza in materia di locazione di fatto; anche in questo caso si tratta infatti di un servizio che non può più essere restituito; ne consegue pertanto che, negare la devoluzione dell'equivalente pecuniario, può a sua volta deter-

⁷⁰ Cass., 6 maggio 1966, n. 1168, in *Foro it.*, 1966, I, 1, 1249; Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *De Jure*.

⁷¹ Cass., 11 ottobre 2016, n. 20383, in *De Jure*.

⁷² T. Torino, 1 giugno 2000, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2109: "Dalla nullità del contratto discende per il mittente il diritto a ripetere quanto corrisposto, ex art. 2033 c.c. è inammissibile l'azione di ripetizione di indebito esercitata in via riconvenzionale dal vettore, trattandosi di *facere* e non di *dare*. Non sono ammessi, in ogni caso, rimedi di tipo restitutorio in favore del vettore, nemmeno sotto forma di arricchimento senza causa, in ipotesi di nullità del contratto disposta a tutela dell'ordine pubblico"; ammette invece l'azione di arricchimento: T. Alba, 30 novembre 1995, in *Dott. com.*, 1997, p. 163.

minare un risparmio di spesa a favore di chi ha usufruito di fatto del servizio.

e) In più occasioni la giurisprudenza è stata chiamata a valutare le conseguenze sul piano restitutorio dell'esecuzione di fatto di un contratto di appalto nullo; in genere si è peraltro esclusa la sanatoria del contratto e come conseguenza ulteriore la devoluzione del corrispettivo pattuito, salva la devoluzione di un'indennità nei limiti della diminuzione patrimoniale⁷³. In modo conforme si è pronunciata la giurisprudenza in materia di esecuzione di fatto di appalti pubblici⁷⁴.

Come risulta evidente da questo breve *escursus*, la casistica in materia di rapporti di durata, lavoro, società, locazione e così via, appare piuttosto variegata e non del tutto lineare; è peraltro possibile notare la tendenziale diversificazione dal modello della retroattività della *condictio*, o in virtù della teoria dei rapporti di fatto, o della sanatoria del contratto nullo tramite l'esecuzione o più semplicemente in virtù dell'esclusione della retroattività della caducazione, con conseguente salvezza della parte di rapporto che ha avuto esecuzione; soluzione che si è affermata specie in materia di prestazioni di fare, ancorché non in modo del tutto generalizzato, nonché in materia di rapporti di durata, specie se si tratta di prestazioni non suscettibili di restituzione. Se si tratta di un rapporto di durata invalido che comunque è stato attuato per un certo periodo di tempo, perché travolgere anche la parte di rapporto che ha ricevuto regolare esecuzione? Si tratta del resto della stessa logica prevista in tema di risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica dall'art. 1458 c.c.; logica che, sebbene non specificamente prevista, opera in certa misura anche in materia di vizi originari. In questa prospettiva l'esecuzione del contratto potrebbe esplicare un effetto sanante con riferimento al periodo di costanza del rapporto, con conseguente esclusione dell'efficacia retroattiva dello scioglimento (*ex nunc*).

⁷³ Cass., 15 luglio 2016, n. 14526, in *De Jure*; Cass., 13 settembre 2016, n. 17957, in *De Jure*.

⁷⁴ Cass., 10 maggio 2017, n. 11446, in *De Jure*.

6. *I vizi sopravvenuti.*

Il punto di partenza è costituito dalla clausola risolutiva, che in conformità alla concezione volontaristica si riteneva sottesa ad ogni contratto a prestazioni corrispettive⁷⁵; in questa prospettiva l'inadempimento del contratto determinava lo scioglimento del contratto con effetto retroattivo opponibile anche nei confronti dei terzi, in applicazione del modello della retroattività reale tipico della condizione. In seguito un primo temperamento è consistito nel ritenere che in materia di inadempimento la retroattività operi solo tra le parti, con conseguente salvezza degli acquisti dei terzi aventi causa⁷⁶.

Questo processo è culminato nell'art. 1458 c.c. ai sensi del quale la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

a) La risoluzione del contratto opera dunque retroattivamente, salva la precisazione che si tratta di retroattività soltanto obbligatoria e quindi non opponibile nei confronti dei terzi; come precisa il secondo comma dell'art. 1458 c.c., la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della

⁷⁵ Tipico del volontarismo del XIX secolo era cercare di ricollegare ogni effetto alla volontà presunta dei contraenti: M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova 1972, p. 28 ss.

⁷⁶ In particolare è stato merito di BIGIAMI, *Retroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 695, effettuare una critica serrata nei confronti del dogma della retroattività reale, *ivi*, riferimenti, p. 695, nota 1, e proporre la formula della retroattività obbligatoria, in seguito accolta dal codice civile del 1942, *ivi*, 696; soluzione criticata da L. COVIELLO JR, *Risoluzione per inadempimento: retroattività, e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 1, 24, il quale ribadisce la tesi classica della retroattività reale.

Si veda anche: AMADIO, *La salvezza dei diritti dei terzi*, in *Lezioni di diritto civile.*, Torino 2016, p. 93-114.

trascrizione della domanda di risoluzione⁷⁷; i terzi sono dunque tutelati in ogni caso, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione, a prescindere dalla natura del titolo d'acquisto, oneroso o gratuito, dalla buona o dalla mala fede e così via; con evidenti divaricazioni non solo con riferimento al modello di retroattività reale tipico della condizione⁷⁸, ma anche con riferimento all'annullabilità del contratto; come possiamo ricordare l'annullabilità, salvo il caso in cui dipenda da incapacità legale, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi a titolo oneroso ed in buona fede, salvi ancora una volta gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento (art. 1445 c.c.); ancora differente è il regime della nullità, la quale è opponibile anche nei confronti dei terzi aventi causa salvi gli effetti della pubblicità sanante (art. 2652, n. 6, c.c.)⁷⁹; disparità di trattamento, che come abbiamo già avuto modo di notare, sono frutto di una tradizione storica che non appare più del tutto giustificata; preferibile sarebbe dunque optare per una soluzione unitaria che faccia in ogni caso salvi i soli acquisti dei terzi a titolo oneroso ed in buona fede.

b) Sebbene il legislatore italiano, al pari di quello francese, abbia in linea di principio optato per il modello della retroattività della risoluzione, ancorché solo *inter partes*, una prima vistosa deroga è costituita dai contratti ad esecuzione continuata o periodica, con riferimento ai quali la risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite (art. 1458, comma 1, c.c.); il che vale a ridurre notevolmente l'ambito

⁷⁷ PAGLIANTINI, *La c.d. inopponibilità ai terzi della risoluzione del contratto: spigolature sui rapporti tra l'art. 1458, 2 co. e 2038 cod. civ.*, in AA.VV., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, 827 e 829.

⁷⁸ GALLO, *Trattato del contratto*, cit., II, p. 1218 ss.

⁷⁹ Si vedano in particolare: ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli 1984; PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, *ivi*, analisi delle conseguenze della caducazione del contratto con riferimento ai vari vasi di nullità, annullabilità, risoluzione, rescissione, inesistenza, clausole vessatorie, abuso di posizione dominante e così via; GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Trattato diritto civile*, diretto da Sacco, Milano, 2008, p. 244.

di operatività del principio di retroattività. Sebbene a prima vista il modello italiano sembri discostarsi profondamente da quello di *common law*, in cui la risoluzione opera in linea di principio *ex nunc*, le differenze in concreto tendono ad assottigliarsi; se infatti si tratta di contratti ad esecuzione continuata o periodica, la risoluzione opera con effetti *ex nunc* anche in Italia; l'inadempimento scioglie in altre parole il vincolo contrattuale a far data dal tempo in cui si è verificato, senza peraltro intaccare le copie di prestazioni che hanno già avuto regolare esecuzione (*ex nunc*). Si immagini per esempio un contratto di somministrazione il quale sia stato regolarmente eseguito per una decina d'anni; se improvvisamente il somministrato cessa di devolvere il corrispettivo pattuito, l'inadempimento determina lo scioglimento immediato del contratto, impregiudicate le copie di prestazioni regolarmente eseguite nel passato. Soluzione sicuramente razionale ed efficiente, che oltre tutto vale a ridurre le tradizionali distanze tra il modello italiano e quello di *common law*. Del resto la retroattività della risoluzione del contratto è stata in più occasioni oggetto di critiche anche in Italia⁸⁰. Sebbene sia in Francia che in Italia sia ancora molto forte la tradizione della clausola risolutiva, e della conseguente retroattività, l'intera questione meriterebbe senza dubbio di essere riconsiderata; se il contratto ha avuto esecuzione parziale, perché non cercare di salvare il salvabile, consolidando nei limiti del possibile lo scambio (*ex nunc*); in questa prospettiva la retroattività potrebbe dunque costituire l'eccezione più che non la regola, da attuare solo

⁸⁰ CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto nella prospettiva del diritto italiano*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 793; DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 531; ID., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello schuldrecht: al di là dell'inadempimento colpevole*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 13; ID., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007; ID., *op. cit.*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 543; p. 549; MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, Atti, 2006, 459, 461; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 88 e p. 145.

quando non sia in alcun modo possibile salvare nemmeno in parte l'adempimento del contratto.

c) Può essere interessante notare che anche in materia di condizione il legislatore ribadisce che se la condizione risolutiva è apposta ad un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite (art. 1360, comma 2, c.c.); si noti anzi il perfetto parallelismo con quanto disposto in materia di risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 1458, comma 1, c.c.), a riprova della derivazione dei due istituti dal medesimo ceppo. In materia di condizione sono peraltro previste altre due deroghe al principio di retroattività, che non compaiono in materia di risoluzione per inadempimento; in particolare ai sensi dell'art. 1361, comma 1, c.c., l'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione, spettava l'esercizio del diritto; parimenti ai sensi dell'art. 1361, comma 2, c.c. salvo diverse disposizioni di legge o diversa pattuizione, i frutti percepiti sono devoluti dal giorno in cui la condizione si è avverata (art. 1361, comma 2, c.c.). La retroattività non travolge in altre parole gli atti di amministrazione e non comporta l'obbligo di restituzione dei frutti percepiti *medio tempore*; sebbene queste due soluzioni non siano richiamate anche in materia di risoluzione, specie la seconda, quella relativa ai frutti percepiti in costanza di rapporto, potrebbe essere estesa anche alla risoluzione, ove si ritenga che l'obbligo restitutorio dei frutti e degli interessi decorra solo a far data dallo scioglimento del contratto (*ex nunc*).

d) In quest'area di problemi notevole interesse rivestono altresì alcune applicazioni giurisprudenziali, le quali si discostano vistosamente rispetto alla regola della retroattività delle restituzioni; notevole interesse riveste in particolare una sentenza del Tribunale di Roma, la quale innovando rispetto alla giu-

risprudenza precedente⁸¹, ha deciso che in caso di risoluzione di un contratto di cure mediche per inadempimento, il medico è tenuto a risarcire il danno, ma non a restituire il corrispettivo ricevuto⁸². Anche in questo caso, trattandosi di prestazioni che non possono essere restituite, si è dunque consolidato lo scambio, salvo ovviamente il risarcimento del danno.

7. La teoria del saldo.

Un ulteriore punto di emersione della differenza tra restituzioni ordinarie e contrattuali è costituito dalla teoria del saldo⁸³; come è ben noto si tratta di una teoria che è stata elaborata in area tedesca, in virtù della quale le obbligazioni restitutorie conseguenti a *Rücktritt* sono reciprocamente condizionate, con la conseguenza che ciascuna parte restituisce nella misura in cui anche la controparte è disposta a restituire⁸⁴; in ambito contrattuale le obbligazioni restituto-

⁸¹ Cass., 16 ottobre 1995, n. 10769, in *De Jure*; T. Milano, 24 giugno 1999, in *De Jure*; T. Varese, 5 novembre 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1135.

⁸² T. Roma, 1 luglio 2004, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1121, con nota critica di MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1502, con nota di DI MAJO, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*; in *Danno resp.*, 2005, p. 515, con nota critica di BENEDETTI, *Chi esegue male si tiene il compenso? La retroattività della risoluzione nei contratti professionali*, nonché di TASSONE, *Inadempimento del contratto, restituzione del compenso e risarcimento del danno: variazioni sul tema e note alla luce dell'efficient breach*; ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. Impr.*, 2006, I, p. 226; p. 232.

⁸³ GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano 1998; ID., *Le restituzioni contrattuali*, in *Studi*, Lipari, Milano 2008, I, p. 1075; ID., *Inadempimento e restituzioni contrattuali*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli 2008, p. 471; SCHMIDLIN, *La sort du contrat résolu ou annulé: l'effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la integrum restituito*, in C.A. Cannata (a cura di), *Mélanges*, Basilea, 1999, p. 333; ID., *La risoluzione del contratto nella prospettiva storico-dogmatica: dalla nullità ex tunc al rapporto di liquidazione contrattuale*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino 2002, p. 332-346.

⁸⁴ FIKENTSCHER, *Schuldrecht*⁵, Berlin 1975, 599 ss; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁴, I, München 1987, 414; WIELING, *Synallagma bei nichtingkeit und gesetzlichem Rücktritt*, in *JuS*, 1973, 397; ESSER - WEYERS, *Schuldrecht*, II, VII, Heidelberg 1991; *Munchener Kommentar*², München 1986, sub § 812 BGB; BREMECKER, *Die Bereicherungsbeschränkung des § 818 Abs. 3 BGB bei nichti-*

rie sono in altre parole di natura contrattuale, ancorché di segno rovesciato, con conseguente applicazione dei rimedi sinallagmatici; sebbene in ambito tedesco questa impostazione operi solo in presenza di *Rucktritt*, non vi è ragione per non estenderla anche ai vizi originari del sinallagma, nullità, annullabilità, rescissione e così via. Appurata la specificità delle restituzioni contrattuali rispetto all'indebito ordinario, non appare in altre parole opportuno diversificare ulteriormente tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma; piuttosto occorre prendere atto della sostanziale unitarietà delle restituzioni contrattuali, con conseguente applicazione della teoria del saldo anche in materia di vizi originari del sinallagma contrattuale.

Quello che comunque appare certo è che la teoria del saldo conduce a valorizzare il periodo di costanza del rapporto, con conseguente vistosa deroga del principio *res perit domino*⁸⁵; si immagini che il contratto abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'auto; si immagini ancora che il contratto venga caducato o risolto; si immagini ancora che in costanza di rapporto l'auto abbia subito un incidente e si sia trasformata in un rottame del valore residuo di soli cinquemila euro; se originariamente l'auto valeva ventimila euro, su chi deve gravare il rischio? Posto che il diritto non ha la facoltà di eliminare il danno, ma solo quella di allocarlo nella sfera giuridica del venditore o dell'acquirente, qual'è la soluzione giuridica preferibile?

Ove si ritenga che lo scioglimento del contratto operi retroattivamente, con conseguente ingresso dei rimedi restitutori, ne conseguirebbe che l'acquirente dovrebbe restituire il rottame del valore residuo di cinquemila euro, a fronte del diritto di conseguire la restituzione integrale dell'intera somma sborsata, pari a ventimila euro; ne conseguirebbe che in applicazione della regola classica *res perit domino* il rischio del fortuito graverebbe integralmente nella sfera giuridica del venditore, il quale non ha mai cessato di essere proprietario o lo è ridiventato con effetto *ex tunc*. Questa soluzione trascura peraltro il fatto che in esito all'esecuzione del contratto, il

gen gegenseitigen Verträgen, Diss. Berlin 1981; FLUME, *Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung*, in *AcP*, 1994, p. 427.

⁸⁵ SERAFINI, *Sulla teoria del rischio e pericolo nel contratto di compra o vendita*, Pavia, 1862.

controllo dell'auto è passato in capo all'acquirente, sul quale grava altresì la responsabilità in caso di eventuali danni da custodia (art. 2051 c.c.); preferibile è pertanto ritenere che anche il rischio circa il fortuito sia passato nella sfera giuridica dell'acquirente⁸⁶, con la conseguenza che il venditore, a fronte della restituzione di un rotame del valore residuo di cinquemila euro, sarà legittimato a restituire il corrispettivo ricevuto nei limiti del medesimo ammontare.

Soluzione che a prima vista potrebbe apparire molto innovativa, ma che in realtà trova conferma in specifiche disposizioni codicistiche; per esempio ai sensi dell'art. 1492, comma 3, c.c., se la cosa viziata è perita per caso fortuito, il compratore è unicamente legittimato a chiedere la riduzione del prezzo; posto per esempio che si tratta di un bene pagato mille euro, ma del valore effettivo di ottocento euro causa la presenza di vizi occulti; se il bene perisce per caso fortuito, l'acquirente ha soltanto il diritto di ottenere la riduzione del corrispettivo, cioè di pagare il bene in conformità al suo valore effettivo; ne consegue pertanto che il rischio circa il perimento fortuito grava nella sua sfera giuridica e non in quella del venditore.

Notevole interesse rivestono altresì i testi di diritto uniforme ed europeo. In particolare ai sensi dell'art. 7.3.6 PICC: "Risolto il contratto, ciascuna delle parti può pretendere la restituzione di tutto ciò che essa abbia fornito, a condizione che a sua volta contestualmente restituisca tutto ciò che ha ricevuto"⁸⁷.

Del resto anche in area francese, per lo meno a prima vista una delle più refrattarie all'accoglimento della teoria della peculiarità delle restituzioni contrattuali, ha avuto notevole riscontro la tesi sostenuta da Carbonnier, in base alla quale le restituzioni contrattuali

⁸⁶ Contesta il principio tradizionale *res perit domino*, ritenendo preferibile addossare il rischio sulla parte nel cui interesse o per la cui negligenza la consegna è stata differita: NATUCCI, *Considerazioni sul principio res perit domino (art. 1465 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 41; p. 59; diffusamente: AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo. La frantumazione del dogma*, Torino 2014, p. 259 ss.

⁸⁷ Si veda inoltre l'art. 82 della CISG.

danno luogo ad una sorta di contratto sinallagmatico rovesciato⁸⁸. Un discorso comparabile può essere ripetuto per quel che riguarda l'Italia dove sono ravvisabili alcune tendenze dottrinali⁸⁹ e giurisprudenziali⁹⁰ favorevoli a condizionare reciprocamente le obbliga-

⁸⁸ CARBONNIER, *Les obligations*¹⁵, Paris, 1991, § 107; GHESTIN, *op.cit.*, p. 786; SCHMIDT - SZALEWSKI, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, in *JCP*, 1989, I, 3397; MALAURIE, *op.cit.*, p. 34; in senso contrario si veda però anche GUELFUCCI - THIBIERGE, *op.cit.*, p. 482; p. 483.

⁸⁹ DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 2291; GALLO, *Arricchimento e quasi contratti*, in *Trattato diritto civile*, diretto da Sacco, Torino 1996, cap. IV, § 17; ID., *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi Rescigno*, cit.; ALBANESE, *Indebito*, cit., 351 ss; DELLACASA, *op. cit.*, p. 398; PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano 2006, p. 166; SACCO, *Risoluzione per inadempimento*⁴, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVIII, Torino 1998, p. 56; p. 59 ss il quale non accoglie la teoria del saldo, ma considera come si stia diffondendo sempre più a livello internazionale; BARGELLI, *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in AA. VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano 2012, p. 40; in senso contrario: MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1121.

⁹⁰ App. Napoli, 22 ottobre 1960, in *Rep. Giust. civ.*, 1960, *Obbl. e contr.*, n. 335: "Gli obblighi corrispettivi derivanti dalla risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, sono anch'essi, come quelli del contratto, reciprocamente condizionati di guisa che la parte pronta ad adempiere può essere liberata dal suo obbligo ove l'altra parte non possa o non voglia adempiere l'obbligo nascente dalla risoluzione"; Cass., 27 marzo 1962, in *Mass. Giur. it.*, 1962: "Anche nell'ipotesi di risoluzione giudiziale di una compravendita le reciproche prestazioni delle parti, che conseguono alla risoluzione, restano fra loro collegate per cui l'una non può essere pretesa se l'altra non sia adempiuta (art. 1493 c.c.). Ciò avviene anche quando le parti risolvono il contratto per mutuo consenso, e a maggior ragione, quando sia da loro regolato il modo con cui deve essere attuata la risoluzione"; Cass., 23 aprile 1980, n. 2678, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, II, p. 145: "Il principio secondo cui le prestazioni reciproche delle parti che conseguono alla risoluzione – giudiziale o per mutuo consenso – della compravendita restano tra loro collegate, sicché l'una non può essere pretesa se l'altra non sia adempiuta, se giustifica la mancata restituzione delle cose vendute, non autorizza il venditore stesso a mettere in circolazione detti effetti, determinandone il protesto"; Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1314.; T. Roma, 28 luglio 2004, in *De Jure*; T. Roma, 1° luglio, 2004, in *Danno resp.*, 2005, p. 515: "Le obbligazioni contrattuali restitutorie sono obbligazioni con segno invertito governate dal principio di corrispettività e, pertanto, quando una delle due prestazioni è ontologicamente irripetibile (com'è la prestazione

zioni restitutorie, onde evitare che quando il contratto sia stato eseguito da entrambe le parti, ed una parte non sia più in grado di restituire in modo integrale, la restaurazione dello *status quo ante* possa condurre a risultati iniqui.

12. *L'eccezione di inadempimento.*

Un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.)⁹¹; tradizionalmente si ritiene che una tale eccezione possa operare solo in materia di contratti sinallagmatici e quindi non anche in materia di obbligazioni restitutorie⁹²; ove peraltro si ritenga che tali obbligazioni siano di natura contrattuale, ancorché di segno rovesciato e quindi legate da vincolo sinallagmatico, ne consegue che tali remore sono destinate a cadere; ove si ritenga applicabile la teoria del saldo, ne consegue l'esperibilità anche dell'eccezione di inadempimento⁹³.

professionale resa dal medico), il corrispettivo pecuniario versato dalla controparte è anch'esso irripetibile, pena l'alterazione del vincolo sinallagmatico che governa le obbligazioni restitutorie"; nonché in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1121, con nota critica di MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, il quale si esprime in senso contrario all'interdipendenza delle obbligazioni restitutorie; in *Corr. giur.*, 2004, p. 1502, con nota di DI MAJO, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*; ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. impr.*, 2006, I, p. 226; p. 232; A.B.F., coll. Coord., 12 ottobre 2012, n. 3257, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 222, con nota di LIBERATI BUCCIANTI, *La nullità della concessione di credito revolving e le restituzioni da contratto nullo*; con commento di PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni (a margine di una recente decisione dell'A.B.F.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 179.

⁹¹ Più ampiamente: GALLO, *Trattato del contratto*, cit., p. 2173 ss.

⁹² Cass., 11 novembre 1992, n. 12121, in *De Jure*: "[...] è inapplicabile, in caso di inadempimento, da parte del promissario acquirente, dell'obbligo della restituzione della cosa promessa in vendita, il mezzo di autotutela previsto dall'art. 1460 c.c., mediante l'eccezione di inadempimento, il quale non può operare, con riguardo alle obbligazioni derivanti dall'art. 2033 c.c."

⁹³ Esattamente in giurisprudenza: Cass., 23 aprile 1980, n. 2678, in *De Jure*: "Nell'ipotesi di risoluzione giudiziale o per mutuo consenso – di una compravendita le reciproche prestazioni delle parti che conseguono alla risoluzione restano tra loro collegate, per cui l'una non può essere pretesa se l'altra non sia adempiuta"; in questo senso anche MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e resti-*

13. *I frutti percepiti medio tempore.*

Qualche dubbio interpretativo può sorgere anche con riferimento ai frutti percepiti durante il periodo di costanza del rapporto; in conformità alla concezione franco-italiana della retroattività dello scioglimento del contratto, a prescindere che si tratti di vizi originari o sopravvenuti, ne consegue che lo scioglimento del contratto determina l'obbligo di restituire integralmente quanto ricevuto in esecuzione di esso, a far data dal tempo dell'adempimento, comprensivo di frutti ed interessi percepiti *medio tempore*. Si tratta a ben vedere dell'applicazione integrale del modello classico della *condictio* romanistica. Questa non è peraltro l'unica concezione possibile; a prescindere dal fatto che già attualmente sono numerose le eccezioni alla retroattività, anche ritenendo che lo scioglimento del contratto operi in ogni caso retroattivamente, senza distinguere tra vizi originari o sopravvenuti⁹⁴, sarebbe possibile ritenere che la retroattività non si riferisca anche ai frutti percepiti *medio tempore*; se infatti in applicazione della teoria del saldo si ritiene che il rischio del fortuito debba gravare sull'utilizzatore, al pari della responsabilità da custodia (art. 2051 c.c.), in base al principio del *cuius commoda et incommoda* occorrerebbe ritenere che la contropartita sia costituita dal diritto di appropriarsi dei frutti percepiti *medio tempore*⁹⁵; del resto se entrambe le prestazioni hanno prodotto interessi, opererebbe la compensazione, con esiti sostanzialmente convergenti; si consideri inoltre che in materia di condizione, il legislatore ha specificamente previsto una deroga alla retroattività per quel che riguarda i frutti prodotti *medio tempore* (art.

tuzioni, Milano 1999, p. 25, ivi ulteriori riferimenti; DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, op. cit., p. 531 e p. 540, ivi, riferimenti al diritto tedesco; MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, op. cit., p. 476; si veda inoltre l'art. 81, comma 2, CISG, nonché l'art. 7.3.6 PICC.

⁹⁴ Secondo alcuni occorrerebbe viceversa distinguere a seconda che si tratti di scioglimento per vizio originario (*ex tunc*) o sopravvenuto (*ex nunc*); DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, op. cit., p. 531; contesta questa soluzione MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione* in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435; p. 444; p. 478.

⁹⁵ Per questa soluzione: Cass., 29 aprile 1993, n. 5065, in *De Jure*.

1361, comma 2, c.c.); in questa prospettiva, valorizzando il periodo di costanza del rapporto, potrebbe ritenersi che come contropartita dei rischi e delle responsabilità che gravano sull'utilizzatore *medio tempore*, questi abbia altresì diritto di far propri i frutti. In questa prospettiva l'obbligo restitutorio dei frutti e degli interessi inizierebbe a decorrere solo a partire dalla data della decisione del giudice, o secondo una variante a partire dalla proposizione della domanda in giudizio⁹⁶. Si tratta peraltro di un'impostazione che, seppur abbia iniziato a fare capolino in dottrina⁹⁷ e sia praticata da una parte della giurisprudenza⁹⁸, appare come minoritaria.

14. *Le restituzioni convenzionali.*

Ove si considerino i dubbi e le incertezze che tuttora operano in

⁹⁶ Cass., 5 ottobre 2000, n. 13284, in *De Jure*; Cass., 11 marzo 2003, n. 3555, in *De Jure*; Cass., 14 settembre 2004, n. 18518, in *De Jure*.

⁹⁷ Più ampiamente, GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, Torino, 1997, p. 241 ss; ID., *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi Rescigno*, cit.; ALBANESE, *Indebito*, cit. p. 356; DELLACASA, *op. cit.*, p. 385.

⁹⁸ Cass., 23 marzo 1965, n. 476, in *Mass. Giur. it.*, 1965: "L'obbligo delle reciproche restituzioni nasce dalla sentenza che ha efficacia costitutiva e correlativa efficacia ex nunc. Pertanto se oggetto delle restituzioni è una somma di denaro, gli interessi sono dovuti con decorrenza dalla data della pronuncia di risoluzione"; Cass., 29 novembre 1973, n. 3291, in *Mass. Giur. it.*, 1973; Cass., 16 ottobre 1981, n. 5426, in *Archiv. civ.*, AC, 1981, p. 965; Cass., 14 luglio 1989, n. 3288, in *De Jure*; Cass., 29 aprile 1993, n. 5063, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 952; Cass., 5 ottobre 2000, n. 13284, in *De Jure*: "In caso di inadempimento di un contratto con prestazioni corrispettive l'obbligazione della parte inadempiente di restituzione alla parte adempiente della somma già ricevuta come caparra integra una obbligazione pecuniaria con la conseguenza che sia gli interessi, sia la rivalutazione in conseguenza del fenomeno inflativo, quale maggior danno ex art. 1224 c.c., decorrono dal momento in cui il venditore ne abbia chiesto la restituzione costituendo in mora il debitore"; Cass., 14 settembre 2004, n. 18518, in *De Jure*: "Ai sensi dell'art. 1458 c.c., alla risoluzione del contratto consegue sia un effetto liberatorio, per le obbligazioni che ancora debbono essere eseguite, sia un effetto restitutorio, per quelle che siano, invece, già oggetto di esecuzione ed in relazione alle quali sorge, per l'accipiens, il dovere di restituzione, anche se le prestazioni risultino ricevute del contraente non inadempiente. Se tale obbligo restitutorio ha per oggetto prestazioni pecuniarie, il ricevente è tenuto a restituire le somme percepite maggiorate degli interessi calcolate dal giorno della domanda di risoluzione".

materia di restituzioni contrattuali, può essere auspicabile che le parti regolino il fenomeno restitutorio mediante apposite clausole⁹⁹; si pensi per esempio alle c.d. *survival clauses*, in virtù delle quali le parti indicano le clausole che sono destinate a sopravvivere nonostante la caducazione del contratto, come per esempio quelle arbitrali, quelle circa il foro competente o ancora quelle volte a regolare le restituzioni; sicuramente derogabile è il meccanismo della retroattività della condizione (art. 1360 c.c.); parimenti in materia di vendita con riserva di proprietà le parti possono stabilire che le rate già pagate restino acquisite al venditore a titolo di indennità (art. 1526, comma 2, c.c.), e così via¹⁰⁰.

In materia di risoluzione del contratto per inadempimento ove si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica le parti possono estendere la retroattività anche alle prestazioni già eseguite (art. 1458 c.c.); per converso è possibile ritenere che le parti possano escludere la retroattività anche in materia di contratti non ad esecuzione continuata o periodica, con conseguente salvezza del periodo di costanza del rapporto, con conseguente scioglimento del contratto *ex nunc*, anche con riferimento ai frutti ed agli interessi.

15. *Le opzioni in materia di restituzioni contrattuali.*

Le restituzioni contrattuali appaiono in uno stadio ancora piuttosto magmatico, in cui si sovrappongono modelli differenti, a volte anche antitetici; in realtà non vi è un'unica soluzione possibile, ma piuttosto è possibile scegliere tra una pluralità di opzioni.

a) La prima opzione consiste nel ritenere che le restituzioni contrattuali siano regolate in modo unitario, con conseguente applicazione integrale della disciplina ordinaria dell'indebito, senza distinguere tra vizi originari e sopravvenuti; in questa prospettiva la retroattività dello scioglimento del contratto apre la porta ai rimedi restitutori ordinari a far data dal tempo dell'adempimento, comprensivi dei frutti e degli interessi percepiti *medio tempore*; si tratta a

⁹⁹ DI GRAVIO, *Clausola che regola le conseguenze dell'invalidità del contratto*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, II, Milano 2019, p. 667-686.

¹⁰⁰ DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, in AA. VV., *Le azioni di restituzioni da contratto*, Milano 2012, p. 2.

ben vedere della scelta effettuata dal legislatore francese in sede di riforma del *code Napoleon* nel 2016. Scelta unitaria che ha il pregio di ricondurre ad unità il sistema, ma che rischia di disconoscere le indubbe peculiarità delle restituzioni contrattuali.

b) La seconda opzione consiste viceversa nel diversificare il regime delle restituzioni contrattuali rispetto a quello ordinario dell'indebito, tenuto conto delle sue indubbe peculiarità in tema di buona e mala fede, opponibilità nei confronti dei terzi, decorso del termine di prescrizione; il modello può essere ulteriormente integrato dalla teoria del saldo, ove si ritenga che il vincolo sinallagmatico che lega le prestazioni originarie assista anche quelle restitutorie conseguenti a caducazione del contratto; ma si pensi ancora alla proponibilità dell'eccezione di inadempimento, all'addossamento del rischio del fortuito in capo all'utilizzatore, unitamente alla sua responsabilità per i danni da custodia (art. 2051 c.c.); in questa prospettiva, come contropartita del rischio, anche l'obbligo restitutorio dei frutti e degli interessi potrebbe decorrere a far data dalla pronuncia del giudice o secondo una variante a far data dalla domanda di scioglimento del contratto.

c) La terza opzione consiste non solo nel riconoscere la peculiarità delle restituzioni contrattuali, ma anche nel distinguere a seconda che si tratti di scioglimento del contratto per vizio originario o sopravvenuto; questo modello a sua volta presenta due possibili varianti: quella inglese, in cui si distingue tra vizio originario e sopravvenuto del sinallagma contrattuale, con conseguente scioglimento del contratto *ex tunc* nel primo caso ed *ex nunc* nel secondo; modello che ha trovato eco in particolare anche nei PECL; quella tedesca, in cui le restituzioni operano in ogni caso retroattivamente (*ex tunc*), salva la diversificazione tra vizi originari, in cui hanno ingresso i rimedi restitutori ordinari (*Bereicherung*: §§ 812 ss BGB) e vizi sopravvenuti, in cui si innestano obbligazioni restitutorie di natura contrattuale e quindi legate da vincolo di sinallagmaticità; corollari ulteriori sono

l'applicazione della teoria del saldo, nonché dell'eccezione di inadempimento; modello binario che nonostante le possibili critiche, è stato recepito anche nel DCFR. Secondo i giuristi tedeschi, se il contratto è nullo o annullato, è come se non fosse mai stato concluso; non essendovi un contratto sarà dunque inevitabile far riferimento al regime ordinario del *Bereicherung*, che in Germania è peraltro unitario, non sussistendo la distinzione tra indebito ed arricchimento; se invece il contratto è stato validamente concluso, il *Rücktritt* ne comporta l'estinzione, con effetto retroattivo, salvo l'ingresso di obbligazioni restitutorie di natura contrattuale, ancorché di segno inverso, legate da vincolo sinallagmatico.

d) La quarta soluzione consiste nel distinguere non tanto a seconda che si tratti di vizi originari o sopravvenuti, ma piuttosto a seconda che si tratti di rapporti ad esecuzione istantanea o di durata; il codice italiano in materia di risoluzione del contratto ha per esempio specificamente stabilito che la risoluzione ha effetto retroattivo, salvo che si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 1458 c.c.); il criterio di distinzione è dunque costituito dalla natura continuativa o meno del rapporto; lo scioglimento del contratto opera in altre parole retroattivamente, salvo che si tratti di rapporti di durata. Sebbene la medesima regola non sia enunciata espressamente anche in materia di vizi originari, lo studio delle applicazioni consente di evidenziare come in un gran numero di rapporti di durata, lavoro, società, locazione e così via, lo scioglimento del contratto non ha luogo retroattivamente, ma *ex nunc*; in questa prospettiva l'esecuzione del contratto ha dunque un effetto sanante, con riferimento al periodo di costanza del rapporto; in alternativa si può parlare di rapporti di fatto o di non retroattività dello scioglimento del contratto. Il che conferma come la distinzione tra rapporti ad esecuzione istantanea e di durata possa assumere rilevanza anche in materia di vizi originari del sinallagma. In questa prospettiva è possibile distinguere non solo tra vizi originari e sopravvenuti del sinallagma, ma anche tra rapporti ad esecuzione istantanea e di durata.

In queste condizioni le possibili alternative sono sicuramente più di una e possono spaziare tra i vari modelli che abbiamo considerato, senza trascurare possibili soluzioni intermedie; piuttosto interessante è in particolare il modello italiano, in cui sebbene il punto di partenza sia costituito dall'unitarietà della *condictio* e dalla retroattività dello scioglimento, è possibile notare una progressiva diversificazione delle restituzioni contrattuali rispetto all'indebito ordinario; evidenti sono inoltre le crescenti deroghe alla regola della retroattività, ancorché non riconducibili alla dicotomia anglosassone tra scioglimento per vizi originari o per vizi sopravvenuti, ma piuttosto a quella tra rapporti ad esecuzione istantanea e di durata.

FRANCESCO GAMBINO
Professore ordinario di diritto privato
Università degli studi di Macerata

**IL PROBLEMA DELLA «CERTEZZA»
NELL'IMPIEGO DELLA BUONA
FEDE CONTRATTUALE***

SOMMARIO: 1. Fenomeni di erosione della giuridicità statutale. – 2. Senso e portata della clausola generale di buona fede. – 3. Fattispecie e questioni giuridiche. – 3.1. Buona fede e obbligazione pecuniaria. – 3.2. Buona fede, diritto potestativo, validità della fonte. – 3.3. Buona fede e rinegoziazione. – 4. Il problema della «certezza» nella contesa tra spazi simbolici.

1. Fenomeni di erosione della giuridicità statutale.

È ormai da un ventennio che in Italia si è accentuata l'idea – presente nei nostri studi e nelle aule giudiziarie – di un diritto «fattuale». Il terzo che decide la causa non è più bocca della legge. Si mostra riluttante alla lettera della norma e, nel distribuire il torto e la ragione, non esita ad ancorare la propria decisione a principi costituzionali, a principi generali, a criteri extra-giuridici di giudizio, alla nuova *lex mercatoria*, al diritto dell'Unione Europea ed anche ad ordinamenti stranieri. Principi e clausole generali operano come «cose elastiche»¹ che, penetrando nelle decisioni dei giudici insidiano il primato della legge rendendo il diritto incostante e mutevole. È la conseguenza di una concezione complessiva del diritto che,

*È il testo – modificato e integrato con le note – della relazione svolta al III Symposium of Rhetoric, Argumentation and Jurisdictes: Judiciary, Judges and Legitimation of the Law, tenutosi nell'Università di Brasilia il 7 novembre 2019

¹ V. sul tema dei valori e dei criteri della decisione giudiziale, IRTI, *Il terzo decide la causa*, in *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 68.

nel segno di un'erosione della giuridicità statale², scorge nel diritto un fenomeno in perenne movimento dove cambiano i rapporti di equilibrio tra legislatore e giudice, dove le clausole generali diventano il luogo concettuale in cui si snoda un nuovo diritto, dove i principi generali penetrano nelle norme sovvertendo la loro interpretazione. Il disegno, in alcuni orientamenti, è quello di adeguare il diritto ai fatti sociali, economici, naturali e di adattare le forme giuridiche alle particolarità e alle urgenze del caso di specie.

Circoscriverò qui l'attenzione al destino applicativo della clausola generale di buona fede in diritto italiano, illustrando tre orientamenti. I primi due si sono delineati nelle sentenze della Corte di Cassazione, l'altro nelle pagine della dottrina ed oggi è recepito dal disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile. Mi riferirò in particolare al rilievo della clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 del codice civile italiano) e della regola della correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 del codice civile italiano). Analoga disciplina è contenuta nell'art. 1603 del codice civile colombiano, che recita così: «*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*»³.

2. Senso e portata della clausola generale di buona fede.

Occorre in sintesi rammentare che cosa significa applicare la clausola generale di buona fede (intesa qui in senso «oggettivo») muovendo dalle definizioni offerte dalla giurisprudenza italiana più recente. L'art. 1375 cod. civ. – leggiamo in una sentenza dei giudici di merito – secondo cui «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede», va inteso come riferito al principio di buona fede

² È il destino di un diritto ormai immerso in una società globale senza più punti di riferimento (TEUBNER e FISCHER LESCANO, *Scontro tra regimi: la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, trad. e cura di, R. Prandini, Roma, 2005, p. 159).

³ V. con riguardo alla portata del principio di buona fede in diritto brasiliano, l'art. 422 del codice civile brasiliano.

oggettiva che, presidiando ogni fase del contratto, dalla sua formazione e interpretazione alla sua esecuzione, configura una clausola generale che trae fondamento dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e opera come criterio di reciprocità a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali⁴ o di legge in tal senso⁵. In altri termini, il dovere di buona fede ha una natura, per così dire, «oggettiva» e va inteso, non come ignoranza di ledere l'altrui diritto, bensì come un comportarsi con lealtà e correttezza nell'esecuzione del contratto⁶. Ha inoltre – secondo questo orientamento – una funzione solidale, in attuazione dell'art. 2 Cost.⁷. Secondo la Corte di Cassazione figure sintomatiche della buona fede contrattuale sono: - l'obbligo di tollerare gli inadempimenti od i ritardi altrui quando per la loro natura modesta sono insuscettibili di alterare l'equilibrio del sinallagma; - l'obbligo di attivarsi, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, per informare la controparte su tutte le circostanze rilevanti dell'affare; - l'obbligo di attivarsi, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, per far sì che la controparte riceva una prestazione contrattuale utile; - l'obbligo di astenersi dall'esecuzione di prestazioni contrattualmente pattuite, quando ciò possa pregiudicare l'utilità della controparte⁸. In applicazione di tali principi è stato per esempio ritenuto contrario a buona fede il comportamento del creditore di una determinata somma di denaro – dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio – volto a frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento⁹. È

⁴ V. per un raffronto con il diritto colombiano, l'art. 1603 del codice civile colombiano.

⁵ Corte d'Appello di Roma, sez. II, 16 dicembre 2010, n.5300, qui in massima, in banca dati *De Jure*.

⁶ Negli orientamenti della giurisprudenza, sin dagli anni settanta, diventa centrale «l'attenzione ai *comportamenti* e al *risultato conseguito*» che una concezione del diritto inteso come struttura aveva offuscato (VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Milano, 2017, p. 797).

⁷ Cass. civ., sez. VI, 26 settembre 2018, n.23069, reperibile per esteso in banca dati *De Jure*.

⁸ Cass. civ., sez. VI, 26 settembre 2018, n.23069, cit.

⁹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 7 giugno 2019, n.15498, reperibile per esteso in banca dati *De Jure*, dove sotto il profilo dell'abuso del diritto di azione in giudizio,

invece conforme a buona fede la condotta dell'assicuratore che non abbia informato l'assicurato dell'imminente prescrizione dei suoi diritti in quanto l'interruzione della prescrizione è un atto di ordinaria diligenza dell'interessato (un onere, nel caso, dell'assicurato)¹⁰.

3. *Fattispecie e questioni giuridiche.*

Gli interrogativi sui limiti all'impiego della clausola generale di buona fede – interrogativi oggetto del presente scritto – possono prendere forma muovendo da tre questioni giuridiche. Si tratta di questioni qui ricostruite alla luce di precedenti giudiziari e di orientamenti della dottrina.

3.1. *Buona fede e obbligazione pecuniaria.*

Il primo caso riguarda l'obbligazione più diffusa, quella avente per oggetto somme di denaro.

Può il creditore di una somma di denaro al cui domicilio – e in sua assenza – sia consegnato, seppure nel termine di adempimento, un assegno circolare per il pagamento della somma oggetto dell'obbligazione lamentare l'inadempimento del debitore (sino a chiedere al giudice il pagamento degli interessi per il ritardo nell'adempimento)?

La lettera della norma (art. 1277, comma 1, codice civile italiano¹¹) dà ragione al creditore che su quella norma ha fatto affidamento: «i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale»¹². Nasce, sul piano interpretativo, il problema di comprendere se la buona fede contrattuale – quale specificazione del principio costituzionale di solidarietà sociale – sia idonea a convertire l'espressione «moneta avente corso legale» (vale a dire, moneta contante) in una espressione più generica (per esempio, «valore monetario») che attribuisca al debitore la facoltà di pagare con

viene in rilievo la censura del comportamento descritto anche sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

¹⁰ Cass. civ., sez. VI, 26 settembre 2018, n.23069, *cit.*

¹¹ La norma è applicabile agli importi inferiori alla soglia prevista dalla disciplina legislativa sulla «tracciabilità» dei movimenti di denaro.

¹² Cfr. l'art. 315 del codice civile brasiliano.

mezzi di pagamento alternativi alla consegna di denaro contante. La Corte di Cassazione, a sezioni unite, facendo leva su un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1277 c.c., impone al creditore, tenuto a comportarsi secondo buona fede, l'obbligo di accettare modalità di adempimento alternative alla consegna – al suo domicilio – di moneta contante¹³. Si tratta di una interpretazione dell'art. 1277 c.c. che – secondo la Corte di Cassazione – «superi il dato letterale e, cogliendone l'autentico senso, lo adegui alla mutata realtà»¹⁴.

È, questo, un indirizzo che – seppur sensibile ai nuovi strumenti, sempre più sofisticati, di circolazione del denaro – solleva il problema di una nuova forma di ragionamento o, se si vuole, di una nuova tecnica di argomentazione giuridica. Il termine della corrispondenza nella selezione dei criteri del giudizio giuridico – criteri, in definitiva, volti a distribuire in giudizio il torto e la ragione – non è più «il senso fatto palese dal significato proprio delle parole» usate dal legislatore vale a dire, il significato letterale cui è vincolato l'interprete ai sensi dell'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* (nel caso, il senso univoco delle parole «moneta avente corso legale» contenute nell'art. 1277 c.c.) bensì i doveri inderogabili di solidarietà sociale richiamati dall'art. 2 Cost.; utili a rafforzare, nel caso, l'energia argomentativa della buona fede contrattuale.

3.2. Buona fede, diritto potestativo, validità della fonte.

Il secondo caso riguarda la disputa sul carattere abusivo dell'esercizio della facoltà di recesso *ad nutum* previsto in un contratto di concessione di vendita di autovetture¹⁵. Può il titolare del diritto (nel caso, la casa automobilistica *Renault*), diritto attribuito da una clausola – ritenuta – valida, esercitare il recesso (nel caso, con preavviso) senza incorrere nell'obbligo di risarcire il danno su-

¹³ V. in tema di pagamenti senza denaro contante – la sentenza di Cass., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ss., con nota di DI MAJO.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617, *cit.*

¹⁵ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671.

bito dai concessionari¹⁶ estromessi dal rapporto contrattuale?

Anche in questo caso – secondo la Corte di Cassazione – la buona fede, la correttezza e gli «inderogabili doveri di solidarietà sociale» (art. 2 Costituzione) sono gli argomenti per schiudere il controllo giurisdizionale cui comportamenti esecutivi delle parti (in specie, circa il carattere abusivo, da parte del titolare del diritto, del concreto esercizio del recesso)¹⁷.

In assenza, nell'ordinamento italiano, di una norma sulla figura dell'abuso del diritto¹⁸ si riconosce il potere, in sede giudiziaria, di controllare e di sindacare, negli scopi e modalità, anche quel recesso che pure era stato convenuto come libero e incondizionato. Neppure in forza di una valida clausola attributiva di un recesso *ad nutum*, l'esercizio del diritto riesce a sfuggire al controllo giurisdizionale circa i modi e le finalità del suo esercizio.

Il punto deve essere chiarito.

L'atto di recesso, che sia conforme ad una clausola valida, è al riparo dall'azione della buona fede¹⁹. Si tratta di un principio di coerenza logica. Se nella fonte negoziale un insieme di condotte è richiamato – nella forma di un diritto potestativo – come produttivo del mutamento giuridico, quel medesimo insieme non può significare né assenza di effetti giuridici né fatto illecito. La validità della clausola – in linea con la disciplina legislativa – non soltanto esprime e presuppone un giudizio di approvazione dell'ordinamento giuridico, ma implica un affidamento del titolare del diritto nella certezza che l'agire nel senso indicato nella clausola non potrà essere in alcun modo censurato. Il calcolo giuridico si risolve nel presumere e nel confidare che alle condotte indicate – in senso univoco e analitico – in una fonte valida conseguiranno de-

¹⁶ Si pensi alla perdita degli investimenti attuati dai concessionari e ad altri pregiudizi economici.

¹⁷ V. al riguardo la sentenza di Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2671.

¹⁸ Norma che è invece presente in diritto brasiliano (art. 187 del codice civile brasiliano).

¹⁹ Sul problema della misura delle applicazioni della clausola generale di buona fede si rinvia al mio libro *Le obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, p. 207-239.

terminati effetti e non altri²⁰.

3.3. Buona fede e rinegoziazione.

Il terzo caso, ricostruito leggendo alcune pagine della dottrina dedicate al tema e isolate sentenze di merito²¹, può risolversi in una domanda.

Nell'esecuzione di un contratto di durata, in presenza di eventi sopravvenuti che abbiano reso eccessivamente onerosa la prestazione di un contraente, può egli – la parte onerata – sospendere l'adempimento dinanzi al rifiuto dell'altra parte – in violazione del principio di buona fede – di rinegoziare i termini economici del contratto? Alludo, con questa domanda, alla costruzione delle teorie dell'obbligo «legale» di rinegoziare (obbligo derivante *in sé* dal riferimento legislativo alla buona fede, prescindendosi dunque dalla disciplina convenzionale) maturata nella dottrina italiana che, sin dagli anni novanta, si è raccolto intorno al disagio – avvertito anche tra gli operatori del mercato – suscitato dall'art. 1467 codice civile italiano. Queste teorie²² si sono sviluppate in aperta polemica contro la soluzione adottata, in materia di sopravvenienze, dal nostro legislatore: la risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione. Come accade nel diritto brasiliano (art. 478 del codice civile brasiliano), il diritto italiano, fedele al principio di autonomia contrattuale, impone al giudice – in assenza dell'offerta di

²⁰ In altre parole, le ragioni dell'esercizio del recesso della casa automobilistica sono insindacabili o, se si vuole, impenetrabili perché preservate dalla nozione di *diritto potestativo*, dal concetto di *validità* e dal principio di *autonomia privata* (in tal senso, la Corte d'Appello di Roma, sez. XI, n. 136/2005, con la sentenza annullata dalla Corte di Cassazione) aveva ritenuto che «*se l'autonomia ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto, non è necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere*».

²¹ V. al riguardo Tribunale di Bari, ord., 14 giugno 2011, in *Contr.*, 2012, 571 ss., con il commento di PATTI; Tribunale di Bari, ord. 31-7-2012, in *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 117, con commento di PATTI. V., sui due giudizi cautelari, MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 856-857.

²² Ragioni di perplessità e motivi di dissenso sono stati esposti nella mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e nella mia voce enciclopedica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur., Agg.*, XV, Roma, 2007.

riduzione ed equità formulata dalla parte non onerata, convenuta in giudizio – di risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 del codice civile italiano). In questa fattispecie non c'è dunque spazio per il potere del giudice – su domanda della parte onerata – di «modificare» o di «rivedere» le condizioni economiche del contratto adeguandole al mutamento dello stato di fatto.

In questo contesto, caratterizzato da una disciplina generale ed esaustiva, la dottrina percorre la strada di responsabilizzare le parti, obbligandole al dialogo in funzione della modifica del rapporto. Si interrogano così le inesauribili risorse della buona fede, facendo dell'obbligo di rinegoziare la premessa giuridica della revisione giudiziale del contratto²³.

In questo periodo in Italia si sta discutendo del disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile (XVIII legislatura) che contiene – tra i principi e criteri direttivi cui il Governo si dovrà attenere nell'esercizio della delega – «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti» [art. 1, lett. i)].

Il discorso può estendersi anche al caso di un lodo arbitrale secondo equità, chiamato a decidere la controversia nei termini sopra descritti.

In una decisione secondo equità, come va concepita dagli arbitri l'equità? In *continuità* con il codice civile brasiliano che, fedele al principio di autonomia contrattuale, impone al giudice – in assenza dell'offerta di riduzione ed equità formulata dalla parte non onerata, convenuta in giudizio – di risolvere il contratto o in *continuità* con altri diritti nazionali, come ad esempio il codice civile peruvia-

²³ V. sul problema di applicare alla fattispecie l'art. 2932 del codice civile italiano – relativo all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto – che attribuisce al giudice il potere di pronunciare una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, i rilevi di VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Milano, 2017, pp. 948-950.

no (art. 1440) o il codice di commercio colombiano (art. 868) che – come accade in diritto tedesco (§ 313 BGB) e nei principi *Unidroit* – consente al giudice di «rivedere» e «modificare» le condizioni economiche del rapporto per adeguarle al mutamento dello stato di fatto?

4. *Il problema della «certezza» nella contesa tra spazi simbolici.*

Alla luce di tali orientamenti – che esprimono rapporti di equilibrio e di conflitto tra potere legislativo e potere giudiziario – si possono delineare alcune conclusioni. Un tempo, in Italia, lo spazio – spazio che potremmo dire «intermedio» – tra la filosofia del diritto e i saperi regionali era occupato dalla teoria generale del diritto. Teoria che, salda nel determinare concetti generali (rapporto, diritto, obbligo, ecc.), ammoniva gli studiosi circa i limiti del loro sapere ed assolveva una funzione di controllo sui diritti particolari (diritto privato, diritto pubblico, ecc.).

Oggi quello spazio è perlopiù occupato, non da speculazioni volte alla conoscenza del fenomeno «giuridico», bensì da un conoscere in funzione del volere, da atti – in definitiva – di volontà. Il campo è dominato dalle tecniche di argomentazione per giustificare una soluzione fondata. Si potrà sempre disputare circa la prevalenza argomentativa ora della legge ora di un principio costituzionale, ora di una categoria tradizionale ora della specificità del caso da decidere. Si tratta di oscillazioni dietro le quali si possono nascondere singole posizioni culturali, principi ideologici, complessive concezioni del diritto. Il problema di fondo è stabilire il *luogo della certezza* in cui possa ritrovarsi la possibilità di calcolo giuridico dei nostri comportamenti; stabilire cioè le regole del gioco affinché l'individuo sappia ciò che deve fare.

Questo spazio simbolico – come si è rilevato a proposito delle questioni sopra esposte – è oggi conteso ora dalle parole usate in senso univoco dal legislatore ora dalla forza programmatica delle parole con le quali i privati si impegnano per il futuro ed esprimono la loro autonomia dall'ordinamento ora dal precedente giudizia-

rio²⁴, sempre più sensibile, come si è visto, agli accaduti storici, alla fattispecie concreta, ai comportamenti esecutivi.

Su un punto è tuttavia indispensabile una condivisione: la consapevolezza che la scelta di una o di altra struttura costante, ripetitiva e uniforme non è una decisione innocente ma una decisione che coinvolge elementi di struttura di un sistema giuridico. È, questa, una scelta che, compiuta nelle pagine di una monografia, di un parere, di una sentenza, non è mai estranea al senso di stabilità delle istituzioni e di fiducia dei consociati che trovano, in uno spazio simbolico fermo, chiaro e prevedibile, il fondamento delle loro abitudini nei rapporti di cooperazione in senso moderno.

²⁴ Già negli anni novanta Luigi Mengoni intuiva, per il diritto italiano, l'urgenza di una dottrina del precedente giudiziario che fosse compatibile con gli ordinamenti di *civil law* (in *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317 ss. ora in *Metodo e teoria giuridica*, in *Scritti II*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, p. 253).

ILARIA GARACI
Professoressa associata di diritto privato
Università Europea di Roma

IL “SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE” NEL QUADRO DI UNO SVILUPPO SOSTENIBILE DELL’AMBIENTE DIGITALE

SOMMARIO: 1. Premessa: vulnerabilità e “capacità” del minore di età nello spazio digitale. – 2. L’autonomia dei “grandi minori” nell’ambito di un contesto digitale sostenibile. – 2.1. Sulla inadeguatezza della categoria dell’incapacità legale di agire – 2.2 Il consenso digitale del minore di età al trattamento dei propri dati personali. – 2.3. Il ruolo della famiglia, delle istituzioni scolastiche e dei servizi socio-educativi. - 2.4 I controlli interni nel settore dei servizi della società dell’informazione. Verso un maggiore impiego della “tecnologia conformata”. – 3. La profilazione dei minori di età per finalità di *marketing*. La necessità di elaborare nuovi standard di progettazione – 4. Il rischio della “dipendenza da Internet”. La Convenzione ONU dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza nel quadro degli Obiettivi di Sviluppo posti dall’Agenda globale delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile (SDGs).

1. *Premessa: vulnerabilità e “capacità” del minore di età nello spazio digitale.*

I modelli di business del settore tecnologico e digitale si fondano in gran parte sulla estrazione, il trattamento e l’elaborazione dei dati personali degli utenti, la disponibilità dei quali aumenta in relazione al crescente uso che gli stessi fanno della rete. Tale evoluzione del mercato, pur avendo migliorato notevolmente la produttività e contribuito alle importanti trasformazioni della società e dell’economia

globale¹, pone il problema di come mantenere un alto livello di protezione ai diritti fondamentali in gioco². La crescente dimensione economica dei dati personali, che ha di fatto creato un vero e proprio mercato di questi ultimi, non deve far perdere di vista la natura personale e identitaria di tali beni, la quale pone immediate esigenze di tutela della persona. Di fronte all'esponenziale sviluppo della tecnologia dell'informazione, fra le tante sfide che si pongono oggi al giurista vi è quella di individuare, anche attraverso l'utilizzo della stessa tecnologia, gli adeguati strumenti di tutela dei soggetti, al fine di garantire uno sviluppo sostenibile dell'infosfera³, nel quale siano minimizzati i rischi che impattano sulle persone fisiche e in particolare sulle fasce più esposte della popolazione che, per ragioni socio-economiche, culturali o per motivi di salute o di età, si trovano in una condizione di debolezza.

In particolare, i minori di età, sebbene considerati tecnologicamente esperti⁴, vedono nell'ambiente digitale accentuata la loro condizione di vulnerabilità, in quanto meno consapevoli (o incuranti), rispetto agli adulti, dei rischi⁵ connessi all'uso delle nuove tecnologie, nonché delle norme previste a tutela dei loro diritti. A conferma

¹ GAMBINO e STAZI, *Introduzione. Datificazione dei rapporti socio-economici, circolazione dei dati e diritto*, in Gambino e Stazi (a cura di), *La circolazione dei dati. Titolarità, strumenti negoziali, diritti e tutele*, Pisa, 2020, p. X.

² POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: un'indagine transatlantica*, in *Media Laws*, 2018, p. 51

³ FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, p. 252.

⁴ Da qui l'espressione "nativi digitali", coniata da Marc Prensky nel 2001 per indicare i soggetti nati a partire dalla fine del 1990, i quali hanno, fin da subito appreso il linguaggio informatico e acquisito una certa disinvoltura nell'uso degli strumenti digitali derivata proprio dal contatto quotidiano con gli stessi. Tuttavia, proprio con riguardo a tale espressione, sono state avanzate successivamente delle critiche che hanno evidenziato, da un lato, come le competenze informatiche dei "nativi digitali" siano state sovrastimate, essendo stata piuttosto riscontrata una carenza di competenze in relazione proprio a quelle che sono considerate le abilità digitali di base, quali per esempio quelle relative alla strutturazione e all'editing dei testi; dall'altro lato, come tale disinvoltura non sia accompagnata da una effettiva competenza digitale che richiede in primo luogo consapevolezza dei rischi connessi alla sicurezza.

⁵ I pericoli cui è esposto il minore di età nel contesto digitale possono sinteticamente raggrupparsi nella seguente tipologia di rischi: 1. rischio di esposizione a

di tale fragilità si registra, del resto, una crescente considerazione dell'interesse del minore nel contesto digitale da parte del legislatore

contenuti inappropriati e a informazioni false o inesatte; 2. rischio di abuso e sfruttamento sessuale *on line*; 3. Rischio di subire furti di identità digitale; 4. rischio connesso al cyberbullismo (attivo e passivo); 6 rischio derivanti dal trattamento dei dati personali; 7. rischio di sviluppare dipendenza. Per una classificazione dei rischi di Internet per i minori di età si veda il report elaborato da *EU Kids Online 2018, Accesso, usi, rischi e opportunità di internet per i ragazzi italiani*, consultabile sul sito <https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/La+ricerca.pdf/7a2a344e-601f-4d62-b76a-ecc592748809>.

interno ed europeo⁶, oltre che nell'ambito della *soft law*⁷. Inoltre, nella rete *Internet* il minore (in modo consapevole o meno) è diventato un consumatore più precoce rispetto al mondo analogico, ma

⁶ Per citare alcuni interventi, con riferimento alle misure previste a tutela dei minori contro i contenuti inappropriati diffusi nei servizi audiovisivi: il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, come modificato dal d.lgs. 44/2010, che ha dato attuazione alla direttiva 2007/65/CE, poi sostituita dalla direttiva 2010/13/UE; la direttiva 2018/1808/UE che mira ad estendere le regole previste nell'ambito delle comunicazioni audiovisive alle piattaforme di condivisione video e ai contenuti audiovisivi condivisi sui social media; la recentissima disposizione normativa (art. 7 bis) che è stata inserita come emendamento al d.l. n. 28/2020 ("Decreto legge giustizia") in sede di conversione nella l. n. 70 del 25 giugno 2020 e che dispone l'obbligo per i soggetti che forniscono servizi di comunicazione elettronica, disciplinati dal Codice di cui al d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, di prevedere, tra i servizi preattivati, un filtro in grado di bloccare automaticamente (per tutti) l'accesso ai siti che contengono contenuti inappropriati per i minori e riservati ad un pubblico adulto. Con riferimento alle misure contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale *on line* del minore: la direttiva 2011/93/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, nonché la legge 6 febbraio 2006, n. 38 ("Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet"), che, fra le altre cose, prevede specifici obblighi per i fornitori dei servizi della società dell'informazione, fra i quali l'adozione di sistemi di filtraggio idonei ad impedire l'accesso ai siti che diffondono materiale pedopornografico (art. 19); nonché la legge 1° ottobre 2012, n. 172 che ha ratificato la Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, e che ha introdotto nuove fattispecie di reato fra le quali il reato di adescamento dei minori (art. 609 *undicies*), specificando che "per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione. Si consideri inoltre la legge 29 maggio 2017, n.71, adottata per prevenire e contrastare il fenomeno del cyberbullismo (il bullismo praticato nei social network). Con riferimento infine al trattamento dei dati personali nel Reg. UE 2016/678 vi sono diverse disposizioni specifiche dedicate ai minori, attraverso le quali vi si appresta una tutela rafforzata.

⁷ Oltre alla serie di Raccomandazioni e Risoluzioni del Parlamento europeo (si pensi per esempio alla Risoluzione del Parlamento europeo del 20 novembre 2012 sulla tutela dei minori nel mondo digitale; alla Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 marzo 2015 sull'abuso sessuale dei minori *on line* (2015/2564 (RSP) (2016/C 316/12) con la quale si invita la Commissione a verificare che gli Stati membri abbiano dato concreta e piena attuazione alla direttiva 2011/93/UE; non-

rimane un consumatore particolarmente vulnerabile⁸, che pertanto riceve attenzione specifica anche all'interno della legislazione consumeristica, ora sotto il profilo della sicurezza e sviluppo della sua personalità, ora sotto il profilo della capacità di autodeterminarsi nelle scelte economiche.

Accanto a detta condizione di vulnerabilità si afferma, in capo al minore ultraquattordicenne, una nuova forma di capacità, che, seppure limitata a specifiche attività (in particolare al rilascio del consenso al trattamento dei dati personali in relazione all'offerta dei servizi della società dell'informazione diretta ai minori), consente a quest'ultimo di avere nell'ambiente digitale maggiori spazi di autonomia. Un minore di età dunque "capace" (di esprimere in autonomia il consenso al trattamento dei propri dati personali), ma al contempo fragile, per la realizzazione del cui (superiore) interesse⁹ gli

ché alla Raccomandazione del 2018 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle linee guida per rispettare, proteggere e realizzare i diritti dei minori nell'ambiente digitale). Si considerino inoltre i vari strumenti di incentivo alle politiche a tutela dei minori, quali per esempio il Libro bianco Media e Minori 2.0, elaborato dall'AGCOM; il Documento elaborato dal Gruppo di lavoro sulla tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione, attivato nell'ambito della Consulta delle associazioni e delle organizzazioni, istituita e presieduta dall'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza.

⁸ LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *Contr. impr.*, 2009, p.107.

⁹ Il «superiore (o preminente) interesse del minore», solennemente proclamato nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3, par. 1), nonché affermato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 24, par. 2) è asceso "a valore apicale di sistema" divenendo "il nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile (Cfr. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 407). A partire dalla Convenzione di New York il principio ha assunto una portata generale divenendo, sia pure nella sua accezione ambigua, criterio guida del legislatore e dell'interprete in tutte le questioni che riguardano i soggetti minori di età, determinando peraltro una valorizzazione crescente degli interessi di questi ultimi da parte dell'ordinamento interno, convenzionale ed europeo. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148; ID, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87), LAMARQUE, *The best interests of the child*, in *Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (a cura di), AA.VV., La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.*

attuali strumenti di diritto privato non appaiono sufficientemente adeguati: non si rivela infatti idoneo lo strumento del consenso (al trattamento dei dati personali), sia per la difficoltà tecnica di accertare l'età anagrafica degli utenti, sia perché non garantisce di fatto una piena autodeterminazione informativa; né l'attuale paradigma rimediabile incentrato essenzialmente sulla riparazione del danno¹⁰. A fronte inoltre della diffusa attività contrattuale, sia nel mondo digitale che in quello tradizionale, messa in atto dai soggetti infradiciotenni appare, con riferimento ai soggetti capaci di intendere e di volere, sempre più anacronistica e incoerente la categoria dell'incapacità legale di agire.

Allo scenario appena descritto si aggiungono lacune nel sistema normativo attuale, in particolare con riguardo a quei rischi, di natura più complessa, che hanno un impatto sociale nel medio-lungo periodo. Così: il rischio che deriva dalla profilazione dei minori di età ai fini commerciali, in relazione al quale il Regolamento Generale sulla protezione dei dati personali (d'ora in poi anche GDPR)¹¹ non detta disposizioni chiare ed efficaci; il rischio legato all'uso improprio dei *social media* e in generale dei dispositivi digitali, dotati di "tecnologia persuasiva", in grado di attirare sempre più l'attenzione dell'utente, per orientarne il comportamento, sino talvolta a determinare forme più o meno gravi di dipendenza, con danni alla salute psichica e fisica dello stesso. Tali generi di lacune pregiudicano senza dubbio il principio di effettività¹² della tutela del minore nello spazio digitale.

Nondimeno, il recente avvento del virus Covid-19 e le conseguenti misure preventive di isolamento sociale, adottate al fine di

Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione, 2019, p. 151; ID, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*.

¹⁰ BIANCA, *Il minore e i nuovi media* in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età*, Pisa, 2019, p. 167

¹¹ Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che abroga la direttiva n. 95/46/CE, indicato spesso con l'acronimo GDPR.

¹² VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.

contenere la diffusione della pandemia, hanno reso l'uso dei mezzi di comunicazione digitale imprescindibile, ma al contempo aumentato l'esposizione dei minori di età ai relativi rischi, inducendo altresì i bambini più giovani all'uso di strumenti di *social networking*, all'utilizzo dei quali non risultano sempre sufficientemente preparati, non tanto sotto il profilo tecnologico, ma piuttosto sotto quello emotivo e valoriale. Peraltro, la previsione legislativa di una soglia di età per iscriversi ai diversi siti di socializzazione viene di rado presa in considerazione dai genitori e di fatto non impedisce l'accesso ai minori più giovani che, con disinvoltura, aggirano i limiti, dichiarando una età falsa.

Una complessità che, per essere affrontata efficacemente, richiede un approccio proattivo e olistico che preveda il coinvolgimento e la responsabilizzazione di tutte le parti interessate della società civile¹³, non solo degli esercenti la responsabilità genitoriale (nonché di qualsiasi altra persona adibita alla cura dei minori di età) e dei minori stessi, ma altresì dei sistemi socio-educativi, delle istituzioni pubbliche e delle imprese commerciali, oltre che della comunità scientifica, a cui si demanda il compito di approfondire e chiarire l'impatto della tecnologia sul benessere della persona fisica.

2. *L'autonomia dei "grandi minori" nell'ambito di un contesto digitale sostenibile.*

2.1. *Sulla inadeguatezza della categoria dell'incapacità legale di agire.*

Gli atti compiuti dal minore di età nella rete sono presi in considerazione da due diversi ordini di norme: quello che concerne la disciplina della capacità legale di agire e quello relativo alle norme sulla *privacy*, che disciplinano la capacità di prestare il consenso al trattamento dei dati personali. Per il nostro ordinamento, in base alla

¹³ Come del resto chiarito nelle Linee Guida adottate nell'ambito della Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2018 (*Recommendation CM/Rec(2018)7 of the Committee of Ministers to member States on Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment*). Vedi inoltre il Libro Bianco "*Media e minori. 2.0. Review*", a cura della Autorità per le garanzie delle comunicazioni, p. 12, consultabile sul sito www.agcom.it.

lettura tradizionale delle disposizioni codicistiche (art. 2 c.c.) il soggetto prima del compimento del diciottesimo anno di età si considera incapace di agire. Tale incapacità, prevista in funzione protettiva del soggetto debole¹⁴, secondo la lettura evolutiva che è stata nel tempo offerta dalla dottrina, s'intende oggi confinata nell'ambito degli atti di natura patrimoniale, riconoscendosi al minore, capace di discernimento¹⁵, la capacità di autodeterminarsi nelle scelte che incidono sulla propria sfera personale¹⁶. Si consideri, tuttavia, come da tempo la dottrina riconosca al minore, capace di discernimento, la possibilità di compiere i cosiddetti atti minuti della vita quotidiana, nella misura in cui al compimento dell'atto (patrimoniale) da parte del minore non si ritiene debba necessariamente collegarsi l'invalidità dello stesso¹⁷; in prospettiva ulteriormente evolutiva, tale capacità di

¹⁴ FALZEA, *Capacità (Teoria generale)*, VI, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 8

¹⁵ Intendendosi con tale espressione la maturità di giudizio, di cui si può essere dotati in diverse età, prima del compimento del diciottesimo anno, ma che deve essere accertata in concreto nella sua esatta consistenza. Cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, spec. pp. 374-377.

¹⁶ Fra i molti autori che, per il tramite degli artt. 2, 3 e 30 Cost., riconoscono il minore come soggetto titolare di diritti fondamentali, altresì capace di esercitarli, si veda: BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, Artt. 29-34, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, pp. 104-108; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, cit., spec. pp. 332 e p. 346; ID., *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, pp. 450 ss.; GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1977, pp. 1358 ss.; PERLINGIERI, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, pp. 23 ss.; BUSNELLI, *Capacità ed incapacità del minore di agire*, cit., pp. 59 ss.; QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, p.83; RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, p. 59 ss.; ID. *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Artt. 315-319*, in *Codice civile. Commentario*², fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2006, pp. 41 ss.; LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per un diritto dei minori*, Milano, 2005, pp. 57-62. Nella dottrina straniera un contributo importante nella configurazione giuridica del minore nella sua globalità è offerto da CARBONNIER, *Droit civil*⁸, I, *Introduction. Les personnes*, cit., p. 446.

¹⁷ In tal senso RUSCELLO, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.*, 2000, p. 71; STANZIONE, *I contratti del*

autodeterminazione si ritiene estesa anche agli atti della vita corrente di natura patrimoniale, qualificati come “identitari”, in quanto “diretti a soddisfare interessi della vita sociale, strettamente attinenti alla dimensione identitaria della persona, i quali variano in ragione dell’età e della condizione esistenziale”¹⁸. In realtà proprio in relazione ai rapporti di consumo che vedono come parte il soggetto infradiciottenne – sempre più numerosi nella realtà fattuale, nel mercato digitale e tradizionale, in relazione ai beni correnti della vita quotidiana – si registra un’incongruenza del nostro sistema¹⁹ che, da un lato, ritiene non validamente concluso il contratto concluso dall’incapace di agire, pur capace di discernimento, e dall’altro lato ammette che, quale consumatore, lo stesso possa compiere in autonomia scelte economiche, ricevendo al riguardo una protezione rafforzata rispetto al “consumatore medio”²⁰. L’istituto della incapacità di agire risulta effettivamente incoerente riguardo al minore capace di discernimento, quanto meno in relazione agli atti correnti della vita quotidiana, in un sistema sempre più orientato a guidarlo verso l’autonomia e che in ogni caso gli riconosce una “capacità econo-

minore, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1237; sull’argomento vedi le riflessioni critiche e in prospettiva comparatistica di CINQUE, *Il minore contraente*, Padova, 2017, spec. pp. 98 ss.

¹⁸ SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, p. 31 ss., il quale osserva come il diritto non possa rimanere insensibile al cospetto di “una complessa fenomenologia di rapporti di consumo che vedono come parte un soggetto non ancora maggiorenne” e come in relazione a questa attività di carattere patrimoniale non possa più sostenersi l’assoluta incapacità di agire del soggetto minore di età (SENIGAGLIA, *Minore età e contratto*, cit., p.11). Nel senso di ritenere il minore capace di porre in essere gli atti di ordinaria amministrazione vedi DI SABATO, *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore*, in Rossi (a cura di), *Capacità e incapacità*, Napoli, 2018, p. 98, la quale propone tale soluzione argomentando dalla disciplina dell’amministrazione di sostegno di cui alla legge 9 gennaio 2004, n. 6.

¹⁹ DI SABATO, *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore*, cit., p. 87.

²⁰ Così per es. l’art. 26 cod. cons, nel qualificare come scorrette le pratiche commerciali «che includono nei messaggi pubblicitari un’esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri soggetti ad acquistare i prodotti reclamizzati» riconosce che parte del rapporto di consumo possa essere anche un soggetto minorenni.

mica”. Al fine infatti di valorizzare e favorire lo sviluppo dell’auto-nomia e della personalità del minore occorre rimeditare tale categoria individuando in altra sede gli adeguati strumenti di protezione.

2.2 *Il consenso digitale del minore di età al trattamento dei propri dati personali*

L’art. 8, paragrafo 1, del GDPR prevede che “per quanto riguarda l’offerta diretta dei servizi della società dell’informazione ai minori”²¹ il trattamento di dati personali del minore è lecito ove questi abbia compiuto almeno 16 anni. Il legislatore italiano, nell’adeguare il Codice della *privacy* interno²², avvalendosi della deroga prevista dal regolamento europeo di fissare un’età diversa, non inferiore comunque ai 13 anni, ha abbassato la soglia minima per esprimere, in autonomia, il cd. consenso digitale a 14 anni, presumendo quindi come acquisita, al raggiungimento di detta età, la capacità di discernimento. Al di sotto della suddetta soglia il consenso al trattamento è lecito, a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale. Il paragrafo 2 dell’art. 8 del regolamento prevede che “il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili”. Tuttavia, non indica le modalità per procedere all’accertamento dell’età anagrafica, che resta tutt’ora un problema aperto, specie con riguardo all’iscrizione ai *social networks*. Le relative piattaforme, infatti, pur prevedendo il limite di età²³, di fatto non svolgono alcuna attività di verifica, si affidano alla

²¹ Per servizi della società dell’informazione diretti ai minori s’intendono quelli che consentono ai minori di iscriversi ai *social networks*, alla posta elettronica, alle *newsletter*, ad alcune banche dati, ecc., IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 622.

²² Il Codice in materia di protezione dei dati personali (più noto come “Codice della privacy”), emanato con d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, è stato integrato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del reg. n. 2016/679/UE.

²³ Sulla base di quanto previsto dalla normativa federale statunitense ed in particolare dal *Children’s Online Privacy Protection Act* del 1998, la maggior parte

mera dichiarazione offerta dall'utente, consentendo in questo modo l'accesso anche ai cd. piccoli minori (compresi quelli in fasce di età molto basse)²⁴, i quali non sono preparati dal punto di vista emotivo e valoriale, né in grado di comprendere e decifrare la complessità di alcuni contenuti e linguaggi, pubblicati e utilizzati da minori appartenenti ad una fascia di età superiore²⁵.

L'esigenza di rafforzare la tutela del minore ha spinto il legislatore europeo (cons. 59) e quello interno, in sede di recepimento del regolamento, a specificare che il linguaggio utilizzato dal titolare del trattamento al momento della raccolta del consenso del minore debba essere "chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significa-

dei *social networks*, che hanno sede negli Stati Uniti (*Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, *Snapchat*), ha fissato l'età per accedere (anche autonomamente) alle piattaforme a 13 anni.

²⁴ Il tema ha assunto una tragica attualità recentissimamente a causa della morte per asfissia di una bambina di 10 anni, apparentemente legata alla partecipazione ad una "prova di abilità" proposta e diffusa nell'ambito del *social network Tik Tok*, divenuto molto popolare fra i giovani e che in particolare consente di creare, commentare e condividere brevi video. L'episodio ha condotto ad un intervento d'urgenza dell'Autorità garante per la *privacy*, che ha disposto nei confronti dei gestori della piattaforma il blocco del trattamento dei dati personali degli utenti in relazione ai quali non fosse possibile verificare, con ragionevole certezza, l'età anagrafica. Ne è derivata una negoziazione con la piattaforma che avrebbe portato nel breve periodo la stessa a chiudere l'accesso a tutti gli utenti per poi riconsentirlo previa dichiarazione dell'età. Nel lungo periodo la piattaforma si sarebbe impegnata tuttavia ad individuare e proporre soluzioni per identificare l'età minima degli utenti, anche basandosi sulle tecniche consentite dall'intelligenza artificiale. Si tenga presente che il Garante per la *privacy* aveva, già da prima della drammatica vicenda, avviato un procedimento nei confronti di *Tik Tok* proprio per la scarsa attenzione dedicata alla tutela dei minori. Era stata infatti contestata la facilità con la quale fosse aggirabile il divieto, previsto dalla stessa piattaforma, di iscriversi per i minori sotto i 13 anni; la poca trasparenza e chiarezza nelle informazioni rese agli utenti; nonché l'uso di impostazioni predefinite non rispettose della *privacy*.

²⁵ Nell'accedere a determinati *social* il minore può infatti imbattersi in testi pubblicati da adolescenti che richiedono una certa maturità cognitiva per essere compresi ed elaborati nella loro complessità (si pensi ai racconti di vissuti inquietanti, quale può essere per esempio il racconto sull'esperienza di un tentativo di suicidio).

tivo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi" (art. 2 *quinquies* del Codice della *privacy*). In merito all'efficacia del consenso, sia pure condizionato dall'adempimento di tali obblighi, a garantire un'adeguata protezione del soggetto minorenni possono avanzarsi dubbi²⁶. Da un lato non si ritiene che l'utente sia in grado di realizzare quell'autodeterminazione informativa astrattamente riconosciutagli dall'ordinamento, a causa della opacità dei processi di raccolta e di elaborazione dei dati personali, attraverso l'impiego delle tecnologie avanzate (es. *predictive analytics*, *data mining*, *data science*); dall'altro lato tale consenso non sarebbe comunque libero, ma di fatto "imposto" quale condizione per accedere al servizio offerto²⁷.

La regola del consenso lascia in ogni caso impregiudicate le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione e l'efficacia di un contratto rispetto ad un minore (art. 8, par. 3, del GDPR). La norma ha sollevato alcuni dubbi interpretativi - specie con riguardo all'atto di iscrizione del minore ad un sito di socializzazione - che rimandano al dibattito sulla natura negoziale del consenso al trattamento dei dati personali. In base ad un'interpretazione letterale della norma si evince l'intenzione del legislatore di mantenere distinto il consenso negoziale agli atti a contenuto strettamente patrimoniale dal consenso al trattamento dei dati personali, con cui si esercitano diritti

²⁶ Sulla insufficienza del modello di tutela basato soltanto sul consenso Cfr. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 82; GAMBINO, *Big data e fairness. Il ruolo delle authorities*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 298; POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in Mantelero e D. Paoletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, p. 12; CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in DIMT, 25 gennaio 2017, consultabile su <https://www.dimt.it/index.php/it/la-rivista/16175-il-consenso-al-trattamento-dei-dati-personali-tra-nuovo-regolamento-europeo-gdpr-e-analisi-comportamentale-iniziali-spunti-di-riflessione>, spec. pp. 13-14 ss.; FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 3 ss.

²⁷ BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 251 ss.

fondamentali²⁸. Tale interpretazione, che porta a configurare il consenso al trattamento dei dati come atto di natura autorizzatoria, mira a fugare il timore che si degradi un diritto della personalità a mero interesse economico. La possibilità, tuttavia, di uno sfruttamento economico del dato personale²⁹, attraverso i metodi di analisi avanzata, che farebbe del dato un bene in senso giuridico, oggetto di disposizione, ha portato invece buona parte della dottrina³⁰ a riconoscere natura contrattuale all'accordo fra gestore del *social network* e l'utente che, per accedere alla piattaforma, concede al primo la possibilità di sfruttare economicamente i propri dati³¹. Tale prospettiva

²⁸ LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, p.116; NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 50; CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, 2018, in *Jus civile*, p. 836.

²⁹ Si tenga in particolare conto come grazie ai sistemi algoritmici predittivi sia ormai possibile prevedere con estrema precisione i comportamenti degli utenti profilati e pertanto realizzare pubblicità mirate e individuali che si rivelano particolarmente proficue. Cfr. sul punto CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *Diritto Mercato e Tecnologia*, 2017, p. 4.

³⁰ Cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, p. 88; RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, in Cuffaro, D'Orazio e Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 55, il quale osserva come il consenso al trattamento dei dati personali non deve ritenersi prestato soltanto "in vista o in occasione dell'ottenimento di un servizio o di un bene da parte del titolare [...], ma proprio in ragione dell'ottenimento di un servizio o di un bene da parte del titolare e pertanto in una prospettiva di scambio". Nello stesso senso SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., p. 84, per il quale il legislatore europeo, nell'attribuire al minore ultraquattordicenne la capacità di prestare il consenso al trattamento dei dati personali abbia inevitabilmente riconosciuto in capo allo stesso la capacità di disporre anche dei propri interessi patrimoniali, avuto riguardo proprio alla matrice patrimonialistica dell'atto di trasferimento dei propri dati personali, configurato secondo l'a. quale "controprestazione" del servizio digitale ricevuto.

³¹ A tali conclusioni si è del resto giunti ripercorrendo le riflessioni già svolte in merito al tema della qualificazione giuridica degli atti dispositivi del consenso per lo sfruttamento degli elementi evocativi della personalità (quali il nome e l'immagine), caratterizzati anch'essi dalla peculiare natura personale ("identitaria") dei beni oggetto di disposizione. Cfr. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 7; ID., *I diritti della personalità*, in Alpa e Resta (a

è stata, peraltro, accolta dalla giurisprudenza più recente³², che ha riconosciuto la possibilità di uno sfruttamento economico nell'ambito delle piattaforme digitali, in particolare affermando come i dati personali possano costituire "asset disponibile in senso negoziale, suscettibile di sfruttamento economico e, quindi, idoneo ad assurgere alla funzione di controprestazione in senso tecnico di un contratto".

Seguendo tale intendimento il minorenni autorizzato a rilasciare il consenso per il trattamento dei dati personali si riterrebbe munito di capacità contrattuale, sia pure speciale³³, la quale non andrebbe comunque ad incidere sulle disposizioni generali in tema di validità del contratto. Ne consegue, dal punto di vista pratico, a prescindere dall'accoglimento o meno dalla prospettiva negoziale, che il soggetto minorenne non può concludere autonomamente un contratto con le piattaforme digitali avvalendosi di tutte le altre possibilità (all'infuori dell'iscrizione al sito) offerte da queste ultime.

Al di là di tali considerazioni, il riconoscimento ai c.d. grandi minori di una "capacità digitale", benché si riveli in concreto funzionale alle esigenze dell'economia digitale, *in primis* agli interessi

cura di), *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2006, p. 664 e *passim*; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.

³² TAR Lazio, Sez. I, sentenza 18 dicembre 2019 (10 gennaio 2020=, n. 260, consultabile sul sito <https://canestrinilex.com/risorse/facebook-viola-i-dati-personali-tar-lazio/>. Il TAR ha in particolare aderito alla decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha ritenuto ingannevole ai sensi degli artt. 21 e 22 codice del consumo la condotta con cui le società *Facebook Ireland Ltd. e Facebook Inc.* hanno omesso di fornire informazioni agli utenti, in sede di registrazione ai *social network*, in grado di far comprendere agli stessi che, a fronte del "claim" di "gratuità" del servizio, la raccolta e l'utilizzo dei dati sarebbero avvenuti per finalità commerciali. Si tenga presente tuttavia che il Consiglio di Stato, con sentenza 29 marzo 2021, n. 2631, pur confermando tale decisione non ha espressamente riconosciuto la configurabilità del trattamento dei dati personali come corrispettivo del servizio. La questione non è stata in ogni caso giudicata rilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina consumeristica. Dall'aver infatti reso possibile lo sfruttamento economico dei propri dati personali, sia pure inconsapevolmente, discende per l'utente la qualifica di consumatore e l'applicabilità quindi della disciplina consumeristica, che, anche per il Consiglio di Stato, deve ritenersi affiancata a quella relativa alla protezione dei dati personali.

³³ RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 56.

delle imprese di settore e dei fornitori dei servizi digitali che vedono allargata la base di liceità del trattamento dei dati³⁴, è indubbiamente in linea con altre norme dell'ordinamento che attribuiscono al minore quattordicenne la possibilità di esercitare autonomamente alcuni diritti³⁵; in ogni caso è coerente con l'attuale contesto normativo (internazionale e interno), giurisprudenziale e dottrinario, che ha lasciato progressivamente emergere il diritto all'autodeterminazione del minore di età³⁶, capace di discernimento, nell'ambito della sfera

³⁴ M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, in Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età*, Pisa, 2019, p. 156; BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in Finocchiaro (diretto da), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017, p. 169; IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 622.

³⁵ Così per esempio l'art. 2 della legge 29 maggio 2017, n. 71, «Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo», prevede che ciascun minore che abbia compiuto 14 anni (nonché ciascun genitore o esercente la responsabilità genitoriale) e che abbia subito atti di cyberbullismo, possa inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del social media, un'istanza per l'oscuramento, la rimozione, il blocco dei contenuti oggetto delle condotte aggressive avvenute *on line*. Si veda in argomento DI PORTO, *Il consenso digitale del minore dopo il decreto GDPR 101/2018*, consultabile su <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/il-consenso-digitale-del-minore-dopo-il-decreto-gdpr-101-2018/>; ASTONE, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr impr.*, 2019, p. 623.

³⁶ Il diritto all'autodeterminazione del minore è stato ufficialmente riconosciuto, prima sul piano internazionale, attraverso la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176, quindi confermato sul piano sovranazionale nell'art. 24 della Carta di Nizza ed infine convalidato, come principio generale, nel nostro ordinamento, nell'ambito della riforma della filiazione del 2012 e 2013, con la quale si generalizza nel nostro ordinamento il principio della partecipazione diretta del minore, capace di discernimento «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (art. 315-bis, co. 3). Sul tema del diritto del minore di essere ascoltato cfr. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 115 ss.. L'affermazione di tale diritto si riflette nella relazione genitori figli, ridefinita in termini dialogici e secondo quella visione «puerocentrica» dei rapporti familiari (RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, in *Nuova Giur.civ. comm.*, 2015, p. 717 ss.) che è essenzialmente tesa a realizzare il «superiore interesse del minore» e pertanto a promuovere lo sviluppo

personale e, in certi casi, anche in quella patrimoniale. Nondimeno non può tacersi come i nuovi mezzi di comunicazione digitale siano diventati i principali strumenti di socializzazione e di realizzazione della personalità del singolo, attraverso i quali gli utenti fin da giovani costruiscono la propria esistenza ed identità³⁷ ed esercitano una serie di diritti fondamentali³⁸, previsti e tutelati dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

2.3. Il ruolo della famiglia, delle istituzioni scolastiche e dei servizi socio-educativi.

In considerazione del fondamentale ruolo che gli strumenti digitali rivestono nel nostro sistema e delle opportunità³⁹ che derivano dal loro impiego, anche per i soggetti minori di età, risulta indispensabile la edificazione di un sistema che, pur tenendo conto delle istanze legate alla circolazione dei dati, sappia garantire un'adeguata tutela dei soggetti deboli, favorendo al contempo lo sviluppo della loro capacità di autodeterminazione. In questa prospettiva si rendono dunque indispensabili azioni preventive, volte, in primo luogo, alla responsabilizzazione degli utenti, attraverso processi di carattere educativo, da attuare mediante un approccio olistico e personalistico,

e il benessere del figlio minore e a formarne l'identità personale. Cfr. SENIGAGLIA, *La semantica giuridica della responsabilità genitoriale*, in Marescotti e Thiene (a cura di), *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 10, n. 15-16, 2018, p. 11 ss.

³⁷ M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, cit., p. 150

³⁸ Così la libertà d'espressione (art. 13), la libertà di associazione e di riunione pacifica con i propri coetanei (art. 15), il diritto di accedere all'informazione (art. 17), il diritto di impegnarsi in attività ludiche e ricreative adeguate alla sua età (art. 31)

³⁹ Si pensi alle diverse opportunità di apprendimento, alla possibilità di sperimentare le proprie capacità creative nel creare e condividere i contenuti, di svolgere attività ludiche e sociali, nonché di impegnarsi dal punto di vista civico (volontariato, attivismo, ecc.). Le piattaforme sociali permettono infatti agli adolescenti di creare e connettere comunità, di realizzare *blog*, di influenzare anche i coetanei su importanti questioni sociali.

che tenga conto delle diversità socio-economiche, culturali e cognitive degli utenti e sia orientato a favorire un uso responsabile, critico e creativo, delle risorse della rete.

L'utente, fin da molto giovane, deve acquisire la consapevolezza del valore identitario dei dati personali e delle conseguenze legate ad un uso improprio degli stessi, da cui possono derivare lesioni importanti alla sfera personale (propria e di terzi). I primi attori chiamati a svolgere la funzione educativa sono gli esercenti la responsabilità genitoriale. Sugli stessi ricade il compito di educare, vigilare e curare la prole, nell'ambito di una relazione dialettica che ne favorisca l'accrescimento dell'autonomia. Il contenuto dell'educazione, non definito da alcuna norma e variabile in funzione del contesto socio-economico e culturale, deve arricchirsi in ogni caso della dimensione digitale, non tanto riferita all'acquisizione di abilità e competenze informatiche, ma all'uso consapevole e critico degli strumenti digitali.

Nell'esercizio di tale funzione il genitore è per esempio tenuto ad accompagnare il minore alla comprensione delle condizioni contrattuali dei siti di socializzazione al fine di compiere scelte consapevoli sulle impostazioni di *privacy* più rigorose⁴⁰ e, una volta iscritto al sito, alla gestione consapevole dei dati personali (propri e altrui) e al costante controllo della conformità della propria identità digitale alla (propria) attuale identità personale (c.d. identità dinamica dell'interessato)⁴¹. Di fronte al minore capace di discernimento i doveri/poteri di vigilanza richiesti dalla responsabilità genitoriale si affievoliscono per lasciare spazio alle sue istanze di libertà e autonomia, che presuppongono il rispetto della sua sfera privata; tuttavia esigenze

⁴⁰ THIENE, *Gioventù bruciata online: quale responsabilità per i genitori?*, in Annoni e Thiene (a cura di), *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, Napoli, 2019 p. 52

⁴¹ Al riguardo si consideri l'importanza dell'art 17 del GDPR ai sensi del quale «'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali». Sul tema vedi DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 353 ss.

specifiche possono far riesperire i poteri genitoriali, finanche a determinare un'ingerenza nella sfera personale dei figli (minorenni), per rendere del resto possibile l'adempimento degli obblighi gravanti sui genitori in funzione dello stesso interesse di questi ultimi⁴². Particolari circostanze possono infatti richiedere anche l'accesso ai loro dati digitali, con finalità di protezione (dei figli e dei terzi)⁴³.

Il processo di responsabilizzazione deve altresì coinvolgere, attraverso un'alleanza con le persone adibite alla cura dei minori, i sistemi scolastici⁴⁴ ed educativi; questi ultimi dovranno farsi promotori di iniziative formative⁴⁵ rivolte anche ai genitori (o comunque

⁴² DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 796

⁴³ L'attribuzione di una maggiore autonomia ai grandi minori nel contesto digitale porta inoltre in rilievo il problema dei confini della responsabilità genitoriale in relazione all'uso che gli stessi soggetti fanno dello spazio virtuale, nonché quello del fondamento della responsabilità civile dei genitori *ex art.* 2048 c.c., in relazione agli illeciti compiuti dai figli minorenni attraverso la rete. Sull'argomento si rinvia a CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, 2018, in *Jus civile*, p. 843-846; GARACI, *La "capacità digitale" del minore nella società dell'informazione. Riflessioni sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale fra esigenze di autonomia e di protezione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, p. 76 ss. Sul tema della responsabilità genitoriale per gli illeciti compiuti dai figli nella rete si vedano inoltre le analitiche riflessioni di THIENE, *Ragazzi perduti online: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1618.

⁴⁴ Al riguardo si segnala come la legge n. 92 del 2019 sull' "Introduzione dell'insegnamento scolastico dell'educazione civica", introduca come branca dell'educazione civica proprio l'educazione digitale, con l'obiettivo di far apprendere agli studenti specifiche abilità nello sfruttamento delle potenzialità che offrono le nuove tecnologie, ma anche di promuovere la sensibilizzazione e responsabilizzazione dell'utente nell'uso delle comunicazioni virtuali. Diventa essenziale in questa fase il monitoraggio su come tale educazione verrà in concreto impartita, per l'implementazione della quale risulterà fondamentale il contributo delle Autorità garanti (in particolare il Garante per l'infanzia e l'adolescenza).

⁴⁵ Nella direzione di favorire l'alfabetizzazione mediatica, quindi l'uso consapevole e critico dei nuovi media si pone certamente la l. 71/2017 sul *cyberbullismo* che prevede strategie preventive e informative attraverso il coinvolgimento della famiglia e dei servizi socio-educativi presenti nel territorio in sinergia con la scuola. Sulla necessità e l'urgenza di favorire una più stretta collaborazione fra la famiglia e la scuola, unitamente alle formazioni sociali coinvolte nei percorsi educativi dei bambini e adolescenti, si veda THIENE, *Gioventù bruciata online: quale*

alle persone adibite alla cura dei soggetti minori di età), specialmente laddove se ne individui la necessità. Al fine di ridurre il rischio di un ampliamento delle disuguaglianze esistenti nella società o della nascita di ulteriori divisioni sociali rivestono un ruolo chiave i diversi strumenti di sostegno alla genitorialità⁴⁶, attraverso il supporto dei servizi sociali, in particolare con riferimento alle famiglie che si trovano in contesti disagiati, la cui vulnerabilità è maggiormente avvertita.

2.4. *I controlli interni nel settore dei servizi della società dell'informazione. Verso un maggiore impiego della "tecnologia conformata".*

responsabilità per i genitori?, cit., p. 41 ss.. Il tema del complesso rapporto fra Scuola e Famiglia nella prospettiva di fondarlo sul dialogo, la collaborazione e la fiducia è analiticamente trattato, in chiave multidisciplinare, nel volume a cura di Marescotti e A. Thiene, *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, cit.

⁴⁶ Gli interventi di sostegno alle famiglie in condizioni di vulnerabilità, orientati a migliorare sia la salute fisica e psicologia dei bambini in situazioni di svantaggio, sia le competenze genitoriali e in generale il funzionamento familiare, si rivelano peraltro fondamentali nel prevenire l'allontanamento dei bambini dalle loro famiglie di origine. Del resto, la realizzazione delle politiche di sostegno alle famiglie che versano in situazioni di vulnerabilità rientra fra gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile definiti nell'Agenda per lo Sviluppo Sostenibile del 2030, nonché nei principi contenuti nel Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, ed è stata fatta oggetto di alcune specifiche Raccomandazioni (Raccomandazione R (2006)19 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa alle politiche di sostegno alla genitorialità, adottata dal Comitato dei Ministri il 13 Dicembre 2006; Raccomandazione della Commissione del 20 febbraio 2013, *Investire nell'infanzia per spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale* (2013/112/UE). Sulla configurazione di un diritto sociale del minore al sostegno familiare Cfr. DOLAN e ZEGARAC e ARSIC, *Family Support as a right of the child*, in *Social Work & Social Sciences Review* (21), 2, 2020, p. 8 ss.. Per una puntuale ricostruzione del quadro socio-normativo delle azioni a sostegno delle famiglie che versano in condizioni di vulnerabilità vedi THIENE, *Famiglie vulnerabili e allontanamento dei bambini. Note a margine della L. 29 Luglio 2020, n. 107. In attesa di una riforma necessaria*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2021, p. 33 ss. Nell'ottica di approfondire in chiave multidisciplinare il tema del sostegno alla genitorialità, quale sistema di prevenzione e tutela dei minori di età si veda MILANI, *Educazioni e famiglie. Ricerche e nuove pratiche per la genitorialità*, Roma, 2018.

Il problema della tutela dell'autodeterminazione del minore di età nel contesto digitale non può essere affrontato soltanto nell'ambito familiare, sia pure con il sostegno delle istituzioni educative e scolastiche, ma piuttosto attraverso un sistema integrato di protezione, che coinvolga più attori, pubblici e privati, e si inserisca in una strategia di sviluppo sostenibile orientata a favorire l'accesso e l'inclusione⁴⁷ dei minori di età in ambienti digitali sicuri, che pertanto non può prescindere da un intervento sull'architettura dei poteri digitali, sul *design* del code e delle funzionalità tecnologiche degli spazi di comunicazione⁴⁸.

In questa direzione si pongono la serie di interventi legislativi e giurisprudenziali volti a delineare un sistema efficace di controlli interni nel settore dei servizi della società dell'informazione e dei trattamenti automatizzati da parte degli operatori professionali⁴⁹ attraverso l'impiego di "tecnologia conformata" in grado di prevenire, già a livello tecnico, i comportamenti vietati⁵⁰. L'opzione legislativa (e giurisprudenziale) di volgere verso una maggiore responsabilizzazione degli *Internet service providers*⁵¹, ai quali è peraltro già im-

⁴⁷ Fra gli obiettivi messi in luce dalla Commissione Europea nella Comunicazione 2020, "Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM (2010) 2020 vi è in particolare quello di promuovere l'accesso a internet e il suo uso da parte di tutti i cittadini europei, in particolare mediante azioni a sostegno dell'alfabetizzazione digitale e dell'accessibilità. La questione del *digital divide*, ossia il divario esistente fra i soggetti che hanno effettivo accesso alle tecnologie informatiche e i soggetti che trovandosi in condizioni o contesti svantaggiati (per motivi di salute, di età, di cultura, di contesto socio-economico) hanno una maggiore difficoltà o ne sono addirittura esclusi, oggi riguarda prevalentemente le modalità di accesso in ragione delle diverse competenze e abilità digitali di cui possono essere dotati gli utenti.

⁴⁸ MAESTRI, *L'identità perduta*, Internet of things, smart devices e privacy dei minori sul web, in Annoni e Thiene (a cura di), *Minori e privacy. La tutela dei dati personali dei bambini e degli adolescenti alla luce del Regolamento (UE) 2016/679*, Napoli, 2019, p. 32

⁴⁹ GAMBINI, *Intelligenza artificiale e diritto – Algoritmi e sicurezza*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1657 ss.

⁵⁰ MANTELERO, *Regole tecniche e regole giuridiche: interazioni e sinergie nella disciplina di internet*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 672.

⁵¹ Per un'attenta e analitica ricostruzione della disciplina (interna ed europea) relativa alla responsabilità civile degli *Internet service providers*, alla luce delle

posta l'adozione di idonei sistemi di filtraggio in relazione ai contenuti inappropriati (materiale pornografico, linguaggio che incita all'odio o alla violenza) e allo svolgimento di giochi e scommesse *on line*, rappresenta un tassello importante nella costruzione di uno spazio digitale sicuro per il minore. La Proposta di Regolamento sul "mercato unico dei servizi digitali" del 15.12.2020 (c.d. *Digital Services Act*)⁵² prevede nuovi obblighi e responsabilità per le piattaforme digitali in relazione ai contenuti che ospitano e in particolare specifiche disposizioni per le piattaforme *on line* di dimensioni molto grandi, con lo scopo di migliorare, in tutta l'Unione europea, la sicurezza *on line* degli utenti – compresi quelli vulnerabili, quali i minori – e la protezione dei loro diritti fondamentali.

La prospettiva della tutela preventiva e della progettazione *by design* è stata accolta nell'ambito del GDPR, nel quale si prevede la responsabilizzazione del titolare e del responsabile del trattamento dei dati⁵³, chiamati ad una serie di adempimenti, fra i quali la preventiva valutazione dei rischi di violazione dei diritti e delle libertà fondamentali, fin dalla fase di progettazione dei prodotti e dei servizi (*privacy by design*, art. 25) e l'adozione di una serie di misure tecni-

interpretazioni evolutive della dottrina e della giurisprudenza, si veda D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell'hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 2020, p. 108 ss.

⁵² Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, COM(2020) 825 final del 15 dicembre 2020.

⁵³ Allo stesso titolare è poi richiesto un monitoraggio continuo e l'obbligo di formalizzare e rendicontare, in base al principio dell'*accountability*, che rappresenta una delle principali novità del GDPR, che, diversamente dalla Direttiva abrogata, è prevalentemente incentrato sulla valutazione dei rischi e delle relative attività e sulle misure di sicurezza, tecniche ed organizzative da adottare. Cfr. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in Cuffaro e Orazio e Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 65; FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss. Sul principio dell'*accountability* vedi anche CARLEO, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, p. 359.

che e organizzative per la sicurezza dei dati (quali la pseudonimizzazione e la minimizzazione dei dati). Si tratta di criteri⁵⁴ e principi introdotti proprio al fine di realizzare un equo bilanciamento fra il diritto al trattamento dei dati personali, funzionale alle istanze dell'economia digitale, e quello alla protezione dei dati personali, che risponde all'esigenza di tutela della persona fisica. Il Regolamento specifica inoltre le tutele e i rimedi da accordare alle persone fisiche che subiscono la violazione del proprio diritto fondamentale. In particolare è prevista una tutela amministrativa, dinnanzi all'Autorità di controllo ed una giurisdizionale attivabile davanti al giudice ordinario. Per la corretta applicazione di tali criteri è necessaria una giurisprudenza preparata, in grado di garantire l'effettività dei diritti tutelati oltre che la corretta vigilanza da parte delle Autorità competenti. Nel GDPR (cons. 117) è ben precisato che l'Autorità di controllo «è elemento essenziale della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali».

3. *La profilazione dei minori di età per finalità di marketing. La necessità di elaborare nuovi standard di progettazione*

Una delle principali fonti di guadagno per le aziende che operano nel mercato digitale è rappresentata dalla pubblicità, oggi resa ancora più proficua grazie all'impiego delle moderne tecniche di elaborazione dei dati, che consentono di rivolgere il messaggio pubblicitario a specifiche persone in base alle loro caratteristiche individuali. Ciò avviene infatti proprio attraverso il meccanismo della profilazione, definita come “una tecnica di trattamento automatico dei dati che consiste nell'applicare un “profilo” a una persona al fine di

⁵⁴ L'approccio basato sul rischio teso a garantire lo sviluppo della innovazione e della competitività delle imprese, limitando i rischi determinati dalle tecnologie che possono impattare sui valori fondamentali della società e delle persone, è stato del resto adottato nella strategia europea sulla intelligenza artificiale e ben delineato nella recentissima Proposta di regolamento per l'approccio europeo sull'Intelligenza artificiale” (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union, COM (2021) 206 final, 21.4.2021, consultabile sul sito <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence>.)*

prendere decisioni che la riguardano o per analizzarne o prevederne le preferenze, i comportamenti e gli atteggiamenti personali”⁵⁵.

Si comprendono certamente i vantaggi che l’intero processo del *Data Mining*⁵⁶ (dalla raccolta e aggregazione dei dati alla creazione, attraverso i sistemi algoritmici, di previsioni comportamentali) offre all’operatore di *marketing*, ma anche al consumatore che vede ridotto il tempo dedicato alle ricerche di prodotti rispondenti ai propri gusti, interessi e standard. Ne sono tuttavia sempre più evidenti i rischi. Sotto un primo profilo, il rischio per il consumatore di subire pratiche di discriminazione di prezzo⁵⁷, rese possibili proprio dalla grande quantità di dati acquisita dagli operatori, che riescono così a dedurre la “disponibilità a pagare” di ciascun utente; sotto altro profilo, il rischio per l’utente di vedere la propria identità “chiusa in una gabbia costruita da altri”⁵⁸. L’algoritmo, infatti, in un primo momento, attraverso i dati che l’utente rilascia ogni volta che naviga in rete ed accede alle applicazioni, nonché ai servizi (“gratuiti” e non) che gli vengono offerti, crea i profili virtuali cui assegna caratteristiche, abitudini, preferenze e gusti specifici; da tali profili, attraverso i metodi predittivi e statistici, ricava nuove informazioni analitiche che riguardano tendenze o comportamenti ipotetici futuri; in un secondo momento assegna tali profili a identità digitali reali, che poi coincidono con le persone fisiche da cui sono stati tratti i dati⁵⁹, senza che le stesse ne siano consapevoli, data l’opacità del sistema

⁵⁵ Questa definizione è stata adottata nella Raccomandazione CM/Rec (2010)13 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento automatizzato di dati personali nel contesto di attività di profilazione.

⁵⁶ ZARSKY, *Governmental Data Mining and its Alternative*, in *Penn State Law Review*, 2011, Vol. 116, No. 2, consultabile su: <https://ssrn.com/abstract=1983326>.

⁵⁷ MONTINARO, *Il consumatore nei mercati online: la disciplina del commercio elettronico e delle pratiche commerciali scorrette alla prova dell’evoluzione tecnologica*, in Catricalà e Pignalosa (a cura di), *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2020, p. 106.

⁵⁸ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 304.

⁵⁹ CIRONE, *Big data e tutela dei diritti fondamentali: la ricerca di un (difficile) equilibrio nell’ambito delle iniziative europee*, in Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, Firenze, 2020, p. 145.

di profilazione⁶⁰. L'utente si trova quindi attribuita un'identità digitale⁶¹ che, in parte è frutto della sua attività svolta nella rete, oltre che dal comportamento di altri soggetti collegati all'utente stesso⁶², e in parte generata dall'algoritmo. Una volta profilato, l'utente diventa destinatario di messaggi, conformi ai suoi (effettivi e ipotetici)

⁶⁰ Da tale opacità discende anche l'impossibilità per l'utente di esercitare un controllo sull'uso dei dati raccolti. Cfr. MAESTRI, *Il minore come persona digitale. Regole, tutele e privacy dei minori sul Web*, in Thiene e Marescotti (a cura di), *La scuola al tempo dei social network*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, IX, 13, 2017, p. 14.

⁶¹ LANDINI, *Identità digitale tra tutela della persona e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, p. 180 ss.

⁶² Così i genitori o gli amici che pubblicano in rete immagini e informazioni. Altra questione delicata è quella connessa al diritto alla riservatezza dei minori di età all'interno delle relazioni familiari, con riferimento all'uso che dello spazio digitale i genitori fanno in relazione ai dati personali dei propri figli, in particolare quando, senza il loro consenso, pubblicano immagini, video o dettagli e informazioni della vita personale di questi ultimi (c.d. *sharenting*). La diffusione in rete dei dati personali dei figli minorenni, oltre a determinare rischi legati alla sicurezza, può incidere negativamente sulla identità personale di questi ultimi, i quali, una volta adolescenti, potrebbero non riconoscersi nella identità digitale creata dai genitori; nonché sulla sua reputazione (Cfr. GARACI, "*La capacità digitale*" del minore, cit., p. 83 ss.). Si pensi a quest'ultimo riguardo all'abitudine abbastanza diffusa della creazione di *blog* da parte dei genitori nei quali gli stessi condividono storie e dettagli della vita personale dei propri figli con disturbi o comunque problematicità, sia pure con la semplice intenzione di ricevere conforto da altri genitori che si trovano in situazioni simili. Accade inoltre che la pubblicazione delle immagini e video dei propri figli avvenga per ragioni di carattere prettamente economico. È sempre più diffusa, nelle piattaforme *on line*, l'attività dei cd. *baby influencer*, la quale pone problemi non solo di sicurezza e *privacy*, ma anche di sfruttamento (minorile) del lavoro. Al riguardo si ritiene ragionevole e congrua la soluzione seguita dalla Franchia che ha di recente introdotto una legge (*Loi n. 2020-1266 du 19 octobre 2020*) che regola lo sfruttamento commerciale dell'immagine dei minori sotto i sedici anni sulle piattaforme *on line*. La norma in particolare inquadra l'attività dei *baby influencer* nell'ambito della disciplina relativa al rapporto di lavoro, attribuendole la medesima protezione prevista a favore dei minori per l'attività svolta nell'ambito dello spettacolo, della moda e della pubblicità. In particolare si segnala l'obbligo per i genitori di ottenere una preventiva autorizzazione da parte dell'autorità amministrativa nonché quello di depositare una parte del reddito percepito dal figlio presso la *Caisse des dépôts*, che potrà essere messa a disposizione del figlio una volta che quest'ultimo ha raggiunto la maggiore età (o si è emancipato).

interessi, gusti e punti di vista, che gli vengono mostrati nel posto e nel momento giusto⁶³.

Il fine ultimo è quello di orientare le sue abitudini e scelte economiche. La conseguenza di tale processo è inoltre la chiusura dell'utente all'interno di una "bolla" costruita su misura, con effetti analoghi a quella che è stata definita la *filter bubble*⁶⁴, per indicare quel fenomeno mediante il quale l'algoritmo di un *social network* filtra prodotti, informazioni e opinioni espresse da altri, mostrando all'utente solo quelle conformi al punto di vista di quest'ultimo. Si preclude in tal modo il dialogo e il confronto con il resto della comunità virtuale; si consolidano i convincimenti, le opinioni, nonché i pregiudizi dell'utente, lo si priva, sostanzialmente, della libertà di pensiero e possibilità di attuare pienamente la propria capacità di autodeterminazione⁶⁵.

L'attività di profilazione è largamente usata nel settore commerciale, ma, come messo in luce da Shoshana Zuboff, il metodo basato sulla "sorveglianza", attraverso l'uso dei dati digitali lasciati dagli utenti durante le loro ricerche, oggi si è diffuso capillarmente ai settori più disparati: "dalle assicurazioni al commercio al dettaglio, dalla sanità alla finanza, dall'intrattenimento alla scuola"⁶⁶. Ogni esperienza umana diventa quindi "materiale grezzo trasformata in

⁶³ ZUBOFF, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology* (2015) 30, p. 75 ss., consultabile in <https://ssrn.com/abstract=2594754>.

⁶⁴ PALISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, New York, 2011; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media Laws*, 2019, p. 1 ss.

⁶⁵ PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in Pitruzzella e Pollicino e Quintarelli (a cura di), *Parole e potere. Libertà di espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, p. 69

⁶⁶ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, in *Internazionale*, 2019, n.1306, p. 40 ss.

beni di mercato da vendere e da comprare⁶⁷. La manipolazione allora può estendersi alle scelte politiche⁶⁸ sociali e culturali con evidenti implicazioni negative sui diritti e libertà fondamentali dell'individuo, oltre che sulla democrazia di un paese⁶⁹.

La particolare invasività delle tecniche di profilazione, in grado di limitare significativamente la capacità autodeterminativa dell'utente e di incidere sul processo di costruzione della sua identità personale, si rivelano particolarmente efficaci, ma quindi ancor più perniciose, quando sono rivolte agli utenti minori di età, ritenuti certamente più vulnerabili rispetto agli adulti, con riferimento sia alla capacità di prendere decisioni commerciali, sia ai comportamenti idonei a preservare la *privacy* e la sicurezza dei loro dati personali nei confronti, in particolare, degli attori commerciali. Le preoccupazioni aumentano se si considera anche la grande diffusione dei giocattoli intelligenti interattivi che permettono ai bambini giovanissimi il gioco e l'apprendimento e in generale degli apparecchi legati all'*Internet of Things* (IoT) da cui vengono ininterrottamente estratti dati e quindi inferite nuove informazioni. Le aziende di settore hanno del resto ben compreso il potenziale enorme che deriva dall'uso, ai fini consumeristici, dei dati personali dei soggetti minori di età, potendone orientare il comportamento, ora, in modo diretto, avendo ri-

⁶⁷ZUBOFF, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁸ Basti pensare allo scandalo dei dati *Facebook-Cambridge Analytica*, avvenuto nel 2018, quando da un'inchiesta partita dal *New York Times*, fu rivelato che l'Agenzia *Cambridge Analytica* aveva costruito profili psicometrici di milioni di cittadini americani, sulla base dei dati personali che le erano stati ceduti da Facebook, per impiegarli principalmente a scopo di propaganda politica mirata, senza aver ottenuto il consenso degli utenti. Cfr. M. ROSENBERG, *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions*, in *The New York Times*, 17 March 2018, consultabile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>.

⁶⁹ Il tema dei pericoli cui sono esposte le democrazie europee a causa della rivoluzione digitale, che ha reso più difficile garantire la libertà e il pluralismo dei media e proteggere il processo democratico dalla disinformazione e da altre forme di manipolazione, è al centro del "Piano d'azione per la democrazia europea" presentato dalla Commissione europea con la comunicazione COM790 (2020) final del 3 dicembre 2020 consultabile sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0790&from=EN>.

guardo alla loro capacità di compiere autonomamente acquisti – peraltro particolarmente agevolati nell'*e-commerce* – ora in modo indiretto, in relazione alla loro più generica capacità di “persuadere” i genitori all’acquisto dei prodotti pubblicizzati, come del resto riconosciuto nell’ambito dello stesso codice del consumo⁷⁰.

Sullo specifico tema della profilazione dei minori ai fini di *marketing*, il GDPR non prende una posizione definitiva, benché si evinca la chiara intenzione di garantire a questi ultimi una tutela privilegiata in quanto (come specifica il considerando 38) possono essere “meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate, nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali”, specialmente con riferimento alla profilazione per attività di *marketing* e alle decisioni automatizzate (come previsto nel considerando 71). Tuttavia, l’art. 22 del GDPR, che prevede una importante limitazione riguardo la profilazione in generale⁷¹, nel consentire, in via eccezionale, le decisioni automatizzate e le profilazioni in determinati casi⁷², non distingue tra soggetti adulti e soggetti minori, lasciando quindi intendere la liceità delle decisioni automatizzate e delle profilazioni “autorizzate”, se basate sul consenso espresso del minore (sedicenne)⁷³.

⁷⁰ Così per esempio l’art. 26 del codice del consumo, nel qualificare come scorrette le pratiche commerciali «che includono nei messaggi pubblicitari un’esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri soggetti ad acquistare i prodotti reclamizzati» riconosce che parte del rapporto di consumo possa essere anche un soggetto minorenni.

⁷¹ Il paragrafo 1 dispone: “L’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”

⁷² Le limitate eccezioni riguardano i casi in cui la decisione sia “a) necessaria al fine della conclusione o l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e un titolare del trattamento ; b) autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; c) si basi sul “consenso esplicito dell’interessato”,

⁷³ Cfr. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, cit., p. 632

Il Gruppo di Lavoro dell'art. 29⁷⁴ per la protezione dei dati, nelle Linee Guida, pur riconoscendo che dai *considerando* non possa ricavarsi il divieto assoluto di effettuare profilazioni e decisioni automatizzate quando gli interessati sono minorenni, raccomanda agli operatori in generale di astenersi dal profilare questi ultimi per finalità di *marketing*, proprio perché ritenuti particolarmente “vulnerabili nell'ambiente *online* e più facilmente influenzabili dalla pubblicità comportamentale”. Nelle stesse Linee Guida, peraltro, attraverso il richiamo all'art. 40 del Regolamento, si sottolinea l'importanza della autoregolazione⁷⁵ e della co-regolamentazione⁷⁶. Nei codici di condotta dovrebbero quindi prevedersi standard di progettazione, fra i quali la necessaria considerazione dell'interesse superiore del minore quando si progettano e si sviluppano servizi *on line*, la valutazione di impatto sulla protezione dei dati per valutare e ridurre i rischi che derivano dal trattamento dei dati dei minori che accedono ai servizi erogati, in particolare quelli connessi alla profilazione commerciale, avendo riguardo alle diverse fasce di età⁷⁷, alle

⁷⁴ Il Gruppo Articolo 29 (conosciuto anche come WP29), disciplinato dall'art. 29 dir. n. 1995/46/CE quale gruppo di lavoro comune delle autorità nazionali di controllo, è stato sostituito, il 25 maggio 2018, data di entrata in vigore del GDPR, dal Comitato europeo per la protezione dei dati (*European Data Protection Board*)

⁷⁵ Nella prospettiva di favorire l'autoregolamentazione per migliorare e rendere più sicuro l'ambiente digitale per i minori di età si colloca “*Alliance to better protect minors on line*”, un'iniziativa congiunta della Commissione europea, delle principali aziende del settore delle tecnologie e dell'informazione e dei media, delle ONG e dell'UNICEF lanciata in occasione del *Safer Internet Day 2017*, nella quale sono state definite alcune strategie per fronteggiare con maggiore efficacia i rischi esistenti e emergenti per i minori nel web, con la prospettiva di promuovere *best practices* nella gestione dei rischi, da introdurre nei codici di condotta, che si auspica siano adottati dalle diverse aziende di settore

⁷⁶ Sulla necessità di attribuire un ruolo centrale alla co-regolamentazione, ispirata a principi etici, fondata sulla condivisione di responsabilità fra pubblico e privato e che veda il coinvolgimento del maggior numero di aziende impegnate nel settore digitale si veda C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, spec. pp. 1327-1328

⁷⁷ I messaggi pubblicitari rivolti ai minori dovrebbero inoltre essere progettati in modo etico, ossia essere accompagnati da informazioni espresse in una forma chiara, elementare e trasparente, anche attraverso immagini (*by design*) per far comprendere ai minorenni che quei messaggi sono mirati, personalizzati e costruiti sulla base di un loro comportamento attuato nella rete.

capacità e alle esigenze di sviluppo e avendo cura di non sfruttare la vulnerabilità o la mancanza di esperienza, oltre che di consapevolezza, dei minori⁷⁸, attraverso tecniche mirate ad attirare costantemente la loro attenzione⁷⁹. Tali pratiche infatti nel medio-lungo periodo impattano sui processi di costruzione della personalità e sulla capacità di autodeterminazione e pertanto sulla dignità della persona umana⁸⁰.

Un esemplare passo in avanti nella direzione di approntare, attraverso un approccio *by design*, un più efficace sistema di protezione dei minori *on line* è stato compiuto nel Regno Unito con la recente approvazione da parte dell'*Information Commissioner's Office* (ICO) di un Codice di condotta di progettazione, adeguato rispetto all'età dei minori, nel quale sono stabiliti alcuni standard di *privacy* e sicurezza rivolti in particolare ai responsabili della progettazione, dello sviluppo e della fornitura dei servizi *on line*. Il Codice è entrato in vigore il 2 settembre del 2020 e ci si auspica che possa diventare un concreto modello giuridico per tutti gli Stati UE.

La normativa dell'Unione europea del resto volge verso un cambiamento di paradigma in cui prevalgono la sostenibilità e la giustizia sociale. Come messo in luce nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori", tale nuovo paradigma impone fra le altre cose, di responsabilizzare maggiormente il settore

⁷⁸ Manca nel minore d'età, come del resto anche in gran parte degli adulti, la consapevolezza di concorrere con il proprio comportamento *on line* alla costruzione di modelli di business in grado di prevedere, con un crescente livello di precisione, le azioni degli utenti e nel lungo termine a orientarle.

⁷⁹ Così evitando, per esempio, di condizionare l'accesso di un minore a un sito web alla raccolta di informazioni personali dettagliate. Sull'impatto delle tecniche di profilazione e della pubblicità comportamentale sui minori, rilevabili come pratiche commerciali scorrette che trovano tutela nell'ambito della legislazione UE (Direttiva 2005/29/CE), si veda VERDOODT e LIEVENS, *Targeting children with personalised advertising. How to reconcile the (best) interests of children and advertisers*, in Vermeulen e Lievens (a cura di), *Data Protection and Privacy under Pressure, Transatlantic tensions, EU surveillance, and big data*, Antwerp-Apeldoorn-Portland, Maklu, 2017, p. 313 ss.

⁸⁰ Cfr. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, cit., p. 52, il quale ci ricorda come la dignità appartenga a chi è libero di determinarsi.

della pubblicità, regolamentandone le pratiche di estrazione sistematica dei dati personali, in ossequio ai principi stabiliti nel GDPR. Indicazioni più incisive sono inoltre contenute nella Direttiva (UE) 2018/1808, che, modificando la Direttiva 2010/13/CE in materia di media audiovisivi, nell'ambito delle "Disposizioni applicabili ai servizi di media audiovisivi", nel nuovo art. 6 *bis*, prevede espressamente che "i dati personali dei minori raccolti o altrimenti generati dai fornitori di servizi di media a norma del paragrafo 1 non sono trattati a fini commerciali, quali *marketing* diretto, profilazione e pubblicità mirata sulla base dei comportamenti". In questo scenario si colloca infine il divieto di immettere sul mercato e di usare i sistemi di intelligenza artificiale in grado di sfruttare "una qualsiasi delle vulnerabilità di un gruppo specifico di persone a causa della loro età, disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona appartenente a tale gruppo in un modo che causa o può causare a tale persona o ad un'altra un danno fisico o psicologico", espressamente previsto nell'art. 5 della proposta di Regolamento "per l'approccio europeo sull'Intelligenza artificiale".

Al fine di dare effettiva applicazione agli obblighi cui saranno tenuti i diversi operatori del mercato digitale (progettisti e produttori dei giocattoli intelligenti, sviluppatori di software e applicazioni, gestori delle piattaforme in cui vengono memorizzati i dati, ecc.) nei confronti di minori di età diventerà fondamentale l'intervento e il raccordo fra le autorità amministrative indipendenti, in particolare fra l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

4. *Il rischio della "dipendenza da Internet". La Convenzione ONU dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel quadro degli Obiettivi di Sviluppo posti dall'Agenda globale delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile (SDGs).*

Una riflessione a parte meritano infine le preoccupazioni sollevate dalle evidenze scientifiche relative all'incremento di patologie

e disturbi⁸¹, legati all'uso improprio dei prodotti e dei servizi della società dell'informazione da parte dei bambini e degli adolescenti. Per citarne alcuni: irritabilità, perdita del sonno, aumento del peso per scarsa mobilità, insorgenza di comportamenti aggressivi, ansia, depressione, disturbi dell'attenzione⁸². Inoltre, studi scientifici rilevano come l'uso eccessivo dei nuovi strumenti di comunicazione digitale e dei videogiochi possa portare a sintomi analoghi a quelli tradizionalmente associati all'uso di sostanze che creano dipendenza⁸³. Tali studi riconoscono la “dipendenza da Internet”⁸⁴ come una patologia, un disturbo ossessivo/compulsivo, che spinge una persona ad un uso eccessivo dello strumento tecnologico e comprende una grande varietà di comportamenti e problemi di controllo degli impulsi⁸⁵. Oltre alla sindrome di *Hikikomori*,⁸⁶ considerata una delle forme più gravi di dipendenza, si sono rilevati, soprattutto negli adolescenti, una serie di stati emotivi e comportamenti problematici. Così la c.d. “*Fear of missing out*”, con cui si indica la preoccupazione ossessiva di perdere un evento postato *on line*, o comunque di essere “essere tagliati fuori” dalle esperienze vissute dagli amici; la “no *mobile phone* fobia”, ossia la paura di rimanere senza il proprio cellulare da cui può derivare uno stato di ansia molto forte. Si tratta

⁸¹ Per un'analisi della casistica dei vari disturbi connessi all'abuso di Internet si veda il Libro Bianco “*Media e minori*”, cit., pp. 15-16.

⁸² SWING, GENTILE e ANDERSON e WALSH, *Television and Video Game Exposure and the Development of Attention Problems*, in *Pediatrics*, 2010, p. 214 ss.

⁸³ Cfr. CANTELMÌ, TALLI, DEL MIGLIO e GAMBÀ, *Contributo allo studio di variabili psicopatologiche correlate, all'uso-abuso di Internet*, in *Journal of Psychopathology*, 2002, Issue 2, consultabile su <https://www.jpsychopathol.it/article/contributo-allo-studio-di-variabili-psicopatologiche-correlate-alluso-abuso-di-internet/>.

⁸⁴ Il termine “dipendenza da Internet” è stato coniato dal medico Ivan Golberg nel 1995 il quale propose di introdurre la sindrome “Internet Addiction Disorder” (IAD) nel Manuale Diagnostico e Statico dei disturbi Mentali DSM, per la forte analogia dei segni e sintomi i al gioco d'azzardo patologico.

⁸⁵ SALICETIA, *Internet Addiction Disorder*, in *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 2015, Vol. 191, p. 1372 ss.

⁸⁶ Questo tipo di sindrome porta il giovane ad isolarsi e ad abbandonare gli studi e la frequentazione di amici. Cfr. KATO, KANBA e TEO, *Hikikomori: Multi-dimensional understanding, assessment, and future international perspectives*, in *Psychiatry and Clinical Neurosciences*, 2019, vol.73, issue 8, pp 427-448

di stati emotivi che, in entrambi i casi, inducono il soggetto a forme comportamentali compulsive, quali il controllo ossessivo del proprio *smartphone*, che nel tempo possono dare luogo a dipendenza⁸⁷. I prodotti tecnologici sono infatti progettati e programmati per attirare in modo crescente l'attenzione dell'utente e consentire lo sviluppo di tecniche in grado di sfruttare la fragilità di quest'ultimo, orientandolo verso comportamenti, finalizzati esclusivamente a potenziare il "mercato dei dati" e che possono avere significativi impatti sulla psiche dei bambini e degli adolescenti⁸⁸. La crisi sanitaria provocata dalla pandemia da Covid-19, avendo necessariamente incrementato il tempo di esposizione dei minori agli schermi ha contribuito ad accrescere tali fenomeni, determinando, tuttavia, una maggiore sensibilizzazione da parte della comunità scientifica, sia nell'approfondire l'impatto delle nuove tecnologie sulla salute e sul benessere dei soggetti minori di età, sia nel diffonderne i risultati. Da tali risultati deve quindi muovere una più attiva campagna di informazione sulle buone pratiche in materia di esposizione agli schermi, attraverso una maggiore responsabilizzazione dei media nel veicolare i contenuti e i messaggi promozionali.

Nel processo di responsabilizzazione in corso le aziende di settore sono in particolare chiamate, attraverso l'auspicata autoregolamentazione, a riformare in senso etico gli attuali modelli di business che, in quanto basati sullo sfruttamento economico dei dati personali degli utenti, inducono ad un crescente e generalizzato uso della rete. È verosimile tuttavia che il raggiungimento di quest'ultimo obiettivo dipenda dal grado di esplicitazione sul piano politico-normativo – oltre che sociale, culturale ed educativo – dell'impatto delle nuove tecnologie sul benessere dei minori. Gli strumenti di *soft law* svolgono al riguardo un ruolo strategico importante in quanto possono

⁸⁷ GRIFFITHS e KUSS, *Adolescent social media addiction (revisited)*, in *Education and Health*, 2017, Vol. 35, n. 3, p. 49 ss.

⁸⁸ Si pensi, per citare alcuni esempi, alle tecniche volte a confrontare (soprattutto) le adolescenti con standard di bellezza irrealistici (per esempio le applicazioni che consentono di ritoccare i lineamenti del viso rendendo spesso l'immagine della persona molto distante da quella reale); al meccanismo dei "like" che può contribuire anche a distruggere l'autostima dei giovani utenti, sottoposti ad un'approvazione sociale costante e da parte di un esteso numero di persone.

orientare gli investimenti sostenibili e responsabili delle aziende. Del resto un'interpretazione ragionevole della Convenzione ONU dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel quadro degli Obiettivi di Sviluppo posti dall'Agenda globale delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile (SDGs) impone di considerare il tema della salute e del benessere e la sfida della sostenibilità sociale in tutte le loro dimensioni. Riguardo alla trasformazione digitale in corso ciò significa in particolare riconoscere l'impatto considerevole che le nuove tecnologie hanno sul benessere dei soggetti minori di età, oltre che prendere consapevolezza della necessità di promuovere pari condizioni di accesso e di competenze utili ad affrontare, sul piano digitale, culturale e valoriale, la complessità dei rischi, al fine anche di ridurre l'aumento delle disuguaglianze già esistenti nella società. In questa prospettiva nelle Linee guida emesse dalla comunità internazionale o nel contesto degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs) sarebbe opportuno esplicitare chiaramente l'impatto delle tecnologie sulla salute fisica e mentale dei soggetti minori di età e il relativo rischio di dipendenza, anche al fine di orientare gli investimenti e l'innovazione verso soluzioni rispettose dei diritti fondamentali delle persone in particolare dei soggetti minori di età. Le scelte degli investitori finanziari sono maggiormente orientate verso emittenti con un buon *rating* di sostenibilità (ESG-*Environmental, Social e Governance*) e che rispettano le norme e gli standard internazionali (quali per esempio il Global Compact delle Nazioni Unite, le Linee Guida dell'Ocse destinate alle imprese multinazionali, le Convenzioni e raccomandazioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro), favorendo così l'impegno degli stessi nell'attuazione degli obiettivi di sostenibilità. Le società dell'informazione tecnologica sarebbero in tal modo incentivate a generare, oltre a un ritorno finanziario, un impatto socio-ambientale positivo e misurabile; in particolare ad adottare un modello che valuta i rischi derivanti dall'utilizzo dei prodotti e servizi immessi sul mercato, ripensare in senso etico il *design* dei propri modelli di business; nonché promuovere progetti e programmi formativi e di sostegno alle famiglie e alle scuole sul buon uso delle tecnologie.

ANDREA GENOVESE
Professore associato di diritto privato
Università della Tuscia

LA CLAUSOLA DI RECESSO

SOMMARIO: 1. Fonti dell'atto di recesso. – 2. Disciplina normativa del recesso convenzionale. – 3. Natura giuridica. – 4. Segue: recesso gratuito o oneroso. – 5. Segue: clausola di recesso con preavviso, *ad nutum* e vincolato. – 6. Segue: la forma della clausola e dell'atto di recesso. – 7. Interpretazione della clausola di recesso. – 8. Segue: il problema degli effetti.

1. Fonti dell'atto di recesso.

Il recesso è l'atto attraverso il quale una parte comunica all'altra la volontà di sciogliere il contratto¹. La facoltà di recesso, nelle varie denominazioni che può assumere², è quindi eccezionale rispetto al

¹ Così, quasi letteralmente, VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 848.

² Gli atti unilaterali attraverso i quali è possibile sciogliere il contratto hanno una pluralità di denominazioni, come dimostrato dai molti sinonimi di recesso impiegati per indicare lo stesso concetto: revoca, rinuncia, rifiuto, dimissioni, disdetta, licenza, riscatto ecc., come illustrato da VETTORI, *op. cit.*, p. 849, il quale però richiama opportunamente l'attenzione sul fatto che, ad esempio, recesso e revoca non sempre hanno gli stessi connotati identificativi. Per capire pertanto quando si è in presenza di un vero e proprio recesso e non già di una revoca, il Festeggiato suggerisce di verificare la ricorrenza della c.d. funzione eliminativa dell'atto, "perché intervenendo – sia pure attraverso un atto unilaterale – su un accordo già validamente formato, lo rende inefficace provocando lo scioglimento del rapporto che è già stato costituito". In argomento, v. altresì, CONFORTINI, *Sul recesso dalle società per azioni*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 270; GABRIELLI e PADOVINI, *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1988, p. 28; AMBROSINI, *Recesso*, in *Diz. dir. priv.*, promossi da Irti, a cura di Martuccelli e V. Pescatore, Milano, 2011, p. 1387; ROMAGNOLI, *Disdetta*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 92; VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 115.

principio di forza di legge del contratto, secondo cui, di regola, i paciscènti sono sprovvisti del potere di determinare, in modo unilaterale, l'estinzione del rapporto dallo stesso derivante³.

È duplice la fonte del diritto di recesso: esso può essere previsto sia dalla legge sia da una clausola pattuita tra le parti⁴: nel primo caso, si ha il "recesso legale"⁵, disciplinato dalla norma che di volta

³ VETTORI, *op. cit.*, p. 848; DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, pp. 314-315; ID., *Recesso*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 10, II, *Obbligazioni e contratti*³, Torino, 2002, pp. 689-690; ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino, 2002, p. 267; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in Galgano e Visintini (a cura di), *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 58; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998, p. 319; SANGIORGI, *Recesso*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXVI, pp. 1-2; DI SABATO, *Sul recesso del professionista nei contratti con i consumatori*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 237; SIRENA, *I recessi unilaterali*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 113; ALCARO, *Il recesso dal contratto*, in Alcaro, Bandinelli e Palazzo (a cura di), *Effetti del contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, pp. 111-112 e 148; TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962, p. 3.

⁴ SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 136 ss.; SIRENA, *op. cit.*, p. 113.

⁵ Per un quadro d'insieme, in argomento, v. FRANZONI, *op. cit.*, p. 321 ss.

in volta lo contempla⁶; nel secondo, invece, il “recesso convenzionale”⁷, il quale è soggetto ad una regolamentazione eterogenea, perché offerta dalla legge (art. 1373 c.c.) in concorso con l’atto di autonomia privata che lo concepisce⁸.

Per quanto visto, è possibile definire la clausola di recesso come quella clausola che, di regola⁹, può essere apposta a qualunque tipo

⁶ Ad esempio, l’art. 2437 c.c. che concerne il recesso dalla società per azioni, con riferimento al quale v. C. CONFORTINI, *op. cit.*, p. 271 ss.

⁷ GENOVESE, *Clausola di recesso*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, II, Torino, 2019, p. 423 ss.; D’AVANZO, *Recesso*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 1038; CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino, 1939, p. 159; FRANZONI, *op. cit.*, p. 319; DI SABATO, *op. cit.*, p. 238; SANGIORGI, *op. ult. cit.*, p. 137. Per un quadro d’insieme dei principali problemi posti dalla clausola di recesso nelle società, non oggetto diretto della presente indagine, v. TRIMARCHI, *Autonomia privata e recesso dalle società di capitali*, in *Not.*, 2017, p. 133 ss.

⁸ CALLEGARI, *op. cit.*, p. 174, osserva che “è naturale che essendo consentito dalla volontà dei contraenti, il recesso convenzionale dalla stessa volontà riceva la disciplina. [...] Si può porre il principio che in questa determinazione la volontà è libera finché non incontra disposizioni vincolative della legge”.

⁹ Non tutti i contratti tollerano la clausola di recesso. Essa, ad esempio, è giudicata incompatibile con la transazione, poiché se fosse attribuita ad una delle parti la facoltà di liberarsi dal vincolo mediante manifestazione di volontà, risulterebbe incerta la stessa volontà di definire la lite in via stragiudiziale. Inoltre, la clausola di recesso è apparsa inutile se apposta al contratto di mediazione, nel quale l’inattività può conseguire lo stesso risultato. Anche rispetto ai rapporti di durata, la legge può impedire che sia validamente ed efficacemente convenuta una siffatta clausola (cfr. MORETTI, *Lo scioglimento unilaterale della transazione*, in De nova (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, p. 933 ss.; FRANZONI, *op. cit.*, p. 384; ROSELLI, *op. cit.*, p. 264; SIRENA, *op. cit.*, pp. 122-123; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1399; SANGIORGI, *op. ult. cit.*, p. 147 ss.; ID., *Recesso*, cit., pp. 2-3; CHERUBINI, *Commento sub art. 1373 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, II, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Gabrielli, Torino, 2011, pp. 670-671.

di contratto¹⁰, attraverso la quale una o più parti possono determinarne lo scioglimento¹¹ (o la modifica)¹².

Stando ad una prima osservazione, potrebbe apparire inutile l'apposizione di una clausola di recesso ad un contratto a tempo indeterminato, rispetto al quale la disciplina legale già prevede, come elemento naturale, il potere di recedere come strumento integrativo della fattispecie. Tuttavia, è stato osservato che, anche nell'ipotesi descritta, la riproduzione per via negoziale di questa facoltà avrebbe comunque il pregio di sottrarla ai rischi di sua limitazione derivanti da sopravvenuti mutamenti normativi¹³.

Come posto in rilievo in dottrina, attraverso la clausola in rassegna le parti pattuiscono un elemento accidentale del contratto¹⁴, che può essere convenuto sia nel momento del perfezionamento dell'accordo, sia successivamente, mediante una modifica dell'originario contratto¹⁵.

Quanto agli effetti, questa clausola rappresenta lo strumento attraverso il quale i paciscenti possono perseguire diverse finalità previste dall'ordinamento, e in particolare: la funzione c.d. determinativa, la quale costituisce uno strumento di integrazione dei contratti di durata sprovvisti di termine finale; la funzione di impugnazione del contratto, che permette alle parti di modificarlo o scioglierlo in presenza di vizi originari o sopravvenuti; infine, la funzione di *ius se*

¹⁰ DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 315, osserva che “di fronte alla totale delega conferita all'autonomia delle parti dall'ultimo comma dell'art. 1373, non ci pare si possa limitare il recesso convenzionale ad alcune categorie di contratti”. In particolare, il contratto può essere reale o consensuale (AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1391), ad effetti reali o obbligatori (ROSELLI, *op. cit.*, p. 263; SIRENA, *op. cit.*, p. 123; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1391), ad efficacia istantanea o differita, oppure ad esecuzione continuata o periodica (GALGANO, *op. cit.*, p. 60).

¹¹ Secondo ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 34, il recesso è riconducibile alla categoria degli “atti che scrivono la parola fine su qualcosa di giuridicamente rilevante”.

¹² ROSELLI, *op. cit.*, p. 259; SIRENA, *op. cit.*, p. 113.

¹³ GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 21.

¹⁴ CALLEGARI, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵ CALLEGARI, *op. ult. cit.*, pp. 170-171.

poenitendi, che consente al contraente di sciogliere il contratto perché giudicato non più conforme al proprio interesse¹⁶.

Inoltre, non si è mancato di far rilevare che il recesso non rimuove l'atto, ma risolve il rapporto. Se il contratto ha già prodotto, in tutto o in parte, gli effetti, li estingue. Se invece questi non si sono ancora dispiegati, allora li impedisce¹⁷.

2. *Disciplina normativa del recesso convenzionale.*

L'art. 1373 c.c. prevede due norme regolatrici del tempo entro il quale può essere esercitato il recesso convenzionale¹⁸. Il primo comma esclude la possibilità di farlo allorché il contratto abbia avuto un principio di esecuzione¹⁹. La previsione testimonia lo sfavore del legislatore nei confronti degli accordi caratterizzati dalla precarietà degli effetti²⁰. Anche se la valutazione normativa dipende dalla natura e dalle caratteristiche della prestazione da eseguire²¹, si può senz'altro convenire, in via generale, sul fatto che si ha un principio di esecuzione – il quale presuppone un lasso temporale tra il momento della conclusione del contratto e quello della sua esecuzione²² – quando l'effetto reale si è, in tutto o in parte, prodotto oppure, nei contratti ad effetti obbligatori, quando la prestazione sia stata adempiuta²³.

L'art. 1373, comma 2, c.c. ammette il recesso anche quando il contratto ad esecuzione continuata o periodica ha avuto un principio di esecuzione. In questo caso, peraltro, la norma esclude che il recesso produca effetto rispetto alle prestazioni già eseguite o in corso

¹⁶ VETTORI, *op. cit.*, p. 850; VALENTINO, *op. cit.*, p. 124 ss.; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 316; GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 29 ss.; FRANZONI, *op. cit.*, p. 337 ss.; ROSELLI, *op. cit.*, p. 272 ss.; SIRENA, *op. cit.*, p. 116 ss.; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1394-1395; ALCARO, *op. cit.*, pp. 150-151.

¹⁷ Così, quasi letteralmente, SIRENA, *op. cit.*, p. 135.

¹⁸ W. D'AVANZO, *Recesso*, cit., p. 1031; RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004, p. 202 ss.

¹⁹ BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, p. 737; ROSELLI, *op. cit.*, p. 259.

²⁰ G. GABRIELLI, PADOVINI, *op. cit.*, p. 39; SIRENA, *op. cit.*, pp. 131-132.

²¹ ROSELLI, *op. cit.*, p. 271.

²² VETTORI, *op. cit.*, p. 855.

²³ BIANCA, *op. cit.*, p. 738.

di esecuzione, così escludendo la costituzione del diritto alla ripetizione di ciò che è stato eseguito²⁴. Questo tipo di recesso è quindi concepito dalla legge come sprovvisto di efficacia retroattiva²⁵.

Le norme appena illustrate sono pacificamente riconosciute dagli interpreti come dispositive, con la conseguenza che la regolamentazione dalle stesse offerta può essere derogata dai contraenti, liberi di disciplinare in modo difforme i termini e le modalità del recesso (art. 1373, comma 4, c.c.)²⁶, attraverso apposita manifestazione di volontà²⁷.

Disapplicando queste norme, le parti potrebbero prevedere l'esercizio del diritto di recesso anche rispetto ad un contratto che abbia già avuto un principio di esecuzione, sia esso ad esecuzione istantanea o differita²⁸. In modo non dissimile, le stesse parti potrebbero anche consentire che il recesso, pur riferendosi ad un contratto ad esecuzione continuata o periodica, sia assistito da efficacia *ex tunc* e

²⁴ GALGANO, *op. loc. ult. cit.*; FRANZONI, *op. cit.*, p. 320; ROSELLI, *op. cit.*, p. 259.

²⁵ TABELLINI, *op. cit.*, pp. 6-7; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 315; ID., *Recesso*, cit., p. 692; SANGIORGI, *op. ult. cit.*, p. 3; D. DI SABATO, *op. cit.*, p. 238. *Contra*, v. peraltro GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 39.

²⁶ GALGANO, *op. cit.*, p. 60; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 315; ID., *Recesso*, cit., p. 692; GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 39; FRANZONI, *op. cit.*, p. 321; BIANCA, *op. cit.*, pp. 738-739; PROTO, *Clausola di caparra penitenziale*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, cit., p. 212; VALENTINO, *op. cit.*, p. 188; DI SABATO, *op. cit.*, p. 240; VOLPE, *Il recesso nel patto di famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 587; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1392; ROSELLI, *op. cit.*, p. 262; SANGIORGI, *op. loc. ult. cit.*; CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 675-676; RAVERA, *op. cit.*, p. 203; QUARANTA, *Condizione risolutiva e recesso tra interpretazione e operatività della clausola*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 905. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. II, 28 settembre 2012, n. 16591, in *Imm. e propr.*, 2012, p. 736. Per una sfumatura, v. D'AVANZO, *Recesso*, cit., p. 1038.

²⁷ SIRENA, *op. cit.*, p. 132.

²⁸ DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 315; GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 39; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1392. Diversamente, secondo una dottrina (RUBINO, *La compravendita*², Milano, 1962, p. 1080), qui non si avrebbe a che fare con un vero e proprio atto di recesso, poiché le parti non disporrebbero dell'efficacia retroattiva reale del contratto, potendo gli effetti dallo stesso prodotti essere regolati soltanto dalla legge.

non già *ex nunc*²⁹. Peraltro, come opportunamente precisato in dottrina, se l'art. 1373, ult. comma, c.c. ammette "in ogni caso" il patto contrario in rassegna, da ciò non può desumersi la configurabilità di un recesso provvisto di retroattività reale; in difetto, si finirebbe per rendere ammissibile, anche rispetto ai terzi, la stipula di una pattuizione ad essi sfavorevole, in contrasto col generale principio di relatività degli effetti (art. 1372, comma 2, c.c.)³⁰.

3. *Natura giuridica.*

Indipendentemente dalla modalità di confezionamento della clausola che lo contempla, il recesso è qualificabile quale atto unilaterale recettizio (art. 1334 c.c.), che non richiede – proprio perché unilaterale – alcuna accettazione³¹ e che produce i propri effetti quando giunge a conoscenza del destinatario³².

Quale atto recettizio, esso è soggetto alla presunzione di conoscenza dell'art. 1335 c.c., con la conseguenza che produce effetti anche quando giunge all'indirizzo del destinatario, se quest'ultimo non dimostra di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di conoscerlo³³.

²⁹ DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 315; FRANZONI, *op. cit.*, p. 321; ROSELLI, *op. cit.*, pp. 259 e 271; SIRENA, *op. cit.*, p. 135; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1392.

³⁰ Così, VETTORI, *op. cit.*, p. 856.

³¹ GALGANO, *op. cit.*, p. 58.

³² FRANZONI, *op. cit.*, p. 313; D'AVANZO, *Recesso*, cit., p. 1031; BIANCA, *op. cit.*, p. 737; ROSELLI, *op. cit.*, p. 281; SIRENA, *op. cit.*, p. 125; TABELLINI, *op. cit.*, p. 5; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1396; SANGIORGI, *op. ult. cit.*, p. 7; MAIORANO, *Sul recesso ad nutum ex art. 1671 c.c.*, in *Corti salern.*, 2013, p. 101; CHERUBINI, *op. cit.*, p. 676. Talvolta echeggia in dottrina l'impostazione secondo cui il recesso potrebbe anche qualificarsi alla stregua di patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso (cfr. GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 28; GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 82 ss.; CORSO, *Recesso e riscatto. Il caso dei negozi traslativi*, nota a Cass., Sez. II, 25 gennaio 1992, n. 812, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. p. 128 ss.).

³³ GALGANO, *op. cit.*, p. 59; FRANZONI, *op. cit.*, p. 372; ROSELLI, *op. cit.*, p. 281.; SIRENA, *op. cit.*, p. 126; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1396; CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 676-677. Sul punto, si segnala che in un caso particolare la giurisprudenza, sul rilievo della considerazione della regolarità del servizio postale, ha enucleato la presunzione secondo la quale, muovendo dalla circostanza nota, che consiste nel fatto della spedizione della lettera raccomandata attestata dall'ufficio postale, è

Il recesso è inoltre qualificabile non come atto giuridico in senso stretto, ma come negozio giuridico³⁴, la cui valida formazione presuppone la capacità di disporre del diritto³⁵.

Altra caratteristica del recesso è persa consistere nella sua irrevocabilità. Poiché l'atto produce i propri effetti nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, si assume che esigenze di certezza del traffico giuridico esigano che quest'ultimo sia posto al riparo dal rischio di mutamenti di decisioni capaci di determinare la reviviscenza del rapporto ormai estinto³⁶.

La sistemazione appena posta in rilievo potrebbe entrare in crisi con lo svolgimento di alcune riflessioni. In linea teorica, non può escludersi che le parti, allorché confezionano la clausola di recesso, possano prevedere non solo che una o entrambe abbiano la facoltà di recedere, ma anche che, entro un dato periodo di tempo, la parte che abbia formato lo stesso atto possa poi revocarlo, in tal modo o facendo rivivere il rapporto³⁷, oppure impendendogli di estinguersi fino allo spirare del termine entro il quale è ammessa la dichiarazione di revoca. Del resto, in base all'art. 1335 c.c., fintanto che non giunge a conoscenza del destinatario, il recesso può essere revocato, sempre

possibile inferire – anche in mancanza dell'avviso di ricevimento – il fatto ignorato dell'arrivo della stessa raccomandata (contenente l'atto di recesso) all'indirizzo del destinatario (art. 1335 c.c.), sul quale grava pertanto l'onere di dimostrare di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto (così, Cass., Sez. I, 19 agosto 2016, n. 17204, in *Ced Cass.*, 2016).

³⁴ SIRENA, *op. cit.*, p. 125.

³⁵ ROSELLI, *op. cit.*, p. 280. Inoltre, secondo la giurisprudenza, la clausola di recesso deve dirsi soggetta ad un termine determinato o quanto meno determinabile, poiché, in difetto, l'efficacia del contratto resterebbe rimessa all'arbitrio del titolare del potere di recedere, con conseguente frustrazione della finalità perseguita dallo stesso contratto (così, Cass., 22 dicembre 1983, n. 7579, in *Mass. Giur. it.*, 1983).

³⁶ GALGANO, *op. cit.*, p. 59; FRANZONI, *op. cit.*, pp. 314-315; ROSELLI, *op. cit.*, p. 266; SIRENA, *op. cit.*, p. 127; CONFORTINI, *op. cit.*, pp. 290-291; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1396.

³⁷ In argomento, cfr. V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vicenda di obbligazioni e garanzie*, Milano, 2013, *passim*.

che la revoca giunga a conoscenza del destinatario medesimo prima del recesso³⁸.

Non è nemmeno detto che questa clausola debba qualificarsi immeritevole perché frutto di capriccio delle parti. Lo dimostra, ad esempio, l'art. 26, comma 2, d. lgs. 151 del 2015, che prevede, a favore del lavoratore, il potere di revocare le dimissioni entro il termine di sette giorni decorrente dal momento della loro trasmissione per via telematica³⁹.

È attivamente legittimato ad esercitare il recesso colui che è designato come titolare della facoltà nella clausola che lo contempla⁴⁰. A questo proposito, le parti potrebbero decidere di riconoscere questo potere ad una o entrambe di esse⁴¹. Oppure, in caso di contratto plurilaterale, soltanto ad una, o alcune di esse, oppure a tutte⁴². Peraltro, come attentamente osservato in dottrina, si danno previsioni normative che limitano l'autonomia privata intenta a predisporre questa clausola; ciò, ad esempio, è quanto accade con riferimento agli artt. 4 e 27 della l. 27 luglio 1978, n. 392, che impediscono che di essa possa utilmente avvalersi il locatore⁴³.

Il fatto che la clausola che lo contempla riconosca il potere di esercitare il recesso non già a favore di tutti i paciscènti, ma solo ad

³⁸ Così, VETTORI, *op. cit.*, p. 858. Secondo la giurisprudenza, una volta conosciuto dal destinatario il recesso è irrevocabile (Cass., 18 gennaio 2019, n. 1454, in *Corr. giur.*, 2019, p. 427).

³⁹ Per uno sguardo d'insieme, cfr. DI CARLUCCIO, *Dimissioni: problemi esegetici e soluzioni interpretative. Nuove prospettive schiuse dal d.lgs. n. 151/2015*, in *Argomenti dir. lav.*, 2016, p. 189 ss.

⁴⁰ FRANZONI, *op. cit.*, p. 313. Per l'ipotesi di contitolarità del diritto di recesso, v. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1396.

⁴¹ FRANZONI, *op. cit.*, p. 331; BIANCA, *op. cit.*, pp. 737 e 740.

⁴² CALLEGARI, *op. cit.*, pp. 159-174.

⁴³ VETTORI, *op. cit.*, p. 854. Cfr., altresì, DEL PRATO, "Formalismo" e leggi speciali: il recesso del conduttore e la comunicazione dei "gravi motivi", nota a Cass., Sez. III, 14 maggio 1997, n. 4328, in *Giur. it.*, 1998, c. 1584; GRISI, *Il recesso anticipato del conduttore nella locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 512 ss.; PONTANI, *La locazione*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 381 ss.; DI MARTINO, *Contratto di affitto di fondo rustico: recesso e risoluzione*, *ivi*, p. 409 ss.; DE TILLA, *Sul recesso del conduttore*, nota a Cass., Sez. III, 20 ottobre 1992, n. 11466, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1552 ss.

uno od alcuni di essi, può destare un problema di validità ed efficacia per vessatorietà⁴⁴.

Ciò innanzitutto accade laddove la clausola di recesso sia ospitata all'interno di un contratto standard, stipulato attraverso condizioni generali di contratto ovvero moduli o formulari. Salvo che la relativa facoltà non discenda dalla legge⁴⁵, si considera vessatoria la clausola che prevede il recesso a favore del solo predisponente⁴⁶. Conseguentemente, la detta clausola sarà inefficace nei confronti dell'aderente, salvo che quest'ultimo non la abbia specificamente approvata per iscritto (art. 1341, cpv., c.c.)⁴⁷.

Per inciso, non è detto che il requisito formale appena ricordato sia sempre idoneo a sottrarre la clausola dal giudizio di vessatorietà. Infatti, allorché il contratto che la ospita sia qualificabile come “contratto del consumatore”, “Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: [...] g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto [...]” (art. 33, comma 2, cod. cons.)⁴⁸. La prova contraria richiamata dalla norma appena citata – che permette, cioè, di sottrarre la stessa dalla presunzione di abusività – non consiste infatti nel dimostrare che la clausola sia stata approvata specificamente per iscritto, conformemente al modello di controllo formale attuato dall'art. 1341, cpv., c.c.; è necessario invece dimostrare

⁴⁴ Vedi Cass., Sez. lav., 22 marzo 2006, n. 6314, in *Mass. Giur. it.*, 2006 [nonché in *Contratti*, 2006, p. 1097; *Ced Cass.*, 2006; *Nuova giur. civ. e comm.*, 2007, p. 290 ss., con nota di BRAVO, *Utilizzo del documento informatico (“file”) come documento-base per la redazione di contratti seriali e clausole vessatorie ex artt. 1341 e 1342 cod. civ.*]; Trib. Torino, 15 settembre 1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 834 ss., con nota di REGOLI, *La concessione di vendita: tipicità della fattispecie ed atipicità della disciplina*.

⁴⁵ DISTASO, *I contratti in generale*², II, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1980, pp. 1024-1025.

⁴⁶ Trib. Milano, Sez. VI, 19 luglio 2001, in *Danno resp.*, 2003, p. 85, con nota di NASTI, *Clausole vessatorie e standardizzazione dei contratti di sponsorizzazione: le nuove tendenze giurisprudenziali*.

⁴⁷ VETTORI, *op. cit.*, p. 854; FRANZONI, *op. cit.*, p. 320; SIRENA, *op. cit.*, p. 125; DI SABATO, *op. cit.*, pp. 240-241; CHERUBINI, *op. cit.*, p. 672; RAVERA, *op. cit.*, pp. 204-205.

⁴⁸ VETTORI, *op. cit.*, p. 854.; D. DI SABATO, *op. cit.*, p. 233 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. III, 5 maggio 2017, n. 10910, in *Leggi d'Italia on line*.

che le parti abbiano condotto su di essa una trattativa individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.)⁴⁹, la quale, stando alla descrizione fenomenologica maggiormente accreditata, consiste nel fatto che il professionista abbia conferito al consumatore un potere serio, effettivo e concreto di incidere sulla stessa⁵⁰.

4. *Segue: recesso gratuito o oneroso.*

Il recesso convenzionale può essere convenuto a titolo sia gratuito sia oneroso. Nel primo caso, il suo esercizio non prevede alcuna controprestazione. Nel secondo, invece, le parti dispongono la prestazione di un corrispettivo a carico della parte che intenda avvalersi della facoltà di recedere⁵¹, in considerazione dell'elevato innalzamento del rischio di estinzione contratto⁵².

In quest'ultimo caso, l'art. 1373, comma 3, c.c. dispone che il recesso avrà effetto solo quando verrà eseguito il pagamento della prestazione convenuta⁵³. Qui il corrispettivo si definisce in termini di "multa" o "penale"⁵⁴, con la conseguenza che questo tipo di recesso è comunemente denominato "multa penitenziale"⁵⁵; la quale – per

⁴⁹ FRANZONI, *op. cit.*, p. 320; SIRENA, *op. cit.*, p. 125.; CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 672-673; DI SABATO, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁰ Riguardo al tema dell'assetto dell'onere della prova della trattativa individuale, sia permesso rinviare a GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, p. 62 ss.

⁵¹ AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1388.

⁵² Così, VETTORI, *op. cit.*, p. 858.

⁵³ VETTORI, *op. cit.*, p. 858; D'AVANZO, *Recesso*, cit., p. 1038; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317. In giurisprudenza, similmente v. Cass., 28 gennaio 1976, n. 267, in *Mass. Giur. it.*, 1976. Ciò non esclude - secondo Cass., Sez. VI, 1° marzo 2018, n. 4838, in *Ced Cass.*, 2018, che in caso di *exceptio inadimpleti contractus*, la stipula di una clausola di multa penitenziale non sottrae il rapporto obbligatorio alla disciplina generale, con la conseguenza che deve escludersi il diritto alla percezione della multa se il contraente onerato prova che il suo recesso è giustificato dall'altrui inadempimento.

⁵⁴ BIANCA, *op. cit.*, p. 743; FRANZONI, *op. cit.*, p. 360.

⁵⁵ BIANCA, *op. cit.*, p. 743; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317; SIRENA, *op. cit.*, p. 138; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1388.; CHERUBINI, *op. cit.*, p. 675.

inciso –, se ha per oggetto una somma di danaro, dà vita ad un'obbligazione di valuta e non già di valore⁵⁶.

La realtà di cui è intriso il recesso oneroso ha portato una parte della dottrina a ritenere che, attraverso la clausola che lo contempla, i paciscènti potrebbero prevedere che colui che esercita il recesso sia tenuto non solo al pagamento della multa, ma anche alla restituzione delle prestazioni ricevute in pendenza dell'esecuzione del contratto⁵⁷.

Peraltro, stante la ricordata derogabilità dell'art. 1373 c.c.⁵⁸, nulla esclude che le parti potrebbero sì concepire l'esecuzione di una prestazione per il caso di esercizio del recesso, svincolandone tuttavia l'efficacia dal fatto del pagamento⁵⁹. In questi casi, la dichiarazione di volontà di recedere produrrebbe il proprio effetto anche in difetto di versamento della multa, la quale verrebbe posta ad oggetto di un conseguente diritto di credito⁶⁰.

Il recesso oneroso presenta alcuni punti di contatto con la disciplina dettata da altre norme.

Innanzitutto, con quella della caparra penitenziale, che permette di determinare, *ex ante*, la riparazione economica che compete al contraente che subisce il recesso (art. 1386 c.c.)⁶¹. Peraltro, qui la caparra è versata al momento della conclusione del contratto, come corrispettivo del recesso *ad nutum*⁶².

⁵⁶ SIRENA, *op. cit.*, p. 138. In giurisprudenza, conformemente, v. Cass., Sez. II, 7 marzo 2018, n. 5368, in *Leggi d'Italia on line* (e in *Ced Cass.*, 2018).

⁵⁷ FRANZONI, *op. cit.*, p. 361.

⁵⁸ VETTORI, *op. cit.*, p. 858.

⁵⁹ AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1392.

⁶⁰ La multa penitenziale è parsa ricordare il recesso che può essere manifestato dal debitore, parte del contratto di cessione dei beni ai creditori. Secondo quanto previsto dall'art. 1985 c.c., infatti, dopo la conclusione del negozio il debitore può recedere dallo stesso, pagando il corrispettivo pari al capitale maggiorato degli interessi a favore dei creditori. Il recesso produce quindi effetti dal giorno del pagamento. La differenza tra i due istituti consiste nel fatto che mentre nel recesso convenzionale la multa va pagata per la sua efficacia, nella *cessio bonorum* l'importo del corrispettivo è pari alla prestazione dovuta, traducendosi in un adempimento anticipato (Così, FRANZONI, *op. cit.*, p. 360).

⁶¹ PROTO, *op. cit.*, p. 207.

⁶² GALGANO, *op. cit.*, p. 174.

Inoltre, giacché anche nella caparra penitenziale il recesso può essere accordato a favore di una o di entrambe le parti⁶³, ecco che il recedente perde la caparra data; se invece a recedere è l'altra parte, allora l'*accipiens* dovrà versare il doppio di quella ricevuta⁶⁴. In quest'ultimo caso, inoltre, il rapporto si estingue solo allorché chi l'aveva incassata restituisca all'altra parte il doppio⁶⁵.

Il recesso oneroso presenta alcune analogie con la clausola penale (art. 1382 c.c.), attraverso la quale si conviene che, in caso di inadempimento, uno dei contraenti sia tenuto all'esecuzione di una prestazione a favore dell'altro.

Tuttavia, anche qui permangono alcune differenze tra i due istituti. Mentre con la clausola penale, in caso di inadempimento, il contraente resta di massima libero di esigerla oppure di rivolgersi al giudice, nel caso della multa penitenziale, nonostante l'eventuale inadempimento, il titolare del diritto di recesso può esercitarlo pagando il corrispettivo convenuto, così sciogliendo il contratto senza che la controparte possa opporsi⁶⁶. Inoltre, nella multa penitenziale il recesso non costituisce né presuppone un inadempimento del recedente, libero di esercitare il diritto riconosciuto dalla clausola di recesso⁶⁷.

5. *Segue: clausola di recesso con preavviso, ad nutum e vincolato.*

Le parti possono prevedere che il recesso produca i propri effetti nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario oppure una volta decorso un dato lasso di tempo. Nel secondo caso, la clausola reca un'ipotesi di recesso con preavviso⁶⁸. Qui l'obbligo del preavviso svolge la funzione di tutelare il contraente receduto, al quale è

⁶³ PROTO, *op. cit.*, pp. 209-210;

⁶⁴ GALGANO, *op. cit.*, p. 174; BIANCA, *op. cit.*, p. 743.; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 318; SIRENA, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁵ PROTO, *op. cit.*, p. 210; BIANCA, *op. cit.*, p. 743.

⁶⁶ FRANZONI, *op. cit.*, p. 362.

⁶⁷ BIANCA, *op. cit.*, p. 743.

⁶⁸ Come posto in rilievo da Cass., Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, p. 241 ss. – con nota di LAMICELA, *Abuso di dipendenza economica, buona fede e illecito in un sistema di accordi di distribuzione "a cascata"* –, la

concesso, attraverso la dilazione degli effetti della volontà del recedente, il tempo sufficiente a regolare i propri interessi⁶⁹.

È dubbio se il recesso senza l'osservanza del preavviso determini l'estinzione del rapporto con contestuale nascita di un obbligo di risarcimento del danno, oppure l'inefficacia dello stesso recesso⁷⁰. Secondo l'orientamento prevalente, salvo che la legge disponga diversamente, la dichiarazione di recedere senza l'osservanza del preavviso genererebbe sì l'effetto estintivo, ma solo una volta spirato il termine stabilito⁷¹. Nulla esclude peraltro che, in occasione della pattuizione della clausola, i contraenti possano regolamentare anche il tipo di efficacia che si ricongiunge al recesso, tutte le volte in cui non fosse ossequioso del termine ivi previsto.

I contraenti possono prevedere che la clausola si riferisca ad un recesso puro e semplice, che può essere esercitato *ad nutum*⁷², oppure ad un recesso vincolato (denominato anche condizionato⁷³ o straordinario⁷⁴), il cui esercizio presuppone il verificarsi di un

mancata osservanza del termine di preavviso può rendere abusiva la dichiarazione di recesso, per contrasto con l'art. 9, l. 192 del 1998.

⁶⁹ SANGIORGI, *op. cit.*, pp. 3 s. e 8. La giurisprudenza ha osservato che la violazione dell'obbligo di preavviso "[...] non comporta un danno *in re ipsa*, da risarcire a prescindere da qualunque effettivo pregiudizio" (Cass., Sez. I, 8 gennaio 2013, n. 227, in *Ced Cass.*, 2013).

⁷⁰ Cfr. GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 32, i quali osservano come sia "tutt'altro che univoco il dettato legislativo circa l'efficacia reale od obbligatoria, per così dire, del preavviso".

⁷¹ SANGIORGI, *op. cit.*, pp. 3 s. e 8; BIANCA, *op. cit.*, p. 741; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 292 ss.; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1397.

⁷² ROSELLI, *op. cit.*, p. 276, ricorda che, dal punto di vista etimologico, per recesso *ad nutum* s'intende quello "attuabile con un semplice gesto e senza necessità di esprimere il motivo. In modo non dissimile, v. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1393, secondo la quale "si ha recesso *ad nutum*, in tutte quelle ipotesi in cui il potere di estinguere il contratto si fonda esclusivamente sulla volontà unilaterale di una parte"; VOLPE, *op. cit.*, p. 586; SANGIORGI, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁷³ DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317; VOLPE, *op. cit.*, p. 590; AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 1389-1390; SANGIORGI, *op. cit.*, p. 2. Per una regolamentazione dei confini tra recesso e condizione, v. ALCARO, *op. cit.*, pp. 120-122; QUARANTA, *op. cit.*, p. 895 ss.

⁷⁴ MANCINI, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 80; ALCARO, *op. cit.*, p. 118.

evento⁷⁵, che a sua volta può essere tipizzato alla stregua di “giusta causa”⁷⁶.

Allorché è *ad nutum*, l’esercizio del diritto di recesso non si differenzia rispetto alla con dizione risolutiva potestativa, la cui ammissibilità è possibile dedurre dalla lettura *a contrario* dell’art. 1355 c.c.⁷⁷.

Il recesso vincolato può presentare problemi di accertamento del fatto che lo legittima, con la conseguenza che non si fa fatica ad ipotizzare, nella prassi, lo scenario nel quale colui che riceve l’atto ne contesti l’efficacia per difetto del presupposto.

Giova ora svolgere una riflessione di carattere generale che si adice particolarmente al recesso convenzionale. Anche se l’esercizio di esso è rimesso all’autonomia decisionale del titolare⁷⁸, alla sua

⁷⁵ SANGIORGI, *op. cit.*, p. 5; ROSELLI, *op. cit.*, p. 277; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1393.

⁷⁶ FRANZONI, *op. cit.*, p. 331; SANGIORGI, *op. cit.*, p. 2; D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 2010, p. 16. Giova però riflettere sul fatto che è altro, rispetto alla fattispecie appena ricordata, quella del recesso legale per giusta causa (cfr., ad esempio, l’art. 2119 c.c.), nella quale la dichiarazione di recedere si risolve in un rimedio stragiudiziale, attraverso il quale il contraente *in bonis* può risolvere il contratto in caso di inadempimento della controparte (BIANCA, *op. cit.*, p. 743). In giurisprudenza, v. Cass., 14 dicembre 1985, n. 6347, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1394, secondo cui “Non implica inadempimento imputabile e non è fonte di obblighi risarcitori la dichiarazione di un contraente di voler recedere dal contratto, adducendo fatti imputabili alla controparte, se questi vengano giudizialmente accertati e ritenuti fondati”.

⁷⁷ VETTORI, *op. cit.*, p. 855, il quale però precisa che, di regola, “un’attenta valutazione delle ragioni che consentono l’esercizio del diritto di recesso [...] permette di distinguere concettualmente quest’ultimo dalla condizione risolutiva ex art. 1353 c.c.”.

⁷⁸ BIANCA, *op. cit.*, p. 740. In giurisprudenza, si veda Cass., 21 giugno 1974, n. 1888, in *Mass. Giur. it.*, 1974, secondo cui “Qualora i contraenti abbiano attribuito ad uno di loro la facoltà di recedere dal contratto ad una determinata scadenza, l’esercizio di questa facoltà non può essere subordinato dal giudice alla ricorrenza di presupposti non previsti dalle parti e, in particolare, alla sussistenza di una giusta causa, perché ciò esulerebbe dai limiti della interpretazione della volontà contrattuale, per trascendere in una integrazione di tale volontà non consentita dagli artt. 1373 e 1374 c.c.”.

*nuda voluntas*⁷⁹, la condotta di quest'ultimo deve, cionondimeno, ispirarsi ai principi di correttezza e buona fede⁸⁰, che governano il diritto delle obbligazioni e dei contratti⁸¹.

⁷⁹ CALLEGARI, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁰ Secondo Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit., “La circostanza che nel contratto sia validamente inserita una clausola che accorda ad una delle parti il diritto di recesso *ad nutum* non impedisce al giudice di valutare che il concreto esercizio del relativo potere risulti legittimo alla stregua dei principi di buona fede e di proporzionalità. Quest'ultimo criterio consente di contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine”. In argomento, v. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 166 ss.; ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, *ivi*, p. 172 ss.; ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, *ivi*, 2012, p. 245 ss.; SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere “per principi”*, in *Giur. it.*, 2010, IV, p. 809 ss.; CENINI e GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.; D'AMICO, *op. cit.*, p. 15 ss.; MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 311 ss.; RESCIGNO, “*Forme*” *singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, *ivi*, p. 589 ss.; GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede e ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.; MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, *ivi*, 2010, II, p. 319 ss.; MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 557 ss.

Si segnala inoltre che, secondo Cass., Sez. I, 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845, “La corrispondenza al canone di buona fede dell'esercizio del diritto di recesso previsto in un contratto deve essere valutata nel contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, al fine di accertare se il recesso sia stato esercitato secondo modalità e tempi rispondenti ad un interesse del titolare meritevole di tutela piuttosto che al solo scopo di recare danno all'altra parte”.

⁸¹ FRANZONI, *op. cit.*, p. 332; BIANCA, *op. cit.*, pp. 740 e 742; ROSELLI, *op. cit.*, p. 278; CHERUBINI, *op. cit.*, pp. 679-680; ALCARO, *op. cit.*, p. 134 ss.; GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 586 ss.; NERVI, *Il recesso dai contratti di credito tra imprenditori nelle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario*, in *Riv. dir. impr.*, 2013, p. 21 ss.

Inoltre, la dichiarazione di recesso può risultare rilevante poiché produttiva di un episodio di abuso della dipendenza economica, vietato dall'art. 9 della l. 192 del 1998, tutte le volte in cui la parte recedente "sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi", anche tenuto conto della "possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti"⁸².

Da ciò discende che anche il recesso c.d. puro e semplice in realtà non è mai davvero *ad nutum*⁸³, almeno stando al senso letterale delle parole, essendo anch'esso assoggettato, al pari di qualunque atto giuridico, al test di conformità rispetto ai parametri regolati dalle riferite clausole generali⁸⁴.

Da questo punto di vista, ha sollevato qualche perplessità la concezione tradizionale⁸⁵, ancorché non unanime⁸⁶, secondo la quale il diritto di recesso andrebbe ricondotto nell'alveo dei c.dd. diritti potestativi⁸⁷. Alcuni autori hanno infatti osservato che non è sempre

⁸² Per un quadro d'insieme, cfr. LAMICELA, *op. cit.*, p. 246 ss.

⁸³ Diversamente, D'AMICO, *op. cit.*, p. 17, secondo cui "il (tipo) di controllo dell'atto di esercizio del diritto, che il sindacato basato sullo strumento dell'*abuso* implica, si fonda essenzialmente [...] sull'accertamento di una *deviazione* dall'esercizio del diritto rispetto allo «scopo» per il quale il diritto stesso è stato attribuito. Ma lo «scopo» per il quale il diritto di recesso *ad nutum* [...] è, appunto, non altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto (di norma, dando un preavviso alla controparte) *senza la necessità di addurre alcuna particolare motivazione (e/o alcuna causa giustificatrice)*. Questo «scopo» non è, dunque, violato se il contraente recede «immotivatamente»".

⁸⁴ FRANZONI, *op. cit.*, p. 332; SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 766 ss.; FILOGRANA, *Recesso ad nutum e limite della buona fede nel contratto d'appalto*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1621. Relativamente al tema delle conseguenze derivanti dal recesso abusivo, si propende generalmente per la nascita dell'obbligo di risarcimento del danno, anziché per la soluzione della inefficacia dell'atto di recesso (in argomento, v. CHERUBINI, *op. cit.*, p. 680; ALCARO, *op. cit.*, p. 145 s.).

⁸⁵ SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., p. 167 ss.

⁸⁶ ALCARO, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁷ Così, W. D'AVANZO, *Recesso*, cit., p. 1027; TABELLINI, *op. cit.*, p. 19; FRANZONI, *op. cit.*, p. 331; SIRENA, *op. cit.*, p. 113; ROSELLI, *op. cit.*, p. 277; CHERUBINI, *op. cit.*, p. 678; FILOGRANA, *op. cit.*, p. 1619; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1396; SANGIORGI, *Recesso*, cit., p. 7; MAIORANO, *Sul recesso ad nutum ex art. 1671 c.c.*, in *Corti salern.*, 2013, p. 101

detto che chi lo subisce si trovi in condizione di soggezione, di doverlo sempre e comunque subire⁸⁸. Può infatti accadere che il contraente che lo ha ricevuto impugni il recesso chiedendo al giudice di valutare se, tenuto conto delle modalità in cui esso è stato manifestato, possa dirsi illegittimo perché lesivo dei canoni di buona fede e correttezza⁸⁹. Si pensi ai casi nei quali, in occasione del suo esercizio, il recedente non abbia tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare l'interesse della controparte, soprattutto laddove ciò non avrebbe comportato un apprezzabile sacrificio a suo carico⁹⁰.

In realtà, la soluzione del problema è più semplice di come appare. Secondo un'autorevole dottrina, il recesso va sì qualificato come diritto potestativo, ma se lo stesso è normalmente discrezionale, talvolta può presupporre la ricorrenza di determinati presupposti⁹¹; in difetto di questi ultimi – che possono anche consistere nella valutazione secondo buona fede dell'interesse contrattuale del receduto –, deve ritenersi che il diritto potestativo o non è sorto oppure, pur essendolo, il suo esercizio è inefficace e/o produttivo di danni.

La clausola che contempla il recesso può risultare affetta da nullità, tutte le volte in cui si traduce nello strumento attraverso il quale è possibile perpetrare un abuso della dipendenza economica a carico dell'impresa che lo ha subito⁹². Qualora fosse possibile accertare che il recesso – ancorché puro e semplice oppure vincolato, in un contesto dove si è pacificamente verificato l'evento – è espressione di abuso del diritto, occorre valutare le conseguenze da ciò derivanti⁹³. Le stesse potranno restituire, a seconda dei casi, un orizzonte nel quale il recesso abusivo deve dirsi o improduttivo di effetti⁹⁴ oppure

⁸⁸ In merito alla dissoluzione della figura del diritto potestativo, v. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 40 ss.

⁸⁹ D'AMICO, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁰ Così, quasi letteralmente, BIANCA, *op. cit.*, pp. 740-741.

⁹¹ VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 848.

⁹² LAMICELA, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁹³ ROSELLI, *op. cit.*, p. 282, sottolinea il dato della eterogeneità delle conseguenze che possono accompagnarsi ai vizi che inficiano il recesso.

⁹⁴ Questa conclusione – come posto in rilievo da LAMICELA, *op. cit.*, pp. 251-252 – parrebbe condivisibile tutte le volte in cui la clausola che prevede il recesso sia risultata affetta da nullità per abuso della dipendenza economica.

costitutivo del diritto al risarcimento del danno, il cui *quantum* va parametrato al mancato guadagno subito dalla controparte, quale conseguenza immediata e diretta di esso⁹⁵. Detto altrimenti, l'obbligo di risarcimento derivante da recesso abusivo va rapportato al c.d. interesse contrattuale positivo, il quale muta da contratto a contratto, anche tenuto conto dell'aspettativa alla sua stabilità⁹⁶.

6. *Segue: la forma della clausola e dell'atto di recesso.*

In ossequio al principio generale di libertà delle forme, la stipula della clausola di recesso non soggiace di regola al rispetto della forma scritta sotto pena di nullità. È quindi pienamente valida ed efficace la clausola di recesso amorfa, anche se nella prassi la stessa è frequentemente convenuta mediante scrittura privata o atto pubblico.

In considerazione della stretta dipendenza della clausola di recesso dal contratto al quale essa accede, se rispetto a quest'ultimo la legge pretende l'adozione della forma scritta sotto pena di nullità (art. 1325, n. 4, c.c.), allora anche la clausola deve dirsi assoggettata al medesimo requisito ai fini della sua validità⁹⁷. In modo non dissimile, dovrà rivestire la forma scritta il patto di recesso che acceda ad

⁹⁵ FRANZONI, *op. cit.*, p. 334 ss., secondo il quale l'obbligo di risarcimento derivante da recesso abusivo va parametrato al c.d. interesse contrattuale positivo, il quale muta da contratto a contratto, anche tenuto conto della sua maggiore o minore stabilità.

⁹⁶ Così, FRANZONI, *op. cit.*, p. 336, il quale aggiunge che “in applicazione delle regole della causalità giuridica dell'art. 1223 ss. c.c., si deve però ridurre quantitativamente l'area del lucro cessante, se la parte intimata non dovrà affrontare spese per l'adempimento di un contratto che si è sciolto. Il danno dovrà essere ulteriormente limitato se, dopo il recesso, il contraente avrebbe potuto limitare le conseguenze del danno, concludendo altri contratti che prima gli erano preclusi [...]”.

⁹⁷ Così, VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 857, il quale peraltro precisa, in modo assolutamente condivisibile, che ciò non significa che “l'estensione del vincolo formale comporti l'automatica necessità che il recesso sia realizzato nella medesima tipologia di documento imposta per il contratto [...] sicché, anche a fronte di un recesso convenzionale, non vi è alcuna difficoltà a condizionare la sua validità al rispetto della forma scritta senza pretendere l'irrigidimento sancito da ricorso all'atto pubblico o alla scrittura autenticata”. La soluzione della regola di simmetria formale tra contratto e recesso non è unanime in dottrina: GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, pp. 43-44, dubitano sull'esistenza di una siffatta regola, suggerendo all'interprete,

un contratto sottoposto a forma *ad probationem*. Qui però alla mancata osservanza della forma scritta non si accompagna l'invalidità del patto, ma l'impossibilità di provarne il contenuto mediante il ricorso a presunzioni o per via testimoniale⁹⁸.

È diverso il problema della forma dell'atto di recesso, la cui soluzione non appare univoca. Secondo alcuni, infatti, questo atto sarebbe di massima soggetto al principio di libertà delle forme, con la conseguenza che – anche a rischio di nuocere alla certezza del traffico giuridico⁹⁹ – dovrebbe dirsi validamente manifestato anche per fatti concludenti¹⁰⁰. Secondo altri, differentemente, in applicazione di un canone di simmetria formale, la dichiarazione di recedere dovrebbe osservare la forma prevista dalle parti in occasione della stipula del contratto che la contempla¹⁰¹. Questa dichiarazione dovrebbe quindi rivestire la forma scritta tutte le volte in cui il contratto soggetto a scioglimento sia stato redatto per iscritto¹⁰². *A fortiori*, la dichiarazione di recesso dovrebbe osservare la forma scritta ogni volta che il contratto sia soggetto a forma scritta *ad substantiam*¹⁰³. In caso di dubbio, si dovrà ritenere, in applicazione dell'art. 1352 c.c., che l'onere formale sia stato posto sotto pena di nullità della dichiarazione¹⁰⁴.

per questo motivo, di andare alla ricerca, caso per caso, della soluzione più appropriata, tenuto conto della funzione cui l'atto presiede.

⁹⁸ *Contra*, si veda peraltro SIRENA, *op. cit.*, p. 131, secondo cui “quando la forma del contratto principale è prescritta soltanto a fini probatori (*ad probationem tantum*), è certo che essa non sia richiesta anche per provare il recesso”

⁹⁹ TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, cit., p. 94.

¹⁰⁰ TABELLINI, *op. cit.*, p. 5; P. SIRENA, *op. cit.*, pp. 125-126. In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 7 marzo 2016, n. 4459, in *Ced. Cass.*, 2016. *Contra*, v. DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317; ID., *Recesso*, cit., p. 694.

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 740.

¹⁰² FRANZONI, *op. cit.*, pp. 374-375. Similmente, v. Cass., Sez. II, 14 agosto 1986, n. 5059, in *Mass. Giur. it.*, 1986; App. Milano, Sez. IV, 3 maggio 2016, in *Leggi d'Italia on line*.

¹⁰³ GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 58; BIANCA, *op. cit.*, p. 737; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 317; ALCARO, *op. cit.*, p. 147. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. II, 14 agosto 1986, n. 5059, cit.; Cass., Sez. II, 7 giugno 1990, n. 5454, in *Mass. Giur. it.*, 1990.

¹⁰⁴ SIRENA, *op. cit.*, p. 131.

È irrilevante di regola la modalità attraverso la quale è comunicato l'atto di recesso, essendo sufficiente che sia conosciuto, nella sua essenzialità, dalla controparte¹⁰⁵. Infatti, quale atto recettizio, ai fini della produzione degli effetti, basta che il recesso, per le modalità formali con le quali è manifestato, giunga nella sfera di controllo del destinatario¹⁰⁶.

Tuttavia, la clausola che ospita il diritto di recesso può anche prevedere non solo la forma dell'atto¹⁰⁷, ma anche la modalità attraverso la quale dovrà avvenire la relativa comunicazione¹⁰⁸. Si pensi, ad esempio, alla clausola in base alla quale il recesso dovrà essere inviato mediante comunicazione di posta elettronica certificata o a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. In questi casi, si pone il problema dell'efficacia del recesso, tutte le volte in cui l'atto, pur essendo idoneo allo scopo, essendo giunto a conoscenza del destinatario, non abbia, cionondimeno, rispettato la modalità di trasmissione stabilita dalle parti. In dottrina, è parso che l'osservanza di questa sia elevata a condizione di efficacia del recesso¹⁰⁹.

Infine, si reputa che la dichiarazione di recedere prevalga sui diritti dei terzi solo in quanto la clausola che lo contempla sia stata resa ad essi opponibile, conformemente al regime di pubblicità al quale soggiace il contratto principale¹¹⁰.

7. Interpretazione della clausola di recesso.

¹⁰⁵ Così, Cass., 21 aprile 1983, n. 2741, in *Mass. Giur. it.*, 1983. In dottrina, W. D'AVANZO, *Recesso*, cit., p. 1036.

¹⁰⁶ Così, quasi testualmente, VETTORI, *op. cit.*, p. 858.

¹⁰⁷ CALLEGARI, *op. cit.*, 174; ALCARO, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁸ A proposito del problema della modalità di comunicazione dell'atto di recesso, cfr. DEL PRATO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁹ Così, GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, p. 43; FRANZONI, *op. cit.*, p. 374; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1396. Similmente, v. SIRENA, *op. cit.*, p. 128, il quale però osserva che qui la parte interessata è ammessa a provare che, nonostante la mancata osservanza della modalità di comunicazione prestabilita, il recesso debba comunque dirsi efficace giacché pervenuto a conoscenza del destinatario.

¹¹⁰ BIANCA, *op. cit.*, p. 737; ROSELLI, *op. cit.*, p. 271; VOLPE, *op. cit.*, p. 590; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1399.

Come anticipato, la regolamentazione offerta dall'art. 1373 c.c., nell'ammettere la possibilità di stipulazione della clausola di recesso, è parsa eccezionale rispetto al principio generale di intangibilità del contratto (art. 1372 c.c.). Da ciò deriverebbe, secondo una parte della giurisprudenza, non solo che l'atto di recesso avrebbe natura di rimedio eccezionale, come tale insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica¹¹¹, ma anche che la clausola che lo contempla dovrebbe avere un contenuto univoco, giacché, in difetto, l'interprete dovrebbe assegnarle un diverso significato¹¹².

La soluzione appena indicata non appare condivisibile, se solo si osserva che essa determina una sovrapposizione tra concetti, che invece sono e devono restare distinti. Altro infatti è la disciplina – come visto dispositiva –, che regola la clausola di recesso, altro è la clausola medesima e, infine, altro ancora è l'atto – da quest'ultima previsto – che sia in ipotesi manifestato dalle parti. Orbene, si dubita fortemente che, anche ammettendo la denunciata dialettica tra regola (art. 1372 c.c.) ed eccezione (art. 1373 c.c.)¹¹³, possa da ciò farsi discendere l'enucleazione di criteri per l'interpretazione degli atti di autonomia negoziale, ulteriori rispetto a quelli disciplinati dagli artt. 1362 ss. c.c.¹¹⁴. Una volta stipulata tra le parti questa clausola, oppure dopo l'invio del relativo recesso, non resta all'interprete altro spazio che sia quello di assegnare alla prima o al secondo il corretto significato mediante l'applicazione degli artt. 1362 c.c. ss.; rispettivamente in via diretta o graduata per il tramite dell'art. 1324 c.c.¹¹⁵. Nel delineato contesto, il richiamo all'invocato rapporto dialettico tra regola ed eccezione appare così irrilevante, prima che potenzialmente lesivo dei normativi canoni di interpretazione del contratto.

¹¹¹ Cass., 22 dicembre 1983, n. 7579, cit.

¹¹² Cass., Sez. II, 26 novembre 1987, n. 8776, in *Mass. Giur. it.*, 1987. In dottrina, v. ALCARO, *op. cit.*, p. 117.

¹¹³ Come osservato da ALCARO, *op. cit.*, p. 117, sono così numerose le ipotesi normative di recesso legale, introdotte per lo più successivamente all'entrata in vigore del codice civile, che si potrebbe anche dubitare in ordine alla ricorrenza della citata tensione dialettica tra regola ed eccezione.

¹¹⁴ In argomento, AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 1387-1388.

¹¹⁵ GABRIELLI e PADOVINI, *op. cit.*, pp. 41-42; SANGIORGI, *Recesso*, cit., p. 7; TUCCILLO, *Profili interpretativi degli atti unilaterali*, Roma, 2011, *passim*.

Dalle riflessioni di carattere generale appena svolte sembra muovere il pensiero di altra parte della giurisprudenza, la quale, in modo condivisibile, a fronte di clausole ambigue, ha sottolineato l'importanza del compito, gravante sull'interprete, di procedere lungo un rituale percorso ermeneutico, che solo permette di assegnare alla clausola questo o quel significato, e quindi la successiva riconduzione del patto nell'alveo del corretto istituto giuridico¹¹⁶.

Anche ammettendo, in via meramente teorica, una qualche rilevanza dell'argomento fondato sulla ricordata antitesi tra regola ed eccezione, essa parrebbe destinata ad operare solo nel rapporto tra l'art. 1372 e l'art. 1373 c.c., non certo rispetto alla relazione tra il dedotto principio generale, da un lato, ed il precetto che deriva dalla compiuta manifestazione dell'autonomia negoziale (artt. 1322 e 1373 c.c.) – o dall'esercizio del potere che si riannoda ad essa –, dall'altro.

È quindi possibile affermare che una volta che le parti, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 1373 c.c., abbiano dotato il contratto della clausola di recesso, l'esatta portata sia di essa, sia dell'atto attraverso il quale è manifestato, avvengono mediante applicazione degli ordinari criteri ermeneutici, a partire da quello incentrato nella ricerca della comune intenzione dei contraenti.

8. *Segue: il problema degli effetti.*

Anche l'accertamento degli effetti del recesso, a partire dall'individuazione del momento in cui si scioglie il contratto, presuppone l'esperimento di un'adeguata indagine ermeneutica.

Il problema, in particolare, si pone rispetto al contratto ad esecuzione continuata o periodica, nel quale – come visto – mentre l'art. 1373 c.c. parrebbe porre la regola della irretroattività degli effetti del

¹¹⁶ Cass., Sez. III, 16 dicembre 2014, n. 26365, in *Ced Cass.*, 2014, secondo cui “Nella ipotesi di clausola contrattuale di «cessazione immediata del contratto», il giudice di merito, che la interpreti come recesso senza preavviso e non quale clausola condizionale risolutiva, deve rendere evidenti le ragioni dell'approdo ermeneutico quando, per gli eventi nel cui contesto la clausola ha operato, assume rilevanza la diversa struttura ed il «modus operandi» dei due istituti, il primo ancorato ad una facoltà delle parti di sciogliere unilateralmente il contratto, il secondo relazionato ad un avvenimento futuro e incerto”.

recesso, non può escludersi che le parti abbiano inteso estendere la portata dello scioglimento del contratto anche rispetto alle prestazioni già eseguite, così destinate ad essere elevate ad oggetto del conseguente diritto di ripetizione¹¹⁷.

Sul punto, secondo una parte della dottrina, nel dubbio potrebbe procedersi mediante applicazione dell'art. 1458 c.c., qualora si verta in presenza di recesso dipendente dall'altrui inadempimento, oppure potrebbe guardarsi all'art. 1369 c.c., che permette di assegnare alla clausola in rassegna il significato più confacente alla natura e all'oggetto del contratto che la ospita. Attraverso questi criteri di carattere generale, fruibili in sede di interpretazione secondo buona fede, sarebbe così possibile individuare l'effetto da riconnettere al concreto atto di recesso¹¹⁸.

La indicata sistemazione non appare tuttavia condivisibile.

Attraverso la stessa, ad esempio, parrebbe volersi dare una risposta ad un problema –dichiaratamente interpretativo – non già attraverso le norme di cui agli artt. 1362 ss. c.c., ma in virtù dell'applicazione – in via analogica, in considerazione della diversità di fattispecie – dell'art. 1458 c.c.

Inoltre, anche quando si propone di risolvere il dubbio interpretativo mediante l'applicazione di un canone, per l'appunto, interpretativo (l'art. 1369 c.c.), non riesce chiaro capire non solo il perché quel criterio dovrebbe prevalere rispetto ad altri canoni ermeneutici, ma anche il motivo per cui lo stesso richiederebbe, nel momento applicativo, un'opportuna opera mediatrice affidata alla (diversa) regola di interpretazione secondo buona fede.

Le notazioni svolte permettono di affermare che, anche rispetto all'indagine che si propone di verificare l'ampiezza degli effetti del recesso, ogni verifica passa attraverso la rituale applicazione degli ordinari canoni ermeneutici, nessuno escluso, secondo la gerarchia cronologica tra gli stessi ravvisabile¹¹⁹. Pertanto, in un primo momento troveranno applicazione i criteri di interpretazione soggettiva,

¹¹⁷ FRANZONI, *op. cit.*, p. 363.

¹¹⁸ FRANZONI, *op. cit.*, pp. 363-364; AMBROSINI, *op. cit.*, p. 1398.

¹¹⁹ IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1154 ss. (e in Irti (a cura di), *L'interpretazione del contratto*

dove svolgeranno la massima efficacia non solo il canone letterale, ma anche i criteri selettivi della comune intenzione dei contraenti (art. 1362 c.c.) e della totalità ermeneutica (art. 1363 c.c.). Successivamente, solo in caso di permanenza del dubbio¹²⁰, sarà possibile ricorrere ai canoni di interpretazione oggettiva, primo fra tutti quello di conservazione, che suggerirà di adottare una lettura della clausola secondo la quale al recesso non va accordata un'efficacia retroattiva rispetto alle prestazioni già eseguite. Sarà poi possibile andare alla ricerca dell'esistenza di un eventuale uso interpretativo (art. 1368 c.c.), di una lettura della clausola a favore dell'aderente (art. 1370 c.c.), e così via.

nella dottrina italiana, Padova, 2000, p 609 ss.); ID., *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 c.c.*, Padova, 1966, *passim*; GENOVESE, *op. cit.*, p. 39 ss.

¹²⁰ IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit. pp. 147-148.

MARISTELLA GIANNINI
Assegnista di ricerca di diritto privato
Università di Roma “La Sapienza”

PRODOTTI DI FINANZA SOCIALE ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Prodotti di finanza sociale. Classificazioni e differenze. – 3. L’ambito soggettivo: la banca emittente. – 4. L’ambito oggettivo: obbligazioni e certificati di deposito. – 5. Il profilo strutturale: la categoria del finanziamento di scopo. – 6. Il profilo funzionale: sinallagma e onerosità. – 7. Il rimedio. Inadempimento dell’obbligo di finanziamento degli ETS e obbligo di acquistare titoli di Stato. – 8. (*segue*) Inadempimento dell’obbligo di finanziamento degli ETS e risarcimento dell’investitore. L’effettività delle tutele.

1. Introduzione.

I c.d. titoli di solidarietà sono un prodotto finanziario recente. Essi hanno fatto ingresso nell’ordinamento con l’approvazione del d. lgs. n. 117/2017 (d’ora in poi, Codice del Terzo settore) al fine di facilitare il sostegno e il finanziamento degli enti del Terzo Settore (ETS)¹.

¹ Con la legge delega 6 giugno 2016, n. 106 recante la “Delega al Governo per la riforma del Terzo Settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale” (cfr. sulla legge delega di riforma, PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2017, p. 726 ss.; ROSSI, *La necessità di una “revisione organica” della legislazione del Terzo settore: un’opportunità da cogliere, un lavoro parlamentare da realizzare*, in *Non Profit*, 2014, p. 19 ss.) si è avviato il processo di riforma del Terzo Settore, che ha avuto attuazione con l’approvazione dei due decreti legislativi: il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 c.d. Codice del Terzo settore (pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 179 del 2 agosto 2017, suppl. ord. n. 43) nonché il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 concernente la revisione della disciplina in materia di impresa sociale (pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 167 del 19 luglio 2017). Invero, la concreta applicazione della nuova

Prima di allora, l'unico strumento di "finanza sociale" era previsto nella disciplina delle organizzazioni non lucrative con utilità sociale (c.d. ONLUS). L'art. 29 del d.lgs. n. 460/1997 (rubricato «Titoli di solidarietà») prevedeva la possibilità di emettere speciali «titoli di solidarietà» destinati esclusivamente al sostegno delle ONLUS. La normativa si limitava a determinare per questi titoli un regime fiscale di favore², demandando al Ministro del tesoro il compito di stabilire, contestualmente alla fissazione del tasso di riferimento, i soggetti abilitati all'emissione dei titoli, nonché le condizioni e i limiti delle emissioni medesime, compresi i limiti massimi relativi ai tassi effettivamente praticati³. Oggi, il Codice del Terzo settore introduce una disciplina più articolata dei titoli di solidarietà, idonei a sostenere lo sviluppo di tutti gli enti del Terzo Settore.

Tuttavia, prima della sua concreta applicazione, la disciplina di questo prodotto finanziario è già stata modificata dal legislatore. Con una novella del 2018⁴ è stato modificato, tra l'altro, il disposto di cui

disciplina racchiusa nel Codice del Terzo settore – entrato in vigore il 3 agosto 2017 – è subordinata alla operatività del Registro Unico nazionale del Terzo Settore, i cui tempi sono dettati dall'art. 53 del Codice («Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, definisce, con proprio decreto, la procedura per l'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore»).

² «Per l'emissione di titoli da denominarsi "di solidarietà" è riconosciuta come costo fiscalmente deducibile dal reddito d'impresa la differenza tra il tasso effettivamente praticato ed il tasso di riferimento determinato con decreto del Ministro del tesoro, di concerto con il Ministro delle finanze, purché i fondi raccolti, oggetto di gestione separata, siano destinati al finanziamento delle ONLUS».

³ Sull'attualità dell'efficacia della disposizione a seguito dell'emanazione del Codice del Terzo settore, v. art. 102, comma 2, del Codice del Terzo settore (Abrogazioni) ai sensi del quale «Sono altresì abrogate a decorrere dal termine di cui all'articolo 104, comma 2, a) gli articoli da 10 a 29 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460 [...]»; nonché v. art. 104, comma 2, del Codice ai sensi del quale «Le disposizioni del titolo X, salvo quanto previsto dal comma 1, si applicano agli enti iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore a decorrere dal periodo di imposta successivo all'autorizzazione della Commissione europea di cui all'articolo 101, comma 10, e, comunque, non prima del periodo di imposta successivo di operatività del predetto Registro».

⁴ Art. 24 *ter* del d.l. 23 ottobre 2018 n. 119, conv., con mod., nella l. 17 dicembre 2018 n. 136.

all'art. 77 del Codice del Terzo settore (rubricato "Titoli di solidarietà") al fine di introdurre un nuovo periodo all'interno del comma 6.

L'originaria formulazione della norma consentiva agli istituti di credito di emettere peculiari titoli finanziari (detti di solidarietà), caratterizzati dall'obbligo per l'emittente di destinare la somma raccolta dal collocamento ad impieghi a favore degli enti del Terzo Settore, e precisamente al finanziamento delle iniziative di "interesse generale" elencate all'articolo 5 del Codice che detti enti svolgono in via esclusiva. La norma lasciava in ombra la soluzione accordata dal sistema normativo nel caso in cui il ricavato dal collocamento dei titoli di solidarietà non fosse stato destinato a favore degli enti del Terzo Settore.

Oggi in luogo di quell'unica regola si prevede un sistema più complesso e, accanto all'obbligo di impiegare i proventi della raccolta al finanziamento degli enti del Terzo Settore, sussiste in capo all'istituto di credito emittente – ogniqualvolta che, decorsi 12 mesi dal collocamento, non sia stato adempiuto l'obbligo di destinazione – il dovere di acquistare titoli di Stato italiani, aventi durata pari a quella originaria dei relativi titoli (art. 77, comma 6, del Codice del Terzo Settore).

In questa sede, si intende descrivere questa figura giuridica e al contempo dare conto della novella, verificando se il mancato impiego delle somme raccolte con l'emissione dei titoli di solidarietà dia luogo ad altre conseguenze civilistiche. In specie, si evidenziano due profili problematici: *in primis*, al fine di comprendere la portata e il significato della modifica, occorre delineare la problematica che la novella ha inteso risolvere già a livello legislativo e, in secondo luogo, occorre valutare l'adeguatezza del rimedio offerto ai fini dell'effettiva tutela dei soggetti investitori e del loro interesse privato alla specifica destinazione della somma.

I risultati dell'indagine intorno ai titoli di solidarietà potrebbero essere di interesse per tutta la categoria dei prodotti di finanza sociale.

2. Prodotti di finanza sociale. Classificazioni e differenze.

L'art. 77 del Codice del Terzo settore dispone che gli istituti di credito autorizzati ad operare in Italia possono emettere peculiari titoli finanziari, i cui proventi devono essere destinati al finanziamento di iniziative di "interesse generale" (elencate all'art. 5 del Codice) che gli enti del Terzo Settore svolgono in via esclusiva o principale, al netto solamente delle (eventuali) erogazioni liberali disposte a favore dei medesimi.

Il collegamento – imposto per legge – tra raccolta del risparmio e impiego per il perseguimento di specifici interessi caratterizza fortemente simili strumenti e ne consente l'inquadramento nell'ambito della più ampia categoria dei crediti c.d. di scopo⁵. Si tratta, invero,

⁵ In argomento, si vedano almeno BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. ec.*, 1955, p. 103 ss.; RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?*, in *Dir. giur.*, 1957, p. 390 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, V, Milano, 1958, p. 161 ss.; FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1960, I, p. 471 ss.; ID., *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scaloja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 69 ss.; ID., *Finanziamento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 604 ss.; ID., *I contratti di credito agrario come contratti di finanziamento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1973, I, p. 481 ss.; ANNESI, *Finanziamenti pubblici*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 627 ss.; RATTIN, *Mutuo di scopo come contratto condizionato*, in *Temi*, 1972, p. 437 ss.; FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.*, 1972, I, 273 ss.; BROLI, *Osservazione in tema di finanziamenti di scopo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1973, II, p. 485 ss.; FERRANDO, *Appunti sul mutuo di finanziamento*, in *Foro pad.*, 1973, I, p. 201 ss.; MAZZAMUTO e GALASSO, *Commento all'art. 9 legge 12 agosto 1977, n. 675*, in *Nuove leg. civ. comm.* 1978, p. 701 ss.; ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in Irti (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, I, Milano, 1980, p. 601 ss.; MOLLE, *I contratti bancari*⁴, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXXV, 1, Milano, 1981, p. 188 ss.; BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in Costi e Libertini (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, p. 257 ss.; SCHLESINGER, *Credito agevolato e mutuo di scopo*, *ivi*, p. 273 ss.; PETRONE, *Osservazioni in tema di finanziamento*, *ivi*, p. 279 ss.; FAUCEGLIA, *Brevi osservazioni in materia di tecniche sanzionatorie per le ipotesi di inadempimento dello scopo nei negozi di finanziamento*, *ivi*, p. 289; NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice civile e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, 1688 ss.; CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1982, I, p. 611 ss.; ID., *Finanziamenti (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, p. 757 ss.; GALASSO, *Le situazioni giuridiche soggettive nei contratti di credito*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1968, I, p. 67 ss.; ID.,

di una categoria di strumenti finanziari non del tutto nuova nell'ambito del mercato italiano, il quale, proprio nell'ultimo decennio, ha conosciuto l'avvento di varie figure di titoli obbligazionari, i cui proventi devono essere destinati a uno specifico scopo.

È il caso, ad esempio, dei cosiddetti *green bonds*, titoli obbligazionari i cui proventi devono essere destinati in via esclusiva a finanziare progetti a tutela dell'ambiente, come quelli rivolti all'utilizzo di energie rinnovabili, alla prevenzione dall'inquinamento o alla salvaguardia del territorio⁶. Ancora, si possono menzionare i *social*

Finanziamenti pubblici, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, III, 1982, p. 764 ss.; COLLURA, *Il problema del mutuo di scopo legale*, in Breccia (a cura di), *Tipicità ed atipicità dei contratti*, Milano, 1983; MAZZAMUTO, *Il rapporto di finanziamento "agevolato": profili privatistici dell'attuazione*, in Mazzoni e Nigro (a cura di), *Credito e moneta*, Milano, 1982, p. 419 ss.; ID., *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 619 ss.; ID., *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.; POLLICE, *Soggetto privato e ausilio finanziario pubblico (Mutuo e destinazione nel credito agevolato)*, Napoli, 1984; ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984; PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale*, Napoli, 1988; ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1988; RISPOLI e FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, p. 561 ss. Più di recente sul punto, CALVO, *Recesso del creditore, mutuo di scopo e collegamento negoziale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 238 ss.; BALESTRA, *Il mutuo di scopo tra "arricchimento" degli interessi perseguiti e deviazione dal modello codicistico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1133 ss.

⁶ La prima emissione in Italia di titoli obbligazionari qualificabili come *green bonds* è stata effettuata nell'anno 2014 dalla società Utility Hera (HER.MI). La Holding Energia Risorse Ambiente ha infatti collocato *bonds* decennali da 500 milioni di euro con lo scopo di portare avanti la lotta al cambiamento climatico, riduzione delle emissioni, qualità nella depurazione delle acque e ciclo dei rifiuti. I *green bonds* sono stati inizialmente emessi da istituzioni sovranazionali, tuttavia oggi se ne osserva la diffusione anche presso diverse società. La prima obbligazione c.d. "verde" è stata emessa nel 2007 dalla Banca europea per gli investimenti per raccogliere fondi per progetti incentrati sulle energie rinnovabili e l'efficienza energetica e nel 2008 la Banca Mondiale ha lanciato il primo *green bond* etichettato che si concentra sulla mitigazione dei cambiamenti climatici e sui progetti di adattamento. Le società non finanziarie hanno contribuito solo in parte all'emissione dei *green bonds* emessi fino ad oggi; si tratta di società che operano solo in due settori: energia (ad esempio, Iberdrola, Engie, TenneT Holdings, Enel, Innogy, Nordex, Gas Natural Fenosa, Senvion) e proprietà (come UnibailRodamco, Vasakronan). Tra le società finanziarie più attive c'è CreditAgricole CIB (Francia).

bonds, obbligazioni societarie i cui proventi devono essere destinati – generalmente solo in parte – per sostenere, sia con finanziamenti che con erogazioni liberali, lo sviluppo di progetti significativi nell’ambito dell’innovazione sociale⁷.

Il tratto distintivo di questa varia categoria di strumenti finanziari è che essi permettono agli investitori – attraverso la previsione, di origine legale o convenzionale, di un *obbligo di destinazione* della raccolta ad uno specifico scopo – di finanziare progetti predeterminati⁸.

La destinazione, occorre osservare, può essere imposta o dalla volontà delle parti o dalla volontà della legge.

⁷ La prima esperienza di prestito obbligazionario solidale (*social bonds*) in Italia risale all’anno 2012 ed è stato emesso da uno degli istituti di credito ancora oggi più attivi nel campo dei *social bonds*. UBI Banca il 20 marzo 2012 ha annunciato l’emissione di un prestito obbligazionario solidale (*social bonds*) a favore del sostegno del reparto di Oncoematologia Pediatrica degli Spedali Civili di Brescia, al quale sono stati devoluti una parte dei proventi. Già nello stesso anno, UBI Banca il 21 novembre 2012 ha annunciato l’emissione di un ulteriore prestito obbligazionario per un ammontare complessivo di 20 milioni di euro – di cui ha richiesto l’ammissione alla quotazione al MOT (Mercato Telematico delle Obbligazioni) – denominato *social bond* «UBI Comunità per la Fondazione Umberto Veronesi». Lo 0,50% del valore nominale delle obbligazioni sottoscritte sono state devolute a titolo di liberalità alla fondazione milanese, al fine di utilizzarlo per sostenere il progetto di ricerca «Nuovi *biomarker* per seno e polmoni» finalizzato a individuare i tumori del seno e del polmone nello stadio iniziale, ancor prima che siano rilevabili con le attuali tecniche diagnostiche. Non mancano emissioni successive da parte di UBI Banca, ma anche piccole emissioni obbligazionarie da altri istituti di credito.

⁸ Giova osservare che il legislatore utilizzava la locuzione “obbligazioni di scopo” con riferimento ai titoli obbligazionari emessi da parte degli enti territoriali al fine della realizzazione di interventi di efficientamento del patrimonio edilizio pubblico. L’art. 54 del d.l. n. 1 del 2012 «Liberalizzazioni», conv. dalla l. n. 27 del 2012, ha introdotto all’interno dell’art. 35 della l. 23 dicembre 1994 n. 724, recante Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, il comma 1 *bis* (secondo cui «I comuni, le province, le città metropolitane e, previa autorizzazione di ciascun partecipante, le unioni di comuni, le comunità montane e i consorzi tra enti locali, per il finanziamento di singole opere pubbliche, possono attivare prestiti obbligazionari di scopo legati alla realizzazione delle opere stesse e garantiti da un apposito patrimonio destinato».); abrogato successivamente dall’art. 2 della l. 22 gennaio 2016 n. 10.

Negli esempi, appena menzionati, di *green* e *social bonds*, l'obbligo di destinazione allo scopo ha fonte convenzionale. In particolare, *green* e *social bonds* configurano fattispecie in cui la decisione dell'ente di emettere i titoli obbligazionari si estende fino a determinare le finalità per il quale il titolo è emesso e il prestito è concesso. Così, mentre i titoli obbligazionari – che secondo una ricorrente affermazione dottrinale sono «la rappresentazione di una frazione standardizzata del credito alla restituzione di un finanziamento ricevuto dall'emittente»⁹ – vengono emessi genericamente per il finanziamento d'impresa, i titoli in esame presentano quale elemento di originalità una minore discrezionalità per l'emittente, che non potrebbe

⁹ Sulla specifica nozione di prestito obbligazionario, quale operazione di finanziamento, cfr. la definizione di CAMPOBASSO, *Le obbligazioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, V, Torino, 1988, p. 381: «Le obbligazioni sono titoli di credito al portatore o nominativi (art. 2410, 1 comma), che rappresentano frazioni di uguale valore nominale (art. 2413, n.4) e con uguali diritti di un'unica operazione di finanziamento a titolo di mutuo (arg. ex art. 2415, comma 1, n. 2 che parla di prestito) di ammontare predeterminato e assoggettato a regolamentazione convenzionale uniforme per volontà della società emittente». L'a. muove dal presupposto secondo cui le norme del codice civile non contengano una espressa definizione della fattispecie “obbligazione”, eppure dal loro complesso emerge sia la qualificazione come titolo di credito (artt. 2412, comma 1, e 2414 c.c.), sia la derivazione di un rapporto unitario di mutuo (artt. 2415, comma 1, n. 2, c.c., 2411 c.c. e 1414 n. 4 c.c.). In senso sostanzialmente conforme, tra i tanti, v. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Morano, 1962, p. 416; PETTITI, *Titoli obbligazionari*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1977, p. 366; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 1980, p. 752; FRÈ, *Società per azioni*³, con aggiornamento di Pellicanò, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 585. Sul profilo causale, cfr. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 381, secondo il quale essi documentano «un credito tipicamente sorretto da una “causa” di mutuo e sottoposto *ex lege* alla relativa disciplina generale per quanto non cartolarmente specificato». Nel senso che la causa del rapporto sotteso all'emissione delle obbligazioni, è riconducibile, almeno in senso lato, al “prestito”, v. F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 410 ss. il quale conviene che «lo schema contrattuale nel quale di inquadra tradizionalmente l'emissione di obbligazioni è il mutuo», ma successivamente se ne distacca sostenendo che «l'operazione finanziaria che è caratterizzata dalla dilazione nel tempo del pagamento del capitale e degli interessi, può trovare la sua giustificazione anche in un rapporto diverso, in forza del quale il sottoscrittore non versa una somma di denaro ma fornisce macchinari, merci ecc. alla società e in luogo del prezzo, riceve le obbligazioni».

distrarre la somma raccolta dal perseguimento della finalità dichiarata nella delibera di emissione. Infatti la realizzazione dello scopo è dedotta come oggetto di una obbligazione che si aggiunge a quella di restituzione del prestito. Correlativamente, l'investitore non si limita ad affidare il proprio capitale al soggetto autorizzato nella prospettiva di vederlo rimborsato alla scadenza maggiorato degli interessi, ma ricorre a tali titoli in quanto soddisfano l'interesse alla remunerazione dell'investimento e insieme alla realizzazione di uno specifico scopo di investimento. Interesse, quest'ultimo, che non si arresta alla sfera dei motivi, ma assume piena rilevanza giuridica, fondando un preciso obbligo di condotta in capo al soggetto finanziato¹⁰.

Diversamente, nei titoli denominati di solidarietà, l'obbligo di destinazione allo scopo ha fonte legale: è la legge a conformare tali operazioni di prestito rendendole essenzialmente funzionali alla realizzazione di un risultato che, essendo imposto dalla legge, è di necessità di interesse pubblico¹¹.

Con riferimento ai titoli di solidarietà, la determinazione legale della destinazione della raccolta del capitale si evince già al comma 1 dell'art. 77 del Codice del Terzo settore. Essa afferma che gli istituti di credito possono emettere titoli denominati di solidarietà «Al fine di favorire il finanziamento e il sostegno delle attività di cui all'articolo 5, svolte dagli enti del Terzo settore, iscritti nel Registro di cui all'articolo 45 [...]». Inoltre, occorre osservare che tale determinazione legale – come si vedrà meglio nel prosieguo – non si esaurisce in una mera enunciazione della finalità presa in considerazione dal legislatore, ma implica per l'emittente i titoli un preciso obbligo

¹⁰ Cfr. F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 411, il quale precisa che le obbligazioni sono titoli di credito “caratterizzati da letteralità incompleta, integrata, *per relationem*, dalla deliberazione richiamata”, connotati, inoltre, dal carattere di essere titoli di massa in quanto emessi in serie. Cfr., altresì, PETTITI, *op. cit.*, p. 56; CAVALLO e BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1978, p. 231.

¹¹ Per un tentativo di classificazione dei fini volontari che le parti possono proporsi e dei fini legali che sono sottesi alla funzionalizzazione del credito, v. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., 1960, I, p. 508 ss., secondo il quale entrambi sono accomunati nella «rappresentazione di un fatto futuro che si inserisce nello schema negoziale per assumere in esso valore determinante di un comportamento necessario, suscettibile di influenzare gli effetti negoziali».

di destinazione dell'intero ammontare della raccolta a favore del sostegno degli enti del Terzo Settore o a titolo di finanziamento (comma 6 dell'art. 77 del Codice) o a titolo di erogazioni liberali (comma 5 dell'art. 77 del Codice).

3. *L'ambito soggettivo: la banca emittente.*

Sotto il profilo soggettivo, l'ambito applicativo della norma è delimitato anzitutto dalla qualità delle varie parti coinvolte nell'operazione: gli investitori/sottoscrittori, autori del prestito, l'emittente, beneficiario del prestito e gli enti del Terzo Settore, nel cui interesse è investito il capitale raccolto.

Con riguardo agli investitori/sottoscrittori, può notarsi che il legislatore non ha riservato l'acquisto dei titoli a una particolare categoria di soggetti (persone fisiche e/o giuridiche), atteso che una scelta opposta – che, ad esempio, avesse comportato la restrizione della facoltà di sottoscrivere i titoli ai soli consumatori o all'opposto solamente a investitori professionali – avrebbe posto un limite all'intento di favorire il finanziamento degli enti del Terzo Settore.

Non essendo qui possibile dilungarsi su quest'ultima categoria di enti, in questa sede ci si limita ad osservare che si tratta di organizzazioni che appartengono al mondo del cosiddetto "privato sociale" e che perseguono finalità di pubblico interesse, in chiave solidaristica e sussidiaria¹². Sullo specifico punto, occorre rilevare che l'ori-

¹² Per un'analisi della nozione costruita intorno alla categoria unitaria degli enti del Terzo Settore e della disciplina organica dell'intera materia si vedano, tra i primi, i contributi di BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1253 ss.; IANNACCONE, *Prime considerazioni sul Codice del Terzo Settore*, in *Cooperative ed enti non profit*, 2017, p. 7 ss.; DI LORENZO, *Spunti di riflessione su enti del Terzo Settore e acquisto dell'eredità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1836 ss.; GRANELLI, *Impresa e Terzo settore: un rapporto controverso*, in *Jus civ.*, 2018, p. 715 ss.; ROMANO, *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del Terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019 ss.; IBBA, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019 ss.; PONZANELLI, *op. cit.*, p. 726 ss.; MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 675; DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in

ginaria formulazione della norma limitava l'emissione di titoli di solidarietà al finanziamento dei soli enti del Terzo Settore "non commerciali". Con la novella del 2018 quest'ultima restrizione è stata coerentemente stralciata, atteso che essa avrebbe escluso di fatto la possibilità per le banche di finanziare cooperative e imprese sociali, ovvero quei soggetti che, svolgendo genericamente attività di natura imprenditoriale in ambito sociale, ricorrono maggiormente al credito per finanziare i loro investimenti¹³.

Proseguendo nell'analisi dell'ambito soggettivo dei titoli di solidarietà, di maggiore rilievo è la limitazione della capacità di emettere i titoli ai soli «istituti di credito autorizzati ad operare in Italia, in osservanza delle previsioni di cui al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385»¹⁴. Com'è noto, non di rado le leggi speciali sul credito contengono una rigida disciplina inerente ai requisiti soggettivi delle

Studium iuris, 2018, p. 139 ss.; CEOLIN, *Il c.d. Codice del Terzo settore (d. lgs 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1 ss.; BRIGANTI, *La riforma del "Terzo Settore" tra sussidiarietà orizzontale e impresa sociale*, in *Not.*, 2018, p. 511 ss.; MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore. Profili civilistici e tributari (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117)*, Torino, 2017. Per una analisi sistematica, v. *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette, Atti dei Convegni Roma, 22 giugno 2017 – Bologna, 26 maggio 2017 (N. 2/2017)*, a cura di Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2017, nonché *Il Codice del Terzo settore. Commento al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Gorgoni, Pisa, 2018. Per una analisi specifica della disciplina del Codice del Terzo settore in relazione alla disciplina del Codice Civile, v. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018, p. 116 ss.; QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 708 ss.

¹³ Con l'art. 24 *ter* del d.l. 23 ottobre 2018 n.119, conv., con mod., nella l. 17 dicembre 2018 n. 136, è stato soppresso l'inciso «non commerciali di cui all'articolo 79, comma 5» racchiuso nel disposto del comma 1 dell'art. 77 del Codice del Terzo settore.

¹⁴ Il rapporto tra elemento soggettivo e tipo negoziale ha costituito l'argomento di una nota discussione dottrinale negli anni Sessanta. Cfr. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1960, I, p. 323 ss.; ID., *Ancora sul concetto di contratto bancario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 481 ss., il quale nega rilevanza scientifica, ai

parti¹⁵. Simili restrizioni trovano spesso fondamento nell'esigenza di individuare un soggetto, il quale sia titolare di una attività che gli attribuisca le facoltà richieste per dare attuazione all'obbligo di destinazione imposto dalla legge o dalla volontà delle parti¹⁶.

Con riferimento ai soggetti emittenti i titoli di solidarietà, quale sia la ragione di questa disciplina limitatrice della legittimazione all'emissione si comprende alla luce delle finalità proprie di questo particolare prodotto finanziario. Se è vero, infatti, che i titoli di solidarietà sono raccolti al fine di conferire, a uno o più enti del c.d. Terzo Settore, una somma a titolo di finanziamento, non si potrebbe non considerare che l'esercizio dell'attività creditizia, la quale è funzionale alla successiva operazione di finanziamento a favore degli enti del Terzo Settore, costituisce – ai sensi dell'art. 10 del Testo Unico Bancario (TUB) – una delle due attività in cui si sostanzia l'attività bancaria (1 comma) e tale esercizio come noto è « [...] riservato alle banche» (2 comma). Di conseguenza, in assenza della limitazione del comma 1 dell'art. 77, la fondamentale norma del TUB verrebbe totalmente disattesa.

In conclusione il fondamento della riserva alle sole banche di emettere codesti titoli sembra consistere proprio nella fattibilità della successiva operazione di credito a favore degli enti del Terzo Settore e di qui è funzionale alla stessa realizzazione del fine, si ribadisce di interesse pubblico, sotteso all'emissione dei titoli di solidarietà.

fini della qualificazione della fattispecie, ai requisiti soggettivi delle parti; in questo senso, l'a. ha escluso che l'elemento soggettivo caratterizzasse la categoria dei contratti bancari. In senso contrario, cfr. MINERVINI, *Banca, attività bancaria e contratti bancari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1962, I, p. 313 ss.; ID., *Impresa bancaria e contratti bancari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1966, I, p. 261 ss., il quale considera il profilo soggettivo un dato caratterizzante il tipo negoziale e dunque rilevante ai fini della distinzione tra i tipi. Così, anche, LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, in *Annuali della facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, Milano, 1966; FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, Napoli, 1964.

¹⁵ Il riferimento è anzitutto alle varie leggi speciali a far data dagli anni Sessanta in tema di operazioni di credito agevolato o di credito speciale. Cfr. TETI, *I mutui di scopo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XII, 2, Torino, 2007, p. 653 ss.

¹⁶ Così, FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 478.

4. *L'ambito oggettivo: obbligazioni e certificati di deposito.*

La norma dell'art. 77 al comma 2 del Codice del Terzo settore elenca due tipologie di prodotti finanziari ai quali si può ricondurre la figura dei titoli di solidarietà: *i)* «obbligazioni ed altri titoli di debito»¹⁷, nominativi o al portatore, non subordinati¹⁸, non convertibili e non scambiabili¹⁹, e che non conferiscono il diritto di sottoscrivere o acquisire altri tipi di strumenti finanziari e non sono collegati ad uno strumento derivato²⁰, *ii)* «certificati di deposito consistenti in ti-

¹⁷ L'art. 77, comma 3, del Codice del Terzo settore aggiunge che «Per le obbligazioni e per gli altri titoli di debito restano ferme le disposizioni legislative e regolamentari in materia di strumenti finanziari di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e relative disposizioni attuative».

¹⁸ È esclusa quindi l'opponibilità della c.d. clausola di postergazione, in forza della quale il diritto dell'obbligazionista al rimborso del capitale e al pagamento degli interessi viene subordinato al soddisfacimento di altri creditori della società.

¹⁹ Pertanto è escluso che possano attribuire al sottoscrittore il diritto di scegliere di ricevere, alla scadenza del prestito obbligazionario, azioni della società emittente o di altra società anziché il rimborso del capitale; né sono scambiabili con azioni che sono o saranno emesse dall'emittente. Sui titoli convertibili, cfr. per tutti CAVALLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1978.

²⁰ In materia dei derivati la letteratura è sterminata. Senza alcuna pretesa di completezza, si veda CAPRIGLIONE, *I prodotti derivati: strumenti per la copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, p. 363 ss.; CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di «swap»*, Milano, 1999; DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 15 ss.; BOCHICCHIO, *Gli strumenti derivati: i controlli sulle patologie del capitalismo finanziario*, in *Contr. impr.*, 2009, 324 ss.; GABRIELLI, *Operazioni sui derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1133 ss.; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, p. 541 ss.; GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010; CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. Maffei (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 173; CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011; RIGHINI, *Strumenti e prodotti finanziari*, in *Enc. Diritto, Annali*, IV, Milano, 2011, p. 1162 ss.; ROCCHIO, *Contratti (in strumenti finanziari) derivati e causa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, I, p. 106 ss.; TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, I, 68 ss.; ID., *Contratti derivati: determinazione dell'alea e determinabilità dell'oggetto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, II, p. 229 ss.; VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino,

toli individuali non negoziati nel mercato monetario». La norma ricostruisce, dunque, la figura in esame attorno a un due unità tipologiche.

Com'è noto, la prima fattispecie – obbligazioni e gli altri titoli di debito – comprende titoli di massa che documentano, a fronte del trasferimento di una certa somma di denaro, l'obbligo di rimborsare il capitale alla scadenza, nonché di corrispondere (generalmente con scadenza periodica) un interesse su tale somma. Diversamente, nella seconda fattispecie (sottoscrizione dei certificati di deposito) il cliente deposita una somma di denaro presso la banca, che a sua volta si obbliga a restituire il medesimo importo alla data della scadenza e a corrispondere gli interessi periodicamente.

Comune ad entrambe le fattispecie è la previsione che i titoli di solidarietà: *i*) devono avere scadenza non inferiore a 36 mesi, ovvero non inferiore a 12 mesi nel caso dei certificati di deposito (comma 4 dell'art. 77); *ii*) corrispondono interessi con periodicità almeno annuale, secondo il tasso di interesse di cui si dirà nel prosieguo (comma 4 dell'art. 77).

Dalla disposizione in parola, si desume altresì che i titoli *de qua* sono oggetto di un collocamento che non comporta spese di commissione per l'investitore (comma 1 dell'art. 77). Logico corollario è che l'unica forma di remunerazione per la banca-emittente è costituita dagli interessi attivi sugli impieghi eseguiti a favore degli enti del Terzo Settore. Invero, sulla medesima linea si collocano una serie di previsioni che contemplano ulteriori incentivi per i sottoscrittori: atteso che i titoli di solidarietà acquistati dall'investitore sono soggetti alle esenzioni fiscali previsti per i medesimi redditi relativi alle «obbligazioni pubbliche» (comma 9 dell'art. 77); non concorrono

2013; PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 24 ss.; GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, *ivi*, p. 37 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa, il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015; ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016; DOLMETTA *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro «ragionevoli limiti» l'operatività in derivati*, in *Soc.*, 2016, p. 709 ss.; BERTI DE MARINIS, *I contratti derivati: corretta allocazione del rischio e meritevolezza degli interessi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, I, p. 450 ss.

alla formazione dell'asse ereditario ai fini dell'imposta di successione (comma 12 dell'art. 77); infine, non rilevano ai fini della determinazione dell'imposta di bollo sulle comunicazioni relative ai depositi titoli (comma 13 dell'art. 77).

Inoltre, e sempre al fine di incentivare l'emissione dei titoli, sono previste una serie di agevolazioni anche a favore dell'istituto di credito emittente. Si tratta anzitutto di agevolazioni fiscali per l'ipotesi che l'emittente scelga di destinare una parte dei proventi derivanti dal collocamento dei titoli a erogazioni liberali a favore degli enti del Terzo Settore. Infatti se la quota devoluta a titolo di liberalità agli enti del Terzo Settore è almeno pari almeno allo 0,6% della raccolta, è riconosciuto all'istituto bancario un credito d'imposta pari al 50% della stessa erogazione liberale (comma 10 dell'art. 77 del Codice). Con lo stesso obiettivo, si prevede che i titoli non rilevano ai fini della sterilizzazione ACE (comma 11 dell'art. 77) e del computo delle contribuzioni dovute dai soggetti sottoposti alla vigilanza (comma 8 dell'art. 77).

5. *Il profilo strutturale: la categoria del finanziamento di scopo.*

I titoli di solidarietà rappresentano un rapporto di credito tra la banca emittente e il sottoscrittore, contraddistinto dal trasferimento della proprietà di una somma di denaro a favore dell'emittente e dall'obbligazione a carico di quest'ultimo di restituire il *tandumdem eiusdem generis* dopo un determinato periodo di tempo, oltre agli interessi²¹.

Invero, l'elemento dotato di originalità nei titoli in esame risiede, come detto, nell'ulteriore obbligo del finanziato di dare un determinato impiego alla somma raccolta, in ragione di una speciale disciplina legislativa. Testualmente, il comma 6 della norma in esame di-

²¹ Cfr. per questa definizione CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, cit., p. 611 ss. Secondo l'a. il rapporto di credito è contraddistinto, dal trasferimento della proprietà di una somma di denaro o di altra quantità di cose fungibili a favore del sovvenuto, e dall'obbligazione a carico di quest'ultimo di restituire il *tandumdem eiusdem generis* dopo un determinato periodo di tempo, e, salvo diversamente convenuto, dall'obbligazione di corrispondere gli interessi. Sui contratti di credito, in particolare, v. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953.

sponde che «Gli emittenti, tenuto conto delle richieste di finanziamento pervenute dagli enti del Terzo settore e compatibilmente con le esigenze di rispetto delle regole di sana e prudente gestione bancaria, devono destinare una somma pari all'intera raccolta effettuata attraverso l'emissione dei titoli, al netto dell'eventuale erogazione liberale di cui al comma 5, ad impegni a favore degli enti del Terzo settore di cui al comma 1, per il finanziamento di iniziative di cui all'articolo 5 [...]»²². Il rinvio al comma 5 consente agli emittenti di erogare altresì parte dei proventi a titolo liberale agli enti del Terzo Settore ritenuti meritevoli sulla base di un progetto predisposto dagli stessi.

Vale appena il caso di notare come, sul piano concreto, ne derivi una tripartizione dal momento che: *i*) potrebbero essere emessi titoli di solidarietà recanti l'obbligo per la banca di destinare la raccolta – per l'intero ammontare – a operazioni di finanziamento a favore degli enti del Terzo Settore per iniziative di cui all'art. 5 del Codice²³; *ii*) o titoli emessi al fine di erogare liberalità – per un ammontare massimo pari al valore nominale – a favore dei medesimi enti ritenuti meritevoli sulla base di un progetto²⁴; *iii*) infine, si potrebbero avere titoli di solidarietà che impongono alla banca di destinare la raccolta in parte determinata a titolo liberale e per il residuo a titolo di finanziamento.

²² Occorre fin da ora osservare che l'originaria formulazione della norma lasciava agli interpreti il significato da attribuire alle previsioni «tenuto conto delle richieste di finanziamento pervenute dagli ETS» e compatibilmente con «le esigenze di rispetto delle regole di sana e prudente gestione bancaria» (art. 77, comma 6, Codice). Infatti, era in dubbio se l'obbligo della banca emittente di dare un determinato impiego alla somma raccolta venisse in qualche modo meno in mancanza di richieste di credito da parte degli ETS o nel caso in cui tale richiesta non fosse stata compatibile con le esigenze di rispetto delle regole di sana e prudente gestione bancaria. La problematica sembrerebbe essere stata risolta alla luce della novella del 2018 che al comma 6 dell'art. 77 ha introdotto l'obbligo per la banca emittente i titoli di utilizzare le somme raccolte dall'emissione «e non impiegate a favore degli enti del Terzo settore entro dodici mesi dal loro collocamento, per la sottoscrizione o per l'acquisto di titoli di Stato italiani aventi durata pari a quella originaria dei relativi titoli».

²³ Art. 77, comma 6, del Codice del Terzo settore.

²⁴ Art. 77, comma 5, del Codice del Terzo settore.

Orbene, posto che con le disposizioni del comma 5 e del comma 6 dell'art. 77 del Codice del Terzo settore assume rilievo la destinazione della somma finanziata – la quale diviene oggetto di un comportamento doveroso da parte della banca – occorre focalizzare l'attenzione sull'inquadramento teorico del rapporto di credito sottostante ai titoli di solidarietà – che si istituisce tra la banca e l'investitore con la sottoscrizione dei titoli – così come arricchito dalla presenza dell'obbligazione di destinazione suddetta.

Da lungo tempo la dottrina ha distinto due diverse ipotesi nelle quali la modalità in cui viene impiegata la somma finanziata assume un rilievo decisivo nella disciplina del rapporto di credito. Prima ipotesi è quella in cui la destinazione da dare alla somma concessa a titolo di finanziamento, pur avendo rilevanza per il rapporto, resta elemento esterno alla struttura del negozio; ad esempio quando è motivo illecito, comune ad entrambe le parti (art. 1345 c.c.)²⁵. Si ha, invece, la seconda ipotesi, nel caso in cui la destinazione in ordine all'impiego della somma finanziata, da elemento esterno dell'operazione economica, penetra nel negozio, assurgendo ad elemento della fattispecie e costituendo così parte essenziale del regolamento di interessi²⁶.

L'attenzione della dottrina è stata rivolta verso la configurazione di quest'ultima clausola, denominata di scopo²⁷.

²⁵ Per altre ipotesi v. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 472 ss., secondo il quale non rientra nella nozione di credito di scopo altresì il negozio di finanziamento dove lo scopo è presupposto di legittimazione al negozio (v. art. 320, comma 2, c.c., il quale richiede la necessità o utilità evidente per il minore) o è oggetto di interpretazione da parte del giudice (v. art. 1817 c.c., per stabilire il termine di restituzione in luogo delle parti) o è presupposto per l'applicazione di una speciale disciplina legale. Sulle varie ipotesi di rilevanza dello scopo del mutuo, che non configurano mutuo di scopo, cfr. anche ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit. p. 105.

²⁶ Così, tra i primi, BACCIGALUPI, *op. cit.*, p. 107.

²⁷ L'espressione è di FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 472 ss. All'a. si attribuisce il duplice merito di aver, da un lato, distinto il rapporto di credito di scopo dalle altre ipotesi, nelle quali pure la destinazione della somma assume una qualche rilevanza, e, dall'altro, di aver definito il credito di scopo come un negozio in cui la finalità avuta di mira forma parte inseparabile dell'assetto di interessi e costituisca oggetto di una determinazione idonea a influenzare la funzione del negozio.

La letteratura si è divisa in ordine alla ricostruzione giuridica della clausola di destinazione. Una tesi più risalente ha ricostruito la disposizione in parola come modo o come condizione²⁸. All'opposto s'è giustamente affermato che il modo è riferibile ai soli negozi gratuiti²⁹ e non ai negozi a titolo oneroso. Neanche potrebbe sostenersi la tesi che essa si collochi in posizione di condizione, atteso che l'elemento condizionante è inerente agli effetti del contratto, mentre il conseguimento dello scopo è piuttosto l'oggetto di un obbligo. L'orientamento maggioritario – che muove dalla tesi di Fragali – ha invece ricostruito la clausola di scopo quale “atto dovuto”, ovvero sia un atto di adempimento di un'obbligazione, con la quale il finanziato si obbliga a realizzare, attraverso la somma ottenuta, un determinato obiettivo, ulteriore rispetto alla restituzione del *tandundem*.

Segnatamente, si tratterebbe di una obbligazione di *facere* – imposta dalla legge o dalla volontà delle parti – avente ad oggetto lo svolgimento di una attività necessaria per conseguire il fine legale o convenzionale, che potrebbe indifferentemente consistere sia nel compiere un'attività negoziale, sia nel realizzare un'attività materiale³⁰.

Si è correttamente precisato che la clausola di scopo – di cui non di rado si garantisce il conseguimento mediante un sistema di controlli e sanzioni – non provoca alcuna incompatibilità con l'effetto traslativo della somma e con la pienezza del godimento in capo al

²⁸ Sul punto specifico, v. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 253. Secondo l'a. la clausola di destinazione si può configurare come condizione o come onere o come presupposto.

²⁹ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1950, p. 538. In senso favorevole, COGLIOLO, *Il “modus” nei contratti*, in *Dir. comm.*, 1911, p. 179.

³⁰ In questo senso milita la ricostruzione di FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 522 ss., il quale discorre di fare in *rem propriam* avente ad oggetto una attività negoziale o materiale, mentre nega che possa consistere in una obbligazione di dare ovvero di non fare.

finanziato³¹; né tantomeno dà luogo a vincoli e limiti di disponibilità³² o effetti di separazione, sulla base dell'osservazione secondo cui il finanziato può disporre delle somme ricevute nonostante la clausola di destinazione, come può disporre delle cose nonostante l'obbligo di restituzione³³.

Alla luce di questa ricostruzione di Fragali, altra dottrina³⁴ ha ulteriormente puntualizzato che l'obbligazione di scopo – la quale è stata indagata soprattutto in relazione allo schema negoziale del contratto di mutuo di cui all'art. 1813 c.c. – potrebbe essere apposta a tutti i tipi negoziali appartenenti alla categoria dei contratti di credito, contraddistinti dalla concessione del credito quale elemento causale comune. In tal senso, si è autorevolmente sostenuto³⁵ che

³¹ Muovendo dalla incompatibilità tra l'effetto traslativo della consegna e la clausola di destinazione, infatti, sono state proposte in dottrina diverse ricostruzioni in ordine al contratto di finanziamento di scopo e segnatamente: come riserva della proprietà, mandato in *rem propriam* e locazione d'opera. Dall'idea opposta muovono invece le ricostruzioni del credito di scopo come acquisto fiduciario, cointeressenza e contratto associativo (v. BACCIGALUPI, *op. cit.*, p. 116). Per una ricostruzione critica delle diverse tesi proposte, v. anche FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 488 ss.

Discutono se lo scopo si accordi con l'effetto traslativo, risolvendo il dubbio in senso positivo MESSINEO, *Il prestito dei titoli al portatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 524 ss.; CARDIAN, *Società, comunione, partecipazione, procura*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 658; successivamente anche FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 484 ss.

³² Cfr., per le osservazioni critiche a codesta dottrina, CONFORTINI, *Vincolo di destinazione*, in *Diz. dir. priv.*, I. *Diritto civile*, diretto da Irti, Milano, 1980, p. 871 ss. L'a. denuncia l'errore di una sovrapposizione tra il concetto di «vincolo di destinazione» e il concetto di «obbligazione scopo».

³³ Cfr. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 486 ss.

³⁴ Gli studi sul tema riferiscono quasi esclusivamente la clausola di destinazione al negozio di mutuo. Invero, la determinazione del fine qualificante la fattispecie del «credito di scopo» può essere opposta a qualsiasi tipo negoziale appartenente alla categoria dei contratti di credito, per l'appunto, contraddistinti dalla concessione del credito come elemento causale comune secondo SIMONETTO, *op. cit.*, p. 47 ss.; nello stesso senso anche ALLEGRI, *op. cit.*, p. 17. Secondo l'opinione di MOLLE, *op. cit.*, p. 189 ss. la clausola di destinazione potrebbe essere opposta anche a negozi che non sono caratterizzati da una causa di credito.

³⁵ Sul problema della causa in relazione al tipo contrattuale, si veda, almeno, GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 573; B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; SACCO, *Autonomia*

negozi, i quali presentino una comunanza di causa, ben possono attuarsi tramite tipi contrattuali differenti; la funzione creditizia, quindi, si realizza tramite il ricorso a diversi schemi negoziali, che, pur diversi, necessitano di essere equiparati, quantomeno in ordine alla ricostruzione teorica della clausola di destinazione³⁶.

In conclusione, fondare il *proprium* del concetto di credito c.d. di scopo, attorno tre elementi fondamentali: i) un rapporto di credito; ii) la finalizzazione ad uno scopo iii) e che la realizzazione di detto scopo sia un «atto dovuto»³⁷, ovvero sia un atto di adempimento di un'obbligazione di fare, ulteriore rispetto alla restituzione del *tandem*, appare dare rilevanza operativa al disposto del comma 6 all'art. 77 del Codice del Terzo settore per qualificare il rapporto sottostante ai titoli di solidarietà come una forma di credito di scopo (legale)³⁸.

Infatti il fine legale non si arresta a una mera enunciazione della finalità perseguita dalla legge (comma 1 dell'art. 77), ma penetra sul piano strutturale, quale elemento della fattispecie, cosicché l'istituto di credito emittente non ha solo l'obbligo di restituire la somma corrisposta, e di pagare gli interessi, ma anche l'obbligo di dare un determinato impiego alla somma come indicato genericamente dalla legge e concretamente specificato nella decisione di emissione dei titoli.

Per tale motivo è prevista in capo al soggetto emittente una forma di controllo circa l'utilizzazione della somma raccolta. A carico dell'istituto di credito sussiste, infatti, il dovere 1) di comunicare al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, entro il 31 marzo di ogni anno, l'ammontare delle emissioni effettuate nell'anno prece-

contrattuale e tipi, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 78; DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, ai quali si deve l'osservazione secondo cui, posto che negozi, i quali presentino la stessa causa, possono realizzarsi attraverso tipi contrattuali differenti, non è irrilevante l'individuazione del tipo derivando da tale identificazione anche la speciale disciplina applicabile.

³⁶ Cfr. per spunti riflessivi in tal senso ALLEGRI, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ Cfr. FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 475 ss.

³⁸ Così, FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 522 ss. Secondo l'a. l'obbligazione di scopo è una obbligazione di fare e può consistere sia in un'attività negoziale (appalto, acquisto di beni, donazione e così via), sia in un'attività materiale.

dente, l'importo di eventuali liberalità e finanziamenti erogati, indicando gli enti del Terzo Settore beneficiari e le iniziative sostenute; 2) nonché di pubblicare sul proprio sito *internet*, con cadenza almeno annuale, i dati relativi ai finanziamenti erogati, con l'indicazione dell'ente beneficiario e delle iniziative sostenute³⁹.

6. *Il profilo funzionale: sinallagma e onerosità.*

Sostenere che il rapporto sottostante i titoli di solidarietà possa rientrare nel concetto di credito di scopo comporta, fra le principali conseguenze, attribuire rilevanza causale all'obbligo di destinazione⁴⁰.

Sullo specifico punto, se le prime elaborazioni della dottrina ritenevano che la destinazione si limitasse ad "arricchire" la funzione del negozio, senza alterarla⁴¹, diversamente la dottrina successiva e

³⁹ Si tratta di un obbligo aggiunto in occasione del cosiddetto decreto correttivo del Codice del Terzo settore varato il 3 agosto 2018 dal Consiglio dei Ministri – art. 1, comma 1, d.lgs. n. 105 del 2018.

⁴⁰ Cfr. sul punto le osservazioni di ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 210. L'a. osserva che l'originalità del credito di scopo vada colta sotto diversi profili e in particolare per quel che in questa sede rileva: sotto il profilo delle prestazioni, perché il debitore non si obbliga solo a restituire la somma raccolta e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a compiere gli atti funzionali alla destinazione; sotto il profilo della funzione economico-sociale del negozio, la quale «non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire il godimento del denaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all'interesse (pubblico, nel mutuo di scopo legale) di conseguire la finalità stabilita»; sotto il profilo del rapporto tra le prestazioni, in quanto la prestazione di scopo ancor più di quella degli interessi, assume rilievo corrispettivo dell'attribuzione della somma.

⁴¹ Il riferimento è al saggio di FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 472 ss. L'impostazione dell'a., che in questa sede si riporta solo nei suoi punti conclusivi, è stata la base concettuale su cui la dottrina successiva ha dibattuto la rilevanza causale dell'obbligazione di destinazione, anche al fine di stabilire quale fosse l'impatto delle deviazioni sul tipo onde dedurre la qualifica come negozio atipico. L'idea dell'a. è che la causa è dotata di sufficiente elasticità da tollerare l'intrusione di un elemento nuovo, purché questo non turbi il contenuto minimo del negozio. Nel caso in esame, si afferma, l'indicazione dello scopo rispetterebbe la struttura essenziale del negozio, salvaguardando lo schema del tipo negoziale.

Cfr., con riferimento al caso di specie, sul principio della causa come elemento che individua il tipo ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 113 ss.

la giurisprudenza sul tema – a partire da una nota pronuncia del 1981⁴² – hanno attribuito alla obbligazione di destinazione una finalità centrale nel rapporto. Si è affermato, infatti, che l’obbligazione di dare un determinato impiego alla somma ne amplia la causa perché, sotto il profilo funzionale, assume rilievo essenziale proprio l’impegno del finanziato a realizzare la prestazione. Tale orientamento è giunto sino al punto di affermare che lo scopo assume, ancor più dell’obbligazione degli interessi, rilevanza compensativa e corrispettiva della consegna della somma.

Seguendo questa impostazione, con riferimento alla figura richiamata nell’art. 77 del Codice del Terzo Settore, ne deriva che l’obbligazione dell’emittente di finanziare gli enti del Terzo Settore viene ad assumere rilievo corrispettivo della consegna della somma finanziata. In questo peculiare schema, il sinallagma nel rapporto sottostante ai titoli in esame si istituisce tra la consegna della somma e la prestazione di destinazione, insieme a quella del pagamento degli interessi⁴³.

⁴² Cfr. Cass., Sez. I, 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1688 ss., con nota di NIVARRA, *op. cit.*, nella quale per la prima volta si afferma che nel sinallagma contrattuale la prestazione di scopo «ancor più che quella di interessi, assume rilievo corrispettivo dell’attribuzione della somma». Nella giurisprudenza più recente, cfr. in senso conforme Cass., Sez. III, 3 dicembre 2007, n. 25189, in *Contr.*, 2008, p. 561, con nota di MARTONE, *Mutuo di scopo e apertura di credito* e in *Riv. dir. civ.* 2009, II, p. 163, con nota di FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*; Cass., Sez. III, 30 marzo 2015, n. 6395, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 791, con nota di WILES, *Il mutuo di scopo edilizio e l’impossibilità “ab origine” di realizzazione dello scopo legale: quali conseguenze?*; nonché Cass., Sez. I, 19 ottobre 2017, n. 24699, in *Contr.*, 2018, p. 415, con nota di RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*.

⁴³ In dottrina si esprime in termini di corrispettività della prestazione di scopo rispetto alla consegna della somma, tra i primi, v. BACCIGALUPI, *op. cit.*, p. 115, il quale afferma che in tal modo la clausola di scopo o rafforza la corrispettività o la determina se il negozio è gratuito. Per una specifica critica alla tesi di Fragali, soprattutto cfr. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 128 ss.; v. anche ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 291, il quale afferma che se l’obbligazione di scopo ha rilievo causale e se la relativa prestazione ha natura corrispettiva, la mancata realizzazione dello scopo legittima ad esperire l’azione di risoluzione per inadempimento.

Per quanto attiene in modo specifico a quest'ultima, occorre rilevare che il legislatore non si limita a prevedere l'obbligo di pagare gli interessi, ma ne determina anche la misura, istituendo un meccanismo parametrico.

L'art. 77 del Codice, al comma 4, dispone precisamente che i titoli di solidarietà corrispondono interessi con periodicità almeno annuale, in misura almeno pari al maggiore tra il tasso rendimento lordo annuo di obbligazioni (o certificati di deposito) dell'emittente, aventi analoghe caratteristiche e durata, collocate nel trimestre solare precedente la data di emissione dei titoli e il tasso di rendimento lordo annuo dei titoli di Stato con vita residua simile a quella dei titoli. In tale ipotesi, nessun contributo è richiesto al sottoscrittore, che riceve una remunerazione identica a quella offerta da obbligazioni dello stesso emittente di pari durata.

La norma contempla un'ulteriore regola.

Essa fa riferimento altresì a titoli di solidarietà la cui finalità è quella di costituire un *plafond* di finanziamenti da erogare a condizioni agevolate ad enti che operano in settori a forte valenza sociale. Quest'ultima ipotesi trova la sua disciplina nella disposizione testé citata laddove si afferma che: «Gli emittenti possono applicare un tasso inferiore rispetto al maggiore tra i due tassi di rendimento sopra indicati, a condizione che si riduca corrispondentemente il tasso di interesse applicato sulle correlate operazioni di finanziamento [...]». Di qui, il legislatore sembrerebbe acconsentire alla previsione di un tasso finanche inferiore a quello di mercato da corrispondere all'investitore, a fronte di interessi agevolati applicati agli enti del Terzo Settore nel ricorso al credito.

Su questa linea, l'operazione di finanziamento che i titoli di solidarietà realizzano a favore della banca emittente appare caratterizzata da un'«onerosità attenuata»⁴⁴, ossia dall'esistenza di una serie di agevolazioni che potrebbero consistere, *in primis*, nella misura del tasso di interesse da corrispondere (comma 4 art. 77 terzo periodo)⁴⁵;

⁴⁴ L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Il finanziamento alle imprese con le risorse della collettività*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 18.

⁴⁵ Già gli studi intorno al fenomeno del credito agevolato hanno messo in luce che l'agevolazione sul tasso di interessi può attuarsi non solo mediante un contributo di interessi che vale a ridurre il costo dell'operazione, ma anche attraverso la

in secondo luogo, nella previsione di esenzioni tributarie (ad esempio, quando l'istituto di credito si sia determinato a devolvere la somma a titolo di liberalità a favore di un ente del Terzo settore)⁴⁶; infine, anche nella durata del prestito (medio-lungo)⁴⁷.

7. Il rimedio. Inadempimento dell'obbligo di finanziamento degli ETS e obbligo di acquistare titoli di Stato.

Esaminata la disciplina positiva dei titoli di solidarietà disposta nell'art. 77 del Codice del Terzo settore, e definita la struttura della disposizione di destinazione, rimane da studiare il tema della mancata attuazione dell'obbligo di finanziamento di cui al comma 6 dell'art. 77.

Nella versione originaria della norma mancava una espressa previsione legislativa regolante l'ipotesi del mancato assolvimento dell'obbligo di impiego del capitale raccolto. Ciò avrebbe spinto l'interprete verso quelle riflessioni della dottrina che, già durante gli studi intorno o alle leggi speciali sul credito agevolato o del mutuo convenzionale di scopo⁴⁸, aveva affrontato la questione domandandosi se, a fronte di una disciplina che non regolasse espressamente la materia, potesse trovare applicazione quale rimedio a tutela dell'obbligo di destinazione l'azione di risoluzione per inadempimento dell'art. 1453 c.c.⁴⁹.

previsione di un tasso di interessi più basso da quello di mercato. A questa seconda ipotesi sembrerebbe riferirsi la norma in esame (comma 4).

⁴⁶ Il riferimento è all'art. 77, comma 10, del Codice del Terzo settore ai sensi del quale se la quota devoluta a titolo di liberalità agli ETS è almeno pari allo 0,6% della raccolta è riconosciuto all'istituto bancario un credito d'imposta pari al 50% della stessa erogazione liberale.

⁴⁷ Nel caso in esame non potrebbe essere inferiore a 36 mesi per i titoli di debito e a 12 mesi per i certificati di deposito.

⁴⁸ Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 5 ss.

⁴⁹ Come ricorda MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 632 la questione della corrispettività della prestazione di scopo si deve far risalire alle elaborazioni della dottrina tedesca; cfr. *ivi* nota 33 per i riferimenti alla dottrina tedesca.

Sul punto, si è già osservato come l'impostazione per cui non vi sarebbe scambio tra la consegna della somma e l'obbligazione di destinazione⁵⁰ sia stata poi superata dalla tesi secondo cui l'impegno del finanziato a realizzare la prestazione assume, ancor più dell'obbligazione degli interessi, rilevanza compensativa e corrispettiva della consegna della somma⁵¹.

Come evidente, la differenza tra le posizioni non ha sapore meramente teorico: infatti, tra le conseguenze principali nel sostenere il rilievo corrispettivo della prestazione si colloca, per il caso di inadempimento, la risoluzione del negozio (*ex art. 1453 c.c.*), con conseguente restituzione del capitale⁵².

Invero, il problema sembra avvertito dal legislatore che, prima ancora della concreta applicazione del Codice del Terzo settore, ha novellato l'art. 77 al fine di introdurre un ulteriore periodo all'interno del 6 comma. L'attuale dettato impone infatti alla banca emittente i titoli di utilizzare le somme raccolte dall'emissione «e non impiegate a favore degli enti del Terzo settore entro dodici mesi dal

⁵⁰ È questa l'opinione di FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 498 ss. Precisamente per l'a. «Se pure la destinazione pattuita è strumentale rispetto alla obbligazione di interessi, perché il risultato economico di quella dà o completa la misura di questa [...] ciò che compensa quella privazione è la prestazione degli interessi, non la prestazione inerente alla destinazione convenuta», aggiungendo che l'obbligazione di impiego «se mai, in quel caso, si compone ad unità con l'obbligazione di interessi, per la attuazione di un legale teleologico; in modo che solo perché e in quanto di unisce a quell'obbligazione viene a far parte degli elementi costitutivi del sinallagma contrattuale».

⁵¹ In tal senso Cass., n. 3752 del 1981, cit., nella quale per la prima volta si afferma che nel sinallagma contrattuale la prestazione di scopo «ancor più che quella di interessi, assume rilievo corrispettivo dell'attribuzione della somma».

⁵² Sulla risolubilità del negozio per inadempimento dello scopo, contrario FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 530. Muovendo dalla natura non corrispettiva della prestazione di scopo, l'a. afferma che – qualora le parti non abbiano provveduto espressamente a stabilire una qualche forma di tutela, per il caso della violazione dell'obbligazione che deriva dalla clausola di destinazione – il rimedio non potrebbe essere la risoluzione del negozio ma piuttosto il recesso. Tale affermazione, continua l'a., si fonda sull'osservazione che l'inadempimento dell'obbligazione di impiego si pone sullo stesso piano dell'inadempimento dell'obbligazione di pagamento delle singole rate in caso di restituzione rateale (art. 1819 c.c.).

Com'è stato correttamente notato, infatti, il meccanismo consegna/restituzione non attua uno scambio in senso proprio, cfr. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 31.

loro collocamento, per la sottoscrizione o per l'acquisto di titoli di Stato italiani aventi durata pari a quella originaria dei relativi titoli»⁵³.

L'esegesi di questa norma presenta diversi aspetti di interesse.

Anzitutto pare potersi escludere che, per effetto della novella la banca possa scegliere di adempiere l'una prestazione (finanziare gli enti del Terzo Settore), o di realizzare l'altra (acquistare titoli di Stato), in modo alternativo. L'idea di una unica obbligazione di destinazione con due prestazioni alternative sembra possa essere negata, *in primis*, sulla base della finalità della normativa dichiarata al 1 comma, secondo cui i titoli di solidarietà sono emessi «Al fine di favorire il finanziamento e il sostegno delle attività di cui all'articolo 5, svolte dagli enti del Terzo settore». Pertanto, il dato testuale sembra deporre a favore dell'idea per cui 1) la banca ha l'obbligo (principale) di destinare la raccolta al finanziamento degli enti del Terzo Settore (entro il termine di 12 mesi dal collocamento dei titoli); 2) e solo in caso di mancato tempestivo finanziamento degli enti del Terzo Settore, quello di acquistare titoli di Stato.

L'eventuale mancato finanziamento di questi enti sembra dunque avere una duplice rilevanza nel rapporto tra l'istituto di credito e l'investitore: da un lato, rileva come inadempimento dell'obbligazione di destinazione (principale) e, dall'altro, provoca l'obbligo di eseguire una diversa prestazione.

Inteso quale obbligo conseguente a un inadempimento, il dovere di acquistare titoli di Stato sembrerebbe richiamare l'istituto della clausola penale⁵⁴. Tuttavia, vi sono diversi elementi per rifiutare l'idea che quest'ultima obbligazione configuri la “diversa prestazione” di cui all'art. 1382 c.c. (che opera «in caso di inadempimento

⁵³ Il periodo è stato aggiunto dall'art. 24 *ter* del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, conv., con mod., nella l. 17 dicembre 2018, n. 136.

⁵⁴ Sulla figura della penale cosiddetta legale, in particolare, v. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 52 ss., il quale discorre di «sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell'inadempimento o di ritardo dell'inadempimento». All'a. si attribuisce il merito di aver attribuito alla penale la funzione di predeterminare una autonoma sanzione civile, non riconducibile né al risarcimento, né alla pena privata.

o di ritardo nell'adempimento» con «l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa»). *In primis*, mancherebbe totalmente il carattere risarcitorio della clausola penale (nel caso di specie, la disciplina avrebbe semmai una funzione solo punitiva, sempre che il rendimento dei titoli di Stato dovesse essere inferiore al tasso di riferimento delle correlative operazioni di finanziamento)⁵⁵. In secondo luogo, occorre osservare che ragionare diversamente significherebbe assegnare il risarcimento a un soggetto che non è il creditore del rapporto obbligatorio.

8. (segue) *Inadempimento dell'obbligo di finanziamento degli ETS e risarcimento dell'investitore. L'effettività delle tutele.*

L'aggiunta legislativa appare, dunque, avere il seguente significato. Scaduto il termine di dodici mesi, senza che l'emittente abbia

⁵⁵ Sostengono il carattere risarcitorio della penale, quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno, tra i tanti, cfr. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p. 517 e R. SCOGLIAMIGLIO, in *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, IV, 2, Milano, 1961, p. 145 ss., il quale afferma che «funzione dell'istituto è [...] una determinazione convenzionale e forfettaria del danno risarcibile».

L'impostazione in termini risarcitori della clausola penale è criticata presso una parte minoritaria della dottrina sul presupposto che il disposto di cui all'art. 1382 c.c. escluda ogni indagine relativa al danno, riconoscendo il diritto alla penale anche in mancanza di esso (per la tesi della funzione sanzionatoria e coercitiva della penale, cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954 il quale distingue tra penale pura e penale non pura, dove la prima trova la sua caratterizzazione nel fatto che la sua funzione resta esclusivamente sanzionatoria, esulando totalmente l'aspetto risarcitorio, mentre la clausola penale non pura è caratterizzata, nello stesso momento, da una funzione risarcitoria e da una funzione punitiva (sulla distinzione tra penale pura e penale non pura anche DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1999, p. 31 ss.); v. anche MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 188.

Più in generale sulla figura della clausola penale si vedano ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, 2, Torino, 1995, p. 301 ss.; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999; AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, Milano, 2009; RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010; F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.

impiegato le somme raccolte a favore degli enti del Terzo Settore, occorre procedere all'acquisto di titoli di Stato. Dalla previsione sembra ricavarsi che la realizzazione dello scopo (principale) sia soggetta ad un preciso termine di adempimento, spirato il quale viene in rilievo un diverso (e secondario) obbligo di destinazione. Se ne desume altresì che il finanziamento resta in piedi: è preclusa da parte dell'investitore/sottoscrittore l'esperibilità di un rimedio caducatorio, quale la risoluzione per inadempimento, mentre sorge in capo all'ente finanziato un immediato obbligo di destinazione della somma all'acquisto dei titoli indicati. Ne deriva, evidentemente, come ulteriore corollario che restano invariate la scadenza del prestito e la previsione relativa al pagamento degli interessi.

In questo senso la nuova formulazione della norma appare segnata da una logica di stabilità del mercato. Atteso che le somme raccolte per l'emissione dei titoli e non impiegate a favore degli enti del Terzo Settore «entro dodici mesi dal loro collocamento sono utilizzati per la sottoscrizione o per l'acquisto di titoli di Stato italiani aventi durata pari a quella originaria dei relativi titoli», ne deriva che la mancata attuazione dello scopo non provoca conseguenze sull'operazione di credito.

Sussiste ancora, tuttavia, uno spazio di indagine in ordine alla possibilità per l'investitore di invocare una tutela risarcitoria per il "fatto" dell'inadempimento dell'obbligazione di destinazione originaria. Invero, escludere la possibilità di esperire l'azione di risoluzione non comporta di per sé anche l'esclusione della possibilità di agire in via risarcitoria ad opera del creditore che ha subito l'inadempimento (ricorrendo, ovviamente, i presupposti di legge, quali, in particolare, l'imputabilità dell'inadempimento in capo alla banca emittente).

Sul punto, tuttavia, occorre verificare se l'investitore sia titolare di un interesse proprio all'adempimento della prestazione di finanziare gli enti del Terzo Settore.

Alla luce della determinazione legale della destinazione, volta alla realizzazione di un risultato di interesse pubblico, e del dovere di acquistare titoli pubblici nel caso in cui non sia realizzata detta destinazione, si potrebbe ritenere, infatti, che lo Stato sia l'unico titolare dell'interesse al finanziamento degli enti del Terzo Settore.

Invero, a porre in dubbio una simile ricostruzione dovrebbe già indurre il fatto che l'obbligazione di destinazione trova la propria fonte nel contratto che lega reciprocamente l'istituto di credito e il privato: con l'effetto che creditore della prestazione di scopo è l'investitore, non lo Stato, il quale non è parte al rapporto che si istaura con la sottoscrizione dei titoli⁵⁶. Vale appena il caso di osservare che neanche potrebbe escludersi che creditore della prestazione sia l'investitore, sulla base della considerazione che destinatario della prestazione di *facere* è l'ente del Terzo Settore e non il privato; infatti altro è il destinatario del comportamento dovuto, altro è il titolare del diritto soggettivo cui corrisponde un dovere giuridico.

Orbene, individuato nell'investitore il creditore dell'obbligazione di scopo, appare indubbio che l'interesse pubblico non escluda che egli possa essere titolare di un interesse proprio, giuridicamente apprezzabile, al conseguimento di quella finalità. A mero titolo esemplificativo, se di questo interesse si vuole trovare la ragione, è facile individuarla nel fatto che lo svolgimento di una determinata attività da parte della banca emittente potrebbe costituire – come si è visto – il presupposto per accettare un tasso inferiore a quello di mercato, determinato proprio in considerazione del tasso agevolato da applicare nelle correlative operazioni di finanziamento agli enti del Terzo Settore.

Se lo Stato è titolare di un interesse “originario”⁵⁷ al perseguimento di un fine di pubblica utilità, quindi, ciò non esclude che anche l'investitore possa essere titolare di un interesse proprio, al conseguimento dello scopo.

In un sistema orientato alla tutela effettiva dell'interesse giuridico rilevante, il riconoscimento in capo all'investitore di un interesse – autonomo, distinto e ulteriore – non è privo di conseguenze⁵⁸. Il

⁵⁶ Sull'interesse del creditore alla prestazione CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 201.

⁵⁷ L'espressione è di ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 281.

⁵⁸ Sul principio di effettività della tutela, si vedano i contributi di DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360 ss.; PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828 ss.; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e*

mancato impiego della somma ricevuta con la sottoscrizione dei titoli di solidarietà rileva, infatti, anche come lesione dell'interesse – testé richiamato – dell'investitore. Si tratta, evidentemente, di un interesse non patrimoniale, il quale ben si presta a fondare causalmente l'insorgere di un rapporto obbligatorio, come chiaramente illustra il dettato dell'art. 1174 c.c., laddove evidenzia come l'obbligazione debba sì avere natura patrimoniale, ma possa rispondere anche ad un interesse non patrimoniale del creditore. Detto in altri termini, atteso che «ogni figura di qualificazione giuridica si esaurisce, logicamente, in sé stessa»⁵⁹, si potrebbe sostenere che il *fatto* per cui la banca emittente i titoli di solidarietà non abbia erogato il capitale raccolto in favore degli enti del Terzo Settore non esaurisca la sua rilevanza giuridica nell'essere il presupposto per l'obbligo di acquisto di titoli di Stato. Tale dovere di acquisto nulla dice, in effetti, in ordine all'interesse dell'investitore a che il proprio capitale venga investito nel finanziamento di attività sociali. Di guisa che, almeno quando l'inadempimento sia imputabile alla banca, quel medesimo fatto – mancato finanziamento – è (presupposto del dovere di acquisto di titoli di Stato, nonché) fonte di responsabilità contrattuale e la

rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa, Milano, 2004; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907 ss.; PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112 ss.; IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss.; CARAPEZZA FIGLIA e SAJEVA, *Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi*, in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. Perlingieri e Fachechi, Napoli, 2017, I, p. 161 ss.; VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *ivi*, 2018, p. 939 ss.; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss.; CARRATA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1 ss.

⁵⁹ CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica*, Catania, 1936, p. 48.

MARISTELLA GIANNINI

banca sarà tenuta al risarcimento dell'investitore per la lesione del suo interesse a finanziare gli enti del Terzo Settore.

ATTILIO GORASSINI
Professore ordinario di diritto privato
Università Mediterranea di Reggio Calabria

**RELAZIONI AFFETTIVE A STRUTTURA
VARIABILE NON FRATTALE: QUAL È IL CON-
FINE ULTIMO DEL CONCETTO GIURIDICO DI
FAMIGLIA?**

SOMMARIO: 1. L'esseità di senso nella evoluzione storica plurimillennaria del concetto di famiglia: alla ricerca del (senso del) campo antropologico di partenza. – 2. Tra gli estremi, le terre di mezzo: dalla famiglia parallela (alternativa sociale alla poligamia riconosciuta) alla immigrazione programmata dei minori in cerca di futuro. – 3. *Segue*. Le strutture familiari a componenti affettive variabili nel mondo *high tec*, passando per la famiglia arcobaleno. – 4. La cifra di questa evoluzione storica pluri millennaria di settore vista in dimensione globalizzata: Egoità in cerca di dignità (con forse, almeno in qualche direzione, una nostalgia struggente per il passato, utilizzabile anche per qualificare le relazioni amicali vere).

1. L'esseità di senso nella evoluzione storica plurimillennaria del concetto di famiglia: alla ricerca del (senso del) campo antropologico di partenza.

Non è facile, anzi sembra eccessivamente ambizioso, percorrere strade collocate nelle invarianti scientifiche delle strutture originarie che danno il senso materiale e culturale di “famiglia”.

Ma è una provocazione che ho deciso di proporre per cercare di suscitare un interesse dogmatico negli operatori pratici dello *ius dicere*, i giudici, i nuovi teorici del XXI secolo, che guidi la loro azione al di là delle c.d. “buone prassi” (sintagma magico delle esperienze applicative condivise e/o degli indirizzi ormai consoli-

dati come sintesi del nuovo realismo giuridico) che sembrano però delegittimare anche il rischio del meglio.

Ho immaginato un titolo evocativo del necessariamente breve parziale e incompleto percorso possibile in questa sede¹: il fenomeno famiglia come struttura giuridica variabile (ormai) non frattale ma tendente a totalmente altro. Questa potrebbe essere la cifra dell'evoluzione da focalizzare. Ma ha ancora senso parlare di "famiglia"?

2. Tra gli estremi, le terre di mezzo: dalla famiglia parallela (alternativa sociale alla poligamia riconosciuta) alla immigrazione programmata dei minori in cerca di futuro.

Le famiglie giuridicamente rilevanti nelle strutture sociali originarie sono quasi certamente sorte in apparenza per incontri tra individui in funzione di procreazione meiotica e facilitazione di sopravvivenza in gruppi sociali anche occasionali, ma certamente anche guidati dalla predisposizione innata di attrazione tra i sessi differenziati e dalla empatia tra soggetti/individui che divengono persone orientate nelle scelte anche dalla cultura.

Poi le famiglie diventano giuridicamente tali per matrimoni concordati, ma tali strutture sono sorte quasi insieme con le relazioni familiari parallele (i c.d. figli illegittimi-bastardi, le concubine e quant'altro) e con i confini topologici rigidi delle relazioni incestuose che non creavano mai famiglia, ma si sovrapponevano alla unica famiglia nell'evoluzione degli eventi riconosciuta come casato; poi dalle famiglie allargate si è passati alle famiglie nucleari, poi alle famiglie monogenitoriali (con rilevanza della presenza del figlio per riconoscere famiglia utilizzando il concetto di famiglia anagrafica), e alle famiglie ricomposte, sino alle unioni di vita familiare (variazione semantica usata per abuso per legittimare l'equivalenza relazione familiare = famiglia) piegandola sino a correggerne il portato di significanza: tra sorelle o fratelli o tra amici non esistono più relazioni di vita familiare; se famiglia è uguale a

¹ Anche perché nel tempo attuale del Covid-19 non è possibile fruire delle biblioteche e per non correre rischi di gravi omissioni, in questa sede, si prescindono da ogni indicazione bibliografica giuridica.

relazione familiare, allora la relazione familiare esiste solo tra coppie sessualmente attive...almeno per un tempo (con le nuove “affinità affettive” dei c.d. genitori sociali); altrimenti è semplice convivenza anagrafica (che nel *lockdown* di emergenza sanitaria si sposta verso la nozione di essere “congiunti”), non vita familiare...

Ormai sembra che la famiglia sia solo in funzione della realizzazione egoitaria del soggetto, oramai qualificato persona componente, ma senza distinguere la nozione etimologica dalla culturale (anzi, assumendo la Persona come maschera dell’ego narcisistico).

E il riconoscimento della relazione familiare come giuridicamente rilevante è quasi sempre in funzione dei vantaggi economici collegati con lo *status* di familiare, sia pure con una differenza mutata (*rectius*, maturata non naturalmente) nel tempo: la reversibilità dei benefici per l’intera esistenza a favore del soggetto riconosciuto *partner*, ma temporalmente limitati per i figli e condizionati da età e/o indigenza, con un paradosso rispetto alla scala assiologica pur oggi dichiarata che vede nello *status unico di figlio* il paradigma dell’interesse familiare fondamentale nelle famiglie non composte solo dai *partners* della coppia.

Ma lo scenario appena assestato o vicino ad esserlo, recentemente sembra saltare per fatti di vita provenienti da territori lontani che si sovrappongono: e per questo loro manifestarsi sconvolgono le coscienze (anche se l’inconscio preferisce differenziarle fin dove possibile dalle dinamiche familiari e porle sulle strade preconfezionate dalla cultura corrente, ora delle dichiarazioni formali dei diritti individuali da rispettare, ora invocando il benessere economico delle società occidentali): è il fenomeno dei veri (non presunti, pure nella realtà presenti...) minori non accompagnati delle migrazioni afro-asiatiche, perché si basano sulla figura antropologica di famiglia ormai dimenticata e reputata pericolosa perché si contrappone alla pura egoità delle nuove strutture variabili occidentali...

La mamma e il papà vendono tutto e rischiano, anche la vita del figlio insieme alla loro vita rimanendo in quei luoghi pericolosi dove è la loro casa, e che non possono lasciare tutti i componenti la famiglia perché non ne hanno la possibilità economica, ma ove ac-

cettano la povertà e il distacco per dare al figlio una *chance* maggiore...

E, dalle nostre parti, noi “occidentali dei Paesi avanzati” per non rimanere spiazzati ed essere costretti ad una decostruzione fastidiosa e colpevolizzante, riteniamo di ricorrere a concetti come solidarietà e sussidiarietà, ormai però manipolati dalla valenza economica dei loro prodotti spendibili comunque sui mercati globalizzati, su cui oggi si sta iniziando ad aprire lo scontro epocale di coscienze... Discutendo di accoglienza e ONG, di costi, di luoghi e di spazi... appellandosi ai diritti umani, senza probabilmente cogliere l'essenza dei fenomeni, rilevabile nei piccoli fatti di quelle singole vite familiari, *rectius*, di quelle famiglie violate... che sono come sono per la politica economica e familiare delle società occidentali, che ha delocalizzato l'entropia dei propri valori primordiali².

3. *Segue. Le strutture familiari a componenti affettive variabili nel mondo high tec, passando per la famiglia arcobaleno.*

Tutti ne siamo in qualche modo consapevoli (anche se non lo confessiamo), esiste, come struttura invariante dei fenomeni in genesi, una sola vera famiglia ed è quella in cui singoli membri sono uno per l'altro: quindi non marito più moglie, ma marito per moglie (e viceversa) e ciò significa che rimane sempre una la realtà rilevante; e lo stesso accade con i figli (mamma \times papà \times figlio \neq 1). La famiglia non assurge a istituzione, ma potrebbe ed è solo scelta del diritto positivo riconoscerla o meno. Ma è proprio per questo che anche la monogenitorialità in genesi crea famiglia (genitore 1 \times figlio sempre = 1). E non può esserci famiglia senza unità (1 \times 1 \times 1 \times 1....=1).

Questo comporta che dentro la vera famiglia non maturano diritti ma tendenzialmente solo doveri, ma non per carenza strutturale o ideologica, ma per *enteglement* di valori, perché c'è una coincidenza tra il benessere dell'altro e il proprio benessere: qualunque cosa io faccia per il figlio o per la moglie o per il marito lo faccio a me

² Come dimostrato dall'attuale devastazione di alcune comunità indigene per aiuti umanitari con errato approccio di generosità principalmente economica: cfr. SAINI e SINGH, *Lo tsunami degli aiuti*, in *Le Scienze*, Luglio 2020, p. 82 ss.

stesso e se vedo star bene mio figlio mio marito mia moglie sto bene io; dunque si perdono le dimensioni della doverosità tipica delle relazioni e così come quelle dei diritti propri della realtà giuridica generale. Si crea comunione e non solo in senso patrimoniale, come regime tra coniugi.

E di questo lo JUS come scienza pratica dovrebbe tener conto; e lo facevano i vecchi maestri del diritto civile; così come dovrebbe tenerlo in considerazione sia il giudice che l'avvocato post moderno, anche nel momento patologico, se quella realtà di famiglia è veramente mai esistita nei fatti sottoposti al giudizio³...

Certo oltre il fenomeno immediato di genesi sono presto esistite anche altre famiglie, quelle in cui contano i numeri e la forza dei componenti visti come singoli, originando un modello di famiglia che è anche stata storicamente una nozione istituzionalmente valida, anche se parallela a quella di genesi, quella che ha originato nel diritto gli *status* (passando per i consorzi parentali medievali) e che – per coerenza – non dovrebbe più essere declinabile dopo il traguardo dello *status unico di figlio* (lasciando sopravvivere solo l'altra famiglia, quella di genesi) e che invece si perpetua ancora in molti campi in cui socialmente si manifesta il potere: così ad es. è a quel concetto di famiglia che si riporta il concetto di famiglia mafiosa dov'è il numero e la potenza che conta è (ciò) che fa la differenza rispetto agli altri. Non è più 1x1 che fa sempre 1, ma 1 + 1+1...che fa 100, 1000.

Tra questi estremi, la famiglia di genesi e la famiglia come fenomeno di potere, in mezzo, ci stanno tutte le manifestazioni fattuali che oggi vengono considerate famiglie e che sono sempre capaci di nuove manifestazioni tendenti all'infinito/finito dello spazio di Cantor, ad esempio la famiglia a prova dei molti giovani che oggi si uniscono in matrimonio o anche semplicemente in convivenza di fatto senza tanto pensarci, forti del motto *high tec*, che nell'idioma delle mie terre calabre si traduce "se teni teni", se no ognuno per la sua strada, ci liberiamo della relazione come di un contatto dell'*iphone*; o delle nuove forme parafamiliari degli amici

³ Ma è questa realtà che ha generato e genera spesso l'entropia nell'universo in espansione della responsabilità civile di settore.

di letto o di alcune manifestazioni di omosessualità laddove il principio di valore nell'unione non è per l'altro ma per me, dove cioè attraverso questa unione io realizzo me stesso e solo me stesso, non realizzo l'altro e l'altro realizza fundamentalmente solo se stesso; l'altro è solo un puro incontro come mezzo attraverso il quale io posso percepire la scommessa di realizzare il mio assunto di felicità.

Questo aspetto è il più difficile da analizzare, perché per mascherare questa realtà spesso si parla di amore, unione di amore, come se unione di amore non fosse anche una realtà materiale strutturata nella costante dello spazio/tempo della vita vissuta in comunione. Si confonde l'amore con la egoità, utilizzando la solidarietà e la sussidiarietà per creare fumo, realtà che sono tutte ancorate a concetti diversi: proprio per questo si crea la confusione di cui prima accennavo e che molto spesso è voluta perché deresponsabilizzante.

Certo, si è sempre più connessi in qualche modo con l'altro, ma non si è quasi mai ormai per l'altro. E questo vale anche per i figli che sempre più spesso si fanno cose solo x sè. Ma 1 x sè e come 1 x 0 (=0). Il solipsismo dell'ego si illude alla ricerca del mito di Telemaco, sperando che il padre fingendosi pazzo non passi con l'aratro sul figlio, pur di non andare in guerra di valori.

Ma le variabili di famiglie che scelgono gli embrioni, li scartano, commissionano surrogati del biologicamente predestinato con il prediletto o il preferito, invocando sempre e solo una dignità umana egoitaria, scaricandola su un presunto diritto a non nascere del concepito o concependo, si allontanano dalla realtà strutturale di famiglia: e il giurista del terzo millennio dovrebbe esserne consapevole ed adattare gli effetti giuridici delle norme positive alle peculiarità dei fatti di vita in base a quella *Prudentia* che ne ha sempre connotato il ruolo sociale (e che purtroppo sta sempre maggiormente perdendo, correndo magari dietro a statistiche di atti o convenienza di onorari).

Ma c'è una cruna dell'ego (secondo la bella immagine dell'ultimo libro di Sequeri⁴) che non si chiude e probabilmente

⁴ SEQUERI, *La cruna dell'ego*, Milano, 2017.

non potrà mai chiudersi e che disperatamente si tenta di mascherare con la vividezza dei colori, in cerca di estasi estetica momentanea stordente.

Si inventa così la famiglia arcobaleno, dove i colori sarebbero semplici varianti vivificanti di un'unica realtà prima incolore da trattare in modo uniforme nel diritto, sovrapponendo l'art. 29 Cost. con l'art. 2 Cost, flettendo il contenuto dell'art. 30 e ignorando il portato dell'art. 31 Cost. con il trucco di un perenne bilanciamento in ragionevolezza di proporzionalità dichiarata nel contingente.

L'arcobaleno è bello ma non si sa se e quando sta arrivando! Dove comincia ne dove finisce ne quanto dura. E se la bellezza del cielo fosse solo opera sua, saremmo per la maggior parte del tempo senza bellezza. Ci serve il sole per godere del bello alla luce o la luna e le stelle quando è notte per continuare a vedere il cielo con le sue strutture primordiali invariante che permettono di capire il senso del nostro esserci nel mondo. Siamo e rimaniamo creature in questo mondo, anche quando ci illudiamo di essere creatori⁵.

4. La cifra di questa evoluzione storica pluri millenaria di setto-re vista in dimensione globalizzata: Egoità in cerca di dignità (con forse, almeno in qualche direzione, una nostalgia struggente per il passato, utilizzabile anche per qualificare le relazioni amicali vere).

Scrive Sequeri: “Le istituzioni della vita consentono agli umani di transitare la precarietà e la fallibilità dei loro cominciamenti e ricominciamenti... Rendono disponibile una continuità temporale di strutture simboliche .. non arbitrariamente manipolabili – che precedono i loro giochi e sopravvivono alle loro giocate”⁶.

La cultura libertaria, creativa e trasgressiva, spesso ispirata dalla comunicazione mediatica, avvolge di euforia l'aggiramento della struttura della istituzione. Ma non la cancellano: non possono.

⁵ Creatori di nuove congiunture (*rectius*, di “congiunti”) astrali di affinità affettive che appaiono come nuove realtà perché si è perso il seme della loro genesi nei fatti di vita semplice.

⁶ SEQUERI, *op. cit.*, p. 116.

Anche se i buchi neri continuano a inghiottire galassie, rilasciano sempre getti di materia luminosa primordiale in un universo in continua espansione. Non ne possono fare a meno.

Anche se tutto sta cambiando e annichilando cerchiamo di non dimenticarlo.

La forma più eloquente dell'amore familiare e coniugale, è quando un individuo si affida incondizionatamente ad un altro. Soltanto chi si distacca così da sé e si abbandona con amore ad un altro, trova se stesso. Ed è un fenomeno fondamentale dell'esistenza umana, altrimenti si soffoca nel carcere dell'egoismo.

“Le cose stanno così e l'uomo è in grado di vedere che nella sua esistenza umana non possono stare diversamente”⁷. Certo bisogna avere dei motivi ragionevoli per affidarsi ad un altro individuo, per mettersi nelle sue mani (ma il bimbo non si pone il problema con la mamma ...). E malgrado tutte le riflessioni, verifiche, esigenze di ragionevolezza e legittimazione, bisogna rischiare più di quanto qualsiasi motivo razionale sembri legittimare. Tra persone adulte, ogni rapporto fatto di fiducia e di amore verso un altro, racchiude una dose di decisione e di rischio, che supera di gran lunga la riflessione sulla convenienza, ragionevolezza e proporzionalità che tale rischio ammette e approva. Ma è così e non possiamo farci niente.

Mi piacerebbe che sia anche questo il senso di questo scritto sulla Famiglia, in questa terra di antica e profonda cultura che è l'Italia, e in questa occasione che è uno scritto “d'occasione”, destinato ad allocarsi idealmente in terra toscana e proprio a Firenze, centro di bellezza e di cultura.

È proprio il concetto solidale di genesi scaturente dal concetto di famiglia che aggrega la Persona oltre la globalizzazione anonima dei Mercati, anche delle persone che diventano famiglia allargata per affinità elettiva (ed affettiva), come sono gli amici incontrati come colleghi in comunità di lavoro ma che anche nei pochi fatti vissuti assieme e condivisi per empatia di valori assunti, si scoprono quasi fratelli. Come è successo a me, per colui che con questo scritto mi propongo di onorare.

⁷ RAHNER, *Amare Gesù*, Milano, 2015.

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

ANTONIO GORGONI
Professore associato di diritto privato
Università di Firenze

DIRITTI E PRINCIPI A PROPOSITO DELLO STATO DI FIGLIO DA PROCREAZIONE MEDI- CALMENTE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. La genitorialità tra divieti, diritti e principi. Tra legge e diritto. – 2. Divieto di surroga biologica di maternità e diritto di conservare il rapporto genitoriale. – 3. (*Segue*) Le Sezioni Unite della Cassazione e l'insostenibilità di un bilanciamento legislativo in danno del minore. – 4. (*Segue*) Il parere consultivo della Corte EDU-Grande Camera e la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004, 18 d.P.R. n. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g) l. n. 218/1995. – 5. (*Segue*) Profili di incostituzionalità dell'interpretazione delle Sezioni unite come diritto vivente. – 6. Interesse pubblico e diritti fondamentali del minore: la prevalenza di questi ultimi. – 7. (*Segue*) Inadeguatezza dell'adozione in casi particolari e del rinvio all'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983. – 8. Procreazione eterologa effettuata all'estero con nascita in Italia: una sentenza discutibile della Cassazione e una pronuncia della Corte costituzionale. – 9. (*Segue*) Diversità di sistemi della filiazione e unitarietà dell'ordine pubblico. – 10. Fecondazione *post mortem* all'estero e nascita in Italia. – 11. (*Segue*) La questione dello stato di figlio nei confronti del genitore deceduto prima dell'utilizzo del seme. – 12. Considerazioni d'insieme: complessità della filiazione e famiglia che cambia.

1. *La genitorialità tra divieti, diritti e principi. Tra legge e diritto.*

C'è un dato con cui il giurista si confronta sempre più spesso a causa delle frizioni che esso determina nell'ordinamento giuridico: è il desiderio di avere un figlio che spinge a recarsi dove vi sia la

possibilità di realizzarlo mediante la procreazione medicalmente assistita (da ora PMA). In Italia si ingenerano controversie giudiziali in ragione del rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di riconoscere la filiazione nei confronti del genitore privo del legame genetico con il nato.

Le motivazioni di tale rifiuto albergano ora nella contrarietà all'ordine pubblico, cui darebbe luogo la pratica della surroga biologica di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004), ora nei limiti soggettivi per l'accesso alla PMA preclusa alle coppie dello stesso sesso (art. 5 l. n. 40/2004), oppure ancora nel diritto di avere due genitori rispetto alla fecondazione *post mortem*.

Di certo, la normativa italiana, nel difendere una nozione tradizionale di famiglia e di filiazione, incentrata sul *favor veritatis*, sull'eterosessualità dei genitori, sulla necessità di avere un padre e una madre viventi alla nascita e sulla necessaria coincidenza della madre gestante con la madre giuridica¹, favorisce il cosiddetto "turismo procreativo". Un sintagma, questo, solitamente adoperato in

¹ La dottrina più attenta non ha mancato di porre in rilievo le novità del diritto di famiglia e della filiazione, le quali si innestano sugli elementi consolidati, tradizionali quali: la primazia del modello matrimoniale, il *favor veritatis*, la doppia figura genitoriale, la diversità di sesso dei genitori, l'inscindibilità tra gravidanza e maternità, l'adozione piena solo da parte di coppie di coniugi e la procreazione medicalmente assistita solo per la coppia eterosessuale in casi di sterilità/infertilità. Sono moltissimi i contributi che hanno mostrato come siffatti elementi siano stati intaccati, non superati, piuttosto arricchiti soprattutto mediante l'applicazione del principio del preminente interesse del minore e dei diritti fondamentali di quest'ultimo. Si richiamano solo alcuni scritti: BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 509 ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in Ferrando, Fortino e Ruscello (a cura di), in *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, Milano, 2011, pp. 3 ss. in part. pp. 42 ss. dedicate ai «Crinali evolutivi»; BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 1105 ss.; SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, pp. 1007 ss.; ID. *Le stagioni del diritto di famiglia dall'unità d'Italia a oggi (parte prima)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, pp. 11043 ss. Cfr. anche di Scalisi la parte seconda intitolata «Pluralizzazione» e «riconoscimento» anche in prospettiva europea», in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1287 ss.; AA. VV., *Nuove frontiere delle famiglie*, a cura di R. Pane, Napoli, 2014; AA. VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015. Più di recente: SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e dir. priv.*,

tono spregiativo, per sottolineare l'egoismo di chi vi ricorra; eppure, la dimensione umana coinvolta è più sfaccettata del mero concentrarsi soltanto su sé stessi. Non va sottaciuta né sottovalutata la motivazione forte che spinge a diventare genitore, superando finanche gli ostacoli frapposti dal diritto nazionale. Di regola c'è la convinzione e la responsabilità delle proprie scelte, pre-condizioni essenziali per essere un buon genitore.

Si vuol dire che i problemi giuridici sollevati dalle nuove “strade” della procreazione non sono risolvibili formulando un giudizio sulle intenzioni altrui o confinando nell'inaccettabile tutto ciò che non sia “secondo natura”² e neppure – ciò che rende il discorso più interes-

2017, pp. 953 ss.; PICARO, *Famiglie e genitorialità tra libertà e responsabilità*, Napoli, 2017; CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, 2018; SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018; SASSI, SCAGLIONE e SEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Milano, 2018, pp. 93 ss. su procreazione e diritti fondamentali; STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, pp. 668 ss.; SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 563 ss.; AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia: riflessioni su un percorso di mezzo secolo*, in *Familia*, 2019, pp. 233 ss.

² La sociologia e l'antropologia hanno svelato come i modelli familiari e i generi (anche quello non maschile né femminile) si siano sviluppati nel mondo in più direzioni e con esiti politici molto diversi: laddove valorizzati o osteggiati. Quando nella storia si è voluto attribuire alla famiglia fondamenti di natura, si sono prodotte violenze, forzature e condanne superficiali. Ciò non implica che le istituzioni non possano scegliere quali debbano essere i modelli familiari da prediligere; piuttosto dovrebbe indurre i governi soprattutto ad apprezzare e non semplicemente a tollerare le diversità (cfr. REMOTTI, *Contro natura*, Roma-Bari, 2008, pp. 165 ss. e SARACENO, *Coppie e famiglia. Non è questione di natura*, Milano, 2016). Il giurista trae l'indicazione di non ragionare secondo lo schema regola/eccezione e di non categorizzare eccessivamente fino a “naturalizzare” le proprie categorie. Egli è chiamato, piuttosto, a valutare il fatto rispetto non già a una supposta naturalità ontologica calata nelle disposizioni di legge, ma ai principi e ai diritti fondamentali espressivi della cultura pluralista espressa dalla Costituzione e ravvivatasi nel fluire del tempo. Ed è proprio la Carta costituzionale a imporre al legislatore di riconoscere il fenomeno familiare emerso e consolidatosi nella società; in questo senso va inteso, com'è noto, il riferimento alla «società naturale» contenuto nell'art. 29, comma 2, Cost.: la famiglia viene prima dello Stato (cfr. BARCELONA, *Famiglia (Diritti di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 782), essa «prima

sante – facendo leva sui divieti normativi di surroga biologica di maternità, di fecondazione *post mortem*, di avere due genitori dello stesso sesso (art. 5 l. n. 40/2004 e art. 6 l. n. 184/1983) e di adozione piena da parte degli uniti civilmente (art. 1, comma 20, l. n. 76/2016) o dei conviventi (art. 6 l. n. 184/183).

Ciascuno di questi divieti non è risolutivo per motivare la decisione giudiziale sulla questione dello stato di figlio originata da una tecnica di PMA vietata. Non lo è per la complessità del sistema delle fonti, composto da regole, diritti e principi che, nel loro insieme, evocano un livello di giuridicità da ricostruire quale involucro del caso concreto³.

In effetti chi affronta la tematica dello stato di figlio da PMA nota uno scollamento piuttosto marcato tra testo di legge e diritto; un diritto che vive, soprattutto in quest'ambito, più nelle interpretazioni dei giudici che nelle parole del legislatore⁴. Ciò dipende sia dalla

ancora che istituto giuridico è istituzione naturale» (BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2020, p. 1). Di conseguenza lo Stato – sempre secondo Bonilini – «deve disciplinare i rapporti di famiglia, non già in antitesi, però, con le norme comportamentali riconosciute dalla coscienza sociale, perché attente agli affetti» (p. 3). Insomma, la linea di tendenza è di un diritto che asseconi i fenomeni familiari incentrati sull'affettività. Cfr. anche le considerazioni di GAMBINO, *Matrimonio, famiglia e legge naturale*, Milano, 2015, pp. 42 ss., incentrate sul diritto del bambino di veder rappresentato ciò che è naturale.

³ VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, I, p. 6, osserva come il ruolo dei principi sia decisamente aumentato perché il Parlamento «non è in grado, da solo, di assicurare stabilità e completezza dell'ordinamento. L'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema». Viene colta una dinamica giuridica essenziale per governare il presente: quella che scaturisce da una «normatività diffusa», integrata da fatti e principi «che spesso manifestano le rigidità delle soluzioni positive e contribuiscono a legare validità ed effettività». Fatto e principio rilevano, dunque, sul piano ermeneutico e, legando validità ed effettività, consentono di pervenire a una soluzione legittima, controllabile e giusta. I principi di ragionevolezza, proporzionalità ed effettività sono il perno di un'argomentazione valutativa della prevalenza di una posizione soggettiva su un'altra o di un interesse su un altro. Ciò sarà evidente in queste pagine.

⁴ VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2016, pp. 147-148, non vede una relazione gerarchica tra legislazione e giurisprudenza, ma un dialogo tra esse; un legame reciproco e funzionale ad attuare la promessa costituzionale di garantire a tutti una vita libera e dignitosa. Centrale è il

lentezza di quest'ultimo nel promuovere i diritti fondamentali, sia dal rinnovamento costante dell'esigenza di reinterpretare le disposizioni sotto la pressione dei fatti di vita. Così giurisprudenza e dottrina sono inevitabilmente stimolate a ridurre l'apparente antitesi che, sul nostro tema, si manifesta tra il caso concreto e il dettato letterale della singola previsione legislativa.

Al vuoto e alla carenza legislativa soccorre una legalità gerarchicamente sovraordinata, composta da diritti e principi di ordine costituzionale e sovranazionale che, nella singola vicenda, devono trovare attuazione. Tale vivificante prospettiva, di ampliamento ordinamentale, innesca una dinamica giuridica delicatissima tra regole e principi, giudizi di validità e di valore, indispensabile per governare un presente sempre più refrattario alla sussunzione e a una ricostruzione unitaria in cui qualsiasi norma si raccolga «in un tutto logico»⁵. Piuttosto nuovi diritti o applicazioni ragionevolmente più ampie di essi, grazie all'utilizzo di rinnovate tecniche argomentative⁶, arricchiscono l'ordinamento e ne rafforzano il principio personalistico.

caso concreto che ha una duplice azione: interroga l'ordinamento e al contempo lo influenza perché induce a reinterpretarlo e a riconsiderare i fondamenti del diritto. Il fatto non è di per sé diritto, ma lo diviene a seguito di un giudizio basato su regole, principi e precedenti giurisprudenziali. Cfr. anche ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, 2, pp. 73 ss., in cui si ribadisce la sinergia tra legislatore, giudice e scienza giuridica nel pervenire, ciascuno secondo le proprie specificità, a soluzioni giuste.

⁵ IRTI, *Destino di Nomos*, in CACCIARI e IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, pp. 130 ss., da tempo, osserva che «rotta la suprema oggettività dell'antico kosmos [...], anche l'inizio' del diritto si fa interno al singolo uomo e si risolve nella *decisione del soggetto*» (p. 132) e nel «controllo di validità formale» (p. 144). Da ciò deriverebbe l'indifferenza del contenuto normativo e l'assenza di una verità a fronte di tante instabili verità.

⁶ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, 2, pp. 55-56, muovendo dal rilievo secondo cui il problema delle lacune e dell'impiego dell'analogia è stato in molti casi superato dall'irrompere dei principi, l'attenzione si sposta sulla giuridicità del fatto, da ricavare dalla pluralità delle fonti, e sulle tecniche argomentative «che conoscano e sappiano utilizzare *tutte le potenzialità del sistema integrato delle fonti e i precedenti della Corti nazionali ed europee*» (corsivo mio). Il riferimento dell'A. alle potenzialità del sistema è utile per svolgere il nostro tema, perché proprio di questo si tratta: di far emergere la capacità dell'ordinamento di accogliere e regolare certe fattispecie che, a una prima analisi,

Nei casi che tratteremo, contrassegnati da divieti legislativi, il ruolo dei principi risulterà particolarmente incisivo; non fosse altro perché i principi innescano una domanda di valore – rilevanza ed effetti – di una vicenda umana⁷, la cui risposta deve esprimere non certo l’aggiramento (*extra legem*) ma la chiarificazione del dettato normativo (*intra ius*). Ciò nella consapevolezza, sottolineata da un insigne giurista, che il vocabolo ‘legalità’ è «incapace di esprimere quella realtà polifonica che è oggi, anche sul continente, la dimensione giuridica», caratterizzata dal «primato del diritto»⁸.

Il terreno di indagine è delicatissimo e divisivo, forse perché è forte la cesura tra alcune decisioni giudiziali sullo stato di figlio – quelle che hanno valorizzato di più l’interesse del minore – e singole disposizioni di legge. Ci si confronta con testi giuridici poco inclini a cogliere ciò che di nuovo emerge nella giurisprudenza che applica diritti e di principi, potenzialmente in grado di «sacrificare l’integrità della regola»⁹. Del resto dalla mera lettura del codice civile, delle leggi sull’adozione, sulla PMA e della stessa Costituzione¹⁰ si trae con più facilità l’idea della filiazione quale rapporto riconducibile

sembrano da respingere, negando loro l’effetto giuridico che reclamano. È realistica l’affermazione dell’A. secondo cui «il diritto stenta ad afferrare il nuovo» (p. 54) – il nostro tema ne è un esempio emblematico – ma anche, e forse soprattutto, è la politica a essere in difficoltà.

⁷ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, cit., p. 55, sottolinea in particolare un aspetto: il principio non è solo, non vive di sé stesso di fronte a uno specchio. Esso interagisce con la giuridicità del fatto grazie all’argomentazione giuridica. Così L’A. affronta anche la problematica degli antidoti all’abuso dei principi.

⁸ GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, pp. 30-31.

⁹ VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 20.

¹⁰ BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 5, rileva come la pluralità dei modelli familiari che trova riscontro nella legge (n. 76/2016) e l’introduzione del principio della unicità dello stato di figlio (l. n. 219/2012) sollevino l’interrogativo circa l’opportunità di modificare gli artt. 29, comma 1 (che lega la famiglia al matrimonio, anche se non esclusivamente) e 30, comma 3, Cost. (che, nel suo tenore letterale, non sembra compatibile con l’unicità dello stato di figlio di cui all’art. 315 c.c.) per adeguarli al mutato contesto sociale e normativo (cfr. rapporto dell’Eurofound intitolato *Quality of life. Household composition and well-being*, 2019, in www.eurofound.europa.eu).

esclusivamente a due genitori di sesso diverso cui si è legati geneticamente¹¹.

Si stabilisce a chiare lettere, senza eccezioni, che è madre colei che ha partorito (art. 269, comma 3 c.c.), che i genitori devono essere due e di sesso diverso e che, in mancanza del legame genetico, il genitore (falso) può sempre impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Eppure, in ragione di alcune disposizioni - come ad es. gli artt. 244, comma 4, e 263 comma 3 ult. periodo e comma 4 c.c.¹² - e dei principi del preminente interesse del minore (art. 24, comma 2, CDFUE, art. 3 *Conv. sui diritti dell'infanzia* ratificata con l. n. 176/1991 e artt. 8 e 14 Cedu come interpretati dalla Corte EDU), di ragionevolezza (art. 3 Cost.)¹³ e di non discriminazione (art. 3 Cost., art. 14 Cedu e art. 21 CDFUE), la giurisprudenza e la dottrina hanno delineato uno scenario più variegato rispetto a quello caratterizzato da situazioni per così dire “naturali”, in cui vi sono fattispecie meritevoli di tutela se solo si guardi oltre (e non contro) la lettera delle singole disposizioni di legge.

La sfida sta nel confrontarsi con «la ricchezza e la complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale»¹⁴, il che esige di inserire la

¹¹ VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività: chi e come*, in *Pers. merc.*, 2017, pp. 191 ss., ravvisa la necessità di una riforma del codice civile, com'è avvenuto in Germania e in Francia, poiché esso «consolida idee in parte logore e non anticipa le nuove». Quest'assenza di prospettiva è particolarmente evidente nel diritto di famiglia dove diverse leggi si sono affiancate al codice e dove l'interpretazione adeguatrice, sistematica o costituzionalmente orientata si è resa spesso necessaria. In questo quadro, l'Autore osserva che «l'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema».

¹² Per una ricognizione in chiave sistematica delle disposizioni da cui si evince l'assunzione di responsabilità quale ulteriore fondamento della filiazione, rispetto anche a casi giurisprudenziali cfr.: MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di Familia*, a cura di Patti, 2020, 2, pp. 113 ss. e SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, cit., pp. 55 ss.

¹³ DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilista: una panoramica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, pp. 274-276, sui diversi impieghi della ragionevolezza, anche in funzione di applicazione di una norma. Per una trattazione più ampia e rivelatrice dell'importanza di tale principio per una soluzione adeguata cfr. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

¹⁴ Trib. min. Bologna, 25 giugno 2020, in *www.ilcaso.it*.

legge ordinaria nazionale nel sistema multilivello delle fonti (art. 117 Cost.). In tal modo si arriva a sostenere, come si vedrà, che la madre non è sempre colei che ha partorito, che la verità della filiazione è talvolta sostituita dall'assunzione della responsabilità (*favor stabilitatis*), che i genitori non devono essere sempre entrambi viventi al momento della procreazione e che, nell'adozione in casi particolari, la parentela va ampliata a tutela del minore, nonostante il richiamo – da reinterpretare – dell'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983¹⁵.

Si esamineranno le fattispecie della surroga biologica di maternità, della procreazione eterologa da parte di una coppia di donne e della fecondazione *post mortem*; tecniche, queste, di PMA effettuate all'estero cui segue una richiesta di produzione di effetti in Italia quanto allo *status filiationis* che sia corrispondente al progetto procreativo. I dinieghi degli ufficiali dello stato civile hanno innescato giudizi di rettificazione dell'atto di nascita volti a ottenere il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti di entrambi i membri della coppia di coniugi, di uniti civilmente o di conviventi di fatto. Vedremo che un elemento di diversificazione ulteriore delle fattispecie e delle soluzioni accolte dalla giurisprudenza è dato dalla nascita in Italia o all'estero del figlio, poiché solo in quest'ultimo caso si pone un problema di diritto internazionale privato di riconoscimento di un provvedimento straniero (*id est*: l'atto di nascita o l'atto giudiziale).

2. *Divieto di surroga biologica di maternità e diritto di conservare il rapporto genitoriale.*

La surroga biologica di maternità è vietata e il divieto è presidiato dalla reclusione e dalla multa per «chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza» tale pratica (art. 12, comma 6, l. n. 40/2004). Non è stata prevista una disposizione sullo stato di figlio nato in violazione della prescrizione normativa. Questa scelta non ha giovato, tant'è che in giurisprudenza non c'è ancora un orientamento consolidato sulla disciplina dello stato di figlio nato in un paese che, diversamente dall'Italia, ammetta una tale pratica.

¹⁵ Trib. min. Bologna, 25 giugno 2020, cit.

Prima di entrare nel merito indicando una soluzione, occorre fissare qualche aspetto che perimetra il discorso.

La surroga biologica di maternità consiste nel coinvolgimento di una donna disposta a condurre la gravidanza per conto di una coppia “committente” desiderosa di avere un figlio; coppia alla quale la madre surrogata consegnerà il nato subito dopo la nascita. Il divieto italiano è ampio poiché riguarda tanto la surroga a titolo oneroso, in coerenza con l’art. 3, comma 2, lett. c) CDFUE sul divieto di fare del corpo umano una fonte di lucro, quanto quella per spirito di solidarietà.

Questa tecnica di PMA costituirebbe una soluzione appetibile soprattutto per quella coppia in cui la donna, pur non sterile, non sia comunque in grado di portare a compimento la gravidanza fino al momento della vitalità fetale. In tal caso, ove la surroga fosse ammessa, si consentirebbe a quella coppia di aver avere un figlio geneticamente proprio. Tuttavia, il divieto penale, caricando di disvalore la surroga in ogni caso, lascia aperta a quella coppia, se coniugata, soltanto la facoltà di adottare; ai conviventi di fatto e agli uniti civilmente (art. 1, comma 20, l. n. 76/2016 e art. 6 l. n. 184/1983) si preclude, invece, ogni possibilità di avere un figlio.

Ciononostante, i divieti di surroga di maternità e di adozione omosessuale non hanno arginato il progetto di diventare genitori. Uno spazio si apre in altri paesi in cui vigono leggi diverse, favorevoli sia alla surroga sia all’accesso alla PMA per le coppie dello stesso sesso. Recarsi altrove per avere un figlio ha reso necessario stabilire quali siano gli effetti ammissibili nell’ordinamento italiano quanto allo *status filiationis* e segnatamente se possa essere riconosciuto lo stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale non genetico.

L’attività ermeneutica è piuttosto articolata perché, da un lato, si scontra con la natura di ordine pubblico delle regole sulla costituzione ed eliminazione dello stato di figlio, dall’altro, evoca regole, diritti e principi potenzialmente confliggenti. Il tentativo deve essere

allora quello di ridurre la complessità ad unità¹⁶ per eliminare il contrasto apparente tra la soluzione favorevole al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore non genetico e il divieto di surroga biologica materna.

Si muova da questo dato: la richiesta all'ufficiale dello stato civile italiano di trascrivere o integrare l'atto di nascita con la menzione del genitore intenzionale, talvolta accolta in passato¹⁷, viene oggi rigettata a seguito di una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite¹⁸. La ragione risiede essenzialmente nelle finalità perseguite dal divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 di tutelare la dignità della madre surrogata e di proteggere il nato da una pratica che lo rende oggetto di un contratto, sottraendolo alle garanzie del

¹⁶ PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 189 ss.

¹⁷ Corte App. Trento, 23 febbraio 2017, in *www.ilcaso.it* e già Trib. Napoli, decr. 1 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2011, p. 2695. *Contra* Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, 3, p. 1235 ss., con nota di BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*; in *Corr. giur.* 2015, 4, pp. 471 ss., con nota di RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Foro it.* 2014, I, c. 3414 ss., con nota di CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*

¹⁸ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Giur. it.*, 2020, pp. 543 ss., con nota di VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale. La c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*; in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1198 ss., con note di WINKLER, *Le Sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto partenza?* e di GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*; in *Fam. e dir.*, 2019, pp. 653 ss., con note critiche di DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano l'inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 737 ss., con nota adesiva di SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.

procedimento di adozione¹⁹. La surroga – afferma la Corte costituzionale²⁰ – «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

Se quanto affermato sembra spingere a ritenere legittimo il rifiuto della trascrizione dell'atto di nascita straniero o della delibazione della pronuncia straniera, vi sono altri elementi che depongono, invece, per la soluzione opposta. Essi sono rinvenibili nel diritto alla continuità affettiva del minore con le figure genitoriali di riferimento, nel diritto all'identità personale e nel principio del preminente interesse del minore. Si aggiunga che, secondo la Corte costituzionale, «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»²¹.

Due soluzioni opposte, insomma, si contendono il campo dominato dalla nozione di ordine pubblico internazionale quale limite al riconoscimento degli effetti di un provvedimento di un altro paese [artt. 16 e 64 lett. g) l. n. 218/1995]. Una nozione oramai chiarita dalla giurisprudenza di legittimità.

¹⁹ Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, § 3.1, cit., con riguardo a un caso di surroga biologica di maternità effettuato in Ucraina da due coniugi italiani di cui nessuno è risultato legato geneticamente al nato, ha affermato che soltanto l'adozione può costituire legittimamente lo stato di figlio, stante il divieto della maternità surrogata. L'adozione è l'istituto «governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, cui l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato». Il divieto di surroga esclude che la filiazione possa fondarsi sul mero accordo delle parti. Questo argomento che lega strettamente la filiazione non genetica all'adozione non è decisivo perché non tiene conto, da un lato, del principio del preminente interesse del minore, dall'altro della rilevanza in diversi casi del legame genitoriale non genetico.

²⁰ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, § 4.2, in *Corr. giur.*, 2018, 4, pp. 446 ss., con nota di FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 4, pp. 540 ss., con nota di GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*; in *Giur. it.*, 2018, 8-9, pp. 1830 ss., con nota di FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato da surrogacy straniera*.

²¹ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corriere giur.* 2014, pp. 262 ss., con nota di FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*; in *Fam. e dir.*, 2014, pp. 753 ss., con nota di CARBONE, *Sterilità di coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, legge n. 40 del 2004.

Secondo l'orientamento consolidato, soltanto i principi e i diritti fondamentali delimitano tale categoria. Così appare particolarmente difficile pronunciarsi a favore o contro la trascrivibilità dell'atto di nascita straniero. Non fosse altro perché, fronteggiandosi principi e valori di rilievo costituzionale potenzialmente contrastanti, occorre bilanciare ed enucleare le ragioni a fondamento della prevalenza degli uni sugli altri.

Una cosa è certa: la tesi favorevole alla trascrivibilità dell'atto nascita straniero non si basa sul diritto di procreare, né su ragionamenti che tengano conto della posizione di chi abbia attuato all'estero un progetto di genitorialità. L'argomentazione si incentra, invece, tutta, sullo statuto giuridico del nato. Com'è stato rilevato in dottrina²², uno dei tratti identitari del diritto di famiglia è la centralità e la stabilità del legame genitoriale. Il matrimonio non influenza più la filiazione, essendo quest'ultima divenuta insensibile, sotto ogni profilo giuridico, al tipo di rapporto esistente tra i genitori (artt. 315, 74 e 258, comma 1, c.c.).

È sulla conservazione del rapporto genitoriale che si attua più spesso la tutela del minore e della famiglia. Un'esigenza, questa, di cui il legislatore ha mostrato consapevolezza; basti richiamare la disciplina già evocata sui limiti temporali all'accertamento della verità nelle azioni di stato (artt. 244, comma 4, e 263, comma 3 e 4, c.c.), la legge n. 173/2015 intitolata «*Sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*»²³ e, più di recente, la legge n. 107/2020 che ha istituito una Commissione parlamentare di inchiesta al fine di valutare, tra l'altro, se in base alla legislazione vigente «sia effettivamente garantito il diritto del minore a crescere

²² SESTA, *Ultima lezione del corso di diritto di famiglia*, 23 aprile 2020, inviata da *Associazione Civilisti Italiani*, ha svolto molte delle riflessioni qui contenute nello scritto precedente intitolato «*Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*», in *Fam. dir.*, 2019, pp. 1049 ss.

²³ Questa legge è stata richiamata per rafforzare la tesi che ammette l'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 disposta a favore della compagna della madre biologica. Da tale tipo di adozione consegue, nonostante qualche errata pronuncia in senso contrario, la titolarità e l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale (così Corte App. Napoli-Sez. minori, 4 luglio 2018, in *Banca dati-One legale*).

ed essere educato nella propria famiglia» e se l'allontanamento da questa costituisca «un rimedio residuale»²⁴.

Anche la giurisprudenza ha colto l'importanza di salvaguardare, in taluni casi, il rapporto di filiazione; si pensi alle pronunce sul genitore sociale²⁵, sulla trascrivibilità dell'atto di nascita, sia pur non da surroga biologica di maternità, da cui risultino due genitori dello stesso sesso²⁶, sulla riconoscibilità di provvedimenti stranieri che dispongono l'adozione piena a favore della coppia omosessuale o di uno dei membri di essa²⁷ e sulle azioni di stato in cui il principio del

²⁴ La legge 29 luglio 2020, n. 107 («Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono i minori. Disposizioni in materia di diritto del minore ad una famiglia») è stata occasionata dai supposti illeciti connessi ai fatti di Bibbiano.

²⁵ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Corr. giur.* 2017, pp. 175 ss., con nota di DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice biologica*; in *Fam. dir.* 2017, pp. 305 ss., con nota di TOMMASEO, *La Corte costituzionale sulla tutela degli affetti extrafamiliari del fanciullo*; Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in *Fam. dir.* 2016, pp. 40 ss., con nota di ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*.

²⁶ Cass. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 181 ss., con nota di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, pp. 362 ss., con nota di PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. Il caso riguardava due donne ammesse in Spagna alla PMA. Il nato era legato biologicamente a entrambe, avendo l'una partorito, l'altra fornito gli ovuli. Cfr. anche Cass. civ. 15 giugno 2017, n. 14878, in *Fam. dir.* 2018, pp. 5 ss., con nota di LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2107, pp. 1708 ss., con commento di PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*. In questa vicenda, sebbene una delle due donne non fosse legata biologicamente al nato, il parto era avvenuto nell'ambito della coppia che aveva condiviso il progetto di genitorialità.

²⁷ Trib. Bologna, 8 maggio 2018, in www.articolo29.it, dichiara efficace nella Repubblica italiana un provvedimento dello Stato dell'Oregon (Usa) che aveva disposto l'adozione a favore della coniuge della madre della bambina e ordina l'annotazione di detto provvedimento nei Registri dello Stato civile del Comune di Bologna. Secondo il trib. sussistono tutti requisiti del riconoscimento di cui all'art. 64 l. n. 218/1995, compresa la non contrarietà all'ordine pubblico dell'adozione omosessuale, non contrastando, quest'ultima, con alcun principio fondamentale. Anzi, il principio europeo e internazionale del preminente interesse del

preminente interesse del minore, ad esse immanente, ne governa l'accoglimento o il rigetto rispetto al *favor veritatis*²⁸.

minore impone il riconoscimento del provvedimento straniero in parola, trattandosi di una famiglia formatasi da molti anni con riguardo alla quale non era mai stato rilevato alcun problema per la minore. Sulla base di tali circostanze si giustifica il provvedimento del giudice italiano conservativo dell'ambiente affettivo originario. Una diversificazione dello status dei membri della famiglia rispetto alla minore determinerebbe – stigmatizza il Trib. – «una destrutturazione identitaria, individuale e sociale, data dalla diversità di status americano e italiano», oltre a indurre i genitori a revocare la loro scelta di vivere in Italia (si consideri che la capacità genitoriale delle due madri era stata accertata nello Stato straniero dal giudice competente). Cfr. anche: Trib. min. Firenze, decr. 17 marzo 2017, in www.ilcaso.it, il quale, inquadrato il caso concreto nell'ambito dell'adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti all'estero, riconosce l'efficacia della sentenza emessa dalla *Family Court* del Regno Unito; Corte App. Milano, 5 ottobre 2016, in www.articolo29.it, il quale, ricondotta la fattispecie concreta all'adozione nazionale straniera (non già all'adozione internazionale), riconosce il provvedimento della *Surrogate's Court* dello Stato di New York che aveva disposto l'adozione (*adoption order*) a favore di una coppia di coniugi dello stesso sesso.

²⁸ Cfr.: Cass. civ., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Fam. dir.*, 2017, 10, pp. 845 ss., con nota di BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*; Cass. civ., 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Corr. giur.*, 2017, 4, pp. 450 ss., con nota di CARBONE, *Azione di disconoscimento della paternità: il favor veritatis prevale sul favor legitimitatis*; Cass. civ., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, tutte sulla competenza del giudice (e non del p.m.) a valutare l'interesse del minore all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 244, ult. co., c.c.); Cass. civ., 21 febbraio 2020, n. 4791, in *Fam. dir.*, 2020, pp. 346 ss., con nota di TOMMASEO, *Sulla tutela dell'interesse del figlio nei giudizi di stato: osservazioni in margine a un riconoscimento non veridico*, sull'art. 263 c.c.; Corte cost., n. 272/2017, cit.; Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 119 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La filiazione interviene a metà sulla filiazione incestuosa*; Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non esclude la legittimazione a impugnare il riconoscimento in capo a colui che l'abbia compiuto nella consapevolezza della sua non veridicità, conferma che, nell'impugnazione del riconoscimento ai sensi dell'art. 263 c.c., il giudice deve bilanciare il concreto interesse del minore con il *favor veritatis* (si trattava di un caso cui era applicabile l'art. 263 c.c. nel testo precedente alla riforma del 2013 che prevedeva l'imprescrittibilità dell'azione anche per l'autore del riconoscimento).

3. (Segue) *Le Sezioni Unite della Cassazione e l'insostenibilità di un bilanciamento legislativo in danno del minore.*

Il passaggio a una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale ha dato uno slancio ulteriore alla «Lunga marcia della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea»²⁹, favorendone una maggiore effettività. A fronte di una questione di diritto internazionale privato, se il singolo Stato difende non già ogni scelta discrezionale del legislatore, ma soltanto i diritti e i principi costituzionali, compresi quelli contenuti nella CEDU e nella CDFUE se ne incrementa la loro applicazione e diffusione.

Certamente – ed è un punto decisivo – il tema della trascrivibilità/riconoscimento del provvedimento straniero coinvolge il principio del preminente interesse del minore - che emerge nello specifico dagli artt. 13, comma 3 e 33, commi 1 e 2, l. 218/1995 - e il diritto alla conservazione dello stato di figlio cui è correlato il diritto del all'identità personale. Vi è uno statuto giuridico del nato refrattario a un ragionamento astratto che deduca, *sic et simpliciter*, dal divieto di cui all'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004 l'inammissibilità in ogni caso della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero. Piuttosto, com'è stato sottolineato in dottrina, l'ordine pubblico internazionale richiede un bilanciamento effettuato volta per volta³⁰, soprattutto quando è coinvolto un minore, dovendo la decisione perseguire

²⁹ VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in *Pers. merc.*, 2007, 4, pp. 1 ss., nel constatare attraverso plurimi riferimenti alla Corte di Giustizia le potenzialità espresse dalla Carta di Nizza «nel delineare i tratti di un diritto privato europeo» (p. 9), rimarca, in definitiva, l'attitudine dei diritti fondamentali e dei principi a generare ulteriori diritti, con conseguente ampliamento delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti. Questa capacità espansiva dell'ordinamento, propiziata dai diritti e dai principi fondamentali che entrano in contatto con la giuridicità del fatto, è essenziale nel tempo presente per evitare fratture tra «norma e realtà» (qui è ripreso il pensiero di Luigi Mengoni). Cfr. anche CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, I, pp. 7 ss.

³⁰ G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 47, sottolinea il carattere relativo del limite dell'ordine pubblico, essendo «necessario non valutare astrattamente la disposizione straniera, ma prendere in considerazione quelli che sono gli effetti della stessa nel caso concreto e l'incidenza che l'applicazione di tale legge

il suo (concreto) preminente interesse, il che evoca anche il principio di ragionevolezza.

Si ricordava sopra che l'ordine pubblico internazionale è costituito, secondo la Cassazione³¹, dai «*principi fondamentali* caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico», desumibili dalla Costituzione, dalle fonti sovranazionali e dai «*diritti fondamentali dell'uomo* comuni ai diversi ordinamenti». Le Sezioni Unite della Cassazione hanno aggiunto la necessità di considerare come quei principi «si siano incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti», sulla base dell'«interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel *diritto vivente* dal quale non può prescindere nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»³².

Queste parole evocano l'interazione tra diritti e principi fondamentali con la disciplina ordinaria, la quale, tramite l'interpretazione giurisdizionale, si consolida come diritto vivente.

Se quest'orientamento è condivisibile, altrettanto non può dirsi quanto all'impostazione delle Sezioni unite sulla surroga biologica di maternità all'estero. Non convince l'aver cristallizzato il diritto vivente cui si è legata una soluzione – la non trascrivibilità – potenzialmente contraria al preminente interesse del minore. Le Sezioni Unite, rappresentando soggetti astratti da tutelare³³ – *id est*: la madre surrogata e il minore nel procedimento adottivo – hanno capovolto la scala dei valori, al cui vertice sta non già un valore astratto, ma il preminente interesse di un minore in carne ed ossa.

abbia sui principi identificativi del sistema giuridico nazionale». Da tale impostazione deriva una significativa valorizzazione del fatto, così espressa dall'Autore: «Ben può accadere che una disposizione astrattamente contraria all'ordine pubblico trovi applicazione ora perché in concreto non lesiva di alcun principio fondamentale, ora perché, pur se contraria a un principio fondamentale, la sua non applicazione comporterebbe, in via di ragionevole bilanciamento, la lesione di un altro principio fondamentale ancor più significativo o in concreto prioritario».

³¹ Cass. civ., n. 19599/2016, cit.

³² Cass. Sez. un., n. 12193/2019, cit.

³³ Cass. Sez. un., n. 12193/2019, cit.

Oltretutto, sempre le Sezioni Unite non si sono avvedute che, invocando un bilanciamento legislativo prestabilito, hanno compiuto esse stesse un'operazione ermeneutica³⁴, giungendo alla conclusione di doversi preferire la tutela della madre surrogata straniera e del minore, astrattamente considerati, rispetto alla tutela del nato. Il che, come si diceva, non è conforme al diritto, anche perché viola il principio di ragionevolezza, avendo poco senso negare lo stato di figlio e al contempo ammettere l'adozione in casi particolari.

Si potrebbe replicare che le Sezioni Unite abbiano ragione, poiché, da un lato, non si può collocare lo *status filiationis* su un piano meramente potestativo, dall'altro, il divieto legislativo di maternità surrogata presidia valori fondamentali della filiazione quali l'inscindibilità tra gravidanza e maternità [(art. 269, comma 3, c.c.), salvo l'adozione] e la primazia della tutela del nascituro. Il quale diverrebbe, altrimenti, oggetto di un accordo antiggiuridico poiché contrario al principio della genitorialità naturale³⁵ e foriero di sfruttamento e di commercio.

³⁴ G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 2, rileva come costituisca «attività di bilanciamento, non prevista dal legislatore ma compiuta dall'interprete nel momento applicativo, tanto decidere se e come coniugare due norme distinte – come il divieto di maternità surrogata ex art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 e l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 2, lett. d), l. n. 184 del 1983 – tanto comprendere la portata di una norma e il suo grado di inderogabilità e operatività, in particolare se in concorso con altre norme, quanto analizzare se un rimedio, come l'adozione ex art. 44, comma 2, lett. d), cit., sia o non idoneo a soddisfare gli interessi e i valori normativi coinvolti». L'Autore sostiene che, nel momento applicativo, «sfumi la distinzione, apparentemente inconfutabile, tra bilanciamento del giudice e bilanciamento del legislatore». Sulla stessa linea si pone FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 831, il quale nega che, in presenza di una disposizione di legge specifica, non sia possibile effettuare un «nuovo e diverso bilanciamento tra principi rilevanti»; questo è invece giustificato dall'inadeguatezza funzionale di tale disposizione, la quale, proprio in ragione di ciò, non può considerarsi disapplicata.

³⁵ BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in *Nuovo dir. civ. passim*, incentra il suo fine ragionamento sulla finalità del principio della genitorialità naturale, consistente nella salvaguardia della dignità del nascere, i cui strumenti attuativi si colgono, tra l'altro, nei limiti oggettivi

Questi rilievi, seppur significativi, non appaiono tali da giustificare la soluzione delle Sezioni Unite, giacché incapaci di cogliere la dimensione dell'effettività del preminente interesse del minore. Piuttosto – è bene sottolinearlo – il giudice non deve applicare una disposizione di legge se questa, nel suo tenore letterale, confligga con un principio costituzionale, qual è quello della centralità dell'interesse del minore. Ove ciò accada o vi è la possibilità di effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata, funzionale alla ricostruzione della regola conforme al principio, oppure andrà sollevata questione di legittimità costituzionale.

La chiave di volta sta, insomma, nel principio del preminente interesse del minore, talvolta sottovalutato dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina, forse per quel timore di trarre da esso posizioni soggettive azionabili o di determinare un conflitto con altri principi fondamentali dell'ordinamento³⁶. In verità il principio in parola, da un lato è qualificato come preminente/superiore, dall'altro, va coordinato con il dato positivo espresso dal diritto alla conservazione dello stato di figlio, dall'identità personale e, più in generale, dal fondamento della Repubblica «solidaristico-personalistico del pieno e integrale sviluppo della persona umana» (art. 3 Cost.)³⁷.

e soggettivi alla PMA. Questo principio attuerebbe, nella prospettiva dell'A., l'interesse del minore attraverso l'impedimento di ulteriori – rispetto a quelle legali – figure di genitorialità puramente volontarie.

³⁶ Su questo punto del conflitto tra principi cfr. le ampie e convincenti riflessioni di G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 840 ss. e di MONTINARO, *Identità culturale e diritti della persona nelle relazioni familiari: la clausola generale dell'ordine pubblico internazionale ed il ruolo del giudice*, in *Jus*, 2020, 1, pp. 22-27. Quest'ultima Autrice considera il principio monogamico recessivo rispetto al principio del preminente interesse del minore nella questione del ricongiungimento con i figli (ad es. nati da mogli diverse); ugualmente rispetto all'interesse pubblico al contenimento dell'immigrazione nei casi dei ricongiungimenti familiari giustificati dalla *kafalah*. Per ulteriori approfondimenti cfr. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

³⁷ SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 415, nell'indicare le diverse funzioni svolte dal principio del preminente interesse del minore, fa presente che «se in alcuni casi esso è servito ad una più puntuale specificazione o addirittura al rafforzamento di tutele già normativamente previste, in altri casi è stato invece utilizzato a fini integrativi o più

Il principio, in generale, non incontra limiti ontologici; l'arbitrio sta nella semplificazione argomentativa, da evitare attraverso la tessitura di una solida trama giuridica.

Vedremo che, sebbene gli Autori si siano divisi rispetto alla sentenza della Cassazione a Sezioni unite sulla surroga di maternità³⁸,

propriamente correttivi per *mitigare la rigidità del principio di legalità* o anche a volte per giustificare la disapplicazione, giungendo in molti altri casi ancora a ergersi al rango di vero e proprio *principio fondativo della stessa legittimità e giuridicità di situazioni di fatto coinvolgenti il minore*, che diversamente resterebbero non giustiziabili sul piano giuridico e senza un'adeguata tutela» (corsivo mio). Condivisibili sono le pagine in cui Scalisi, pur ammonendo contro la tirannia del principio *de quo*, sostiene come esso dia luogo a un «bilanciamento ineguale» nel senso di un rapporto con altri interessi «quanto più possibile di preferenzialità» (p. 433). Nella visione dell'illustre giurista, l'applicazione del principio non ha, ontologicamente, limiti applicativi precostituiti. In questo senso sembra essere anche il pensiero di ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 53. Significativo è l'esempio della sottrazione internazionale del minore, il cui superiore interesse del minore induce il giudice a tenere ferma la condotta del sottrattore, al fine di conservare la situazione esistenziale stabile e soddisfacente del minore stesso, trasferito illegittimamente in un altro paese. Il principio, in definitiva, aiuta a costruire la regola in un contesto di fonti in cui, quasi mai, si riscontra la sua autoreferenzialità. Sebbene Scalisi non escluda che, qualora sia necessario, possa essere il solo principio a giustificare la rilevanza giuridica di una certa situazione in cui si trovi il minore.

³⁸ Condividono la pronuncia della Cassazione a Sezioni unite n. 12193/2019, cit.: SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, cit., p. 740, sebbene l'Autore ravvisi, acutamente, una carenza di motivazione delle Sezioni unite nell'aver accomunato alla surroga biologica di maternità a titolo oneroso quella a titolo gratuito; TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 37 ss., svolge un lucido ragionamento sulla nozione di ordine pubblico accolta dalla più recente giurisprudenza, la quale comprende anche quelle disposizioni attuative di principi costituzionali secondo una valutazione discrezionale del legislatore, non sostituibile da parte del giudice. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà*, cit., pp. 953 ss., aveva già elaborato la tesi accolta dalle Sezioni Unite. *Contra* FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero all'estero: le Sezioni unite dichiarano l'inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, cit., p. 682, secondo la quale attuare il preminente interesse del minore è proprio ciò che chiede il legislatore, poiché tale interesse concorre «alla formazione del principio di ordine pubblico ed a costituire un valore che è parte integrante dell'ordine giuridico

la soluzione più convincente appare essere quella favorevole al riconoscimento dello stato di figlio rispetto al genitore intenzionale.

4. (*Segue*) *Il parere consultivo della Corte EDU-Grande Camera e la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004, 18 d.P.R. n. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g) l. n. 218/1995.*

La Corte europea dei diritti dell'uomo, garante dell'effettività dei diritti e delle libertà previsti dalla Cedu (artt. 13 e 19 Cedu), ha sempre valorizzato il principio del preminente interesse del minore. Significative sono quelle pronunce sugli «obblighi positivi» nascenti dall'art. 8 Cedu e posti in capo allo Stato al fine di assicurare un'attuazione effettiva dei diritti ivi previsti, qual è quello al rispetto della vita familiare. Essi implicano l'adozione di misure idonee ora a riunire il genitore con il figlio, ora a salvaguardare il rapporto con i nonni o a conservare lo stato di figlio³⁹.

Questa tensione verso il diritto in atto, che postula la «verità giuridica del fatto (effettività)»⁴⁰, pervade la questione che stiamo trattando, come si evince dal parere consultivo (*advisory opinion*) reso

italiano». Seguendo questo ragionamento, se la regola del caso concreto va costruita in applicazione del principio, non può ritenersi che il bilanciamento sia stato già compiuto dalla legge.

³⁹ Sugli obblighi positivi, in base ai quali lo Stato, per evitare condanne per violazione della Cedu, deve dimostrare di aver assunto «*tangible measures*» e rapide, cfr. tra le tante: Corte eur. dir. uomo, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. n. 33773/11; Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*, ric. n. 9056/14 (entrambe sull'adozione); Corte eur. dir. uomo, 3 gennaio 2009, *Todo-rova c. Italia*, ric. n. 33931/06 (su adozione e vita familiare in progetto); Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 2017, *Solarino c. Italia*, ric. n. 76171/13, e Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2015, *Manuello e Nervi c. Italia*, ric. n. 107/10, entrambe su supposti abusi sessuali e diritto al rispetto della vita familiare rispettivamente con padre e con i nonni. Tutte in *www.echr.coe.int*.

⁴⁰ VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività: chi e come*, cit., pp. 195 ss., chiarisce come l'effettività non consenta la trasformazione del fatto in diritto, poiché essa non incida sull'*an* della situazione giuridica soggettiva ma «sulle modalità di applicazione della protezione» (p. 196). In altri termini, stabilita la giuridicità del fatto, attività cui concorrono il potere legislativo e giudiziario, occorre stabilire quale protezione riservare alla situazione giuridica; ed è qui che l'effetti-

dalla Corte EDU-Grande Camera il 10.04.2019 in forza del Protocollo 16 annesso alla Cedu e richiesto dall'Adunanza Plenaria della Cassazione francese.

Tale parere ha favorito una recente ordinanza della Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004 («*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*»), 18 d.P.R. n. 396/2000 («*Ordinamento della stato civile*») e 64, comma 1, lett. g), l. n. 218/1995 («*Diritto internazionale privato*») nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione divenuta diritto vivente, di deliberare un provvedimento straniero che abbia ordinato l'integrazione dell'atto di nascita nei riguardi del «genitore intenzionale» (non genetico)⁴¹.

La Cassazione ha così riaperto una questione che sembrava chiusa con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite di cui diceva sopra. Se, da un lato, le Sezioni unite hanno escluso, in ogni caso, la possibilità di deliberare il provvedimento straniero nel caso *de quo*, dall'altro, il parere consultivo della Corte EDU ha avversato soluzioni assolute che, in quanto tali, taglino fuori la valutazione volta per volta del preminente interesse del minore. Secondo la Corte EDU-Grande Camera vi possono essere casi in cui la trascrizione dell'atto nascita

vità gioca un ruolo. Secondo l'Autore: «se la protezione non è adeguata andrà ricondotta a uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che in questi limiti, il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema [come – aggiungerei – il principio del preminente interesse del minore] che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere» (cfr. *amplius* ID. *Effettività delle tutele, (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Ann. X*, Milano, 2017, pp. 381 ss.). In definitiva, secondo questa impostazione, quanto più la tutela è effettiva tanto maggiore sarà il valore riconosciuto al fatto (si pensi alla giurisprudenza sopra citata della Corte EDU sugli obblighi positivi). Ora, rispetto alla nostra questione, queste parole richiamano il principio del preminente interesse del minore, standard costituzionale cui rapportare la tutela.

⁴¹ Cass. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 675 ss., con nota adesiva di FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, ed *ivi* con nota critica di RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte di Cassazione in materia di maternità surrogata*.

straniero deve essere preferita ad altre soluzioni, le quali, nello specifico, appaiano meno protettive o addirittura pregiudizievoli per il minore.

Le Sezioni unite hanno, invece, privato il giudice di ogni discrezionalità perché, a loro dire, il valore della dignità della madre surrogata e la necessità di non aggirare la normativa sull'adozione imporrebbero di non riconoscere lo stato di figlio nei confronti del genitore non genetico. Il quale potrebbe semmai ricorrere – sempre secondo le Sezioni Unite – all'adozione in casi particolari (art. 44, legge n. 184/1983). Invero quest'apertura al recupero della relazione filiale è stata imposta dal diritto europeo. Basti ricordare che la Corte EDU ha sostenuto come la generale e assoluta impossibilità di ottenere il riconoscimento della relazione tra il nato da surroga di maternità effettuata all'estero e la «madre d'intenzione» è incompatibile con il prevalente interesse del minore «*which require at a minimum that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the cases*»⁴².

Ciononostante, la soluzione di compromesso delle Sezioni Unite appare inadeguata perché rigida, oltre a non tener conto, come si vedrà diffusamente, delle specificità della disciplina dell'adozione in casi particolari. Non si può, infatti, ignorare né sottovalutare che il nato da *surrogacy arrangement abroad* si trova in una posizione di vulnerabilità sotto diversi profili, messi ben in rilievo dal parere consultivo⁴³, che rendono inefficiente e pericolosa l'attesa dell'adozione. La quale, affinché sia un mezzo rispettoso dell'art. 8 Cedu,

⁴² Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric n. 65192/11, *Menesson v. France*, e Corte eur. dir. uomo, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee v. France*, entrambe in www.echr.coe.int.

⁴³ Si legge al § 40 del parere consultivo della Corte eur. dir. Uomo (Grande Camera), 10 aprile 2019, cit., che il mancato riconoscimento dello stato di figlio con la «*intended mother*» pone il figlio stesso in uno stato di incertezza giuridica con riguardo alla sua identità nella società, in particolare: «*there is a risk that such children will be denied the access to their intended mother's nationality which the legal parent-child relationship guarantees*»; *it may be more difficult for them to remain in their intended mother's country of residence* [n.d.r. rischio che scompare quando l'altro genitore, cui si è legati geneticamente, abbia la nazionalità del paese della madre intenzionale non genetica]; *their right to inherit under the intended mother's estate may be impaired; their continued relationship with her is placed*

deve garantire due condizioni: 1) rapidità della decisione giudiziale, tale da escludere che si apra per il minore un lungo periodo di incertezza sullo *status filiationis*; 2) effettività della relazione concretizzata con il genitore intenzionale, secondo un accertamento delle Autorità nazionali in conformità al preminente interesse del minore.

Ora poiché al giudice italiano, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite, è preclusa la valutazione in ordine alla soluzione preferibile nel caso concreto – trascrizione dell’atto di nascita o adozione – la Cassazione, con l’ordinanza sopra ricordata, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che, secondo l’interpretazione da avversare, imporrebbero di non trascrivere l’atto di nascita e di non riconoscere il provvedimento straniero che individui come genitore quello intenzionale.

5. (*Segue*) *Profili di incostituzionalità dell’interpretazione delle Sezioni unite come diritto vivente.*

Secondo la Cassazione⁴⁴ due sono i profili del diritto vivente, sottolineati dalle Sezioni unite, che confliggono con la Costituzione: 1) l’attribuzione al divieto di maternità surrogata della qualifica «di principio di ordine pubblico internazionale prevalente *a priori* sull’interesse del minore per effetto di una scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta dalla valutazione del singolo caso concreto»; 2) considerare sempre corrispondente all’interesse del minore il mancato riconoscimento da parte dello Stato italiano dello *status* di figlio legittimamente acquisito all’estero, quando invece ciò deve costituire esito eccezionale, frutto di una rigorosa valutazione giudiziale del caso concreto.

L’impostazione delle Sezioni unite⁴⁵ determina la violazione dei principi di *uguaglianza* e di *non discriminazione* in relazione alla

at risk if the intended parentes separate or the intended father dies; and they have non protection should their intended mother refuse to take care of them or cease doing so».

⁴⁴ Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit.

⁴⁵ Com’è noto, l’interpretazione della Cassazione a Sezioni Unite avrebbe potuto essere avversata dalla Cassazione a sezioni semplici soltanto in forza di quanto prevede l’art. 374, comma 3, c.p.c. Ma secondo Cass., ord. n. 8325/2020, cit., la procedura prevista da quest’articolo di rimettere nuovamente alle Sezioni

nascita (artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), di *ragionevolezza* (art. 3 Cost.) e la lesione di diritti inviolabili del minore.

Sotto il profilo dell'uguaglianza, la *regula juris* che vieta in assoluto la trascrizione dell'atto di nascita discrimina il nato da surroga di maternità sulla base di un dato – le circostanze della procreazione – che sfugge inevitabilmente al suo controllo. Questo esito non è ammissibile secondo la giurisprudenza che sottolinea come la condotta dei genitori in ordine alla nascita non sia di per sé sola determinante ai fini dell'attribuzione/eliminazione dello stato di figlio. Si pensi a quelle pronunce della Corte costituzionale che hanno eliminato l'effetto *ex lege* della decadenza dalla potestà – ora responsabilità – genitoriale in conseguenza dei reati di alterazione o di soppressione dello stato⁴⁶; o a quella sentenza sull'incostituzionalità dell'art. 278 c.c. (modificato poi dal d. lgs. n. 154/2013) che impediva le indagini sulla maternità/paternità in caso di incesto⁴⁷ o, ancora, alle pronunce sulla genitorialità omosessuale, circostanza, questa, ritenuta non ostativa al riconoscimento dello stato di figlio nei confronti di entrambi i genitori⁴⁸.

Vi è anche in ambito legislativo un esempio significativo della preminenza dell'interesse del nato rispetto alla condotta illecita dei genitori: l'art. 251 c.c. consente a questi ultimi, sebbene in mala fede, di riconoscere, a certe condizioni, il figlio “incestuoso”.

unite la questione della trascrivibilità dell'atto di nascita non era obbligata. L'alternativa tra uniformare la propria decisione al principio di diritto affermato dalle Sezioni unite o rimettere a quest'ultima la problematica, sollecitando un nuovo pronunciamento, è, per la Cassazione, superata da una terza possibilità: porre la questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni di legge che, secondo l'interpretazione delle Sezioni unite, confliggono con la Costituzione e con la normativa sovranazionale (art. 117, comma 1 Cost. in relazione all'art. 8 Cedu, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9, 10 e 18 Convenzione di New York del 20.11.1989 e all'art. 24 CDFUE). Del resto, non era possibile effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di riferimento se non contraddicendo il *decisum* delle Sezioni Unite; ciò che è precluso dall'art. 374, comma 3, c.p.c.

⁴⁶ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, entrambe in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

⁴⁷ Corte cost., n. 494/2002, cit.

⁴⁸ Cass. civ., n. 19599/2016, cit. e Cass., n. 14878/2017, cit. In entrambi i casi si trattava di una coppia di donne che avevano avuto accesso alla PMA rispettivamente in Spagna e in Inghilterra.

Emerge, inoltre, come si diceva, anche un profilo d'irragionevolezza della normativa censurata. Se alla base del divieto di trascrizione vi è il disvalore della surroga di maternità, è contraddittorio consentire la trascrizione dell'atto di nascita con la sola menzione del padre biologico, valorizzando così proprio l'autore della condotta contraria ai valori tutelati dall'ordinamento italiano.

Questa logica sanzionatoria, insita nel non riconoscere lo stato di figlio, incurante degli effetti negativi sul nato, contrasta con quella linea legislativa e giurisprudenziale che ha posto al centro della valutazione giudiziale il reale interesse del minore, ben oltre la – o se si vuole su un piano parallelo rispetto alla – violazione da parte dei genitori di una disposizione di legge. Ed è qui che le Sezioni unite hanno travisato l'ordinamento: nel ritenere che la pretesa sanzionatoria dello Stato, pur ammantata dalla dignità di soggetti astratti, potesse prevalere sui diritti e sull'interesse del bambino che vive in una determinata famiglia.

Insomma, l'intento sanzionatorio del legislatore⁴⁹ non deve e non può prevalere sulla tutela del minore, non solo per ragioni antidiscriminatorie e per evitare ricadute ingiuste su chi non ha colpe, ma anche per non violare il principio di ragionevolezza e il diritto alla «vita privata e familiare» sancito dall'art. 8 Cedu. Un'endiadi, quest'ultima, interpretata dalla Corte EDU nel senso di legare l'esistenza della famiglia non soltanto al coniugio e alla parentela, ma anche alla relazione affettiva stabile e duratura. Non fosse altro perché un rapporto di tipo genitoriale con tali caratteri (stabilità, affettività, assunzione di responsabilità) coinvolge l'identità e la dignità dell'individuo; di conseguenza il mancato riconoscimento da parte dello Stato finisce per svilire la persona.

⁴⁹ Cass. civ., n. 8325/2020, cit., sintetizza un processo evolutivo non adeguatamente valorizzato dalla Cass., Sez. un., n. 12193/2019, cit.: «in materia di status il legislatore e la giurisprudenza hanno definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria; invero, se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora essa non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuta ad una condotta degli adulti riprovata dall'ordinamento anche con il ricorso a sanzioni penali (l'adulterio, lo stupro, l'incesto ...), non impedisce più di costituire legalmente lo stato di figlio». Occorre, quindi, distinguere il piano della tutela del figlio da quello in cui il legislatore persegua un interesse di rilevanza pubblica.

Così la Cassazione ha giustamente rimarcato come si sia «sempre più chiaramente affermata una *valorizzazione dei legami familiari secondo principi di uguaglianza e di bigenitorialità* affinché i minori possano fruire pienamente della relazione genitoriale e i genitori possano entrambi partecipare a pieno titolo alla cura e alla educazione dei figli e ad adottare congiuntamente le decisioni più importanti che li riguardano»⁵⁰. E i genitori sono, per costante giurisprudenza della Corte Edu, anche quelli nei cui confronti si sia «concretizzato»⁵¹ quel tipo di legame significativo di cui si diceva.

Il momento costitutivo della genitorialità, basato sull'assunzione della responsabilità, assume un'indiscussa rilevanza giuridica e produce l'effetto di rendere irreversibile – lo afferma la Corte EDU, Grande Camera – «il diritto del minore al pieno riconoscimento del suo *status filiationis*». Ne consegue che se sulla scelta delle modalità di riconoscimento vi è un ampio margine di discrezionalità dello Stato, quanto al suo contenuto il potere statale è, invece, estremamente limitato dalla necessità di garantire una soluzione effettiva e tempestiva, al fine di «non protrarre la situazione di vulnerabilità del minore come conseguenza del mancato riconoscimento immediato»⁵².

Come si vedrà meglio in seguito, il disaccordo con quella dottrina che contrasta la genitorialità volontaria non si fonda sul disconoscimento del principio della genitorialità naturale, né sulla diversità di opinione a proposito della finalità della procreazione eterologa strettamente legata all'incapacità di procreare e neppure sulle ragioni alla

⁵⁰ Cass. civ., n. 8325/2020, cit.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo (Grande Camera), 10 aprile 2019 (parere consultivo), cit., afferma al § 52 che quando la relazione con il genitore d'intenzione è diventata una realtà concreta, essa deve essere riconosciuta rapidamente ed efficacemente: «*What the child's best interests – which must be assessed primarily in concreto rather than in abstracto – require is for recognition of that relationship, legally established abroad, to be possible at the latest when it has become a practical reality*». Cfr. anche il § 54 in cui si afferma che la concretizzazione della relazione tra il genitore d'intenzione e il nato da surroga di maternità esige un rapido ed effettivo riconoscimento da parte dello Stato, cosicché «*the child is not kept for a lengthy period in a position of legal uncertainty as regards the relationship*».

⁵² Cass. civ., n. 8325/2020, cit.

base dei limiti soggettivi di accesso alla PMA⁵³. È solo che – così sembra a chi scrive – questi argomenti appaiono più stringenti per impedire la nascita in certi casi prefigurati dal legislatore e non per negare lo stato di figlio a chi è già nato in violazione dei divieti posti dalla legge n. 40/2004. Ove ciò accada, come nella surroga biologica di maternità o in altre fattispecie che esamineremo, il principio del preminente interesse del minore non può ritenersi contemplato né cristallizzato nel principio della genitorialità naturale, ma va ricostruito in concreto, attingendo dalle linee di politica del diritto espresse dalla disciplina della filiazione come interpretata dalle giurisdizioni superiori. In tal modo emerge come l'ordinamento abbia valorizzato anche il fondamento non genetico della filiazione.

6. *(Segue) Interesse pubblico e diritti fondamentali del minore: la prevalenza di questi ultimi.*

La necessità di non adottare soluzioni che mettano in pericolo il minore è stretta tra l'interesse pubblico perseguito dal legislatore e i diritti fondamentali del minore. Soccorre il diverso rilievo gerarchico delle posizioni coinvolte, dipendente non solo dal grado delle fonti, ma anche dal maggior rilievo che, all'interno della stessa fonte, si attribuisca a un valore o a principio piuttosto che a un altro. Sotto quest'ultimo profilo è proprio l'interesse del minore che, nell'interazione con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza, si colloca, nella fattispecie concreta, su un gradino superiore rispetto alla dignità della madre surrogata e alla supposta esigenza di ricorrere all'adozione per scindere la genitorialità dal legame genetico.

La trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità va ammessa non tanto perché l'interesse del minore è qualificato superiore dalle fonti del diritto (ciò che pure ha un rilievo di diritto positivo), ma in ragione di un bilanciamento, effettuato dall'interprete,

⁵³ Su tutti questi profili è ineccepibile il discorso di BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, cit., §§. 2-3. Egli ravvisa una posizione di centralità sistematica della genitorialità naturale, intesa quale conseguenza dell'unione sessuale tra un uomo e una donna ed afferma altresì che l'adozione e la procreazione eterologa si pongono quali eccezioni a tale tipo di genitorialità, non essendo perciò idonee a fondare una genitorialità volontaria.

che sappia valutare il caso concreto alla luce dei diritti e dei principi di riferimento. Su quest'aspetto ha insistito il parere consultivo della Corte Edu-Grande Camera, qui più volte evocato. E si intuisce il perché: solo sapendosi accostare al fatto⁵⁴ nella sua dialettica con le fonti del diritto si trova un diritto più giusto.

La Cassazione a Sezioni unite, invece, allontanandosi dal fatto si è discostata dal diritto. Aver prediletto l'interesse pubblico sotteso al divieto di surroga biologica di maternità ha determinato una violazione del principio di ragionevolezza, non fosse altro perché dal mancato riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione non deriva alcuna reale tutela per la madre surrogata. La quale, secondo le leggi del suo paese, non ha alcun diritto sul nato; inoltre ella, avendo accettato la surroga per spirito solidaristico, magari ritiene esaltata la propria dimensione etica⁵⁵.

Direi di più: la prevalenza della dignità della donna non si giustificerebbe neppure se la surroga fosse avvenuta, secondo la legge dello Stato estero, a titolo oneroso. Apparirebbe infatti comunque sproporzionata e irragionevole una soluzione che, a tutela di un valore astratto, pregiudicasse il nato disconoscendo lo stato di figlio; quel nato che vive come naturale tratto della sua identità il rapporto di tipo genitoriale con il genitore non genetico.

Si obietterà che così si favorisce l'aggiramento della normativa interna e la violazione del principio di uguaglianza, poiché solo le coppie benestanti saranno in grado di recarsi in un altro Paese per

⁵⁴ PERLINGIERI, *Una lezione agli studenti della «Federico» II. Il «diritto privato» nell'unità del sistema ordinamentale*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 415, intitola un paragrafo «La giuridicità della fattualità» e afferma come sia l'assiologia («come insieme di valori») a richiedere «una valutazione ragionevole delle norme unitariamente ai fatti». Ancora PERLINGIERI, *Sull'insegnamento del «diritto privato» nelle «Facoltà giuridiche»*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 364, parla di integrazione dell'ordinamento «dovuta alla salutare contaminazione con la fattualità». Cfr. anche PROSPERI, *Presentazione*, in *La genesi della sentenza* (di P. Rescigno e S. Patti), Bologna, 2016, pp. 7 ss. e *ivi* PATTI, *La «costruzione del fatto nel processo»*, pp. 33 ss.

⁵⁵ Questo argomento, fatto proprio da Cass. civ., n. 8325/2020, cit., era già stato prospettato in dottrina; cfr. GORGONI, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla non trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 157.

diventare genitori. In verità siffatto rilievo si stempera a fronte sia del diritto alla conservazione dello stato di figlio, cui si correlano il diritto al rispetto della vita familiare e il diritto all'identità personale, sia dei principi di ragionevolezza e del preminente interesse del minore⁵⁶.

Non è pregnante neppure l'argomento incentrato sull'adozione quale unica causa che possa giustificare la scissione tra genitorialità e legame genetico. L'adozione è funzionale non già ad attuare un progetto di genitorialità, ma a reperire una famiglia al minore in stato di abbandono (art. 8 l. n. 184/1983) o a dare rilievo al rapporto affettivo e di cura esistente con un adulto (art. 44 l. n. 184/1983). Nella surroga biologica di maternità, invece, non vi è la condizione dello stato di abbandono, né vi è la necessità di attribuire lo *status filiationis* mediante l'adozione in casi particolari, sussistendo già tale *status* in applicazione della legge di un altro Paese.

Il problema è se si possa riconoscere o no la filiazione e non se vi siano i presupposti per un'adozione da parte di chi genitore lo è già. Allora la questione sulla quale concentrarsi è quella del fondamento della filiazione: se sia solo la procreazione o anche l'assunzione di responsabilità. Da questo punto di vista deve oramai ammettersi che anche l'assunzione dei doveri genitoriali possa giustificare lo stato di figlio, com'è dimostrato da diverse disposizioni di legge, interne e sovranazionali, di cui si è già detto. Si consideri che nella PMA la

⁵⁶ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 1, p. 8, insiste sulla necessità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali in forza degli artt. 2 e 24 Cost., i quali impongono la ricerca del rimedio più adeguato alla protezione dell'interesse leso, ostacolano «interpretazioni formalistiche e consentono, come strumento ermeneutico, forme di integrazione e correzione delle norme privatistiche».

nascita origina sempre dall'assunzione di responsabilità⁵⁷. Perspicuo è anche il richiamo della giurisprudenza sul genitore sociale⁵⁸.

Così, di recente, la Cassazione ha ribadito, in coerenza con il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, che non è principio generale dell'ordinamento giuridico l'essere lo stato di filiazione «esclusivamente legato al contributo biologico del genitore al concepimento e alla nascita del figlio»⁵⁹.

Insomma, posto che vi è il principio del preminente interesse del minore, che la conservazione dello stato di figlio è funzionale a preservare l'identità del nato, che il fondamento della filiazione promana anche dall'assunzione della responsabilità, non vi è alcuna frattura ordinamentale ove si ammetta il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione (non genetico). Non c'è perché, come ha sintetizzato la Cassazione, «dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) pass[a] necessariamente in secondo piano, [in

⁵⁷ Corte App. Napoli, Sez. minori, 4 luglio 2018, cit., § 5, sottolinea come vi sia una tripartizione della genitorialità: da procreazione naturale, da procreazione medicalmente assistita e da adozione legale. La disciplina di ciascuna di queste non può che essere diversa, perché distinti sono i fatti alla base della nascita. Si legge nella pronuncia citata che «l'elemento volontaristico/consensuale è assolutamente prevalente, ai fini della determinazione della filiazione da p.m.a., omologa o eterologa che sia, rispetto al mero dato della derivazione genetico-biologica, al limite anche gestazionale, che può anche mancare; tanto, beninteso, anche con riferimento all'acquisizione degli *status*. Dalla causalità/derivazione biologica, alla base della procreazione naturale, si passa qui a una causalità umana; se si preferisce, nella p.m.a. la genitorialità (di converso, la filiazione) si fonda sulla verità, ma non su quella biologica: la verità è qui data dal consapevole consenso della coppia richiedente, quanto all'assunzione del ruolo genitoriale».

⁵⁸ Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015 e Trib. Como, 13 marzo 2019, entrambe in *www.ilcaso.it*. Cfr. anche Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Corriere giur.*, 2017, pp. 175 ss., con nota di DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice*, la quale, pur non utilizzando il sintagma «genitore sociale», riconosce comunque rilevanza al «rapporto significativo» tra adulto e minore di tipo genitoriale, ammettendo l'applicabilità dell'art. 333 c.c.

⁵⁹ Così Cass. civ., n. 8325/2020, cit., la quale, anzi, a sostegno della propria affermazione richiama proprio l'adozione, oltre alla procreazione eterologa divenuta ammissibile, come si è ricordato sopra, per effetto della pronuncia della Corte cost. n. 162/2014.

base] al principio ermeneutico di bilanciamento tra *principi di ordine pubblico di rango costituzionale* e *principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa*, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali». Di più: sebbene l'interesse pubblico tuteli la dignità umana, avversando una pratica ritenuta contraria alla morfologia naturale della famiglia, si tratta comunque di una dignità astratta e della difesa di una nozione unica di famiglia che non ha riscontro nell'ordinamento, esistendo le famiglie al plurale giacché strutturate diversamente.

Alla luce di tutto ciò, il bilanciamento corretto esige di ammettere la trascrivibilità dell'atto di nascita che attesti lo stato di figlio nei confronti del genitore d'intenzione, nel rispetto dell'ordine pubblico internazionale (art. 64 lett. g) l. n. 218/1995) e del valore prevalente in concreto. L'ordinamento non impone una soluzione preordinata in modo generale e astratto dalla legge. Non è, pertanto, da condividere la recente affermazione della Corte costituzionale secondo cui riconoscere alla "madre intenzionale" la possibilità di ottenere la costituzione dello stato di figlio oltre il limite di applicabilità dell'adozione in casi particolari – l'unica soluzione ritenuta praticabile – attiene «al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»⁶⁰.

Si può replicare che il preminente interesse del minore è di certo perseguibile dal legislatore con una disposizione *ad hoc* o che inveri un indirizzo di politica legislativa (vedasi i limiti soggettivi di accesso alla PMA), ma è nella natura stessa del principio, sia pur in sinergia con il sistema, permettere al giudice di addivenire a soluzioni specifiche che maggiormente si attaglino al caso concreto.

C'è dunque un ultimo aspetto da valutare – anche se qualcosa si è già detto – che origina da una domanda: il bilanciamento risulterebbe più equilibrato accogliendo la soluzione delle Sezioni unite che nega lo stato di figlio per ammetterlo solo ove ricorrano eventualmente le condizioni dell'adozione in casi particolari?

⁶⁰ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, in *Banca dati-One legale*.

7. (*Segue*) *Inadeguatezza dell'adozione in casi particolari e del rinvio all'art. 300 c.c. contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983.*

La risposta alla predetta domanda è negativa per una pluralità di ragioni. Prima di indicarle viene da riprendere quel rilievo preliminare sopra accennato sulla non pertinenza dell'adozione rispetto ai progetti di genitorialità realizzati all'estero. Il giudice italiano non è chiamato a trovare una famiglia a chi ne sia privo, ma a stabilire se l'ordine pubblico internazionale si opponga al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che riconosca la genitorialità d'intenzione. Da questo punto di vista ragioni ostative preminenti non ce ne sono. Il rischio di inadeguatezza dei genitori è arginabile nel giudizio di delibazione su sollecitazione del Servizio sociale competente. Si ridimensiona così quella giusta considerazione dottrinale⁶¹ secondo cui l'interesse del minore non può essere ridotto alla mera continuità del rapporto con chi di lui si occupi.

La Cassazione ha chiarito come l'adozione in casi particolari sia una misura non solo inadeguata a garantire quell'effettività e celerità di attribuzione dello *status filiationis* richieste dalla Corte EDU-Grande Camera, ma anche foriera di gravi rischi per il minore sui quali ci si soffermerà a breve⁶².

Sotto il profilo dell'inadeguatezza, è indubbio come l'adozione in casi particolari sia un istituto appropriato più a riconoscere una situazione affettiva, facendo sorgere diritti e doveri (art. 48 l. n. 184/1983), che a dar luogo a un rapporto di filiazione nella sua pienezza. Anzitutto perché essa non crea, sul modello dell'adozione dei maggiorenni, legami parentali con i congiunti dell'adottante (art. 300 c.c. richiamato dall'art. 55 l. n. 184/1983), oltre a sussistere talune differenze tra la posizione giuridica dell'adottante e quella del genitore (art. 48, comma 3, l. n. 184/1983 e art. 304 c.c. richiamato dall'art. 55 l. n. 184/1983). Vi sarebbe – osserva la Cassazione –

⁶¹ BILOTTI, *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della c.d. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, cit., § 3.

⁶² Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit., nelle ultime pagine si sofferma incisivamente sull'adozione in casi particolari, chiarendone le finalità e gli aspetti più significativi della disciplina.

«una sorta di declassamento della relazione genitoriale e dello *status filiationis*»⁶³.

Quanto ai rischi per il minore, essi sono consistenti in conseguenza della lunghezza e complessità dell'*iter* processuale e decisionale. Durante il procedimento il genitore intenzionale è privo della titolarità della responsabilità genitoriale; elemento, questo, negativo perché incidente sulla relazione con il minore e sugli equilibri familiari. Ma c'è di più: vi è il rischio che, a causa della crisi di coppia, il genitore intenzionale non proponga domanda per ottenere l'adozione in casi particolari, riuscendo così a deresponsabilizzarsi. Ove ciò accada e sia consentito, lo Stato italiano si esporrebbe a una condanna da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 8 sotto il profilo degli obblighi positivi di cui si è fatto cenno sopra⁶⁴.

La crisi di coppia potrebbe inoltre indurre il genitore biologico, l'unico riconosciuto dallo Stato italiano, a negare l'assenso, richiesto dall'art. 46, comma 1, l. n. 184/1983, all'adozione in casi particolari. Il mancato assenso, provenendo dal genitore esercente la responsabilità genitoriale, è insuperabile, non potendo il tribunale intervenire in via sostitutiva qualora esso sia ingiustificato o contrario all'interesse del minore (art. 46, comma 2, l. n. 184/1983). Neppure va sottovalutata l'eventualità che, durante il procedimento di adozione, sopravvenga la morte del genitore biologico, con la conseguenza che il minore rimarrebbe senza alcuna figura genitoriale titolare della responsabilità genitoriale.

A fronte di questi inconvenienti di fatto, vi è un limite di diritto attinente alla disciplina della parentela dell'adozione in casi particolari, stante il rinvio all'adozione del maggiorenne – all'art. 300 c.c. – contenuto nell'art. 55 l. n. 184/1983. L'adottato acquista il legame di parentela soltanto nei riguardi dell'adottante.

⁶³ Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit.

⁶⁴ Nell'ipotesi in cui il genitore intenzionale-non genetico non proponga domanda di adozione in casi particolari, si dovrebbe riconoscere al figlio l'azione volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di genitorialità, sul presupposto dell'assunzione di responsabilità quale fondamento irrinunciabile della filiazione (cfr. *amplius* GORGONI, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 165.).

Va osservato come siffatta disciplina sia divenuta contraddittoria rispetto alla nuova funzione assunta dall'adozione in casi particolari⁶⁵. Originariamente l'accostamento disciplinare all'adozione del maggiorenne era giustificato dalla finalità comune di tutelare un rapporto para-familiare *ulteriore* tra il minore o il maggiorenne e un adulto, preservando al contempo il legame giuridico con la famiglia naturale. Detta giustificazione permane oggi soltanto rispetto all'adozione del maggiorenne, poiché, in quella in casi particolari, spesso manca un nucleo familiare diverso da quello originario, esistendo soltanto la famiglia all'interno della quale è avvenuta la nascita. Ne consegue l'incongruenza dell'applicabilità all'adozione particolare dell'art. 300, comma 2 c.c. nel caso della coppia omosessuale, la quale, effettuata la PMA all'estero, vede nascere un figlio legato biologicamente a uno soltanto dei genitori, senza che vi sia un'altra famiglia di riferimento.

⁶⁵ L'evoluzione dell'adozione in casi particolari mostra plasticamente come il testo di legge (artt. 44 ss. l. n. 184/1983) venga arricchito nel suo significato e ambito applicativo su sollecitazione del caso concreto e attraverso l'ermeneutica che rilegge quel testo. Discorrere di interpretazione/applicazione significa evidenziare come la disposizione di legge assuma un senso specifico nel momento applicativo, quasi fosse incompleta nella mera datià del testo (GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, pp. 81 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interesse e la funzione dell'ermeneutica di Domenico Rubino*, in *Domenico Rubino, Interesse e rapporti giuridici*, 2009, I, pp. 3 ss., incentra il Suo discorso sulla centralità, nel processo ermeneutico, della valutazione degli interessi «secondo criteri enucleati dal sistema di diritto positivo» (p. 8); interessi individuali e generali che funzionalizzano concetti e istituti giuridici. Perlingieri richiama inoltre, sulla traccia del pensiero di Domenico Rubino, l'aspetto umano – il soggettivismo – dell'interpretazione (p. 22) che si aggiunge ai concetti e alla sistematica. Su questa linea si pone diffusamente e magistralmente anche BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, pp. 105 ss., che incentra la sua riflessione sulla possibilità di conciliare, attraverso la metodica ermeneutica, il vissuto dell'interprete (cioè «il tratto soggettivo esistenziale») con l'oggettività dell'interpretazione (pp. 251 ss.). La sottolineatura costante di Benedetti dell'ingresso dell'interprete nel circolo ermeneutico è significativa, perché conferisce umanità e attualità alla soluzione giuridica, controllabile giacché resa in applicazione di precise regole ermeneutiche. Le riflessioni di questi illustri Autori ritornano nel nostro tema, caratterizzato dalla mancanza di una disposizione specifica e dall'emersione di interessi, la cui giuridicità va valutata, ben oltre la lettera della legge.

La finalità di tutelare una seconda relazione familiare – da cui, come si diceva, scaturisce la limitazione della parentela – permane per l'adozione del maggiorenne, ma risulta eccessiva per l'adozione in casi particolari, la quale è stata applicata anche a fattispecie in cui vi è un'unica famiglia (c.d. *step child adoption*)⁶⁶. Quando ciò avviene, è discriminante per il minore adottato limitare la parentela al solo rapporto con l'adottante, oltre a essere tale limitazione contraria al principio dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.). Non c'è ragione, perciò, in tale ipotesi, di differenziare le discipline dell'adozione piena e dell'adozione in casi particolari in punto di parentela⁶⁷.

Se così è, sembrano esservi motivi consistenti per sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 l. n. 183/1984 nella parte in cui rinvia all'art. 300 c.c., qualora non vi sia una seconda famiglia da valorizzare, ma un unico contesto familiare.

Si affaccia però un'altra possibilità, incentrata su un'interpretazione dell'art. 74 c.c., come riformato dalla legge n. 219/2012, che ammette l'abrogazione tacita del rinvio all'art. 300 c.c. Nella prima

⁶⁶ Cass. civ., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corriere giur.*, 2016, pp. 1203 ss., con nota di critica di MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari e la step child adoption*, secondo il quale sarebbe stata corretta la soluzione di sollevare questione di legittimità costituzionale della lett. b) dell'art. 44. La Cassazione ha, invece, interpretato estensivamente la locuzione contenuta nell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983 – «constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo» – nel senso di riferirla anche all'impossibilità di diritto, che si ha quando, essendoci un genitore che si occupa del minore, non sussiste lo stato di abbandono (impossibilità di fatto). Secondo quest'interpretazione è consentito, nelle famiglie omo-affettive, al convivente di fatto o unito civilmente di adottare il figlio dell'altro, non rilevando a tal fine l'orientamento sessuale dell'adottante. Decisivo è l'interesse del minore a vedere riconosciuto il legame affettivo che si è instaurato con colui il quale, di fatto, è diventato il secondo genitore (non genetico). Critico nei confronti di questa giurisprudenza è GAMBINO, *Matrimonio, famiglia e legge naturale*, cit., pp. 143 ss. Anche BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*, in *Fam. e dir.*, 2017, pp. 1103 ss., esprime perplessità ove si accolga la prospettiva dell'interesse del minore.

⁶⁷ Come pure la predetta distinzione non ha ragion d'essere quando l'adozione in casi particolari è disposta ai sensi dell'art. 44 lett. d) a fronte dello stato di abbandono del figlio, solitamente affetto da gravi patologie. In tale caso, infatti, non potendo essere conservato il rapporto con la famiglia d'origine, risulta, all'evidenza, privo di fondamento il contenimento della parentela rispetto al solo adottante.

parte del disposto si stabilisce che la parentela, nella sua pienezza, si impone anche per il «figlio adottivo». L'unica eccezione è prevista nella seconda parte con riguardo all'adozione di persone maggiorenni. Ora, volendo attribuire un significato al sintagma «figlio adottivo», occorre riferirlo all'adozione in casi particolari, altrimenti esso non avrebbe alcuna valenza applicativa propria, poiché, com'è noto, nell'adozione piena l'adottato entra nella famiglia dell'adottante, acquisendo il vincolo di parentela con tutti i suoi membri (art. 27 l. n. 184/1983).

Questa tesi, autorevolmente prospettata in dottrina⁶⁸, non è giunta in Cassazione, ma una sentenza del tribunale per i minorenni di Bologna ne ha fatto applicazione rispetto al solo rapporto di fratellanza⁶⁹. In breve il fatto: una coppia di donne unite da una stabile relazione affettiva, maturato il desiderio di diventare madri, si recava all'estero per sottoporsi alla PMA. In anni diversi, ciascuna di esse generava prole. La prima nascita, all'esito del primo viaggio, è stata di una bimba inserita nello stato di famiglia di entrambe le donne. La seconda nascita da parte dell'altra donna, avvenuta a distanza di qualche anno dalla prima, è stata di una coppia di gemelli. La madre di quest'ultimi chiedeva di adottare la figlia della propria compagna.

Il tribunale bolognese non solo ha accolto la domanda di adozione in casi particolari in conformità all'orientamento consolidato, ma ha anche disposto che la figlia adottata acquisisse il rapporto di parentela con i gemelli.

La soluzione è da condividere. Sul piano del fatto, il dato saliente è l'esistenza di una sola famiglia composta da due madri e tre figli, dove questi ultimi, com'è emerso dalle risultanze processuali, si rivolgono ad entrambe le donne chiamandole mamma e si comportano come fossero fratelli. Vero è che ritenere giuridicamente inesistente il rapporto di parentela tra i figli dell'una e dell'altra donna non avrebbe alcuna ragion d'essere, anzi confliggerebbe con i principi di

⁶⁸ PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di filiazione*, in Pane (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, pp. 63-69.

⁶⁹ Trib. min. Bologna 25 giugno 2020, in *www.ilcaso.it.*, afferma che «per quanto attiene al riconoscimento del legame di parentela rispetto agli ascendenti, il Tribunale per i minorenni non può esprimersi nel merito, in quanto risulta competente nel merito in via esclusiva il Tribunale ordinario».

ragionevolezza, del preminente interesse del minore e con la funzione dell'adozione in casi particolari. Tutto ciò, unitamente al principio dell'unicità dello stato di figlio, supporta adeguatamente la tesi dell'abrogazione tacita del rinvio all'art. 300 c.c.⁷⁰.

È da sottolineare l'utilizzo dei principi nell'impianto argomentativo della pronuncia bolognese, non quale mero orpello, ma in chiave giustificativa dell'abrogazione tacita. Secondo il tribunale, se non si riconoscesse il legame di fratellanza tra i minori, si violerebbe il principio di ragionevolezza, poiché essi «vivrebbero una condizione di fatto familiare in cui avrebbero lo stesso cognome e gli stessi legami affettivi, ma una condizione giuridica che li vedrebbe estranei gli uni agli altri, pur nella comunanza di vita».

Si noti come l'irragionevolezza della non abrogazione tacita non scaturisca dall'arbitrio del giudice, ma si leghi all'interpretazione evolutiva della normativa di riferimento. Così è la ragionevolezza a spingere l'interpretazione, costituendone la ragione di fondo.

Questa stessa funzione è svolta dal principio, anch'esso richiamato dal tribunale, del preminente interesse del minore, il quale impone di non avallare «una distorsione tra realtà fattuale e giuridica», perché altrimenti si pregiudicherebbe l'identità personale dei fratelli (di fatto). Vi sarebbero ricadute negative difficilmente giustificabili anche sul piano successorio e in diversi ambiti sociali – soprattutto sanitario – quanto ai diritti e doveri. Insomma, se non operassero i principi di ragionevolezza e del preminente interesse del minore, la

⁷⁰ Corte Cost., 9 luglio 2015, n. 146, in *Foro it.*, V, 2015, c. 3006, a proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 104, commi 2 e 3, d. lgs. n. 154/2013 – ritenuta non fondata – il quale prevede la retroattività del principio di unicità dello stato di figlio, così da interessare anche le successioni *mortis causa* apertesi prima del 1° gennaio 2013, afferma che la completa parificazione dei figli naturali a quelli nati in costanza di matrimonio costituisce «un valore costituzionale specificamente riconducibile all'art. 30, primo comma, Cost.: un valore coerente anche al bene della “vita familiare”, di cui all'art. 8 Cedu che, nell'interpretazione della Corte EDU impone di tutelare anche la famiglia non fondata sul matrimonio».

soluzione dell'abrogazione tacita sarebbe priva di ragion d'essere e più incerta⁷¹.

Per quanto fin qui rilevato, è condivisibile l'affermazione della Cassazione secondo cui «non vi è nel sistema normativo italiano attuale una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri un legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico»⁷².

8. Procreazione eterologa effettuata all'estero con nascita in Italia: una sentenza discutibile della Cassazione e una pronuncia della Corte costituzionale.

Diritti e principi e fondamentali si affiancano alle regole della PMA e sono decisivi in ordine alla regolamentazione dello stato di figlio. Occorre allora superare l'idea che vi sarebbero due diverse nozioni di ordine pubblico: interno e internazionale. Essa è stata utile per restringere la nozione di ordine pubblico internazionale, ma rischia di essere fuorviante se induce a espungere dall'attività ermeneutica l'interazione delle regole con i diritti e i principi fondamentali⁷³.

L'individuazione della regola del caso concreto attinge necessariamente alle fonti sovraordinate alla legge ordinaria. L'interprete muove dal fatto, circonda uno più testi di legge, risale alle fonti

⁷¹ Ad ogni modo, a prescindere dalla tesi dell'abrogazione tacita, vi è necessità di una riforma dell'adozione in casi particolari, la cui disciplina va adeguata rispetto alla pluralità delle sue funzioni e all'eterogeneità delle famiglie. Si è visto come in talune fattispecie non si giustifichi una parentela limitata all'adottante.

⁷² Cass. civ., ord. n. 8325/2020, cit.

⁷³ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, pp. 183 ss. Cfr. anche ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., pp. 56 ss., che incentra il discorso non tanto sulla distinzione tra un tipo e l'altro di ordine pubblico – che pure è utile (cfr. pp. 60 ss.) – ma soprattutto sulla gerarchia dei valori, sul bilanciamento secondo ragionevolezza e sul margine di apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato nell'attuazione dei diritti previsti dalla Cedu (p. 59).

apicali dove trova diritti e principi e ritorna al testo⁷⁴, fornendone un significato coerente col sistema e idoneo a governare il fatto.

Nella questione insorta da una procreazione eterologa effettuata in Spagna da due donne unite civilmente, la Cassazione si è lasciata influenzare, negativamente, proprio dalla predetta separazione tra ordine pubblico interno e internazionale⁷⁵. La Suprema Corte, negando lo stato di figlio nei confronti della madre non genetica, è giunta a una soluzione che non rispecchia i principi e i diritti coinvolti nella vicenda. Prima di riprendere gli argomenti decisivi della Suprema Corte, è utile richiamare qualche altro elemento del fatto.

Una delle due donne aveva acconsentito sia alla fecondazione dei propri ovuli tramite la donazione di gameti, sia a condurre la gravidanza; l'altra si era assunta la responsabilità della nascita avvenuta in Italia (c.d. genitore intenzionale non genetico). Qui ne è scaturita una controversia. Se i giudici del merito hanno accolto il ricorso delle due donne, ordinando all'ufficiale di stato civile di indicare

⁷⁴ Molti sono gli scritti sull'uso dei principi; scritti che, pur con accenti diversi, condividono l'idea che la complessità del presente si governa con l'uso dei principi e che ciò non costituisca una violazione del principio della tripartizione dei poteri che finirebbe con l'edificare un nuovo Stato. Se ne citano alcuni: PERLINGIERI, *Una lezione agli studenti della «Federico» II. Il «diritto privato» nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., pp. 402 ss., si concentra sui principi e valori identificativi della legalità costituzionale e sulla conseguente necessità dell'interpretazione assiologica; ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss., ragiona sulla costruzione della regola (di fattispecie) attraverso l'uso dei principi (sulla stessa linea sembra porsi D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in D'Amico e Pagliantini (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 10; FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., pp. 812 ss., richiama alcuni articoli del codice di rito (360-bis, 348-bis, 375-bis) che inducono a riconoscere valore normativo agli orientamenti della giurisprudenza «attraverso il rafforzamento della funzione nomofilattica» (p. 829); il che, secondo l'Autore, «impedisce di liquidare l'uso dei principi quale surrettizia rimessione all'arbitrio degli interpreti» (p. 830).

⁷⁵ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

nell'atto di nascita entrambe le ricorrenti quali madri⁷⁶, la Cassazione ha cassato la pronuncia d'Appello, negando lo stato di figlio nei confronti della madre intenzionale.

La sentenza è criticabile in ragione non già semplicemente della dichiarazione di incostituzionalità della procreazione eterologa⁷⁷, ma di più preganti considerazioni che svolgeremo non prima di aver richiamato il dato normativo e l'interpretazione che ne ha offerto la Cassazione.

Ci sono due divieti: quello per le coppie dello stesso sesso di accedere alla PMA (l'art. 5 l. n. 40/2004 ammette solo le coppie «di sesso diverso»); l'altro per le coppie non sterili né infertili di accedere alla procreazione assistita (artt. 1 e 4 l. n. 40/2004). A ciò si aggiunga che: 1) il fondamento preminente (ma non esclusivo) della filiazione è il legame genetico di discendenza, salve le ipotesi previste dalla legge in cui il sostrato dello stato di figlio è l'assunzione della responsabilità (adozione, procreazione eterologa); 2) è madre solo colei che ha partorito (art. 269, comma 3, c.c.) in ossequio a un modello familiare che esige – non in assoluto – un padre e una madre (artt. 29, 30 e 31 Cost.)⁷⁸.

Su tutto ciò ha fatto leva la Cassazione, il cui iter motivazionale è caratterizzato da una premessa: la fattispecie concreta, riguardando un minore nato in Italia da una cittadina italiana e una richiesta di attribuzione della maternità a donna diversa da colei che ha partorito, non comporta un problema di diritto internazionale privato, con la conseguenza di non doversi applicare la nozione di ordine pubblico internazionale.

⁷⁶ Il giudizio trae origine dal rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile di un certo Comune di ricevere la dichiarazione di due donne di riconoscimento del minore quale figlio naturale di entrambe. Il tribunale di Pistoia ordina la rettificazione dell'atto di nascita ai sensi dell'art. 95 del d.P.R. n. 396/2000. Il reclamo proposto dal Pubblico Ministero viene rigettato dalla Corte d'Appello di Firenze.

⁷⁷ Corte Cost., n. 162/2014, cit.

⁷⁸ Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, pp. 2109 ss., con nota di PASCUCCI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?* in *Fam. e dir.*, 2016, pp. 677 ss., con nota di BUGETTI, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell'interesse del minore*.

Più estesamente la Suprema Corte ha affermato: 1) la dichiarazione di illegittimità costituzionale della procreazione eterologa ha lasciato inalterate due coordinate di fondo della legge 40/2004. La prima è «costituita dalla configurazione delle tecniche [di PMA] come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimuovibile»; la seconda è data «dall'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione *riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre di un padre*», sotteso agli artt. 29, 30 e 31 Cost. Queste due coordinate - ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 221/2019⁷⁹ richiamata dalla Cassazione *de qua* - sarebbero in linea con la Costituzione, la quale presuppone la diversità di sesso dei genitori e non impone, attraverso il parametro del diritto alla salute, di soddisfare qualsiasi aspirazione soggettiva (come diventare genitore) o bisogno che una coppia reputi essenziale; 2) posto che «l'intera disciplina del rapporto di filiazione, così come delineato dal codice civile, rimane tuttora saldamente ancorata alla necessità di un rapporto giuridico tra il nato e i genitori» (biologici)⁸⁰, non è possibile legare lo stato di figlio al mero dato volontaristico al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge come la PMA eterologa cui abbia avuto accesso la coppia eterosessuale sterile; 3) il fatto che sia stata ammessa l'adozione in casi particolari a favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico «non implica affatto lo sganciamento della filiazione» da tale ultimo dato, difatti la legge n. 76/2016 non ha richiamato la disciplina della

⁷⁹ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 1460 ss., con nota di RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement"*, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5 e 12 commi 2, 9 e 10 della l. n. 40/2004 nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole «coppie ... di sesso diverso» e prevedono una sanzione amministrativa a carico di chiunque applichi tali tecniche a coppie «che siano composte da soggetti dello stesso sesso».

⁸⁰ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029, cit., § 5.3.

PMA⁸¹; 4) non vi è alcuna discriminazione della coppia omosessuale, come ha riconosciuto anche la Corte EDU⁸², nel riservare alla coppia eterosessuale sterile l'accesso alla PMA, la cui finalità può ben essere limitata, per volontà della legge, al superamento della sterilità/infertilità.

Su due profili si deve concordare con la Suprema Corte: è espressione della discrezionalità politica del legislatore disciplinare la PMA in modo da conservare e promuovere la struttura familiare composta da due genitori di sesso diverso. La Costituzione non impone alla politica di consentire alle coppie dello stesso sesso l'accesso alla procreazione assistita (né all'adozione). E ciò non costituisce una discriminazione di tale coppia rispetto quella eterosessuale.

Di recente la Corte costituzionale ha sostanzialmente concordato con quest'impostazione, ritenendo inammissibile la questione di legittimità sottoposta⁸³. Essa ha affermato che la previsione del diritto di due donne, unite da un rapporto di coppia, di diventare entrambe genitori (che non è presente nell'ordinamento) non è costituzionalmente imposta, «soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano». Tuttavia, ciò non implica – a mio avviso – che la sentenza della Cassazione appena illustrata sia da condividere. La questione di legittimità costituzionale è stata correttamente rigettata dalla Corte, perché muoveva dall'esistenza di un supposto diritto di procreare in capo alle coppie dello stesso sesso che, effettivamente,

⁸¹ Cass. civ., 22 aprile 2020, n. 8029, cit., § 5.3. Quasi tutti gli argomenti sintetizzati nel testo erano già stati adottati in un caso analogo di PMA eterologa effettuata all'estero con nascita in Italia da Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Banca dati One-legale*.

⁸² Corte eur. dir. uomo, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, ric. n. 25951/07 e Corte eur. dir. uomo, 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00, entrambe in *www.echr.coe.int*.

⁸³ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, cit., dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 20, l. n. 76/2016 (Regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, comma 2, d.P.R. n. 396/2000 (ordinamento dello stato civile), i quali, in ragione di quanto rispettivamente prescritto, precludono a due donne in unione civile la possibilità di essere indicate entrambe quali genitori nell'atto di nascita, sebbene esse abbiano fatto ricorso all'estero alla PMA.

non è desumibile dalla Costituzione. Questo è un diritto che, se del caso, potrà essere introdotto dal legislatore ordinario⁸⁴.

Ma il punto è un altro: il fatto che la coppia omosessuale non sia titolare del diritto di procreare né debba esserlo in base alla Costituzione non implica affatto, quale logica conseguenza, che non si possa riconoscere lo stato di figlio rispetto a chi sia nato in violazione delle regole della PMA da un progetto di genitorialità condiviso tra due persone dello stesso sesso. Il piano giuridico è diverso, autonomo e dominato dal principio del preminente interesse del minore, tenuto in grande considerazione proprio dalla legge 40/2004.

Da quest'ultimo punto di vista vi sono due profili della predetta sentenza della Cassazione che si espongono a critica: aver isolato gli artt. 4 e 5 della legge n. 40/2004 dagli artt. 8 e 9 della medesima legge e aver estremizzato il dato del fondamento genetico della filiazione. Su entrambi occorre soffermarsi.

9. (Segue) Diversità di sistemi della filiazione e unitarietà dell'ordine pubblico.

L'impianto argomentativo appena sintetizzato è degno della massima considerazione, ma finisce per porre in secondo piano il principio del preminente interesse del minore e i diritti fondamentali di quest'ultimo. Affermare che il minore, in quanto inserito nella famiglia delle due donne, è comunque tutelato anche se non gli si riconosca lo stato di figlio nei confronti della madre intenzionale è semplicistico.

Piuttosto chiediamoci quale sia l'interesse costituzionale contrapposto a quello del minore a conservare la propria struttura familiare con due madri. Sembrerebbe non esservi, quanto meno di pari rango

⁸⁴ Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 230, cit., afferma che se, da un lato, il riconoscimento della omogenitorialità all'interno di un rapporto di coppia tra due donne non è imposto dagli artt. 3 (principio di uguaglianza), 2 (diritti inviolabili), 30 (diritti e doveri dei genitori) Cost., dall'altro, «vero è anche che tali parametri neppure sono chiusi a soluzioni di segno diverso, in base alle valutazioni che il legislatore potrà dare alla fenomenologia considerata, non potendosi escludere la capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

e tale da giustificare la soluzione negativa sullo stato di figlio⁸⁵. Il fatto che la filiazione intenzionale debba transitare dall'adozione o dalla procreazione eterologa nel rispetto dei requisiti soggettivi di cui all'art. 5 l. n. 40/2004 non è sufficiente a escludere lo stato di figlio nei confronti del genitore non genetico. È stato giustamente osservato in dottrina che «la condizione generale del minore va valutata nella sua globalità»⁸⁶.

L'interprete deve inverare il principio del preminente interesse del minore desumibile dalla stessa legge n. 40/2004. L'art. 8 prevede un riconoscimento automatico, derogando così alle regole di cui agli artt. 250, comma 1, e 254 c.c. L'art. 9 stabilisce, a valle dell'eterologa, i divieti di agire con l'azione di disconoscimento della paternità (comma 1) o, per la donna, di non essere nominata nell'atto di nascita (comma 2). Si obietterà la non pertinenza di questi riferimenti normativi, perché essi postulano un accesso legittimo alla PMA, ciò che è mancato nel caso della coppia di donne recatesi in Spagna.

Invero questa lettura è ingiustificatamente riduttiva, potendosi replicare richiamando quell'orientamento giurisprudenziale, già sopra ricordato, secondo cui le conseguenze del comportamento illegittimo dei genitori non devono ricadere sui figli. Il che si desume anche dagli artt. 6, 8 e 9 della legge n. 40/2004⁸⁷.

Il sistema ordinamentale della filiazione è dunque elastico e variegato nelle discipline. Se si applicassero *sic et simpliciter* le regole della procreazione naturale a quella da PMA ne risentirebbe l'effettività del principio del preminente interesse del minore. Non a caso,

⁸⁵ BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 150, sottolinea la necessità di trovare la ragione del diritto.

⁸⁶ STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, cit., p. 678, richiama quali criteri di tale valutazione l'identità personale, le origini biologiche, la relazionalità «come rapporti significativi instaurati di fatto tra il minore e le figure di riferimento, in proiezione anche verso il futuro, [considerando anche i] danni gravi e irreparabili che procura un allontanamento». In tal modo la soluzione potrà essere diversa, privilegiando ora il legame di fatto, ora la verità biologica, senza perciò cedere al «relativismo ermeneutico» (p. 679), ma traendo da regole, principi e fonti diverse l'ordinamento del caso concreto.

⁸⁷ Corte App. Napoli, Sez. minori, 4 luglio 2018, § 6, cit.

proprio sotto il profilo dell'effettività, la Corte costituzionale ha sottolineato «l'immanenza dell'interesse [del minore, *ndr*] nelle azioni volte alla rimozione dello *status filiationis*»⁸⁸. Di conseguenza – e qui si apprezza nuovamente l'apporto del principio – a fronte dell'impugnazione ai sensi dell'art. 263 c.c. del riconoscimento per difetto veridicità in ordine alla maternità, il giudice baserà la propria decisione non semplicemente sulla mancanza del legame genetico con la madre, ma sull'interesse concreto del minore all'eliminazione o alla conservazione dello stato di figlio⁸⁹. Può darsi, infatti, che il tempo trascorso dalla costituzione dello *status*, essendosi consolidato il legame genitoriale, renda irragionevole l'affermazione della verità biologica; tanto più in un ordinamento in cui «il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta da affermarsi comunque»⁹⁰.

Se il quadro di riferimento è connotato dal principio del preminente interesse del minore, dalla relatività del *favor veritatis*, dal diritto all'identità personale del minore e dal diritto di quest'ultimo al rispetto della vita familiare, non è produttivo distinguere tra ordine pubblico interno e internazionale. Piuttosto occorre ricostruire, collegando regole e principi, l'ordine pubblico del caso concreto, valorizzando le logiche proprie del tipo di genitorialità che viene in rilievo: se da procreazione naturale, da adozione legale o da PMA. Il principio aiuta a individuare la soluzione più conforme a un fatto, la cui giuridicità dipende da una valutazione che tiene conto delle linee

⁸⁸ Corte Cost., n. 272/2017, cit.

⁸⁹ Nel caso sotteso alla sentenza della Corte cost. n. 272/2017, cit., il curatore speciale contestava, ai sensi dell'art. 263 c.c., la mancanza del legame genetico rispetto alla madre. L'assunto si basava sul fatto che, a seguito di indagini effettuate dalla Procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, vi era stata una surroga biologica di maternità all'estero, effettuata grazie a una ovodonazione. Solo il convivente di fatto della donna committente era, pertanto, legato biologicamente al nato.

⁹⁰ Cass. civ., n. 8617/2017, cit.

evolutive dell'ordinamento e del principio stesso⁹¹, il quale orienta in modo *infra-sistemico* la legalità⁹².

Secondo quest'impostazione, rispetto alla posizione giuridica del nato, il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla procreazione eterologa, la finalità terapeutica di quest'ultima e il dovere dello Stato di contrastare l'aggiramento di tale divieto (e non solo) appaiono recessivi.

Si deve pertanto concludere che, nel caso in parola delle due madri, la soluzione della Cassazione di negare la genitorialità non genetica, da un lato, può contrastare con l'interesse del minore, interesse non sempre invero dal principio della genitorialità naturale, dall'altro, appare irragionevole poiché quella famiglia rimarrebbe comunque strutturata con due madri percepite come tali dal minore.

10. *Fecondazione post mortem all'estero e nascita in Italia.*

⁹¹ IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. proc. dir. civ.*, 2014, pp. 42-43 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987, constata come l'evento venga commisurato non già a una fattispecie ma al valore. Il che - ritengo - non deve essere guardato con sfavore; l'aggancio al valore esalta le potenzialità dell'ordinamento e rafforza le radici della decisione e della nostra Repubblica.

⁹² GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 26-27, attribuisce ai principi, anch'essi oggetto di evoluzione/interpretazione, una indispensabile funzione propulsiva e di accrescimento della giuridicità. Egli afferma che «il ceto giurisprudenziale [...] riacquista una voce determinante, disegnando quei principii che maggiormente si prestano a ordinare il movimento/mutamento del nostro tempo giuridico. E poiché usi e principii vanno interpretati (a differenza delle leggi che pretendono di essere obbedite), non si può oggi negare agli interpreti (sapienti, giudici, notai) un coinvolgimento nella dinamica produttiva del diritto». Ancora Grossi, nel discorrere in questo volume del più recente passaggio dall'utilizzo delle clausole generali alla «primazia dei principii», rileva come ciò sia avvenuto anche in ragione dell'inadeguatezza della legge a fronteggiare «una dinamica socio-economica troppo rapida [...]». Se i principii soffrono di generalità e di indeterminatezza, [essi] garantiscono quel grado elevato di elasticità di cui la dimensione giuridica ha bisogno» (p. 70). Particolarmente interessante è la sottolineatura dell'Autore a proposito dell'elasticità (propria dei principii) dell'ordinamento quale indispensabile condizione ordinante dei fatti (p. 71). Per un approfondimento in diverse direzioni applicative cfr. AA.VV., *Principii e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017.

In un'altra fattispecie, nota come fecondazione *post-mortem*, vietata in Italia dagli artt. 5 e 12, comma 2, l. n. 40/2004, la Cassazione ha ragionato, invece, correttamente⁹³. Essa ha rilevato come il singolo divieto legislativo, per ciò solo, non possa prevalere sulla tutela dei diritti di chi è già nato, nella misura in cui se ne pregiudichi il preminente interesse. Si è reso ancora una volta necessario ricostruire la regola del caso concreto a partire dall'individuazione della *policy* connotane lo stato di figlio nato da PMA.

È utile indicare i tratti essenziali del fatto.

A seguito della morte del marito, il quale aveva acconsentito di utilizzare il proprio seme crioconservato dopo tale evento, la vedova si recava in Spagna per effettuare la PMA nel tipo della fecondazione omologa *post mortem*. L'intervento riusciva e la bambina nasceva in Italia. L'ufficiale dello stato civile, richiesto di indicare nell'atto di nascita la paternità del defunto, si rifiutava, ravvisando una contrarietà all'ordinamento interno: aggiramento della regola dell'accesso alla PMA da parte di coppie di maggiorenni *entrambi viventi* e nascita oltre trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio (art. 232 c.c.).

La madre agiva in giudizio ai sensi degli artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000 (ordinamento dello stato civile) con l'azione di rettificazione dello stato civile, al fine di ottenere il riconoscimento della paternità del marito defunto con conseguente attribuzione del cognome di quest'ultimo.

I giudici di merito respingevano la domanda essenzialmente per le due predette ragioni, con la sottolineatura che il divieto di fecondazione *post mortem* è volto impedire la formazione di famiglie con un solo genitore⁹⁴.

⁹³ Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1282 ss., con nota di FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*; in *Corr. giur.*, 2020, pp. 748 ss., con nota di LOCATELLO, *L'attribuzione dello status filiationis al nato da fecondazione omologa eseguita post mortem*; in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 27 ss., con nota di GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*.

⁹⁴ Per procreazione deve intendersi la formazione dell'embrione, stante il disposto dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004, che indica quale limite alla revocabilità del consenso alla PMA la fecondazione dell'ovulo. Con questa regola si è inteso

Investita del ricorso da parte della madre, la Cassazione si è posta una domanda che evoca quella contemporaneità del civilista, così preziosa per una comprensione critica del proprio tempo, essenziale per avvicinare la legge alla società⁹⁵, il diritto al fatto. Esattamente: «se i divieti di genitorialità, pure evincibili dal nostro ordinamento [qual è quello di diventare genitore attraverso la fecondazione *post mortem*, n.d.r.], possano fungere da “controlimite” alla tutela dei diritti di chi è già nato, oppure se occorra *superare i confini della tradizione* ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa». È, questo, un ottimo interrogativo che valorizza due aspetti: da un lato l’attenzione all’effettività dei diritti fondamentali e al loro rapporto con le disposizioni che apparentemente li avversano; dall’altro, la disponibilità a valutare, attraverso l’ermeneutica, nuove strade aperte dalla tecnica e non collimanti con quegli schemi appartenenti alla tradizione e al “mondo naturale”.

La regolazione evocata dalla Cassazione spetta – lo sostengono in molti⁹⁶ – non solo al legislatore ma anche al giudice, il quale, posto di fronte al caso concreto, ne individua la regola in mancanza di una disposizione specifica. È ciò che accade proprio nella fecondazione omologa *post mortem* effettuata all’estero, la quale pone due nodi da sciogliere: 1) se ad essa sia applicabile la disciplina della filiazione naturale, in particolare l’art. 232 c.c.; 2) se si possa desumere dalla legge n. 40/2004 un principio guida sul trattamento dello stato di figlio rispetto a una tecnica procreativa realizzata in violazione di legge.

bilanciare l’autodeterminazione su un aspetto fondamentale della vita – la scelta di procreare – con la salvaguardia della dignità dell’embrione. Anche se la donna non può essere costretta a iniziare la gravidanza rispetto all’embrione già formato, l’uomo deve considerato padre anche se egli si sia opposto all’impianto dell’embrione formato con il suo consenso.

⁹⁵ BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, pp. 21 ss. Lo scritto è stato già pubblicato nel volume *Scienze e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, pp. 1229 ss.

⁹⁶ Sicuramente Benedetti, Grossi, P. Perlingieri e Vettori in diversi scritti qui citati e altri Autori. Si aggiunga il nome di un insigne storico delle Costituzioni moderne FIORAVANTI, *Art. 2 Costituzione italiana*, Roma, 2017, p. 107.

Sul primo punto è agevole cogliere come la finalità perseguita dagli artt. 232 e 234 c.c., ossia di garantire la certezza della paternità biologica, non si pone nella fecondazione omologa *post-mortem*. Se nella procreazione naturale si dubita della paternità qualora la nascita avvenga dopo 300 giorni da certi accadimenti, in quella medicalmente assistita i legami biologici si conoscono con certezza. Rispetto a quest'ultima gli artt. 232 e 234 c.c. sono incongrui, essendo il fattore temporale un indice inutile per stabilire la presenza o meno del legame genetico. Il quale risulta dalla documentazione medica che attesta il consenso al trattamento.

L'attenzione si sposta allora sul secondo punto sopra segnalato che coinvolge alcune disposizioni della legge n. 40/2004, dalle quali si trae, come si vedrà nel paragrafo successivo, che l'insieme delle regole sullo stato di figlio da PMA è alternativo e speciale rispetto a quello sullo stato di figlio da procreazione naturale.

11. *(Segue) La questione dello stato di figlio nei confronti del genitore deceduto prima dell'utilizzo del seme.*

Tutti i tipi di PMA si fondano sull'impegno ad assumere i doveri genitoriali attraverso il consenso alla tecnica procreativa (art. 6 l. n. 40/2004). Una scelta, questa, irrinunciabile a fronte della nascita, come si evince dall'art. 9 («Divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre») e dall'art. 8 l. n. 40/2004 ai sensi del quale «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita *hanno lo stato di figli nati nel matrimonio* o di *figli riconosciuti della coppia* che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6». Ma a quali tecniche si riferisce questa disposizione?

Il richiamo sembra essere rivolto solo a quelle ammesse dall'ordinamento. In verità non è così se si considera che l'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004, nella versione precedente alla pronuncia di incostituzionalità del divieto di procreazione eterologa, teneva fermo lo stato di figlio nato in violazione del divieto. Ciò a dimostrazione della preminenza della protezione del minore sulla finalità legislativa di contenere le tecniche procreative a tutela di determinati interessi. Nello

stesso senso, più incisivamente, si pone il comma 2 dello stesso articolo nella parte in cui riferisce il divieto di anonimato della madre a tutte le tecniche di PMA.

Queste indicazioni sono utili per interpretare l'art. 8 l. n. 40/2004 nel senso di riferire l'effetto legale sullo stato di figlio da esso previsto a tutte le fattispecie di PMA, legittime e illegittime. Il che, peraltro, sembrerebbe confermato dal mancato richiamo nel testo dello stesso art. 8 degli artt. 4 e 5 della l. n. 40/2004 che regolano, rispettivamente, i requisiti oggettivi e soggettivi di accesso⁹⁷. Tale normativa oltretutto - lo afferma la Cassazione - deve essere interpretata «in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità»⁹⁸. E allora, tornando alla nostra questione, si profila il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore defunto, anche tenendo conto di quanto segue.

Nella fecondazione *post mortem* il consenso a tale pratica si carica di un'intenzionalità e di un rilievo valoriale maggiori, essendo prestato durante il matrimonio e in previsione del decesso. Separare dal matrimonio una filiazione nata da un'intensa comunione spirituale tra i coniugi, oltre a contrastare con il fondamento volontaristico (irretrattabile) della filiazione da PMA, appare contrario al principio di ragionevolezza. Negare la paternità non tutela alcun in-

⁹⁷ In questo senso Cass. civ., n. 13000/2019, cit., secondo la quale il fatto che l'art. 8 l. n. 40/2004 non abbia richiamato gli artt. 4 e 5 l. n. 40/2004 «dimostra una sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello *status filiationis*, rispetto all'interesse, pure perseguito dal legislatore, di regolare rigidamente l'accesso a tale diversa modalità procreativa». Così nel terzo principio di diritto della sentenza si pone in rilievo come l'art. 8 l. n. 40/2004 sia riferibile anche alla fecondazione omologa *post mortem*. Ne consegue che il nato avrà lo stato di figlio della coppia di coniugi che ha avuto accesso alla PMA in Italia con fecondazione effettuata in un altro Stato, purché il marito abbia autorizzato la moglie a utilizzare i propri gameti dopo la morte (principio, questo, da estendere anche i conviventi di fatto in quanto legittimati ad accedere alla PMA ai sensi dell'art. 5 l. n. 40/2004).

⁹⁸ Cass. civ., n. 13000/2019, cit., § 7.8.9.

teresse sovraordinato a quello del nato ad avere certezza della provenienza biologica; elemento, questo, connotante il diritto all'identità personale⁹⁹.

Emerge la specialità dell'insieme delle regole della PMA rispetto a quelle della procreazione naturale, ciò che induce a escludere l'applicabilità al nostro caso dell'art. 232 c.c.

Che ne è allora del divieto di accesso alla PMA per la persona sola di cui all'art. 5 l. n. 40/2004? La disposizione si riferisce senz'altro alla richiesta iniziale di accesso, la quale può provenire solo da una coppia i cui membri siano viventi. Diverso è il caso che ci interessa in cui uno dei due muoia durante il procedimento di procreazione assistita; qui l'accesso c'è già stato. Ciononostante, ai sensi dell'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004, verrà comunque punito chi in Italia applica la PMA «a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi», senza che la disposizione distingua – ciò che sembra censurabile¹⁰⁰ – se vi sia stato o meno il consenso da parte del defunto alla fecondazione *post mortem*.

⁹⁹ La rilevanza del diritto di conoscere le proprie origini biologiche emerge dalla giurisprudenza che ha bilanciato il diritto al parto anonimo [(a tutela della gestante anche dopo il parto), non più assoluto] con il diritto del nato di conoscere le proprie origini. Cfr.: Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1484 ss., con nota di STANZIONE, *Il diritto di conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; in *Fam. dir.*, 2017, 1, pp. 15 ss., con nota di ANDREAOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; Cass. Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 618 ss., con nota di BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni unite*. Entrambe le pronunce attengono all'interpello della madre biologica anonima; la seconda contiene precisazioni sull'efficacia della pronuncia della Corte cost. e sul procedimento di interpello. Cfr. anche Cass. civ., 20 marzo 2018, n. 6963, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1223 ss., con nota di LONG, *L'adottato adulto ha diritto di conoscere l'identità dei fratelli biologici, se essi vi consentono*, sul diritto di indirizzare l'interpello anche nei confronti dei fratelli/sorelle biologici adottati da un'altra coppia e sul diritto di questi ultimi di rigettare la richiesta a tutela dell'interesse a «non voler mutare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza d'informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita».

¹⁰⁰ Il legislatore ha preferito garantire la presenza di due genitori piuttosto che favorire la nascita nel caso in cui l'uomo muoia durante la PMA senza che sia stato formato l'embrione e avendo crioconservato i propri gameti. Il che, da un lato, mortifica la scelta di alto valore morale compiuta dalla coppia di avere un figlio

Ad ogni modo quest'ultima constatazione non è decisiva, dovendosi distinguere il piano dello stato di figlio da quello della sanzione, che comunque colpisce il medico che ha operato in Italia e non l'uomo e la donna secondo il disposto dell'art. 12, comma 8, l. n. 40/2004).

Il mancato riconoscimento della filiazione si tradurrebbe in un irrimediabile pregiudizio della sfera giuridica del nato, senza che, rispetto a quest'ultima, vi sia una ragione prevalente o un diritto da tutelare. Un diritto che, come ha esattamente rilevato la Cassazione¹⁰¹, non può essere quello del nascituro ad avere due genitori, che pure costituisce il fondamento del divieto della fecondazione *post-mortem*. La questione dello stato di figlio nel caso in parola riguarda il nato non il nascituro.

Sarebbe sbagliato, a prescindere dal caso *de quo*, sovrapporre la fattispecie vietata dalla legge¹⁰² con la problematica dello *status*. Ne

nonostante la morte di uno dei componenti (art. 2 Cost.), dall'altro, nega la possibilità di vita (che pure è un valore) a fronte della tutela del diritto del nato di avere due genitori. *De jure condendo* sembra ragionevole quantomeno distinguere il caso *de quo* (morte di un coniuge o convivente durante la PMA) da quello della donna sola, non coniugata né convivente di fatto cui la legge preclude, per ragioni accettabili, di accedere alla PMA (art. 5 l. n. 40/2004).

¹⁰¹ Cass. civ., 15 maggio 2019, n. 13000, cit., pur consapevole che il divieto di fecondazione *post mortem* protegge maggiormente l'infanzia rispetto al diritto alla genitorialità – diritto comunque non assoluto – aggiunge due considerazioni. La prima: l'affermazione secondo cui «nascere e crescere con un solo genitore integr[a] una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita». Ed effettivamente, nel caso di specie, la vedova ha scelto la vita, recandosi in un altro paese per utilizzare il seme del marito. La seconda: decisivo è «l'interesse del nato [...] ad acquisire rapidamente la certezza della propria discendenza bi-genitoriale, elemento di primaria rilevanza nella costruzione della propria identità».

¹⁰² L'ampiezza dell'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004 – è punito chiunque applica la PMA «a coppie i cui componenti non siano *entrambi viventi*» – comprende letteralmente anche il caso in cui l'uomo muoia dopo l'accesso alla PMA e dopo aver acconsentito espressamente all'utilizzo del proprio seme successivamente a tale evento. In tal caso se i medici applicassero la fecondazione *post mortem* verrebbero sanzionati. Ci si può chiedere se il legislatore, con questa disposizione e limitatamente al caso *de quo*, abbia esercitato legittimamente il proprio potere discrezionale o se si affaccino dubbi di costituzionalità. Non è agevole rispondere.

è consapevole la Cassazione quando afferma che le conclusioni sulla legittimità/illegittimità di una certa pratica di PMA¹⁰³ «devono necessariamente arrestarsi di fronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita, non ci si può sottrarre all'individuazione della disciplina da applicarsi in materia di filiazione»¹⁰⁴. Soprattutto perché «l'ordinamento non può disinteressarsi dei correlativi diritti del soggetto» nato a seguito di una pratica legittima in un altro paese¹⁰⁵.

Secondo quest'approccio proteso a confrontare regole con diritti e principi, la Cassazione giustifica lo stato di figlio matrimoniale da fecondazione *post mortem* in forza dei seguenti argomenti: 1) l'esistenza del legame genetico con il defunto, il quale aveva acconsentito espressamente all'utilizzo dei propri gameti dopo la morte; 2) il diritto del nato di vedere riconosciute le proprie origini quale profilo essenziale dell'identità; 3) la linea di *policy* della legge n. 40/2004 di prediligere la tutela del nato rispetto ai divieti legislativi (artt. 8 e 9) che presidiano interessi di rango inferiore rispetto alla posizione del nato; 4) il principio del preminente interesse del minore e il principio di ragionevolezza¹⁰⁶.

Da un lato sembra che un divieto di fecondazione *post mortem* così ampio confligga con il diritto di procreare, legittimamente esercitato dai componenti di una coppia che, ai sensi dell'art. 5 l. n.40/2004, hanno avuto accesso alla PMA senza poterne completare il percorso; dall'altro, verrebbe violato il principio di ragionevolezza e (anche) di proporzionalità, poiché il legislatore favorisce la non vita piuttosto che una nascita programmata e interrotta dalla morte sopravvenuta di uno dei (futuri) genitori. Vietare l'utilizzo del seme crioconservato frustra un progetto di vita, disattendendo la volontà di chi è mancato, senza tutelare una posizione giuridica di pari rango che non pare potersi ravvisare nell'astratta preferenza per la crescita in una famiglia composta da due genitori viventi. Semmai il diritto di avere due genitori rileva come si diceva, nei confronti della persona sola che chieda accesso alla PMA.

¹⁰³ La fecondazione effettuata *post-mortem* può avere alla base tre situazioni diverse: 1) prelievo del seme dal cadavere, previo consenso espresso in vita; 2) inseminazione effettuata con il seme crioconservato del marito/convivente di fatto dopo il decesso di quest'ultimo (caso sotteso a Cass. n. 13000/2019, cit.); 3) richiesta di impianto dell'embrione formato quando il marito/convivente era ancora in vita.

¹⁰⁴ Cass. civ. n. 13000/2019, cit., § 7.8.3.2.

¹⁰⁵ Cass. civ. n. 13000/2019, cit.

¹⁰⁶ La sentenza della Cassazione in esame fa un uso corretto dei principi di ragionevolezza e del preminente interesse del minore; un uso essenziale al fine di

L'apparato argomentativo è solido e ad esso si aggiunge un chiarimento della Suprema Corte sul procedimento *ex artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000* di rettificazione degli atti dello stato civile. Il giudice non è chiamato a decidere su una controversia in materia di *status filiationis*, né gli compete stabilire se gli eventi comunicati dal dichiarante siano compatibili con l'ordinamento italiano; gli si chiede piuttosto di verificare la corrispondenza tra la realtà del fatto come dichiarata all'ufficiale dello stato civile e la sua riproduzione nell'atto di nascita¹⁰⁷. La domanda giudiziale origina dalla discrasia tra questi due momenti.

trovare quella regola che si attaglia alla singola vicenda umana. Perciò dell'uso dei principi da parte del giudice è preferibile sottolineare il guadagno che essi apportano in termini di maggiore armonia tra fatto e diritto, piuttosto che il rischio elevato di soggettivismo del giudice. Il quale, nell'applicare i principi, attua comunque una «discrezionalità interpretativa», non potendosi spingere fino al punto di creare una regola attingendo dalla sua coscienza. Chiarificatrici sono sul punto le parole di GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 77, «Nulla di creativo, ma sempre un'attività *inventiva* che, questa volta [cioè quando si applicano i principi], attinge direttamente agli strati più risposti di una civiltà giuridica dove allignano i valori». L'applicazione dei principi – afferma VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, cit., p. 48 – è soggetta al rigore dell'argomentazione, la quale si “nutre” di tecniche e di strumenti interpretativi nuovi originati dal sistema italo-europeo delle fonti (dall'interpretazione costituzionalmente orientata, alle tecniche di diritto dell'Unione europea).

¹⁰⁷ Il primo dei tre principi di diritto posti da Cass., n. 13000/2019, cit., è il seguente: «Le dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile, se dirette, esclusivamente, a dare pubblica notizia di eventi, quali la nascita o la morte, rilevanti per l'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati, impongono al menzionato ufficiale di riceverle e formare nei suoi registri processo verbale per atto pubblico, *senza che gli spetti di stabilire la compatibilità, o meno, di detti eventi con l'ordinamento italiano e se, per questo, abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e doveri*. Diversamente, qualora, tali dichiarazioni siano, di per se stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo status della persona cui si riferiscono, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverle ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico» (corsivo mio). Non mi sembra così netta questa distinzione quando si dichiara che la nascita è avvenuta in conseguenza della fecondazione *post mortem*. Ad ogni modo, la sentenza continua affermando che, in caso di contenzioso ai sensi degli artt. 95 ss. d.P.R. n. 396/2000 – secondo principio di diritto – il Giudice, nel verificare se si vi sia corrispondenza o meno tra realtà di fatto e quanto formalizzato nell'atto di stato civile «dispone di una cognizione piena, potendo attivare tutte le risorse istruttorie fornitegli dalle parti».

Nel caso di specie, l'ufficiale dello stato civile, stante la completezza della documentazione prodotta, avrebbe dovuto recepire le indicazioni della madre riportate in atto a sostegno della doppia genitorialità, materna e paterna.

Un ultimo punto. Sotto il profilo della successione *mortis causa*, dovrebbe ammettersi la successione del figlio al padre, sebbene al momento dell'apertura della successione di quest'ultimo non vi fosse delazione nei suoi confronti. Salvo a voler ritenere che, stante la nascita differita dall'uso della tecnica procreativa, non si ricorra alla *fictio iuris* di far risalire la filiazione al momento del consenso alla fecondazione *post mortem* e non della nascita.

In prospettiva *de jure condendo*, una disposizione che ammetta la fecondazione *post mortem* (auspicabile nel caso qui trattato), dovrebbe prevedere un termine massimo – ad esempio 2 anni – entro cui poter utilizzare il seme del coniuge/convivente defunto. Ciò al fine di delimitare l'arco temporale in cui far operare l'impedimento alla divisione sul modello dell'art. 715 c.c. dato dalla istituzione di erede di un nascituro non concepito.

12. Considerazioni d'insieme: complessità della filiazione e famiglia che cambia.

Il tema affrontato invita a formulare qualche riflessione conclusiva da introdurre con una domanda: nel diritto della filiazione (e della famiglia) vi sono acquisizioni nuove fondate su regole e principi che superano definitivamente talune ristrettezze concettuali, lasciando intravedere futuri sviluppi?

È una domanda che evoca quella dialettica tra verità e relativismo senza direzione («decostruttivismo»)¹⁰⁸ o tra postmodernità e neo-modernità¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, cit., pp. 29 ss., dà conto di questa contrapposizione che si declina in diverse impostazioni (pp. 32-33).

¹⁰⁹ Dal punto di vista filosofico cfr. MORDACCI, *La condizione neomoderna*, Torino, 2017, pp. 72 ss. Sulla fine della stagione postmoderna cfr. anche ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 1 ss. e MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 3, pp.845 ss.

Credo che vi sia spazio per alcune verità destinate ad ampliarsi; magari verità «minuscole»¹¹⁰, non definitive, eppure da valorizzare perché frutto di un'evoluzione socio-culturale europea, còlta e tradotta in regole soprattutto dalla giurisprudenza. La quale, nel momento applicativo, reinterpreta testi, concetti e categorie per giungere a un risultato di giustizia adeguato agli interessi in gioco¹¹¹. Quali sono queste verità?

Rivolgiamo uno sguardo d'insieme alle pronunce giudiziali in cui si trovano affermazioni e sottolineature come quelle che seguono: l'esistenza o meno della vita familiare (art. 8 Cedu) «è essenzialmente una “questione di fatto”, che dipende dalla sussistenza di legami personali stretti tra i soggetti che appartengono a un certo nucleo familiare»¹¹²; «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» (art. 30, comma 4, Cost.)¹¹³; rilevano le «relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio (non biologico) sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita»¹¹⁴; *l'interesse del minore è «immanente nelle azioni di stato volte alla rimozione dello status filiationis»*¹¹⁵ (diritto del figlio alla stabilità dello status acquisito); «sul piano assiologico, l'interesse del minore presenta un rilievo costituzionale

¹¹⁰ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 33.

¹¹¹ LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1444, valorizza il principio di ragionevolezza nella ricostruzione delle norme giuridiche al fine di pervenire ad un «risultato di giustizia»; ragionevolezza quale fondamento della positività e non viceversa. Diversa è la posizione di ZACCARIA, *op. cit.*, p. 5, il quale ritiene che, applicando i principi «i giudici postmoderni si stiano rendendo sempre più autonomi rispetto alla legge, e tendano ad incrementare il loro potere».

¹¹² Cfr. tra le tante: Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74; Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 1994, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 18535/91; Corte eur. dir. uomo (Grande Camera), 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 2538/12, tutte in www.echr.coe.int. Cfr. anche Corte Giust. UE, 31 maggio 2018, *Valcheva c. Barbanarakis* C-335/17, in www.curia.europa.eu e Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in *Foro it.*, V, 2018, c. 3551 ss., sulla rilevanza del rapporto con l'ascendente di fatto (nonna non biologica).

¹¹³ Corte cost., n. 272/2017, cit., § 4.1.6.

¹¹⁴ Cass. civ., n. 12962/2016 cit., § 4.2.2.

¹¹⁵ Corte cost., n. 272/2017, cit.

primario e, quindi, sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria»¹¹⁶; l'art. 31, comma 2, Cost. non tutela esclusivamente la maternità che si manifesta con il parto, posto che il principio *mater semper certa est* è stato intaccato dall'evoluzione scientifico-tecnologica¹¹⁷. Deve ammettersi allora che l'art. 269, comma 3, c.c. «non introduce un principio di ordine pubblico, alla luce del preminente interesse del minore e considerando che [esso] attiene piuttosto alla prova della filiazione»¹¹⁸; «la valutazione dell'ordine pubblico deve effettuarsi tenendo conto del preminente interesse del minore»¹¹⁹ (art. 23 Reg. C.E. n. 2201/2003).

Rispetto a tutto questo, pongo in rilievo due aspetti.

Il primo. Si tratta di affermazioni scaturenti dall'evoluzione italo-europea del diritto; ed è questa prospettiva diacronica che costituisce l'antidoto più efficace contro l'esaltazione del fatto e lo scambio dell'essere col dover essere. È l'interesse preminente del minore il perno della valutazione giudiziale; un interesse che riceve spessore e concretezza se posto in sinergia con i diritti fondamentali dello stesso. Se ne richiamano due.

Il diritto alla conservazione della relazione e dello stato di figlio con i genitori; con quelli genetici ma anche con chi si sia assunto in certi casi la responsabilità della nascita. È, questo, un diritto costituzionale perché l'identità personale del figlio si lega inevitabilmente alla figura genitoriale di riferimento a prescindere dal vincolo genetico. Non a caso la Corte costituzionale ha, di recente, affermato che la mancanza di tale vincolo non è decisiva per accogliere l'impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento cosiddetto per compiacenza¹²⁰. La prevalenza della responsabilità o della verità, com'è

¹¹⁶ Cass. civ., n. 19599/2016, cit., § 9.

¹¹⁷ Cass. civ., n. 19599/2016, cit., § 11.1. Anche in questo caso la Suprema Corte ha fatto leva sul collegamento tra legame genetico con la donna che aveva donato gli ovuli e il nato dall'altra donna sposata con la prima.

¹¹⁸ Cass. civ., n. 14878/2017, cit., riconosce lo stato di figlio nei confronti della coniuge con la quale non vi era legame genetico.

¹¹⁹ Cass. civ., n. 14878/2017, cit.

¹²⁰ Corte cost., n. 127/2020, cit., afferma che il giudice, investito della domanda di cui all'art. 263 c.c., al fine di comparare adeguatamente gli interessi in gioco – all'accertamento della verità e alla conservazione dell'identità sociale del minore – deve andare più in profondità rispetto alla mera alternativa verità/falsità dello

stato autorevolmente rilevato¹²¹, «si giustifica esclusivamente nell'interesse del minore [...], operando specificamente con i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza».

Un altro diritto è quello del nato a non essere discriminato nella propria condizione giuridica in conseguenza delle condotte illegittime dei genitori. Occorre, pertanto, distinguere il piano dell'interesse pubblico perseguito dallo Stato attraverso la previsione di un divieto (com'era per la procreazione eterologa e com'è per la surroga biologica di maternità e per la fecondazione *post mortem*) dal piano della tutela dell'interesse del minore. Il principio di ordine pubblico che sta su livello sovraordinato rispetto ad altri valori concorrenti è quello della tutela dei diritti fondamentali del minore. Di conseguenza non può esservi conflitto né contraddizione tra il riconoscimento della genitorialità nei confronti del genitore intenzionale non genetico e il divieto interno di surroga biologica di maternità.

Il secondo aspetto attiene alla nozione di ordine pubblico internazionale. Il fatto che di esso sia stata accolta una nozione ristretta, ossia limitata ai diritti e ai principi costituzionali, comprese quelle disposizioni legislative attuative di tali diritti e principi, ha reso evidenti due dati: avere due genitori di sesso diverso - orientamento preferito dal legislatore - non è una scelta imposta dalla Costituzione; come pure non lo è la derivazione genetica quale unico fondamento

stato di figlio, considerando quattro variabili: «il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore [quello genetico], la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico, la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento [...], sia, infine, l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore» (§ 4.3).

¹²¹ STANZIONE, *La genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, cit., pp. 672-673. Che si debba ricorrere all'uso dei principi, con conseguente variabilità della decisione giudiziale, è inevitabile dal momento in cui la Corte costituzionale, come abbiamo visto, ha affermato che il principio del preminente interesse del minore è connaturato alle azioni di stato. Questa mutevolezza del *decisum* in considerazione delle caratteristiche del fatto è un pregio dell'ordinamento giuridico che manifesta elasticità. Negative sono le contrapposizioni interpretative sulle linee evolutive di fondo di una certa materia (ad esempio sulla rilevanza del fondamento genetico della filiazione) o sull'interpretazione di una singola disposizione di legge, con conseguente imprevedibilità della decisione giudiziale, da avversare con la nomofilachia e con le sentenze interpretative della Corte costituzionale.

della filiazione. Ne consegue, sia pur dopo un'attenta valutazione dei fatti, la legittimità del riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale, del genitore morto prima della fecondazione e della seconda madre non legata geneticamente al nato¹²².

Questa impostazione non è incentrata sull'adulto a scapito del nato¹²³, consentendo al primo di soddisfare il desiderio di avere un figlio al di là delle regole di diritto interno. Semmai il riconoscimento della genitorialità è una conseguenza indiretta della priorità assiologica della tutela dei diritti fondamentali del nato. La Cassazione, nel riconoscere lo stato di figlio, non ha mai imperniato la motivazione, neppure implicitamente, sui diritti della coppia ma sempre su quelli del minore, ben consapevole che quest'ultimo possa essere oggetto di sfruttamento o di abusi. Qualora ciò dovesse palesarsi, è il giudizio di delibazione del provvedimento straniero la sede in cui promuovere la tutela del minore¹²⁴. Se però le due figure genitoriali non sono connotate negativamente, non vi è un interesse superiore a quello del nato di vedersi riconosciuto lo *status filiationis* nei confronti del genitore intenzionale non biologico.

Vero è che le questioni sollevate dalle pratiche di PMA qui esaminate, oggetto di divieti e di limitazioni, sono molto delicate e le

¹²² Come nel caso deciso negativamente da Cass. civ., n. 8029/2020, cit. Cfr. *supra* §§ 8-9.

¹²³ Così, invece, RECINTO, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, cit., p. 693, secondo il quale «con l'ordinanza interlocutoria [...] "partendo" dal *best interest of the child*, si finisce per "approdare", come tante volte in passato, agli interessi degli adulti». L'Autore rileva come l'adozione e la procreazione eterologa, essendo distinte per finalità, non costituiscono un argomento a sostegno dell'esclusione della derivazione genetica quale principio generale. Egli inoltre ritiene improprio il riferimento dell'ordinanza alla surroga biologica altruistica (*id est* senza corrispettivo), compiuto per sottolineare la compatibilità della pratica con il principio di solidarietà. Ma l'argomento della Cassazione è funzionale a mostrare, in chiave di apertura a ordinamenti esteri, come il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale non pregiudichi i principi identificativi della Repubblica, ancora di più a fronte dell'esigenza di conservare lo *status* di figlio consolidatosi nel tempo. Sulla solidarietà e sulla stabilità dello stato fa leva AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 284.

¹²⁴ Cass. civ., n. 8325/2020, cit.

soluzioni opposte cui hanno dato adito si basano tutte sull'intento di attuare l'interesse del minore. *Quid iuris* allora? Forse la causa della diversità di opinioni, presenti anche in dottrina, è il volere trarre il significato del fatto, percepito come dirompente rispetto al sistema ordinamentale, fuori da esso, in ciò che è già noto e regolato, facendo un uso timido del principio del preminente interesse del minore. Soccorre la capacità di evolvere dei diritti e dei principi fondamentali, in considerazione del quadro giuridico complessivo di riferimento¹²⁵.

Da questo punto di vista, molto è mutato in tema di filiazione, in particolare sul suo fondamento non solo genetico, sulla non discriminazione dei nati a prescindere dalla loro origine (unicità dello stato di figlio), sull'accresciuto rilievo dei diritti all'identità personale e al rispetto della propria vita familiare e sulla non necessaria eterosessualità dei genitori.

Su queste basi, che indicano la direzione, si deve governare il presente e progettare il futuro¹²⁶.

¹²⁵ Secondo ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, cit., pp. 11-12, il ricorso ai principi, necessario per tendere alla «corrispondenza del giudicato ai valori generalmente condivisi nella società di riferimento [...], deve essere contenuto entro in confini di un sistema di riferimento normativo certo, e non arbitrariamente funzionalizzato ad esprimere estemporanee regole del fatto a quel sistema ignote».

¹²⁶ SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., p. 579, sottolinea giustamente come la riforma 2012/2013 della filiazione non abbia affrontato le questioni più attuali originate soprattutto dalla PMA (ad es: nascita da una fecondazione *contra legem*). AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia*, cit., p. 288, propende per l'unificazione del regime delle azioni di stato, attraverso un nuovo intervento legislativo che abbia cura di tutelare «in maniera uniforme l'interesse del figlio alla stabilità» del proprio *status*. In particolare, appare priva di fondamento la regola che consente al padre vero di agire solo con l'azione impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263, comma 1, c.c.) e non anche con il disconoscimento della paternità. Opportune sono le modifiche prospettate dall'Autore all'art. 252 c.c. e alle disposizioni sul cognome (pp. 292-293). Occorrono anche disposizioni sulla genitorialità sociale.

CARLO GRANELLI
Professore ordinario di diritto privato
Università degli studi di Pavia

**PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE:
ALLA VIGILIA DEL RECEPIMENTO DELLA DI-
RETTIVA 2019/2161/UE**

1. A fronte dell'introduzione nel nostro codice del consumo, nel 2007, della disciplina delle "pratiche commerciali scorrette", la dottrina si è fatta carico del delicato compito di individuare i rimedi concretamente accessibili al consumatore che dovesse rimanerne vittima.

Invero – dopo aver perentoriamente enunciato il principio secondo cui "le pratiche commerciali scorrette sono vietate" (art. 20, comma 1, c. cons.) – il legislatore nazionale, invece di indicare gli strumenti a disposizione del singolo consumatore eventualmente leso da una pratica commerciale scorretta, si è limitato all'evanescente previsione secondo cui la nuova normativa "non pregiudica (...) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità, efficacia del contratto" (art. 19, comma 2 lett. a, c. cons.)¹.

Così facendo, il legislatore italiano (di certo, legittimamente; ma, forse, non altrettanto opportunamente) si è avvalso nel modo più ampio del margine di discrezionalità concessogli dalla direttiva 2005/29/CE, che – se *sul versante sostanziale* risultava "impostata

¹ Formulazione, quella riportata nel testo, pedissequamente mutuata da quella impiegata dall'art. 3, § 2, direttiva n. 2005/29/CE; il cui "considerando" n. 9 chiarisce, più articolatamente, che "la presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale. Non pregiudica neppure l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale".

sull'armonizzazione completa"², con la conseguenza che ai legislatori dei singoli Stati membri non era dato discostarsi dalle sue indicazioni né per abbassare, ma neppure per innalzare la soglia di tutela riservata ai consumatori³ – *sul versante rimediale* si rimetteva invece largamente ai legislatori nazionali: da un lato, demandando loro il compito di individuare “le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva”, seppure nel rispetto del generale principio secondo cui le stesse avrebbero dovuto “essere effettive, proporzionate e dissuasive”; da altro lato, investendoli del compito di adottare “i provvedimenti necessari per garantirne l’attuazione” (art. 13, § 1, direttiva n. 2005/29/CE, così come oggi modificato dalla direttiva 2019/2161/UE).

Con il senno di poi – ma la circostanza era facilmente prevedibile anche *ex ante* – la scelta operata dalla direttiva europea si è dimostrata foriera di una differenziazione particolarmente accentuata nelle tutele dai diversi ordinamenti nazionali riservate al consumatore leso da una pratica commerciale scorretta; con la conseguenza di un sostanziale ridimensionamento – Giovanni De Cristofaro parla, senza inutili eufemismi, di “esito fallimentare” – “dell’ambizioso tentativo di armonizzare in modo ‘completo’ e ‘totale’ le legislazioni nazionali compiuto attraverso l’adozione della direttiva 2005/29/CE”⁴.

² Così, testualmente, il “considerando” n. 14 della direttiva n. 2005/29/CE. Cfr. anche il successivo “considerando” n. 15.

³ In tal senso cfr., per tutte, CGUE, 2 luglio 2020, causa C-853/19, Im; CGUE, 19 settembre 2018, causa C-109/17, Bankia SA; CGUE, 8 settembre 2015, causa C-13/15, Cdiscount SA; CGUE, 10 luglio 2014, causa C-421/12, Commissione europea; CGUE, 30 giugno 2011, causa C-288/10, Wamo BVBA; CGUE, 9 novembre 2010, causa C-540/08, Mediaprint Zeitungs — Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG; CGUE, 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, VTB-WAB NV e Galatea BVBA.

⁴ Così DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diversi diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 903, ove un’analisi ampia ed articolata delle soluzioni variamente adottate, sul punto, nei diversi Paesi dell’Unione in attuazione della direttiva 2005/29/CE.

Quanto all'ordinamento italiano, già si è anticipato che il problema dell'individuazione degli strumenti di tutela accessibili al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta è stato oggetto di ampie riflessioni in dottrina⁵, nel tentativo – reso necessario dal già segnalato silenzio serbato, sul punto, dal legislatore nazionale – di coordinare il generale principio secondo cui “le pratiche commerciali scorrette sono vietate” (art. 20, comma 1, c. cons.) con il sistema dei rimedi – contrattuali e non – quale emerge dall'attuale nostro ordinamento, complessivamente considerato; impresa tanto più ardua se si pensa alle difficoltà che si incontrano, oggi, nel ricostruire organicamente il vigente quadro rimediale, non più consegnato in via esclusiva al codice civile, ma arricchito da una gamma sempre più vasta ed articolata di norme extracodicistiche, sovente di derivazione comunitaria, frequentemente rivolte non già – come accadeva, di regola, nell'ottica codicistica – alla tutela delle parti coinvolte in un'operazione economica, bensì alla tutela di una di esse, reputata, specie per la sua appartenenza ad una determinata categoria, bisognosa di speciale protezione.

È stato così prospettato, a presidio del consumatore rimasto vittima di una pratica commerciale scorretta, tutto un florilegio di possibili strumenti di tutela⁶: *rimedi risarcitori* – peraltro gli unici accessibili allorché alla pratica commerciale scorretta (ad es., ad una comunicazione pubblicitaria ingannevole) non abbia fatto seguito il perfezionamento dell'operazione economica che la stessa era finalizzata a promuovere – salvo poi discutere, con riferimento almeno all'ipotesi in cui la pratica commerciale venga posta in essere anteriormente all'eventuale perfezionamento del contratto, se detti

⁵ Al tema sono state dedicate, nell'ultimo decennio, ben cinque monografie: FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012; FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018; LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018; GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020.

⁶ Per una prima sintesi ragionata delle posizioni emerse in dottrina, cfr. la mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, diretto da D'AMICO, Milano, Giuffrè, 2021, p. 845 ss.

rimedi debbano essere ricondotti all'area della responsabilità contrattuale ovvero a quella della responsabilità extracontrattuale; *rimedi caducatori* dei contratti c.d. "a valle" di una pratica commerciale scorretta, ritenuti "attaccabili" per il solo fatto di risultare conclusi in presenza di una pratica siffatta, salvo poi discutere ne sia invocabile la nullità (codicistica o "di protezione"?) o l'annullabilità o la risolubilità, ecc.; tutto un *ventaglio di rimedi* (per lo più, *caducatori*) dal nostro ordinamento variamente ricollegati a presupposti che, se non sempre, almeno con una certa frequenza concretamente ricorrono in non poche ipotesi di contratti "a valle" di una pratica commerciale scorretta; *rimedi manutentivi* (si pensi, ad es., alla c.d. contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali), talora destinati a risolversi in una sorta di "intervento integrativo di ortopedia negoziale da parte del giudice"⁷.

Un dato ancora merita di essere segnalato: e cioè che – se, alla vigilia del recepimento nel nostro Paese della direttiva 2005/29/CE, non poche voci in dottrina avevano evidenziato l'opportunità che la relativa legge di recepimento introducesse espressamente un rimedio specifico a tutela del consumatore che avesse concluso un contratto "a valle" di una pratica commerciale scorretta, onde mettergli a disposizione uno strumento di sicura, semplice, rapida e poco onerosa attivazione, che potesse al contempo fungere da efficace deterrente nei confronti del professionista eventualmente tentato dal far ricorso ad una pratica commerciale scorretta; se, in sede di prima lettura della normativa di recepimento, autorevoli studiosi, di fronte al silenzio serbato sul punto dal legislatore, si erano mostrati propensi a fornire una risposta tendenzialmente unitaria al problema della sorte del contratto "a valle" di una pratica commerciale scorretta, prospettando che esso dovesse, di regola, ritenersi invalidamente concluso (seppur oscillando tra il rimedio della nullità e quello dell'annullabilità)⁸ – nel più recente panorama dottrinale è andata invece emergendo la tesi secondo cui quella scelta del legislatore nazionale di

⁷ Così FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il sistema dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 2015, p. 187 s.

⁸ Cfr. GENTILI *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 58 ss.

non indicare uno strumento specifico di *private enforcement* nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta, che ai primi commentatori era talora apparsa inopportuna od improvvida⁹, andrebbe invece riguardata come un'”opzione oculata”¹⁰. Così, ad esempio, si è sostenuto che “la circostanza che le sorti del contratto [“a valle” di una pratica commerciale scorretta] non siano segnate una volta per tutte consente di fornire risposte differenti rispetto a istanze di tutela che non sempre mirano alla realizzazione del medesimo interesse”¹¹.

⁹ Cfr. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, p. 14 s.; p. 19 s. e p. 30; ID., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuto, rationes, caratteristiche*, in De Cristofaro (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 14 e p. 24 ss.; ID., *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: prospettive*, *ivi*, p. 66; DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, p. 62; CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, p. 71 ss.; ID., *Le pratiche commerciali sleali “ingannevoli”*, in De Cristofaro (a cura di), *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 173 s.; GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contr.*, 2, 2007, p. 178; COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in Minervini e Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 252 ss.. Al riguardo, diffuso consenso si era conquistata, ad esempio, l'opinione secondo cui il rimedio maggiormente idoneo a tutelare il consumatore che, vittima di una pratica commerciale scorretta, si fosse determinato a svincolarsi dal contratto stipulato con il professionista fosse quello di riconoscergli il diritto di recedere *ad nutum* dallo stesso (in proposito, cfr. VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1184).

¹⁰ Così, da ultimo, FEBBRAJO, *op.cit.*, p. 133, che riprende un'espressione già utilizzata da FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, *cit.*, p. 215.

¹¹ Così ancora FEBBRAJO, *op.cit.*, p. 133, sempre riprendendo le parole di FACHECHI, *op. loc. ult. cit.*

Al riguardo cfr. anche LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 732; ID., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, *cit.*, p. 109.

Peraltro, a raffreddare siffatti entusiasmi si incarica impietosamente la prassi: invero – come già in altra occasione ho avuto modo di rilevare – “a fronte di un vero e proprio profluvio di contributi dalla dottrina dedicati al tema delle tutele individuali accessibili al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta [...], molto raramente il problema è approdato all’attenzione dell’AGO”¹²: infatti, in questi ormai non pochi anni che ci separano dal recepimento nel nostro Paese della direttiva n. 2005/29/CE, i consumatori si sono rivolti solo sporadicamente all’Autorità giudiziaria, denunciando di essere rimasti lesi da una pratica commerciale scorretta.

Ora – se si pone mente al fatto che il valore economico della più parte delle controversie che oppongono consumatore e professionista in materia di pratiche commerciali scorrette è particolarmente esiguo, quando non addirittura irrisorio¹³; al fatto che per avviare, anche relativamente a siffatte controversie, una procedura di mediazione ex D.Lgs. n. 28/2010, occorre munirsi di una difesa tecnica, accollandosene i conseguenti costi; al fatto che, almeno ove il valore della controversia risulti superiore ad € 1.100,00 (art. 82,

¹² Così GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 1078.

¹³ L’atteggiamento dei consumatori è stato – significativamente – diverso nelle (peraltro non frequenti) ipotesi in cui la controversia coinvolgeva valori economici non trascurabili. È il caso, ad es., della ben nota vicenda dei c.d. “diamanti da investimento”: i provvedimenti sanzionatori nn. 26757 e 26758, adottati dall’AGCM in data 20.9.2017 nei confronti (anche) delle banche che si erano prestate a veicolare la commercializzazione dei preziosi, hanno funzionato da volano per tutta una serie di azioni risarcitorie promosse da consumatori rimasti vittima di una pratica commerciale che l’Autorità aveva ritenuto “scorretta”: cfr. Trib. Verona, ord., 23.5.2019 (in *Foro it.*, 2019, 1, 3337; e in *Giur. it.*, 2019, 2450); Trib. Lucca 22.1.2021, n. 64 (in *Quotidiano giuridico* 2.2.2021); Trib. Milano 4.7.2021, n. 5876 (*ivi*, 30.7.2021). È altresì il caso della vicenda nota come “Dieselgate”, relativamente alla quale il provvedimento sanzionatorio n. 26137, adottato dall’AGCM in data 4.8.2016 nei confronti della Volkswagen Group Italia s.p.a. e della Volkswagen s.a. per l’avvenuto utilizzo di un *software* nella centralina di controllo del motore di taluni tipi di veicoli a marchio Volkswagen, Audi, Seat e Skoda in grado di far sì che il comportamento del veicolo fosse diverso durante i *test* di banco per il controllo delle emissioni inquinanti rispetto al normale impiego su strada, ha funzionato da volano per l’avvio dell’azione di classe definita – con clamoroso successo da parte dei consumatori – da Trib. Venezia con sentenza pubblicata in data 7.7.2021.

comma 1, c.p.c.), per poterla portare alla cognizione dell'AGO, è necessario farsi assistere da un avvocato, con i relativi oneri; al rischio-lite inevitabilmente immanente in qualsiasi giudizio contenzioso; alla mai sufficientemente deprecata lentezza che ancor oggi connota i nostri procedimenti civili; all'ulteriore elemento di incertezza costituito proprio dalla necessità di dover individuare, caso per caso, il rimedio concretamente accessibile (o più agevolmente e/o proficuamente accessibile); alle difficoltà probatorie che, stando ai principi generali, in ogni caso gravano su parte attrice – ben si comprende perché mai il consumatore italiano, nella più parte dei casi, sia indotto a rinunciare a far valere i propri diritti.

Di fronte ad un siffatto panorama occorre seriamente interrogarsi se una tutela maggiormente *efficace* – e, quel che più conta, maggiormente *appetibile* per il consumatore¹⁴ – possa derivare dalla possibilità di scegliere, sulla base dei vari interessi volta a volta concretamente coinvolti, tra un ampio strumentario di rimedi diversi e/o alternativi, ma comunque pensati per fronteggiare conflitti di altro tipo e portata, o non piuttosto dall'accessibilità (anche¹⁵) ad uno od a taluni rimedi *specifici* – e/o ad uno od a taluni rimedi che, pur già noti, vengano tuttavia adattati nel loro regime alla problematica particolare – che probabilmente risulteranno sì di minor duttilità, ma in compenso, almeno è auspicabile, di più rapido e sicuro utilizzo.

Proprio in quest'ultima prospettiva parrebbe muoversi – peraltro in termini discutibili¹⁶ – il disegno di legge governativo di “Delega al governo per la revisione del codice civile” (n. S.1151), presentato

¹⁴ “Il vero problema delle tutele individuali del consumatore contro le condotte illegittime del professionista – avevamo avuto modo di evidenziare in *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 735 – è non solo e non tanto quello della loro *idoneità* allo scopo, quanto quello della loro *appetibilità* per chi dovrebbe servirsene”.

¹⁵ L'art. 11 *bis*, § 2, direttiva n. 2005/29/CE – introdotto, a decorrere dal 7 gennaio 2020, con direttiva n. 2019/2161/UE – prevede ora, testualmente, che i rimedi eventualmente introdotti dai legislatori dei singoli Paesi membri a specifica tutela dei “consumatori lesi da pratiche commerciali sleali” comunque “non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o di diritto nazionale”.

¹⁶ Sul punto cfr. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, cit., in particolare, p. 1079 ss.

al Parlamento dal governo Conte-I nella primavera del 2019, che – all’art. 1, comma 1 lett. g – vorrebbe demandare al legislatore delegato il compito di “disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette [...] determinano l’invalidità del contratto”¹⁷.

2. Se, al momento, il sistema delle tutele oggi accessibili al singolo consumatore rimasto concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta presenta – come platealmente testimoniato dallo

¹⁷ Nell’ottica di una possibile attuazione della delega oggetto del citato disegno di legge n. S.1151, la Commissione appositamente costituita all’interno della “Associazione Civilisti Italiani” – sulla scorta della premessa secondo cui il termine “invalidità” ricorrente nel testo dell’art. 1, comma 1 lett. g, DDL S. 1151 dovrebbe essere ragionevolmente “inteso in senso ampio ed atecnico, corrispondente a quello normalmente attribuito all’espressione ‘non vincolatività’ ricorrente nelle direttive UE, e non in senso stretto, comprensivo delle sole invalidità costituite dalla annullabilità e dalla nullità” – ha prospettato l’inserimento nel codice civile di un art. 1469 *ter* così formulato: “Art. 1469 *ter*. *Pratiche commerciali scorrette* [1.] *Il consumatore ha diritto al risarcimento dei danni patrimoniali sofferti a causa della pratica commerciale scorretta posta in essere nei suoi confronti dal professionista. Grava sul consumatore l’onere di fornire la prova dei danni patrimoniali sofferti e del nesso di causalità intercorrente fra tali danni e la pratica commerciale scorretta posta in essere nei suoi confronti.* [2.] *Qualora la pratica commerciale scorretta abbia influenzato in modo determinante la decisione di un consumatore di concludere un contratto con un professionista, il consumatore ha diritto di recedere dal contratto così concluso. Il recesso non può essere esercitato dopo che il contratto ha ricevuto completa e compiuta esecuzione.* [3.] *Il comma 2 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il contratto venga concluso dal consumatore con un professionista diverso da quello che ha posto in essere la pratica commerciale scorretta, ancorché sia ignota alla controparte la circostanza che la decisione del consumatore di stipulare il contratto sia stata influenzata in modo determinante da una pratica commerciale scorretta.* [4.] *Nei giudizi in cui venga invocata l’applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del divieto di cui al comma 1 dell’art. 20 del codice del consumo constatata da una decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell’art. 27 dello stesso codice, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”. Per una presentazione di detta proposta, v. Civilisti Italiani – Webinar dell’Associazione – “Il progetto di riforma del Codice Civile”.*

scarso successo allo stesso decretato dalla prassi – più luci che ombre, un dato di segno opposto pare venire invece dall'utilizzo che in questi ultimi anni è stato fatto dell'unico strumento *specificamente* previsto dal codice del consumo per arginare il fenomeno delle pratiche commerciali scorrette.

È infatti noto che l'art. 27 c. cons. ha attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) il potere di disporre¹⁸: *a*) la sospensione provvisoria, laddove sussista particolare urgenza, della pratica commerciale della cui correttezza vi siano serie ragioni per dubitare (art. 27, comma 3, c. cons.; art. 8 reg.¹⁹); *b*) l'inibizione definitiva, in esito ad apposita istruttoria, della pratica commerciale risultata scorretta, vietandone la diffusione, quando non ancora portata a conoscenza del pubblico, ovvero la continuazione, se già iniziata (art. 27, commi 2 e 8, c. cons.; e art. 17, comma 1 lett. *b*, reg.); *c*) la pubblicazione, integrale o per estratto, della delibera che accerta la scorrettezza della pratica commerciale, ovvero la pubblicazione di un'apposita dichiarazione rettificativa; e ciò, al fine di impedire che la pratica commerciale scorretta continui a produrre effetti (art. 27, comma 8, c. cons.; e art. 18 reg.); *d*) l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da € 5.000,00 ad € 5.000.000,00, da commisurarsi alla gravità ed alla durata della violazione (art. 27, comma 9, c. cons.); e) non meglio specificati interventi volti ad eliminare gli effetti della pratica commerciale risultata scorretta (art. 27, comma 2, c. cons.).

Pertanto, il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette prevede che, prima ancora dell'avvio dell'istruttoria, l'Autorità – tranne che in ipotesi di “particolare gravità” – possa, laddove sussistano fondati motivi per ritenere che una determinata pratica commerciale sia scorretta, invitare per iscritto il

¹⁸ Il comma 3-*bis* dell'art. 27 c. cons. – introdotto con d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 – ha ora attribuito all'AGCM un ulteriore potere (esercitabile anche in via cautelare) nei confronti, però, non già del professionista che si sia reso responsabile di una pratica commerciale scorretta, bensì di taluni terzi che abbiano contribuito alla relativa diffusione attraverso reti telematiche o di telecomunicazione, delle quali sono gestori o in relazione alle quali forniscono servizi.

¹⁹ “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di [...] pratiche commerciali scorrette” approvato dall'AGCM con deliberazione 1° aprile 2015, n. 25411.

professionista che l'ha posta in essere a rimuoverne i profili di possibile scorrettezza (art. 4, comma 5, reg.): c.d. *moral suasion*. L'avvenuta eliminazione, da parte del professionista, di detti profili porta all'archiviazione del procedimento, senza neppure l'apertura formale della fase istruttoria (art. 5, comma 1 lett. d, reg.).

L'art. 27, comma 7, c. cons. prevede inoltre che – tranne che in ipotesi di “manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale” imputata al professionista – quest'ultimo possa proporre l'assunzione di “*impegni*” (che lo stesso ritenga) idonei a far venir meno i profili di illegittimità della pratica commerciale in contestazione: la loro accettazione da parte dell'Autorità determina la chiusura del procedimento, senza accertamento dell'infrazione (art. 27, comma 7, c. cons.; art. 9 reg.).

Ora, i poteri di intervento dal legislatore affidati all'AGCM sono volti alla tutela non già dei *singoli* consumatori concretamente lesi da una pratica commerciale scorretta, bensì del mercato, e con esso, da un lato, dei consumatori *collettivamente* considerati e, da altro lato, sempre *collettivamente*, dei concorrenti corretti che su tale mercato operano. Il singolo consumatore può, di regola, risultare avvantaggiato dagli interventi dell'Autorità solo *indirettamente* e *di riflesso*, nella misura in cui gli stessi si traducano nella sospensione provvisoria e/o nella cessazione definitiva della pratica commerciale ritenuta scorretta.

Peraltro, *nella prassi*, la definizione dei procedimenti avanti all'AGCM si è sempre più spesso risolta, in concreto, (anche) in un beneficio *diretto* per i consumatori *uti singuli*. Invero, negli ultimi anni si è assistito al progressivo proliferare di “*impegni*” in forza dei quali il professionista si è obbligato non solo a desistere, per il futuro, dalla pratica commerciale relativamente alla quale l'Autorità aveva avviato il procedimento istruttorio, ma altresì a porre in essere condotte volte ad elidere, *in toto* o almeno in parte, gli effetti negativi che la stessa avesse anteriormente già prodotto in danno di singoli consumatori.

Così ad es., per limitarci a quelli assunti nell'anno in corso e senza pretesa alcuna di completezza, con provvedimento n. 29787 – emesso in data 20.7.2021 in esito ad un procedimento (PS 11898) nell'ambito del quale una società, operante nel settore della fornitura

a privati di servizi di attività sportive e ricreative, era sospettata di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta per aver (tra l'altro) prelevato dal conto dei clienti-consumatori importi pari alle rate di abbonamento relative ai mesi da marzo a maggio 2020, nonostante che in quel periodo gli impianti sportivi fossero chiusi in ottemperanza ai provvedimenti di contenimento del Covid-19 – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'”impegno” del professionista di accordare a detti clienti la possibilità di ottenere un corrispondente periodo di fruizione gratuita delle palestre; con provvedimento n. 29768 – emesso in data 13.7.2021 in esito ad un procedimento (PS 11804) nell'ambito del quale una società, operante nel settore della raccolta, produzione e distribuzione di contenuti multimediali relativi ad eventi sportivi e di intrattenimento, era sospettata di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta per non aver, a fronte della sospensione, causa emergenza Covid-19, delle competizioni sportive, riconosciuto ai propri abbonati la rimodulazione e/o il rimborso automatico del canone mensile relativo al servizio di loro trasmissione in diretta – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'”impegno” del professionista di inviare agli utenti, che avevano in essere il relativo abbonamento, un *gift code* corrispondente al valore di due mesi di abbonamento; con provvedimenti nn. 29763, 29765, 29766, 29767, 29771, 29772, 29775, 29779 – tutti emessi in data 13.7.2021 in esito ad altrettanti procedimenti (PS, rispettivamente, 9811, 11535, 11577, 11744, 11846, 11854, 11849, 11851) nell'ambito dei quali altrettante società, operanti nel settore della fornitura di servizi di energia elettrica e gas, erano sospettate di aver posto in essere pratiche commerciali scorrette per non aver fornito agli utenti informazioni chiare ed esaustive in ordine alle condizioni economiche di fornitura – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'”impegno” del professionista di provvedere ad appropriati ritorsi/restituzioni a favore della clientela; con provvedimento n. 29690 – emesso in data 25.5.2021 in esito ad un procedimento (PS 11826) nell'ambito del quale una nota società, operante nel settore del trasporto marittimo di passeggeri su tratte nazionali ed internazionali, era sospettata di aver posto in essere una pratica commerciale scorretta per aver, nel maggio 2020, messo in vendita, nonostante le limitazioni già imposte dalle competenti Autorità dei Paesi di destinazione a causa della

pandemia di coronavirus, una serie di viaggi da effettuare nello stesso mese di maggio e nei mesi successivi, con la previsione che, tanto in caso di cancellazione unilaterale del viaggio da parte del vettore quanto in caso di rinuncia volontaria da parte del cliente/passeggero giustificati dall'emergenza sanitaria da Covid-19, a quest'ultimo sarebbe spettato non già il rimborso in danaro del prezzo pagato per l'acquisto del biglietto, ma solo un *voucher* di valore pari al costo del biglietto, per di più connotato da assai rigide condizioni di utilizzo – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'"impegno" del professionista di offrire ai passeggeri, che si erano visti cancellare il viaggio per iniziativa della compagnia o vi avevano volontariamente rinunciato, o il rimborso integrale in danaro del biglietto acquistato o, a loro scelta, un *voucher* di valore maggiorato rispetto all'importo pagato per il biglietto, così applicando ad essi un trattamento più favorevole rispetto a quello loro garantito dalla vigente normativa nazionale ed unionale²⁰; con provvedimento n. 29634 – emesso in data 13.4.2021 in esito ad un procedimento (PS 11822) nell'ambito del quale una compagnia aerea era sospettata (tra l'altro) di aver, nell'estate 2020, cancellato servizi di trasporto passeggeri, facendo riferimento ad una motivazione inerente alla pandemia da Covid-19, pur trattandosi di servizi da svolgere in un periodo nel quale non erano più vigenti limitazioni di circolazione conseguenti all'emergenza sanitaria – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'"impegno" del professionista di effettuare i relativi rimborsi in danaro entro sette

²⁰ In senso conforme cfr. anche il provvedimento n. 28583 in data 16.2.2021 emesso in esito al procedimento PS 11843, che – a fronte della contestazione mossa a Blue Panorama Airlines di aver cancellato servizi di trasporto aereo con la motivazione covid, pur essendo servizi da svolgere in un periodo nel quale non erano più vigenti limiti di circolazione conseguenti all'emergenza sanitaria – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'"impegno" del vettore di rimborsare l'intero costo del biglietto o, ma solo a scelta del passeggero, di emettere un *voucher* di pari importo; ed il provvedimento n. 28530 in data 25.1.2021 emesso in esito al procedimento PS 11820, che – a fronte di un'analogha contestazione mossa ad Alitalia – ha accettato (tra gli altri) l'"impegno" della compagnia di applicare a tutti i *voucher*, già emessi per i voli in programma dall'11 marzo al 30 settembre 2020 e cancellati entro il 31 luglio, le modalità previste nel testo novellato dell'art. 28 bis D. L. n. 18/2020, e riconoscere la loro utilizzabilità anche per persona diversa dal passeggero.

giorni dalla richiesta e di incrementare del 10%, rispetto a quanto pagato per la prenotazione originaria, il valore dei *voucher* emessi a favore di quei passeggeri che ne avessero fatto richiesta; con provvedimento n. 28612 – emesso in data 16.3.2021 in esito ad un procedimento (PS 11794) nell’ambito del quale una banca era sospettata (tra l’altro) di aver esercitato un indebito condizionamento nei confronti delle micro-imprese interessate al finanziamento di cui all’art. 13, comma 1 lett. *m*, del Decreto Liquidità, ostacolando le stesse, in modo oneroso e sproporzionato, nella possibilità di ottenere il finanziamento – l’AGCM ha accettato (tra gli altri) l’”impegno” del professionista di contattare i richiedenti ai quali era stato rifiutato il finanziamento, per richiedere loro un’eventuale conferma del permanere del loro interesse al finanziamento, al fine di verificare la validità dei motivi dell’originario rifiuto²¹; con provvedimento n. 28600 – emesso in data 3.3.2021 in esito ad un procedimento (PS 11680) nell’ambito del quale una società, che gestisce un portale multimediale accessibile tramite sito *internet*, che offre la possibilità di creare un *curriculum vitae* dietro pagamento di un corrispettivo, era sospettata di aver frapposto ostacoli ai consumatori per l’esercizio del diritto di recesso contrattualmente previsto, anche attraverso l’invio di solleciti contenenti la minaccia di avviare azioni legali – l’AGCM ha accettato (tra gli altri) l’”impegno” del professionista di rimborsare tutti gli utenti che avevano presentato un reclamo in passato; con provvedimento n. 28598 – emesso in data 23.2.2021 in

²¹ In senso conforme cfr. anche il provvedimento n. 28611 in data 16.3.2021 emesso in esito al procedimento PS 11787, che – a fronte dell’analoga contestazione mossa ad Intesa SanPaolo – l’AGCM ha accettato (tra gli altri) l’”impegno” di quest’ultima di riesaminare i rifiuti di finanziamento già deliberati e, nell’ipotesi in cui il richiedente avesse ottenuto, a seguito del rigetto della domanda, la concessione, da parte della stessa banca, di un finanziamento diverso, la sua conversione nel finanziamento di cui all’art. 13, comma 1 lett. *m*, Decreto Liquidità, sempre che il richiedente risulti in possesso dei requisiti di ammissibilità e di merito creditizio indicati sul sito della banca; e il provvedimento n. 28610 sempre in data 16.3.2021 emesso in esito al procedimento PS 11786, che – a fronte di identica contestazione mossa ad Unicredit – l’AGCM ha accettato (tra gli altri) l’”impegno” di quest’ultima di rivalutare correttamente le pratiche di finanziamento rigettate prima dell’accoglimento degli “impegni”.

esito ad un procedimento (PS 11758) nell'ambito del quale UnipolSai Assicurazioni era sospettata (tra l'altro) di aver promosso, tramite messaggi pubblicitari, la possibilità di ottenere la 'restituzione' di un mese di polizza RC Auto, facendo intendere di poter ottenere un rimborso parziale del premio assicurativo già pagato, mentre si trattava di un *voucher*-sconto da applicarsi sul premio futuro in caso di rinnovo della polizza RC Auto con la medesima UnipolSai – l'AGCM ha accettato (tra gli altri) l'"impegno" del professionista di riconoscere a tutti i titolari di polizze RC Auto di UnipolSai, in essere al 10.4.2020, di richiedere in qualsiasi momento ed utilizzare una sola volta, fino al 31.12.2021, il *voucher* in sede di rinnovo della polizza RC Auto²².

In casi come quelli appena ricordati, i professionisti hanno evidentemente trovato conveniente formulare una proposta di "impegno" che, in concreto, importava (anche) un beneficio *immediato e diretto* per i singoli consumatori rimasti vittima della pratica commerciale sospettata di essere scorretta, piuttosto che rischiare una probabile censura da parte dell'AGCM, normalmente destinata a riflettersi negativamente sulla loro immagine commerciale, e contestualmente evitare una possibile sanzione amministrativa pecuniaria, che avrebbe potuto risultare di entità economica tutt'altro che trascurabile.

Peraltro, non diversamente da quanto si è appena visto accadere nell'ipotesi degli "impegni", anche l'altro meccanismo di definizione dei procedimenti in tema di pratiche commerciali scorrette senza accertamento dell'infrazione – quello, cioè, fondato sull'esito positivo dell'iniziativa di *moral suasion* posta in essere dall'Autorità (ex art. 4, comma 5, reg.) – fa "leva sulla disponibilità degli interlocutori"²³ professionisti. Invero, questi ultimi, pur di chiudere *in limine*, addirittura in fase preistruttoria (ex art. 5, comma 1 lett. d,

²² Precedenti provvedimenti, cui sono conseguiti effetti positivi *direttamente* in capo ai singoli consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta, sono richiamati nella mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., p. 827 s.; e nel mio contributo *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, cit., p. 1075.

²³ Così, testualmente, AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nell'anno 2017*, p. 199.

reg.), il procedimento che li vede coinvolti, potrebbero essere disposti – non diversamente da quanto sempre più spesso si è visto accadere con gli “impegni” – non solo a rimuovere, per il futuro, i possibili profili di scorrettezza di una determinata pratica commerciale, ma anche ad eliminarne, *in toto* od anche solo in parte, gli effetti negativi fino a quel momento già prodottisi in danno di singoli consumatori.

Laddove invece non dovesse manifestarsi una disponibilità del professionista a definire il procedimento avanti all’AGCM attraverso i meccanismi degli “impegni” ovvero della *moral suasion*, l’Autorità ritiene di non avere margini di intervento a tutela dei singoli consumatori rimasti concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta. Invero – sebbene l’art. 27, comma 2, c. cons. la legittimi espressamente all’adozione di un provvedimento che non solo “inibisc[a] la continuazione” della pratica commerciale risultata scorretta, ma altresì “ne elimin[i] gli effetti” – l’AGCM reputa di non poter, in tale ultima direzione, andar oltre l’imposizione di quella “pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un’apposita dichiarazione rettificativa” espressamente prevista dal comma 8 dello stesso art. 27 c. cons.

3. Se questo è, ad oggi, lo stato dell’arte, il panorama dovrebbe mutare significativamente a far tempo dal 28 maggio 2022, allorché è previsto entri in vigore la disciplina interna di recepimento della direttiva 27.1.2019, n. 2019/2161/UE; disciplina che gli Stati membri sono tenuti ad adottare e pubblicare entro il 28 novembre 2021 (art. 7, § 1, Direttiva 2019/2161/UE).

La direttiva 2019/2161/UE si muove, in buona sostanza, in due direzioni distinte: da un lato, quella dell’ampliamento del perimetro delle pratiche commerciali da considerarsi “scorrette” e, quindi, “vietate”; da altro lato, quella di una più puntuale disciplina dei rimedi esperibili a fronte di una pratica commerciale scorretta.

4. Nella prima direzione l’attenzione del legislatore europeo appare principalmente rivolta alle problematiche che in questi anni sono venute progressivamente emergendo nei settori, in rapida e costante evoluzione, delle ricerche *online* delle offerte commerciali e

dei mercati *online*: ad es., ricomprendendo nella definizione di “prodotto”, alla cui commercializzazione deve risultare finalizzata una pratica commerciale, anche “i servizi digitali e il contenuto digitale” (art. 2, lett. *c*, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE); fornendo una specifica definizione di “mercato *online*” (art. 2, lett. *n*, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE); ampliando il novero delle “informazioni rilevanti” ai fini della qualificazione come “ingannevole” di una pratica commerciale scorretta (art. 7, §§ 4 lett. *f*, 4-*bis* e 5 direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE); prevedendo l’inserimento nella *black list* delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli – oggi elencate, a livello interno, nell’art. 23 c. cons. – anche il “fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca *online* del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all’interno di tali risultati”; il “rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all’acquisto di biglietti”; l’“indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori”; l’“inviare, o incaricare un’altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui *media* sociali, al fine di promuovere prodotti” (nn. 11 *bis*, 23 *bis*, 23 *ter*, 23 *quater* dell’allegato I alla direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE).

Peraltro non mancano previsioni volte, in generale, a legittimare l’introduzione nelle normative nazionali di “disposizioni per tutelare i legittimi interessi dei consumatori rispetto a pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l’abitazione di un consumatore, oppure escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o

con l'effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori" (art. 3, § 5, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE); ovvero a ricondurre tra le "azioni ingannevoli" anche "qualsivoglia attività di *marketing* che promuova un bene, in uno Stato membro, come identico a un bene commercializzato in altri Stati membri, mentre questo bene ha una composizione o caratteristiche significativamente diverse, salvo laddove ciò sia giustificato da fattori legittimi e oggettivi" (art. 6, § 2 lett. c, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE).

5. Ma, di certo, è nella seconda delle direzioni soprariordinate – quella, cioè, degli strumenti che i singoli legislatori nazionali debbono apprestare al fine, da un lato, di disincentivare, a tutela non solo dei consumatori collettivamente considerati, ma anche, più in generale, del mercato (e con esso, sempre collettivamente considerati, dei concorrenti corretti che in esso operano), i professionisti dal far ricorso a pratiche commerciali scorrette; e, da altro lato, di fornire ai singoli consumatori rimasti concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta strumenti di tutela idonei ed efficaci – che la direttiva 2019/2161/UE appare muoversi con maggiore decisione.

Essa parte infatti dalla constatazione che – a dispetto del fatto che la direttiva 2005/29/CE è "impostata sull'armonizzazione completa" (così il "considerando" n. 14 di detta direttiva) – "le attuali norme nazionali in materia di sanzioni sono molto diverse nell'Unione" (così il "considerando" n. 5 della direttiva 2019/2161/UE); e, quel che è peggio, manifestano sovente "carenze [...] per quanto riguarda sanzioni veramente effettive e proporzionate per scoraggiare e sanzionare le infrazioni intraunionali", così come apprestano "rimedi individuali insufficienti per i consumatori danneggiati da violazioni della legislazione nazionale che recepisce la direttiva 2005/29/CE" (così il "considerando" n. 3 della direttiva 2019/2161/UE).

Ora – pur senza scardinare l'originaria impostazione, secondo cui spetta "agli Stati membri scegliere i tipi di sanzione da irrogare e [...] definire nel diritto nazionale le procedure sanzionatorie pertinenti" (così il "considerando" n. 6 della direttiva 2019/2161/UE) –

il legislatore europeo fornisce a quelli nazionali indicazioni ben più stringenti che in passato in ordine sia agli uni che alle altre.

Così, a tutela dell'interesse *collettivo* dei consumatori, la direttiva 2019/2161/UE prevede che le singole normative domestiche si adeguino a “criteri comuni [...] di applicazione delle sanzioni” (così il “considerando” n. 7 della direttiva 2019/2161/UE): dando rilievo a natura, gravità, entità e durata della violazione; eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; sanzioni inflitte al professionista per la stessa violazione in altri Stati membri; eventuali altri fattori aggravanti (ad es., la reiterazione dell'infrazione) o attenuanti applicabili alle circostanze del caso (art. 13, § 2, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE).

Di fronte ad “infrazioni diffuse” (per tali intendendosi, ai sensi dell'art. 3 reg. (CE) 12.12.2017, n. 2017/2394/UE, gli atti od omissioni contrari alle norme dell'Unione sulla tutela degli interessi dei consumatori, che abbiano arrecato, arrechino o possano arrecare un danno agli interessi collettivi dei consumatori che risiedono in almeno due Stati membri diversi dallo Stato membro in cui hanno avuto origine o si sono verificati l'atto o l'omissione in questione, è stabilito l'operatore responsabile dell'atto o dell'omissione, o si rinvencono elementi di prova o beni dell'operatore riconducibili all'atto o all'omissione), così come di fronte ad “infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale” (per tali intendendosi, sempre a norma del citato art. 3 reg. 2017/2394/UE, quelle infrazioni diffuse che abbiano arrecato, arrechino o possano arrecare un danno agli interessi collettivi dei consumatori in almeno due terzi degli Stati membri, che insieme rappresentino almeno i due terzi della popolazione dell'Unione), i singoli Stati nazionali sono altresì indirizzati a prevedere sanzioni “di tipo pecuniario”, che possono raggiungere livelli particolarmente elevati: fino ad un “importo massimo almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati” (art. 13, § 3, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE). E ciò, al fine

di “garantire che le sanzioni pecuniarie abbiano un effetto deterrente” (così il “considerando” n. 10 della direttiva 2019/2161/UE).

Ora, se il nostro legislatore trovasse il coraggio di discostarsi dalla prassi, purtroppo ormai ampiamente invalsa, di appiattirsi pedissequamente sul dettato della normativa europea, sostanzialmente riproducendone la formulazione testuale nella relativa legge di recepimento, margini molto ampi potrebbero essere utilmente sfruttati al fine di garantire che le sanzioni nei confronti del professionista che faccia ricorso ad una pratica commerciale scorretta risultino – come vuole l’art. 13, § 1, direttiva 2015/29/CE (sul punto testualmente riproposto dall’art. 3 direttiva 2019/2161/UE) – per davvero “effettive, proporzionate e dissuasive”.

Peraltro, anche in caso contrario, il recepimento dei “criteri comuni [...] di applicazione delle sanzioni” introdotti dalla direttiva 2019/2161/UE sarebbe destinato a non rimanere senza effetti.

Si pensi, ad es., alla previsione secondo cui sull’ammontare della sanzione pecuniaria che può essere irrogata al professionista ai sensi dell’art. 27, comma 9, c. cons., dovrebbero incidere – nel senso del suo contenimento – le “eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio” (art. 13, § 2 lett. b, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE): ora – quand’anche non avesse a definire il procedimento dall’AGCM avviato nei suoi confronti per pratiche commerciali scorrette attraverso gli strumenti degli “impegni” o dell’adesione all’iniziativa di *moral suasion* eventualmente posta in essere dall’Autorità – il professionista risulterà comunque incentivato ad assumere *del tutto autonomamente*, anche solo per un mero calcolo di convenienza, condotte volte ad eliminare o, quanto meno, a ridurre gli effetti negativi che la pratica, di cui si sospetta la scorrettezza, abbia concretamente prodotto nella sfera di singoli consumatori.

Ancor più incisivo potrebbe rivelarsi – “se i relativi dati sono disponibili” – il “criterio” secondo cui la sanzione dovrebbe mirare ad elidere “i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione” (art. 13, § 2 lett. d, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE); con ciò frustrando la principale delle motivazioni

che inducono il professionista a far ricorso ad una pratica commerciale scorretta²⁴.

Resta comunque il fatto che, finché la tutela degli interessi collettivi dei consumatori a non vedersi esposti a pratiche commerciali scorrette rimane affidata in via esclusiva – come oggi previsto dall’art. 27 c. cons. – all’AGCM, non appare ragionevole guardare a tale strumento come ad un baluardo di portata effettivamente generale.

L’esperienza insegna infatti che i procedimenti che l’Autorità riesce a concludere in materia di pratiche commerciali scorrette raggiungono a stento, annualmente, la soglia del centinaio²⁵. Tant’è che il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di [...] pratiche commerciali scorrette” la autorizza – “in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa” – da un lato, a non avviare istruttorie relativamente a “condotte isolate” e, da altro lato, a concentrare la propria attenzione solo su quelle “rientranti tra le priorità di intervento”, eventualmente “individua[te] con apposito atto” (art. 5, comma 1, lett. f, reg.). Ora, proprio la “scelta dell’Autorità, in un’ottica di efficienza ed efficacia, di

²⁴ Cfr. VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1182 s., secondo cui “l’unica regola che può contrastare la ricerca del profitto con modalità scorretta è quella di creare un costo che azzeri il potenziale profitto derivante dalla violazione di regole di tutela. Se i costi della violazione superano i profitti potenziali derivanti dalla stessa, l’impresa avrà un ‘comportamento virtuoso’, perché l’analisi del rapporto costi/benefici è l’unico che può determinare le sue scelte”. Le fa eco, da ultimo, FEBBRAJO, *op.cit.*, p. 75, il quale rimarca come, “per essere ‘dissuasivo’ un rimedio deve avere una funzione deterrente, deve, cioè, essere in grado di scoraggiare ulteriori violazioni della disciplina consumeristica. Ciò significa che un rimedio non può limitarsi a ripristinare la situazione precedente alla violazione, risarcendo la vittima. Il rimedio deve andare oltre, rendendo la violazione in qualche modo ‘antieconomica’ per il soggetto responsabile”.

²⁵ Premesso che l’AGCM fornisce solo dati aggregati che raggruppano indistintamente i procedimenti relativi a pratiche commerciali scorrette, violazione della disciplina *consumer rights*, clausole vessatorie e inottemperanze, i procedimenti istruttori definiti dall’AGCM sono risultati 89 nel 2019, 90 nel 2018, 117 nel 2017, 112 nel 2016, 123 nel 2015: cfr. le relative *Relazioni annuali sull’attività svolta* dall’AGCM nei singoli anni.

concentrare gli interventi sui casi che già *prima facie*, in fase di avvio, appaiono presentare una maggiore pericolosità [...], oltre che di focalizzare le istruttorie su condotte di particolare gravità”²⁶ – se, da un lato, si traduce in un numero percentualmente molto elevato di procedimenti che si concludono con l’accertamento della scorrettezza della pratica commerciale indagata²⁷ – finisce però, da altro lato, con il sanzionare gli esponenti della grande imprenditoria italiana e non solo (specie dei settori dell’energia, dell’industria, delle comunicazioni, del credito, delle assicurazioni, dei trasporti, della farmaceutica, dell’informazione, ecc.), ma quasi mai i piccoli e medi imprenditori, ovvero gli esercenti le professioni liberali.

6. Venendo, da ultimo, ai rimedi a disposizione del singolo consumatore che si ritenga vittima di una pratica commerciale scorretta, la direttiva 2019/2161/UE prevede – impregiudicata “l’applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell’Unione o del diritto nazionale” (art. 11 *bis*, § 2, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE) – che “i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi” (art. 11, § 1, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE).

Parrebbe, dunque, che il legislatore europeo indirizzi quelli nazionali all’adozione, a tutela dei singoli consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta, di rimedi *ad hoc*, che vengano ad aggiungersi a quelli “altri” di applicazione generale e che da questi dovrebbero distinguersi proprio per il fatto di essere calibrati per fronteggiare il fenomeno specifico delle pratiche commerciali scorrette.

²⁶ Così, testualmente, AGCM, *Relazione annuale sull’attività svolta* nell’anno 2017, cit., p. 196. Cfr. anche la *Relazione annuale sull’attività svolta nell’anno 2016*, p. 230.

²⁷ Sempre premesso quanto rilevato in apertura della precedente nota 25, in totale i procedimenti istruttori chiusi con l’accertamento di una violazione da parte del professionista sono risultati 71 nell’anno 2019 (su un totale di 89 procedimenti definiti), 63 nell’anno 2018 (su un totale di 90 procedimenti definiti), 90 nell’anno 2017 (su un totale di 117 procedimenti definiti), 93 nell’anno 2016 (su un totale di 112 procedimenti definiti), 104 nel 2015 (su un totale di 123 procedimenti definiti): cfr. le relative *Relazioni annuali sull’attività svolta* dall’AGCM nei singoli anni.

Tra questi, *in primis*, il “risarcimento del danno subito dal consumatore” (art. 11, § 1, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE). Rimedio, quest’ultimo, non certo originale, ma di cui il legislatore europeo sembra suggerire un adattamento alle caratteristiche peculiari delle pratiche commerciali scorrette.

Potrebbe essere l’occasione, per il legislatore italiano, di un intervento volto a risolvere normativamente i principali nodi che sin qui hanno dissuaso i nostri consumatori dal farvi più ampio ricorso: se la violazione del precetto secondo cui “le pratiche commerciali scorrette sono vietate” (art. 21, comma 1, c. cons.) costituisca sempre, *ex se*, un “illecito” idoneo a legittimare il risarcimento del danno che dovesse eventualmente derivarne (si pensi, ad es., ad una pratica commerciale sì “idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore *medio* che essa raggiunge o al quale è diretta”, ma che, nel caso di specie, raggiunga invece un consumatore *concreto* dotato di un livello di avvedutezza e/o esperienza ampiamente superiore alla media); se alla responsabilità dell’autore di una pratica commerciale scorretta trovi applicazione il regime della responsabilità contrattuale ovvero quello della responsabilità extracontrattuale (si pensi, ad es., alla pratica commerciale scorretta posta in essere da un soggetto diverso da quello che ha intrattenuto in via esclusiva i rapporti con il consumatore che agisce per il risarcimento; alla pratica commerciale scorretta posta in essere nei confronti non già di un consumatore determinato, bensì di una massa indeterminata di soggetti, non importa se consumatori o meno; alla pratica commerciale scorretta cui non faccia seguito la stipula, da parte del consumatore, di alcun contratto); se non sia opportuno un alleggerimento del gravoso onere probatorio che, stando almeno alle regole generali, dovrebbe gravare su chi esperisce un’azione risarcitoria²⁸; se, in particolare, un eventuale accertamento, da parte dell’AGCM *ex art. 27 c. cons.* ovvero dell’AGO *ex art. 80 sexiesdecies c.p.c.*, del fatto che una determinata pratica com-

²⁸ In questa direzione si è mosso, ad es., il D.Lgs. 19.1.2017, n. 3, con riferimento alle azioni risarcitorie da violazione del diritto della concorrenza.

merciale è stata effettivamente posta in essere da un determinato professionista, così come del fatto che la stessa deve ritenersi effettivamente “scorretta” ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. valga a esonerare il consumatore, che agisca per il risarcimento del danno che asserisca essergliene derivato, dal relativo onere probatorio²⁹; se non sia auspicabile agevolare la prova richiesta al consumatore in punto, da un lato, di nesso causale tra pratica commerciale scorretta e lesione del suo diritto all’autodeterminazione negoziale e, da altro lato, di nesso causale fra lesione del suo diritto all’autodeterminazione e danno concretamente derivatogli³⁰; se è risarcibile il solo danno patrimoniale, ovvero anche quello non patrimoniale; se, al fine di distogliere il consumatore da quella “apatia razionale”³¹ che sovente lo induce a non far valere i propri diritti quando l’entità del danno sofferto è sensibilmente inferiore ai costi necessari per intraprendere un’azione risarcitoria, non possa riuscire funzionale la previsione di una sorta di “risarcimento ultracompensativo”; ecc.

Quanto, infine, ai c.d. contratti stipulati “a valle” di una pratica commerciale scorretta³², il legislatore comunitario – sempre salva “l’applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell’Unione o del diritto nazionale” (art. 11 *bis*, § 2, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE) – parrebbe indirizzare i singoli Paesi membri all’adozione di strumenti “altri” (sia demolitori, ma anche manutentivi) rispetto a quelli già previsti in linea generale, determinandone

²⁹ V. in proposito, l’art. 7 D.Lgs. n. 3/17.

³⁰ V. in proposito, l’art. 14 D.Lgs. n. 3/17.

³¹ L’espressione è utilizzata da FEBBRAJO, *op.cit.*, p. 72 s.

³² Nel testo la locuzione contratto “a valle” viene impiegata in senso assolutamente atecnico per indicare sia il contratto che il singolo consumatore non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni diverse, se la sua “decisione di natura commerciale” non fosse stata concretamente condizionata da una pratica commerciale scorretta, sia il contratto che il consumatore ha stipulato in presenza – od anche in un ragionevole arco temporale successivo alla cessazione – di una pratica commerciale scorretta, a prescindere dal fatto che quest’ultima abbia o meno concretamente condizionato la “decisione di natura commerciale” assunta dal consumatore stesso.

“le condizioni per l’applicazione e gli effetti” (art. 11 *bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE, così come modificata dalla direttiva 2019/2161/UE).

Anche sotto quest’ultimo profilo lo scarso successo, che in questi anni ha arriso ai pur numerosi rimedi variamente accessibili ai consumatori che abbiano concluso un contratto “a valle” di una pratica commerciale scorretta³³, dovrebbe indurre il legislatore nazionale ad un sforzo di fantasia al fine di individuare uno strumento – agile, sicuro, automatico e non oneroso – di tutela, idoneo non solo a salvaguardare l’interesse del consumatore, ma – prima ancora – a rendere antieconomico per il professionista il ricorso ad una pratica commerciale scorretta³⁴.

Un’ultima notazione (ma non ultima per importanza).

Valori economici sovente modesti della materia del contendere, costi proporzionalmente molto elevati di un’azione giudiziale, necessità di munirsi di un avvocato, tempi lunghi di definizione del giudizio hanno sin qui scoraggiato i consumatori, che si ritengono lesi da una pratica commerciale scorretta, dal far valere i propri diritti individuali davanti all’AGO.

Di contro, negli stessi anni crescente successo sono andati conquistando sistemi di ADR, che – per indipendenza, imparzialità e professionalità dei propri componenti, competenza specifica nelle materie loro devolute, tempestività delle relative decisioni, efficienza organizzativa, onerosità contenuta – hanno fornito buona prova di sé.

Viene da chiedersi – e l’interrogativo dovrebbe utilmente porsi anche il nostro legislatore – se questa non sia una via utilmente percorribile anche con riferimento alle controversie individuali in materia di pratiche commerciali scorrette.

³³ In ordine ai rimedi variamente accessibili al consumatore leso da una pratica commerciale scorretta, sia consentito rinviare all’ampia disamina che ne ho fatto alla voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., p. 854 ss.

³⁴ Cfr. *supra*, note 9 e 17 e relativo testo.

GIUSEPPE GRISI
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi Roma Tre

LA QUARANTENA DEI CONTRATTI DI DURATA

SOMMARIO: 1. La forzata convivenza con il coronavirus. – 2. Verso l’uscita dal tunnel. Salute ed economia: un connubio difficile. – 3. Il coronavirus all’attenzione dei giuristi. – 4. Il COVID e il contratto di durata.

1. La forzata convivenza con il coronavirus.

Sono trascorsi due mesi e poco più da quando, l’11 marzo scorso, con inspiegabile ritardo, l’OMS ha dichiarato pandemia il COVID¹. Molti, all’epoca, non mostravano di aver colto la reale entità della minaccia, nonostante questa si fosse già da tempo manifestata, con livelli di diffusione e gravità dell’infezione veramente preoccupanti. Una maggiore tempestività nel lanciare l’allarme sanitario avrebbe consentito una reazione più pronta ed efficace, che purtroppo è mancata. Ci sarà tempo per valutare gli errori commessi e ricercare chi abbia colpe da scontare; ora, dopo il lungo periodo di clausura, da poco inaugurata la c.d. fase 2, ancora e chissà per quanto tempo alle prese con il quotidiano aggiornamento del conto delle vittime e dei danni che la pandemia ha provocato, tutti abbiamo contezza di avere a che fare con un virus duro a morire, la cui valenza pandemica non è solo apprezzabile sotto il profilo sanitario. Il COVID ha contagiato tutti e tutto: non si parla d’altro, non c’è sfera dell’esistenza umana – sia nella quotidianità che nella dimensione progettuale – sottratta

¹ Il 2020 è inoltrato, ma il richiamo all’anno di identificazione rende ragione della denominazione “COVID-19” coniata dall’OMS per indicare il coronavirus col quale siamo alle prese. Per semplicità lo chiameremo, più semplicemente, COVID, ma pure capiterà di far ad esso richiamo usando il termine generico “virus”.

alla sua pervasiva presenza. Di qui, l'idea che esso segni un confine, uno spartiacque nella nostra storia, che ci siano un "prima" e un "dopo" COVID non sovrapponibili, l'uno diverso dall'altro. Se così è, se è illusorio il recupero della preesistente "normalità", siamo nel pieno di un processo di cambiamento che dobbiamo, volenti o no, gestire ed è comprensibile che, al momento, sulla curiosità che spinge a immaginare scenari futuri, prevalgano il disorientamento e la preoccupazione generati dal fatto che, se del "prima" sappiamo tutto o quasi, del "dopo" – per dirla con il Magnifico – non v'è certezza. La convivenza impone, con intelligenza e lungimiranza, la ricerca di un equilibrio, perché, se siamo ospiti ideali per i virus, chi può, allo stato, giurare che un dopo COVID senza COVID o *similia* sia realmente all'orizzonte²?

2. Verso l'uscita dal tunnel. Salute ed economia: un connubio difficile.

Ho riflettuto sulla vicenda, che ha coinvolto me come tutti, da cittadino, da uomo preoccupato di comprendere cosa stesse accadendo e perché, e motivato a verificare quale sia la direzione del cambiamento indotto da un dramma così anomalo e inedito, se sia o

² Nel nostro continente e nell'opulento Occidente la tendenza ad esorcizzare le negatività e a «faire de l'homme un être sans souci, un être débarrassé de la détresse et du tragique, délesté du souci de l'âme» (REDEKER, *L'éclipse de la mort*, Paris, 2017) porta a dimenticare che, nel resto del mondo, malattie trasmesse da virus e altri invisibili organismi – che abbiamo debellato – mietono ancora centinaia di migliaia di vittime: è il caso della malaria o del morbillo che, tra l'altro, colpiscono in larghissima maggioranza bambini. Alla base di questo triste dato c'è l'insufficiente copertura vaccinale, più volte denunciata dall'OMS, fin qui senza ascolto. Il tempo ci dirà se il coronavirus, diffusosi in modo particolarmente violento proprio in Europa e negli USA, abbia risvegliato una sensibilità verso il problema; di certo, però, siamo ormai tutti avvertiti che, anche ammessa la definitiva sconfitta del COVID, altri virus, diversi da lui, sono in piena attività ed altri ancora, attualmente sconosciuti, potrebbero in futuro, senza preavviso, farsi vivi e provocare effetti anche peggiori di quelli, catastrofici, che stiamo purtroppo constatando. Inutile farsi illusioni. Se i fatti dimostrano che con la malaria e il morbillo il genere umano è destinato a convivere, lo stesso potrebbe rivelarsi vero anche per il COVID.

no plausibile credere che il virus possa aver stimolato dinamiche capaci migliorare noi e il nostro modo di vivere e di stare al mondo³. Torno ora a farlo in ottica diversa, spostando l'attenzione sul versante giuridico, anch'esso pandemicamente contagiato dal COVID.

Prendo le mosse da alcuni dati di contesto.

Non so se la “pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione”⁴, ma certo è profondamente mutato lo scenario entro il quale le dinamiche politiche ed economiche a livello globale si sviluppano e l'incertezza è calata sulla tenuta dei preesistenti equilibri⁵. Nella corsa al vaccino che si è scatenata a livello globale sono in gioco profitti astronomici e chi arriverà prima degli altri acquisterà una posizione di forza nello scacchiere geopolitico mondiale. Anche la globalizzazione è entrata in una fase nuova.

C'è, poi, sulla scena, un protagonista già noto, ma che mai aveva interpretato un ruolo tanto importante: alludo al bisogno di sicurezza della popolazione, spesso artificialmente indotto e strumentalmente sfruttato a vantaggio di cause poco nobili, ma questa volta alimentato da timori e paure fondati e avvertiti in modo così forte da rendere tollerabili, con rassegnata compostezza, anche limitazioni

³ Ho dato conto di questa riflessione in GRISI, *La lezione del coronavirus*, in *Jus Civile*, 1, 2020, p. 190 ss. e, provando a sintetizzarne l'esito, ho scorto, nascosta, nel terribile coronavirus, un'anima buona, che uscirà allo scoperto se, con intelligenza, noi tutti, governati e governanti, sapremo correggere e non ripetere errori fatti in passato e – così lo scritto si chiude – impegnarci «nella consapevole e matura accoglienza di una nuova “normalità”, nel quotidiano vivere e, in ogni campo, nell'economia, nella politica, nella società».

⁴ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 1, 2020, p. 5.

⁵ La pandemia, d'altronde, non ha colpito tutti allo stesso modo e diverse erano le condizioni economiche nei singoli Stati prima che insorgesse, sicché l'emersione di nuovi equilibri nei rapporti tra le grandi potenze economiche mondiali – ed anche nel contesto europeo – non è da escludere. Indicativo il fatto che gli USA, Paese con il più alto numero di contagiati e di vittime al mondo, con l'economia in difficoltà pari a quelle affrontate nel 1929 e la disoccupazione in crescita esponenziale, abbia ben presto avvertito la necessità di concentrare ogni sforzo sul rilancio della prima economia mondiale, varando, a questo fine, un piano – definito “storico” – da 2.000 miliardi di dollari. Che sia latente il timore di veder vacillare il primato, insidiato dalla Cina?

serie e prolungate nel tempo all'esercizio di libertà fondamentali scolpite nella carta costituzionale. La nostra salute ne ha beneficiato – il contagio si sarebbe, altrimenti, esteso – ma quel dato deve anche, in qualche misura, preoccupare, perché rivela nella popolazione la chiara propensione a riconoscere alla necessità di sentirsi al sicuro, protetta, il ruolo di valore dominante, capace di travolgere e relegare nell'irrilevanza tutti gli altri. Il COVID non ci ha dato il tempo per pensare: ci ha indotti a mettere in quarantena il cervello e a farci guidare dalle viscere, sicché, soggiogati dal timore e da intense emozioni mai prima d'ora provate, abbiamo indossato l'elmetto e ingaggiato la battaglia contro un nemico, sì invisibile e sconosciuto, ma reale, capace di farci del male. Abbiamo, pertanto, accettato, il *lockdown*⁶ senza colpo ferire⁷ e battuto le mani ai nostri governanti che, finalmente, mostravano, con i fatti, di essere dalla nostra parte, avendo compreso che la salute viene prima dell'economia. È stato giusto così questa volta, ma potremmo trarre dalla vicenda una lezione sbagliata se pensassimo che disattivare il cervello, in simili frangenti, sia la cosa opportuna da fare. Sui timori e sulle emozioni forti, sulle legittime e naturali aspirazioni del genere umano, da che mondo è mondo, menti perverse hanno speculato per manipolare le

⁶ Anche se, a quanto pare, in alcune zone del nostro territorio particolarmente ricche di insediamenti produttivi – come l'area bergamasca e bresciana – il rispetto delle drastiche misure restrittive è stato tutt'altro che rigoroso, ciò che probabilmente ha recato un contributo determinante al drammatico bilancio di contagi e di vittime che lì, più che altrove, si è registrato.

⁷ Mentre in alcuni Stati degli USA, tra cui California, Michigan, Ohio, Texas e New Hampshire, si sono avute manifestazioni di protesta contro il *lockdown*, ancorché animate da sparute minoranze sobillate dalla destra più oltranzista e incoraggiate – per malcelate ragioni di interesse politico – dal presidente Donald Trump. Anche in Germania i malumori sono sfociati in proteste di piazza. Da noi, solo qualche caso isolato di ribellione al *lockdown*: nessuna insofferenza si è palesata nella popolazione costretta alla chiusura. Rifletto e rilevo che siamo un popolo insofferente alle regole che ha, però, dura a morire, la tendenza a seguire senza discutere le direttive quando impartite da un "capo" riconosciuto. Solo ora, inaugurata la fase 2, il silenzio è rotto dalle voci al megafono dei "non garantiti", di chi vive in condizioni disperate e chiede risposte urgenti e degli sparuti gruppi di mestatori e nostalgici di ogni risma, immancabilmente pronti a speculare sulla confusione che regna per raggranellare consenso e guadagnare visibilità.

coscienze e perseguire fini spregevoli e inumani. Lo abbiamo sperimentato sulla nostra pelle nel secolo scorso, ma il rischio di derive autoritarie è ancora presente e proprio la vicenda COVID dimostra – Ungheria *docet* – quanto sia ancora attraente l’idea di approfittare dei momenti di più grave crisi per mettere in *stand by* la democrazia e lo stato di diritto. Siamo, dunque, esposti al rischio di ricadere nella trappola e dobbiamo impegnarci per far sì che non accada: il che significa rimettere ora in funzione il cervello e lasciarlo vigile anche in futuro, se una ripresa del contagio dovesse malauguratamente verificarsi o se – ipotesi ancor più sciagurata – si dovessero rivelare infruttuosi gli sforzi fatti per rimediare agli effetti devastanti prodotti dall’epidemia.

Health first and then the economy – come dirla alla Trump – ma per quanto? I tentennamenti del caso Ilva sembrano superati⁸ ed ora, superato il momento più critico, la fase 2 sembra dominata dalla ricerca affannosa di un contemperamento tra quegli stessi due termini che prima erano gerarchicamente ordinati. L’economia e il lavoro – com’era prevedibile – hanno alzato la voce. Il fermo imposto alle attività produttive ha penalizzato tutti⁹, ma non in egual misura. Per molte attività il *lockdown* ha segnato, senza appello, la fine: sofferenza per l’imprenditore, disoccupazione per le maestranze. Le disuguaglianze si sono accentuate¹⁰, la povertà era già un problema prima dell’insorgenza dell’epidemia e hai voglia a dire «Nessuno

⁸ Un dato, questo, da non sottovalutare. Com’è noto, infatti, quel caso – sviluppatosi attraverso numerosi passaggi, che hanno visto anche coinvolta la Consulta con sentenze del 9 maggio 2013, n. 85 e del 23 marzo 2018, n. 58 (entrambe in www.cortecostituzionale.it) che hanno suscitato discussioni (v. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte Costituzionale ci ripensa?*, in *Questione giustizia*, in www.questionegiustizia.it) – non è chiuso.

⁹ «Le conseguenze immediate di natura economica della pandemia hanno due origini: i cambiamenti nei comportamenti spontanei delle persone; i vincoli imposti dai governi nel tentativo di contenere la diffusione del contagio, in particolare attraverso la ‘chiusura’ delle attività che non consentono il necessario ‘distanziamento sociale’» (FRANZINI, *Il Covid-19 e le disuguaglianze economiche*, in *Questione giustizia*, in www.questionegiustizia.it).

¹⁰ Si veda FRANZINI, *op. loc. ult. cit.*, anche per le interessanti considerazioni sugli effetti che la pandemia potrebbe avere sulla disuguaglianza futura.

sarà lasciato solo»¹¹. Interventi di sostegno agli indigenti, alle famiglie e alle imprese non sono mancati, ma, un po' perché non proporzionati, un po' perché beneficiarne si è rivelato complicato e poco conveniente, un po' per altre disfunzioni, essi sono rimasti per troppo lungo tempo sulla carta mancando all'obiettivo di fornire un sollievo reale nel momento del maggior bisogno¹². Nuove povertà si sono aggiunte alle vecchie e, nella perdurante incertezza in ordine agli sviluppi sanitari della vicenda, tra polemiche e in un clima di latente confusione, ci si è trovati, di fronte ad un bivio, a dover scegliere quale strada percorrere¹³. Gestire la fase 2 – com'era prevedibile – si mostra compito assai più delicato e complesso che amministrare la fase 1. Alle successive fasi, per ora meglio non pensarci. Il dopo COVID che ci proponiamo di scrutare è quello rientrante nell'orizzonte del ragionevolmente prevedibile.

3. *Il coronavirus all'attenzione dei giuristi.*

Il cultore del diritto, quale che sia il settore scientifico di cui si occupa, è spinto dagli eventi a guardarsi intorno e a riflettere sugli

¹¹ Questo il messaggio, chiaro e rassicurante, che chi governa, in Italia e in Europa, ha lanciato nel pieno dell'emergenza sanitaria.

¹² Nel sito della Gazzetta Ufficiale (www.gazzettaufficiale.it) un link rimanda alla voce "Coronavirus" che raccoglie – con accesso libero e immediato – tutti gli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Trattasi di misure di varia natura, incidenti su piani diversi, opinabili quanto ad efficacia e rispondenza alla gravità della situazione (cfr. quelle al primo impatto prospettate da DI GASPARE, *Effetto domino del coronavirus sull'economia, alcune proposte di contrasto ad impatto immediato*, nella rivista elettronica *Amministrazione In Cammino*, 2020).

¹³ L'uscita dalla fase critica dell'epidemia stimola reazioni contrapposte: da un lato, il timore di una nuova diffusione del contagio consiglia prudenza e alimenta il bisogno di protezione; dall'altro, la condizione deprimente dell'economia spinge a vedere nella ripresa delle attività produttive la sola via d'uscita da una crisi che rischia, altrimenti, di palesarsi ancor più grave di quella che il coronavirus ha determinato, facendo emergere – in un clima di aperta e diffusa conflittualità – problemi seri per l'ordine pubblico e finanche per la tenuta democratica.

sviluppi della vicenda¹⁴. Sono innumerevoli i profili che colpiscono la sua attenzione e la dimensione pandemica dell'evento fa sì che il dibattito si sviluppi, intorno a temi in buona parte comuni, un po' dovunque nel mondo democratico.

L'epidemia è stata un trauma per tutti, ma i suoi effetti non si sono sparsi uniformemente sulla popolazione. I più poveri, gli emarginati, le persone vulnerabili – penso alle donne, ai minori, agli anziani, ai malati, ai disabili, agli stranieri, ai detenuti, agli *homeless* – hanno visto accentuata la loro fragilità, con conseguenze spesso drammatiche sulla qualità già scadente della loro esistenza e rischio accresciuto di vessazioni, abusi e violenze. Il grande tema della tutela dei diritti dei deboli – mai messo in archivio – torna prepotentemente sulla scena e reclama impegno e decisioni che uno Stato sociale avanzato e moderno non può rinviare. E le istituzioni, ad ogni livello, farebbero bene a non dimenticare che sulla povertà e sulla “debolezza” specula la criminalità organizzata, pericolosa come non mai nei periodi di forte crisi, più degli altri sollecita a rispondere al bisogno, pronta ad approfittarsi della semplificazione delle procedure che sarà necessario introdurre in alcuni settori cruciali per il rilancio degli investimenti pubblici e privati (appalti, edilizia, commercio, ecc.), che giocoforza determinerà un allentamento dei controlli¹⁵. Per ricucire le lacerazioni inferte al tessuto produttivo circolerà molto denaro e fare in modo che a beneficiarne sia solo l'economia legale sarà un banco di prova importante per le istituzioni, se intenzionate a conservare il “tesoretto” di credibilità che proprio la vicenda COVID ha loro consegnato.

Si è già segnalato come l'emergenza abbia imposto deroghe alla normalità costituzionale che, ben accette alla popolazione, qualche

¹⁴ Come fa, con il consueto acume, VETTORI, *op. loc. ult. cit.*, esprimendo l'auspicio – che non può che condividersi – che il dopo COVID-19 orienti «la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali oltre la contrapposizione fra assoluti (post-moderno e neo-realismo, legge e giudice, revisione o dissoluzione della positività del diritto)», facendo emergere con contorni più nitidi valenza e funzione dei «Principi costituzionali di inviolabilità, solidarietà, effettività».

¹⁵ Alcune misure di liberalizzazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi sono già state introdotte dall'art. 264 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (più noto come decreto rilancio).

critica hanno suscitato nell'ambiente scientifico¹⁶. Se con il coronavirus dovremo a lungo convivere, il rischio che la sospensione di diritti e libertà perduri si fa serio e non è detto che a scongiurarlo basti la saggia amministrazione di logiche di bilanciamento tra valori equiordinati. Le polemiche che già si sono scatenate¹⁷ potrebbero pericolosamente moltiplicarsi, creando un clima di scontro sociale arduo da gestire. Il dinamismo del settore privato nella ricerca di vie che consentano la ripresa dell'attività contrasta con l'acquiescenza che sembra prestare il settore pubblico alla conservazione di strumenti ed approcci adottati nella fase più critica dell'epidemia¹⁸. I terreni qui solo sommariamente individuati daranno da pensare anche quando la pandemia sarà alle spalle.

Sono intervenuti fatti nuovi che hanno, in qualche misura, alterato gli equilibri istituzionali preesistenti, ponendo all'ordine del giorno questioni che andranno attentamente sottoposte a vaglio. Accenniamo ad alcune. Nella gestione della crisi, messo un po' in disparte il Parlamento, si è accentuata la centralità del Governo, che ha generato malumori, ma ha anche reso ai cittadini tangibile – ed era un po' che non accadeva – la presenza dello Stato, avvertita come necessaria ed insostituibile. Si è percepita più nitidamente anche l'importanza del ruolo del Presidente della Repubblica, bene esercitato nella fattispecie anche con messaggi chiari ed efficaci che hanno testimoniato vicinanza alle sofferenze e ai disagi patiti dalla popolazione. Anche le Regioni sono state protagoniste sulla scena – forse più di

¹⁶ Per un'efficace ricognizione sui dubbi di conformità alla Costituzione delle misure adottate, nonché sull'«accentramento decisionale in capo ad un uomo solo al comando» e sulla «assenza anche fisica del nostro organo rappresentativo per eccellenza», v. FILICE e LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, in www.questionegiustizia.it.

¹⁷ Quale – ad esempio – quella che ha investito la libertà di culto, compresa da provvedimenti che hanno impedito lo svolgimento di funzioni religiose nelle chiese e precluso ai fedeli di riunirsi per pregare; provvedimenti, da alcuni vescovi giudicati arbitrari e propri di un regime dittatoriale, forse anche per finalità ulteriori e non manifestabili in modo aperto, legate all'alimentazione di un clima di ostilità verso l'attuale pontificato, cui molti, nell'apparto ecclesiastico, addebitano la volontà di distruggere la Chiesa.

¹⁸ Si veda TORCHIA, *Ma lo Stato quando riapre?*, in *Astrid*, in www.astrid-online.it.

quanto avrebbero dovuto e potuto – quelle del nord con una visibilità maggiore, per ragioni che è facile intuire. L'art. 117 Cost., da un lato, affida alla legiferazione dello Stato, in via esclusiva, «la profilassi internazionale» e la determinazione, in maniera omogenea sull'intero suo territorio, «dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», comprese quelle rese dal sistema sanitario e, dall'altro, pone la tutela della salute nel novero delle materie di legislazione concorrente statale e regionale. L'intersecarsi delle due competenze, che è fonte di problemi in periodi normali, ne ha determinati di ancor più seri e spinosi in fasi eccezionali quale quella che stiamo attraversando: il disaccordo tra governo centrale e locale circa le decisioni da assumere è spesso affiorato¹⁹, sicché – come ciclicamente accade – sono tornati a galla i limiti della riforma attuata nel 2001 del Titolo V della Costituzione, ritenuta, anche in prospettiva, non idonea a garantire il rilancio dei settori in maggiore difficoltà, primo fra tutti il turismo²⁰. Del pregiudizio antiregionalista – duro a morire – e di federalismo sentiremo, con ogni probabilità, ancora parlare; e ci sarà, probabilmente, lavoro da sbrigare per la Corte Costituzionale.

Osservando, in particolare, l'elezione del d.p.c.m. a strumento privilegiato per l'introduzione di regole anche fortemente limitative di libertà fondamentali costituzionalmente riconosciute, è balzato

¹⁹ E ha assunto, talora, toni di aperto scontro: basti ricordare l'ordinanza della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37 che ha «consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto» in contrasto con quanto stabilito dal d.p.c.m. del 26 aprile 2020, che il Ministro degli Affari Regionali, d'intesa con la Presidenza del Consiglio, ha impugnato innanzi al TAR della Calabria, Sezione di Catanzaro, con ricorso depositato il 4 maggio 2020. Molti sindaci calabresi, peraltro, non condividendo quell'ordinanza, avevano tempestivamente emanato provvedimenti che ne prevedevano la disapplicazione.

²⁰ Ricordiamo che il turismo, ancorché oggetto di un codice approvato con atto avente forza di legge dello Stato, è materia di esclusiva competenza regionale; lo Stato conserva voce in capitolo nella materia (v. GRISI e S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, Torino, 2018, p. 20 ss.), ma non così energica come sarebbe – secondo molti – auspicabile per garantire migliori prospettive di sviluppo ad uno dei settori strategici trainanti la nostra economia. Ora che, nel dopo COVID, diventerà essenziale salvare il turismo dal baratro in cui è precipitato, questa istanza si è manifestata ancora più pressante.

all'attenzione l'impatto della normativa dell'emergenza sulla teoria e sul sistema delle fonti del diritto, oggetto a caldo di analisi approfondite²¹ che, anche a freddo, non mancheranno di alimentare il dibattito, vivace pure tra i comparatisti. Anche su questo fronte, il giudice costituzionale sarà probabilmente chiamato a dire la sua.

In *stand by* sono stati non solo i cittadini, ma anche l'amministrazione della giustizia, ordinaria e amministrativa, che, già alle prese con mille problemi, dovrà fronteggiarne l'inevitabile aggravamento e dar soluzione alle nuove disfunzioni, anche determinate da provvedimenti assunti nell'emergenza che molto fanno discutere²² e dalla ingente mole del contenzioso che, prevedibilmente, la vicenda COVID-19 scatenerà²³.

La c.d. fase 2 – quella della progressiva ripresa, su larga scala, delle attività produttive – sembra connotata, sul fronte penale e civile, dalla corsa agli “scudi”, all'introduzione cioè di regole iperprotettive per categorie di soggetti che, sulla scorta di motivazioni diverse, si vorrebbero sottrarre all'applicazione delle vigenti discipline che governano la responsabilità. A giustificazione è, fondamentalmente, addotta la condizione di emergenza in cui quei soggetti sono stati e si trovano costretti ad operare, che renderebbe ragionevole – e a detta di taluno, doveroso – assicurare loro, se non la totale impunità, un'area ampia di immunità dalla sanzione; ciò potrebbe, altresì, servire ad alleggerire il contenzioso. Anche questo è un terreno

²¹ Sull'argomento – e non solo – v. pubblicato in *Consulta OnLine*, 2020 (nel sito www.giurcost.org), LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, vol. II, 2020, p. 9 ss.

²² Si pensi, ad esempio, con riferimento al processo amministrativo, alla “sospensione mutilata” dei termini processuali disposta dall'art. 36 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 e alla disciplina della discussione orale di cui al d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (su cui, criticamente, SANDULLI, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *Giustizia insieme*, in www.giustiziainsieme.it).

²³ Già ora, di fronte ai giudici amministrativi, pendono ricorsi alimentati dal protagonismo delle Regioni e dalle drastiche e – in molti casi – poco chiare limitazioni imposte per contenere l'epidemia. Facile prevedere che il contenzioso andrà aumentando. Per la celere definizione e per il contenimento della durata dei procedimenti giudiziari pendenti, l'art. 255 del d.l. 34/2020 ha previsto assunzioni di personale a tempo determinato anche in sovrannumero rispetto all'attuale dotazione organica e alle assunzioni già programmate.

aperto di discussione, come lo è stato in passato in relazione ad evenienze diverse da questa, tra linee di pensiero discordanti sull'opportunità di assecondare questo sviluppo ed anche sul *quomodo*.

Hanno timore di andare incontro a responsabilità le categorie produttive – imprenditori, commercianti, ecc. – che, dopo la chiusura, riprendono le attività e tornano ad ospitare nei loro locali personale, maestranze e clientela, che vanno protetti dal contagio finché il coronavirus è in circolazione. Il legislatore dell'emergenza ha provveduto – come aveva già fatto in precedenza – a depenalizzare le violazioni delle disposizioni contenute nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33, che disciplinano la riapertura degli esercizi imponendo, pena la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza, l'osservanza «dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali», destinati ad applicarsi in assenza di quelli regionali²⁴. Protocolli e linee guida proliferano²⁵ e *ça va sans dire* che le prescrizioni in essi contenute finiranno per avere un peso rilevante – se non assorbente – nel giudizio di responsabilità.

La salute è un bene primario e – come consacrato nell'art. 32 Cost. – costituisce impegno della Repubblica la sua tutela. Nella vicenda COVID troppe cose non sono andate per il giusto verso, sia prima che l'epidemia insorgesse, sia nella gestione dell'emergenza

²⁴ Si veda l'art. 2 del d.l. 33/2020, che fa richiamare in applicazione la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000.

²⁵ Basti far richiamo, per averne contezza, alle disposizioni del d.p.c.m. 17 maggio 2020 e agli allegati (tra i quali una specifica segnalazione merita quello distinto con il n. 17, che riporta le linee-guida per la riapertura delle attività economiche e produttive elaborate della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020). Linee-guida e protocolli sono, ivi, richiamati al rispetto in relazione alla graduale ripresa delle attività sportive competitive – professionistiche e non – di base e delle attività motorie presso palestre, piscine, centri e circoli sportivi, per l'organizzazione dell'attività degli spettacoli, per lo svolgimento di funzioni religiose, per lo svolgimento delle attività commerciali al dettaglio, di ristorazione, inerenti ai servizi alla persona e agli stabilimenti balneari, per il settore dei trasporti, anche pubblici di linea, e della logistica, ecc.

in atto, sia nella fase successiva. Molti gli errori, le leggerezze, le sottovalutazioni da parte dei decisori e molti, troppi, i morti e le persone mal curate, negli ospedali e fuori, che chiamano in causa un sistema sanitario nazionale rivelatosi inefficiente e incapace di rispondere adeguatamente all'aggressione del virus. Tra i deceduti e i contagiati c'è anche un gran numero di medici ed operatori sanitari – ospedalieri e non – costretti a lavorare senza idonei dispositivi protettivi o in condizioni ambientali di grave rischio per la loro salute. Il quadro operato è sommario²⁶, ma dà il senso dei danni che possono essersi prodotti²⁷ e dare adito ad un contenzioso tanto vasto quanto delicato da gestire; comprensibili, dunque, gli interessi, molteplici, che spingono a disincentivarlo, con misure volte, più che a ridurre lo spazio per l'affermazione della responsabilità, ad evitare la soggezione a procedimenti civili o penali. La legge Gelli-Bianco, intanto, è già nel mirino e si annunciano novità significative da apportare, in particolare, al sistema binario delineato nell'art. 7 concernente la responsabilità professionale dei sanitari²⁸. È già cosa fatta, invece, l'introduzione – ad opera dell'art. 91, comma 1, del d.l. 18/2020 –

²⁶ E si può dare per certa la confluenza in esso di casi che oggi sfuggono all'immaginazione. Delle iniziative giudiziarie già promosse o promovende negli USA e altrove contro la Cina – cui si addebita di aver nascosto l'emergenza nelle prime fasi permettendo al COVID di dilagare – attendo con curiosità l'esito: notizia recente, da noi, la promozione, da parte del Distretto turistico delle Dolomiti bellunesi contro il Ministero della Sanità della Repubblica popolare cinese, di una causa per danni legati, oltre che alle disastrose conseguenze della chiusura anticipata imposta in piena stagione turistica alle strutture del comparto, al blocco della realizzazione dell'aeroporto di Cortina d'Ampezzo progettato in previsione delle Olimpiadi invernali 2026.

²⁷ È prematuro, sul punto, trarre conclusioni. Le cose vanno via via precisandosi, poiché sulla natura del COVID e sui suoi effetti si vanno acquisendo sempre nuove informazioni: ad esempio, è, da poco, emerso che l'infezione non è localizzata ai polmoni, ma si estende all'intero organismo, provocando lesioni di natura permanente.

²⁸ Se ne è già ventilata l'introduzione in sede di discussione relativa alla conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (avvenuta, con modificazioni, con la legge 24 aprile 2020, n. 27), ma – come segnala SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in *Questioni giustizia*, in www.questionegiustizia.it – gli «emendamenti sono stati ritirati ed è stato proposto un ordine del giorno che impegna il governo a occuparsi della materia in futuri provvedimenti normativi». A giudizio dell'A., peraltro, detti

nell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13) del comma 6 bis, che, all'evidente scopo di attenuare la rigidità della regola a forte impronta oggettiva trasfusa nell'art. 1218 c.c., impone al giudice, sempre e comunque, di valutare il «rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto [...] ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Ma il dopo COVID vedrà aumentare la platea dei debitori non in grado di riassorbire gli effetti disastrosi della pandemia e per molti di essi, inadempienti «di necessità»²⁹, sarà utile valorizzare il contatto tra l'art. 1218 c.c. e l'art. 1256, comma 2, c.c.³⁰ per poter beneficiare della sospensione

emendamenti, nella gran parte, eludevano il vero tema, trattandosi non «di creare un coacervo di norme derogatorie che li preservino da una soccombenza o da una condanna, in casi che già alla luce dell'applicazione rigorosa delle norme attuali verrebbero giudicati con ogni probabilità a loro favore: ma di sollevarli il più possibile dal gravoso impatto prodotto su di loro *non dall'esito finale bensì dalla sottoposizione a procedimenti civili o penali*» (SCODITTI, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione giustizia*, in www.questionegiustizia.it).

²⁹ Ho coniato questa figura in GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in ID. (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, p. 281 ss., ipotizzando che circostanze di particolare gravità – tale era, allora, il dissesto economico, obiettivamente registrabile, legato agli effetti della pesantissima crisi scoppiata nel 2007/2008 – potessero dar luogo ad impossibilità temporanea di adempiere, cui va riconosciuta «una peculiare valenza, in quanto, a differenza delle consorelle [impossibilità definitiva e impossibilità parziale: *n.d.r.*], non si trova in relazione con la prestazione, bensì con l'adempimento» (ID., *op. ult. cit.*, p. 309). Dissi, allora, che «non è da escludere che l'inadempimento di necessità rilevi anche fuori delle attuali particolari contingenze» e siccome l'epidemia da COVID – definita da Mario Draghi in un articolo pubblicato dal *Financial Times* alla fine del marzo scorso una «tragedia umana potenzialmente di proporzioni bibliche» – si prospetta di gravità ancor maggiore rispetto alla crisi cui dianzi si è accennato, la costruzione torna utile oggi anche per scongiurare, come allora, l'abbandono dei debitori che versino, loro malgrado, in difficoltà alla disperazione, che li porta sovente nelle grinfie di usurai e criminali senza scrupoli.

³⁰ Contatto, «peraltro asseverato dalla lettera della disposizione da ultimo citata, che [...] chiaramente rivela come essa, a dispetto della sua collocazione, ruoti

dell'obbligo di prestazione con esenzione della responsabilità da ritardo.

Quanto appena detto rivela un punto di impatto del COVID su una categoria cardine del diritto privato, cioè a dire sulla responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale. Ma anche le altre sono investite.

La persona, implicata nelle considerazioni *supra* svolte, è al centro in molti altri risvolti della vicenda COVID che invitano a riflettere sulla vita³¹, che non sopporta graduazioni di valore, sulla morte e sul morire³², su salute ed autodeterminazione, sul rapporto tra pazienti e sanitari, sulla prestazione del consenso informato, sulla tutela della privacy³³, sui rapporti fra individuo e comunità³⁴, sulla solidarietà, sull'importanza della coesione sociale, su libertà e dimensione collettiva e “partecipativa” della persona.

nella sfera della responsabilità per inadempimento del debitore» (GRISI, *op. ult. cit.*, p. 307 s.).

³¹ Ne dico una, al riguardo. Sospetto che il collasso delle strutture sanitarie lombarde nella fase acuta della pandemia abbia determinato l'impossibilità di assicurare a tutti – pazienti COVID e non – le migliori cure oggettivamente praticabili e imposto l'applicazione di criteri selettivi che hanno penalizzato i pazienti con minori probabilità di sopravvivenza. Se così è, se si è accreditata una graduazione di valore della vita, non siamo, forse, al cospetto di una discriminazione, oltre che giuridicamente, eticamente inaccettabile e indegna di un Paese che si professa civile e progredito?

³² Che – come precisa PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 390 – sono concetti non equipollenti.

³³ Si veda POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 31 ss., anche per le considerazioni espresse con riguardo alla vicenda relativa all'impiego della app di tracciamento denominata “Immuni”.

³⁴ Ad essi fa richiamo VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 1, 2020, p. 5, quale oggetto di ripensamento indotto dalla «emergenza economica di portata epocale».

Che dire, poi, dell'impresa, della concorrenza e del lavoro: ambiti in cui la pandemia ha innescato processi di trasformazione la cui portata, già ora apprezzabile³⁵, si rivelerà probabilmente ancor più significativa in futuro³⁶. E chissà che l'introduzione di più drastiche misure di sicurezza e protezione delle maestranze non riesca a far scendere il numero dei morti sul lavoro. Occorrerà fare i conti con situazioni di insolvenza e di crisi difficili da gestire tramite la ristrutturazione dei debiti e reale è il rischio che il ricorso alla liquidazione aumenti: sarà un test importante per la nuova normativa in materia di crisi di impresa e di insolvenza, che per effetto dell'art. 5 del d.l. 23/2020 ha visto differita al primo settembre dell'anno venturo l'entrata in vigore.

I provvedimenti adottati per far fronte all'esigenza di contenimento del contagio hanno comportato limitazioni anche all'esercizio del diritto di proprietà e sarebbe interessante riflettere su come essi – penso, soprattutto a quelli che ci hanno a lungo costretti alla chiusura nei nostri appartamenti, nei centri urbani per lo più ricompresi in contesti condominiali – possano aver cambiato i rapporti di vicinato, facendo insorgere contrasti³⁷ o alimentando dinamiche positive, relazioni di confidenza, di amicizia e cooperazione³⁸. Sono processi di trasformazione, messi in moto dall'emergenza sanitaria, in apparenza poco rilevanti, ma che di nascosto e in profondità possono lasciare il segno e indurre cambiamenti nel modo di essere – oltre che di comportarsi – di ciascuno di noi.

³⁵ Si pensi, ad esempio, alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e allo *smart working*, impiegati con buoni risultati nel periodo dell'emergenza.

³⁶ Accelerare il processo di digitalizzazione può essere la chiave di volta per ridare ossigeno a settori portanti dell'economia – si pensi al turismo – letteralmente messi in ginocchio dall'epidemia e dalle prospettive di ripresa incerte e legate verosimilmente a tempi assai lunghi.

³⁷ Stare sempre in casa aumenta i rumori molesti e, se non aumenta anche il grado di tolleranza, il problema può diventare serio. Lo *smart working* e, quindi, il bisogno di trovare la concentrazione necessaria per poter assolvere al meglio ai propri compiti, può rendere più insofferenti.

³⁸ L'aiuto fornito al vicino anziano per fare la spesa, la creazione di micro-comunità per il rifornimento alla fonte e – come si suol dire – a Km. 0 di prodotti alimentari o di altro genere

Resta fuori dalla rassegna delle categorie del diritto privato sin qui scrutinate il contratto, al quale vogliamo dedicare la parte finale di questo scritto.

4. *Il COVID e il contratto di durata.*

Il contratto, espressione dell'autonomia privata, è un universo complesso e, sul suo terreno, l'incrocio con il COVID è frequente e gli spunti di riflessione non mancano.

Ad un'osservazione d'insieme, non sfugge l'identificazione dell'irruzione violenta ed improvvisa dell'epidemia quale evento che richiama in applicazione gli istituti della risoluzione per impossibilità della prestazione (artt. 1463 e 1464 c.c.), della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.) e – perché no – anche della presupposizione e della rinegoziazione: d'altronde, che essa sia in grado di scompaginare l'assetto di interessi realizzato è lapalissiano. Ma un cenno è doveroso anche al ruolo che possono giocare «le clausole di buona fede (art. 1337, 1375 c.c.) il dovere costituzionale di solidarietà economica (art. 2 Cost.), il principio di effettività (art. 24 Cost.)³⁹».

Detto questo, per evitare approcci generici o generalizzanti, è opportuno restringere il campo. Può essere, allora, buona regola valutare l'impatto del COVID in relazione a singoli casi⁴⁰, tutt'al più raggruppabili in categorie per via della valorizzazione di alcuni elementi comuni.

L'epidemia pone un problema di gestione del rischio della sopravvenienza⁴¹ e, allora, sollecitato dalla recente rilettura di un classico studio che col tema ha a che fare⁴², ho pensato di eleggere a

³⁹ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, n. 2020/1, p. 7.

⁴⁰ Un esame dettagliato ed esaustivo della casistica sarebbe, in questa sede, impossibile.

⁴¹ Ovvero – per dirla con ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 200 – di «controllo di funzionalità dei contratti» mediante «regole di buon funzionamento del mercato» che «documentano il ruolo del contratto quale strumento essenziale per la gestione di un'economia capitalistica».

⁴² Alludo a quello di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

terreno di osservazione quello dei contratti di durata⁴³ e, in quest'ambito, di prendere in considerazione, paradigmaticamente, due ipotesi⁴⁴: un contratto ad esecuzione differita (acquisto in prevendita di un biglietto per assistere ad uno spettacolo teatrale) e un contratto ad esecuzione continuata – destinato, per sua natura, a proiettare i suoi effetti nel tempo, ancorché non in perpetuo – qual è, a mio parere, la locazione⁴⁵. Non le ho prese a caso: entrambe sono in connessione con la stessa vicenda⁴⁶, ma l'una emblematicamente rivela il sopravvenire di un evento che «scompagina il contratto rendendolo improseguibile», l'altra un accadimento che non stravolge «il senso del contratto in maniera irrimediabile»⁴⁷, ma lo pone – potremmo dire – in quarantena.

I drastici provvedimenti restrittivi correlati all'epidemia possono aver impedito lo svolgimento di uno spettacolo – quale che sia il genere – per assistere al quale Tizio ha già da tempo acquistato il biglietto. Entra qui in gioco il doveroso rispetto di misure adottate a

⁴³ Che è espressione il cui significato è stato variamente colto (cfr. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss. e p. 227 ss.; ID., *I contratti di durata*, *ivi*, 1944, p. 17 ss.; LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 501 ss.; LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012, p. 12 ss.; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 6 ss.). Impiegherò quello accreditato da ROPPO, *op. cit.*, p. 232 che considera “di durata” i contratti «nei quali [...] la completa esecuzione del contratto non segua immediatamente la sua conclusione, ma ne sia separata da un intervallo di tempo» e, dunque, sia quelli ad esecuzione continuata e periodica, sia quelli ad esecuzione differita. D'altronde – come precisa FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, p. 79 – «il problema della modificazione di circostanze rilevanti [...] si pone [...] in via generale, ogni qual volta sussista un intervallo temporale (per quanto minimo) tra conclusione del contratto e sua esecuzione».

⁴⁴ Che rinviano a due tipologie contrattuali che «si distinguono proprio per la diversa rilevanza che in ciascuna di esse assume il fattore tempo» (FICI, *op. cit.*, p. 86).

⁴⁵ Come rilevato da LUMINOSO, *op. cit.*, p. 509 ss., della qualificazione in termini di “contratti di durata” di locazione, comodato e anticresi si discute.

⁴⁶ «L'unica categoria contrattuale estranea a tale problematica [quella della gestione delle sopravvenienze: *n.d.r.*] è quella dei contratti ad esecuzione istantanea ed immediata» (FICI, *op. cit.*, p. 92).

⁴⁷ Le espressioni riportate tra virgolette sono tratte da NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 846.

tutela della salute pubblica – il c.d. *factum principis* – che si palesa ostacolo insuperabile all'esecuzione della prestazione e determina, quindi, l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta della medesima non imputabile e – trattandosi di impossibilità totale – la «automatica risoluzione del contratto [...] anche senza domanda di parte»⁴⁸ e «senza bisogno [...] di intervento del giudice»⁴⁹. Dunque Tizio dovrà essere rimborsato e la strada per ottenere il risultato è quella indicata dall'art. 1463 c.c.⁵⁰ che preclude alla parte liberata di «chiedere la controprestazione» o di trattenere quella che abbia già ricevuta, la quale va restituita secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebitato. L'ha seguita anche il legislatore dell'emergenza, il quale, con l'art. 88, comma 2 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ha stabilito che a decorrere dalla data di adozione del d.p.c.m. 8 marzo 2020, «ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura»⁵¹; del rimborso si è, poi, occupato nel comma 3 e, discostandosi dalla disciplina prevista nel richiamato art. 1463 c.c., ha imposto al venditore, in riscontro all'istanza dell'acquirente, di provvedere «entro trenta giorni [...] all'emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione». Dunque, i contratti sono risolti *ex art.* 1463 c.c., ma inutile rilevare che

⁴⁸ BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 373.

⁴⁹ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 654.

⁵⁰ «Al centro di queste ipotesi [quelle contemplate negli artt. 1463 e 1464 c.c.: *n.d.r.*] non sta [...] una generica figura di impossibilità, sibbene la figura della liberazione dipendente dall'impossibilità, regolata dagli artt. 1256 e 1258» (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 652).

⁵¹ La disciplina copre pure coloro che avevano acquistato pacchetti turistici e programmato soggiorni. La risoluzione, infatti, opera, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c., anche con riguardo «ai contratti di soggiorno per i quali si sia verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6»: così esordisce l'art. 88, comma 1, d.l. 18/2020, estendendo l'applicazione a tali contratti delle disposizioni di cui all'art. 28 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9.

l'emissione del voucher, per di più a validità limitata, non è certo assimilabile alla restituzione della somma ricevuta, sicché a materializzarsi è un vantaggio – probabilmente immeritato – per il venditore⁵².

La l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. appena citato, vi ha introdotto l'art. 88 bis per disciplinare il rimborso dei titoli di viaggio relativi a «contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne o terrestre», nonché a contratti di soggiorno e di pacchetto turistico⁵³, anche conclusi da soggetti non infettati dal COVID⁵⁴, stabilendo che, sempre ai «sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta» e che il «rimborso del corrispettivo versato per il viaggio e per il soggiorno» può essere surrogato – a quanto pare a scelta del vettore o della struttura ricettiva – dalla «emissione di un

⁵² Difficile considerare il voucher una modalità diversa di rimborso integrale: il primo, in realtà, è un surrogato del secondo. Chiaro è che la disciplina penalizza l'incolpevole acquirente del titolo – lo spettatore o l'amante dell'arte interessato a visitare il museo – che potrebbe non avere voglia o tempo di utilizzare il voucher; un trattamento, questo, che non sembra ragionevole, né giustificabile richiamando logiche di bilanciamento tra interessi, in quanto quelli della gran parte degli altri soggetti coinvolti e pregiudicati dall'annullamento dello spettacolo o della mostra – impresari, organizzatori, maestranze, ecc. – godranno, verosimilmente, di una qualche copertura, per via dell'operatività di meccanismi assicurativi o di ammortizzatori sociali.

⁵³ Il legislatore era già intervenuto, con l'art. 28 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, per disciplinare il rimborso dei titoli di viaggio e di pacchetti turistici. Il d.l. 9/2020 non è stato convertito in legge, pur restando validi gli atti ed i provvedimenti adottati e salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base di esso (v. il Comunicato del Ministero della Giustizia pubblicato nella G.U. del 2 maggio 2020 che informa dell'abrogazione di detto d.l. e dei dd.ll. nn. 11 e 14 del 2020 ad opera dell'art. 1, comma 2, l. 27/2020 di conversione del d.l. 18/2020).

⁵⁴ Si fa, infatti, riferimento anche alle persone «che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio» o che avevano in progetto di partecipare «a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati».

voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione»⁵⁵. La facoltà di scelta – stando a quanto previsto dal comma 11 – è operativa in relazione a tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui trattasi «instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale [...] quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19» e, come precisa il comma 12, la «emissione dei voucher previsti dal presente articolo assolve i relativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario».

Senza entrare nel dettaglio, trattasi di disciplina che, poco attenta alle peculiarità dei casi assunti in considerazione e alle differenze, si mostra – ad un giudizio sommario – alquanto confusa e non poco sbilanciata a favore della parte “professionale” del rapporto – organizzatori di viaggi e prestatori di servizi – ritenuta, più del viaggiatore, bisognosa di un sostegno perché fortemente indebolita e a corto di liquidità in conseguenza dell'epidemia. Evidentemente, l'urgente

⁵⁵ Già l'art. 28 del d.l. 9/2020 aveva dato ingresso al binomio rimborso/voucher e suscitato problemi interpretativi e di coordinamento con la disciplina del codice del turismo, in particolare quella concernente il recesso. Non si può dire che l'art. 88 bis li abbia risolti; ora è, però, chiara l'introduzione di una normativa sul recesso diversa e alternativa a quella del cod. tur. e non coerente con le normative europee di settore. La scelta – che tale è, in pratica, solo sulla carta – tra il rimborso del corrispettivo versato e l'emissione di un voucher è data dal comma 4 anche al vettore che eserciti il diritto di recesso a fronte dell'impossibilità di eseguire prestazioni «in ragione di provvedimenti adottati [...] a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Il comma 5, nell'eventualità di sospensione o cessazione in tutto o in parte dell'attività delle strutture ricettive dovute alla stessa causa, offre la possibilità di offrire «all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procedere al rimborso del prezzo o, altrimenti», all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione; e la stessa disciplina, a norma dei commi 6 e 7, si applica sia al recesso dai contratti di pacchetto turistico esercitato dal viaggiatore, sia al recesso esercitato dall'organizzatore, in alternativa a quella – facente richiamo al rimborso integrale dei pagamenti – fatta propria dall'art. 41 cod. tur. Nei casi da ultimo considerati, il comma 9 prevede che «il vettore e la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato in favore del soggetto dal quale hanno ricevuto il pagamento oppure all'emissione in suo favore di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione».

necessità di apprestare una disciplina che consentisse, nell'infuocato clima dell'emergenza, di semplificare la procedura del rimborso, ha partorito regole che maldestramente esprimono il tentativo di non privilegiare uno tra gli interessi in ballo e generano fondate perplessità – e finanche dubbi di legittimità costituzionale – che la non casuale autoproclamazione delle disposizioni contenute nell'art. 88 bis quali «norme di applicazione necessaria» ai sensi dell'art. 17, l. 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 9, Reg. (CE) 593/2008 non riesce a dissipare. Sta di fatto che i viaggiatori sono – in definitiva – privati del diritto al rimborso in denaro che la normativa nazionale (di derivazione eurounitaria) e la disciplina dell'Unione Europa sui diritti dei passeggeri riconosce e, allo stato, neanche è loro concesso di esercitare quel diritto ove alla scadenza del voucher non abbiano usufruito del medesimo⁵⁶.

Le ipotesi qui considerate sono caratterizzate dall'esistenza di una decisione imperativa dell'autorità che precluda l'adempimento, lo renda oggettivamente inesequibile. Ma l'evento epidemico può solo scoraggiare o sconsigliare l'adempimento, che non risulta oggettivamente impedito: diventa, allora, inappropriato far richiamo all'impossibilità della prestazione? Un caso emblematico è quello trattato

⁵⁶ Questa – come si evidenzia nella Raccomandazione (UE) 2020/648 della Commissione del 13 maggio 2020, relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19 – è una delle correzioni da introdurre per rendere compatibile con il diritto dell'UE la disciplina che, nelle condizioni emergenziali date, trattandosi di «attenuare i problemi di liquidità dei vettori e degli organizzatori» può al più puntare a rendere «i buoni più attraenti, come alternativa al rimborso al denaro» per i passeggeri o i viaggiatori. Segue le linee della Raccomandazione la segnalazione ST23 inviata dall'AGCM ai Presidenti dei due rami del Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri il 28 maggio 2020, la quale, riscontrata la difficoltà di interpretare in modo costituzionalmente e comunitariamente orientato l'art. 88 bis, conclude paventandone, in caso di mancato adeguamento, la disapplicazione, a tutela dei diritti dei consumatori.

da una sentenza di legittimità⁵⁷, citatissima in ogni riflessione riguardante la “causa concreta” del contratto e la “finalità turistica”⁵⁸: trattavasi di definire la sorte di un contratto di viaggio vacanza “tutto compreso” a Cuba che, in assenza di divieti a recarsi in quel Paese e di fattori che ostacolassero il volo, l’acquirente aveva deciso di non effettuare per paura di contrarre il dengue emorragico che epidemicamente era in circolo nel luogo di destinazione. Il viaggio a Cuba non era impossibile, eppure la S.C. ha visto, qui, affiorare, «pur se normativamente non specificamente prevista», una «autonoma causa di [...] estinzione» dell’obbligazione per «il venir meno dell’interesse creditorio» e, dunque, «in ragione del sopravvenuto difetto dell’elemento funzionale (art. 1174 c.c.)»⁵⁹. La mancata corrispondenza all’interesse “turistico” del creditore – non correlata alla volontà capricciosa di costui, ma ad evento sopravvenuto oggettivamente apprezzabile quale causa adeguata ad azzerare l’elemento funzionale – fa sì che la prestazione del corrispettivo non possa essere oggetto di pretesa. Il contratto è investito di rimbalzo, cioè – come precisa la S.C. – «di conseguenza»: la «irrealizzabilità della relativa causa concreta⁶⁰» non consente la permanenza in vita del «contratto che dell’obbligazione (estinta: *n.d.r.*) costituisce la fonte». Dunque,

⁵⁷ Trattasi di Cass. 24 aprile 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, p. 845, con nota di DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica* e in *Giur.it.*, 2008, c. 1133, con nota di IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*.

⁵⁸ Ma espressiva di un principio suscettibile di applicazione anche là dove la “finalità turistica” non sia implicata e il contratto presenti una diversa finalità capace – in qualche modo – di innestarsi nel profilo causale.

⁵⁹ Essa si aggiunge al novero dei modi di estinzione dell’obbligazione diversi dall’adempimento contemplati nel codice civile, che, dunque, non costituiscono un *numerus clausus*.

⁶⁰ Causa concreta, che – si legge nella sentenza in esame – «viene a rivestire [...] decisiva rilevanza [...] in ordine alla sorte della vicenda contrattuale, in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali ad es. l’impossibilità o l’aggravio della prestazione, l’inadempimento, ecc.».

difettano i presupposti della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art. 1463 c.c.*⁶¹, ma di estinzione del contratto devesi parlare quale effetto della «impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore, incidente sull'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa concreta».

Si staglia, dunque, la distinzione concettuale tra sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione e sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione, ribadita in altre, successive decisioni di legittimità⁶² ove, tuttavia, si precisa che, sul piano degli effetti la distinzione evapora, sicché anche in ipotesi di estinzione per sopravvenuta impossibilità dell'utilizzazione è alla risoluzione del contratto *ex art. 1463 c.c.* che bisogna far capo⁶³; indirizzo, questo, accolto anche dai giudici di merito⁶⁴.

⁶¹ La S.C. è esplicita nell'affermare che «l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione costituisce figura diversa dall'impossibilità sopravvenuta (totale o parziale) della prestazione, cui non è invero riconducibile»: la prima – si precisa – «non viene in realtà a sostanzarsi in un impedimento precludente l'attuazione dell'obbligazione, non presupponendone di per sé l'obiettiva ineseguibilità da parte del debitore».

⁶² Aventi, però, per lo più, riferimento a casi di rinuncia a prestazioni acquistate da operatori turistici dovuta all'intervento di grave ed improvvisa patologia.

⁶³ Si veda BIANCA, *op. cit.*, p. 383, che assegna alle due figure «una rilevanza analoga», atteso che «l'impossibilità di utilizzazione della prestazione fa venir meno l'interesse del creditore alla prestazione medesima, con la conseguente estinzione del rapporto obbligatorio» che «comporta [...] la risoluzione del contratto in quanto ne rende irrealizzabile la causa concreta». V. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, in www.rivistadirittoeprocesso.eu, che affronta controversia riguardante un pacchetto turistico tutto compreso al quale gli acquirenti avevano dovuto rinunciare a causa di grave ed improvvisa patologia, richiamandosi al principio enunciato da Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958 (in *Contratti*, 2008, p. 786, con nota di BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto* e in www.unipa.it).

⁶⁴ Possiamo segnalare la sentenza del Trib. Bologna resa l'8 novembre 2018 e pubblicata il 22 novembre 2020 (in www.avvocatochinni.it) che ha risolto un contratto di pacchetto turistico stante la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione a causa della diffusione in tutto il Centro America di un'epidemia da virus trasmesso dalla zanzara Zika.

Passiamo, ora, all'esame del secondo dei casi assunti in considerazione, quello in cui «il tempo costituisce “durata”»⁶⁵. Alla pandemia, nel nostro caso, si è risposto con il *lockdown* che *manu militari* ha costretto all'inoperosità molti commercianti e imprenditori, impediti all'utilizzazione dei locali, spesso goduti a titolo di locazione, ove svolgevano le loro attività. I provvedimenti dell'autorità hanno imposto, in alcuni casi, la chiusura dei locali⁶⁶ e, in altri, la sospensione delle attività⁶⁷, ma dubito che sia opportuno esaminare le due ipotesi partitamente: vero è che chiusura e sospensione non sono concettualmente assimilabili⁶⁸, ma non sono persuaso che il legislatore nel concitato clima dell'emergenza se ne sia reso conto o abbia voluto a ciò attribuire un peso e, comunque, se guardiamo agli effetti che l'una e l'altra determinano sul godimento del locatario la differenza diventa impercettibile⁶⁹ e resta aperto il problema relativo al pagamento del canone.

Come risolverlo sarà più agevole, se usciremo presto dal tunnel buio dell'epidemia in atto e se si dimostreranno adeguate ed efficaci le misure di sostegno adottate anche per mettere i locatari *de quibus*

⁶⁵ FICI, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁶ Si veda, ad esempio, la disposizione dell'art. 1, lett. b) del d.p.c.m. 26 aprile 2020 che così recita: «sono chiusi gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, posti all'interno delle stazioni ferroviarie e lacustri».

⁶⁷ Si veda, ad esempio, la disposizione dell'art. 1, lett. c) del d.p.c.m. 26 aprile 2020 che così recita: «sono sospese le attività inerenti servizi alla persona (fra cui parrucchieri, barbieri, estetisti) diverse da quelle individuate nell'allegato 2».

⁶⁸ Viene di dire che la seconda, contrariamente alla prima, non preclude l'accesso al locale e, dunque, non è incompatibile con utilizzazioni del medesimo non rientranti tra quelle sospese. Ma tra le mille incertezze interpretative che i provvedimenti emergenziali hanno suscitato c'è anche quella relativa alla valenza da assegnare ai due concetti *de quibus*, che sembra emergere chiara – nel quadro delle misure adottate per contenere il contagio – solo nel contesto scolastico, dove la chiusura è associata al divieto di accesso ai locali per personale ed alunni e studenti, mentre la sospensione è riferita alla sola didattica all'interno di scuole che restano aperte e con uffici di segreteria che continuano a prestare i servizi di competenza.

⁶⁹ Giacché entrambe impediscono il pacifico godimento del bene in stato da servire all'uso convenuto, correlato – nella fattispecie – all'esercizio di un'attività commerciale o industriale.

nella condizione di onorare regolarmente l'impegno contrattualmente assunto e per alleviare il disagio loro e delle loro controparti⁷⁰: se così sarà, avremo disinnescato un contenzioso potenzialmente diffuso e mal tollerato dal nostro sistema giudiziario. Ma quel problema involge questioni giuridiche intriganti che riportano l'attenzione sulla risoluzione del contratto, nelle sue diverse declinazioni, quale risposta dell'ordinamento alle cc.dd. sopravvenienze contrattuali e sollecitano a riflettere, più in generale, sulla gestione di queste ultime a fronte di avvenimenti che innescano fasi emergenziali destinate a durare per un tempo non a priori determinabile e a produrre effetti non localizzati ed irradiati ad ampio spettro⁷¹; affrontarlo, dunque, è opportuno, anche perché, seppure dovesse risultare attualmente superato dagli eventi, potrebbe riproporlo all'attenzione in futuro il verificarsi di questa o altra simile situazione di emergenza. Meglio, comunque, trarre lezioni dall'esperienza e quella dell'epidemia da COVID dovrebbe averci resi tutti consapevoli che con rischi di questo genere dovremo convivere, il che dovrebbe incentivare l'adozione di buone pratiche contrattuali quale quella di inserire *ex ante* nei contratti di durata clausole che consentano di gestire, tramite l'adeguamento delle condizioni pattuite o la rinegoziazione, la sopravvenienza di eventi pesantemente incidenti sul sinallagma⁷² o, magari, di attivare – là dove possibile – coperture assicurative.

⁷⁰ Potrebbe non esserlo quella introdotta dall'art. 28 del d.l. 34/2020, consistente nella concessione agli esercenti attività d'impresa, arte o professione con ricavi o compensi non superiori a 5 milioni di euro di un credito d'imposta nella misura del 60% dell'ammontare mensile del canone di locazione, di leasing o di concessione di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell'attività industriale, commerciale, artigianale, agricola, d'interesse turistico o all'esercizio abituale e professionale dell'attività di lavoro autonomo; credito, spettante anche alle strutture alberghiere e agrituristiche quale che sia il volume di affari registrato nel periodo d'imposta precedente, nonché agli enti non commerciali compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti.

⁷¹ Sull'esigenza di disaggregare il campo delle sopravvenienze perturbative ai fini della determinazione della tutela insiste MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 1095 ss.

⁷² Può farsi rientrare nella «nuova “normalità”» cui ho fatto cenno *supra* (v. nota 3) il superamento della «società frettolosa in cui [...] le parti non perdono tempo in discussioni defatiganti riguardo a clausole relative a ipotetiche sopravvenienze giudicate poco probabili, col rischio di mettere a repentaglio la stessa

La durata, nella locazione, si connette alla soddisfazione di un bisogno – e, dunque, ad un interesse – che è durevole anch'esso: non è, cioè, istantaneo, né differito, né intermittente, ma continuo e ininterrotto nell'arco di tempo contrattualmente stabilito. Questa "vocazione" ne fa un elemento essenziale del contratto, attinente al profilo causale⁷³. La durata della chiusura imposta da provvedimento dell'autorità può essere, ad epidemia in corso, determinata nel tempo solo in via di previsione e, tuttavia, sembra chiaro che l'evento di cui trattasi fa affiorare il fatto oggettivo dell'inadempimento. Potrebbe trovare spazio la risoluzione per inadempimento sempreché quest'ultimo sia di non scarsa importanza⁷⁴, ma nel sistema della risoluzione del contratto, quando – come nel caso nostro – l'inadempimento si correla alla sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore, all'altro contraente è dato ricorrere alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, evitando di chiamare in causa il giudice.

L'impossibilità in parola ha natura temporanea e, dunque, a norma dell'art. 1256, comma 2, c.c., non determina l'estinzione dell'obbligazione, se non nel caso in cui perduri fino a quando, «in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione

conclusione dell'affare» (NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 851). Sulla regolamentazione per via pattizia dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, v. E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 260 ss. FICI, *op. cit.*, p. 124 ss. valorizza la «scelta di autonomia privata del contratto incompleto», che «non alloca *ex ante* rischi tra le parti, ma individua una procedura per distribuire *ex post*, secondo criteri eventualmente predeterminati nel contratto stesso, costi e benefici dell'operazione economica».

⁷³ Ed è mestieri abbinare il rilievo causale non già alla durata *sic et simpliciter* ma al carattere continuativo e ininterrotto di essa (v. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 1944, cit., p. 21). Conclusione, questa, alla quale è difficile non pervenire se è vero che – per dirla con OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, cit., p. 248 – «l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata di questo».

⁷⁴ È risolta, ovviamente, la questione – tuttora aperta – relativa alla necessità che l'inadempimento sia imputabile (cfr. sul punto, DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 226 ss.; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1316 ss.; MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988).

ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla»⁷⁵. Non è, dunque, reciso il nesso con lo scioglimento del contratto. Il *factum principis* pone in pausa il rapporto e, per il tempo in cui dura, impedisce l'esecuzione di una delle prestazioni: se il creditore perde l'interesse a conseguirla l'estinzione dell'obbligazione è inevitabile⁷⁶ e il contratto si risolve *ex art. 1463 c.c.*; in caso contrario, la sopravvivenza del contratto è assicurata, ma ferma l'esenzione del debitore dalla responsabilità per il ritardo, non potendo pretendersi che il creditore adempia⁷⁷, si tratta di verificare se, intanto, sia a lui dato sospendere senza danno l'esecuzione della prestazione.

La risposta affermativa sembra trarre fondamento normativo nel rinvio alla disciplina dell'obbligazione⁷⁸, se non nel richiamo all'art. 1460 c.c.⁷⁹. Va da sé che la rimozione della chiusura o della sospen-

⁷⁵ Se ne deduce che l'estinzione dell'obbligazione può anche dipendere esclusivamente dal venir meno dell'interesse del creditore.

⁷⁶ Il «venir meno dell'interesse del creditore all'adempimento rende definitiva l'impossibilità che, dal punto di vista naturalistico, sia transeunte» (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 653).

⁷⁷ «Il reciproco condizionamento delle prestazioni ha fondamento nella causa concreta del contratto, in quanto ciascuna prestazione ha un'importanza determinante al fine della sua realizzazione» (BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 376). E non vede «perché il creditore [...] debba pagare tutto il pattuito per una prestazione cui non ha perduto completamente interesse, ma che gli rende meno di quanto preventivato» (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 653.).

⁷⁸ L'art. 1256, comma 2, c.c., che in ipotesi di impossibilità sopravvenuta di carattere temporaneo non imputabile al debitore lo manda esente da responsabilità da ritardo nell'adempimento, nel contesto del contratto a prestazioni corrispettive, legittima l'altro contraente a sospendere l'esecuzione della prestazione. D'altronde, se detta sospensione è consentita dall'art. 1461 c.c. a fronte del pericolo dell'inadempimento, lo deve essere a maggior ragione nel caso di specie.

⁷⁹ La questione discussa circa la natura di eccezione in senso sostanziale del rimedio (cfr. SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 643 ss.; DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 234 ss.) è, nel caso di specie, superata dai fatti, essendo inipotizzabile la promozione di un giudizio volto ad ottenere l'adempimento in seno al quale avanzare l'eccezione. L'ostacolo potrebbe essere rappresentato dall'inadempimento che è presupposto indefettibile del potere di rifiuto, ma diventa superabile se – come crediamo, alla luce del dettato dell'art. 1218 c.c. – l'inadempimento sia da intendere oggettivamente legato, in via esclusiva, alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione e prescindendo dalla responsabilità

sione delegittima *d'emblée* l'autotutela, sicché va verificato se l'ap-prodo raggiunto sia propriamente congruo a soddisfare il bisogno di tutela del locatario. Lo sarebbe se, ripristinata la possibilità di godere appieno dell'immobile, si avesse automatico il ritorno allo stato preesistente, ma così non è, dal momento che – come i fatti dimostrano – il venir meno dell'impedimento al godimento non coincide con la fine dell'epidemia e con il ristabilimento di una condizione di “normalità”.

La riapertura dell'attività, pur possibile, potrebbe trovare ostacolo nella precaria situazione economica in cui il locatario versa a causa del lungo periodo di chiusura dell'esercizio; e, soprattutto, può darsi il caso che riaprire, mantenendo inalterato il contratto vigente tra le parti, non risulti più per lui conveniente, atteso che l'evento epidemico, dopo la fase critica cui si lega l'impedimento al godimento del bene, conosce una fase successiva, di durata non a priori determinabile e destinata a protrarsi fino al momento in cui il virus non sia definitivamente debellato, nella quale lo svolgimento dell'attività è sì consentito, ma nel rispetto di disciplinari assai severi e di misure – anch'essi imposti d'autorità – volti a tutelare la salute e a prevenire una nuova diffusione dell'infezione, ciò che, giocoforza, preclude lo sfruttamento pieno delle potenzialità di impiego del bene (si pensi al distanziamento sociale *et similia*) e determina margini di profitto sensibilmente ridotti per l'esercente l'attività. Non si può dire, allora, che sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione, né pare congruo il richiamo alla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della medesima. La locazione di cui trattasi involge un godimento che non è statico, ma dinamico, legato allo svolgimento duraturo di un'attività produttiva di reddito. Emerge una dimensione più ampia dell'impatto dell'epidemia sul contratto, che propaga i suoi effetti oltre e al di là della chiusura dell'esercizio, alterando il rapporto di corrispettività tra le prestazioni che nel contratto trova traduzione⁸⁰

della controparte (v. BIANCA, *op. cit.*, p. 337). V. Cass., 5 agosto 1977, n. 3542, in *Foro it., Rep.*, 1977, voce *Contrato in genere*, n. 279.

⁸⁰ Alterazione, perciò, da apprezzare non solo in ordine ai canoni versati a fronte del mancato godimento, ma anche in relazione alla corresponsione di canoni che, per effetto del godimento “limitato”, sono ormai sganciati dai presupposti dell'accordo trasfuso nel contratto.

e giungendo finanche a compromettere le ragioni stesse dello scambio.

All'alterazione del rapporto segue, in casi estremi, il suo scioglimento, ma è più probabile che essa non scoraggi la prosecuzione dell'attività nell'immobile locato, esito peraltro preferibile nell'interesse della collettività oltre che dei soggetti direttamente coinvolti nella vicenda. In questa sorta di quarantena *soft*, il locatario deve, però, poter legittimamente ridurre la propria prestazione⁸¹, ciò che taluno ritiene sia consentito in forza dell'art. 1464 c.c., stante l'equiparabilità dell'impossibilità temporanea all'impossibilità parziale⁸²: il creditore sarebbe, così, legittimato «alla scelta fra risoluzione e riduzione»⁸³. Chi giudica questa via impercorribile⁸⁴ può imboc-

⁸¹ Difficile pensare che si possa far leva sulla logica rimediale per configurare, nella fattispecie, operanti tecniche di tutela flessibili, sulla falsariga di quelle oggetto di specifica previsione nel codice del turismo in caso d'impossibilità totale o parziale della prestazione dell'organizzatore di pacchetti turistici.

⁸² Premessa l'improponibilità del ricorso all'eccezione parziale d'inadempimento (la cui ammissibilità, peraltro, è assai discussa: v. BIANCA, *op. cit.*, p. 351 s.), l'idea dell'equiparazione è perorata da SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 653 s., con estensione quindi dei due effetti generati dall'impossibilità parziale, che – stando all'art. 1464 c.c. – riduce «la controprestazione e assegna al creditore della prestazione impossibile il diritto di recedere».

⁸³ GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 39. La riduzione costituisce oggetto di un diritto potestativo secondo CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in Carnevali e Gabrielli e Tamponi (a cura di), *Il contratto in generale*, VIII. *La risoluzione*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2011, p. 281, il quale non esclude in linea di principio un'autoriduzione della prestazione, ma conviene che, nella normalità dei casi, la riduzione, o è «il risultato di una trattativa tra le parti che conduce ad un accordo» oppure «dovrà essere necessariamente l'effetto di una sentenza (costitutiva) che il contraente creditore ha diritto di chiedere e di ottenere».

⁸⁴ L'assimilazione e il richiamo all'art. 1464 c.c., in effetti, possono dar luogo a perplessità non certo prive di un qualche fondamento. Il concetto di parzialità ha all'opposto quello di totalità, mentre agli antipodi della temporaneità c'è la definitività. Si presenta coerente con questo quadro la disciplina dell'impossibilità per causa non imputabile al debitore, dove l'impossibilità totale è solo implicitamente richiamata *a contrario* nel testo dell'articolo che si occupa dell'impossibilità parziale ed è produttiva dell'effetto estintivo al pari di quella definitiva e dove la distinzione tra impossibilità parziale e impossibilità temporanea emerge palese es-

carne un'altra per conseguire un risultato simile: ai sensi del combinato disposto degli artt. 1578 e 1581 c.c., infatti, accolta un'accezione lata del concetto di vizio ivi considerato⁸⁵, il conduttore può rivolgersi al giudice e domandare una riduzione del corrispettivo ove non abbia interesse alla risoluzione del contratto. Analogamente, peraltro, sul terreno attiguo dell'affitto, l'art. 1623 c.c. prevede che possa richiedersi «un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto», là dove una

sendo esse oggetto di due distinte disposizioni che si abbinano a fattispecie chiaramente non omogenee: la prima si ha «quando l'ostacolo di fatto o di diritto che impedisce l'adempimento può venire meno con il decorso del tempo» (DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 9, Torino, 1984, p. 365), mentre di «impossibilità parziale si discute in materia di locazione per stabilire quando la distruzione parziale della cosa locata coincida con l'impossibilità» (DI PRISCO, *op. cit.*, p. 369). Anche la disciplina della risoluzione, peraltro, sembra armonicamente inquadrarsi nel contesto, avendo essa unicamente considerato la distinzione tra impossibilità totale e parziale; né deve indurre disorientamento il mancato riferimento all'impossibilità definitiva, la quale, evidentemente, libera il contraente al pari di quella totale e deve ritenersi a questa assimilata o, comunque, “di rimbalzo” inevitabilmente correlata all'estinzione del rapporto contrattuale. Resta da riflettere sul silenzio serbato sull'impossibilità temporanea, forse spiegabile alla luce del fatto che essa costituisce causa di risoluzione solo quando si trasforma in totale e definitiva; mentre, sull'esigenza di non sottoporla ad un trattamento differenziato rispetto a quello riservato all'impossibilità parziale, il rigore concettuale porterebbe a non riconoscerla, ma certo non è improponibile pensare di poterla soddisfare ammettendo che la parzialità rimandi ad un concetto elastico che – come anche l'esame della giurisprudenza lascia desumere – si presta ad essere variamente interpretato ed applicato. Non si può, tuttavia, trascurare di considerare che in «presenza di un'obbligazione indivisibile [...] l'impossibilità parziale non è neanche tecnicamente concepibile e, comunque, produrrebbe gli stessi effetti dell'impossibilità totale» (MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2012, p. 392), della quale – si sottolinea – «deve avere gli stessi connotati» [SMORTO, *Commento all'art. 1258*, in CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2013, p. 710]; tra le due – come nota DI PRISCO, *op. cit.*, p. 370 – il «criterio distintivo [...] è da individuare nella valutazione che lo stesso creditore abbia fatto del soddisfacimento del suo interesse».

⁸⁵ E, comunque, non limitata al vizio intrinseco alla cosa locata: si veda TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 11, Torino, 1984, p. 471.

disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità «riguardanti la gestione produttiva» abbia notevolmente modificato il rapporto contrattuale «in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio». E c'è chi fa appello anche all'art. 1664 c.c., ritenendolo estensibile, oltre il perimetro dell'appalto, a qualsiasi contratto di durata⁸⁶.

La riduzione del corrispettivo della locazione realizza una tutela manutentiva del contratto originario tramite adeguamento della prestazione corrispettiva dovuta da uno dei contraenti; un risultato, peraltro, che parte della dottrina giudica conseguibile nell'esercizio del diritto a rinegoziare che nella legge, in presenza di sopravvenienze contrattuali, rinverrebbe il suo fondamento⁸⁷.

Di obbligo legale di rinegoziare si parla da tempo, soprattutto sul terreno dei rimedi all'eccessiva onerosità sopravvenuta, e studi corposi hanno aperto varchi sempre più ampi al suo riconoscimento. Sta

⁸⁶ VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 60. Ma v. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 491 ss. TUCCARI, *op. cit.*, p. 209, pur propenso alla generalizzazione dell'adeguamento contrattuale ex art. 1664, comma 1, c.c., esclude che detta disposizione sia analogicamente applicabile in ipotesi di sopravvenuta eccessiva onerosità durante l'esecuzione del contratto di locazione, in quanto – a differenza dell'appalto, che «risulta incentrato sulla nozione dinamica di produzione» – «il baricentro della locazione è il concetto statico di godimento». Interessanti le considerazioni espresse da MAUCERI, *op. cit.*, p. 1102 ss. in merito alla dialettica degli interessi tutelati e sacrificati dalle discipline degli artt. 1467 e 1664 c.c., partitamente considerate.

⁸⁷ Su altro piano va posta la rinegoziazione che, a fronte della nostra come di altre vicende incidenti sull'equilibrio delle prestazioni, le parti possono decidere di operare, volontariamente o in attuazione di un impegno precedentemente intervenuto, per cercare di ridefinire i termini del contratto che necessitano di un adeguamento ed evitare l'insorgenza di possibili liti. Nel caso specifico che stiamo analizzando, essendo la pandemia intervenuta in una fase non particolarmente felice per il mercato immobiliare che non risparmia il settore delle locazioni, la scelta condivisa di procedere alla rinegoziazione potrebbe rivelarsi saggia e funzionale a scongiurare il rischio della cessazione del rapporto contrattuale che, probabilmente, non risponde all'interesse né dell'una, né dell'altra parte.

di fatto, però, che un riscontro normativo chiaro nel nostro ordinamento manca⁸⁸, sicché sul tema il dibattito è ancora aperto e, a volerne osservare gli sviluppi più recenti, sembrano essere le voci critiche a riguadagnare credito. La mia è tra queste. Non escludo che avvenimenti di portata epocale come la pandemia possano offrire motivi di riflessione ulteriore, utili a riorientare il dibattito sul tema in senso favorevole al riconoscimento dell'obbligo e magari a sollecitare l'intervento del legislatore⁸⁹, ma, al momento, né il richiamo

⁸⁸ Difficile poter far conto sui provvedimenti normativi che, con portata delimitata e circoscritta e al precipuo scopo di fronteggiare con misure urgenti una crisi economica di particolare gravità, hanno disciplinato la rinegoziazione dei contratti di mutuo ipotecario (v. art. 8, comma 6, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 2011, n. 106) e dei contratti di mutuo prima casa (v. art. 3, d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2008, n. 126) o «la riconduzione ad equità dei contratti di mutuo in essere mediante, in particolare, la determinazione della misura massima dell'importo della penale dovuta in caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo» (così l'art. 7, comma 5, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, nella l. 2 aprile 2007 n. 40 e, poi, abrogato dall'art. 6 del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 come modificato dall'art. 4, comma 1, d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218).

⁸⁹ Che sarebbe – beninteso – auspicabile per porre il diritto nostro in sintonia con il diritto contrattuale europeo (v. l'art. 6:111. dei *Principles of European Contract Law*, l'art. III-1:110 del *Draft Common Frame of Reference* e l'art. 6.2.3. degli *Unidroit Principles*) e con i principali ordinamenti moderni che, sulla scia della teoria dell'*hardship* elaborata in ambiente di *common law*, hanno disciplinato la rinegoziazione o *similia*. L'introduzione della rinegoziazione, peraltro, è prevista nel d.d.l. S.1151 recante delega al Governo per la revisione e integrazione del c.c. Il passo è stato, invece, di recente, compiuto dal legislatore francese, che ha dato fondamento normativo alla dottrina dell'*imprévision* sul terreno dell'eccessiva onerosità: il *code civil* riformato dall'*Ordonnance n. 2016-131* del 10 febbraio 2016 ora prevede, infatti, la possibilità di «demander une renégociation du contrat à son cocontractant» nel caso “un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque” (art. 1195). La teoria statunitense dei *relational contracts* sollecita a riflettere a più ampio spettro sull'esigenza di adeguamento delle condizioni pattuite prospettata da contratti di durata (v., in quest'ottica, lo studio di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 e, in una diversa prospettiva, le considerazioni espresse da FICI, *op. cit.*, p. 109 ss.) e – come apprendiamo da CERSOSIMO, *I contratti de larga duración nel nuovo Codice civile e commerciale argentino*, in *I contratti*, 2018, p. 604 ss. – ha offerto il destro al legislatore argentino del nuovo *Código Civil y Comercial de la Nación* per enucleare un'autonoma categoria di

alla presupposizione⁹⁰, né l'appello alla buona fede o all'equità nelle varie salse⁹¹, né la predilezione che il nostro ordinamento certamente manifesta per la conservazione del rapporto contrattuale rispetto alla sua cessazione, né «l'influenza della teoria statunitense dei cc.dd. “relational contracts” [...] e della dottrina [...] dei cc.dd. “incomplete contracts”»⁹² possono valere a relegare ai margini l'essenza del contratto, espressione dell'autonomia privata e specchio di un «sistema positivo che [...] appare ancora, fondamentalmente, orientato a riconoscere ai consociati il potere di dare libero assetto ai propri interessi e alieno dall'esercitare un generale controllo sul modo e i termini dell'assetto medesimo»⁹³. Ne è consapevole anche chi quell'obbligo ha teorizzato⁹⁴, se ha avvertito l'esigenza di far leva sull'ultimo comma dell'art. 1467 c.c., accreditandone una lettura che con il testo non è granché coerente⁹⁵ e tentando di svincolarlo dall'ambito in cui si trova sulla base del fatto – in sé poco probante – che il problema cui detta disposizione dà risposta «non è legato soltanto al fenomeno

contratti – i *contratos de larga duración* – soggetti ad una disciplina della gestione del rischio ove trova spazio la rinegoziazione (v. art. 1011).

⁹⁰ Cui «la teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione [...] s'ispira, almeno in prima battuta» (TUCCARI, *op. cit.*, p. 29). Con riguardo alla presupposizione, si veda BELFIORE, *La presupposizione*, da *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2000.

⁹¹ Sulla buona fede, nell'approfondito studio di PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, l'ultimo paragrafo, dedicato alle “funzioni ulteriori”, rivolge attenzione alla rinegoziazione che – a detta dell'A. (*op. cit.*, p. 593) – risponde ad una istanza di adeguamento del contratto alle sopravvenienze che «scaturisce dalla particolare conformazione del legame negoziale che si instaura con i contratti a lungo termine» e trae giustificazione dal ruolo di «contrappeso esercitato dalla buona fede» alla rigidità del principio *pacta sunt servanda*.

⁹² TUCCARI, *op. cit.*, p. 39, cui rinviamo per cenni (e indicazioni bibliografiche) sull'una e sull'altra. Si aggiungano i rilievi di BARCELLONA, *op. cit.*, p. 467 ss.

⁹³ CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, p. 309.

⁹⁴ Giungendo, in caso di inadempimento, a ritenere attiva non solo la tutela risarcitoria, ma anche – v. MACARIO, *op. cit.*, p. 419 ss. – l'esecuzione in forma specifica e finanche la tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*

⁹⁵ MACARIO, *op. cit.*, p. 6 ritiene che l'offerta di modificazione ad equità ivi contemplata inneschi una trattativa, debba cioè «intendersi, non tanto come offerta “modificativa” del contratto, quanto come invito alla controparte a negoziare la modificazione»; l'A. sottolinea che il «rifiuto immotivato di dar corso alle trattative costituisce senz'altro inadempimento» (*op. cit.*, p. 349).

delle sopravvenienze produttive della maggiore (ed eccessiva) onerosità»⁹⁶. A tutto voler concedere, poi, per far sì che la trattativa funzionale alla modificazione del contratto possa presentare un'effettiva utilità ai nostri fini, è necessario che si accompagni alla sospensione dell'esecuzione della prestazione o ad una sua riduzione che, in assenza di concorde volontà delle parti, necessitano anch'esse di un fondamento che non è agevole rintracciare. E, ovviamente, c'è sem-

⁹⁶ MACARIO, *op. cit.*, p. 319. In definitiva, *rebus sic stantibus*, perché mai dovrebbe escludersi che un obbligo a trattare, analogo a quello dall'A. rinvenuto nella richiamata disposizione, possa entrare in gioco in ogni «rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo [...], anche indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione ex art. 1467»? (MACARIO, *op. cit.*, p. 312). Ciò nondimeno, l'A. non può non riconoscere che lo sviluppo così delineato apre ad una rinegoziazione diversa da quella di cui è ipotizzata l'operatività sul terreno dell'eccessiva onerosità, giacché – Egli precisa – quella «che si prospetta [...] tende [...] a far aderire il regolamento contrattuale a suo tempo predisposto, alla reale situazione di fatto nel frattempo evolutasi in un certo modo: in una parola, a rendere l'attuazione del regolamento contrattuale congrua rispetto agli interessi dei contraenti» (*op. cit.*, p. 320).

pre da considerare la possibilità che la rinegoziazione non abbia successo⁹⁷ e che il vincolo contrattuale o si sciogla o resti inalterato⁹⁸, restando così frustrato l'interesse che alla rinegoziazione presiede.

È corretto non confondere rinegoziazione e adeguamento del contratto⁹⁹, ma resta da chiedersi se l'una e/o l'altro siano approdi raggiungibili in applicazione della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione dovuta dal locatario. Va, preliminarmente accertata – con riferimento al caso concreto – l'intervenuta eccessiva onerosità, che non deve rientrare nell'alea normale del contratto¹⁰⁰. L'esigenza di porvi riparo, poi, emerge soltanto là dove

⁹⁷ Eventualità remota nell'ottica di MACARIO, *op. cit.*, p. 426, il quale, ove l'obbligo di rinegoziare risulti inadempito, ammette l'eseguibilità in forma specifica ove siano presenti gli «elementi che, concretamente, consentano al giudice di stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattativa», sostenendo – sembra di capire – che anche in mancanza di essi non è precluso «al giudice di decidere nel senso della concessione della tutela» (*op. cit.*, p. 433). D'altronde – argomenta l'A. – se «il giudice può e anzi deve emettere una sentenza modificativa delle condizioni del contratto, di cui si lamenta l'eccessiva onerosità [...], non si vede perché lo stesso giudice non potrebbe emettere la sentenza costitutiva (nonché modificativa) nel caso di violazione dell'obbligo di contrarre nascente dal contratto, invece che, come nel caso dell'art. 1467, comma 3, dalla legge». Francamente, non ritengo che il potere di riscrivere il contratto possa essere esercitato dal giudice in assenza di una legge che glielo attribuisca e così è avvenuto in Francia, dove il nuovo art. 1195, comma 2, *code civil* ha a lui concesso, in caso di mancato accordo in un tempo ragionevole e su domanda di una parte, di *réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*.

⁹⁸ La rinegoziazione si sviluppa necessariamente in un certo arco di tempo, nel corso del quale le circostanze possono mutare e indurre il creditore a ritenere preferibile il mantenimento in vita del contratto, ancorché immutato, rispetto alla sua eliminazione.

⁹⁹ Come, anche di recente, ribadito da TUCCARI, *op. cit.*, 133.

¹⁰⁰ Deve, quindi, registrarsi una macroscopica alterazione subita dal rapporto di corrispettività tra le prestazioni e – come precisa CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 312 – non ci si riferisce «all'alterazione dell'equivalenza oggettiva bensì al modificarsi [...] dell'equilibrio soggettivo». Non è, dunque, scontato che il requisito in parola debba sempre registrarsi in conseguenza dell'epidemia e degli eventi ad essa correlati. Nel caso di specie, vero è che la prestazione è ad esecuzione continuata ed è interessata solo una parte dei canoni dovuti, ma nell'economia del contratto l'alterazione *in peius* del rapporto di corrispettività per uno dei contraenti può considerarsi significativa ed importante, sia alla luce delle conseguenze prodotte dalla

la causa sia da ricondurre a circostanze estranee alla volontà delle parti e, al riguardo, se «la nozione “*avvenimenti straordinari e imprevedibili*” è [...] sufficientemente precisa nell’ammettere il rilievo di ogni emergenza”¹⁰¹, tagliar fuori la diffusione di una pericolosa epidemia diventa complicato¹⁰². C’è solo da chiedersi se lo stesso possa valere per la prossima, ma su questo per ora scaramanticamente sorvoliamo.

In presenza dei suesposti presupposti – vertendosi in tema di contratto a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica – lo squilibrio segnala una patologia che impone un rimedio¹⁰³,

chiusura imposta sull’utile atteso dal godimento del bene, sia in considerazione del fatto che anche dopo la riapertura dell’esercizio il godimento, se non impedito, risulterà per un certo periodo di tempo limitato con correlato scompensamento di quel rapporto legato alla prevedibile riduzione dei ricavi ritraibili dall’attività.

¹⁰¹ VETTORI, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰² È, tuttavia, controverso il rapporto tra straordinarietà e imprevedibilità: v’è incertezza, sia in ordine al significato da abbinare all’una e all’altra, sia riguardo alla necessità che entrambe siano presenti per potersi dare accesso alla risoluzione (v., per generali ragguagli, SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 674 ss., nonché GABRIELLI, *op. cit.*, p. 398 ss.). L’art. 1467 c.c., richiamando la straordinarietà, avrebbe complicato le cose, secondo BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 14 s.: probabilmente, il chiaro A. ha ragione, ma se – come pare logico – il legislatore ha posto i due termini a presidio di distinti giudizi, l’uno non può confondersi con l’altro, né costituire mera specificazione di quest’ultimo, sicché deve ammettersi che l’avvenimento straordinario può essere prevedibile e questo può rappresentare un punto di partenza per ricostruire la dialettica tra le due nozioni che, ovviamente, esula dai miei intenti (ma non da quelli che hanno ispirato lo studio di GAMBINO, *Normalità dell’alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001). Mi limito a suggerire di non estraniare da contratto e dall’assetto di interessi che in esso trova traduzione l’oggettivo apprezzamento dell’evento nel contesto delle circostanze che ne hanno accompagnato la comparsa. E aggiungo – non per dare soluzioni ma quale stimolo alla riflessione – che l’epidemia da coronavirus era stata in ambienti scientifici, se non preannunciata, ampiamente prevista e può essere considerata evento straordinario tutt’al più, ma con forti riserve, solo nel mondo occidentale, che, immemore della spagnola di inizio ‘900 (che provocò il decesso di oltre dieci milioni di persone, 400.000 in Italia), è ormai da diversi decenni abituato ad osservare distrattamente il diffondersi di virus che (ancora) seminano morte nelle parti più povere del pianeta.

¹⁰³ «L’impiego di una tecnica utile ad accertare se le circostanze sono compatibili con l’adempimento pare necessario, perché quando il corso degli eventi sconvolge i presupposti del contratto accade sovente che all’adempimento conseguano

dall'ordinamento individuato nella risoluzione del contratto e, in ipotesi questo preveda obbligazioni di una sola parte, in «una riduzione della [...] prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità»¹⁰⁴.

La risoluzione passa, qui, per la via giudiziale¹⁰⁵, sicché «l'onerosità rende il contratto risolubile, ma non lo risolve»¹⁰⁶; e chi deve attivarsi per approdare a quest'esito è la parte tenuta all'adempimento della prestazione eccessivamente gravosa, che – a quanto pare – ha disponibile la sola domanda di risoluzione e non ha accesso a rimedi diversi e compatibili con la manutenzione del contratto¹⁰⁷. Chi ha la possibilità di aggirare la risoluzione e – secondo quanto alcuni sembrano sostenere¹⁰⁸ – il processo, è la parte contro cui la domanda di risoluzione va rivolta, la quale, ai sensi dell'art. 1467, ult. co., c.c., può offrire «di modificare equamente le condizioni del contratto»¹⁰⁹ per riportare «il divario fra le due prestazioni [...] entro i limiti dell'alea normale del contratto rispettando l'equilibrio originario»¹¹⁰; la natura dell'offerta è tema discusso¹¹¹, ma non v'è dubbio che essa eviti la caducazione del contratto e legittimi il giudice a

danni di un contraente (e profitti dell'altro) che l'economia dell'affare non può giustificare» (BESSONE, *op. ult. cit.*, p. 5).

¹⁰⁴ Questo è stabilito dall'art. 1468 c.c., che, nell'interpretazione prevalente, esclude la risolubilità (v. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 379; MAUCERI, *op. cit.*, 1102).

¹⁰⁵ V. in tal senso, SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 680, chiari nell'affermare che «la lettera della legge esclude la risoluzione automatica del contratto» e «che l'onerosità sopravvenuta non produce alcun effetto liberatorio automatico».

¹⁰⁶ SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 682. «L'effetto risolutivo discende dalla sentenza, che ha carattere costitutivo» (BIANCA, *op. cit.*, p. 398).

¹⁰⁷ Solo può ammettersi – ma è questione controversa (v. E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 409 ss.) – che la domanda di risoluzione possa essere anche spiegata in via stragiudiziale e successivamente avanzata nel giudizio che l'altra parte abbia promosso per veder sanzionato l'inadempimento della controparte: diventerebbe, allora, plausibile ipotizzare «che la sospensione dell'esecuzione, fatta sotto il controllo della controparte, e legittimata dalla sopravvenienza, difetti di anti giuridicità, anche agli effetti sostantivi» (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 682).

¹⁰⁸ Si veda BIANCA, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰⁹ «La riduzione non può essere [...] imposta dall'attore; né può essere operata, di iniziativa propria, dal giudice» (SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, p. 683).

¹¹⁰ BIANCA, *op. cit.*, p. 399.

¹¹¹ Sul problema, si rinvia a GABRIELLI, *op. cit.*, p. 413 ss.

superare l'eventuale dissenso dell'attore in risoluzione¹¹². Si è già detto del tentativo di far leva sull'art. 1467, ult. co., c.c. per dar supporto dell'obbligo legale di rinegoziare¹¹³, ma la lettera della disposizione è chiara e reca testimonianza inequivocabile della scelta che il nostro ordinamento ha operato, che – beninteso – può non piacere, ma che non può certo definirsi illogica, né sconveniente¹¹⁴. La risoluzione può essere evitata, ma è il locatore che ha la chiave, ove consideri l'affare ancora vantaggioso; il locatario che miri a questo risultato può raggiungerlo solo se c'è l'attiva cooperazione della controparte o – per meglio dire – non può conseguirlo senza che

¹¹² Ma sempre per «ricreare la proporzione originariamente fissata dalle parti» (CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 310), giacché questa è la finalità della disciplina della risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità. L'A. citato, tuttavia, lascia intendere che là dove l'evento sopravvenuto abbia modificato «le ragioni stesse dello scambio [...], il metro soggettivo originario risulterà inattendibile in relazione alla situazione nuova e dovrà farsi necessariamente ricorso a criteri oggettivi» (*op. cit.*, 311). Comunque, l'offerta «caratterizzata da un contenuto determinato (o comunque determinabile), costringe [...] il giudice a valutare esclusivamente l'equità o meno della proposta di adeguamento senza attribuirgli alcun potere di riscrivere il contratto» (TUCCARI, *op. cit.*, p. 85 s.). Sottolinea la necessità, se non si vuole «impedire la rinegoziazione consensuale stragiudiziale», che l'offerta sia «sufficientemente determinata, destinata ad essere seccamente accolta o respinta dal giudice», FICI, *op. cit.*, p. 146.

¹¹³ V. *supra*, nota 95, la lettura dell'offerta avanzata da MACARIO. Ma anche VILLANACCI, *op. cit.*, p. 62 riconosce che, nel caso di «sopravvenienze afferenti aspetti economici del contratto», l'intento della parte svantaggiata che intenda proseguire il rapporto rimodulandolo può trovare concretizzazione «solo ammettendo il contraente alla tutela prevista dall'art. 1467 c.c.». Chiaro è, invece, BARCELLONA, *op. cit.*, p. 481 nell'affermare che «un'estensione dell'obbligo di rinegoziazione all'intera area del rischio contrattuale non sembra coerentemente sostenibile senza disapplicare l'art. 1467».

¹¹⁴ La giudica ingiusta GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 39, che anche in considerazione di ciò propende per «estendere al caso la facoltà di esercitare la riduzione», simmetricamente concessa dall'art. 1464 c.c. Su questa linea anche PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006, p. 83 ss. che parla di eccessiva onerosità interinale alludendo all'eventualità «che l'onerosità resti circoscritta alla frazione (del sinallagma) sulla quale insiste: senza incidere sulle prestazioni pregresse e future» e, quindi, senza «originare una fattispecie risolutiva eccedente la vicenda effettuale sulla quale incide» (*op. cit.*, p. 85).

quest'ultima prenda l'iniziativa¹¹⁵. «Il rimedio dell'adeguamento del contratto si struttura, dunque, come un potere assolutamente unilaterale»¹¹⁶. Non è dato dire a priori chi risulti favorito da questa scelta, sicché bisognerebbe riflettere prima di tacciare di irragionevolezza una disciplina così congegnata¹¹⁷: perché è vero che al contraente che trae vantaggio dall'alterazione del sinallagma e non all'altro è concesso di optare per la riduzione, ma è pur vero che la scelta di percorrere questa strada è da lui operata sotto il “ricatto” di una riso-

¹¹⁵ Ma «nell'esercizio della loro autonomia, le parti possono [...] convenire [...] che, in caso di sopravvenienze rilevanti ex art. 1467, spetti al debitore il diritto (non già alla risoluzione, bensì) alla revisione del contratto» (MAUCERI, *op. cit.*, p. 1125).

¹¹⁶ BARCELLONA, *op. cit.*, p. 480. Stando così le cose, l'A. giudica contraddittorio rinvenire operante nella medesima area un potere bilaterale di rinegoziazione.

¹¹⁷ Se l'equilibrio delle prestazioni non è elemento caratterizzante i contratti a prestazioni corrispettive (v. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 303 ss.), è fuorviante, nella fattispecie, proporsi di identificare nel soggetto che resta tenuto ad effettuare esattamente la prestazione dovuta il contraente pregiudicato o, del pari, considerare avvantaggiato l'altro contraente. Qui c'è un rapporto di corrispettività alterato e un conflitto, da risolvere, che vede implicati interessi a priori irriducibili nello schema stereotipato del rapporto “squilibrato” che impone di riconoscere una tutela più incisiva alla parte che versa in posizione peggiore per bilanciare la condizione di privilegio in cui l'altra si è venuta a trovare. Non vogliamo certo dire che la scelta del legislatore fosse obbligata; egli avrebbe potuto prevedere, alternativa alla domanda di risoluzione, la richiesta rivolta al giudice di ristabilire un equilibrio tra le prestazioni, ma di qui ad attribuire il crisma dell'ineccepibilità solo all'una o all'altra soluzione ce ne passa. Imporre la riduzione ad una delle parti è ragionevole – o non lo è – nella stessa misura in cui lo è imporre la risoluzione (che, peraltro, non è la sola via praticabile nella fattispecie, essendo inesatto affermare che quella che porta alla riduzione è preclusa al contraente la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa). D'altro canto – come emerge dallo studio di FICI, *op. cit.*, p. 124 ss. – è dato alle parti che non gradiscano questa disciplina, di gestire diversamente il rischio *ex post* e in una dimensione cooperativa che tenda alla conservazione del rapporto, sicché, paradossalmente, deve riconoscersi proprio all'osteggiata disciplina – con «la scissione tra potere di risoluzione, posto in capo ad una sola delle parti, e potere di domandare la riconduzione ad equità, attribuito esclusivamente all'altra parte» (*op. cit.*, p. 142 s.) – un effetto incentivante l'approdo alla soluzione che su basi precarie le teorie sulla revisione giudiziale e sulla rinegoziazione tentano di accreditare.

luzione altrimenti pressoché inevitabile, ripudiata perché comporterebbe rinuncia ad un sicuro introito difficilmente compensabile con altra entrata ricavabile dal ricollocamento sul mercato del bene. Probabilmente, perciò, non c'è nessuna lacuna da colmare¹¹⁸ e solo trattasi di convenire che «l'eccessiva onerosità (diversamente dall'impossibilità sopravvenuta) non è prevista dalla legge come causa di estinzione dell'obbligazione, né come causa di legittima sospensione, o di rifiuto, dell'adempimento»¹¹⁹.

¹¹⁸ Non la si può registrare – a mio parere – nel fatto che, per espressa previsione normativa, l'impossibilità sopravvenuta rilevi anche qualora sia temporanea o parziale, mentre non si ravvisano disposizioni che, in modo esplicito, assegnino rilevanza all'ipotesi di eccessiva onerosità c.d. interinale.

¹¹⁹ GABRIELLI, *op. cit.*, p. 412.

MAURO GRONDONA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Genova

**L'ERMENEUTICA GIURIDICA FRA
POLITICA E DIRITTO, OVVERO:
ALLA RICERCA DELL'ORDINE (PREMESSE PER
UNA DISCUSSIONE)**

SOMMARIO: 1. Struttura sociale e sovrastruttura giuridica; contesto sociale e ordine giuridico: per una biunivocità relazionale. – 2. Mutamento giuridico e società aperta. – 3. L'ermeneutica giuridica come problema storico-sociale e filosofico-politico. – 4. Ordinamenti giuridici aperti e ruolo della filosofia politica.

1. Struttura sociale e sovrastruttura giuridica; contesto sociale e ordine giuridico: per una biunivocità relazionale.

L'occasione è propizia per soffermarsi, pur brevemente, su di un tema che non solo è intellettualmente e culturalmente assai caro al professor Vettori, ma che egli mette operativamente a frutto nel suo quotidiano lavoro di civilista¹.

Comincerei allora con il sottolineare (anzi, semplicemente, con il ribadire) come la 'questione giusermeneutica' non rilevi mai di per sé, ma rilevi sempre rispetto a un certo contesto politico-sociale, e nella misura in cui occorra soddisfare a un certo bisogno sociale. Ciò, del resto, sempre accade per ogni problema socialmente rilevante, e in quanto tale oggetto di studio scientifico. Con la precisazione, quindi, che la rilevanza in sé del problema giuridico è il riflesso della rilevanza sociale di esso: non ci possono essere, in altre

¹ Si v., da ultimo, VETTORI, *Persona e Mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 1, 2020, p. 3 ss., spec. pp. 10-13.

parole, problemi giuridici che non siamo problemi sociali; e il problema interpretativo non fa eccezione: se il problema interpretativo non è effettivamente tale, perché non discende da un problema, cioè da una esigenza, sociale, esso inevitabilmente degrada a pseudo-problema, che potrà forse essere studiato in chiave di storia dei concetti e delle dottrine, ma in questo senso i frutti operativi da esso ricavabili saranno assai scarsi²: qui in particolare mi riferisco alle prassi sociali che originano a partire da un determinato problema sociale (se davvero tale), e che allora ben potranno operare, anche spontaneamente, in chiave trasformativa della giuridicità, appunto nella logica di una indispensabile connessione tra esigenza sociale e problema interpretativo.

Ad esempio, il bisogno sociale di certezza nei rapporti e tra i rapporti, prima di tutto interindividuali, ha sviluppato l'esigenza di tecniche ermeneutiche che, in ogni campo del sapere umano, producono un certo tasso di certezza, quale fondamento dell'umana convivenza, e non solo in senso giuridico-materiale, rispetto alla sicurezza delle contrattazioni, ma anche in senso morale, rispetto alle ragioni della vita e della morte (in questo senso la teologia è probabilmente il miglior esempio di fantasiosa creazione dell'essere umano, in chiave di autorassicurazione)³.

Va anche aggiunto che le forme e le modalità della risposta, di fronte a una certa esigenza sociale (esigenza che ovviamente si

² Sul punto mi pare condivisibile quanto ebbe modo di affermare TARELLO, *Recensione a «Azione, diritti soggettivi, persona giuridica», di R. Orestano*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1979, p. 281 ss., a p. 281, ove si sottolinea come, spesso, ciò che viene presentato come 'problema' giuridico fondamentale non è affatto tale, perché, in realtà, è solo un «problema relativo alle vicende culturali di un'area culturale circoscritta», e riguarda quindi soprattutto «i fantasmi dei giuristi».

³ In questa prospettiva mi sembra allora piuttosto debole (e comunque ingiustamente sprezzante verso la teologia) la critica che BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quad. fior.*, 2015 (44), I, p. 67 ss., rivolge (p. 88), sarcasticamente, alla 'triade' teologia/astrologia/omeopatia, se non altro perché tutte e tre sono oggetti sociali, in quanto, storicamente, hanno risposto e continuano a rispondere a determinate (e ovviamente nient'affatto sovrapponibili) esigenze sociali. Il fatto, poi, che si sottraggono al criterio popperiano di falsificabilità non può certo portarne a escludere la rilevanza sociale, e quindi anche lo studio, in chiave socio-antropologica.

estende su un territorio che potenzialmente attraversa tutte le aree del sapere umano: fortunatamente, le esigenze sociali non conoscono le compartimentazioni del sapere)⁴, cambiano, appunto storicamente, esattamente perché è la stessa esigenza sociale a presentarsi in una determinata forma e con determinate modalità storicamente connotate, che trasformano l'esigenza, rendendola, da mera eventualità, fenomenologia e ontologia storica, cioè accadimento della realtà a partire dal quale si è chiamati a intervenire e a reagire, perché esso rappresenta quell'ulteriore tassello del processo storico con il quale, nel momento in cui si manifesta, occorre fare, ermeneuticamente, i conti.

Per tornare al tema della certezza, oggi particolarmente attuale, non esiste e non può esistere, allora, un'astratta e atemporale necessità di certezza, come appunto la sempre agognata certezza del diritto, ma esisteranno molte e diverse, storicamente concretizzate, esigenze di certezza del diritto, rispetto alle quali, in qualche misura, muteranno sia i presupposti stessi da cui siffatta esigenza scaturisce, sia le modalità attraverso cui quell'esigenza è socialmente espressa, sia, infine, le risposte fornite dal diritto onde soddisfare tale esigenza, e ciò, se non altro, perché il giurista chiamato a fornirle è inevitabilmente parte del contesto sociale dal quale l'esigenza emerge⁵.

Di qui deriva l'inevitabile processo di attualizzazione (anche inconscia) che connota il lavoro di chiunque, partendo dal presente, si rivolge al passato per trarne elementi a partire dai quali risolvere un qualunque problema di comprensione; anche quando al passato ci si rivolga per esclusive finalità di 'conoscenza pura'; di qui la felice (e notissima) notazione crociana per cui 'ogni vera storia è storia contemporanea, ossia storia del presente', che è poi l'unico modo per far vivere e rivivere il passato come risposta a un'esigenza del presente (risposta, va allora precisato, che, come tale, necessita di ripen-

⁴ CESERANI, *Convergenze. Gli strumenti letterari e le altre discipline*, Milano-Torino, 2010.

⁵ Interessanti riflessioni in BELVISI, *Caso e certezza del diritto nell'attività giuridiale*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2018, p. 491 ss.

sare il passato, ricostruendolo per le esigenze del presente): un passato che, in questo modo, è sottratto a se stesso, e cioè alla staticità dello ‘storicamente compiuto’⁶.

Ne consegue, allora, che i vari ‘problemi giuridici’ (e questo, non per caso, è uno dei più solidi e duraturi insegnamenti ascarelliani⁷) sono tali proprio perché non vi è un astorico dover essere dei concetti giuridici⁸; e infatti la dimensione del problema emerge rispetto al rapporto tra la necessità di rispondere a una determinata sollecitazione sociale e le funzioni in vista dei quali quei concetti (ma quindi tutto il classico strumentario del giurista) sono utilizzati⁹.

Pertanto, è solo una specifica (e cioè empiricamente individuabile) esigenza sociale (che, come dirò subito, è un’esigenza intrinsecamente politica, cioè rilevante rispetto alle necessità del vivere aggregato di una certa comunità) che, da un lato, produce sia il problema sia una corrispondente domanda ‘di diritto’, e che, dall’altro, informa di sé la stessa risposta che il diritto, inteso quale apparato ordinatore, fornisce. Ma tale risposta deve operare attraverso una, per dir così, mediazione sociale (oggi certamente pluricentrica, perché plurimi sono i fattori di produzione della giuridicità) che si attua, anche inconsapevolmente, proiettando sul diritto (e facendolo con esso interagire) quel contesto al quale appartiene la comunità da cui quell’esigenza è sorta. Si può allora anche affermare che le prassi sociali (che sempre originano dai comportamenti individuali di ciascun consociato) trasformano il diritto, che è destinato, così, a pro-

⁶ E si può allora qui ricordare la celebre affermazione dell’Eliot di *‘Tradition and the Individual Talent’*: *the historical sense involves a perception, not only of the pastness of the past, but of its presence.*

⁷ V. ora la partecipe e illuminante ricostruzione di STELLA RICHTER, *Racconti ascarelliani*, Napoli, 2020.

⁸ CRIFÒ, *Introduzione*, in *Diritto 1*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*, Milano, 1972, p. 7 ss.

⁹ Condivisibile la sottolineatura dell’«idea prettamente bettiana dell’inscindibile connessione, quasi ontologica, dell’aspetto storico e dell’aspetto dogmatico (nel senso tecnico-strumentale [...]) a caratterizzare il fenomeno giuridico»: FUSCO, *Presentazione*, in BETTI, *Probleme der römischen Volks- und Staatsverfassung/Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell’antica Roma*, Roma, p. I ss., a p. V.

gressivamente perdere quella rigidità esogena di precetto posto e imposto, per acquisire quella elasticità che ne fa uno strumento regolatore endogeno allo stesso corpo sociale: di talché il diritto si avvicina sempre più a quelle pratiche sociali che ne stanno alla base, e anzi diviene esso stesso una pratica sociale¹⁰.

Da quanto fin qui succintamente osservato discende un'ulteriore complicazione.

Il contesto sociale che esprime quell'esigenza opera (bensì con intensità diversa, ma) sempre in funzione, se non radicalmente oppositiva e conflittuale, rispetto al 'diritto vigente', quantomeno, per dir così, 'conformativa', nel senso che la risposta che si pretende dal diritto (agendo su di esso dall'esterno: prassi sociali, e dall'interno: rielaborazione dei concetti giuridici), e che il diritto deve fornire, non potrà che essere una risposta storicamente conformata, proprio perché, per potersi intercettare almeno in parte le ragioni sociali alla base della richiesta di giuridicità, occorre una parallela compatibilità giuridica tra domanda di diritto e contesto dal quale tale domanda è sorta: tale 'compatibilità conformativa' si ripercuote, se non necessariamente sulle strutture di determinati istituti giuridici, senza dubbio sulle funzioni di essi¹¹.

Ma se è così, il nesso tra diritto e società, cioè tra diritto e contesto, assume una sicura valenza biunivoca: il rapporto tra l' 'essere' e il 'dover essere' va quindi letto in ragione di una biunivocità relazionale che guarda alla dimensione dell'essere e a quella del dover essere in termini del tutto paritari; ciò, nella logica di una biunivocità che si fonda su di una relazione tra struttura (il contesto) e sovrastruttura (il diritto) sufficientemente duttile onde potere, il contesto, svolgere quella funzione di 'indirizzo conformativo' rispetto all'ordine giuridico, nel momento in cui, dal contesto medesimo, emerga quell'esigenza sociale qui assunta in termini di propulsore trasformativo della dimensione (strutturale e funzionale) della giuridicità.

¹⁰ Cfr. SINI, *Sapere come e sapere perché*, in *Dem. dir.*, 1991, 3, p. 51 ss.

¹¹ Un'ampia e tuttora attualissima analisi (anche sotto il profilo della cosiddetta causa in concreto) di questo aspetto in ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, Milano, 1931, poi in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 149 ss., spec. pp. 216-223.

2. *Mutamento giuridico e società aperta.*

Orbene, se è la struttura che sempre esprime l'esigenza di ricevere (ma si potrebbe anche dire 'pretendere') una risposta ordinamentale, non può allora essere dubbio che la sovrastruttura, proprio in quanto risposta storicamente situata, dovrà essere costantemente ricalibrata, affinché possa essere effettivamente avvertita, socialmente, nei termini di una risposta autentica, e non già di una falsa coscienza ideologica e concettuale, nella (appunto falsa) assunzione che un determinato apparato concettuale, in quanto storicamente esistente, dovrà essere impiegato per risolvere la questione che interpella la giuridicità. Se si segue questa linea (che è tuttora la più diffusa, per molteplici ragioni sulle quali non mi soffermo)¹², si intende, esplicitamente o implicitamente, fare appello a un'idea di continuità quale paradigma fisiologico delle strutture giuridiche riconducibili a una determinata tradizione dotata di un particolare prestigio culturale (come in Occidente ben potrebbe essere il diritto romano). Ma è evidente che, e appunto nella prospettiva dell'operazione culturale, l'appello alla continuità – anche, o soprattutto, interpretativa – assume una indebita rilevanza metastorica che confligge con l'idea di una giuridicità in movimento costante, assecondando invece quest'ultima (in una misura variabile), storicisticamente, ciò che dal contesto emerge, e così assumendo il carattere della rilevanza sociale.

È dunque ben chiaro che la questione giusermeneutica ha in sé un preminente carattere antropologico¹³, perché mette in questione, ancora una volta, la posizione individuale del soggetto come tale, e quindi la sua responsabilità di agente, all'interno di un ordine giuridico-politico che, in prospettiva appunto ermeneutica, si trova sempre in potenziale e fisiologica trasformazione¹⁴: una trasformazione che, per fortuna o per sventura, sfugge a qualunque possibilità di

¹² Cfr. almeno i saggi raccolti in Irti, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, 1992, *passim*, e in particolare l'ultimo di essi, *Diritto privato e politicalità*, *ivi*, p. 151 ss.

¹³ Cfr. REMOTTI, *Prima lezione di antropologia*, Roma-Bari, 2000.

¹⁴ RECKWITZ, *Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne*, Berlin, 2017.

controllo aprioristicamente inteso – accentrato o diffuso, totalitario o democratico, nazionale o transazionale che sia¹⁵.

Da questo punto di vista, mi pare, il modello ‘assiologico-competitivo’ delle attuali società liberal-democratiche (e come tali società autenticamente ‘aperte’) è quello di una democrazia progressiva a trazione individuale, che potrà anche essere riletta, in chiave valutativa, come l’ennesima vicenda di eterogenesi dei fini, ma che, in chiave descrittiva, pare essere in effetti una fedele rappresentazione dello sviluppo democratico nel corso degli ultimi trent’anni, e che, per chi sia appunto consentaneo alla prospettiva di un liberalismo politico progressivo, può essere in effetti assunta come una compiuta, e a mio avviso felice, ‘hayekianizzazione’ della società contemporanea¹⁶.

Ne consegue che, in questa prospettiva, un tema sofisticato quale quello dell’interpretazione del diritto non potrà che essere svolto alla stregua di un esercizio di comprensione storico-antropologica, divenendo così al contempo un empirico banco di prova della capacità trasformativa delle prassi e dei rapporti sociali, proprio perché la socialità (quale prodotto del modo di ciascun consociato di essere parte di questa stessa socialità, nonché del modo di vivere la propria, individuale, socialità) si riflette sul diritto, non solo incidendo su di esso¹⁷, ma assurgendone anzi a primario elemento costitutivo.

¹⁵ Proprio nella questione della continuità/discontinuità hanno il loro fulcro alcune considerazioni (che, invero, e a partire da chi scrive, sono a più d’uno sfuggite, e sulle quali assai giustamente ha, qualche tempo fa, richiamato l’attenzione, all’interno di uno scritto da cui, come sempre, c’è molto da imparare, CALDERAI, *L’eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell’epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1621 ss., a p. 1631, nota 57), tanto intense quanto ‘atipiche’, anche nel loro lato strettamente quantitativo, di BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quad. fior.*, 1999 (28), I, p. 293 ss.

¹⁶ Il che, naturalmente (e a mio avviso purtroppo), certo non significa che Hayek sia poi un autore oggi utilizzato quanto in effetti meriterebbe, se non altro da parte dei giuristi e degli scienziati sociali nel complesso: per alcune considerazioni a largo spettro v. da ultimo AIMAR, *Hayek. Du cerveau à l’économie*, Paris, 2019.

¹⁷ Non vale, a mio avviso, l’obiezione, spesse volte ripetuta, che il liberalismo contemporaneo, distruggendo in sostanza la dimensione collettiva, intesa quale

Lungo questa linea argomentativa, non solo non si nega l'idea che la socialità è la forma rappresentativa dell'individualità, ma appunto si esalta la socialità in quanto tale, e cioè in quanto risultante delle connessioni e dei conflitti interindividuali: la socialità è il collettore delle individualità; e si può allora anche aggiungere che il meccanismo del mercato, cioè dello scambio, che è tale in quanto momento successivo al conflitto, perché lo scambio è pacificatore, è il paradigma di un individualismo nient'affatto rinchiuso in se stesso, ma, al contrario, autentico propulsore sociale, la cui potenza espansiva non è arrestabile, perché è radicata nella libertà di ciascuno.

Il motore della giuridicità, cioè quell'esigenza primaria a partire dalla quale si sviluppano tutte le molteplici risposte tecnicamente connotate che la storia umana conosce (ad esempio: dall'estetica alla filologia classica; dalla musicologica al diritto, appunto), coincide esattamente con quell'esigenza storica che si esprime, perché ha necessità sociale di manifestarsi, nel momento in cui sia raggiunto un certo grado di autoconsapevolezza individuale in riferimento a ciò

forma antropologica della socialità (e gli esempi principali che solitamente si fanno sono quelli dei grandi partiti politici del Novecento, nonché della Chiesa cattolica: ma v. allora CUBEDDU, *La Chiesa e i Liberalismi*, Pisa, 2012, nonché ID., *Individualismo e religione nella Scuola Austriaca*, Pisa, 2019), e atomizzando la vita delle persone, ha al contempo distrutta la possibilità stessa di assumere una diretta incidenza politica da parte di queste ultime, perché tale possibilità sarebbe bensì ravvisabile in capo alle masse, ma non già in capo agli individui, deboli in quanto isolati, e come tali privi di una coscienza di gruppo, se non di classe (e qui del resto, come fin troppo noto, si aprono gli spazi per, spesso funeste, rivendicazioni identitarie: in tema cfr. allora FUKUYAMA, *Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, 2018). In realtà, si può replicare che il soggettivismo contemporaneo di stampo liberale, se ben potrà essere criticato in chiave assiologica, di certo, come tale, non rappresenta un arresto, o un arretramento, della possibilità e della capacità sociale di incidere sulla dimensione della giuridicità, e ciò proprio perché questa massiccia soggettività è portatrice di pretese, e dunque di istanze, che, in tanto in quanto siano idonee a incidere sul diritto, trasformandolo, assumono *naturaliter* un carattere ultra-individuale, e quindi politico. Ci si potrà, allora, anche dolere (come del resto abitualmente si fa, ad esempio, ma certo non solo, da parte degli amici cattolici) circa gli esiti di questo soggettivismo-individualista (assunto, per di più, come intrinsecamente egoista, materialista, consumista, e, peggio, libertarieggiante), ma non si potrà negarne la cifra, appunto, politica, e come tale, altrettanto intrinsecamente, collettiva.

che da tale esigenza può derivare, tanto sul piano individuale quanto sul piano sociale.

Un'esigenza storica che, forse, e non paradossalmente, troppo spesso è assunta come dato quasi ovvio, perché erroneamente confusa con la mera esistenza della dimensione della storicità¹⁸, nel senso che, come c'è stato un passato, vi è un presente e vi sarà un futuro, per cui ogni epoca storica ha i suoi tratti distintivi, da riconoscersi come tali, perché oggettivati dallo 'spirito del tempo', che se ne fa vettore. Così ragionando, però, e considerando il ruolo sociale dell'individuo, si sfocia in un relativismo che, in questa prospettiva, si rivela pernicioso, perché esso nega *in radice* la possibilità del giudizio, sia diacronico che sincronico, non potendosi far altro, da parte dei consociati, se non accogliere come necessità storica ciò che accade, oggi come ieri. Perché di fronte a ciò che ineluttabilmente accade l'individuo può solo reagire o con l'accettazione, o con il rifiuto: un rifiuto e un'accettazione, però, strettamente individuali, di fronte a una storia assunta appunto come oggettività immodificabile, e di fronte alla quale, dunque, può solo emergere, nella chiave dell'opposizione alla storia, e quindi alla realtà, la dimensione titanica dell'individuo¹⁹, tanto nella sua forza quanto nella sua fragilità; appunto l'individuo-eroe, che si oppone al corso degli eventi ma solo come atto di testimonianza morale, che nulla potrà contro l'ineluttabile.

In realtà, l'esigenza storica è molto di più che non la proiezione oggettivata di un presente che, in questo senso, si autopone, e come tale è sempre un 'già accaduto', non potendo che risultare, allora, estraneo all'idea stessa di svolgimento storico, e anzi venendo così del tutto sottratto alla dimensione della storicità, che in realtà è tale solo nel suo concreto farsi come opera collettiva. Ma allora, un'esigenza storica che sia effettivamente ricondotta alla dimensione della

¹⁸ Cfr. GRECO, *Storicità del diritto. La bandiera di una battaglia*, in Ballarini (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, 2018, p. 143.

¹⁹ Sto qui ovviamente pensando al famosissimo saggio di BOSCO, *Titanismo e pietà in Giacomo Leopardi*, Firenze, 1957. Ma ora va visto D'INTINO, *La caduta e il ritorno. Cinque movimenti dell'immaginario romantico leopardiano*, Macerata, 2019.

storicità non è per nulla estranea alla sfera del soggetto, che, agendo, incide su di essa. Siamo quindi agli antipodi di una realtà quasi metafisicamente imm modificabile, in una prospettiva che eleva la storia alla sfera della trascendenza. Al contrario, nella prospettiva ermeneutica l'esigenza storica può comprendersi solo nei termini di quello storicismo integrale²⁰ che, al di là delle appartenenze di scuola, sempre si incarica di interpretare e di valutare ciò che accade lungo una linea metodologica di fedeltà a una filosofia della prassi, la quale, in questo senso, assume un compito che, in tanto può essere critico-costruttivo, in quanto muova dal contesto storico di riferimento, per riflettere su di esso trasformandolo, cogliendo, appunto, il proprio tempo nel pensiero (per evocare Hegel), e dando così vita a una riflessione che si giustifica solo in funzione dell'azione²¹.

²⁰ Cfr. alcuni rilievi, tanto brevi quanto penetranti, di GIANNINI, *Lo stato delle scienze sociali in Italia* (1949), poi in GIANNINI, *Scritti*, vol. X ('Scritti pubblicati tra il 1964 e il 1996 – Scritti inediti – Dispense'), Milano, 2008, p. 151 ss., in particolare p. 164 ss. (ove il riferimento al 'realismo storicistico' di duplice derivazione marxista e idealista); e v. spec. p. 167: «È noto che il frutto più importante dell'idealismo italiano è stato lo storicismo. [...] Si capisce che, come avviene per tutti i grandi movimenti, l'idealismo storicistico ha generato due opposte correnti, l'una formalistica che rappresenta la scolastica dell'idealismo, e che è ostile alle scienze sociali. L'altra corrente è una vera e propria sinistra dello storicismo, antiformalista e realistica. In ogni sua espressione, lo storicismo ha prodotto non solo una revisione integrale di metodologia e di valori delle storiografie e delle critiche, ma ha creato, anche in studiosi di altre scienze, di due intere generazioni, un abito vigile, estremamente penetrante e polemico». E lo stesso Giannini, a proposito di formalismo, scrive lapidariamente: «[Il formalismo] è un fenomeno di regressione, di involuzione, di patologia sociale, di crisi, secondo l'espressione che più piace adottare» (ID., *Il formalismo giuridico*, in *Scritti*, vol. X, Milano, p. 193 ss., a p. 196).

²¹ Esattamente in questo senso cfr. alcune (come sempre) incantevoli pagine di CROCE, *Storicismo genuino e storicismo spurio*, in *Quaderni della "Critica"*, novembre 1950, n. 17-18, p. 169 ss., spec. alle pp. 169-170: «[È] il riconoscimento del conoscere storico come momento primario nel processo dell'azione morale. In effetto, dove e in qual modo vediamo nascere il genuino conoscere storico? Nell'accingerci a un'azione, di cui sentiamo l'urgenza, ma che è ancora indeterminata e perplessa in noi, e allora noi affisiamo la situazione nella quale siamo posti nel mondo e col mondo da cui siamo indivisibili, e, accettando la realtà, ne scrutiamo la qualità ossia la genesi, e, pervenuti a chiarezza intorno a questa, entriamo nell'azione, che la coscienza pratica e morale, così informata, c'ispira e che

L'esigenza storica, allora, non si esaurisce in ciò che, fin lì, una storia 'metafisicizzata' ha prodotto, ma opera specialmente quale critica dello stesso contesto storico che l'ha originata, sì da renderlo tendenzialmente omogeneo all'esigenza medesima: un contesto storico, dunque, che non può essere assunto come un *a priori*, ma che è invece il terreno di scontro e quindi di trasformazione del reale.

In altre parole, tale esigenza, che è storica in quanto si fa nella storia e non in quanto è il riflesso della storia, scomparendo passivamente in essa, rifiuta ogni caratterizzazione che (anche implicitamente) ne sottolinei il carattere unicamente ricognitivo rispetto alla dimensione storica, proprio perché quest'ultima non può essere assunta come oggetto in sé, dovendosi piuttosto rappresentare quale oggettivazione del soggetto, cioè, appunto, quale prodotto di prassi soggettive che, muovendosi all'interno dello svolgimento storico e partecipandovi, danno vita a un fenomeno di oggettivazione: un'oggettivazione rispetto alla quale l'approccio critico-costruttivo è del tutto funzionale, appunto perché, come tale, trattasi di un fenomeno che è *ex post* e *ex ante* al contempo (nel senso che ogni *ex ante* è stato un *ex post* e ogni *ex post* sarà un *ex ante*).

L'esigenza storica si trova, pertanto, e allo stesso tempo, all'interno e all'esterno del contesto; un contesto che, da un lato, è il presupposto dell'azione, e, dall'altro, è l'oggetto del suo stesso superamento, grazie a una filosofia della prassi che, rispetto al contesto, svolge una funzione trasformativa. Abbiamo così un'esigenza storica radicalmente situata nel contesto, ma ciò non già nella prospettiva di una oggettivazione paralizzante; con la conseguenza per cui, tanto gli attori, quanto gli osservatori, dispongono di un duplice punto di vista che opera sia in funzione ricognitivo-ricostruttiva, sia in funzione critico-trasformativa²².

è creativa di nuova realtà. Il primo momento, che è storico cioè d'intelligenza storica, e il secondo, che è pratico e morale, sono congiunti, rampollando l'uno dall'altro, sebbene [...] distinti».

²² Sono utili le belle pagine di PACCHIONI, *Manuale di diritto romano* ('Terza edizione semplificata, riveduta e corretta del Corso di diritto romano'), Torino, 1935, p. 75 ss., dedicate allo svolgimento storico, nel diritto privato inglese, di *common law* e *equity*, ove la logica del dualismo giuridico e della costante modificazione dell'«ordine giuridico positivizzato» quando «non più rispondente alla

In questo senso, allora, la filosofia della prassi non ha nulla di neutrale, perché, al contrario, proprio in quanto filosofia e proprio in quanto prassi, non può che muoversi sulla base di quelle ragioni (prima di tutto culturali) storicamente e socialmente emergenti, e come tali capaci di raccogliere un consenso all'interno della collettività; ragioni che, legittimando la filosofia della prassi in chiave assiologica, la portano a incidere sulla realtà (così realizzandosi, appunto nella concretezza storica, quel fenomeno, del resto ben noto e al quale si è fugacemente alluso, dell'oggettivizzazione del soggetto, e dunque delle idee e della cultura di cui il soggetto è portatore, all'interno di un moto perpetuo che si rinnova sempre, pur restando circoscritto all'interno della dimensione storica, e come tale immanente), lungo alcune direttrici assiologiche fondamentali che non sono storicamente imposte da una 'pigrizia fatalistica' (per richiamare un linguaggio gramsciano)²³, ma che, al contrario, sono criticamente e costruttivamente pensate e ripensate in ragione della loro capacità di incidenza sul presente. Donde, come accennavo sopra, il rifiuto della neutralità assiologica, e, al contrario, la necessità di individuare un punto di partenza assiologico che legittimi le prassi trasformatrici; e si può allora qui richiamare (esprimendo così un giu-

coscienza giuridica pubblica [...]» è al fondo dell'intera ricostruzione. Va ora va visto l'approfondito studio di CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Torino, 2020, e in particolare il densissimo (pp. 75-173) secondo capitolo, sulla funzione ermeneutica della comparazione, ove una non consueta attenzione per la posizione di Ascarelli, letta quale risposta a una domanda intrinsecamente ermeneutica, così dunque leggendosi convincentemente quest'ultimo, a sua volta, nella chiave di una teorica ermeneutica della comparazione. Ma allora vanno richiamati i vari saggi ora raccolti in G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica. Prefazione di A. Punzi*, Bologna, 2020, il quale si sofferma anche sullo storicismo di Ascarelli.

²³ Traggio la citazione da CARTA, *Pensiero giuridico e riflessione politica in Antonio Pigliaru: dalla lezione di Capograssi all'eredità di Gramsci*, in *Quad. fior.*, 2008 (37), p. 349 ss., a p. 369, nota 64.

dizio di valore) il principio che ha contrassegnato e continua a contrassegnare in senso progressivo la storia dell'umanità²⁴: alludo, evidentemente, alla libertà come fattore costitutivo dell'individuo²⁵, e quindi dell'umanità, nel suo sviluppo storico²⁶.

3. *L'ermeneutica giuridica come problema storico-sociale e filosofico-politico.*

Se non altro nell'ambito di quelle che nel passato si solevano chiamare scienze dello spirito²⁷, le discussioni sul tema ermeneutico hanno conosciuto non solo un analogo svolgimento, ma anche un problematismo parallelo (anche se, a volte, temporalmente sfasato) e una reciproca influenza, perché ciascun 'settore disciplinare', assunto qui in chiave esclusivamente teoretica, è nient'altro se non una risposta, ovvero una messa in ordine, che opera primariamente di fronte a un'esigenza che lo interpella dall'esterno; e la risposta non potrà che pervenire mercé l'impiego di quelle categorie concettuali

²⁴ Cfr. NELSON, *The Theology of Liberalism. Political Philosophy and the Justice of God*, Cambridge (Mass.)-London, 2019.

²⁵ LEVI, *Paura della libertà. Introduzione di G. Agamben*, Vicenza, 2018.

²⁶ Cfr. la monumentale ricerca di MIGLIORI, *Il disordine ordinato. La filosofia dialettica di Platone* (2 voll.), Brescia, 2013, e in particolare il vol. II ('Dall'anima alla prassi etica e politica'), p. 871, ove si sottolinea come nel pensiero classico manchi «la figura tipica del pensiero antropologico moderno, il soggetto, l'individuo che fa scelte a partire dalla propria irriducibile unicità [...]»; è allora d'obbligo il rinvio a HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2000, p. 542 s.: «L'uomo non si è sviluppato nella libertà. Come membro di quella piccola tribù a cui doveva aderire per sopravvivere, l'uomo era tutto tranne che libero. La libertà è un artefatto della civiltà, che ha liberato l'uomo dagli ostacoli del piccolo gruppo, e dalle sue tendenze momentanee, a cui persino il capo doveva obbedire. La libertà fu resa possibile dall'evoluzione graduale della disciplina della civiltà che è allo stesso tempo la disciplina della libertà. Questa disciplina protegge l'uomo, mediante norme astratte impersonali, dalla violenza arbitraria degli altri, e permette ad ogni individuo di cercare di costruirsi una sfera individuale protetta in cui nessun altro ha il permesso d'interferire, e al cui interno può usare le proprie conoscenze per i propri scopi» (corsivo orig.).

²⁷ Ma v. allora, anche per ragioni di carattere storiografico, MUSATTI, *Geometrie non-euclidee e problema della conoscenza* [1921], Milano-Udine, 2019, in particolare il Cap. I («Storia della filosofia e storia delle scienze»), p. 137 ss., e ora ROVELLI, *Helgoland*, Milano, 2020.

che, continuamente, si analizzano, si criticano, si distruggono, si riedificano, perché sono l'unico mezzo per pensare, filosoficamente e storicamente, teoreticamente e empiricamente²⁸. Ciò spiega senza difficoltà i consueti prestiti concettuali transdisciplinari, perché ogni categoria concettuale (anche la più circoscritta e specialistica), in quanto espressione e forma del pensiero, è tale solo di fronte a un problema, che attraverso la categoria può essere risolto; una soluzione, però, che, essendo tale solo di fronte a esigenze contingenti, non può essere assunta a categoria provvista del carattere dell'assolutezza, perché di assoluto (nel senso di costante) c'è solo la problematicità che connota la vita dell'essere umano, a partire, s'intende, dal momento in cui l'essere umano ha avvertito la vita stessa come problema²⁹.

Da ciò deriva un inevitabile pluralismo problematico, e dunque categoriale, relativo a ogni questione che sia fatta oggetto di riflessione e non solo di una pratica; ed è del tutto banale l'osservare che le impostazioni e le soluzioni dei problemi non potranno mai essere, dal punto di vista dello svolgimento storico, perfettamente coincidenti, dovendo esse sempre tenere conto (nella linea di quell'intreccio tra ricostruzione e trasformazione di cui si è fatto cenno sopra) delle istanze e dei modi di pensare (in certa misura recependoli) del momento storico *in quo agitur*, e, insomma, di tutti quegli elementi e fattori (dunque del contesto) che in qualche misura incidono sull'impostazione stessa dei problemi e sul modo di risolverli.

Ma è anche vero che si possono comunque rintracciare, all'interno degli innumerevoli svolgimenti storici, linee di tendenza comuni in ragione del fatto che determinati bisogni (materiali e non) sono comuni all'umanità (e tenendo però allora presente che il dir

²⁸ Suggestivo WARBURG, *Arte italiana e astrologia internazionale a Palazzo Schifanoia a Ferrara* (1912), ora in ID., *Astrologica. Saggi e appunti 1908-1929*, Torino, 2019, p. 23 ss., a p. 63. Ma allora v. un celebre libro, e in particolare l'altrettanto celebre premessa alla terza edizione: BIANCHI BANDINELLI, *Storicità dell'arte classica*, Bari, 1973, pp. 7-14.

²⁹ Per molte riflessioni connesse a quanto solo accennato nel testo cfr. SINI e REDI, *Lo specchio di Dioniso. Quando un corpo può dirsi umano?*, Milano, 2018; e v. ora SINI e PIEVANI, *E avvertirono il cielo. La nascita della cultura*, Milano, 2020.

ciò ha, naturalmente, una problematicità contrastante con la prospettiva storicistica, superabile solo mercé un supporto antropologico, come forse meglio di tutti, in Italia, hanno mostrato Ernesto de Martino³⁰ e Arnaldo Momigliano³¹), al di là, appunto, della mera contingenza storica (il che non significa né che l'esigenza sarà ciclicamente la stessa, né che la risposta potrà dunque essere la stessa; ma significa che il problema alla base dell'esigenza, pur sempre storicamente 'nuovo', presenterà tendenzialmente aspetti che consentiranno di affermarne il carattere transtemporale)³²: e non si potrà difatti negare che molti problemi di ermeneutica giuridica che, nel corso del tempo – e diciamo pure dei millenni –, i giuristi sono stati chiamati a affrontare e a risolvere non sono connotati dal carattere dell'impermeabilità storica (la quale sarebbe del resto un modo troppo facile e errato per ritagliare una zona di astoricità, o, forse pure peggio, di storia metafisicizzata, nel senso accennato più sopra), e ciò a tutto vantaggio di una comparazione anche diacronica, e dunque di un dialogo a distanza che proprio un'ermeneutica storica può rendere percepibile e comprensibile.

Se, sullo sfondo di ogni rovello giuridico, sta sempre la duplice questione dei presupposti politici tanto dell'argomentazione quanto della soluzione giuridica, nonché degli usi politici dello strumentario giuridico³³, la discussione dei giuristi in chiave (e detto ciò in senso molto ampio) metodologica è destinata ciclicamente a ritornare, pur sempre rinnovandosi, e ciò in ragione del variare dei contesti e delle prassi (e dunque delle categorie concettuali, onde poter leggere e comprendere gli uni e le altre) al cui interno, e nella nostra specifica

³⁰ SOLMI, *Ernesto de Martino e il problema delle categorie* (1952), poi in ID., *Autobiografia documentaria. Scritti 1950-2004*, Macerata, 2017, p. 51 ss.

³¹ GINZBURG, *Medaglie e conchiglie. Ancora su morfologia e storia - Postfazione alla nuova edizione di «Storia notturna»*, in ID., *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Milano, 2017, p. 347 ss.

³² Cfr. BALIBAR, *Gli universali. Equivoci, derive e strategie dell'universalismo* (trad.it.), Torino, 2018, *passim*, ma spec. i rilievi di sintesi che si leggono alle pp. 151-152.

³³ In tema, mi limito a rinviare ad alcune prese di posizione (a mio avviso eccessivamente rigide) di TARELLO, *op. cit.*

e circoscritta prospettiva giuridica, concezioni del mondo e usi del diritto reciprocamente interagiscono.

Da questo punto di vista, mi pare – e soprattutto per non restare su di una linea del discorso troppo generale da risultare quasi evanescente –, può essere allora utile pensare il problema ermeneutico quale espressione di una precisa e costante esigenza di filosofia politica, nel senso di una costante ricerca del migliore ordine politico possibile: inteso ovviamente quest'ultimo quale spazio ove si esplicano i rapporti sociali, e quindi quale spazio in cui si realizza la duplice dimensione dell'individualità e della socialità, cioè, appunto, dell'organizzazione politica³⁴.

Se si accetta allora l'idea (oggi direi infatti pacifica, almeno quale premessa metodologica e teoretica di un discorso dei giuristi sul diritto che poi, però, spesso tradisce tale premessa nella sua pratica attuazione) che i problemi giuridici altro non sono se non delimitazioni degli spazi dell'azione individuale rispetto a un contesto sociale che non è mai interamente dato (anche quando ci si prefigga di ricostruirlo retrospettivamente, o in funzione conoscitiva, o in relazione alla concreta esigenza cui occorre fornire risposte), perché è il prodotto dell'interazione individuale (interazione che ovviamente copre tutti gli ambiti nei quali si attua l'azione umana), ne segue appunto che lo specifico problema interpretativo solo *prima facie* è un autentico e esclusivo problema di applicazione all'ambito giuridico di determinate tecniche ermeneutiche (tecniche, o pensate espres-

³⁴ In questa direzione, richiamo nuovamente il nome di un filosofo della politica con il quale i giuristi farebbero bene a dialogare: mi riferisco a Raimondo Cubeddu, e del quale si v. il seguente, densissimo (ma, come sempre, altamente istruttivo e chiarificatore) contributo: *Nuove tirannidi. Conseguenze inintenzionali della dipendenza della politica dalla scienza* ('IBL Occasional Paper', 16 dicembre 2016), pp. 1-20, spec. p. 2, ove un riferimento alla filosofia politica «come la ricerca, guidata dalla ragione, dalla passione e dall'esperienza, del miglior ordine politico: di un ordine in cui la libertà non si confonda con la licenza e l'ordine con l'oppressione [...]»; per una riflessione teoreticamente più distesa cfr. ID., *La natura della politica*, Siena, 2016.

mente per l'ambito giuridico, ovvero importate da altri campi scientifici e all'uopo riadattate)³⁵; in realtà, è un primario problema di filosofia politica, perché *sub specie interpretationis iuris* vengono ripensati proprio quei rapporti a intrinseca rilevanza politica che stanno davanti all'attore e all'osservatore, e che verranno risolti anche attraverso l'applicazione di una regola giuridica (peraltro essa stessa assoggettata al medesimo procedimento interpretativo sempre operante sul contesto, nella classica logica del circolo ermeneutico)³⁶.

Dunque, per via d'interpretazione (della Costituzione, della legge, del contratto, degli atti di autonomia privata in genere, dell'azione umana, in tutte le sue manifestazioni), si configura un assetto che è primariamente politico, perché esprime un ordine dei rapporti sociali; quell'ordine che, poi, si riflette sul singolo oggetto d'interpretazione. Ecco dunque la ragione per cui l'attività ermeneutica viene attratta in quella dimensione politica di cui è, al contempo, strumento di attuazione: ogni atto ermeneutico che incida su ciò che usa chiamarsi 'realtà' esprime, e tende a, un ordine politico; e ogni atto ermeneutico genera criteri direttivi finalizzati alla realizzazione di quel medesimo ordine politico³⁷. È la stessa realizzazione dell'ordine politico in via ermeneutica, a ben vedere, che comporta la progressiva e aprioristicamente incontrollabile trasformazione dei criteri ermeneutici finalizzati a tale realizzazione, dovendo essi costantemente rispondere alla medesima esigenza politica che li legittima.

Gli esempi che possono essere portati sono molteplici, e qualcuno, per chiarezza, va almeno enunciato.

³⁵ Spunti, indicazioni, prospettive in BORI, *L'interpretazione infinita. L'ermeneutica antica e le sue trasformazioni*, Bologna, 1987, e ora in VOLLI, *Il resto è interpretazione. Per una semiotica delle scritture ebraiche*, Livorno, 2019.

³⁶ Nella prospettiva di queste pagine v. GAMBINO e PULVIRENTI, *Storie Menti Mondì. Approccio neuroermeneutico alla letteratura*, Milano, 2018. Ma v. ora MORETTI, *A una certa distanza. Leggere i testi letterari nel nuovo millennio* (trad.it.), Roma, 2020, critico soprattutto dell'ermeneutica testuale (fa ottimamente il punto sulla delicata questione PELLINI, *I romanzi messi alla prova*, in *Alias*, Domenica 4 ottobre 2020, pp. 1 e 4).

³⁷ Cfr. HELLER, *La verità in politica* (trad.it.), Roma, 2019.

Se la filosofia politica attuale (e quindi l'ordine giuridico della attuale società liberale) esprime una tensione ideale rivolta al progressivo ampliamento³⁸ della sfera individuale³⁹; se, quindi, l'individuo è pensato come soggetto in grado⁴⁰ di dare un ordine a se stesso (ordine non solo morale, e quindi strettamente privato, ma anche normativo, e dunque trasparentemente pubblico)⁴¹, e cioè di essere produttore autonomo, in molti campi (sufficiente richiamare quelli della sessualità⁴², della nascita, della vita, della morte), di una giuridicità che ermeneuticamente si fa normatività⁴³, è ovvio che il

³⁸ Passando, s'intende, per una necessaria revisione, in vista di un suo potenziamento, della teoria della democrazia liberale, che però deve restare – per ragioni storiche, ideologiche, etiche – il presupposto teorico irrinunciabile di ogni filosofia politica praticabile e di ogni struttura sociale compiuta: entrambe, dunque, nel segno del rispetto dell'individuo e dell'agire individuale.

³⁹ In ciò, ovviamente influenzata da tutto quanto accade nei vari contesti sociali della 'realtà' (che è, come tale, un contesto in costante trasformazione); e basti qui allora un cenno alle straordinarie potenzialità delle risorse telematiche, le quali, al di là dell'impossibilità di prevederne molte conseguenze, certo anche negative, sono ciò che fanno maggiormente sorgere nuove esigenze e nuove possibilità, tanto individuali quanto sociali.

⁴⁰ Anche perché aiutato, in certa misura, dalla stessa dimensione statuale, che, a sua volta e progressivamente, rinnova la propria funzione promozionale della libertà individuale, appunto 'assistendo' l'individuo alla luce di nuove esigenze e di nuovi strumenti trasformativi; le une e gli altri volti a un progressivo allargamento degli spazi di libertà e di autonomia, e quindi della stessa normatività, del soggetto: una dimensione da pensarsi, oggi, esclusivamente in chiave transnazionale, perché ciò la rende ancora più facilmente percepibile, sul piano empirico, nonché difficilmente contrastabile, sul piano teorico. Cfr. PERGOLA, *Più stato più mercato. Una stagione Confuciana per l'Occidente*, Roma, 2018.

⁴¹ IRTI, *Destino di Nomos*, in CACCIARI e IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, p. 113 ss., spec. p. 142 ss.

⁴² Tema, questo, spesso ingiustamente e moralisticamente negletto: ma va allora visto ZENO-ZENCOVICH, *Sex and the contract. From infamous commerce to the market for sexual goods and services*², Roma, 2015; per una sintesi, v. ID., «Sex and the contract»: dal mercimonio al mercato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1191 ss.).

⁴³ Una normatività che è quindi insita nell'essere individui, prima ancora che nell'essere cittadini e, come tali, membri di una collettività politica. Una normatività del soggetto, che appunto si oggettivizza nella trasformazione dell'ordine politico-sociale, e dunque della giuridicità. Di qui la conseguente necessità di inter-

problema interpretativo richiederà una radicale risistemazione fondata (e quindi metodologica), proprio per controllare e disciplinare ogni frizione, e, peggio, qualunque frattura, tra la forza espansiva della dimensione politica individuale e la forza costringente della dimensione giuridica ordinamentale⁴⁴, cioè tra condotte e prassi (entrambe rilevanti nella dimensione del potere) sociali e poteri giuridici, quindi tra ordine politico e ordine giuridico⁴⁵.

Pertanto, anche un problema apparentemente molto circoscritto come quello dell'interpretazione del contratto non è certo esente da quelle influenze 'di contesto' cui ho più volte alluso; influenze che, tra l'altro, impongono all'osservatore di guardare al contratto e alle tecniche ermeneutiche da una posizione di partenza che certo non è più quella che al centro aveva soltanto il codice civile, o la Costituzione, per la evidente ragione che tutte le fonti nazionali debbono oggi essere rilette, e in certa misura ripensate, non tanto alla luce

venire su quei concetti empirici in tanto in quanto siano inadeguati (e cioè in opposizione) a questo nuovo ordine politico. L'obiezione per cui questo nuovo ordine, a ben vedere, è, in realtà, un disordine, da reprimere piuttosto che incoraggiare, è prevedibile, esprimendo essa una determinata concezione del mondo (e come tale non può che essere rispettata): ma si tratta poi di capire se, all'interno del mercato delle idee, dei comportamenti, degli stili di vita (insomma, il mercato dei modelli di azione umana, che è il formidabile motore sociale grazie al quale l'idea di sviluppo e di progresso può effettivamente attuarsi), tale disordine non corrisponda, piuttosto, a nuovi svolgimenti della libertà individuale, rispetto alla quale ogni tentativo di contrasto è sempre destinato al fallimento (e le uniche correzioni di rotta che possono avere successo sono solo quelle endogene, e come tali prodotte dallo stesso esercizio della libertà).

⁴⁴ Se non altro per una esigenza logica: la dimensione giuridica, in quanto sovrastruttura, è il prodotto della dimensione politica, che è la struttura sociale; una dimensione che, oggi, è appunto funzionale alla massima realizzazione dell'individuo: ma allora occorre ripensare gli strumenti di bilanciamento tra queste due spinte, le quali, se in parte non possono che essere convergenti, quale esito dell'approccio ermeneutico, devono altresì essere pensate e legittimate in quanto reciprocamente e tendenzialmente divergenti, con riferimento, appunto, alla distinzione tra situazione *ex ante* e *ex post*.

⁴⁵ Per alcune valutazioni critiche v. ancora CUBEDDU, *Nuove tirannidi. Conseguenze inintenzionali della dipendenza della politica dalla scienza*, in *IBL Occasional Paper*, 16 dicembre 2016).

delle fonti sovranazionali⁴⁶, ma alla luce dell'intersezione tra le, e rispetto agli esiti politico-sociali delle, molteplici prassi individuali (in esse ricomprendendo, lo ribadisco, soprattutto i modi di vivere delle persone, nella logica di una progressiva costruzione di una morale impersonale, frutto dell'evoluzione e come tale soggetta a continui macro- o micro-adattamenti), appunto poiché tali prassi assumono un peso particolare nella costante rideterminazione dell'ordine politico della società⁴⁷, così recuperando l'indispensabile presupposto di una oggettività ordinamentale che però va sempre considerata quale elemento (potremmo dire: necessario ma non sufficiente, ai fini della costruzione di un ordinamento giuridico storicisticamente connotato)⁴⁸ da costantemente superarsi, rispetto al suo contenuto prescrittivo, in chiave appunto ermeneutica; prassi individuali, insisto, che sempre più assumono dimensione e carattere transnazionali (e conseguentemente ne impongono, all'osservatore in generale e al giurista in particolare, una differente messa a fuoco, anche, se non soprattutto, rispetto a un complessivo ripensamento – che naturalmente non significa 'abbattere per ricostruire', ma piuttosto 'riflettere per adeguare' – delle fonti del diritto)⁴⁹, se non altro perché la possibilità di conoscere ciò che altrove si è fatto o si fa è potente stimolo all'imitazione, e l'imitazione è la molla dello sviluppo⁵⁰.

⁴⁶ Perché, se fosse solo questo, ci muoveremmo comunque sempre all'interno di una dimensione giuridica di stampo tradizionale, pur di certo resa contenutisticamente e gerarchicamente più complicata dalla interconnessa pluralità dei multi-livelli ordinamentali; una dimensione giuridica, quindi, che, data la tendenziale continuità normativa tra i contesti (qui l'approccio della critica letteraria in termini di *close reading* ha una sua particolare rilevanza), indurrebbe a ragionare pur sempre come se il problema giurermeneutico fosse esclusivamente un problema di interpretazione della legge, del diritto e, in senso ancora più ampio, delle 'norme' giuridiche: il che non è, almeno ogni volta in cui ci si trovi in presenza di una discontinuità assiologica di contesto, e qualunque sia l'origine di tale discontinuità.

⁴⁷ Cfr. TÖNNIES, *Il costume*, Brescia, 2019.

⁴⁸ Cfr. ora l'ampio saggio introduttivo di Terracciano (a cura di), *La coscienza del tempo. Il carteggio Cantimori-Momigliano*, Pisa, 2020, pp. 5-105.

⁴⁹ Cfr. ora ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, *passim*.

⁵⁰ Cfr. infatti HAYEK, *op. cit.*, p. 533 s.: «[S]i deve completamente scardinare la concezione secondo cui l'uomo è stato in grado di sviluppare una cultura perché

era dotato di ragione. Ciò che apparentemente lo distingueva era la capacità d'imitare e di trasmettere quanto aveva imparato. [...] In altre parole, l'uomo ha certamente più spesso imparato a fare le cose giuste senza capire perché lo erano, ed ancora oggi è meglio servito dalle sue abitudini che dalle sue capacità di comprensione». Con il che non si può nascondere che si dischiude allora dinnanzi a noi proprio la questione su cui Ascarelli (e in particolare l'Ascarelli del dopoguerra) ha maggiormente insistito: il difficile rapporto tra continuità e discontinuità, cioè il problema del cambiamento. Faccio questo rilievo perché è indubbio che, dal brano hayekiano citato, può apparire che l'approccio hayekiano sia di stampo 'conservatore', o meglio 'conservativo': di qui l'enfasi sulla vantaggiosità del seguire le proprie abitudini, appunto nel senso della continuità e della conservazione (quello 'star contenti al *quia*', che, però, a ben vedere, né teologicamente, né politicamente può davvero soddisfare). Ora, pur non potendo discutere qui la questione, non si può tacere che la posizione hayekiana è assai più complessa (certo non dirò lineare, o comunque non problematica; e, del resto, mai ap problematico può essere lo storicismo), come, mi pare, prova il seguente passaggio: «Si è spesso detto che il giurista è conservatore per tendenza professionale. In certe condizioni, precisamente quando alcuni principi giuridici fondamentali vengono accettati per un lungo lasso di tempo, essi governeranno in effetti l'intero sistema del diritto, il suo spirito generale come ogni singola regola e minuta applicazione. In tali periodi un simile sistema possiederà una grande stabilità intrinseca. Ogni giurista, pertanto, quando dovrà applicare o interpretare una regola che non è in accordo col resto del sistema si disporrà a tale impresa in modo da volgere quella regola in una forma che la renda compatibile con le altre. Se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme. La situazione è comunque del tutto differente quando una filosofia generale del diritto non in accordo con la maggior parte del diritto esistente guadagna influenza. Gli stessi giuristi, mediante i medesimi abiti mentali e le medesime tecniche, e in generale altrettanto inconsapevolmente, divengono una forza rivoluzionaria, la quale è efficace nel trasformare il diritto stabilito in ogni suo dettaglio quanto prima lo era nel preservarlo inalterato. Le stesse forze che nel primo caso impediscono ogni movimento, nel secondo tendono ad accelerare il mutamento fino a trasformare l'intero corpo del diritto molto più di quanto chiunque avesse previsto o desiderato. Se questo processo condurrà ad un nuovo equilibrio o ad una disgregazione dell'intero corpo del diritto nel senso in cui tuttora comprendiamo questo termine, dipenderà dal carattere della nuova filosofia» (*ivi*, pp. 86-87). Anche queste parole meriterebbero ben più dettagliata attenzione, ma in questa sede mi basta mettere in rilievo almeno un aspetto, tra i molti altri possibili: il riferimento alla possibilità di cambiamento di quella che Hayek chiama 'filosofia generale del diritto' (e che, in senso più ampio, potremmo anche indicare richiamando la celebre categoria

Un'imitazione come tale virtuosa (e questa, beninteso, non è una descrizione ma una valutazione), perché (e anche qui basti richiamare campi come quelli dei diritti civili, della famiglia, dei contratti aventi a oggetto prodotti finanziari) essa muove dall'idea base (che è del resto anche una constatazione) per cui l'ampliamento dei confini dell'area in cui è fatto lecito di essere sovrani di se stessi non solo è possibile, ma è anche più facile rispetto al passato, perché è

concettuale della 'concezione del mondo') pone il problema delle ragioni di questo cambiamento. Ora, una prospettiva tanto liberale quanto individualista, come quella, da Hayek, non solo condivisa, ma da lui prima di tutto patrocinata sul piano delle idee, perché, appunto, si tratta di una concezione del mondo in vista dell'affermazione della quale occorre impegnarsi e lottare nella società (così ingaggiando, in primo luogo, una battaglia delle idee, nella linea, che non può stupire, per cui anche quello delle idee è un mercato), si fonda inevitabilmente sulle pulsioni soggettive degli individui, dalla cui azione (materiale e culturale) dipende quel cambiamento. Ma se è così, è evidente che l'esistenza di un *corpus* di tradizioni, di abitudini, di prassi, reiterate perché esistono ma non capite, certo non può essere di ostacolo a quell'impegno dei, e tra i, consociati, i quali condividano appunto quella concezione del mondo liberal-individualista. Da ciò consegue che la continuità non può essere altro che una categoria teoretica e storica, la quale certo serve a descrivere una determinata situazione storica, ma che altrettanto certamente non può operare in funzione ostativa del cambiamento, perché allora verrebbe meno il presupposto assiologico che giustifica, fondandolo, la libertà individuale. Mi permetto anche di aggiungere che, in questa prospettiva (incentrata cioè sull'agire individuale che diventa, o che può diventare, azione e trasformazione sociale), una comparazione tra Hayek e Gramsci (penso qui in particolare alla sua filosofia della *praxis*) potrebbe essere tutt'altro che peregrina, e, passando attraverso la prasseologia gentiliana, potrebbe anche illuminare l'itinerario culturale e intellettuale italiano e statunitense di uno studioso di primissimo piano quale Alessandro Pekelis (dandosi così anche ragioni di quelle valutazioni critiche, che invero hanno scandalizzato più d'uno, non solo processualista, e che sono state formulate da Giovanni Tarello nel suo notissimo saggio sui 'quattro giuristi per una cattiva azione'; lo stesso Tarello, in riferimento a Pekelis, ne ha dato una perspicua sintesi nella recensione citata al volume di ORESTANO, *op. cit.*, p. 282: «Basti dire che, al di là del consenso verso alcune ricostruzioni del Pekelis, nella linea tracciata da Orestano non si nota alcun residuo di quel linearismo e di quel provvidenzialismo storico – tanto meno nei suoi aspetti statocentrici – che caratterizzavano lo scritto del primo [il riferimento è alla celebre voce «Azione», uscita nel 1937]»).

oggi diffusa la consapevolezza che «l'uomo è la misura di tutti i valori della vita e della società»⁵¹.

Una consapevolezza che si è spostata dal piano della filosofia (e che, quindi, non è più soltanto tema di circoscritto dibattito filosofico) per trasferirsi sul piano, diciamo così, della *common knowledge* (anche quando, beninteso, sia semplicemente una *actitud* pressoché inconsapevole, che si esercita e si pretende di esercitare appunto perché 'si può fare così', o comunque perché si è sentito dire che così si può fare).

Se, allora, nessuno vorrà pretendere che quello che potremmo anche chiamare un inconsapevole individualismo metodologico⁵² esprima un compiuto programma politico, neppure può essere messo in dubbio che, in chiave empirica, si è ormai compiuta la trasformazione degli ordinamenti (delle società liberal-democratiche), da tendenzialmente chiusi, a tendenzialmente aperti (aperti, appunto, alle prassi individuali, che informano di sé il tessuto sociale, rinnovandolo e trasformandolo); il che pone, in prospettiva generale, il problema delle nuove latitudini della normatività (e ciò conduce al cuore delle fonti del diritto), nonché, in prospettiva più circoscritta,

⁵¹ TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, 2003, p. 1 ss., a p. 5.

⁵² Inconsapevole, perché applicato, spesso anche ottusamente e appunto per mera imitazione, da una moltitudine di consociati al di là, appunto, di ogni consapevolezza teorica: dunque, sarebbe certo ridicolo affermare che la dimensione empirica dell'attuale filosofia politica cammini sulle gambe della Scuola austriaca. A tacer del fatto, peraltro, che, poi, la pretesa di ampliamento della sfera dell'agire individuale incontra fortissime restrizioni quando si tratta di fare i conti con l'ambito economico, inteso, in senso lato, come terreno, per dir così, dove entrano in gioco i costi delle pretese individuali: qui, e tutto ciò ben noto (il fenomeno, del resto, non è certo solo dell'oggi, anzi è un tratto costante della società italiana; e già il nostro Leopardi ebbe modo di notarlo in vari luoghi delle sue magnifiche riflessioni filosofiche), la pretesa alla libertà individuale si converte in pretesa a che le conseguenze negative di questa libertà vengano (spesso indebitamente) traslate su altri; oppure ancora, quando si pretende che l'esercizio della libertà economica sia in sostanza a costo zero, ovvero che gli utili siano individuali ma le perdite collettive. Da questo punto di vista, certo non può dirsi che la Scuola austriaca vada oggi per la maggiore, né in Italia, né altrove.

la questione⁵³ del rapporto tra continuità e discontinuità ermeneutica, ovvero la questione delle condizioni di stabilità di ordinamenti fisiologicamente instabili⁵⁴ (come sono oggi tutti gli ordinamenti delle democrazie avanzate), perché sempre più disponibili (e in questo senso aperti) a recepire i frutti della creatività individuale (dove la creatività individuale si fa immediato strumento politico, nel senso di quell'oggettivazione del soggetto cui, più sopra, mi sono riferito).

In questa prospettiva, si può forse allora aggiungere, le peculiarità del diritto inteso quale espressione di una scienza autonoma sono vieppiù destinate a scolorire, perché il diritto, oggi, in quanto meccanismo di risposta, e, meglio e hayekianamente, di *feed-back*, alle domande connesse allo svolgimento storico dell'umanità, non è concepibile se non come frammento di un ordine politico che, nella sua fisiologica instabilità, è in continua trasformazione⁵⁵ (con una velo-

⁵³ Sulla quale, appunto la riflessione del già richiamato Tullio Ascarelli, imposta in termini storicistici, ha segnato forse il punto più alto, soprattutto per la straordinaria fertilità del suo pensiero, dal quale parrebbe oggi inevitabile ripartire.

⁵⁴ Tengo qui in particolare presenti alcune suggestioni che si rinvengono in MANTOVANI, *La scienza giuridica dei 'prudentes' romani nella storiografia di Mario Talamanca*, in Capogrossi e Colognesi e Finazzi (a cura di), *Ricordo di Mario Talamanca* (Atti della giornata di studi - Roma 21 maggio 2010, Sapienza Università di Roma), Napoli, 2012, p. 187 ss., a p. 195, e GAROFALO, *Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz*, in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino, 2015, p. 1 ss.: entrambi, Mantovani e Garofalo, richiamano un testo di NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, che, però, nel momento in cui scrivo, non ho potuto vedere.

⁵⁵ Il medesimo fenomeno si verifica anche in campo linguistico, onde la incomprendibile difesa per una presunta 'purezza' dell'italiano, fortunatamente messa in non cale dai più attenti studiosi della lingua italiana. Qui basti rinviare alla seguente pagina dello Zibaldone leopardiano: «Rinunziare o sbandire una nuova parola o una sua nuova significazione (per forestiera o barbara ch'ella sia), quando la nostra lingua non abbia l'equivalente, o non l'abbia così precisa, e ricevuta in quel proprio e determinato senso; non è altro, e non può esser meno che rinunziare o sbandire, e trattar da barbara e illecita una nuova idea, e un nuovo concetto dello spirito umano» (*Zib.*, p. 2400; 18 aprile 1822). Ogni difesa della purezza è antistorico contrasto all'*usus scribendi et loquendi*, e dunque, come sempre, il fatto prevale sulla regola, in un processo di costante superamento (attualizzazione, e suo successivo superamento). Sul punto, segnalo alcune pagine (che,

cià sconosciuta nel passato), e dunque richiede un costante ripensamento del proprio linguaggio concettuale (dove, altresì, le indispensabili aperture a molti utilizzi dell'intelligenza artificiale).

4. *Ordinamenti giuridici aperti e ruolo della filosofia politica.*

Di fronte a questo maestoso fenomeno di progressiva apertura degli ordinamenti (e quindi di espansione del giuridico e della giuridicità – anche e soprattutto in forme nuove, rispetto alle quali, evidentemente, una risposta ordinamentale in termini di *non liquet* sarebbe, a tacer d'altro, destinata alla sconfitta, perché antistorica) – fenomeno che, lo ribadisco, si riflette prima di tutto sul terreno della filosofia politica, anche quale luogo della riflessione scientifica finalizzata alla ricerca delle coordinate storico-concettuali del buon vivere aggregato⁵⁶ –, una reazione innanzitutto improntata alla lettura dei più recenti sviluppi ordinamentali nei termini della filosofia politica novecentesca (così necessariamente richiamandosi agli apparati giusargomentativi della tradizione)⁵⁷ non potrebbe in alcun modo risolvere i problemi in campo; problemi che sono quelli, bensì costanti ed eterni (ferme restano le ineliminabili differenze di percezione degli stessi, *ratione temporis*), della dimensione, come già segnalato più sopra, del lecito individuale e della relazione tra individuo e società⁵⁸, ma che al contempo mutano se riguardati nella prospettiva delle soluzioni volta a volta costruite in ragione delle occa-

mi pare, almeno oggi, siano scarsamente ricordate, e che prestano anche significativa attenzione alla letteratura sovietica e presovietica) in cui si affronta criticamente il sempre tormentato rapporto tra fattualità e normatività: mi riferisco a ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto. Appunti*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Diritto pubblico e storia del diritto, Padova, 1950, p. 577 ss., spec. p. 587 ss.

⁵⁶ Su tutto ciò richiamo ancora MIGLIORI, *op. cit.*, II, in particolare p. 1018 ss.

⁵⁷ Da questo punto di vista, un po' di quel 'veleno giuridico' diffuso da quei 'giuristi corruttori' cui (*ça va sans dire*, velenosamente) alluse BIGIAMI, recensendo da par suo la quinta edizione delle santoriane 'Dottrine generali del diritto civile', in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 118 ss., parrebbe essere viepiù necessario, invero indispensabile.

⁵⁸ Cfr. ora le ampie prospettive che apre ora VIRNO, *Avere. Sulla natura dell'anima loquace*, Torino, 2020.

sioni a partire dalle quali quei problemi sorgono: problemi che esistono appunto in quanto immersi nella storicità inarrestabile del divenire, e che come tali vanno quindi sempre affrontati rispetto alle mutevoli esigenze del presente⁵⁹, cioè della vita reale delle persone, così sottraendoli alla gabbia di quella falsa ‘storicità con disegno predeterminato’ (per usare un’altra perspicua formula crociana)⁶⁰.

Tutto ciò, sul seguente presupposto: quanto muta rispetto ai termini della questione appena richiamata produce effetti sistemici (di cui, statisticamente, non pochi saranno sempre imprevedibili e contro le intenzioni)⁶¹ che avvolgono la catena dell’umano consorzio, i cui anelli sono metaforicamente il simbolo degli svolgimenti storici.

⁵⁹ Cfr. infatti ora PETRUCCIANI, *Politica. Una introduzione filosofica*, Torino, 2020.

⁶⁰ Si può qui allora segnalare, ma solo come nota al margine, che proprio la riflessione del crociano Ascarelli non è riuscita del tutto a sottrarsi, analizzando egli appunto il rapporto tra continuità e discontinuità storica ed ermeneutica, all’idea che vi sia, se non un disegno predeterminato (il riferimento di Croce è naturalmente a Hegel, il cui storicismo, del resto, fu criticato da Popper, come ben noto, in una prospettiva assai prossima a quella crociana), quantomeno una necessità storica immanente alla tradizione, da cui, tendenzialmente, la prevalenza delle ragioni della continuità su quelle della discontinuità. Ma cfr. allora il seguente rilievo di un illustre teorico della letteratura quale Francesco Orlando: ORLANDO, in *La letteratura e le cose. Conversazione [di Claudio Pavone] con Francesco Orlando* (1995), poi in (da cui cito) ZANNI ROSIELLO (a cura di), *Intorno agli archivi e alle istituzioni. Scritti di Claudio Pavone*, Ministero per i beni e le attività culturali (‘Dipartimento per i beni archivistici e librari – Direzione generale per gli archivi’), Roma, 2004: «[S]e certe costanti tornano tante volte in testi di una stessa epoca e anche di epoche successive, credo che non sia una deroga alla nostra mentalità storicistica il pensare appunto che ci sono delle costanti di lunga durata, il che non vuol dire fare della metastoria. Per un freudiano come me, non vuol dire rifarsi ad archetipi junghiani, radicati in eterno nella psiche umana, identici in tutte le epoche, in tutte le civiltà. Le epoche si possono scandire con tagli più corti o più lunghi e la storia non è soltanto – come un certo storicismo di marca idealistica ci portava a credere quando io mi sono formato – fatta di varianti, la storia è anche fatta di costanti, non è fatta soltanto di cose volta per volta nuove, è fatta anche di cose che durano», p. 331 ss., alle pp. 343-344 (il volume è disponibile in rete: http://www.archivi.beniculturali.it/dga/uploads/documents/Saggi/Saggi_84_1.pdf).

⁶¹ CUBEDDU, *Nuove tirannidi*, cit., p. 4, riformula in questi termini quella che egli chiama ‘teoria generale dell’azione umana di Mandeville’: «[Q]ualsiasi azione può avere conseguenze che non hanno relazione con le sue motivazioni

Naturalmente non si tratta, a questo punto, di meccanicamente trasferire, per effetto vizioso di scolastica simmetria, nel campo giurermeneutico quell'approccio soggettivistico alla dimensione della politicITÀ⁶² – un soggettivismo appunto connotante la vita istituzionale delle collettività liberal-democratiche contemporanee, compiute società aperte⁶³; si tratta, piuttosto, di riconoscere che l'approccio che guarda al diritto come a una costruzione sociale fondata sui pilastri teoretici e empirici della pretesa individuale⁶⁴, e, dunque, che

iniziali». Tanto che (come ivi osserva infatti Cubeddu) «lo sforzo della filosofia delle scienze sociali è stato da allora in poi quello di escogitare modi e sistemi per ridurre “le conseguenze indesiderate delle azioni umane volontarie” [cit. di Popper]».

⁶² Cfr. BRAIDOTTI, *Materialismo radicale. Itinerari etici per cyborg e cattive ragazze*, Milano, 2019.

⁶³ Del resto, la storia della libertà è storia di progresso, e il progresso è primariamente apprezzabile e valutabile in termini individuali e soggettivi, cioè all'interno dei perimetri dell'agire individuale, oggi assai più indipendente di un tempo dalle mediazioni legislative, e come tale intrinsecamente permeato di giuridica rilevanza, attraverso la crescente mediazione del giudice, in questo senso davvero organo respiratore della coscienza sociale, ma non certo perché tutto ciò che nella società esiste e che dalla società promana debba trovare una giuridicizzazione, tanto più di impronta giudiziale. Questo rilievo vuole semplicemente richiamare l'attenzione sul rapporto tra diritto e società, nella consapevolezza che proprio tale rapporto attiene agli scopi e agli usi del diritto quale meccanismo istituzionale, e dunque il diritto è un prodotto di tale rapporto.

⁶⁴ In tema deve essere richiamato il nome di Bruno Leoni, la cui opera, oltremodo sotto-utilizzata (è del resto il destino che accomuna un po' tutti gli 'Austriaci'), sarebbe in realtà utilissima per comprendere lo stato (felicemente, cioè vitalisticamente, problematico) del diritto al tempo presente: v. allora almeno gli scritti raccolti in LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004. A mio avviso, il modello teorico elaborato da Leoni (quello che appunto concepisce il diritto come una rete di pretese individuali in costante e reciproca competizione) è così fortemente esplicativo da non essere pienamente (ma non paradossalmente) utilizzato nemmeno da parte degli stessi 'leoniani' contemporanei, timorosi che l'enfasi posta sul carattere individuale delle pretese si traduca poi in una proliferazione di diritti individuali, il cui costo, in gran parte, è destinato a gravare sullo Stato. V. ad esempio la posizione molto netta di uno studioso noto e apprezzato del pensiero e dell'opera di Bruno Leoni qual è Carlo Lottieri: qui faccio riferimento a un'intervista rilasciata l'11 aprile 2016 a Marco Dotti, leggibile anche in rete: <http://www.vita.it/it/interview/2016/04/11/diritti-per-tutti-liberta-per-nessuno-un-dialogo-con-carlo-lottieri/50/>. L'intervista è tutta incentrata (come capita

spesso in ambito ‘libertarian’) sulla contrapposizione tra diritti e libertà. Cfr. in particolare il seguente passaggio: «[I] moltiplicarsi di “diritti a” comport[a] di necessità una restrizione delle libertà individuali, tradizionalmente indicati anche come “diritti di”. Ogni diritto sostanziale o sociale esige meccanismi redistributivi e regolamentari che riducono lo spazio d’azione del singolo e delle comunità volontarie. È del tutto evidente, ad esempio, che se lo Stato afferma l’istruzione quale diritto, in breve tempo esso finirà per affermare pure che l’istruzione diventa un dovere, che tutti sono obbligati a finanziarla e che si deve intendere per istruzione un certo tipo di conoscenza, imposta a tutti dai programmi ministeriali. E a quel punto la libertà di cultura non esiste più». A tacer d’altro, si può osservare come una proliferazione di diritti nati in un contesto competitivo tra pretese individuali e la cui qualificazione in termini di diritti soggettivi (o, comunque, di posizioni soggettive di vantaggio) sia rimessa al giudice (che in questo contesto è, in senso istituzionalmente proprio, il meccanismo di attuazione di una democrazia che assume così connotati certamente nuovi rispetto a quelli tradizionali, cui, invece, tenacemente si richiama LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 391 ss., e, anzi, a partire dai quali legge il tema dell’interpretazione giuridica) non valorizza proprio quella potenzialità giuspoietiche ascrivibili alla libertà individuale in un contesto liberal-democratico. Ma del resto, e come è noto, da parte libertaria (*rectius*, da parte di quel libertarismo di matrice rothbardiana), i conti con la democrazia sono ancora aperti: basti qui ricordare il volume, se non altro brillante, di HOPPE, *Democrazia, il Dio che ha fallito* (trad.it.), Macerata, 2010. Orbene, se si idealizza il concetto di diritto naturale e lo si fa diventare (per usare una terminologia tarelliana) un prodotto del mentalismo, la libertà dei libertari diventa una prigionia in cui la libertà degli individui ha una collocazione politica e un contenuto giuridico predefiniti, non già per opera dello Stato, ma (e ai fini del nostro discorso nulla muta, ovviamente) della tradizione, dei costumi, del passato, perdendo così, *in radice*, quei connotati oppositivi a ciò che storicamente è la dimensione del presente, e che la libertà individuale proprio nel suo svolgimento storico ha sempre inteso superare. Il che, in certa misura, è paradossale, ma, per altro verso, è la spia della sfiducia della libertà (e quindi nell’essere umano) che questo libertarismo (non troppo velatamente antidemocratico, e infatti, tendenzialmente, autoritario) fa propria. In senso più generale, sono allora intellettualmente suggestive e culturalmente benefiche alcune indicazioni che si rinvergono in MOMIGLIANO, *Pagine ebraiche*, Roma, 2016, e che affrontano il sempre problematico fondamento ideale della libertà nei suoi svolgimenti storici: v. in particolare ID., *Ermeneutica e pensiero politico classico in Leo Strauss*, Napoli, 1967, p. 221 ss., ma vanno visti tutti i saggi di cui si compone il volume, nonché, e non ultima, l’inedita conversazione con Momigliano della curatrice Silvia Berti, p. 277 ss.

quel medesimo soggettivismo operante quale centrale fattore istituzionale vanno oggi entrambi pacificamente annoverati, certo attraverso la mediazione giudiziale, tra i primari formanti del diritto e cioè tra i primari produttori di normatività⁶⁵, senza che possa assumere particolare persuasività l'argomento per cui una pretesa individuale pensata in termini di fonte di produzione contraddice l'impostazione tradizionale: è, infatti, proprio questa 'impostazione tradizionale', che, restando tale, genera quella intollerabile asimmetria tra struttura e sovrastruttura, che innanzitutto è in sé un errore metodologico; ma si può anche aggiungere che, in ambito sociale, non esistono gli errori senza rimedi, nel senso che la forza dei fatti sociali è sempre superiore alla forza di una sovrastruttura storicamente inattuale (del resto, le ottuse resistenze al riformismo ben possono aprire le porte alla rivoluzione).

⁶⁵ Il che, a mio avviso (ma ovviamente qui posso fare solo un cenno a tale delicatissima questione), può avere anche il vantaggio di superare «la difficoltà di giungere a scelte collettive condivise in un ambiente caratterizzato da un'accentuata differenziazione dei valori»: così CUBEDDU, *Nuove tirannie*, cit., p. 7. Perché è chiaro che l'enfasi sul ruolo del giudice quale strumento di trasformazione endogena dell'ordinamento giuridico, a partire da un impulso esterno e riconducibile alla libertà individuale, impone senz'altro di ripensare all'idea di politica come luogo delle scelte di matrice collettiva. C'è infatti uno spazio politico, come più volte affermo nel testo, che è sottratto alla scelta (e quindi alla deliberazione) collettiva ed è invece attribuito – in termini di competizione interindividuale e in base a un processo di 'adjudication' – a una 'lotta per il diritto' riconducibile al meccanismo catallattico di hayekiana memoria (laddove, da parte liberale classica, ma soprattutto libertaria, la politica è fatta invece coincidere interamente con le scelte strutturalmente e istituzionalmente collettive: v. ancora CUBEDDU, *Nuove tirannie*, cit., *passim*, e ad esempio p. 8: «[N]on sembra sia ancora possibile fare completamente a meno di scelte collettive e quindi di politica [...]»). Ma ben si può pensare alla politica a partire dalle scelte individuali, appunto in una logica di competizione rispetto alle scelte collettive; con la conseguenza che gli spazi delle une e delle altre sarà il prodotto di tale competizione, tutta da giocarsi sul terreno socio-culturale.

Si può fare, al proposito, il nome (che potrà anche sorprendere, o al limite spiacere) di Emilio Betti⁶⁶, che ha sempre contrastato la visione particolaristica del diritto⁶⁷, opponendovi un approccio interpretativo finalizzato, in sintesi, a quegli innesti transordimentali⁶⁸ (realizzati appunto *ope interpretationis*) oggi così diffusi e grazie ai quali il dialogo tra giurisdizioni non solo è possibile ma costituisce una fruttifera realtà, nell'idea che l'attività interpretativa è strumento di creazione razionale (rispetto alla tenuta argomentativa) e ragionevole (rispetto alle esigenze storico-sociali) di nuovo diritto. Con la precisazione, che può anche (e forse deve) essere assunta in termini

⁶⁶ Che abitualmente passa per essere dogmatico e formalista, nonché (assai peggio) per esser stato culturalmente «in forte ritardo rispetto alla sua epoca»: la frase si legge in SACCO e ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*⁷, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Milano, 2019, p. 230, nota 92.

⁶⁷ Mi riferisco qui alle parole (oltremodo significative) pronunciate da Betti in occasione delle sue onoranze: le riferisce CRIFÒ, *Onoranze a Emilio Betti* (Roma, 22 novembre 1962), in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1962 (XXVIII), p. 520 ss. Ivi (pp. 524-525) Betti traccia un programma didattico e di ricerca, anche in chiave metodologica, che definire 'ancora attuale' sarebbe riduttivo.

⁶⁸ V. in particolare, il seguente passaggio, che si legge ivi, a p. 525: «Partendo dal presupposto indimostrato che nell'orbita di un ordinamento non possano trovare applicazione norme che non abbiano in esso la propria fonte, la visuale positivista è costretta a postulare dispositivi automatici di recezione, d'inserzione o d'imitazione legislativa, che provvederebbero a ristabilire di continuo la conformità richiesta fra le norme dell'uno e le norme dell'altro ordinamento. Ma, a ben guardare, non si tratta di immettere norme giuridiche da un ordinamento in un altro, ma di ricavare dall'uno massime di decisione da applicare nell'altro; e i procedimenti di rinvio, di adattamento, di adeguazione, come anche di trasposizione o conversione, che a tal uopo si rendono necessari, si rivelano alla riflessione semplici processi ermeneutici, che si svolgono, non già sul piano nomogenetico della produzione del diritto, ma sul piano *interpretativo*, della sua applicazione: processi, che rispondono al canone della coerenza ermeneutica e all'esigenza di adeguazione dell'intendere, specialmente viva nel campo dell'interpretazione in funzione direttiva della condotta, nel concorso di leggi statali diverse, chiamate in potenza ad essere applicate congiuntamente. In verità, non abbiamo alcun bisogno di ricorrere a metafore desunte dal mondo fisico: se il diritto è un fatto spirituale, vale per esso, come per altre strutture foggiate dalla civiltà umana, la scoperta di Giambattista Vico: "questo mondo civile è stato fatto dagli uomini; onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i principi entro le modificazioni della nostra medesima mente umana"» (corsivo orig.).

problematici, per cui la tenuta argomentativa non va valutata soltanto rispetto a se stessa, dovendo essere invece proiettata sul terreno della specifica esigenza (pretesa) da cui origina la controversia⁶⁹; ma se è così, ne consegue che la coerenza e la razionalità argomentative saranno criteri bensì irrinunciabili, ma solo se non, per così dire, retrospettivi, cioè ancorati a un ordinamento giuridico assunto quale *a priori*, posto che non si tratta di difendere l'esistente, ma di capire, se, perché e come l'esistente possa (o debba) essere modificato.

In questo senso, allora, razionalità e ragionevolezza sono semplici 'ragioni pratiche'⁷⁰, cioè ragioni strumentali all'elaborazione di un giudizio che quale oggetto ha i necessari, progressivi adattamenti e assestamenti della giuridicità, ma non già categorie concettuali metafisicheggianti.

Si può così parlare, senza alcun timore teoretico, di un passaggio dalla norma 'posta' dal legislatore alla regola 'costruita' dall'interprete⁷¹, anzitutto per due ragioni: da un lato, il fisiologico ritardo con il quale il legislatore interviene rispetto a qualunque domanda sociale (che come tale ha tendenzialmente una dimensione intrinsecamente transnazionale); dall'altro lato, l'esigenza degli individui di poter accedere a forme di partecipazione politica non troppo distanti dalla effettività nomopoietica della pretesa esercitata vittoriosamente nel processo.

Vanno allora ripensate le forme di partecipazione diretta alle decisioni politiche⁷² (nella prospettiva del principio di sussidiarietà), sì che anche sul versante spiccatamente istituzionale (e non solo processuale) il singolo possa guardare a se stesso quale elemento costitutivo degli aggregati sociali⁷³, e non solo quale destinatario di una

⁶⁹ Cfr. RORTY, *La filosofia dopo la filosofia. Contingenza, ironia e solidarietà* (trad.it.), Roma-Bari, 2001, p. 63.

⁷⁰ Cfr. di nuovo VETTORI, *Persona e Mercato*, cit., pp. 11-12.

⁷¹ LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 e ID., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019.

⁷² Cfr. ora Masala e Viviani (a cura di), *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Roma, 2020.

⁷³ Di particolare interesse è LEONI, *Una teoria «neo-jeffersoniana» della funzione del potere giudiziario in una società democratica*, in *Il Politico*, 1964, p. 357 ss.

MAURO GRONDONA

decisione collettiva assunta in una sede oggi, per molti versi, troppo lontana e troppo lenta, cui vai ricondotto, in non piccola parte, il fenomeno così diffuso, e socialmente deleterio, della ‘crisi della politica’⁷⁴.

⁷⁴ Al proposito richiamo ancora CUBEDDU, *Nuove tirannidi*, cit., *passim*. Ma v. ora NUSSBAUM, *La monarchia della paura. Considerazioni sulla crisi politica attuale*, Bologna, 2020.

PAOLO GROSSI
Professore emerito di Storia del Diritto medievale e moderno
Università di Firenze
Presidente emerito della Corte Costituzionale

LA STORIA DEL DIRITTO IN UNA FACOLTÀ GIURIDICA, OGGI¹

SOMMARIO: 1. Le ragioni per la scelta di questo tema. – 2. Sulla de-temporalizzazione/de-storicizzazione del diritto durante la modernità giuridica e sulle pesanti conseguenze negli studi giuridici entro il pianeta di *civil law*. – 3. Novecento giuridico: il recupero posmoderno della socialità/storicità del diritto. – 4. Sulla intensa transizione posmoderna, sull'eclissi dell'assolutismo giuridico e sulla riscoperta del pluralismo giuridico. – 5. Lo storico del diritto giurista tra giuristi: un Provvido sodalizio nell'unitarietà della scienza giuridica. – 6. Il 'caduco' e il 'durevole' nella decantazione della linea storica. Lo storico del diritto come coscienza critica del cultore del diritto positivo e una testimonianza di Cesare Vivante.

1. *Le ragioni per la scelta di questo tema.*

Ho senza perplessità scelto io il tema – evidenziato nettamente nel titolo – per la lezione inaugurale al 'corso' di 'Storia del diritto' nella Facoltà giuridica della Università paranaense, con l'intento di

¹ Si pubblica qui, in lingua italiana, il testo della lezione inaugurale da me tenuta al corso di 'Historia do Direito' del Professor Ricardo Marcelo Fonseca, Cattedratico nella Università Federale dello Stato del Paraná (Brasile), attualmente Magnifico Rettore della stessa Università. La lezione è stata trasmessa da Firenze per video-conferenza l'11 maggio 2021. Tengo ad esprimere a Ricardo – amico, collega, maestro – la più viva gratitudine per il suo generoso e graditissimo invito.

In questa pubblicazione italiana si omettono i saluti al Rettore e ai Colleghi Assistenti Studenti della Università paranaense, nonché l'espressione da me formulata della più sincera solidarietà per la tragedia sofferta in misura enorme dal popolo brasiliano a causa della universale pandemia.

perseguire un duplice scopo: venendo quel tema a investire l'assetto attuale di una Facoltà di Giurisprudenza² e la relazione in essa fra discipline di diritto positivo e discipline storiche comparatistiche filosofiche, riuscire a far chiarezza per gli studenti e, soprattutto, risvegliare la coscienza critica dei docenti da un passivo stato di indolenza o – peggio – da una visione angusta limitata soltanto ai singoli orticelli disciplinari. Ovviamente, stante l'assoluta rinuncia da parte mia a ogni atteggiamento apologetico (e, quindi, inaccettabilmente partigiano), lo scopo non può che ridursi a una messa a fuoco squisitamente culturale.

Per inquadrare meglio senso e misura della presente lezione, assumo a miei frontali interlocutori i giuristi operanti all'interno di quel pianeta giuridico, che i comparatisti unificano sotto la dizione di *civil law* e che è contrassegnato dalla cappa di piombo di una legalità strettamente e rigidamente intesa; pianeta al quale appartiene l'Italia (e, in qualche modo, anche il Brasile)³. Ben diversamente e con marcata autonomia – lo dico solo per gli studenti – il diritto si svolge nella realtà insulare (geograficamente e storicamente insulare) del vecchio Regno d'Inghilterra (e, poi, anche nei suoi domini coloniali), dove, durante la modernità, con una continuità parzialmente smentita soltanto dopo il 1945, si ribadiscono valori giuridici medievali e posmedievali, ignorando sostanzialmente il nuovo verbo proclamato e imposto dalla rivoluzione francese. Aggiungo e preciso: assumendo a interlocutori – accanto agli addetti alla ricerca scientifica generalmente collocati nell'ambito di istituti universitari – giudici e notai operanti nella trincea della prassi quotidiana, oggi sempre più distanti dalla passata mortificante condanna a passivi esegeti di comandi legislativi.

Vi debbo, però, una ulteriore precisazione: io, come storico del diritto vivente e agente in un paese di *civil law*, contemplo con par-

² Realtà che oggi, in Italia, per insipienza di un recente atto legislativo statale, è chiamata 'Dipartimento', abbandonando un vocabolo (Facoltà) consolidato da una augusta plurisecolare tradizione e tuttora universalmente accolto fuori dei nostri confini.

³ 'In qualche modo': il perché di questa attenuante locuzione è motivato più avanti. V. *Infra*.

tecipazione e anche con soddisfazione il cammino difficile (e, pertanto, arduo) che il diritto sta vivendo in questi anni, estremo lembo di un itinerario posmoderno ancora in svolgimento; e lo sta vivendo tra le resistenze di parecchi giuristi e il coraggio di pochi, ma sempre più raggiungendo i traguardi pluralistici che il messaggio giuridico della nostra Costituzione del 1948, con la piena riscoperta della complessità dell'ordine giuridico, nitidamente disegna. Entro quell'itinerario, accanto agli uomini di scienza, un valido contributo è fornito dalla accesa trincea della prassi quotidiana⁴.

Fissati bene il quadro e i confini della nostra analisi, questa si svolgerà diacronicamente, esaminando e comparando le soluzioni – diverse, se non opposte – progettate e realizzate nell'ambito della modernità e sempre più erose nel divenire di un tempo giuridico posmoderno⁵. Il mio sguardo si articolerà in due soste autonome, come è richiesto dalla netta diversità (se non radicale contrapposizione) dei messaggi offerti dai due momenti dell'itinerario storico-giuridico proprio sul ruolo della 'storia del diritto' entro l'assetto didattico-scientifico di una Facoltà di Giurisprudenza.

2. Sulla de-temporalizzazione/de-storicizzazione del diritto durante la modernità giuridica e sulle pesanti conseguenze negli studi giuridici entro il pianeta di civil law.

Se lo sguardo si rivolge al passato oltre il Novecento, non può che concentrarsi sull'evento che segna, caratterizzandolo nel profondo, il nascere e il pronto edificarsi della modernità giuridica nella storia dell'Europa continentale e dei paesi coloniali ad essa collegati. Qui,

⁴ L'ho volentieri constatato nell'ultimo volume mio freschissimo di stampa: *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno - dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, p. 139 ss.

⁵ Mi sembra opportuno chiarire bene i contenuti storici dei due aggettivi 'moderno' e 'posmoderno', che io ho usato spesso, almeno negli ultimi dieci anni, per contrassegnare l'itinerario della storia del diritto nell'Europa continentale. Si tratta, come si mostrerà nel corso della lezione, di due tempi fondati e solcati da valori giuridici profondamente diversi, il 'moderno' che ha il suo svolgimento da metà Settecento alla fine dell'Ottocento, il 'posmoderno' che, avendo le prime germinazioni già nei due ultimi decenni dell'Ottocento, è tuttora in corso. Maggiori precisazioni sono offerte in una mia specifica indagine: *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2013.

il disegno di un volto nuovo si ha quando, a fine Settecento, con lo sconvolgimento poderoso della rivoluzione francese, ogni dimensione della società (costume, economia, diritto, assetti politici) viene contrassegnata da un marchio di assoluta novità e, con ciò, in posizione di netta discontinuità e di accanita demolizione rispetto a quell'*ancien régime* che aveva permesso alla grande fiumana medievale di arrivare abbastanza intatta fino al 1789.

Radicale è la svolta che il diritto subisce, e che coinvolge l'intero ordine giuridico, a cominciare dal diritto privato e dal più privato dei diritti, quello civile⁶. Si afferma il protagonismo dello Stato quale apparato supremo di poteri, che è veramente una innovazione impensabile appena poco prima del rovesciamento rivoluzionario. Nella Francia, che pure è il laboratorio dove, dal lontano Trecento in poi, si incrementa sempre più l'immagine di un Principe legislatore, il diritto civile resta fino all'ultimo riservato alla forza germinativa delle consuetudini e alla maestria tecnica di *doctores* e giudici⁷. Ora, a fine Settecento, grazie alle fondazioni teoriche fornite dall'illuminismo giuridico e alle fondazioni effettuali offerte dalla involuzione del potere politico nel momento giacobino della rivoluzione, si arriva alla totale statalizzazione del diritto, con il supremo potere politico che monopolizza tutta la produzione giuridica. Il diritto intero trova nella legge l'unico canale per manifestarsi e proporsi alla ubbidienza

⁶ Ciò era preteso dal carattere 'borghese' della Rivoluzione, che trova la sua 'costituzione' essenziale in un Codice Civile, assestato in una nervatura patrimoniale e tutto proteso alla tutela della proprietà individuale e del contratto, concepiti come il campo dell'autonomia del cittadino abbiente. Soprattutto per lui è stato progettato, come si dirà più avanti nel testo, un forte assolutismo giuridico.

⁷ Lo dice espressamente Etienne-Jean Portalis, un fine giurista che si pone quasi a cavalcioni fra il vecchio regime borbonico e quello novatore dei rivoluzionari giacobini, quando, nel suo '*Discours préliminaire*' al progetto di Codice dell'anno IX, rileva compiaciuto che una codificazione unitaria è divenuta realizzabile solo dopo che la rivoluzione ha ridotto il Regno di Francia in uno Stato effettivamente unitario, dotato di una grande compattezza e semplice nella sua strutturazione rigidamente centralizzata, a differenza dell'antico regime quando la monarchia sovrastava a una realtà socialmente e giuridicamente assai complessa, o, per usare le efficaci parole di Portalis, "*cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire; on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés*". Il '*Discours*' è leggibile in: *Naissance du Code Civil - La raison du législateur*, Paris, 1989 (la citazione è a p. 36).

della società, identificandosi ovviamente in un complesso di norme, ossia di comandi ineludibili. Quel che preme sottolineare è il vincolo che si instaura – inscindibile perché divenuto necessario – fra tutto l’ordine giuridico e il potere supremo dello Stato; in tal modo, il diritto assume un rischioso carattere potestativo, rischioso, perché ormai reca nel suo volto il contrassegno di quel potere (e anche tutte le sue vergogne).

A livello di fonti la manifestazione più espressiva, perché novissima in confronto all’assetto della millenaria tradizione medievale e posmedievale, è il *Codice*⁸, voluto dalla rivoluzione fin dai suoi primi atti e realizzato dal despota Napoleone, che, negli anni ricompresi fra il 1804 e il 1810, impegna la sua onnipotenza ormai imperiale in una vastissima opera codificatoria con la piena riduzione a sistema unitario del diritto civile, commerciale, penale, processuale.

Quel che mi preme, ai fini di questa lezione, è il tratto più vistoso e determinante rappresentato dall’essere il *prodotto/Codice* voluto, progettato, realizzato *in alto*, nel grembo del supremo potere imperiale con un coinvolgimento diretto nella sua formazione dello stesso Imperatore. Un prodotto che, dalla Francia, tende a espandersi per disciplinare zone sempre più ampie dell’Europa continentale quale marchio di identità dello stesso cesarismo napoleonico; che è, d’altronde, presuntuosamente proiettato in un futuro senza fine (si pensi che il costrutto più impegnativo e più innovativo, il *Code Civil*, solo dopo più di duecento anni di vita, appena negli anni scorsi, ha subito un primo rinnovamento sostanziale anche se discutibilissimo).

L’esempio del ‘diritto civile’ è il più disarmante, almeno sotto un preciso profilo: che è il diritto della vita quotidiana dell’uomo comune, immerso in una vicenda quotidianamente vissuta e che per questa sua connaturale carnalità, il Sovrano assoluto dell’antico regime aveva ritenuto di dover rispettare nella sua regolazione *dal basso* di indole soprattutto consuetudinaria. Ora, 1804, viene, per

⁸ Per una puntualizzazione di questa sostanziosa novità rimando il lettore a un mio saggio specifico: *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico - Atti dei Congressi Lincei*, p. 221 (Convegno di Roma, 20 dicembre 2004), Bardi, Roma, 2006 (anche in: *Quaderni Fiorentini*, XXXV (2006)).

così dire, *de-temporalizzato*, sottratto alla sua storicità perché consistente in un sistema di categorie ordinanti immuni dall'usura del tempo. Immune, quindi, dalla fangosità dei fatti economici e sociali, si da permettere al potere politico – espressivo e anche tutelatore del ceto borghese uscito vittorioso dai rivolgimenti rivoluzionari – di affermare con il Codice un disegno di figure astratte, preziose nella loro astrattezza per una civiltà fondata sul primato dell'*avere* e sulla presenza fattuale di ricchi e di poveri. A questi ultimi si lasciava il talismano della uguaglianza giuridica, con la assoluta libertà per ogni cittadino e anche per il più povero di poter diventare ricco⁹.

Non si deve mai dimenticare che la *égalité*, scritta a caratteri cubitali sui vessilli della rivoluzione e sui muri delle aule di giustizia, è uguaglianza formale, ossia unicamente potenziale. Sia chiaro: è certamente un grosso passo innanzi rispetto alle iniquità cetuali dell'antico regime, ma, nella sua astrattezza, è anche, strategicamente preziosa per mantenere in piedi una società di ricchi e di poveri e una pseudo-democrazia a base censitaria, come è dimostrato dal numero irrisorio di cittadini coinvolti nelle pubbliche elezioni costitutive della rappresentanza politica della nazione (in Italia, nel 1861, primo anno del Regno unitario, nemmeno il 2% dei cittadini, discriminati secondo una misurazione meramente economicistica, è chiamato alle urne, e occorrerà attendere il 1913 per avere un quasi-perfetto suffragio universale maschile).

È anche questo il momento in cui, in Francia e in Italia, si riduce il giurista a esegeta di leggi, ossia lettore passivo di un autoritario testo cartaceo, o, in Germania, con una codificazione rinviata al 1900, dove il giurista esaspera in un sapere astratto le invenzioni tecniche dell'antico diritto romano. È questo il momento che tende a identificare il giurista (e, soprattutto, il civilista) in un personaggio isolato dai fatti brulicanti nel divenire socio-economico e, sulla scorta di Codici o di un alterato messaggio romanistico, in un disegnatore di pure forme; conseguentemente, a connotare la sua scienza

⁹ Stante questa libertà, circola vivace nella civiltà borghese una 'verità' formalmente ineccepibile: il mancato traguardo della ricchezza non potrà che essere imputabile alla inettitudine (o pigrizia) del povero.

del carattere sommo e tipizzante della *purezza*, anticipando nel secolo XIX quello che sarà, durante il posmoderno Novecento, l'insegnamento del grande corruttore Kelsen¹⁰, con una negativa influenza anche nella Vostra America Latina e, in modo particolarmente incisivo, nella cultura giuridica messicana.

Il diritto, insomma, si risolve in un sistema chiuso, chiuso da muraglie compatte che lo separano dai fatti in continuo movimento e mutamento all'interno del flusso storico; e al personaggio che cavalca il destriero della scienza giuridica – scienza astratta, scienza pura – serviranno solo degli strumenti logici, di una logica meramente deduttiva. Imperversa nuovamente, a distanza di duecento anni, il sillogismo che Beccaria e gli illuministi settecenteschi mettevano in mano al giudice conformandolo ancillare a un incombente legislatore (beneficemente incombente, a loro avviso).

Durante l'Ottocento, in Francia e in Italia (un'Italia, allora, completamente sottomessa alla cultura francese, almeno fino agli anni ottanta) domina il più rigido positivismo giuridico, e il diritto civile appare la vittima prima di una desolante de-storicizzazione. Desolante non è qualificazione intrisa di un eccessivo soggettivismo (e, quindi, anche partigiana), giacché è oggettivamente riscontrabile il suo completo assorbimento nel Codice, con i maestri nelle Università, i giudici, i notai ridotti a semplici esegeti, tutti appagati di dedicarsi a operazioni meramente esplicative entro la cornice insuperabile del testo del 1804, ormai riposante impassibile nella sua staticità al di sopra dell'irrequieto divenire della storia europea e mondiale.

Mi sono riferito agli esempi di Francia e Italia, perché sono i modelli più fedeli del nuovo corso avviato nel dopo-rivoluzione e risolvèntesi in un duro *assolutismo giuridico*; precisando agli studenti che, quando utilizzo questo sintagma, intendo sottolineare l'esistenza di un solo canale di produzione giuridica nell'Europa continentale, lo Stato, e, in perfetta coerenza, di una sola manifestazione

¹⁰ Corruttore è parola grossa. La ritengo legittima sulla mia bocca, quando constatato che il cuore del messaggio giuridico di Kelsen è la riduzione del diritto a *forza* e, pertanto, a *sanzione* e *coercizione*. Il che significa alterare (o, almeno, eccessivamente minimizzare) la funzione del diritto quale salvataggio della società nella sua capacità ordinativa. Il diritto, infatti, non è una dimensione *patologica* della società, bensì, nella sua essenza profonda, squisitamente *fisiologica*.

gerarchicamente sopraordinata a ogni altra e chiamata a condizionare ogni altra, la legge. *Assolutismo giuridico* significa rigido *monismo giuridico*¹¹.

Drastica – e veridica – conclusione, che abbisogna, però, di alcune integrazioni, necessarie per dar conto di non esigue differenziazioni entro il pianeta di *civil law*. Infatti, nell'Europa continentale si impone, come abbiamo già accennato, la posizione appartata dell'area germanica, dove, sia pure improntata alla più distaccata purezza, continua ad avere voce per tutto l'Ottocento la riflessione scientifica di matrice soprattutto universitaria. È, poi, notevole una certa appartatezza del Regno di Spagna, dove, nel corso dell'Ottocento, dopo parecchi tentativi senza successo, per avere un Codice occorre attendere il 1889. Questo Codice, che si ispira, sia al modello francese, sia a quello italiano del 1865, non è norma dotata di esclusività; anzi, pur ponendosi quale diritto generale del Regno, ha carattere suppletivo rispetto ai *derechos forales*, ossia a tradizioni giuridiche di origine consuetudinaria, radicatissime in alcuni 'paesi' della Spagna e costituenti una peculiarità di quei 'paesi' intangibile da parte del potere centrale.

Poiché oggi ho il privilegio di parlare a uditori brasiliani, aggiungo che un'attenuazione di quelle conclusioni va fatta anche per il Vostro Brasile (che mi permetto di ritenere anche *mio*, a causa del vanto di due dottorati *honoris causa* nella Università del Paraná, oggi governata dall'amico Fonseca, e in quella federale del Rio Grande do Sul). Sulle peculiarità della situazione storico-giuridica della realtà brasiliana ha insistito molto, negli anni Cinquanta del Novecento, un grande giurista italiano, Tullio Ascarelli, accademicamente un professore di 'diritto commerciale', ma studioso dalla straordinaria versatilità¹². Egli, in quanto israelita, dopo le infami

¹¹ Maggiori precisazioni si possono reperire in alcuni – ormai lontani – miei saggi: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni* (1988) e *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto* (1998)), ambedue ora in: GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

¹² Versatilità nel diritto penale e processuale, o in campi lontani quali 'psicanalisi' e 'psichiatria', come dimostra una felice recentissima analisi: MIGLIORINO, *Lecture corsare di Tullio Ascarelli*, Milano, 2021.

leggi razziali sabauda-fasciste del 1938, fu costretto all'esilio nell'ospitale Brasile, dove avrebbe soggiornato con la famiglia per ben nove anni, inserendosi a fondo nella società e nella cultura brasiliane e divenendo anche un acclamato avvocato commercialista. Rientrato in patria nel 1947, divenuto peritissimo sul singolare assetto giuridico brasiliano, ha svolto in più scritti¹³ uno sguardo comparativo fra Italia e Brasile, entrambi paesi di *civil law* ma profondamente dissimili, giacché è diversa (e specifica) la situazione storico-giuridica brasiliana, dove, fino alla codificazione del 1916, era protagonista il vecchio *ius commune* di marca medievale integrato dalle 'Ordinanze' filippine del 1613.

Dopo queste doverose integrazioni su Spagna e Brasile, cerchiamo di tirare le fila su questo punto della nostra lezione, continuando nella messa a fuoco sul 'diritto civile' come il terreno giuridico più esposto – grazie alla codificazione – alle costrizioni dell'assolutismo giuridico moderno e, pertanto, alla alterazione del suo genuino carattere di voce e specchio di un'esperienza carnale.

Dunque – ripetiamolo – un 'diritto civile ridotto a lettura e trascrizione delle volontà contenute in testi normativi, impassibili nel loro immobilismo cartaceo; e, quel che più conta, testi separati (sempre più separati), via via che il tempo scorre, dalla complessità (e ricchezza) del contesto sociale. Insomma: esercizi di logica deduttiva su leggi e, innanzi tutto, sulla legge/madre del Codice. Mi verrebbe l'ardire di precisare: dedizione a una analisi di minuzia quasi-istologica del materiale legislativo, nel tentativo di non falsare, deviare, e nemmeno integrare con indebite pretese volitive dell'esegeta, la volontà impressa dal legislatore nel chiuso sacrario di una formulazione letterale.

Qui tutto il nostro discorrere sulla modernità giuridica acquista un senso in questa lezione, perché è il presupposto per capire lo scarsissimo rilievo – allora – della 'storia del diritto' nell'ordito didattico di una Facoltà giuridica. La de-temporalizzazione del diritto codificato, la sua completa de-storicizzazione, ha avuto quale inevitabile conseguenza, se non la sua totale eliminazione, sicuramente la sua

¹³ Ma, in modo specifico, nel saggio: *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano* (1947), ora in *Saggi giuridici*, Milano, 1949.

posizione appartatissima nel cantuccio più nascosto della Facoltà; senza contare che lo storico del diritto, troppo spesso ignaro del terreno cifrato delle tecniche giuridiche, tutto preso dai granelli di polvere sugli scaffali del passato più remoto e ridottosi a portatore di un sapere meramente erudito, è venuto a rappresentare un corpo estraneo nell'impegno centrale a formare dei novizi giuristi. La storia del diritto, prospettandosi come erudizione e quindi con una sostanziale resecazione del colloquio tra presente e passato (in cui consiste il nerbo della storia) veniva a brillare, agli occhi dei sacerdoti del positivismo giuridico, per la sua *inutilità*, non procacciando alcun giovamento professionale e nemmeno culturale allo studente¹⁴.

3. *Novecento giuridico: il recupero posmoderno della socialità/storicità del diritto.*

Molto cambia con il secolo nuovo, il Novecento, secolo posmoderno percorso da un intenso dinamismo; infatti, molto si muove e molto muta investendo prontamente, sia la dimensione sociale che quelle economica e politica, ovviamente con ripercussioni fortemente incisive anche alle radici dell'ordine giuridico.

Quella civiltà, che era uscita dalle ribollenti officine del grande rivolgimento di fine Settecento e che era contraddistinta da un carattere sostanzialmente mono-classe, vede sempre più indebolita la dominanza borghese, mentre sempre più si avvanza un'agguerrita e aggressiva classe proletaria, che non aveva né fatto la rivoluzione né progettato le strutture del nuovo Stato.

¹⁴ Si potrebbe da taluno obiettare che qui non si parla del 'diritto romano', che è pure un diritto storico, al pari di quello medievale e moderno. In realtà, il diritto romano classico e posclassico, certamente primo esempio nella storia umana di riuscito tentativo di edificare una scienza giuridica (risultato a cui non si dedicarono i greci, meritevoli fino ad oggi della nostra ammirazione per le costruzioni matematiche filosofiche letterarie), è stato – durante la modernità – identificato dagli studiosi (a parte gli esperimenti filologici di alcune correnti umanistiche) in una sorta di modello meta-storico, uno scrigno dogmatico, più un cristallo logico che un prodotto storicamente collocato, con una ininterrotta validità da Gaio al presente, a un indefinito futuro (e ne è indubbiamente prova l'antistorico *usus modernus Pandectarum*, il diritto romano attuale, fanaticamente affermato – ancora oggi! – dalla bocca di tanti invasati).

Quel tratto di tempo così costitutivo della modernità e così denso di mutazioni sotto il profilo politico, che corre dal 1789 (primi squilli rivoluzionari) al 1815 (crollo dell'Impero napoleonico), in mezzo a cospicui sviluppi¹⁵, ha almeno una perfetta continuità sotto il profilo economico, fissato com'è in modo saldissimo fin dall'inizio: fondato sul non smentibile pilastro portante della proprietà privata individuale, è accomodato agli interessi del cittadino *abbiente* e alla tutela più decisa del suo patrimonio, assumendo a indiscusso valore l'accumulo della ricchezza. Quando più tardi, in Italia, col realizzarsi dell'unità politica, nella seconda metà dell'Ottocento, la montante realtà cetuale – fatta di proprietari terrieri, commercianti, imprenditori – si sentirà sicura e vorrà orgogliosamente ostentare il suo vero volto, si premurerà di incidere sui frontoni di molte porte esterne dei propri palazzotti e villini di nuova costruzione, tutti vistosamente sontuosi, una scritta tesa a puntualizzare l'origine di quelle consolidazioni immobiliari e anche la loro legittimazione (per così dire) sociale: *opus fert opes*, il lavoro produce ricchezza¹⁶, intendendo con il vocabolo *opus* unicamente l'operosità attivissima intelligente lungimirante che era riuscita a ottenere risultati economicamente rilevanti. In Italia, però, nei decenni di fine Ottocento, nello stesso momento in cui si edificavano quelle ricche abitazioni e in cui il ceto borghese si mostrava ancora sicuro sotto la piena protezione dello Stato, cominciava a covare nella società il movimento/mutamento che avrebbe pian piano incrinato (e, poi, demolito) un ordine sociale preteso democratico ma venato ancora di eccessive discriminazioni economiche.

La messa in discussione di questo ordine, col fine di travolgerlo, si ha proprio quando lo strato basso della società, quello dei non-abbienti, che la civiltà borghese aveva voluto come piattaforma statica amorfa passiva, si risveglia, diventa cosciente della propria forza

¹⁵ Anche all'interno dello stesso sessennio rivoluzionario (1789-1795), che vede trasformarsi i primi moti e assestamenti di indole giusnaturalistica nella dura dittatura giacobina e, infine, in un pieno consolidamento borghese.

¹⁶ Lo si leggeva a Firenze sulla facciata dei molti villini, costruiti tra il 1859 e il 1915, in un nuovo quartiere della città fuori delle vecchie mura e tipicamente borghese (ora, parzialmente distrutti per dare spazio a enormi e anonimi fabbricati).

vitale, comincia – per un verso – a combattere all'esterno le vecchie egemonie e – per un altro – a organizzarsi al suo interno. Il piattume basso-sociale si organizza articolandosi in tante comunità chiamate a dar voce a quel singolo che, da singolo, è stato finora completamente muto e che può farsi intendere solo dando vita a un minaccioso io-collettivo. Sono comunità religiose, assistenziali, corporative, sindacali, cooperative, che la rivoluzione, nel 1791, aveva autoritariamente cancellato, che ora, di fatto, rinascono e si ingigantiscono e servono a dare protezione e ausilio a una massa indifesa. È un rinnovamento dello strato sociale più basso, che fa scricchiolare il sovrastante edificio sociale e politico: è la crisi della struttura statale moderna, ormai resa instabile dalle turbative della sua base. Ecco! Il nuovo secolo, il Novecento, ormai caratterizzato da un dinamismo sociale, forte e sempre meno controllato e sempre più vigoroso, vede spostarsi in basso il perno della intiera comunità nazionale dietro un orientamento che si potrebbe efficacemente sintetizzare così: *sempre più società, sempre meno Stato*.

Con un rilievo che, da giurista italiano, sottolineo con soddisfazione: in Italia, assai più che in altri paesi di *civil law*, un siffatto rivolgimento, che investe la civiltà moderna in ogni suo aspetto, ha nella scienza giuridica un fiorire di osservazioni e intuizioni, che consentono alla sua riflessione di non meritare l'imputazione usuale di impassibile distacco dal fluire storico e di conseguente aridità culturale, ma di ascriverle – anzi – il pregio di una puntuale registrazione della contemporaneità e di una preveggenza sul senso del cammino in atto.

Mi riferisco, in particolare, all'innovativo pensiero di Santi Romano, un giurista italiano indagatore nel terreno del diritto pubblico positivo ma altresì in quello spazioso della teoria generale del diritto, sorretto sempre con rara consapevolezza dall'attenzione lodevolmente curiosa verso i sommovimenti del contesto sociale, perfettamente visibili sol che si avesse il coraggio e la responsabilità di aprirsi a guardare all'esterno del proprio pensatoio¹⁷.

¹⁷ Sul pensiero di Romano sono tornato diverse volte. Mi limito qui a ricordare le tappe che mi appaiono più consistenti: lo spazio a lui dato in: *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000; la lezione dottorale bolognese a lui esclusivamente dedicata: *Santi Romano: un messaggio da ripensare*

Come sa ogni giurista, il richiamo è a un evento, che sovrasta la sua – in sé – minuta episodicità: il discorso inaugurale dell'anno accademico, che Romano, allora docente di 'diritto costituzionale' nell'Ateneo di Pisa, pronuncia il 4 novembre del 1909; un discorso, che si proietta nei tempi lunghi della storia del pensiero giuridico per la sua capacità di registrazione e diagnosi del presente, percependo in quel presente i semi del futuro e anticipando – in tal modo – scelte e soluzioni future. Già il titolo – eloquentissimo – lo mette bene a fuoco, *Lo Stato moderno e la sua crisi*¹⁸, dove risalta il coraggio del giovane uomo di scienza, che non vuole seppellire la sua solenne concione accademica nella tomba di una sopraffina ma chiusa tecnicità, ma che, al contrario, la vuole quale testimonianza di quel vibrante e irrequieto inizio di secolo. Ai fini della presente lezione, aggiungerò solo una notazione sul suo contenuto: la fedele registrazione di uno spontaneo assestamento della società, coinvolgente anche i suoi strati più bassi, appare agli occhi vigili ma altresì presbiti di Romano come il segno manifesto della profonda crisi di una civiltà nella sua definizione politica e giuridica di fine Settecento.

Non basta; perché, se nel 1909 Romano si appaga di una diagnosi, per così dire, storica, la sua osservazione non si arresta, né tanto meno si arresta la sua riflessione teorica, indispensabile per chi pensa al cammino verso un futuro che si rivela gremito di sostanziose novità. Ed è proprio al termine del primo massacro bellico mondiale, cippo confinario a segno di un terreno già posmoderno, che si aggiunge nel 1918 la sistemazione teoretica affidata a uno smilzo libretto dal titolo asciuttissimo *L'ordinamento giuridico*¹⁹. Smilzo, sì,

nella odierna crisi delle fonti (2005), ora in: *Società, diritto, Stato-Un recupero per il diritto*, Milano, 2006 e in: *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, 2008; la Relazione introduttiva al Convegno organizzato dalla Facoltà giuridica palermitana nel novembre del 2017 per il centenario de "L'ordinamento giuridico": *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso 'L'ordinamento giuridico'*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2017.

¹⁸ Su cui cfr. la mia Relazione al Convegno pisano celebrativo del centenario: *"Lo Stato moderno e la sua crisi" (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)* (2011), ora in: *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012.

¹⁹ Editto originariamente sugli 'Annali delle Università toscane' e a Pisa, nel 1918, in volumetto autonomo, è ora comodamente consultabile nella raccolta curata dal nipote Alberto Romano: *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013.

di pagine, ma non di contenuto; che è, invece, autenticamente rivoluzionario. Aggettivazione che può sembrare enfatica e, quindi, anche indebita, se non si identifica puntualmente quello che è (e che a me è sempre sembrato) il ruolo – distruttivo e costruttivo insieme – di Romano: consistente nel completo capovolgimento dell’osservatorio da cui guardare (e valutare) il diritto; non più, come si è fatto volutamente e costantemente nella modernità, *da sopra in giù*, visione autoritaria perché potestativa del diritto, bensì *da sotto in su*, visione – questa – squisitamente sociale, perché lo si coglie nel suo nascere e svilupparsi dal grembo materno della società e nel suo essere ordinamento di questa.

Ordinamento nel lessico e nell’ideario di Romano è un termine funzionale al progetto del giurista, ed ha un preciso significato: il diritto – prima di essere *norma* proiettata dall’alto sulla società con un vincolo strettissimo al supremo potere politico – è ordinamento, perché è chiamato a salvare la società dal caos *ordinandola*; il che, però, si potrà effettivamente compiere solo strisciando in basso in armonica coerenza con il basso e facendo proprii *interessi* e *valori* diffusi e universalmente condivisi nella coinè sociale.

Se si è insistito sull’affacciarsi nella storia giuridica del Novecento della dimensione ordinamentale del diritto e sulla sollecitante figura di Santi Romano, è perché si trattava di una premessa necessaria per arrivare a quell’approdo che è centrale per la nostra lezione, e cioè al provvido recupero novecentesco della *storicità* del diritto, all’individuazione nella *storicità* di un suo carattere *fisiologico*, a esso connaturato e, pertanto, ad esso addirittura intrinseco.

Sempre nel tentativo di affondare lo sguardo in questo recupero posmoderno di storicità e registrarne le principali manifestazioni, giova un minimo d’attenzione anche al costituzionalismo novecentesco (inaugurato dalla Costituzione di Weimar (1919) ed egregiamente rappresentato da quella italiana del 1948), che si impone per la sua carica novatrice e che fa spicco rispetto alle vecchie ‘Carte dei diritti’ sette/ottocentesche: non più i *Bills* e le *Déclarations* del secolo diciottesimo in Nordamerica e in Francia, cioè *dichiarazioni*, solenni e nobilissime affermazioni di indole soprattutto filosofico-

politica, bensì breviarii per la esperienza quotidiana del comune cittadino, espressioni dirette della società ma giuridiche fin dal loro nascere e per lui fonti di diritti e di doveri.

Le Costituzioni del Novecento, intrinsecamente giuridiche (ripetiamolo pure), sono tutte storicamente contrassegnate, frutto di un momento storico e di questo specchio fedele. Certo! Hanno identificato i valori emergenti nel contesto sociale, valori che superano i movimenti e mutamenti delle vicende giornalieri, ma che non sono immobili. Certo! Sono destinate a durare, ma non sono realtà statiche, quasi dei cristalli separati dall'*humus* che le ha generate. Anzi, sono percorse da una dinamica anche se estremamente lenta, una dinamica non legata all'empiria di fatti episodici, bensì ai grossi mutamenti che incidono sul costume collettivo e sulle stesse fondazioni antropologiche di una civiltà storica.

È di grande rilievo il nesso fra diritto e società riaffermato nel secolo nuovo. Non dimentichiamo che società significa storia, storia vissuta e vivente; significa il perenne divenire che non può abbandonare mai il corpo sociale se non a pena del suo mortale inaridimento.

4. Sulla intensa transizione posmoderna, sull'eclissi dell'assolutismo giuridico e sulla riscoperta del pluralismo giuridico.

Questa sosta novecentesca, questo nostro evidenziare il recupero della storicità del diritto in opposizione alla accanita de-storicizzazione voluta e tenacemente perseguita dalla modernità, ci porta spediti a un approdo salvante. V'è, insomma, una consapevolezza culturale che circola e vivacizza in personaggi e scuole della più provveduta scienza giuridica italiana divenendo una indiscussa ricchezza. Ed è il primo passo per una revisione della vecchia diffidenza verso la storia del diritto. Questa non può che risultarne corroborata.

La riscoperta storicità rende irricevibili nel tempo posmoderno le rigidità dell'assolutismo giuridico moderno, tutte saldamente *mitizzate* ma – nella sostanza – frutto di una visione lucidamente strategica; *mitizzate*, ossia affidate alla credenza e alla conseguente obbedienza, e, pertanto, *dogmatizzate*, rese indiscutibili. Al colmo, a sostegno di tutto un artificioso edificio, sta la gerarchia delle fonti del diritto, principio supremo che assicurava allo Stato, al legislatore, la

funzione esclusiva della produzione giuridica, sancendo un durissimo monopolio ed escludendo qualsiasi coinvolgimento in essa della interpretazione/applicazione.

Se ciò si addiceva a un diritto voluto e inchiodato nella sua staticità, vocato a durare all'infinito come se fosse scritto su tavole sinaitiche, sarebbe risultato tuttavia ripugnante a un tempo in cui si programmava di attenuare (e, sperabilmente, colmare) il distacco con la ormai mobilissima e pluralissima società. Se il diritto va diventando nel Novecento una realtà in cammino, alla durezza della fonte/legge, insensibile al fluire storico e inattaccabile dalle mutazioni ad essa sopravvenute, è più funzionale quell'insieme di fonti – per loro natura assai più elastiche – rappresentato da giudici, notai, maestri di scienza giuridica.

Mi permetto un piccolo aggancio, che non è fuorviante ma convalidante del disegno della nostra lezione. In questo momento, infatti, non posso non riandare col ricordo a Piero Calamandrei, che ebbi in tempi lontani docente di 'diritto processuale civile' nell'Ateneo fiorentino, un personaggio che, almeno fino all'epilogo della seconda guerra mondiale, a differenza di qualcun altro anche più vecchio²⁰, rimase fermissimo nella più accanita difesa dell'assolutismo giuridico moderno e di una legalità intensa nel modo più rigoroso. Da allora, però, il suo fu l'itinerario di un giurista alla ricerca di nuovi traguardi, tanto che l'ultimo Calamandrei – dopo i contatti con marxisti e cattolici in seno alla Assemblea Costituente, dopo l'evento novissimo della Carta del 1948, dopo la contemplazione di un'esperienza giuridica italiana sempre più dinamica e sempre più plurale – si identifica in una profonda revisione delle passate convinzioni legalistiche. Si potrebbero citare – dal 1950 fino al 1956, anno della sua morte – molti interventi pubblici e solenni, ma preferisco arrestarmi solo a una conferenza del '55 tenuta a Bari per l'inaugurazione del 'Circolo giuridico', rimarchevole per le motivazioni offerte

²⁰ Penso al suo collega civilista Enrico Finzi, nato nel 1884 e, quindi, più vecchio di ben cinque anni rispetto a Calamandrei, il quale, però fin da giovane assorbì pienamente le aperture novecentesche, che, dall'esterno, rendevano più ossigenata l'aria del suo pensatoio. Su Finzi mi permetto rinviare a un cenno biografico da me redatto: GROSSI, *Enrico Finzi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Milano, 2013,

a conclusioni tanto nuove che, a un primo affrettato approccio, suonano clamorosa smentita di consolidate certezze. In essa, infatti, tutto ruota sulla distinzione (anzi: sulla opposizione) fra tempi di ‘stasi sociale’ e tempi (come quello che lui aveva dinanzi) ‘di rapida trasformazione’²¹. Entro questi ultimi, da lui osservati con sguardo penetrante e libero da pregiudizii e mitologie, il già-legalista Calamandrei non ha esitazione ad affermare che “il giudice deve avere il coraggio di essere il precursore, l’antesignano, l’incitatore del legislatore”²². Riallacciandoci alle immagini calamandreiane, questi novecenteschi non sono ‘tempi di stasi’, ma segnati da un galoppare veloce che investe tutta la complessità del ‘sociale’ e, quindi, anche il diritto. Quel che conta, per un giurista consapevole (come lo fu Calamandrei), è non dedicarsi a inutili imbalsamazioni, ma poter seguire il cammino in corso, evitando il rischio massimo conseguente al distacco fra diritto e società: l’inaridimento, il rinsecchirsi della corteccia separata dalla linfa vitale che scorre dal fondo delle radici sotterranee fino agli ultimi rami protesi in alto.

Il diritto, se non ha artificiose costrizioni da parte di poteri politici invadenti, proprio per la sua natura di ordinamento tende a una profittevole coerenza con la dinamica socio-economica. La visione diacronica fra tempo ‘moderno’ e ‘posmoderno’ ce lo mostra con intensa evidenza: in quel primo tempo si ha una riduzione de-temporalizzante (come abbiamo visto), mentre nel secondo, con il grande burattinaio statuale privo di forza, il diritto riprende la sua storicità, si riscopre storia vivente, e riscopre come a sé connaturali movimento e mutamento. Quando, da giovane, subito dopo la laurea, cominciai a studiare seriamente la lingua tedesca sotto la guida di una insegnante originaria dei Sudeti ed eccellente glottologa, uno dei libri oggetto di studio fu un *Brevier-Vademecum der allgemeinen*

²¹ Sono le parole usate dallo stesso Calamandrei.

²² CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, vol. I, pp. 610-11. Vale la pena di riportare qui l’intero passo della pagina calamandreiana: “Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l’accompagna passo per passo, ma vi sono tempi di rapida straordinaria trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore l’antesignano, l’incitatore”.

Sprachwissenschaft del 1928. Dalla sua lettura mi è sempre rimasto impresso nella mente – a parte una costruzione linguistica assai ricca e, quindi, assai ostica per il novizio – un insegnamento semplicissimo ma essenziale, una elementare verità che ho ritenuto valevole, ben al di là della *Sprachwissenschaft*: “solo il movimento è reale, ma solo il riposo è percepibile”²³. E rammemorando spesso quella lontana lettura del 1957, ho fatto mia la sensata acquisizione che, assai più di quel punto fermo che è il presente/vigente e che è l’unico che sembra percepibile con sicurezza, ciò che conta perché immedesima in sé movimenti e mutazioni, è la linea, la linea storica in cui il punto, i punti si inseriscono.

È da qui che nasce una mia immagine, che ha avuto qualche fortuna: il punto e la linea²⁴, il rapporto punto/linea, con la maturata convinzione che, molto più dei singoli punti che la compongono, ciò che conta è proprio la linea nel suo distendersi, e conta il senso che la percorre e che la indirizza. Infatti, solo lo sguardo alla linea è in grado di rivelare senso e indirizzo, di dare al singolo punto uno spessore che una considerazione isolata e isolante non coglierebbe. È solo la linea, infatti, capace di de-mitizzare, relativizzare, storicizzare, nonché di mostrare nitidamente il caduco e il durevole.

5. *Lo storico del diritto giurista tra giuristi: un provvido sodalizio nell’unitarietà della scienza giuridica.*

Ebbene! È ora di arrivare a un’altra conclusione: il personaggio che frontalmente signoreggia la linea è soprattutto lo storico; ed è lui che io vedo, quale presenza opportuna se non necessaria, accanto al cultore del diritto positivo, perché sarà lui a chiarire al civilista, al pubblicista, al processualista, al penalista il *senso* entro cui si colloca il singolo punto rappresentato dal diritto positivo *hic et nunc*; un *senso* che rende vitale la linea e le permette di essere qualcosa di

²³ SCHUCHARDT, *Brevier-Ein Vademecum der allgemeinen Sprachwissenschaft, zusammengestellt und eingeleitet von L. Spitzer*, Halle, 1922, p. 330.

²⁴ La quale ha un preciso giorno e atto di nascita, la ‘Relazione’ da me tenuta al Congresso organizzato dalla Facoltà giuridica genovese nei giorni 4-6 maggio 1995 sul tema ‘L’insegnamento del diritto, oggi’. Cfr. *Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, ora in *Società, diritto, Stato-Un recupero per il diritto*, cit.

ben diverso da una sequela di punti. Il civilista, il pubblicista, il processualista, il penalista hanno bisogno della presenza e della collaborazione dello storico. Essi, infatti, se limitano la loro contemplazione al minuscolo frammento che è il punto presente e vigente, se restano in assoluta solitudine di fronte a quel punto, rischiano di conseguire una visione sostanzialmente miope, arrivando – grazie al completo isolamento – a farne qualcosa di assoluto, a ingigantirlo oltre misura. Sarà lo storico a relativizzarlo mettendolo in connessione con gli altri punti della linea e a ridargli così la sua effettiva dimensione nel continuo divenire giuridico. Ed è per ciò che io credo (e non per apologia di mestiere) che si debba cogliere nello storico del diritto, grazie a questo suo rapporto solidale, il portatore di un ruolo alto e fecondo di coscienza critica per i colleghi impegnati in altri campi della scienza giuridica.

Questo accenno mi consente il richiamo ad una realtà, di cui troppo spesso noi giuristi, tutti, ci dimentichiamo, ed è l'unità della scienza giuridica. Tutti siamo accomunati in una avventura di conoscenza giuridica, che una più che bimillenaria riflessione è riuscita a corroborare in una architettura indiscutibilmente scientifica, addirittura svettante nelle sue cuspidi in autentico pensiero. Si tratta di una dimenticanza grave, e greve di conseguenze epistemologicamente negative. Viviamo in solitudini, che la burocrazia accademica dei cosiddetti 'raggruppamenti disciplinari' ha purtroppo consolidato; non solo, ma, a causa della mediocrità imperversante tra gli operatori della conoscenza giuridica, non manchiamo di compiacerci di una tale situazione; che è, invece, perversa, perché le solitudini isolano e rendono troppo spesso monco lo sguardo. Io sono convinto che occorre recuperare un forte sentimento unitario e, ciascuno con le proprie specifiche competenze, entrare in colloquio con l'altro. Aumentare la collaborazione tra cultori del diritto positivo e comparatisti filosofi storici del diritto non può che costituire un vero salvataggio culturale.

È ovvio che ciò esige l'affermazione di una premessa fondamentale: che storici e filosofi del diritto non si sentano degli estranei nella comunità dei giuristi, ma coinvolti in una stessa avventura conoscitiva, l'uno in dialogo con l'altro.

Nel 1971 fu questo il programma alla base della fondazione dei ‘Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno’: instaurare un dialogo *tra* giuristi, con una frontale polemica – da parte mia – con un grande storico del diritto, Francesco Calasso, che aveva invece parlato di ‘Colloquio con i giuristi’²⁵, quasi che i rispettivi terreni di indagine fossero separati da muraglie alte di confinazione. E scrissi, allora, nella ‘Pagina introduttiva’ al primo volume dei ‘Quaderni’, la ferma intenzione di creare un ‘tavolo comune di lavoro’, al quale avrebbero dovuto, paritariamente e in solidarietà, sedere il civilista, il pubblicista, il processualista, il penalista accanto allo storico del diritto, ciascuno portatore di non abdicabili competenze specifiche entro la unità della scienza giuridica, ma ciascuno in ascolto dell’altro, in dialogo con l’altro.

È ovvio (per fare un esempio di casa mia) che, se lo storico del diritto altera la sua natura di giurista rifugiandosi in una erudizione fine a se stessa, il dialogo non potrà essere possibile, essendosi lui esiliato dalla comunità dei giuristi. E aggiungo una notazione di metodologia elementare. Lo storico, se è veramente tale, non potrà mai essere un imbalsamatore di cadaveri. A questo proposito, non è dimenticabile la considerazione autobiografica che, con giustificato vanto, uno dei più grandi pensatori europei della prima metà dell’Ottocento, Alexis de Tocqueville, inseriva nella premessa alla sua poderosa analisi storiografica su “*L’ancien régime et la révolution*”: ho fatto come quei medici, che cercano nei corpi morti le leggi perenni della vita²⁶. Storia è confronto tra presente e passato, non per trarre dall’uno o dall’altro il temerario trapianto di modelli troppo spesso rigettabili e rigettati, bensì per conseguire il risultato prezioso di porre in evidenza le tipicità dell’uno e dell’altro; visione questa che dà allo storico di essere anche un anticipatore di futuro.

Aggiungo, infine: oggi che stiamo avviando a Firenze un momento organizzativo per il cinquantenario dei ‘Quaderni fiorentini’,

²⁵ Il che è segnato con inchiostro forte nella ‘Pagina introduttiva’ al primo volume dei ‘Quaderni’, oggi consultabile in: GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive-Quaderni fiorentini 1972-2001*, a cura di P. Cappellini, Milano, 2009, p. 3.

²⁶ Proprio per la sua alta valenza epistemologica, io ho fatto riferimento alla immagine tocquevilliana in parecchie mie pagine.

ho la soddisfazione di constatare che la nostra Rivista ha realizzato pienamente quel dialogo.

6. *Il 'caduco' e il 'durevole' nella decantazione della linea storica. Lo storico del diritto come coscienza critica del cultore del diritto positivo e una testimonianza di Cesare Vivante.*

Più sopra, entro il mio discorso su 'il punto e la linea', segnalavo, tra i molti aspetti fecondi di uno sguardo ad essa rivolto, quello di percepire e distinguere il caduco dal durevole. Riprendo ora, chiudendo, il pregnante accenno, ricordando chi, per primo, nelle mie ricerche giovanili mi ha trasmesso questo insegnamento e, se si vuole, questa salvifica verità. Si tratta di una delle più alte figure della scienza giuridica italiana tra Otto-Novecento, il rifondatore, da un punto di vista rigorosamente scientifico, del 'diritto commerciale' in Italia, Cesare Vivante (1855-1944), uno studioso del diritto positivo che ha sempre dato un grande spazio a ricerche storico-giuridiche, concepèndole quali formanti necessari del suo itinerario scientifico. Da giovane, Vivante pubblica nel 1885 un volume sul contratto di assicurazione, fornendo al lettore una precisa confessione sul suo metodo di lavoro: "tutto quel po' di buono e di nuovo, che si leggerà in questo volume, lo devo agli studi storici con cui l'ho iniziato. Essi mi hanno servito a sceverare il diritto ancora vivo e operoso da quello che conserva soltanto un valore di erudizione"²⁷.

Credo che chiudiamo ottimamente con la testimonianza di un giurista che, agendo fra 'moderno' e 'posmoderno', ha scavato a fondo nel tentativo di fornire una adeguata nervatura metodologica alla propria ricerca. E chiudo così, ben volentieri, avendo Vivante come autorevole sodale nell'affidare allo storico del diritto, giurista tra i giuristi, una posizione centrale nella vita di una Facoltà giuridica.

Unisco un fervido augurio per gli studenti brasiliani che mi ascoltano; è l'augurio affettuoso di un vecchissimo professore che è stato, nella sua lunga vita, sempre deliziato dal dialogo con i giovani. È un augurio di buon lavoro, sicuro che potete svolgerlo sotto la

²⁷ VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, I, *Le assicurazioni terrestri*, Milano, 1885, p. V.

PAOLO GROSSI

guida di docenti culturalmente assai provveduti: oggi, più che nel passato, c'è bisogno di un saldo ed equo ordine giuridico come necessaria intelaiatura per una realtà sempre più globale.

PAOLA IAMICELI
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università di Trento

NULLITÀ PARZIALE E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO: RIFLESSIONI SUL DIRITTO DEL CONSUMATORE A UN RIMEDIO EFFETTIVO, PROPORZIONATO E DISSUASIVO

“[...] il diritto dei contratti ha oggi il compito primario di percepire e di attuare un ordine complesso di valori e principi che si sta definendo nell’Unione Europea.

Diritti e rimedi. Tensione ordinante e tutele efficienti sono strumenti che l’interprete dovrà utilizzare per questo sforzo costruttivo comune alla giurisprudenza teorica e pratica”.

(G. Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, Milano, 2009, p. 177)

“La verità, nella mia prospettiva, è che l’idea di giustizia contrattuale non è riconducibile ad una categoria generale ed astratta, ma prende forma nella necessità di assicurare e garantire un trattamento diversificato delle posizioni dei contraenti come tratto di un ordine sociale o giuridico ormai chiaramente delineato”

(G. Vettori, Contratto e rimedi, III ed., Padova, 2017, p. 572)

SOMMARIO: 1. La tutela effettiva del consumatore nella prospettiva della giurisprudenza della Corte di giustizia e il ruolo della nullità parziale: problemi e prospettive. – 2. L’alternativa tra nullità parziale e nullità totale alla luce dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità del rimedio. – 2.1. I limiti della nullità necessariamente parziale e l’impatto sulla validità dell’intero contratto: nuove tensioni tra approccio europeo e impostazione codicistica. – 2.2. La facoltà del consumatore di opporsi alla ‘sopravvivenza’ del contratto e il principio di proporzionalità. – 3. Nullità parziale di clausole essenziali e integrazione del contratto alla prova dell’effettività, dissuasività e proporzionalità del plesso

rimediale. – 3.1. L'integrazione mediante norme imperative. – 3.2. L'integrazione mediante norme suppletive. – 3.3. L'integrazione giudiziale. – 4. La denegata integrazione del contratto e la c.d. 'nullità nuda' come rimedio con funzione sanzionatoria. – 4.1. La nullità parziale di clausole accessorie nei contratti di credito al consumo e la ricerca del rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo. – (i) La nullità delle clausole sui costi accessori del credito. – (ii) La nullità delle clausole sugli interessi moratori. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. *La tutela effettiva del consumatore nella prospettiva della giurisprudenza della Corte di giustizia e il ruolo della nullità parziale: problemi e prospettive.*

Il diritto europeo, qui intendendosi il diritto dell'Unione, sta modificando forme e tecniche della tutela civile. In taluni casi ne risultano nuovi rimedi o nuove tecniche di tutela; in altri casi si trasformano rimedi già esistenti e di essi si valorizzano applicazioni non consuete, come quelle che portano a combinare finalità riparatorie e sanzionatorie o caducatorie e general-preventive¹. In larga misura si tratta di trasformazioni indotte dal bisogno di assicurare l'effettività del diritto europeo e l'effetto utile di direttive e regolamenti; ciò, nel contesto di un mercato in cui non tanto o non solo l'armonizzazione dei diritti è garanzia di buon funzionamento, quanto e soprattutto la

¹ VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 178; ID., *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 30 ss.; Cafaggi e Micklitz (a cura di), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay between Private and Public Enforcement*, Cambridge - Anversa - Portland, 2009; CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Dialogues, Instruments and Effects*, in Cafaggi, Law (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017, p. 223 ss.; ID., *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, in *Theoretical Inquiries L.*, 2018, p. 235 ss. Parla di "destrutturazione della normativa" CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 100 ss. Sul tema, in chiave processualista: PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, X, 2017, p. 355 ss.; BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1323 ss.

Su questa prospettiva di ricerca sia consentito il rinvio a IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Una ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020, di prossima pubblicazione, e ai contributi ivi contenuti.

definizione di strumenti di tutela idonei, vale a dire effettivi, realmente dissuasivi e comunque proporzionati². Il crescente rilievo del principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia e l'ulteriore radicamento di quest'ultimo nel quadro della Carta dei diritti fondamentali (dell'art. 47, in particolare) hanno consolidato un nesso inscindibile tra effettività del diritto europeo ed effettività della tutela dei diritti ivi riconosciuti, elevando il diritto al rimedio effettivo al rango di diritto fondamentale³. In questa prospettiva,

² VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Comm. Mkt. L. Rev.*, 2000, p. 500 ss.; CAFAGGI e IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, p. 575 ss.; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 36 ss.

³ Amplessima la letteratura; ci si limita ai richiami principali: TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 419; REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2013, p. 90 ss.; TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; CHEREDNYCHENKO, *Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2015, p. 481 ss.; MAK, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in Micklitz (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 236; MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2015, p. 517; CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in Mezzanotte (a cura di), *Le 'libertà fondamentali' dell'Unione europea e il diritto private*, Roma, 2016, p. 199 ss.; VETTORI, *The Fair Contract in the Constitutional System: Principles as an Imperative Content of Codified Rules in the Italian Case-Law*, in *Eur. Rev. Contr. L.*, 2016, p. 1 ss., part. p. 16 ss.; CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law*, cit., p. 223. ss.; ID., *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, cit., p. 235 ss.; NASCIBENE, ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2017, p. 323 ss.

Sulle diverse declinazioni del principio di effettività e la diversa dimensione costituzionale in ambito europeo e in ambito nazionale: NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto private*, cit., p. 36 ss.; VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, p. 381 ss.; su questa prospettiva di ricerca si altresì consentito il rinvio a IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della carta dei diritti fondamentali*, in EAD., *Effettività delle tutele e diritto europeo*, cit., p. 3 ss.

forme pubblicistiche e privatistiche di tutela sono accomunate da sorti parallele, al punto che effettività, dissuasività e proporzionalità delle stesse, pur declamate con prevalente riferimento alle sanzioni (pubblicistiche), finiscono per connotare ampie aree della tutela civile, se non nelle enunciazioni legislative, senz'altro in quelle giurisprudenziali⁴.

In questo contributo si osserveranno simili evoluzioni interrogandosi sull'impatto che l'intenso dialogo tra corti nazionali e Corte di giustizia sta generando nei sistemi nazionali e in particolare in quello italiano⁵. Di sicuro interesse è, sotto questo profilo, la giurisprudenza maturata in tema di nullità parziale nel quadro della disciplina consumeristica delle clausole vessatorie. In questa sede il ricorso alla nullità parziale acquista infatti precipuo rilievo quale rimedio effettivo, dissuasivo e proporzionato a fronte di quella specifica situazione di squilibrio nel potere contrattuale e negli esiti della contrattazione diseguale propria della materia consumeristica. Muovendo dalle premesse tracciate da autorevole dottrina, la riflessione sul contratto equo trova il suo approdo naturale nella ricerca di quei "nuovi diritti" associati a un "processo che esige rimedi certi ed efficienti", strumenti di una tutela effettiva nel quadro costituzionale interno ed europeo⁶.

⁴ CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del New Deal*, in *Questione Giustizia*, 2020; CAFAGGI e IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness*, cit. Per un'analisi critica delle recenti riforme del diritto europeo dei consumatori proprio in relazione al ruolo dei tre principi, cfr. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 6, 2019, p. 1297 ss.

⁵ La metodologia usata riflette l'attenzione che, non da ora, la scienza giuridica riserva al dialogo tra le corti quale strumento di costruzione di una cultura giuridica europea. Sul tema: DE WITTE, MAYORAL, JAREMBA (a cura di), *National Courts and EU Law – New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2016; LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, p. 391 ss., part. p. 473 ss.; Cafaggi e Law (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit.; LOTH, *Who Has the Last Word?*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, p. 45 ss.; NASCIBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti*, cit., p. 323 ss.; VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge. Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1341 ss.

⁶ Il riferimento è alle pagine di Giuseppe Vettori, part.: VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss., part. p. 33 ss.; VETTORI,

Nell'evoluzione giurisprudenziale recente, il ruolo della nullità parziale è specificamente apprezzabile quando ci si interroga, per un verso, sui presupposti della non estensione della nullità all'intero contratto e, per l'altro, sulle conseguenze della nullità parziale in termini di integrazione o non integrazione del regolamento contrattuale. Soprattutto negli ultimi anni, facendo applicazione dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità del rimedio, la giurisprudenza europea ha dato particolare risalto a questi profili, finendo per *inglobare la stessa integrazione o non integrazione del contratto in quel plesso rimediale, di cui la nullità della clausola è parte.*

Integrazione e non integrazione del contratto svolgerebbero dunque una funzione di tutela complementare rispetto a quella già assoluta dalla nullità parziale?

Alcune precisazioni possono concorrere a inquadrare questa ipotesi di lavoro, di per sé suggerita da una possibile lettura della giurisprudenza europea.

La prima precisazione. Non è certo nuova l'affermazione secondo la quale le caratteristiche dei rimedi civilistici mutano in ragione della loro combinazione con altri rimedi o strumenti di tutela⁷. Il plesso rimediale, più del rimedio isolato, è talora decisivo ai fini dell'effettività della tutela; la sua efficacia deterrente può dipendere da tale combinazione; così è anche per la proporzionalità del ristoro

Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti, Milano, 2005, p. 143 ss.; VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit.

⁷ Ad esempio, il risarcimento del danno da inadempimento assume fattezze diverse a seconda che si combini con la domanda di esatto adempimento o con quella di risoluzione; in molti casi a poco servirebbe l'accertamento sotteso alla rivendicazione se non fosse accompagnato dall'ordine di restituzione e così l'annullamento o la risoluzione del contratto senza la restituzione di quanto ingiustamente pagato; il danno antitrust segue un diverso accertamento a seconda che il giudizio civile si accompagni o meno a un procedimento amministrativo; la combinazione tra pretese inibitorie e restitutorie può incidere sulla determinazione di queste ultime, e così via. In dottrina, sui diversi profili qui richiamati, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, pp. 237 ss., 85 ss., 348 ss. Nella giurisprudenza europea, cfr., in chiave di effettività della tutela restitutoria conseguente all'accertamento di vessatorietà della clausola, CGUE, 9 luglio 2020, C-698/18, *SC Raiffeisen Bank SA*, in tema di decorso del termine di prescrizione dell'azione restitutoria a fronte dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità. In senso analogo: CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*.

e dell'afflizione, sottesi spesso, l'uno e l'altra, a molti dei rimedi civilistici⁸. Che la giurisprudenza europea porti a individuare nella integrazione o non integrazione del contratto, conseguente alla nullità parziale, un co-elemento decisivo dell'effettività della tutela non deve dunque sorprendere. Il presente contributo proverà a esplorarne le ragioni.

La seconda ipotesi sopra avanzata è meno scontata. Che l'integrazione del contratto assolva essa stessa una funzione di tutela (complementare a quella della nullità parziale), invece che porsi quale mero *effetto conseguente* all'accertamento della nullità della clausola, senz'altro ne supera il tradizionale inquadramento. Con particolare riferimento all'integrazione per via di applicazione di norma (specie se imperativa ma non solo), pare anche contraddire assunti fondamentali relativi al ruolo del giudice e a quello delle parti: le misure di tutela sono di regola 'domandate' dalla parte che vi abbia interesse e amministrate dal giudice, mentre l'integrazione della norma di legge nel contratto promana dalla forza cogente della norma stessa, che il giudice si limita ad applicare senza poter 'resistere' ad essa, né poterla ignorare⁹. Secondo questa logica, la 'non integrazione' sarebbe addirittura un 'fuor d'opera', un 'non senso': se mai (e solo nel caso di norme dispositive) è l'accordo tra le parti a poter deviare dalla norma e non la pronuncia del giudice in funzione di tutela.

Eppure, senza qualificare (almeno espressamente) integrazione e non integrazione come rimedi, la giurisprudenza europea maturata in tema di clausole vessatorie sembra assegnare a integrazione e non integrazione del contratto una prioritaria finalità di tutela, tale per cui spetta al giudice nazionale verificare se gli effetti dell'integrazione

⁸ In quest'ultima prospettiva, CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore*, cit.

⁹ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 42, dove, con particolare riferimento all'integrazione per via di applicazione di norme imperative, si osserva come "l'art. 1339, da un canto, rende palese la possibilità di una parziale sostituzione di una regolamentazione autoritativa ad una pattizia; dall'altro mette in rilievo la possibilità che, attraverso lo strumento legislativo, il regolamento contrattuale divenga portatore non soltanto dell'interesse dei contraenti, ma pure di un interesse qualitativamente diverso".

(o non al contrario quelli della non integrazione) rispondano in concreto agli obiettivi di una tutela effettiva, dissuasiva e proporzionata. Peraltro, come si vedrà oltre, in questa valutazione il giudice deve tenere conto non solo degli obiettivi perseguiti dalle direttive europee ma anche delle preferenze del consumatore, secondo una logica che, seppure indirettamente, pare rievocare le premesse del principio dispositivo normalmente applicabile alla scelta dei rimedi da parte dell'attore.

Muovendo da questa considerazione, si cercherà di comprendere (ed è questo il secondo obiettivo) le ragioni della configurabilità dell'integrazione o non integrazione come co-elemento del plesso rimediale instaurato sulla nullità parziale e le implicazioni che da tale configurazione deriverebbero, *in primis* per l'assoggettamento ai principi di effettività, dissuasività e proporzionalità delle tutele consumeristiche. Si proverà altresì a prefigurare prospettive di sviluppo diverse rispetto a quelle emergenti nel dialogo corrente tra corte europea e corti nazionali; prospettive che, tenendo fermo l'ancoraggio ai principi sopra richiamati, possano favorire una più coerente integrazione tra fonti europee e fonti nazionali e di conseguenza un ulteriore sviluppo del ruolo del giudice nazionale come giudice europeo¹⁰.

Perseguendo tali obiettivi, il par. 2 esaminerà il ruolo della nullità parziale e i presupposti di fatto e di diritto che, nella prospettiva europea, consentono al giudice di scongiurare la caducazione dell'intero contratto. Il par. 3 e il par. 4 guarderanno alla possibile funzione di tutela, rispettivamente, dell'integrazione e della non integrazione della clausola come co-elementi del plesso rimediale instaurato sulla nullità parziale, distinguendosi, ove opportuno, tra integrazione mediante applicazione di norme imperative e suppletive, e integrazione giudiziale. Il par. 5 concluderà l'analisi, proponendo altresì alcuni interrogativi per ricerche future.

¹⁰ Su cui ampiamente VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, cit., p. 1341 ss.; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 31 ss., dove si attribuisce ai giudici ordinari un vero e proprio ruolo di coordinamento tra Carta dei diritti, costituzioni nazionali e discipline orizzontali rientranti nelle competenze dell'Unione e li si qualifica come "punti di connessione fra le corti al vertice e punti di ricaduta dei relativi conflitti".

2. *L'alternativa tra nullità parziale e nullità totale alla luce dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità del rimedio.*

Pur non menzionando espressamente la nullità, l'art. 6, dir. 93/13/CE è tra le norme europee (ormai non più isolate) che definiscono la natura dei rimedi che gli Stati membri devono adottare per dare attuazione ai diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione. Ai sensi di questa norma il diritto nazionale deve prevedere che la clausola vessatoria non vincola il consumatore, mentre il contratto resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini, *sempre che esso possa sussistere senza la clausola medesima*. Inoltre l'art. 7, comma 1, dir. cit., stabilisce che gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole vessatorie nei contratti stipulati tra professionista e consumatori. Oltre a richiamare gli strumenti inibitori previsti dal comma successivo fin nel testo originario della direttiva, il *New Deal for Consumers* e la riforma che ne è derivata nel 2019 hanno rafforzato le misure di contrasto all'uso di clausole vessatorie introducendo un art. 8 *ter* in tema di sanzioni, la cui irrogazione potrà essere demandata ad autorità amministrative o giurisdizionali e la cui determinazione dovrà rispettare precisi criteri di effettività, dissuasività e proporzionalità, quali enunciati dalla direttiva stessa¹¹.

L'attuale assetto normativo è tale per cui il principio di effettività si applica senza dubbio a rimedi civilistici e a sanzioni. In questo, la direttiva dà forza ulteriore al quadro di principi già delineato da tempo dalla Corte di giustizia e poi fatto proprio dall'art. 47, Carta dei diritti fondamentali, dove il diritto a una tutela effettiva è anche (sebbene non solo) diritto al rimedio effettivo.

Pur in assenza di un richiamo nella Carta, chiara è la rilevanza della dissuasività di rimedi e sanzioni nella prospettiva della giuri-

¹¹ Sul tema CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore*, cit.; CAFAGGI, IAMICELI, ANGIOLINI, CASAROSA, VAN DUIN, GROCHOWSKI et al., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Consumer Protection*, Trento, 2018, <https://www.rejus.eu/content/materials>; nonché i contributi di Cafaggi, Casarosa e Sabatino in P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo*, cit.

sprudenza europea. Così è se tale dissuasività è intesa nella accezione di una deterrenza general-preventiva, quale contemplata, almeno implicitamente, nell'art. 7, dir. 93/13/CE¹², e comunque ed espressamente più volte richiamata dalla Corte di giustizia proprio in tema di non vincolatività delle clausole vessatorie e, come si vedrà oltre, di non integrazione del contratto¹³.

Che i rimedi civilistici contro l'uso delle clausole vessatorie debbano, come le sanzioni, rispettare il principio di proporzionalità può infine desumersi da altri indici, per lo più giurisprudenziali¹⁴. In più occasioni, infatti, la Corte di giustizia ha fatto applicazione di tale principio nella valutazione di compatibilità con il diritto europeo di norme nazionali inerenti a rimedi del consumatore¹⁵: così anche là dove la norma nazionale, con chiara funzione sanzionatoria, prevedesse l'invalidità di una clausola contrattuale a fronte della violazione di un obbligo di derivazione comunitaria¹⁶. Quanto meno (e la recente riforma della direttiva 93/13/CE rafforzerebbe questa ipotesi) l'applicazione del principio di proporzionalità dovrebbe essere riconosciuta quando il rimedio civilistico assolve (anche) una funzione *lato sensu* sanzionatoria¹⁷. Sul punto si avrà modo di tornare oltre.

Ciò premesso in tema di non vincolatività della clausola, non è difficile dimostrare come e perché la nullità parziale in particolare

¹² NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., *passim*

¹³ V. *infra*, par. 4.

¹⁴ Sul tema sia consentito il rinvio a CAFAGGI e IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness*, cit.; IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della carta dei diritti fondamentali*, in EAD. (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo*, cit.; cfr. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit.

¹⁵ CGUE, 16 giugno 2011, *Gebr. Weber GmbH, Putz*, case riunite C-65/09 e C-87/09; CGUE, 10 settembre 2014, *Kušionová*, C-34/13.

¹⁶ Per quanto al di fuori della disciplina delle clausole vessatorie; così in CGUE, 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia a.s.*, C-42/15. V. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., p. 1308 ss.

¹⁷ Il principio di proporzionalità è impiegato in queste pagine con esclusivo riferimento alla tematica dei rimedi e delle sanzioni e non a quello dell'equilibrio tra prestazione (su cui cfr., in senso critico, VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, cit., p. 134 ss.).

possa assolvere la funzione di rimedio efficace, dissuasivo e proporzionato in quanto distinta dalla nullità totale. In ciò il diritto europeo ha portato a valorizzare profili del rimedio non del tutto scontati nel contesto tradizionale interno.

Che la nullità parziale sia strumento volto a coniugare l'effettività della norma cogente con un'istanza di conservazione del contratto è posizione piuttosto consolidata in dottrina¹⁸. Meno scontato è se il principio di conservazione vada ancorato alla tutela dell'affidamento generato dall'impegno contrattuale oggettivamente assunto dai contraenti o, secondo l'impostazione volontaristica, al bisogno di salvaguardare quel comune intento delle parti ancora trasfuso nella parte 'sana' del contratto¹⁹. Nel contesto europeo, l'enfasi si sposta, per un verso, sulla natura della relazione consumeristica e sul bisogno di riequilibrio nelle posizioni dispari dei contraenti e, per l'altro, sul mercato e dunque su quella funzione general-preventiva associata all'originaria incapacità della clausola di produrre effetto giuridico alcuno. L'obiettivo, ha spiegato in più occasioni la Corte di giustizia, non è quello di eliminare dal mercato qualsiasi contratto nell'ambito del quale il professionista contravvenga a obblighi imposti dal diritto dell'Unione, bensì quello di ristabilire un certo equilibrio nelle posizioni delle parti, intervenendo sul regolamento e privando di effetto giuridico quello specifico ingranaggio (e solo quello) congegnato dal professionista a discapito del consumatore. La nullità parziale rende dunque chiara quella forza conformativa e correttiva che, anche in assenza di integrazione e sostituzione della clausola, è sottesa al giudizio di invalidità quando questo si applica, quasi chirurgicamente,

¹⁸ Per una sintesi dei diversi orientamenti SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, par.9.

¹⁹ SACCO, *op. loc. ult. cit.*, dove si osserva come la giurisprudenza tenda ad ancorare la valutazione circa gli effetti della nullità parziale sul contratto alla domanda di parte, escludendo così i poteri officiosi del giudice *ex art.* 1421 c.c. V. però nella giurisprudenza più recente Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, dove si precisa che, fermo il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, "il potere-dovere del giudice si limiti alla rilevazione di una fattispecie di nullità parziale, lasciando poi libere le parti di mantenere inalterate le domande originarie".

sul singolo frammento contrattuale pur senza aggiungere innesto alcuno²⁰.

Mentre, dunque, secondo l'impostazione tradizionale, l'effettività della nullità parziale è nella capacità del rimedio di coniugare effettività della norma violata, protezione dell'interesse generale inerente alla norma imperativa e autonomia dei contraenti, quale riflessa nella 'parte valida' del contratto concluso, nel contesto europeo, l'effettività del rimedio va cercata nella capacità dello stesso di assolvere quella funzione *lato sensu* restitutoria e spesso addirittura 'correttiva' sottesa alla denegazione di efficacia giuridica della clausola, frutto dell'abuso²¹. È questa specifica correzione (per via di eliminazione) che consente di ristabilire, almeno in astratto, una condizione di equilibrio contrattuale di fatto assente nel mercato, assolvendo in tal senso la funzione di protezione unilaterale ascritta alla tutela consumeristica²². Ben oltre la prospettiva del singolo consumatore, l'uso sistematico del rimedio e la sua capacità espansiva (che, attraverso l'inibitoria, trascolora verso una sorta di declaratoria di invalidità *pro futuro* ed *erga omnes*) consentono di contribuire a quella funzione general-preventiva che legislatore e giudice europei associano alla disciplina delle clausole vessatorie²³.

Dall'effettiva e sistematica applicazione del rimedio deriva anche la sua capacità dissuasiva. Vano è infatti il tentativo del professioni-

²⁰ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 65, dove si osserva che la correzione del regolamento contrattuale può avvenire anche mediante sottrazione. Concorda PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 562.

²¹ V. CGUE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Naranjo*, par. 61; CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 41; C. giust. UE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, par. 52.

²² CGUE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová*, C-453/10, par. 31; CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 40; CGUE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, par. 49.

²³ CGUE, 26 aprile 2012, *Invitel Távközlési Zrt*, C-472/10, su cui v. CAFAGGI e LAW, *Unfair Contract Terms – Effect of Collective Proceedings*, in Terryn, Straetmans, COLAERT (a cura di), *Landmark Cases of EU Consumer Law*, *Studi in onore di Jules Stuyck*, Cambridge, 2013, p. 653 ss.

sta di adottare clausole vessatorie se queste ultime sono intrinsecamente prive di valore giuridico e se il consumatore, che si oppone alla loro applicazione, sa di poter far salvo l'affare (la copertura assicurativa, il diritto al servizio, il beneficio del termine nella restituzione delle rate del mutuo, etc.) in quanto la parte restante del contratto è di regola immune dagli effetti del rimedio. Non solo la legittimazione ad agire è relativa (salva comunque la rilevabilità d'ufficio), ma la stessa natura parziale della nullità è concepita come strumento di protezione unilaterale, che potenzia effettività e dissuasività del rimedio, eliminando a monte il rischio di un uso opportunistico dell'invalidità da parte del professionista.

La nullità parziale è infine rimedio 'proporzionato': proporzionato rispetto al tipo di violazione posta in essere (relativa alla singola clausola e non all'intero contratto), nonché alle conseguenze generate dalla stessa (se, appunto, circoscritte agli effetti della singola clausola). Viceversa, sarebbe sproporzionato il ricorso alla nullità totale del contratto, salvo che ciò non si giustifichi per la particolare natura della clausola rispetto all'intero regolamento negoziale²⁴.

2.1. I limiti della nullità necessariamente parziale e l'impatto sulla validità dell'intero contratto: nuove tensioni tra approccio europeo e impostazione codicistica

Inquadrare il tema dell'alternativa tra nullità totale e nullità parziale in chiave di effettività della tutela del consumatore e di proporzionalità e dissuasività del rimedio consente di chiarire se e in che misura la dichiarazione di vessatorietà della clausola porti a una nullità parziale, per così dire, necessaria, come pare emergere dall'art.

²⁴ Questo l'argomento proposto dal governo austriaco in CGUE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová*, C-453/10 (v. punto 39 delle conclusioni dell'Avvocato generale), ma poi non ripreso dalla Corte. Sul tema: PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., p. 1297 ss. Sulla proporzionalità della nullità parziale si veda *infra* par. 2.2*.

36, comma 1, cod. cons.²⁵ Quest'ultimo infatti prevede che le clausole considerate vessatorie sono nulle mentre *il contratto rimane valido per il resto*.

A tal proposito giova ricordare che, secondo la disciplina generale introdotta dall'art. 1419 c.c., la nullità della singola clausola contrattuale può determinare la nullità dell'intero contratto solo qualora risulti che *i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*. Per quanto si possa discutere della natura oggettiva o soggettiva di questa valutazione²⁶, non c'è dubbio che il parametro fornito dal codice civile è 'interno' all'interesse contrattuale e coincide con quel 'comune intento' delle parti, che, per quanto ricostruito in base a parametri oggettivi, ne approssima in qualche modo la volontà, appunto comune. Così inquadrata, la norma rivela la chiara contrapposizione tra primo e secondo comma: tra autonomia ed eteronomia del contratto²⁷. Quando infatti, in base all'art. 1339 c.c., la clausola nulla è sostituita di diritto dalla norma imperativa di precetto, il primo comma dell'art. 1419 c.c. è inapplicabile e il secondo comma, prendendo atto dell'etero-integrazione cogente, prescrive la nullità parziale, per così dire, necessaria²⁸. Secondo l'impostazione codicistica, dunque, è proprio l'etero-integrazione del contratto (ma solo quella operata per applicazione di norme imperative di precetto) a determinare le sorti del rimedio invalidatorio, escludendo *ab origine* il ricorso alla nullità totale. Coerentemente con la natura del rimedio invalidatorio, entrambe le valutazioni devono essere riferite temporalmente alla fase di stipulazione del contratto, a nulla rilevando considerazioni attinenti al

²⁵ D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1, p. 16 ss.; VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 111.

²⁶ V. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, par. 23.

²⁷ Per una ricostruzione del fenomeno dell'integrazione cogente come forma di eteronomia del contratto, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*, part. p. 42 ss. e p. 52 ss. Sulla incompatibilità tra sostituzione automatica della clausola e indagine sulla volontà delle parti la dottrina è concorde (v. R. TOMMASINI, *op. ult. cit.*, par. 25).

²⁸ VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 455.

tempo della somministrazione della tutela e tanto meno alle preferenze delle parti o della parte protetta in tema di conservazione o caducazione del contratto.

Se si volesse leggere l'art. 36, comma 1, cod. cons., nella prospettiva codicistica appena tracciata, si potrebbe alternativamente assumere che, nel recepire la direttiva europea, il legislatore italiano abbia introdotto una presunzione (apparentemente assoluta) di interesse alla conservazione del contratto in capo alle parti²⁹, ovvero che, per ragioni diverse da quelle sottese all'art. 1339 c.c. ma comunque comparabili ad esse, la nullità parziale e solo quella sia stata considerata rimedio idoneo a garantire l'effettività di norme cogenti quali quelle imposte in materia consumeristica.

La prima ipotesi riflette assai poco lo spirito della direttiva: obiettivo della disciplina non è quello di salvaguardare il contenuto del regolamento contrattuale condiviso tra le parti; al contrario, la direttiva intende sopperire ai pregiudizi della contrattazione diseguale, che, per quanto riflessi nella sola clausola vessatoria, potrebbero comunque percolare in altri ambiti del regolamento contrattuale fino a comprometterne la tenuta complessiva. Assumere che, in queste circostanze, i contraenti (e dunque anche il consumatore) avrebbero sempre voluto la stipulazione pur in assenza della clausola è forse irrealistico e comunque incoerente con gli obiettivi della direttiva.

Potrebbe dunque al più convincere la seconda ipotesi, quella di una nullità parziale necessaria in quanto rimedio efficace, dissuasivo e proporzionato coerentemente con l'analisi svolta sopra alla luce degli obiettivi della direttiva. Un po' come l'art. 1339 c.c. crea le condizioni per la nullità parziale necessaria ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c., così la direttiva, tramite il principio di effettività del rimedio (connesso con quello di dissuasività e proporzionalità, se l'analisi convince), porterebbe a escludere l'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c., come parrebbe emergere dall'art. 36, comma 1, cod. cons.³⁰.

²⁹ Posto che, almeno di regola, le clausole vessatorie svolgono un ruolo ancillare rispetto al contratto e non attengono alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo di beni o servizi compravenduti.

³⁰ Cfr. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 454, dove si precisa che le norme di derivazione comunitaria sulla nullità parziale necessaria escludono il giudizio prognostico di

Nessuno spazio dunque per la nullità totale? In verità non è così.

Lo stesso art. 6, comma 1, dir. 93/13/CE, prevede che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, *sempre che esso possa sussistere senza la clausola vessatoria*. La Corte di giustizia ha più volte affermato che spetta agli Stati membri stabilire in base a quali criteri debba valutarsi tale presupposto e che in ogni caso la valutazione ha carattere oggettivo (e non può dipendere, ad esempio, dalla volontà espressa o presunta del professionista)³¹.

Peraltro, pur a voler ritenere che l'art. 36, comma 1, cod. cons. rappresenti la 'regola italiana' di recepimento dell'art. 6, comma 1, della direttiva, resterebbe comunque una 'regola incompleta' per tutti i casi in cui oggettivamente il contratto non possa sussistere senza la clausola giudicata vessatoria. Si pensi alla clausola che determina l'oggetto del contratto in violazione dei parametri di trasparenza oppure a quella che prevede l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto, ove queste determinino profili essenziali del regolamento contrattuale (come il piano di rimborso delle rate del mutuo o di determinazione del rispettivo ammontare) o ancora alla clausola che stabilisce che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione, rendendo così l'oggetto indeterminabile³². Si pensi ancora al caso della clausola sospensiva meramente potestativa per il professionista, per il quale lo stesso art. 33, comma 2, lett. n, cod. cons., rinvia all'art. 1355 c.c. con conseguente nullità dell'intero contratto.

Parrebbe dunque che, al di là della lettera della norma, l'art. 36, comma 1, cod. cons., non basti a escludere l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. o comunque a esimere l'interprete dall'onere di valutare l'impatto della nullità parziale della clausola vessatoria sull'intero contratto, tenendo conto, sì, della tradizione giuridica interna ma soprattutto degli obiettivi della tutela consumeristica. Ad

cui all'art. 1419, primo comma, c.c., ciò al fine di preservare la finalità di protezione sottesa alla nullità.

³¹ V. CGUE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, parr. 39 e 41; v. anche CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 52.

³² V. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore"*, cit.

esempio, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, sarebbe incompatibile con il diritto europeo un'applicazione del diritto nazionale che, sancendo l'impossibile esistenza del contratto in assenza della clausola vessatoria, pregiudichi *ab origine* le ragioni del consumatore, determinando in concreto una posizione addirittura peggiore rispetto a quella per la quale il consumatore chiede tutela. Emblematico il caso in cui, dichiarata la nullità dell'intero contratto di mutuo, il consumatore si trovi a dover restituire l'intera somma mutuata³³.

Fortemente ancorato al principio di effettività della tutela, applicato al singolo rimedio civilistico, l'approccio funzionale adottato dalla Corte introduce un percorso interpretativo difficilmente riconducibile all'art. 1419, comma 1, c.c. Mentre quest'ultimo assume quale parametro di riferimento la situazione esistente al momento della stipulazione, il principio di effettività guarda al tempo della tutela; mentre l'art. 1419 c.c. punta l'attenzione sull'interesse contrattuale, oggettivamente o soggettivamente inteso, ma comunque al mutuo accordo tra i paciscenti, la ricerca del rimedio effettivo tende a soddisfare le ragioni del consumatore secondo la logica della nullità relativa e dell'obiettivo di reagire allo squilibrio contrattuale intrinseco alla relazione diseguale.

Da questa premessa derivano, sul piano operativo, due conseguenze particolarmente rilevanti.

In primo luogo, proprio al fine di scongiurare gli effetti deteriori della nullità totale, come sopra richiamati, la Corte di giustizia è portata a individuare uno strumento idoneo a evitare la caducazione dell'intero contratto nella specifica ipotesi di clausola oggettivamente essenziale; tale strumento è rinvenuto nella possibile integrazione del contenuto contrattuale ad opera di fonti eteronome, specificamente le norme suppletive. Strumento quest'ultimo che, privato del suo carattere di effetto *puramente conseguente* alla lacuna contrattuale (sia questa voluta dalle parti o accertata *ex post* a fronte del

³³ CGUE, 30 aprile 2014, *Árpád Kásler*, C-26/13, par. 84. La preoccupazione della Corte si giustifica in assenza di diverse misure di contenimento degli effetti della caducazione del contratto; queste misure possono essere introdotte dal legislatore nazionale, come dimostrato dal nostro art. 125 *bis*, comma 9, T.U.B., su cui ci si soffermerà *infra*.

giudizio di nullità), diventa co-elemento di quel plesso rimediale sopra richiamato che si dipana dalla nullità della clausola essenziale. In quanto strumento di tutela complementare alla nullità e non effetto indiscusso della cogenza della norma, intanto tale integrazione è consentita in quanto appunto serve a garantire la sopravvivenza del contratto e con ciò l'effettività della tutela del consumatore; ciò dunque nella sola ipotesi in cui la clausola sia essenziale³⁴.

In secondo luogo, più che rispondere a un generale interesse dell'ordinamento alla conservazione degli atti giuridici, la conservazione del contratto diventa essa stessa strumento di tutela *unilaterale* o *relativo*, da declinare, come per la nullità, nella specifica prospettiva del consumatore. E, così come a quest'ultimo si riconosce la facoltà di non avvalersi della nullità parziale della clausola, anche quando questa sia relativa alla violazione di norme imperative, allo stesso modo gli si attribuisce la facoltà di non avvalersi della protezione sottesa alla conservazione del contratto. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il consumatore può rinunciare infatti agli strumenti che, *in extremis*, consentono al giudice di 'tenere in vita' il contratto, optando dunque per la caducazione totale³⁵. Ancor prima e per queste stesse ragioni, il pregiudizio indotto dalla caducazione del contratto deve essere valutato nella prospettiva e secondo le preferenze del consumatore. Dunque, portando a ulteriori conseguenze l'analogia introdotta dalla Corte in *Dziubak*, il giudice nazionale, prima di attivare gli strumenti di conservazione del contratto indicati dalla Corte medesima, deve informare le parti, instaurare uno specifico contraddittorio³⁶, e comunque tenere conto dell'eventuale contro-interesse del consumatore alla conservazione del contratto.

In altri termini, secondo la Corte di giustizia e diversamente da quanto previsto dalla disciplina codicistica, rilevata (anche d'ufficio) la vessatorietà della clausola e comunque istituito il contraddittorio tra le parti, al consumatore è consentito di:

- a) avvalersi o meno della dichiarazione di nullità della clausola;

³⁴ Su questo più ampiamente *infra*, par. 3.

³⁵ CGUE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, parr. 55 e 56.

³⁶ CGUE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*.

- b) ove il contratto non possa sussistere senza la clausola, per ipotesi essenziale, e, pur in presenza di norme suppletive di per sé idonee a scongiurare la caducazione del contratto, avvalersi o meno degli effetti conservativi delle norme suppletive stesse e dunque, in estrema sintesi, preferire la caducazione totale a quella parziale.

Tale inquadramento della disciplina della nullità parziale, alquanto eterodosso rispetto alla disciplina vigente, risponderebbe tanto al principio di effettività della tutela quanto a quello di dissuasività del rimedio, posto che, là dove non fosse tenuta nella dovuta considerazione la posizione del consumatore e la sua specifica preferenza per la conservazione o la caducazione dell'intero contratto, ad essere pregiudicato sarebbe lo stesso ricorso al rimedio offerto dall'ordinamento (in quanto il consumatore razionale non lo attivebbe) e di conseguenza la sua efficacia dissuasiva nei confronti del professionista³⁷. Per quanto il richiamo esplicito all'art. 47, Carta, sia assai raro in questo filone giurisprudenziale³⁸, il potere di scelta del consumatore deve essere correlato al suo diritto a un rimedio effettivo quale diritto fondamentale ai sensi della Carta medesima.

A conclusione di questo primo stadio della riflessione, pare allora delinearsi un quadro in cui, ferma nella maggioranza dei casi l'applicazione dell'art. 36(1), cod. cons., sulla nullità parziale necessaria, l'eventuale impatto della nullità parziale sulle sorti dell'intero contratto va valutato alla luce di un art. 1419, comma 1, c.c. completamente rivisitato nella prospettiva consumeristica. Duplice la conseguenza: 1) l'interesse a cui fare riferimento non è quello delle parti ma quello del consumatore; 2) il tempo a cui ancorare la valutazione non è solo quello della stipulazione ma anche quello della somministrazione della tutela.

³⁷ Sulle ragioni e i limiti di questa linea interpretativa si avrà occasione di tornare in seguito, quando si tratterà il tema dell'integrazione e non integrazione del contratto visti come coelementi del plesso rimediale instaurato sulla nullità parziale. V., rispettivamente, par. 3 e 4.

³⁸ Il richiamo contenuto nella decisione resa nel caso *Dunai* non inerte alla configurazione dell'invalidità come rimedio effettivo (CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 58 ss.).

2.2. *La facoltà del consumatore di opporsi alla 'sopravvivenza' del contratto e il principio di proporzionalità.*

A parziale contemperamento dell'analisi sopra svolta sul possibile impatto della giurisprudenza europea in ambito nazionale, preme ricordare il ruolo che, al fianco dell'effettività e della dissuasività, dovrebbe assumere il principio di proporzionalità del rimedio civilistico.

Pur volendo infatti assecondare il filone giurisprudenziale della Corte di giustizia che, alle condizioni sopra descritte, prende atto di una possibile preferenza del consumatore verso la nullità totale, non dovrebbe infatti dimenticarsi che il rimedio civilistico, anche di tipo invalidatorio, deve essere rimedio proporzionato, come la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto³⁹. Una simile riflessione fa eco ad altra considerazione emergente nella stessa giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, quando, proprio per un difetto di proporzionalità del rimedio, si esclude il ricorso alla nullità del contratto bancario privo della sottoscrizione della banca⁴⁰, oppure quando, più recentemente, si considera potenzialmente abusivo il ricorso 'selettivo' alla nullità degli ordini di acquisto di strumenti finanziari e si introduce una regola di bilanciamento ispirata ai principi dell'arricchimento ingiustificato e in ultimo ad una valutazione di proporzionalità del rimedio⁴¹.

³⁹ Così, sulla scia di CGUE, 27 marzo 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, C 565/12, par. 45, CGUE, 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia a.s.*, C-42/15, par. 71 e 72.

⁴⁰ La Corte pare seguire l'impostazione secondo la quale anche la nullità assolve una funzione sanzionatoria da modulare dunque secondo il principio di proporzionalità. Così, Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, dove la Corte applica il principio di proporzionalità alla nullità per difetto di sottoscrizione di una delle parti, considerando sproporzionato il ricorso alla nullità (in cui si riconosce una natura sanzionatoria) in ipotesi di nullità c.d. relativa in quanto tesa a proteggere in primo luogo l'interesse particolare della parte debole, già sottoscrittente. Sulla possibile funzione sanzionatoria della nullità v. R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, cit., par. 2, ove ulteriori riferimenti.

⁴¹ Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314 ("I principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale (artt. 2,3,41 e 47 Cost., quest'ultimo con specifico riferimento ai contratti d'investimento) sui quali le S.U., con la pronuncia n. 26642 del 2014, hanno riposto il fondamento e la ratio

La Corte di giustizia non si è (ancora) espressa sulla questione specifica dell'uso proporzionato, da parte del consumatore, della facoltà di opporsi all'integrazione contrattuale impeditiva della caducazione dell'intero contratto; né lo ha fatto, a quanto consta, la giurisprudenza nazionale. Il quadro giurisprudenziale appena descritto parrebbe tuttavia suggerire che, in ipotesi di vessatorietà di clausola essenziale, il ricorso alla nullità totale in luogo di una nullità parziale accompagnata da integrazione del contratto, ove davvero ammissibile in base al diritto interno, trovi comunque un limite nel principio di proporzionalità. Potrebbe ad esempio un consumatore, a ciò interessato, invocare la nullità dell'intero contratto di mutuo nel caso in cui la clausola su costo del credito e interessi corrispettivi non sia del tutto trasparente ma possa ancora applicarsi, in via suppletiva, l'art. 125 *bis*(7), T.U.B. al fine della determinazione del costo del credito? Non sarebbe una simile domanda contraria al principio di proporzionalità che la stessa Corte di giustizia ha applicato in un caso di caducazione della clausola per violazione degli obblighi di trasparenza⁴²?

L'applicazione del principio di proporzionalità in tema di nullità parziale si giustifica tanto nell'ipotesi in cui la nullità (parziale o totale) sia chiamata ad assolvere una funzione *lato sensu* restitutoria,

delle nullità di protezione operano, tuttavia, anche in funzione di riequilibrio effettivo endocontrattuale quando l'azione di nullità, utilizzata, come nella specie, in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L'eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*.”), su cui PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contr.*, 2020, 1, p. 11 ss.

⁴² CGUE, 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia a.s.*, C-42/15.

collocando la parte nella condizione in cui si sarebbe trovata in assenza di violazione della norma sottesa alla regola di validità⁴³, quanto nell'ipotesi in cui il rimedio assolva una concorrente funzione 'sanzionatoria', come talora si riconosce proprio in ipotesi di nullità totale. Nella prospettiva restitutoria, la proporzionalità del rimedio tende a garantire la massima tutela con la minima interferenza e la nullità totale si giustifica solo se strettamente necessaria ad assicurare al consumatore le somme o i valori ingiustamente assegnati al professionista. Nella prospettiva *lato sensu* sanzionatoria, la proporzionalità va altresì definita in ragione della gravità dell'offesa e della condotta del professionista. Sotto quest'ultimo profilo, ci si può chiedere se anche il giudice civile debba tenere conto dei criteri ora dettati dalla direttiva 93/13/CE nel definire le sanzioni (in senso proprio) irrogate nei confronti del professionista che abbia adottato clausole vessatorie ai sensi dell'art. 8 *ter* della direttiva medesima⁴⁴.

⁴³ Così nella giurisprudenza europea: "la Corte ha parimenti dichiarato che esso deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, come se non fosse mai esistita, in modo da non poter sortire effetti nei confronti del consumatore, e dover produrre, come conseguenza, il ripristino della situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in sua assenza (v., in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 61)" (CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 41; CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, par. 52).

⁴⁴ Pur ammettendosi che la nullità assolva una funzione *lato sensu* sanzionatoria, la rilevanza di molti di questi criteri, relativi a condotte anteriori o successive alla stipulazione del contratto, sarebbe di difficile conciliazione con la natura del rimedio invalidatorio in quanto specificamente inerente all'atto e ai suoi effetti. Si veda in particolare il comma 3, art. 8-*ter*, cit., ai sensi del quale: "Gli Stati membri assicurano che, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni, si tenga conto dei seguenti criteri, non esaustivi e indicativi, ove appropriati: a) natura, gravità, entità e durata della violazione; b) eventuali azioni intraprese dal venditore o fornitore per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal venditore o fornitore; d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal venditore o fornitore in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; e) sanzioni inflitte al venditore o fornitore per la stessa violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri in cui le informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio; f) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso".

3. *Nullità parziale di clausole essenziali e integrazione del contratto alla prova dell'effettività, dissuasività e proporzionalità del plesso rimediale.*

L'analisi precedente ha consentito di avanzare alcune ipotesi ricostruttive circa il ruolo svolto dall'integrazione e non integrazione del contratto a fronte della nullità parziale quale rimedio effettivo, dissuasivo e proporzionato contro l'uso di clausole vessatorie. Secondo questa impostazione, fondata sulle recenti evoluzioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, integrazione e non integrazione rappresenterebbero non tanto gli 'effetti naturali' della lacuna contrattuale (originaria o accertata *ex post* in relazione alla nullità della clausola), quanto i co-elementi di un c.d. plesso rimediale costruito intorno alla nullità parziale. In secondo luogo, in quanto parti di un plesso rimediale, esse sarebbero soggette alla regola per cui le tutele devono essere effettive, dissuasive e proporzionate.

Nella prospettiva del diritto interno è soprattutto la prima ipotesi a mostrare elementi di forte criticità, specie là dove si arriva a escludere l'integrazione normativa per fare della non integrazione uno strumento rimediale. Su questo si rifletterà in un prossimo paragrafo⁴⁵.

Che l'etero-integrazione del contratto possa essere strumento di tutela è ipotesi meno eterodossa. Molti gli esempi nel diritto dei contratti per tutte e tre le forme di integrazione astrattamente concepibili: da quella attuata mediante applicazione di norme imperative o suppletive all'integrazione c.d. giudiziale⁴⁶. In questa sede si intende

⁴⁵ V., *infra*, par. 3.2.

⁴⁶ Secondo l'approccio tradizionale la funzione di conformazione del regolamento contrattuale volta alla protezione di interessi generali o di parti deboli è per lo più ascritta all'integrazione del contratto per applicazione di norme imperative, non a caso definita repressiva (SACCO, *Integrazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2010, par. 3), mentre sarebbe impossibile proteggere interessi generali mediante norme suppletive. L'evoluzione delle discipline speciali, anche e non solo nell'area consumeristica, mostra come la stessa integrazione per via giudiziale o di applicazione di norme suppletive può assolvere una funzione correttiva e conformativa ben oltre quella tradizionale di mero supporto all'autonomia negoziale consistente nel riempimento della lacuna. Sul tema D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'Amico

dedicare brevi e distinte riflessioni a ciascuna di esse, interrogandosi su due profili principali: (i) l'approccio restrittivo della Corte di giustizia, per cui l'integrazione contrattuale non è la regola ma l'eccezione, primariamente volta a garantire la conservazione del contratto, altrimenti destinato a subire gli effetti espansivi della nullità parziale; (ii) il vaglio di effettività (e talora di proporzionalità e dissuasività) a cui l'integrazione sarebbe comunque soggetta in quanto parte del plesso rimediale.

3.1. *L'integrazione mediante norme imperative.*

In via generale l'applicazione di norme imperative all'interno del rapporto contrattuale risponde alla forza cogente sottesa a tali norme in nome di un interesse superindividuale talora ricondotto al concetto di ordine pubblico⁴⁷. È l'effettività del diritto che giustifica da sé l'eterointegrazione del contratto, senza che l'autonomia privata possa dirsi in ciò negata, posto che lo stesso art. 41 Cost. ne riconosce il valore costituzionale nei limiti della sicurezza, libertà e dignità umana. Rispetto al contenuto di norme imperative l'espressione della volontà delle parti risulta ridondante oppure inutile, in quanto in ogni caso sarebbe il primo a prevalere, anche per via di sostituzione ai sensi dell'art. 1339 c.c.; così almeno quando il contenuto della norma imperativa ha caratteristiche (anche semantiche) simili a quelle di una clausola contrattuale, riconoscendo diritti o stabilendo obblighi in capo alle parti. Più discusso è se, su questa scia, possa trovare (immediata) applicazione anche la norma espressiva di un principio generale, la cui concretizzazione richieda l'opera interpretativa del giudice⁴⁸.

Che l'integrazione del contratto mediante applicazione di norme imperative, oltre a essere l'effetto del diritto cogente, come tale inopugnabile dalle parti (e anche dal giudice), assolva al contempo una funzione di tutela è facilmente comprensibile. È la stessa funzione di

e Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso e ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 213 ss.

⁴⁷ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.

⁴⁸ Cfr., su questa prospettiva di indagine, NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto private*, cit., p. 207 ss.

tutela sottesa alla norma imperativa a trovare nel meccanismo di integrazione uno strumento di applicazione per così dire ‘auto-esecutivo’, che ne potenzia l’effettività. Così può osservarsi ad esempio nel caso in cui si stabilisca una durata minima della garanzia del consumatore in caso di vizi della cosa compravenduta o una particolare allocazione dell’onere della prova ai fini dell’esercizio delle relative azioni.

Questa compenetrazione tra eterointegrazione del contratto mediante norme imperative e funzione di tutela (anche del consumatore) emerge chiaramente nella lettera della disciplina europea, là dove si esclude che una clausola che rifletta una norma imperativa sia sottoposta al vaglio di vessatorietà introdotto dalla direttiva. La Corte di giustizia spiega come tale esclusione corrisponda a un generale rispetto della fonte europea verso la fonte nazionale, il che giustifica una presunzione di ‘giustizia’ associata all’adozione di qualunque norma imperativa da parte di uno Stato membro, e in particolare di disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori⁴⁹. È peraltro compito del giudice nazionale accertarsi che la norma abbia natura imperativa e che la clausola vi corrisponda⁵⁰.

Il punto critico della ricostruzione che vede nell’eterointegrazione un co-elemento del plesso rimediale legato alla nullità parziale è nel chiedersi quali ne siano le conseguenze per le sorti del giudizio di vessatorietà, ciò in particolare quando la clausola vessatoria violi al

⁴⁹ V. tredicesimo considerando della direttiva 93/13/CE: “[...] si parte dal presupposto che le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive; che pertanto non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte; che a questo riguardo l’espressione «disposizioni legislative o regolamentari imperative» che figura all’articolo 1, paragrafo 2 comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo”.

⁵⁰ CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch*, par. 30 ss., ove ulteriori riferimenti alla giurisprudenza precedente.

contempo una norma imperativa destinata, secondo la disciplina generale del contratto, a sostituirsi a essa.

Se l'eterointegrazione contrattuale per effetto di norma imperativa è un effetto della cogenza della norma a fronte della lacuna del regolamento (voluta dalle parti o accertata *ex post*), allora di essa non si discute e la clausola vessatoria, che per ipotesi infranga una specifica norma imperativa, è sostituita di diritto da quest'ultima (in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 1339 c.c.).

Se invece l'eterointegrazione assolve anche (o principalmente) una funzione di tutela, allora di tale funzione occorre valutare l'effettività (ed eventualmente la dissuasività e proporzionalità). Da ciò potrebbe conseguire un vaglio, ad opera del giudice, volto ad accertare che la norma imperativa sia concretamente idonea a correggere quella posizione di squilibrio contrattuale regolata dalla direttiva e ad assicurare al consumatore la possibilità di ottenere dal professionista quanto ingiustamente lucrato per mezzo della clausola vessatoria⁵¹.

È quanto emerge da alcune decisioni della Corte di giustizia, che, senza tacere la natura imperativa delle norme nazionali introdotte dal legislatore al precipuo scopo di arginare gli effetti di una contrattazione spregiudicata in settori fortemente sensibili dell'economia nazionale (come quello dei mutui), ha subordinato l'ammissibilità dell'etero-integrazione a un sindacato di effettività della tutela oggetto della norma nazionale⁵². In tanto l'etero-integrazione è ammis-

⁵¹ Cfr. sul punto in senso critico anche PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione*, cit., p. 566 ss. che opportunamente richiama la formula dell'armonizzazione selettiva già proposta in BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 52.

⁵² È quanto emerge nel caso esaminato dalla Corte di giustizia nel caso *Dunai* (CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*); in questo caso il legislatore ungherese aveva previsto un meccanismo di sostituzione automatica e retroattiva di clausole di determinazione degli importi a debito e a credito del mutuatario in contratti che ancoravano tali importi al rischio di cambio tra fiorini ungheresi e franchi svizzeri, applicando per gli importi a debito il tasso di vendita e per gli importi a credito il tasso di acquisto, con evidente locupletazione della banca; disinnescando questa asimmetria nella determinazione dei tassi di cambio, l'intervento normativo aveva

sibile, in quanto essa consente di collocare il consumatore nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza dell'abuso⁵³; viceversa l'etero-integrazione non può privare il consumatore dei mezzi di tutela richiesti dall'art. 6, comma 1, dir. 93/13/CE, ponendolo in una posizione addirittura peggiore⁵⁴.

Nella giurisprudenza europea, questo vaglio di effettività della tutela indotta dalla norma imperativa di 'rimpiazzo' è stato richiesto in particolare in casi in cui, vertendo sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, la clausola controversa era contestata sotto il profilo della trasparenza ai sensi dell'art. 4, comma 2, dir. 93/13/CE. Intenso sul punto il dialogo tra corti nazionali e Corte di Giustizia in tema di mutui espressi in valuta estera⁵⁵. Con riferimento

introdotto un tasso legale di cambio, senza tuttavia neutralizzare il rischio di cambio comunque sotteso al contratto; di qui l'interesse della consumatrice a chiedere l'annullamento dell'intero contratto in quanto caratterizzato da un meccanismo di determinazione degli obblighi di restituzione gravemente pregiudizievole e non trasparente, ciò nonostante il successivo intervento legislativo.

⁵³ CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 41: "una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, come se non fosse mai esistita, in modo da non poter sortire effetti nei confronti del consumatore, e dover produrre, come conseguenza, il ripristino della situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in sua assenza"; par. 44: "spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale che ha dichiarato abusive le clausole di tal genere ha consentito di ripristinare, in fatto e in diritto, la situazione in cui la sig.ra Dunai si sarebbe trovata in assenza di una clausola abusiva siffatta, in particolare dando fondamento ad un diritto alla restituzione dei benefici indebitamente ottenuti, a suo discapito, dal professionista sulla base di detta clausola abusiva". V. tra le ultime: CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, parr. 52 e 53.

⁵⁴ CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 43: "la circostanza che talune clausole contrattuali siano state dichiarate, a norma di legge, abusive e nulle, e poi sostituite da nuove clausole, al fine di far persistere il contratto in parola, non può avere l'effetto di indebolire la tutela garantita ai consumatori". Cfr. la considerazione espressa dall'Avvocato Generale M. Szpunar nel caso *Gómez*: "non vedo come uno Stato membro potrebbe affermare che una clausola contrattuale non è abusiva nella misura in cui essa riproduca una disposizione imperativa il cui contenuto è contrario all'effetto utile della direttiva 93/13/CE" (Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Szpunar, presentate il 10 settembre 2019 nel caso C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch*, para. 84).

⁵⁵ Le clausole controverse prevedono meccanismi, spesso poco trasparenti, di determinazione del costo del credito ancorati al rischio di cambio di una data va-

a questa casistica, il difficile compito del giudice nazionale consiste nel verificare se l'applicazione di una eventuale disciplina interna di natura imperativa in sostituzione della clausola nulla, peraltro essenziale ai fini della sussistenza del contratto, sia di per sé idonea a rendere il consumatore esente da quel particolare rischio che non ha potuto assumere coscientemente a causa del difetto di informazione⁵⁶.

Come questa applicazione del principio di effettività del rimedio si concili con la sottrazione delle norme imperative al sindacato di vessatorietà di cui all'art. 1, comma 2, della direttiva è di difficile comprensione⁵⁷. Parrebbe piuttosto che, almeno là dove le norme imperative abbiano la funzione di 'correggere' uno squilibrio contrattuale, al giudice nazionale sia comunque riservato il potere-dovere di valutare l'impatto concreto di tale correzione in termini di tutela effettiva del consumatore, con la conseguenza che quell'etero-

luta estera (es. il franco svizzero). Sul punto, in tema di contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, è intervenuta specificamente la stessa direttiva 2014/17/UE. Cfr. part. cons. (4), (30), nonché art. 23(4)(5), che prevede uno specifico obbligo di informazione in capo al creditore circa la variazione del valore dell'importo totale o delle rate periodiche residui a carico del consumatore di oltre il 20% rispetto a quello che si avrebbe se si applicasse il tasso di cambio tra la valuta del contratto di credito e la valuta dello Stato membro applicabile al momento della conclusione del contratto di credito. Al consumatore deve essere in questo riconosciuto un diritto di conversione del mutuo in una valuta alternativa o di impiego di altri eventuali meccanismi applicabili per limitare il rischio di cambio cui è esposto il consumatore.

⁵⁶ L'obiettivo non è invece quello di rendere il consumatore immune da qualsiasi rischio assunto con il contratto di mutuo (incluso ad esempio il rischio di cambio, a cui la determinazione del costo del credito è associata). L'introduzione di un meccanismo trasparente di conversione della valuta non elide infatti il rischio di cambio inerente al contratto di mutuo in valuta estera, ma consente al consumatore di assumere consapevolmente quel rischio. Cfr. sul tema PAGLIANTINI, *Postvessatorietà ed integrazione*, *op. cit.*, p. 561 ss.

⁵⁷ In proposito la Corte tenta di spostare l'attenzione dal fenomeno dell'eterointegrazione a quello della tutela ex art. 6, come se il primo potesse essere assorbito nel secondo; cfr. CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 38: "le tre questioni pregiudiziali riguardano non già di per sé le clausole contrattuali inserite a posteriori da detta normativa nei contratti di mutuo, ma l'impatto di tale normativa sulle garanzie di tutela che derivano dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CE".

integrazione, per quanto riconosciuta, possa dirsi insufficiente e dunque richiedere il ricorso a strumenti ulteriori, compresa, se necessaria, la caducazione totale del contratto⁵⁸.

Sotto questo profilo, proprio perché concorre essa stessa a una funzione di tutela, l'etero-integrazione per applicazione di norma imperativa subirebbe dunque il primato del diritto europeo. Questo varrebbe in particolare, secondo la Corte di giustizia, per quelle norme nazionali che definiscono "le modalità per dichiarare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto, nonché le modalità con cui si realizzano *i concreti effetti giuridici* di tale dichiarazione" (corsivo aggiunto): norme che, benché imperative, sono escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 2, dir. 93/13/CE, e dunque, finiscono per rientrare nel vaglio di vessatorietà imposto dalla direttiva⁵⁹.

⁵⁸ Conclude la Corte: "la direttiva 93/13/CE, letta alla luce dell'articolo 47 della Carta, non osta a che la giurisdizione suprema di uno Stato membro adotti, nell'interesse di una uniforme interpretazione del diritto, decisioni vincolanti in merito alle modalità di attuazione di tale direttiva, purché queste ultime non impediscano al giudice competente né di garantire il pieno effetto delle norme contenute in tale direttiva e di mettere a disposizione del consumatore un ricorso effettivo ai fini della tutela dei diritti che esso può trarne, né di adire la Corte sottoponendole una domanda di pronuncia pregiudiziale a tale titolo, verifica che spetta tuttavia al giudice del rinvio svolgere" (CGUE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, par. 64).

Cfr. sul punto CGUE, 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco SA e Caixabank SA*, dove si afferma che l'art. 6(1), dir. 93/13 non osta all'applicazione di una norma nazionale che, in tema di interessi moratori eccedenti il triplo di quelli legali, ne impone la moderazione entro la soglia del triplo, "purché l'applicazione di detta disposizione nazionale: non pregiudichi la valutazione da parte di tale giudice nazionale del carattere abusivo di suddetta clausola e non impedisca al giudice nazionale di disapplicare detta clausola ove dovesse concludere per il carattere «abusivo» della medesima". Ciò significa che, in queste circostanze, il giudice deve poter considerare vessatoria una clausola i cui tassi siano inferiori alla soglia normativa e deve poter dichiarare nulla la clausola abusiva (sopra o sotto soglia) senza moderarla ove la consideri vessatoria. Spetta al giudice nazionale valutare se tanto corrisponda a un'interpretazione conforme o, come sembra, a una disapplicazione del vincolo di moderazione.

⁵⁹ CGUE, 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C 351/18, *Kanyeba et al.*, par. 61. Cfr. part. CGUE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Naranjo*, par. 66: "per quanto spetti agli Stati membri, mediante le loro

Nella prospettiva del diritto italiano, ciò significherebbe sovvertire la logica sottesa alla disciplina della nullità parziale per violazione di norme imperative. Secondo il combinato disposto tra art. 1339 c.c. e art. 1419, comma 2, c.c., la sostituzione della clausola per applicazione di norma imperativa è cogente e la nullità parziale non può mai condurre alla caducazione dell'intero contratto. La Corte di giustizia pare invece invitare il giudice nazionale a considerare quest'ultima come una delle conseguenze possibili della nullità parziale, se l'eterointegrazione non basta a salvaguardare pienamente le ragioni del consumatore. Quali dunque gli strumenti a disposizione del giudice nazionale, chiamato ad applicare il diritto interno nel rispetto del quadro europeo delle fonti?

In primo luogo, se persuaso dell'insufficiente e non totalmente effettiva tutela accordata dalla sostituzione automatica della clausola (comunque riconosciuta), il giudice italiano potrebbe, anche d'ufficio, prospettare alle parti, nel rispetto delle regole del contraddittorio, l'esistenza di altri rimedi, per il cui uso sussistano, in base alle carte del processo, i presupposti di fatto e di diritto, se tali rimedi risultano maggiormente idonei a una tutela effettiva della parte debole⁶⁰. Tali potrebbero essere, in astratto, l'invalidità del contratto

legislazioni nazionali, definire le modalità per dichiarare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto, nonché le modalità con cui si realizzano i concreti effetti giuridici di tale dichiarazione, quest'ultima deve tuttavia consentire di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato se tale clausola abusiva non fosse esistita, fondando, in particolare, un diritto alla restituzione dei benefici che il professionista ha indebitamente acquisito a discapito del consumatore avvalendosi di tale clausola abusiva.” V. anche, tra le ultime: CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, par. 52 e 53.

⁶⁰ CGUE, 3 ottobre 2013, C-32/12, *Soledad Duarte Hueros*. Proprio nella prospettiva della Corte di giustizia, l'esistenza di questi poteri officiosi è subordinata a diverse limitazioni: *in primis*, all'impossibilità della parte di modificare la domanda nel corso del processo; in secondo luogo, alla ulteriore preclusione inerente all'instaurazione di un diverso processo per la domanda del diverso rimedio, stante la disciplina del giudicato. Nella prospettiva del diritto processuale italiano, una finestra potenzialmente utile all'instaurazione del contraddittorio ipotizzato nel testo è quella della richiesta di precisazioni in sede di prima udienza ai sensi dell'art. 183 c.p.c.; cfr., tra le ultime: Cass., Sez. II, 2 agosto 2019, n. 20870: “Si ha *mutatio libelli* quando si avanzi una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria,

per dolo determinante o, in vista delle novità introdotte con la recente riforma, la risoluzione del contratto a fronte di pratiche contrattuali scorrette⁶¹.

In secondo luogo, il giudice potrebbe chiedersi se ci siano i presupposti per disapplicare una norma imperativa interna in contrasto con il diritto europeo perché ‘non idonea’ ad assolvere la sua funzione di tutela effettiva a favore del consumatore nel quadro dell’art. 47, Carta dei diritti fondamentali. Per tanto sarebbe senz’altro opportuno porre la questione alla Corte di giustizia e(o), invocandosi la norma sovranazionale interposta, alla Corte costituzionale⁶². L’analisi porterebbe lontano e uscirebbe dai confini di questa riflessione. Certamente, si intravedono all’orizzonte nuovi appuntamenti per il dialogo tra corti nazionali e corte europea.

3.2. *L’integrazione mediante norme suppletive.*

Quanto osservato sopra in tema di norme imperative vale, almeno in certa parte, anche per le norme suppletive. Infatti, il tredicesimo considerando della direttiva 93/13/CE stabilisce che nella nozione di norma imperativa, sottratta al sindacato di vessatorietà ai sensi

introducendo nel processo un *petitum* diverso e più ampio oppure una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate prima e particolarmente su un fatto costitutivo radicalmente differente, di modo che si ponga al giudice un nuovo tema d’indagine e si spostino i termini della controversia, con l’effetto di disorientare la difesa della controparte e alterare il regolare svolgimento del processo. Si ha, invece, semplice *emendatio* quando si incida sulla *causa petendi*, in modo che risulti modificata soltanto l’interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, oppure sul *petitum*, nel senso di ampliarlo o limitarlo per renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere”.

⁶¹ V. art. 11a(1), dir. 2005/29/CE, come introdotto dall’art. 3 della Direttiva 2019/2161/UE per la modernizzazione del diritto dei consumatori adottata nel 2019 nell’ambito del *New deal for consumers*.

⁶² Fuoriesce dai confini di questo contributo la questione inerente alla doppia pregiudizialità potenzialmente sottesa al tema della compatibilità di norme di legge rispetto a principi comuni alla carta costituzionale e alla carta europea, su cui ben nota il riferimento alla decisione della C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269; da ultime, C. cost., 21 marzo 2019, n. 63, nonché C. cost., 21 febbraio 2019, n. 20, richiamata anche da C. cost. 10 maggio 2019, n. 117.

dell'art. 1, comma 2, rientrano anche “le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo”, il che parrebbe puntare esattamente alle norme suppletive⁶³.

Se la *ratio* dell'esenzione dal controllo di vessatorietà risiede nella presunzione di giustizia che accompagna il discernimento di un legislatore, accomunare norme imperative e norme suppletive pare del tutto ragionevole. L'esclusione peraltro, ricorda la Corte, deve essere intesa in senso restrittivo. Così, ad esempio, non rientrerebbe nella definizione di norma suppletiva quella norma che offra alle parti talune opzioni di scelta, per altro non esclusive, senza impedire loro di ricorrere ad altre opzioni ivi non menzionate; detto in altri termini, sono immuni dal vaglio di vessatorietà le clausole corrispondenti a norme suppletive di tipo *opt-out* (applicabili se non derogate) e non quelle corrispondenti a norme di tipo *opt-in* (applicabili se scelte dalle parti)⁶⁴. Infine, come sopra osservato, la possibilità di ricorrere a tali norme a seguito della declatoria di vessatorietà della clausola è soggetta a un'ulteriore valutazione di effettività della tutela del consumatore; ma di questo vaglio, ancor più critico nel caso di norme imperative, ci si è occupati sopra.

Del resto, se nel caso di norme imperative l'etero-integrazione assolve in primo luogo una funzione conformativa del contratto⁶⁵, nel

⁶³ V. il tredicesimo considerando della direttiva 93/13/CE. Per un'applicazione: CGUE, 9 luglio 2020, C-81/19, *SC Banca Transilvania SA*.

⁶⁴ È il caso trattato dalla Corte in CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez*. Cfr. in questa direzione le conclusioni di M. Szipunar nel medesimo giudizio; secondo l'AG l'esclusione dal vaglio di vessatorietà va riferita alle sole clausole corrispondenti a norme che non solo ‘limitano’ ma ‘eliminano’ l'autonomia privata, il che, a ben guardare, parrebbe puntare lontano dalle norme suppletive.

Sulla riconduzione delle stesse norme che definiscono uno spettro di opzioni a disposizione delle parti tra le norme dispositive (c.d. *default rules*), cfr. AYRES, *Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules*, in *Yale Law Journal*, 2012, p. 2032 ss., part. p. 2050 (“it is the explicit specification of discrete default alternatives that distinguishes legal menus from the implicit menus that laissez-faire contracting regimes provide”).

⁶⁵ La funzione conformativa propria delle norme imperative non è peraltro esclusa nel caso di norme che si collocano a metà strada tra quelle normative e quelle dispositive o suppletive, come nel caso in cui il legislatore ammette che le parti deroghino dallo standard legale ma solo in senso più favorevole a una delle

caso di norme suppletive l'obiettivo del legislatore è piuttosto quello di facilitare l'esercizio dell'autonomia contrattuale, consentendo l'attuazione del regolamento anche là dove le parti non abbiano ritenuto di definire specificamente diritti, doveri e responsabilità⁶⁶. Non sorprende dunque che la Corte di giustizia guardi proprio alle norme suppletive quando la vessatorietà inerisce a una clausola essenziale, senza la quale il contratto non potrebbe esistere. Ed è proprio (e solo) in questi casi che il giudice europeo considera l'applicazione della norma suppletiva come uno strumento di tutela del consumatore, in quanto consente a costui di far salvo l'affare (es. la copertura del rischio assicurato, il piano di restituzione del mutuo, etc.) pur ponendosi nel nulla la clausola vessatoria altrimenti essenziale.

Di nuovo, proprio perché anche qui l'etero-integrazione è strumento di tutela più di quanto non sia effetto cogente della norma in presenza di lacuna nel contratto, questa intanto potrà operare in quanto sia in concreto idonea a salvaguardare l'interesse del consumatore. Di qui la necessità di accertare non solo che la clausola sostituenda sia essenziale per l'esistenza del contratto ma anche che la caducazione dell'intero contratto sia in concreto pregiudizievole per il consumatore⁶⁷.

parti. In tal caso la sostituzione automatica della norma suppletiva rispetto alla clausola peggiorativa opera alla stregua di quella prevista dall'art. 1339 c.c. per le norme imperative. Cfr., per un esempio, art. 1932, comma 2, c.c. in tema di contratto di assicurazione. Per un esempio analogo nella legislazione europea, v. art. 16, dir. 2008/48/CE, in tema di indennizzo spettante al creditore in caso di restituzione anticipata del finanziamento.

⁶⁶ V. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, par. 17. La diversa denominazione di norme 'suppletive' o 'dispositive' è riconducibile a una duplicità di punti di osservazione: quello della lacuna contrattuale (colmata dalla norma suppletiva) e quello della manifestazione di volontà in deroga alla norma di legge (dispositiva); cfr. V. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1989, par. 51.

⁶⁷ Sul punto v. *retro* par. 2. Da ultima, CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez*, par. 67: "l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non

Emblematico è il caso delle clausole che determinano il costo del credito al consumo. In quanto inerenti all'oggetto del mutuo oneroso, tali clausole rivestono un ruolo essenziale nell'economia del contratto. Peraltro, essenzialità della clausola e inerenza all'oggetto della prestazione portano a ricordare che, salvo che la legge nazionale preveda diversamente, la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, *purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile* (così l'art. 4, comma 2, dir. 93/13/CE). Ne consegue che, ferma restando l'applicazione della disciplina dell'usura alle clausole su tassi corrispettivi che, oltre a essere manifestamente eccessivi, siano anche superiori ai c.d. tassi-soglia, quelle stesse clausole sono soggette al vaglio di vessatorietà sotto il solo profilo della trasparenza e non invece sotto quello della misura del tasso⁶⁸.

Nel caso precipuo del credito al consumo il difetto di trasparenza è altresì sanzionato dalle norme del Testo Unico Bancario, che recepiscono la direttiva 2008/48/CE.

Con particolare riferimento alle informazioni inerenti al costo del credito, la determinazione degli interessi corrispettivi concorre al computo del c.d. TAEG. In caso di nullità delle relative clausole, l'art. 125 *bis*, comma 7, TUB prevede un meccanismo di sostituzione legale, che, in ipotesi di TAEG non trasparente, finisce per abbattere quest'ultimo entro i più moderati termini del tasso legale ivi previsto.

In questa ipotesi la norma suppletiva riesce ad assicurare la sopravvivenza del contratto e al tempo stesso a sopperire al difetto di trasparenza accertato dal giudice. In chiave dissuasiva, finisce anche

possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli".

⁶⁸ CGUE, 30 aprile 2014, *Árpád Kásler*, C-26/13. Cfr., da ultima, CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez*, par. 47: "un giudice di uno Stato membro è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, e ciò indipendentemente dalla trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro". Così anche C. giust. UE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixa-bank*, par. 66.

per indurre il professionista, che, in relazione a una clausola essenziale quale quella inerente all'oggetto del contratto, voglia adottare un criterio di determinazione diverso da quello legale, a essere particolarmente chiaro in vista di un'adesione pienamente consapevole da parte del consumatore⁶⁹. Come in altri contesti, sebbene mediante una diversa interazione tra contratto e norma, la norma suppletiva accresce la quantità e qualità dell'informazione condivisa tra i contraenti⁷⁰. In altri termini, è la combinazione tra nullità parziale ed eterointegrazione del contratto mediante applicazione di norma suppletiva ad assolvere quella funzione correttiva dello squilibrio contrattuale inerente al rapporto consumeristico, assicurando il ricorso a un rimedio effettivo per il consumatore e dissuasivo per il professionista.

La disciplina esaminata pare in ciò del tutto coerente con l'approccio giurisprudenziale europeo, secondo il quale, ove la vessatorietà colpisca clausole essenziali, l'applicazione del diritto dispositivo assicura la tutela effettiva del consumatore, scongiurando la caducazione dell'intero contratto. Peraltro, proprio nella prospettiva del diritto interno applicabile alla nullità di clausole essenziali nel credito al consumo, nullità parziale ed etero-integrazione non rappresentano una via obbligata verso la tutela effettiva del consumatore.

In primo luogo, nel caso in cui la clausola sugli interessi corrispettivi, oltre a risultare vessatoria in quanto non trasparente, violi la disciplina anti-usura, l'etero-integrazione è inibita dall'art. 1815 c.c.. In questo caso la norma codicistica *sanziona civilmente* l'abuso, imponendo la trasformazione di un mutuo oneroso in mutuo gratuito e

⁶⁹ CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez*, par. 51: “tale requisito [*i.e. la formulazione chiara e comprensibile*] deve quindi essere inteso nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intelligibile per il consumatore sui piani formale e grammaticale, ma anche che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto della modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie”.

⁷⁰ AYRES e GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in *Yale Law Journal*, 99, 1989, p. 87 ss.

privando così il creditore del diritto agli interessi senza che intervenga alcuna integrazione del regolamento contrattuale⁷¹. Il bisogno di una deterrenza rafforzata consente di coniugare, mediante precipuo intervento del legislatore, nullità parziale e assenza di integrazione, ciò anche quando la clausola è normalmente essenziale per la sopravvivenza del contratto.

Un diverso esempio è quello inerente al comma 8, lett. *c*, dell'art. 125 *bis*, T.U.B., secondo il quale il contratto è nullo (nella sua interezza) se non contiene le informazioni essenziali sulle condizioni di prelievo e di rimborso ovvero sull'importo totale del finanziamento, sulle parti contraenti, sul tipo di contratto. Sotto il profilo delle condizioni di rimborso, la norma si applica anche alla mancata o non trasparente determinazione di numero e periodicità delle rate⁷². In questo caso, il comma successivo della medesima norma si preoccupa specificamente di salvaguardare l'interesse del consumatore pregiudicato dalla conseguente e immediata scadenza degli obblighi di rimborso, spesso considerata dalla Corte di giustizia quale elemento dirimente per scongiurare la nullità totale. Diversamente, a tutela del consumatore, la norma non prospetta la conservazione del

⁷¹ In tal caso la 'sopravvivenza' del contratto è giustificata dalla norma imperativa che sanziona la pratica illecita (costituente altresì reato), posto che a sopravvivere non è il contratto voluto dalle parti (mutuo oneroso) ma altro contratto all'uopo 'manipolato' dal legislatore a scopo sanzionatorio (contratto gratuito). Cfr., in tema di sostituzione automatica delle clausole, SACCO, *Integrazione del contratto*, cit., par. 3: "Una questione collaterale riguarda la qualificazione della clausola sostituita. Essa è inoperante. È vero che qualcuno presenta la sostituzione come un rimedio alternativo - e non complementare - rispetto all'invalidità. Ma noi possiamo dire che la legge, sostituendo l'accordo delle parti, evita di renderlo nullo, come possiamo dire che la legge lo rende nullo e lo sostituisce. Le due configurazioni sono entrambe logicamente corrette".

Alla luce della recente giurisprudenza si può inoltre discutere se la caducazione degli interessi usurari sia una sanzione civile complementare alla nullità parziale o invece, retrocedendo a mero co-elemento eventuale della nullità, sia piuttosto sanzione applicabile alla sola condotta della banca, che *in concreto* esiga interessi usurari. In questa seconda prospettiva cfr. Cass, Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597.

⁷² MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. la decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediario italiano*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, p. 134 ss.

contratto, bensì prevede una certa conservazione del beneficio del termine e della rateizzazione del mutuo. Trattandosi di contratto nullo, la restituzione, così rateizzata, inerisce alle sole somme utilizzate, mentre non è dovuto il pagamento di alcun interesse corrispettivo⁷³. La disciplina italiana sanziona così il difetto di trasparenza relativa a elementi essenziali del contratto coniugando nullità totale, decadenza degli interessi corrispettivi e rateizzazione delle restituzioni nel pieno rispetto dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità del rimedio⁷⁴.

In conclusione, a fronte di un approccio generalmente restrittivo da parte del giudice europeo rispetto al ruolo delle norme suppletive nell'integrazione del contratto affetto da nullità parziale, il principio di effettività della tutela rende questo ruolo più importante quando le norme suppliscono al difetto di trasparenza di clausole essenziali, come quelle inerenti alle prestazioni caratteristiche del contratto. Tale riconoscimento, proprio perché ancorato a una precipua funzione di tutela, richiede al giudice di verificare in concreto che la tutela sia effettiva, proporzionata e dissuasiva. Ancor prima, il principio di effettività della tutela dovrebbe consentire al legislatore interno (e così è negli esempi sopra esaminati) di definire diversamente il plesso rimediale, guardando per un verso alla 'nullità nuda' con funzione sanzionatoria e, per l'altro, alla nullità totale del contratto

⁷³ DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, p. 1041 ss.; MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo*, cit.

Gli effetti restitutori conseguenti alla nullità totale, così configurati in funzione protettiva per il consumatore, possono essere chiaramente distinti rispetto a quelli conseguenti alla nullità parziale, es. in ipotesi di nullità di clausole sugli interessi moratori, per la quale la Corte di cassazione ha recentemente ribadito che, oltre al capitale residuo, sono dovuti gli interessi corrispettivi (già maturati o futuri, ma attualizzati), nonché quelli moratori, benché rideterminati nella misura degli interessi corrispettivi ex art. 1224 c.c. (v. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597).

⁷⁴ Sulla proporzionalità di questo regime rimediale, alla luce della giurisprudenza europea, MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo*, cit.

unita a una particolare configurazione degli effetti restitutori in funzione protettiva; ciò anche quando la clausola nulla rivesta un ruolo essenziale per la sussistenza del contratto.

3.3. *L'integrazione giudiziale.*

Entrambe le forme di integrazione sopra esaminate presuppongono l'esistenza di una norma di fonte legale, il cui contenuto si preste a una integrazione immediata all'interno del regolamento contrattuale. Rispetto ad essa, il ruolo del giudice è quello di interprete della norma in vista della sua (mera) applicazione.

Che cosa succede se, a fronte della vessatorietà di una clausola essenziale, la cui nullità possa determinare la caducazione dell'intero contratto con grave pregiudizio per il consumatore, non esista una norma specifica atta a sopperire alla lacuna contrattuale per via di norma imperativa ovvero dispositiva? Può il giudice farsi carico della funzione di tutela altrimenti assegnata all'eterointegrazione di fonte legale ricorrendo a un'integrazione giudiziale, da esercitarsi nel rispetto dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità del rimedio?

A ben guardare, la giurisprudenza europea in tema di tutela consumeristica maturata negli ultimi decenni parrebbe rappresentare la migliore cornice di un simile potere giurisdizionale. In più occasioni la Corte di giustizia ha avuto modo di affermare che, stante l'intrinseca debolezza del consumatore e l'asimmetria di potere caratterizzante la relazione con il professionista, non solo nel corso del rapporto contrattuale ma anche nella fase contenziosa, l'obiettivo di una tutela effettiva può essere perseguito solo se si assegna al giudice un ruolo proattivo nell'ambito del processo. Nota è l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato dalla configurazione di un *potere* a quella di un vero e proprio *dovere* di rilevazione officiosa della vessatorietà della clausola. Nella stessa prospettiva possono essere richiamati i poteri officiosi di natura istruttoria o quelli inerenti all'individuazione del rimedio applicabile⁷⁵.

⁷⁵ Su cui ampiamente: CAFAGGI, IAMICELI, ANGIOLINI, CASAROSA, VAN DUIN, GROCHOWSKI et al., *op. cit.*, p. 9. ss. Essenziali i richiami a CGUE, 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial* (sul potere di rilevazione *ex officio*);

Ciò premesso, può stupire che il medesimo giudice europeo abbia invece escluso che, in assenza di una norma determinata, atta a integrare il contenuto della clausola essenziale dichiarata nulla, il giudice possa spingersi fino a individuare giudizialmente la regola contrattuale, facendo applicazione di norme dal contenuto parzialmente indeterminato o mere clausole generali. In questo caso, osserva la Corte di giustizia, non si tratterebbe di una ‘semplice operazione di sostituzione’ (della norma suppletiva alla clausola vessatoria), ma servirebbe un procedimento di determinazione più complesso. L’Avvocato Generale Pitruzzella ha considerato tale procedimento di natura “creativa” e per questo non ammissibile nella logica restrittiva sempre adottata dalla Corte in relazione a tale sostituzione, contraria dunque alla revisione della clausola da parte del giudice⁷⁶. Né, osserva la Corte, potrebbe dirsi che tali norme a contenuto aperto godano di quella presunzione di non abusività propria delle norme suppletive; presunzione basata su una specifica valutazione della situazione di squilibrio contrattuale da parte del legislatore, che invece non ha modo di emergere nell’ambito di una norma di mero principio o a struttura aperta⁷⁷. Ne consegue che, là dove una norma suppletiva manchi, la vessatorietà della clausola essenziale finirà per determinare con tutta probabilità la caducazione dell’intero contratto e ciò

CGUE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon* (in cui il poter si fa *dovere* di rilevazione); CGUE, 28 luglio 2016, C-168/15, *Tomášová* (in tema di responsabilità per mancata di rilevazione della questione inerente alla violazione del diritto UE da parte del giudice). Tra le ultime pronunce: CGUE, 17 maggio 2018, C-147/16, *Karel de Grote*; CGUE, 13 settembre 2018, C-176/17, *Profi Credit*; CGUE, 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP*; CGUE, 4 settembre 2019, C-347/18, *Salvoni*; CGUE, 19 dicembre 2019, C-453/18, C-494/18, *Bondora*; CGUE, 11 marzo 2020, C-511/17, *Lintner*; CGUE, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*. Sul tema: BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation: Applying EU Law of the National Courts’ Own Motion*, Cambridge, 2018; FEKETE, MANCALEONI, *Application of primary and secondary EU law on the national courts’ own motion*, in Hartkamp, Sieburgh, Devroe (a cura di), *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford, 2017, p. 421 ss.; WERBROUCK, *Another Brick in the Wall: The Court’s Judgment in KdG/Kuijpers, 17 May 2018 [C-147/16]*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2019, p. 135 ss.

⁷⁶ Conclusioni dell’Avvocato Generale G. Pitruzzella presentate il 14 maggio 2019 nel caso C-260/18, *Dziubak*, par. 77-78.

⁷⁷ CGUE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, par. 61.

anche se quest'ultima sia in concreto pregiudizievole per il consumatore (il quale, per esempio si trovi, a dover restituire l'intero importo del mutuo).

L'approccio del giudice europeo pare spiegarsi proprio (e forse soltanto) in ragione di quella logica fortemente restrittiva adottata dalla Corte nei confronti dell'etero-integrazione contrattuale, tale per cui quest'ultima finirebbe per assumere connotati di eccezionalità⁷⁸ e qualsiasi logica estensiva andrebbe respinta.

Almeno entro i limiti sopra illustrati, la Corte pare fare affidamento sulla *cooperazione tra legislatore europeo e legislatori nazionali* nel comune sforzo di ridurre gli effetti della contrattazione diseguale tra professionisti e consumatori; ove tale contrattazione generi clausole essenziali nulle, il legislatore è implicitamente chiamato a porvi rimedio, accompagnando alla nullità parziale una specifica norma suppletiva di 'rimpiazzo'. A fronte di ciò, quella stessa Corte non ritiene invece che la *cooperazione del giudice* possa spingersi fino a configurare un potere (che poi diventerebbe dovere) di integrazione giudiziale del contratto iniquo, anche solo là dove tale integrazione serva a salvare il contratto da una inesistenza, a questo punto ineluttabile, in pregiudizio del consumatore.

Benché la Corte non richiami tale argomento, è probabile che dietro questo approccio vi sia una cautela indotta dalla generale resistenza che gli stessi ordinamenti nazionali hanno rispetto alla configurazione di tali poteri. L'esempio italiano è emblematico di questa resistenza, per quanto tanto la dottrina quanto la giurisprudenza offrano diverse opzioni interpretative atte a sostenere la configurabilità di un simile potere giurisdizionale nel quadro delle norme codicistiche e dell'art. 1374 c.c. in particolare⁷⁹. D'altro canto, l'esistenza di

⁷⁸ Così in CGUE, 30 aprile 2014, *Árpád Kásler*, C-26/13, par. 42; CGUE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*.

⁷⁹ Su cui restano un punto di riferimento gli studi di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., part. p. 222 ss. ("Poiché per equità non può intendersi un sistema diverso dalla legge, né il rinvio a questa può significare che deve farsi luogo all'applicazione delle singole norme che contemplano criteri equitativi [...] , ci si trova in presenza di una norma che fissa un criterio secondo il quale un soggetto diverso dai contraenti, dovrà partecipare alla costruzione del regolamento contrattuale"); sulla natura dell'equità quale 'criterio di giudizio' (e non 'clausola generale') invocabile dal giudice nei soli casi previsti dalla legge, ID., *op cit.*, p.

norme di legge che ammettono l'integrazione contrattuale ad opera del giudice può essere intesa tanto nella direzione di una progressiva accettazione di un ruolo 'creativo' del giudice anche sotto il profilo della giustizia contrattuale, quanto ai fini di una ribadita tipicità dei casi in cui un tale ruolo possa davvero essere esercitato⁸⁰. Suscitando un vivace dibattito, la giurisprudenza non ha mancato di individuare le coordinate costituzionali di questo potere⁸¹. Al tempo stesso, gli indici legislativi non sono sempre univoci. Non sfugge che, ad esempio, nel percorso di recepimento della direttiva europea sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, il legislatore italiano abbia sostituito il meccanismo di integrazione giudiziale, prima previsto dal d.lgs. 231/2002, con un meccanismo di integrazione legale⁸². Né

225. Nella dottrina recente, tra i moltissimi studi, cfr. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 277 ss.; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto private*, cit., p. 207 ss., sulla possibile interpretazione estensiva dell'art. 1339 c.c. con riferimento all'applicazione ad opera del giudice di principi generali e norme a contenuto indeterminato.

Essenziali i riferimenti giurisprudenziali alla decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione in tema di clausola penale (Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 e *Foro it.*, 2006, I, I, c. 106 con nota di PALMIERI), nonché all'ordinanza della Corte costituzionale in tema di caparra confirmatoria (Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035, con note di SCODITTI; PARDOLESI; LENER).

⁸⁰ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 218 s.

⁸¹ Si veda in particolare l'ordinanza già citata in tema di caparra confirmatoria, in cui afferma l'esistenza di un potere d'ufficio del giudice di dichiarare la nullità della clausola contraria ai doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, da leggersi in combinato disposto con il precetto di buona fede (Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, cit., su cui v. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 457 ss.). Sul tema è intervenuta poco dopo in senso fortemente critico la Corte di cassazione, di fatto respingendo la lettura costituzionalmente orientata offerta dalla corte costituzionale (v. Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1044 con nota di MACARIO, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le Corti*).

⁸² Il legislatore ha infatti trasformato l'originario potere del giudice di ridurre ad equità la clausola abusiva in un meccanismo di sostituzione automatica della clausola mediante ricorso a un tasso moratorio legalmente determinato, con conseguente applicazione degli artt. 1339 e 1419(2) c.c. Cfr. art. 3(23), direttiva 2000/35/CE, non presente nella direttiva 2011/7/UE: "Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice

sfugge che, ove previsto, il potere di integrazione giudiziale riguarda di regola clausole non essenziali (es., la clausola sugli interessi moratori oppure la clausola penale) e, ove riguarda l'oggetto del contratto, la determinazione deve seguire parametri oggettivi e verificabili (cfr. art. 1349, comma 1, e 1349, comma 2, c.c.) ovvero consistere non nella determinazione della clausola ma nella valutazione secondo equità dell'offerta di una delle parti a fronte dell'originario approfittamento di quest'ultima (v. art. 1447 c.c.) o del sopravvenire di eventi eccezionali e straordinari (art. 1447 c.c.)⁸³.

Il convitato di pietra di questo dialogo tra corti e legislatori è evidentemente l'autonomia privata. Specie là dove si tratta di clausole essenziali (e, al di là degli ultimi riferimenti, è di queste che si sta parlando in questa sede), l'etero-integrazione ha bisogno di parametri certi e soprattutto verificabili per le parti, affinché il rapporto possa ancora dirsi fondato sulla loro autonoma iniziativa⁸⁴.

nazionale non riporti il contratto ad equità". Sul tema: PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, 4, p. 406 ss.; VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 455 s., che concordano nel ritenere che l'integrazione prevista nella novella non comporti l'automatica applicazione del tasso legale moratorio, in quanto il giudice conserverebbe la possibilità di adattare il contenuto del contratto alla misura massima di incondizionata liceità della deroga prevista dal legislatore.

⁸³ Sotto questi profili, cfr. per una valorizzazione del possibile ruolo del giudice nella manutenzione del contratto affetto da iniquità delle determinazioni convenzionali, MACARIO, *Le sopravvenienze*, in Roppo (a cura di), *I rimedi, Trattato del contratto*, Milano, 2006, p. 495 ss. Assai prudente invece la lettura di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 296 ss., che propende per un approccio molto cauto nei confronti dell'integrazione giudiziale a fronte della nullità parziale, ispirato a un principio di stretta tipicità.

⁸⁴ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 223 ss., dove peraltro si esclude che il giudizio di equità possa riguardare in via generale il rapporto tra le prestazioni e si afferma che il potere di interferire con la costruzione del regolamento sotto il profilo dell'ordine pubblico economico spetta solo al legislatore. Del resto, la dottrina è concorde nell'escludere che, in assenza di altro fondamento normativo, il riferimento all'equità contenuto nell'art. 1374 c.c. possa da solo consentire al giudice di intervenire sul corrispettivo definito nel contratto (SACCO, *Integrazione del contratto*, cit., par. 1; VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, cit., p. 144.

Muovendo da questa prospettiva, si potrebbe allora leggere nella giurisprudenza europea un condivisibile invito rivolto al legislatore nazionale affinché sia la legge a fornire parametri certi di determinazione dell'oggetto del contratto da applicarsi nel caso in cui la contrattazione sia avvenuta in modo poco trasparente per il consumatore sì da comprometterne la determinazione delle prestazioni caratteristiche⁸⁵.

Perché questo approccio non convinca la Corte di giustizia nell'ipotesi di clausole vessatorie accessorie sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguono.

4. La denegata integrazione del contratto e la c.d. 'nullità nuda' come rimedio con funzione sanzionatoria.

Nella prospettiva del diritto europeo dei consumatori, la clausola vessatoria non può produrre effetto alcuno e nessuna revisione della clausola stessa è consentita. Questa regola, peraltro riflessa almeno in larga parte nell'art. 6, dir. 93/13/CE, serve a rafforzare l'effettività del divieto di uso delle clausole vessatorie, nonché e distintamente l'effettività della tutela del consumatore e la sua efficacia dissuasiva. Quest'ultima peraltro sarebbe compromessa se il professionista potesse contare su un'eventuale revisione della clausola, che, pur privandolo del beneficio indebito, gli garantisca una qualche soddisfazione connessa all'uso del termine nullo, seppure rideterminata secondo altri parametri. In tal senso si potrebbe forse dire che la stessa 'non integrazione' operi, nella prospettiva del giudice europeo, come rimedio avente efficacia privativa e funzione sanzionatoria. Sul punto si tornerà oltre.

⁸⁵ D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore"*, cit., par. 5. In questa direzione muove, ad esempio, in un settore cruciale nella casistica consumeristica di cui ci si occupa in queste pagine, l'art. 125-bis(7) in tema di determinazione suppletiva del TAEG in ipotesi di nullità delle clausole relative. Così, del resto, al di fuori dell'area strettamente consumeristica, anche l'art. 117, T.U.B., che prevede meccanismi di integrazione contrattuale relativi a tassi e altre condizioni bancarie applicabili in sostituzione di clausole nulle per violazione dei requisiti di trasparenza ivi previsti.

Tanto è radicato questo approccio del giudice europeo che qualsiasi forma di revisione della clausola, sebbene mediata dall'applicazione di norma suppletiva o addirittura imperativa, come sopra visto, è concepita come eccezionale. Si giustifica dunque solo quando essa è dirimente rispetto all'esistenza del contratto e la caducazione dell'intero contratto pregiudica la tutela effettiva del consumatore, compromettendo l'efficacia deterrente del rimedio invalidatorio. Del ruolo dell'integrazione nel caso di clausole essenziali si è parlato sopra.

Quando invece la clausola ha un ruolo accessorio nel contratto, l'approccio generale riprende il suo vigore e la mancata integrazione diventa un co-elemento necessario della nullità parziale per assicurarne effettività e dissuasività.

È l'approccio europeo del tutto giustificato? Può una lettura che coniughi effettività, dissuasività e proporzionalità condurre a diverse considerazioni? Come si concilia questo approccio con il diritto nazionale dei rimedi contrattuali e con l'apparato di norme suppletive, la cui applicazione, secondo l'impostazione comune, consegue alla stipulazione 'lacunosa' ex art. 1374 c.c.?

In primo luogo, l'approccio europeo non pare sempre giustificato.

Per capirne meglio le implicazioni occorre distinguere tra diverse tipologie di clausole.

Ad esempio, secondo un'interpretazione conforme allo spirito della direttiva, pare difficile che la regola della non integrazione possa applicarsi a clausole come quelle descritte alle lettere *t*, *u* e *v ter* dell'art. 33, cod. cons.⁸⁶: in tutti questi casi, la nullità della clausola (accessoria e non essenziale) lascia un vuoto che va necessariamente colmato mediante applicazione delle norme di legge in tema

⁸⁶ Sono le clausole che hanno per oggetto o per effetto di: [...] t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi; u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore; [...] v-ter) rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V.

di decadenza, onere della prova, foro competente, modalità di accesso alle procedure extra-giudiziarie, tanto più che tali norme sono per lo più concepite a tutela del consumatore e che la clausola (nulla) ha il precipuo scopo di neutralizzarne l'effetto⁸⁷.

Di tenore completamente diverso sono le clausole a cui di solito la Corte si riferisce nel ribadire l'importanza della c.d. 'nullità nuda', vale a dire non accompagnata da integrazione del contratto⁸⁸. Si tratta per lo più di clausole con cui si regolano le conseguenze penalizzanti dell'inadempimento del consumatore: una clausola penale, un interesse moratorio, una clausola risolutiva espressa. In tutte queste ipotesi la nullità nuda serve a privare il professionista del beneficio abusivamente acquisito mediante l'imposizione della clausola: la penale eccessiva, l'interesse moratorio sproporzionato, la risoluzione a fronte di un inadempimento di scarsa o scarsissima importanza.

È importante sottolineare come in tutte queste ipotesi alle parti è normalmente riconosciuto il potere di definire regole private che non necessariamente mimano la logica di quelle definite in via suppletiva dal legislatore: i contraenti possono ad esempio determinare una penale a fronte di un inadempimento particolarmente rilevante per il creditore ma non idoneo a produrre alcun danno economicamente apprezzabile; possono concordare sull'essenzialità di un termine (che tale non sarebbe nella prassi commerciale o agli occhi di un giudice), segnalandone così la rilevanza con una clausola risolutiva espressa. Dichiarare la nullità delle clausole richiamate, inibendo la revisione delle stesse, dovrebbe significare essenzialmente che le parti (e in particolare chi ne ha approfittato) sono definitivamente private di tutti i benefici derivanti dall'esercizio di questo potere di autoregolazione e non solo della parte di essi eccedente la regola di equità. Che in simili circostanze alcune norme prevedano invece un potere di moderazione da parte del giudice (emblematico l'art. 1384

⁸⁷ In tal senso anche D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 273.

⁸⁸ L'espressione è di D'Adda (D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore"*, cit., par. 2) e di Pagliantini (PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà*, cit., p. 561 ss.).

c.c.) non significa che tale potere debba essere di generale e indiscriminata applicazione. Escluderlo consente al rimedio di acquisire una maggiore forza dissuasiva nei confronti di chi abusa del potere, posto che a rischio non è solo l'acquisizione del beneficio abusivo ma del beneficio *tout court*. Il diritto europeo, in particolare per bocca della Corte di giustizia, ha preso questa strada.

Secondo questa linea di analisi, ciò che dunque dovrebbe intendersi esclusa non dovrebbe essere l'integrazione del contratto *tout court* ma quella particolare forma di integrazione che passa attraverso la 'moderazione' della clausola e la sua specifica correzione ad opera del giudice. In tal modo, al fine di assicurare un adeguato effetto dissuasivo, il rimedio assolve una funzione privativa rafforzata, di tipo afflittivo e per questo *lato sensu* sanzionatorio⁸⁹.

Da quest'ultima considerazione muove la rinnovata esigenza di guardare alla triade dei principi europei su rimedi e sanzioni (effettività, dissuasività, proporzionalità) in modo congiunto. Il rimedio, tanto più se assolve una concorrente funzione afflittiva e *lato sensu* sanzionatoria, deve essere proporzionato all'offesa, alla sua gravità e alla gravità delle sue conseguenze. Una negazione generalizzata del potere di moderazione del giudice, anche quando ciò sia previsto dal legislatore, non pare coerente con questo principio. Non si vede perché, ove la legge nazionale lo preveda, non possa essere il giudice a 'moderare' gli effetti della clausola in modo tale che il rimedio sia comunque dissuasivo ed effettivo, oltre che, appunto, proporzionato alla gravità dello squilibrio. Una rivisitazione della giurisprudenza europea potrebbe portare a enunciare una regola parzialmente diversa rispetto a quella attualmente applicata: *ove l'ordinamento nazionale prevede che il giudice abbia il potere di rivedere il contenuto della clausola, questo potere deve essere esercitato in modo da garantire una tutela effettiva, dissuasiva e proporzionata a favore del consumatore, valutandosi a tal fine la possibilità di negare il diritto a qualunque beneficio a favore del professionista.*

⁸⁹ In tal senso v. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 274, là dove esamina analoghe disposizioni interne che impongono al contraente forte un regolamento di interessi sanzionatorio che esclude *tout court* il diritto alla prestazione (così l'art. 1815 c.c.).

Un'analisi ulteriormente critica della giurisprudenza corrente riguarda la diversa forma di integrazione del contratto realizzata mediante applicazione di norme, in particolare quelle suppletive. Secondo la giurisprudenza europea prevalente (ma oggi non unanime⁹⁰), anche quest'ultima cade infatti sotto la falce della nullità 'nuda', in quanto, se la norma definisce il contenuto astratto di una clausola, la sua applicazione ne determina in concreto una revisione. L'approccio è stato ribadito in una recente sentenza della Corte di giustizia, dove si è arrivati a escludere che, a fronte della declatoria di nullità della clausola penale, non solo il giudice possa mitigare la penale ma anche che costui possa fare applicazione delle norme di diritto generale sulla responsabilità da inadempimento⁹¹. Non solo dunque il professionista è privato dei vantaggi (abusivamente) acquisiti mediante l'imposizione di una clausola vessatoria, ma a questi è disconosciuto ogni risarcimento, quand'anche il danno sia specificamente provato dalla parte e determinato dal giudice secondo le norme di diritto generale delle obbligazioni e dei contratti⁹².

⁹⁰ V. infatti CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, parr. 54-55, dove si enuncia il diverso principio per cui: "il fatto che una clausola contrattuale giudicata abusiva va ritenuta come mai esistita *può giustificare l'applicazione delle eventuali disposizioni del diritto nazionale, che disciplinano la ripartizione delle spese di costituzione e di cancellazione dell'ipoteca in mancanza di accordo tra le parti*. Orbene, se tali disposizioni pongono a carico del mutuatario la totalità o una parte di tali spese, né l'articolo 6, paragrafo 1, né l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 ostano a che sia rifiutata la restituzione, al consumatore, della parte di dette spese che egli stesso deve sostenere. [...] l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in caso di nullità di una clausola contrattuale abusiva che pone il pagamento della totalità delle spese di costituzione e di cancellazione dell'ipoteca a carico del consumatore, il giudice nazionale rifiuti la restituzione al consumatore degli importi pagati in applicazione di detta clausola, *a meno che le disposizioni del diritto nazionale che sarebbero applicabili in mancanza della clausola in questione impongano al consumatore il pagamento della totalità o di una parte di tali spese.*" (corsivo aggiunto).

⁹¹ CGUE, 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18, *Kanyeba et al.*, par. 74.

⁹² La riespansione della disciplina legale 'comune' sarebbe invece, secondo parte della dottrina, effetto naturale della dichiarazione di vessatorietà di clausole inerenti alla responsabilità o alle eccezioni opponibili dal consumatore (cfr. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 272). V.

Sorprende peraltro che, alla domanda inerente all'eventuale possibilità di ricorrere allo strumento della responsabilità extracontrattuale a tutela del creditore, il giudice europeo risponda che tale questione fuoriesca dalla sua competenza, essendo la responsabilità civile al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva 93/13/CE. L'argomento prova troppo, posto che lo stesso varrebbe per la responsabilità da inadempimento. Peraltro, in forza del principio di effettività, la competenza nazionale in materia di rimedi (oltre che di processo) non è mai stata un ostacolo all'intervento della Corte di giustizia nell'orientare l'esercizio di questa competenza in modo tale che i diritti riconosciuti in ambito europeo trovino una tutela effettiva in ambito nazionale. Non si capirebbe dunque come il professionista possa validamente invocare la tutela aquiliana e non quella contrattuale, se l'obiettivo del diritto europeo fosse quello di rafforzare la tutela consumeristica con un rimedio di natura *lato sensu* sanzionatoria che privi il contraente scorretto di qualsiasi diritto a vedere riconosciuta la pretesa regolata dalla clausola vessatoria. Ma è davvero questo l'obiettivo?

L'effetto privativo della nullità 'nuda' non va certo demonizzato. Di esso, tuttavia, va messa in chiaro la reale natura. Non sorprende dunque che il giudice europeo ne solleciti l'uso, ma solo che lo faccia in modo indiscriminato senza tenere conto, per un verso, della proporzionalità del rimedio-sanzione (perché di tanto si tratta)⁹³ e, per l'altro, del difficile coordinamento con il diritto nazionale, là dove l'intervento di norme suppletive sia espressamente previsto dalla legge⁹⁴. Sotto questo profilo, l'esempio delle clausole accessorie nei

in tal senso in giurisprudenza, es., Trib. Milano, Sez. V, 19 luglio 2016 ("L'inefficacia della clausola penale comporta l'impossibilità per il creditore di avvalersi della liquidazione preventiva della prestazione risarcitoria in essa contenuta, con conseguente onere per quest'ultimo di provare sia l'*an* che il quantum del danno in ipotesi subito per effetto del recesso ingiustificato della controparte; nel caso tuttavia siffatto danno non risulta né allegato né provato"). In senso critico rispetto alla denegata applicazione della disciplina risarcitoria di diritto comune anche PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà*, cit., p. 565.

⁹³ Così anche PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., p. 1312.

⁹⁴ Per una lettura critica della giurisprudenza comunitaria sotto questo specifico profilo e una proposta interpretativa che, viceversa, veda nell'applicazione del

contratti di credito al consumo può fornire alcuni spunti utili e offre l'occasione per illustrare come, almeno in un caso, la Corte di giustizia abbia scelto la diversa strada dell'integrazione del contratto nonostante che la clausola vessatoria fosse non essenziale⁹⁵.

4.1. *La nullità parziale di clausole accessorie nei contratti di credito al consumo e la ricerca del rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo.*

Non sempre la nullità parziale priva del complemento dell'integrazione del contratto assolve le funzioni che il diritto europeo ascrive alla tutela consumeristica, invocando effettività, dissuasività e proporzionalità del rimedio. Pur restando al di fuori del caso in cui la nullità colpisca clausole essenziali, senza le quali il contratto non possa sussistere, può chiedersi se in taluni casi sia l'integrazione, in luogo della non integrazione, la strada da percorrere. Si porrà tale interrogativo avendo riguardo ad alcune forme di vessatorietà delle clausole nei contratti di credito al consumo, che in più occasioni hanno attratto l'interesse della giurisprudenza in ambito nazionale ed europeo. In questa sede si esamineranno distintamente le clausole sui costi accessori del credito e le clausole sugli interessi moratori.

Entrambe le clausole menzionate possono essere giudicate vessatorie in quanto la misura degli oneri o degli interessi è manifestamente eccessiva o in quanto le clausole non sono presentate in modo chiaro e comprensibile per il consumatore⁹⁶. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, la disciplina delle clausole vessatorie si applica in combinazione con quella sul credito al consumo e in particolare

diritto dispositivo l'effetto naturale della caducazione della clausola, D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore"*, cit., par. 4. In prospettiva parimenti critica S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 564 che vede nell'approccio della Corte di giustizia il "riflesso di una supremazia assiologica della deterrenza sulla giustizia contrattuale".

⁹⁵ Così nella recentissima CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, su cui v. il par. 4.1.

⁹⁶ V. CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez*, par. 47, in cui si spiega che il requisito della trasparenza, che diventa dirimente nelle ipotesi in cui inerisca alla prestazione principale o controprestazione, è comunque di applicazione generale e prescinde dalla scelta compiuta dagli Stati di membri di estendere il controllo di vessatorietà a tali clausole.

con l'art. 10, dir. 2008/48/CE, in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali.

(i) *La nullità delle clausole sui costi accessori del credito.*

Mentre la dir. 2008/48/CE non specifica le conseguenze della violazione delle norme in essa previste (salvo richiedere agli Stati membri di adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive), il Testo Unico Bancario, che le recepisce nell'ordinamento italiano, prevede che le clausole, che introducono in modo non trasparente costi accessori non chiaramente illustrati nella determinazione del costo totale del credito, sono nulle (dunque tali costi non possono essere caricati sul consumatore), mentre il resto del contratto rimane valido (art. 125-*bis*, comma 6). Peraltro, in ipotesi di nullità di clausole inerenti al costo del credito, il comma successivo prevede un meccanismo di integrazione suppletiva e di ricalcolo del TAEG in modo particolarmente favorevole al consumatore. Si tratta di un'integrazione contraria ai principi applicati dalla Corte di giustizia in tema di divieto di revisione delle clausole vessatorie estesa all'operare di norme suppletive?

Si consideri che, stante la natura non essenziale delle clausole sui costi accessori del credito, l'integrazione resterebbe priva della giustificazione, normalmente impiegata dalla Corte di giustizia, con riferimento alla necessità di impedire che la nullità si estenda all'intero contratto con pregiudizio del consumatore⁹⁷. Eppure, l'integrazione suppletiva assolve una funzione di tutela, che è difficile negare. Una tutela senz'altro effettiva (il consumatore non si vedrebbe caricare costi che non aveva avuto la possibilità di conoscere e beneficerebbe per questo di un costo del credito molto favorevole se confrontato con quelli di mercato); senz'altro dissuasiva (il finanziatore riceverebbe una remunerazione al di sotto di quella di mercato); forse proporzionata.

⁹⁷ Sul fatto che le clausole inerenti ai costi accessori del credito non ineriscano alla prestazione principale e dunque restino soggette al vaglio di vessatorietà anche oltre i parametri della trasparenza, v., da ultima, CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, par. 62 ss.

Su quest'ultimo punto, occorrerebbe un'indagine più puntuale, che tenga conto dei principi di diritto applicati dalla Corte di giustizia in tema di rimedi (civili) conseguenti alla violazione della direttiva 48/2008/CE; qui si distingue tra ipotesi in cui il consumatore non informato non è per questo messo nelle condizioni di valutare la portata degli impegni da assumere e altre violazioni meno gravi degli obblighi di informazione⁹⁸. Alla luce di questa giurisprudenza si potrebbe concludere che, se il difetto di trasparenza riguardasse una singola voce di costo, non solo diversa dagli interessi corrispettivi, ma addirittura marginale rispetto al TAEG anche sul piano quantitativo, l'integrazione sostitutiva del TAEG legale potrebbe dirsi sproporzionata, mentre più ragionevole sarebbe la regola della 'nullità nuda', applicata alla sola clausola 'opaca'⁹⁹; se invece il difetto di trasparenza rendesse il TAEG sostanzialmente non affidabile per via della mancata inclusione di costi non marginali, allora il meccanismo suppletivo previsto dall'art. 125-*bis*, comma 7, sarebbe giustificato

⁹⁸ CGUE, 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia a.s.*, C-42/15. Su questa analisi, proprio in tema di proporzionalità del meccanismo di integrazione cogente previsto dal comma 7, art. 125 T.U.B., in relazione ai criteri introdotti dalla Corte di giustizia in *Home Credit*, M. MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo*, cit., p. 134 ss.; l'Autrice osserva come la disciplina italiana preveda rimedi censurabili sotto il profilo della proporzionalità in relazione a difetti di trasparenza inerenti alle spese notarili, per i quali risultano inapplicabili tanto la nullità parziale quanto la sostituzione cogente del TAEG.

⁹⁹ Cfr. in tal senso, in un caso di mancata inclusione nel TAEG di voce di costo marginale, ABF, Coll. Palermo, Decisione n. 25181 del 21 novembre 2019: "per consolidato orientamento dei Collegi territoriali, non può attribuirsi alcuna rilevanza a scostamenti del tutto marginali (i.e., inferiori allo 0,20%) tra il TAEG indicato in contratto e quello ritenuto corretto, giacché simili differenze, presumibilmente dovute a meri errori di approssimazione, non appaiono idonee ad influire sulle scelte del soggetto finanziato e ad alterarne la capacità di valutare il proprio impegno. In tali casi non sarebbe dunque giustificabile, alla luce del criterio di necessaria proporzionalità tra gravità della violazione riscontrata e sanzione da comminare, l'applicazione del rigoroso rimedio invocato in ricorso (v. Coll. Torino, dec. n. 13059/18, ove si richiama altresì CGUE, 9 novembre 2016, C 42/15; Coll. Roma, dec. n. 10933/17). La domanda di accertamento della nullità della clausola TAEG, con applicazione del tasso sostitutivo previsto dalla normativa in materia, va dunque respinta."

anche sul piano del principio di proporzionalità¹⁰⁰. In quest'ultimo caso, specie e se mai fosse la determinazione degli interessi corrispettivi a risultare opaca, l'integrazione suppletiva scongiurerebbe anche i rischi di caducazione dell'intero contratto; ma di questo si è già parlato sopra.

Ancora in tema di costi accessori del credito al consumo, ci si può interrogare sulla natura vessatoria di clausole volte a limitare le voci di costo rilevanti ai fini della riduzione a cui il consumatore ha diritto

¹⁰⁰ CGUE, 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia a.s.*, C-42/15, parr. 71 e 72. Cfr. per un esempio ABF, Coll. Palermo, Decisione n. 25489 del 27 novembre 2019. Sul ruolo del principio di proporzionalità nell'applicazione del meccanismo di determinazione suppletiva del TAEG, cfr. MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo*, cit., dove, stante la natura essenziale di queste informazioni ai fini della valutazione dell'impegno assunto dal consumatore, si ritiene che la norma non possa essere interpretata in senso restrittivo. Non potrebbe ad esempio accogliersi l'interpretazione secondo cui, là dove si applica il sesto comma dell'art. 125-bis TUB, la nullità parziale necessaria della clausola di costo non correttamente inserito nel TAEG basti a sanzionare il difetto di trasparenza senza doversi ricorrere alla sostituzione cogente del TAEG di cui al settimo comma. Sul tema cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, decisione n. 1430 del 18 febbraio 2016, dove si esclude che una valutazione di proporzionalità possa portare a escludere la sostituzione cogente in queste circostanze: "I commi 6 e 7 sono rappresentativi della medesima regola per la quale alcuni costi (nella specie i premi di polizze assicurative obbligatorie), se fanno giuridicamente parte integrante del costo complessivo del credito, devono essere necessariamente inseriti nel TAEG in modo che il cliente consumatore possa comparare con avvedutezza le varie offerte del mercato e orientarsi consapevolmente nella scelta del soggetto mutuante. La violazione di tale regola ha il suo *pendant* indefettibile nella circostanza che tali costi, non venendo inclusi nel TAEG, sono maliziosamente, o semplicemente per errore di diritto, indicati separatamente nel contratto quasi che fossero delle voci di costo facoltative. Si tratta in realtà di due facce della stessa medaglia. E la conseguenza è (non può non essere) che è nulla la clausola relativa al costo in sé considerata, onde nulla è dovuto per tale titolo, ma è anche nulla la clausola relativa al TAEG che non ha previsto quel costo: ipotesi per la quale il comma 7 prevede una forma di integrazione legale del contratto con applicazione del tasso nominale sostitutivo ("il TAEG equivale al tasso nominale dei BOT o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministero dell'Economia emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto"). [...] Che poi questa soluzione possa apparire una *sanzione inadeguata o sproporzionata* per l'intermediario è rilievo di politica legislativa che non spetta all'interprete sindacare, soprattutto per derivarne conseguenze esegetiche che non sembrano esattamente in linea con il dettato normativo e ancor più con la sua complessiva logica" (corsivo aggiunto).

in caso di restituzione anticipata ai sensi dell'art. 16, dir. 2008/48/CE. Nota è la propensione degli istituti di credito a limitare tali costi a quelli influenzati dalla durata del contratto. A fronte di ciò, la Corte di giustizia ha esplicitamente richiamato l'attenzione sulla necessità di assicurare una elevata protezione del consumatore mediante l'adozione di misure altresì proporzionate per il professionista; su queste basi, la Corte ha confermato che nel diritto alla riduzione del costo del mutuo devono essere inclusi tutti i costi accessori e non solo quelli strettamente correlati alla durata del contratto, peraltro unilateralmente determinati dall'istituto di credito¹⁰¹. Da quanto precede sembra doversi concludere che eventuali clausole contrarie siano dunque prive di effetto e sostituite di diritto dalla norma di legge come interpretata dalla Corte¹⁰². Di nuovo, la strada della tutela effettiva e proporzionata del consumatore pare includere il meccanismo dell'integrazione contrattuale (e non della nullità 'nuda'), anche quando la vessatorietà riguarda clausole accessorie.

Sotto quest'ultimo profilo acquista allora particolare rilevanza una recente decisione della Corte di giustizia, che, proprio in tema di costi accessori del credito, parrebbe determinare un vero e proprio

¹⁰¹ V. CGUE, 11 settembre 2019, C-383/18, *Lexitor*, parr. 29 e 34.

¹⁰² Il tema della validità delle clausole non è in verità affrontato nella decisione della Corte di giustizia qui richiamata, che invece si sofferma sull'interpretazione dell'art. 16, dir. 2008/48/CE nella parte relativa alla nozione di costo. Sul tema v. invece ABF, Collegio di coordinamento, Decisione n. 26525 del 17 dicembre 2019, che proprio applicando i principi espressi dalla Corte di giustizia in *Lexitor* conclude: "In primo luogo occorre depurare il documento contrattuale dalla inserzione della clausola che, sia pure in modo implicito, abbia escluso la ripetibilità dei costi riferiti ad attività preliminari, in quanto contraria a norma imperativa – e perciò affetta da nullità (di protezione) rilevabile di ufficio ai sensi degli artt. 127 TUB e 1418 c.c. (alla pari di ogni altra clausola incompatibile con l'ampiezza oggettiva del diritto alla riduzione dei costi). La clausola nulla deve poi intendersi automaticamente sostituita ex art. 1419, comma 2, c.c. con la norma imperativa che, già al momento di conclusione del contratto (per effetto della natura dichiarativa della sentenza *Lexitor*), imponeva la retrocessione anche dei costi *up front*". Nel medesimo il Collegio di coordinamento ammette peraltro che i criteri di riduzione possano essere differenziati tra diverse voci di costo in ragione della loro diversa natura e nel rispetto del principio di proporzionalità e che, in assenza di una determinazione convenzionale (soggetta al medesimo principio), l'ABF possa integrare il criterio in via equitativa ex art. 1374 c.c.

revirement in merito alla compatibilità tra non vincolatività della clausola, tutela effettiva del consumatore e integrazione del contratto mediante applicazione di norme suppletive¹⁰³. Purtroppo la Corte non chiarisce le ragioni del *revirement*; non prende esplicite distanze da una dissuasività appiattita sulla regola della non integrazione, né pare ispirata dall'applicazione del principio di proporzionalità richiamato in altre decisioni. Più semplicemente, e assertivamente, conclude per un *nihil obstat* e, almeno in questa sede, redime le norme suppletive dalla cattiva sorte a cui la giurisprudenza, ancora maggioritaria, pare averle condannate.

Non può non chiedersi se sia l'inizio di una nuova stagione o una breve parentesi destinata a rapida chiusura. Certamente non sfuggirà ai giudici nazionali, che in tale arresto troveranno nuova linfa per accendere un rinnovato dialogo con la corte di Lussemburgo.

(ii) *La nullità delle clausole sugli interessi moratori.*

Senz'altro grande è il bisogno di chiarezza circa l'impatto della giurisprudenza europea qui esaminata là dove la vessatorietà riguarda la determinazione degli interessi moratori. Il caso in esame è quello in cui, fermo un interesse corrispettivo non usurario e comunque trasparente, sproporzionato sia proprio l'interesse moratorio¹⁰⁴. Sul tema specifico, la Corte di giustizia ha da tempo chiarito che la clausola sugli interessi moratori, se vessatoria ai sensi della disciplina consumeristica, non produce effetto alcuno verso il consumatore e non può essere rivista dal giudice anche in presenza di norma nazionale che glielo consenta¹⁰⁵. Il principio è stato ribadito in una più recente sentenza, che ha altresì precisato che la caducazione degli

¹⁰³ Così CGUE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, parr. 54-55.

¹⁰⁴ Sul diverso caso della nullità della clausola sull'interesse corrispettivo per difetto di trasparenza, v. *retro*, par. 3.

¹⁰⁵ CGUE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español*. Sul tema anche CGUE, 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco SA e Caixabank SA*, dove, seppure con espressione più ambigua, si afferma che, pur in presenza di una norma nazionale che imponga la moderazione del tasso moratorio superiore al triplo di quello legale, il giudice deve poter valutare l'abusività della clausola a prescindere dalla soglia legale e trarne tutte le conseguenze, inclusa, se necessario, la disapplicazione ('nuda', si comprende) della clausola.

interessi moratori non interferisce con la maturazione di quelli corrispettivi; nella prospettiva della Corte di giustizia, ne consegue che, ove il tasso moratorio sia congegnato sotto forma di maggiorazione dell'interesse corrispettivo, ciò che viene neutralizzato è solo il meccanismo di maggiorazione, ferma restando la debenza dell'interesse corrispettivo¹⁰⁶.

L'impatto che tale giurisprudenza produce sul quadro nazionale non è di poco conto. Il nostro ordinamento prevede infatti ben due norme suppletive astrattamente rilevanti per la determinazione del tasso moratorio. In assenza di determinazione convenzionale, opera in primo luogo il tasso legale ai sensi dell'art. 1224 c.c., primo comma, prima parte; in secondo luogo, nel caso particolare in cui le parti hanno determinato un tasso corrispettivo superiore a quello legale, l'interesse moratorio è dovuto nella stessa misura (così l'art. 1224, primo comma, seconda parte, c.c.). A fronte di queste disposizioni suppletive, l'art. 1284 c.c. regola la procedura e i criteri per la determinazione del tasso legale e, ad esito della riforma introdotta con d.l. n. 132/2014, convertito con L. 162/2014, contempla un tasso legale di tipo speciale per la definizione del tasso moratorio in ipotesi di crediti contestati con domanda giudiziale o procedimento arbitrale. Il quarto comma della disposizione così novellata prevede infatti che, se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Nonostante il rinvio a una legge speciale dal limitato campo di applicazione, la formulazione della norma sembra estendersi in via generale anche al di fuori dei contratti tra imprese e tra imprese e pubbliche amministrazioni e dunque anche in ambito consumeristico¹⁰⁷. A fronte di un tasso legale 'ordinario' da anni prossimo allo 0, la novella legislativa, di per sé volta a rafforzare la tutela del credito e a contrastare il ritardo dei pagamenti al di là dello specifico ambito di applicazione della pertinente direttiva europea, ha così inteso rendere effettiva la funzione risarcitoria degli interessi di mora mediante applicazione di

¹⁰⁶ CGUE, 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco SantanderSA*, par. 77.

¹⁰⁷ Così, nella giurisprudenza di merito, Trib. L'Aquila, 11 luglio 2019, n. 553.

un tasso suppletivo che consentisse di tutelare il creditore insoddisfatto anche in assenza di un interesse convenzionale o in presenza di clausole invalide¹⁰⁸.

A stretto rigore, ai sensi della giurisprudenza europea sopra citata, nessuna delle due norme suppletive appena richiamate (artt. 1224 e 1284, quarto comma, c.c.) potrebbe trovare applicazione nei contratti di consumo, là dove la clausola sugli interessi moratori fosse vessatoria a causa di un difetto di trasparenza o della manifesta eccessività del tasso relativo¹⁰⁹. L'applicazione di una norma suppletiva determinerebbe infatti una situazione equivalente a quella in-dotta dalla revisione della clausola da parte del giudice, il che, secondo la Corte di giustizia, osterebbe all'effetto dissuasivo connesso alla definitiva nullità della clausola stessa.

Tale approccio è stato puntualmente criticato dal Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario e Finanziario, che ha invece

¹⁰⁸ Al fine di valutare se tale norma sia davvero applicabile, in via suppletiva, anche a fronte della nullità di clausole sugli interessi moratori manifestamente eccessivi in pregiudizio del consumatore, non deve sfuggire che la legge di riforma dell'art. 1284 c.c. persegue obiettivi molto diversi da quelli della disciplina consumeristica sulle clausole vessatorie. Nella pratica commerciale, le clausole nulle soggette al meccanismo di sostituzione automatica previsto specificamente nel d. lgs. 231/02 (e ora in via generale dall'art. 1284(4) c.c.) sono clausole che negano gli interessi di mora al creditore succube della mora o ne rendono irrisorio il riconoscimento. La nullità della clausola vessatoria nel credito al consumo riguarda invece l'ipotesi opposta, in cui la misura degli interessi è manifestamente eccessiva o comunque non trasparente. Inoltre, le obbligazioni pecuniarie disciplinate dal d.lgs. 231/02 hanno natura di corrispettivo e normalmente non producono interessi prima della mora. Nel credito commerciale, diversamente da quanto accade nei rapporti di natura finanziaria (e dunque nel credito al consumo), il tasso moratorio va dunque ad aggiungersi all'obbligazione pecuniaria originaria, senza sostituirsi a un interesse corrispettivo, mai regolato tra le parti. In quella sede non troverebbe dunque applicazione l'art. 1224, primo comma, seconda parte, c.c. ma solo l'interesse legale, come rideterminato in base al d.lgs. 231/02 e ora all'art. 1284, comma 4, c.c.

¹⁰⁹ Così Trib. Pescara, sez. IV, 11 maggio 2016, n. 791, che tuttavia ammette l'applicazione dell'art. 1284, primo comma, c.c. con produzione dell'interesse legale a partire dal giorno della domanda (si osservi che il quarto comma della medesima norma non sarebbe stato comunque applicabile al caso controverso, *ratione temporis*).

visto nell'applicazione dell'art. 1224 c.c. una risposta adeguata e dissuasiva rispetto all'impiego di clausole vessatorie da parte dei professionisti nei contratti di consumo. La corresponsione di interessi moratori pari ai soli interessi corrispettivi (validamente) pattuiti sarebbe infatti la massima sanzione praticabile nei confronti del professionista, laddove l'azzeramento degli stessi interessi corrispettivi determinerebbe uno stravolgimento inaccettabile del sistema di incentivi e disincentivi propri del mercato del credito¹¹⁰.

A conclusioni non dissimili (ma per una diversa strada) pervengono oggi le Sezioni Unite della Corte di cassazione nella recentissima sentenza resa in tema di applicazione della disciplina anti-usura e dell'art. 1815 c.c. alle clausole sui tassi moratori¹¹¹.

¹¹⁰ ABF, Coll. Coord., decisione n. 3955 del 24 giugno 2014.

¹¹¹ Cass, Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597 (per l'ordinanza di rimessione: Cass., Sez. I, ord. 22 ottobre 2019, n. 26946; Pres. De Chiara; Rel. Mercolino). L'applicazione della disciplina sull'usura anche in materia di interessi moratori è questione da tempo controversa. Sul tema v. orientamenti Banca d'Italia (<https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2013/legge-antiusura/index.html>), nonché la giurisprudenza dell'Arbitro Bancario e Finanziario, part. ABF, Decisione del Collegio di Coordinamento n. 22746/19: "In ragione della diversa natura e funzione degli interessi moratori rispetto agli interessi corrispettivi non è consentita – ai fini della valutazione della usurarietà delle clausole contrattuali – la eterogenea sommatoria degli stessi"; b) "Ai fini della valutazione di manifesta eccessività dell'interesse moratorio convenuto tra le parti assume decisivo rilievo nei contratti di credito al consumatore, insieme a elementi di giudizio ricavabili da dati statistici e da elementi circostanziali, la valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede. Resta ferma, a fronte della nullità della relativa clausola contrattuale, l'applicazione - in luogo del tasso convenuto fra le parti – dell'interesse corrispettivo a norma dell'art. 1224 cod. civ.". Sul tema, anteriormente alla pronuncia delle sezioni unite, cfr., tra le ultime, Cass. civ. Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286, secondo la quale la disciplina dell'usura è applicabile anche agli interessi moratori, per la determinazione dei cui tassi soglia è possibile fare riferimento alla rilevazione della media dei tassi convenzionali di mora effettuata dalla Banca d'Italia; la sentenza afferma inoltre che ai tassi di mora manifestamente eccessivi si applichi l'art. 1384 c.c., mentre a quelli che superano la soglia anti-usura si applica l'art. 1815 c.c. con conseguente azzeramento degli interessi moratori. Cfr. sul punto Cass. civ., Sez. III, ord. 30 ottobre 2018, n. 27442, che, pur ammettendo l'assoggettamento dei tassi moratori alla disciplina anti-usura, esclude l'applicabilità dell'art. 1815 c.c. alla clausola relativa, ancorché nulla, ammettendo l'integrazione cogente mediante applicazione dell'interesse legale.

Due i principali argomenti impiegati dalla Corte. In primo luogo, l'azzeramento degli interessi moratori, anche nella componente pari alla misura dei corrispettivi, recherebbe "un pregiudizio generale all'intero ordinamento sezionale del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede (art. 1375 c.c.)", mentre il riconoscimento di un interesse moratorio pari alla misura del tasso corrispettivo consentirebbe di "preservare il costo del denaro". Escludere anche quest'ultimo ristoro significherebbe, come già osservato dalla giurisprudenza precedente, rendere per il consumatore più vantaggioso non adempiere che adempiere¹¹²: uno scenario che la Corte di cassazione ritiene ingiustificato anche là dove l'illecito del professionista rilevi sul piano penale dell'usura. Alla luce del principio di proporzionalità (peraltro non invocato dalla Corte), si potrebbe ritenere che l'azzeramento degli interessi corrispettivi sia *a fortiori* ingiustificato nel caso in cui non ricorrano gli estremi del reato.

Ad adiuvandum (e qui la seconda linea argomentativa), le Sezioni unite invocano la giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare si ha riguardo alla pronuncia resa nel caso *Santander* nel punto in cui fa salva la debenza degli interessi corrispettivi "fino al rimborso della somma stessa" (i.e. il capitale messo a disposizione del consumatore)¹¹³. Quest'ultimo riferimento convince la Corte di cassazione circa la compatibilità tra nullità della clausola sugli interessi moratori e maturazione degli interessi (in verità moratori) *nella misura pari al* tasso corrispettivo validamente pattuito, come effettivamente previsto dall'art. 1224 c.c.

La questione circa l'ammissibilità dell'integrazione del contratto mediante applicazione di norma suppletiva rimane sullo sfondo, in qualche modo adombrata da una sostanziale coincidenza degli esiti raggiunti dalle due Corti: la Corte di giustizia riqualifica l'interesse moratorio come semplice maggiorazione dell'interesse corrispettivo e, considerando corrispettivo anche l'interesse che matura dopo la mora al medesimo tasso del corrispettivo, lo esclude a monte dagli

¹¹² Così ABF, Coll. Coord., decisione n. 3955 del 24 giugno 2014, ma anche Cass. Sez. I, ord. rim. Sez. Un. 22 ottobre 2019, n. 26946.

¹¹³ C. giust. UE, 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco SantanderSA*, par. 77.

effetti della nullità; la Corte di cassazione perviene a un risultato non dissimile, applicando l'art. 1224 c.c. come norma suppletiva in sostituzione della clausola nulla e dunque 'rideterminando' l'interesse (che resta moratorio) *nella misura di quello corrispettivo*¹¹⁴. E, se ciò vale per la tutela del consumatore, aggiunge la Corte di cassazione, introducendo implicitamente una peculiare declinazione del principio di equivalenza, a maggior ragione deve valere per il non consumatore, a cui anche si applicherebbe dunque l'art. 1224 c.c. quale norma di applicazione generale in combinato disposto con l'art. 1815 c.c. (che norma consumeristica non è)¹¹⁵.

Salvo ipotizzare nuovi scenari emergenti dalla prossima decisione delle sezioni semplici o da un rinnovato dialogo con la Corte di giustizia, la nostra giurisprudenza avrebbe dunque ribadito l'importanza dell'integrazione contrattuale quale strumento di bilanciamento tra le istanze di tutela del debitore (nonché consumatore) e la salvaguardia di un interesse generale al funzionamento del mercato del credito; funzionamento che paradossalmente sarebbe messo in crisi proprio da un'applicazione indiscriminata del principio di effettività del diritto europeo, asseritamente ostile all'integrazione del contratto¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr. sul punto Cass. civ. Sez. III, 28 giugno 2019, sent. 17447; Pres. Spirito; Rel. Gorgoni: "i due tassi sono alternativi tra loro: se il debitore è in termini deve corrispondere gli interessi corrispettivi, quando è in ritardo qualificato dalla mora, al posto degli interessi corrispettivi deve pagare quelli moratori; di qui la conclusione che i tassi non si possano sommare semplicemente perché si riferiscono a basi di calcolo diverse: il tasso corrispettivo si calcola sul capitale residuo, il tasso di mora si calcola sulla rata scaduta".

¹¹⁵ Nella sua applicazione consueta, il principio di equivalenza (che, si precisa, non è invocato dalla Corte di cassazione) serve a garantire che norme di diritto nazionale, comunemente applicabili a tutela di diritti fondati sull'ordinamento nazionale siano anche applicabili, in situazioni analoghe, a diritti fondati sul diritto di derivazione europea, cosicché la tutela di questi ultimi non sia resa più onerosa di quella prevista per i primi. Qui invece parrebbe dirsi che il diritto interno vada interpretato nel senso di escludere che al non consumatore sia garantita una tutela superiore a quella assicurata dal diritto europeo al consumatore.

¹¹⁶ A margine, si può osservare come la giurisprudenza interna finisca per indebolire anche l'idea di un uso complementare necessario tra nullità parziale e non integrazione del contratto (in funzione sanzionatoria). Secondo la Corte di cassazione, infatti, la caducazione degli interessi, conseguente all'applicazione dell'art.

Che la norma suppletiva da applicare sia proprio l'art. 1224 c.c., primo comma, seconda parte, pare oggi, per le ragioni espresse dalle Sezioni unite, la soluzione più idonea a bilanciare l'effettività della norma, l'interesse generale al buon funzionamento del mercato del credito e la tutela effettiva del consumatore. Il bilanciamento non è peraltro immune da criticità sul piano degli incentivi in sede di definizione delle condizioni del credito, tanto più in presenza del diffuso orientamento a valutare la manifesta eccessività degli interessi moratori in ragione della loro distanza dalla misura degli interessi corrispettivi¹¹⁷. In queste circostanze, aumentare il tasso corrispettivo ha per il professionista il duplice vantaggio di consentire un innalzamento prossimo del tasso moratorio senza incorrere nella manifesta eccessività e di assicurare un ristoro adeguato in caso di inadempimento del consumatore almeno nella misura del tasso corrispettivo.

Si tratta di una criticità rilevante, che tuttavia non può indurre a rimettere in discussione l'autonomia delle parti e, per riprendere le parole delle Sezioni unite, "il prezzo del denaro". Ad arginare quell'assetto di incentivi soccorrono infatti, per un verso, il mercato (il consumatore non accetterà di assumere qualsiasi costo del credito, se pubblicizzato in modo trasparente) e, per l'altro, la disciplina anti-usura, comunque applicabile agli interessi corrispettivi e non a caso spesso espressamente contrattualizzata attraverso le c.d. 'clausole di

1815 c.c., non deriverebbe automaticamente dalla declaratoria di nullità della clausola, ma solo dall'effettiva applicazione del tasso usurario in ipotesi di inadempimento (Cass, Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, punto 7.vi). La sanzione si applicherebbe dunque alla condotta e non conseguirebbe alla nullità in quanto tale. Se ciò valga anche in ipotesi di tassi moratori vessatori (ma non usurari), è questione che potrebbe esaminare la sezione semplice, forse tenendo conto di quanto espresso dalla Corte di giustizia in tema di necessaria corrispondenza tra nullità parziale e pieno diritto alla restituzione di quanto riscosso in base alla clausola nulla (v. CGUE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Naranjo*).

¹¹⁷ Cfr. Banca d'Italia, *Chiarimenti in materia di applicazione della legge anti-usura*, 3 luglio 2013, p. 2: "In assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d'Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo". Il riferimento ai due punti percentuali emerge anche negli orientamenti del Tribunal Supremo spagnolo, da cui prende le mosse la decisione della Corte di giustizia in *Santander* (CGUE, 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17).

salvaguardia¹¹⁸; non invece la disciplina delle clausole vessatorie, posto che, fermi i requisiti di trasparenza, le clausole inerenti al corrispettivo non possono essere assoggettate al sindacato di vessatorietà¹¹⁹.

Quando la giurisprudenza europea è esaminata nella specifica prospettiva dell'effettività, dissuasività e proporzionalità della nullità parziale, il divieto di integrazione della clausola non è dunque immune da rilievi critici. Sarebbe per questo utile che, tanto più in presenza del *revirement* della Corte di giustizia associato al caso *Caixabank*, legislatori e giudici nazionali persistano in un dialogo costruttivo con la Corte di giustizia per far chiarezza su modi e forme atti a migliorare l'effettività, dissuasività e proporzionalità dei rimedi contro la vessatorietà delle clausole anche attraverso l'integrazione cogente della clausola invalida.

Del resto, in altri casi è lo stesso legislatore europeo a definire tassi soglia in una situazione speculare a quella del ritardo del pagamento: così ai fini della determinazione dell'indennizzo a cui ha diritto il creditore in caso di restituzione anticipata del credito ex art.

¹¹⁸ Si tratta di clausole che consentono di rideterminare il tasso degli interessi corrispettivi facendo riferimento al valore massimo consentito secondo le soglie anti-usura. La giurisprudenza ammette la validità di tali clausole, posto che il professionista sia in grado di dar prova che in nessun momento siano stati prelevati interessi superiori a quelli consentiti (Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26286); nulle sarebbero invece clausole basate sul meccanismo del *solve et repete*, per cui eventuali interessi prelevati *contra legem* siano oggetto di un mero credito di natura restitutoria (v. Cass., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965).

¹¹⁹ Sotto questo profilo lascia riflettere quell'orientamento espresso in alcune decisioni della Corte di cassazione in ordine alla sostanziale omogeneità funzionale e normativa tra interessi corrispettivi e interessi moratori, trattandosi in entrambi i casi di strumenti di remunerazione del creditore per la mancata disponibilità del denaro subita volontariamente (nel caso degli interessi corrispettivi) o involontariamente (nel caso dei moratori) (così Cass. civ., Sez. III, ord. 30 ottobre 2018, n. 27442). Almeno nell'ipotesi del credito al consumo, la diversa funzione (corrispettiva ovvero risarcitoria) dell'interesse determina un diverso sindacato di legittimità della clausola: sotto il profilo della sola trasparenza, nel primo caso, o anche della misura manifestamente eccessiva o meno, nel secondo caso.

16, comma 2, dir. 2008/48/CE¹²⁰. Si deve ritenere che, ove una clausola del contratto regoli in modo parzialmente difforme o poco trasparente questa determinazione, qualsiasi scostamento neutralizzi del tutto il diritto all'indennizzo? O forse questa *sanzione* (perché tale sarebbe) dovrebbe essere parametrata alla gravità della violazione, lasciando che nella normalità dei casi la clausola sia sostituita di diritto dai tassi soglia già individuati dal legislatore europeo?

In conclusione, anche quando non sia giustificata dall'obiettivo di impedire la caducazione del contratto nella sua interezza, l'integrazione del contratto dovrebbe rimanere una delle strade a disposizione del legislatore e dunque del giudice. Pur accettandosi la sfida lanciata dal giudice europeo che, rifiutando l'impostazione tradizionale dell'integrazione come effetto indiscusso della forza cogente delle norme, invita il giudice a non considerare questa come la via maestra o l'unica percorribile e a verificarne attentamente i punti di approdo sul versante della tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva del consumatore, negare *a priori* la possibilità di percorrerla crea un'irragionevole tensione con gli ordinamenti nazionali, su cui forse la Corte stessa avrà modo di tornare sulla scia di quanto già anticipato in *Caixabank*.

4. *Alcune riflessioni conclusive.*

La nullità parziale riveste un'importanza cruciale nella materia dei contratti dei consumatori. Lungi dal prospettare al giudice una strada segnata, fatta di mere declatorie e supine applicazioni del diritto cogente, questo rimedio riserva una ricca gamma di opzioni, rispetto alle quali il riferimento ai principi generali diventa decisivo. Ben più che un arbitro, il giudice è chiamato a valutare se la nullità parziale sia rimedio effettivo, proporzionato e persino dissuasivo e non potrà farlo senza interrogarsi sulle conseguenze di questo rimedio sulle sorti del contratto, sull'effettivo riequilibrio tra diritti e obblighi significativamente alterato dall'abuso del professionista, sulla

¹²⁰ Recita l'art. 16(2), dir. 2008/48/CE: "L'indennizzo non può superare l'1% dell'importo del credito rimborsato in anticipo, se il periodo che intercorre tra il rimborso anticipato e lo scioglimento previsto dal contratto di credito è superiore a un anno. Se il periodo non è superiore a un anno, l'indennizzo non può superare lo 0,5% dell'importo del credito rimborsato in anticipo".

ragionevolezza del rimedio in termini di deterrenza generale. In questa valutazione, condita di poteri officiosi e atti di impulso del contraddittorio tra le parti, la nullità parziale opera in combinazione quasi inscindibile con quello che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, finisce per essere una sorta di rimedio: l'integrazione del contratto o la denegazione della stessa.

La prima, non più (o non tanto) effetto connaturato alla stipulazione lacunosa o contraria a norma imperativa, accentua il suo ruolo di strumento di conformazione del regolamento a sostegno di quella correzione dello squilibrio della relazione, che la stessa nullità parziale concorre a determinare, spesso riuscendoci anche in assenza di sostituzione della clausola. L'obiettivo ultimo non è infatti quello di privare il mercato di tutte le relazioni regolate da clausole contrarie al diritto europeo, bensì quello di garantirne il buon funzionamento sostituendo ragionevolmente a rapporti marcatamente asimmetrici rapporti più bilanciati.

Secondo la giurisprudenza della Corte, questa funzione assolta dal felice connubio tra nullità parziale e integrazione del contratto diventa in verità cruciale quando (e solo quando) l'integrazione è strumento necessario per scongiurare la caducazione del contratto e le conseguenze pregiudizievoli che ne possano derivare per il consumatore: esito da evitare in quanto sacrificerebbe *ab origine* qualsiasi ambizione di tutela effettiva per quest'ultimo e dissuasiva per il professionista scorretto. Non può peraltro sfuggire che, pur valorizzata in questo connubio con la nullità parziale, l'integrazione contrattuale sia poi guardata con enorme sospetto dal giudice europeo, preoccupato della propensione del professionista a sfidare le regole di invalidità nella convinzione che, al più, il grimaldello incluso nel contratto sarà *tamquam non esset*. Di qui la regola per cui, salvo che l'integrazione non sia necessaria per impedire la caducazione del contratto per nullità di una sua clausola essenziale con conseguente pregiudizio per il consumatore, la clausola dichiarata nulla non può essere rivista, neppure mediante applicazione di norma suppletiva. In questa prospettiva non stupisce che quella stessa Corte di giustizia, che ha riconosciuto poteri officiosi crescenti in capo al giudice civile, al fine di farsi parte attiva di un riequilibrio tra posizioni diseguali anche in seno al processo, ha poi sistematicamente escluso

l'esistenza di poteri di moderazione giudiziale delle clausole vessatorie da parte del giudice, ciò anche nel caso in cui tali poteri fossero già previsti dalla legislazione nazionale.

In questa prospettiva, la denegazione dell'integrazione contrattuale diventa la regola. Questa nullità parziale, definita 'nuda', perché svestita del complemento 'naturale' del contratto che il nostro art. 1374 c.c. vede *in primis* nella legge e poi negli usi e nell'equità, è un rimedio quasi nuovo, pronto ad assumere una chiara funzione sanzionatoria. Tale è quella sottesa alla privazione di ogni beneficio che il professionista avrebbe potuto attendere dalla clausola contrattuale, almeno nei limiti consentiti dalle norme dispositive da cui il professionista prende le distanze mediante l'imposizione della clausola vessatoria.

L'analisi svolta consente di osservare i meriti di un approccio europeo capace di arricchire la gamma di rimedi civili classici di nuove funzioni e di proiettarli verso i traguardi di una tutela piena, effettiva, proporzionata e, in una logica di sistema, anche dissuasiva rispetto alla violazione. Al tempo stesso, lascia intravedere i molti vuoti di un dialogo tra corti nazionali e Corte di giustizia che, per forza di cose, reagisce a sollecitazioni puntuali, inserite in contesti determinati, di cui solo in parte la Corte può conoscere le caratteristiche. Le implicazioni sottese ai principi di diritto applicati dalla Corte finiscono per suscitare talora più dubbi di quanti ne risolvano. E il dialogo continua con ritmi quasi defatiganti per l'interprete.

Proprio a prendere sul serio quei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività, tante volte invocati dalla Corte, si scopre ad esempio che la caducazione totale del contratto può, sì, rappresentare, come suggerito dalla Corte, una tutela effettiva (o più effettiva) per il consumatore, quando la norma imperativa di 'rimpiazzo' introdotta dal legislatore stenta a ristabilire in concreto l'equilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti; ma l'ampliamento del potere di scelta del rimedio del consumatore deve poter essere coniugato con le regole del processo e inoltre con lo stesso principio di proporzionalità, non potendosi ammettere un uso abusivo delle tutele da parte del consumatore, come ribadito anche di recente dalla giurisprudenza interna. Lo stesso assoggettamento della norma interna al va-

glio di effettività pare contraddire quel patto di fiducia tra fonti nazionali e fonti europee che è alla base della non vessatorietà delle clausole corrispondenti a norme imperative: senz'altro uno stimolo per il legislatore nazionale, che forse il giudice comune vorrà accompagnare con un dialogo rafforzato con la Corte costituzionale e(o) la Corte di giustizia. E, ancora, lascia riflettere questa aprioristica denegazione di ruolo all'integrazione giudiziale, come se, nello specifico ambito della determinazione degli effetti della nullità parziale, il giudice cessasse di essere l'interprete di una legislazione per principi che lo stesso diritto europeo ha contribuito a valorizzare.

Parrebbe che, nonostante l'intenso susseguirsi di pronunce, il dialogo tra corti nazionali e Corte di giustizia abbia ancora molti traguardi da conquistare. Lo stesso *New Deal for consumers*, con la previsione di un rimedio caducatorio a fronte della pratica commerciale scorretta, potrebbe generare nuove questioni in merito all'alternativa tra caducazione totale e caducazione parziale del contratto affetto da pratica scorretta abbinata all'uso di clausole vessatorie. Ugualmente nel campo del credito al consumo, dove tutto sommato è lo stesso diritto europeo ad aver sollecitato i legislatori nazionali ad adottare norme dispositive di riferimento (come nella determinazione del costo del credito o del valore dell'indennizzo in caso di restituzione anticipata), la sostituzione della clausola potrebbe riacquistare quel valore conformativo che le è già proprio nei sistemi nazionali, a cui forse è ragionevole rinunciare a favore di un più pesante ruolo sanzionatorio della nullità solo nei casi più gravi.

In questo trascolorare della tutela civile verso orizzonti propri delle forme pubblicistiche di attuazione dei diritti, a partire delle sanzioni, è importante riflettere sull'essenza della nullità parziale di stampo consumeristico: un rimedio civile che, inerente all'atto, punta al riequilibrio di posizioni individuali all'interno di una relazione strutturalmente diseguale. Se, dunque, effettività, proporzionalità e dissuasività sono ormai comunemente applicate tanto alle sanzioni quanto ai rimedi, il loro uso dovrebbe essere correlato alla natura e alla funzione primaria di ciascuna misura disposta dal giudice. Nel caso della nullità parziale, ciò significa garantire che, attraverso il rimedio, la parte protetta dalla nullità sia in grado di recuperare effettivamente le utilità perdute, di liberarsi dagli oneri o i rischi

ingiustamente assunti; non invece che, in ragione di una funzione deterrente del rimedio, consegua arricchimenti ingiustificati o vada esente da responsabilità proprie. Del resto, il principio di proporzionalità non lo consentirebbe.

MARIASSUNTA IMBRENDA
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università di Salerno

PERSONA E SCELTE DI CONSUMO FRA CONOSCENZE NEUROSCIENTIFICHE E NUOVE FRONTIERE TECNOLOGICHE

SOMMARIO: 1. Dall'agente razionale codicistico alla astratta razionalità del "consumatore medio". – 2. Le pratiche commerciali scorrette al vaglio delle risultanze neuroscientifiche. Riflessi micro e macro economici della profilazione algoritmica. – 3. *Neuromarketing* e prospettive rimediali. – 4. *Segue*. Regola "autonoma" algoritmica e limite di ordine pubblico della dignità umana. – 5. Tecnologia digitale e potenzialità emancipative del consumatore: la *blockchain* nel settore agroalimentare.

1. *Dall'agente razionale delle codificazioni alla astratta razionalità del "consumatore medio"*.

Gli studi neuroscientifici¹ pongono il giurista dinanzi a questioni ineludibili, che investono la concezione del soggetto di diritto come

¹ Il termine "neuroscienze cognitive" si deve al biologo statunitense Frank O. Schmitt, il quale istituì, nel 1962, presso il MIT di Boston, il NRP (*Neuroscience Research Program*), allo scopo di unificare le diverse discipline che studiavano il cervello da prospettive strutturali, funzionali e comportamentali: in argomento, OLIVERIO, *La seconda rivoluzione scientifica. Scienze biologiche e medicina. Le neuroscienze e il Neuroscience Research Program*, in *treccani.it – Storia della Scienza* (2004). Oggi le neuroscienze si possono considerare quella «grande famiglia» delle discipline biomediche afferenti alla neurologia, che si propongono di studiare sviluppo, la struttura e la funzione del sistema nervoso, in particolare, del cervello. Accanto alle storiche specializzazioni (neurologia, neurochirurgia, psichiatria, psicologia), vanno acquisendo sempre maggiore importanza nuove discipline – quali la neurogenetica, la neurobiologia, il cosiddetto *neuroimaging* – che stanno aprendo nuovi scenari di studio e ricerca neppure immaginabili solo

agente razionale e con essa il modo stesso di leggere il diritto, venendone scardinato il fondamento assiomatico della razionalità. La riflessione si è fundamentalmente concentrata sul tema della responsabilità penale, ma molteplici sono le ricadute nel diritto dei privati, storicamente ancorato – sulla scorta del paradigma neoclassico dell'*homo oeconomicus* – al presupposto per cui l'individuo è mosso dall'obiettivo del proprio utile individuale e al tempo stesso ha il dovere di comportarsi in tal senso². Il modello contrattuale accolto nel codice civile, «costruito sul mito dell'eguaglianza dei contraenti»³, ne è una plastica rappresentazione. Nel corso degli ultimi decenni, la legislazione comunitaria e interna, sottesa da finalità protettive via via proiettate ben «oltre la figura del consumatore»⁴, ha fatto perdere di centralità al modello in questione e quindi alla idea astratta e oggettiva di autodeterminazione⁵, la cui

pochi anni fa (GANDOLFINI, *I volti della coscienza. Il cervello è organo necessario ma non sufficiente per spiegare la coscienza*, Siena, 2013, p. 11 ss.).

² Oltre ad essere acquisito alla stregua di un «dato naturalistico»: ZOPPINI, *Prefazione. La giustizia arbitrale e il contributo offerto dalla scienza behavioural*, in Azzali, Morera, Rojas Elgueta (a cura di), *Errori cognitivi e arbitrato*, cit., p. 7. «Il codice civile e in particolare il suo archetipo, il *Code civil* di Napoleone, assume quale elemento costitutivo l'unità del soggetto di diritto, pensato e poi disciplinato quale attore razionale che opera in un mercato perfettamente concorrenziale»: ID., *Le domande che ci propone l'economia comportamentale*, in Rojas Elgueta e Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 13.

³ BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 374. Nel codice del 1942 «il soggetto di diritto, destinatario di regole eguali e astratte [è ...] un uomo senza qualità, pensato per un ordine economico e giuridico che ha necessità di rapporti semplificati, compatibili con la logica degli scambi del tempo»: VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 794.

⁴ Si v. il denso editoriale, dal titolo evocativo, di VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Persona e Mercato*, 2012, p. 318 ss., e anche ID., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, ivi, 2012, p. 17 s., dove, in aperta antitesi alle prospettive tese a privilegiare la costruzione di nuove categorie basate sulle qualità del contraente, l'A. sostiene che occorre un metodo nuovo per la disciplina del contratto che è dato riscontrare *in nuce*, in chiave di decostruzione e innovazione, in alcuni orientamenti giurisprudenziali.

⁵ Sul principio di autodeterminazione, BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 489 s. Nelle pagine di GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv.*

rilevanza impone, oggi, di misurarsi con «un nuovo ordine, ancora da costruire»⁶. Per altro verso, le copiose prescrizioni formali ed informative⁷ tese alla piena esplicazione della libertà di scelta e di

dir. comm., 1968, I, p. 431 ss., emerge chiaro il parallelismo tra consenso e strumento contrattuale, rispetto al quale ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 979, afferma: «la concezione tradizionale, asettica, neutra di contratto sembra ormai tramontata».

⁶ Sul punto, v. ancora VETTORI, *Oltre il consumatore*, cit., p. 320 s.: il diverso contorno che la autonoma determinazione delle parti assume rispetto al passato si evince dalla giurisprudenza di legittimità che esalta un principio generale in tal senso e da quella penale in tema di circonvenzione di incapace, ma anche dall'istituto dell'amministrazione di sostegno.

⁷ Si pensi alla disciplina del contratto di credito al consumo, per la cui stipula è imposta, a pena di nullità che può essere fatta valere dal solo consumatore (art. 127, comma 2, d. lgs. cit.), la forma scritta accompagnata dall'obbligo per il contraente professionale di consegnare copia del contratto al cliente (art. 117, commi 1 e 3, d.lgs. n. 385 del 1993) e di fornire le informazioni precontrattuali su supporto cartaceo o durevole (art. 124, commi 1 e 2, d.lgs. cit.). La forma scritta a pena di nullità, che può essere fatta valere solo dal cliente, è imposta anche per i contratti relativi ai servizi di investimento accompagnata dall'obbligo per il prestatore del servizio, di consegnarne un esemplare (art. 23, commi 1 e 3, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). Analogamente, per il contratto di multiproprietà vige il requisito della forma scritta *ad substantiam*, preceduta dall'obbligo in capo all'operatore di fornire le informazioni precontrattuali su carta o altro supporto durevole (artt. 72 e 71, d. lgs. n. 206 del 2005). La forma scritta è imposta anche per i contratti di vendita di pacchetti turistici (art. 35, d. lgs. n. 62 del 2018, ove si specifica che tali contratti devono essere redatti «in termini chiari e precisi»), unitamente all'obbligo a carico dell'organizzatore di consegnare al consumatore una copia del contratto stipulato e sottoscritto dall'organizzatore o venditore. In materia assicurativa, quand'anche non operino prescrizioni *ad substantiam* di forma scritta, i contratti, i quali devono essere redatti «in modo chiaro ed esauriente» (art. 166, d. lgs. n. 209 del 2005), sono preceduti dalla nota informativa che l'assicuratore deve predisporre nel rispetto del successivo art. 185.

Con riferimento ai rapporti b2b, segnatamente della filiera agroalimentare, precorrendo la dir. 2019/633/UE, c.d. UTP, l'art. 62, d.l. n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27 del 2012, avente ad oggetto le «relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari», prescrive la forma scritta per alcuni elementi essenziali del contratto di cessione, fra i quali l'ammontare e le modalità di pagamento del prezzo, nonché il termine massimo entro il quale devono essere effettuati i pagamenti. Peraltro, nel quadro della organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli (regolamento UE n. 1308/2013), «l'uso di contratti scritti formalizzati» – recita il considerando n. 138 con riferimento al settore del latte «può anche contribuire a rafforzare la responsabilità degli operatori in altri

decisione del soggetto⁸ postulano, enfatizzandolo, l'archetipo della razionalità proprio del modello contrattuale della tradizione⁹.

L'art. 1341 c.c. denota del resto come già il legislatore del '42 fosse consapevole dello squilibrio di posizione tra i contraenti¹⁰ sì da

settori e accrescere la loro consapevolezza della necessità di tenere meglio conto dei segnali di mercato, di migliorare la trasmissione dei prezzi e di adeguare l'offerta alla domanda nonché di contribuire a evitare determinate pratiche commerciali sleali».

⁸ ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 873, afferma che il «legislatore comunitario si è anzitutto preoccupato di dettare misure volte a dare luogo ad un consenso effettivo perché informato, muovendo dal presupposto secondo il quale solo una decisione consapevole è davvero riferibile ad una scelta di autonomia, per tutta una serie di ragioni, sulle quali è inutile qui insistere, stante la loro notorietà nei singoli ordinamenti nazionali ancora prima del momento in cui sono diventate il fulcro intorno al quale ha iniziato a muoversi la legislazione di matrice europea». In senso adesivo, DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi Urbinati*, n. 2-3, 2014, p. 245.

⁹ L. DI BONA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ La predisposizione unilaterale delle clausole – indice dell'assoggettamento, e della conseguente diseguaglianza di fatto, di una generalità di contraenti all'autorità contrattuale altrui (BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 62 ss., ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Milano, 2002, p. 47 ss.) – è un tema che oggi si ripresenta sotto la nomenclatura del "contratto asimmetrico" ed involge, da una diversa e complementare visuale, quello della regolazione del mercato che vede protagoniste le Autorità indipendenti, chiamate a supplire e/o ripristinare la razionalità individuale della parte debole e, ristabilita una tendenziale "parità delle armi" tra i contraenti, orientare l'agire nel mercato verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili perché coerenti con il principio concorrenziale: per queste considerazioni sia consentito rinviare a IMBRENDA, *Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities*, in Sirena e Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, 2018, p. 479 ss. Sennonché, l'intervento pubblico «non dà garanzia di ripristino della razionalità degli individui e del mercato [...]. La razionalità dell'intervento pubblico è limitata, e perciò spesso fallisce» degenerando in burocrazia (così, GENTILI, *Senso e consenso*, I, Torino, 2015, p. 305). In definitiva, i rimedi offerti scontano a loro volta la razionalità limitata dei regolatori, connessa tanto alla asimmetria informativa nei confronti degli stessi regolati quanto alla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: per questi risvolti, sia, ancora, consentito

reputare necessario tutelare la parte debole subordinando l'efficacia delle condizioni generali di contratto alla conoscenza o conoscibilità delle medesime¹¹. Se questa configurazione – potremmo dire *ante litteram* – dell'informazione come tecnica di autodeterminazione entra in gioco «al momento della conclusione del contratto»¹², la «lettura non contrattocentrica» dell'art. 1337 c.c.¹³ rivelerà in seguito la valenza fondamentale dell'obbligo di informazione e di buona fede «oltre la fase pre-contrattuale e al di là della conclusione

rinvia a IMBRENDA, *Integrazione e conformazione del contratto: il ruolo delle Autorità indipendenti*, in Pennasilico (a cura di), *L'interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili*, Napoli, p. 305 ss., spec. p. 333 ss.

¹¹ Il che conduce a riconoscere che nel contesto codicistico l'informazione – nel caso di specie, da parte del predisponente – ha un qualche rilievo, «ma dove questo emerge non si materializza un'informazione al servizio della conoscenza»: GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in Rojas Elgueta e Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 65. In argomento si v. inoltre l'interessante analisi di DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, spec. p. 138 ss.

¹² Come giustamente puntualizza, ancora, G. GRISI, *op. loc. ult. cit.*, a parere del quale «Sarebbe tacciato di ipocrisia chi dicesse che qui l'informazione è veicolo di conoscenza; e basta osservare ciò che di consueto accade, nella pratica, quando un contratto per adesione è concluso, per averne conferma».

¹³ G. GRISI, *op. ult. cit.*, p. 66. In stretto nesso con questa disposizione – che VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss., ha efficacemente indicato come regola di valutazione dinamica dei contegni delle parti nella fase formativa del contratto, suggellata dalle sentenze delle sezioni unite del 2007 (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725), a commento delle quali cfr., ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Persona e mercato*, 2008; in critica verso la implicita perdurante vigenza del principio di non interferenza che la S.C. ripropone, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 41 ss. – prende corpo la riflessione sull'obbligo precontrattuale di informazione; obbligo che gioca un ruolo importante nella formazione del consenso. L'art. 1337 – osserva, ancora, GRISI, *op. loc. ult. cit.*, riprendendo un suo precedente scritto (ID., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 599 - rivela «che l'ordinamento non solo tiene acché il consenso non sia viziato, ma ha a cuore altresì la formazione di un consenso effettivo e consapevole», sicché non «interessa [...] solo l'atto, ma anche ciò che precede e segue l'atto e senza che abbia peso dirimente [...] che alla conclusione di quest'ultimo si addivenga».

di un contratto invalido»¹⁴ ai fini del consenso effettivo e consapevole e, in definitiva, della sostanziale parità di posizioni dei contraenti¹⁵.

L'obiettivo rimane tuttavia ancorato ad un'ottica formalistica che impedisce di guardare all'informazione quale «tramite per l'effettiva conoscenza e strumento di reale comprensione»¹⁶.

¹⁴ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit., p. 14, nel richiamare le sentenze della S.C. del 2005 e del 2007. V. anche, ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 921 ss.

¹⁵ Parità di posizioni e giustizia contrattuale – puntualizza PENNSALICO, *L'interpretazione tra legge e contratto. Spigolando da «Senso e consenso» di Aurelio Gentili*, in ID., (a cura di) *L'interpretazione tra legge e contratto*, cit., p. 42 s. – sono l'una il fondamento dell'altra. In quest'ottica (ma v., diversamente, GENTILI, *Senso e consenso*, I, cit., p. 169 s. e II, p. 577) la buona fede non è solo "lealtà di comportamento" ma "conformità del regolamento contrattuale ai valori di solidarietà, equilibrio e giustizia".

¹⁶ Per GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, cit., p. 67, la stessa informazione consumeristica non sembra emanciparsi da quest'ottica. In realtà, il cod. consumo stabilisce, in termini generali, che «Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore» (art. 5, comma 3); parimenti, le clausole proposte al consumatore per iscritto «devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile» (art. 35, comma 1). Sembra pertanto collocarsi nel solco di tale principio (diversamente, GRISI, *op. ult. cit.*, p. 73, nt. 41) l'enunciato contenuto all'art. 166, del coevo cod. assicurazioni (d. lgs. n. 209 del 2005), relativo ai criteri di redazione del contratto e di ogni altro documento consegnato dall'impresa contraente, ove si stabilisce che questi vadano redatti «in modo chiaro ed esauriente» e che le clausole particolarmente gravose devono essere «riportate mediante caratteri di particolare evidenza».

Il passaggio dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere contrassegna la materia del credito al consumo (artt. 124 *bis* e 125, d. lgs. n. 385 del 1993, in attuazione della dir. UE n. 2008/48) e si consolida con la disciplina dei contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali (art. 120 *unidicies*, d. lgs. n. 385 cit., in attuazione della dir. UE n. 2014/17): in armonia con il principio del prestito responsabile, il paradigma della trasparenza viene potenziato dalla introduzione dell'obbligo di fornire «assistenza» sui prodotti creditizi offerti, riecheggiante la *suitability rule* propria dei servizi di investimento (art. 39, reg. Intermediari n. 16190); e di uno strumento del tutto inedito, se non nella dimensione della vigilanza prudenziale, come l'obbligo del finanziatore di

Tale è l'informazione supportata dalla trasparenza, da orientare peraltro verso una «scelta di benessere» che, lungi dal porsi «in conflitto con l'autodeterminazione», contribuirebbe piuttosto «a definirne l'essenza»¹⁷ in armonia con l'istanza solidaristica.

Nel codice del consumo informazione ed educazione figurano come «diritti fondamentali» del consumatore (v. art. 2), protesi – da angolature diverse – a favorirne la «consapevolezza»¹⁸, garanzia

«verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori» sulla base di informazioni «adeguate», talché l'assunzione di debito da parte degli individui, oltre che «libera» e «consapevole» in quanto informata, risulti essere soprattutto adeguata e responsabile. Sarebbe riduttivo considerare il profilo dell'assistenza come un mero «supplemento» o «complemento» dell'informazione precontrattuale: compito del professionista non è limitarsi a spiegare ed illustrare dati già comunicati ma non compresi dal consumatore, quanto calibrare l'informazione sullo specifico profilo finanziario del cliente e orientarlo, valutata l'astratta compatibilità di un determinato prodotto alle esigenze e alle caratteristiche della situazione economica dello stesso, verso soluzioni di finanziamento adatte. Al riguardo, l'ABF, *Collegio Roma, n. 4440 del 20 agosto 2013* ha chiarito che «Nella realtà attuale dell'ordinamento giuridico, l'informazione del cliente nella fase delle trattative che precedono la stipulazione di un contratto di finanziamento non può conseguentemente essere più considerata come una sorta di consiglio amichevole, ma costituisce ormai la prestazione di un vero e proprio servizio di consulenza professionale, e in ogni caso l'adempimento di uno specifico dovere di protezione nei confronti dell'altra parte contraente [...] Non vi è quindi dubbio che la violazione di tale obbligo determini il diritto del cliente di essere risarcito del danno cagionatogli».

¹⁷ Così GRISI, *op. ult. cit.*, p. 68, nel trarre spunto dalla «alleanza terapeutica», «che ispira e conforma il consenso informato nel rapporto medico-paziente». Nell'ottica della interpretazione del contratto, GENTILI, *Senso e consenso*, I, cit., p. 133, evidenzia che sul principio di trasparenza molto incidono le regole legali di interpretazione, che «non hanno come le semantiche una base logica, ma di politica legislativa», riguardo alla quale l'a. si chiede «se i rimedi che il nuovo diritto appresta alla limitata razionalità di molte scelte» siano espressione dell'efficientismo liberista o di «una diversa ispirazione, con essa concorrente, di tipo etico».

¹⁸ Se la consapevolezza evocata dall'art. 4 postula un'attività di *Consumer Empowerment* operata da soggetti pubblici e privati senza alcuna «finalità promozionale», l'art. 5 allude alle informazioni diffuse dal professionista in relazione al prodotto o servizio, aventi una caratura più propriamente persuasiva: sul punto, PUNZI, «*Ragionevolmente attento ed avveduto. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, p. 543 s., il quale distingue la

essa stessa di quel «livello elevato di protezione» (enunciato all'art. 169 del TFUE) che, nel quadro della economia sociale di mercato¹⁹, favorisce il miglioramento dell'offerta e dunque l'efficienza delle imprese e al contempo assurge a strumento di politica sociale innalzando il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori²⁰. A tal fine, nella relazione introduttiva si accenna all'esigenza di tener conto dei «principi di analisi sociologica e psicologica nella più generale teoria del consumatore». Ciò tuttavia

«consapevolezza come competenza, se non addirittura come virtù, del consumatore», nel selezionare e valutare informazioni, frutto di campagne di educazione al consumo ma anche di impegno che il consumatore medesimo deve, in prima persona, approfondire; dalla consapevolezza come mera disponibilità di informazioni in ordine al prodotto, che il professionista è tenuto sempre a garantire, osservando le modalità comunicative enunciate all'art. 5, comma 3). Sul passaggio dalla tutela di stampo paternalistico alla centralità, nell'attuale sistema europeo, della *consapevolezza* della scelta dei consumatori, specialmente attraverso lo strumento dell'informazione, si diffonde BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 3, spec. p. 181 e 200 ss., la quale evidenzia come la rivalutazione del ruolo dei consumatori quali “arbitri” del mercato evochi immediatamente la concezione ascarelliana *dei consociati* «quali uomini e non come fanciulli da guidare dall'alto».

¹⁹ Formula che – avverte VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Persona e mercato*, 2011, p. 9 – di là dai diversi modelli di cui è debitrice, quali l'ordoliberalismo tedesco, il liberismo economico, la Dottrina sociale della Chiesa, richiede una riflessione sulla sua attuale operatività. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in Rojas Elgueta e Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale* cit., p. 83, evidenzia la “doppia anima”, liberista e sociale, della politica consumeristica. La formula *economia sociale di mercato* si rivela essere «il motto di una visione ordolibérale intesa a conciliare l'intoccabile libertà economica con l'irrinunciabile giustizia sociale, facendo intervenire lo Stato, come regolatore, più spesso che come attore, solo laddove il mercato fallisce» (nt. 23). Decisamente precorritrice si rivela la prospettiva di Ascarelli – limpidamente ricostruita da BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, cit., p. 171 ss. – che vede nella libertà di iniziativa economica, da attuare attraverso la corretta regolamentazione del mercato, la garanzia del massimo benessere collettivo: l'interesse del consumatore è «interesse generale della collettività, meritevole di tutela in vista del raggiungimento del benessere e del progresso economico e culturale della nazione» (ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, s.l., 1954).

²⁰ GENTILI, *op. loc. ult. cit.*

non sembra aver trovato compiuta traduzione sul piano normativo²¹: la disciplina delle pratiche commerciali scorrette si arresta sulla aprioristica nozione del consumatore «medio», con cui si allude ellitticamente al soggetto mediamente informato che agisce in modo ragionevolmente avvertito e attento²² (cfr. il cons. n. 18, dir.

²¹ GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, cit., p. 72,

²² Il concetto prende corpo nel contesto statunitense – con il *Policy Statement on Deception* del 1984, la Federal Trade Commission ha abbandonato la regola, fino ad allora seguita, sancita dalla Supreme Court nel 1937 (FTC v. Standard Education Society, 302 U.S. 112, 1937) per cui “*laws are made to protect the trusting as well as the suspicious*”, per approdare all’idea che la legge deve invece proteggere il *reasonable consumer* (sul punto, la attenta ricostruzione di MELI, “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in Meli e Marano (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, e in *orizzontideldirittocommerciale* (da cui si cita), p. 24 – per poi affermarsi nell’ambito della giurisprudenza tedesca in materia di concorrenza sleale e quindi approdare, negli anni ‘90 del XX secolo, nella giurisprudenza comunitaria formatasi in materia di informazione ed etichettatura dei prodotti. Il ragionamento costantemente seguito dalla Corte di Giustizia può essere sintetizzato nel senso che la valutazione del carattere eventualmente ingannevole di una denominazione, di un marchio o di una dicitura pubblicitaria deve basarsi su di una aspettativa presunta del consumatore medio, senza disporre di perizie o sondaggi: *ex plurimis*, CGCE, 7 marzo 1990, c-362/88; e in particolare, CGCE, 16 luglio 1998, c-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contro Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, chiamata a stabilire se l’indicazione apposta sugli imballaggi delle uova commercializzate da *Gut Springenheide* fosse ingannevole con riferimento al Trattato CE, ha fatto riferimento «all’aspettativa presunta di un consumatore medio che si assume essere normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto» (§ 37); CGCE, 28 gennaio 1999, C-303/97, *Verbraucherschutzverein eV e SektKellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*, ove, riguardo alla possibile ingannevolezza di un marchio evocativo di una indicazione vitivinicola protetta dalla normativa tedesca, si afferma che «per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite sia idonea a indurre in errore l’acquirente, il giudice nazionale deve riferirsi all’aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto». Il parametro del consumatore medio dà manforte alla prevalenza dell’informazione (al consumatore) sui divieti di circolazione, enunciata nel *leading case* Cassis de Dijon (CGCE, 20 febbraio 1979, c-120/78): nel caso Commissione c. Spagna (CGCE, 6 novembre 2003, c

2005/29/CE; e gli artt. 5, comma 2, lett. *b*; 6, 7 e 8, della stessa direttiva, che il nostro legislatore poi ha trasfuso negli artt. 18, lett. *e*; 20, commi 2 e 3; 21, commi 1 e 2; 22, commi 1 e 2; 24, comma 1, c. cons.). Ancora una volta traspare una idea astratta e presuntiva di razionalità, in parte smussata dalla apertura, attraverso il riferimento ai fattori sociali culturali e linguistici, ad una interpretazione sensibile al contesto ambientale e dalla considerazione della particolare vulnerabilità riscontrabile in determinati gruppi di consumatori (cfr. cons. n. 19)²³.

358/01), i giudici comunitari respingono l'argomento secondo cui il consumatore medio – che è “ragionevolmente ben informato, attento e cauto” – possa essere disorientato dalla presenza nel mercato di candeggine, importate da altri Stati membri, con un contenuto di cloro inferiore al valore minimo previsto dalla norma nazionale. La Corte procede insomma dalla convinzione che il consumatore medio prenda effettivamente conoscenza delle indicazioni apposte sulla confezione del prodotto: il modello di riferimento è dunque non un soggetto disattento ma un attivo partecipante al mercato tenuto ad informarsi per evitare il pericolo d'inganno (MAYR, *AIDA. Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, dir. da L.C. Ubertazzi, XVII – 2008, Milano, 2009, p. 287). In argomento anche, BARELA, *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: Network marketing*, in *Comparazioneediritto civile*, 2017, p. 14 ss.

²³ L'art. 20, comma 3, c. cons., prevede peraltro l'applicazione del parametro del «membro medio» ai c.d. consumatori vulnerabili. L'attitudine della pratica a falsare il comportamento economico di un gruppo di consumatori che – in ragione della loro condizione di fragilità fisica, psichica o socioeconomica, individuabile dal professionista con la ordinaria diligenza – sono vulnerabili alla stessa, è cioè valutata nell'ottica del «membro medio» di tale gruppo, ovvero sulla base delle aspettative presunte di un consumatore tipico di quel gruppo: sul punto, ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. imp. Eur.*, 2010, p. 608. Come acutamente evidenziato da MELI, “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in *orizzontideldiritto commerciale*, p. 22 ss., già con l'applicazione della disciplina della pubblicità ingannevole si profila la necessità di valutare il messaggio sulla base del parametro della «*target audience*» e, al suo interno, del consumatore/interprete tipo al cui punto di vista fare riferimento» (v. AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 1994*). La difficoltà di definizione di un soggetto-tipo da prendere a parametro per la formulazione di un giudizio di scorrettezza, è emersa sotto il regime della pubblicità ingannevole come quello delle pratiche scorrette. A fronte di ciò, «l'esigenza di tutela della libertà di

2. *Le pratiche commerciali scorrette al vaglio delle risultanze neuroscientifiche. Riflessi micro e macro economici della profilazione algoritmica.*

Le conoscenze neuroscientifiche evidenziano la «estrema variabilità, da soggetto a soggetto del raggiungimento dei diversi stadi di maturazione psico-fisica»²⁴. «[L]a visione olistica della persona umana ad esse conseguente, con l'interdipendenza delle sue componenti, conduce a definire la soggettività in maniera nuova, senza basarsi su mere astrazioni logiche»²⁵, ma guardando l'uomo nella sua «totalità ontologica»²⁶, nel mondo e nel tempo, a partire dal substrato materiale della sua stessa dimensione neurobiologica.

Ciò non è affatto una novità per quella parte della dottrina civilistica²⁷ nettamente critica verso il dogmatismo delle costruzioni astratte, generali, astoriche e attenta agli aspetti funzionali dei fenomeni giuridici. In piena sintonia con le scoperte neuroscientifiche si rivela il superamento della dicotomia capacità

circolazione dei beni e dei servizi è stata in realtà, il viatico per dettare un parametro ispirato all'esigenza di non pregiudicare il buon funzionamento, in senso concorrenziale, dei mercati».

²⁴ TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, p. 44 s.: alla luce delle scoperte neuroscientifiche, emerge con maggiore evidenza l'arbitrarietà della scelta codicistica di utilizzare un sistema indiretto e presuntivo per l'accertamento del grado di maturità psico-fisica richiesto per agire validamente, e l'opportunità *de jure condendo* di apportare dei temperamenti all'astratta e formale regola legale.

²⁵ Così TAFARO, *op. ult. cit.*, p. 28.

²⁶ L'espressione è di SAMMICHELI e SARTORI, *Neuroscienze giuridiche; i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in Bianchi, Gulotta, Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, pp. 15-36. Una visione che trova tra i propri ascendenti il filosofo tedesco Martin Heidegger, che ha elaborato una sua ontologia dell'uomo e ne ha predicato il suo "essere nel mondo" (v. HEIDEGGER, *Essere e tempo* (1927), edizione it. a cura di A. Marini, Milano, 2006, § 22, p. 307), e tra i suoi attuali sostenitori Andy Clark, con il suo modello dell'*embodied, embedded and extended mind* (v. CLARK, *Being There Putting Brain, and World Together Again*, The MIT Presse, Boston, 1997).

²⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 91 ss., 133 s.

giuridica – capacità di agire²⁸ e la esigenza di rifuggire ogni automatismo con riferimento alla capacità.

In questa prospettiva il consumatore, più che referente semantico di una categoria unitaria, esprime un modo di essere della persona umana – intesa come realtà concreta e considerata nella sua unitarietà psico-fisica²⁹ SAYER, *Moral and political economy*⁶ in relazione al ruolo che riveste nel mercato. La relativa posizione contrattuale, scevra da qualità soggettive³⁰, è pertanto da «individuare e accertare

²⁸ La dicotomia ha una propria ragion d'essere con riferimento alle situazioni patrimoniali, rispetto alle quali il momento della mera titolarità del diritto può rimanere isolato da quello dell'attuazione, ma è del tutto inappropriata con riferimento alle situazioni esistenziali: non avrebbe valore alcuno – secondo l'autorevole insegnamento di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 139 – riconoscere dei diritti, che più di altri sono finalizzati allo sviluppo della persona umana, senza concedere anche la possibilità di esercitarli. Lungo questa direttrice, anche STANZIONE, *Capacità e minore di età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 249. La capacità di discernimento del minore, ormai pacificamente riconosciuta in relazione alle scelte di carattere esistenziale, è rimasta peraltro nell'ombra con riferimento al compimento di atti a contenuto patrimoniale. La prospettiva personalistica (cfr., esplicitamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1020 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, cit., (da cui si cita) p. 102 ss., spec. p. 104 ss., e p. 131 ss., il quale aveva espresso una posizione critica rispetto alle incapacità dettate nell'interesse della collettività: si pensi, ad es., all'impossibilità per l'interdetto di esercitare situazioni patrimoniali, come il lavoro) ravvisa anche nell'esercizio delle situazioni patrimoniali una modalità di realizzazione della personalità, sì che impedire in maniera indiscriminata al minore di compiere atti a contenuto patrimoniale equivarrebbe a limitare la possibilità dello stesso di perseguire i propri interessi e, attraverso questi, sviluppare la propria personalità: in tal senso, G. BERTI DE MARINIS, *Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 50.

²⁹ L'unità psico-fisica della persona viene evidenziata da P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 104 s., con riferimento alla salute, intesa per l'appunto come benessere psico-fisico della persona e non come mera assenza di malattia.

³⁰ Per VETTORI, *Oltre il consumatore*, cit., p. 319, il rilievo giuridico assunto dalla persona in quanto tale vale a superare la stessa categoria del contratto asimmetrico: ciò che conta è la posizione di potere dei contraenti, che si determina di volta in volta nel mercato; posizione che richiede correttivi diversi, in base agli interessi sostanziali protetti.

di volta in volta»³¹. Con riferimento al parametro del consumatore medio, è di conseguenza giocoforza costatare, e le risultanze neuroscientifiche ne offrono riscontro, che i consumatori «non sono tutti uguali», sì che l'idoneità di una pratica commerciale a falsare il comportamento economico varia da consumatore a consumatore e richiede una valutazione non astratta ma concernente il concreto consumatore³².

La complessità evidenziata dalle conoscenze neuroscientifiche può fungere da base per l'applicazione in concreto di un modello di tutela efficace ed effettivo, dando contenuto alla prassi, ancorata ad un uso tendenzialmente “declamatorio” dello standard³³.

Il parametro del «consumatore medio» appare inoltre poco congruente, se non del tutto desueto, avuto riguardo alla circostanza che gli attuali metodi di *marketing* sono rivolti non ai consumatori

³¹ Così, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. Perlingieri e Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2004, p. 18: «il consumatore è una condizione legata alle circostanze concrete e alle effettive modalità di contrattazione», alle esigenze per le quali il rapporto di consumo si è instaurato, se cioè sono essenziali ed effettive secondo l'art. 2 cost., oppure effimere: ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* in *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1995, 3, pp. 97 ss.; ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, pp. 305 ss., spec. p. 309, (da cui si cita), nel senso che nella nozione di consumatore v'è una variabilità talmente forte che impedisce di costruirne una categoria unitaria se non in termini essenzialmente descrittivi e quindi poco utili.

³² DI NELLA, *Il consumatore*, in De Cristofaro (a cura di), *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, p. 39. La giurisprudenza amministrativa (analogamente a quella comunitaria: v. *supra*, nt. 20) discorre invece di un «soggetto che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, è dotato della capacità cognitiva e che si identifica nel destinatario mediamente intelligente accorto ed informato sui prodotti del settore merceologico di appartenenza, nonché in grado di orientare il proprio comportamento economico» (Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 2006, n. 12120).

³³ LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 884. Per una attenta disamina della prassi, dalla quale emerge che tanto nei provvedimenti dell'AGCM quanto nelle pronunce del giudice amministrativo, il “consumatore medio” rimane una vuota formula, v. MELI, “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, cit., p. 27 ss., spec. pp. 33 e 43.

indistintamente considerati quanto a soggetti sempre meglio individuati. La c.d. «personalizzazione di massa» (*mass customizing*) teorizzata da Stanley M. Davis³⁴ è resa possibile dall'impiego di sofisticati sistemi di intelligenza artificiale capaci di raccogliere, aggregare, elaborare una enorme quantità di dati, le c.d. impronte – secondo una suggestiva immagine³⁵ – che l'uomo lascia al proprio passaggio in ambiente digitale (*post sui social network*, acquisti tramite una piattaforma digitale, consultazioni operate attraverso un motore di ricerca: in definitiva, dati grezzi che per il diretto interessato non hanno nessun significato). Le “impronte” in questione possono essere coordinate e composte in tessere fino a realizzare un mosaico, il c.d. profilo, che tratteggia l'identità di singoli individui o di un gruppo di individui, il c.d. profilo collettivo, in cui le persone, benché non siano state realmente prese in esame, vengono catalogate secondo un modello che in effetti, in molti casi, coincide con la realtà: il programma di intelligenza artificiale conosce alcune caratteristiche chiave degli esaminati e le collega a queste tendenze³⁶. Le informazioni consentono al professionista di articolare e scomporre la massa indistinta di consumatori in segmenti di mercato sempre più settoriali, persino di calcolare, in base ad algoritmi personalizzati avanzati, le propensioni all'acquisto di quel dato consumatore. Da qui l'opportunità – poc'anzi evidenziata – di parametrare la valutazione circa la scorrettezza o meno della pratica

³⁴ DAVIS, *Future Perfect*, Addison-Wesley, Reading, MA, 1987.

³⁵ PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, in *Analisi giur. dell'Econ.*, 1, 2019, p. 21, che prende spunto da un bestiario del II sec. d.C. per descrivere il naturale istinto autodifensivo degli esseri viventi a cancellare le impronte per non essere “catturati”, a fronte del quale la condizione in cui versa l'odierno uomo digitale, consapevole che le impronte disperse nell'infospazio sono molte e incancellabili, «chiede tutele affinché i cacciatori di dati, servendosi degli algoritmi, non possano rendere trasparente la sua tana»

³⁶ Sul punto, NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, trad it. di Comoglio, Torino, 2018, p. 141, che evidenzia le analogie di funzionamento con i sistemi di raccolta di dati per scopi commerciali degli stessi programmi di previsione del rischio, tramite i quali si creano modelli di persone sospette: l'intelligenza artificiale – chiarisce l'a. – cerca soprattutto grandi quantità di dati per stabilire modelli statistici.

commerciale sul consumatore singolarmente profilato o, quanto meno, su segmenti omogenei di consumatori.

Sotto il profilo dell'*enforcement antitrust*, l'AGCM³⁷ – proprio in considerazione del rischio che la capacità di profilazione, portata ai suoi estremi, e l'aspirazione degli effetti di rete possano agevolare comportamenti abusivi idonei a ridurre la contendibilità degli ecosistemi delle principali piattaforme, rendendo persistente il loro potere di mercato – ha prospettato fra l'altro un possibile ripensamento della definizione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento del potere di mercato; l'opportunità di tener conto, ai fini della tutela del benessere del consumatore, non soltanto dei tradizionali parametri legati a prezzi e quantità, ma anche della qualità, dell'innovazione e dell'equità; e l'adozione, quantomeno con riferimento alle piattaforme digitali globali, di misure volte ad incrementare la trasparenza all'utente circa la natura della propria

³⁷ V. Indagine conoscitiva avviata in data 30 maggio 2017 da AGCM, AGCOM e Garante Privacy sul fenomeno dei Big Data, i cui risultati sono stati pubblicati in data 10 febbraio 2020, e in particolare § 4 delle *Linee Guida e Raccomandazioni di Policy*. Con la diffusione dei *Big data*, il controllo delle concentrazioni assume nuova centralità (v. n. 8, *Linee guida e raccomandazioni di policy*, formulate nel luglio 2019 nell'ambito della citata indagine conoscitiva). Sotto altra prospettiva (cfr., AGOSTINO, *Big data e nuovi beni tra modelli organizzativi e controllo dell'impresa*, in *Riv. dir. impresa*, 3/2018, p. 607 ss.) i *big data* vengono analizzati in relazione all'inappagante riconduzione a modelli di appropriazione esclusiva tutelabili attraverso rimedi di natura reale. Si sottolinea, infatti, che « la pervasività, talvolta indistinguibile, dell'apporto creativo e la velocità di trasformazione del bene-dato informativo, da cui si originano molteplici ed incontrollate potenzialità applicative, privilegiano strumenti di circolazione elastici ed un assetto rimediario idoneo a garantire una «coesistenza bilanciata» tra salvaguardia degli investimenti sostenuti per la creazione e lo scambio di tali beni, interesse pubblico all'accesso al patrimonio informativo ed alla sicurezza dei traffici e tutela dei diritti degli utenti-consumatori». L'a. evidenzia, peraltro, che la stessa Comunicazione COM (2017) 9 final, 10 gennaio 2017, «Costruire un'economia europea dei dati» suggerisca l'uso del diritto contrattuale vigente che potrebbe offrire soluzioni efficienti, anche ipotizzando il ricorso «ad accordi volontari o ad accordi quadro in alcuni settori», pur nella consapevolezza che «nei casi in cui il potere negoziale dei diversi operatori del mercato è diseguale, le soluzioni basate sul mercato potrebbero rivelarsi insufficienti, da sole, a garantire risultati equi e favorevoli all'innovazione, ad agevolare l'accesso di nuovi operatori del mercato e a evitare effetti di *lock-in*».

profilazione in merito ai contenuti ricevuti, nonché meccanismi di *opt-in* circa il grado di profilazione prescelto, e ciò anche ai fini della tutela del pluralismo *on-line*, in relazione alla selezione dei contenuti operante attraverso la profilazione del consumatore.

3. Neuromarketing e prospettive rimediali.

Si registra preoccupazione, da parte degli stessi neuroscienziati, in ordine all'applicazione, nell'ambito dell'attività pubblicitaria e del *marketing*, della conoscenza dei fondamenti neuroscientifici dei c.d. «neuroni-specchio» (*mirror neurons*) allo scopo di suscitare comportamenti imitativi (l'effetto indotto dalla attivazione dei neuroni-specchio viene descritto in termini di «simulazione incarnata»). Ne consegue la messa a punto di tecniche, denominate di *neuromarketing*³⁸, che, ricalcando il funzionamento dei neuroni-specchio per indurre all'acquisto di taluni beni o servizi, si rivelano particolarmente subdole e invasive³⁹. L'utilizzo di tali tecniche⁴⁰, è oggi sempre più diffuso, come si evince dalla nascita di piattaforme

³⁸ I primi studi in ambito neuroeconomico risalgono agli anni '90 ad opera di un gruppo di lavoro coordinato da Gerald Zaltman (cfr., ZALTMAN, *Come pensano i consumatori. Quello che il cliente non dice e che la concorrenza non sa*, trad. di Gaiarin, Milano, 2003). Le ipotesi di fondo su cui si basa la ricerca di Zaltman sono: il 95% della nostra attività mentale ha luogo nel subconscio, là dove i manager credono di poter analizzare con facilità i processi decisionali dei consumatori; i consumatori sono interessati ai benefici emotivi dei prodotti che acquistano, i quali benefici sono funzione degli aspetti particolari e personali delle loro vite, e solo in parte tengono conto delle caratteristiche tecniche e funzionali dei prodotti.

³⁹ D'obbligo richiamare, al riguardo, la monografia di TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit, spec. p. 64 ss.

⁴⁰ Grazie alle tecnologie di *neuromarketing* e alle strumentazioni biomediche è stato possibile – secondo quanto dichiarato dalla società Microsoft (cfr. il report di MUSANTE, *Cracking the Code on Cross Media Engagement. Five Things Every Marketer Should Measure*, Microsoft Advertising, 9 dicembre 2009) – ottenere misurazioni più accurate rispetto ai fattori chiave che aiutano i responsabili di marketing nella valutazione dell'effetto delle pubblicità sui consumatori.

online di ricerca che offrono servizi di *neuromarketing* integrati a costi molto contenuti⁴¹.

L'impatto sulla libertà contrattuale e sull'autodeterminazione del consumatore è amplificato dalla profilazione algoritmica⁴² poc' anzi richiamata, nel senso che al consumatore vengono inviati quei segnali che l'algoritmo di *machine learning* individua come pertinenti al modello comportamentale che gli attiene e come tali idonei a provocare il riflesso che ci si attende: esempi emblematici sono il *marketing* di precisione, che permette di proporre

⁴¹ V. il resoconto *Il neuromarketing: una storia recente ma non troppo*, pubblicato nello *Speciale Neuromarketing* di GAROFALO e GALLUCCI, sulla *Harvard Review*, n. 11, 2018, p. 64.

⁴² Cfr., *Indagine conoscitiva sui Big data*, cit.: in termini generali, valevoli anche per lo specifico profilo della comunicazione commerciale, al § 3.1, si muove dal presupposto che le piattaforme *online*, basate su un modello di *business* fondato sulla raccolta pubblicitaria, puntano a catturare quanto più possibile l'attenzione del consumatore. Una volta conquistata, tali piattaforme mirano a far produrre il maggior numero di «azioni» (e.g.: *like, scroll, search*, ecc.) all'utente in modo da immagazzinare quanti più dati possibili e della qualità più elevata. Il risultato di questo meccanismo è la profilazione dell'utente funzionale ad una proposizione selettiva di contenuti personalizzati. In questo contesto, hanno origine fenomeni noti come *filter bubble* e *self-confirmation bias*, caratterizzati da un meccanismo di causazione circolare per il quale l'utente con le proprie scelte, rivela le informazioni che lo interessano e, a sua volta, la selezione delle informazioni operata dall'algoritmo influenza le scelte dell'utente, confermandone la visione pregressa del mondo. Si realizza in questo modo una riproposizione circolare di contenuti confermativi delle proprie opinioni, credenze o convinzioni al singolo utente. Questo fenomeno viene poi ulteriormente rafforzato se l'utente – come accade nella fruizione di contenuti sui *social network* – è immerso in una determinata realtà di selezione di contenuti anche a seguito dell'interazione con i propri contatti e della conseguente costruzione di *cluster* omogenei di 'amici' che condividono la stessa visione relativa ad argomenti sociali, politici e di attualità. La disponibilità di dati (personali e non) consente ai possessori di tali informazioni di avere una posizione di decisivo vantaggio competitivo nel mercato della pubblicità *online*, ove l'uso del dato è di vitale importanza nell'offerta di prodotti/servizi (c.d. "uso primario del dato"), consentendo, altresì, di sviluppare e migliorare i prodotti/servizi offerti (c.d. "uso secondario del dato"). Il valore molto elevato di queste informazioni per configurare specifici profili di abitudini di consumo spinge le piattaforme *online* a fare in modo di catturare quanta più attenzione possibile, anche attraverso la promozione e la proposizione di contenuti graditi all'utente.

il contenuto idoneo all'utente giusto nel momento ideale del suo *consumer journey*; e la "creatività dinamica", ossia un *software* in grado di modificare foto e video in tempo reale per servire all'utente finale un contenuto pubblicitario letteralmente personalizzato⁴³.

Il circuito è ben descritto, con una vena di inquietudine e disincanto, dal sociologo Dominique Cardon: l'algoritmo «organizza gerarchicamente l'informazione, indovina ciò che ci interessa, seleziona i beni che preferiamo e si sforza di sostituirci in numerosi compiti. Siamo noi a fabbricare questi calcolatori, ma in cambio loro ci costruiscono»⁴⁴. È innegabile che la potenza di elaborazione e calcolo degli algoritmi condizioni fortemente le

⁴³ Stante la moltitudine di informazioni che circolano nel mondo digitale, l'unico modo per catturare l'attenzione degli utenti è inviare messaggi che rispondano alle loro esigenze nel momento in cui essi sono più propensi ad ascoltare il *brand*. Da qui lo sviluppo di tecnologie avanzate che, avvalendosi dei *feed* di informazioni in possesso dei *brand*, operano un *retargeting* in tempo reale, la cui efficacia può essere ancor più ottimizzata in base ai contenuti della pagina su cui si trova l'utente, alla interazione di quest'ultimo con il *brand* e ad altre informazioni come la geolocalizzazione (ad es., un marchio di abbigliamento sportivo modula l'outfit del modello/modella e il copy della pubblicità ad ogni singola erogazione, segnatamente outfit tecnico per attività outdoor in un clima rigido proposto o da vela, seconda che si stia consultando un sito che organizza tour del Nord Europa e Baltico o vacanze in Sardegna).

⁴⁴ CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data* (trad. it. di C. De Carolis), Milano, 2016, p. 1. Le tecnologie ordiscono il nostro mondo da così tanto tempo, dai primi utensili preistorici alla meccanizzazione della stampa ecc., che è uno sbaglio separare gli umani dal loro ambiente sociotecnico: le tecnologie concettuali nel loro evolversi sono al centro dell'evoluzione dell'umanità. L'uomo vive in tale prossimità con le tecnologie che sarebbe ingenuo credere che non sia stato trasformato. Come l'invenzione del microscopio ha aperto un nuovo panorama sulla natura, i captatori digitali stanno gettando le loro reti nel mondo per renderlo *in tutto e per tutto misurabile*. Tutto è dato calcolabile. Gli indicatori si sono diffusi nella società (i modelli statistici dei nuovi *data scientists* testimoniano il rovesciamento della causalità: con un metodo induttivo, producono, sì, modelli di comportamenti, ma questi non emergono che *ex post* e si presentano come una serie aggrovigliata di spiegazioni le cui variabili funzionano a seconda dei profili, e che attendono di essere re-inquadrati dal basso: v. ID., *o.c.*, p. 44) per fornire, a coloro che venivano misurati, delle cifre destinate a orientarne i comportamenti: più che a conoscere la realtà, questi indicatori mirano a «guidare i comportamenti» degli individui affinché la trasformino.

«libertà di scelta» di beni e servizi, tanto da dubitarsi che possa discorrersi di libertà di scelta «in relazione ad un consumatore il cui comportamento economico è accuratamente scansionato – nei gesti, nelle espressioni, se non addirittura nei processi mentali – le cui preferenze sono classificate, i cui dispositivi digitali sono bersagliati da messaggi personalizzati, il cui processo di acquisizione di informazioni in vista della decisione di acquisto si svolge in un ambiente digitale in cui spadroneggiano portali di recensioni e *ranking* reputazionali più o meno attendibili»⁴⁵.

Tale constatazione appare ancor più grave se si considera che il consumo, vero e proprio *ubi consistam* del postmoderno⁴⁶, pervade la vita degli individui e ne involge la quasi totalità degli aspetti; e si conviene che la decisione di scelta in campo economico è espressione, come quella politica, di democrazia⁴⁷. La manipolazione su basi neuroscientifiche del comportamento delle persone per scopi commerciali, i quali non possono per l'appunto non implicare il modo di essere, le abitudini di vita, in una parola la loro stessa personalità⁴⁸, desta apprensione, al pari del sottostante processo di frammentazione e categorizzazione algoritmica dei dati personali che – osserva Antoinette Rouvroy, la quale prefigura un «regime di verità digitale»⁴⁹ – finiscono per sostituirsi alla realtà significante, ovvero all'uomo.

In fenomeni come il *neuromarketing* (a maggior ragione il *nano-neuromarketing*) possono intravedersi gli estremi di una pratica

⁴⁵ PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, cit., p. 33.

⁴⁶ FABRIS, *Marche e griffe dappertutto e il consumatore rivendica degli spazi di libertà*, in *la Repubblica*, 24 settembre 2007

⁴⁷ IRTI, *Il dialogo fra le dottrine*, in Vettori (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 99, richiamando L.V. Mises, rileva: «L'acquisto di una merce o il voto politico esprimono una preferenza; e l'uno e l'altro esigono pluralità di offerte e lealtà di informazione». L'illustre a. evidenzia l'essenzialità, nel mercato, del problema dell'informazione, e quindi della pubblicità, anche in termini di consapevole libertà di scelta. V. *infra*, § 4 e 5, in ordine all'impatto della tecnologia sulla democrazia delle scelte.

⁴⁸ TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., p. 74

⁴⁹ ROUVROY, in ROUVROY e STIEGLER, *Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto*, trad it. di Baranzoni, in *La Deleuziana*, 3/2016, *La vita e il numero*, p. 6.

commerciale aggressiva, diretta cioè non semplicemente ad influenzare il processo di formazione della volontà, ma a minare in radice la libertà di scelta dell'individuo-consumatore, riflesso del «diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati»⁵⁰. Tali fenomeni sollecitano una riflessione di carattere più generale sul possibile delinarsi, per il tramite delle sequenze algoritmiche su cui sono impostati i sistemi economici avanzati, di un governo delle condotte (c.d. governamentalità algoritmica) il quale opererebbe meccanicisticamente, non minacciando o incitando, ma semplicemente inviando dei segnali che provocano dei riflessi, esautorando in radice l'idea stessa di un soggetto capace di orientarsi in modo libero⁵¹.

⁵⁰ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit., p. 15; ID., *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 786.

⁵¹ ROUVROY, *Il regime di verità digitale*, cit., p. 7, paventa «una complicità abbastanza stretta tra [...] la governamentalità algoritmica e il capitalismo avanzato» – da altra prospettiva si teorizza l'affermarsi di una nuova forma di capitalismo, c.d. della sorveglianza, incentrata sull'asimmetria della conoscenza e del suo potere che origina prodotti predittivi (v. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di Bassotti, Roma, 2019, spec. p. 106 ss.) muovendo dal presupposto che «i dati, nella loro proliferazione, non sono in effetti “dati”. [...] I dati sono lavorati, ordinati, e così via. È ovvio che esiste un'attività piuttosto sofisticata di produzione dei dati, compresi i dati grezzi, che invece nell'ideologia dei *big data* sembrerebbero delle emanazioni spontanee della natura. Esiste inoltre un vero e proprio lavoro, il *data scientist*, che si sviluppa attorno alla pulizia dei dati, al loro ordinamento». Questa pulizia – a parere dell'a. (EAD., *op. cit.*, p. 8) – «consiste essenzialmente in una operazione di purificazione, con cui i dati sono espunti da tutto ciò che fa loro contesto, del loro rapporto con la singolarità delle vite, del loro significato singolare» per «funzionare non più come segni che significano qualcosa in relazione a ciò che rappresentano, ma come elementi in grado di sostituirsi alla realtà significante, facendola sparire. Così, a quest'ultima subentrano insiememente reti di dati a-significanti che funzionano come segnali, ossia, che nonostante non abbiano alcun significato, o piuttosto a causa di ciò, divengono calcolabili». Ciò conduce l'a. a constatare: «Abbiamo a che fare solo con un'abbondanza di dati, o si potrebbe dire persino ad una messa in numero della vita stessa, giacché gli individui vengono considerati come aggregazioni temporanee di dati, sfruttabili in massa ed in scala industriale» (EAD., *op. cit.*, p. 9), al punto che «Presto ci saranno tanti di quei profili che le persone si troveranno talmente ben circondate dai propri, come una seconda pelle, che non voler essere profilato sembrerà equivalere a non

Il segnale persuasivo penetra subdolamente nella sfera della personalità, senza che vi sia alcuna condotta apertamente riconoscibile come «rivolta ad estorcere il consenso alla transazione»: ciò rende opportuno tutelare la dignità del consumatore in maniera rafforzata rispetto alle pratiche commerciali ordinarie⁵². In particolare, «secondo la logica delle nuove e protettive invalidità»⁵³ appare plausibile collocare i contratti stipulati a seguito dell'indebito condizionamento realizzato mediante l'uso di tecniche di *neuromarketing*, nell'orbita della nullità di protezione⁵⁴.

volere se stessi. Appare qui tutto il paradosso di una personalizzazione industriale che parte da questa pretesa di esaustività» (EAD., *op. cit.*, p. 14). Ma, in parziale dissenso rispetto a tale posizione, A. PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, cit., p. 23, ridimensiona questa prefigurazione, rilevando come sia «la stessa dialettica dell'interazione umana a far sì che il soggetto talora riceva “segnali” che provocano “riflessi”».

⁵² Le considerazioni di DE STEFANO, *Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale*, in Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 222, a proposito della contrattazione algoritmica, ovvero che occorre ricostruire con maggiore attenzione il grado di consapevolezza del consenso in capo a ognuno dei contraenti, involgono necessariamente la fase di mero contatto sociale, antecedente la stipulazione del contratto, già presidiata peraltro dall'art. 1337 c.c. (art. 24, c. cons.).

L'organizzazione *Commercial Alert* si è resa promotrice di una petizione, presentata anche al Congresso americano, contro l'uso del *neuromarketing*, in quanto tecnica in grado di “soggiogare la mente e usarla per il profitto commerciale”, paventando l'ipotesi che possano avvalersene aziende promotrici di attività o di prodotti meno salutari come tabacco o *fast-food* oppure per propaganda politica, “portando potenzialmente a nuovi regimi totalitari”. Tuttavia non mancano voci diverse, come quella di M. Lindstrom (cfr., lo studio pubblicato da IAB Italia, *Neuromarketing: panorama di una nuova frontiera*, il 27 aprile 2017), secondo cui questa scienza emergente, come qualsiasi altra, deve essere vista come uno strumento che può essere usato sia per il bene che per il male e che tutto dipende dall'uso che ne viene fatto dalle aziende.

⁵³ SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 856.

⁵⁴ Per questa soluzione rimediale, TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *BioLaw Journal- Riv. Biodiritto*, 2017, 3, p. 264 s. Sulla nullità di protezione quale categoria giuridica autonoma, *species* del più ampio *genus* della nullità, v., in particolare, PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995.

4. (Segue) *Regola “autonoma” algoritmica e limite di ordine pubblico della dignità umana.*

Un tale assetto di interessi appare distonico rispetto all’assiologia del vigente sistema ordinamentale che pone la persona umana e la sua dignità⁵⁵ (art. 41 e 2 Cost.; art. 1, Carta dei diritti fondamentali UE) al vertice della gerarchia dei valori; valori alla cui realizzazione l’ordinamento è finalizzato in ogni sua parte, dunque anche attraverso l’esplicazione del potere di autonomia⁵⁶, di cui «l’algoritmo [è] figlio», imponendosi come nuovo *potere* in grado di mediare similmente alla *norma* statuale, ma con modalità diverse, le relazioni interpersonali⁵⁷.

⁵⁵ In quanto «essenza, in quanto qualità “irriducibilmente” legata alla persona»: LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell’ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 761 ss., spec. p. 798. Sulla dignità quale valore e principio cfr., anche, BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 548; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 819 ss.; ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 425 ss.

⁵⁶ «La persona come valore, cioè la personalità, rappresenta la parte caratterizzante l’ordinamento giuridico sì da garantirne l’unitarietà»: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972, ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005 (da cui si cita), p. 5. Unitarietà che non esclude la pluralità ed eterogeneità delle fonti. Fra queste l’autonomia c.d. privata, quale specie di potere normativo *lato sensu* “privato”, «all’interno dell’unità giuridica costruita dalla Costituzione e mantenuta da un metodo ermeneutico che di essa si faccia consapevole strumento», «contribuisce ad alimentare l’ordinamento, traendo ad un tempo da esso la fonte primaria della propria legittimazione, che pure esige e giustifica un riscontro sulla effettiva armonizzazione tra i valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale»: ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 290 s.

⁵⁷ Così NUZZO, *Algoritmi e regole*, cit., p. 39, il quale guarda alla «legge algoritmica» (d’obbligo il richiamo alla celebre espressione di Harvard Lawrence Lessing come alla manifestazione ultima di quelle forme di «regolazione decentralizzata»); TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012, p. 18, discorre di «costituzioni civili» della società globale, «senza l’appoggio del diritto e della politica in veste di moderatori costituzionali» (p. 38) e tuttavia dipendenti «dalle costellazioni di potere e di interessi all’interno dei frammenti globali» (p. 40) in antitesi alla statualità della legge.

La regola algoritmica – sequenza di passaggi finalizzata ad un dato risultato – incontra pertanto il limite di ordine pubblico della dignità umana⁵⁸. In altre parole l’algoritmo, che conforma e ordina le relazioni interpersonali – diventando potere proprio per il fatto di stare nel *mezzo* della relazione tra le persone – deve armonizzarsi con le scelte e i valori di fondo dell’ordinamento⁵⁹.

Il *neuromarketing* e la sua declinazione più evoluta del *nanomarketing* sono indicativi delle nuove forme di vulnerabilità generalizzata che si annidano nella «infosfera digitale». Cionondimeno la crescente simbiosi tra uomo e macchina, tale – secondo alcuni – da condurre ad un vero e proprio mutamento antropologico, speculare al mutamento strutturale della tecnica⁶⁰,

⁵⁸ Oltre ai già menzionati artt. 2 e 41 Cost., e 1, Carta dei diritti fondamentali UE del 2001, entrata in vigore con il Tratt. Lisbona del 2009, v. anche la Convenzione di Oviedo, per la protezione dei diritti dell’uomo nell’applicazione della biomedicina, convertita in legge dal Governo italiano con legge 28 marzo 2001, n. 145, la quale, con riferimento in generale alla scienza e pertanto anche alle neuroscienze, all’art 1, indica quale sua finalità la protezione dell’essere umano «nella sua dignità e nella sua identità» e il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina»; all’art. 2, prevede che: «l’interesse e il bene dell’essere umano devono prevalere sull’esclusivo interesse della società e della scienza» (sul punto, TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, cit., p. 116). V. inoltre, PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in Vettori (a cura di), *Il regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, Milano, 2007, p. 456 ss. Nondimeno, il recente Reg. UE, 2016/679, sulla protezione dei dati personali (GDPR), promuove l’economia dei dati, dunque gli interessi economici delle imprese che operano nel settore del digitale, ma nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, come evidenziano D’ACQUISTO e PIZZETTI, *Regolamentazione dell’economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *Analisi giur. dell’Economia*, 2019, p. 89 ss.

⁵⁹ L’insegnamento di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 416, riconosce la valenza di limite positivo dell’ordine pubblico, cui qualsiasi regola, qualunque ne sia fonte, deve essere improntata.

⁶⁰ Per SORO, *Democrazia e potere dei dati: Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019, p. 4 s., il principale mutamento antropologico, simbolico e culturale, indotto dall’intelligenza artificiale, quale è la marginalizzazione del contributo dell’uomo nel processo decisionale, è il portato di un vero mutamento strutturale della tecnica che da protesica, volta a compensare deficit dell’uomo, diventa mimetica, capace cioè di replicare, sino a sostituire, gli aspetti più

esige di ripensare tutto il percorso di formazione delle competenze umane, e quindi l'archetipo stesso della razionalità.

Sì che, «se è vero che prodotti e servizi – progettati, realizzati ed offerti in funzione dei suoi bisogni e sulla base di dati processati ed aggiornati in tempo reale – inseguono il consumatore fin quasi a togliergli ogni libertà di decisione critica, d'altronde proprio grazie agli stessi algoritmi egli potrebbe scansionare i beni, individuarne le caratteristiche, valutarne la qualità, ricostruirne la filiera produttiva»⁶¹.

5. *Tecnologia digitale e potenzialità emancipative del consumatore: la blockchain nel settore agroalimentare.*

Particolarmente significative appaiono le applicazioni della tecnologia *blockchain* nel settore agroalimentare: all'interno di uno spazio virtuale, i diversi operatori della filiera concorrono a creare e validare la tracciabilità del prodotto. L'utilizzo di tale tecnologia apporta dei vantaggi sia ai produttori che ai consumatori in termini di sicurezza alimentare, dunque di trasparenza e affidabilità, costituendo un sistema di tracciabilità molto più efficace rispetto alle metodologie tradizionali. Il prodotto viene dotato di una carta d'identità digitale immodificabile ed accessibile a chiunque. L'etichetta intelligente applicata sulla confezione del prodotto finito consente, in particolare, ai fruitori finali, di accedere a tutte le informazioni immesse nel sistema crittografato circa provenienza delle materie prime, processi di produzione, conservazione e distribuzione del prodotto stesso⁶².

qualificanti dell'uomo, come la razionalità. Questo mutamento va pertanto considerato in combinazione con gli effetti del potere predittivo degli algoritmi.

⁶¹ PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, cit., p. 33, nella prospettiva di prendere congedo da una lettura in chiave protettiva se non proprio assistenzialistica della disciplina consumeristica, per richiamare il consumatore alla propria responsabilità ed in particolare ad una condotta proattiva che gli consenta di riappropriarsi almeno in parte della sovranità teorizzata da Mill (MILL, *Saggio sulla libertà* (1859), (trad. it. S. Magistretti), Milano, 2014).

⁶² L'adozione di strumenti che permettano al consumatore di reperire esaustive informazioni in ordine al prodotto è trova riscontro, ad esempio, nella ricerca realizzata nel 2018 da Veronafiera in collaborazione con il Consiglio per la Ricerca e la sperimentazione in Agricoltura (C.R.A.), denominata "Atteggiamenti

La *blockchain* può intensificare la relazione tra chi produce e chi consuma⁶³. Relazione suscettibile, peraltro, di essere calata in una dimensione ambientale, sociale, economica, culturale e persino politica⁶⁴ nella misura nella quale le parti diventano attori⁶⁵ consapevoli e responsabili del «sistema» del cibo e con esso dello sviluppo virtuoso del territorio e della comunità⁶⁶. Può dunque convenirsi che l'uso attivo e critico degli algoritmi sortisce «delle

e comportamenti del consumatore del vino e del rapporto con la GDO», dalla quale è emerso che le informazioni sulla tracciabilità del prodotto influenzano il 74% dei consumatori nell'acquisto del vino.

⁶³ Sulla emersione di forme e modalità di relazioni forti e qualificate tra chi produce e chi consuma, sia consentito rinviare a IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2016, p. 121 ss.

⁶⁴ L'uso politico dei consumi - sottolineano FORNO e GRAZIANO, *Il consumo critico. Una relazione solidale tra chi acquista e chi produce*, Bologna, 2016, p. 13 - non è un fenomeno nuovo. Il boicottaggio, ad esempio, ha radici antiche in quanto ha rappresentato una pratica usata frequentemente come forma di pressione anche da movimenti storici, tra i quali il movimento per l'abolizione della schiavitù. Nella dottrina civilistica ha da tempo indicato «nel boicottaggio dei prodotti delle imprese senza etica negli affari [...] un segnale per recuperare il mercato all'etica», P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà, e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., ora anche in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 250.

⁶⁵ Sulla evoluzione dal consumatore all'attore di consumo, v. LOSAVIO, *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, Milano, 2007, p. 235. Gli studi di sociologia dei consumi hanno peraltro posto in rilievo una sorta d'inscindibilità tra beni di consumo e modelli di comportamento e di vita, che ovviamente si ripropone anche in ambito agroalimentare: v. CODELUPPI, *Consumo e comunicazione. Merci, messaggi e pubblicità nelle società contemporanee*, Milano, 1989.

⁶⁶ Sul punto, v. ancora IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, cit., p. 123. Le modalità operative che favoriscono questo «nuovo» modello di produzione e consumo sono costituite da: mercati degli agricoltori; punti vendita aziendali ed extra-aziendali; auto-raccolte in azienda; gruppi di acquisto solidale (GAS); gruppi organizzati di distribuzione (GODO); distributori automatici di latte crudo; forniture al circuito HoReCa (hotel, ristoranti, alberghi); cooperative di consumo; forme associative più o meno intense che vanno dalla «adozione di capi di bestiame» alla condivisione del rischio aziendale.

potenzialità emancipative»⁶⁷ per il consumatore, ponendolo in condizione di contribuire come “consum-attore” all’efficienza del mercato. Particolarmente pertinenti, di là dal mercato finanziario, appaiono le parole del Commissario Consob Paolo Ciocca riguardo alla «crescita collettiva della conoscenza, perché questa si rifletta positivamente in mercati più ampi, liquidi e trasparenti»⁶⁸.

Si impone altresì una ulteriore considerazione, in ordine alla convergenza fra la logica di “democrazia alimentare” secondo la quale i cittadini hanno il diritto e la responsabilità di partecipare alla definizione delle regole della produzione e del consumo di cibo⁶⁹ e l’innovazione «democratica e potenzialmente solidale»⁷⁰ di cui la *blockchain*, quale struttura decentralizzata, è portatrice. Autonomia decisionale e libertà di scelta passano dunque per il controllo sui processi produttivi (e quindi sui prodotti realizzati e sulle tecniche adottate) e sul cibo consumato (quale, quando); controllo che si ammanta nondimeno della «esigenza di poter rispettare nelle proprie pratiche dei principi etici di riferimento», quali «la sostenibilità ambientale, il benessere animale, la dignità del lavoro»⁷¹.

⁶⁷ PUNZI, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell’intelligenza umana*, cit., p. 35: il consumatore potrebbe compiere la sua decisione di acquisto – a tutti gli effetti politica giacché suscettibile di indurre l’impresa ad assumere condotte responsabili nella prospettiva di accrescere il proprio capitale reputazionale e quindi ad incidere sul sistema produttivo – in ragione, ancora una volta, delle tracce che il processo produttivo via via lascia nel mondo digitale.

⁶⁸ Riportate da MOTTURA, *Decisione robotica negoziale e mercati finanziari*, in Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, cit., p. 281.

⁶⁹ Si coglie, così, un punto di forza per elaborare un nuovo modello di sviluppo, in grado di coniugare l’autodeterminazione dei popoli nelle scelte alimentari, nell’ottica di un’agricoltura plurale, con l’uso responsabile delle risorse naturali nella direzione della sostenibilità e della protezione dell’ambiente. Sul *right to food* e sulla *food sovereignty*, di recente ripresi nella Carta di Milano adottata in occasione della Esposizione Universale, si veda, anche per ulteriori riferimenti, il prezioso saggio di JANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un’agricoltura sostenibile*, Torino, 2015.

⁷⁰ V. il report per RuralHack a cura di GIORDANO e CALIENTO, *Blockchain per l’Agrifood. Scenari applicazioni impatti*, 2019, p. 17.

⁷¹ ROSSI, *L’innovazione sociale della filiera corta*, in Giarè e Giuca (cura di), *Imprenditori e filiera corta. Profili giuridici e dinamiche socio-economiche*, Roma, 2012, p. 88.

Del resto, nella prospettiva che reputa equo e al tempo stesso efficiente quell'assetto istituzionale che tende all'ampliamento effettivo della «capacità di ciascuno di agire per la propria libertà in modo da procedere verso obiettivi che, per un qualche motivo, egli ritiene importanti»⁷², il meccanismo della sussidiarietà orizzontale (artt. 5, par. 3, Tratt. FUE; 118, comma 4, Cost.)⁷³ – esplicazione del quale è la stessa piattaforma *blockchain*, che realizza in assenza di un'autorità centralizzata un processo collettivo, *rectius* democratico, di approvazione degli scambi e di creazione di una “verità tecnologica”, secondo un protocollo di funzionamento concordato – assume un ruolo decisivo nel disegnare lo spazio delle opportunità, dando così attuazione al pieno e libero sviluppo della persona (art. 2 Cost.)⁷⁴.

La società civile è il motore del processo volto a riportare le pratiche di produzione e di consumo e lo scambio economico in una dimensione relazionale dove, nella tensione verso «un saggio equilibrio tra esigenze di efficienza e ragioni di giustizia sociale»⁷⁵, contano la conoscenza reciproca, la trasparenza, il rispetto del valore dell'uomo e della sua dignità, e dove trovano posto occasioni di mutualità e convivialità⁷⁶.

⁷² SEN, *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*², Venezia, 1998, p. 52.

⁷³ Se, per un verso, l'art. 118 cost. si limita a rendere esplicito ciò che nel sistema ordinamentale già c'era, ovvero il riconoscimento dell'autonomia come potere di regolamentare anche interessi che non sono individuali; per altro verso, la sussidiarietà è essa stessa, unitamente agli artt. 41, 2, 18 ecc., *a fortiori* fondamento degli atti di autonomia che realizzano interessi che non sono generali: P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 688.

⁷⁴ L'irriducibilità della persona a consumatore è argomentata da P. PERLINGIERI, *Il “diritto privato europeo” tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 345 ss. Netta anche la posizione di VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit., spec. p. 18 e 21 ss.

⁷⁵ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, cit., p. 265, nel rimarcare, anche nel diritto agrario, la tendenza alla c.d. “depatrimonializzazione” del diritto privato (sulla quale si veda DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.).

⁷⁶ All'interno di questa dimensione umana e sociale, i “produttori” e le loro attività non sono più entità isolate e risultano visibili alla società; i “consumatori” non sono solamente acquirenti-fruitori dei beni, quanto piuttosto persone con

La dimensione sociale dei processi mentali attestata dalle neuroscienze – i *neuroni specchio* ci ricordano che siamo individui sociali, orientati all’empatia e alla cooperazione – offre nuova linfa all’idea di una «economia morale», che postula una «rifondazione delle attività economiche su base etica»⁷⁷, e spiega il successo delle piattaforme di *sharing economy*⁷⁸, in cui si intrecciano finalità collaborative e tecnologia digitale. In questo “luogo” virtuale lo scambio è frutto dell’incontro diretto senza l’intermediazione di professionisti.

L’infrastruttura digitale si disvela essere il tramite di un percorso emancipatorio del “consumatore” che, oltre ad agire sul mercato in veste di arbitro (si pensi alle potenzialità offerte dalla *blockchain* per monitorare il processo produttivo e quindi orientare le proprie scelte di consumo sulla base delle informazioni e dei riscontri acquisiti), approda al ruolo ibrido di “prosumer”, tramutandosi in un vero e proprio attore economico⁷⁹.

Dinanzi a questo complesso scenario, fatto di luci ed ombre, diviene ancora più stringente l’invito, rivolto a suo tempo all’interprete – compito primario del quale è l’identificazione e la

desideri, aspettative, incertezze, ma anche capacità di assumersi e condividere responsabilità: ROSSI, *L’innovazione sociale della filiera corta*, cit., p. 89.

⁷⁷ Teorizzata da SAYER, *Moral and political economy*, in *Studies in Political Economy*, Ottawa, 2000, p. 79 ss., spec. p. 99. Questa impostazione, in riferimento al cibo, si declina in chiave di «ethical foodscape»: GOODMAN, MAYE e HOLLOWAY, *Ethical foodscape?: premises, promises and possibilities*, London, 2010, spec. pp. 3 e 5. La formula “economia morale” fu coniata da Edward Thompson per analizzare le proteste della folla in merito alla carestia e al mercato del grano nell’Inghilterra del Settecento, con l’obiettivo di evitare spiegazioni utilitaristiche dell’azione collettiva e di restituire ciò che essa esprime in termini di concezioni popolari di legittimità e giustizia in merito al benessere collettivo, alle transazioni economiche e al ruolo dello Stato nel governo di queste.

⁷⁸ In argomento, v. da ultimo, DI SABATO, *Diritto e new economy*, Napoli, 2020, p. 71 ss.

⁷⁹ All’interno dello specifico contesto economico della “condivisione”. Sulla pluralità di mercati, cui fanno riscontro una pluralità di statuti, v. le pagine di P. PERLINGIERI, *Economia e diritto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 272.

tutela delle posizioni di libertà civili ed economiche della persona⁸⁰ –, a «non rifugiarsi nell'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi»⁸¹.

⁸⁰ VETTORI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Persona mercato. Lezioni*, cit., p. 16.

⁸¹ VETTORI, *Oltre il consumatore*, cit., p. 321, il quale ammonisce: «I problemi non saranno mai risolti dalla stessa cultura che li ha generati ma occorre un nuovo sapere e nuove azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi».

DANIELE IMBRUGLIA
Ricercatore di diritto privato
Università di Roma “La Sapienza”

RESTITUZIONI ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia, le restituzioni e l’effettività della tutela – 2. Nullità tra singolare e plurale – 3. Nullità contrattuali e codice: dal singolare al plurale – 4. Nullità contrattuali post-codice: funzione conformativa e trattamento di protezione – 5. Nullità e restituzioni – 6. Pluralità delle nullità e effettività delle restituzioni.

1. *La Corte di Giustizia, le restituzioni e l’effettività della tutela.*

Il ricco dialogo tra la giurisprudenza spagnola e la Corte di Giustizia europea ha fornito l’occasione per l’affermazione di regole fondamentali del diritto privato europeo. Tra queste si colloca certamente la pronuncia – *Gutiérrez Naranjo* – con cui i giudici europei hanno escluso la compatibilità con il diritto euro-unitario di quell’interpretazione giurisdizionale domestica che consentiva la limitazione degli effetti della nullità della clausola abusiva alle sole somme versate successivamente alla pronuncia della decisione che ha accertato il carattere abusivo della clausola. Nell’affermare che le clausole abusive non vincolano il consumatore e che le stesse siano da considerare come se non fossero mai esistite, peraltro, la Corte ha anche chiarito che tra gli effetti della nullità si colloca, ancorché in linea di principio, il sorgere di un effetto restitutorio, idoneo a ripristinare la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola abusiva, *rectius* inesistente¹.

¹ CGUE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*, §61. La vicenda aveva ad oggetto l’esame delle c.d. clausole *suelos* (o *floor*), ossia quelle pattuizioni inerenti contratti di mutuo a tasso variabile che prevedono una soglia percentuale minima (su queste pattuizioni si veda, per tutti, CAMPAGNA, *La clausola con tasso minimo preteso del mutuo (c.d. floor clause)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, p. 99). Sulla relativa giurisprudenza spagnola, si

Sempre muovendo dall'assunto per cui l'assenza di tale meccanismo restitutorio potrebbe pregiudicare l'effetto deterrente proprio della norma invalidante², la Corte eurounitaria è intervenuta sulla disciplina di tali effetti restitutori in tempi recenti. Stavolta, la decisione della Corte di Giustizia ha ad oggetto una questione pregiudiziale sollevata dal *Tribunalul Specializat Mureş* nell'ambito di un procedimento relativo all'abusività di alcune clausole contenute nel contratto di credito sottoscritto da un consumatore con un professionista. In particolare, il giudice rumeno aveva chiesto alla Corte di Giustizia *i*) se la direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori trovasse applicazione anche dopo l'integrale esecuzione di un contratto e, in caso di risposta affermativa, *ii*) se un'azione di restituzione delle somme riscosse in forza delle clausole contrattuali ritenute abusive potesse essere soggetta a un termine di prescrizione di tre anni che inizia a decorrere dall'estinzione del contratto³.

Con riferimento a tale secondo aspetto, la massima autorità giurisdizionale europea, per un verso, ha affermato, in piena continuità con la propria giurisprudenza, la compatibilità di un termine di prescrizione per l'azione restitutoria con il diritto euro-unitario⁴ e, per

vedano i ricchi contributi di MALVAGNA, *Nullità «de futuro» e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 4 e di DALMARTELLO, *Note sulla «cláusula suelo» (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, 756. Sulla decisione si vedano il commento di GENOVESE, *Il controllo di trasparenza delle clausole di tasso minimo dei contratti di mutuo ipotecario. Effetti del giudizio di abusività*, in *Giust. civ. com.*, 2017, di MAK, *Gutiérrez Naranjo: on limits in law and limits of law*, in *Eur. Law Rev.*, 2018, p. 447 e di DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 43.

² CGUE, *Gutiérrez Naranjo*, cit., §63.

³ CGUE, 9 luglio 2020, C-698/18 e C-699/18, *SC Raiffeisen Bank SA*.

⁴ Sul punto, si vedano, CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentral*, §5; CGCE, 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani*, §28, CGUE 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*, §58; CGUE, 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, §41; CGUE, 28 luglio 2011, *Samba Diouf*, C-69/10, §66; CGUE, 29 ottobre 2015, C-8/14, *BBVA*, §28 e §29. In argomento, MAURO, *Prescrizione ed effettività, nel dialogo tra Cassazione e Corti europee*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 139.

altro verso, ha previsto che detto termine debba essere declinato secondo i principi di equivalenza e di effettività della tutela⁵ così da escludere l'ammissibilità di norme sulla prescrizione idonee a rendere eccessivamente difficile l'esercizio dell'azione restitutoria⁶. A tal proposito, la Corte ha ritenuto che il meccanismo previsto dal diritto rumeno, in base al quale l'azione di restituzione si prescrive in tre anni dalla integrale esecuzione del contratto, non sia idoneo a garantire una tutela effettiva del consumatore e ciò in quanto il termine domestico rischia di essere scaduto ancor prima che il consumatore possa avere conoscenza della natura abusiva della clausola contenuta nel contratto⁷.

La sentenza *Raiffeisen Bank* merita attenzione perché, di tutta evidenza, avvicina la disciplina delle restituzioni contrattuali a quella dell'interesse protetto dalla norma invalidante, così confermando le ragioni di una rinnovata ricerca sulle restituzioni conseguenti alla nullità del contratto. Riprendendo quanto già affermato altrove, in questo scritto svilupperò il mio ragionamento a partire dai diversi significati che il vocabolo nullità ha assunto nella nostra esperienza giuridica per poi verificare l'opportunità di una ricerca che sappia costruire una disciplina restitutoria adeguata agli interessi rilevanti⁸.

⁵ Nella giurisprudenza europea, è diffuso il rilievo per cui la circostanza che una determinata procedura comporti vari requisiti procedurali che il consumatore deve rispettare al fine di far valere i suoi diritti non significhi di per sé che egli non goda di una tutela giurisdizionale effettiva (in luogo di tante, CGUE, 31 maggio 2018, C-483/16, *Sziber*, §50 e §51), occorrendo invece stabilire se quella disposizione processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione e ciò valutando il ruolo di detta disposizione nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali (così, CGUE, 5 dicembre 2013, C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, §34).

⁶ Sulla capacità del principio di effettività euro-unitario di incidere sulla disciplina interna del rimedio è imprescindibile il rinvio a REICH, *Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of Ec Rights*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2007, p. 742 e ID., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 89. In argomento, poi, si veda, per tutti, VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 381.

⁷ CGUE, *Raiffeisen Bank*, cit., §75.

⁸ IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1533.

2. *Nullità tra singolare e plurale.*

La caratteristica del vocabolo ‘nullità’ di non conoscere ‘flessione’ tra singolare e plurale è solo apparentemente irrilevante per il diritto contrattuale. A ben vedere, essa spiega perché sia possibile discutere se per nullità si intenda un qualcosa di necessariamente singolare e unico, oppure un qualcosa di plurale e vario. Nel primo caso, nullità al singolare, vi sarà coincidenza tra la *nozione* della nullità e la *disciplina* di tutte le diverse ipotesi di contratti nulli. Nel secondo caso, nullità al plurale, vi saranno differenti *trattamenti* e occorrerà verificare se essi presentino elementi comuni (nullità come vocabolo ‘invariabile’, così che la pluralità di discipline non impedisca di rinvenire una nozione al singolare) o meno (nullità come termine ‘difettivo’ di singolare e dunque una pluralità di discipline irriducibili ad unità). Nell’ambito di queste distinte possibilità lasciate aperte dal vocabolo ‘nullità’, la migliore scienza civilistica ha offerto importanti contributi. Oggi, pur nella consapevolezza “della storicità e della relatività dei concetti”, vi sono aspetti, come si dirà, largamente condivisi in materia di nullità, dai quali muovere per risolvere le diverse tematiche meno definite.

3. *Nullità contrattuali e codice: dal singolare al plurale.*

In principio era la nullità al singolare. Al momento dell’entrata in vigore dell’attuale codice, infatti, il vocabolo, riferito al contratto, era inteso da ampi e importanti settori della scienza come difettivo di plurale: la nozione ne era l’unica disciplina⁹. Dall’esasperazione

⁹ Ragioni di spazio impediscono di dare conto delle origini e delle influenze di questa lettura. Oltre che a PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 84, si rinvia, pertanto, alle ricostruzioni operate in BELVEDERE, *Nullità nel codice civile e nella legislazione speciale*, in AA.VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994, p. 44 (ora in Granelli (a cura di), *Scritti giuridici di Andrea Belvedere, II, Obbligazioni, responsabilità, contratto*, 2016, p. 925); FERRI, *Apunti sull’invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 367; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1999, p. 107; VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell’evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, p. 61; LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 22, tutte concordi nel rilevare come l’identificazione della nullità contrattuale con l’inesistenza

delle scelte esplicitate in tema di legittimazione assoluta, di insanabilità dell'atto e di imprescrittibilità dell'azione, parte della dottrina aveva ricostruito il contratto nullo quale atto radicalmente non efficace (*quod nullum est nullum producit effectum*), così da risolvere ogni nullità nella nozione di inesistenza (*tamquam non esset/comme non avenu*)¹⁰. In particolare, nelle indicate opzioni codicistiche, quell'impostazione vedeva l'adesione alla nozione della nullità propria della c.d. "teoria della fattispecie": negazione di ogni "qualità giuridica dell'atto nullo" (c.d. inqualificazione) e soluzione della "situazione di fatto difettosa di un elemento essenziale" nel "concetto" di irrilevanza o di inesistenza giuridica¹¹. In modo coerente con questa impostazione riduzionista (nozione della nullità = disciplina dell'inesistenza), codesta dottrina relegava, quando non nell'illogi-

sia stata la conseguenza di una adesione, più o meno corretta, all'impostazione tedesca.

¹⁰ I riferimenti della visione che risolve la nullità nell'inesistenza e l'inefficacia nell'irrilevanza sono notissimi. Ci si può qui limitare a: PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 17; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36; FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 32; ID., *Della nullità del contratto*, in *Commentario al codice civile. Libro delle Obbligazioni*, a cura di D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, p. 662; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 210; DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 57; GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 26. Di recente, definisce l'atto nullo come "non-atto" IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1057. Non meno autorevoli e noti sono i critici della identificazione della nullità con l'inesistenza dell'atto: *ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 345, 407, 420; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 61; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1952, Napoli, 1994 (rist.), p. 460.

¹¹ FALZEA, *La condizione*, cit., p. 36. Non casualmente, a fronte di questa nozione forte e unitaria di nullità ci si interroga sia sull'opportunità della esplicitazione di una normativa codicistica sia sullo studio dell'atto nullo: FEDELE, *La invalidità del negozio*, cit., p. 73. Sul pensiero di Fedele e più in generale sul modo in cui quella dottrina guardava all'inesistenza negoziale, si veda BELVEDERE, *L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica* in *Dir. Priv.*, 1999-2000, p. 5 (e ora in GRANELLI, *Scritti giuridici di Andrea Belvedere*, cit., p. 975).

cità, nell'*eccezionalità* le diverse ipotesi di nullità costruite dal legislatore in modo diverso dalla disciplina della nozione dell'inesistenza¹².

Ancorché sostenuta da Autori di sicuro rilievo, la lettura riduzionista non riuscì ad affermarsi quale visione definitiva della nullità contrattuale¹³. A ben vedere, essa scontava un errore metodologico non di poco conto. La nozione della nullità quale inesistenza, in effetti, era stata individuata a partire dall'esperazione di qualche scelta normativa (artt. 1418-1424, c.c.), poi eretta a disciplina da applicare "*en bloc*" e a prescindere dal dato positivo¹⁴. Invero, quest'ultimo, già a livello codicistico, smentiva in modo clamoroso l'identificazione della nullità nella nozione-disciplina dell'inesistenza, ora

¹² Paradigmatica della capacità abbagliante di questa identificazione di ogni nullità con la nozione stessa della nullità è la nota pagina sulla inammissibilità della nullità relativa di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983 (rist.), p. 247, dove, si legge che "la figura della nullità relativa, *sebbene sembri ammessa dallo stesso legislatore (art. 1421 pr.), non possa accogliere*, perché intimamente contraddittoria. Un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarvisi, ancora più un negozio produttivo di effetti fra le parti e, improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi nulli, *senza alterare la nozione di nullità*" (enfasi aggiunta). In senso contrario, *rectius* opposto, è invece BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 470-471 ("[...] non sappiamo vedere perché la nullità non possa essere relativa. Incompatibilità logica, tra i due concetti, non c'è: *la relatività delle qualifiche e delle situazioni giuridiche*, è un fenomeno che si può ormai considerare acquisito"), nonché R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria*, cit., p. 418 e SALV. ROMANO, *Autonomia Privata*, Milano, 1957, p. 113.

¹³ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria*, cit.; FILANTI *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

¹⁴ JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909, p. 6, 350-353. In argomento, GORLA, *Interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 59.

riconoscendo efficacia al contratto nullo¹⁵ e ora aprendo a una flessibilità e diversità di soluzioni normative in materia di nullità¹⁶. Già nello stesso articolo 1418 c.c., ad esempio, era dato rinvenire una pluralità di significati della nullità, a seconda che venisse in esame l'assenza di un elemento essenziale o, invece, la sua illiceità¹⁷.

Più in generale, nel codice vi è una notevole diversità di discipline della nullità; a volte, come nel caso dell'*incipit* dell'art. 1421 c.c., solo accennate, talaltra bene esplicitate, come nel caso della sanatoria del contratto di donazione nullo (art. 799), dell'irretroattività della nullità del contratto di lavoro illegale (art. 2126 c.c.) o dell'irripetibilità delle prestazioni quando eseguite in offesa al buon costume (art. 2035 c.c.). A partire da questo variegato dato positivo, altra parte della dottrina riconobbe l'impossibilità di ridurre tutta la

¹⁵ Consapevole del ruolo che tale ipotesi giocano nello smentire l'identità tra nullità ed inesistenza era lo stesso DE GIOVANNI, *La nullità nella logica*, cit., p. 59. In argomento, oltre al fondamentale contributo di PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Gottingen, 1966, si vedano FILANTI *Inesistenza e nullità*, cit., p. 31, 110; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 243; IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973, p. 104; ID., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 541; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 81; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 36; COSTANZA, *Gli effetti di rapporti giuridici nulli*, in *Dir. Priv.*, 1999-2000, p. 91; DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Bessone, XIII, t. 7, Torino, 2002, p. 40.

¹⁶ PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 121.

¹⁷ In argomento, FERRARA, *sen.*, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 8 ("L'illecito risulta dalla violazione della legge o della morale o dell'ordine pubblico e abbraccia quindi un triplice obbietto: il negozio illegale, il negozio immorale, il negozio antiggiuridico"); R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria*, cit. p. 383; BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 372; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 148; FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., p. 130; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, pp. 438-439; ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *ivi*, p. 485; NUZZO, *Negozio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 2; A. BELVEDERE, *Nullità nel codice civile*, cit., p. 934; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 95-96; E. NAVARRETTA, *Art. 1343 - Causa illecita*, in Navarretta e Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale, art. 1321-1349*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Milano, 2011, p. 658.

nullità alla singola radicale inefficacia dell'atto e, quindi, pose le basi per il riconoscimento della *pluralità* delle discipline di nullità¹⁸.

I più importanti corollari della scoperta della pluralità della nullità sono due. Innanzitutto, proprio come la crisi del positivismo non determina la fine del diritto¹⁹, così la frantumazione delle discipline della nullità non è la fine della nullità. La riconosciuta pluralità di trattamenti non segna l'impossibilità di rinvenirne un significato, che, per quanto non ne individui la disciplina singolare e unica, è pur sempre l'elemento comune a partire dal quale poi muovere²⁰. Dalla distinzione del negozio tra atto (*fattispecie*) e valore (*effetti*), questo nucleo comune è identificato nella "graduazione nel trattamento dei difetti" eventualmente caratterizzanti la manifestazione dell'autonomia privata²¹ e quindi con la "negazione di efficacia negoziale, della «forza di legge» tra le parti che, altrimenti e in via di principio, l'ordinamento riconosce al contenuto dell'autonomia privata"²².

¹⁸ FERRI, *Ordine pubblico, cit.*, p. 144; NUZZO, *Negozio illecito*, p. 3; FILANTI *Inesistenza e nullità, cit.*, p. 113; BELVEDERE, *Nullità nel codice civile, cit.*, p. 942.

¹⁹ GROSSI, *Crisi del diritto oggi?*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2011, p. 67; ID., *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Quest. Giust.*, 2018, p. 22.

²⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 2016, Torino, p. 1508: "Formulare una dottrina unitaria della nullità del contratto (come effetto del vizio del contratto stesso) è forse ancora più difficile che formulare una dottrina unitaria dei vizi del contratto capaci di condurre quest'ultimo alle nullità. Allo stato attuale della concettualizzazione, la nozione di «nullità dell'atto» dovrebbe essere adoperata come puro medio logico, che viene dopo il vizio (causa della nullità) e precede la descrizione dell'incidenza del vizio sull'efficacia del contratto (carezza di taluni effetti, o di tutti gli effetti, o divergenza fra gli effetti voluti e quelli conseguenti all'atto)".

²¹ BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 580; ora in ID., *Il diritto comune dei contratti*, Napoli, 1997, p. 109 (citazione tratta da questa edizione, p. 116). Per una attenta rilettura del contributo di Giuseppe Benedetti, si veda VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1203; sull'illiceità del negozio, si veda SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali, cit.*, p. 189-190.

²² PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, p. 161, cui *adde ivi*, p. 162, nt. 243, dove a proposito della nullità si legge che essa "esprime la negativa incidenza della norma, con una omogeneità che dà ragione della unità concettuale non solo della nullità nel suo variato atteggiarsi, ma della stessa invalidità, proprio sul momento

In secondo luogo, come esattamente posto in rilievo venticinque anni fa da Passagnoli, il diverso intendimento della nullità, quale negazione degli effetti dell'atto che sia correlata "alla *ratio* della previsione di nullità", porta con sé la rottura del paradigma regola\eccezione e apre all'interprete due distinti compiti²³. Per un verso, egli potrà raggruppare i diversi trattamenti dell'atto nullo in "gruppi d'ipotesi omogenee, quanto a *ratio* e disciplina"²⁴. Per altro verso, l'interprete, proprio muovendo dalla *ratio* sottesa alla negazione degli effetti, potrà colmare le lacune del trattamento solo parzialmente esplicitato, individuando la soluzione più adeguata²⁵.

4. *Le nullità contrattuali post-codice: funzione conformativa e trattamento di protezione.*

Se si estende il discorso al diritto contrattuale fuori o post-codice²⁶ emergono ulteriori elementi di interesse che confermano la

discriminante del negozio rispetto all'atto: ovvero la efficacia negoziale, che invece in via di principio gli è riconosciuta e ne fonda il valore ordinante". In senso analogo, si vedano SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 207 e GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1998, II, p. 1283: "il contratto è nullo quando non possa fornire un titolo definitivamente incontestabile a tutti i diritti e doveri che esso dispone".

²³ PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, p. 175.

²⁴ PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, p. 165-166.

²⁵ PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, p. 181-182 e SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 183 (citazioni da questa edizione).

²⁶ Sulla capacità della legislazione speciale di innovare il sistema, si vedano, in luogo di tanti, CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa*, 1993, p. 300, e, ovviamente, IRTI, *Le leggi speciali fra teoria e storia* (1979), in *L'età della decodificazione. Vent'anni dopo*, Milano, 1999, p. 53. Sul "problema" della complessità delle fonti nel diritto contrattuale, invece, si vedano, almeno, LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 7; BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *ivi*, p. 31; CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ri-pensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *ivi*, p. 565; CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 406; LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato*

pluralità della nullità e, con essa, il ruolo dell'interprete nella definizione del trattamento degli effetti.

Innanzitutto, secondo l'impostazione della migliore dottrina, la nullità "post-codice", e in particolare quella di derivazione euro-unitaria, svolge uno scopo ulteriore e distinto da quello di reazione a una difformità dell'atto rispetto al paradigma legislativo e all'interesse pubblico²⁷. Nel contesto europeo, la nullità è, piuttosto, impiegata per conformare e modellare il contratto in funzione di "protezione" del regolamento perseguito dall'ordinamento²⁸.

generale" (*Appunti per una discussione*), in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 541; VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751; ADDIS, *Il "codice" del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 878.

²⁷ Senza pretesa di esaustività, si v. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1141; GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 77; ID., *Le invalidità, cit.*, p. 1346; NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, p. 233; GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 199; SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi* (2007), ora in ID., *Il contratto in trasformazione, cit.*, p. 421; PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002; ID., *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, p. 727; PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, p. 173.

²⁸ SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 469-470; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche, cit.*, p. 210; ID., *Nullità e inefficacia nel sistema, cit.*, p. 178; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 844. Su questa riflessione nel più ampio itinerario di Scalisi, si veda MAZZAMUTO, *Ricordo di Vincenzo Scalisi*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 105. Sulla più ampia questione dello scopo di fondo che il legislatore intende perseguire mediante questa tutela del contraente debole, si vedano POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica, cit.*, p. 13; CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *An. Giur. Econ.*, 2012, p. 67; NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale del calo sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 217; ID., *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 32; SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi, cit.*, p. 848; MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in

Peraltro, alla diversità di scopi – ora demolitori ora conformativi – si accompagna, ovviamente, una pluralità di trattamenti²⁹. In particolare, accanto a classiche ipotesi di protezione che comportano la radicale inefficacia dell'atto³⁰, si afferma, in seno alla medesima categoria di nullità di protezione, un nuovo e diverso gruppo di ipotesi di nullità omogeneo “quanto a *ratio* e a disciplina”. In particolare, queste nullità di protezione sono caratterizzate dalla c.d. inderogabilità *in peius*³¹, dalla legittimazione relativa³² e dalla necessaria parzialità della nullità stessa³³. Talvolta queste nullità, “a sicuro rilievo unilaterale ma pur sempre rilevabili nei limiti dell'interesse protetto d'ufficio”, intervengono su un “presupposto” considerato necessario (c.d. “nullità *efficienti*”), come, ad esempio, il diritto di recesso (art. 30, comma 7, t.u.f). In altre occasioni, invece, tale trattamento unilaterale concerne il regolamento pattizio in sé (es. art. 36, cod. cons.) e si potrebbe parlare di nullità *tollerante*: il contratto è “valutato negativamente”, ma, appunto, “tollerato dall'ordinamento” almeno “sino a quando e nella misura in cui il soggetto o i soggetti cui è conferita la legittimazione ad agire non ne intendono far valere la nullità”³⁴.

In secondo luogo, la circostanza per cui queste ipotesi di negazione degli effetti extra-codice presentano proprie caratteristiche conferma che in materia di nullità non si possa fare ricorso allo

Contr. impr. Eur., 2005, 2, p. 531; COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 777; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo, cit.*, p. 509.

²⁹ SCALISI, *Contratto e regolamento, cit.*, p. 471.

³⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 2, comma 3, L. 287/1990; art. 9, comma 3, L. 192/1998; art. 81, comma 2, TFUE.

³¹ *Ex multis*, art. 36, comma 2, d.lgs. 2005/206 (cod. cons.); art. 127, comma 2, n. 1, d. lgs. 385/1993 (t.u.b); art. 173, comma 3, d.lgs. 209/2005 (c.a.p.); art. 51 *sexies*, comma 3, d. lgs. 79/2011

³² *Ex multis*, art. 36, comma 3, cod. cons.; art. 127, comma 2, n. 2, t.u.b; artt. 23 comma 3, 24 comma 2, 30 comma 7, d.lgs. 58/1998 (t.u.f.); art. 167, comma 2, c.a.p.

³³ *Ex multis*, artt. 36, comma 1, cod. cons. e 117, comma 6, 7, t.u.b.

³⁴ SCALISI, *Contratto e regolamento, cit.*, p. 471-472.

schema logico della regola-eccezione. Ciò, giova ripetere, rende possibile per l'interprete risolvere problemi lasciati inevasi dal legislatore nella definizione del trattamento della nullità, individuando la regola più adeguata alla tutela sostanziale. Non a caso, in tempi recenti la dottrina più attenta al fenomeno della nullità di protezione ha creduto possibile offrirne una definizione in termini di "categoria" incompiuta, "*unvollendete*"³⁵. Per avere una concreta conferma di questa dinamica rispetto a questo "gruppo" di nullità di protezione, si può fare riferimento alla questione delle conseguenze della clausola vessatoria e essenziale. Il legislatore euro-unitario (art. 6, par. 1, dir. 93/13) e quello nazionale (art. 36, comma 1, cod. cons.), come noto, declinano la conservazione del contratto affermando che, post-vessatorietà, questo debba sussistere senz'altra modifica diversa dalla soppressione delle clausole abusive. Rispetto a questo contesto legislativo, gli interpreti si interrogano se tale apparente chiusura ad una integrazione post-vessatorietà sia in linea con la *ratio* della norma, ben potendosi dare il caso che la nullità dell'intero contratto, determinata dalla vessatorietà della singola clausola, vada contro l'interesse protetto³⁶. La Corte di Giustizia, mutando il proprio iniziale convincimento³⁷, ha di recente aperto a una integrazione che consenta la sostituzione della clausola abusiva con una disposizione nazionale suppletiva³⁸ e ciò ha fatto proprio avendo a mente la

³⁵ PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 172.

³⁶ Si vedano, in luogo di tanti, PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 561; AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2017, 37 e D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo». Regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Milano, 2011, p. 385.

³⁷ CGUE, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Espanol de Crédito*, in *Contr.*, 2013, p. 16, con nota critica di D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*.

³⁸ CGUE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler/OTP Jelzálogbank Zrt*, §80, 83, 84 in www.curia.europa.eu e su cui si veda il commento di D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*,

ratio della norma invalidante³⁹, l'interesse del cliente⁴⁰ e la funzione dissuasiva della nullità-tutela⁴¹. Per l'effetto di questa interpretazione, il trattamento (nullità tollerante) della clausola vessatoria si arricchisce così di una nuova regola che ne consolida il nesso con la *ratio* della norma invalidante anche rispetto all'imprevisto caso in cui il consumatore abbia interesse alla integrazione del contratto post-vessatorietà⁴².

5. Nullità e restituzioni.

I risultati fin qui ripercorsi – esistenza di un nesso tra disciplina negatrice degli effetti negoziale e *ratio* della norma invalidante; conseguente disvelamento della pluralità di trattamenti delle nullità; ruolo dell'interprete nell'avvicinare la concreta disciplina del trattamento allo specifico interesse rilevante e protetto dalla norma invalidante – possono essere ora impiegati per procedere all'esame di un profilo centrale nel trattamento della nullità dell'atto: le restituzioni⁴³.

25 giugno 2014; CGUE, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, § 62, in *Pers. merc.*, 2019, con nota di SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia s.a. della Corte di Giustizia*; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, p. 424, con nota di IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*.

³⁹ CGUE, *Kásler*, *cit.*, §82.

⁴⁰ CGUE, 24 ottobre 2019, causa C-211/17, *SC Topaz Development SRL*, §76, in www.curia.europa.eu.

⁴¹ CGUE, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, §67, in www.curia.europa.eu.

⁴² Così efficacemente sintetizzata: “[q]uando la clausola vessatoria indivisibile sia essenziale deve procedersi all'integrazione dispositiva laddove si dovesse profilare una nullità del contratto premiale per il professionista”, da PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione*, *cit.*, p. 562.

⁴³ In argomento, DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 309; ID., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 551; MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; Vacca (a cura di), *Caducazione degli effetti del contratto*, Torino, 2006; BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010; PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Pers. merc.*, 2010, p. 100; De Nova (a cura di), *Le restituzioni contrattuali*, Padova, 2012; NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p.

La negazione dell'effetto vincolante realizzata, in vario modo, dalla nullità impone il problema delle conseguenze sulle prestazioni già eseguite e, ciò, anche in un ordinamento caratterizzato dall'assenza di un'esplicita disciplina in materia di restituzioni contrattuali⁴⁴. Difatti, nell'affermare la necessità di una giustificazione per ogni trasferimento di ricchezza, il sistema lascia intendere l'esistenza di un dovere di restituzione di ciò che si è ricevuto in base a un titolo giustificativo che, successivamente alla parziale o totale esecuzione, sia dichiarato nullo e abbia così perso l'efficacia vincolante nonché la sua funzione giustificatrice⁴⁵. Si tratta di un obbligo autonomo, a cui peraltro fanno riferimento importanti disposizioni, veri e propri frammenti, nelle diverse dinamiche caducatorie (artt. 1422, 1443, 1458, 1463, c.c.; ma anche, almeno, art. 81, CISG), e, quindi, distinto da quello, solo apparentemente analogo, risarcitorio, giacché stavolta il ripristino dello *status quo ante* non risponde a una logica di rimozione del danno ingiusto⁴⁶.

Orbene, nell'assenza di una disciplina generale delle restituzioni da caducazione del contratto, si è affermata la tesi che considera la normativa codicistica sulla *condictio indebiti* quale disciplina delle

783; DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2015, 517; ID., *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1120; GALLO, *Restituzioni contrattuali e inadempimento*, in *Dig. civ.*, XII, 2019, p. 343. Di estremo interesse, poi, l'indagine sulla (mancata?) ricodificazione francese di GUERRINI, *Rimedi contrattuali e e restituzioni nel novellato Code Civil: una deludente restaurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 646, nonché, per una prima panoramica europea sulle restituzioni, il ricco lavoro di SIRENA, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 657.

⁴⁴ Non a caso, nella dottrina che si è occupata del fenomeno è classico il collegamento tra l'incertezza che caratterizza le restituzioni da caducazione e l'assenza di una esplicita disciplina generale del problema: per tutti, MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali*, cit., p. 1.

⁴⁵ Per tutti, GALLO, *Unjust Enrichment: A Comparative Analysis*, in *American Journ. Comp. Law*, 1992, p. 443.

⁴⁶ Così, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 301-302; ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 209.

restituzioni connesse alla caducazione del contratto⁴⁷, così affermando l'irrilevanza del regolamento pattizio e del rimedio caducante nella vicenda restitutoria⁴⁸. Di tale lettura da tempo si lamenta la scarsa coerenza⁴⁹. Di questa critica, peraltro, è partecipe non solamente la dottrina, che ne contesta sia il fondamento sia l'effettiva

⁴⁷ *Ex multis*, SIRENA, *Arricchimento ingiustificato*, cit., p. 668; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1643; D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 769; MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 435; ID., *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Scialoja-Branca, sub artt. 2028-2042, Bologna-Roma 1981, p. 137; ID., *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 83; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, Napoli, 2004, p. 190; MAFFEIS, *Contratti illeciti*, cit., p. 30; BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, p. 229; RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1238.

⁴⁸ La tesi tradizionale – “l'azione accordata della legge per ottenere la restituzione di quanto corrisposto in esecuzione del contratto è [...] in ogni caso quella di ripetizione di indebito oggettivo, ex articolo 2033 c.c., deve reputarsi che la tutela accordata è invero sempre la stessa, anche se le patologie genetiche e funzionali che hanno vulnerato il sinallagma, rendendone necessaria l'attivazione, possono essere diverse” – è affermata da copiosa giurisprudenza: Cass. civ., 15 gennaio 2018, n. 715 in *Foro it., Rep.*, 2018, voce *Indebito*, n. 7; Cass. civ., 11 ottobre 2016, n. 20383; Cass. 07 febbraio 2011, n. 2956, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2403; Cass. civ., 15 luglio 2011, n. 15669 in *Foro it., Rep.*, 2011 voce *Indebito*, n. 12; Cass. civ., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Fam. dir.*, 2010, 999, con nota di R. GELLI, *Rottura della promessa di matrimonio e obbligazioni ex artt. 2033 e 81 c.c.*; Cass. civ., 25 ottobre 2005, n. 20651 in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Indebito*, n. 6; Cass. civ. 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Foro it., Rep.*, 2006, voce *Indebito*, n.1; Cass. civ., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 31; Cass. civ., 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Indebito*, n. 3; Cass. civ., 13 aprile 1995, n. 4268, in *Foro it., Rep.* 1995, voce *Indebito*, n. 10; Cass. civ., 24 novembre 1981, n. 6245, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Indebito*, n. 4. In giurisprudenza, l'applicabilità dell'art. 2041 è affermato, tra le tante, da Cass. civ., sez. II, 02 aprile 2009, n. 8040 in *Foro it., Rep.*, 2009, voce *Arricchimento senza causa*, n. 21 e Cass. civ., 27 ottobre 2005, n. 20933, in *Foro it., Rep.*, 2005, voce *Arricchimento senza causa*, n. 28.

⁴⁹ Per una prima distinzione delle restituzioni contrattuali dalla disciplina sull'indebito SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1917, p. 13; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, 1936, p. 204; STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*,

applicazione della regola tradizionale⁵⁰, ma anche le Sezioni Unite⁵¹. La Corte di Cassazione, infatti, ha affermato, proprio con riferimento alla nullità di protezione, la ripetibilità delle sole prestazioni effettuate dalla parte legittimata ad agire in giudizio per la caducazione

Padova, 1961, p. 70; BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 11. In tempi più recenti e secondo intensità diverse, una impostazione critica con quella tradizionale si rinviene in DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità*, cit., p. 309; ID., *La tutela civile*, cit., p. 301; BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., passim; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., passim; NICOLUSSI, *Le restituzioni*, cit., p. 791; DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi*, cit., p. 1120.

⁵⁰ *Ex multis*, GUERRINI, *Le restituzioni*, cit., p. 32; ID., *Rimedi contrattuali e restituzioni: dibattito della dottrina e tendenze nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. it.*, 2019, p. 48; DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali*, cit., p. 1124; BARGELLI, *“Sinallagma rovesciato” e ripetizione dell’indebito. L’impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 117; GALLO, *Le restituzioni contrattuali*, in *Studi in onore di Lipari*, I, Milano, 2008, p. 1079. Per la distinzione, in giurisprudenza, tra restituzione per equivalente in ipotesi di nullità e in ipotesi di risoluzione, si veda, Cass., 13 dicembre 2016, n. 25503, in *Danno e Resp.*, 2017, p. 347, con nota di BERTELLI, *Nullità della locazione, indebito oggettivo e arricchimento senza causa*. In dottrina, per tutti, ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ed effetti reali*, Napoli, 1984, p. 46.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, c. 934. Sulla sentenza, ampiamente commentata, si vedano, IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l’incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273; DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 32; MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l’investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *ivi*, p. 160; PAGLIANTINI, *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, in *ivi*, p. 169; p. 21; ID., *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contratti*, 2020, p. 18; SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *Pers. merc.*, 2019, p., p. 69; VETTORI, *Nullità selettiva e riequilibrio effettivo: l’evoluzione della buona fede*, in *ivi*, p. 21; IMBRUGLIA, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 3. Individua tra le ricadute della pronuncia un possibile ripensamento delle restituzioni contrattuali, PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all’integralità delle restituzioni: l’investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 128.

del contratto, così istituendo un collegamento tra disciplina e *ratio* della norma invalidante⁵².

6. *Pluralità delle nullità e effettività delle restituzioni.*

La strada intrapresa da parte della dottrina e, ora, dalle Sezioni Unite è giusta e la tesi tradizionale merita di essere abbandonata, proprio alla luce della dimensione plurale della nullità contrattuale. Infatti, appare tecnicamente sbagliato regolare le prestazioni già eseguite in modo unitario e senza che sia dato rilievo alla disciplina invalidante.

Si è detto che l'impostazione tradizionale considera la prestazione svolta prima della dichiarazione di nullità del contratto alla stregua di un indebito⁵³. A ben vedere, proprio questa lettura lascia intendere l'esistenza di un nesso tra la *ratio* invalidante e la disciplina delle restituzioni. Di tutta evidenza, infatti, è possibile qualificare la prestazione svolta nei termini di un indebito solo a condizione di considerare l'atto nullo come un qualcosa di inesistente e irrilevante, inidoneo a giustificare alcunché (*quod nullum est, nullum producit effectum*), così che ben possa essere corretto da un meccanismo "neutro" e comunque insensibile a ciò che è accaduto prima quale è l'indebito. Peraltro, se si osservano i diversi modi con cui il codice modula l'obbligo restitutorio (art. 2033 c.c.), ora statuendo l'irripetibilità assoluta (art. 2035 c.c.) ora limitandola quantitativamente (art. 2039 c.c.), dal punto di vista della norma invalidante, si comprende la ragione della diversa gradazione della ripeteribilità. Al contrario, se si ignora la *ratio* invalidante, non si comprende la ragione del diverso atteggiarsi, già a livello codicistico, dell'obbligo restitutorio.

Orbene, mettere in luce l'esistenza di un nesso tra la "marcata graduazione degli effetti" e la disciplina delle prestazioni già svolte consente di immaginare tante regole restitutorie quanti i trattamenti

⁵² Per una severa critica di questo passaggio della sentenza, si v. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163.

⁵³ In modo esemplare, MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 436-437; spiega il silenzio del codice con il rilievo della logica propria dell'inesistenza, PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto*, cit., p. 100.

della nullità. Inoltre, il medesimo nesso vuole dire anche che la *ratio* invalidante non esaurisce la sua *vis* normativa sul piano della legittimazione attiva o sul piano delle conseguenze future della nullità⁵⁴: come appunto dimostra proprio il rapporto tra indebito e nullità come radicale inefficacia, essa si riverbera anche sul piano restitutorio⁵⁵.

Da questo punto di vista, avere disvelato il nesso tra la disciplina delle restituzioni e la norma invalidante significa ricondurre l'obbligo restitutorio nel trattamento degli effetti dell'atto nullo. Se così stanno le cose, infatti, mentre si può convenire sull'applicazione dell'art. 2033 c.c. nell'ambito di un trattamento dell'atto nullo come radicalmente inefficace, si deve riconoscere come, fuori da questa nullità irrilevanza (legittimazione assoluta, insanabilità, etc.), l'art. 2033 c.c. niente abbia da dire. In particolare, come a nessuno viene in mente di applicare l'art. 2033 c.c. al contratto immorale (2035 c.c.) o al contratto annullabile (2039 c.c.), così occorre evitare di ricorrere a quella disposizione per disciplinare le conseguenze al contratto tollerato. In linea con il trattamento che il sistema riserva a questo tipo di nullità, dovrebbe essere possibile escludere alla ripetizione chi è estraneo al rimedio invalidante⁵⁶ e così restringere l'art. 2033 al solo soggetto protetto⁵⁷.

Tale possibilità, ovviamente, non può essere di esclusiva del legislatore⁵⁸. La circostanza che questo tipo di trattamento della nullità derivi da fonti sovranazionali non deve trarre in inganno e lasciare

⁵⁴ Questa, invece, è la tesi sostenuta dai critici della sentenza 28314/2019 e in generale dell'ammissibilità della nullità selettiva: *ex multis*, TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1124 e Corte di Cassazione, 16 marzo 2018, n. 6664 in *Foro it.*, 2018, I, c. 3246. *Contra*, MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2017, p. 842.

⁵⁵ In generale, per esatti rilievi sul rapporto tra restituzioni e rimedi contrattuali si veda DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi*, cit., p. 1123.

⁵⁶ Cass., 28314/2019, cit., §22, 23; sul punto, DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. *Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU.*, n. 28314/2019, in *Riv. dir. bancario*, 2020, p. 99.

⁵⁷ PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione*, cit., p. 172 e, *ivi*, nt. 2.

⁵⁸ In questo senso, C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 179 e, già, D'AMICO, *Nullità e risoluzione*, cit., p. 780.

supporre una sua eccezionalità o altro. La scoperta della pluralità impedisce ogni discorso in termini di regola/eccezione, di disciplina generale e di disciplina speciale, di deroga via di seguito⁵⁹. Come avvenuto rispetto all'integrazione post-vessatorietà, occorre allora che, davanti al caso concreto e al fine di evitare un esito premiale per la parte non protetta, l'interprete si faccia carico dell'effettività della tutela sostanziale rispetto al profilo restitutorio. In futuro, con "una rigorosa argomentazione capace di trarre dalle norme ordinarie e dal principio una regola contestuale di decisione"⁶⁰, le restituzioni post-nullità tollerante andranno sviluppate in linea con il resto della disciplina di negazione degli effetti, di cui costituiscono un fondamentale aspetto⁶¹.

⁵⁹ Ancora, SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema*, cit., p. 183.

⁶⁰ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 26.

⁶¹ Su questo significato, espansivo, del principio di effettività: PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 54,5 7 e 81, e, volendo, IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 989.

SARA LANDINI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Firenze

RISARCIMENTO MEDIANTE RENDITA. LA FUNZIONE PREVIDENZIALE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: 1. I contributi di Giuseppe Vettori alla teoria della responsabilità civile. – 2. Le differenti forme di risarcimento nel codice civile. – 3. Risarcimento e rendita nel codice civile.

1. I contributi di Giuseppe Vettori alla teoria della responsabilità civile.

Tra gli autori che hanno contribuito ad interpretazioni evolutive del quadro normativo della responsabilità civile cogliendo il dialogo tra le corti e le spinte che provenivano dal diritto comunitario e dal diritto straniero, merita un ruolo di rilievo l'Onorato che ha sottolineato a più riprese come la riparazione delle vittime e la finalità deterrente nei confronti del danneggiante siano nel tempo divenute prevalenti rispetto ad altre finalità della responsabilità civile pur nella polifonia degli interpreti non sempre armonica¹.

Nella quantificazione delle perdite subite dal danneggiato spicca, nei Suoi contributi, una rivalutazione della condotta del danneggiante e l'impiego di azioni più efficienti a tutela di interessi collettivi o diffusi.

¹ Ricordiamo in particolare VETTORI, *Responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in *Pers. merc.* 2008 e in *Liber Amicorum* per Francesco D. Busnelli, 2008, Milano, pp. 691 ss.; ID., *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 103 ss.; ID., *Persona e responsabilità civile*, in ID. (a cura di), *Il danno risarcibile*, 2004, Padova, pp. 1 ss.; ID., *Privacy e diritti dell'interessato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 885 ss.

In recenti pronunce, la responsabilità civile sembra orientarsi secondo una nuova mutazione, su cui speriamo di sollecitare un dialogo con l'Onorato: si potrebbe parlare di una funzione previdenziale laddove l'ammontare del credito di risarcitorio sia finalizzato a fornire sostegno economico rispetto ad un danno perdurante nel tempo.

Volendo richiamare sul punto uno dei più recenti casi, ricordiamo che il Tribunale di Milano intervenuto con la sentenza del 14 maggio 2019². I giudici milanesi in ragione delle gravissime lesioni patite dalla vittima per imperizia dei sanitari che la ebbero in cura, per un importo superiore al milione di euro, hanno sancito che, ai fini della liquidazione del danno, non potendosi stabilire, in modo oggettivo, la durata presumibile della vita della danneggiata cui sarebbe legato l'ammontare delle spese dovute per la sua assistenza, si debba ricorrere al criterio di cui all'art. 2057 c.c. ove si prevede che: "quando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia". Si tratta di una norma che prevede una particolare forma di risarcimento in caso di danni permanenti, distinti da quelli istantanei, caratterizzati per la natura permanente dell'interesse protetto e delle conseguenze dannose. Si tratta in genere di danni alla persona come un danno biologico, che porti ad una ridotta capacità lavorativa o di godimento della vita, in modo permanente o come il

² La sentenza è stata pubblicata in *Danno e resp.*, 2019, p. 647, con note di SCARPELLINO e di BRIZI. Sul tema si veda, ROSSETTI, sub art. 2057, in *Commentario E. Gabrielli, Dei fatti illeciti*, a cura di Carnevali, Torino, 2011, p. 590 ss.; FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, fondato da Scialoja-Branca, 1993; DONATO - MARIOTTI, *Il risarcimento in forma di rendita*, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 2009, pp. 914-915, il quali hanno anche compiuto un'indagine storica del fenomeno osservando come, sebbene il codice del 1865 non contenesse una disposizione analoga a quella di cui all'art. 2057, in giurisprudenza questa formula era impiegata. In alcuni casi i giudici disposero la liquidazione del danno non con un'indennità annua, come avvenuto fino ad allora, ma con il capitale corrispondente. Gli autori richiamano Cass. Milano, 18 maggio 1920, Cass. Milano, 25 maggio 1920 e Cass. Napoli, 31 luglio 1920, in *Dir. giur.*, 1920, p. 141.

danno ai prossimi congiunti in caso di decesso. Non potrebbe invece la norma riferirsi a lesioni di grande entità ma di natura temporale.

La norma non richiede una iniziativa di parte, anche se è evidente che in sede negoziale le parti possono accordarsi prevedendo un risarcimento in forma di rendita. Sarà il giudice a disporre la costituzione di una rendita a seguito di una valutazione “delle condizioni delle parti e della natura del danno”. Sul punto una risalente dottrina individuava tra le condizioni delle parti rilevanti: la scarsa attitudine del danneggiato alla prudente amministrazione del proprio patrimonio e la indigenza del responsabile. Quanto al danno si fa riferimento alla entità dello stesso e alla natura permanente che lo caratterizza³.

Dal principio espresso dai giudici milanesi, in assonanza con altri precedenti risulta che il risarcimento in forma di rendita trova applicazione nei casi in cui ricorrono le seguenti condizioni: il carattere permanente del danno e anche, questo in aggiunta rispetto ai suddetti criteri, l'impossibilità di stabilire una durata presumibile della vita⁴.

La funzione pare, qui, quella di commisurare il risarcimento al danno evitando compensazioni in eccesso o in difetto per la difficoltà di prevedere la durata della vita della vittima e anche per funzionalizzare il risarcimento al bisogno di assistenza e di cura della vittima nel prossimo futuro.

2. *Le differenti forme di risarcimento nel codice civile.*

³ DE CUPIS, *Fatti Illeciti*, in *Commentario al codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 130.

⁴ Cfr. Cass., 20 febbraio 1958, n. 553, in *Mass. Giur. It.*, 1958, vol. XXVIII, c. 117 e in *Mass. Foro It.*, 1958, vol. XXVII, cc. 106-107; Cass. 24 maggio 1967, n. 1140, in *Mass. Foro It.*, 1967, vol. XXXVI, c. 322; Cass., 6 febbraio 1970, n. 264, in *Mass. Giur. it.*, 1970, vol. XL, c. 129 e in *Mass. Foro it.*, 1970, vol. XXXIX, c. 96; Cass., sez. III, 18 novembre 2005, n. 24451, in *Resp. civ.*, 2006, p. 637 e in *Nuova giur. civ.*, 2006, p. 1123; Cass. civ., sez. III, 23 agosto 2011, n. 17514, in CED, n. 619451; Cass. civ., sez. lav., 27 novembre 2013, n. 26534, ined.; Trib. Milano 27 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 621, con nota MAZZANTI; in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1637, con nota CHINDEMI; in *Riv. it. medicina legale*, 2015, 1605, con nota di FURLANETTO – MACRÌ.

Leggendo il codice civile si avverte come il legislatore abbia individuato differenti modalità di compensazione della perdita cagionata alla vittima dal fatto illecito.

Il risarcimento potrà avvenire attraverso il pagamento di una somma di denaro corrispondente alla entità del danno cagionato.

Vi è poi il risarcimento in forma specifica. In base all'art. 2058 "Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia, il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore". I giudici hanno anche precisato la differenza rispetto al risarcimento per equivalente in denaro osservando come: "ai sensi del 2° comma dell'art. 2058 c.c., in virtù del quale, anche se il danneggiato abbia chiesto, quando possibile, la reintegrazione in forma specifica, il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente ove la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per il debitore, la differenza fra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente consiste nel fatto che, nel primo, la somma dovuta è calcolata sui costi occorrenti per la riparazione, mentre, nel secondo, è riferita alla differenza fra il bene integro (e cioè nel suo stato originario) ed il bene leso o danneggiato"⁵. Ancora in caso di fatto illecito da spossessamento, in cui la restituzione del bene poteva valere a compensare la perdita del bene, la Cassazione ha accolto la domanda del danneggiato al risarcimento per equivalente considerando comunque il danno non compensabile con la mera restituzione del bene⁶.

⁵ Così Cass. 21 novembre 2017, n. 27546, in *Mass. Foro it.*, 2017.

⁶ "Atteso il carattere assoluto dei diritti reali, la tutela degli stessi mediante reintegrazione in forma specifica non è soggetta al limite ex art. 2058, comma 2, c.c., salvo che lo stesso titolare danneggiato chieda il risarcimento per equivalente (nella specie, la suprema corte ha confermato la sentenza di merito che, in presenza di specifica domanda in tal senso, aveva accordato all'originario attore un risarcimento per equivalente dopo avere accertato, con giudizio non più sindacabile in sede di legittimità, che il bene di sua proprietà ed occupato abusivamente dai convenuti era stato irreversibilmente inglobato nel loro terreno, rendendone impossibile la restituzione)": così Cass., 20 gennaio 2017, n. 1607, in *Mass. Foro it.*, 2017.

Una terza formula è appunto quella contenuta nell'art. 2057 c.c. che vede un risarcimento per equivalente corrisposto però non attraverso un pagamento una tantum, ma attraverso una rendita. La norma si chiude dicendo che in tal caso "il giudice dispone le opportune cautele". Potrà, come vedremo ad esempio, costituire apposite garanzie a tutela del credito, ad esempio ipoteche su beni del danneggiante, ecc.

La formula non risulta essere un caso italiano ma trova rispondenza anche in altri ordinamenti sia di *civil law* sia di *common law*.

Il sistema tedesco §§ 843-844, BGB, prevede il risarcimento in forma di rendita per gravi lesioni a carattere permanente; in senso analogo il Portogallo (art. 567 codice civile). Nel Regno Unito il giudice può disporre la corresponsione del danno in forma di rendita anche senza la richiesta o l'accordo delle parti (*Court Act* del 2003). Nello stato di New York può essere imposta la liquidazione rateale del 65% dei danni futuri quantificati complessivamente in misura superiore ai 500000 \$ (§ 5031, *New York Civil Practice Law and Rules*). Un esempio di particolare interesse lo troviamo in Spagna, con particolare riguardo alla prestazione indennitaria dell'assicuratore in caso di responsabilità da circolazione stradale. La recente *ley* n. 35/2015 ha riformato il sistema di calcolo dei danni derivanti dagli incidenti stradali e l'art. 41 prevede che il giudice, su richiesta delle parti, possa accordare la sostituzione totale o parziale del risarcimento previsto nella tabulazione della legge con una rendita vitalizia. L'art. 42 precisa che il giudice potrà imporre d'ufficio la costituzione di una rendita vitalizia a favore del danneggiato nel caso in cui tale soggetto sia un minore o un incapace e reputi tale tipologia di risarcimento l'opzione migliore per la tutela dei suoi interessi⁷. Non si hanno esempi analoghi nei paesi

⁷ *La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación vino a reformular el RDLeg 8/2004 que regulaba las lesiones sufridas en accidentes de tráfico.*

Artículo 41. Indemnización mediante renta vitalicia.

1. En cualquier momento las partes pueden convenir o el juez acordar, a petición de cualquiera de ellas, la sustitución total o parcial de la indemnización

dell'America Latina. In Israele la suprema corte riconosce la possibilità di un risarcimento attraverso un *periodic payment* laddove vi sia un danno alla persona permanente e non sia possibile stabilire esattamente la durata della vita talché non è possibile determinare con certezza l'ammontare del danno (*Supreme Court ruling C.A 7375/02, Carmel Hospital and Others v. Eden Malol and others* (31 marzo 2005)).

Dalla norma risultano aperti e da risolvere i seguenti interrogativi:

- le norme sul risarcimento dei danni alla persona di cui agli artt. 138 e 139 d.lgs. 209/2005 – codice delle assicurazioni –, le quali prevedono solo il risarcimento per equivalente, sono di ostacolo all'applicazione dell'art. 2057 in ambito di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica? Si risponde solitamente di no in quanto tali norme speciali andranno lette in combinato con tutte le norme generali sui fatti illeciti⁸.

- fino a dove si spinge la discrezionalità del giudice? La norma lascia al giudice ampia discrezionalità limitandosi ad indicare i

fijada de acuerdo con el sistema establecido en esta Ley por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado.

2. *En todo caso, el juez puede acordar de oficio tal sustitución, al menos parcial, cuando se trate del resarcimiento de los perjuicios padecidos por menores o personas con capacidad modificada judicialmente y la estime necesaria para proteger más eficazmente sus intereses.*

Artículo 42. Cálculo de la renta vitalicia.

1. *Si la indemnización se establece en forma de renta vitalicia, su importe se calcula de modo que sea equivalente al capital de la indemnización que resulta de este sistema de acuerdo con la tabla técnica de coeficientes actuariales de conversión entre rentas y capitales (TT1) incluida en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48. Dicha renta se actualizará cada año de acuerdo con el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.*

2. *La renta vitalicia anual equivalente a la indemnización en capital se calcula dividiéndolo por un coeficiente actuarial que tiene en cuenta:*

a) *la duración vitalicia,*

b) *el riesgo de fallecimiento del perjudicado o del lesionado, que se determina mediante las tablas actuariales de mortalidad utilizadas en esta Ley, y*

c) *la tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación.*

3. *La renta anual puede fraccionarse en periodos inferiores, dividiéndose en tal caso por meses o por el periodo temporal que corresponda.*

⁸ ROSSETTI, *op. cit.*, p. 592 ss.

criteri di valutazione. Va detto che la indeterminatezza della durata della vita e quindi il rischio di creare condizioni di *over* o di *under compensation* ad avviso di chi scrive dovrebbe aver un ruolo importante.

3. *Risarcimento e rendita nel codice civile.*

La lettera dell'art. 2057 sembra lasciare la scelta tra un pagamento *tantum* e la corresponsione di una rendita al giudice che può stabilire una rendita per compensare il danno permanente consistente nella soppressione o nella menomazione di attività del soggetto con necessità di mezzi di sussistenza.

Stante la genericità della lettera della legge si potrà avere una costituzione di un contratto di rendita attraverso una sentenza del giudice che dovrà indicare, anche servendosi di una consulenza attuariale:

-l'importo delle rate (variabile o costante); potrebbero anche essere previsti meccanismi di adeguamento in caso di miglioramento delle condizioni della vittima attraverso *smart contracts*. Si supererebbe così uno dei problemi pratici evidenziati dalla letteratura relativi alla possibile necessità di variare gli importi nel tempo⁹;

- la durata (limitata o illimitata)
- la decorrenza (immediata o differita)
- la periodicità
- la scadenza delle rate

Per tale forma di compensazione, la rendita consente di far meglio aderire la misura del risarcimento alla natura e alla durata del danno.

Siamo in presenza di un danno pro futuro che si distingue dal lucro cessante che comunque può essere quantificato *ex ante* e corrisposto attraverso un risarcimento per equivalente in un'unica soluzione. Si parla infatti di lucro cessante inteso come mancato guadagno che deve essere provato, anche solo in via presuntiva, sia nell'*an* sia nel *quantum* ¹⁰.

⁹ ROSSETTI, *op. cit.*, p. 607.

¹⁰ Si veda da ultimo Cass., 8 marzo, 2018, n. 5613: "Il danno patrimoniale da mancato guadagno, concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale,

Ancora siamo in una situazione diversa dal danno da perdita di chance che pure viene liquidato *ex ante* per quanto sulla base della mera probabilità di un effetto futuro (perdita di chance).

Il danno da perdita di occasioni ha trovato ampi riconoscimenti, in particolare in materia lavoristica, come “concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non [...] una mera aspettativa di fatto ma un’entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”¹¹.

presuppone la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, esclusi i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, sicché la sua liquidazione richiede un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), che può essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito; (nella fattispecie, relativa alla revoca illegittima da parte del cliente di un incarico di mediazione immobiliare, la s.c. ha escluso, cassando sul punto la sentenza impugnata, che il danno subito dal mediatore potesse essere liquidato parametrandolo alle provvigioni che egli avrebbe incassato ove avesse portato a termine l'incarico, basandosi sulla sola circostanza che, al momento della revoca, avesse ricevuto numerose proposte di acquisto del bene oggetto del contratto)”.

¹¹ Cfr. Cass., 11 dicembre 2003, n. 18945, in *Giust. civ. mass.*, 2003; Cass., 21 luglio 2003, n.11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155 con nota di FAELLA; Cass., 12 giugno 2003, n. 9472, *ivi*; Cass., 20 aprile 2002, n. 5766, *ivi*; Cass., 23 novembre 1998, n. 11877, *ivi*, 1998; Cass., 19 dicembre 1997, n. 11522, in *Giust. civ. mass.* 1997. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Bologna, 20 gennaio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 878 con nota di BITETTO; Trib. Pinerolo, 14 gennaio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 5; Trib. Milano, 30 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 109 con nota di GUARISO; C. App. Venezia 24 maggio 2000, in *Giur. circ. e sinistri*, 2001, p. 477; Trib. Milano, 22 febbraio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, p. 446; Trib. Roma 20.3.1987, in *Giur. it.*, 1987, p. 337.

In dottrina BUSNELLI, *Perdita di una “chance” e risarcimento del danno*, nota a App. Parigi 6.3.1964, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 47 ss.; BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55; PRINCIGALLI, *Perdita di “chances” e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315; PONTECORVO, *La responsabilità da perdita di chance*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 447 ss.

La figura del danno da perdita di chances ha trovato particolare impiego da parte della giurisprudenza francese. Per indicazioni v. CHABAS, *La perdita di*

Con riferimento ad ipotesi di responsabilità per lesione del diritto di salute la Cassazione ha fatto da tempo impiego di tale figura ai fini della quantificazione del danno da risarcire precisando come la perdita di *chances* rappresenti una voce di danno distinta dal danno biologico in quanto “costituisce un'ipotesi di danno patrimoniale futuro, come tale risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via presuntiva ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il fatto e la ragionevole probabilità delle verificazione futura del danno”¹².

Il danno da perdita di *chance*, quindi, rappresenta una voce del danno - conseguenza inteso come futuribile detrimento che trovi la propria causa determinante in una lesione certa ed attuale di una situazione giuridica soggettiva¹³.

La rendita deve essere inoltre distinta da forme di rateizzazione. L'art. 2057 non si limita ad individuare una forma di rateizzazione in caso di danni di grossa entità, ma individua una specifica funzione previdenziale della responsabilità civile che in caso di danni permanenti alla persona deve porre a riparo la vittima dai rischi

Chance nel diritto francese della responsabilità civile, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 227.

¹² Così Cass., 27 luglio 2001, n. 10291, in *Giust. civ. mass.*, 2001.

¹³ Le nostre ricostruzioni sono fondate sulla premessa teorica che nel sistema di responsabilità civile sarebbero distinguibili un danno evento, rappresentato dalla lesione di un interesse meritevole di tutela, e un danno conseguenza, rappresentato dalle perdite patrimoniali e non determinate dalla suddetta lesione. Per tale ricostruzione cfr. DEGENKOLB, *Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes*, in *AcP*, 1890, p. 1ss.

In Italia più recentemente tale distinzione trova seguito in RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 26; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 390. Da ultimo FRANZONI, *Fatti illeciti, Commentario al codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 721. Non vi è però uniformità di orientamenti, sul punto, nella dottrina italiana. V. infatti quanto osservato da CASTRONOVO, “*Danno biologico*” senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 3 ss.; VISINTINI, *I fatti illeciti*, Padova, 1987, I, p. XIX ss.; ID., *Trattato breve sulla responsabilità civile*², Padova, 1999, p. 373; ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Alpa, vol. IV, Milano, 1999, p. 608; ID., *Diritto della responsabilità civile*, Bologna-Roma, 2003, p. 12.

conseguenti alla menomazione o alla perdita della sua capacità lavorativa a causa dell'evento dannoso. Nella plurifunzionalità della responsabilità civile accanto ad una funzione compensatoria e di deterrenza rispetto agli illeciti vi è una funzione anche più propriamente previdenziale¹⁴.

In questi casi l'entità del risarcimento è legata al rischio demografico della durata della vita e al fine di evitare problemi di sotto o di sovra compensazione, il legislatore ha individuato la formula della rendita che, se questa è la lettura da dare dell'art. 2057, non dipende dalla volontà del danneggiato, a differenza di quanto accade per la formula del risarcimento in forma specifica.

Il legislatore richiede inoltre che debbano essere anche previste apposite cautele per impedire che il danneggiante venga meno ai propri impegni. Si potrà pertanto imporre la costituzione di garanzie reali o personali. Con sentenza si potrà costituire ipoteca sui beni del danneggiante.

Si danno inoltre altri possibili esempi di cautele¹⁵:

- 1- costituzione di una rendita mediante cessione di un capitale o alienazione di un immobile;
- 2- acquisto di titoli da parte del debitore di cui l'obbligato ha la titolarità e il danneggiato l'usufrutto.
- 3- stipulazione di una polizza vita a vita intera con premio unico versato dal responsabile.

Il danneggiato verrebbe risarcito mediante le cedole che incasserebbe per tutte la propria sopravvivenza, alla di lui morte gli eredi incasserebbero il capitale. In questo caso diventa però difficile calcolare il premio unico nei casi in cui il danno è non solo

¹⁴ Sulla plurifunzionalità della responsabilità civile si veda P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 2011, p. 119 ss.; PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 165 ss.; ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2008, 288 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 19; RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.

¹⁵ ROSSETTI, *op. cit.*, p. 599.

permanente ma anche incerto perché legato ad un rischio demografico (la durata in vita dell'assicurato).

Laddove il danneggiante sia assicurato, la presenza della compagnia sarà garanzia del pagamento. Riterrei quindi che, quando il debitore finale, in virtù di un contratto di assicurazione contro la responsabilità civile del danneggiante, anche ove non sia prevista azione diretta del terzo danneggiato, sia una compagnia di assicurazione, la solidità patrimoniale della stessa trova specifiche garanzie nella vigilanza dell'autorità di controllo e non sono necessarie ulteriori cautele. Né il fatto che la compagnia non sia autorizzata ad operare nel ramo vita, in cui è previsto il pagamento della rendita, dovrebbe essere di ostacolo in quanto la rendita in questa ipotesi è una forma di esecuzione della prestazione indennitaria. È forse questo l'aspetto che richiede più attenta riflessione nei casi in cui non vi è una compagnia alle spalle del responsabile, si pensi alle aziende ospedaliere che operano in "autoassicurazione".

ANNA LASSO
Professoressa associata di diritto privato
Università della Calabria

RIFLESSIONI SU AUTONOMIA PRIVATA E PERSONA UMANA

SOMMARIO: 1. Mercato globale e contratto. – 2. I negozi con causa di consumo e la predisposizione unilaterale del contenuto del contratto. – 3. Poteri economici forti e diritto riflessivo. La valenza oggettiva delle regole private. – 4. Il contratto quale principale strumento del mercato. Limiti agli abusi e necessità di attuare bisogni di equità e giustizia. Emergenza sanitaria e «fine delle narrazioni globali». – 5. Il moderno contratto e la sua vocazione ordinamentale. – 6. La tutela della persona del contraente fra obblighi informativi e prescrizioni legali di forma. – 7. La regolamentazione degli interessi fra proporzionalità, meritevolezza e ragionevolezza. – 8. L’incidenza dell’interesse pubblico sull’autonomia privata. – 9. Il contratto fra rilevanza dell’operazione economica e centralità degli interessi esistenziali.

1. *Mercato globale e contratto.*

Negli ultimi anni, le riflessioni dei giuristi in materia di contratto sono state segnate dalla consapevolezza di dover mutare, rispetto al passato, angolo di osservazione e prospettiva di approfondimento culturale, allo scopo di calare il fenomeno dell’autonomia privata nel moderno spazio del mercato globale. Dalle pregnanti trattazioni sulla volontà¹ e dagli approfonditi studi in tema di funzione dei negozi

¹ Si rinvia, per tutti, a SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 98 ss., per il quale la volontà privata costituisce elemento cruciale dell’atto. Nella traduzione italiana dell’opera, SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, III, Torino, 1900, p. 337, rileva che intento del Savigny è quello di prospettare la volontà negoziale – fatto invisibile ed interiore – come requisito di particolare “importanza” ed “efficacia”. La concezione della volontà quale momento volitivo psicologico ed interno è osteggiata da molti autori italiani, i quali,

patrimoniali² si è, gradualmente, passati alla costruzione del contratto quale istituto fondamentale della globalizzazione, che rinviene nella dinamica dei liberi scambi e della concorrenza il motore della sua azione e della sua rinascita.

L'estensione geografica delle attività commerciali e l'integrazione funzionale dei modelli produttivi e di scambio conducono ad un sempre più crescente movimento di capitali, nonché alla diffusione di tecnologie innovative e fortemente incidenti sul procedimento di formazione del consenso negoziale. La ricchezza è prodotta e distribuita attraverso un complesso apparato di relazioni e processi, che evidenziano la tendenza a svilupparsi, fuori dalle frontiere nazionali, gli accordi e la cooperazione tra soggetti con differenti attitudini e poteri.

In tale contesto, lo strumento contrattuale si propone all'attenzione dell'interprete come criterio di regolamentazione del mercato

dalla metà degli anni Cinquanta del secolo scorso in poi, dedicano parte dei loro studi al tema del consenso: GORLA, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 253 ss.; ID., *La logica illogica del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 215 ss.; SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1345 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992, p. 48 ss.

² Le costruzioni dottrinali in materia di causa rappresentano, sin dalla codificazione del 1865, un'alta espressione della elaborazione civilistica: BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, p. 116 ss.; VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1919, p. 374 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 411 ss.; BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici: dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova, 1932, p. 31 ss. Dall'entrata in vigore del codice civile del 1942 in avanti, continuano a fiorire gli studi in tema di funzione del negozio. Si pensi alle pagine di: MIRABELLI, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.*, 1950, p. 91 ss.; ID., *Il vizio della causa nel negozio giuridico*, in *Dir. giust.*, 1950, p. 257 ss.; ID., *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 323 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 53 ss. e p. 171 ss.; GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 547 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 18 ss.; BESSONE, *Causa e motivo nella disciplina del testamento*, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 728 ss.; ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2377 ss.

internazionale³, subendo le conseguenze di una tale connotazione, nel senso che ad esso viene affidato il compito di mediare tra opposte esigenze di mercato, di contenere gli squilibri conseguenti al diverso approccio soggettivo al regolamento privato, espressione di forze economiche quasi mai comparabili, oltre che la funzione di limitare la forza pervasiva di imprese, dotate di poteri destabilizzanti l'ordine economico. La sfera dell'incontro tra privati via via si dilata, divenendo luogo di confluenza di interessi superindividuali e regolati dalla legge del mercato senza limiti e confini.

La reciproca comunicazione di aspettative e bisogni, le condotte prenegoziali ispirate alla correttezza informativa, i tradizionali modelli di scambio del consenso, l'accordo sui contenuti e sulle forme da attribuire al regolamento privato arrivano a dissolversi in uno spazio di forza ed invadenza di regole destinate a disciplinare rapporti sempre più complessi e sempre meno inclini a sottendere istanze di limitato valore economico. La *lex mercatoria*, cioè, finisce col soppiantare il processo di graduale formazione dell'atto di autonomia, un tempo frutto di scelte ponderate, discusse e gradualmente condivise⁴.

Contratto, relazioni economiche extraterritoriali e posizione dominante delle imprese rappresentano, dunque, cruciali punti di osservazione per il giurista.

2. *I negozi con causa di consumo e la predisposizione unilaterale del contenuto del contratto.*

Il contratto del mercato globale pone lo studioso dinanzi a molteplici questioni.

³ Sul contratto quale mezzo diretto a regolare i rapporti che si instaurano all'interno dell'«unità economica dei mercati», v. GALGANO, *Prefazione*, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993. Il contratto è, in seno al mercato della produzione e degli scambi, strumento di profonda trasformazione delle relazioni sociali ed economiche: così, ID., *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Soc. dir.*, 1990, p. 158.

⁴ Per interessanti spunti di riflessione su autonomia privata e *lex mercatoria*, v. FRANZESE, *Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 797 ss. Più di recente, CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 1, Napoli, 2008, p. 5 ss.

Il mutamento dei soggetti della contrattazione, l'affidamento della volontà negoziale alle tecniche della comunicazione *online*, la sostituzione delle macchine erogatrici di beni all'uomo nella sua corporeità e libertà, lo svuotamento dell'essenza dialogica del contratto, il venir meno dell'accordo nel suo antico significato rappresentano alcuni dei più importanti temi d'indagine.

In primo luogo, gli attori chiamati ad agire nel mercato senza frontiere sono gli operatori professionalmente organizzati, le imprese ed i consumatori. Le dinamiche contrattuali inevitabilmente risentono del ruolo ricoperto dalle parti nei rapporti economici, sempre più ancorati a scopi di efficienza e profitto. Da un lato, il professionista e le imprese forniscono, a costi variabili, specializzazione ed esperienza, utili ad assicurare la circolazione di beni e servizi idonei a realizzare interessi rilevanti; dall'altro, il consumatore, che è sovente parte debole della contrattazione⁵, afferma bisogni non sempre riducibili al valore patrimoniale, venendo in considerazione istanze che si collocano sul piano gerarchicamente sovraordinato delle situazioni esistenziali.

La presenza del consumatore conferisce una fisionomia nuova al contratto, il quale diventa mezzo di disciplina di interessi intimamente conflittuali. La causa di consumo muta l'intero assetto negoziale, lasciando emergere, nel mercato concorrenziale⁶, la prioritaria esigenza di tutela del soggetto economicamente e contrattualmente più fragile⁷.

⁵ Secondo P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 309, il consumatore non sempre è parte economicamente debole del contratto. Quando i consumatori di determinati beni si uniscono, possono costituire un gruppo di pressione forte e condizionante.

⁶ In un ampio sistema di mercato, la concorrenza – oltre a razionalizzare l'allocazione delle risorse, a favorire l'accesso ai mercati di nuovi operatori e ad evitare le concentrazioni permanenti di potere economico – spinge le imprese ad un continuo aumento della quantità, varietà, qualità ed innovazione di prodotti e servizi e ad un costante ribasso dei prezzi verso il valore di costo, accrescendo le possibilità di scelta dei consumatori.

⁷ Il fondamentale obiettivo di tutelare il consumatore ha indotto a ritenere la disciplina contrattuale di matrice europea densa di prescrizioni caratterizzate

In seconda battuta, il proliferare di negoziazioni affidate ai mezzi informatici⁸ continua a far meditare su aspetti di fondo: l'individuazione del momento perfezionativo del contratto⁹, la rilevanza giuridica dei nuovi mezzi di prestazione del consenso, nonché l'efficacia degli strumenti di tutela dell'acquirente di beni non corrispondenti alle indicazioni fornite in sede di accordo telematico.

Da ultimo, il venir meno del dialogo, cioè il limitato ricorso allo strumento della parola – veicolo di interessi ben definiti e chiari – stravolge il contratto, progressivamente sganciato dal meccanismo

dall'inderogabilità dei livelli minimi di protezione imposti dal legislatore comunitario. Per una valutazione in chiave critica della questione della natura imperativa ed inderogabile delle norme comunitarie in materia di tutela del consumatore, si rinvia a CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 258 ss., il quale, oltre ad affermare che il giudizio sulle regole sovranazionali deve essere fondato su una valutazione tesa a valorizzare la natura degli interessi sottesi al contratto, si chiede se la portata assiologica di certe disposizioni comunitarie autorizzi l'interprete ad avvalersi dei principi che ne stanno a fondamento nell'ambito di tutti i contratti, ovvero soltanto in quelli che concernono il settore dei consumi. A tal ultimo proposito, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 420, afferma che è davvero arduo pensare che gli atti negoziali individuali ed estranei al ciclo produttivo dell'impresa possano sottrarsi al clima culturale e, soprattutto, all'apparato di regole e principi che, nati a salvaguardia di esigenze proprie del consumatore, introducono nel sistema – valutato nella sua unitarietà e complessità – una più ampia e ragionevole protezione di interessi sostanziali diversi e molteplici.

⁸ L'automatismo che caratterizza la conclusione dei contratti telematici determina il definitivo distacco del negozio contrattuale dall'intervento "diretto" dell'uomo nel momento perfezionativo: CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 375. I contratti informatici segnano il superamento delle tradizionali vie di elaborazione ed espressione del consenso: da un lato, la forma che caratterizza il contratto è quella "elettronica"; dall'altro, viene in essere una peculiare modalità di formazione delle volontà negoziali, le quali, elaborate dal *software*, esprimono un risultato giuridicamente rilevante, ma non propriamente riferibile ai dichiaranti, perché automaticamente determinato dal programma informatico. Sul progressivo processo di oggettivizzazione del contratto, v. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 557 ss.

⁹ Si rinvia alle dense pagine di CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985, p. 17 ss.

dell'incontro fra proposta ed accettazione. La fortunata formula degli "scambi senza accordo", utilizzata da una parte della dottrina¹⁰, sottende un profondo mutamento di rotta nel sistema della formazione dei contratti. La crisi del consenso e la sempre più ridotta condivisione degli obiettivi da perseguire mediante l'atto di autonomia segnano il passaggio dal patto come incontro di volontà alla predisposizione del contenuto del contratto ad opera di uno solo dei contraenti.

È proprio la tecnica della formazione unilaterale del contratto che sollecita maggiori approfondimenti.

In un sistema caratterizzato da informazione, produzione e distribuzione di massa, era inevitabile che si affacciasse all'orizzonte anche la c.d. contrattazione di massa.

¹⁰ Il riferimento è a IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss., per il quale l'accordo non può che fondarsi sul dialogo tra le parti. Quest'ultimo, progressivamente, è stato sacrificato dall'aridità degli strumenti della moderna comunicazione. Sul tema, già molti anni prima, ID., *Idola libertatis*, Milano, 1985, p. 51 ss., aveva avuto modo di rilevare che l'accordo è la confluenza delle decisioni delle parti. La concordanza non si ha se non fra decisioni espresse ed esternate. L'esternazione è requisito appositamente richiesto dalle disposizioni codicistiche in materia di conclusione del contratto. Affinché sia raggiunto l'accordo, è necessario che ciascun contraente renda nota la propria decisione attraverso l'esternazione, che altro non è se non "forma" di espressione del consenso. In definitiva, allora, in seno al contratto lo scambio dei valori economici presuppone lo scambio reciproco e costante di valori linguistici. Di diverso avviso, OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 527, per il quale dalle norme sulla disciplina generale del contratto non è dato desumere che presupposti dell'atto siano la trattativa, il dialogo e l'espressione linguistica. Comportamenti strutturalmente diversi dal meccanismo previsto dall'art. 1326, comma 1, c.c. risultano comunque idonei ad assicurare adesione alla proposta contrattuale. Se è vero che il diffondersi di nuove tecniche di formazione del contratto ha determinato l'abbandono dei tradizionali canoni linguistici, è anche vero che nei formulari e nelle negoziazioni telematiche le due volontà convergono pur sempre in un accordo. Si tratta di uno scambio "muto", ma non per questo privo dell'accordo, cioè della convergenza delle volontà, tra le quali una è adesione alla manifestazione espressa dal contraente che propone. Sul punto, altresì, BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 148 ss. L'attuale "polimorfismo" del contratto si manifesta nella duplice possibilità di realizzare uno scambio dialogico e di dar luogo ad una semplice adesione al regolamento da altri predisposto: ID., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss.

In seno ai contratti standard, come è noto, si assiste all'adesione del contraente debole – estromesso dal procedimento di creazione del contenuto negoziale – al regolamento da altri programmato. Se i vantaggi connessi alla determinazione unilaterale possono essere ravvisati nell'esigenza di assicurare trattamenti economici uniformi e nella volontà di razionalizzare ed agevolare la distribuzione di beni e l'erogazione di servizi, gli svantaggi sono tutti collegati alla posizione di dominio del predisponente e alla sua inclinazione ad introdurre clausole abusive, dunque, connessi alla condizione di subordinazione e debolezza del contraente aderente¹¹.

Il potere di determinazione del contenuto, esercitato dall'impresa in condizione di supremazia, interroga sulle rinnovate funzioni del contratto.

3. *Poteri economici forti e diritto riflessivo. La valenza oggettiva delle regole private*

¹¹ Per quanto riguarda le questioni connesse ai contratti non negoziati, v. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, p. 75 ss.; ID., *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 14 ss.; ID., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 7 ss.

Nell'era di crisi della statualità¹² e della legge¹³, si assiste all'emersione di nuove forme di creazione delle regole, in un contesto nel quale il diritto pare avere sempre più difficoltà ad «afferrare il nuovo»¹⁴.

Alla perdita di centralità della legge si accompagna la progressiva espansione della regola privata, proveniente dal basso e frutto dell'attività creatrice di poteri economici forti, capaci di dettare statuizioni idonee a proiettare la loro efficacia di là dai nessi che legano i protagonisti della singola vicenda economica. La potenzialità espansiva delle disposizioni private, cioè la valenza oggettiva delle regole *extra ordinem*¹⁵, è il segnale di un significativo mutamento

¹² Sul rapporto tra luoghi e modi di produzione giuridica e relazioni economico-sociali, v. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.

¹³ Oggi, più che mai, compito della legge è «porsi il problema dell'effettività delle norme e del loro costante aggiornamento [...], con una ricerca attenta e rigorosa dei criteri che l'ordine giuridico fissa per dare risposte ad ogni problema di vita»: VETTORI, *Quid iuris? Prima lezione di diritto alle matricole fiorentine*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 186. La crisi della legge affonda le sue radici nella crescente forza delle fonti sovranazionali, nell'ampliamento dei poteri delle autorità amministrative indipendenti e nel proliferare di organizzazioni economiche dotate della capacità di creare regole. Sulla crisi della legge statale, MODUGNO e NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 411 ss.; NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 327 ss.; MENEGHELLI, *Breve spunto di riflessione critica su un aspetto particolare dell'attuale crisi della legge*, in *Dir. soc.*, 1990, p. 217 ss. La delegificazione è diretta conseguenza dell'assunzione, da parte dei gruppi economici protagonisti delle relazioni di mercato, di un potere forte. Su delegificazione e *deregulation*, si rinvia alle risalenti pagine di TEUBNER, *Aspetti, limiti, alternative alla delegificazione*, in *Soc. dir.*, 1985, p. 7 ss.; CIMELLARO, *Delegificazione e deregulation. Linee d'ombra su un mito*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 88 ss.

¹⁴ L'espressione è di VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 54.

¹⁵ Sul contratto quale strumento di creazione di regole dalla valenza oggettiva, v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale*, cit., p. 28 ss. Sia consentito un rinvio a LASSO, *Crisi della legge ed autorità del mercato*, in HELZEL e KATOLO, *Autorità e crisi dei poteri*, Padova, 2012, p. 70. Sulla capacità ordinante della statuizione negoziale, nonché sul contratto come strumento di creazione di regole dalla potenzialità espansiva, v., già in passato, PASSERIN D'ENTREVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, 1934, p. 14 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 811 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*,

del sistema delle fonti del diritto, nel quale l'autonomia privata assume una portata innovatrice, per la capacità del regolamento di estendere i suoi contenuti – nella medesima prospettiva dell'astrattezza e generalità delle norme giuridiche – ad una molteplicità di rapporti e ad una varietà di soggetti coinvolti nelle complesse vicende di mercato.

La deroga al principio di compartecipazione alla fase di definizione del programma negoziale, cioè il limite alla libertà della parte di contribuire alla formazione dell'atto, si traduce in esercizio di potere non soltanto economico, ma pure normativo.

Allora, l'inscindibilità dei concetti di mercato e contratto si coglie nella concezione dell'autonomia come fonte che cristallizza regole di formazione spontanea, le quali pongono in discussione la stessa funzione del diritto. In effetti, molti fattori del mercato concorrenziale contribuiscono ad esaltare il valore generale e superindividuale del contratto come disciplina di rapporti intersoggettivi.

All'acuta osservazione e descrizione del fenomeno, da parte della più attenta dottrina civilistica, si associa la contestuale preoccupazione di dover assistere ad un capovolgimento dell'apparato dei poteri regolativi delle relazioni umane.

Il diritto riflessivo si sottrae alla necessità di coinvolgimento dei destinatari delle regole, venendo meno ogni possibilità di costruzione democratica del consenso. Il passo indietro della legge è quasi necessitato dall'avanzare dei mercati, in un sistema policentrico, ove tutto sembra mutato rispetto al passato.

Per lungo tempo, lo Stato ha affermato la sua primazia come autorità creatrice di norme destinate alla sua conservazione e come unico depositario della funzione di controllo sui meccanismi di produzione del diritto¹⁶. La rigidità di questa visione di ordinamento è

Milano, 1959, p. 6 ss.; PERGOLESI, *Sistema delle fonti normative*, Milano, 1973, p. 98 ss.; SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 27.

¹⁶ In una dimensione stalistica del diritto, risulta centrale la considerazione di quest'ultimo come insieme di norme poste dall'unica entità superiore che è lo Stato. Per qualche spunto di riflessione, v. LIBERTINI, *Sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme sui diritti fondamentali dei Trattati europei*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 216 ss., per il quale, ad un certo punto della storia, si realizza una

destinata a vacillare nel momento dell'apertura del sistema alle variegate componenti dell'esperienza sociale, vivacizzata dall'emersione di nuovi centri di potere, volti a rivendicare estesi ambiti di indipendenza ed autodeterminazione. I fenomeni di pluralismo, che rappresentano il segnale più evidente della nascita e dello sviluppo dei sottosistemi economico-sociali, pongono in rilievo come la sovranità sia destinata ad entrare definitivamente in crisi, sezionandosi in diverse forme di autorità e dominio.

Nel quadro appena delineato, acquista tutta la sua forza il pensiero di chi avverte che il pericolo del nostro tempo è che la «bruta fattualità» si insinui dappertutto. Nell'esperienza quotidiana, è possibile assistere ad episodi dinanzi ai quali il contratto, abbandonato alla relatività di scelte soggettive, si impone con una forza prima impensabile¹⁷. Il pericolo è che, quando il fatto è relegato nella materialità degli interessi patrimoniali preponderanti, può venir meno la stessa possibilità di esprimersi nella direzione tracciata dall'ordinamento giuridico¹⁸.

4. *Il contratto quale principale strumento del mercato. Limiti agli abusi e necessità di attuare bisogni di equità e giustizia. Emergenza sanitaria e «fine delle narrazioni globali».*

Se il contratto dell'era globale fosse soltanto tutto ciò che si è detto, ovvero se l'atto di autonomia fosse asservito alle forze rappresentative del mercato, troppo profondo risulterebbe essere il divario

vera e propria rivoluzione “copernicana”, fondata sulla costruzione politica della sovranità statale, sull'idea della statualità del diritto e del primato della legge.

¹⁷ In tal senso, BENEDETTI, “*Ritorno al diritto*” ed ermeneutica dell'effettività, in *Pers. merc.*, 2017, p. 9.

¹⁸ Il binomio contratto ed ordinamento indica il rapporto fra l'autonomia, quale espressione dell'interesse particolare dei privati, ed il sistema ordinamentale, quale espressione dell'interesse generale della *societas*: cfr. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 12, per il quale il rapporto dialettico tra autonomia privata e ordinamento giuridico assume connotati diversi a seconda del periodo storico di riferimento ed in relazione alle diverse concezioni della causa, che è mezzo mediante il quale il programma negoziale “procede” dall'individuo, considerato nella specificità dei suoi interessi, alla società nella sua dimensione globale.

fra autonomia e diritto. Le prassi mercantili, cioè, sottrarrebbero terreno al diritto e alla sua funzione di disciplina e direzione delle relazioni sociali.

Nella prospettiva della mera razionalità economica, anche lo strumento negoziale idoneo a produrre regole dall'efficacia esterna, in deroga alla relatività degli effetti contrattuali, finirebbe con l'essere esiliato al ruolo di mero criterio di incentivazione e promozione dei traffici.

Serve però tracciare, rispetto al percorso finora indicato, un'alternativa linea di indagine, lungo la quale il contratto possa assumere una fisionomia diversa rispetto al volto assegnatogli dal mercato, in seno al quale l'autonomia privata finisce col rappresentare ed interpretare bisogni economici eterogenei e col seguire il verso dei maggiori flussi di potere.

Le norme, specie quelle provenienti dal basso, sono in grado di reggere il sistema se hanno un fondamento e questo non può essere solo l'ordine economico, vale a dire la regolamentazione dei contingenti interessi di parte.

Occorre valorizzare l'altra e diversa dimensione del contratto e bisogna indugiare su una visione della globalizzazione non basata esclusivamente sui principi del mercato, ma capace di ravvisare nella centralità della persona e nel riconoscimento dei diritti dell'uomo i presupposti per la realizzazione di una «globalizzazione giuridica dal volto umano»¹⁹. Gli effetti connessi alla mondializzazione degli scambi non si limitano, quindi, all'espansione dei rapporti economici o alla nascita di un «ordine contrattuale privato», ma determinano il sorgere di nuove e diversificate situazioni giuridiche soggettive, meritevoli di particolare attenzione. Il riferimento è al diritto dei lavoratori a trattamenti giusti ed equi, al diritto alla salubrità dell'ambiente, alla sicurezza, alla salute, alla *privacy*, alla tutela della dignità e dell'identità, nonché alla pretesa a non subire alcuna forma di discriminazione²⁰.

¹⁹ Si rinvia alle osservazioni di CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 137.

²⁰ CAPOBIANCO, *op. loc. ult. cit.*

Il gioco tra economia e diritto, ossia tra fattualità ed orizzonte giuridico, è questione tra le più complesse²¹, oltre che punto dal quale ripartire, alla ricerca di un fondamento valoriale dell'atto negoziale.

Serve restituire al diritto il ruolo di promozione e governo delle forze economiche, compito che da sempre gli è proprio, per ricostruire un sistema che contempra l'autonomia e il contratto quali elementi fondamentali e strutturali e che abbia al proprio vertice fonti esterne ai mercati, in grado di svolgere la loro imprescindibile funzione di orientamento verso la realizzazione del modello costituzionale di giustizia sostanziale²². Il mercato e con esso i suoi strumenti inevitabilmente necessitano di un garante esterno, di una regola eteronoma, la quale, pur nel tendenziale rispetto delle istanze di correttezza e di giustizia retributiva che nel mercato si realizzano, impedisca instabilità, insicurezza e prevaricazioni²³.

Il mercato, allora, ha bisogno del diritto ed il contratto produttivo di regole deve riconoscere nelle fonti sovraordinate la direzione dell'agire privato.

In tale contesto, interrogativo di fondo, che ci si pone sulla scia di autorevole dottrina, è se possa attribuirsi al fatto e, nello specifico, al mezzo contrattuale un «contenuto assiologico essenziato di verità»²⁴. È come chiedersi se il contratto possa, nel rinnovato sistema delle fonti, farsi interprete di bisogni di equità e giustizia²⁵.

²¹ Per un approfondimento delle questioni richiamate nel testo, v. ancora BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

²² Si rinvia a CRISCUOLO, *Autonomia negoziale*, cit., p. 29.

²³ Così, ancora, CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 43.

²⁴ L'espressione è di BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 9.

²⁵ Sulle radici storiche del rapporto tra contratto e giustizia e tra autonomia privata e solidarietà, v. RICCIARDI, *Solidarietà, contratto e giustizia*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 135 ss. La giustizia nel contratto non può essere evocata come protezione di un interesse di parte, ma soltanto come espressione di interessi generali e di principi costituzionali da attuare pienamente: così, VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 10; ID., *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 150, il quale rileva che il richiamo alla giustizia indica un profondo cambiamento nella teoria del diritto privato: non più soltanto la legge, ma i principi costituzionali e sovranazionali.

Si tratta di un quesito di primaria importanza, soprattutto in tempi complessi come quelli attuali. L'emergenza sanitaria mondiale ha determinato un profondo mutamento della vita e delle abitudini degli uomini. La pandemia «ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione»²⁶, con pesanti conseguenze sugli assetti politici e sociali. La necessità di evitare il diffondersi del contagio, la centralità della tutela della salute e la necessità di far ripartire un'economia in ginocchio sono i grandi temi del presente, di un presente spogliato delle opportunità della globalizzazione o, forse, liberato dai pericoli di un mercato sempre più pervasivo.

Il capovolgimento delle priorità nell'era della diffusione del coronavirus rende ancor più ricco di senso l'interrogativo poc'anzi formulato. Le urgenze dell'oggi, cioè, attribuiscono un significato diverso ai fatti umani ed impongono di affidare all'economia e ai suoi mezzi rinnovati ruoli.

Appare quanto mai attuale l'avvertimento di chi rileva che «la teoria postmoderna che smitizza fondamento e valori in una radicale insignificanza va messa da parte», perché «addita un sentiero interrotto dall'inestricabile vegetazione nichilista»²⁷.

Crisi sanitaria ed economica, «fine delle narrazioni globali»²⁸, primazia dei diritti umani e bisogno di un ritorno alla solidarietà costituiscono le ragioni che spingono a rivalutare l'esperienza dei privati nel mercato e ad inquadrare l'atto di autonomia nell'ottica dei princípi.

5. *Il moderno contratto e la sua vocazione ordinamentale.*

In una più ampia visione d'indagine, questione di fondo è, dunque, se il contratto sia tale da rivelare una significativa vocazione ordinamentale²⁹.

²⁶ Sul ruolo del diritto dinanzi all'irrompere dell'attuale tragedia sanitaria, v. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 5.

²⁷ Ancora, BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ Le parole sono di VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

²⁹ Già da tempo, parte della dottrina tiene a precisare che il diritto dei contratti ha il compito primario di percepire ed attuare «un ordine complesso di valori e di princípi»: VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 177.

Nella civilistica italiana degli ultimi anni, certe scelte editoriali e la tendenza ad approcciarsi al tema del contratto sulla base del rapporto fra persona e mercato³⁰ attestano la volontà di indagare la possibilità dell'atto di autonomia di prospettarsi quale strumento attuativo di valori.

In prima battuta, la marcata attenzione verso la figura del consumatore esprime la necessità di assicurare alla parte debole della contrattazione un'effettiva e piena tutela³¹. Va detto, però, che non è mai parsa produttiva di effetti la costruzione di una rigida e compatta categoria del "consumatore"³², in quanto la molteplicità delle cause di consumo dimostra la varietà degli interessi di soggetti che si presentano più che come entità economiche, quali persone con un differente universo di bisogni, capacità, attitudini³³. Se la ricerca del mezzo di tutela più adeguato risponde alle necessità del consumatore-persona, più che del consumatore-parte debole dell'operazione economica, la visione di molti problemi muta decisamente.

Nel trasferimento di beni di consumo, nella vendita di pacchetti turistici, nel contratto di credito al consumo, nella multiproprietà e

³⁰ Si vuol fare riferimento al significativo percorso di studi tracciato dalla Rivista "*Persona e mercato*", protagonista per venticinque anni del dibattito culturale sui principali temi del diritto privato, nonché al sempre più marcato interesse della dottrina privatistica verso la rilettura in chiave costituzionale del diritto civile. Si pensi, fra tutti, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2008, *passim*.

³¹ Per PAGLIANTINI, *Immagini postmoderne di un diritto comune dei contratti: variazioni sugli artt. 1105 Code civil e 1323 c.c.*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 21, il canone della "maggior tutela" del consumatore, quale grimaldello del sistema, ha la virtù di disegnare un nuovo volto del diritto dei consumi e di prospettare un diverso modello operativo della disciplina generale del contratto.

³² Secondo VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 18, «non occorrono nuove categorie costruite sulle qualità del contraente, ma un metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione».

³³ A parere di P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore*, cit., p. 309, vi è un'ambiguità non soltanto ideologica nella nozione di consumatore ed è ravvisabile una variabilità talmente forte che è impossibile costruire una categoria unitaria, se non in termini essenzialmente descrittivi e formali.

nelle altre fattispecie negoziali sulle quali è intervenuto il legislatore comunitario, soggetto degno di particolare protezione non è il consumatore astrattamente inteso, ma, rispettivamente, colui che necessita di determinate utilità perché siano più agevoli le attività del vivere quotidiano, colui che sfrutta la vacanza come occasione di svago, ma soprattutto di crescita, conoscenza, ristoro psico-fisico, chi ha bisogno di liquidità per far fronte a necessità urgenti, colui che gode in via turnaria del bene immobile per assicurare a sé e alla propria famiglia un'opportunità di benessere.

Si delineano, così, interessi che sono, innanzitutto, esistenziali e non propriamente valutabili in termini economici. La dimensione patrimoniale dell'operazione negoziale, cioè, sottende istanze meritevoli di tutela, in quanto espressioni di valori personalistici.

Pur se molti dei rimedi previsti dal codice del consumo sembrano ispirarsi a criteri di pura razionalità economica³⁴, riferimento soggettivo della tutela è il contraente che invoca bisogni non sempre compatibili con le tipiche dinamiche del mercato competitivo.

Le regole che nascono per i mercati si pongono, generalmente, obiettivi di retribuzione, lasciando sullo sfondo profili di equità distributiva³⁵. In linea di massima, infatti, la tutela comunitaria del consumatore è accordata non tanto perché quest'ultimo è soggetto bisognoso di speciale protezione sociale, sibbene in ragione dell'importanza del ruolo che egli, quale soggetto economico, è chiamato a svolgere per il corretto funzionamento dei traffici commerciali.

Appare, però, indubbio che l'apparato di norme, predisposto negli anni passati ed oggi integrato da nuove regole, si colora sempre più di una "significazione" intimamente diversa, specie quando l'interprete è indotto a ravvisare nella parte debole della negoziazione il

³⁴ Si pensi, in particolar modo, ai rimedi previsti dalla codificazione del 2005 nel caso di difetto di conformità del bene di consumo. Il codice del consumo prevede che, prima ancora di ricorrere alla riduzione del prezzo e alla risoluzione per inadempimento, il consumatore possa percorrere la via della richiesta di riparazione e sostituzione del bene non conforme alle qualità promesse in sede di stipulazione del contratto. La gerarchia dei rimedi si ispira essenzialmente a criteri di razionalità e convenienza economica. Sul punto, si rinvia a CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 139.

³⁵ CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 301.

soggetto degno di tutela indipendentemente dalle esigenze della concorrenza. L'atteggiamento negativo verso l'abuso dell'altrui stato di difficoltà, verso l'eccessivo squilibrio, ricollegabile ad asimmetrie di potere, non è reso necessario soltanto al fine di garantire le regole della dialettica economica. Le soluzioni rispettose degli equilibri patrimoniali non sono unicamente imposte dai criteri mercantili di efficienza. Il terreno valoriale nel quale queste soluzioni sembrano trovare radici profonde è quello dell'eguaglianza sostanziale e della solidarietà costituzionale³⁶.

6. *La tutela della persona del contraente fra obblighi informativi e prescrizioni legali di forma.*

In particolare, le due principali vie percorse dal legislatore comunitario ed interno sembrano avere quale punto di confluenza la persona nella sua dimensione di valore. Il riferimento è all'imposizione di penetranti obblighi informativi³⁷ a carico dell'imprenditore e alla previsione di forme negoziali ai fini della validità degli atti. Si tratta di strumenti che si pongono, sin da subito, in rigida opposizione all'inidoneità del mercato a realizzare assetti di interessi ispirati alla proporzionalità.

Dal primo punto di vista, la possibilità di ricevere adeguate e complete informazioni si pone come diritto del contraente alla trasparenza dell'operazione economica³⁸. L'informazione deve possedere

³⁶ Secondo DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 35, la normativa di derivazione comunitaria in materia di contratti appronta tutele che si presentano "ritagliate" in ragione del "valore d'uso" dei beni acquistati dai consumatori.

³⁷ Sui rimedi applicabili nell'ipotesi di violazione di obblighi informativi, si rinvia alle riflessioni di VETTORI, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 25 ss.

³⁸ La corretta informazione è garanzia della stabilità del vincolo ed il dovere di fare chiarezza sui vari aspetti della contrattazione risponde ad esigenze di trasparenza dell'operazione economica. Su dovere di informazione e trasparenza si rinvia, in special modo, ai contributi pubblicati all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina dei contratti del consumatore: RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, *passim*; DI GIOVANNI, *Difetto di trasparenza e valutazione di vessatorietà delle clausole predisposte nei contratti del consumatore*, in Ruffolo (a cura di), *Clausole «vessatorie» e «abusive»*, Milano, 1997, p. 191 ss.; GIAMMARIA, *Commento all'art. 1469 quater*, in

gli attributi della completezza, chiarezza e verità. Non qualunque dato informativo è in grado di rendere comprensibile l'intento negoziale, rilevando unicamente quello di qualità e che sia tale da far cogliere con consapevolezza l'essenza del contratto. In caso di sensibile squilibrio tra le posizioni di partenza dei soggetti coinvolti, l'interesse allo sfruttamento del vantaggio informativo, ad esclusivo beneficio di colui che lo detiene, entra in conflitto con l'esigenza di protezione della controparte. L'informazione, allora, è mezzo attuativo di rapporti ispirati alla condivisione e alla solidarietà³⁹. Dall'altro lato, emerge il bisogno di interventi correttivi volti a bilanciare, in seno al contratto, le debolezze di partenza attraverso la statuizione di forme legali, nella convinzione che una piena tutela passi attraverso un puntuale controllo sul regolamento ed un'esatta conoscenza del contenuto del contratto. La previsione di oneri formali è funzionale all'esigenza di espressione, da parte del consumatore, di un consenso responsabile, ma anche alla necessità di consentirgli la piena verifica della corrispondenza tra promessa ed esecuzione⁴⁰.

In tale ambito, trova piena condivisione l'impostazione di quella parte della dottrina che, da tempo, propone una lettura in chiave assiologica della forma negoziale. Quest'ultima è chiamata a riscoprire un rinnovato rapporto con l'atto di autonomia privata, nel senso che le prescrizioni formali, in molti settori dell'ordinamento, perdono la

Alpa e Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997, p. 666 ss.; MINERVINI, *La trasparenza e l'interpretazione del contratto*, in AA.VV., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 129 ss.; DI GIOVINE, *Commento all'art. 1469 quater*, in Cesàro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratti del consumatore*, Padova, 1999, p. 572 ss.; MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 751 ss.; CARTA, *L'obbligo di chiarezza e trasparenza sancito dall'art. 5 della direttiva 93/13 e dall'art. 1469 quater cod. civ.*, in Vaccà (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità*, Milano, 2000, p. 121 ss.

³⁹ Sia concesso un richiamo a LASSO, *Appunti sulla trasparenza nei rapporti di consumo*, in Ramos Vazquez e Fava (a cura di), *Certezza e trasparenza tra diritto ed economia*, Padova, 2017, p. 53 ss.

⁴⁰ Per qualche approfondimento, v. LASSO, *La forma negoziale fra libertà e legge: i civilisti italiani e le pagine da rimeditare*, in Mifsud Bonnici e Comite (a cura di), *Libertà e diritti tra regole ed economia*, Padova, 2015, pp. 169 e 170.

valenza di superiori comandi posti per limitare gli spazi di manifestazione della volontà, per divenire strumenti di concretizzazione di interessi giuridicamente rilevanti⁴¹.

Nella civilistica italiana, la riflessione sull'elemento formale, ad un certo punto, si traduce in sforzo ricostruttivo teso a porre in primo piano valori intangibili. Si sottolinea, infatti, che il giudizio di legittimità costituzionale deve consistere in un controllo di conformità della forma «ai valori fondamentali, cioè nella congruità della forma ai fini dell'attuazione dell'interesse protetto, là dove essa non può essere fine a se stessa, arbitraria e capricciosa, bensì “mezzo ad un fine” omogeneo alle scelte di fondo dell'ordinamento»⁴². Ciò comporta che ogni prescrizione di forma venga prevista «non per una funzione qualsiasi, ma per una funzione che sia comunque costituzionalmente apprezzabile»⁴³. Apprezzabilità della forma rispetto alla Costituzione significa valutazione del profilo formale di là dalla sua sola idoneità a concorrere alla nascita e sopravvivenza del negozio⁴⁴. Ogniquale volta la prescrizione legale sia posta a presidio di bisogni primari, cioè qualora la forma imposta si traduca in garanzia di interessi in linea con la tutela della personalità umana, il contratto è in grado di interpretare ed attuare i valori ordinamentali.

Il giudizio di conformità ed adeguatezza delle forme, allora, non è analisi dell'astratta rispondenza di queste al sistema, ma valutazione concretamente orientata in senso assiologico.

7. *La regolamentazione degli interessi fra proporzionalità, meritevolezza e ragionevolezza.*

All'evoluzione normativa ed interpretativa in tema di forme negoziali si accompagna il sempre più pregnante bisogno di valutare

⁴¹ P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 95 ss.

⁴² P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1999, p. 60.

⁴³ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ Sulla funzionalizzazione dei vincoli formali all'attuazione degli interessi protetti dall'ordinamento, v. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale*, cit., 228 ss.

l'atto di autonomia nel quadro delle potenzialità che esso ha di attuare, attraverso la causa, i principi che si pongono a fondamento dei rapporti sociali e giuridici.

Lo sganciamento della causa dal contenuto delle obbligazioni assunte dai contraenti e la sua evoluzione in termini di funzione del negozio hanno profondamente modificato l'approccio ai tradizionali temi del contratto.

La separazione della nozione di causa da quella di tipo contrattuale⁴⁵ e la valorizzazione dei contenuti della tesi incentrata sulla funzione economico-individuale dell'atto⁴⁶ consentono di porre l'accento su due elementi: da un lato, la necessità di considerare il regolamento privato quale espressione di interessi peculiari e contingenti; dall'altro, l'obbligo di considerare il controllo di conformità come verifica della rispondenza del negozio ai principi fondamentali sui quali poggia l'intero sistema. Accantonato ogni sforzo di incasellamento del singolo contratto nel modello tipizzato dal legislatore, l'attenzione dell'interprete si sposta sul piano della giustificazione causale del contratto, al quale è possibile attribuire validità solo se meritevole⁴⁷ ed apprezzabile nei suoi intenti e nelle sue finalità.

⁴⁵ Sul passaggio dal tipo contrattuale al concreto interesse perseguito dal soggetto, v. ancora CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 253 ss.

⁴⁶ Il riferimento è alla tesi proposta, quale correttivo alla teoria bettiana della causa come funzione economico-sociale, da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; ID., *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, p. 31 ss. Ogni regola negoziale non può che essere "espressione oggettivata" di specifiche finalità soggettive e la causa, più che uno degli elementi del negozio, rappresenta lo strumento attraverso il quale la regolamentazione negoziale manifesta l'assetto di interessi diviso dalle parti. Per approfondimenti, v. CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 183 ss. Sul passaggio dalla causa come funzione economico-sociale alla causa come funzione economico-individuale del contratto, v. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 14, a giudizio del quale se la causa esprime al contempo la funzione e l'elemento del programma negoziale, è logica conseguenza che su questo secondo termine rilevi la volontà del singolo riversata nel contratto.

⁴⁷ Per CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 189 ss., la meritevolezza è la coerenza del negozio ai valori sottesi alle fonti gerarchicamente sovraordinate.

La meritevolezza, “predicato” dell’autonomia⁴⁸, e l’apprezzabilità sociale della causa costituiscono elementi imprescindibili del negozio⁴⁹, il quale, dunque, non è soltanto congegno del mercato⁵⁰, ma strumento dotato di forza promozionale⁵¹.

Il controllo di corrispondenza del contratto agli obiettivi dell’ordinamento giuridico⁵² deve allargarsi a tutte le fattispecie negoziali⁵³, in quanto non opera, rispetto ai contratti tipici, una presunzione di liceità e di meritevolezza dell’interesse perseguito dalle parti⁵⁴. I modelli negoziali tipizzati legalmente non sempre sostengono istanze soggettive in linea con le opzioni di fondo del sistema. L’indagine sulla causa, che deve pertanto investire le vicende sottese

⁴⁸ Così, MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell’art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019, p. 25.

⁴⁹ In giurisprudenza, per recenti puntualizzazioni sulla meritevolezza, v. Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3114. Parte della dottrina ritiene che la pronuncia sia “esemplare” nel precisare il ruolo attuale della meritevolezza: VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017/2, p. 82.

⁵⁰ FRANZONI, *La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 61, individuando il significato della meritevolezza attraverso il richiamo all’art. 41, comma 3, Cost., sottolinea che il contratto non può essere sempre «fedele alla dura legge della domanda e dell’offerta, propria di un liberismo sfrenato».

⁵¹ Sulla necessità di sottolineare il nesso esistente tra la meritevolezza ed i valori costituzionali, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 115 ss. A parere di MAGNELLI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e la meritevolezza degli interessi*, Napoli, 2014, p. 233, la valutazione dell’atto negoziale deve sempre incentrarsi su un vaglio secondo Costituzione, vale a dire su un giudizio condotto alla stregua della gerarchia dei valori e dei principi.

⁵² Sulle nuove prospettive interpretative della meritevolezza, v. PENNASILICO, *Dal “controllo” alla conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 857 ss., il quale ritiene necessario ripensare la meritevolezza alla luce dell’interesse ambientale. Sulla stessa scia, CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, pp. 148 e 149, il quale sottolinea che la “sostenibilità”, in quanto espressione sociale del valore esistenziale, è in grado di delimitare il significato concreto della meritevolezza dell’attività privata.

⁵³ Cfr. Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 849 ss., con nota di SBORDONE, *Illiceità ed immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*.

⁵⁴ Sottolinea l’opportunità di distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità, CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 186 ss.

sia ai contratti nominati sia a quelli innominati⁵⁵, ha una dimensione concreta e dinamica, rivolgendosi alla meritevolezza e alla liceità dell'operazione economica presa in considerazione nella sua complessità, nella varietà delle sue componenti soggettive ed oggettive⁵⁶.

La gerarchia dei valori in base alla quale deve essere espresso il giudizio di adeguatezza dell'atto colloca al vertice il pieno ed assoluto rispetto delle primarie esigenze dell'uomo «mettendo capo a forti spinte personalistiche, in una logica di depatrimonializzazione dei rapporti civili e, nell'ambito dei rapporti squisitamente patrimoniali, a forti spinte equitative e perequative tese a combattere gli squilibri che si riflettono nei regolamenti contrattuali e garantendo rimedi sempre più incisivi»⁵⁷.

Alla luce di quanto appena rilevato, fine ultimo del controllo sul contratto è neutralizzare asimmetrie di potere e squilibri lesivi dell'eguaglianza e della solidarietà.

⁵⁵ Ribadisce la necessità di un controllo ampio, che superi la distinzione tra tipicità ed atipicità, VILLANACCI, *Interesse lecito e interesse meritevole: i limiti sostanziali all'autonomia negoziale*, in *Pers. merc.*, 2016, p. 15, per il quale gli interessi negoziali «vanno sottoposti ad indagini di meritorietà tanto nei negozi innominati, quanto in quelli predisposti dal legislatore; infatti l'assunzione del tipo nell'ordinamento giuridico non importa automatica meritevolezza». La tipicità, lungi dall'essere un sicuro indice di meritevolezza, altro non è se non mero "sintomo" di apprezzabilità dell'atto: G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 253. Per una sovrapponibilità della meritevolezza al profilo della conformità del negozio alle norme imperative, v. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*², Milano, 1946, p. 13; GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 199 ss.; STOLFI, *Luci ed ombre nell'interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, p. 145 ss.

⁵⁶ Se si prende in considerazione la fattispecie concreta in tutte le sue particolarità, si è in grado di cogliere, nell'intero sistema delle fonti, le regole ed i principi più adeguati: P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 398. Nella stessa direzione, VETTORI, *L'ordonnance sulla riforma del contratto in Francia*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 9, a parere del quale occorre sempre partire dalla fattispecie concreta per qualificarla e serve individuare le norme inderogabili di limite, fissando il controllo attraverso le leggi di settore, le clausole generali e le norme indeterminate, come la buona fede e l'ordine pubblico.

⁵⁷ Si rinvia alle pagine di CRISCUOLO, *Autonomia negoziale*, cit., p. 190.

In tale direzione, emerge la proporzionalità, quale principio teso ad assicurare il riequilibrio del regolamento⁵⁸, ogniqualvolta si ravvisi, più che l'assenza di una perfetta equivalenza tra le prestazioni, una disparità di trattamento fra le parti, protagoniste di una vicenda patrimoniale nella quale sbilanciato è il rapporto fra vantaggi e pregiudizi, fra opportunità e sforzi, fra diritti ed obblighi.

Se la proporzionalità tende all'equilibrio, su un differente piano interpretativo si colloca la ragionevolezza⁵⁹. Nell'ambito dell'autonomia privata, la ragionevolezza opera nei confronti degli interessi sottostanti al contratto e rappresenta l'idoneità dell'atto a raggiungere l'equilibrio delle posizioni contrattuali, non l'equilibrio stesso come fatto materiale rilevante ai fini della conservazione del negozio.

Su questa via, suscita pieno assenso la tesi di una dottrina, per la quale un atto è ragionevole quando è "preordinato" al raggiungimento dell'equilibrio degli assetti di interessi fra le parti⁶⁰. A tale impostazione potrebbe obiettarsi che, così procedendo, la ragionevolezza, quale strumento di controllo nella fase esecutiva del contratto, finisce per acquisire le caratteristiche di una comparazione in astratto, piuttosto che di un bilanciamento in concreto. In verità, non è come si è appena detto. La valutazione circa l'idoneità dell'operazione economica a realizzare l'equilibrio non è e non potrebbe essere un giudizio *ex ante* sul regolamento privato. Al contrario, si tratta di

⁵⁸ Sulla rilevanza assiologica del principio di proporzionalità, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 459; ID., *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, cit., p. 401, il quale rileva che proporzionalità non significa equivalenza tra le prestazioni, né stretta corrispettività. Proporzionalità vuol dire regolamento equilibrato e tale da distribuire in maniera congrua diritti ed obblighi.

⁵⁹ Secondo G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 21 e 22, non è possibile sovrapporre la ragionevolezza alla proporzionalità e quindi ai valori giusnaturalistici dell'equilibrio, dal momento che viene in considerazione un criterio che, nel rispetto del principio di legalità, contribuisce ad individuare, nel momento applicativo, la soluzione più conforme alla logica complessiva del sistema e dei valori che contribuiscono ad identificarlo nella sua essenza.

⁶⁰ Utile è la lettura delle pagine di GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, pp. 213 e 214.

un giudizio *a posteriori*, il quale, nell'essere teso a valutare l'oggettiva capacità dell'operazione ad essere in equilibrio, si interroga sulle ragioni concrete dell'eventuale sproporzione. Il principio di ragionevolezza negli atti di autonomia ha un duplice ambito di operatività: da un lato, seleziona gli interessi meritevoli nella fase del controllo della causa; dall'altro, esamina l'atto nel momento esecutivo, in ragione della capacità dello stesso a condurre all'equilibrio delle posizioni contrattuali⁶¹.

Accertata la proporzionalità, come relazione economicamente equilibrata fra le prestazioni, e verificate ragionevolezza e meritevolezza dell'atto, come conformità a scopi di utilità sociale oltre che ad esigenze di tutela della dignità umana, il contratto è in grado di riscoprire e manifestare i suoi contenuti solidali e di giustizia.

8. *L'incidenza dell'interesse pubblico sull'autonomia privata.*

L'attitudine dell'autonomia privata a realizzare istanze personalistiche è fatto riconducibile non soltanto alla disciplina europea del contratto. L'ordinamento italiano, ancor prima dell'irruzione del legislatore comunitario, aveva già tutti i mezzi per pervenire a soluzioni analoghe a quelle ispirate all'esigenza di piena tutela del contraente debole⁶².

L'immanenza nel sistema interno del principio di proporzionalità – della presenza del quale è chiaro indice la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e della rescissione del contratto per lesione, oltre che la normativa in materia di garanzie e di riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva – la consapevolezza della centralità della causa quale elemento che evidenzia la corrispondenza dell'atto all'ordinamento, la rilevanza della buona fede nella disciplina dei rapporti privati⁶³ dimostrano che l'autonomia contrattuale giammai può sottrarsi ai valori.

⁶¹ GIORGINI, *op. ult. cit.*, pp. 215 e 216.

⁶² Così rileva CRISCUOLO, *op. ult. cit.*, p. 305.

⁶³ Il sempre più marcato interesse verso la buona fede, la meritevolezza della causa e l'ordine pubblico dimostra la consapevolezza che il controllo giudiziale sull'atto, fondato sul complesso sistema delle fonti, non è diretto alla protezione di interessi individuali e contingenti, ma è volto alla realizzazione di un interesse

Parte della dottrina italiana, ancor prima che la normativa sovranazionale stravolgesse l'impianto codicistico dei contratti, si interrogava sul problema della legittimazione costituzionale dell'autonomia privata.

L'idea di fondo è che la negoziazione si manifesta, oggi, sempre più in tecniche e forme differenziate, le quali dimostrano come l'atto, pur espressione di iniziativa privata, sia tale da tendere alla realizzazione della personalità dei contraenti.

Punto focale della riflessione è l'interesse pubblico, il quale, nel passaggio dall'autorità del codice dei rapporti commerciali alla sovranità della Costituzione, cessa di essere interesse superiore dello Stato o dei gruppi intermedi, venendo a coincidere con la realizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo. L'interesse pubblico, che fortemente influenza la regolamentazione privata, non può essere identificato economicisticamente con l'esigenza della produttività nazionale, ma deve essere caratterizzato da istanze solidaristiche e dall'attuazione di più equi rapporti sociali⁶⁴.

In sintesi, l'interesse pubblico è quello che coincide con la promozione dei valori che si riconnettono alla persona quale centro dell'ordinamento e la causa è il primo elemento sul quale si manifesta la sua forza modificatrice. In tal senso, rilevano sia le ipotesi nelle quali lo schema contrattuale viene adattato e vincolato inderogabilmente ad un interesse specifico, innovando la semplice funzione di base, sia le ipotesi in cui tale innovazione non si realizza, perché lo schema iniziale ha già "incorporato" l'interesse pubblico o quest'ultimo si attua incidendo direttamente su altro requisito negoziale e solo indirettamente sulla sua funzione⁶⁵.

Che l'interesse pubblico alla realizzazione di valori personalistici investa l'atto ed il rapporto che ne scaturisce è testimoniato dalle stesse vicende dell'esecuzione della prestazione.

pubblico fondato sulla Costituzione e sulle altre fonti sovraordinate. Per approfondimenti, v. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2016, p. 145.

⁶⁴ Sempre attuali appaiono le riflessioni di P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in ID., *Il diritto dei contratti*, cit., p. 58 ss.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, pp. 62 e 63.

Soprattutto in tempi di emergenza sanitaria, il fenomeno dell'attuazione del rapporto contrattuale si presenta profondamente mutato. L'esigenza di tutela della salute individuale e pubblica fa sì che la mancata esecuzione della prestazione non sia imputabile al contraente inadempiente.

La necessità di limitare il contagio è circostanza non ascrivibile alla volontà dell'obbligato e, al pari di tale ipotesi di esonero da responsabilità, trova giustificazione ogni comportamento della parte che si sottrae agli obblighi negoziali in ragione dell'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti o a causa dell'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà sociale⁶⁶.

Da quanto appena detto si ricava, allora, come l'interesse pubblico, interpretato nel senso indicato, sia tale da attribuire nuovi contenuti al regolamento privato, dal momento della sua realizzazione a quello della sua attuazione. Nascita, esecuzione delle prestazioni e sopravvenienze contrattuali, cioè, rappresentano momenti dell'autonomia sui quali principi e valori esercitano una forza dirompente.

Tutto ciò è in linea con una rinnovata visione del contratto, sganciato dai meccanismi del puro scambio e, spesso, incline a garantire la persona nei suoi bisogni primari.

9. Il contratto fra rilevanza dell'operazione economica e centralità degli interessi esistenziali.

Il fenomeno dell'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata va valutato nell'ottica delle opportunità conferite dal sistema ai singoli contraenti, i quali pervengono alla conclusione del contratto non soltanto per conseguire utilità economiche.

⁶⁶ Da tempo, parte della dottrina interpreta la «causa non imputabile», posta alla base dell'impossibilità sopravvenuta, nella prospettiva ermeneutica dell'«umanizzazione» e «socializzazione» del diritto delle obbligazioni: P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario al codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 454 ss.

La rilevanza degli interessi esistenziali delle parti, dunque, impone il passaggio dall'errato presupposto che l'ordinamento frappone limiti⁶⁷ all'autonomia privata alla consapevolezza che vengono, invece, in essere strumenti positivi di trasformazione del negozio, cioè di promozione delle istanze più meritevoli⁶⁸. Tramontata l'idea che i limiti alla libertà negoziale altro non sono se non vincoli esterni all'atto, si profila l'esigenza di interpretarli sempre più come congeniti all'autonomia, la quale assume rinnovate forme e finalità proprio in relazione alla sua funzionalizzazione ad istanze di giustizia. Tutto ciò che astrattamente può essere percepito come compressione degli spazi di libertà acquista il valore di misura conformativa dell'autonomia⁶⁹ e di adeguamento dell'atto agli interessi giuridicamente sovraordinati.

Gli obblighi legali a contrarre, la necessità di tutela del prelatario, l'imposizione di comportamenti ispirati alla buona fede, l'integrazione del regolamento ad opera delle fonti eteronome costituiscono alcuni dei mezzi tesi ad esaltare e valorizzare gli scopi dell'autonomia.

Nel quadro finora descritto, assumono particolare rilievo tutte le fattispecie negoziali in seno alle quali maggiormente evidente risulta essere l'interesse non patrimoniale del contraente.

⁶⁷ I limiti al potere costituiscono espressione di una democrazia fondata sulla priorità dei diritti fondamentali e sull'effettività della garanzia ad una vita libera e dignitosa: VETTORI, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 7.

⁶⁸ A parere di ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss., i controlli effettuati sul regolamento privato, lungi dal prospettarsi quali espressioni di un sistema dirigitico, costituiscono manifestazioni della libertà di mercato. Per quanto attiene al rapporto fra atto di autonomia e vincoli esterni, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 334 ss.

⁶⁹ Il controllo sul contenuto dell'atto costituisce possibilità di conformazione della regola privata ai principi fondamentali dell'ordinamento italo-europeo: così, PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione"*, cit., p. 851.

In particolare, un richiamo va fatto ai negozi di cura, ai contratti chirurgici, al vitalizio assistenziale⁷⁰, al contratto c.d. ecologico⁷¹. Si tratta di figure nelle quali la dimensione economica dell'operazione negoziale passa in secondo piano rispetto alla prioritaria esigenza di assicurare, rispettivamente, terapie appropriate al paziente, adeguata assistenza a soggetti in condizione di disabilità e protezione all'ambiente, che è non soltanto luogo di collocazione dei beni, ma risorsa strumentale al libero e pieno sviluppo della personalità umana.

Al fianco delle fattispecie negoziali volte a far fronte ad esigenze di protezione⁷², sostenibilità ambientale, svago, crescita, ricerca, promozione e comunicazione, si pongono altri modelli contrattuali, idonei a contemperare interessi patrimoniali ed esigenze in linea con il libero e pieno sviluppo della personalità. Si pensi, nel tentativo di valorizzare il contenuto non patrimoniale del testamento, allo strumento in grado di conferire il vantaggio di ottenere la conclusione di un particolare contratto, che l'onorato non avrebbe avuto la possibilità immediata di ottenere e che realizza il bisogno abitativo e la necessità di acquisire denaro per sopravvivere, per sottoporsi a cure,

⁷⁰ V., per tutte, Cass., 19 ottobre 1998, n. 10322, in *Giur. it.*, 1999, p. 2269 ss. Di recente, v. Cass., 25 maggio 2017, n. 13232, in www.cortedicassazione.it, dalla quale emerge che il contratto di mantenimento e assistenza è un accordo aleatorio atipico, al quale ricorrono coloro che, bisognosi di cure e sostegno, acquisiscono l'assistenza, materiale e/o morale loro necessaria, cedendo in cambio la nuda proprietà del loro immobile, mantenendo l'usufrutto del bene. La fattispecie negoziale si caratterizza per l'infungibilità e la proporzionalità delle prestazioni, nonché per l'alea che deve sussistere al momento della conclusione del contratto, pena la nullità per difetto di causa.

⁷¹ Per un attento studio del nuovo paradigma negoziale del "contratto ecologico", si rinvia, per tutti, a PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 767 ss.; ID., *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 166 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 46 ss., per il quale l'interesse ambientale può penetrare nel contratto e rinnovare la causa, emergendo il profilo della «doverosità dell'uso razionale delle risorse naturali».

⁷² Sul contratto diretto ad assicurare la realizzazione di esigenze di cura e assistenza, v., per tutti, ZANA, *Il contratto di assistenza alla persona*, Pisa, 2000, p. 18 ss.

per intraprendere o proseguire il percorso di formazione culturale e professionale.

In definitiva, il sistema delle relazioni economiche è e deve essere al servizio dell'uomo e della coesione sociale⁷³, essendo le situazioni di contenuto patrimoniale chiamate a svolgere un ruolo strumentale rispetto a quelle esistenziali.

In altri termini, per collocarsi fuori dalla struttura del contratto, serve spostare l'attenzione sugli aspetti teleologici degli atti di autonomia negoziale e sulla compatibilità di questi rispetto all'ordinamento nella complessità ed unitarietà delle sue fonti normative.

Dalle osservazioni che precedono risulta, allora, che il contratto è sequenza unitaria e composita che ingloba il regolamento, le condotte che ad esso si connettono per conseguire i risultati desiderati, nonché il complesso di tutte quelle regole che sintetizzano le situazioni, i rapporti e gli interessi anche non patrimoniali, che finiscono col rappresentarne la chiave di volta e l'essenza. Proprio gli interessi che non si prestano ad essere ridotti allo schema appropriativo costituiscono la linea direttrice lungo la quale sembra snodarsi la nuova fase di evoluzione dell'autonomia privata.

⁷³ C'è chi evidenzia la necessità di comprendere che la coesione sociale è il nucleo essenziale di ogni sana economia sociale di mercato, costituendone "pre-messa" ed "obiettivo": così, GRISI, *Diritti e coesione sociale*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 100. Di "valore concreto" della coesione sociale discute VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 10; ID., *Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 92, per il quale giustizia e coesione sociale devono rappresentare «un metodo di lavoro».

EVA LECCESE
Professoressa associata di diritto privato
Università “G. d’Annunzio” Chieti-Pescara

**L’AMBIENTE: DAL CODICE AMBIENTALE
ALLA COSTITUZIONE, UN PERCORSO AL
CONTRARIO? (RIFLESSIONI INTORNO AI
PROGETTI DI LEGGE PER L’INSERIMENTO
DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE E DELLA
TUTELA AMBIENTALE TRA I PRINCIPI
FONDAMENTALI DELLA COSTITUZIONE)**

SOMMARIO: 1. Premessa e posizione dei problemi. – 2. Sui disegni e sulle proposte di legge: qualche riflessione preliminare. – 3. I progetti: uno sguardo d’insieme. – 4. Le riflessioni intorno ai progetti di legge: a) sulla sostenibilità; b) sulla nozione di ambiente e sulla tutela degli animali; c) sull’ambiente come diritto fondamentale.

1. Premessa e posizione dei problemi.

L’emergenza sanitaria che stiamo vivendo ha reso palese le storture di un sistema, che ha dato per scontato tanti valori, tra i quali la libertà, la socialità, gli affetti, la salute e la certezza della cura. Abbiamo compreso, avvertendone la necessità, che non è, poi, così ovvio passeggiare, respirare l’aria del mare, correre nei parchi, stare a contatto con la natura, quella stessa natura che avevamo dato per acquisita: l’aria, l’acqua, il mare, l’ambiente in generale.

Le drammatiche giornate trascorse, responsabilmente e consapevolmente chiusi in casa per debellare il *virus*, non possono non richiamare alla mente le altrettanto drammatiche giornate vissute da chi tanti anni fa si è confrontato con l’isolamento da e per diossina: gli abitanti di Seveso (10 luglio 1976), costretti a contingentare le uscite, avvolti nella nube tossica dove si distingueva, nitida e chia-

ra, la sagoma della paura. L'ambiente aggredito, di cui parlava Giannini¹ solo pochi anni prima, oltraggiato per l'ennesima volta, diveniva a sua volta aggressore, trasformandosi in un pericolo per chiunque volesse vivere una dimensione esistenziale normale, qualitativamente accettabile. La riflessione, allora, dedicata ad un tema, l'inserimento della tutela dell'ambiente nella Costituzione, e maturata in una fase storica davvero particolare, non può prescindere dal contesto attuale – nel quale peraltro si stanno esaminando le possibili correlazioni tra l'inquinamento atmosferico e la diffusione del virus responsabile del Covid-19 – perché, ora come allora, è in gioco l'esistenza dell'uomo ed il suo diritto ad una vita dignitosa, in una società, cioè, dove venga riconosciuto il diritto fondamentale, imprescindibile, di ogni uomo alla salute e all'ambiente, che è elemento determinativo della qualità della vita e che definisce complessivamente il sistema delle relazioni umane². Pur in perfetta salute, infatti, la qualità della vita non è più la stessa se si è costretti a difendersi dall'ambiente, perché inquinato dalla diossina, contaminato da veleni, infetto dal *virus*.

Quel ricordo, di una realtà non vissuta ma conosciuta attraverso la lettura e la rielaborazione dei documenti ufficiali, è rimasto impresso nella mente e solidamente ancorato ad un'idea sempre più nitida, sempre più chiara, dell'ambiente come diritto fondamentale di ogni uomo e di ogni essere vivente, idea e concetto cui ha dato voce la Corte costituzionale nel 1987³: l'ambiente è «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività» e il danno ambientale è il «pregiudizio arrecato da qualsiasi attività volontaria o colposa, alla persona, agli animali, alle piante e alle risorse naturali (acqua, aria, suolo, mare), che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamen-

¹ GIANNINI, 'Ambiente': saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 25 ss.

² GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, n. 3, p. 10: «l'ambiente è divenuto un punto di riferimento, nelle società contemporanee, per il riconoscimento e la garanzia dei diritti (i diritti della persona sono strettamente connessi con la qualità dell'ambiente, che ne costituisce il presupposto indispensabile per il loro esercizio)».

³ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro it.*, 1988, I, c. 346.

te». La sensibilità ambientale del giurista è profondamente mutata rispetto all'epoca in cui scriveva Giannini⁴ ed è cambiata rapidamente, anche nel giro di pochissimi anni, quasi parallelamente al mutare delle condizioni climatiche. Il “problema ambiente” è divenuto, drammaticamente, una questione esistenziale da risolvere, non solo per garantire alle generazioni future un pianeta vivibile e risorse naturali ancora fruibili, ma per l'esistenza stessa dell'uomo, ora, qui e adesso.

La città di Taranto con lo stabilimento Ilva, la Terra dei Fuochi con i rifiuti tossici, l'isola (dei rifiuti) di plastica nell'Oceano Pacifico⁵, appartengono alla nostra quotidianità molto più di quanto ne faccia parte la tranquillità e la salubrità dei luoghi del Parco nazionale d'Abruzzo, di cui parlava la Corte dei conti tanti anni fa⁶. La drammaticità dei fatti e la reazione dell'ambiente all'aggressione dell'uomo, in termini di danno alla salute, fanno disperdere nella drammaticità del contingente l'identità del diritto all'ambiente in quanto tale, non declinato nell'ambito della salute.

Le toccanti parole di Papa Francesco nella enciclica *Laudato si'*⁷ risuonano nella coscienza, anche laica, di ognuno di noi⁸.

⁴ Oramai molti anni fa GIANNINI, *Ambiente': saggio sui diversi suoi aspetti giuridici'*, cit., p. 15 ss., nel porre in luce la (allora) scarsa attenzione dei politici alle tematiche ambientali e la non sviluppata sensibilità della giurisprudenza, evidenziava come una preoccupata attenzione alla salute del nostro pianeta caratterizzasse, invece, biologi, urbanisti e ambientalisti dai quali provenivano allarmanti indicazioni. Scrive GIANNINI, *op. cit.*, p. 16: «negativo [...] l'atteggiamento del magistrato penale, investito di denunce anche da parte di comuni; sino agli anni Sessanta inoltrati per i reati di inquinamento e urbanistici non si procedeva».

⁵ La *Great Pacific Garbage Patch*, che galleggia nella zona dell'Oceano Pacifico tra California e Arcipelago hawaiano, è la più grande chiazza di rifiuti del pianeta.

⁶ Corte conti, sez. I, 18 settembre 1980, n. 86, in *Foro it.*, 1981, III, c. 179.

⁷ «Questa sorella protesta per il male che le provochiamo [...]. Siamo cresciuti pensando che eravamo suoi proprietari e dominatori, autorizzati a saccheggiarla»; ancora, «la sfida urgente di proteggere la nostra casa comune comprende la preoccupazione di unire tutta la famiglia umana nella ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale, poiché sappiamo che le cose possono cambiare»: *Lettera enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco sulla cura della Casa Comune*, 24 maggio 2015, rispettivamente a §§ 2 e 13.

L'idea di universalità, di casa comune, per noi e per le generazioni future, è una realtà concreta che appartiene ad ogni uomo, ad ogni coscienza, laica o cattolica: tale realtà, spoglia, se si vuole, di ogni trascendenza (la creazione è la natura, è l'uomo e gli altri esseri viventi, è tutto ciò che esiste, anche le pietre) pone l'uomo di fronte all'ambiente nel quale vive, che gli appartiene ma "responsabilmente", poiché appartiene anche alle generazioni future.

Sul fronte laico, deve, poi, segnalarsi la nota del Miur del 7 novembre 2019, n. 33521, sull'offerta formativa universitaria, che invita gli Atenei a riservare un adeguato numero di crediti formativi sui temi della sostenibilità e salvaguardia ambientale. Muta, con il cambiare della coscienza sociale, dunque, anche l'approccio del legislatore, attento non solo alla tutela ambientale, ma alla formazione di coscienze ambientali.

Gli anni che hanno fatto la storia del diritto all'ambiente⁹ sono stati segnati da tappe fondamentali, sin troppo note per doverle ripercorrere nel dettaglio; momento fondamentale è la legge 349/1986 (Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale), che ha dato inizio ad un *iter* normativo confluito nel Codice ambientale e nelle successive modifiche alle quali si deve l'assetto attuale, frutto del dialogo tra legislatore comunitario e nazionale; parallelamente la giurisprudenza (costituzionale, civile, amministrativa, penale, comunitaria ed europea) ha messo a fuoco principi e valori che hanno integrato il sistema, facendo assurgere, anche formalmente, l'ambiente a valore primario

⁸ «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»: *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo* (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948), *Preambolo*.

⁹ Il primo fatto di rilievo, pone in luce GIANNINI, *op. cit.*, p. 16, è stata la cosiddetta Commissione Franceschini (*Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*), che si fece con la legge 26 aprile 1964, n. 310. I risultati furono resi pubblici nel 1967 con una relazione («Per la salvezza dei beni culturali in Italia», *Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e a valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, 1967, voll. 3).

(e facendo, dunque, emergere ciò che il sistema normativo già conteneva).

In questo contesto, però, nessun legislatore ha mai formalizzato, in una norma che ne sancisse la natura di diritto fondamentale, la tutela ambientale in Costituzione o, meglio, tra i principi fondamentali, ed il termine ambiente è entrato a far parte del lessico costituzionale solo nel 2001, con la riforma del titolo V.

Proposte in tal senso sono state formulate nelle legislature passate, ma la XVIII appare particolarmente ricca di disegni e proposte, esplicitazione della mutata sensibilità di cui si è detto, della necessità, dunque, di porre un argine al fluire della degradazione ambientale, che ha caratterizzato, in maniera esponenziale, gli stessi anni che hanno visto nascere le iniziative legislative più importanti in materia ambientale. Il sistema produttivo ha agito, quasi *legibus solutus*, e la “società civile” ne ha seguito talora il passo, con un consumo sfrenato di beni ad elevatissimo impatto ambientale, pagandone poi drammaticamente le conseguenze. Può sembrare un caso, ma nulla è a caso, e la notizia di uno dei più recenti progetti di inserimento della tutela ambientale in Costituzione, risalente alla fine del 2019, è stata pubblicata¹⁰ proprio nei giorni in cui le pagine di quasi tutti i quotidiani erano occupate dalla discussione sull’opportunità di reintrodurre il c.d. «scudo penale» per l’Ilva¹¹. Il

¹⁰ *Ansa*, 29 novembre 2019, Dichiarazione del Ministro Costa, 2 ottobre 2019.

¹¹ V. tra i tanti, *ilsole24ore.com*, 20 novembre 2019; *repubblica.it*, 11 novembre 2019; *ilpost.it*, 11 novembre 2019. La vicenda è nota e riguarda la comunicazione della volontà di recesso di Acelor Mittal, resa nota il 4 novembre 2019, dovuta anche al caducarsi del c.d. “scudo penale”, per effetto della mancata proroga del termine per l’efficacia dell’esimente (per gli illeciti amministrativi e penali eventualmente commessi nella gestione dell’impianto), originariamente prevista dall’art. 2, comma 6, d.l. 5 gennaio 2015, n. 1. Alla comunicazione ha fatto seguito il ricorso d’urgenza ex art. 700 c.p.c., a iniziativa dei commissari straordinari, di cui il Governo ha dato notizia con la nota del Presidente 13315 del 15 novembre 2019; la Procura di Milano, con un Comunicato stampa di pari data ha reso noto di aver «deciso di esercitare il diritto-dovere di intervento, previsto dall’ultimo comma dell’art. 70 c.p.c., nella causa di rescissione del contratto di affitto d’azienda promosso dalla società Arcelor Mittal Italia contro l’amministrazione Straordinaria dell’Ilva», avendo ravvisato «un preminente interesse pubblico relativo alla difesa dei livelli occupazionali, alle necessità eco-

collegamento tra le due notizie è evidente e il legame è inscindibile: l'ambiente non tutelato impone ora scelte o, meglio, decisioni improrogabili, non solo per finalità di protezione (troppo tardi) ma per l'impossibilità di continuare a vivere e lavorare in quei luoghi.

Sui giornali, dunque, il paradosso dell'uomo che afferma il suo diritto alla vita e all'ambiente, che della qualità della prima è elemento determinativo, e che deve compiere, nello stesso tempo, la scelta drammatica tra la vita e il lavoro, scelta, quest'ultima, di fronte alla quale nessun uomo dovrebbe mai trovarsi¹². Tanti, come si è detto, i progetti di revisione costituzionale presentati nell'ultimo biennio, tutti finalizzati a porre formalmente la tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione. Una prima riflessione sul fatto porta a interrogarsi sulle ragioni e sulla ne-

nomico-produttive del Paese, agli obblighi del processo di risanamento ambientale». La complessa vicenda giudiziaria e l'*iter* percorso dalla normativa dinanzi al Giudice delle Leggi non può essere ripercorso in questa sede; si segnala, però, la severità delle parole con le quali la Corte europea diritti dell'uomo (Corte eur. dir. uomo, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 54414/13, in *Amb. svil.*, 2019, 4, p. 263 e in *Giur. it.*, 2019, 10, p. 2228), pronunciandosi sul caso ha espresso le proprie valutazioni: «il governo è intervenuto più volte con misure urgenti (i decreti legge “salva-Ilva”) [...] allo scopo di garantire la continuazione dell'attività di produzione dell'acciaieria, e questo nonostante la constatazione da parte delle autorità giudiziarie competenti, fondata su perizie chimiche ed epidemiologiche, dell'esistenza di gravi rischi per la salute e per l'ambiente [...]. Per di più, è stata riconosciuta l'immunità amministrativa e penale alle persone incaricate di garantire il rispetto delle prescrizioni in materia ambientale, ossia l'amministratore straordinario e il futuro acquirente della società» (così, al punto 169). Prosegue la Corte: «Il fatto è che la gestione da parte delle autorità nazionali delle questioni ambientali riguardanti l'attività di produzione della società Ilva di Taranto è tuttora in una fase di stallo (punto 171). La Corte non può che prendere atto del protrarsi di una situazione di inquinamento ambientale che mette in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella di tutta la popolazione residente nelle zone a rischio, la quale rimane, allo stato attuale, priva di informazioni sull'attuazione del risanamento del territorio interessato, in particolare per quanto riguarda i ritardi nell'esecuzione dei relativi lavori».

¹² Un inquinamento ambientale «dannoso se non letale per la salute umana non è giustificabile anche se aumenta il profitto (o persino il numero dei lavoratori) di un'impresa»: PERLINGIERI e FEMIA, in PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁹, Napoli, 2018, p. 17. Sul punto v. anche SIMONE, *Il danno ambientale: tutela giuridica e diritto vivente (cronaca di un convegno)*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2019, 3, p. 97 ss.

cessità/opportunità di tale espressa previsione, in presenza dell'art. 2 della Costituzione e della giurisprudenza, che da sempre afferma il valore puramente ricognitivo della normativa ambientale. La risposta, forse scontata, si trova proprio nelle relazioni ai progetti di modifica costituzionale: affermare in maniera chiara ed inequivocabile che l'ambiente è un diritto in sé (oltre che valore), come il diritto al lavoro, separato dalla salute, e che ha autonoma previsione al pari degli altri diritti fondamentali menzionati dalla Costituzione.

2. Sui disegni e sulle proposte di legge: qualche riflessione preliminare.

È con il compiacimento e la soddisfazione di chi trova in altri la condivisione delle proprie idee che si leggono le relazioni ai disegni e alle proposte di legge, soddisfazione ed autocompiacimento dovuti al fatto di ritrovare in questi documenti concetti e termini, motivazioni e argomentazioni che diversi anni fa inducevano chi scrive all'affermazione del diritto all'ambiente come diritto fondamentale della persona¹³, situazione soggettiva da tutelare anche in fase risarcitoria con gli strumenti tipici della tutela risarcitoria dei diritti fondamentali della persona¹⁴.

Ugualmente, si sosteneva, pur nel prevalere delle opinioni contrarie, il danno all'ambiente è *anche* danno alla persona: danno complesso come complesso è il bene¹⁵.

È vero che il termine ambiente compare per la prima volta in Costituzione nel 2001 con l'art. 117, ma la sua tutela è insita nel sistema; l'ambiente è un valore, «un presupposto di tutti gli altri di-

¹³ LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011.

¹⁴ «L'ingiusta lesione dei diritti fondamentali della persona, oggetto di protezione secondo il sistema costituzionale e internazionale, è atta a generare l'obbligo di risarcire il danno non patrimoniale»: Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 994 ss.

¹⁵ Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2006, n. 33887, in *CED*: «Quando poi il danno ha natura ambientale, il profilo della liquidazione non può non riflettere il carattere indubbiamente complesso del "bene ambiente", in relazione al quale – com'è noto – si configurano interessi individuali, interessi collettivi e interessi pubblici».

ritti»¹⁶, come ha più volte affermato la Corte costituzionale¹⁷, e la giurisprudenza, con formula oramai stereotipa e in ossequio a una consolidata tradizione che riconduce al sistema costituzionale dei valori fondamentali la tutela dell'ambiente, ripropone la valenza puramente ricognitiva della legislazione ambientale¹⁸.

¹⁶ Così, GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 7. L'ambiente è un valore, si afferma (ALPA, *La natura giuridica del danno ambientale*, in Perlingieri (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p. 93 e p. 105; POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, I, p. 45), attributo fondamentale di ogni persona umana; al pari della dignità umana può essere considerato un valore costituzionale (CARAVITA *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 28).

¹⁷ La giurisprudenza costituzionale ripete, con formula oramai stereotipa, che l'ambiente è un "valore trasversale" di natura primaria (Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 49, in *Urb. app.*, 2006, p. 409). L'affermazione, talora riproposta nella formula del rinvio ad altra pronuncia (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, in *Giur. it.*, 2008, p. 41, che espressamente rinvia a Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1990, e a Corte cost., 22 luglio 2004, n. 259, in *Urb. app.*, 2004, p. 1281; Corte cost., 31 marzo 2006, n. 133, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1076, che espressamente rinvia a Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. it.*, 2003, p. 417, e a Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, in *Urb. app.*, 2005, p. 535; Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 49, cit., che richiama la sentenza 196/2004), è tesa a prospettare l'ambiente come «fondamentale valore costituzionale» (Corte cost., 24 marzo 2005, n. 135, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1990), la cui tutela «più che una "materia" in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare standard di protezione uniformi» (Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, cit.; Corte cost., 16 giugno 2005, n. 232, in *Urb. app.*, 2005, p. 917; Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, cit.; Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, cit.; Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1369). Si afferma, così, che l'ambiente si configura quale «"valore" costituzionalmente protetto che delinea una sorta di materia "trasversale", idonea a investire e intrecciarsi con competenze diverse» (v., da ultimo, Corte cost., 17 gennaio 2019, n. 7, in *cortecostituzionale.it*, che ripropone la formula delle storiche e più datate pronunce: Corte cost., 31 maggio 2005, n. 214, cit.; Corte cost., 24 marzo 2005, n. 135, cit.; Corte cost., 18 marzo 2005, n. 108, cit.; Corte cost., 22 luglio 2004, n. 259, cit.; Corte cost., 24 giugno 2003, n. 222, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2212 ss.); si tratta di un valore primario, come tale «insuscettibile di subordinazione a ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici» (Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, cit.).

¹⁸ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346: "Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali, le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpreta-

Le prime affermazioni sul valore ricognitivo avevano come punto di riferimento un sistema non ancora comprensivo della attuale legislazione ambientale; il nostro ordinamento, oggi, mostra con chiarezza un impianto normativo dove i principi della tutela ambientale informano ogni attività umana giuridicamente rilevante, e ciò in conformità ai principi sovranazionali¹⁹. Il quadro di riferimento entro il quale la Corte costituzionale collocava il valore puramente ricognitivo della legislazione a tutela dell'ambiente, indicando la "fonte genetica" negli artt. 9 e 32 della Costituzione, si arricchisce oggi delle norme del Trattato, della normativa nazionale attuativa di quei principi, in *primis* il Codice ambientale che ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana (art. 2, comma 1).

La Corte costituzionale nel 1987 definiva l'ambiente «come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività»²⁰. Ideologicamente sulla stessa direttrice della tutela della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni si colloca, venticinque anni dopo, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ricondotto «il godimento di un ambiente sano e protetto» all'ambito della previsione volta a tutelare il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 della Convenzione)²¹.

zione»; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, c. 694 ss.; per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 19 giugno 1996, n. 5650, in *Riv. giur. amb.*, 1997, p. 679: «La tutela dell'ambiente come bene giuridico non trova la sua fonte genetica nell'art. 18, legge 8 luglio 1986, n. 349 ma direttamente nella Costituzione, attraverso il combinato disposto degli artt. 2, 3, 9, 41 e 42, tramite il collegamento all'art. 2043 c.c.»; Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1153., c. 1153. La posizione viene ribadita anche in relazione all'art. 311 del Codice dell'ambiente, norma che ha "sostituito" l'art. 18: v. Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2007, n. 16575, in *Danno resp.*, 2008, p. 406.

¹⁹ Con riferimento al principio dello sviluppo sostenibile, PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, p. 9, afferma: «in realtà, l'integrazione tra principi normativi di fonte sovranazionale e diritto interno, che si desume dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., apre il varco alla penetrazione di quei principi non soltanto nella sfera del potere pubblico, ma anche nel tessuto dell'autonomia privata».

²⁰ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

²¹ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 gennaio 2012, n. 30765, in *Foro it.*, 2013, c. 205 ss. La Corte ha ritenuto che la costrizione a vivere in un ambiente inquinato

Queste affermazioni di principio, che cristallizzano nel nostro ordinamento giuridico l'ambiente come diritto fondamentale della persona ed elemento determinativo delle qualità della vita, fatte a distanza l'una dall'altra di un quarto di secolo, sono alla base dei disegni e delle proposte di legge e ne argomentano le relazioni.

*3. I progetti: uno sguardo d'insieme*²².

La XVIII Legislatura appare particolarmente ricca di idee, confluite in disegni e proposte di legge. La struttura portante di tutti i numerosi progetti è l'inserimento nella Carta costituzionale di norme che formalizzino la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e recepiscano il principio dello sviluppo sostenibile.

Il perimetro entro il quale si muovono le riforme è delineato dagli artt. 2 e 9 della Costituzione; l'area interessata si estende, talora, anche gli artt. 41 e 44.

Così, nel disegno *S.1632/2019*, presentato il 2 dicembre 2019²³, il concetto di sostenibilità è declinato non solo con riferimento alla

to dai rifiuti, quale è stata quella dei cittadini della regione Campania, che hanno vissuto, per mesi, in un ambiente inquinato dai rifiuti abbandonati per le strade, abbia potuto portare ad un deterioramento della qualità della loro vita, con conseguente nocimento del loro diritto al rispetto della vita privata e del domicilio; ha ricondotto, altresì, la questione dell'ambiente inquinato dalla cattiva gestione del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti, sollevata da cittadini risiedenti nelle zone interessate dalla drammatica vicenda in Campania, sul piano normativo della violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 della Convenzione, ed in tale ambito ha ricondotto l'obbligo positivo, gravante sullo Stato, «di adottare delle misure ragionevoli ed idonee in grado di proteggere i diritti delle persone interessate al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio e, in genere, al godimento di un ambiente sano e protetto». La Corte ha riconosciuto sussistente, in tale ipotesi, il danno morale, di cui si era chiesta la riparazione per ogni ricorrente, sebbene abbia stimato sufficiente ad integrare la riparazione la mera constatazione della violazione, negando, dunque, la somma richiesta a titolo di riparazione: il che appare un indubbio riconoscimento dell'esistenza di un danno all'ambiente come danno alla persona in sé, con la conseguente possibilità risarcitoria, e ciò a prescindere dalla sua quantificazione.

²² Si è scelto di seguire, nell'esposizione, l'ordine cronologico, rinviando le considerazioni d'insieme al paragrafo successivo. L'aggiornamento sullo stato dei lavori è al 31 agosto 2020.

²³ S.1632 -18ª Legislatura

«tutela delle condizioni ambientali dall'impatto dell'attività umana», ma con precipuo riguardo anche alla «salvaguardia delle condizioni economico-sociali, che condizionano in modo determinante la vita delle generazioni future»²⁴. L'art. 2 della Costituzione estende, dunque, il dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale anche nei confronti delle generazioni future; in questo ampliato contesto è compito della Repubblica promuovere lo sviluppo sostenibile.

In linea con le premesse si propone un nuovo art. 9, arricchito di un ultimo comma che tutela l'ambiente come «diritto fondamentale».

Sen. Emma Bonino (Misto, Più Europa con Emma Bonino).

Modifiche agli articoli 2 e 9 della Costituzione in materia di equità generazionale, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente.

2 dicembre 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

Questo il testo:

Art. 1. - (Modifica dell'articolo 2 della Costituzione)

1. All'articolo 2 della Costituzione sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, anche nei confronti delle generazioni future. Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile».

Art. 2. - (Modifica dell'articolo 9 della Costituzione)

1. All'articolo 9 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«Riconosce e garantisce la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale».

Come si legge nella *Relazione*, p. 2 (Relatore alla commissione Sen. Alessandra Maiorino), il «disegno di legge costituzionale "Figli costituenti", [...] è stato avviato nella forma dell'iniziativa legislativa popolare [...] che è oggi presentata direttamente in Parlamento, nella speranza che prenda tempestivamente avvio la discussione, più volte e da più parti annunciata, sulla costituzionalizzazione del principio di sostenibilità».

²⁴ Così, testualmente, la *Relazione*, ove (p. 2) si afferma anche: «L'attenzione allo sviluppo sostenibile è l'altra faccia della medaglia della prevenzione del sottosviluppo insostenibile e del peso che il depauperamento delle società sviluppate, il default dei bilanci pubblici, l'impoverimento del capitale umano e sociale, può comportare per le donne e gli uomini che ci succederanno come italiani o come europei. La sostenibilità va quindi concepita e calcolata in un senso ecologico globale, con riferimento a tutte le condizioni di vita, comprese quelle economico-sociali, culturali e civili».

La sostenibilità è la parola chiave anche del disegno di legge costituzionale *S.1627/2019*²⁵, che prevede l’inserimento, nell’art. 9, di due ulteriori commi, i seguenti:

«Tutela l’ambiente e il capitale naturale.

Promuove la sostenibilità ecologica, sociale ed economica».

La sostenibilità, oltre a comparire nel testo della norma, permea tutta la Relazione. L’*incipit* restituisce l’immagine dell’uomo e dell’ambiente antagonisti e pone in luce il progressivo – difficilmente arginabile – degrado di quest’ultimo ad opera del primo; muove da qui la riflessione sulla presa di coscienza internazionale, maturata nel corso dell’ultimo trentennio, e la consapevolezza della necessità di politiche organiche volte alla salvaguardia ambientale e di adozione da parte dell’intera comunità internazionale di una «*strategia globale per rivedere i modelli economici in chiave di sostenibilità*»²⁶.

L’ambiente viene definito concetto «complesso e sistemico», caratterizzato da interrelazioni tra «dimensioni, etica scientifica, tecnica, economica, sociale, culturale unitamente alla dimensione di corresponsabilità multilivello»; la complessità impone l’individuazione di soluzioni e scelte a livello costituzionale poiché – si afferma – la Costituzione è la sede elettiva di individuazione dei principi guida per la soluzione della complessità dei problemi ambientali. La nostra Costituzione, diversamente da quanto accade nel contesto internazionale – che, si sottolinea, evidenzia ben 193 Costituzioni, di cui 149 contemplano norme che definiscono i principi e i valori per la tutela dell’ambiente²⁷ – non definisce l’ambiente né le situazioni soggettive rispetto all’ambiente, pur in presenza di norme (artt. 9 e 32) che hanno consentito «alla giurisprudenza costituzionale di affermare un diritto all’ambiente sano».

²⁵ S.1627 - 18^a Legislatura

Sen. Patty L’Abbate (M5S)

Modifica all’articolo 9 della Costituzione in materia di tutela ambientale e sostenibilità.

26 novembre 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

²⁶ V. *Relazione*, p. 2.

²⁷ Così, nella *Relazione*, p. 2.

Si sottolinea il mutato clima culturale di riferimento delle norme costituzionali, che impongono oggi alle «istituzioni pubbliche il dovere di adoperarsi per proteggere l'ambiente e il riconoscimento per le persone di un "diritto all'ambiente salubre" o di un "diritto a un ambiente salubre e ecologicamente in equilibrio", sia come diritto fondamentale dei cittadini che come diritto sociale»²⁸, nel segno di una mutata sensibilità, anche normativa, che ha portato all'introduzione, con la revisione del titolo V della seconda parte della Costituzione, dei termini ambiente ed ecosistema (art. 117, comma 2, lett. s).

L'assenza di una norma costituzionale di principio, tuttavia, determina difficoltà e disorienta chi deve affrontare tematiche ambientali: la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione prevede la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni – che esercitano la potestà legislativa nel rispetto della Costituzione – e le cui regole vanno ricercate nel rispetto della Costituzione. Da qui, dunque, l'opportunità del disegno di legge, finalizzato a introdurre un'azione pubblica che vada «oltre» la tutela ambientale con la promozione di una «prosperità durevole», che garantisca, cioè, alle generazioni future, la disponibilità «di eguali o maggiori risorse per il soddisfacimento dei propri bisogni»²⁹. Tali concetti confluiscono nell'idea di un nuovo art. 9, integrato da due commi, che consentono l'introduzione formale in Costituzione della tutela ambientale e della sostenibilità, «declinata nelle sue dimensioni ecologica, sociale ed economica»³⁰. La prosperità nella sostenibilità è condizione e presupposto per la tutela dell'ambiente, che è – si afferma – valore in sé e diritto fondamentale della persona, così come affermato dalla Corte costituzionale nel 1987, con la pronuncia n. 210, che ha colmato la lacuna normativa a livello costituzionale³¹.

L'esigenza di elaborare una previsione formale della tutela dell'ambiente come diritto fondamentale della persona è espressa anche nel testo della proposta C. 2174/2019³², che estende la prote-

²⁸ *Relazione*, p. 3.

²⁹ *Relazione*, pp. 3-4.

³⁰ *Relazione*, p. 4.

³¹ *Relazione*, p. 3.

³² C.2174 - 18^a Legislatura

zione agli animali. La proposta rimodula gli artt. 9 e 117 della Costituzione sulla frequenza dell'Unione europea, come si evince, già *prima facie*, dalla lettura del testo che vale la pena proporre:

Art. 1. -1. All'articolo 9 della Costituzione sono aggiunti, in fine, i seguenti commi: «La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi. Persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi è fondata sui principi di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività. La Repubblica promuove le condizioni necessarie a rendere effettivo tale diritto. La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti, promuove il loro rispetto e garantisce ad essi un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche».

Art. 2. - 1. All'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, dopo la parola: «ecosistema» sono inserite le seguenti: «, degli animali».

In linea con la tecnica del legislatore comunitario, la nozione di ambiente viene specificata nelle sue componenti, pur partendo dall'assunto, che si legge nella Relazione, della unitarietà del concetto di ambiente *“inteso quale complesso di beni (aria, acqua, suolo, natura, biodiversità, energia) appartenenti al singolo uomo e all'umanità nel suo complesso”*³³. La tutela apprestata, informata ai principi di precauzione, prevenzione e correzione alla fonte (art. 191, § 2, TFUE), è quella dei diritti fondamentali, poiché - si afferma - l'ambiente è diritto fondamentale della persona. Nella Relazione si ripercorre il processo evolutivo del diritto all'ambiente, che la giurisprudenza ha separato gradualmente dalla tutela della salute e da quella del paesaggio, costantemente ritenuto dalla Corte

On. Rossella Muroli (LEU) e altri
Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali.

15 ottobre 2019: Presentato alla Camera - 9 dicembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

³³ V. *Relazione*, p. 1.

costituzionale «comprensivo di ogni elemento naturale e umano at-
tinente alla forma esteriore del territorio, espressione di un alto va-
lore estetico-culturale». La legge 8 luglio 1986, n. 349, ha segnato
una tappa fondamentale nella tutela del paesaggio e, contempora-
neamente, nella tutela dell'ambiente come diritto fondamentale del-
la persona, poiché ha posto come compito precipuo del Ministero
«la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni
ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed
alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione
del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali
dall'inquinamento».

La progressiva affermazione giurisprudenziale di un diritto
all'ambiente salubre (il richiamo è alle pronunce della Corte cost.
n. 210 e n. 641 del 1987 e a quella della Suprema corte, del 1979,
n. 5172³⁴) conduce ad affermare la necessità di riconoscere
l'ambiente come diritto fondamentale, che non può essere scorporato
«dai diritti fondamentali ed inviolabili di cui all'articolo 2 della
Costituzione»³⁵.

La riforma della Costituzione, si afferma, deve muoversi in que-
sto quadro, concentrandosi «sul solo articolo 9, in connessione, tut-
tavia, con le disposizioni dell'articolo 24, ove si afferma che tutti
possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti [...]. Connet-
tendo tale diritto all'articolo 32, che tutela la salute quale diritto
fondamentale del singolo ed interesse della collettività, si materia-
lizza il diritto di ogni uomo ad un ambiente salubre la cui tutela è
quella propria dei diritti fondamentali».

In questa dimensione ecologica di ampio respiro trova giusta
collocazione anche la tutela degli animali come esseri senzienti: ad
essi va attribuito tale *status*, secondo quanto previsto dall'art. 13
del TFUE³⁶.

Nella medesima direzione, segnata dalla modifica dell'art. 9 del-
la Costituzione, si collocano il Disegno *S.1532/2019*³⁷ e le Proposte

³⁴ Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302 ss.

³⁵ Così, testualmente, nella *Relazione*, p. 3.

³⁶ V. *Relazione*, p. 3.

³⁷ S.1532 - 18^a Legislatura
Sen. Maria Alessandra Gallone (FI-BP)

*C.2150/2019*³⁸ e *C.2124/2019*³⁹; tutte propongono, unicamente, l’inserimento delle parole «l’ambiente» nel disposto dell’articolo 9: il richiamo all’ambiente come diritto fondamentale è contenuto, però, nelle relazioni.

La stringatissima Relazione al Disegno *S.1532/2019* si limita ad evidenziare la necessità di dare formale «riconoscimento all’ambiente all’interno dei principi fondamentali della Costituzione e, in particolare, fra i beni giuridici che la Repubblica deve tutelare e promuovere, insieme al paesaggio e al patrimonio storico e artistico della Nazione».

Più articolata, invece, la Relazione alla proposta di legge *C.2150/2019* ove si sottolinea la finalità di dare esplicito riconoscimento alla tutela dell’ambiente tra i principi fondamentali della Repubblica e ciò anche alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, in forza della quale, e ai sensi dell’art. 117, lett. s), la materia ambiente è attribuita alla competenza esclusiva dello Stato. Sul punto, si ricorda nella Relazione, la giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che l’ambiente è un valore, trasversale, costituzionalmente protetto, sì che «è giusto e opportuno che la tutela dell’ambiente sia riconosciuta quale principio fondante la Repubblica»⁴⁰.

Nella Relazione alla proposta *C.2124/2019* si mette in risalto il ruolo fondamentale della Corte costituzionale, che ha consentito «alle clausole costituzionali di “respirare”, valorizzandone gra-

Modifica all’articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente.
8 ottobre 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

³⁸ C.2150 -18^a Legislatura

On. Giorgia Meloni (FDI) e altri

Modifica all’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell’ambiente.

7 ottobre 2019: Presentato alla Camera - 27 novembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l’esame).

³⁹ C.2124 - 18^a Legislatura

On. Stefania Prestigiacomo (FI) e altri

Modifica all’articolo 9 della Costituzione, in materia di tutela dell’ambiente.

26 settembre 2019: Presentato alla Camera - 5 novembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l’esame).

⁴⁰ *Relazione*, p. 1.

dualmente le ricchissime virtualità e potenzialità espansive, attraverso un'interpretazione evolutiva che ha le sue solide radici nella centralità della persona umana, vero architrave della Carta»⁴¹, consentendo in tal modo il riconoscimento dell'ambiente come «valore primario e assoluto»⁴².

In prospettiva differente, si segnala il ruolo fondamentale del «costituzionalismo multilivello» nel processo di «penetrazione del valore dell'ambiente all'interno del nostro ordinamento»: le previsioni di altre Costituzioni europee menzionano l'ambiente tra i principi generali o nel catalogo dei diritti fondamentali; l'ambiente è riconosciuto sia nel diritto dell'Unione europea, dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «sia dagli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo comprendono la tutela dell'ambiente fra gli elementi imprescindibili per assicurare il pieno sviluppo della persona umana»⁴³.

Segnala, infine, la Relazione, come l'intendimento della proposta di legge costituzionale sia quello di adeguare «la lettera della Carta costituzionale ai progressi compiuti a livello di Costituzione materiale: ciò proponiamo nella convinzione che la nostra Costituzione non sia solo un documento, ma sia anche e prima di tutto la tavola dei valori della comunità, in cui ciascuno deve riconoscersi»⁴⁴.

Sempre focalizzata sulla modifica all'art. 9, ma con una più ampia articolazione in termini di interessi protetti, è la proposta di modifica dell'art. 9 della Costituzione contenuta nel disegno di legge S.1203/2019⁴⁵.

⁴¹ *Relazione*, p. 1.

⁴² Tale risultato, si rammenta (*Relazione*, p. 2), è stato conseguito facendo leva sugli artt. 9 e 32 della Costituzione ed è dovuto, in particolare, alle pronunce della Corte costituzionale del 1987, nn. 167, 191, 210; del 1988, nn. 1029, 1031; del 1989, n. 391; del 1990, n. 430.

⁴³ *Relazione*, p. 2.

⁴⁴ *Relazione*, p. 3.

⁴⁵ S.1203 - 18^a Legislatura, Sen. Gianluca Perilli (M5S) - *Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni.*

Il disegno propone l'introduzione nell'art. 9, in fine, di un ulteriore comma: «*La Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge le biodiversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni*».

Anche questo testo evidenzia, immediatamente, la sua dimensione comunitaria, che investe la Costituzione anche sotto il profilo del lessico giuridico: la biodiversità, lo sviluppo sostenibile, la tutela degli animali appartengono al vocabolario del legislatore comunitario, al quale, comunque, si deve la tutela degli animali come esseri senzienti. Nella Relazione si ripercorre l'*iter* normativo comunitario in materia di Ambiente, dall'Atto unico europeo al Trattato di Lisbona nell'assetto attuale (artt. 11, 191-193 TFUE), e si pone in luce come anche nel sistema interno i tempi siano «maturi per completare la disciplina costituzionale relativa alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema».

Nel nostro sistema – si sottolinea – la tutela ambientale è sempre stata «riconosciuta»⁴⁶ dalla Corte costituzionale, che ha interpretato in maniera unitaria gli artt. 9 e 32.

Una modifica dell'art. 9 porterebbe all'affermazione chiara di ciò che viene ricavato solo in via interpretativa, collocando, peraltro, tale riconoscimento tra i principi fondamentali, «che definiscono la fisionomia della nostra società e del nostro ordinamento giuridico». Tale inserimento conferirebbe la necessaria, e ora mancante, organicità alla riforma del 2001, che ha accolto il termine ambiente in Costituzione, riservando la competenza esclusiva allo Stato, senza però collocare l'ambiente tra i diritti o i principi fondamentali.

Medesime caratteristiche delineano la fisionomia del disegno S.212/2018⁴⁷, di un anno precedente, *Modifiche agli articoli 9 e*

2 aprile 2019: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

⁴⁶ Così, testualmente, la *Relazione* a p. 2.

⁴⁷ S.212 - 18^a Legislatura, Sen. Loredana De Petris (Misto, Liberi e Uguali) e altri - *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*.

3 aprile 2018: Presentato al Senato - 11 febbraio 2020: In corso di esame in commissione.

117 della Costituzione in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente.

La finalità del disegno di legge, dichiarata nella Relazione, è l'esplicito riconoscimento del diritto all'ambiente come diritto fondamentale, con l'introduzione nell'art. 9 di ulteriori due commi⁴⁸; se infatti si lasciasse inalterata la struttura della norma, inserendo unicamente il termine ambiente prima della parola paesaggio, si correrebbe il rischio di rendere meramente formale – e non sostanziale – la modifica; operando in tal senso, infatti, si formalizzerebbe semplicemente la ricomprensione della tutela ambientale tra i compiti della Repubblica, «*la quale invero è già stata investita di questa funzione da numerose leggi ordinarie, ma ciò non significherebbe in modo automatico il riconoscimento di un diritto inviolabile all'ambiente ad ogni persona*»⁴⁹.

È necessario, invece, fare espresso riferimento all'ambiente come diritto fondamentale, poiché – si afferma – non si può «*scorporare il diritto all'ambiente dai diritti fondamentali ed inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione*». Un ulteriore comma, il terzo⁵⁰, è poi finalizzato all'«*attribuzione dello status di "esseri senzienti" agli animali, al fine di garantire un pieno rispetto degli stessi*».

La Relazione muove dalla riproposizione di un concetto unitario di ambiente come «*complesso di beni (aria, acqua, suolo, natura,*

⁴⁸ Art. 1. 1. All'articolo 9 della Costituzione, dopo il secondo comma sono aggiunti i seguenti:

«La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi.

La Repubblica persegue il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti. La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi costituisce diritto fondamentale della persona e della collettività ed è fondata sui principi di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente. La Repubblica promuove le condizioni necessarie a rendere effettivo tale diritto».

⁴⁹ V. *Relazione*, p. 3.

⁵⁰ «La Repubblica riconosce gli animali come esseri senzienti e ne promuove e garantisce il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche».

biodiversità, energia) appartenenti al singolo uomo e alla umanità nel suo complesso»⁵¹.

Tale rapporto tra uomo e ambiente è cristallizzato nella formula «diritto fondamentale» di ogni uomo e animale; «*esso si configura anche come diritto collettivo, appartenente sia al singolo in quanto tale che alla collettività nel suo complesso*».

Al pari delle altre, la Relazione ripercorre il processo evolutivo del diritto ambientale, dall'Assemblea costituente, focalizzata su un'accezione di «paesaggio» riferibile unicamente alle bellezze naturali e al panorama, alla fase odierna, dove il medesimo art. 9 della Costituzione va riletto «*in una visione [...] di protezione integrata e complessiva dei valori ambientali*». La giurisprudenza della Corte costituzionale – si rammenta – «*ha costantemente ritenuto il paesaggio comprensivo di ogni elemento naturale e umano attinente alla forma esteriore del territorio, espressione di un alto valore estetico-culturale*». La lettura sistematica e unitaria dei due commi dell'art. 9 non può che portare ad una ricomprensione nel suo ambito anche dei valori ambientali.

Anche per la tutela degli animali, così come accade per la tutela ambientale, la competenza deve essere attribuita esclusivamente allo Stato⁵²; da qui la proposta di modifica integrativa dell'art. 117, lett. s)⁵³.

Ugualmente improntata alla tutela degli animali è la proposta C.15/2018⁵⁴ - *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione, in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*.

⁵¹ V. *Relazione*, p. 2.

⁵² V. *Relazione*, p. 5.

⁵³ Il disegno di legge sopra esaminato elabora - ampliando l'ambito delle modifiche, da apportare anche all'art. 117 e non solo all'art. 9 - quello presentato dieci giorni prima [S.83 - 18^a Legislatura - Sen. Loredana De Petris (Misto) e altri - *Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di protezione della natura*; presentato al Senato il 23 marzo 2018]: medesime, dunque, le argomentazioni, medesimo il *focus* rappresentato dall'istanza improcrastinabile di riconoscimento formale del diritto all'ambiente come diritto fondamentale.

⁵⁴ C.15 - 18^a Legislatura, On. Michela Vittoria Brambilla (FI) - *Modifiche agli articoli 9 e 117 della Costituzione, in materia di tutela degli animali, degli ecosistemi e dell'ambiente*.

La corposa previsione al riguardo sovrasta la proposta di inserimento della tutela ambientale in Costituzione, da realizzare con l'aggiunta al secondo comma dell'art. 9 delle seguenti parole «, l'ambiente e gli ecosistemi», beni già previsti dall'art. 117.

Alla tutela degli animali è dedicato, invece, un (intero) nuovo comma, che completa l'art. 9, così formulato: «Gli animali sono esseri senzienti e la Repubblica ne promuove e garantisce la vita, la salute e un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche»⁵⁵.

Consequenziale è l'ulteriore modifica proposta e relativa all'inserimento nella lettera s) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione delle seguenti parole: «nonché degli animali».

La proposta di legge costituzionale C.240/2018 – 18^a Legislatura⁵⁶ – propone la modifica degli artt. 2, 9 e 41 della Costituzione, offrendo una visione d'insieme del quadro normativo entro il quale

23 marzo 2018: Presentato alla Camera - 31 luglio 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

⁵⁵ Così la *Relazione* a p. 2: «riteniamo che una copertura costituzionale ai diritti animali [...], sia pertanto oggi doverosa in quanto destinata a cristallizzare principi sociali di fatto già esistenti e a supportare gli operatori giuridici nella serena applicazione delle norme che già esistono e che vanno tutte nella direzione di sempre maggiore tutela degli animali quali esseri senzienti, nonché a orientare il legislatore nazionale verso l'abolizione di attività ormai obsolete e inaccettabili che causano morte e dolore agli animali».

⁵⁶ C.240 - 18^a Legislatura, On. Mauro Del Barba (PD) e altri - *Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile*. 23 marzo 2018: Presentato alla Camera - 3 ottobre 2018: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

Questo il testo: *Art. 1 - (Modifiche all'art. 2 della Costituzione)* - 1. All'articolo 2 della Costituzione sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «anche nei confronti delle generazioni future»; *Art. 2 - (Modifiche all'art. 9 della Costituzione)* - 1. All'articolo 9 della Costituzione, dopo il secondo comma sono aggiunti i seguenti: «Riconosce e garantisce la tutela dell'ambiente come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. Promuove le condizioni per uno sviluppo sostenibile»; *Art. 3 - (Modifiche all'art. 41 della Costituzione)* - All'art. 41 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni: a) il secondo comma è sostituito dal seguente: «Essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana»; b) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e di sviluppo sostenibile».

il diritto all'ambiente si muove e interagisce con le altre norme costituzionali e con il mondo reale della produzione e del consumo. La tutela dell'ambiente è diritto fondamentale, anche delle generazioni future, alle quali si estende «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», e costituisce un limite, al pari dell'utilità sociale, entro il quale deve svolgersi l'attività economica, che non può essere travalicato. In linea con la dimensione normativa europea, la sostenibilità "entra" nella Costituzione, come garanzia per le generazioni future di un oculato utilizzo delle risorse da parte delle generazioni presenti, come limite e indirizzo dell'attività economica.

Vale la pena soffermarsi su alcuni punti della Relazione di particolare interesse.

Quando l'Assemblea costituente si riuniva – si osserva – la realtà planetaria era ben altra, non ancora segnata dalle problematiche ambientali odierne né dal problema concreto e attuale della sostenibilità.

Il concetto di sostenibilità, il cui peso è cresciuto in parallelo allo sviluppo economico e all'affermazione degli «*attuali modelli di produzione e di consumo*», con «*livelli di utilizzo di risorse e territorio che erano inimmaginabili nell'immediato dopoguerra*», impone delle scelte coerenti con gli obiettivi della Carta costituzionale, poiché le generazioni future hanno il medesimo diritto di quelle precedenti ad una «vita prospera»; l'art. 2, dunque, impone di estendere alle generazioni future i «doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale».

Ugualmente va modificato l'art. 9, che deve tener conto, dandone esplicito riconoscimento, del diritto all'ambiente quale principio fondamentale dell'ordinamento.

Il riconoscimento sul piano formale appare oggi necessario sia per il «significato rafforzativo delle argomentazioni di merito che assume la ricezione di un determinato valore fra i principi fondamentali dell'ordinamento sia per le implicazioni giuridiche che da tale collocazione è possibile trarre»; si realizzerebbe, in tal modo, la piena armonizzazione con la precedente modifica dell'art. 117.

Per quanto concerne il principio dello sviluppo sostenibile, si ritiene opportuna anche un'integrazione dell'art. 41, con un'espressa

previsione al riguardo, al fine di dare nuova forza all'etica ambientale ed economica; per effetto di tale modifica l'attività economica pubblica e privata potrà essere indirizzata e coordinata a fini oltre che sociali anche di «sviluppo sostenibile».

Medesimo contenuto, anche sotto il profilo testuale, ha l'iniziativa della Regione Veneto⁵⁷, che completa il quadro d'intervento costituzionale con la proposta di modifica anche dell'art. 44: in linea con il principio dello sviluppo sostenibile, anche lo «sfruttamento» (*rectius*, l'utilizzazione) del suolo deve essere sostenibile⁵⁸.

4. *Le riflessioni intorno ai progetti di legge.*

La questione ambientale interroga lo Stato costituzionale, si è affermato di recente⁵⁹, sottolineandone la centralità nel sistema dei saperi giuridici e, conseguentemente, nell'assetto normativo e nella gestione della vita sociale: «l'ambiente costituisce infatti un valore, un presupposto di tutti gli altri diritti e, come tale, costituisce una sfida per l'intero assetto di quello che, in base alle costituzioni nate nella seconda metà del secolo scorso, si può definire lo Stato costituzionale» e, ancora, «non occorre introdurre il “diritto all'ambiente” in Costituzione: va elaborata una legge (organica) sui principi per la tutela dell'ambiente»⁶⁰.

La proposta riforma della Costituzione forse non è necessaria, perché la tutela dell'ambiente è nel sistema, ma sicuramente è da accogliere come manifestazione di una mutata, più consapevole, attenzione all'ambiente, come esigenza imprescindibile di una società civile che ha preso atto che il problema della propria esistenza e della salvaguardia delle condizioni di vita non può più essere rin-

⁵⁷ C.2315 - 18^a Legislatura, Consiglio regionale Veneto - *Modifiche agli articoli 2, 9, 41 e 44 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile*. 20 dicembre 2019: Presentato alla Camera - 21 gennaio 2020 - Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

⁵⁸ Art. 4. (*Modifiche all'articolo 44 della Costituzione*) 1. All'articolo 44, primo comma, della Costituzione, dopo le parole: «Al fine di conseguire il razionale» sono inserite le seguenti: «e sostenibile».

⁵⁹ GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 5.

⁶⁰ Così GRASSI, *op. cit.*, p. 7 e p. 28.

viato. È questo il motivo di fondo, la base comune, dei progetti di legge, e delle relazioni che li accompagnano, dove compaiono tutti i temi fondamentali del dibattito giuridico sull'ambiente, dalla nozione di ambiente all'ambiente come diritto fondamentale; il perno, tuttavia, attorno al quale tutte le altre nozioni ruotano e si ricompongono è la sostenibilità, intesa come misura di utilizzabilità da parte di una generazione delle risorse che appartengono a tutti con il limite della conservazione per le generazioni future.

a) Sulla sostenibilità.

La ben nota definizione di sviluppo sostenibile⁶¹ esplicita l'affermazione appena fatta relativa alla centralità della nozione di sostenibilità: la questione delle risorse, infatti, pone il problema di definire "cosa" appartiene al singolo, individualmente, e "cosa" appartiene a tutti, unitariamente, il che significa porre l'interrogativo relativo alla nozione di ambiente: cosa è "ambiente" e a "chi" appartiene. Il diritto delle generazioni future⁶² è lo stesso, proiettato, delle generazioni presenti, poiché «*lo sviluppo sostenibile impone di soddisfare i bisogni fondamentali di tutti e di estendere a tutti la possibilità di attuare le proprie aspirazioni a una vita migliore*»⁶³, e la sua tutela, dunque, è la medesima di quella apprestata alle generazioni presenti. La Corte costituzionale⁶⁴, – nel ribadire la com-

⁶¹ *Rapporto Brundtland [Our Common Future (1987)*, pubblicato con il titolo *Il futuro di noi tutti*, Milano, 1988, con prefazione di RUFFOLO): sostenibile è «lo sviluppo in grado di soddisfare i bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità che le generazioni future riescano a soddisfare i propri».

⁶² PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. mer.*, 2015, p. 42: «La nostra Corte costituzionale ha prospettato, in capo alle generazioni venturose, la titolarità di un "diritto fondamentale all'integrità del patrimonio ambientale"» (il riferimento è a Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259 e a Corte cost., 27 dicembre 1996, n. 419).

⁶³ Così il *Rapporto Brundtland*.

⁶⁴ Corte cost., 12 aprile 2013, n. 67, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1377: «Secondo questa Corte, attraverso la determinazione della tariffa, il legislatore statale ha fissato livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l'uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell'ambiente e "le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale"». V. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2009, p. 6,

petenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente – ha più volte richiamato la formula dell'art. 144, comma 2, del codice ambientale, evidenziando il profilo della salvaguardia delle aspettative e dei diritti «delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale».

Lo svolgimento della formula «sviluppo sostenibile» porta, dunque, a confrontarsi con tutti i temi in discussione e il dibattito sull'ambiente, allora, potrebbe trovare una “centratura” con l'introduzione della sostenibilità in Costituzione.

Si è posto in luce, a questo riguardo, che, sebbene la Costituzione non faccia espresso riferimento allo sviluppo sostenibile, un'interpretazione evolutiva di alcune disposizioni «permette l'innesto e la copertura delle problematiche legate allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità o equità intergenerazionale»⁶⁵: precisamente, l'art. 41, comma 2, l'art. 3, comma 2, l'art. 4, comma 2, l'art. 9, comma 2, e l'art. 2, la cui «capacità espansiva»⁶⁶ è tale da consentire l'estensione della tutela anche ai diritto all'ambiente salubre delle generazioni future e di «fondare i doveri di solidarietà transgenerazionale»⁶⁷. L'inserimento del principio all'interno della

il quale evidenzia come l'ordinamento settoriale ambientale presenti esempi di un approccio all'utilizzo delle risorse nell'ottica dello sviluppo durevole; così, ad es., la legge n. 36 del 1994 sulla gestione delle acque, dove si afferma che tutte le acque «sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata *secondo criteri di solidarietà*» (art. 1, comma 1), e che «qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale» (art. 1, comma 2); richiama (p. 6, nt. 23), sul punto, la pronuncia della Corte costituzionale n. 259 del 1996, che «ha confermato la legittimità e la fondatezza di tali espressioni di principio rilevando che “l'acqua, bene primario della vita dell'uomo, è configurata dall'ordinamento come una risorsa da salvaguardare, sui rischi di inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale”». La norma contenuta nell'art. 1 costituisce un «principio generale per una disciplina omogenea dell'uso delle risorse idriche».

⁶⁵ PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, cit., p. 40.

⁶⁶ PENNASILICO, *op. ult. cit.*, pp. 40 e 41.

⁶⁷ PENNASILICO, *op. loc. ult. cit.* La Costituzione, scrive GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 11, ha «tutti i presupposti e la flessibilità necessari per ade-

Carta costituzionale ne rafforzerebbe, in ogni caso, l'operatività, segnando «la trasformazione della legalità costituzionale all'interno di uno Stato non soltanto “sociale di diritto” ma anche “ambientale di diritto”»⁶⁸. Nel senso indicato da queste riflessioni, sembra muoversi la proposta di legge costituzionale C.240 - 18^a Legislatura⁶⁹, che propone, appunto, la modifica delle norme appena considerate e l'introduzione dello sviluppo sostenibile all'interno della Costituzione, nella logica di un'etica ambientale ed economica.

Il problema ambiente, di cui si parlava anni fa, diviene, ora, la questione delle «conseguenze future», questione che investe le scelte istituzionali e legislative passate, in termini di effetti sulla vita attuale e futura, e le scelte presenti e future sull'esistenza delle generazioni presenti e future.

Lo sviluppo sostenibile di un Paese è quello che non consuma le risorse naturali (ad es. l'acqua), ma le preserva e le conserva per le generazioni future; sviluppo sostenibile è lo sviluppo di un Paese che non toglie risorse economiche a settori fondamentali per privilegiare le “contingenze” di un momento storico e non fa aumentare il debito pubblico di ogni nascituro⁷⁰. La sostenibilità è, dunque, re-

guare le proprie norme all'evolversi dei problemi e delle esigenze che via via emergono nella società».

⁶⁸ E ciò, si afferma (PENNASILICO, *op. ult. cit.*, p. 44), anche alla luce della questione aperta della natura precettiva o programmatica del principio: «in realtà, il grado di precettività, e dunque di forza operativa, del principio va individuato in considerazione del contesto normativo di riferimento, vale a dire secondo la fonte (di rango costituzionale o legislativo) che lo ha prodotto. In tal senso, l'operatività del principio nell'ordinamento nazionale può essere notevolmente rafforzata da un recepimento espresso all'interno di testi di rango costituzionale che ne chiarisca la portata precettiva» [così anche in ID., *Fonti e principi del “diritto civile dell'ambiente”*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 27].

⁶⁹ *Relazione* alla proposta: «La presente iniziativa raccoglie le istanze e le elaborazioni teorico-normative e giurisprudenziali, sia nazionali che internazionali, che hanno caratterizzato negli ultimi decenni le evoluzioni in materia di diritto ambientale e di promozione dello sviluppo sostenibile e mira a porre il nostro Paese all'avanguardia a livello internazionale su tali tematiche».

⁷⁰ LO CONTE, *Quanti anni hai? Scopri quanto devi pagare di debito pubblico*, in *ilsole24ore.com*, 10 aprile 2019: «È noto a tutti che il debito pubblico italiano è un macigno [...] che pregiudica [...] in particolare le giovani generazioni. [...] Si

sponsabilità, che grava su ciascuno individualmente e su tutti collettivamente. Coniugata nella sua dimensione ecologica⁷¹, la sostenibilità è un valore⁷², espresso dall'art. 3, § 3, del TUE, dall'art. 11 del TFUE, riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷³, codificato nell'ordinamento nazionale dall'art. 3 *quater* c.a.; la sua introduzione nel sistema legislativo nazionale rispecchia i valori, i principi e le previsioni del Trattato⁷⁴

sa altrettanto bene che ogni residente in Italia ha un debito pari a 38mila euro circa [...] l'Ufficio Studi del Sole 24 Ore ha elaborato i dati della Banca d'Italia e dell'Istat dal 1946 [...] per descrivere con numeri e proporzioni la diseguale distribuzione del debito pubblico tra i residenti in Italia». L'elaborazione dei dati ha evidenziato «l'apporto maggiore alla formazione del debito pubblico delle generazioni più anziane e inferiore di quelle più giovani» e «come sulle spalle dei giovani ci sia un peso ben superiore a quello di chi ha più anni». La Corte costituzionale (14 febbraio 2019, n. 18, in *Foro it.*, 2020, I, c. 76 ss.), con riferimento alla (lamentata) lesione al principio della copertura pluriennale, ha sottolineato che «la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale»; ha ritenuto, pertanto, «costituzionalmente illegittimo l'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, come sostituito dall'art. 1, comma 434, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, in riferimento agli artt. 81 e 97 Cost., nella parte in cui consente la riformulazione o rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predissesto, poiché non si può ricorrere al debito per finanziare la spesa corrente; infatti, ove ciò fosse consentito, si scaricherebbe il debito sulle generazioni future e si violerebbe il principio di rappresentanza democratica».

⁷¹ «L'ambiente, in realtà – fa notare PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legittimità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 42 –, è soltanto un aspetto dello sviluppo umano sostenibile, sì che realizzare quest'ultimo nell'osservanza dei diritti dell'uomo significa anche attuare la libertà dal bisogno e dall'ignoranza».

⁷² V., sul punto, FERRARA, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: una 'storia infinita'*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 695 ss.; e SARTORETTI, *La 'materia' e il 'valore' ambiente al vaglio della Corte costituzionale: una dicotomia davvero impossibile?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1996.

⁷³ Il *Preambolo* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, al 3° cpv., recita: «L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni, nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile».

⁷⁴ «Principi che sono stati inseriti in termini positivi nelle norme del diritto europeo (fanno parte del nostro diritto costituzionale [...] le norme del Trattato

e trova giusta collocazione, dunque, anche nella nostra Carta costituzionale: dal codice ambientale, appunto, alla Costituzione.

L'inserimento della sostenibilità e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione realizza il punto di sutura tra Costituzione materiale e Costituzione formale. Sebbene la Costituzione non faccia espresso riferimento allo sviluppo sostenibile e non annoveri la tutela ambientale tra i principi fondamentali, ma riservi all'ambiente la sola, scarsa, previsione dell'art. 117, lett. s, è innegabile che entrambi i valori facciano parte del tessuto connettivo dell'ordinamento costituzionale.

Nel dibattito accesi dopo la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione del 2001 sulla configurabilità dell'ambiente come "materia" o come "valore"⁷⁵, il tema dello sviluppo sostenibile è stato argomento idoneo a supportare la prospettiva della tutela dell'ambiente come valore generale da perseguire in adempimento del «dovere inderogabile di solidarietà delle presenti generazioni al cospetto di quelle future»; la riforma dell'art. 117 della Costituzione, con l'espresso riferimento alla tutela e valorizzazione dell'ambiente, come materia nella quale lo Stato ha legislazione esclusiva, ha accentuato la rilevanza di altre disposizioni costituzionali, rimaste immutate, tra le quali sicuramente ha un ruolo centrale l'art. 2, sotto il duplice profilo del diritto dell'uomo all'ambiente, come garanzia di uno *standard* qualitativamente elevato della condizione di vita, e come dovere dell'uomo verso l'ambiente, di solidarietà politica economica e sociale, al fine di garantire il pieno sviluppo della personalità umana.

sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che, pur non definendo l'ambiente, affermano il metodo ed i principi con i quali l'ambiente deve essere tutelato)»: GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 9.

⁷⁵ DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come 'materia' e come valore*, cit.; FERRARA, *op. cit.*, c. 692 ss.; GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, cit., p. 25 ss.; OLIVETTI RASON, *Tutela dell'ambiente: il giudice delle leggi rimane fedele a se stesso*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 696 ss.; SARTORETTI, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione: valore costituzionalmente protetto o materia in senso tecnico?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 417 ss.; ID., *La 'materia' e il 'valore' ambiente al vaglio della Corte costituzionale: una dicotomia davvero impossibile?*, *ivi*, p. 1995 ss.

Ancor prima della riforma, però, la giurisprudenza (costituzionale, in primo luogo) aveva affermato il valore puramente ricognitivo della normativa ambientale, funzione ricognitiva, dunque, di un valore già esistente nell'ordinamento nazionale⁷⁶.

L'appartenenza all'Unione europea ci colloca ora in una dimensione sovranazionale ed i principi della tutela ambientale vanno, dunque, ricercati nel sistema ordinamentale italo-europeo⁷⁷. Il Trattato dedica all'ambiente il titolo XX (TFUE artt. 191-193), la Carta dei Diritti dell'Unione Europea l'art. 37. Proprio quest'ultima disposizione e, in particolare, la sua collocazione sotto il titolo *Solidarietà* ci consente di fare qualche riflessione in più. La tutela e il miglioramento della qualità dell'ambiente devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile: con lo sviluppo sostenibile si dà attuazione al principio di solidarietà tra le generazioni. Solidarietà ambientale, dunque, come sintesi e specificazione, al tempo stesso, della solidarietà economica, politica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione.

Infine, il codice dell'ambiente conforma l'ordinamento nazionale ai principi sovranazionali: in forza dell'art. 3 *bis*, i principi dettati dalla parte prima «costituiscono principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42, 44, 117, commi 1 e 3 della Costituzione e nel rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario». Tra tali principi, e ai sensi dell'art. 3 *quater*, è annoverato lo sviluppo sostenibile, principio al quale deve conformarsi «ogni attività umana giuridicamente rilevante [...] al fine di garantire che il soddisfacimento dei

⁷⁶ V. *retro*, nt. 18.

⁷⁷ «L'integrazione tra principi normativi di fonte comunitaria e diritto interno in un unitario e complesso sistema ordinamentale italo-europeo (come si desume dagli artt. 11 e 117, comma 1, cost.) apre il varco alla penetrazione di quei principi sovranazionali non soltanto nella sfera del potere pubblico, ma anche nel tessuto dell'autonomia privata»: PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo ecologico"*, in Rossi, Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, p. 18; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291 ss.

bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future». Il principio dello sviluppo sostenibile, inoltre, «deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro». Non può che osservarsi la razionalità e completezza del sistema, al cui interno ben si colloca la previsione costituzionale dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale⁷⁸. L'introduzione dello sviluppo sostenibile in Costituzione segna una tappa dell'evoluzione della società civile, che diviene sempre più consapevole che l'utilizzazione delle risorse naturali costituisce, il più delle volte, consumo di energie non più riproducibili, alterazioni irreversibili di equilibri ecologici. Rappresenta, al tempo stesso, una risposta affermativa al monito che proviene dalla Dichiarazione dell'UNESCO sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future⁷⁹: «*Le generazioni presenti hanno la responsabilità di sorvegliare affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future siano pienamente salvaguardati*» (art. 1); ancora, e in merito alla protezione dell'ambiente: «*1. Affinché le generazioni future possano beneficiare della ricchezza offerta dagli ecosistemi della Terra, le generazioni presenti dovrebbero agire per uno sviluppo durevole e preservare le condizioni della vita e in particolare la qualità e l'integrità dell'ambiente. 2. Le generazioni presenti dovrebbero vegliare affinché le generazioni future non siano esposte agli inquinamenti che rischierebbero di mettere in pericolo la loro salute o l'esistenza stessa. 3. Le generazioni presenti dovrebbero preservare per le generazioni future le risorse naturali necessarie al mantenimento della vita umana e al suo svi-*

⁷⁸ PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 45: «al fine di consentire ai principi ambientali di conformare effettivamente la produzione del legislatore, le applicazioni della giurisprudenza e i rapporti tra i soggetti interessati, è opportuno collocare i principi medesimi al massimo livello del sistema ordinamentale, ossia nella Costituzione».

⁷⁹ Adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 12 novembre 1997.

luppo. 4. Le generazioni presenti dovrebbero, prima di realizzare qualsiasi progetto di rilievo, prendere in considerazione le possibili conseguenze per le generazioni future» (art. 5).

È utile, infine, richiamare l'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «*Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità*».

Il primo dovere di ogni uomo verso la casa comune è preservare le risorse indispensabili a garantire l'esistenza delle generazioni future.

b) Sulla nozione di ambiente e sulla tutela degli animali.

In molte relazioni si sottolinea la mancanza di una definizione di ambiente (S.1627/2019) e, il più delle volte, nelle proposte e disegni, la parola ambiente è accompagnata da altre, in funzione integrativa o esplicativa. La terminologia utilizzata è la più varia: si utilizzano in maniera quasi alternativa termini quali "ecosistema", "biodiversità", che non sono "altro" rispetto all'ambiente, ma "sono" l'ambiente.

La 18^a legislatura, così ricca di proposte e disegni di legge per la tutela costituzionale dell'ambiente, annovera anche un disegno di legge, C.1744⁸⁰, finalizzato a introdurre nel codice civile la definizione della nozione di ambiente, così formulata: «1. L'ambiente oggetto della tutela prevista nell'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione e nel presente decreto legislativo si riferisce al sistema di relazioni tra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici. Vi rientrano, tra gli altri: il paesaggio; l'aria; i suoni e i rumori, gli odori; i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti, i laghi e le altre acque; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane, i ghiacciai e le nevi perenni e no; il mare e i fondali marini; i lidi e i tratti di costa; la fauna selvatica e la

⁸⁰ C.1744 - 18^a Legislatura

On. Giuseppe D'Ippolito (M5S) e altri

Modifiche al codice civile in materia di classificazione e regime giuridico dei beni, nonché definizione della nozione di ambiente.

4 aprile 2019: Presentato alla Camera - 11 novembre 2019: Assegnato (non ancora iniziato l'esame).

flora tutta; i campi e l'agricoltura e le pratiche agricole. 2. I beni compresi nella definizione di ambiente di cui al comma 1 appartengono alla categoria dei beni comuni di cui all'articolo 812-*bis* e seguenti del codice civile».

È evidente la difficoltà di codificare una nozione che sia davvero espressiva del fenomeno nella sua interezza; restano ampi spazi aperti alla discussione sui temi e sui termini, che di volta in volta vengono in evidenza, dalla problematica relativa alla ricomposizione del paesaggio nella nozione di ambiente a quella dei beni comuni.

I tentativi di codificazione, come quello sopra descritto, e la ricorrente segnalazione, nelle relazioni ai progetti di legge, dell'assenza, sul piano definitorio, di una nozione di ambiente sono indice di un disagio verso un concetto irriducibile in termini onnicomprensivi. Può qui riproporsi il tentativo, già sperimentato da chi scrive⁸¹, di ricavarne il contenuto dalla nozione di danno, muovendo dai riferimenti normativi contenuti nel Codice ambientale, ultimo intervento legislativo in materia. Al riguardo, le norme fondamentali di riferimento sono due: gli artt. 300 e 311.

L'art. 300 è, per l'appunto, intitolato al *Danno ambientale*; la disposizione contiene una definizione di danno ambientale coincidente con il deterioramento delle risorse naturali e della utilità da queste arrecate. Questa, la lettera della legge:

«È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima».

La definizione a carattere generale, espressa dal comma 1, viene poi specificata dal comma successivo, che detta un'elencazione di fattispecie di danno ambientale, costruite ai sensi della direttiva 2004/35/CEE.

All'ampia previsione del primo comma (dal cui ambito di operatività, a stretto tenore letterale della disposizione, restano comunque esclusi il paesaggio e i beni culturali) segue, dunque, una anali-

⁸¹ V., al riguardo, le considerazioni già svolte in *Danno all'ambiente e danno alla persona*, cit., p. 142 ss.

tica e documentata⁸² elencazione delle risorse la cui lesione comporta danno ambientale «giuridicamente rilevante».

Va in primo luogo rilevato che la norma in questione dà attuazione alla direttiva comunitaria che espressamente richiama⁸³: anche la formulazione letterale, dunque, ripete la tecnica normativa del legislatore comunitario, che riflette un'impostazione tecnicistica e di settore.

Occorre segnalare, poi, come la previsione sia eccessivamente restrittiva, pur nella molteplicità delle ipotesi previste, e come la dettagliata elencazione delle singole componenti del danno ambientale non sia in realtà esaustiva della intera, possibile, casistica di eventi pregiudizievoli all'ambiente. Così, ad es., non compare, come ipotesi tipica di danno ambientale prevista dall'art. 300, l'inquinamento atmosferico. Non vi è dubbio, però, che esso costituisca danno ambientale ai sensi del Codice dell'ambiente: la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera sono espressamente previste e disciplinate dalla Parte quinta del d.lg. n. 152 del 2006.

Se davvero l'elencazione di cui all'art. 300 fosse esaustiva delle possibili ipotesi di danno ambientale, attraverso una rigida elencazione delle sue componenti, ci troveremmo di fronte ad una norma che fornisce, sebbene in maniera indiretta, una nozione di ambiente⁸⁴ sostanzialmente coincidente con la "sommatoria" delle risorse naturali. Infatti, se danno all'ambiente è lesione di determinati beni, e unicamente di questi, argomentando *a contrario* solo questi beni costituiscono l'ambiente. Così, però, non è, come conferma proprio il successivo art. 311, che sembra accogliere, invece, una nozione ampia di danno, la medesima che è alla base della legge n. 349 del

⁸² Si vedano i riferimenti alle singole normative di settore quali, ad es., le «direttive *habitat*».

⁸³ Recita la norma: «*Ai sensi della direttiva 2004/35/CE costituisce danno ambientale [...]*».

⁸⁴ Si vedano, al riguardo, le osservazioni di FERRI, *Prospettive civilistiche e danno ambientale. Prevenzione e riparazione nel cosiddetto Codice dell'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 397: «la definizione di danno ambientale assume una importanza fondamentale non solo per circoscrivere l'ambito di applicazione della nuova normativa, ma anche ai fini della corretta individuazione del bene giuridico che si intende tutelare».

1986 e che dà corpo all'art. 18: una disposizione, dunque, di ampia portata, quanto alla previsione di danno, che si discosta di gran lunga dalla tecnica utilizzata dal legislatore comunitario, e che sembra presupporre una idea di danno come pregiudizio del valore ambiente in sé e non come lesione specifica, e tipicamente prevista, delle sue singole e normativamente individuate componenti.

La giurisprudenza della Suprema Corte, nell'interpretare le recenti disposizioni, accoglie quest'ultima nozione di danno⁸⁵, in continuità con quanto affermato, in due occasioni, dalla Corte costituzionale nel 1987⁸⁶.

Nella prima⁸⁷, la Corte definisce l'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della collettività ed esprime «una concezione unitaria del bene ambientale comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Esso comprende la conservazione, e il miglioramento delle condizioni naturali (aria, acqua, suolo e territorio in tutte le sue componenti), l'esistenza e la preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale e in definitiva la persona umana in tutte le sue estrinsecazioni».

Con la successiva sentenza⁸⁸, la Corte ricostruisce la nozione di ambiente quale «bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela ma tutte sono riconducibili a unità». Tale scomposizione attiene, però, al momento della fruizione e, più precisamente, alle modalità di fruizione e alla loro tutela, e nulla toglie all'unitarietà del bene, che viene protetto in

⁸⁵ Cass. pen., 6 marzo 2007, n. 16575, cit., p. 407: «questa Corte ha ribadito la peculiarità del danno ambientale, pur nello schema della responsabilità civile, rilevando che esso consiste nell'alterazione, deterioramento, distruzione, in tutto o in parte dell'ambiente, inteso quale insieme che, pur comprendendo vari beni appartenenti a soggetti pubblici o privati, si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà immateriale ma espressiva di un autonomo valore collettivo che costituisce, come tale, specifico oggetto di tutela dell'ordinamento» (il riferimento è a Cass., 9 aprile 1992, n. 4362, in *Mass. Giur. it.*, 1992).

⁸⁶ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., e Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit.

⁸⁷ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

⁸⁸ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit., c. 706.

quanto tale, in quanto “uno”, «come elemento determinativo della qualità della vita».

A queste conclusioni si perviene, d'altro canto, anche sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme in tema di tutela dell'ambiente, poste con la nuova normativa.

L'art. 2 del Codice ambientale, infatti, che, a tenore della sua rubrica, esplicita le «finalità» della legge, pone «*come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana da realizzare attraverso la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse umane*». L'ampia dimensione della previsione, il riferimento alla qualità della vita e, soprattutto, l'espressa codificazione della relazione tra qualità della vita e condizioni ambientali inducono a ritenere che sia danno all'ambiente ogni deterioramento o alterazione di questa relazione. Riemerge, nelle parole del legislatore del 2006, quell'idea, sacralizzata nelle sentenze della Corte costituzionale del 1987, dell'ambiente come elemento determinativo della qualità della vita; a conferma della quale si pone una lettura sistematica dell'art. 2 e dell'art. 3 *bis* del Codice ambientale, ai sensi del quale «i principi generali in tema di tutela dell'ambiente» sono «adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42 e 44, 117 commi 1 e 3 della Costituzione», lettura che induce a definire l'ambiente come elemento determinativo della qualità della vita.

Il cammino, iniziato da una normativa speciale e di settore, prosegue e, con una riflessione maggiore, conduce al dettato costituzionale di cui all'art. 2 Cost.: l'art. 2 del Codice ambientale, infatti, in quanto norma espressamente finalizzata a sancire sul piano della politica ambientale la promozione dei livelli della qualità della vita, deve leggersi alla luce della più ampia garanzia dello svolgimento della personalità e dell'adempimento dei doveri di solidarietà (politica, economica e sociale) di cui all'art. 2 della Costituzione, così come espressamente indica, d'altro canto, il successivo art. 3 *bis*. Spunti riflessivi in tal senso provengono, come si è già avuto modo di sottolineare, dalla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che inserisce nel capo IV, ugualmente intitolato alla «Solidarietà», la previsione relativa alla *Tutela dell'ambiente* (art. 37). Il ruolo centrale dell'art. 2 della Costituzione è stato sottolineato an-

che in sede di rilettura delle norme in materia di ambiente a seguito della riforma dell'art. 117⁸⁹: l'espressa previsione costituzionale della tutela dell'ambiente ne accentuerebbe la rilevanza sotto il duplice profilo del diritto dell'uomo all'ambiente, come garanzia di uno *standard* qualitativamente elevato della condizione di vita, e come dovere dell'uomo verso l'ambiente, di solidarietà politica, economica e sociale, al fine di garantire il pieno sviluppo della personalità umana. Dal codice alla Costituzione⁹⁰.

Solo un cenno alla protezione degli animali. Il suo inserimento nella Carta fondamentale contribuirebbe alla definizione di un sistema completo e perfetto sotto il profilo della tutela della vita, non solo umana, ma di tutte le specie viventi⁹¹. Gli animali, dunque, protetti come esseri senzienti⁹² e non solo in quanto componenti del "bene ambientale", che, nella concezione unitaria espressa dalla Corte costituzionale nel 1987, comprende anche «la esistenza e la

⁸⁹ OLIVETTI RASON, *Tutela dell'ambiente*, cit., p. 700.

⁹⁰ «Riconoscere alla tutela dell'ambiente il carattere di valore costituzionale costituisce il coronamento di un percorso di tutela sempre più consapevole, incisivo, avanzato, che colloca l'ambiente tra i valori primari dell'ordinamento repubblicano, e la sua assunzione tra i principi fondamentali. La qualifica di "valore costituzionale" indica la rilevanza che l'ordinamento attribuisce al bene giuridico *ambiente*, la funzione che è destinato a svolgere nel contesto istituzionale, la scala di priorità nella quale è collocato nei confronti di altri beni giuridici ed interessi pubblici da tutelare, l'intensità e l'estensione della tutela»: DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore*, cit., p. 1.

⁹¹ Cass. pen., 30 gennaio 2017, n. 46365, in *deaprofessionale.it*: «Il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 727 c.p., è costituito non dalla integrità fisica dell'animale, bensì dalla sua stessa condizione di essere vivente perciò meritevole di tutela in relazione a tutte quelle attività dell'uomo che possano comportare, anche soltanto per indifferenza o negligenza od incuria, l'infrazione di inutili sofferenze. Di talché deve ritenersi di rilevanza penale la detenzione di un uccello all'interno di una gabbia dalle dimensioni particolarmente ridotte rispetto alla sua stazza, tale da non consentirgli neppure la piena apertura delle ali, né una sia pur modesta possibilità di movimento, del tutto irrillevante risultando l'assenza di lesioni o l'integrità delle sue condizioni di salute».

⁹² Cass. pen., 21 marzo 2017, n. 20934, in *deaprofessionale.it*: «Nei delitti contro il sentimento per gli animali, ai fini della confisca prevista dall'art. 544 *sexies*, cod. pen., l'animale rileva non come corpo del reato o cosa ad esso pertinente, né come bene patrimoniale produttivo di frutti, ma esclusivamente come essere vivente dotato, in quanto tale, di una propria sensibilità psico-fisica».

preservazione dei patrimoni genetici terrestri e marini, di tutte le specie animali e vegetali che in esso vivono allo stato naturale»⁹³. Muta la relazione uomo-animale e il cambiamento riflette una differente concezione dell'animale, non più semplice "oggetto", «verso cui si è esplicitato il senso di pietà e di protezione dell'uomo, quando non anche di affetto, verso gli esseri inferiori»⁹⁴, ma essere senziente, la cui dignità va riconosciuta e protetta. Il legislatore, che standardizza e indirizza comportamenti umani, ha preso atto di questa nuova cultura, traducendo, in principi normativi, una realtà che già appartiene alla coscienza sociale: il rispetto dell'animale come essere vivente, che non può essere trattato o maltrattato a proprio piacimento, come una cosa, al pari delle altre cose di appartenenza. La protezione degli animali, infatti, non è estranea al nostro ordinamento e la normativa⁹⁵, civilistica e penale, compone un sistema che, con la riforma costituzionale, troverebbe una formalizzazione al massimo livello della gerarchia delle fonti.

c) Sull'ambiente come diritto fondamentale.

L'inserimento del dato testuale in Costituzione porta con sé la domanda se sia necessaria la previsione espressa di una norma per riconoscere all'ambiente la natura di diritto fondamentale.

La risposta non è, né può essere, univoca e prevede due diversi piani di ragionamento, relativi, il primo, all'aspetto del riconoscimento formale e, il secondo, al profilo sostanziale della tutela nel sistema dell'ambiente come diritto fondamentale. La riflessione, allora, deve cogliere, in una visione d'insieme, le affermazioni della Corte costituzionale, le previsioni del nostro ordinamento, nazionale e sovranazionale, e le affermazioni di principio, sul tema ambiente, contenute in alcuni Trattati internazionali, Convenzioni, Statuti e Protocolli: i linguaggi non sono differenti, pur essendo di-

⁹³ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

⁹⁴ Così PASTINA, *Animali*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 433.

⁹⁵ Si veda, in tal senso, la legge 14 agosto 1991, n. 281 (art. 1: «*Principi generali*. 1. Lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale e di tutelare la salute pubblica e l'ambiente»), oltre a tutta la legislazione penale di cui non è possibile dare atto in questa sede.

versa la valenza normativa, poiché in tutti è dato riscontrare un codice comune: il riconoscimento del valore uomo e la sua tutela.

La Corte costituzionale nel 1987 definiva l'ambiente «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività»⁹⁶, protetto «come elemento determinativo della qualità della vita»⁹⁷; in particolare, si affermava, la sua protezione esprime l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività. Ciò, com'è noto, in assenza di una specifica previsione al riguardo, ma con riferimento a, e nell'ambito di, un ordinamento che assume a valore fondamentale la persona e la solidarietà. Nel quadro di riferimento già indicato - e composto dalle norme nazionali e sovranazionali relative all'ambiente - vanno evidenziate alcune previsioni utili, ad avviso di chi scrive, a supportare e confermare la natura di diritto fondamentale dell'ambiente.

Nel *Preambolo* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si legge (2° capoverso): «l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà»; ed è proprio nel titolo IV della *Solidarietà* (art. 37) che trovava previsione la tutela dell'ambiente. Tale collocazione e lo stretto collegamento con la tutela della persona lasciano, ancora una volta, intravedere un concetto trasversale di ambiente, come valore che racchiude in sé altri valori e la cui tutela è strumentale alla protezione di questi.

Prosegue poi il 4° capoverso: «A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici rendendo tali diritti più visibili in una Carta».

⁹⁶ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit., c. 346.

⁹⁷ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit., c. 706: «L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un "habitat" naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assume a valore primario ed assoluto».

L'affermazione sembra conciliare il profilo formale e il profilo sostanziale: i due piani di ragionamento, indicati all'inizio di questa riflessione, si riuniscono.

Il 5° capoverso del *Preambolo* afferma: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

La Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo non menziona l'ambiente, ma contiene una disposizione, l'art. 8, sulla quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fondato il riconoscimento del danno all'ambiente come danno ingiusto⁹⁸.

Ancora, leggendo tra i documenti indicati dal 5° capoverso del *Preambolo*, la Carta sociale europea⁹⁹ non menziona né la tutela dell'ambiente né la sostenibilità, ma entrambe sono presupposti concettuali, principi, sui quali vengono poi elaborate le enunciazioni dei diritti (lavoro, sicurezza sul lavoro, salute, fanciulli, giovani e anziani, protezione sociale dei bambini, degli adolescenti e delle persone anziane). Nello stesso *Preambolo*, però, si rammenta «che lo scopo del Consiglio d'Europa è di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che rappresentano il loro patrimonio comune e favorire il progresso economico sociale, in particolare *mediante la difesa e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*».

Nella parte I, all'art.11, si dichiara il diritto di ogni persona «di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior

⁹⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 gennaio 2012, n. 30765, cit. (v. *retro*, nota 21).

⁹⁹ Carta Sociale Europea (riveduta), Strasburgo, 3 maggio 1996.

stato di salute ottenibile» e nella parte II, all'art. 11, si dispone il diritto alla protezione della salute¹⁰⁰.

Vale la pena ricordare, al riguardo, come il diritto all'ambiente sia stato tradizionalmente affermato come diritto all'ambiente salubre, uno svolgimento cioè del più ampio tema della "salute". Le Sezioni Unite della Cassazione, nella storica sentenza del 1979¹⁰¹, sono pervenute al riconoscimento del diritto all'ambiente salubre, declinando il concetto di salute nel benessere biologico e psichico dell'uomo: tale contenuto dà vita a un diritto fondamentale dell'uomo e interesse della collettività, principio immanente all'ordinamento giuridico, la cui tutela è divenuta con la Costituzione «un fine dell'ordinamento, un valore costituzionale», il cui quadro di riferimento normativo è rappresentato dagli artt. 32 e 2 della Costituzione. Questo sviluppo del concetto di salute – e, soprattutto, il riferimento all'art. 2 – sfocia nella conclusione secondo la quale «la protezione si estende alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute: essa assume in tal modo un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui il diritto alla salute, oltre che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre»¹⁰². Tale diritto ha «la strumentazione giuridica del diritto soggettivo, anzi del diritto assoluto», tutelato alla stregua dei diritti fondamentali.

In altra più ampia prospettiva non può tacersi della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, la quale, pur non facendo menzione del diritto all'ambiente salubre, contiene enunciati di grande valenza, finalizzati a garantire un'esistenza conforme alla dignità

¹⁰⁰ Si richiama la definizione di salute, correntemente accettata, elaborata nel 1948 dall'OMS, quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto assenza di malattia»; va segnalata, anche, la proposta di nuova definizione, presentata nel 2011 ma non ancora accolta, per la quale la salute è «la capacità di adattamento e di auto gestirsi di fronte alle sfide sociali, fisiche ed emotive».

¹⁰¹ Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302 ss.

¹⁰² Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, cit., c. 2305.

che è propria di ogni essere umano¹⁰³. Così, non avrebbe altro senso, se non quello di un'affermazione priva di contenuto, affermare il diritto alla vita se non si riconoscesse a monte il diritto a condizioni esistenziali che ne garantiscano la effettività (possibilità della vita stessa e sua qualità).

Nella stessa visuale vanno lette le disposizioni di cui agli artt. 11 e 12 del *Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali*¹⁰⁴, che riconoscono – e ne garantiscono l'attuazione – non soltanto «il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato», ma anche «il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire»; tra le misure per l'attuazione di tale diritto è compreso «il miglioramento di tutti gli aspetti dell'igiene ambientale e industriale».

Se poi si sofferma l'attenzione, in particolare, sul 3° capoverso del *Preambolo* della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, ai sensi del quale «è indispensabile che i diritti umani siano protetti da norme giuridiche, se si vuole evitare che l'uomo sia costretto a ricorrere, come ultima istanza, alla ribellione contro la tirannia e l'oppressione», non può non cogliersi, ancora una volta, come profilo formale e profilo sostanziale dell'affermazione del diritto all'ambiente siano i due aspetti della stessa medaglia: la disposizione opera la saldatura tra i due piani, quello del riconoscimento formale e quello del riconoscimento sostanziale, come principio

¹⁰³ Art. 3: «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona»; art. 22: «Ogni individuo, in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale, nonché alla realizzazione attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità»; art. 27, comma 1: «Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici»; art. 29, comma 1: «Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità».

¹⁰⁴ *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, ed entrato in vigore dal 3 gennaio 1976.

immanente nel sistema, a prescindere dall'esistenza di una norma giuridica che lo formalizzi.

La Corte costituzionale ci ha consegnato un concetto di ambiente come valore primario e assoluto, di natura trasversale, la cui protezione è imposta da norme costituzionali, gli artt. 9 e 32; un'espressa previsione in tal senso integrerebbe il quadro, facendo emergere sotto il profilo formale ciò che già è nel sistema. La dottrina ha ricordato come resti imprescindibile il punto di riferimento positivo, «quale che sia l'idea di diritto fondamentale di cui ciascuno di noi si faccia portatore»¹⁰⁵. L'art. 2 della nostra Costituzione, cui la comune opinione fa riferimento, non dà la definizione di diritto fondamentale. Un punto fermo, tuttavia, può essere segnato «definendo i diritti fondamentali quali i bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e [...] l'effettiva tutela) non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa. Solo così i diritti fondamentali possono infatti porsi a fondamento della comunità politica organizzata»¹⁰⁶. Non vi è dubbio che l'ambiente, in quanto elemento determinativo della qualità della vita - così come afferma la Corte costituzionale - integri questi caratteri. Si è posta in luce la centralità del ruolo che è chiamata a giocare la legge costituzionale nel riconoscimento di nuovi diritti fondamentali¹⁰⁷, che configurano la «più alta forma di garanzia giuridica a presidio delle sfere di libertà fondamentali o delle pretese a prestazioni sociali connesse al pieno sviluppo della persona»¹⁰⁸.

Ora, la qualifica come fondamentali di tali bisogni o diritti non può che avvenire attraverso il riconoscimento di norme altrettanto fondamentali¹⁰⁹: una norma costituzionale dedicata all'ambiente, e

¹⁰⁵ RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *gruppodipisa.it*, 2, 2016, p. 3.

¹⁰⁶ RUGGERI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁷ BALDINI, *Che cos'è un diritto fondamentale. La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2016, p. 14 ss.; RUGGERI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁸ BALDINI, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ Scrive RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali*, cit., p. 6: «Ora, fondamentali essendo i bisogni o diritti suddetti, fondamentali non possono che essere altresì le norme che li "riconoscono". L'una cosa si specchia nell'altra, determinandone il complessivo, peculiare regime (ad es., secondo opinione corrente, che

con esso allo sviluppo sostenibile, ne formalizzerebbe la tutela alla stregua di diritto fondamentale, tutela che oggi si ottiene con il ricorso ad altre norme (artt. 9 e 32 Cost.)¹¹⁰.

Un noto studio di diversi anni fa inquadrava il diritto all'ambiente tra i diritti della personalità¹¹¹. A tale risultato si perveniva muovendo da una considerazione sistematica di principi rinvenibili nella Costituzione, più che dall'individuazione di singole norme, quali gli artt. 9 e 32 Cost., che scontano il limite di riferirsi a singoli aspetti dell'interesse tutelato (paesaggio, salute); si arriva, così, all'affermazione di un generale diritto all'ambiente, da classificare tra i diritti fondamentali della persona, poiché la salubrità dell'ambiente costituisce presupposto essenziale dell'esplicazione della personalità e dello sviluppo della persona umana¹¹² e ciò anche indipendentemente dall'espressa previsione di una norma costituzionale¹¹³, essendo sufficiente, a tal fine, la previsione dell'art. 2, la cui ampia formulazione ha consentito il ricono-

pure a mia opinione richiederebbe non poche né secondarie precisazioni teoriche, portando a considerare come insuscettibili di revisione gli enunciati costituzionali relativi ai diritti»); PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., p. 45.

¹¹⁰ V., al riguardo, le osservazioni di BALDINI, *Che cos'è un diritto fondamentale*, cit., p. 16: «Una nuova frontiera di sviluppo dei diritti fondamentali delineano anche i cd. diritti di terza generazione (diritto allo sviluppo sostenibile, diritto all'acqua, alle risorse alimentari, etc.) i quali trovano per lo più espressione in trattati internazionali, ed hanno più stretta attinenza ad interessi collettivi generali come ad istanze di solidarietà umana. La pretesa al rispetto ed allo sviluppo della pace, che trova una qualche corrispondenza all'interno della Carta costituzionale (art. 11 Cost.), come pure la tutela dell'ambiente (artt. 9 e 32 Cost.), oltre alla preservazione di Beni rientranti nel patrimonio comune dell'umanità; il diritto allo sviluppo; il diritto alla trasparenza amministrativa, il diritto alla riservatezza dei dati telematici, si tratta di pretese che vanno ben oltre la dimensione elementare della tutela individuale. La novità di tali diritti sta, dunque, nel nesso funzionale che lega, in qualche modo, la natura fondamentale del diritto ad un generale principio di responsabilità comunitaria, anche nell'intento di contenere - se non proprio neutralizzare - i rischi che l'affermarsi del nuovo ordine economico globale è in grado di recare soprattutto per la parte più debole dell'umanità».

¹¹¹ PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979.

¹¹² PATTI, *op. ult. cit.*, pp. 19-20.

¹¹³ PATTI, *op. ult. cit.*, p. 26.

scimento di molteplici diritti della personalità. Ciò che deve ritenersi rilevante, dunque, non è una specifica disposizione costituzionale, ma un'interpretazione dell'art. 2 coerente con l'affermazione del principio dalla medesima norma espresso: la tutela di tutti i valori e i beni intimamente connessi alla persona¹¹⁴. In tal senso, è da leggersi conferma nell'espressa garanzia costituzionale del paesaggio e della salute, beni e valori direttamente connessi alla persona e all'ambiente.

In termini conclusivi, dunque, l'inserimento nella Costituzione di una norma che contempra espressamente la tutela dell'ambiente come diritto fondamentale si pone a completare un percorso la cui evoluzione vede le storiche sentenze della Corte costituzionale del 1987 segnare un punto fermo, definendo l'ambiente come diritto fondamentale della persona¹¹⁵; ad esse fa riferimento la giurisprudenza successiva, incline a riconoscere la possibilità di configurare in capo al singolo una situazione di diritto soggettivo alla fruizione dell'ambiente. Indicazioni in tal senso, di grande momento, provengono dalla giurisprudenza, soprattutto penale, che, pronunciandosi in tema di legittimazione¹¹⁶ delle associazioni ambientaliste a costituirsi *iure proprio* nel giudizio per danno ambientale, ha riaffermato la triplice dimensione¹¹⁷, pubblica, personale e sociale, del danno ambientale quale lesione del diritto fondamentale

¹¹⁴ PATTI, *op. ult. cit.*, p. 28.

¹¹⁵ Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, cit.; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, cit.

¹¹⁶ Cass. pen., Sez. III, 3 ottobre 2006, n. 36514, in *Amb. svil.*, 2007, p. 1026 ss.: «anche la persona singola o associata e non solo i soggetti pubblici sono legittimati al risarcimento del danno ambientale in nome dell'ambiente come *diritto fondamentale di ogni uomo* e valore di rilevanza costituzionale»; Cass. pen., sez. II, 25 maggio 2007, n. 20681, in *CED*, 2007; Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2010, n. 41015, *ivi*, 2010.

¹¹⁷ «Il danno ambientale risarcibile presenta una triplice dimensione: personale quale lesione del fondamentale diritto all'ambiente salubre da parte di ogni individuo; sociale quale lesione del diritto all'ambiente nelle articolazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità umana; pubblica quale lesione del diritto-dovere pubblico spettante alle istituzioni centrali e periferiche»: Cass. pen., Sez. III, 5 aprile 2002, n. 22539, in *Giur. it.*, 2003, p. 696; tale ultimo principio è stato successivamente ribadito da Cass. pen., 2 dicembre 2004, n. 46746, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 181 e Cass. pen., 25 maggio 2007, n. 20681, cit.

all'ambiente salubre di ogni uomo e delle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità¹¹⁸.

Il diritto all'ambiente, dunque, è diritto fondamentale¹¹⁹ e come tale si colloca, con assoluta certezza, tra i diritti della persona a contenuto non patrimoniale.

Con le modifiche proposte nei progetti di Legge di revisione costituzionale si realizzerebbe una sorta di "adeguamento" della Costituzione al Codice dell'ambiente, ma è evidente, per le considerazioni sopra svolte, che così non è, perché è il Codice di settore che attua e traduce, in un articolato normativo, un valore che è nel no-

¹¹⁸ In questi termini anche il Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2019, n. 1635, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 2019: «La tutela e la salvaguardia dell'ambiente, già presente fra i principi fondamentali della Costituzione italiana mediante la previsione di cui all'art. 9, ha assunto una valenza sempre più fondamentale anche sulla spinta del diritto europeo, ed un esercizio esegetico ampliativo della portata dell'art. 32 Cost. ha consentito di estendere l'ambito della tutela garantita alla salute pubblica anche mediante le certificazioni di prodotto [...], sino a ricomprendervi il "diritto alla salubrità dell'ambiente" [...] e la stessa Corte Costituzionale italiana ha inquadrato l'ambiente nell'ambito dei valori costituzionalmente protetti, come una sorta di materia "trasversale" in ordine alla quale si manifestano competenze diverse tanto attinenti allo Stato, quanto spettanti alle singole Regioni»; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2014, n. 5045, in *deaprofessionale.it*: «Nel sistema di cui all'art. 9 Cost., e della disciplina comunitaria, la salvaguardia dell'habitat nel quale l'uomo vive, assurge a valore primario ed assoluto, in quanto attribuisce ad ogni singolo un autentico diritto fondamentale della personalità umana. A tali fini, l'ambiente rileva non solo come paesaggio, ma anche come assetto del territorio, comprensivo di ogni suo profilo, e finanche degli aspetti scientifico-naturalistici (come quelli relativi alla protezione di una particolare flora e fauna), pur non afferenti specificamente ai profili estetici della zona».

¹¹⁹ BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 1990, p. 146 s.: «La norma costituzionale che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo è particolarmente importante in quanto si pone come una clausola generale di tutela essenziale della persona umana. L'opinione secondo la quale si tratterebbe di una formula di rinvio ai singoli diritti specificamente menzionati priva la norma di un suo autonomo significato e soprattutto non tiene conto dell'esigenza che in essa si esprime: e cioè l'esigenza della tutela integrale dell'uomo attraverso la tutela di tutti quegli interessi che gli sono essenziali alla stregua della coscienza sociale».

stro sistema costituzionale¹²⁰. Forse l'aspetto più rilevante della introduzione esplicita e formale della tutela dell'ambiente nella Costituzione è proprio nella separazione, con la formalizzazione in due disposizioni distinte, tra diritto all'ambiente e diritto alla salute, con conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della tutela risarcitoria.

Sul piano del bilanciamento, poi, un'ultima conclusiva considerazione (che meriterebbe ben altro approfondimento): la mancanza, nella Costituzione, di una norma che preveda l'ambiente come diritto fondamentale non ha impedito alla Corte costituzionale, in occasione del "caso Ilva", di operare un discutibile bilanciamento tra diritti fondamentali e, precisamente, tra diritto all'ambiente salubre e diritto al lavoro, pronunciandosi nei termini che conosciamo (e, in maniera dissimile, a distanza di cinque anni)¹²¹.

¹²⁰ La norma costituzionale, in realtà, è parte integrante della disciplina destinata a regolare il caso concreto, sì che la tecnica del "combinato disposto" tra norma costituzionale di principio e regola ordinaria di dettaglio vale a scongiurare che la Costituzione «sia letta e interpretata alla luce della legge ordinaria, in una sorta di bidirezionalità ermeneutica foriera di grosse ambiguità». Così, PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 498.

¹²¹ V. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 867, che ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 231 del 2012 (che convertiva il decreto c.d. "salva-Ilva"), in quanto «la *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»; e Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2018, p. 1295, secondo la quale: «va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, D.L. 4 luglio 2015, n. 92 e degli artt. 1, comma 2, e 21 *octies*, D.L. 27 giugno 2015, n. 83 convertito dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, atteso che il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.); la con-

tinuazione dell'attività produttiva di aziende sottoposte a sequestro è lecita a condizione che vengano tenuti in adeguata considerazione, e tra loro bilanciati, tutti i beni e i diritti costituzionalmente protetti, tra cui il diritto alla salute, il diritto all'ambiente salubre e il diritto al lavoro». Si rinvia, per ulteriori indicazioni e considerazioni critiche, a SIMONE, *Il danno ambientale*, cit., p. 97 ss.

RAFFAELE LENZI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Siena

L’AFFIDAMENTO FIDUCIARIO TRA TIPO E CATEGORIA

SOMMARIO: 1. L’affidamento fiduciario e l’attività nell’interesse altrui. –
2. L’affidamento fiduciario tra ricostruzione teorica e diritto positivo. –
3. Dall’ammissibilità alle problematicità.

1. *L’affidamento fiduciario e l’attività nell’interesse altrui.*

Il testo del disegno di legge delega sulla riforma del c.c., circolato circa due anni or sono, poneva tra i temi da affrontare “il trust e gli altri contratti di affidamento fiduciario” evidenziando così la necessità di un assetto normativo che riordinasse gli atti di affidamento fiduciario, così assunti a categoria comprensiva della pluralità di configurazioni ormai presenti nell’ordinamento e proliferate nel recente passato, individuandone gli elementi caratterizzanti, le regole comuni, gli elementi distintivi le singole figure. La riconduzione a categoria unificante consente altresì di valutare la possibilità di utilizzare regole dettate per alcuni tipi negoziali al fine di integrare la disciplina di altre figure, colmandone così le lacune¹. In dottrina si è

¹ Sull’argomento la letteratura è ormai amplissima; tra gli altri Bianca e Capaldo (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio – Profili di competitività del sistema*, Milano, 2010; ASTONE, *Destinazione di beni allo scopo. Fattispecie ed effetti*, 2010, BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari e i negozi di fiducia*, Padova, 1933; CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in Irti (a cura di), *Dizionari dir. priv.*, I, Milano, 1980; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947; CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010; DORIA, *Il patrimonio “finalizzato”*, in *Riv., dir. civ.*, 2007, p. 485; FRANCESCHELLI, *Il*

affacciata la proposta di individuare un nuovo tipo di negozio a funzione cooperativa teleologicamente orientata, sollecitata dall'inadeguatezza del *trust* interno a far fronte alle emergenti esigenze della società, per il suo necessario affidamento ad una legge straniera e per l'insufficienza dell'art. 2645 *ter* c.c. a fornire il supporto normativo su cui costruire una nuova fattispecie negoziale. Si è così prospettata una nuova figura contrattuale definita "affidamento fiduciario", mediante la quale un soggetto, affidante, determina un programma, che un altro soggetto, affidatario, è incaricato di realizzare, nell'interesse di altri soggetti, beneficiari, alla cui attuazione, con funzione strumentale, vengono destinati dei beni, fungibili e non. Il tema, fortemente avvertito, della relazione di fiducia in ambito patrimoniale e della destinazione di beni ad uno scopo, si compendia di una pluralità

«trust» nel diritto inglese, Padova, 1935; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 52; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1; GINEVRA, *La partecipazione sociale fiduciaria*, Milano, 2004; GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato italiano*, in *Fiducia, trust, mandato e agency*, Milano, 1991; INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010; LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; LENZI, *Atto di destinazione*, in *Annali Enc. Dir.*, V, 2012; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, p. 993; LUPOI, *Trusts*, in ID., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004; MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 804 ss.; MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 43 ss; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Padova, 2009; MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004; NERI, *Il trust e la tutela del beneficiario*, Padova, 2005; PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011; PORCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità patrimoniale*, Napoli, 2011; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951; PUTTI, *Negozio fiduciario*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, II, 2003; QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Roma, 2001; SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; SATURNO, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999; SCHLESINGER, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni di Notariato*, n. 7, 2002; SICCHERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2011; TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, s.d. ma 1978.; ID., *Patrimonio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982; VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006;

di figure negoziali, tra cui il negozio fiduciario, il negozio di destinazione, il contratto di affidamento fiduciario². Nella prassi economica si manifesta l'esigenza di poter sezionare il patrimonio di un soggetto, in funzione della realizzazione di uno specifico scopo, in più patrimoni che, pur facendo sostanzialmente capo al medesimo soggetto, siano sottoposti a regolamenti differenziati, in particolare con riferimento alle regole di responsabilità; a tale risultato si intende pervenire senza la necessità di dover, a tal fine, realizzare una proliferazione soggettiva per quanti siano i patrimoni separati che, sulla base degli scopi, si intende creare. Si tratta di ridefinire la relazione tra soggetto e patrimonio, tradizionalmente ritenuta univoca sulla base del disposto dell'art. 2740 c.c. e che oggi, con il dibattito sorto intorno alle enunciate figure, si è inteso sottoporre a verifica e a revisione, per consentire all'autonomia privata, a determinate condizioni, di promuovere situazioni di specializzazione patrimoniale su base funzionale, senza passare necessariamente attraverso la creazione di nuovi soggetti di diritto³. Anche in assenza di interventi nor-

² GENTILI, *Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario*, in AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*. Atti dei Convegni Bologna 26 novembre 2016 e Roma il 3 marzo 2017, Milano, 2017, p. 134 ss.

³ Anche qui la letteratura è copiosissima: FERRARA, *I negozi fiduciari*, *Scritti per le onoranze a Scialoja*, II, Milano, 1905, p. 745; MESSINA, *I negozi fiduciari*, Milano, 1910; CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., p. 414; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345; ID., *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I, p. 97; DE MARTINI, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 321; MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, cit.; PUGLIATTI, *Fiducia*, cit., p. 201; GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Riv. dir. comm.* 1953, I, p. 416; VALENTE, *L'intestazione di beni sotto nome altrui*, Milano, 1958; BURDESE, "Fiducia (diritto romano)", in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 294; VALENTE, *Nuovi profili della simulazione e della fiducia*, Milano, 1961; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit.; TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, cit., p. 32; DI MAIO, *Il contratto fiduciario*, Milano, 1979; CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in Irti (a cura di), *Dizionario dir. priv.*, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 455; GENTILI, *Interposizione, simulazione e fiducia nell'intestazione di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 412; CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato. Dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136;

mativi, di cui tuttavia si avverte il bisogno, in dottrina e in giurisprudenza tende a consolidarsi l'idea che il contratto con cui si affidano dei beni ad un *trustee*, si destinano dei beni ad uno scopo affidandoli ad un attuatore, si assegnano ad un affidatario fiduciario dei beni in funzione della realizzazione di un programma, secondo le possibili declinazioni che l'affidamento fiduciario può assumere, possa essere reso opponibile ai terzi, mediante strumenti già presenti nell'ordinamento, così collocando i beni affidati in un patrimonio separato dal restante patrimonio dell'affidatario in funzione del programma alla cui realizzazione tale patrimonio è destinato⁴. L'opponibilità risulterebbe assicurata dagli ordinari indici normativi, fondati, per alcuni,

NUZZO, *Negoziio fiduciario*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 645; AA.VV., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, in particolare, *ivi*, il contributo di GRASSETTI, *Il negozio*, cit., p. 1 ss.; NITTI, *Negoziio fiduciario*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 202; GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 384; RAGUSA MAGGIORE, *Il "pactum fiduciae" e l'intestazione fiduciaria di azioni*, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 201 ss.; PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 339 ss.; BILOTTI, *Intestazione simulata di azioni, rapporto fiduciario e mandato senza rappresentanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 462 ss.; FORCHINO, *"Pactum fiduciae" e mandato senza rappresentanza: due figure giuridiche a confronto*, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 2258 ss.; PENE VIDARI, *Il contratto di gestione fiduciaria: natura giuridica, revoca e ordine di esecuzione*, in *Giur. it.*, 2000, I, 498 ss.; JAEGER, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968;

⁴ L'evoluzione della riflessione giuridica sulla destinazione di beni ad uno scopo ha imposto di riconsiderare anche le altre forme note di titolarità nell'interesse altrui, tra cui l'intestazione a titolo fiduciario. Secondo l'orientamento tradizionale, il rapporto tra fiduciante e fiduciario, caratterizzato dall'obbligo del fiduciario di ritrasferire il bene al fiduciante, ha un contenuto sostanzialmente analogo a quello che si instaura tra mandante e mandatario in forza di un mandato senza rappresentanza. Il rapporto fiduciario rimane confinato sul piano interno e la natura fiduciaria su cui si fonda l'intestazione del bene in capo al fiduciario non cambia la natura del diritto né altera la pienezza della situazione giuridica soggettiva di cui il fiduciario è titolare, così come non rileva nei confronti dei terzi. L'investitura del fiduciario nella titolarità del diritto può realizzarsi secondo due distinti moduli procedurali: nel primo le parti danno origine alla situazione di titolarità fiduciaria attraverso un atto di alienazione del diritto dal «fiduciante» al «fiduciario»; nel secondo il rapporto fiduciario si realizza per mezzo di un acquisto compiuto ad altro titolo dal fiduciario, per conto del fiduciante, direttamente da un terzo. In entrambi i casi il cd. *pactum fiduciae* tra fiduciante e fiduciario dà luogo

ad un assetto di rapporti in cui il fiduciario è vincolato sul piano obbligatorio al rispetto di quanto previsto dal patto mentre il fiduciante sarà titolare di un credito nei confronti del fiduciario, il cui contenuto concerne la condotta di quest'ultimo nell'esercizio del diritto fiduciariamente acquistato, ivi compreso il ritrasferimento del diritto al fiduciante o ad un terzo. Il rapporto si mantiene su un piano meramente obbligatorio, senza alcuna rilevanza di natura reale. Dalla natura obbligatoria del rapporto tra fiduciante e fiduciario conseguono una serie di conseguenze in ordine al regolamento del fenomeno, in particolare relativamente agli strumenti di tutela della posizione del fiduciante, che si concretizzano nel risarcimento del danno ovvero nella possibilità di richiedere l'attuazione coattiva dell'obbligo di trasferire ai sensi dell'art. 2932 c.c. In ogni caso l'avente causa dal fiduciario alienante è acquirente a domino e per la validità del suo acquisto è irrilevante che egli si trovi in una condizione di buona o mala fede; sotto questo profilo il *pactum fiduciae* realizza effetti analoghi a quelli previsti per il divieto convenzionale di alienazione, ai sensi dell'art. 1379 c.c., nel senso che, in caso di trasferimento a terzi in difformità alle previsioni del patto, le conseguenze a carico del terzo acquirente si limiteranno ad una possibile responsabilità risarcitoria per dolosa compartecipazione all'inadempimento senza che il comportamento del fiduciario infedele possa incidere sull'efficacia traslativa dell'atto. La dottrina e la giurisprudenza hanno individuato una pluralità di figure riconducibili al fenomeno fiduciario che evidenziano la pluralità di manifestazioni che esso può assumere e la difficoltà di una sua riconduzione ad una figura unitaria. In particolare è nota la tradizionale articolazione in fiducia *cum creditore*, finalizzata a garantire un credito, e fiducia *cum amico*, caratterizzata da una eterovestizione di un bene, la cui gestione, affidata al fiduciario, costituisce la fase intermedia di una complessiva sequenza dispositiva che dovrà svolgersi e concludersi secondo le determinazioni del fiduciante. Ed è quest'ultimo caso di fiducia *cum amico* a costituire la figura paradigmatica del fenomeno, alla quale vanno ricondotti i casi in cui la creazione della titolarità in capo al fiduciario è funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante, in vista di un successivo trasferimento della titolarità allo stesso fiduciante o ad un terzo. La concreta operazione fiduciaria realizzata si risolve quindi in un rapporto tra il fiduciante e il fiduciario, concernente un'attività di gestione al cui espletamento è strumentale l'investitura nella titolarità. Il negozio fiduciario si distingue dall'atto di destinazione e dal *trust* sia per la mera rilevanza obbligatoria sia perchè prescinde dalla destinazione ad uno scopo; ciò esclude che la fiducia tradizionale possa realizzare una separazione patrimoniale e conseguentemente alla posizione del fiduciante è connessa una tutela ridotta rispetto ad altre forme di intestazione nell'altrui interesse. Si tratta infatti in ogni caso di situazioni di titolarità nell'interesse altrui che tuttavia si distinguono per la differente intensità di tutela a favore del fiduciante, correlata alla conformazione della situazione giuridica del fiduciario. Il fenomeno fiduciario resta legato alla dialettica tra situazione reale, in capo al fiduciario, e rapporto obbligatorio (*pactum fiduciae*) e non pone in discussione i tradizionali

sull'art. 1707 c.c., individuato come espressione di una regola generale applicabile a tutte le ipotesi di titolarità nell'interesse altrui, per altri nel disposto dell'art. 2915 c.c., interpretando in senso ampio il concetto di "vincoli di indisponibilità", per altri ancora più semplicemente nel criterio di prevalenza dell'atto avente data certa anteriore⁵. La carenza nel sistema di strumenti di opponibilità della destinazione dei beni ad uno scopo e di una attribuzione di titolarità

principi in tema di diritti reali, sfuggendo quindi al problema, presente negli altri casi, della configurazione della situazione giuridica soggettiva che fa capo al titolare nell'interesse altrui. Ciò espone il fiduciante al rischio di soccombere rispetto ai diritti incompatibili acquistati dai terzi sul bene, per effetto di «abusi» da parte del fiduciario, ed altresì di dover soggiacere alle eventuali azioni esecutive promosse dai creditori del fiduciario. L'atto di destinazione ex art. 2654-ter e il trust non si sovrappongono al negozio fiduciario, in quanto costituiscono figure anch'esse funzionali alla gestione di diritti nell'interesse altrui ma caratterizzate dalla trasparenza della situazione, che è il presupposto dell'opponibilità del vincolo di destinazione; il negozio fiduciario conserva autonomi ambiti funzionali in tutti quei casi in cui prevale l'interesse del fiduciante a mantenere riservato il rapporto gestorio, nella consapevolezza che la perseguita minor trasparenza ha come contrappeso la sussistenza di una tutela meno incisiva delle ragioni del fiduciante.

Parte della dottrina (VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Roma, 1988) contesta la coincidenza tra natura obbligatoria del rapporto fiduciario e sua inopponibilità; tuttavia sembra doversi ritenere che proprio tale profilo dell'inopponibilità segna, ad oggi, la differenza tra negozio fiduciario e le altre figure di affidamento fiduciario, nel senso che mentre questi ultimi si caratterizzano per una possibile opponibilità, il primo conserva invece una valenza meramente obbligatoria, secondo quell'accezione del termine che mira ad evidenziare la non opponibilità ai terzi delle situazioni giuridiche soggettive che promanano dal *pactum fiduciae*, rientrando nel novero dei terzi sia gli aventi causa dal fiduciario sia i creditori che abbiano promosso azioni esecutive, nei confronti del fiduciario, sui beni oggetto del *pactum fiduciae* (MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla riservatezza alla trasparenza*, in Beneventi (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 95 ss.; GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995).

⁵ Appare certamente singolare agli occhi di osservatori attenti il fatto che l'argomento della riconduzione al fenomeno fiduciario è adottato proprio da quella dottrina che lo ha per lungo tempo avversato sostenendo che l'effetto segregativo potesse essere ottenuto soltanto attraverso lo strumento del *trust* non potendosi rinvenire, nel nostro ordinamento, alcuno strumento tale da consentire una deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica, incontrando così l'autonomia privata un limite insuperabile nel creare vincoli di destinazione opponibili al di fuori delle ipotesi espressamente previste; prospettiva invero avversata da altra dottrina (PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit.; LA PORTA, *Destinazione*, cit.;

meramente funzionale a tale scopo, relativamente ai beni soggetti a pubblicità legale⁶, risulta colmata con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c.; si tratta di una disposizione che fissa una regola di pubblicità del vincolo di destinazione, introducendo quindi un indice legale di opponibilità, nonostante le ambiguità indotte dalle regole di fattispecie che esso contiene, che avrebbero dovuto trovare più idonea collocazione nell'ambito del codice. La dottrina propone una rilettura del principio della responsabilità patrimoniale generica fissato dall'art. 2740 c.c.⁷, da un lato valorizzando il termine "suoi beni" nel senso che i beni attribuiti all'affidatario non possono essere considerati "suoi" in senso sostanziale ed in quanto tali sono refrattari ad aggressioni da parte dei creditori personali dell'affidatario ed altresì esclusi dall'applicazione della disciplina degli acquisti influenzata dal regime patrimoniale della famiglia e della successione *mortis*

MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio*, cit., p. 804 ss.; LENZI, *Atto di destinazione*, cit.) che invece ha da sempre ritenuto che l'ordinamento interno già potesse offrire all'autonomia privata la possibilità di porre in essere negozi di destinazione opponibili.

⁶ Deve conseguentemente ritenersi precluso al patto fiduciario l'accesso a strumenti di pubblicità legale finalizzati proprio a consentire l'opponibilità ai terzi del vincolo fiduciario. Residua comunque un orientamento giurisprudenziale teso a ricondurre il negozio fiduciario al mandato senza rappresentanza o, quantomeno, a ricostruire la disciplina del fenomeno fiduciario sulla base del modello normativo del mandato. Nel processo ricostruttivo dell'istituto della fiducia nel nostro ordinamento non devono fuorviare i riferimenti semantici presenti in altri ordinamenti, ove il termine fiducia è utilizzato con riferimento a situazioni che sono in realtà più assimilabili alla nostra destinazione di beni ad uno scopo. Inoltre la suddetta ricostruzione della figura generale, in termini di rapporto obbligatorio non opponibile, non è contraddetta dalla presenza, nel nostro ordinamento, di figure eccezionali, normativamente previste, che, pur riconducibili al fenomeno fiduciario, realizzano separazione patrimoniale e sono assistite da tutela reale. In conclusione per fiducia in senso stretto deve intendersi quel fenomeno in cui si realizza la titolarità di un diritto in capo ad un soggetto che lo eserciterà secondo le istruzioni del fiduciante, rese sulla base di un accordo interno e tendenzialmente riservato. La programmatica trasparenza della dissociazione tra titolarità ed interesse sostanziale sembra invece escludere una riconduzione al fenomeno fiduciario propriamente inteso, in quanto la volontà di palesare il rapporto è la premessa per realizzare l'opponibilità della situazione giuridica, attraverso l'utilizzazione degli strumenti negoziali idonei alla realizzazione di tale risultato.

⁷ PORCELLI, *op. cit.*

causa, dall'altro, ma pervenendo in sostanza ad analoghi risultati, valorizzando una lettura funzionalistica della disposizione, si è affermato che ciascun bene è caratterizzato dall'interesse e dalla conseguente destinazione ad esso impressa, per cui l'art. 2740 c.c. emerge anch'esso come espressione di una regola di destinazione, specificamente al soddisfacimento dei creditori, per cui tale regola di destinazione è soggetta a comparazione e bilanciamento con altre e diverse destinazioni, pur esse meritevoli, anche se frutto dell'esercizio di autonomia privata. In sostanza appare ormai giunto a maturazione un processo di revisione della pretesa unità e neutralità del patrimonio e della supposta esaustività del legame soggetto/patrimonio.

Il presupposto funzionale della specializzazione patrimoniale implica l'individuazione dei soggetti cui affidare la realizzazione della funzione medesima e conseguentemente apre all'idea di un attuatore delle finalità cui il patrimonio è destinato⁸, che può, in astratto, coincidere o meno con il destinante e con il titolare dei beni costituenti il patrimonio funzionalizzato allo scopo. Tale profilo si colloca nel più generale quadro delle forme cooperative di svolgimento di una attività nell'interesse altrui, che impone di definire la relazione tra soggetti, beni e scopo. Il negozio fiduciario, pur nelle sue possibili varianti, ha come effetto la divaricazione tra titolarità formale del bene, in capo al fiduciario, e interesse allo stesso, che fa capo al fiduciante, in cui il primo conserva il bene e lo trasferisce al fiduciante a sua richiesta. In possibili varianti, caratterizzate da un più accentuato di-

⁸ Alcuni provvedimenti resi in sede di volontaria giurisdizione, ed in particolare in tema di amministrazione di sostegno, manifestano una evidente tendenza evolutiva; cfr. Trib. Genova, 30 gennaio 2014, in *Trust*, 2014, 5, 511, Trib. Civitavecchia, decr., 5 dicembre 2013, in *Trust*, 2014, 3, 299 e Trib. Genova, decr., 31 dicembre 2012, in *Trust*, 2013, 4, 422. In particolare quest'ultimo dispone che «qualora l'amministratore di sostegno voglia istituire un contratto di affidamento fiduciario a favore del soggetto beneficiario dall'amministrazione e da cui possono derivare vantaggi anche per lui, il giudice tutelare può nominare un curatore speciale affinché compia ogni attività necessaria alla completa definizione del contratto da sottoporre all'approvazione preventiva del giudice tutelare.» Approfondimenti in TONELLATO, *Il contratto di affidamento fiduciario: aspetti innovativi della recente pronuncia del giudice tutelare di Genova*, in *Trust e Att. fid.*, 2014, 1.

namismo, il fiduciario non solo conserva i beni ma li amministra secondo le indicazioni del fiduciante, effettivo titolare dell'interesse. Il dibattito sul negozio di destinazione si apre con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., norma regolatrice dei presupposti e degli effetti⁹ di una non definita fattispecie negoziale, che la dottrina ha cercato di ricostruire per offrire il substrato strutturale agli effetti previsti dalla disposizione¹⁰. In tale disposizione vi è chi ha ravvisato¹¹ l'implicito riconoscimento di potenzialità regolatorie già offerte dall'ordinamento ed in particolare la possibilità, come esercizio di autonomia privata, di introdurre una nuova ed atipica figura negoziale costituita dall'atto di destinazione; altra parte della dottrina e della giurisprudenza hanno ritenuto che gli effetti potessero o dovessero essere realizzati mediante fattispecie negoziali tipiche, già presenti nell'ordinamento ed in particolare mediante un adattamento del contratto di mandato, già potenzialmente idoneo, ove opportunamente integrato, a soddisfare tutte le esigenze che andavano prospettandosi¹². Con il contratto di affidamento fiduciario si è poi disegnata una figura negoziale che molto riprende dall'elaborazione teorica formatasi intorno al negozio di destinazione, ma da essa si distinguerebbe per un'accentuazione del profilo funzionale e dinamico, nel senso, si è affermato¹³, che il negozio di destinazione pone al centro i beni mentre l'affidamento fiduciario pone al centro il programma e quindi l'attività.

2. *L'affidamento fiduciario tra ricostruzione teorica e diritto positivo.*

L'affidamento fiduciario ha trovato un suo primo riconoscimento normativo nella recente legge sul c.d. "Dopo di noi"¹⁴, che ha con-

⁹ LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. Not.*, 2012, 3, 513 ss.

¹⁰ LENZI, *Atto di destinazione*, cit.

¹¹ LENZI, *op. loc. ult. cit.*

¹² PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit.

¹³ LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.

¹⁴ L. 22 giugno 2016 n. 112. Sul punto cfr. AMORE, *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella "legge sul dopo di noi"* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1197; CAMPOSEO, *Gli strumenti per l'assistenza ai disabili: note*

sentito l'evoluzione dell'affidamento fiduciario da negozio innominato a negozio nominato, pur non potendo ancora ascriverlo all'ambito della tipicità negoziale, per la mancanza, nella citata legge, di qualsiasi disposizione tesa a definire e disciplinare la figura. Tale legge offre tuttavia un significativo contributo al processo ordinatore della materia in quanto:

- da un lato, nominando ma non regolando la figura, conferma la legittimità di una sua adozione, che può trovare riconoscimento nel nostro ordinamento come negozio atipico prodotto dell'autonomia privata, anche in assenza di espressa previsione normativa;

- dall'altro la disposizione chiarisce la relazione funzionale tra affidamento fiduciario e vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter c. c.*, ritenendo il secondo servente al primo, in quanto mezzo che ne favorisce l'attuazione, consentendone l'opponibilità *erga omnes*. In questa ricostruzione l'affidamento fiduciario definisce i soggetti, il programma, il patrimonio funzionale alla realizzazione del programma; il vincolo di destinazione costituisce lo strumento mediante il quale il programma e la valenza funzionale della titolarità dei beni possono essere resi opponibili ai terzi. Con la legge sul Dopo di noi l'affidamento fiduciario viene riconosciuto come l'evoluzione della specie, rispetto al negozio di destinazione, così come elaborato dalla dottrina, e non costituisce una figura negoziale ad esso contrapposta bensì ne raccoglie l'eredità. Il c.d. affidamento fiduciario costituisce, per ammissione dello stesso autore che ne ha definito il modello¹⁵, lo strumento negoziale alternativo al *trust* interno, tale da consentire di superare le persistenti perplessità che tale strumento continua a suscitare, non tanto in ordine alla sua ammissibilità, ormai riconosciuta

sugli aspetti civilistici della l. 112/2016 (c.d. "dopo di noi"), in *Notariato*, 2017, p. 433; ARCONZO, *La l. 112/2016: i diritti delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*, in *Corr. Giur.*, 2017, p. 515; DI LANDRO, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016 n. 112 in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 47; AZZARRI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni a margine alla legge 22.6.2016 n. 112*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 120;

¹⁵ LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, p. 487.

sia in dottrina che in giurisprudenza, quanto per la disfunzionale necessità di doversi affidare, nella regolazione della fattispecie, ad un diritto straniero che “conosca” il *trust* e che è privo di qualsiasi collegamento con la fattispecie regolata dal *trust* medesimo. La combinazione, proposta nella Legge sul “Dopo di noi”, ma certamente suscettibile di applicazione generale, tra contratto di affidamento fiduciario e vincolo di destinazione, consente di pervenire alla separazione patrimoniale dei beni immobili affidati in funzione dell’attuazione del programma destinatorio, attraverso la trascrizione prevista dall’art. 2645 ter c.c. Una volta ammesso il contratto di affidamento fiduciario e definiti i suoi caratteri identitari, la sua possibile utilizzazione, con effetti segregativi, in relazione a beni diversi dai beni immobili, pur non esistendo, allo stato, previsioni normative che individuino specifici indici di opponibilità del vincolo destinatorio in relazione ai beni mobili, è rimessa, secondo i risultati teorici ormai acquisiti, agli ordinari indici legali di opponibilità, ove individuabili¹⁶. Anche ove si ritenga così risolta la questione relativa all’ammissibilità di un effetto segregativo conseguente ad un contratto di affidamento fiduciario, residuano una serie di problematiche inerenti più il profilo funzionale, attinente alle vicende dell’affidamento fiduciario ed alle sue modalità attuative, che quello genetico del rapporto, considerando che oggi appare superata anche la questione della sufficienza della *causa fiduciae* a sostenere l’attribuzione della titolarità dei beni all’affidatario¹⁷.

¹⁶ LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit.; MURITANO, *Trust e affidamento fiduciario. La rilevanza sistematica della legge 112/2016 sul “dopo di noi”*, in *Patrimoni, finanza e internazionalizzazione*, 2017; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit.

¹⁷ In dottrina si è a lungo dibattuto per una sistemazione appagante del fenomeno fiduciario, con particolare riferimento al fondamento causale del trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario; sembra oggi consolidarsi l’orientamento che attribuisce autonoma rilevanza causale al trasferimento fiduciario, ritenendo quindi la strumentalità all’accordo fiduciario sufficiente di per sé a sostenere e giustificare l’effetto traslativo del diritto, come pure la sua successiva retrocessione. In ogni caso gli atti traslativi strumentali al *pactum fiduciae*, ed in particolare l’atto di ritrasferimento con cui il fiduciario dà attuazione al patto, costituiscono adempimento degli obblighi nascenti dall’accordo fiduciario, per cui sfug-

Merita poi considerare se alcune limitazioni alla possibile utilizzazione del vincolo, previste dall'art. 2645 *ter* c.c., debbano considerarsi limiti generali applicabili ad ogni fattispecie destinataria ovvero costituiscano presupposti per l'opponibilità del solo vincolo immobiliare, cui la disposizione è riferibile: mi riferisco in particolare al limite temporale, alla necessaria sussistenza di un vaglio di meritevolezza rafforzata, alla mancata previsione di una destinazione di fonte testamentaria. Nell'ambito degli ordinamenti di *civil law* si sono recentemente avuti interventi normativi tesi a regolare in termini generali la materia, in cui si affrontano alcuni dei temi più controversi. Si tratta in particolare della legge n. 42, sul trust, e n. 43, sull'affidamento fiduciario, entrambe del 1° marzo 2010 approvate

gono ai requisiti formali della donazione come pure, nel caso di esercizio dell'azione revocatoria, al regime previsto per gli atti a titolo gratuito; si discute se ciò accada anche nel caso in cui l'atto, spesso per non palesare la sussistenza del patto fiduciario, assuma esteriormente le vesti di un atto a titolo liberale ovvero se sia necessaria l'*expressio causae fiduciae*.

L'effetto traslativo non è tuttavia essenziale per la configurabilità di un accordo fiduciario bensì è soltanto eventuale, in quanto è configurabile anche la cd. fiducia statica (per distinguerla da quella dinamica caratterizzata invece dall'effetto traslativo strumentale), tale definita in quanto il fiduciario è già, nel proprio esclusivo interesse, titolare del diritto e il patto fiduciario si limita a mutare il destinatario dell'interesse senza mutare la titolarità: il titolare quindi, che fino a quel momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, assume, con il patto, la qualità di fiduciario, esercitando quindi le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto dal *pactum fiduciae* (Lipari, *Il negozio fiduciario*, cit.). Dalla natura obbligatoria del rapporto tra fiduciante e fiduciario deriva la prescrittibilità decennale del diritto del fiduciante. In ordine alla decorrenza della prescrizione deve ritenersi che il *dies a quo* è costituito dal momento in cui il fiduciario viola il patto fiduciario e si sottrae all'obbligo di ritrasferimento o comunque tiene un comportamento palesemente difforme dalle previsioni del patto fiduciario, tale da evidenziare l'intenzione del fiduciario di affermare una titolarità del diritto autonoma e libera dai condizionamenti derivanti dal patto (DALMARTELLO, "*Fiducia cum creditore*" e prescrizione, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, p. 441); il semplice permanere della titolarità in capo al fiduciario è espressione del fisiologico svolgimento del rapporto, essendo, tale intestazione, funzionale alla gestione svolta nell'interesse altrui, per cui sarebbe contrario ai principi far decorrere la prescrizione dalla conclusione del patto fiduciario.

dalla Repubblica di San Marino¹⁸ e degli art. 2010-2030 introdotti nel *code civil*, che dopo molti ripensamenti hanno nel 2007 accolto la *fiduciè* nell'ordinamento francese¹⁹. Quest'ultima disciplina, particolarmente sofferta e soggetta a più revisioni, offre limitate aperture all'istituto; basti pensare che il contratto di fiducia è nullo se mosso da un intento liberale nei confronti del beneficiario ed altresì che costituente può essere soltanto una persona giuridica. La fiducia francese si caratterizza poi per un limitato effetto segregativo, disciplinato all'art. 2025 *code civ.* Più espansiva la legge di San Marino. In essa trovano espressa regolazione le questioni della durata dell'affidamento (art.1), la forma, la sostituzione dell'affidatario, la tutela dei beneficiari (art. 8), l'opponibilità ai terzi delle limitazioni all'attività dell'affidatario e la disciplina del conflitto di interessi (art. 9 e 10), la tutela dei legittimari lesi dall'affidamento e la legittimazione passiva (art. 12). Si tratta di problemi noti alla letteratura in materia di *trust* ma che debbono trovare soluzione attraverso strumenti propri del nostro sistema giuridico, non essendo opportuno, pur consapevoli della tendenziale contaminazione tra ordinamenti, affidarsi ad avventurose sperimentazioni di trapianto nel nostro ordinamento di istituti e rimedi propri di diverse tradizioni giuridiche. Nell'ambito del dibattito *de iure condendo* non si può trascurare il contributo offerto

¹⁸ Cfr. LUPOLI, *The new law of San Marino on the "affidamento fiduciario"*, in *Trusts e att. fid.*, 2011, p. 357 e ID., *Note circa la legge sanmarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 469. Per l'A. detta legge è pionieristica, in quanto costituisce «la prima risposta civilistica ai trust, nel senso che è la prima volta che un ordinamento di diritto civile si misura pienamente con i trust sul loro stesso terreno».

¹⁹ Cfr. PAPPADÀ, *Il registro francese delle fiducie*, in *Trusts e att. fid.*, 2010, p. 391. Non che la genesi della riforma transalpina sia stata meno travagliata di quella italiana. Essa costituisce infatti «l'epilogo di un *iter* durato circa vent'anni» essendo stati bocciati i progetti di legge susseguitisi «per il timore che fosse uno strumento in grado di favorire l'evasione fiscale, il riciclaggio di danaro sporco e il finanziamento del terrorismo.»

dalla proposta, poi abbandonata, contenuta nel Disegno di legge delega²⁰ recante provvedimenti per apportare modifiche al Codice civile in materia di disciplina della fiducia, finalizzata ad introdurre nel

²⁰ La Relazione illustrativa, molto chiara nell'espone quelli che erano gli obiettivi perseguiti dalla delega, è ancora reperibile sul sito del Ministero della Giustizia, unitamente all'articolato della stessa. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.page?contentId=SAN168223&previousPage=mg_1_2_1 laddove si esplicita che "Il disegno di legge mira a varare modifiche al codice civile e al codice del consumo (dlgs. n. 206 del 2005), attraverso due deleghe legislative e alcune innovazioni di maggiore dettaglio immediatamente emendative dell'ordinamento vigente. La prima delega è quella volta a introdurre il contratto di fiducia. Nell'ultimo decennio il mercato italiano ha registrato una crescente domanda di prestazioni legali e più ampiamente professionali inerenti a operazioni fiduciarie. Questa domanda si è tradotta in larga misura nella ricerca di soluzioni basate sul ricorso al trust. Con l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile e sul riconoscimento dei trust (ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 16 ottobre 1989 n. 364) si è invero aperta la via allo sviluppo di una prassi italiana in materia. La Convenzione dell'Aja consente infatti di sottoporre alla legge straniera anche fattispecie e rapporti prevalentemente localizzati in Italia, in forza del principio di autonomia nella scelta della legge applicabile al *trust*. È opportuno però chiarire che, sebbene la prassi italiana in materia di *trust* al momento si giovi di questa apertura, lo strumento internazionalprivatistico ora ricordato non impone affatto all'Italia l'obbligo di riconoscere *trust* interamente localizzati nel nostro territorio. L'operatore italiano si è rivolto al trust retto dalla legge straniera a causa dell'assenza nel diritto italiano di un istituto equivalente sotto il profilo della completezza, della flessibilità e della coerenza interna delle norme che lo regolano. L'introduzione nel codice civile dell'art. 2645 *ter* sulla trascrizione dei vincoli derivanti da atti di destinazione è stata senza dubbio ispirata dalla volontà di arginare il ricorso alla legge straniera da parte di soggetti italiani in contesti in cui la prassi si orientava verso l'utilizzo del *trust*. Il passo compiuto in tale direzione non consente ancora, tuttavia, all'Italia di disporre di uno strumento di utilità generale, che possa competere con il *trust*. La norma di delega mira a introdurre nell'ordinamento giuridico italiano tale strumento di utilità generale nella forma del contratto di fiducia all'interno del Titolo III del libro IV del codice civile, nel quale è contemplata altresì la disciplina sul contratto di mandato. La scelta di predisporre una disciplina del contratto di fiducia è resa strettamente necessaria dall'esigenza di allineamento dell'ordinamento interno rispetto ai principi del diritto comunitario in corso di consolidamento". Al riguardo è necessario rammentare il *Draft Common Frame of Reference* del 2009, elaborato su richiesta della Commissione europea e con il concorso di autorevoli studiosi italiani, che precisa fin nei dettagli la disciplina applicabile alle ipotesi di titolarità fiduciaria. Con riferimento al diritto degli Stati membri, va ricordato che la Francia, pur non

nostro ordinamento la figura del contratto di fiducia, progetto probabilmente ispirato dall'omologo francese, ma che in realtà giungeva a proporre un modello più avanzato.

La proposta si articolava secondo i seguenti criteri:

a) *prevedere, nell'ambito del Titolo III del libro IV del Codice civile, la disciplina speciale del contratto di fiducia, quale contratto con cui il fiduciante trasferisce beni presenti o futuri, determinati o determinabili, in forma di patrimonio separato ad un fiduciario che li amministra e ne dispone secondo un programma determinato, nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili, ovvero per uno scopo socialmente utile;*

l'ampiezza della definizione manifestava un evidente *favor* verso la figura, per evidenti ragioni di efficientamento dello strumentario giuridico nazionale, in quanto:

avendo ratificato la Convenzione dell'Aja, ha introdotto nel proprio diritto la *fiducie*, con un'ampia novella al codice civile nel 2007, emendata con provvedimenti entrati in vigore nel 2008 e nel 2009. La riforma francese mira essenzialmente a mettere a disposizione dell'operatore giuridico d'oltralpe uno strumento competitivo rispetto al *trust*, sia sotto il profilo delle operazioni fiduciarie a scopo di gestione, sia per quelle dirette a costituire una garanzia. Il contratto di fiducia rappresenta lo strumento con il quale il fiduciante trasferisce beni o diritti o somme di denaro a un fiduciario che, tramite la separata gestione, li destina a uno scopo determinato operando nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili. Ai fini dell'opponibilità e della tutela dei creditori è previsto che tale contratto sia stipulato per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità. Si prevede, inoltre, che il contratto in parola si concluda con il semplice consenso degli stipulanti, eccetto che nell'ipotesi di trasferimento di somme di danaro in cui il perfezionamento coincide con la data di versamento dell'intero importo di denaro in un deposito nella disponibilità del fiduciario. Alla fattispecie ordinaria di contratto consensuale si affianca, pertanto, quella di contratto reale. La legge delega prevede, poi, che la disciplina della fiducia si applichi anche qualora gli effetti tipici di questa derivino da testamento, determinando, inoltre, le ipotesi in cui tali effetti scaturiscano da sentenza del giudice. La caratteristica principale della proposta normativa risulta costituita dalla separazione patrimoniale e dalla surrogazione reale, con esclusione dei beni oggetto del rapporto, qualora il fiduciario sia una persona fisica, sia dalla comunione legale tra coniugi che dalla successione *mortis causa*. La delega non si limita a predisporre la disciplina del contratto di fiducia con finalità di mera gestione patrimoniale, ma regola altresì le fattispecie in cui la stessa miri alla costituzione di una garanzia o a realizzare una liberalità.

- non era previsto uno specifico controllo sugli scopi, liberamente definibili dall'affidante, salvo i generali limiti di liceità e meritevolezza;

- non erano fissati limiti temporali alla durata dell'affidamento;
- era consentita l'attribuzione ad uno scopo socialmente utile, e quindi senza necessaria individuazione di beneficiari determinati o determinabili. In questo senso la proposta ampliava le prospettive funzionali della figura oltre quanto previsto dall'art. 2645 *ter* c.c. per il vincolo di destinazione, disposizione che sembra non consentire una generica destinazione ad uno scopo.

b) *prevedere che il contratto di fiducia venga stipulato per atto pubblico a pena di nullità;*

c) *escludere che, qualora il fiduciario sia una persona fisica, i beni che compongono il patrimonio fiduciario siano parte della comunione legale tra coniugi, o cadano in successione;*

si tratta di uno dei punti che meritano di essere disciplinati in un eventuale intervento regolatore della materia, onde evitare incertezze circa l'operatività delle regole successorie e del regime patrimoniale della famiglia. Al riguardo, già la dottrina, in considerazione della natura strumentale della titolarità e della caratterizzazione fiduciaria della sua fonte, si è unanimemente espressa nel senso dell'esclusione dalla comunione legale dell'acquisto dell'affidatario, sia se conseguente all'affidamento a titolo di dotazione da parte dell'affidante sia se proveniente da terzi ma attuato in esecuzione del programma; in sostanza il patrimonio affidato, comunque composto, sarebbe escluso dalla comunione legale dell'affidatario per la sua natura strumentale. Più problematico pervenire in via interpretativa ad una disapplicazione del regime successorio, per cui qui l'intervento regolatore appare ancor più necessario. Allo stato infatti si dovrebbe ritenere che gli eredi, o i legatari ove il *de cuius* abbia disposto in tal senso, assumono la titolarità dei beni affidati, con l'onere di provvedere al trasferimento al nuovo affidatario, secondo le regole del programma di affidamento. Alcuni autori²¹ suggeriscono di utilizzare il meccanismo condizionale, disciplinandolo nel contratto di affidamento, per consentire l'automaticità del trasferimento in capo al

²¹ LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., p. 352 ss.

nuovo affidatario in caso di cessazione dall'incarico per morte o sopravvenuta incapacità dell'affidatario originario o anche per sua rinuncia; ciò comporterebbe una investitura del nuovo affidatario direttamente dal disponente e non dall'affidatario venuto meno.

d) *prevedere che, qualora sia concluso per uno scopo socialmente utile, il contratto di fiducia debba designare un terzo, individuabile anche in un ente pubblico, che vigili sull'adempimento del programma;*

e) *prevedere che il fiduciante o il fiduciario non possano essere gli unici beneficiari del contratto;*

f) *prevedere che la disciplina della fiducia si applichi anche nell'ipotesi in cui il fiduciante si dichiari fiduciario per il perseguimento di uno scopo nell'interesse di terzi beneficiari*

si mira a risolvere così la dibattuta questione, formatasi in tema di *trust*²², circa l'ammissibilità di un affidamento fiduciario autodichiarato. Da un lato non è ammessa una piena coincidenza soggettiva tra fiduciante e beneficiario né tra fiduciario e beneficiario, mentre è consentito che il fiduciante assuma la qualifica di fiduciario.

g) *prevedere che gli atti di straordinaria amministrazione, posti in essere senza il preventivo consenso richiesto dal contratto, ovvero gli atti posti in essere in conflitto di interessi o in violazione del programma oggetto del contratto siano soggetti al regime dell'annullabilità e che l'annullamento possa essere domandato anche dal fiduciante, dai beneficiari, dal soggetto designato per prestare il consenso, nonché dal terzo;*

La proposta mirava a risolvere il dibattito circa l'esito dell'atto compiuto dall'affidatario infedele che, nelle attuali proposte dottrinarie, conduce all'inefficacia dell'atto stesso, in conformità alla disciplina dell'atto compiuto dal rappresentante senza potere, ovvero, per alcuni, all'annullabilità, secondo quanto previsto per l'atto compiuto in conflitto di interessi, affidando così il contemperamento dei vari interessi in gioco al disposto dell'art. 1445 c.c. ed al distinguo di cui tale disposizione è portatrice, sia in ordine alla natura dell'atto compiuto che relativamente alla condizione soggettiva del terzo.

²² Cass., 26 ottobre 2016 n. 21614, sembra aver risolto la questione in senso favorevole all'ammissibilità.

Come sarà di seguito meglio argomentato è tuttavia necessario valutare se l'atto espressamente precluso all'affidatario e l'atto valutato a posteriori come divergente dal programma debbano essere considerati portatori delle medesime conseguenze, con evidente compressione della sicurezza della circolazione dei beni affidati, ovvero se la semplice non conformità alle finalità dell'affidamento non possa incidere sull'atto compiuto dall'affidatario ma, eventualmente, rilevare soltanto in termini di responsabilità del medesimo. Il programma quindi, come fonte ed al contempo argine ai poteri dell'affidatario, potrà fissare dei precisi limiti al potere di amministrazione dell'affidatario stesso, stabilendo così il divieto di compiere determinati atti; potrà prevedere la necessità di consenso congiunto o di previa autorizzazione di un terzo garante o del beneficiario stesso per il compimento di determinate categorie di atti; si potrà anche prevedere l'attribuzione al beneficiario di un ruolo attivo nell'attuazione del programma. Tuttavia la generica non conformità agli scopi cui il programma è funzionale non sembra possa costituire di per sé un limite al potere ontologicamente discrezionale dell'affidatario, al pari di quanto ormai acquisito in ordine ad eventuali atti posti in essere dagli enti economici in difformità allo scopo o all'oggetto sociale, non comportando essi un limite alla capacità generale della società²³. In altra prospettiva non è poi mancato chi, nel valorizzare il profilo fiduciario dell'affidamento, ha escluso che, salvo il caso di concorso doloso dell'affidatario e del terzo, il comportamento dell'affidatario possa incidere sulla validità ed efficacia dell'atto compiuto, limitando la tutela degli interessi dei beneficiari e dell'affidante al solo risarcimento danni ed a quelle forme di autotutela previste nel con-

²³ In questo senso Cass., 21 settembre 2015, n. 18449 la quale, occupandosi di atti di società non ricompresi nell'oggetto sociale e addirittura apparentemente incompatibili con lo scopo lucrativo, evidenzia le difficoltà che insorgono nel determinare i limiti della capacità funzionale, in quanto anche atti apparentemente estranei alle finalità dell'affidamento potrebbero essere strumentalmente utili al raggiungimento degli scopi programmati. Gli atti estranei all'oggetto sociale rimangono quindi validi ed efficaci anche se trascendono e perfino tradiscono lo scopo, secondo il principio già espresso dall'abrogato art. 2384 bis c.c. ed oggi rafforzato dal disposto dell'art. 2384 secondo comma c.c.

tratto di affidamento, quale in particolare la sostituzione dell'affidatario. Si tratta di una soluzione, pur comprensibile nell'ottica di chi intende ricondurre completamente il programma all'interno della relazione di fiducia, che tuttavia risulta eccessivamente riduttiva dei rimedi posti a presidio degli *stakeholders*, tale quindi da disincentivare l'adozione dell'istituto dell'affidamento²⁴. Certamente tale pluralità di prospettive evidenzia la necessità di definire più chiaramente il rapporto tra la tutela giurisdizionale e le forme di autotutela eventualmente previste nell'atto di affidamento²⁵.

h) *prevedere che i beneficiari, il fiduciante o il terzo possano agire nei confronti del fiduciario per l'attuazione del programma e per l'adempimento delle altre obbligazioni previste nel contratto e chiederne la revoca e la sostituzione in caso di inadempimento;*

Si tratta di un punto decisivo che riguarda il potere di interferenza dei beneficiari e che deve tener conto della complessità ed eterogeneità delle situazioni giuridiche che possono far capo ai beneficiari, stante l'opportunità di contenere in termini ragionevoli la sfera dei soggetti che possono interferire con l'attività posta in essere dall'affidatario e conseguentemente turbarne la discrezionalità.

i) *prevedere che il contratto di fiducia non sia soggetto a risoluzione, salvo il caso dell'impossibilità sopravvenuta;*

la proposta coglie il fatto che la risoluzione per inadempimento nel contesto dell'affidamento fiduciario non è un rimedio ma l'esatto opposto²⁶, in quanto vanificherebbe definitivamente l'attuazione del

²⁴ La giurisprudenza tuttavia ha affermato che le condizioni di validità del divieto convenzionale di alienare e i suoi effetti, stabiliti all'art. 1379 c.c., si applicano, in quanto espressione di un principio generale, anche relativamente a beni assoggettati a vincolo di destinazione, laddove tale vincolo, pur non puntualmente riconducibile al paradigma del divieto di alienazione, comporta limitazioni altrettanto incisive del diritto di proprietà; così Cass. 12769/99 e 3082/90

²⁵ BETTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, *Introduzione*, Milano, 1971; EAD., *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011.

²⁶ LUPOI, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 328

programma; ciò non esclude ovviamente la possibilità di uno scioglimento consensuale del programma con il consenso di tutti i soggetti interessati²⁷

Il disegno di legge disponeva molte altre prescrizioni, funzionali ad una puntuale regolazione della figura²⁸, tra cui merita segnalare

²⁷ QUADRI, *L'attribuzione in funzione di destinazione*, in Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, Padova, 2008, p. 315 ss.

²⁸ La progettata disciplina disponeva altresì:

j) prevedere che il fiduciario possa in ogni caso chiedere all'autorità giudiziaria il rilascio di autorizzazioni per il compimento di atti di straordinaria amministrazione;

k) stabilire che l'atto compiuto in assenza di autorizzazione sia soggetto al regime dell'annullabilità;

l) prevedere che, qualora il contratto di fiducia venga concluso per uno scopo di utilità sociale e il perseguimento di tale scopo diventi oggettivamente impossibile o di difficile realizzazione, l'autorità giudiziaria possa, su domanda di chiunque abbia interesse e salvo che il contratto non disponga diversamente, modificare o integrare il programma al fine di perseguire scopi analoghi a quelli originali;

m) prevedere che il contratto di fiducia si sciogla, in ogni caso, per lo spirare del termine pattuito ovvero quando il programma sia stato completamente attuato;

n) prevedere altresì che il disponente e i beneficiari, all'unanimità, possono modificare o sciogliere il contratto;

o) prevedere che il fiduciario risponda per l'adempimento delle proprie obbligazioni con il solo patrimonio fiduciario, e che risponda, tuttavia, anche con il proprio patrimonio personale, con diritto di rivalsa sul patrimonio fiduciario, se non abbia speso la propria qualità;

p) prevedere che, quando il disponente, con la partecipazione del beneficiario, eserciti il controllo esclusivo del patrimonio fiduciario e risulti un'amministrazione dello stesso in violazione del programma, il contratto di fiducia divenga inefficace, con salvezza dei diritti acquistati dai terzi di buona fede;

q) prevedere che i contratti di fiducia siano iscritti in un "registro della fiducia" accessibile esclusivamente all'autorità giudiziaria e all'amministrazione finanziaria, ed indicare l'ente pubblico presso il quale tale registro sia tenuto, subordinando le operazioni di iscrizione, modifica, annotazione e rinnovo al pagamento di un importo in denaro determinato anche in via regolamentare, in modo da assicurare la copertura delle spese di gestione del registro;

r) determinare i casi in cui gli effetti del contratto di fiducia possano derivare da provvedimento giudiziale;

quelle relative al contratto di fiducia in funzione di garanzia, così da farne uno strumento lecito, funzionale alle nuove esigenze di ammodernamento del sistema degli strumenti di garanzia, rimuovendo le residue perplessità di un suo possibile contrasto con il divieto del patto commissorio²⁹.

s) dettare una disciplina specifica per la fiducia a scopo di garanzia, quale contratto con cui si garantiscono crediti determinati o determinabili, con previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito. In particolare prevedere:

t) che risulti dal contratto, a pena di nullità, il debito garantito e il valore del bene trasferito in garanzia;

u) che il contratto possa essere concluso esclusivamente con un fiduciario che agisca per scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale;

v) che il contratto di fiducia avente ad oggetto beni immobili, beni mobili registrati o titoli di proprietà industriale possa avere, nei limiti dell'importo massimo garantito, la funzione di garanzia di debiti diversi da quelli per cui era stato originariamente concluso, qualora preveda tale possibilità e purché si tratti di crediti derivanti da rapporti già costituiti ovvero da costituirsi entro limiti temporali specificamente determinati, sempre che il relativo patto sia annotato, anche successivamente, in margine alla trascrizione;

w) la nullità di qualunque patto che abbia per oggetto o per effetto di liberare il fiduciario dall'obbligo di corrispondere al fiduciante, il saldo netto risultante dalla differenza tra il valore dei beni costituenti la garanzia e l'ammontare del debito garantito, all'epoca della escussione della garanzia;

x) che i beni concessi in garanzia, anche nell'ipotesi di complesso di beni o altri elementi aziendali, possano essere sostituiti nel corso del rapporto, disponendo in particolare che il valore dei beni sostitutivi non possa essere superiore a quello dei beni sostituiti e che, qualora lo sia, la garanzia non si estenda oltre il valore del bene originario;

y) prevedere che quando l'unico beneficiario sia una persona portatrice di un grave handicap possa prevedersi il non assoggettamento dei trasferimenti a collazione e la riduzione della quota di riserva dei legittimari sino alla metà;

z) prevedere l'abrogazione dell'articolo 2645 *ter* del codice civile e delle norme eventualmente configgenti contenute nella legge "dopo di noi" ed assicurare, in ogni caso, il coordinamento con le norme vigenti in materia di antiriciclaggio, antimafia, conflitto di interessi ed a tutela dell'ordine pubblico.

²⁹ Di particolare interesse la previsione di una sorta di "ricaricabilità" della garanzia; evidente il richiamo alla cd. ipoteca ricaricabile, su cui di recente VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazioni dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 445; COLOMBO, *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, in *ivi*, 2017, p. 368; MARSEGLIA, *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a*

3. *Dall'ammissibilità alle problematicità.*

Uno dei temi più controversi concernenti gli atti di affidamento fiduciario è costituito dalla rilevanza del requisito di meritevolezza³⁰, problematica suscitata dal richiamo contenuto nel testo dell'art. 2645 ter c.c., tale da indurre gli interpreti ad intravedere l'esigenza di una meritevolezza rafforzata degli atti destinatori rispetto a quella genericamente prevista dall'art. 1322 c.c.. Si è avvertito che la funzione dell'atto debba essere "sporgente" rispetto al solo interesse del disponente³¹; si è ritenuto che la meritevolezza ivi richiamata debba essere intesa come criterio relazionale³², che deve quindi misurarsi con interessi esterni e divergenti quali quelli dei creditori, secondo logiche di equo temperamento ovvero di giustificata compressione. Il dibattito si è anche incentrato sugli effetti di un esito negativo del vaglio di meritevolezza rafforzata, nel confronto tra chi fa da ciò discendere la nullità dell'atto di destinazione, pur per alcuni, con salvezza degli effetti obbligatori, e chi invece, stante la collocazione della norma, ne deduce una mera intrascrivibilità dell'atto destinatario e quindi in sostanza, si limita a negarne l'opponibilità³³. Resta aperto il confronto tra chi suggerisce una lettura riduttiva delle possibilità funzionali degli atti di affidamento fiduciario, tendendo ad una tipizzazione verso destinazioni assistenziali o in genere solidaristiche e chi invece ne propone una più ampia e generica utilizzabilità,

confronto, in *ivi*, 2017, p. 670; FUSARO, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive*, in Sirena (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016, p. 23. Il Disegno prevedeva altresì l'introduzione di un Registro della fiducia, assai opportuna per la piena funzionalità dell'istituto.

³⁰ PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Il foro nap.*, 2014, p. 54 ss.

³¹ SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozio fiduciario*, in Bianca e Capaldo (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.

³² Richiama gli interessi costituzionali al fine di orientare la tipizzazione di finalità meritevoli di tutela coerenti con tali valori NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2005, p. 65 ss.;

³³ GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 321 ss.

rimessa all'autonomia privata ma comunque soggetta ad un pregnante controllo di meritevolezza. Sembra tuttavia da escludersi l'ammissibilità di separazioni patrimoniali mediante atti di affidamento fiduciario in funzione meramente protettiva; la separazione è effetto della destinazione ma non può essere essa stessa funzione dell'atto di affidamento fiduciario: dal programma destinatorio può conseguire la separazione patrimoniale, per favorire e assicurarne la realizzazione, ma la separazione non può esaurire in sé la funzione programmatica dell'affidamento fiduciario³⁴. Tra i problemi funzionali dell'affidamento merita particolare attenzione quello della sostituzione dell'affidatario. Nella regolazione dell'atto si tende ad affidare la sostituzione ad uno strumento tecnico che la renda automatica, potendo così evitare la necessità di un'attività esecutiva dell'affidatario, tesa a consentire la sostituzione e soprattutto ad evitare che il mutamento della titolarità dei beni affidati necessiti di una manifestazione di volontà traslativa dal primo affidatario al sostituto. Vi è quindi chi, per assicurare automaticità alla sostituzione, propone di utilizzare la condizione, attraverso la originaria previsione di un affidamento sostitutivo sospensivamente condizionato al venir meno del primo affidatario. Il venir meno, per qualsiasi causa, della qualità di affidatario fiduciario, determinerebbe quindi la caducazione della prima attribuzione, risolutivamente condizionata, con conseguente automatica perdita della titolarità in capo allo stesso affidatario e riconduzione del bene affidato al patrimonio dell'affidante. Perché si realizzi poi il trasferimento dall'affidante al nuovo affidatario fiduciario è necessario un atto dispositivo concluso tra i due soggetti, atto che potrebbe essere stato già originariamente concluso, sospensivamente condizionato alla risoluzione del primo. Ma, poiché oggetto di condizionamento non è la situazione giuridica soggettiva di cui l'affidatario fiduciario è, seppur strumentalmente, titolare, bensì l'atto di affidamento mediante il quale egli ha acquistato tale titolarità, è necessario, per l'operatività di tale costruzione fondata sul doppio simmetrico condizionamento, che il nuovo affidatario sia già originariamente individuato e che abbia già accettato l'incarico. Perplexità in ordine alla concreta efficacia del congegno suscita invece

³⁴ LENZI, *Atto di destinazione*, cit., p. 54

l'idea che vi possa essere un atto di disposizione, sospensivamente condizionato, a favore di un soggetto, il nuovo affidatario fiduciario, che verrà individuato solo successivamente. Un problema rilevante nella regolazione dei rapporti di affidamento fiduciario concerne la definizione della posizione dei beneficiari e degli strumenti di tutela di cui dispongono in caso di lesione dei loro interessi³⁵. La posizione del beneficiario e la tutela attiva dei suoi interessi in pendenza dell'affidamento costituisce infatti una delle questioni più controverse in relazione alle varie figure di affidamento fiduciario. Gli ordinamenti stranieri che conoscono il *trust* adottano al riguardo soluzioni non sempre omogenee. La tutela del beneficiario d'altronde, laddove l'affidatario sia venuto meno ai propri doveri discendenti dal programma affidatogli³⁶, ponendo in essere atti, non autorizzati, di

³⁵ Cfr. LENZI, *La responsabilità civile del notaio. Responsabilità del notaio nelle operazioni difensive del patrimonio*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2523. «La titolarità dell'attuatore, essendo funzionalizzata agli scopi della destinazione, non assicura di per sé la legittimazione a disporre ma incontra il limite della conformità al programma affidato. Il titolare quindi non può compiere atti di disposizione del bene che non siano conformi al programma previsto nell'atto di trust, di destinazione o di affidamento fiduciario. A parte le responsabilità che possono emergere a carico dell'attuatore in caso di sviamento dal programma gestorio, secondo le regole proprie della responsabilità del mandatario, costituente generale paradigma valutativo della responsabilità per attività svolta nell'interesse altrui, permane l'ulteriore problema se la difformità dell'atto dal programma affidato incide sull'efficacia dell'atto stesso e quindi può riverberare i suoi effetti anche nella sfera del terzo contraente. Non convince l'idea, pure prospettata, secondo la quale la titolarità dell'affidatario è piena e il programma destinatorio rileva nei soli rapporti interni tra affidante e beneficiari da un lato e affidatario dall'altro; viceversa il disposto dell'art. 2645 ter c.c. induce a ritenere che gli aventi causa dell'affidatario non restano indifferenti alle valutazioni circa la conformità dell'atto dispositivo al programma destinatorio»

³⁶ Cfr. LUPOLI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contr. impr.*, 2017, 3, 734, laddove si afferma che «a differenza da quanto si dibatte in materia di vincoli di destinazione, il contratto di affidamento fiduciario *non vincola beni* e quindi poco o nulla ha da spartire con atti o negozi di destinazione, fiduciari o meno; esso invece *vincola l'attività* dell'affidatario fiduciario sui beni, meglio, *per mezzo* dei beni, ed è per questo che non si può sfuggire alla conclusione della conformazione del titolo, necessaria anche per preordinare il giudizio sulla condotta dell'affidatario fiduciario rispetto all'attuazione del programma rapportandola al titolo conformato».

disposizione dei beni, non sembra possa spingersi fino a far venir meno l'acquisto effettuato dal terzo in buona fede. Nel bilanciamento quindi tra tutela del beneficiario nei confronti dell'affidatario infedele e tutela del terzo avente causa dall'affidatario, il criterio discriminante sembra essere la buona fede del terzo medesimo. Il beneficiario quindi non potrà agire nei confronti del terzo in buona fede per gli acquisti a suo favore disposti dall'affidatario; certamente il terzo non potrà essere coinvolto in profili valutativi circa la conformità dell'atto al programma dovendo ritenersi al riguardo che elemento caratterizzante l'affidamento fiduciario è la pienezza dell'investitura formale in capo all'affidatario ed al contempo un, più o meno ampio, margine di discrezionalità nell'attuazione del programma. Il problema si pone invece laddove sussistano precisi limiti, espressamente previsti nel contratto di affidamento fiduciario, al compimento di atti dispositivi da parte dell'affidatario. Il contratto di affidamento fiduciario potrebbe prevedere espressamente il divieto di alienare i beni affidati o, come accade con maggior frequenza, imporre, per il compimento di tali atti, il concorso di altri soggetti, quali i cd. garanti o guardiani del contratto o addirittura dei beneficiari, assegnando quindi anche ad essi un ruolo attivo nell'attività gestoria. Solo in questi ultimi casi rileva la condizione di buona fede del terzo avente causa; la conoscenza del divieto o del necessario concorso del consenso del guardiano possono consentire al beneficiario di estendere la propria azione nei confronti del terzo. Per quanto attiene alla previsione di un divieto di alienazione, non convince l'idea che esso incontri i limiti previsti dall'art. 1379 c.c., in quanto l'affidatario non è investito di una titolarità piena bensì di una titolarità funzionale, tale quindi da limitare, ove previsto, la sua legittimazione a disporre. Non si tratta qui di una limitazione contrattualmente imposta al titolare pieno della situazione dominicale e quindi a mera rilevanza obbligatoria, bensì dell'attribuzione di una titolarità strumentale, a legittimazione ridotta a disporre. In dottrina si è prospettato che, anche in questo caso, la regola disposta dall'art. 1379 c.c. non può essere elusa dal negozio destinatorio, per cui l'atto dispositivo dell'affidatario, in contrasto con le disposizioni dell'affidante ed in pregiudizio delle ragioni dei beneficiari, non può condurre a conseguenze ulteriori rispetto al risarcimento del danno nei confronti dell'affidatario e, al

più, se concorrente all'inadempimento, del terzo acquirente. Sembra viceversa che possa prospettarsi una più incisiva tutela degli interessi dei beneficiari e della volontà dell'affidante, consentendo alla clausola divietante di incidere sugli effetti dell'atto dispositivo lesivo. In quest'ultimo caso vi è chi sostiene che l'affidante ed eventualmente il beneficiario possano agire per l'annullamento del contratto, palesando sostanzialmente un'attività dell'affidatario confliggente con gli interessi del beneficiario, e quindi in applicazione del disposto dell'art. 1394 c.c. e chi invece ritiene che l'azione possa essere diretta ad accertare l'inefficacia dell'atto lesivo per difetto di potere dispositivo in capo all'affidatario, in sostanziale applicazione del disposto dell'art. 1398 c.c. A tale ultimo riguardo giova considerare che il problema della legittimazione a disporre è centrale nelle situazioni di dissociazione tra titolarità formale e situazione dominicale sostanziale e dotare affidante e beneficiario di ampi ed indifferenziati strumenti recuperatori anche nei confronti di terzi aventi causa dell'affidatario, salvo i casi di mala fede del terzo e quindi in sostanza di concorso di questi nell'inadempimento, andrebbe ad incidere negativamente sulla funzionalità dell'istituto, tradendo il suo elemento caratterizzante, costituito appunto dalla matrice fiduciaria. La definizione dei rimedi facenti capo al beneficiario e alla loro incidenza nei confronti del terzo ed altresì sugli effetti dell'atto dispositivo lesivo giustificano l'opportunità di una disciplina della materia che individui un punto di equilibrio tra la necessità di assicurare stabilità agli atti di circolazione dei beni affidati ed al contempo una efficace tutela del beneficiario e, in sostanza, dell'esecuzione del programma affidato. Ciò che sembra opportuno segnalare tuttavia è la necessità di discriminare tra tutela del beneficiario da atti compiuti in dispregio di espresse limitazioni al potere dispositivo dell'affidatario, previste dal contratto, e atti genericamente non conformi al programma. In quest'ultimo caso la discrezionale valutazione dell'affidatario circa le modalità di attuazione del programma e di realizzazione degli interessi di disponente e beneficiari non può essere assoggettata a controlli esterni, non espressamente previsti dal contratto di affidamento, tali addirittura da incidere sull'efficacia degli atti dispositivi posti in essere dall'affidatario, con il rischio, in concreto, a causa delle incertezze che potrebbero addensarsi sull'attività da lui posta in essere, di

impedire all'affidatario di perseguire la realizzazione del programma affidatogli. In ogni caso il tema della tutela del beneficiario deve tener conto che lo stesso non è sempre titolare di una situazione giuridica soggettiva definita ed omogenea, in quanto le tipologie dei beneficiari dell'affidamento sono caratterizzate da una gamma ampia di posizioni, variamente definite nel regolamento dell'affidamento fiduciario, tali da modulare il rapporto con l'affidatario ed il ruolo attribuito al beneficiario nelle varie fasi di esecuzione del programma, così che egli non risulta necessariamente un passivo destinatario di quanto il programma prevede a suo favore ma può essergli anche attribuito un ruolo attivo funzionale all'attuazione del programma stesso³⁷. Si pone quindi il problema se, qualora si ritenga che l'affidatario stia operando in difformità al programma, al beneficiario debba essere riconosciuta una situazione giuridica soggettiva suscettibile in ogni caso di una tutela immediatamente attivabile, ovvero se il controllo sull'attività dell'affidatario sia attribuito al solo affidante e, ove previsto, al guardiano, senza che il beneficiario possa sollevare, in pendenza di affidamento, obiezioni sull'attività dell'affidatario. La complessità delle posizioni beneficiarie astrattamente prevedibili e talvolta anche l'indeterminatezza soggettiva circa l'individuazione dei beneficiari stessi, non consentono di definire in astratto ed a priori gli strumenti di tutela attivabili nell'interesse del beneficiario così come di definire i presupposti per l'attivazione di una tutela giurisdizionale laddove sussista una previsione contrattuale di adeguati strumenti di autotutela. Anche in questo caso un uso sapiente della condizione può costituire il mezzo per assicurare una adeguata autotutela, in particolare attraverso la previsione di un complesso di eventi condizionanti così da consentire di gestire le situa-

³⁷ Cfr. LUPOI, *Le ragioni*, cit.: «Per mezzo del negozio autorizzativo l'affidatario fiduciario consente che il garante del contratto o lo stesso affidante, finché vivo e capace, o i beneficiari o alcuni fra essi possano operare sul fondo affidato, trasferendolo per esempio ad un altro affidatario fiduciario e, ancora di più, possano operare sulla sua posizione contrattuale, cedendola ad un nuovo affidatario. Non solo il trapasso dei diritti sui beni e il connesso effetto ablativo, quindi, ma altresì il trapasso della posizione di fiduciario».

zioni sopravvenute. Già in passato sono state evidenziate le potenzialità della condizione sospensiva di adempimento³⁸ e della condizione risolutiva di inadempimento³⁹ come strumenti di autotutela; nel caso dell'affidamento fiduciario è stato suggerito, come sopra già rilevato, che i fattori che possono determinare la sostituzione dell'affidatario vengano dedotti in condizione, con la conseguenza che la sostituzione possa operare automaticamente al verificarsi degli eventi condizionanti, tra i quali, oltre alla morte e alla sopravvenuta incapacità dell'affidatario, alle sue dimissioni, all'accertata sopravvenuta inadeguatezza dell'affidatario alla realizzazione del programma, può essere considerato anche il compimento da parte di questi di atti non conformi al programma. Vanno ovviamente individuati meccanismi sicuri e rapidi di accertamento dell'avveramento della condizione, normalmente affidati a terzi garanti a cui è sostanzialmente demandato l'accertamento; ancor più, la loro dichiarazione di avveramento dell'evento può concorrere essa stessa all'avveramento della condizione, costituita quindi da un evento complesso composto da una pluralità di fatti, tutti necessari alla realizzazione dell'evento condizionante. Tali condizioni possono così consentire l'automatica sostituzione dell'affidatario e, in alcuni casi, purché previsto dal programma, l'anticipato trasferimento ai beneficiari. La presenza di tali condizionamenti non necessariamente incide sulla sicura circolazione dei beni affidati, laddove il programma ne contempli la possibile alienazione da parte dell'affidatario, in quanto il programma stesso potrebbe prevedere che l'atto dispositivo determini il venir meno del condizionamento e conseguentemente rimuova l'incertezza tipica di situazioni soggettive condizionate. È così rimesso all'autonoma determinazione dell'affidante modulare il programma e lo strumento condizionale in maniera tale da dare prevalenza al profilo fiduciario e alla discrezionalità dell'affidatario ovvero rafforzare il controllo sull'operato dello stesso e quindi apprestare una più

³⁸ LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996 e il più recente ID., sub *art. 1353 c.c.*, in AA.VV., *Dei contratti in generale (artt. 1350 -1386)*, a cura di Navarretta e Orestano, II, in *Comm. Gabrielli*, 2011, 221 ss.

³⁹ Cfr. AMADIO, *La condizione di inadempimento - contributo alla teoria del negozio condizionato*, 1996, 124 ss.

incisiva tutela dei beneficiari. La funzionalità dell'affidamento fiduciario sarà tanto più valorizzata quanto la realizzazione degli interessi in gioco sarà affidata a strumenti di autotutela più che alla tutela giurisdizionale, che quindi sarebbe relegata ad una funzione sussidiaria laddove gli strumenti predisposti dall'affidante non riescano a realizzare una effettiva tutela delle situazioni giuridiche coinvolte⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. ATLANTE – CAVALAGLIO, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge “dopo di noi”: una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, in *Riv. Not.*, 2017, 2, 227, che esplicitamente richiama il fatto che i poteri del garante possano «estendersi fino a produrre il trasferimento del patrimonio dedicato ad un successivo affidatario, senza necessità di ricorrere al giudice (contratto autorealizzantesi in base a meccanismi di autotutela)»

GASPARE LISELLA
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi del Sannio

**CIRCONVENZIONE D'INCAPACE:
ANNULLAMENTO DEL TESTAMENTO E INIM-
PUGNABILITÀ *POST MORTEM* DEL MATRIMO-
NIO? ANALISI DI UNA SIGNIFICATIVA VI-
CENDA GIUDIZIARIA**

SOMMARIO: 1. Fatti finalizzati a limitare le aspettative successorie della nipote *ex filio* di un ultracentenario: in particolare, induzione alla redazione del testamento e alla celebrazione delle nozze. – 2. Condanna della moglie per il reato di circonvenzione d'incapace avente ad oggetto il matrimonio. Sentenza civile, confermata in appello, di annullamento del testamento *ex art.* 624 c.c.; di accertamento dell'apertura della successione legittima a favore della nipote e della moglie del *de cuius*; di condanna di questa al risarcimento del danno, nella misura della quota ereditaria ricevuta, a favore della nipote, costituita parte civile. – 3. Istanza del Pubblico ministero di dichiarazione della nullità del matrimonio al Giudice per le indagini preliminari quale giudice dell'esecuzione della sentenza penale. Ordinanza di accoglimento annullata senza rinvio dalla Corte di cassazione. – 4. Definizione della vicenda in sede civile: rigetto del ricorso per cassazione proposto contro la decisione della Corte d'appello. – 5. Sequenza degli eventi indicativa di una macchinazione criminosa ordita da più attori. – 6. Perplessità sulla conduzione in giudizio della controversia. – 7. Soluzione giurisprudenziale "giusta", sul piano sostanziale, anche se condizionata dalla presupposta inimpugnabilità *post mortem* del matrimonio nel caso all'attenzione. Inconvenienti. Superamento mediante una lettura alternativa delle disposizioni sulla legittimazione all'impugnazione del matrimonio invalido per incapacità o per violenza ed errore.

1. *Fatti finalizzati a limitare le aspettative successorie della nipote ex filio di un ultracentenario: in particolare, induzione alla redazione del testamento e alla celebrazione delle nozze.*

La vicenda giudiziaria chiusa da Cass., 28 febbraio 2018, n. 4653¹, costituisce un significativo esempio di come, talvolta, condizionati da consolidati orientamenti interpretativi (forse troppo rispettosi della lettera della legge e poco attenti al criterio di ragionevolezza), per rendere giustizia si ricorra a espedienti che sembrano delle vere e proprie “acrobazie giurisprudenziali”.

I fatti. Due coniugi, in regime di comunione legale dei beni, sono genitori di un figlio. Muore la moglie nel 1985 *ab intestato*. Il figlio, chiamato insieme al padre alla successione, redige testamento olografo e istituisce sua erede universale la ex convivente, con la quale ha messo al mondo una bambina. Morto il figlio, il padre, ultracentenario, con testamento pubblico del 5 aprile 2002, nomina eredi la nipote *ex filio* e la badante (che, si era sostituita nel ruolo a suo marito, senza che la ex convivente del figlio, cioè colei che aveva affidato all'uomo la funzione di assistenza, ne fosse informata), assegnando alla prima l'intera collezione dei quadri da lui realizzati e alla seconda tutti i rimanenti beni. Dopodiché, con celebrazione nell'abitazione dei nubendi e in carenza di autorizzazione necessaria per superare il divieto temporaneo di nuove nozze (art. 89 c.c.), il 12 luglio 2002, prende in moglie quest'ultima e, trascorso nemmeno un mese dalle nozze, le conferisce procura generale per la gestione di tutti i suoi beni. In data 2 ottobre 2002 muore pure l'ultracentenario (nel frattempo trasferito da Milano a Messina, sempre all'insaputa dei familiari).

2. *Condanna della moglie per il reato di circonvenzione d'incapace avente ad oggetto il matrimonio. Sentenza civile, confermata in appello, di annullamento del testamento ex art. 624 c.c.; di accertamento dell'apertura della successione legittima a favore della nipote e della moglie del de cuius; di condanna di questa al risarcimento del danno, nella misura della quota ereditaria ricevuta, a favore della nipote, costituita parte civile.*

¹ In www.italgiure.giustizia.it.

La ex convivente del figlio nel 2005 agisce in giudizio, quale erede testamentaria di questo, contro la ex badante per recuperare i beni ai quali il suo dante causa aveva diritto a séguito della morte della madre, e, quale esercente la potestà sulla figlia minorenni (la quale poi, al raggiungimento della maggiore età, si costituirà in proprio e ratificherà l'operato della madre, superando in tal guisa un eventuale conflitto di interessi), per ottenere «la declaratoria di nullità ovvero l'annullamento» del testamento dell'ultracentenario.

Il giudizio è però sospeso in attesa della definizione del procedimento penale a carico della sposa per il reato di circonvenzione d'incapace (art. 643 c.p.) avente ad oggetto il matrimonio.

Formatosi il giudicato sulla sentenza di condanna (Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, 7 giugno 2004, divenuta irrevocabile in data 22 maggio 2008), le attrici riassumono il processo civile e il Tribunale di Milano, con sentenza n. 7052 del 2010, accoglie le domande nei termini che seguono.

Alla ex convivente del figlio, premorto al padre, viene riconosciuto il diritto ad avere un quarto dei beni della madre del suo dante causa.

Non potendo «essere dichiarato nullo in quanto non rientrava tra gli atti oggetto del procedimento penale», il testamento pubblico dell'ultracentenario viene annullato per vizio del consenso *ex art.* 624 c.c. Il dolo è desunto dal comportamento complessivo della moglie (per come accertato nella sentenza penale di condanna), che si era sostituita al primo marito «nel ruolo di badante dell'anziano, senza neppure avvertire i parenti, e quindi, approfittando delle condizioni dell'assistito, l'aveva indotto a compiere, in sequenza, il testamento pubblico, il matrimonio e il rilascio della procura generale, i cui effetti patrimoniali, diretti e indiretti, erano tutti a [suo] favore [...], e in misura minore del correo [...]»: peraltro, nel computer di questo erano stati rinvenuti *file* riguardanti, tra l'altro, la bozza della procura; la dichiarazione con la quale la condannata gli riconosceva il 30% dei beni presenti e futuri lasciati dal marito; il testo del contratto di locazione di un appartamento, concluso sempre dalla ex badante, a suo favore in forza della procura generale; le domande e le risposte di preparazione a un eventuale interrogatorio che ella

avrebbe potuto dover sostenere in merito alle circostanze del matrimonio.

A séguito dell'annullamento del testamento, in virtù della successione legittima, l'eredità è devoluta in parti uguali alla nipote *ex filio*, in rappresentazione del padre (art. 467 c.c.), e alla moglie del *de cuius* (art. 581 c.c.).

Ancora. In esecuzione del giudicato penale di condanna di questa al risarcimento dei danni materiali e morali in favore della coerede, costituita parte civile, da liquidarsi in separata sede, si quantifica «il danno materiale in misura pari alla quota ereditaria acquisita dalla convenuta [...] per effetto del matrimonio», sul presupposto che il suo diritto all'eredità sia «conseguenza dello *status* coniugale acquisito con l'attività delittuosa».

Impugnata la sentenza, la Corte di appello di Milano, 30 maggio 2013, nel respingere tutte le doglianze, sottolinea in particolare che «il testamento era stato predisposto all'insaputa dei familiari [...], e che il contenuto dell'atto, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, realizzava una vera e propria spoliazione dell'erede legittima», giacché la disposizione in favore della nipote «era priva di significato economico», avendo ad oggetto quadri dipinti da «pittore diletante».

3. Istanza del Pubblico ministero di dichiarazione della nullità del matrimonio al Giudice per le indagini preliminari quale giudice dell'esecuzione della sentenza penale. Ordinanza di accoglimento annullata senza rinvio dalla Corte di cassazione.

Nel frattempo, il Pubblico ministero, in esecuzione della sentenza penale di condanna, propone istanza di dichiarazione di nullità del matrimonio, in quanto «oggetto del delitto di circonvenzione». Pur in presenza di un'opposizione incentrata sull'inammissibilità dell'azione da parte del p.m. ex art. 125 c.c. e della rimessione delle parti al giudice civile a norma dell'art. 263, comma 3, c.p.p., il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, con ordinanza del 20 marzo 2015, dichiara la nullità del matrimonio, in base alla considerazione che l'ordinamento giuridico non possa consentire alla condannata di godere dei frutti del reato: anzi, precisa che la nullità del matrimonio,

«considerata la sua immanenza rispetto all'affermazione di responsabilità penale per il delitto di cui all'art. 643 cod. pen., potrebbe qualificarsi come implicitamente affermata già dalla sentenza» di condanna. Di conseguenza, ella «non può vantare alcun diritto, alcuna ragione di credito che nel matrimonio (nullo) [...] trovi [...] presupposto genetico»: perciò «non è (e non è ovviamente mai stata) erede legittimaria» dell'ultracentenario. Quanto alla sua posizione di erede testamentaria, invece, sul presupposto che il testamento «non è stato richiamato fra gli atti elencati come “prodotto” dell'illecita induzione posta in opera», il giudice dell'esecuzione penale reputa di non doversi pronunciare, «considerati i termini del giudicato penale»².

Proposto ricorso per cassazione, l'ordinanza è annullata senza rinvio da Cass. pen., 9 agosto 2016, n. 34738³, perché, con riguardo alla fattispecie all'attenzione, «Né il pubblico ministero, né il giudice dell'esecuzione avevano il potere di richiedere il primo e dichiarare il secondo la nullità del matrimonio, sicché il provvedimento emesso, nel suo profilo strutturale, si pone al di fuori dell'ordinamento giuridico e non è suscettibile di inquadramento nei tipici atti processuali». Infatti, a decidere tutte le questioni necessarie per la definizione della causa civile, ivi compreso lo *status* di coniuge, deve essere il giudice della rimessione, funzionalmente competente.

Si rileva, inoltre, che il matrimonio è atto personalissimo, specificamente disciplinato nel codice civile, sì che, riguardo ad esso, non possono trovare applicazione le disposizioni normative dettate per i contratti, come invece ventilato nell'ordinanza di esecuzione. Coerentemente con la natura dell'atto, la legittimazione all'impugnazione trova precisi limiti (cfr. artt. 120, 122 e 123 c.c.), quale quello disposto nell'art. 127 c.c., che consente agli eredi soltanto di continuare il giudizio già pendente alla morte dell'attore, e soprattutto, per ciò che interessa nel caso all'attenzione, quello di cui all'art. 125 c.c., che impedisce al p.m. di proporre l'azione di nullità dopo la morte di uno dei coniugi.

² Trib. Milano, 20 marzo 2015, in www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2015/03/trib.-milano-ord..pdf.

³ In www.italgiure.giustizia.it.

4. Definizione della vicenda in sede civile: rigetto del ricorso per cassazione proposto contro la decisione della Corte d'appello.

Nel 2013 anche la sentenza civile della Corte d'appello di Milano viene impugnata in Cassazione.

Il ricorso, articolato su più motivi, è rigettato con sentenza n. 4653 del 2018, che chiude la vicenda giudiziaria in esame.

La maggior parte delle doglianze sono dichiarate inammissibili, perché, seppur formulate con riferimento a pretesi errori di diritto, si risolvono in censure di merito; mentre quella relativa alla questione che assume rilevanza in questa sede, cioè la denuncia del «vizio di motivazione nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto che il matrimonio, frutto del reato di circonvenzione di incapace accertato definitivamente [...], aveva danneggiato “gli eredi” in misura corrispondente alla quota di eredità devoluta in favore della coniuge superstite», è dichiarata «priva di fondamento sotto tutti i profili evocati, a prescindere dalla formulazione inammissibile del vizio di motivazione».

La S. corte reputa, infatti, che la tesi della ricorrente, secondo la quale «se la controparte avesse voluto trarre le conseguenze della infirmazione della successione legittima, avrebbe dovuto impugnare il matrimonio per vizio del consenso, sulla scorta della pronuncia penale», non possa essere accolta, in quanto nella specie il matrimonio indotto fraudolentemente non poteva essere impugnato per la semplice ragione che, a differenza del matrimonio dell'interdetto per infermità di mente (che «può essere impugnato dal tutore, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo»: art. 119 c.c.), quello dell'incapace d'intendere o di volere (art. 120 c.c.) è suscettibile di annullamento soltanto su istanza di questo e l'«azione [...] non si trasmette agli eredi se non quando il giudizio è già pendente alla morte dell'attore» (art. 127 c.c.).

5. Sequenza degli eventi indicativa di una macchinazione criminosa ordita da più attori.

Di là da ogni considerazione sulla “assenza” della nipote (peraltro minore di età) e di sua madre (persona, però, “estranea” rispetto al

padre del suo ex convivente) nella vita del *de cuius*, è di tutta evidenza che la decisione dei giudici si presenta, almeno nella sostanza, equilibrata: dunque, “fa giustizia”. Già da una valutazione *prima facie* degli eventi si capisce, infatti, che sono il frutto di una vera e propria macchinazione, ordita da più attori, qualcuno anche in qualche modo “esperto di diritto”, a danno della potenziale unica erede legittima.

Al riguardo anche la sequenza dei fatti è indicativa. Incaricato un uomo di provvedere all’assistenza dell’anziano, nel ruolo gli si sostituisce una donna, la moglie, che induce l’ultracentenario a sottoscrivere, in precarie condizioni psichiche, un testamento pubblico, cioè ricevuto da notaio alla presenza di due testimoni (art. 603 c.c.), con il quale lascia tutti i suoi beni, di cospicuo valore, alla badante, tranne la collezione dei suoi quadri di pittore dilettante, che viene attribuita alla nipote: in merito, probabilmente non si va lontano dal vero se si ipotizza che gli si sia fatto credere che le due quote potevano essere considerate equivalenti e che alla nipote era riservato addirittura il privilegio di avere le opere dipinte dal nonno.

Non soltanto. Forse perché consapevoli della impugnabilità del testamento, si organizzano in tutta fretta le nozze tra la badante e l’assistito, come suggerisce anche il mancato rispetto del divieto temporaneo di nuove nozze (art. 89 c.c.). L’intento è chiaro: alla moglie sarebbe spettata, per successione legittima, la metà dell’eredità (art. 581 c.c.), anche in caso di annullamento del testamento. Celebrato il matrimonio con rito *in extremis* (art. 101 c.c.), l’ultracentenario è trasferito da Milano a Messina, con la conseguenza di ridurre il rischio che qualcuno, ad esempio la ex compagna del figlio, potesse convincerlo ad impugnare le nozze per incapacità d’intendere o di volere (art. 120 c.c.): si può intuire perciò che si confidasse nell’impugnabilità del matrimonio dopo la morte del coniuge interessato (cfr. artt. 125 e 127 c.c.)⁴. Le nozze, inoltre, sono celebrate

⁴ Meno plausibile sarebbe, invece, il sospetto che si fosse temuto l’inizio di un processo di interdizione (all’epoca la legge istitutiva dell’amministrazione di sostegno ancora non era stata approvata), giacché, se è vero che il matrimonio dell’interdetto può essere impugnato anche se contratto prima dell’interdizione, purché l’infermità che la giustifica sia presente già al tempo della celebrazione, è

fuori dalla casa comunale e, in tal caso, per la regolarità dell'atto è richiesta la presenza di quattro testimoni (art. 110 c.c.). Allora delle due l'una: o i testimoni hanno assistito alla cerimonia ed è difficile pensare che non si siano accorti delle precarie condizioni psichiche dell'ultracentenario; oppure non vi erano testimoni presenti alla celebrazione delle nozze, nel qual caso bisogna ipotizzare una connivenza, se non addirittura una complicità, dell'ufficiale di stato civile.

Infine, la moglie si fa conferire una procura generale per la gestione di tutti i beni del marito, in forza della quale concede in locazione un appartamento a un correo (anch'egli ritenuto penalmente responsabile in distinto procedimento da quello che aveva portato alla condanna della donna), a beneficio del quale qualche giorno prima, con espressa dichiarazione, già aveva riconosciuto il 30% dei beni presenti e futuri lasciati dal marito.

6. *Perplexità sulla conduzione in giudizio della controversia.*

Anche la conduzione giudiziaria della controversia lascia riflettere. Innanzitutto non si capisce perché, impugnato il testamento per vizio della volontà, in subordine non si sia chiesta, considerato il valore dei beni, la riduzione della disponibile (cfr. artt. 536, comma 3, e 554 c.c.) e, soprattutto, non si sia ipotizzata l'esclusione della moglie dalla successione dell'ultracentenario per indegnità⁵, in caso di

altrettanto vero che l'annullamento del matrimonio presuppone comunque il passaggio in giudicato della sentenza (art. 119, comma 1, c.c.), ma con la morte dell'interdicendo il processo si estingue per cessazione della materia del contendere (cfr. Cass., 17 febbraio 2006, n. 3570, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2, p. 424 s. e, più di recente, Cass., 28 novembre 2016, n. 24149, in *www.italgiure.giustizia.it*; in dottrina, per tutti, DANOVI, *Il «venir meno» della parte nei giudizi di stato intrasmissibili*, in *Dir. fam.*, 2002, p. 222 ss.).

⁵ L'indegnità a succedere di cui all'art. 463 c.c., pur essendo operativa *ipso iure*, deve essere dichiarata su domanda del soggetto interessato, atteso che non costituisce un'ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione: Cass., 5 marzo 2009, n. 5402, in *Riv. Not.*, 2010, I, p. 216 s. Essa esclude l'indegno anche dalla quota di eredità che gli sia eventualmente riservata come legittimario: cfr. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*², in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu e Messineo, XLII, Milano, 1961, p. 88; più di recente, SALVESTRONI, *Della capacità di succedere*.

annullamento per dolo (art. 463, n. 4, c.c.)⁶. In effetti, non pare che si potessero nutrire particolari dubbi sulla coartazione della volontà del testatore⁷, se non in relazione alla designazione ereditaria (la moglie sarebbe stata comunque erede legittima per la metà dell'eredità: artt. 581 e 467, comma 1, c.c.)⁸, quantomeno con riguardo all'assegnazione dei beni. Nell'istanza di parte, invece, ci si è limitati a richiedere «la declaratoria di nullità ovvero l'annullamento del testamento [...], con conseguente apertura della successione legittima, accertamento della spettanza alla minore della quota di ½ del patrimonio del *de cuius*, e condanna della convenuta [...] al rilascio dei beni».

Ancora. Una volta accertata la circonvenzione d'incapace avente ad oggetto il matrimonio, si sarebbe potuto fare almeno il tentativo di chiederne la dichiarazione di nullità e, dunque, ottenere l'esclusione della ex badante dalla successione legittima. Lo dimostra la convinzione dei giudici che «il testamento non poteva essere dichiarato nullo in quanto non rientrava tra gli atti oggetto del procedimento penale concluso con la condanna [...] per il reato di circonvenzione di incapace, il cui oggetto era circoscritto al matrimonio»: da qui la semplice sentenza di annullamento *ex art. 624 c.c.* La considerazione, peraltro, assume particolare importanza perché in linea con un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità,

*Dell'indegnità*², in *Il Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Art. 462-466, Milano, 2012, pp. 62 e 92 s., ove altri riferimenti.

⁶ L'azione di annullamento del testamento per dolo va distinta da quella finalizzata alla dichiarazione d'indegnità a succedere per la medesima causa, con la conseguenza che «la sentenza, che annulli il testamento per dolo, non ha efficacia di giudicato, nel diverso giudizio diretto a rimuovere l'acquisto ereditario per indegnità a succedere»: BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*⁷, Torino, 2014, p. 63; in giurisprudenza, Cass., 4 maggio 1957, n. 1497, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 952 ss.

⁷ Sui rapporti intercorrenti tra l'art. 463, n. 4, l'art. 624 e l'art. 1439 c.c. cfr., per tutti, SALVESTRONI, *op. cit.*, p. 91 ss.

⁸ Quando l'indegnità è riconducibile a un'attività diretta a ledere la libertà testamentaria, la sua configurazione richiede un comportamento che abbia impedito la realizzazione delle ultime volontà del testatore, sì che la si deve escludere là dove colui contro il quale si rivolge l'accusa d'indegnità sia il successore legittimo e l'erede designato nel testamento: Cass., 9 aprile 2008, n. 9274, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 216 ss.

la quale, seppur in contrasto con la quasi unanime dottrina⁹, qualifica nullo, per contrarietà a norma imperativa (art. 1418, comma 1, c.c.), e non annullabile il contratto concluso a séguito di reato¹⁰.

In effetti, come constatato, l'ordinanza di accoglimento dell'istanza di nullità presentata dal p.m. è stata sì annullata senza rinvio da Cass. pen. n. 34738 del 2016, ma le argomentazioni a sostegno della decisione sono rinvenute soprattutto nell'incompetenza del giudice dell'esecuzione penale e nella carenza di legittimazione del p.m. a promuovere l'impugnazione del matrimonio dopo la morte di uno dei coniugi (art. 125 c.c.).

7. Soluzione giurisprudenziale “giusta”, sul piano sostanziale, anche se condizionata dalla presupposta inimpugnabilità post mortem del matrimonio nel caso all’attenzione. Inconvenienti. Superamento mediante una lettura alternativa delle disposizioni sulla legittimazione all’impugnazione del matrimonio invalido per incapacità o per violenza ed errore.

Passando a qualche considerazione sul merito della soluzione adottata, va subito precisato che, per come impostata la controversia, al fine di salvaguardare gli interessi della nipote del *de cuius*, i giudici meneghini, non potendo procedere d'ufficio alla dichiarazione d'indegnità a succedere della moglie, né a quella di nullità del matrimonio (altrimenti sarebbero incorsi nel c.d. vizio di ultrapetizione: art. 112 c.p.c.), non avevano altra possibilità che quella di annullare il testamento e condannare la convenuta al risarcimento del danno, in esecuzione del giudicato penale, nella misura del valore della quota ereditaria ricevuta.

⁹ Per un'analisi della problematica sia consentito rinviare a LISELLA, *Impugnabilità del matrimonio di persona in età avanzata nella giurisprudenza di legittimità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1180 ss., ove riferimenti.

¹⁰ Cfr., di recente, Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in www.italgiure.giustizia.it.; Cass., 20 marzo 2017, n. 7081, in www.italgiure.giustizia.it., secondo la quale il Giudice civile è tenuto, e a un tempo abilitato, ad accertare *incidenter tantum* l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato; Cass., 28 aprile 2017, n. 10609, in www.italgiure.giustizia.it, ove si afferma la rilevanza d'ufficio della nullità.

Può dunque affermarsi che sul piano sostanziale la giustizia abbia trionfato.

Il risultato, tuttavia, è stato raggiunto con un percorso interpretativo che lascia spazio a qualche considerazione.

Innanzitutto, si ricollega l'obbligazione risarcitoria ad un evento, la fraudolenta induzione al matrimonio, che non ha determinato in via diretta un danno alla nipote, soggetto terzo rispetto al reato, tant'è che ella sarebbe risultata unica erede legittima sol che, oltre all'annullamento del testamento, si fosse avuta su sua iniziativa la ipotizzata dichiarazione di nullità del matrimonio per contrarietà a norma imperativa. Nella fattispecie all'attenzione, poi, il danno non sembra riconducibile all'azione criminosa in sé, ma alla non impugnabilità *post mortem* del matrimonio. Infatti, se l'ultracentenario avesse richiesto l'annullamento del matrimonio oppure se fosse stato interdetto dopo la celebrazione delle nozze, la condanna al risarcimento nei termini delineati non avrebbe trovato giustificazione, potendo la nipote vedere tutelate le proprie ragioni, nella prima ipotesi, continuando a coltivare l'azione del *de cuius* (art. 127 c.c.), nella seconda, impugnando il matrimonio a norma dell'art. 119 c.c. Come a dire: causa del danno non è stata tanto la circonvenzione d'incapace, quanto la non impugnazione del matrimonio.

La possibile fondatezza dell'argomentazione non sembra esclusa dalla stessa Corte di cassazione, sez. civile, la quale non a caso, dopo avere ricordato che l'art. 643 c.p. «prevede espressamente i terzi tra i soggetti lesi dalla frode», se per un verso afferma che «l'effetto dannoso non deve essere necessariamente conseguenza immediata e diretta dell'atto indotto, giacché quello che rileva nella fattispecie delittuosa in esame è l'attitudine o potenzialità dell'atto a ingenerare pregiudizio, e difatti la "dannosità" deve essere accertata in chiave prognostica, secondo lo sviluppo prevedibile delle situazioni legate o scaturenti dall'atto», per altro verso comunque si premura di precisare che, nel caso in esame, «il giudicato penale di condanna esimeva il giudice civile dall'accertamento del danno da reato, residuando solo il profilo della liquidazione dello stesso a favore della parte civile [...], e sul punto la decisione impugnata non merita censura».

D'altro canto, l'espedito della liquidazione del danno in misura pari al valore dell'eredità conseguita dalla ex badante può costituire un'utile risposta per la nipote del *de cuius*, ma certamente non è strumento idoneo a tutelare tutti gli interessi che possono venire in evidenza in analoghe fattispecie. Nell'ottica in cui ci si è mossi, infatti, non risultando compromesso in alcun modo lo *status* di coniuge, ad esempio, sarebbe demandata alla moglie e non alla nipote ogni decisione in merito alla eventuale traslazione della salma¹¹.

Inoltre, anche sul piano squisitamente patrimoniale gli inconvenienti che si possono determinare non sono di secondaria importanza: di là dalla scontata osservazione che ci può essere uno specifico interesse ad avere i beni ereditari e non una somma di danaro, la realizzazione dell'obbligazione risarcitoria è pur sempre condizionata dalla solvibilità del debitore.

In definitiva, si è convinti che nella vicenda giudiziaria in esame, per come impostata la causa, forse non si poteva fare giustizia altrimenti.

Ciononostante, si ha anche il sospetto che tutti gli inconvenienti segnalati trovino origine in una interpretazione (come si diceva all'inizio, troppo condizionata dalla lettera della legge e poco attenta al criterio di ragionevolezza) che in alcuni casi limita eccessivamente l'impugnabilità *post mortem* del matrimonio. In effetti, le argomentazioni che hanno indotto la S. corte a respingere il ricorso proposto contro la sentenza della Corte d'appello paiono essere l'inesperibilità dell'azione di nullità da parte del p.m. dopo la morte di uno dei coniugi (art. 125 c.c.) e soprattutto la carenza di legittimazione autonoma degli eredi (art. 127 c.c.) «ad impugnare il matrimonio contratto da uno dei coniugi che sia affetto da vizi della volontà (artt. 122 e 123 cod. civ.) o da incapacità di intendere e volere (art. 120 cod.civ.)»; dunque, la vera ragione della decisione nel caso in esame sembra essere la presupposta inimpugnabilità *post mortem* del matrimonio.

¹¹ In merito, mancando uno specifico riferimento normativo, si può reputare applicabile l'art. 79, comma 1, d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, in tema di cremazione, ove si dispone che, in assenza di disposizione testamentaria, «la volontà deve essere manifestata dal coniuge e, in difetto, dal parente più prossimo».

Ma proprio tale assunto si è reputato di poter mettere in discussione, anche se in maniera problematica, in altro lavoro, arrivando alla conclusione che, in tema di consapevole scelta matrimoniale, per non incorrere in fondate questioni di legittimità costituzionale, bisogna avere il coraggio di superare la lettera della legge e valorizzare fino in fondo una lettura sistematica e assiologica delle diverse disposizioni normative che disciplinano l'impugnabilità del matrimonio invalido per cause c.dd. soggettive.

Così, al fine di superare alcune incongruenze che si possono cogliere nella disciplina individuata negli *obiter dicta* della più recente giurisprudenza di legittimità in materia di impugnabilità del matrimonio celebrato da persona in età avanzata e in precarie condizioni psichiche¹², anche in considerazione delle modificazioni, nel tempo, delle disposizioni normative relative alla legittimazione all'impugnazione del matrimonio invalido per età, per incapacità e per vizio del volere, seppur con qualche necessaria forzatura del testo normativo, si è prospettata una lettura alternativa sia dell'impugnabilità del matrimonio per difetto di età sia di quello dell'interdetto per infermità di mente o del beneficiario di amministrazione di sostegno al quale sia reso applicabile l'art. 85 c.c.

In estrema sintesi, a séguito di un'articolata analisi, si è giunti alla conclusione, da un lato, che l'impugnazione del matrimonio del minore di età, dell'interdetto o dell'amministrato possa essere proposta esclusivamente per realizzare il loro concreto specifico interesse a liberarsi dal rapporto coniugale (e non l'interesse di altri soggetti); dall'altro, che dopo la loro morte, seppur con le opportune specificazioni, vada riconosciuta sempre, e non soltanto con riguardo al

¹² Quale ad es. quella che, mentre il matrimonio del beneficiario di amministrazione di sostegno, al quale sia stato esteso ex art. 411, comma 4, c.c. l'art. 85 c.c., potrebbe essere impugnato soltanto nel suo esclusivo interesse, quello dell'interdetto per infermità mentale potrebbe essere annullato anche per l'attuazione di un interesse «pubblicistico» o di altri soggetti; o quella che, mentre con riguardo al matrimonio dell'interdetto deceduto l'impugnazione potrebbe essere avanzata dai portatori di un «interesse legittimo» (art. 119, comma 1, c.c.), in ipotesi di matrimonio (vietato) celebrato dall'amministrato, l'azione si trasmetterebbe agli eredi soltanto in caso di giudizio già pendente alla morte dell'attore (art. 127 c.c.): cfr. LISELLA, *Impugnabilità del matrimonio di persona in età avanzata nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 1184 ss., ove i relativi riferimenti.

matrimonio dell'interdetto per infermità di mente (art. 119 c.c.), a tutti i portatori di un interesse legittimo e attuale la legittimazione a impugnare un matrimonio non celebrato in piena libertà e consapevolezza¹³.

Soltanto in tal guisa, infatti, sembra che si possano cogliere soluzioni soddisfacenti sotto ogni profilo e, nella piena attuazione del principio di eguaglianza (art 3 Cost.), evitare forti discrasie.

¹³ LISELLA, *La legittimazione all'impugnazione del matrimonio invalido per incapacità o per violenza ed errore: profili problematici*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, 2, p. 371 ss.

MICHELE LOBUONO
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

GARANZIE FIDEIUSSORIE DELL'APPALTATORE E RAGGRUPPAMENTI DI IMPRESE

SOMMARIO: 1. Garanzie personali e attività d'impresa. – 2. Le garanzie prestate dall'appaltatore: brevi cenni sull'esperienza internazionale. – 3. Le garanzie fideiussorie prestate dall'appaltatore nel Codice dei contratti pubblici. – 4. Le polizze fideiussorie prestate dall'appaltatore nel diritto giurisprudenziale. – 5. Le garanzie fideiussorie nelle ipotesi di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento. – 6. L'escussione della garanzia e i rimedi a tutela del garante nei confronti delle imprese del raggruppamento. – 7. Escussione della garanzia e modificazione soggettiva del raggruppamento.

1. Garanzie personali e attività d'impresa.

Le garanzie del credito appartengono a un settore dell'ordinamento giuridico nel quale si è registrato un vasto processo di trasformazioni. Le innovazioni sono state determinate, per un verso, dall'ampio ricorso dell'autonomia privata a meccanismi negoziali idonei a soddisfare le esigenze degli operatori economici; per altro verso, da una serie di interventi legislativi volti a superare la tradizionale inadeguatezza della disciplina codicistica rispetto ai mutati bisogni del traffico giuridico¹.

¹ I mutamenti si atteggiavano in modo non del tutto omogeneo nei due settori delle garanzie. Le garanzie reali si sono aperte a nuove soluzioni grazie soprattutto all'intervento del legislatore sebbene non possa essere trascurato il ruolo esercitato dall'autonomia privata (paradigmatiche, in tal senso, sono le figure del patto di rotatività e della clausola *omnibus*, di cui si è discussa l'ammissibilità in materia di pegno sia in dottrina che in giurisprudenza; sul

In tale contesto importanti linee ricostruttive emergono dalle relazioni che intercorrono in modo sempre più significativo fra le garanzie del credito e le attività dei soggetti a vario titolo coinvolti nelle operazioni economiche². La considerazione si riferisce sia alle ipotesi in cui la presenza di un'attività economica incide sull'assetto della garanzia stabilito dal legislatore, sia a quelle in cui la garanzia viene elaborata dall'autonomia privata per essere utilizzata nell'ambito o in vista di una più complessa costruzione negoziale connessa all'esercizio di un'attività economica³.

Si pensi, con particolare riferimento al settore delle garanzie personali, alle complesse vicende che hanno caratterizzato l'evoluzione della fideiussione tanto sul piano negoziale, quanto su quello normativo. L'elaborazione dello schema della fideiussione *omnibus*, come è noto, deve la sua origine a interessi riconducibili allo svolgimento di attività d'impresa. In tal senso viene in considerazione, in primo luogo, la posizione delle banche, alla ricerca di strumenti negoziali idonei a garantire in modo più adeguato rispetto allo schema codicistico della fideiussione il credito erogato nell'esercizio della propria attività di intermediazione; in secondo luogo, quella dei debitori, di norma imprese interessate a instaurare un rapporto di finanziamento cui attingere per far fronte alle esigenze dell'attività economica; infine, quella dei garanti, soggetti a vario titolo interessati all'attività

punto, fra gli altri, GABRIELLI, *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015), che ha rappresentato invece il principale volano nello sviluppo delle garanzie personali. Tale circostanza si deve evidentemente alla diversa configurazione normativa delle due categorie di garanzia: le une, quelle reali, caratterizzate, fra l'altro, da una maggiore rigidità sul piano strutturale e dagli adempimenti in vario modo connessi alla pubblicità legale; le altre, quelle personali, suscettibili di costante espansione in virtù della capacità di elaborazione riconosciuta alle parti nell'esercizio della loro autonomia.

² Sul rapporto fra le garanzie del credito e l'esercizio delle attività economiche, sia consentito il rinvio a LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, p. 7 ss.

³ Per un'approfondita analisi delle problematiche in vario modo connesse al rapporto fra atto e attività, cfr. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, Padova, 2003, p. 3 ss.

d'impresa esercitata dal debitore principale e, quindi, disposti a intervenire personalmente per indurre la banca a concedere il credito.

Il collegamento fra garanzie personali del credito e attività economica emerge anche dall'esame dei contratti autonomi di garanzia, elaborati dall'autonomia privata nell'ambito o in vista di una più complessa costruzione negoziale connessa all'esercizio dell'attività d'impresa. Le garanzie autonome, come vedremo, devono la loro origine all'esigenza avvertita dagli operatori economici di coprire rischi diversi rispetto a quelli normalmente dedotti nell'ambito di una garanzia di tipo tradizionale e, d'altro canto, di conseguire una tempestiva reintegrazione del patrimonio in caso di inadempimento assoluto o relativo dell'impresa ordinante⁴.

La rilevanza del nesso fra le garanzie del credito e l'esercizio di attività economiche emerge dall'ulteriore approfondimento degli interessi sottesi a queste operazioni, in particolare dalla valutazione del ruolo esercitato dallo scopo di finanziamento. L'analisi del processo che ha portato alla progressiva affermazione di uno schema di fideiussione diverso da quello delineato nel codice civile, consente di evidenziare che l'emissione di garanzie *omnibus* ha assunto un ruolo rilevante ai fini della concessione del credito nel sistema di finanziamento esterno dell'impresa⁵.

⁴ Sul punto, MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2009, p. 144 ss.; sia consentito anche il rinvio a LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Trattato di diritto civile del notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2007, p. 10 ss.

⁵ La stipulazione del contratto di garanzia, infatti, è finalizzata non solo al rafforzamento della tutela del creditore ad attuare il suo diritto verso il debitore, ma anche alla concessione di un finanziamento necessario allo svolgimento di attività cui il garante è in vario modo interessato. Questa connotazione della garanzia trae origine dalla presenza di clausole che introducono deroghe significative rispetto all'assetto normativo della fideiussione delineato dal legislatore del 1942, stabilendo in sostanza che la garanzia è destinata a coprire non già una somma determinata al momento della conclusione del contratto ma il debito complessivo che verrà eventualmente ad esistenza nel corso dell'attività dell'impresa garantita; con riferimento alla funzione di "promozione" e tutela del credito della fideiussione *omnibus*, STELLA, *Le garanzie del credito. Fideiussione e garanzie del credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica

Anche la complessa vicenda dei contratti autonomi di garanzia pone in evidenza aspetti rilevanti nella prospettiva del finanziamento dell'impresa. In tal senso viene in considerazione la circostanza che tali garanzie assolvono una funzione assimilabile a quella delle cauzioni, in quanto creano una disponibilità finanziaria in favore del creditore, il quale può chiedere di fare propria la somma offerta in garanzia chiedendone l'immediato pagamento al garante. A differenza della cauzione, tuttavia, i contratti autonomi evitano all'impresa ordinante di sottrarre all'esercizio della propria attività una porzione del proprio capitale. In tale prospettiva emerge un'altra utilità perseguita dal debitore-ordinante attraverso questa figura contrattuale, vale a dire quella di poter beneficiare di un finanziamento, sia pure in via indiretta, attraverso l'intervento del garante⁶.

Un meccanismo di questo tipo evidentemente è reso possibile dalle specifiche caratteristiche professionali del soggetto che assume il ruolo di garante. La banca o la compagnia di assicurazioni, infatti, prestando la garanzia a fronte del corrispettivo versato dal debitore-ordinante, offre al beneficiario la ragionevole certezza di poter conseguire la somma dedotta nel contratto autonomo. L'esigenza di conseguire un finanziamento, dunque, assolve anche in questo caso un ruolo strategico nel ricorso all'attribuzione di garanzia.

In tale contesto l'analisi delle garanzie personali si è concentrata, per un verso, sui profili tipologici, per altro verso, sui presupposti di operatività dell'obbligo assunto dal garante nei confronti del creditore. Meno arata, invece, appare la riflessione sul

e Zatti, Milano, 2010, p. 177 s.

⁶ Una ricostruzione di questo tipo trae origine da una nozione lata di finanziamento, che non si identifichi cioè con le ipotesi in cui venga creata in via immediata una vera e propria disponibilità di denaro in favore del soggetto finanziato, ma si estenda fino a comprendere situazioni in cui le medesime disponibilità vengano conseguite mediante altri meccanismi negoziali. In tal senso, v. CLARIZIA, *Finanziamenti (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it., Appendice III*, Torino, 1982, p. 754 ss.; sulla figura dei contratti con causa di finanziamento, ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, II, t. 4, Torino, 2002, p. 47 ss.; CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 3 ss.

modo di atteggiarsi della garanzia con riferimento alla posizione che il debitore ordinante assume nei confronti del garante dopo l'escussione da parte del terzo beneficiario.

A questo riguardo spunti di particolare interesse vengono dal settore degli appalti, non di rado caratterizzati dalla presenza di garanzie prestate su richiesta di imprese associate per la realizzazione dell'opera. In questo caso la conformazione sul piano soggettivo dell'appaltatore si riflette sul modo di operare della garanzia, con riferimento non solo alla sua costituzione, ma anche e soprattutto alle modalità di esecuzione. In tal senso, accanto alle problematiche relative agli effetti che l'emissione della garanzia produce nei confronti delle imprese del raggruppamento, si pongono ulteriori questioni riguardanti i rapporti fra le parti dopo la sua escussione, in considerazione della particolare natura del soggetto che in veste di debitore/ordinante ha concluso il contratto di garanzia.

In questa prospettiva l'analisi del giurista è destinata a trovare un'importante chiave di lettura nelle relazioni fra le situazioni contrattuali da cui le garanzie traggono origine e le attività economiche rispetto alle quali esse sono funzionali. Si pongono in tal modo le premesse per la creazione di scenari verosimilmente destinati a trovare nuovi spunti problematici nell'evoluzione negoziale connessa allo sviluppo delle relazioni economiche e a sollecitare la capacità di tenuta degli istituti e delle categorie che caratterizzano il diritto privato comune. A tal fine appare opportuno ricostruire, sia pure in estrema sintesi, le principali caratteristiche delle garanzie nel settore degli appalti per poi soffermarci sulle peculiarità relative alle garanzie emesse su richiesta di raggruppamenti di imprese.

2. Le garanzie prestate dall'appaltatore: brevi cenni sull'esperienza internazionale.

Negli ultimi decenni del secolo scorso si assiste alla fioritura di garanzie contrattuali destinate a coprire con modalità diverse rispetto alle garanzie tradizionali una serie di rischi connessi alla

predisposizione e all'esecuzione degli appalti⁷. Si diffonde, soprattutto a livello internazionale, l'esigenza di predisporre strumenti contrattuali idonei a tenere indenne il soggetto garantito anche dai c.d. rischi atipici, ossia dagli effetti pregiudizievoli connessi all'inadempimento ovvero all'inesatta esecuzione di obblighi di natura contrattuale o precontrattuale, da qualsiasi causa derivante e a prescindere dall'esistenza o dalla validità del rapporto giuridico da cui trae origine l'obbligazione garantita⁸.

In tale contesto vengono in considerazione le garanzie di mantenimento dell'offerta (i c.d. *bid bond*), richieste ai partecipanti a una gara d'appalto per attestarne la serietà e la disponibilità ad accettare e a dare corso all'eventuale incarico contrattuale senza modificare le condizioni stabilite dalla stazione appaltante. Più precisamente il *bid bond* garantisce che il contratto venga effettivamente stipulato dall'impresa aggiudicataria e che vengano adempiuti gli obblighi connessi all'aggiudicazione.

Altra figura di garanzia autonoma ampiamente utilizzata in questo settore è quella corrispondente ai cd. *performance bond*, destinati a confermare l'affidabilità dell'appaltatore mediante la garanzia dell'esatta esecuzione della prestazione contrattualmente dovuta nei confronti del beneficiario. L'oggetto dell'obbligazione del garante è costituito dall'assunzione dell'obbligo di versare al beneficiario una somma di denaro nell'eventualità che l'appaltatore non esegua le prestazioni dedotte in contratto.

L'*advance payment guarantee* assolve la funzione di garantire il soggetto che abbia fornito all'appaltatore, a titolo di anticipazione, destinati a sostenere i costi per l'acquisto e l'utilizzazione dei materiali, nonché per l'assunzione del personale necessario a dare

⁷ Sulle diverse tipologie di garanzie bancarie elaborate nella prassi del commercio internazionale, fra gli altri, v. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in Draetta e Vaccà (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, Milano, 1994, p. 242 ss.

⁸ Sulle figure contrattuali più diffuse nella prassi, fra gli altri, v. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 141 ss.; STELLA, *op. cit.*, p. 797 ss.; RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995.

inizio ai lavori previsti dall'appalto. Il *maintenance bond* persegue il diverso scopo di garantire al committente l'accesso ai fondi necessari per far fronte ai difetti di costruzione che vengano scoperti dopo il completamento dell'opera appaltata. In particolare, garantisce il buon funzionamento degli impianti e delle attrezzature per il tempo necessario a verificarne l'operatività da parte del committente e consente d'altro canto all'appaltatore di conseguire nelle more il saldo del corrispettivo dovutogli.

Infine, viene in considerazione il cd. *retention money bond*, che trae origine dalla prassi in base alla quale il committente trattiene o detrae una parte dei pagamenti in occasione dei diversi stati di avanzamento, al fine di costituire un fondo di copertura per far fronte alle eventuali spese imprevedute derivanti da errori commessi dall'appaltatore nell'esecuzione dei lavori. In tale contesto il *retention bond* assolve la funzione di sostituire i fondi trattenuti dal committente, consentendo all'appaltatore di poter contare su una maggiore disponibilità finanziaria.

Queste garanzie sono caratterizzate nella struttura più elementare dalla presenza di tre rapporti giuridici: quello fra ordinante e garante, quello di base fra ordinante e beneficiario e, infine, quello di garanzia inteso in senso stretto fra garante e beneficiario⁹. Lo schema trova la sua origine nell'incarico conferito al garante, normalmente una banca o una compagnia di assicurazioni, di assumere una garanzia nei confronti del beneficiario, vale a dire nei confronti del committente, più in generale del soggetto che risulta destinatario dell'attività economica del contraente.

Il tratto comune a queste figure negoziali è individuabile nella presenza delle cd. clausole automatiche, che obbligano il garante ad adempiere sulla base della semplice richiesta del beneficiario e senza alcuna possibilità di eccepire circostanze relative al rapporto

⁹ Nelle operazioni economiche internazionali spesso la banca del paese dell'ordinante incarica (in qualità di controgarante) altra banca del paese del beneficiario di garantire quest'ultimo; v. MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 393; in giurisprudenza, v. Trib. Bologna, 20 gennaio 2003, in questa *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 79 ss., con nota di BARILLA, *L'abuso nell'escussione nelle garanzie «quadrangolari»*.

di base¹⁰. Previsioni negoziali di questo tipo rispondono a una serie di esigenze particolarmente avvertite dagli operatori economici internazionali. La creazione di una garanzia che, diversamente dallo schema codicistico della fideiussione, sia priva del requisito dell'accessorietà rispetto all'obbligazione dedotta nel rapporto di base, affonda le sue radici nel bisogno del beneficiario di conseguire in tempi rapidi le somme dedotte in garanzia, senza dover affrontare le lungaggini e i *litigation risks* normalmente connessi alla discussione delle eccezioni derivanti dai rapporti sottostanti.

3. Le garanzie fideiussorie prestate dall'appaltatore nel Codice dei contratti pubblici.

I profili tipologici delle garanzie elaborate nella prassi internazionale caratterizzano in modo significativo anche gli schemi negoziali utilizzati nell'esperienza giuridica italiana. Il tema delle garanzie prestate dall'appaltatore trova il suo principale settore di applicazione nell'ambito dei contratti pubblici, come emerge dall'attenzione che il legislatore ha inteso dedicare a questa materia nei diversi interventi normativi aventi ad oggetto le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture. Per altro verso, l'importanza delle garanzie prestate negli appalti pubblici trova riscontro anche nella pluralità di pronunce di merito e di legittimità, che hanno finito per dare ulteriore linfa alla controversa natura giuridica di questi strumenti contrattuali, a lungo ricondotta nei diversi orientamenti ora allo schema delle garanzie accessorie, ora a quello delle garanzie autonome. In questo settore gli obblighi a vario titolo assunti nei confronti delle stazioni appaltanti sono generalmente assistiti da garanzie fideiussorie prestate da imprese bancarie o di assicurazioni. La materia è oggetto di una specifica disciplina nelle disposizioni del Codice dei contratti pubblici relative alle garanzie prestate dall'appaltatore¹¹.

¹⁰ La bibliografia sui contratti autonomi di garanzia e sulla portata delle cd. clausole automatiche è vasta; si rinvia, per una ricostruzione di carattere generale, ai contributi di MACARIO, *op. cit.*, p. 411 ss., e STELLA, *op. cit.*, p. 775 ss.

¹¹ In tal senso vengono in considerazione le garanzie per l'anticipazione del

La complessità della normativa (legislativa e regolamentare) di riferimento non consente di sviluppare in questa sede un'analisi dettagliata delle singole disposizioni, che evidenziano tuttavia – sia pure a un esame necessariamente sintetico e riassuntivo – alcuni elementi comuni, tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale, nelle garanzie previste per le singole fasi dell'appalto. In particolare, nelle diverse previsioni normative il legislatore stabilisce che l'appaltatore e, prima ancora l'offerente, sono tenuti a costituire la garanzia, a loro scelta, nelle forme della cauzione o della fideiussione; che le garanzie fideiussorie devono essere emesse da imprese autorizzate a rilasciarle, che la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, c.c., nonché l'operatività della garanzia medesima a semplice richiesta scritta della stazione appaltante¹².

La presenza di questi elementi consente di formulare qualche osservazione in merito alla natura giuridica delle garanzie così delineate sul piano normativo. In tal senso viene in evidenza in primo luogo la circostanza che l'appaltatore può rilasciare a sua scelta una garanzia fideiussoria o una cauzione, sicché il carattere alternativo, la sostanziale equiparazione tra le due figure, induce a ritenere che in questo settore la garanzia fideiussoria assolve la medesima funzione della cauzione¹³. Considerazione che finisce per evocare uno dei principali profili funzionali dei contratti autonomi di garanzia; infatti, come già anticipato, tanto in dottrina

prezzo (art. 35, comma, 18), le garanzie per la partecipazione alla procedura (art. 93), le garanzie definitive (art. 103) e le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore (art. 104).

¹² Nel solco di quanto stabilito dal legislatore, gli schemi di contratto tipo per le garanzie fideiussorie disciplinati nel Regolamento del Ministero dello sviluppo economico prevedono, fra l'altro, che il garante è tenuto a corrispondere l'importo dovuto dal contraente entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante; che il garante oltre a non godere del beneficio della preventiva escussione del debitore principale, rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c.

¹³ Cfr. Cass., 28 ottobre 2010, n. 22107, secondo cui la polizza fideiussoria che sostituisce la cauzione ne condivide la funzione.

quanto in giurisprudenza si afferma che tali contratti assolvono una funzione assimilabile a quella delle cauzioni, in quanto creano una disponibilità finanziaria in capo al creditore, il quale può chiedere di fare proprio il denaro offerto in garanzia chiedendone l'immediato pagamento al garante¹⁴.

Nella medesima prospettiva sembra collocarsi la rinuncia all'eccezione prevista dal capoverso dell'art. 1957 c.c., che consente di richiamare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel suo complesso, la citata disposizione normativa costituisce un rimedio tipico della fideiussione¹⁵. In particolare, nel diritto applicato si afferma che, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, al contratto autonomo di garanzia non possa applicarsi la norma dell'art. 1957 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, "in quanto tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione

¹⁴ Nel diritto applicato si afferma che le polizze fideiussorie relative a contratti d'appalto pubblico esulano dallo schema assicurativo, perché dirette a garantire l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti del beneficiario, in funzione cauzionale, e vanno ricondotte allo schema del contratto autonomo di garanzia. La funzione della garanzia è, in tal caso, non già fideiussoria bensì indennitaria e quindi sganciata dall'accessorietà tipica della fideiussione; di recente, Trib. Genova, 4 ottobre 2019, n. 2334; in termini più ampi, Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, pubblicata in numerose riviste (fra le altre, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 257, con nota di BARILLÀ; 425, con nota di NAPPI; in *Foro it.* 2010, I, c. 2799; in *Dir. economia assicur.*, 2011, p. 227, con nota di CERINI; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 497, con nota di TARTAGLIA; in *I contratti*, 2010, p. 440, con nota di LOBUONO) che, a proposito del contratto atipico di garanzia, afferma l'esistenza di una funzione di tipo "cauzionale", mentre la sua più frequente utilizzazione rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali.

¹⁵ Il secondo comma dell'art. 1957 c.c. rende applicabile la disposizione del comma precedente al caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale.

di garanzia autonoma”¹⁶.

Si tratta, dunque, di elementi che concorrono a delineare schemi di garanzia aventi caratteristiche di autonomia rispetto ai debiti sottostanti. Emerge in sostanza uno scenario nel quale il legislatore, allo scopo evidente di rendere più agevole l’escussione da parte della stazione appaltante, ha inteso delineare una garanzia che, sebbene definita come fideiussoria, è caratterizzata da elementi idonei a evocare lo schema della garanzia autonoma.

Un inquadramento di questo tipo appare meno scontato ove si consideri il riferimento normativo all’operatività della garanzia a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. La circostanza che il legislatore abbia previsto l’inserimento di questa clausola e non anche di quella che esclude sul piano generale l’opponibilità di eccezioni al creditore, finisce per richiamare uno dei temi più discussi nell’ambito della più generale problematica relativa alla distinzione fra garanzie autonome e fideiussione¹⁷. Sul punto, ci si limita a richiamare gli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza più recente che, in linea con quanto prospettato da una parte della dottrina¹⁸, afferma che la presenza della clausola di pagamento a prima richiesta scritta non può essere di per sé sufficiente a stabilire il carattere autonomo della garanzia¹⁹.

Ne consegue che l’analisi, sia pure sommaria, dei profili

¹⁶ In tal senso, Cass., 21 aprile 1999, n. 3964; Cass., 31 luglio 2002, n. 11368; e Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

¹⁷ Sul punto, si rinvia alla ricostruzione di MACARIO, *op. cit.*, p. 438 ss.

¹⁸ Fra gli altri PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in questa *Banca, borsa tit. cred.*, 1985, I, p. 172; BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Dir. Comm. Int.*, 1987, p. 43.

¹⁹ In tal senso, v. Cass., 19 marzo 2018, n. 6707, ove si afferma che l’esclusione della facoltà di opporre eccezioni è decisiva per la qualificazione in termini di contratto autonomo di garanzia. In sostanza il contratto autonomo di garanzia si caratterizza rispetto alla fideiussione per l’assenza dell’accessorietà della garanzia, derivante dall’esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all’art. 1945 c.c., e dalla conseguente impossibilità per il debitore di chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché di proporre tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest’ultimo, sicché l’esclusione della facoltà di opporre eccezioni è decisiva per la qualificazione (Cass., 31 luglio 2015, n. 16213).

strutturali e funzionali della garanzia pone in evidenza elementi compatibili sia con l'accessorietà, sia con l'autonomia della garanzia. A questo punto, appare utile considerare la natura giuridica delle garanzie disciplinate dal legislatore avendo riguardo anche alle azioni che il garante può esercitare dopo aver eseguito la prestazione dedotta in garanzia in favore della stazione appaltante. Sul punto una prima indicazione viene in evidenza laddove si stabilisce che le garanzie fideiussorie prevedono la "rivalsa" verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore per l'eventuale indebito arricchimento²⁰.

Le soluzioni in esame toccano un punto nevralgico del rapporto fra garanzie accessorie e garanzie autonome. Come è noto, una delle più rilevanti differenze sul piano operativo tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia riguarda proprio il regime delle azioni di cui dispone il garante dopo l'avvenuta escussione della garanzia da parte del creditore²¹. Infatti, qualora il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al rapporto di base, il garante che agisce in ripetizione nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario, dopo aver pagato a prima/semplificata richiesta, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, opera alla stregua di un fideiussore.

Il garante "autonomo", invece, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens* nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma potrà esperire l'azione di regresso *ex art. 1950 c.c.* unicamente nei confronti del debitore garantito²².

²⁰ Così l'art. 104, comma 10, Codice dei contratti pubblici

²¹ Sul punto, fra gli altri, v. PORTALE, *op. cit.*, p. 177 ss.; MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 387; BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag. Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005, 112 ss.; LOBUONO, *I contratti di garanzia*, cit., p. 162 ss.

²² La dinamica è chiaramente indicata nella giurisprudenza ormai consolidata, ove si afferma che "sarà il debitore principale ordinante, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base (ad esempio, per il pregresso e puntuale adempimento della medesima obbligazione), sulla base del rapporto di

In tale prospettiva la disciplina dei contratti pubblici sembra evocare ancora una volta lo schema dei contratti autonomi di garanzia nella parte in cui, come si è visto, al garante viene riconosciuto il diritto di rivalsa verso il contraente per le somme pagate in forza della garanzia. Tuttavia, come si è detto, al garante è altresì riconosciuto il diritto di regresso per l'eventuale indebito arricchimento non solo nei confronti del contraente ma anche nei confronti della stazione appaltante. Il riferimento all'indebito arricchimento implica evidentemente presupposti ed esiti diversi rispetto a quelli dell'azione di ripetizione dell'indebito. La ripetizione di indebito, infatti, integra un'azione *ex art. 2033 c.c.*, che trova la propria causa nella prestazione effettuata e nel venir meno del suo titolo e non già in uno spostamento patrimoniale che abbia determinato l'arricchimento di una parte e la diminuzione patrimoniale dell'altra, in assenza di causa giustificatrice (art. 2041 c.c.). Con riguardo al "*petitum*", poi, in caso di domanda proposta *ex art. 2033 c.c.* esso è necessariamente limitato alla restituzione di quanto corrisposto e dei frutti percepiti, divergendo in tal modo da quello invocabile con l'azione *ex art. 2041 c.c.*, che a sua volta, è commisurato alla minor somma tra l'arricchimento ricevuto da chi si sia avvantaggiato senza causa e la diminuzione patrimoniale subita da chi ne sia stato impoverito²³.

La sostanziale estraneità dell'azione *ex art. 2041 c.c.* al tema delle garanzie rende alquanto singolare il riferimento operato dal Codice dei contratti pubblici all'indebito arricchimento, che in ogni caso potrebbe essere richiesto dal garante sulla base della disciplina generale del codice civile (sempre che non esista un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito). Di tali criticità

valuta, nei confronti del beneficiario, il quale ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore-ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c." (Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.).

²³ Sulla distinzione fra i due rimedi, oltre che rispetto all'azione di risarcimento del danno derivante da inadempimento, di recente Cass., 12 giugno 2018, n. 15196.

sembra aver tenuto conto la normativa regolamentare, nella quale scompare il riferimento all'arricchimento senza causa ma si stabilisce comunque che oltre all'esercizio del diritto di regresso e dell'azione di rivalsa nei confronti del contraente, resta salva l'azione di ripetizione verso la stazione appaltante per il caso in cui le somme pagate dal garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute dal contraente o dal garante.

Se per un verso, quindi, la norma primaria non appare del tutto coerente con le dinamiche del diritto delle garanzie nella parte in cui fa riferimento all'indebito arricchimento, per altro verso, nel suo insieme il quadro rimediale offerto al garante, pur con le "limature" della norma regolamentare, presenta – al pari di quanto si è visto con riferimento ai profili strutturali delle garanzie in esame – elementi propri non solo delle garanzie autonome ma anche di quelle accessorie nella misura in cui consente al garante di agire anche nei confronti della stazione appaltante. A questo punto appare opportuno volgere lo sguardo alle fonti non formali per cogliere, sia pure in estrema sintesi, ulteriori spunti utili a un più efficace inquadramento delle principali problematiche connesse alla qualificazione delle garanzie prestate nel settore degli appalti.

4. Le polizze fideiussorie prestate dall'appaltatore nel diritto giurisprudenziale.

Nella prassi degli appalti pubblici la garanzia fideiussoria è stata prevalentemente rilasciata sotto forma di polizza fideiussoria finendo in tal modo per dare ulteriore linfa alla controversa natura giuridica di questi strumenti contrattuali²⁴. La giurisprudenza di legittimità ha inteso dare soluzione al contrasto relativo alla natura

²⁴ Le polizze fideiussorie presentano richiami al contratto di assicurazione, tanto sul piano delle modalità operative, quanto sul piano soggettivo, in particolare per la presenza delle imprese assicuratrici. Per altro verso, presentano profili che evocano sia il contratto di fideiussione sia la qualificazione come garanzia atipica, avendo riguardo ora alla relazione in cui le parti pongono l'obbligazione principale e quella di garanzia, ora alla circostanza che tale schema negoziale, diversamente dalla fideiussione, sarebbe riconducibile alla figura della garanzia di tipo indennitario (c.d. "*fideiussio indemnitis*"); sulle diverse soluzioni, fra gli altri, STELLA, *op. cit.*, p. 864 ss.

delle polizze assicurative c.d. fideiussorie, sia sul piano generale, sia nella specifica dimensione delle convenzioni negoziali stipulate dall'appaltatore di opere pubbliche, non prima di aver operato un chiarimento dei “tratti differenziali, sul piano morfologico, funzionale e interpretativo, tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia”²⁵.

La qualificazione in termini di garanzia atipica assimilabile alle garanzie autonome, cui si è pervenuti anche per comprensibili esigenze di semplificazione, non deve indurre tuttavia a trascurare i possibili (diversi) modi di atteggiarsi delle polizze fideiussorie. Tanto emerge anche dall'esame dello stesso diritto giurisprudenziale, nella parte in cui si richiama l'esistenza di polizze fideiussorie: “in cui l'obbligo del garante dipende dall'esistenza dell'obbligo del debitore principale; quelle in cui l'obbligo del garante è indipendente da quello del debitore principale; quelle, infine, in cui il beneficiario, per ottenere il pagamento della garanzia, deve provare, in genere mediante documenti indicati nella polizza stessa, alcuni fatti attinenti al rapporto principale”²⁶.

²⁵ Il riferimento deve intendersi alla nota pronuncia resa da Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. All'esito di un'ampia e variegata ricostruzione degli elementi in vario modo collegati al rapporto fra accessorietà e autonomia delle obbligazioni di garanzia, del successivo esame dei caratteri morfologici della polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'appaltatore, le sezioni unite hanno aderito all'orientamento secondo cui la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica assimilabile *quo ad effecta* alle garanzie autonome, “in quanto, non potendo surrogare l'adempimento “specifico” di detta obbligazione (connotata dal carattere dell'insostituibilità), ha la funzione di assicurare, *sic et simpliciter*, il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento”.

²⁶ Lo schema del contratto autonomo di garanzia, secondo la ricostruzione offerta dalle sezioni unite della Cassazione, sarebbe applicabile alle ultime due figure, mentre la prima rientrerebbe nella fattispecie fideiussoria. E infatti l'obbligazione del fideiussore generalmente presenta un contenuto corrispondente a quello dell'obbligazione principale, mirando a soddisfare il medesimo interesse perseguito attraverso l'esecuzione dell'obbligazione principale; ciò è possibile in quanto il fideiussore garantisce che il creditore ottenga quanto avrebbe dovuto ricevere attraverso la prestazione del debitore.

Sul piano generale l'esame delle garanzie autonome pone in evidenza che il contenuto dell'obbligazione del garante, individuabile nel pagamento di una somma di denaro, non si atteggia sempre nello stesso modo rispetto a quello dell'obbligazione cui è tenuto l'ordinante. In tal senso, proprio il settore degli appalti, come si è visto, presenta molteplici figure contrattuali di garanzia nelle quali la prestazione garantita non ha carattere pecuniario, avendo ad oggetto un fare ovvero la consegna di cose determinate. In casi di questo tipo la prestazione del garante non risulta omogenea a quella che il debitore è tenuto ad eseguire, assolvendo piuttosto una funzione indennitaria o risarcitoria. Il garante, infatti, è chiamato a corrispondere la somma di denaro convenuta nel contratto di garanzia al fine di indennizzare o di risarcire il creditore, vale a dire una prestazione diversa rispetto a quella dovuta dal debitore in forza del rapporto di base²⁷.

Il multiforme atteggiarsi della polizza fideiussoria sul piano strutturale rende opportuno esaminarne la natura giuridica avendo riguardo anche ai profili funzionali. L'analisi degli schemi contrattuali utilizzati nella prassi economica pone in evidenza l'opportunità di considerare il complesso "reticolo" negoziale cui accedono le garanzie autonome. In tale prospettiva è possibile cogliere non solo gli interessi perseguiti dal beneficiario ma anche le esigenze degli operatori chiamati a garantire l'esatto adempimento dei propri obblighi. A questo proposito occorre ricordare ancora una volta che tali contratti, come opportunamente rilevano anche le sezioni unite, creando una disponibilità finanziaria in capo al creditore beneficiario, assolvono una funzione assimilabile a quella delle cauzioni senza sottrarre al debitore la corrispondente liquidità.

L'interesse all'allestimento della garanzia autonoma coesiste, dunque, con altri scopi perseguiti mediante la complessiva operazione negoziale. Ciononostante, come si è più volte rilevato, i

²⁷ In queste situazioni negoziali la garanzia autonoma, diversamente da quanto accade normalmente nella fideiussione, non consente di soddisfare il creditore con le medesime modalità a cui è tenuto il debitore.

contratti autonomi sono caratterizzati dall'obiettivo dichiarato di tenere estranee dall'esecuzione della garanzia le vicende relative ad altri rapporti. Il problema che si pone, dunque, è quello di verificare se, ed eventualmente entro quali limiti, si rende possibile far valere in sede di esecuzione della garanzia questioni che ad essa dovrebbero ritenersi estranee per effetto del filtro rappresentato dalla c.d. "astrazione causale".

In tal modo si finisce per richiamare il tema della natura e della portata delle clausole di pagamento utilizzate nell'ambito di tali contratti. La giurisprudenza ha stabilito che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale. La soluzione in tal modo delineata mira a rendere più agevole il processo di qualificazione della garanzia e, quindi, l'individuazione dei relativi mezzi di tutela; in questa prospettiva, tuttavia, non si prescinde dall'opportunità, per certi versi dalla necessità, di considerare se le parti, pur avendo inserito clausole automatiche, abbiano inteso ricostruire in modo differente il rapporto fra la garanzia e le obbligazioni principali.

Ne consegue che anche muovendo nella prospettiva funzionale trova conferma l'esigenza di procedere alla qualificazione della garanzia in termini di accessorietà o di autonomia, attraverso l'analisi delle modalità attraverso le quali viene conformato il regolamento della specifica figura contrattuale²⁸. In tema di polizze fideiussorie tale considerazione induce a guardare, anche nella prospettiva funzionale, al modo di operare delle clausole di pagamento nell'ambito delle pattuizioni intercorse fra le parti del contratto di garanzia e, più in generale, nell'ambito della

²⁸ In giurisprudenza, anche dopo la sentenza delle sezioni unite del 2010 si è affermato che ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione è decisiva la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia (Cass., 17 giugno 2013, n. 15108).

complessiva operazione negoziale.

Un'impostazione di questo tipo trova conferma anche alla luce delle indicazioni emerse dall'esame, sia pur sommario, dalla normativa del Codice dei contratti pubblici in tema di garanzie fideiussorie. Come si è visto, nel suo insieme lo scenario normativo di riferimento presenta elementi compatibili sia con la qualificazione alla stregua di garanzie autonome, sia con la ricostruzione in termini di garanzie accessorie. Emerge, pertanto, la necessità di analizzare le garanzie fideiussorie prestate nelle ipotesi di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento avendo riguardo alla conformazione di volta in volta attribuita agli schemi negoziali dalle parti dell'operazione economica.

5. Le garanzie fideiussorie nelle ipotesi di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento.

Le considerazioni fin qui svolte sulla natura giuridica delle garanzie fideiussorie prestate dall'appaltatore consentono a questo punto di prendere in esame alcune problematiche riguardanti le ipotesi di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento. Il tema assume particolare interesse non solo sul piano tecnico-giuridico ma anche perché si riferisce a questioni alquanto diffuse nella prassi. Come è noto, infatti, il tessuto economico del nostro paese è costituito prevalentemente da imprese di dimensioni medio-piccole sicché il ricorso allo schema del raggruppamento temporaneo appare frequente nelle procedure di affidamento.

In ossequio ai principi costituzionali e comunitari, finalizzati a garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, il legislatore consente agli operatori economici di partecipare alle procedure in forma associata²⁹. In tal modo, per un verso, si permette l'intervento di operatori economici che non avrebbero singolarmente i requisiti necessari alla partecipazione, per altro

²⁹ Gli artt. 45 e 46 del Codice dei contratti pubblici individuano, tra l'altro, i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti ed i consorzi, stabili e ordinari. La disciplina di dettaglio riguardante la costituzione, il possesso dei requisiti, la responsabilità e i limiti dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari e stabili di operatori economici è contenuta nel successivo art. 48 del medesimo decreto legislativo.

verso si garantisce la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante.

Il raggruppamento di imprese non dà luogo alla creazione di un nuovo ente o soggetto giuridico di tipo societario ovvero associativo dotato di autonomia giuridica e patrimoniale ma solo alla costituzione di un rapporto contrattuale atipico e temporaneo. La particolarità di tale fattispecie contrattuale è che le imprese, ancorché temporaneamente riunite, conservano ciascuna la propria autonomia e individualità giuridica nonché la indipendenza nell'esecuzione del lavoro assegnato³⁰.

Il Codice dei contratti pubblici stabilisce che nei raggruppamenti temporanei al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva (anche processuale) dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto (art. 48, comma 15)³¹. In tale prospettiva, con particolare riferimento alle garanzie che i raggruppamenti temporanei sono tenuti a presentare al committente in sede di esecuzione, il codice dispone che le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dalla mandataria in nome e per conto di tutti i concorrenti (art. 103, comma 10).

Le suddette previsioni traggono origine evidentemente dall'esigenza di conformare i rapporti fra stazione appaltante e raggruppamento di imprese. Un'impostazione di questo tipo, tuttavia, ha fatto emergere nella prassi il problema dei confini del

³⁰ I raggruppamenti temporanei di imprese possono essere orizzontali, verticali o misti. La distinzione trova fondamento nel contenuto delle competenze di cui ciascuna impresa raggruppata è portatrice ai fini della partecipazione a una determinata gara. Nel raggruppamento orizzontale le imprese sono tutte portatrici delle medesime competenze, in quello verticale ognuna delle imprese raggruppate porta la specifica conoscenza del proprio ramo di attività.

³¹ Muovendo in tale prospettiva nel diritto applicato si afferma che l'appaltante può agire in giudizio anche nei confronti della sola mandataria in proprio, in considerazione del vincolo di responsabilità solidale che sorge con l'offerta delle imprese riunite in associazione (così, fra le altre, Cass., 16 maggio 2018, n. 11949).

potere rappresentativo della mandataria, in particolare della sua legittimazione a perfezionare il contratto di garanzia vincolando al suo adempimento anche le imprese che partecipano al raggruppamento temporaneo. In effetti, muovendo in una prospettiva strettamente formale il garante riveste la qualità di terzo rispetto al contratto di appalto stipulato dalla mandataria, sicché il contratto di garanzia potrebbe ritenersi vincolante per le imprese mandanti allorché la mandataria dichiara espressamente di agire anche in nome e per conto di queste e sia a ciò autorizzata dalle altre imprese partecipanti al raggruppamento³².

Le criticità potenzialmente derivanti dalla conformazione soggettiva e dalla natura del raggruppamento di imprese, sembra giustificare la scelta delle società garanti di far sottoscrivere alle imprese mandanti accordi di coobbligazione solidale mediante i quali le medesime imprese assumono espressamente nei confronti della banca o della compagnia di assicurazioni gli stessi obblighi assunti dalla capogruppo in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo.

La problematica, tuttavia, può essere considerata in una diversa prospettiva allorché, come appare opportuno sul piano metodologico, si analizzi la portata della garanzia nell'ambito più generale dell'operazione economica che essa concorre a realizzare. E invero, come si è detto, il collegamento con l'esercizio di attività economiche è suscettibile di produrre i suoi riflessi sulle attribuzioni di garanzia a prescindere dalle strutture strumentali da cui esse traggono origine.

In tal senso, superando l'approccio strettamente formale alle garanzie perfezionate dalla capogruppo, appare utile procedere a una valutazione complessiva dell'intera operazione economica. In tal senso la stipulazione del contratto di garanzia appare

³² In tale prospettiva si è affermato che la semplice consapevolezza nel terzo dell'esistenza del rapporto di mandato non sarebbe sufficiente ad attribuirgli azione diretta nei confronti del mandante, né a consentirgli di invocare la responsabilità solidale delle imprese associate diverse dalla capogruppo, prevista solo a favore della stazione appaltante, a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di appalto (Trib. Lecce, 9 gennaio 2018, n. 106).

“funzionalmente e necessariamente collegata al contratto di appalto, rispetto al quale si pone come atto esecutivo di apposita obbligazione; tanto è vero che essa è imposta dall’ente committente e che questi assume rispetto al contratto di garanzia la qualità di terzo beneficiario”³³.

In questa prospettiva il garante non può essere considerato alla stregua di un terzo rispetto al contratto di appalto che il mandatario è legittimato a concludere su incarico delle altre imprese. In sostanza, nel mandato conferito all’impresa capogruppo dalle altre imprese riunite, deve ritenersi incluso il potere di stipulare polizze fideiussorie per l’importo richiesto dal committente o, in ogni caso, di concedere garanzie, salvo che le imprese mandanti non dispongano diversamente con l’atto di conferimento del mandato stesso.

Ne consegue che il potere rappresentativo della mandataria opera non solo nei confronti dell’amministrazione committente ma anche nei confronti dei garanti, sicché al mandatario spetta non solo di “presentare” le garanzie alla stazione appaltante in nome e per conto del raggruppamento ma anche di procedere nella medesima qualità alla preliminare operazione di perfezionamento della garanzia fideiussoria o della polizza fideiussoria con la banca o la compagnia di assicurazioni, in tal modo vincolando anche le imprese mandanti.

6. L’escussione della garanzia e i rimedi a tutela del garante nei confronti delle imprese del raggruppamento.

L’analisi delle peculiarità che caratterizzano la garanzia presentata dal raggruppamento di imprese deve estendersi a questo punto alla fase che si apre dopo l’escussione da parte del beneficiario. Come si è detto, nel settore degli appalti l’adempimento degli obblighi assunti verso il committente viene normalmente assistito da una garanzia fideiussoria sicché l’avvenuta esecuzione della prestazione del garante in favore della stazione appaltante schiude alla banca o alla compagnia di

³³ Cass., 5 aprile 2012, n. 5526 e, prima ancora, Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

assicurazioni la possibilità di esercitare le azioni corrispondenti nei confronti dell'ordinante³⁴.

Nelle ipotesi di garanzie fideiussorie emesse su richiesta di raggruppamenti di imprese il rapporto fra garante e ordinante assume una connotazione peculiare dovuta alla particolare composizione soggettiva del raggruppamento. Escussa la garanzia da parte del committente in conseguenza dell'inadempimento del debitore principale, il garante farà valere le sue ragioni nei confronti del raggruppamento di imprese, più precisamente nei confronti delle imprese che compongono il raggruppamento. Il potere rappresentativo della mandataria opera, come si è visto, non solo nei confronti dell'amministrazione committente ma anche nei confronti dei garanti, sicché il mandatario è legittimato a procedere alla preliminare operazione di perfezionamento della garanzia fideiussoria o della polizza fideiussoria con la banca o la compagnia di assicurazioni vincolando anche le sue mandanti.

In tale prospettiva deve essere analizzato il modo di operare degli obblighi che le imprese partecipanti al raggruppamento sono tenuti ad adempiere nei confronti del garante. La questione si pone evidentemente con riferimento alla fase che segue l'escussione della garanzia da parte del committente, vale a dire allorché il garante esercita i suoi diritti nei confronti del raggruppamento di imprese. Gli istituti che l'ordinamento appresta per consentire al garante di agire nei confronti del debitore al fine di ottenere quanto versato o dovuto in favore del creditore in forza del contratto di garanzia, come è noto, trovano sul piano generale la loro disciplina nell'ambito della fideiussione e delle obbligazioni.

In primo luogo, viene in considerazione la disciplina in tema di surrogazione, in particolare la disposizione dell'art. 1949 c.c., in base alla quale il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore. La previsione si inserisce nella cornice sistematica della surrogazione legale (art. 1203 c.c.), trovando chiaramente la sua *ratio* nella circostanza che l'obbligazione (principale) del debitore non può ritenersi estinta

³⁴ Come si è detto, il Codice dei contratti pubblici prevede anche l'azione nei confronti della stessa stazione appaltante.

con l'adempimento dell'obbligazione (accessoria) da parte del fideiussore.

La disposizione in tema di surrogazione del fideiussore è integrata da quelle successive aventi ad oggetto il regresso contro il debitore principale. Muovendo nel solco della complessiva disciplina della fideiussione, l'art. 1950 c.c. stabilisce che dopo il pagamento dell'obbligazione accessoria il fideiussore ha regresso contro il debitore principale. In questa sede non è possibile soffermarsi sulle differenze (più o meno notevoli) fra i due istituti, tema che ha fatto emergere la questione della concorrenza delle relative azioni³⁵, piuttosto appare utile individuare le condizioni per l'esercizio dell'azione di regresso. In tal senso viene in considerazione, per un verso, la condizione essenziale (in positivo) dell'avvenuto, effettivo, pagamento del debito da parte del fideiussore; per altro verso, la circostanza (in negativo) che l'obbligazione principale non si sia estinta.

Infine, sempre a tutela del fideiussore, il codice disciplina un rimedio di carattere preventivo, il rilievo, che il garante può utilizzare prima che si verifichi l'inadempimento del debitore principale. In sostanza, al fine di evitare che l'eventuale insolvenza del debitore pregiudichi gli esiti dell'azione di regresso, il codice stabilisce i casi in cui il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore principale perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurargli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso (art. 1953 c.c.).

Infine, come si è visto, la disciplina legislativa e regolamentare in materia di contratti pubblici stabilisce che, estinto il debito verso il committente, il garante può agire nei confronti del contraente esercitando il diritto di regresso e l'azione di rivalsa.

In sostanza, nel settore in esame la banca o la compagnia di assicurazioni, eseguito il pagamento verso la stazione appaltante, potranno agire nei confronti del raggruppamento di imprese per ottenere, attraverso i rimedi previsti dal codice e dalla legislazione

³⁵ Sul tema, v. la ricostruzione di MACARIO, *op. cit.*, p. 260 ss.

speciale, quanto versato al committente³⁶.

Come si è detto, il raggruppamento, pur essendo centro di imputazione di rapporti giuridici³⁷, è privo di soggettività giuridica sicché le pretese del garante dovranno essere rivolte nei confronti delle (singole) imprese partecipanti al raggruppamento. Nessun dubbio può esservi in merito alla circostanza che la capogruppo mandataria sia tenuta a rispondere nei confronti del garante; maggiore attenzione merita la questione relativa alla posizione delle altre imprese del raggruppamento in quanto le società mandanti, convenute (o chiamate in causa) in via solidale con la mandataria, non di rado eccepiscono che il contratto di garanzia stipulato dalla capogruppo non sarebbe vincolante nei loro confronti.

Come si è opportunamente rilevato in dottrina, si pone l'esigenza, rilevante anche sul piano sistematico, di individuare i soggetti passivi della surrogazione e dell'azione di regresso esercitata dal garante, a parte ogni considerazione relativa alla qualificazione della garanzia prestata³⁸. La questione di diritto che in tal modo viene in considerazione può essere valutata in primo luogo alla luce dell'art. 1951 c.c., destinato a disciplinare l'azione di regresso allorché la garanzia sia prestata a favore di una pluralità di debitori. Qualora i debitori principali siano legati da vincolo di solidarietà, "il fideiussore che ha garantito per tutti ha regresso contro ciascuno per ripetere integralmente ciò che ha pagato".

In sostanza, diversamente dal meccanismo della divisione dell'obbligazione nei rapporti interni tra debitori (e creditori) solidali stabilito nella prima parte dell'art. 1298 c.c., al fideiussore sembra applicabile l'ultima parte del primo comma della medesima disposizione. In tal senso emerge la particolarità che caratterizza l'art. 1951 c.c., vale a dire che l'obbligazione assunta dal fideiussore in forza del contratto di garanzia può essere considerata come prestata nell'interesse esclusivo di ciascuno dei debitori (principali) obbligati in solido. Per altro verso, è appena il caso di

³⁶ Come si è poc'anzi ricordato, il Codice dei contratti pubblici prevede anche l'azione nei confronti della stessa stazione appaltante.

³⁷ Cass., Sez. un., 22 ottobre 2003, n. 15807.

³⁸ Cfr. le considerazioni di MACARIO, *op. cit.*, p. 260 ss.

sottolineare che il debitore in solido il quale abbia pagato per intero il fideiussore, a sua volta, ha il diritto di esercitare l'azione di regresso contro ciascuno degli altri debitori, per la parte di ciascuno di essi (art. 1299, comma 1, c.c.).

L'analisi della riflessione teorica e del diritto giurisprudenziale pone in evidenza la pluralità di questioni in vario modo connesse all'individuazione del campo di applicazione della disposizione codicistica sul regresso contro più debitori principali. In questa sede occorre limitarsi a considerare se la citata disposizione codicistica dell'art. 1951 possa essere utilmente invocata dal garante nei confronti delle imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo. A tal fine si rende necessario valutare se le società mandanti possano ritenersi solidalmente obbligate con la mandataria capogruppo nei confronti del garante.

Nella prassi, come si è detto, non di rado le compagnie garanti chiedono alle società mandanti di sottoscrivere accordi di coobbligazione solidale volti a esplicitare il vincolo che accomuna tutte le società del raggruppamento per effetto del contratto di garanzia. In mancanza, non essendovi una disposizione legislativa che stabilisca il carattere solidale degli obblighi assunti dalle singole imprese del raggruppamento, il punto di riferimento dell'analisi va orientato sull'assetto di interessi stabilito dalle parti.

Muovendo nella prospettiva dell'operazione economica – come si è detto – appare ragionevole affermare che il potere rappresentativo riconosciuto alla mandataria con riferimento ai rapporti nei confronti della stazione appaltante deve essere altresì riconosciuto in relazione al rapporto con il garante, sicché il mandatario è legittimato a perfezionare la garanzia fideiussoria con la banca o la compagnia di assicurazioni in nome e per conto delle mandanti. Il corollario di tale ipotesi ricostruttiva, dunque, sarebbe rappresentato dalla estensione alle mandanti degli obblighi che la mandataria ha assunto verso il garante.

In tale prospettiva l'esistenza di un vincolo solidale fra mandante e mandatario nell'adempimento degli obblighi nascenti dal contratto di garanzia, può essere ricostruito avendo riguardo a parametri normativi di varia natura. In particolare la giurisprudenza perviene a questi esiti affermando che, in mancanza di espressa

limitazione da parte delle mandanti, queste imprese - nel caso di inadempimento degli obblighi nei confronti del committente - rispondono solidalmente nei confronti del garante in base alle norme generali in tema di mandato e di responsabilità contrattuale³⁹. Alla medesima conclusione si giunge stabilendo il carattere solidale degli obblighi verso il garante muovendo dal carattere solidale degli obblighi che le imprese del raggruppamento hanno verso la stazione appaltante⁴⁰.

In sostanza, nel settore in esame vi sarebbero le condizioni per ritenere applicabile la citata disciplina codicistica del regresso contro più debitori principali. In particolare, ove si ritenga che l'impresa mandataria abbia sottoscritto la polizza fideiussoria in nome e per conto delle imprese partecipanti al raggruppamento e che costoro siano obbligate in solido nei confronti della committente, troverebbe applicazione l'art. 1951 cod. civ., che attribuisce al fideiussore il regresso contro ciascuno dei debitori principali per ripetere integralmente ciò che ha pagato.

7. Escussione della garanzia e modificazione soggettiva del raggruppamento.

L'esecuzione dei lavori affidati a raggruppamenti temporanei può essere interessata da mutamenti nella compagine delle imprese partecipanti, in quanto dopo il perfezionamento del contratto con il committente una delle imprese mandanti potrebbe cessare di far parte del raggruppamento. In tal senso appare utile approfondire l'ipotesi, tutt'altro che rara, del recesso dal raggruppamento esercitato da una società mandante. In tal caso si pongono questioni di varia natura che attengono sia ai rapporti interni fra le imprese, sia ai rapporti esterni con i soggetti che a vario titolo hanno stipulato accordi con il raggruppamento. Ai fini della presente riflessione appare utile soffermarsi soprattutto sulla portata che tali

³⁹ In tal senso, Cass., 5 febbraio 2008, n. 2670, ove si richiamano le norme generali del codice civile in tema di mandato e di responsabilità contrattuale (art. 1372, 1388, 1704, 1708), nonché l'art. 1951 in tema di fideiussione; nella medesima prospettiva, Cass., 5 aprile 2012, n. 5526, cit.; Cass., 27 gennaio 2015, n. 1449.

⁴⁰ Cass., 5 aprile 2012, n. 5526, cit.

mutamenti possono assumere nell'ambito del contratto di garanzia perfezionato dalla mandataria in nome e per conto del raggruppamento.

L'escussione della garanzia da parte del committente e il successivo pagamento da parte della compagnia di assicurazioni o della banca, in qualità di garanti, come si è visto, consentono di esercitare il regresso o la surrogazione nei confronti di tutte le imprese partecipanti al raggruppamento in quanto solidalmente obbligate verso il garante. A questo punto si pone il problema di verificare se i mutamenti soggettivi siano opponibili al garante, in particolare se l'impresa che abbia cessato di appartenere al raggruppamento possa essere esclusa dall'obbligo di tenere indenne, in tutto o in parte, il garante che agisca in regresso.

A tal fine occorre soffermarsi nuovamente sul contenuto degli obblighi che le imprese partecipanti al raggruppamento sono tenute a eseguire nei confronti del garante. In linea con il tradizionale assetto dei rapporti fra debitori e garante, i mandanti assumono in solido con la capogruppo gli obblighi che incombono sul garante in dipendenza della stipulazione della polizza; in sostanza il contenuto degli obblighi cui le imprese del raggruppamento sono tenute in via di regresso o di surrogazione è commisurato al contenuto della garanzia assunta verso il committente⁴¹.

La circostanza che l'obbligazione di regresso si identifica con l'obbligazione fatta valere dal creditore finisce per evidenziare il collegamento funzionale fra il contratto di garanzia e il contratto sottostante stipulato fra committente e appaltatore. Il rapporto configurabile tra il contenuto della garanzia e quello del contratto sottostante con la committente non è privo di rilevanza nella

⁴¹ In tale prospettiva la giurisprudenza secondo cui l'obbligazione di regresso azionata per effetto della surrogazione del garante nei diritti del creditore "che consegue al fatto del pagamento ai sensi degli artt. 1203 e 1949 c.c., è infatti la medesima obbligazione che poteva essere fatta valere dal creditore" (Cass., 14 dicembre 2017, n. 30115, cit.; prima ancora Cass., 18 aprile 2001, n. 5669); tanto premesso si ribadisce che se nei confronti del committente sussisteva la responsabilità solidale di tutti i partecipanti al raggruppamento, "parimenti solidale è la responsabilità che il garante adempiente fa valere in via di regresso reclamando da ciascun debitore solidale a mente dell'art. 1951 cod. civ. la ripetizione di quanto pagato".

valutazione dei riflessi che producono sul piano della garanzia i mutamenti soggettivi nella composizione del raggruppamento. In particolare, muovendo dalla premessa del collegamento funzionale fra il contratto di garanzia e il contratto sottostante stipulato fra la stazione appaltante e il raggruppamento, appare corretto affermare che qualora una delle imprese mandanti cessi di appartenere al medesimo raggruppamento, non sussistendo più alcun suo obbligo nei confronti della committente nemmeno dovrebbe esserci alcun suo obbligo verso il garante che agisca in via di regresso.

Una soluzione di questo tipo appare evidente, in virtù del principio di accessorietà, nell'ambito della fideiussione, che, in mancanza di diversa specifica previsione contrattuale, si estingue quando si verifica l'estinzione dell'obbligazione principale, senza che rilevino le modalità di quest'ultima⁴². Il tema deve essere valutato con maggiore attenzione nell'ambito delle garanzie autonome, caratterizzate dalla presenza delle clausole a semplice richiesta e senza alcuna eccezione, che potrebbero rendere meno agevole il ricorso (in sede di regresso o di rivalsa) all'eccezione di estinzione dell'obbligazione cui era tenuta l'impresa che ha cessato di appartenere al raggruppamento.

La questione che in tal modo viene a delinearsi trova riscontro anche nella prassi contrattuale, più precisamente nella circostanza che nei contratti di garanzia e nei relativi allegati che prevedono la coobbligazione delle imprese mandanti, anche gli obblighi di regresso risultano caratterizzati dalle clausole di pagamento a prima domanda e senza eccezioni. In tal modo i rapporti fra debitore e garante finiscono per essere assimilati a quelli fra garante e creditore: in altri termini, la fase del regresso finisce per essere configurata con le medesime modalità di quella (anteriore) della richiesta di pagamento formulata al garante da parte del creditore.

La prospettiva trova conferma nel diritto di elaborazione giurisprudenziale ove si afferma che la stipulazione della garanzia autonoma, per come risulta "a proposito della funzione riconosciuta, non solo nella pratica degli affari, ma anche nelle norme che regolavano (e regolano) gli appalti conferiti dalla

⁴² Cass., 7 marzo 2017, n. 5630.

pubblica amministrazione [...] è funzionalmente e necessariamente collegata al contratto di appalto, rispetto al quale si pone come atto esecutivo di apposita obbligazione; tanto è vero che essa è imposta dall'ente committente e che questi assume rispetto al contratto di garanzia la qualità di terzo beneficiario"⁴³.

Ne consegue l'applicabilità alla successiva fase del regresso dei principi che caratterizzano quella dell'escussione della garanzia da parte del creditore. L'assimilazione degli obblighi delle imprese partecipanti al raggruppamento a quelli che il garante assume verso il creditore, consente di rendere utilizzabile nella fase del regresso il principio in base al quale il garante (autonomo) può sollevare nei confronti del creditore eccezioni fondate sul contratto di garanzia. E in relazione a tali eccezioni è ragionevole ipotizzare che qualora la garanzia sia stata prestata esclusivamente in rapporto all'adempimento dovuto da un determinato soggetto, ove questi venga liberato il garante potrebbe sollevare nei confronti del creditore l'eccezione di estinzione della garanzia⁴⁴.

Allo stesso modo, dunque, nelle ipotesi di modificazioni della compagine associativa, l'impresa chiamata a rispondere in via di regresso può sollevare nei confronti del garante (che richieda il pagamento di quanto corrisposto al beneficiario) eccezioni fondate sul contratto di garanzia, in quanto mira a contestare che il diritto di regresso – azionato sulla base della polizza fideiussoria e dei suoi eventuali atti collegati di coobbligazione solidale – deve ritenersi estinto nei suoi confronti per la sopravvenuta liberazione conseguente al suo recesso dal raggruppamento contraente.

In termini ancora più espliciti, il venire meno della obbligazione della mandante nei confronti della committente determina l'estinzione del diritto di regresso della garante nei suoi confronti, in conseguenza del sopravvenuto difetto funzionale della causa di garanzia prestata, atteso il nesso indissolubile che lega la causa concreta della coobbligazione solidale alla esistenza della polizza fideiussoria prestata per tutti gli originari componenti

⁴³ Con riferimento a una polizza fideiussoria, cfr. Cass., 5 aprile 2012, n. 5526, che a sua volta richiama in motivazione la citata Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947.

⁴⁴ In tal senso, Cass., 11 dicembre 2018, n. 31956.

dell'associazione di imprese.

La possibilità di contestare in tal modo la fondatezza del regresso esercitato dal garante non esclude tuttavia la necessità di collocare sul piano temporale le vicende da cui ha tratto origine la pretesa del committente di escutere la garanzia. In sostanza, si tratta di stabilire se la causa da cui è scaturita la richiesta di esecuzione della garanzia sia intervenuta in un momento precedente o successivo rispetto al momento in cui il mandante ha cessato di appartenere al raggruppamento.

Il recesso dal raggruppamento dell'impresa mandante deve essere valutato alla luce delle caratteristiche soggettive e oggettive delle operazioni economiche in esame. Infatti, posto che il contratto è stato concluso da un raggruppamento caratterizzato da una determinata composizione, appare evidente che l'intenzione di procedere al suo mutamento debba essere preceduta da una comunicazione al committente. Acquisito il formale assenso del committente alla modificazione del raggruppamento di imprese, è possibile procedere alla predisposizione di un atto mediante il quale il mandante dichiara di recedere dal raggruppamento e conseguentemente revoca il mandato conferito alla società mandataria capogruppo.

Ove l'associazione di imprese prosegua la sua attività, gli eventuali inadempimenti posti in essere successivamente al recesso in tal modo formalizzato non potrebbero essere imputati alla impresa ormai svincolata da ogni vincolo di mandato. Ne consegue che, intervenuta l'escussione della garanzia, il garante non potrebbe esercitare il regresso nei confronti del mandante che abbia esercitato il recesso, dovendosi ritenere ormai estinta la relativa obbligazione.

Peraltro, se il garante, pur essendo a conoscenza dell'avvenuto recesso da parte della mandante, agisca comunque in via di regresso nei suoi confronti non potrebbe escludersi il ricorso all'*exceptio doli*. Come è noto, nel contratto autonomo di garanzia l'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale, in deroga all'art. 1945 c.c., non può comportare un'incondizionata sudditanza del garante ad ogni pretesa del beneficiario, sicché al primo è riconosciuta la possibilità di

avvalersi del rimedio generale dell'*exceptio doli*, che lo pone al riparo da eventuali escussioni abusive o fraudolente.

Sul punto, infatti, nel diritto applicato è stato ripetutamente chiarito che l'*exceptio doli* rappresenta un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate e diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto, alla fonte negoziale del diritto azionato, ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento *prima facie* abusive o fraudolente⁴⁵.

⁴⁵ Sul punto, cfr. Cass., 21 giugno 2018 n. 16345; prima ancora, fra le altre: Cass., 31 luglio 2015, n. 16213, cit.; Cass., Sez. trib, 12 settembre 2012, n. 15216. In particolare, quell'eccezione è legittimamente opposta in caso di prove liquide ed incontrovertibili dell'abuso e/o della frode che, pertanto, attestino in modo irrecusabile l'inesistenza o l'estinzione del diritto garantito. Una prova siffatta deve, dunque, tradursi in una palese manifestazione che renda agevolmente percepibile l'esistenza della frode e/o dell'abuso, che, non potendo essere presunti o fumosi, necessitano, di contro, di una allegazione documentale.

FRANCESCO LONGOBUCCO
Professore associato di diritto privato
Università di Roma Tre

INTERPRETAZIONE FILOCONCORRENZIALE ED EFFICIENZA REGOLATIVA DEGLI ISTITUTI CIVILISTICI

SOMMARIO: 1. Interpretazione filoconcorrenziale degli istituti di diritto civile: prospettive di indagine. – 2. Nuove fisionomie della nozione di causa degli spostamenti patrimoniali e riduzione teleologica della regola *in pari causa turpitudinis* (tra immoralità e illiceità del negozio). – 3. Il diritto comune delle obbligazioni e l'impiego della categoria degli obblighi di protezione: nuove potenzialità della clausola di buona fede nel mercato. – 4. Il contratto nell'ambiente complesso della contrattazione. L'effetto dannoso verso i terzi quale tecnica di tutela. – 5. Inefficacia del negozio e categoria della validità sopravvenuta: la *condicio facti* quale strumento di valorizzazione del mercato *hic et nunc*. – 6. L'emersione di “paradigmi alternativi” del diritto delle restituzioni nell'ottica di prevenire gli abusi di mercato. – 7. Verso un diritto civile (regolatorio) dell'economia: rilievi conclusivi.

1. *Interpretazione filoconcorrenziale degli istituti di diritto civile: prospettive di indagine.*

Il sintagma interpretazione filoconcorrenziale degli istituti di diritto civile non è peregrino, giacché la dottrina italiana, al pari di quella straniera, ha ormai intrapreso un percorso di riflessione in merito all'incidenza del diritto della concorrenza sugli istituti classici del diritto privato, segnatamente sul contratto¹ e, più in generale, sull'obbligazione².

¹ Tale profilo è ben sottolineato da Alpa e Afferni (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994; Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto priva-*

Ne risulta che non soltanto molte fattispecie *antitrust* presentano una indiscutibile matrice contrattuale, ma altresì che la stessa intesa, l'abuso di posizione dominante o la concentrazione vietata, possono assumere una fisionomia di natura negoziale. Il che, per esempio, ha indotto taluni a tentare una classificazione in chiave laboratoriale dell'ampia casistica nella quale prende vigore il fenomeno dell'«asservimento del contratto a scopi anticoncorrenziali»³. Le fattispecie astrattamente da considerare sono, con riguardo alla disciplina generale della concorrenza, almeno sette, e nella specie: 1) il contratto distorsivo della concorrenza e vietato in quanto intesa; 2) il contratto attuativo “a valle” di un'intesa restrittiva della concorrenza “a monte”; 3) il contratto che integra abuso di posizione dominante; 4) il contratto che realizza una concentra-

to e tecniche di regolazione del mercato, Bologna, 2009; BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 1999, p. 319 ss.; FAGES e MESTRE, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, in *Rev. trim. droit comm.*, 1998, p. 5 ss.; MONTELS, *La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence*, *ivi*, 2002, p. 417 ss. Sui riflessi che il diritto della concorrenza gioca in ordine alla conformazione del contratto v. le lucide osservazioni di VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 251, che rileva come il diritto dei contratti e le regole di concorrenza siano appunto istituiti tra di loro strettamente interconnessi e che le rispettive discipline, dunque, possono arricchirsi vicendevolmente; analogamente, ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 41 ss. Tale opinione, già espressa dall'autore in ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 54 ss., è stata più recentemente ripresa in ID., *Contratto e concorrenza*, in ID. (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, p. 37 ss.

² Per ulteriori approfondimenti v. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Parigi, 2004; DREIFUSS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1990, p. 387 ss., anche per il rilievo che – in tema di abuso di dipendenza economica – «[i]l est important d'y insister car une partie de la doctrine a cru voir, dans l'abus de dépendance économique une révolution par rapport au droit commun des obligations».

³ In tali termini GENOVESE, *Disciplina del rapporto obbligatorio e regole di concorrenza*, in Olivieri e Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, p. 137 ss.

zione vietata dal diritto *antitrust*; 5) il contratto stipulato “a valle” di una concentrazione vietata; 6) il contratto che determina traslazione del danno (sopraprezzo) anticoncorrenziale da un soggetto economico a un altro⁴.

L'idea di fondo coltivata dalla dottrina italiana muove in altri termini dalla necessità oggi insopprimibile di un'analisi interdisciplinare del diritto della concorrenza rispetto alla materia classica dei contratti e delle obbligazioni. Troppo di sovente lo studioso del contratto ignora, infatti, la disciplina della concorrenza e la regolazione giuridica del mercato, che ritiene di poter relegare in uno specialismo incapace di proporre norme che possano acquisire il valore di principi e regole generali. Così come, anche il cultore del diritto della concorrenza talora omette d'interrogarsi sul rapporto tra la disciplina del mercato e le regole, imperative e dispositive, proposte dal diritto comune dei contratti, sì che le singole analisi non riescono a comporsi in quadro unitario e coerente e propongono un inevitabile strabismo nella materia contrattuale⁵. Coglie dunque certamente nel segno l'opinione di chi ribadisce la necessità metodologica di riflettere in che misura, per i contratti del mercato, può dirsi esistere una libertà di concludere il contratto, di determinare gli obblighi che le parti assumono; come tutto ciò incide sulla funzione economica e sull'interpretazione della regola convenzionalmente pattuita e poi in che modo ciò è coerente con la teoria dell'obbligazione; come incide il potere di mercato, come incide ancora l'abuso della posizione dominante e dell'autonomia contrattuale. Emerge allora una dimensione più articolata e complessa della stessa nozione di autonomia contrattuale, che non significa soltanto libertà di disciplinare i propri interessi patrimoniali, ma che impone anche di verificare come il singolo contratto partecipa al fine dinamico della dimensione concorrenziale⁶.

Il risultato, più o meno condiviso, è che il diritto civile tradizionale deve essere letto diversamente ove in concreto considerato

⁴ GENOVESE, *op. loc. ult. cit.*

⁵ ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in Olivieri e Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 22 ss.

⁶ In tali termini, ancora, ZOPPINI, *op. loc. ult. cit.*

nell'ambito di mercato nel quale sorge l'obbligazione ovvero nasce il vincolo contrattuale. Lo scenario classico muta considerevolmente da tale angolatura di indagine: l'intrinseca destinazione del contratto al mercato si ripercuote sull'interpretazione filoconcorrenziale di atti e comportamenti dei privati e delle imprese e il diritto concorrenziale diventa una sorta di «clausola generale del diritto civile»⁷.

2. *Nuove fisionomie della nozione di causa degli spostamenti patrimoniali e riduzione teleologica della regola in pari causa turpitudinis (tra immoralità e illiceità del negozio).*

Occorre dunque offrire, sia pure brevemente, contezza di questo processo di eterogenesi dei fini al quale gli istituti di diritto privato vanno incontro ove funzionalizzati dall'interprete alla realizzazione di un mercato competitivo.

Si pensi anzitutto alla più moderna fisionomia della causa degli spostamenti patrimoniali. Molto opportuna, sotto tale punto di vista, appare la constatazione che il diritto della concorrenza fornisce oggidi un osservatorio privilegiato per verificare l'attendibilità della tesi – oggi prevalente – che configura la causa come funzione concreta del singolo atto negoziale, nonché per evidenziare il valore sistematico ancora attuale dell'impostazione causalistica nella disciplina degli atti di autonomia⁸. La causa in astratto e la nozione di tipo contrattuale cedono evidentemente il passo ad un ambiente nel quale rileva la dimensione funzionale degli scambi.

Da ripensarsi, in questa cornice, sono le nozioni di indebito oggettivo e di ingiustificato profitto: la giustificazione formale ed astratta è accantonata per far largo alla giustificazione economica del caso concreto, potendo la seconda ben divergere dalla prima.

⁷ L'espressione è impiegata da OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in Olivieri e Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 36 ss.

⁸ V. più diffusamente, in argomento, LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in Olivieri e Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, cit., p. 89 ss.

Ciò, oggi, è stato convalidato dal *decisum Courage*⁹, che ha infirmato il vigore della regola *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*, ovvero, secondo la formula più generale, del brocardo *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. In concreto, è accaduto che un piccolo gestore di un pub, in base ad una clausola contrattuale impostagli dall'impresa fornitrice (la *Courage*), era stato costretto a tempo indeterminato a rifornirsi di birra ad un prezzo non concorrenziale e decisamente più alto rispetto a quello normalmente praticato sul mercato. La regola dell'*in pari causa* è stata applicata in primo grado dalla *High Court* al fine di negare al Sig. *Crehan* (il gestore) il risarcimento dei danni dallo stesso richiesto per violazione dell'art. 81 Tratt. CE. In sintesi, la Corte inglese ha argomentato sulla base della circostanza che la partecipazione del Sig. *Crehan* ad un accordo illegittimo dal punto di vista concorrenziale avesse comportato l'impossibilità per lo stesso gestore di avanzare alcuna pretesa risarcitoria sulla base appunto dell'*in pari causa*. Ma la Corte di giustizia UE, nel rovesciare tale ultimo esito interpretativo, ha identificato opportunamente la posizione di debolezza economica del *Crehan* – costretto inevitabilmente ad accettare la clausola anticoncorrenziale illecita pur di ricevere la fornitura di birra – ed ha riconosciuto in favore del medesimo il risarcimento del danno. Si tratta di un risarcimento, come da alcuni felicemente definito, «da adempimento del contratto»¹⁰, perché il danno si legittima nella stessa esecuzione del contratto in un più ampio contesto di mercato scorretto sul piano concorrenziale.

Inevitabilmente, dunque, il passaggio maggiormente rilevante della menzionata sentenza *Courage*, presumibilmente destinato a

⁹ Cfr. CGCE, 20 settembre 2001, c. 453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*, in *Foro it.*, IV, 2002, C. 75 ss., con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni*.

¹⁰ In tali termini si esprime DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, *Europa dir. priv.*, 2002, p. 794, ed ivi l'osservazione che «la responsabilità, almeno secondo il *dictum* della Corte, è di carattere contrattuale, derivante dall'intesa illecita, ma di qui il paradosso, da taluni denunciato, “di una responsabilità *ex contractu* da pieno adempimento delle sue prescrizioni”».

lasciare il segno sul tessuto più intimo del contratto, è quello in cui viene neutralizzata la portata tanto universale quanto antica della regola espressa dal brocardo *nemo auditur turpitudinem suam allegans*¹¹. La regola *in pari causa*, sebbene formalmente accettata ovunque, è allora da tempo in crisi, nel senso che la norma operante di fatto è in realtà una versione talmente ridotta dell'art. 2035 c.c., che è difficile riconoscervi la formula legislativa. Ciò perché l'abuso della pretesa restitutoria che l'art. 2035 c.c. mira a paralizzare, in astratto pur predicabile, secondo la prospettiva della Corte di giustizia UE, è destinato a venir meno in contesti di mercato che privilegiano la ragione del soggetto economicamente più forte. Già precedentemente peraltro, nella giurisprudenza francese, si era ipotizzato l'ingiustificato arricchimento (in tema di contratto di *franchising*) se soltanto una delle parti del contratto si avvantaggi della clausola di non concorrenza¹².

Per altro verso, appare sempre più frequente una forte commistione – nell'applicazione della regola dell'*in pari causa* – tra immoralità e contrarietà all'ordine pubblico economico (come già accade nei Paesi di cultura anglosassone)¹³. La regola dell'irripetibilità delle prestazioni *contra bonos mores* anche in Italia ha finito cioè per intersecare il problema del rispetto delle regole di concorrenza: non è un caso che l'art. 2035 c.c. è stato applicato dalla nostra giurisprudenza nell'ipotesi di accordo stipulato per boicottare un determinato imprenditore¹⁴ o, ancora, di somme di denaro reiteratamente pagate dall'imprenditore ad un dipendente dell'impresa committente, al fine di ottenere sempre nuove com-

¹¹ Lo rilevano altresì PALMIERI e PARDOLESI, *op. loc. ult. cit.*

¹² V. DREIFUSS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, cit., p. 387 ss.

¹³ Sui rapporti tra illiceità e immoralità del negozio, nel senso di una valutazione congiunta o in alternativa disgiunta dei due predicati, su cui fondare l'irripetibilità della prestazione, si rinvia, tra gli altri, a PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità e immoralità*, in ID., *Scritti vari di diritto civile*, Bari, 1993, p. 205 ss.; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 11 ss.

¹⁴ Cfr. Cass., 26 giugno 1973, n. 1829, in *Mass. Foro it.*, 1973, p. 526 s.

messe, così da alterare le regole della concorrenza¹⁵. Sviluppi meno timidi di una simile prospettiva – anche a seguito del richiamato *decisum Courage* – potranno dunque essere fecondi di risultati sul piano dell'*enforcement* del diritto *antitrust*.

3. *Il diritto comune delle obbligazioni e l'impiego della categoria degli obblighi di protezione: nuove potenzialità della clausola di buona fede nel mercato.*

Anche il diritto comune delle obbligazioni interseca la disciplina della concorrenza. Giova soffermarsi sull'opportunità, per esempio, di ricorrere alla teorica degli obblighi di protezione in chiave di efficienza regolativa¹⁶. Si tratta di verificare, in particolare e di là dal dibattito non ancora sopitosi sull'ammissibilità di tale categoria di elaborazione tedesca nel nostro sistema civilistico, se e in quali limiti gli obblighi di protezione possono essere assoggettati ad un'interpretazione filoconcorrenziale e dunque funzionalizzati ad un più corretto svolgimento dei traffici.

Le potenzialità applicative della categoria in discorso consentono allora di immaginare una serie di conseguenze rilevanti sul piano operativo e, segnatamente, sotto il profilo prima della prevenzione e poi della riparazione degli abusi e delle asimmetrie di mercato: ciò poiché l'appartenenza del contratto al mercato, per il tramite della clausola generale di buona fede, chiamata ad assolvere ad una funzione eterointegrativa, andrebbe ad imprimere al contratto la logica che regge il mercato stesso, ossia quella concorrenziale. Muta dunque lo stesso volto e il riempimento della clausola generale di buona fede, di guisa che il sindacato di correttezza della condotta del debitore e del creditore ben potrebbe riguardare ed estendersi anche a comportamenti attuativi di obblighi derivanti dalla

¹⁵ Cfr. Trib. Milano, 12 febbraio 2001, in *Gius*, 2001, p. 2423.

¹⁶ V. diffusamente, in argomento, CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, p. 475 ss.; ID., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 567 e 793 ss. (nella trad. it. curata da Di Majo e Marella). Sia consentito, da ultimo, il rinvio a LONGOBUCCO, *Obblighi di protezione e regole di concorrenza nella contrattazione di (e tra) impresa(e)*, in *Contr. impr. Europa*, 2010, p. 56 ss.

posizione di ciascun contraente nel mercato e dalla situazione nella quale versa quest'ultimo.

Non è un caso che, nella giurisprudenza francese, la portata degli obblighi di protezione è stata intesa con «valenza sinallagmatica» e, come tale, finalizzata a garantire (non tanto la protezione, se non indirettamente, del contraente debole quanto, piuttosto) l'oggettivo equilibrio economico fra prestazione e controprestazione¹⁷. In questa logica le condotte di protezione *ex fide bona* risultano protese a prevenire non soltanto lo squilibrio nell'economia del singolo atto, ma altresì la distorsione della concorrenza nel più ampio contesto di mercato, manifestando tutta la loro efficienza regolativa. Sulla scorta di simili premesse anche la nostra dottrina ha finito per addossare alle parti di un contratto specifici obblighi di protezione, quale quello di rinegoziare, periodicamente o al verificarsi di particolari condizioni di mercato, un contratto commerciale di lunga durata¹⁸; quello di non interrompere *ex abrupto* il rapporto contrattuale sì che la legittimità del recesso andrà valutata avendo riguardo all'evoluzione delle condizioni del mercato esterne al contratto¹⁹; ovvero, ancora, quello di contrattare, desumendo in chiave interpretativa veri propri obblighi *ex fide bona* di concludere il contrattare nel contesto concreto²⁰.

Si tratta di mere esemplificazioni in quanto, volgendo l'attenzione dal piano degli atti a quello più ampio dei comportamenti concretamente attuati nel mercato, sembrerebbe possibile concepire una serie indefinita di obblighi di protezione tra le parti

¹⁷ V., sul punto, CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, cit., p. 772 ss.

¹⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

¹⁹ Che la legittimità del recesso debba essere valutata avendo riguardo all'evoluzione delle condizioni del mercato «esterne al contratto», è sottolineato efficacemente da ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in Gitti e Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 246 ss.

²⁰ L'osservazione, quanto mai rilevante nel contesto dell'analisi qui svolta, è di D'AMICO, *La formazione del contratto*, in Gitti e Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 65.

da un lato diretti a regolamentare il singolo contratto, dall'altro rivolti a tutelare l'interesse oggettivo e generale alla corretta contrattazione sul piano concorrenziale²¹. Il criterio di individuazione, specie in sede giudiziale, di siffatti obblighi di protezione, desunti dall'interprete e assoggettati ad una utilizzazione in chiave filocompetitoria, dovrebbe essere non soltanto quello dell'equilibrio sinallagmatico del singolo contratto, bensì quello della regolamentazione giuridica di tutto il mercato nel quale il contratto si colloca. Indici di valutazione della conformità tra contratto e mercato e in ultima analisi delle stesse condotte dei contraenti, dei quali dare opportuna contezza nella motivazione dei giudici, potrebbero essere vari: la posizione di mercato del fornitore e dei concorrenti; la posizione di mercato dell'acquirente; eventuali barriere all'entrata; il grado di maturità del mercato; il livello della catena commerciale in cui si è realizzato l'abuso; la natura del prodotto, ecc.²².

4. *Il contratto nell'ambiente complesso della contrattazione. L'effetto dannoso verso i terzi quale tecnica di tutela.*

Venendo brevemente all'esame del contratto – dopo aver esaminato l'istituto della causa, dell'obbligazione, della clausola generale di buona fede – può ribadirsi che l'interpretazione proconcorrenziale degli atti pone definitivamente in crisi l'idea tradizionale coltivata dai civilisti di studiare il contratto come atto a sé stante privo di contaminazioni dall'ambiente esterno. Approcciarsi oggi alla fisiologia e alla patologia del contratto impone infatti di valorizzare l'ambiente complesso ove si stipulano i singoli contratti²³. Il contratto palesa allora il suo intrinseco «limite cognitivo», quale categoria di per sé considerata, nel senso che il punto di vista dell'interprete sovente si estende all'impegno della categoria della

²¹ Per una più diffusa analisi e più ampi sviluppi sia consentito il rinvio a LONGOBUCCO, *Obblighi di protezione e regole di concorrenza*, cit., *passim*.

²² Lo rileva ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.

²³ V., in questa prospettiva, FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contratto? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in Gitti e Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 215 ss.

contrattazione, intesa come «serie di contratti» che l'imprenditore è in grado di concludere con i consumatori²⁴. Di qui la sempre maggiore valorizzazione dei paradigmi dell'attività, del collegamento tra atti e comportamenti, dell'operazione economica, dell'«istituzione del contrarre»²⁵, spesso funzionali alla tutela della parte più debole nel mercato. La consapevolezza che ne deriva è che una lettura integrata delle regole sulla concorrenza e di quelle sul contratto illumina il *plusvalore* politico dello scambio e consente di rileggere anche il diritto *antitrust* nell'ottica del bilanciamento degli interessi di volta in volta coinvolti e meritevoli²⁶.

Sul piano operativo si pensi alla vicenda dei c.dd. contratti “a valle” di intese anticoncorrenziali (i *Folgeverträge* studiati dalla dottrina tedesca, *tool contracts* diffusi nei Paesi di area anglosassone). Si tratta di quei contratti che l'impresa conclude con gli utenti “a valle” al fine di dare attuazione ad una fattispecie disciplinata dalla legge *antitrust* (un'intesa, un abuso di posizione dominante, una concentrazione vietata)²⁷. Il singolo contratto, pur formalmente ineccepibile (perché ha una sua causa tipica e autonoma dall'intesa “a monte”), si iscrive tuttavia all'interno di un disegno anticompe-

²⁴ FEMIA, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ FEMIA, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ FEMIA, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ La letteratura in argomento è ormai cospicua. V., tra gli altri, MAUGERI, *Violazione di norme antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006; CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008; LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*, Napoli, 2009. Già, in argomento, VETTORI, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 330 ss. Nella dottrina straniera: EMMERICH, *Kartellrecht*⁷, Monaco, 1994, p. 91 ss.; Langen e Bunte (a cura di), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band. 1, Neuwied, Krißtel*, Berlino, 2010, 158 ss.; GAL, *Harmful Remedies: Optimal Reformation of Anticompetitive Contracts*, in *Cardozo Law Rev.*, 2000, p. 91 ss.; HOUIN, *Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de concurrence*, in *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1963, p. 28 ss. Il tema è recentemente tornato all'attenzione dell'interprete a seguito della pronuncia della Cassazione in tema di fidejussioni *omnibus* redatte secondo lo schema ABI dichiarato da Banca d'Italia non conforme alla disciplina *antitrust*, su cui v., nell'ampia letteratura, D'ORSI, *Nullità dell'intesa e contratto “a valle” nel diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 571 ss.

titivo più ampio che si riverbera inevitabilmente su quello stesso atto. In altri termini, il vizio di tale contratto si rende palese agli occhi dell'interprete soltanto dall'esterno, valorizzando cioè le c.dd. esternalità del contratto e può legittimare, in favore del consumatore leso dall'esercizio abusivo del potere economico da parte dell'impresa, l'esperibilità di vari rimedi, come la nullità di protezione ovvero il danno da contrattazione anticoncorrenziale, per richiamare l'idea di un danno aquiliano che si legittima dall'inclusione del contratto nella fattispecie di responsabilità; il contratto "a valle" assurge cioè ad elemento costitutivo di una fattispecie illecita ex art. 2043 c.c.²⁸, degradando a comportamento, poiché in linea teorica il medesimo fatto – come per esempio già acquisito al dibattito in tema di doppia alienazione immobiliare – può ben ricevere simultaneamente la qualifica di validità e di illiceità²⁹.

Nuova linfa in chiave filoconcorrenziale assume inoltre il paradigma – al quale la civilistica dedica i suoi studi fin dagli inizi del novecento³⁰ – del c.d. contratto a danno di terzi. Di là dai profili più strettamente dogmatici della categoria, appare da subito evidente che le intese vietate dalla legge *antitrust* ben possono venire lette come contratti a danno dei terzi consumatori ignari e pertanto impongono di rinvenire una specifica tutela (anche) per il terzo dan-

²⁸ Per una più approfondita disamina sia nuovamente consentito rinviare a LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust*, cit., p. 157 ss.

²⁹ Che *illicito* non implichi anche *invalidità assoluta* è risultato acquisito in dottrina: v., per tutti, IRTI, *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1053; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 8 ss.

³⁰ Tra altri si rinvia a SRAFFA, *Contratto a danno di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 453 (in polemica replica: PEROZZI, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *ivi*, 1904, I, p. 64 ss.); LORDI, *Contratti a danno di terzi e danno recato da terzi ad un contraente*, *ivi*, 1937, II, p. 481 ss.; da ultimo v. BRECCIA, *I terzi. Le proiezioni del contratto sul piano degli interessi particolari e generali ("esternalità")*, in Navarretta e Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 91 ss.; LONGOBUCCO, *Profili evolutivi del principio fraus omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 712 ss.

neggiato³¹. Pure il campo del societario e del parasociale può offrire numerosi esempi in tal senso: lo stesso contratto di rete tra imprese potrebbe essere letto in tale prospettiva e dunque approcciato in un'ottica, per così dire, metacontrattuale, posto che non è possibile valutare il singolo contratto senza considerare la rete. Si giustifica, in tale direzione, l'osservazione che «come per altri modelli, ed in particolare come il modello societario, la rete non soltanto può scaricare il rischio su certi partecipanti “incolpevoli”, ma anche scaricarlo su terzi “incolpevoli”, come i creditori, o gli acquirenti. Una disciplina della rete che lo consenta è solo apparentemente efficiente»³². Può dirsi allora certamente meritoria l'attività dei giudici più attenti nell'accertare l'esistenza del danno, non soltanto (e direttamente) alla concorrenza, ma altresì (e indirettamente) ai singoli soggetti, danneggiati da accordi in passato ritenuti leciti, ma oggi suscettibili di una riconsiderazione sul piano funzionale alla luce di un ampliamento della tutela degli interessi coinvolti nelle dinamiche del mercato.

5. Inefficacia del negozio e categoria della validità sopravvenuta: la condicio facti quale strumento di valorizzazione del mercato hic et nunc.

L'attenzione da tributarsi agli elementi di fatto che contraddistinguono il mercato in un dato momento contingente suggerisce altresì la valorizzazione della categoria della c.d. validità sopravvenuta del negozio inefficace³³. Essa rivela nuove potenzialità applicative nel contesto del diritto della concorrenza. Diventa allora compito precipuo dell'interprete quello di individuare una qualificazione giuridica del fenomeno in discorso che sappia valorizzare le peculiarità del caso concreto (dunque gli eventi di fatto esterni

³¹ Sia ancora consentito il rinvio a LONGOBUCCO, *Obblighi di protezione e regole di concorrenza*, cit., p. 56 ss.

³² In tali termini GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 87

³³ La categoria in esame è messa a punto, come è noto, sulla base di alcune ipotesi normative di sanatoria *ex lege*: si pensi agli artt. 590, 799, 2332, comma 5, c.c., all'art. 40, comma 3, l. n. 47/1985 (e succ. mod.), all'art. 12 l. n. 1766/1927.

alla fattispecie) nel momento in cui è necessario individuare la disciplina applicabile al rapporto giuridico in atto.

In chiave applicativa si pensi, ancora una volta, al caso delle fattispecie vietate dalla legge *antitrust* e perciò affette *ex lege* da nullità: le intese, l'abuso di posizione dominante, le concentrazioni vietate. Spostando l'attenzione dalla comminatoria del divieto alla fase propriamente esecutiva degli accordi ovvero dei comportamenti vietati, sembra legittimamente potersi ipotizzare che l'intesa o l'abuso di posizione dominante, originariamente inefficaci (assumendo dunque la nullità *ex artt.* 2 o 3 della l. n. 287/1990 quale caso di mera inefficacia), ove riguardati in chiave dinamica (l'intesa è un contratto di durata), possono successivamente sanarsi per effetto di una modifica dell'elemento esterno della fattispecie. Si tratterebbe in tal modo di valorizzare le condizioni di fatto del mercato in un dato contesto spazio-temporale al fine di stabilire se le stesse possono determinare, di volta in volta, il recupero entro la sfera della legalità di fattispecie in origine vietate. Se un modo realistico per spiegare i fenomeni di recupero connessi alla validità sopravvenuta è la categoria della fattispecie complessa, a formazione progressiva³⁴, sì che gli effetti che infine si producono derivano da una fattispecie composta dal contratto nullo e, in più, da un ulteriore elemento (di volta in volta la conferma, l'esecuzione, la pubblicità, il decorso del tempo), nel caso delle fattispecie *antitrust* vietate, l'elemento aggiuntivo sanante assume una matrice eminentemente fattuale. Si tratterebbe di una *condicio facti* desumibile da un'attenta analisi della situazione di mercato *hic et nunc* nel quale l'intesa o l'abuso di posizione dominante (che peraltro potrebbero altresì essere oggetto di esenzione) vengono a realizzarsi.

³⁴ Tale è l'opinione di ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 858. Piuttosto che discorrere in senso proprio di una validità sopravvenuta che, come tale, dovrebbe retroagire, manifestando un'efficacia *ex tunc*, l'a. opportunamente preferisce riferirsi a straordinarie ipotesi nelle quali risulta ammissibile, per il tramite di ulteriori atti negoziali o attività di carattere integrativo, pervenire al recupero degli effetti dell'atto nullo.

6. *L'emersione di "paradigmi alternativi" del diritto delle restituzioni nell'ottica di prevenire gli abusi di mercato.*

Le più recenti regole rinvenibili nei Codici di settore (Codice del consumo e Codice delle assicurazioni private), per esempio in tema di recesso del consumatore o di nullità del contratto di assicurazione, se confrontate con i principi restitutori generali delineati nel Codice civile, introducono alcuni elementi di discontinuità rispetto al passato. Ne deriva la centralità di un dibattito teso oggi a verificare l'opportunità di affiancare al modello restitutorio classico – facente leva sulla ripetizione simmetrica delle prestazioni eseguite in forza di un contratto nullo e *sine titulo* – ulteriori "paradigmi alternativi" del diritto delle restituzioni. A ciò si correla il dato della differenza giuridica tra Paesi come l'Italia e la Francia, ove vige un modello sostanzialmente unitario incentrato sulla disciplina dell'indebito (art. 2033 ss. c.c.), e la Germania, ove invece il sistema delle restituzioni si bipartisce in uno, più generale, dell'ingiustificato arricchimento (*Bereicherungsrecht*) e in uno, più circoscritto, della risoluzione (*Rücktritt*) e del recesso (*Widerruf*) dai contratti dei consumatori⁽³⁵⁾.

In questo contesto, i nuovi rimedi restitutori previsti nella legislazione consumeristica si connotano per la rottura evidente della classica simmetria dell'obbligo bilaterale di restituzione delle prestazioni effettuate: si pensi, a mò di esempio, alla norma di cui all'art. 167, comma 2, c. ass., la quale – con evidente funzione sanzionatoria dell'impresa assicuratrice non autorizzata – commina la nullità del contratto assicurativo e l'obbligo restitutorio *ex uno latere* dei premi corrisposti (con possibilità di *retentio* invece degli indennizzi) in favore del consumatore. Il rimedio restitutorio è chiaramente funzionale a garantire la tutela del contraente debole ancora una volta valorizzando le esternalità e il contesto di mercato nel quale il contratto (assicurativo) si colloca. In prospettiva inversa una pronuncia della Corte di giustizia UE ha stabilito l'assenza di un obbligo a carico del consumatore – in caso di recesso da un contratto a distanza – di indennizzare il venditore per l'uso della merce

³⁵ Maggiori riferimenti alla questione in BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.

acquistata, salvo che il consumatore stesso abbia fatto un uso del bene incompatibile con i «principi di diritto civile» (buona fede o arricchimento senza causa)³⁶. Ciò dimostra l'attitudine della stessa giurisprudenza a trovare soluzioni applicate alle obbligazioni restitutorie considerevolmente diverse le une dalle altre, mai predefinite in maniera monolitica, in alcuni casi aderenti alla logica della perfetta simmetria, in altri casi invece contraddicendo totalmente tale simmetria a favore di una soltanto delle parti del rapporto.

Dinanzi ad un tale fenomeno non ci si può allora arrestare ad una mera descrizione strutturale del fenomeno, ma si dovrà esplicitare come e perché il modello restitutorio adottato dal legislatore sia funzionale a proteggere l'interesse di una delle parti. Così da verificare nel caso concreto l'assunto che oggi anche il diritto delle obbligazioni restitutorie deve aprirsi ad una valorizzazione degli interessi rilevanti in quanto inciso e conformato alla luce di tali interessi maggiormente meritevoli.

7. Verso un diritto civile (regolatorio) dell'economia: rilievi conclusivi.

Le poche suggestioni tracciate consentono di convalidare l'utilità di una rilettura degli istituti tradizionali del diritto civile alla luce delle dinamiche concrete di mercato soprattutto dinanzi all'opinione che i congegni privatistici (c.d. *private enforcement* del diritto della concorrenza) non possano essere serventi rispetto all'obiettivo della regolazione del mercato³⁷. Viceversa, benché più responsabile diventi il ruolo dell'interprete, può dirsi definitiva-

³⁶ CGCE, Sez. I, 3 settembre 2009, n. 489/07, *Pia Messner c. Firma Stefan Kruger*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 26 ss., con nota di COGNOLATO, *Contratti del consumatore e «diritto delle restituzioni» (secondo la Corte di giustizia CE)*.

³⁷ V. per esempio, in una simile prospettiva, CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, cit., p. 377, secondo il quale «molti degli equivoci si annidano dietro una lettura del diritto dei contratti come permeato *tout court* delle medesime categorie e regole del diritto della concorrenza; o, comunque, come semplicemente volto, per lo meno attraverso il suo cospicuo segmento che copre l'area dei c.d. contratti di mercato, ad assolvere (direttamente) funzioni regolative analoghe a quelle che normalmente sono da ascrivere a dominio della disciplina *antitrust*».

mente acquista la consapevolezza dell'efficienza regolativa del diritto privato, in un processo osmotico che vede il mercato sagomato alla luce della disciplina del contratto e la disciplina del contratto vicendevolmente conformata dal mercato³⁸.

Sembrano dunque maturi i tempi per ridimensionare letture separate e settoriali del diritto della concorrenza rispetto ai principi e alle regole civilistiche di base, nel contesto di un più moderno ed efficiente diritto civile dell'economia, letture che in passato hanno preso avvento proprio per timore delle visioni funzionalistiche, in quanto poste a presidio dell'autonomia privata come dogma, come valore a sé stante in grado di imporsi al di fuori di ogni logica di equità, di meritevolezza e promozione dei diritti e delle situazioni dei soggetti più deboli dei rapporti giuridici. L'intreccio tra interesse privato e interesse pubblico, regole del mercato e valori della persona, diventa al contrario guida per l'interprete per realizzare quell'utilità sociale alla quale anche il fenomeno dell'autonomia e dell'economia deve inevitabilmente ispirarsi³⁹.

³⁸ Per un primo approccio al tema v. KOMNINOS, *Introduction*, in Ehlermann e Atanasiu (a cura di), *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, in *European Competition Law Annual 2001*, Oxford, 2003, p. XXIV ss.; LEWER QC, *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Rules Substantive Remedies: The Viewpoint of an English Lawyer*, *ibidem*, p. 109 ss.; MONTI, *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, *ibidem*, p. 3 ss.; VAN GERVEN, *Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Ahead*, in Basedow, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 19 ss.

³⁹ Il rinvio è alle imprescindibili pagine di ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*³, Milano, 1960; OPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1992, p. 36 ss.; RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in ID. (a cura di), *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, trad. it., Milano, 1990; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*⁵, Roma-Bari, 2004; GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 3 ss.

EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA
Professore ordinario di diritto privato
Università Bocconi

EMERGENZA COVID-19 E DIRITTO PRIVATO: QUALI RIMEDI?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Misure emergenziali e rapporti contrattuali pendenti. Quali rimedi? – 3. Il problema dei contratti di locazione. – 4. Alcune previsioni specifiche del legislatore dell'emergenza: in particolare, contratti di finanziamento, appalti, contratti del mondo della cultura, dei trasporti e del turismo. – 5. Rilievi conclusivi.

1. Premessa.

A partire dalla fine del mese di febbraio di quest'anno, il manifestarsi di sempre più numerosi contagi e il crescente allarme per la diffusione dell'infezione da Covid-19 ha spinto le autorità italiane, centrali e locali, ad adottare una serie di misure emergenziali che possono sinteticamente essere così riassunte:

- a) una progressiva adozione di misure limitative della libertà di circolazione e delle riunioni in luoghi pubblici o aperti al pubblico;
- b) la chiusura di cinema, teatri, musei;
- c) la limitazione o sospensione delle attività commerciali di vendita al dettaglio (a eccezione di quelle necessarie per assicurare la reperibilità dei generi agricoli, alimentari e di prima necessità), delle attività di bar e ristoranti, oltre che di molte altre attività d'impresa o professionali.

Il mese di maggio ha visto un graduale alleggerimento di queste misure di contenimento. L'attenzione all'andamento del contagio è però rimasta alta, e pervasive sono state le misure precauzionali imposte a chi ha ripreso le attività, con inevitabile freno per la redditività di molte attività industriali, commerciali e professionali.

È chiaro che gli effetti economici della pandemia e delle misure

di contenimento non sono destinati a una breve durata. Si prevede, infatti, che per un tempo piuttosto lungo si dovrà fare i conti con un'economia che non funzionerà a pieno regime: una "90% Economy", come è stata descritta dall'*Economist*¹, che si prevede sarà più ingiusta, meno innovativa e più incerta² – e sotto questo profilo giocano un ruolo anche l'instabilità, quantomeno temporanea, del quadro normativo e le prevedibili difficoltà di funzionamento per gli organi giurisdizionali, destinati a operare, per un certo periodo, a "scartamento ridotto".

2. Misure emergenziali e rapporti contrattuali pendenti. Quali rimedi?

Guardando agli effetti delle misure di contenimento adottate dalle autorità italiane sui rapporti contrattuali pendenti, diverse sono le conseguenze generate dalla situazione di *lockdown*³.

*Il presente scritto è stato precedentemente pubblicato in LUCCHINI GUASTALLA, *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020.

¹ *The Economist*, 2-8 maggio 2020.

² *Ivi*, p. 13 ss.

³ In argomento si è venuta formando, in questi mesi, una letteratura consistente; senza pretesa di completezza, cfr. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 57 ss.; BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020; BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 198 ss.; BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, p. 213 ss.; ID., *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 266 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 68 ss.; BERTI e DE PAOLA, *Il «fatto storico» Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'«atto» e del «rapporto»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 578 ss.; BUSANI e LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° aprile 2020, p. 11; CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis 2020, p. 422 ss.; CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *ivi*, p. 352 ss.; COPPO, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, in *ivi*, p. 396 ss.; CREA, *Contractual business network e pandemia: a forward-looking agenda?*, in *ivi*, p. 408 ss.; CRISPINO e SANNINO, *L'impatto delle misure di contenimento del coronavirus sulle locazioni commerciali e gli strumenti a disposizione del conduttore*, in

Studium iuris, 2020, p. 675 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 102 ss.; DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contr.*, 2020, p. 351 ss.; DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento (Art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 571 ss.; DEL PRATO, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 64 ss.; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020; DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *ilcaso.it*, 23 aprile 2020; ID., *«Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 151 ss.; ID., *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020; FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 236 ss.; FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione giustizia*, 9 aprile 2020; FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 300 ss.; FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *giustiziacivile.com*, 9 giugno 2020; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020; GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 274 ss.; GRISI, *La lezione del coronavirus*, in *juscivile.it*, 2020, 1, p. 190 ss.; GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 314 ss.; GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 366 ss.; IRTI, *"Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 458 ss.; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss.; ID., *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 80 ss.; MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, in *Contratti*, 2020, p. 449 ss.; MATTEI e QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi*

In molti casi è stato subito evidente come le misure adottate dalle autorità in seguito all'emergenza sanitaria abbiano reso impossibile, in tutto o in parte, l'esecuzione di determinate prestazioni con-

nel diritto dei contratti, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020; NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 87 ss.; PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contr.*, 2020, p. 308 ss.; PEPE, *L'emergenza sanitaria da Coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 596 ss.; PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 77 ss.; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contr.*, 2020, p. 485 ss.; PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del Coronavirus*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 592 ss.; RUGGERI e GOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *ivi*, p. 340 ss.; SANTARPIA, *Modelli e tecniche di "amministrato" del rapporto contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 94 ss.; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020; ID., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 110 ss.; SANGIOVANNI, *Mutui fondiari e leasing immobiliari d'impresa nell'emergenza da Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 2020, p. 384 ss.; SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; SENIGAGLIA, *"Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo post-emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 bis, 2020, p. 468 ss.; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, Supp. 3, p. 73 ss.; TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Not.*, 2020, p. 235 ss.; ID., *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle clausole "generali"*, in *Contr.*, 2020, p. 433 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *juscivile.it*, 2020, 2, p. 465 ss.; VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020; VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 3 ss.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020. Cfr. altresì l'intervista *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, a ROPPO e NATOLI, in *Giustizia insieme*. Una recente analisi della disciplina emanata in periodo di emergenza è poi condotta nella *Relazione tematica* n. 56, 8 luglio 2020, dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte suprema di cassazione (consultabile all'indirizzo http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf).

trattuali. Gli impedimenti introdotti con tali misure rientrano, infatti, in quello che tradizionalmente è indicato come “*factum principis*”.

Tale circostanza, in applicazione dell’art. 1256, comma 2, c.c., giustifica il mancato adempimento del debitore: fintanto che permane il fattore impossibilitante, il ritardo è giustificato e il debitore non è esposto a responsabilità. Così, la necessaria chiusura di un cantiere e la sospensione dei lavori in corso si rivelano idonee a giustificare un ritardo dell’appaltatore nella consegna dell’opera. Se l’impossibilità diventa definitiva – o comunque quando il ritardo è tale, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, per cui il creditore non ha più interesse a ricevere l’adempimento, o il debitore non può più essere ritenuto obbligato – l’obbligazione si estingue.

Nell’ottica del rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive, all’impossibilità definitiva (e all’estinzione dell’obbligazione) si collega la risoluzione di diritto del contratto, con conseguente restituzione di quanto eventualmente versato in precedenza (art. 1463 c.c.). Questo se l’impossibilità della prestazione è totale. Per contro, se l’impossibilità è solo parziale, la controparte è legittimata a pretendere una riduzione del corrispettivo oppure a esercitare il recesso, nel caso in cui non abbia interesse a ricevere una prestazione parziale (art. 1464 c.c.).

Le misure di contenimento possono poi rilevare non già rendendo impossibile l’adempimento, bensì nel senso di renderlo più oneroso (si pensi all’incremento del prezzo delle materie prime impiegate, o dei costi di trasporto). Sotto questo aspetto, come è ben noto, il codice civile contempla la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta in relazione ai casi in cui – nei contratti sinallagmatici a esecuzione continuata o periodica ovvero differita – la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili. La disciplina codicistica, d’altra parte, appare in prima battuta vocata allo scioglimento del vincolo, unico rimedio che la parte pregiudicata dall’onerosità sopravvenuta può direttamente invocare; per contro, la manutenzione del rapporto (mediante l’offerta di modificare equamente le condizioni del contratto) è lasciata all’iniziativa della

controparte⁴.

Uno spazio applicativo potrebbe ipotizzarsi anche per la presupposizione. È noto come il richiamo a questa figura consenta di ipotizzare lo scioglimento del vincolo contrattuale qualora non si verifichi, o venga meno, una determinata situazione di carattere obiettivo che debba ritenersi tenuta presente dalle parti al momento della conclusione (e dunque sia da considerarsi quale presupposto comune della stipulazione).

Come si può notare, il sistema codicistico, così come la valorizzazione della presupposizione, in presenza di siffatte circostanze perturbative tende alla cancellazione del contratto. La manutenzione del vincolo con contenuto ridotto o modificato, invece, sembra rivestire un ruolo di secondo piano.

Da più parti si tende a ritenere che questo quadro non sia soddisfacente, con un'inadeguatezza che la presente situazione di crisi renderebbe ancor più evidente. L'obiettivo da perseguire sarebbe piuttosto quello della conservazione dei vincoli contrattuali, non già il loro dissolvimento. Per queste ragioni – già prima dell'attuale emergenza, ma ora con nuova intensità – molti interpreti propongono soluzioni volte ad ammettere un obbligo di rinegoziazione, fondato sul principio di buona fede e correttezza⁵.

⁴ Nella *Relazione tematica* dell'Ufficio del massimario, cit., 20, si afferma che «L'art. 1467 c.c. è sicuramente un'espressione di inadeguatezza degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze, dal momento che riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio, in quanto da esso avvantaggiata. Ciononostante, sempre la norma in parola è dimostrativa di come l'ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale. Non è accidentale, infatti, che la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze».

⁵ In senso favorevole si esprime anche la *Relazione tematica* dell'Ufficio del massimario, cit., 20 ss.

Come è noto, nel disegno di legge di «Delega al Governo per la revisione del codice civile» (DDL Senato 1151) si prevede la disciplina del «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti». Il recente documento dei Civilisti italiani, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati*

Sul punto, tuttavia, non può dirsi raggiunta una *communis opinio*.

Al di là di tale questione, nondimeno, appare senz'altro una delle soluzioni più auspicabili, con riguardo ai rapporti contrattuali in corso di svolgimento, quella di un'eventuale rinegoziazione dei termini dell'accordo su base volontaria.

3. *Il problema dei contratti di locazione.*

Il legislatore dell'emergenza è intervenuto con alcune disposizioni specifiche, nel contesto di una torrenziale attività normativa.

Fermo quanto si dirà in merito ai contratti degli operatori della cultura e dei contratti di viaggio, oltre che ai contratti di finanziamento, si può qui ricordare la peculiare previsione⁶, di carattere generale, introdotta con il decreto "cura Italia" (d.l. n. 18/2020), in base alla quale «*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del Codice civile, della re-*

dagli effetti della pandemia (consultabile all'indirizzo https://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Una_riflessione_ed_una_proposta_per_la_migliore_tutela_dei_soggetti_pregiudicati_dagli_effetti_della_pandemia.pdf) auspica che a conclusione del normale *iter* di elaborazione del decreto legislativo si giunga all'introduzione di un art. 1468-*bis* che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. D'altra parte, il medesimo documento, con specifico riferimento all'emergenza legata alla pandemia, ritiene di formulare, in relazione alla problematica dei debiti pecuniari (per canoni di locazioni, corrispettivi di forniture e servizi, ecc.), una diversa proposta di intervento normativo, basata non già sul diritto dei contratti, bensì sulla valorizzazione del diritto della crisi di impresa, e finalizzata a favorire la rinegoziazione dei debiti pecuniari fra «imprenditori minori» (secondo la definizione del Codice della crisi d'impresa, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), lavoratori autonomi e professionisti, da una parte, e imprenditori «non minori», dall'altra.

⁶ Art. 91, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che modifica l'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Per l'analisi della disposizione, cfr. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., p. 213 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., p. 68 ss.; DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 571 ss.; DOLMETTA, «*Misure di contenimento*» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020), cit., p. 151 ss.; IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, cit., p. 366 ss.; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 485 ss. E v. anche la *Relazione tematica* dell'Ufficio del massimario, cit., p. 8 ss.

sponsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tornerà brevemente su questa disposizione più avanti, mentre ora appare utile svolgere un essenziale esame con riferimento ad alcune categorie o tipi contrattuali specifici.

Fra gli ambiti in cui si è rivelato più preoccupante l'impatto della crisi vi è quello delle locazioni di immobili destinati ad attività commerciali e produttive (molte delle quali, come si è ricordato all'inizio, sono state sospese o limitate dall'autorità)⁷.

Una delle questioni più delicate – e posta con sempre più frequenza dai conduttori – riguarda la possibilità di ottenere una sospensione nel pagamento dei canoni o una loro riduzione, almeno fino a quando, con l'allentamento delle misure di contenimento e con il mitigarsi degli effetti della pandemia, l'attività non riprenda, almeno in parte, e con essa affluisca nuova liquidità.

Il legislatore italiano, con una norma fiscale contenuta nel decreto “cura Italia” (d.l. n. 18/2020)⁸ ha previsto in favore dei conduttori di botteghe e negozi un credito d'imposta pari al 60% del canone del mese di marzo. La norma ha carattere squisitamente tributario e non varia – sul piano del diritto privato – la prestazione del conduttore⁹. Nel più recente d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto “ri-

⁷ Sul tema, cfr., *ex plurimis*, CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 422 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit.; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19*, cit., p. 102 ss.; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, cit.; FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, cit.; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit.; PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, cit., p. 308 ss.; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit.; ID., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, cit., p. 64 ss.; TRIMARCHI, *Le “locazioni commerciali”, il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, cit., p. 235 ss.; ID., *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, cit., p. 433 ss.

⁸ Art. 65, d.l. n. 18/2020.

⁹ Cfr. sul punto CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 3: «In particolare, l'art. 65 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 prevede in favore dei conduttori di botteghe e negozi un credito d'imposta pari al 60% del canone del

lancio”), è stato esteso l’ambito della misura¹⁰: non più solo per la locazione¹¹ di immobili destinati a botteghe o negozi, ma anche, fra l’altro, ad attività industriali, artigianali, agricole, di interesse turistico, entro una certa soglia di ricavi (per le imprese che superano tale soglia, il credito d’imposta spetta nella misura del 20%) e sul presupposto di una diminuzione di almeno il 50% del fatturato¹². Il credito d’imposta, inoltre, è commisurato ora ai canoni versati con riferimento ai mesi di marzo, aprile, maggio e giugno (e con riferimento ai mesi da aprile a dicembre per le strutture turistico ricettive). Esso spetta altresì agli enti non commerciali, compresi gli enti del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti, in relazione al canone di locazione¹³ di immobili ad uso non abitativo destinati allo svolgimento dell’attività istituzionale. Va aggiunto che è ora prevista dal decreto la cedibilità del credito di imposta, che può avvenire anche a favore di banche e intermediari finanziari, oltre che – come puntualizzato dalla modifica introdotta con la legge di conversione n. 77/2020 – in favore dello stesso locatore, a fronte di uno sconto di pari ammontare sul canone da versare¹⁴.

Ma il legislatore è intervenuto sul piano esclusivamente tributario e non del tutto univoche sono le conseguenze che da tale inter-

mese di marzo. Disposizione che incide indirettamente sul contratto di locazione senza modificare la prestazione del conduttore e solo consentendogli di recuperare (non nell’immediato) parte del corrispettivo dovuto al locatore. Infatti, norma si colloca ed esaurisce i propri effetti sul piano tributario quando, nell’alleviare la posizione economica del conduttore, presuppone comunque il pieno adempimento dell’obbligazione di pagamento del canone».

¹⁰ Art. 28, d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77/2020, e successivamente modificato per opera dell’art. 77, comma 1, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126.

¹¹ Oltre che di *leasing* e di concessione.

¹² Il credito d’imposta spetta peraltro alle strutture alberghiere (e, a seguito di modifica apportata con la legge di conversione n. 77/2020, alle agenzie di viaggio e ai tour operator, oltre che, con ulteriore modifica introdotta con d.l. n. 104/2020, alle strutture termali) indipendentemente dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo d’imposta precedente (cfr. art. 28, comma 3, d.l. n. 34/2020).

¹³ Oltre che di *leasing* e di concessione.

¹⁴ In base al comma 5-*bis* dell’art. 28, d.l. n. 34/2020, introdotto dalla legge di conversione n. 77/2020, «In caso di locazione, il conduttore può cedere il credito d’imposta al locatore, previa sua accettazione, in luogo del pagamento della corrispondente parte del canone».

vento possono dedursi circa la debenza o meno del canone dal punto di vista civilistico¹⁵.

In quest'ottica, il problema può essere considerato sotto un duplice profilo: a) delle regole sulla eccessiva onerosità sopravvenuta; e b) di quelle sulla impossibilità sopravvenuta.

a) Pare anzitutto da escludere che possa applicarsi la disciplina relativa all'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Qui la prestazione che diverrebbe più onerosa è quella del pagamento della somma di denaro; ciò, chiaramente, non tanto in via diretta (il canone in quanto tale rimane sempre lo stesso), quanto piuttosto in rapporto alla controprestazione (la disponibilità del bene locato perde utilità per il conduttore, che tuttavia deve pagare lo stesso canone pattuito in epoca pre-Covid). Vero è che la giurisprudenza dà, in talune ipotesi, rilievo anche alla c.d. onerosità indiretta, cioè quella determinata dallo svilimento della controprestazione. Tuttavia – come è stato condivisibilmente osservato¹⁶ – si tratta di un principio emerso in relazione allo svilimento della pre-

¹⁵ Nel senso che dalla disciplina fiscale non si potrebbero trarre conseguenze circa la doverosità del pagamento del canone sul piano civilistico, cfr. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, cit., p. 3 s.; PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, cit., p. 310.

¹⁶ Il riferimento è a SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit., p. 7 s., secondo il quale «La prestazione che si suppone sia divenuta eccessivamente onerosa sarebbe il pagamento dei canoni: ma tali canoni sarebbero eccessivamente onerosi non perché è aumentato il costo del denaro (né perché l'attività non consentirebbe margini di profitti idonei a consentire il pagamento dei canoni), quanto piuttosto perché non corrisponderebbero più al valore di godimento dell'immobile per l'uso convenuto, che si è fortemente ridotto. Si dovrebbe perciò fare riferimento alla giurisprudenza consolidata che ammette la risoluzione anche nel caso di svilimento della controprestazione: ma tale giurisprudenza si riferisce all'ipotesi speculare – di dubbia estensibilità alla fattispecie in esame – in cui il denaro si sia svalutato e la prestazione dovuta sia diventata eccessivamente onerosa perché i suoi costi di produzione, essendosi mantenuti fermi, non possono essere più sopportati al prezzo convenuto». In senso adesivo, v. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19*, cit., p. 108, che afferma: «le indicazioni giurisprudenziali in punto di rilevanza dello svilimento della prestazione riguardano fattispecie in cui chi si è obbligato ad un dare ovvero ad un *facere* dietro il pagamento di un corrispettivo, si veda pregiudicato per la sopravvenuta grave svalutazione monetaria, dipendente da circostanze straordinarie ed imprevedibili. Situazione del tutto diversa, anche in termini di conflitti di interessi coinvolti, da quella che qui ci interessa».

stazione pecuniaria (cioè al forte fenomeno inflattivo): la sua estensibilità all'ipotesi di fronte a noi oggi (cioè la limitata utilità degli immobili locati per ragioni commerciali o produttive) permane dubbia e verosimilmente da escludere¹⁷.

b) Concentrando ora l'analisi sul profilo della impossibilità sopravvenuta, si deve anzitutto premettere che, in merito, sono venute emergendo plurime opinioni, che non sarebbe possibile enucleare con la dovuta precisione in questa sede. Nondimeno, per tratteggiare, almeno in via problematica, le linee del problema, appare utile analizzare due ricostruzioni sensibilmente divergenti proposte in dottrina, le quali, nella diversità dei percorsi argomentativi seguiti, mettono in luce con efficacia e chiarezza i termini salienti della questione.

La prima delle tesi ricordate¹⁸ fa leva sull'obbligazione del locatore di mantenere la cosa in istato da servire all'uso convenuto (oltre che in buono stato locativo). Sotto questo profilo, le misure di contenimento (che hanno temporaneamente vietato o limitato lo svolgimento di ampia parte delle attività professionali ed economiche) si risolverebbero in un "*factum principis*", tale da determinare

¹⁷ Pone, in altra ottica, l'accento sulla limitata utilità pratica della risoluzione per eccessiva onerosità nel contesto in esame la *Relazione tematica* dell'ufficio del massimario, cit., 6, ove si legge che «in uno con l'utilizzabilità del rimedio, il virus globale accende i riflettori sulla sua manchevolezza, legata alla sua propensione demolitoria e non conservativa del contratto. Il rimedio è volto a rimuovere il vincolo, non a riequilibrare il sinallagma. Pertanto, finisce per fare terra bruciata delle relazioni d'impresa come di quelle fra privati cittadini, in quanto conduce alla definitiva risoluzione del rapporto, non alla transitoria riduzione dei corrispettivi, che l'art. 1467 c.c. alla lettera non contempla. Soltanto la parte favorita dallo sbilanciamento, può infatti evitare la risoluzione del negozio, offrendo di modificare equamente le condizioni di esso (art. 1467, comma 3, c.c.). A farle da specchio è la parte che patisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ma che può solo agire in giudizio per sciogliere il vincolo e solo purché non abbia già eseguito la propria prestazione. La parte fragile non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni contrattuali, né può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle concordate. Ora, nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni».

¹⁸ DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, cit.

la sopravvenuta impossibilità della prestazione di mantenere la cosa in istato da servire all'uso convenuto.

Si tratta, invero, di impossibilità temporanea (dunque non tale da determinare, in linea generale, la risoluzione del contratto, salva l'operatività del secondo periodo dell'art. 1256, comma 2, c.c.). Ma poiché si tratta di contratto di durata, il ritardo nella prestazione si traduce nella definitiva mancanza di una parte dell'adempimento (cioè di quella parte di prestazione da rendersi nel periodo di vigenza della misura di contenimento). Pertanto, sarebbe applicabile la norma sull'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), la quale non contempla la risoluzione del contratto, bensì riconosce il diritto della controparte a una riduzione della controprestazione (salvo il diritto di recedere dal contratto qualora non abbia interesse alla prestazione parziale).

Ma in senso contrario si è condivisibilmente rilevato¹⁹ che la prestazione del locatore non è affatto divenuta impossibile (conferma ne è che, per lo più, i locali locati risultano utilizzati, benché in maniera limitata e spesso non profittevole). Ciò che manca è, propriamente, la possibilità di impiegare utilmente il bene nel contesto dell'attività economica. Sennonché, voler ribaltare sul locatore tale impossibilità presupporrebbe che l'utile svolgimento dell'attività commerciale da parte del conduttore colori la causa del contratto di locazione, laddove invece tale fattore appartiene all'ambito soggettivo dei motivi (del solo conduttore).

Ecco perché, secondo la opinione dottrinale da ultimo ricordata,

¹⁹ Il riferimento è a GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit.

Nella *Relazione tematica* dell'Ufficio del massimario dell'8 luglio 2020, cit., p. 4, si legge: «Con maggiore difficoltà entro l'alveo applicativo dell'art. 1464 c.c. possono ricondursi i contratti di locazione, anche di beni produttivi, incisi dallo scotto della pandemia, dal momento che la prestazione di concessione in godimento rimane possibile e continua a essere eseguita quand'anche per *factum principis* le facoltà di godimento del bene risultino momentaneamente affievolite. Nel contratto di durata, la prestazione del locatore continua ad essere resa benché l'utilità che il conduttore ne ricava sia allo stato depressa. Fare perno sulle disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta per smarcare in tutto o in parte il locatario dal pagamento del canone vuol dire correggere l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, dislocando una porzione delle conseguenze finanziarie del Covid da una parte all'altra del contratto, ma sulla base di una considerazione che appare ispirata al buon senso, più che al rigore giuridico».

una risposta al problema di liquidità della categoria dei conduttori non potrebbe trovare una soluzione con gli strumenti del diritto privato, dovendosi invece guardare a quelli del diritto della crisi di impresa: e attraverso questi ultimi, andrebbero individuati efficaci incentivi e idonee protezioni per favorire una negoziazione tra le parti, da svolgersi però non soltanto al di fuori delle sedi giurisdizionali, ma anche degli organismi di mediazione: di entrambi, infatti, la pandemia e le misure restrittive consentono solo un limitato funzionamento, oltretutto in un contesto che potrebbe vedere esplodere il contenzioso.

In materia di locazioni va altresì ricordato che il decreto “cura Italia” (d.l. n. 18/2020) ha disposto che «*l’esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 31 dicembre 2020*»²⁰ (la sospensione, originariamente fissata al 30 giugno, è stata estesa al 1° settembre dalla legge di conversione n. 27/2020, e ulteriormente prolungata al 31 dicembre 2020 per opera della legge n. 77/2020 di conversione del d.l. n. 34/2020). L’ampiezza del tenore testuale fa ritenere che la norma riguardi anche i casi di rilascio per morosità del conduttore. I commentatori non hanno mancato di rilevare come – a fronte dell’innegabile soccorso a favore del conduttore – possano sorgere non secondari problemi per il locatore: quest’ultimo, infatti, anche qualora non riceva il pagamento del canone, si trova preclusa la possibilità di ottenere il rilascio coattivo dell’immobile.

Resta, in questo contesto, ancora da chiarire esattamente il ruolo del già ricordato disposto – di assai complessa decifrazione – di cui all’art. 91 del decreto “cura Italia” n. 18/2020 (che impone, come detto poc’anzi, di valutare il rispetto delle misure di contenimento ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore).

Non è chiaro, invero, se la norma riguardi soltanto le prestazioni che risultano direttamente impedito dalle misure di contenimento, o

²⁰ Art. 103, d.l. n. 18/2020, come risultante a seguito delle modifiche introdotte con la legge di conversione n. 27/2020 e, successivamente, con la legge n. 77/2020 di conversione del d.l. n. 34/2020.

per contro non valga anche per i debiti pecuniari²¹, rispetto ai quali l'impossibilità non è tradizionalmente ritenuta configurabile. Parrebbe da preferire la seconda soluzione, peraltro limitatamente a casi specifici, e tenuto conto che la norma può al più giustificare il ritardo, non già determinare la liberazione del debitore²².

Va sottolineato che la soluzione di allocare *pro parte* il peso delle misure di *lockdown* fra le parti appare essere stata accolta dal legislatore nel d.l. "rilancio" (d.l. n. 34/2020) con particolare riferimento all'ambito sportivo. Oltre a un'articolata disciplina riguardante le ipotesi di concessione di impianti sportivi pubblici (stadi, piscine ecc.), con riguardo invece ai contratti di locazione di impianti di proprietà di privati si è infatti previsto quanto segue: «*La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito*»²³.

Le norme richiamate (1256, 1464, 1467, 1468 c.c.) si riferiscono all'impossibilità e alla eccessiva onerosità sopravvenute: il riferi-

²¹ Nel senso che la norma in questione avrebbe un particolare rilievo proprio in relazione ai debiti di somme di denaro cfr. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 581. In argomento, cfr. anche DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, cit., p. 351 ss.

²² Osserva DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, cit., p. 360, che «un temperamento al principio di illimitata responsabilità del debitore pecuniaria può avere un senso proprio e soltanto in quanto si riferisca al tempo stretto dell'emergenza pandemica».

²³ Art. 216, comma 3, d.l. n. 34/2020, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate con la legge di conversione 17 luglio, 2020, n. 77.

mento è alquanto generico, “a tutto campo”, probabilmente non tanto per mera imprecisione del legislatore (per quanto una redazione più chiara sarebbe certamente stata preferibile) quanto per coprire l’intera area dei rimedi ipotizzabili, concentrando tutte le ipotesi verso la norma speciale. E in base a tale norma speciale, in ragione del predetto squilibrio di interessi a seguito del divieto dell’esercizio delle attività sportive, il conduttore ha diritto, limitatamente alle mensilità da marzo a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone nella misura presunta della metà, salva la prova di un diverso ammontare a carico dell’altra parte.

4. *Alcune previsioni specifiche del legislatore dell’emergenza: in particolare, contratti di finanziamento, appalti, contratti del mondo della cultura, dei trasporti e del turismo.*

Sempre il decreto “cura Italia” (d.l. n. 18/2020) ha previsto altresì “misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario”, fra cui possono essere in particolare ricordate, in favore delle PMI e nei confronti di banche e altri intermediari finanziari²⁴, le seguenti:

a) per le aperture di credito gli importi accordati non possono essere revocati in tutto o in parte fino al 31 gennaio 2021;

b) per i prestiti non rateali con scadenza contrattuale prima del 31 gennaio 2021 i contratti sono prorogati fino al 31 gennaio 2021 alle medesime condizioni;

c) per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale, il pagamento delle rate o dei canoni di *leasing* in scadenza prima del 31 gennaio 2021 è sospeso sino al 31 gennaio 2021 e il piano di rimborso delle rate o dei canoni oggetto di sospensione è dilazionato.

Volgendo ora l’attenzione al tema degli appalti, si è previsto²⁵ che, nei contratti tra privati, “in corso di validità”²⁶ dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 luglio 2020, aventi ad oggetto l’esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura, i termini di inizio e fine lavori si in-

²⁴ Art. 56, d.l. n. 18/2020, successivamente modificato dalla legge di conversione n. 27/2020 e dall’art. 65, d.l. 104/2020. Sul tema, cfr. SANGIOVANNI, *Mutui fondiari e leasing immobiliari d’impresa nell’emergenza da Covid-19*, cit., p. 384 ss.

²⁵ Art. 103, comma 2-ter, d.l. n. 18/2020.

²⁶ Così il testo della disposizione, con locuzione peculiare.

tendono prorogati di 90 giorni. Inoltre, in deroga ad ogni diversa previsione contrattuale, il committente è tenuto al pagamento dei lavori eseguiti sino alla data di sospensione dei lavori: previsione di immediata esigibilità (parziale) del corrispettivo che deroga al disposto dell'art. 1665 c.c., secondo cui il prezzo è dovuto, di regola, a seguito dell'accettazione dell'opera completata. Non poche perplessità ha sollevato questa norma, che potrebbe causare difficoltà ai committenti, costretti a pagare immediatamente, anche in contrasto con differenti termini di pagamento originariamente previsti nel contratto.

Particolari previsioni, di carattere temporaneo, riguardano poi il mondo della cultura e quello dei trasporti e del turismo²⁷.

Sotto il primo aspetto, l'art. 88 del decreto "cura Italia" (d.l. n. 18/2020) – disposizione successivamente modificata per opera del d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77/2020 – prevede che «*A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 e comunque in ragione degli effetti derivanti dall'emergenza da Covid-19, a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto e fino al 30 settembre 2020, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura*».

La norma, tuttavia, prosegue introducendo una deroga alla disciplina ordinaria della impossibilità *ex art.* 1463 c.c. (da cui seguirebbe la risoluzione del contratto e la restituzione della prestazione eventualmente già eseguita).

²⁷ In argomento, cfr. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit.; IRTI, *"Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, cit., p. 458 ss.; PEPE, *L'emergenza sanitaria da Coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero*, cit., p. 596 ss.; PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del Coronavirus*, cit., p. 592 ss.; SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit.; SENIGAGLIA, *"Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo post-emergenziale*, cit., p. 468 ss.

Infatti, si prevede che, di fronte alla richiesta del soggetto acquirente che domandi il rimborso, l'organizzatore dell'evento provvede al rimborso o alla emissione di un voucher di importo pari al prezzo del titolo di acquisto, da utilizzare entro diciotto mesi dall'emissione. Dunque, in base a questa previsione (derogatoria rispetto ai principi) il prestatore del servizio può unilateralmente decidere se determinare lo scioglimento del contratto o tenerlo in vita con contenuto modificato. La *ratio* della previsione appare quella di evitare che gli operatori debbano fronteggiare una mole enorme di richieste di rimborsi pecuniari, difficilmente sostenibile dal punto di vista finanziario. Peraltro, a seguito di modifica recata dalla legge n. 77/2020, di conversione del d.l. n. 34/2020, la norma prevede ora altresì che «*L'organizzatore di concerti di musica leggera provvede, comunque, al rimborso dei titoli di acquisto, con restituzione della somma versata ai soggetti acquirenti, alla scadenza del periodo di validità del voucher quando la prestazione dell'artista originariamente programmata sia annullata, senza rinvio ad altra data compresa nel medesimo periodo di validità del voucher. In caso di cancellazione definitiva del concerto, l'organizzatore provvede immediatamente al rimborso con restituzione della somma versati*».

L'articolo seguente (88-bis) del decreto "cura Italia" (d.l. n. 18/2020), rubricato "*Rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici*" prevede anch'esso il ricorrere, ai sensi dell'art. 1463 c.c., della sopravvenuta impossibilità della prestazione in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati, fra l'altro, dai soggetti risultati positivi al Covid-19 o nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena, o dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio ecc.

Anche in relazione a queste ipotesi, viene stabilito che il vettore o la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio e per il soggiorno, ovvero all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro diciotto mesi²⁸

²⁸ Il termine – originariamente di un anno – risulta così esteso a seguito delle modifi-

dall'emissione²⁹. Analoga è la previsione per gli organizzatori di pacchetti turistici, i quali, di fronte all'esercizio del recesso da parte del turista o nel caso di proprio recesso hanno la possibilità, in alternativa al rimborso, di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, oppure inferiore con restituzione della differenza di prezzo, o di emettere un voucher, da utilizzare entro diciotto mesi dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante.

Torna dunque anche in questa serie di ipotesi l'alternativa fra scioglimento del contratto o sua manutenzione con contenuto modificato, rimessa alla scelta unilaterale del vettore, dalla struttura ricettiva o dall'organizzatore del pacchetto turistico.

Una scelta del tutto analoga ha fatto il legislatore nel decreto "rilancio" (d.l. n. 34/2020) con riguardo ai contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo³⁰.

che apportate dalla legge di conversione n. 27/2020.

²⁹ Inoltre, in base al comma 5 dell'art. 88-bis, d.l. n. 18/2020 (come modificato dalla legge di conversione n. 27/2020 e dalla legge n. 77/2020 di conversione del d.l. n. 34/2020), «Le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 possono offrire all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procedere al rimborso del prezzo o, altrimenti, possono emettere un voucher, da utilizzare entro diciotto mesi dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante».

³⁰ Art. 216, comma 4, d.l. n. 34/2020, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate con la legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77: «A seguito della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento, anche di durata uguale o superiore a un mese, per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile. I soggetti acquirenti possono presentare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, istanza di rimborso del corrispettivo già versato per tali periodi di sospensione dell'attività sportiva, allegando il relativo titolo di acquisto o la prova del versamento effettuato. Il gestore dell'impianto sportivo, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al periodo precedente, in alternativa al rimborso del corrispettivo, può rilasciare un voucher di pari valore incondizionatamente utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle predette misure di sospensione dell'attività sportiva».

Non poche sono state le riserve espresse in relazione a tali deroghe – oltretutto non prive di punti di frizione con la disciplina di matrice europea – dato che il contraente che non riceve la prestazione convenuta appare “forzatamente” chiamato ad assumere una posizione che si avvicina a quella di un “finanziatore” della controparte.

Va peraltro sottolineato, in relazione alle previsioni di cui all’art. 88-*bis* del decreto “cura Italia” (d.l. n. 18/2020), che con la legge n. 77/2020 di conversione del decreto “rilancio” (d.l. n. 34/2020) è stata introdotta la disposizione in base alla quale «*decorsi diciotto mesi dall’emissione, per i voucher non usufruiti né impiegati nella prenotazione dei servizi di cui al presente articolo è corrisposto, entro quattordici giorni dalla scadenza, il rimborso dell’importo versato. Limitatamente ai voucher emessi, in attuazione del presente articolo, in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestri, il rimborso di cui al secondo periodo può essere richiesto decorsi dodici mesi dall’emissione ed è corrisposto entro quattordici giorni dalla richiesta*» (art. 88-*bis*, comma 12-*bis*, secondo periodo, d.l. n. 18/2020).

5. Rilievi conclusivi.

A conclusione di questa breve panoramica, è inevitabile porsi la domanda su quale debba essere il ruolo del diritto privato, specie contrattuale, nel contesto che stiamo vivendo.

Con opinioni anche frontalmente contrapposte gli interpreti discutono se il diritto privato generale, e in particolare il diritto privato delle obbligazioni e dei contratti, possa e debba (*de iure condito* e/o *de iure condendo*) intervenire per correggere gli squilibri economici determinati dall’emergenza sanitaria; o se, al contrario, non sia più appropriato intervenire con altri mezzi, per esempio gli strumenti del diritto della crisi d’impresa.

La strada da preferire, a mio avviso, è la seconda.

Da una parte, invero, non sembra facilmente contestabile la necessità di interventi del legislatore diretti a contenere il più possibile gli effetti negativi dell’emergenza sanitaria sull’economia: interventi che possono e debbono essere netti, incisivi e addirittura straordinari, come straordinaria è l’entità dell’emergenza sanitaria

che l'Italia e il resto del mondo fronteggiano. Parrebbe che sotto questo aspetto sia il diritto pubblico (tributario e della crisi di impresa in particolare) il miglior candidato³¹.

D'altro lato, contro la tentazione di caricare di troppe aspettative lo strumento del diritto privato generale (specie quello contrattuale) non va sottovalutato il rischio per la stessa "tenuta" degli istituti civilistici. Il pericolo è che soluzioni fortemente influenzate dalla crisi – ma che apparirebbero sbilanciate al di fuori di un quadro emergenziale – si cristallizzino oltre i tempi della pandemia. Un rischio, questo, che si presenta soprattutto in relazione a possibili interventi normativi urgenti che incidano nel vero e proprio nucleo sistematico del diritto privato generale. Ciò, lungi dal rappresentare una spinta per la ripresa economica, potrebbe porre insidiosi problemi destinati a rivelarsi gradualmente con il ritorno alla normalità.

Naturalmente, singoli e mirati interventi del legislatore³² di ordine privatistico possono risultare opportuni a evitare una generalizzata deflagrazione dei rapporti contrattuali in questo periodo di crisi. Purtuttavia deve trattarsi di una disciplina di cui sia ben precisata l'eccezionalità e la temporaneità; che sia circoscritta nel proprio ambito di applicazione ed esclusivamente orientata ad arginare le più severe conseguenze della pandemia sulle relazioni contrattuali. La norma eccezionale deve esaurire la propria funzione non appena il contesto economico torni ad assumere parametri di "normalità", pena la crisi dei principi che sorreggono e preservano le relazioni contrattuali, le quali non possono sopravvivere se non in un contesto di certezza e stabilità dei rapporti giuridici.

³¹ Cfr. le considerazioni di NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., p. 93, sull'auspicabile coordinamento degli interventi pubblicistici e delle regole di diritto privato.

³² Secondo la condivisibile opinione di SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., p. 9, «l'emergenza che stiamo vivendo richiede soprattutto l'intervento del legislatore, che introduca regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo, così da circoscrivere quanto più possibile il contenzioso»; l'A. parla della necessità di «un autentico diritto dei contratti dell'emergenza».

NICOLA LUCIFERO
Professore associato di diritto agrario
Università di Firenze

IL CONTRATTO DI CESSIONE DEI PRODOTTI AGRICOLI E ALIMENTARI NEL CONTESTO NORMATIVO RIFORMATO DAL D. LGS. 198/2021

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. Inquadramento: il problema, la sua contestualizzazione e l'evoluzione della disciplina; - 3. (*segue*) Trattative contrattuali, tutela della concorrenza e pratiche commerciali sleali; - 4. La dir. (UE) 633/2019 e la tutela minima accordata ai "fornitori" in posizione di dipendenza economica; - 5. Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari: principi ed elementi essenziali; - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il d.lgs. 198 del 8 novembre 2021 rappresenta, indubbiamente, un intervento normativo particolarmente significativo sul piano sistemico oltre che per il suo impatto nelle relazioni commerciali tra imprese che operano lungo la filiera agroalimentare e per le rilevanti modifiche che esso determina nella tradizionale disciplina delle relazioni produttive e commerciali.

Previsto in attuazione della dir. (UE) 2019/633 del 17 aprile 2019, il d.lgs. 198/2021, ai sensi dell'art. 1, co. 1, reca disposizioni per la disciplina dei rapporti contrattuali e, al contempo, per il contrasto delle pratiche commerciali sleali unilateralmente imposte nelle relazioni tra acquirente e fornitore di prodotti agricoli e alimentari. Un intervento non estemporaneo ed isolato, ma che a ben vedere si colloca quale ulteriore ed ultimo momento di un processo normativo avviato a livello europeo circa una decina di anni passati per il contrasto alle pratiche scorrette lungo la filiera agroalimentare per gli effetti distorsivi che tali atti determinano sul

funzionamento del mercato a causa dell'ingiustificato squilibrio contrattuale tra le parti. Se *prima face* l'intervento riformista sembrerebbe porsi in linea con l'art. 62 della l. 27/2012¹, in quanto si incentra anch'esso su due fondamentali ambiti di intervento – da un lato, il c.d. neo-formalismo contrattuale attraverso la previsione di requisiti di forma e di contenuto dell'atto e, dall'altro, la tutela contro lo sfruttamento del potere negoziale nell'ambito delle relazioni di filiera perseguita attraverso la predisposizione delle regole e della garanzia della loro osservanza mediante una attività di controllo successivo sull'attività svolta confluyente, eventualmente, in un procedimento sanzionatorio – va detto che il d.lgs. 198/2021, pur con i limiti di cui si dirà, evidenzia una precisa evoluzione sul piano disciplinare che sembra andare oltre il semplice contrasto alle pratiche commerciali sleali.

Infatti, anticipando la linea interpretativa che in questa sede si intende adottare, va osservato che il contratto di cessione è assunto, attraverso le regole adottate dal d.lgs. 198/2021, quale strumento di regolazione del mercato agroalimentare, a prescindere dalla verifica in concreto dello squilibrio economico, e più precisamente della filiera agroalimentare. D'altronde, le relazioni di filiera *business to business* rappresentano il luogo privilegiato ove possono trovare luogo tali distorsioni a fronte di una molteplicità di fattori congeniti al mercato di riferimento e dettato, in primo luogo, dalle profonde disuguaglianze che coinvolgono gli attori della filiera (*i.e.* agricoltore, industria e distributore), e quindi l'attività produttiva da

¹ Convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2012 n. 27, successivamente modificato dall'art. 36 *bis* del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221 e, da ultimo, con il d.l. 5 maggio 2015 n. 51, convertito con modificazioni in legge 2 luglio 2015 n. 9. La normativa si completava con il regolamento di attuazione dell'art. 62 di cui al d.m. MiPAAF 19 ottobre 2012 n. 199 che costituisce *norme ad applicazione necessaria* ai sensi dell'art. 9 del Reg. (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Inoltre, relativamente ai procedimenti di competenza dell'AGCM in materia, trova applicazione la Delibera AGCM 6 febbraio 2013, n. 24220, *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di disciplina delle relazioni commerciali concernenti la cessione di prodotti agricoli e alimentari*.

essi svolta; distorsioni che si riflettono anche sul piano economico e quindi sul mercato. Una differenza significativa che rileva sul piano dimensionale, oltre che sul fatturato, sulla dipendenza economica oppure sui costi di produzione talvolta irrecuperabili, che finisce inevitabilmente per coinvolgere il contratto di cessione, e più in particolare la ripartizione del valore del prodotto² condizionando non solo le relazioni giuridiche, ma anche il funzionamento del mercato.

Ora, seguendo l'indicazione della più autorevole dottrina che invita l'interprete a valutare il fenomeno in esame nella totalità del sistema in cui trova applicazione avuto riguardo alla disciplina della concorrenza, dei contratti e delle obbligazioni, occorre osservare che il tema si colloca nel più ampio contesto del sistema delle relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare che caratterizzano le molteplici fasi della filiera, dalla produzione fino al consumo dell'alimento ("*from farm to fork*"), quale ulteriore frammento di quel processo di strutturazione del mercato agroalimentare da tempo in atto, frutto di una disciplina conformatrice di questo specifico settore dell'economia³.

² Sul punto significativo è resta, a tacer d'altro, il Parere del Comitato europeo delle Regioni, *Pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare* (2018/C – 387/09) reso nella 130° sessione plenaria del C.d.R., 4 luglio 2018 – 5 luglio 2018 ove si rileva che “attualmente il valore di un prodotto agricolo è così ripartito: l'agricoltore ne percepisce in media il 21 %, il trasformatore il 28 % e il distributore il 51 %”. In dottrina, JANNARELLI, *Prezzi dei prodotti agricoli nei rapporti di filiera e rispetto dei costi medi di produzione tra illusioni ottiche ed effettiva regolarizzazione del mercato: cronache amare dal Bel Paese*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 559.

³ L'indagine sulla “strutturazione” giuridica del mercato nel sistema agroalimentare ed in particolare sui rapporti contrattuali tra gli operatori della filiera si deve, principalmente, a JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto Privato Europeo*, vol. II, tomo 2, Milano, 2008, pp. 493-496, il quale osserva come il processo da tempo in atto si segnali per la formazione a livello europeo e per singoli comparti produttivi per un mercato che si attua attraverso l'introduzione delle fondamentali “regole del gioco”. Il processo di strutturazione giuridica dei mercati è guidato dal potere legislativo, e giurisdizionale, delle Istituzioni europee, con la particolare conseguenza che la strutturazione del mercato non interviene in un vuoto normativo, bensì in un

2. Inquadramento: il problema, la sua contestualizzazione e l'evoluzione della disciplina.

La definizione della disciplina del contratto di cessione di prodotti agricoli ed alimentari, di cui all'art. 3 d.lgs. 198/2021, trova il suo principale punto di riferimento nel contesto dell'evoluzione della legislazione in materia di pratiche commerciali sleali. Pertanto, si ritiene che l'interpretazione della norma non possa prescindere da un approccio di tipo analitico delle disposizioni di riferimento, attraverso la loro evoluzione, che tenga in considerazione le fonti, anche attraverso la loro evoluzione, e il mercato di riferimento.

In particolare, lo sviluppo della disciplina muove dagli atti non vincolanti in seno alle Istituzioni europee nei riguardi delle pratiche scorrette che per prime hanno messo in luce le disfunzioni della filiera agroalimentare nel mercato interno. L'interesse delle Istituzioni verso questo fenomeno nasce dalla presa d'atto di taluni fatti, quali la concentrazione delle imprese a livello industriale e l'integrazione verticale, la fluttuazione dei prezzi delle *commodities*, nonché il divario crescente del settore industriale rispetto a quello agricolo rimasto, generalmente, caratterizzato da una frammentazione delle imprese e da un individualismo estremo sul mercato – determinato dall'abbandono da parte della politica agricola comune (“Pac”) del tradizionale sistema volto a proteggere gli agricoltori attraverso la fissazione di prezzi amministrati per i prodotti agricoli, nonché all'ingresso del disaccoppiamento nel sistema di aiuti sui prezzi, ed una adeguata difesa degli stessi dalla concorrenza di produttori provenienti da paesi terzi – ove gli imprenditori agricoli operano privi della forza economica occorrente per competere a pari livello con i *partner* industriali, in un contesto, peraltro, globale.

sistema nel quale i Paesi membri hanno già la propria disciplina di mercato, così modificando regole vecchie o producendo regole nuove (cfr. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, pp. 53 e ss.) in una prospettiva di regole a governo del mercato. Ancora, segnatamente al mercato agroalimentare, JANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agroalimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011.

Merita da subito puntualizzare che l'attenzione delle Istituzioni europee nel tempo non si è limitata a mettere in risalto una criticità che connota da sempre il sistema agroalimentare, quale la diversità del potere contrattuale delle imprese agricole rispetto a quelle industriali, ma si è incentrata sul funzionamento della filiera alimentare la quale, a fronte di alcuni fenomeni diversi tra loro, ha evidenziato nuovi *decifit* e acuito le tradizionali debolezze del settore primario. L'interesse dell'Unione europea è rivolto all'efficienza del sistema di filiera, piuttosto che alla disciplina del singolo rapporto tra professionisti che pur ne costituisce un elemento essenziale, perché riveste una importanza strategica nel mercato dei prodotti agroalimentari assicurando l'accesso al mercato dei prodotti agricoli attraverso la concorrenza tra imprese, oltre a regole di trasparenza e di sicurezza degli alimenti.

Definite, per la prima volta, come le pratiche che si discostano fortemente dalla buona condotta commerciale, le pratiche commerciali sleali sono quelle in contrasto con i principi di buona fede e della correttezza e in situazioni di squilibrio negoziale sono imposte dal detentore del maggior potere contrattuale sulla parte più debole e possono esistere su entrambi i lati del rapporto tra imprese e in ogni fase della filiera⁴. Esse si collocano su un tessuto economico e sociale estremamente favorevole all'abuso del potere contrattuale come è quello agricolo, posto che vi è una marcata dipendenza economica del settore agricolo da quello industriale per la sostanziale difficoltà dell'agricoltore nel cambiamento del *partner* commerciale, a cui si somma il divario economico delle imprese oltre alla stagionalità del prodotto, fattore quest'ultimo che limita certamente la durata delle negoziazioni. Il rilievo di tali pratiche sta nel fatto che vanno ad incidere sulla libertà contrattuale

⁴ Cfr. *Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa* del 31 gennaio 2013, [COM (2013) 37 def.]. In dottrina, per un primo commento, COSTANTINO, *La tutela del contraente debole nelle relazioni lungo la filiera agro-alimentare nelle più recenti esperienze giuridiche europee e statunitensi*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, 166; sia altresì lecito rinviare a LUCIFERO, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agroalimentare*, Milano, 2017.

dell'imprenditore agricolo, ed in particolare possono dare origine a pratiche commerciali abusive da parte dell'impresa con il maggiore potere negoziale con l'imposizione di condizioni unilaterali alla parte più debole nelle trattative precontrattuali, oppure possono essere incorporate quali nuove clausole durante la vigenza del contratto, influenzando in modo eccessivo il rapporto commerciale per favorire esclusivamente gli interessi economici della parte più forte.

Il tentativo di delineare un quadro analitico passa attraverso la disamina degli atti di *soft law* che si sono susseguiti nell'ultimo decennio e che, pur non essendo vincolanti, trattandosi per lo più di raccomandazioni e pareri, non consentono di escludere qualsiasi effetto giuridico. Tale quadro si articola in due principali momenti storici che hanno segnato l'intervento delle Istituzioni europee: il primo, caratterizzato principalmente dalla presa d'atto del problema e dalla ricognizione delle criticità interne al funzionamento della filiera, si conclude con l'emanazione del Libro Verde della Commissione del gennaio 2013⁵; il secondo, incentrato sulle

⁵ Il primo interesse a questo fenomeno si deve al parere del Comitato economico e sociale [Parere del Comitato economico e sociale europeo del 7 aprile 2005, *La grande distribuzione: tendenze e conseguenze per agricoltori e consumatori* (2005/C 255/08)] che, pur focalizzato sulla grande distribuzione, e sull'evoluzione che questa ha avuto negli Stati membri, si prospetta in una logica di filiera in quanto mette in risalto le criticità e i benefici del settore della distribuzione per le imprese agricole e i consumatori. Sotto la spinta dei mutamenti socioeconomici degli ultimi decenni, e a fronte del diverso modo di atteggiarsi dei consumatori sul mercato, il sistema della grande distribuzione ha saputo in breve tempo accrescere l'offerta combinata a servizi e prodotti a fronte di una considerevole concentrazione di tutto il settore della distribuzione in grandi gruppi societari (questi operano, sostanzialmente, in varie forme: ipermercati, centri di grandi dimensioni, fino a 10.000 mq; supermercati, punti vendita *self-service* con una area di vendita fino a 3.500 mq; *discount*, punti vendita *self-service* di grande semplicità con una gamma più limitata di prodotti di ampio smercio). Se da un lato, questa evoluzione ha portato la grande distribuzione a garantire una ampia scelta e una varietà di prodotti, peraltro in modo continuo e costante, in un solo punto vendita, dall'altro ha indubbiamente accresciuto il potere negoziale nei confronti dei fornitori. Oltre a comprimere i prezzi di acquisto, la grande distribuzione ha acquisito un considerevole potere di imporre ai fornitori obblighi contrattuali quali la fornitura in esclusiva, la certificazione privata per garantire l'omogeneità del prodotto, contributi per

pratiche commerciali sleali e, in particolare, sulla valutazione delle norme definite dagli interventi degli Stati membri e sugli strumenti di controllo e di intervento, si conclude con le due Comunicazioni della Commissione, rispettivamente del luglio 2014 e del gennaio 2016.

Se il Libro Verde del 31 gennaio 2013 rappresenta senza alcun dubbio l'indagine più completa effettuata in quel momento dalla Commissione europea sul fenomeno in esame, va detto che gli anni precedenti avevano visto l'istituzione di un Forum di alto livello

l'immissione dei prodotti nel listino e per la collocazione sugli scaffali, oppure sconti retroattivi su merce già venduta, contributi di entità ingiustificata per le spese di pubblicità, nonché, da ultimo, la vendita dei prodotti con marchio proprio (il c.d. "*private label*") che produce l'effetto di diminuire sensibilmente il prezzo degli alimenti ai fornitori. La prima Comunicazione della Commissione [Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 28 ottobre 2009, *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa* (COM (2009) 591 def.)] relativa al funzionamento della filiera alimentare in Europa trae origine dalla fluttuazione dei prezzi della materia prima e degli alimenti che ha caratterizzato l'ultimo decennio. L'indagine della Commissione muove da una precedente analisi tecnica [Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 9 dicembre 2008, *I prezzi dei prodotti alimentari in Europa* (COM (2008) 821)] da cui la presa d'atto che i prezzi delle materie prime agricole si sono innalzati e, conseguentemente, anche i prezzi degli alimenti alla produzione e al consumo. Il fenomeno, in particolare, si è caratterizzato per una considerevole divergenza nell'andamento dei prezzi: mentre quelli delle materie prime agricole hanno subito un crollo, verificatosi intorno al 2008, i prezzi della produzione degli alimenti hanno continuato ad aumentare. La Commissione non indaga in modo approfondito le cause della fluttuazione dei prezzi ma, correttamente, lega tali cause all'efficienza delle relazioni di filiera e si sofferma sugli effetti che tale fenomeno produce tra gli operatori lungo la filiera accentuando il loro diverso potere negoziale, al punto da dare luogo a pratiche commerciali sleali ai diversi livelli della filiera con comportamenti che possono incidere anche sul piano della concorrenza. Gli squilibri contrattuali uniti all'ineguale potere negoziale si ripercuotono sulla competitività della filiera alimentare, obbligando in tal modo gli operatori piccoli, ma efficienti, a cedere il prodotto con minori margini di beneficio limitando in tal modo la capacità e gli incentivi di investire sull'impresa e sulla qualità del prodotto.

per il migliore funzionamento della filiera alimentare⁶, che ha dato luogo ad un elenco di principi di buone prassi tra imprese e ha messo in luce l'esigenza di alcuni requisiti sostanziali, oltre che formali, del contratto tra imprese (*i.e.* forma scritta, l'uso di tecniche contrattuali giuste, ripartizione del rischio tra le parti del contratto). Inoltre, vi era stato il susseguirsi di risoluzioni del Parlamento europeo a dimostrazione della preoccupazione delle Istituzioni per il funzionamento della catena alimentare in Europa e per le criticità emerse a carico degli agricoltori⁷.

Con il Libro Verde, le pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare entrano nel vivo del dibattito giuridico. Al centro dell'intervento della Commissione vi è la consapevolezza che l'impresa agricola, in quanto soggetto nella catena di fornitura economicamente più debole e contrattualmente fragile, subisca il potere contrattuale dell'impresa più forte, restandole la sola scelta se aderire o meno allo schema negoziale unilateralmente predisposto; cosicché emerge l'esigenza di regolamentare a livello europeo l'intera filiera nei rapporti contrattuali tra gli operatori coinvolti. In altri termini, attraverso la logica di filiera si intende focalizzare l'attenzione sulla struttura dei rapporti negoziali a monte e a valle dell'attività agricola, eliminando le pratiche commerciali sleali e definendo linee di intervento per attuare una strategia efficace. In questa prospettiva vengono considerati gli effetti diretti e indiretti che le pratiche commerciali sleali possono provocare: queste, infatti, non solo possono incidere negativamente nell'ambito dei rapporti tra imprese, ma potrebbero comportare inefficienze della filiera alimentare con aggravio dei costi degli alimenti al consumatore,

⁶ Cfr. Decisione della Commissione del 30 luglio 2010 che istituisce il *Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare* (2010/C 210/03), parzialmente modificata dalla Decisione della Commissione del 19 dicembre 2012. Compito del *Forum* è assistere la Commissione nell'elaborazione della politica industriale nel settore agroalimentare, e nell'indicare nuove azioni mirate da intraprendere.

⁷ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 7 settembre 2010, *Redditi equi per gli agricoltori: migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa* (2011/C 308 E/04); Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2013, *Squilibri della catena alimentare* (2013/C E/03).

effetti negativi sull'accesso a nuovi mercati oppure ad attività transfrontaliere, nonché sprechi alimentari.

Ebbene, nel contesto ora tracciato, e complice la significativa attenzione rivolta al tema dalle Istituzioni europee, il legislatore italiano ha adottato una norma speciale volta a disciplinare le relazioni tra imprese lungo la filiera agroalimentare⁸: l'art. 62 rappresenta il primo intervento legislativo che sostanzialmente si incentra su due ambiti disciplinari attinenti alle relazioni tra gli operatori di filiera: i contratti di cessione, e quindi le regole destinate a disciplinare il tipo contrattuale (commi 1, 3, 4, 5, 7 e 8) e le relazioni commerciali sleali [*rectius*: asimmetriche] tra operatori economici (commi 2 e 8). La volontà del legislatore – si deve credere – sembra inquadrarsi nel filone degli interventi atti a regolare le relazioni commerciali tra imprenditori, caratterizzate da asimmetria di potere contrattuale⁹, così escludendo

⁸ Si osservi che in quel momento storico non vi era un quadro normativo unitario a livello di diritto europeo, posto che agli atti di *soft law* hanno fatto seguito interventi differenziati principalmente dei legislatori interni. E ciò ai sensi dell'art. 168 del Reg. (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, da ultimo modificato dal Reg. (UE) 2021/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, che, con carattere generale, rimetteva la scelta dell'intervento normativo a livello nazionale, restando in tal modo ai margini della regolamentazione delle relazioni di filiera. Da parte loro, gli interventi normativi nazionali muovono, sostanzialmente, nella direzione di disciplinare il contratto in funzione del mercato. Infatti, è dal mercato che nasce l'esigenza di affrontare la questione delle pratiche commerciali sleali che le Istituzioni europee, seppur con ritardo e con un approccio diverso del Parlamento rispetto a quello della Commissione, hanno posto sotto la loro lente, esaminandone le cause che ne sono alla base e gli effetti nocivi che esse determinano sull'imprenditore agricolo e, in generale, sulle relazioni di filiera.

⁹ L'impostazione dell'art. 62 ha portato la dottrina a sostenere che la norma costituisca un nuovo momento della teoria sulla contrattazione d'impresa asimmetrica, riconducibile al c.d. "terzo contratto"; teoria che ad esso collega il contratto che caratterizza l'imprenditore debole, secondo la logica che vede i rapporti tra professionisti soggetti a regolazione protettiva se e nella misura in cui sono causa di un fallimento del mercato (TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contratto e impresa*, 2013, 91; PARDOLESI, *I contratti funzionali alla circolazione e alla gestione di beni e servizi*, in Gitti, Maugeri e Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012, 120), ma

dall'applicazione dell'art. 62 ai rapporti tra imprese e consumatori. La *ratio* della tutela affidata alla trasparenza del contenuto economico del contratto appariva finalizzata, tra l'altro, ad assicurare la proporzionalità e reciproca corresponsività delle prestazioni in funzione del contraente debole in tali relazioni, senza però specificare, data l'ampiezza dell'area di intervento¹⁰, se tale soggetto coincidesse sempre e soltanto con il fornitore ovvero all'acquirente¹¹.

con il sottinteso stringente che trattasi di una rappresentazione circoscritta ad un settore merceologico ben definito [PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in D'Amico e Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015, pp. 154-144]. La tecnica legislativa utilizzata per le relazioni contrattuali agro-alimentari – a ben vedere – è la medesima fino ad oggi adottata per la subfornitura (l. 192/1998), per l'affiliazione commerciale (l. 129/2004), per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 231/2002, modificato da l. 192/2012), tutti espressione di relazioni contrattuali asimmetriche (BENEDETTI-BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 641). Relativamente alla tesi sul "terzo contatto", che abbraccia una congerie di rapporti diversi, priva sostanzialmente di un paradigma unitario, che possa farlo assurgere a categoria, v. in dottrina, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 65; GITTI-VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, p. 370. Sul tema, particolare attenzione merita la prospettazione di una diversa tesi – a cui si crede di doversi rifare – di VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 797, secondo cui le istanze di protezione non possono essere ridotte alle forme del contraente debole e delle asimmetrie di potere; ancora dello stesso A., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 1190.

¹⁰ L'ambito di operatività della norma, quindi, interessava i rapporti tra imprenditori e prevedeva una disciplina unica per la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, da cui restavano esclusi i contratti che, pur avendo ad oggetto tali prodotti, risultavano conclusi tra imprenditori agricoli (art. 36, comma 6, d.l. 179/2012, come modificato in conversione dalla l. 221/2012).

¹¹ In dottrina è ampia la letteratura, si veda, *ex multis*, JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 545; GERMANÒ, *Sul contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. e giur. agr., alim. e dell'amb.*, 2012, p. 379; ID., *Ancora sul contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari: il decreto ministeriale*

L'intervento legislativo, quindi, investe diversi profili inerenti la formazione, oltre che la forma e il contenuto del contratto, e quelli relativi alle regole di comportamento che riguardano le modalità di svolgimento della relazione contrattuale. La norma si presentava a "struttura elastica" sicché, per le motivazioni anzidette, risulta carente di una puntuale configurazione della fattispecie o di un tipo contrattuale di riferimento¹²; inoltre, va osservato che l'art. 62 non si pone quale norma dirigitica dell'autonomia contrattuale e con limiti di contenuto del contratto, ma quale disposizione che riflette una *ratio* e una finalità ben precise, ossia quella di (tentare di) dominare una strutturale asimmetria di potere contrattuale tra coloro che producono e gli industriali che trasformano e distribuiscono i prodotti agricoli e alimentari¹³, attraverso interventi in specifici ambiti per riequilibrare i rapporti all'interno del sistema agroalimentare.

L'art. 62 fissa – in particolare – i requisiti di forma e contenuto dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari conclusi tra imprenditori. In particolare, prevede obbligatoriamente la forma scritta dei contratti, indicando al contempo i suoi elementi essenziali ed indefettibili¹⁴ rappresentati dalla durata, dalla

applicativo dell'art. 62 del d.l. 1/2012, in *Dir. e giur. agr., alim. e dell'amb.*, 2013, p. 524; TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, op. cit., p. 91; ALBISINNI, *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce il MiPAAF e l'AGCM*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 3, 2013, p. 33; RUSSO, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (e quelli di cessione del latte crudo): nuovi tipi contrattuali per il mercato agroalimentare* in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, 211; sia lecito rinviare anche a LUCIFERO, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agroalimentare*, op. cit., p. 122-146.

¹² Così PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, pp. 152-153.

¹³ In tal senso TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, op. cit., pp. 127-129; sul punto ancora, GERMANÒ, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli*, in Germanò e Rook Basile (a cura di), *I contratti agrari*, Torino, 2013, p. 161; ALBISINNI, *Cessione dei prodotti agricoli e agro-alimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 2, 2012, p. 15.

¹⁴ Sul punto GERMANÒ, *I contratti di cessione dei prodotti agricoli*, op. cit., p. 174.

quantità, e dalle caratteristiche del prodotto compravenduto, il prezzo, le modalità di consegna e i termini di pagamento. Oltre alle disposizioni formali e sostanziali è disposto che i contratti debbano essere improntati a “principi” di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti. La previsione risponde all’esigenza di fornire al cessionario uno strumento di trasparenza e chiarezza, oltre che una garanzia di certezza del contenuto contrattuale. In altri termini, è il legislatore che impone – attraverso norme imperative – il contenuto della relazione contrattuale che riflette nell’accordo scritto l’essenza dell’operazione economica con una decisa eterodeterminazione del contenuto negoziale¹⁵. Lo scopo è quello di garantire maggiore trasparenza nei rapporti tra i diversi operatori della filiera, attraverso la definizione di una griglia normativa sulla base del quale avviene la cessione – che, in estrema sintesi, riflette il paradigma della vendita – ed eliminando posizioni di ingiustificato squilibrio contrattuale tra le parti.

Non può non osservarsi come la norma, ora abrogata, abbia perso la sua forza coercitiva non solo per le imperfezioni del dettato legislativo, ma altresì per aver risolto l’applicazione quotidiana attraverso il ricorso a “forme equipollenti”, ossia il mero richiamo normativo sui documenti relativi alla transazione, facendo venir meno il formalismo negoziale a cui il legislatore propendeva e non perseguendo l’equilibrio auspicato nelle relazioni di filiera¹⁶.

3. (segue) Trattative contrattuali, tutela della concorrenza e pratiche commerciali sleali.

¹⁵ In tal modo, con il formalismo contrattuale si assicurano al contraente che soffre di debolezza economica per asimmetria informativa o per squilibrio di potere negoziale elementi precisi sulla base dei quali valutare anticipatamente e con cognizione di causa i margini di convenienza della transazione che intende porre in essere. In questi termini, GERMANÒ, *op. ult. cit.*, pp. 173-174.

¹⁶ Come peraltro dimostrato dall’assenza di un contenzioso in sede civile. Si contano pochi procedimenti in seno all’AGCM ha avviato alcuni procedimenti per l’accertamento delle condotte ritenute illecite *ex art. 62*, tra cui si rammenta la commercializzazione del grano Senatore Cappelli – provv. 27991 del 12 novembre 2019; Coop – GDO/Panificatori – provv. 27821 del 27 giugno 2019, a cui si aggiungono le indagini sui prezzi dei prodotti agricoli.

A ben vedere, l'ambito di intervento a cui il legislatore ha inteso riferirsi – e che trova conferma nella legislazione più recente – si riferisce ai rapporti di filiera aventi ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari dettando regole di trasparenza del contenuto economico del contratto oltre che proporzionalità e reciproca corresponsività delle prestazioni. Una prospettiva che non vuole sovrapporsi alle regole speciali per la concentrazione dell'offerta nelle relazioni verticali¹⁷, attraverso l'associazionismo agricolo e gli accordi interprofessionali, rese possibili dalle disposizioni di rango costituzionale del TFUE che, tramite l'art. 42 formula l'assetto concorrenziale assegnato all'agricoltura, quale insieme complesso di regole strumentali al perseguimento degli obiettivi della Pac delineati dall'art. 39 TFUE con il fine precipuo di rafforzare il potere contrattuale degli imprenditori agricoli nei confronti delle grandi imprese commerciali mediante una organizzazione associativa capace di concentrare l'offerta e di negoziare condizioni contrattuali maggiormente vantaggiose a beneficio degli associati¹⁸.

¹⁷ Da un lato, l'integrazione verticale, che quale processo di filiera coinvolge operatori agricoli e industriali ed è funzionale all'immissione dei prodotti sul mercato; dall'altro, l'integrazione orizzontale tra le imprese agricole che è perseguita attraverso diverse strutture normative ritenute di volta in volta più idonee – vuoi per il comparto produttivo di riferimento, vuoi per la specificità della filiera – per migliorare l'organizzazione aziendale e le forme di marginalità di profitto per le imprese, vuoi per aumentare il loro *bargaining power* nella successiva cessione del prodotto. In quest'ultima prospettiva – e merita puntualizzarla – trova luogo il fenomeno dell'integrazione orizzontale tra i produttori agricoli che si è sviluppata nel tempo attraverso strutture giuridiche diverse tra loro ma riconducibili ad un medesimo comun denominatore rappresentato dall'esigenza di concentrare l'offerta del prodotto agricolo, ovverosia attraverso: (i) l'associazionismo tra gli operatori agricoli con cui perseguire l'obiettivo di concentrare l'offerta del prodotto nell'ambito della filiera; (ii) la cooperazione tra le imprese facendo ricorso allo strumento associativo e, da ultimo, alla disciplina dei contratti di rete; (iii) l'aggregazione delle strutture produttive perseguita con lo strumento del contratto e, talvolta, con operazioni di acquisizione o di finanza strutturata portata avanti da gruppi societari o multinazionali, oppure da fondi di investimento.

¹⁸ Le regole della concorrenza in agricoltura si basano sul dettato dell'art. 42 TFUE secondo cui *le regole della concorrenza sono applicabili alla produzione e il commercio dei prodotti agricoli soltanto nella misura determinata dal*

La peculiarità del settore primario è tale da caratterizzare anche questo ambito della disciplina in modo rilevante. La dimensione di filiera, come elemento ordinante e sistematico delle regole

Parlamento europeo e dal Consiglio e, aggiungasi, conformemente con la procedura di cui all'art. 43, par. 2, TFUE, e avuto riguardo agli obiettivi enunciati dall'art. 39 TFUE. Si tratta di un corpo di norme che, *prima facie*, potrebbero sembrare mere deroghe alla disciplina generale del TFUE sulla concorrenza, in verità rappresentano disposizioni di grande rilievo, da porre al rango di regole che sono alla base di una disciplina autonoma in agricoltura, prevista nella prospettiva degli obiettivi della Pac (JANNARELLI, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea: una relazione speciale*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 540; ID., *Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011, p. 11; ROOK BASILE, *Impresa agricola e concorrenza*, Milano, pp. 89-96). A tale riguardo, giova puntualizzare che il Reg. (CE) 26/62 del Consiglio del 4 aprile 1962, prevedeva la possibilità di definire intese tra i produttori agricoli per la concentrazione della loro offerta e per l'emanazione di regole comuni di produzione. Tale disposizione, ancorché abrogata dal Reg. 1184/2006 del 24 luglio 2006, e modificata a sua volta dall'art. 176 del Reg. 1234/2007, da ultimo abrogato dal vigente art. 209 del Reg. 1308/2013 non modificato dal Reg. (UE) 2021/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021, ha sostanzialmente mantenuto inalterato il suo contenuto oggi espresso negli artt. 206-210 della vigente ocm. A tale proposito, merita puntualizzare che, come già accaduto con il Reg. 1234/2007, l'art. 206, par. 1, del Reg. 1308/2013 contenuto nella parte IV, rubricato "Regole di concorrenza", precisa che *salvo diversa disposizione del presente regolamento, e conformemente all'art. 42 TFUE, gli articoli da 101 a 106 TFUE e le relative disposizioni di applicazione si applicano agli accordi, alle decisioni e alle pratiche di cui all'art. 101, par. 1, e all'art. 102 TFUE che si riferiscono alla produzione o al commercio di prodotti agricoli*. Ciò implica che tutto quanto previsto negli articoli dello stesso Reg. 1308/2013 e collocato fuori dalla Parte IV, resta sottratto dal possibile sindacato da attuarsi sulla base della disciplina antitrust, proprio in ragione della copertura "costituzionale" di cui all'art. 42 Cost. (così puntualizza JANNARELLI, *Le organizzazioni riconosciute dei produttori agricoli tra Pac e concorrenza: osservazioni a proposito di Cour de Cassation 8 dicembre 2015*, in *Riv. dir. agr.*, 2016, I, pp. 7 ss., spec. pp. 21-30). In dottrina, con riferimento alla disciplina della concorrenza applicabile in agricoltura, per una ricostruzione sistematica della disciplina, da ultimo, A. JANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agro-alimentare e agro-industriale*, op. cit., 117- 260. Ancora sul punto, GERMANÒ e ROOK BASILE, *Manuale di diritto agrario comunitario*, Torino, 2014, pp. 177-194; CANFORA, *Il mercato dei prodotti agroalimentari: la concorrenza*, in Costato, Germanò e Rook Basile (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, vol. III, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, pp. 209 ss.

dell'agricoltura e del sistema agroalimentare, rappresenta la prospettiva privilegiata per l'esame della sua disciplina al fine di rendere possibile la lettura unitaria dei processi in atto di un sistema normativo oltremodo complesso. La debolezza fisiologica e strutturale dell'imprenditore agricolo, tale da giustificare nei tempi addietro uno "statuto normativo" a suo favore, rileva ora in una prospettiva diversa – quello, appunto, delle relazioni con gli altri operatori della filiera – e mette in luce vecchie e nuove criticità di un sistema complesso, in cui le regole della concorrenza sono coordinate con la disciplina di settore frutto della politica europea della Pac. Le regole "speciali" della concorrenza da applicare in agricoltura rispondono, infatti, nella loro sintesi più estrema, alla disciplina specifica voluta dall'Unione a sostegno del settore primario nelle logiche delle finalità di cui all'art. 39 TFUE.

Nel momento in cui l'Unione europea ha, però, abbandonato il sostegno dei prezzi agli agricoltori costoro sono, di fatto, repentinamente rimasti isolati sul mercato, a fronteggiare l'accrescersi dell'aumento dei prezzi delle *commodities* e le diverse congiunture economiche che hanno segnato l'ultimo decennio della dimensione macroeconomica. Per contro, in una situazione di stabile (non) crescita delle imprese agricole, sotto il profilo dimensionale ed economico, si è verificato un processo inverso ha caratterizzante gli altri operatori della filiera e, in particolare, la grande distribuzione organizzata che ha conosciuto, dagli anni sessanta, quando si è affermata, una crescita costante e, negli ultimi decenni, un processo tale di aggregazione che l'ha portata a dominare il mercato e ad imporre, con gli operatori a monte, le sue "regole" in tema di quantità, qualità e scadenze degli approvvigionamenti e a dettare i termini dell'accordo. Cosicché la dipendenza economica dell'imprenditore agricolo nei rapporti contrattuali con le controparti industriali si stata avvertita maggiormente e ha imposto l'analisi della giustizia contrattuale, ovvero sia dell'equilibrio economico nei contratti di impresa.

Vale la pena puntualizzare che, negli anni addietro, il tema della debolezza dell'imprenditore agricolo nel momento della contrattazione con la controparte per la cessione dei suoi prodotti, è stato affrontato ricorrendo allo strumento dell'associazionismo che,

anche per l'applicazione del regime speciale di concorrenza dall'art. 42 del TFUE assegnato all'agricoltura, ha consentito l'aggregazione dell'offerta degli associati e, quindi, condizioni di vendita migliori per i produttori. Tuttavia, nel momento in cui la negoziazione tra le parti ha avuto ad oggetto produzioni future, o rapporti di fornitura (anche in esclusiva) duratori, che implicano la definizione *ex ante* dei prodotti (spesso da parte di chi governa la domanda) in modo anticipato rispetto alla loro venuta ad esistenza, con la conseguente necessità che l'impresa agricola si riorganizzi per soddisfare tale domanda ricorrendo a necessari ed opportuni investimenti, si è posto il problema della regolamentazione del rapporto contrattuale nella prospettiva del contraente debole, mediante la definizione di regole di validità e di regole di comportamento delle parti nelle diverse fasi del contratto.

La principale novità della normativa sulle relazioni di filiera *business to business* è rappresentata dal fatto che essa si discosta sensibilmente dal modello applicato a proposito dei contratti di integrazione verticale, che pur sempre rientrano nelle relazioni di filiera. Difatti, i rapporti contrattuali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari lungo la filiera agroalimentare sono retti da un sistema che, da un lato, prevede una griglia di clausole, sostanziali e formali, che i contratti devono obbligatoriamente prevedere e, dall'altro, l'intervento delle autorità pubbliche chiamate a vigilare sui rapporti di filiera, intervento che è indirizzato a garantire non solo la correttezza del singolo negozio, attraverso un modello ispirato a un formalismo negoziale¹⁹, pena l'applicazione delle sanzioni, bensì lo svolgimento della concorrenza che si ritiene legato anche alle disposizioni dettate a proposito dei rapporti contrattuali.

Il corretto ed efficiente funzionamento del mercato viene quindi ad essere al centro dell'intervento legislativo ora da perseguirsi, prendendo in considerazione nel loro insieme tutti i soggetti coinvolti, e quindi le diverse relazioni contrattuali. In questo senso, sembra confermarsi quell'indirizzo che da tempo

¹⁹ Così JANNARELLI, *Le relazioni contrattuali nella catena alimentare*, op. cit., p. 391.

caratterizza altre aree del diritto e che, tutt'ora, sembra confermare il fondamento di una prospettiva che attribuisce alla repressione della concorrenza sleale un ambito di applicazione che, tanto sul piano soggettivo quanto su quello dei contenuti precettivi, supera i confini di meri interessi professionali dei privati direttamente coinvolti nei conflitti anticoncorrenziali. Una prospettiva, che autorevole dottrina ha saputo cogliere, che si rifiuta di sanzionare atti di concorrenza fortemente aggressivi delle posizioni acquisite sul mercato, così allargando gli spazi effettivi di libertà del dinamismo competitivo. Una area di intervento nella quale le regole di leale concorrenza, “depurate dell'impronta spiccatamente protezionistica che indubbiamente ne segnò l'origine, si rappresentano, nel quadro dell'attuale costituzione economica, come parte coerente di un più ampio statuto concorrenziale dell'impresa”²⁰ che, alla diretta tutela dell'apertura del mercato affianca regole di condotta individuale, sanzionate in via pubblicistica e, in secondo piano, in via privatistica, per scongiurare le *unfair trade practices*.

Ebbene, questa prospettiva, che caratterizza il sistema agroalimentare, si colloca sul piano del processo di regolazione dei mercati, adottato per fini di interesse generale e che poggia su un equilibrio dinamico, intimamente correlato alla disciplina della concorrenza. Il limite tra queste due discipline è segnato dal fatto che, in termini generali, il regime della concorrenza ha la funzione della repressione puntuale, *ex post*, di comportamenti devianti rispetto a regole di buon funzionamento dei mercati, mentre la regolazione, ai sensi del d.lgs. 198/2021, e prima del citato art. 62 della l. 27/2012, è esercizio di un potere discrezionale pubblico, che disciplina *ex ante* i comportamenti delle imprese in determinati mercati e che si giustifica in situazioni di “fallimento del mercato”²¹. Regolazione e regime di concorrenza, quindi, che si collocano su piani diversi e paralleli di un sistema complesso ed unitario che guarda al buon funzionamento del mercato, ove la

²⁰ In questi termini GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, pp. 466-467.

²¹ Così CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in Tesaro e D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, pp. 12-14.

forme di ingerenza che non sono esterne al mercato ma che sono parte di esso, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare. Scopo infatti del regime regolatorio è la risoluzione dei fallimenti del mercato. Su tali basi concettuali trova luogo la determinazione autoritativa di regole di comportamento, basate su un accentramento delle decisioni e sulla definizione di obblighi di *facere* e di *non facere*, nonché sulla vigilanza dell'Autorità pubblica e sull'intervento diretto di quest'ultima ad inibire e sanzionare comportamenti non in linea con la previsione normativa. In tal senso, non può negarsi il carattere di ordine pubblico di tali disposizioni che, a fianco delle finalità privatistiche concorrono a manifestare la convergenza di interessi pubblici e privati di cui il nostro Ordinamento è frequentemente espressione.

Tali considerazioni trovano conferma nell'impostazione di quella autorevole dottrina che, saggiamente, pone in linea la disciplina del contratto e le regole della concorrenza, con la precisa consapevolezza che le asimmetrie informative di potere sono frutto spesso delle imperfezioni del mercato, che non offre alle imprese dipendenti alternative per sottrarsi alla dominazione. Pertanto, le vie della disciplina *antitrust* e del diritto dei contratti possono intrecciarsi, posto che l'efficienza e la repressione degli abusi sono obiettivi condivisi da entrambi²². Questa prospettiva segna in modo indelebile le relazioni di filiera nel settore agroalimentare, terreno, come noto, accidentato per le diverse implicazioni che lo caratterizzano che oggi ruotano attorno alle condotte commerciali sleali dell'operatore più forte. È in questa direzione che devono essere collocati gli interventi normativi volti ad una

²² Il riferimento è a VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, pp. 150-152; sempre dell'A., con riferimento al mercato agroalimentare, ID., *Contratto e concorrenza nel mercato agroalimentare. Un cenno sistemico*, in Carmignani e Lucifero (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza. Diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente*, Atti del Convegno di Firenze del 21 e 22 novembre 2019 in onore della Prof.ssa Eva Rook Basile, Napoli, 2020, pp. 29 ss.

regolamentazione dei rapporti tra imprenditore agricolo e controparte commerciale, quale espressione di un sistema più ampio e complesso che la dottrina più autorevole ha da tempo ricondotto nell'ambito un "eccezionalismo agricolo"²³.

4. *La dir. (UE) 633/2019 e la tutela minima accordata ai "fornitori" in posizione di dipendenza economica.*

A differenza dell'esperienza italiana, il legislatore europeo si è mosso su un versante più circoscritto attuando una armonizzazione minima della disciplina²⁴.

Vi è la presa d'atto che nella filiera agricola e alimentare sono comuni squilibri considerevoli nel potere contrattuale tra fornitori e acquirenti di prodotti agricoli e alimentari e che è probabile che tali squilibri nel potere contrattuale comportino pratiche commerciali sleali nel momento in cui *partner* commerciali più grandi e potenti cerchino di imporre determinate pratiche o accordi contrattuali a proprio vantaggio relativamente a un'operazione di vendita. Tuttavia, la direttiva europea, pur individuando la sua base giuridica nell'art. 42, co. 2, TFUE in materia di politica agricola comune, si incentra esclusivamente dettando una tutela dei fornitori di prodotti agricoli lungo la filiera agroalimentare comprendendo tanto i produttori agricoli di base, quanto anche qualsiasi persona fisica o giuridica che vende prodotti agricoli e alimentari, ossia i

²³ Il riferimento è a JANNARELLI, *L'eccezionalismo agricolo e la catena alimentare nel futuro della PAC*, op. cit., 90-91.

²⁴ In dottrina, *ex multis*, PAGLIANTINI, *Dal B2C al B2B: una prima lettura della Dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 220; RUSSO, *Le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare tra diritto UE e diritto interno*, in *Diritto agroalim.*, 2020, p. 401; ID., *La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1418; JANNARELLI, *La tutela dei prodotti agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 28; ID., *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 199; IMBRENDA, *Filiera agroalimentare e pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1133; MASINI, *L'abuso nella contrattazione di impresa nella filiera agroalimentare*, in *Diritto agroalim.*, 2019, p. 261.

prodotti elencati nell'Allegato 1 del TFUE ovvero i prodotti non elencati in tale allegato, ma trasformati per uso alimentare a partire dai prodotti agricoli elencati nel citato allegato. Il fondamento esplicito della tutela minima che si rinviene nella direttiva si basa sull'assunto che, nelle relazioni di fornitura di prodotti agricoli e alimentari, i fornitori sono in linea di principio dotati di un potere contrattuale inferiore rispetto agli acquirenti²⁵.

Sulla base di tale presupposto, è stata delineata una disciplina unitaria che accorda una tutela non solo ai produttori agricoli di base, ma anche ai fornitori intermedi di prodotti agricoli e alimentari, e è stata affidata l'individuazione della differenza del potere contrattuale – ossia la verifica in ordine alla debolezza del singolo fornitore rispetto all'acquirente – alla mera differenza dei fatturati secondo una specifica griglia contenuta nell'art. 1²⁶. Se il riferimento alla base giuridica c.d. "agraria", che si propone quale atto finalizzato al perseguimento degli obiettivi della Pac dell'agricoltura e della pesca, rappresenta di per sé un obiettivo idoneo a sostenere un penetrante intervento sul mercato, posto che

²⁵ Cfr. *considerando* n. 9 ove si precisa che il numero e le dimensioni degli operatori variano tra una fase e l'altra della filiera agricola e alimentare. È probabile che le differenze nel potere contrattuale, che corrispondono alla dipendenza economica del fornitore dall'acquirente, portino gli operatori più grandi a imporre agli operatori più piccoli pratiche commerciali sleali. Un approccio dinamico, basato sulle dimensioni relative del fornitore e dell'acquirente in termini di fatturato, dovrebbe fornire agli operatori che ne hanno maggiormente bisogno una maggiore tutela contro le pratiche commerciali sleali. Le pratiche commerciali sleali sono dannose soprattutto per le imprese di dimensioni medio piccole (PMI) presenti nella filiera agricola e alimentare. Anche le imprese più grandi delle PMI ma con un fatturato annuale non superiore a euro 350.000.000 dovrebbero essere tutelate dalle pratiche commerciali sleali, onde evitare che il costo di tali pratiche sia trasferito ai produttori agricoli. L'effetto a cascata sui produttori agricoli sembra essere particolarmente significativo per le imprese il cui fatturato annuale arriva a un massimo di euro 350.000.000. La tutela dei fornitori intermedi di prodotti agricoli ed alimentari, inclusi i prodotti trasformati, può servire anche a evitare una diversione degli scambi dai produttori agricoli e dalle loro associazioni, che producono prodotti trasformati, verso fornitori non tutelati.

²⁶ Con riferimento all'elemento dimensionale, quale indice sintomatico di uno squilibrio di potere contrattuale, v. Corte di giust. del 13 novembre 2019 (C-2/18), *Lietuvos Respublikos Seimo narių grupė*.

essa investe non solo la produzione agricola, ma regola le relazioni commerciali e di scambio²⁷, il richiamo dell'art. 43, par. 2, TFUE avrebbe dovuto far propendere a soluzioni normative per le relazioni contrattuali intercorrenti direttamente tra produttori agricoli e altri operatori della filiera con regole specifiche rispetto a quelle da applicarsi nelle altre relazioni aventi come protagonisti altri operatori della medesima filiera, pur sempre nella vesti di fornitori. Invece, la direttiva presenta una ambiguità di fondo: sul piano soggettivo attua una unificazione dei diversi soggetti della filiera e prevede l'ambito di applicazione in ragione dell'oggetto (i.e. *prodotto agricolo o alimentare*) in funzione del fatturato di riferimento delle parti. In tal modo, il legislatore europeo sembra non cogliere quanto gli atti di *soft law* sopra richiamati avevano posto in luce con riguardo alla debolezza strutturale dei produttori agricoli e alla formazione dei prezzi dei prodotti agricoli lungo la filiera la cui ripartizione è tutt'altro che equa, con la conseguente difficoltà per gli operatori di assicurarsi una stabilità dei propri redditi, ulteriormente compromessa dalla crescita dei costi della produzione²⁸.

²⁷ Tale prospettiva, peraltro, trova fondamento in giurisprudenza oltre che in dottrina. In particolare, Corte di giust. del 4 aprile 2000 (C-269/97), *Commissione delle Comunità Europee e Parlamento europeo c Consiglio dell'Unione Europea*, ove la Corte ha respinto la distinzione fra produzione e mercato, e fra regole rivolte ai produttori e regole rivolte ai consumatori, sostenuta dall'Avvocato generale, ed ha dichiarato legittimo il ricorso alla Pac quale base giuridica per interventi volti a regolare il mercato anche nelle fasi successive alla produzione agricola, ed indirizzati a tutti gli operatori della filiera (anche non agricoltori). Su tali basi è stato osservato che alla Pac è riconosciuta la natura di base esemplare di un sistema complesso, che unifica in una disciplina plurifunzionale le ragioni della concorrenza e ragioni della sicurezza alimentare, supera la distinzione fra materie, accomuna in un unico ambito di regolazione tutti i soggetti della filiera produttiva ed i consumatori, e mira ad assicurare la stabilità del mercato e la trasparenza delle condizioni di produzione e commercializzazione. In dottrina, per tutti, ALBISINNI, *La dir. 2019/633 tra Pac e mercati*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 4, 2021, pp. 9-10.

²⁸ In tal senso JANNARELLI, *Il d.lgs. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, in *Giust. civ.*, 2021, p. 744, ove l'A. osserva come la problematica dei prezzi agricoli, propria della Pac, negli ultimi anni è stata abbandonata, salvo

Dunque, l'ambito di intervento della direttiva è sostanzialmente circoscritto al contrasto alle pratiche sleali attraverso la combinazione dell'art. 1 e dell'art. 3, che individua le singole pratiche, senza un preciso obbligo di ricorrere a contratti scritti. Invero, pur ammettendo, come riportato nel citato Libro Verde, che l'uso di contratti scritti nella filiera agricola e alimentare può contribuire ad evitare determinate pratiche commerciali sleali, in quanto la forma scritta è garanzia di lealtà e della correttezza nelle relazioni commerciali²⁹, la direttiva fin dai suoi *considerando* sembra ribadire una libertà di forma nell'ambito delle relazioni contrattuali³⁰. L'auspicato equilibrio contrattuale passa attraverso una libertà negoziale e si accompagna a una libertà della forma scritta segnata dai limiti imposti dalle pratiche vietate, ove applicabili, che ruota attorno al comportamento leale delle parti nelle relazioni di filiera. Lo stesso riferimento dell'art. 3, par. 1, lett. F), che considera pratica commerciale sleale il rifiuto da parte dell'acquirente di prodotti agricoli e alimentari di confermare per iscritto le condizioni di un accordo di fornitura a fronte di una esplicita richiesta da parte del fornitore, non rileva ai fini della definizione di una regola dettata per la forma dell'atto, quanto piuttosto della lealtà della relazione tra le parti e delle pattuizioni raggiunte.

La direttiva, in altri termini, lascia assai debole l'azione volta a contrastare gli abusi contrattuali dal momento che occorrerebbe, in realtà, eliminare gli squilibri esistenti attraverso un'azione molto più radicale e profonda rafforzando la posizione sul mercato degli

restare sempre al centro della disciplina della concorrenza, alla luce delle resistenze tuttora presenti a che gli agricoltori possano collettivamente, anche per il tramite delle proprie organizzazioni, adottare decisioni sui prezzi da praticare ovvero negoziarli collettivamente con le loro controparti contrattuali. In argomento, JANNARELLI, *Prezzi dei prodotti agricoli nei rapporti di filiera e rispetto dei costi medi di produzione*, op. cit., pp. 560-570.

²⁹ Sul punto v. GIUFFRIDA, *Neoformalismo contrattuale tra tutela del contraente debole e mercato*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 4, 2021, pp. 22-24; sia altresì lecito rinviare a LUCIFERO, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera agroalimentare*, op. cit., pp. 10-18.

³⁰ Cfr. *considerando* n. 23.

agricoltori, che, indirettamente, coinvolgono anche le relazioni contrattuali tra imprese.

5. Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari: principi ed elementi essenziali.

Rispetto alla direttiva, l'ambito applicativo del d.lgs. 198/2021 è assai più ampio, in quanto prevede una disciplina articolata attraverso il ricorso ad un formalismo contrattuale particolarmente dettagliato e al contempo al contrasto alle pratiche leali, che coinvolge, sul piano soggettivo, non più la sola tutela dei fornitori, pur nell'ampia accezione adottata dalla direttiva stessa, bensì comprende anche gli acquirenti, quali *altri operatori della filiera agricola e alimentare*.

Coerentemente con il disposto dell'art. 62, ed in perfetta aderenza con l'intento perseguito dal legislatore europeo con la citata direttiva, il decreto prevede all'art. 3 che i contratti di cessione devono essere informati a *principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca correttezza delle prestazioni* con riferimento ai beni forniti, precisando ulteriormente rispetto alla precedente disposizione, che tale conformazione deve realizzarsi dalla fase delle trattative fino all'esecuzione del contratto, espressione di quel perfetto equilibrio che il legislatore mira a perseguire. Disposizione che se combinata con l'art. 6, co. 2, del decreto introduce una presunzione *iuris et de iure* di conformità ai suddetti principi per i contratti di cessione, i quali devono essere ispirati a detti principi sia nella loro negoziazione che nella successiva esecuzione.

L'art. 3, co. 2, indica gli elementi essenziali del contratto, tra cui la durata (non inferiore in linea di principio dodici mesi), le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, sia esso determinato o determinabile in funzione degli accordi raggiunti tra le parti, le modalità di consegna e di pagamento i cui termini sono dettagliati all'art. 4, co. 1, lett. a) e b). Questa rappresenta una indicazione di contenuti essenziale da plasmare alle singole tipologie di contratto nei diversi comparti produttivi, notoriamente caratterizzate da peculiarità proprie e diverse le une dalle altre. A tale riguardo, pur essendo la norma contraddistinta da una certa

elasticità, presenta non poche difficoltà all'atto pratico soprattutto ove si consideri le diverse forme contrattuali, tipiche e atipiche, che coinvolgono le relazioni nel settore agroalimentare ove il prezzo può non essere definito all'atto della sottoscrizione del contratto, e ugualmente i quantitativi indicati in modo puntuale.

Elemento caratterizzante è la forma scritta, in quanto i contratti di cessione devono *obbligatoramente concludersi mediante atto scritto* che deve necessariamente essere *stipulato prima della consegna dei prodotti ceduti* (art. 3, co. 2). In altri termini, a differenza di quanto previsto dall'art. 62, il decreto prevede il requisito della forma e limita le c.d. "forme equipollenti" – di fatto sempre impiegate durante la vigenza dell'art. 62³¹ – ma ai soli atti successivi all'avvenuta sottoscrizione del contratto, *ex art. 3, co. 1 e 2*, per eventuali nuovi ordini riconducibili al medesimo rapporto contrattuale definito mediante un accordo quadro tra le parti.

Risulta, in tal modo, particolarmente evidente che le prescrizioni dell'art. 3, ora brevemente richiamate, si applicano a tutti i contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari – con le sole esclusioni di cui all'art. 2, co. 1, lett. e), quali i contratti con i consumatori, quelli che prevedono la contestualità della consegna e del pagamento, nonché i conferimenti da parte di imprenditori agricoli o ittici a cooperative o ad organizzazioni di produttori, ai sensi del d.lgs. 27 maggio 2005, n. 102, di cui sono soci – a prescindere da una verifica in concreto dello squilibrio del potere contrattuale.

La rilevanza generale della disposizione sulla forma e sui contenuti specifici del contratto di cessione trova conferma nel dettato dell'art. 1, co. 4, del decreto che, appunto, qualifica le previsioni dell'art. 3 (unitamente agli artt. 4, 5 e 7) quali norme

³¹ Difatti, ai sensi dell'art. 3 d.m. MiPAAF n. 199 del 19 ottobre 2012, era sufficiente il mero richiamo della norma sui documenti di trasporto, o di consegna, oppure sulle fatture per ritenere adempiuto l'obbligo della forma scritta per il contratto di cessione. Ciò, se da un lato ha agevolato le parti, e gli agricoltori in particolare, limitando sensibilmente il loro onere, dall'altro ha determinato una grande incertezza sul piano della disciplina applicabile, oltre che la sua rilevanza, così rilevando l'intrinseca inadeguatezza dello strumento di tutela che l'art. 62 incorporava per il contrasto delle pratiche commerciali sleali.

imperative che prevalgono sulle eventuali discipline di settore con esse contrastanti, e prevedendo la nullità delle clausole contrarie che, ad ogni modo, non possono determinare la nullità del contratto. In altri termini, le regole richiamate costituiscono una disciplina generale volta a regolare tutti i contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari tra imprese espressione di un intervento di regolazione del mercato agroalimentare³². L'art. 3 assume quindi la veste di regola di sistema, che supera gli eventi patologici e devianti dovuti all'effettiva ricorrenza di uno squilibrio di potere negoziale tra le parti, e prevede una disciplina per la cessione dei prodotti agricoli e alimentari corredata da un sistema di controlli, attuato attraverso l'attività di contrasto dell'ICQRF (art. 8), e da disposizioni che prevedono sanzioni di matrice amministrativa particolarmente rilevanti in quanto parametrata al fatturato realizzato nell'ultimo esercizio precedente all'accertamento (art. 10), oltre al risarcimento del danno (art. 10, co. 14).

Nel modello presupposto dal d.lgs. 198/2021 il contratto di cessione acquisisce una inedita capacità di incidere sul funzionamento del mercato attraverso l'intervento dell'Ordinamento sul contenuto del contratto e garantendo l'equilibrio dei diritti e degli obblighi che il regolamento contrattuale attribuisce alle parti e la trasparenza delle pattuizioni raggiunte e, al contempo, eliminando le clausole abusive e le pratiche ritenute sleali. Obiettivo perseguito nella fattispecie in esame attraverso la qualificazione di talune norme (artt. 3, 4, 5 e 7)³³ quali norme imperative: l'integrazione cogente, ex artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c., si realizza in questo modo attraverso la norma

³² Così JANNARELLI, *Il d.lgs. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, op. cit., p. 746.

³³ La scelta di tali disposizioni non sembra essere casuale ove si consideri che l'art. 3 definisce gli elementi essenziali del contratto, gli artt. 4 e 5 le pratiche commerciali sleali, ripartite nella c.d. *black list* e *grey list*, e l'art. 7 le vendite sottocosto, conformando in tal modo il funzionamento del mercato attraverso il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari e le diverse pratiche propedeutiche o strumentali a perseguire tale fine.

imperativa con l'obiettivo di non invalidare il contratto, bensì correggere il regolamento³⁴.

In questa prospettiva si attua il superamento della diversa e più ristretta area di intervento dell'abrogato art. 62, attraverso la definizione oltre alle regole di comportamento ispirate – come detto – alla correttezza e lealtà, alla previsione di una “forma negoziale” dell'atto, la cui stipulazione deve avvenire per iscritto, e con la previsione di un contenuto minimo essenziale che devono risultare per iscritto (“forma-contenuto”): allorché il regolamento negoziale si collega a prescrizioni di contenuto obbligatorio di elementi, di dati, di informazioni che devono essere presenti nel contratto, le formalità prescritte definiscono i vincoli della determinazione negoziale e della sua comunicazione³⁵. La conseguenza di una disciplina informativa del contenuto della cessione dei prodotti agricoli e alimentari, così come dettata dal d.lgs. 198/2021 finisce con l'operare sulla disciplina della concorrenza negoziale ed entra in stretta correlazione con il mercato, incidendone la struttura. In tal senso, si ritiene di poter considerare la previsione della forma scritta obbligatoria, quale esigenza di garantire la mera esistenza del contratto (forma *ad substantiam*), in funzione della lealtà e della correttezza della relazione contrattuale posta in essere dalle parti allo scopo di evitare le pratiche sleali imposte alla parte più debole. La forma scritta è, infatti, idonea a evitare determinate pratiche commerciali sleali, frutto dell'imposizione della parte più forte su quella più debole come elencate all'art. 5. In tal senso, la stessa *grey list*, di cui all'art. 4, co. 4, che prevede una lista di pratiche commerciali ritenute *a priori* sleali, e quindi vietate, ma che divengono lecite se

³⁴ Secondo l'impostazione tradizionale il meccanismo dell'integrazione “cogente”, intesa come integrazione che impone la regola legale anche in presenza di una diversa volontà dei contraenti, può realizzarsi solo quando la norma derogata fosse una norma imperativa. Sul punto D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'Amico e Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, pp. 216-220; ROPPO, *Il Contratto*, Milano, 2011, pp. 471-473.

³⁵ Così ROOK BASILE, *La disciplina della cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari fra neo-formalismo contrattuale e abuso del diritto*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, 2014, pp. 360-361.

precedentemente concordate da fornitore e acquirente in termini chiari ed univoci, con la specifica previsione di una controprestazione economica, devono necessariamente essere frutto di pattuizioni scritte per legittimare l'intesa raggiunta tra fornitore e acquirente. In assenza di un accordo scritto tale obiettivo, evidentemente, non sarebbe perseguibile.

Senza potersi dilungare sul punto, giova rilevare che il riferimento alla nullità delle pattuizioni o delle clausole contrattuali contrarie alle norme imperative citate (*i.e.* artt. 3, 4, 5 e 7), ai sensi dell'art. 1, co. 4, sembra dover far propendere verso una nullità di protezione³⁶ e, in quanto tale azionabile da parte del soggetto, sia esso fornitore o acquirente, leso dalle pratiche scorrette. Peraltro, il tenore della norma ora citata configura chiaramente la nullità come parziale riferita, in particolare, al caso in cui sia una o più clausole ad essere in contrasto con il disposto dell'art. 3, prevedendo, appunto, la salvaguardia del contratto nella sua interessa³⁷.

In breve, da quanto brevemente riportato è possibile osservare come il legislatore intenda perseguire una regolazione della filiera agroalimentare attraverso la previsione di regole uniformi a tutti gli operatori (agricoltori, industriali o distributori) e un contenuto minimo ed essenziale del contratto ove possono trovare luogo le sole pratiche commerciali ritenute lecite. Ciò che, tuttavia, non deve sfuggire sono i limiti applicativi della norma e le difficoltà a conformare, attraverso fonti eteronome che incidono e condizionano l'autonomia contrattuale, una prassi negoziale articolatasi in decenni di contrattazioni, a livello locale e internazionale, in un mercato segnato da una pluralità di imprese agricole, un numero limitato di trasformatori, e l'accentramento in pochi operatori della distribuzioni con evidenti implicazioni sulle relazioni nello specifico segmento del mercato agroalimentare. Ne sono la prova i rimedi civilistici, che costituiscono una delle parti

³⁶ In tal senso JANNARELLI, *Il d.lgs. 198 del 2021, attuativo della direttiva n. 633/2019 sulle pratiche scorrette nella filiera agro-alimentare: una prima lettura*, *op. cit.*, p. 741.

³⁷ In argomento, D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 4, 2021, pp. 44-46; sul punto si veda anche GIUFFRIDA, *ibidem*.

meno convincenti del decreto, e che rischiano di rimanere ai margini di una disciplina che, invece, anche in funzione dell'Autorità di contrasto, tenderà a privilegiare il *public enforcement*.

6. *Considerazioni conclusive.*

Le considerazioni ora esposte ruotano attorno ad un punto ben preciso rappresentato dal funzionamento (efficiente) del mercato agroalimentare attraverso la regolazione della filiera, che apre ad un maggior tema che qui può trovare solo cenno, ossia la verifica di come il contratto venga toccato dalle norme a tutela della concorrenza e, ancora, come la regolazione del mercato possa incidere sulla libertà dei privati a disciplinare i propri interessi.

Il d.lgs. 198/2021, a ben vedere, si colloca nel solco dell'esperienza dettata dallo Stato regolatore³⁸ il cui intervento è segnato per indicare quali regole e quali provvedimenti possano impedire il preconstituirsi di situazioni distorsive dei rapporti concorrenziali, quali possano sopperire a eventuali carenze informative delle parti, ovvero prevenire il prodursi di costi sociali e in quali casi sia necessario imporre all'impresa privata oneri di prestazione per il mercato³⁹. D'altronde, come si è accennato, la regolazione del contratto in funzione concorrenziale guarda non alla forma giuridica, bensì alla sostanza dei rapporti economici, ossia l'effettiva struttura organizzativa dell'impresa e la sua collocazione nel mercato. La struttura del mercato è caratterizzata

³⁸ Nel contesto delle riflessioni attinenti l'autonomia del contratto, la regolazione del mercato e il diritto della concorrenza, ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi contenuti*, Bologna, 2020, pp. 178-188, delinea tre paradigmi concettuali di riferimento: lo Stato liberale, che lascia i rapporti contrattuali in misura tendenzialmente esclusiva al libero gioco delle forze economiche; lo Stato dirigista, che interviene nei rapporti economici dettando norme imperative a tutela dell'interesse pubblico; lo Stato regolatore che pone riparo ai fallimenti del mercato e mira a garantire con l'eteronomia il mercato concorrenziale.

³⁹ Al centro della considerazione del legislatore non è la fattispecie che si produce all'interno di processi di legittimazione formali, e che si risolve nel giudizio di validità, ma l'effetto che un'attività economica determina sugli squilibri di mercato. Così ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi contenuti*, op. ult. cit., pp. 189-190.

da regole legali all'interno del quale si collocano le scelte dei contraenti attraverso le quali trova luogo il sistema degli scambi che si realizzano secondo l'ordine giuridico determinato da una previsa volontà legislativa.

In particolare, ai fini della regolazione del mercato agroalimentare, a cui il decreto attuativo della dir. (UE) 633/2019 riferisce, la fonte normativa è posta in funzione della sua idoneità a produrre un effetto sostitutivo dell'autonomia privata nel mercato. La regola eteronoma che s'impone alla libertà dei privati non si risolve solo nel limite dell'agire negoziale, né postula la mera determinazione imperativa del contenuto del contratto: essa, piuttosto, produce un vincolo teleologico in quanto orienta gli operatori verso quei modelli comportamentali ritenuti idonei ad assicurare un grado di concorrenzialità in senso dinamico del mercato⁴⁰. Obiettivo questo perseguito dal legislatore europeo attraverso una regolazione del settore attuato mediante la previsione di regole unitarie con il ricorso a rimedi di *public enforcement* in caso di violazione, lasciando agli Stati membri il compito di adottare strutture di controllo e sanzioni efficaci con finalità di deterrenza al fine del buon funzionamento del mercato⁴¹.

L'attenzione rivolta alle relazioni che intervengono nella filiera agroalimentare riflette la volontà del legislatore di intervenire in un sistema produttivo considerato fondamentale per l'intera comunità in quanto riguarda, in definitiva, la produzione dei beni indispensabili per l'alimentazione umana, privandolo delle asimmetrie che segnano i rapporti tra gli operatori di filiera e ricercando un equilibrio delle parti nell'atto negoziale. Coerentemente con l'impostazione degli atti di *soft law*, di cui si è

⁴⁰ Ancora, ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi contenuti*, op. cit., p. 190.

⁴¹ Ricorda JANNARELLI, *la regolazione privatistica delle relazioni di mercato nell'attuale contesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, pp. 310-313, che l'indirizzo di fondo della legislazione di fonte europea diretta alla regolazione dei mercati ha registrato una torsione di non poco rilievo in una duplice direzione: da un lato si è determinato il passaggio dal primato del private enforcements a favore del public enforcements, dall'altro, quale diretta conseguenza del primo fenomeno, si è evidenziata una netta separazione tra la disciplina destinata alle operazioni negoziali, ossia gli atti, e quella destinata all'attività.

detto, il legislatore nazionale, e allo stesso modo quello europeo, non guardano alle cause della fluttuazione dei prezzi dei prodotti agricoli, né alla loro formazione e tantomeno a come questi vengano ripartiti tra gli attori della filiera, ma lega tali cause all'efficienza delle relazioni di filiera e si sofferma sugli effetti che tale fenomeno produce tra gli operatori lungo la filiera accentuando il loro diverso potere negoziale, al punto da dare luogo a pratiche commerciali sleali ai diversi livelli della filiera con comportamenti che possono incidere anche sul piano della concorrenza. In questa prospettiva il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari assume a strumento di regolazione della filiera imponendo un equilibrio negoziale attraverso il neoformalismo contrattuale e, più in particolare, le norme cogenti che lo caratterizzano quanto a forma e contenuti.

Ciò posto, restano prive di una effettiva risposta le istanze degli agricoltori che da tempo mettono in luce le deficienze strutturali dei mercati agricoli, che condizionano la formazione dei prezzi dei prodotti agricoli e la ripartizione del valore tra gli attori della filiera, auspicando risposte giuridiche adeguate, ossia in grado di incidere efficacemente sulle stesse. Obiettivo quest'ultimo che esige regole diverse, ma a cui il legislatore non può non volgere l'attenzione. Altrimenti, le considerazioni sopra esposte, che hanno posto in luce l'inscindibilità fra la disciplina dei rapporti negoziali e la struttura del mercato, nell'ambito del mercato agroalimentare, ove il fatto di aver privilegiato l'esigenza di una regolamentazione attenta e penetrante dal punto di vista dei soggetti che vi operano, finisce per prevedere un sistema incapace di perseguire l'efficienza della filiera. Invero, l'attenzione riposta all'atto della cessione dei prodotti acquisisce un particolare significato nell'ambito delle relazioni tra imprese in funzione di una corretta conformazione di tali relazioni in connessione alla realizzazione di un mercato equilibrato.

Il neoformalismo negoziale rappresenta nell'esperienza oramai datata uno dei segni più tangibili dell'evoluzione che ha caratterizzato il diritto dei contratti; alla base del fenomeno viene ravvisata un'istanza di giustizia, che non si pone in conflitto con la libertà contrattuale nella misura in cui la prescrizione relativa alla

forma sia diretta – in un’ottica riequilibratoria e di eguaglianza sostanziale dei soggetti⁴² – a consentire l’esplicazione dell’autonomia contrattuale alla stregua dei canoni ispirati all’informazione e alla trasparenza della contrattazione.

Se quindi è possibile considerare il contratto come strumento per realizzare i fini che ben possono allontanarsi dall’interesse dei singoli contraenti, nella fattispecie in esame è possibile ritenere le finalità, in funzione del riferimento della base giuridica agraria della direttiva, sono quelle poste della Pac e fatte proprie dall’art. 39 TFUE, quali interventi volti a regolare il mercato anche nelle fasi successive alla produzione agricola ed indirizzate a tutti gli operatori della filiera (anche non agricoltori). In tal senso, si spiega l’assenza di un riferimento ad una protezione dell’agricoltore, quale soggetto debole, in luogo di una regola generale che uniforma tutti gli attori della filiera nel momento in cui si trovano a negoziare quali fornitori o acquirenti. Non si ha in tal modo un accertamento in concreto di una posizione dominante, o di un abuso, quanto piuttosto la previsione di regole cogenti che intervengono nell’atto negoziale condizionando l’autonomia contrattuale delle parti.

Non vi è alcun dubbio che i mercati saranno soggetti ad ulteriori mutamenti e con essi muterà anche il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari, per cui nuovi interessi meritevoli di tutela emergeranno e nuovi rimedi risulteranno necessari; tuttavia, è oltremodo indubbio che l’entrata in vigore del d.lgs. 198/2021 ha posto le basi di un modello di regolazione del mercato agroalimentare segnato dal contratto di cessione e caratterizzato da regole specifiche per il settore che, con il tempo, potranno essere anche integrate o modificate, ma sempre in funzione del medesimo fine dettato dall’efficienza del funzionamento del mercato.

⁴² Così, D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 19.

FRANCESCO MACARIO
Professore ordinario di diritto privato
Università Roma Tre

RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO E OBBLIGO DI RINEGOZIARE: DAI PROBLEMI DELL'EMERGENZA COVID-19 ALLA 'MODERNIZZAZIONE' DEL DIRITTO CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. L'emergenza sanitaria come occasione per una riflessione sistematica. – 2. La rinegoziazione dei contratti nel sistema e il problema della gestione delle sopravvenienze nel sistema: tra disciplina generale e singoli contratti. – 3. L'approccio dell'ordinamento francese e tedesco nel confronto con il diritto italiano. – 4. Il contratto come programma funzionale a un risultato da realizzare. – 5. (*segue*) l'attività d'impresa e il contratto come suo strumento. – 6. Spunti per la 'modernizzazione' del diritto dei contratti da alcune recenti esperienze di ri-codificazione con soluzioni innovative. – 7. Considerazioni conclusive alla luce della situazione emergenziale determinata dalla pandemia da COVID-19.

1. *L'emergenza sanitaria come occasione per una riflessione sistematica.*

L'emergenza sanitaria, ma soprattutto i conseguenti provvedimenti governativi di riduzione, blocco e successiva ripresa regolamentata delle attività commerciali, hanno evidenziato l'esigenza di una riflessione, nell'immediato (per risolvere le questioni contingenti e urgenti, ossia quelle propriamente emergenziali) e in una prospettiva di più ampio respiro sul piano sistematico, così da poter valutare alcuni aspetti dell'eventuale 'modernizzazione' del diritto contrattuale codicistico, specificamente in tema di squilibrio economico determinatosi nel corso dell'esecuzione del contratto per

effetto di sopravvenienze non previste (e, almeno quanto alla pandemia, certamente imprevedibili).

I contributi degli studiosi invero sono stati numerosi e tempestivi¹, mostrando come, rispetto al medesimo problema concreto, possano assumersi diversi punti di vista, per sviluppare riflessioni di natura differente. Talvolta, infatti, il taglio è più marcatamente metodologico e generale²; altre volte, l'indagine è 'settorializzata', per così dire, riferendosi a singole vicende e rapporti negoziali, più immediatamente esemplari della difficoltà ingenerata dalla sopravvenienza³; non di rado i contributi sono stati completati con proposte e/o suggerimenti al legislatore, rimasto tuttavia inerte, se non altro sulla questione specifica in esame.

Poiché nel dibattito, ampiamente sviluppatosi non soltanto nel nostro ordinamento evidentemente, è stato spesso evocato il tema della rinegoziazione dei contratti incisi dalla sopravvenienza pandemica, con particolare riferimento all'obbligo di rinegoziare, può essere opportuna una premessa, sempre di tipo *lato sensu* metodologico, indotta dall'atteggiamento 'negazionista', per così dire, –

¹ Può essere sufficiente ricordare i lavori pubblicati, insieme a studi afferenti anche ad altri ambiti giuridici, in costanza di primo c.d. *Lockdown*, nella rivista telematica *Giust. civ.com*, 2020; così come, soltanto per esemplificare, AA. VV., *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020; nonché il *Supplemento digitale, Covid-19, Speciale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020.

² Si vedano, ad esempio: DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*; ID., *Il diritto civile dell'emergenza*, in *Il diritto dell'emergenza*, Roma, 2020; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, p. 123; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza COVID-19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*; BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in corso di pubblicazione in *Jus civ.* (consultato grazie alla cortesia dell'Autore); PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti* (consultato grazie alla cortesia dell'Autore).

³ CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*.

gli esponenti di tale corrente possono essere annoverati tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, com'è ovvio –, di chi ha ritenuto in passato che la rinegoziazione e, ancor più, la figura dell'obbligo di rinegoziare non potrebbero, allo stato, trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

Posto che discorrere di rinegoziazione significa, senza dubbio, riferirsi non già a una categoria giuridica della tradizione civilistica, ovvero a un istituto del diritto dei contratti (ancorché, in dottrina, se ne parli da oltre un ventennio), si è detto, nella prospettiva che si è voluta definire 'negazionista' – in quanto intesa alla svalutazione della stessa rilevanza del tema – che, in fondo, si tratta di prendere atto della natura meramente empirica di un fatto (ossia il rinegoziare). I connotati esclusivamente empirici della figura giustificherebbero, in questo senso, lo scetticismo del civilista⁴, di modo che – in coerenza con l'impostazione rigorosamente gius-formalista della riflessione che ha condotto agli esiti negativi di cui s'è detto –, potrebbe affermarsi che l'idea di un gruppo di regole specifiche e costanti relative al fenomeno della rinegoziazione sarebbe «pura illusione ottica»⁵.

⁴ Quale concetto giuridico, la rinegoziazione incontrerebbe un duplice ostacolo: il primo «nella fluida varietà delle sue specie e quindi nella disomogeneità delle sue caratteristiche distintive»; il secondo, nella circostanza che le espressioni rappresentano «piuttosto delle semplici fattispecie che un istituto». Le espressioni testuali sono tratte da un studio risalente, ma sempre valido quale riferimento alla dottrina civilistica più raffinata che ha affrontato il tema, in epoca non sospetta si diceva, di GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 668, il quale nega, coerentemente con l'impostazione di fondo della riflessione dell'epoca, la possibilità di individuare «un complessivo e unitario istituto del diritto privato, dalla fattispecie determinata e dagli effetti costanti; e comunque», prosegue l'autore, «non è utile farlo, non potendosi per tal via giungere ad alcun risultato pratico» (*ivi*, p. 669).

⁵ In quanto «per lo più si tratta semplicemente dell'ovvia applicazione alla negoziazione circa la modifica di un contratto già concluso, dei consueti principi di ogni trattativa», rimanendo travolta anche la fattispecie dell'obbligo di rinegoziare, poiché, «quando realmente il diritto legittima la revisione giudiziale, è dubbio che questa sia esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare e non invece integrazione equitativa del patto, alternativa e non attuativa della rinegoziazione» (così si esprimeva sempre GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 670).

Nulla di strano se un atteggiamento di questo tipo sia condiviso da una parte della giurisprudenza, configurandosi, in questo modo – se si volesse in qualche modo nobilitare il rifiuto di considerare la problematica come una delle frontiere del diritto dei contratti e del diritto privato più in generale –, una questione di metodo o, più semplicemente, di sensibilità da parte del giurista rispetto alle novità, ossia alle problematiche che non possano vantare una storia lunga e radicata nel pensiero giuridico, ovvero, in alternativa, una previsione normativa formale esplicita, dunque ‘tipizzata’ dal legislatore (essendo peraltro ben noto che la norma scritta, nel diritto civile, è normalmente il frutto della storia del pensiero dei giuristi, mentre un ruolo marginale, sempre riferendosi al sistema del diritto civile, è svolto dalla disposizione di legge nata dall’arbitrio del legislatore, legato alle contingenze e all’occasionalità).

Constata l’inesistenza, allo stato, di una previsione avente la veste di norma “generale” sulla rinegoziazione, quale tecnica di gestione delle sopravvenienze, ove siano fissati specifici obblighi a carico dei contraenti, si deve tuttavia ammettere che una disposizione del genere non soltanto avrebbe potuto avere piena cittadinanza nel nostro ordinamento, se non altro come norma dell’emergenza – così come, nel frangente della pandemia, sono state introdotte diverse nuove disposizioni, anche con valenza civilistica generale –, ma, soprattutto, potrebbe figurare persino nel codice civile e, anticipando il risultato della breve riflessione che segue, la sua presenza sarebbe del tutto razionale, sicché davvero non si comprende la ragione che impedirebbe al giurista – in sede tanto dottrinale, come del resto è già avvenuto, si diceva da oltre un ventennio, non soltanto nel nostro ordinamento – di rinvenire, nelle norme e nei principi del diritto dei contratti, tutele che operino in modo sistematicamente coerente ed efficace, rispetto agli interessi in gioco, anche in assenza di un’esplicita previsione legislativa.

Più di recente, per un’approfondita ricostruzione della vicenda, ove si ripercorrono le tesi favorevoli e quelle critiche, a loro volta criticate, si veda PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 585, muovendo dall’altrettanto pregevole studio monografico di TUCCARI, *op. cit.*

In tal senso, al giudice non dovrebbe essere preclusa l'individuazione di soluzioni 'rimediali' nuove, in quanto non espressamente previste, purché le stesse non confliggano con il sistema, ma al contrario si rivelino coerenti e, soprattutto, funzionali alla tutela degli interessi in questione. Ciò non significa affatto, per un verso, che l'intervento del legislatore – come si potrà osservare meglio nelle considerazioni conclusive – non sia auspicabile, per altro verso, che, così ragionando, si supporti una forma di "paternalismo giudiziario" – è stato detto, muovendo dal punto di vista processuale civile⁶ –, posto che in gioco è null'altro che il normale svolgimento della funzione giurisdizionale, nel tentativo di saldare le norme formali e i principi che ne costituiscono il fondamento con la realtà dei rapporti economico-sociali e con gli interessi concretamente in gioco.

2. La rinegoziazione dei contratti nel sistema e il problema della gestione delle sopravvenienze nel sistema: tra disciplina generale e singoli contratti.

Se si procede attraverso dati giuridici concreti, lo scenario più recente, in cui si colloca la problematica della rinegoziazione dei contratti, vede, da un lato l'approfondita riflessione svolta dalla Suprema Corte, con un prezioso studio dell'Ufficio Massimario, dall'altro la proposta di revisione del codice civile, abbozzata in un disegno di legge delega, allo stato apparentemente messo da parte, il DDL Senato 1151 del 2019, ove si prevede la "integrazione" del codice sul punto, alla stregua della rubrica dell'art. 1. Alla lett. I) è stabilito che il legislatore dell'ipotizzata riforma preveda e disciplini: "*il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*". L'idea era dunque,

⁶ BRIGUGLIO, *Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *Il processo*, 2020, p. 973 ss., Id. *Giust. civ.com*, 2020; si veda anche PAGNI e FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, nella rivista telematica *Diritto della crisi*, 2021.

secondo il progetto ampiamente discusso nella civilistica, di intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 c.c., applicabili come norme “generali” a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

È noto che il tema delle sopravvenienze – se si volesse adoperare una variante espressiva più moderna, si potrebbe dire delle “disfunzioni sopravvenute” del contratto –, al pari delle diverse problematiche che caratterizzano la parte generale del contratto, suscita molteplici interrogativi, tanto di tipo tecnico-applicativo per così dire, quanto – si direbbe, preliminarmente – di indole autenticamente metodologica⁷.

In tal senso, una prima problematica di metodo da affrontare, in sede di riformulazione del diritto contrattuale codicistico, attiene al rapporto tra parte generale e parte speciale⁸, nella consapevolezza che, allo stato, i problemi dell’esecuzione del contratto trovano, del tutto comprensibilmente, nella seconda la loro prevalente disciplina (alludendosi tanto ai singoli contratti tipizzati e perciò presenti nel codice, quanto agli specifici settori, disciplinati al di fuori del codice civile, secondo logiche di contesto lontane dalla visione del legislatore del 1942, anche in relazione alla tipizzazione dei “singoli contratti”).

⁷ Occorre concentrarsi in primo luogo su questi ultimi, poiché l’eventuale redazione di nuove disposizioni (o la modifica di quelle già esistenti), ove mai dovesse maturare la volontà politica di porre mano alla riforma (sulla scia di quanto peraltro già avvenuto, di recente, in diversi ordinamenti vicini e affini al nostro), non potrà che avvenire all’interno di un nuovo (in ogni caso, fortemente innovato) sistema normativo del “contratto in generale”, caratterizzato da alcuni principi ispiratori, alla cui razionalità le disposizioni specifiche dovranno corrispondere, affinché possa essere garantita la coerenza e, in ultima analisi, la concreta praticabilità delle soluzioni proposte dal legislatore della riforma.

⁸ In argomento, non si può prescindere dalle riflessioni compiute, ancorché oltre un ventennio addietro, da DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant’anni del codice civile*, I, Milano, 1993, p. 218 (si veda già, ID., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 333 e AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni ’50 ad oggi*, Venezia, 1989, p. 321) e VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *I cinquant’anni del codice civile*, I, Milano, 1993, p. 445.

Decisivo è dunque il tema del rapporto tra la parte generale e quella ‘speciale’ del diritto dei contratti, che merita un’attenta riconsiderazione, nel senso che anche la disciplina dei “tipi” (ossia dei singoli contratti disciplinati nel codice civile) è idonea a esprimere principi ordinanti della materia, soprattutto per quel concerne i contratti più tipicamente “commerciali”. È evidente, infatti, che la parte generale è stata edificata sul modello del contratto di scambio, quale fatto negoziale episodico e tendenzialmente istantaneo, mentre nel novero dei singoli contratti figurano numerosi tipi che rappresentano una determinata attività economico-imprenditoriale e, per tale ragione, la loro disciplina deroga alle norme e agli stessi principi della parte generale. Sufficientemente esemplare è, in questo senso, la disciplina dell’appalto, che proprio in tema di sopravvenienze, offre soluzioni normative molto diverse – sostanzialmente antitetiche – rispetto alla disciplina generale, che affida alla risoluzione del contratto la tutela della parte onerata, in modo da rispettare l’impianto sistematico tradizionale, che vede nella risoluzione (declinata nelle tre forme disciplinate dal codice) l’unica tutela del contraente per le disfunzioni del sinallagma contrattuale, nel senso che il venir meno della (logica negoziale della) corrispettività comporta il diritto di sciogliersi dal vincolo⁹.

Sembra peraltro inevitabile muovere dalla disciplina delle disfunzioni sopravvenute contenuta nella parte generale del contratto nel codice civile, caratterizzato dall’opzione del legislatore del 1942 – all’epoca decisamente originale e comunque innovativa, rispetto alle altre grandi codificazioni europee e, in ogni caso, alla

⁹ Al giurista che intenda ragionare sulla riformulazione delle norme della parte generale del contratto si presentano pertanto, in questo senso, delicati interrogativi su compatibilità e coerenza tra le due parti, acuiti dal fatto che gli indici normativi da considerare non sono – anche in questo caso, da tempo – soltanto nel tessuto (di per sé non sempre così lineare e armonico) del codice civile, ma possono avere provenienza e matrice diverse, rendendo più complessa l’opera di razionalizzazione del sistema. Al contempo, proprio l’articolazione del quadro di riferimento, che il legislatore della riforma dovrebbe considerare con particolare attenzione, consente (e, si direbbe, impone) un significativo ripensamento della parte generale del contratto, finalizzato a recepire principi e tendenze che si esprimono attraverso nuove disposizioni normative, ma anche e soprattutto le più recenti evoluzioni della cultura giuridica civilistica.

civilistica più tradizionale¹⁰ – di distinguere con sufficiente nettezza le norme sulle disfunzioni determinanti (ovvero qualificabili in termini di) impossibilità (appunto, sopravvenuta), dalle disposizioni relative agli eventi pregiudizievoli (rispetto all'equilibrio tra le prestazioni) comportanti (non già l'impossibilità, ma) l'eccessiva onerosità delle prestazioni a carico di una parte, nel senso della loro 'inesigibilità' in ragione di un incremento dei costi¹¹.

Il comune denominatore tra le due discipline era costituito dall'istituto (sempre di carattere generale) all'interno del quale esse compaiono – articolandosi lo stesso, s'è detto, nelle due varianti dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità – ossia la risoluzione del contratto. Una risoluzione provocata dallo squilibrio, oggettivamente determinatosi – diversamente da quanto accade con l'inadempimento – tra le prestazioni, che giunge al punto da rendere irrazionale, e dunque insostenibile, lo scambio, minando (diversamente nelle due figure, s'intende, ma sempre in modo intollerabile per l'ordinamento) la sinallagmaticità del contratto.

3. L'approccio dell'ordinamento francese e tedesco nel confronto con il diritto italiano.

Se poi ci si dovesse interrogare sul rapporto tra sopravvenienze e ordinamento, con riferimento al diritto contrattuale, si scoprirebbe che le risposte mutano, anche significativamente, in relazione al contesto culturale e temporale, nei diversi ordinamenti.

In altri termini, posto che le norme generali dovrebbero fornire, in primo luogo, la risposta al preliminare interrogativo sul rapporto tra le sopravvenienze e l'ordinamento giuridico, con particolare riferimento al diritto dei contratti, si nota come la rilevanza giuridica

¹⁰ Si vedano le interessanti considerazioni sulla disciplina italiana, svolte dal versante tedesco, da HORN, *Vertragsdauer. Die Vertragsdauer als Schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, p. 551.

¹¹ Ci si permette di rinviare, per una sintetica trattazione della materia nella prospettiva indicata, al lavoro del sottoscritto, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006, p. 590 ss. (ora in corso di riedizione).

delle sopravvenienze e dunque la loro incidenza sul rapporto preesistente sia strettamente legata alle tendenze e alle scelte dell'ordinamento in un determinato contesto, storicamente definito. Tendenze e opzioni determinate, in modo diverso (se non talvolta divergente), dai diversi formanti dello stesso ordinamento, fatalmente destinati a intrecciarsi nella loro concreta operatività¹².

Muovendo dalla posizione più rigida, per così dire, è ben nota la ferma, apparentemente incrollabile, resistenza del legislatore francese, con il convinto avallo della dottrina tradizionale, a dare un qualsivoglia rilievo all'*imprévision* – se non altro nel diritto contrattuale dei rapporti fra privati –, mentre un'apertura verso la rilevanza della modificazione delle circostanze era ammessa nei contratti pubblici, in considerazione dell'interesse economico dell'amministrazione. È stata tuttavia la dottrina dell'ultimo ventennio o poco più – ormai convinta, evidentemente, dell'opportunità di superare la rigidità della posizione ottocentesca, conseguenza necessitata dell'idea (ovvero dal dogma, se si preferisce) dell'intangibilità del contratto, a schiudere prospettive nuove, intese a dar voce all'esigenza di revisione del regolamento contrattuale, con l'avallo, graduale ma ugualmente convinto, di una parte non insignificante della giurisprudenza, anche di legittimità.

Non ci si può pertanto meravigliare se il legislatore sia giunto a “codificare”, con la recente riforma della disciplina generale dei contratti, persino l'obbligo di rinegoziare, in presenza di determinati presupposti (v. *infra*, n. 6). In tal modo, il legislatore francese potrebbe apparire oggi, quasi paradossalmente – stando all'immagine che avrebbe dato di sé, in chiave comparativa, anche soltanto un

¹² Il terreno si è rivelato particolarmente fertile per le analisi degli studiosi comparatisti, i quali hanno saputo mettere in luce i diversi contesti normativi con l'intreccio dei formanti, concentrandosi soprattutto sul confronto tra gli ordinamenti francese, tedesco e italiano (senza dimenticare di esaminare le esperienze in ambito di *common law*), muovendo dal minimo comune denominatore costituito dalla presenza del codice civile. Un confronto assai stimolante, che permette di comprendere l'ampiezza del ventaglio di possibili soluzioni ai problemi genericamente riconducibili alla tematica delle sopravvenienze in ambito contrattuale.

paio di decenni addietro –, il più moderno, o almeno il più coraggioso¹³.

Molto diversa la vicenda che ha caratterizzato il diritto tedesco, decisamente condizionato – nella pressoché inevitabile assenza di disposizioni normative specifiche all'interno del BGB, ancorché frutto maturo, si potrebbe dire, della complessa e profonda elaborazione teorica ottocentesca – dagli sviluppi della teoria della presupposizione, elaborata dalla dottrina più autorevole della seconda metà del secolo XIX¹⁴.

La storia, che non mette conto in questa sede anche soltanto sintetizzare, essendo assai nota – se non altro in quanto più o meno puntualmente ripercorsa da tutti gli studiosi della materia¹⁵ –, risulta ancora oggi particolarmente significativa, per la quantità di spunti di riflessione che l'intreccio tra il formante dottrinale e quello giudiziale può suscitare. È convinto e continuativo, infatti, l'avallo della giurisprudenza alla dottrina, grazie all'originale e radicata valorizzazione del precetto generale di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e contrattuale: un unico dato normativo, il § 242 BGB concretamente utilizzabile (e in effetti utilizzato) da parte del giurista tedesco – tanto in dottrina, quanto in sede giurisprudenziale – si rivela capace, tuttavia, di sprigionare in quell'ordinamento un'effettività così marcata, al punto da permettere alla *summa* dell'orientamento giurisprudenziale inteso a riconoscere la modificabilità del contratto attraverso il suo adeguamento

¹³ Sui risultati raggiunti in sede legislativa occorrerà tuttavia ritornare, ragionando sulle formulazioni legislative adottate in sede di riforma (*infra*, n. VI).

¹⁴ Si tratta, com'è noto, dell'esponente di maggiore spicco della scuola pandettistica, ossia Bernhard Windscheid, mentre la dottrina viene poi sviluppata dalla civilistica novecentesca, senza soluzione di continuità, attraverso la più sofisticata dottrina del fondamento negoziale e le numerose elaborazioni teoriche della “*Lehre der Geschäftsgrundlage*, in particolare del suo venir meno (“*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”), come evento destabilizzante del vincolo obbligatorio e contrattuale.

¹⁵ Da ultimo, per una sintetica, ma assai efficace, ricostruzione della vicenda, BENEDETTI, *Presupposizione*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, diretto da D'Amico, Milano, 2021, p. 873; nonché la recente monografia di SERAFIN, *La presupposizione. Genesi storica, categorizzazione differenziale e olismo culturale*, Napoli, 2021.

(la c.d. *Vertragsanapssung*) di diventare, a sua volta, disposizione normativa codicistica, in sede di ‘modernizzazione’ del diritto delle obbligazioni, ossia la ben nota riforma del 2002 recante la significativa *Modernisierung des Schuldrechts*, grazie al nuovo § 313 BGB¹⁶.

La disposizione è dedicata proprio all’adeguamento del contratto, senza esplicitare – e di qui il vivace dibattito, sul quale ha preso posizione anche la Corte suprema tedesca del BGH¹⁷ – l’esistenza di un obbligo di rinegoziare nel procedimento che conduce all’adeguamento del contratto (la c. d. “*Vertragsanpassung*”), sino a quel momento affidata alle potenzialità operative della clausola generale di buona fede di cui al § 242 BGB.

Nel confronto con le due esperienze appena ricordate – si ricorda, nessuna delle quali aveva accolto la codificazione di norme in tema di sopravvenienze, anche se dottrina e giurisprudenza reagivano in modo sostanzialmente opposto, con la chiusura netta in Francia e la massima apertura offerta dalla clausola generale di

¹⁶ Il § 313 BGB, intitolato «*Störung der Geschäftsgrundlage*» e inserito nel nuovo *Untertitel 3* (sottotitolo o sezione), «*Anpassung und Beendigung von Verträgen*» (Adeguamento e cessazione dei contratti), prevede, nel testo tradotto che si legge nel contributo di RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* (Atti del Convegno di Padova, 7-8 marzo 2003), Padova, 2004, p. 10: «(1) Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono con grave incidenza (*schwerwiegend*) modificate dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o l’avrebbero concluso con un diverso contenuto se avesse previsto tali mutamenti, può richiedersi l’adeguamento del contratto qualora non possa pretendersi (*unzumutbar*) che la parte resti vincolata al contratto immodificato, avuto riguardo a tutte le circostanze del singolo caso, ed in particolare alla distribuzione contrattuale o legale del rischio. (2) Ad una modifica delle circostanze è da parificare il caso in cui rappresentazioni sostanziali, divenute fondamento del contratto, si rivelino false. (3) Se un adeguamento del contratto non è possibile o non può più pretendersi da una parte, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. In luogo del diritto di recesso, per il rapporto di durata spetta il diritto di disdetta (*Kündigung*)». Sulla *ratio* della novella, *Regierungsbegründung BT-Drucks*, 14/6040, 175.

¹⁷ Nel senso che i contraenti hanno l’obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all’adeguamento del contratto, cfr. BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), in *NJW*, 2012, 373.

buona fede in Germania –, il diritto italiano si presenta con una veste decisamente originale, costituita dalla presenza di una normativa *ad hoc* nel codice civile, non a caso introdotta soltanto con la codificazione del 1942, all'interno (e in chiusura) della disciplina del contratto in generale, che dà spazio alle esigenze del contraente onerato dagli effetti economici degli eventi sopravvenuti, seppure attraverso una disciplina che, ammettendo una forma di risoluzione certamente anomala – s'intende, dal punto di vista della teoria del contratto di stampo tradizionale e, perciò, della dogmatica sedimentata nella cultura civilistica –, circonda di una serie di cautele (con una serie, dunque, di presupposti integrativi della fattispecie risolutoria) l'esercizio del diritto di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità.

In sintesi, si può negare per principio la rilevanza dell'imprevisione/imprevedibilità nei rapporti obbligatori tra privati, in quanto questi ultimi devono essere "certi" e sicuri, se non altro in funzione del fatto che "il contratto ha forza di legge tra le parti" (alla stregua dell'enfatica espressione ereditata dal legislatore francese del *Code Napoleon*), sicché non possono intervenire – *recitius*, rilevare nella disciplina dell'esecuzione del contratto e dell'adempimento delle obbligazioni – elementi perturbativi dell'assetto d'interessi consacrato nell'autoregolamento.

Vi è, tuttavia, chi – ragionando con maggiore realismo e consapevolezza dell'esigenza concreta di una risposta dell'ordinamento alle "perturbazioni" dell'equilibrio negoziale – riconosce e ammette l'esigenza di gestione dello squilibrio sopravvenuto a tutela (non già del contratto in se stesso considerato, nella sua intangibilità e immodificabilità di principio, bensì) dei contraenti; sulla base di tale assunto, si demanda – invero superando preconcetti e remore di principio sulla funzione giurisdizionale in ambito di autonomia contrattuale –, per un verso alla giurisprudenza delle corti, per altro verso (recuperando la valenza del referente normativo in senso formale) all'effettività della clausola generale di buona fede (supportata, va comunque ricordato, da un'attenta, complessa e ininterrotta analisi dottrinale) il compito di determinare, di volta in volta, la 'correzione' del regolamento contrattuale, non più idoneo a rappresentare gli interessi delle parti.

Può darsi, infine, l'ipotesi in cui un più consistente e sano realismo e, soprattutto, una più marcata attenzione ai risvolti prettamente economici dell'impegno contrattuale concretamente assunto (in un tempo anteriore a quello della sua esecuzione, sia pure con talune varianti in ordine alla rilevanza del fattore temporale, come si evince dall'*incipit* dell'art. 1467 c.c.), finisce per indurre il legislatore a intaccare la purezza delle linee dogmatiche tradizionali, per codificare, in termini generali (in termini, s'è detto, senza dubbio originali per il tempo), l'inesigibilità della prestazione in ragione dell'aumento dei relativi costi, mediante una normativa *ad hoc*, che recepisca l'esigenza di tutela del contraente eccessivamente onerato.

La risposta del nostro legislatore del 1942 comporta, pertanto, che il problema (della gestione) del "rischio contrattuale" vada affrontato, nella prospettiva dell'eventuale riforma della disciplina generale dei contratti, muovendo da una situazione molto diversa rispetto a quella in cui si sono trovati i nostri 'vicini di casa' tedeschi e francesi. La gestione del rischio contrattuale è dunque affidata alla soluzione: (a) convenzionale, (b) legislativa (nel nostro ordinamento, in primo luogo mediante le disposizioni generali in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, cui s'è fatto cenno), e infine (c) giudiziale, anche e in primo luogo per risolvere il conflitto e, in ogni caso, il concorso tra la disciplina pattizia – consegnata spesso a clausole di gestione del rischio, formulate dalle parti in modo più o meno sofisticato, nel tentativo di neutralizzare i rischi prevedibili – e quella legale¹⁸.

¹⁸ Cfr. Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2132, con nota adesiva di PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*. L'impossibilità di superare, mediante pattuizioni per l'adeguamento automatico del corrispettivo (come accade, comunemente, con le clausole d'indicizzazione), la disciplina legale dell'eccessiva onerosità, è stata con chiarezza affermata dalla giurisprudenza. Quando la Cassazione, infatti, si è trovata ad affrontare il tema del concorso tra regolamentazione convenzionale (attraverso le appena ricordate clausole di indicizzazione dell'obbligazione pecuniaria) e disciplina legale (della risoluzione per eccessiva onerosità), l'argomento decisivo, che ha caratterizzato la *ratio decidendi*, faceva leva sulla valutazione, specifica e in punto di fatto, dell'insufficienza, per così dire, dei meccanismi convenzionali, nel senso che gli effetti delle sopravvenienze non avrebbero potuto rite-

Appare, per altro verso, persino intuitivo che il legislatore del codice civile, ancorché mosso da spirito innovatore e consapevole dell'esigenza di disciplinare "in generale" le sopravvenienze – anche in considerazione delle novità introdotte nel Titolo terzo (del Libro quarto) dedicato ai "singoli contratti", che finivano per mettere in discussione il modello del contratto in generale – non potesse andare oltre un tentativo di 'sistemare' la teorica del rischio contrattuale nel solco dell'idea, di matrice pandettistica, della "volontà presunta" dei contraenti, nel senso di una ricostruzione *ex post* di quanto, pur presupposto ed assunto a fondamento della negoziazione (quindi, effettivamente 'voluto'), non avesse poi ottenuto adeguata esplicitazione nelle condizioni o clausole contrattuali: la *Voraussetzung*, introdotta (*rectius*, importata dalla menzionata pandettistica tedesca) nel nostro ordinamento con la traduzione letterale di "presupposizione". Una costruzione giuridica, quest'ultima, che avrebbe avuto riscontro (ed anzi successo) nella giurisprudenza

nersi, nel caso concreto, assorbiti dalle clausole d'indicizzazione, rimanendo salva pertanto la facoltà della parte onerata di avvalersi della tutela prevista *ex lege* dall'art. 1467 c.c. Ancorché la Cassazione non avrebbe mai potuto ragionare, all'epoca, in questi termini, è evidente e, si direbbe, quasi scontato, che elementari considerazioni, di matrice essenzialmente economica – nella letteratura giuridica, riprese e sviluppate non a caso dai cultori dell'analisi economica del diritto –, avrebbero condotto all'idea della inevitabile "razionalità limitata" dei contraenti, con riferimento a un rapporto contrattuale programmato per durare diversi decenni (esattamente come nel caso esaminato dalla Corte)¹⁸. In questa prospettiva e sulla scorta proprio dell'analisi economica del diritto, così come potrebbe essere applicata all'indagine su tipologie contrattuali del tipo in esame, sono stati proposti studi e approfondimenti sulla "incompletezza" del regolamento negoziale (dunque, sul c.d. "contratto incompleto"), sviluppando l'idea di una fisiologica incompletezza del contratto, che finisce per mettere in discussione principi e assunti, di carattere dogmatico, della disciplina generale del contratto, incentrata (come s'è appena avuto modo di considerare) sul modello dello scambio istantaneo, per definizione insuscettibile di valutazioni in termini di "completezza/incompletezza". Da questo punto di vista, l'esigenza di gestire il rischio contrattuale *ex post* – anche in presenza di pattuizioni intese proprio a evitare le controversie determinate dagli effetti delle sopravvenienze – assume una valenza fisiologica, si sarebbe tentati di dire, dovendosi tuttavia confrontare con una normativa immaginata (e redatta, di conseguenza) per disciplinare vicende eccezionali (oltre che imprevedibili, nell'endiadi con cui il legislatore ha fissato i presupposti per domandare la risoluzione del contratto).

pratica, chiamata a conferirle effettività, mentre in dottrina si svolgeva una sapiente elaborazione, graduale ma incessante con diverse sfumature nelle diverse culture giuridiche europee, della questione generale facente capo alla gestione del rischio contrattuale.

Tale costruzione concettuale, ascrivibile al già ricordato padre nobile della pandettistica ottocentesca, si muove, evidentemente, all'interno del modello di contratto tradizionale, che ha permesso l'edificazione della "parte generale", rivelandosi, in tal modo, insufficiente a governare le problematiche poste dai contratti a esecuzione continuata o differita, comunque destinati a svolgersi in un lasso di tempo, più o meno ampio, in vista della realizzazione di un risultato che soltanto l'esecuzione protratta nel tempo può consentire.

4. *Il contratto come programma funzionale a un risultato da realizzare.*

Da quest'ultimo punto di vista, si rende opportuno, se non necessario, l'ampliamento della riflessione alla disciplina dei "singoli contratti" (tipizzati e non), ove è possibile individuare una molteplicità di disposizioni che, operanti nei più vari contesti contrattuali, paiono evidenziare una sorta di comune denominatore, come se fossero accomunate da quella che è stata opportunamente definita in termini di "macro-ratio"¹⁹, rispondente all'esigenza dell'ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell'atto di autonomia privata all'origine del regolamento²⁰. Le norme dei singoli

¹⁹ L'espressione è di ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 1044.

²⁰ Esse potrebbero collocarsi idealmente in due gruppi: (a) quelle espresse nelle disposizioni che predispongono un'alternativa giuridica alla vanificazione degli effetti del contratto, vuoi incidendo positivamente sull'aspetto che potrebbe definirsi strutturale (ad esempio, mediante la disciplina della determinazione del prezzo nella vendita e nell'appalto ex artt. 1474 e 1657 ovvero dell'entità della somministrazione ex art. 1560, disposizioni che dovrebbero precludere qualsiasi utilizzazione strumentale della sanzione di nullità del contratto per indeterminazione e indeterminabilità dell'oggetto), vuoi operando in una prospettiva funzionale (ad esempio, grazie alla scelta attribuita al compratore di chiedere la riduzione del prezzo invece della risoluzione del contratto di vendita ex art. 1492);

contratti, cui potrebbero aggiungersi ulteriori riferimenti, offrono argomenti sufficienti per ravvisare, nel diritto privato italiano, l'esistenza di un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti e che consentirebbe la "revisione" in corso di esecuzione (un principio, quest'ultimo, che, secondo alcune ricostruzioni, opererebbe anche oltre questo specifico settore dell'ordinamento).

È evidente che, se si accettano alcune premesse di indole *latu sensu* metodologica, la disciplina generale delle sopravvenienze nei termini in cui è stata consegnata agli artt. 1467 ss. sembrerebbe destinata a rimanere in un certo senso sullo sfondo del discorso. Essa troverà, di fatto, applicazione in casi residuali, svelando in tal modo la nettezza della frattura tra le appena ricordate disposizioni codicistiche, dichiaratamente "generalì", e la realtà normativa della contrattazione commerciale ovvero d'impresa²¹, riconducibile a siste-

(b) quelle che fissano, invece, presupposti e modalità della modificazione delle condizioni contrattuali prestabilite al fine di consentire una corretta (prosecuzione della) esecuzione del rapporto contrattuale, talvolta con indicazioni di natura quantitativa (si pensi, ad esempio, alla disciplina delle variazioni del progetto nell'appalto e, in particolare, alle variazioni ordinate dal committente ex art. 1661, così come all'onerosità o difficoltà dell'esecuzione dell'opera appaltata ex art. 1664), altre volte con l'inevitabile rinvio a criteri generali di giustizia sostanziale, quali la proporzionalità e/o l'equità della determinazione, quest'ultima affidata evidentemente al giudice in mancanza di accordo fra le parti: ad esempio, artt. 1660 e 1664, comma 2, in materia di appalto, ma anche art. 1623 in materia di affitto, l'art. 1710, comma 2, in materia di mandato, nonché l'art. 3, comma 5, l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura, disposizione quest'ultima particolarmente interessante per la novità della formulazione adottata dal legislatore). Un tentativo di collegare varie fattispecie in un contesto omogeneo, che successivamente si è arricchito ulteriormente, si trova nel lavoro di chi scrive *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., secondo capitolo (dedicato alla ricostruzione sistematica del principio di adeguamento).

²¹ È noto che la dottrina italiana più autorevole ha avvertito l'espressione contratti d'impresa come una "categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione" (così OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629, dove si scorge, fra l'altro, il nesso con i contributi resi in epoca ben più risalente dall'A., nello studio di rapporti contrattuali caratterizzati da uno strettissimo collegamento con l'organizzazione dell'attività economica imprenditoriale: ID., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 146 e p.

ma con riferimento ad altri (non pochi) indici legislativi, dai quali è dato desumere l'esistenza di un principio di adeguamento del contratto, in considerazione dello svolgersi del rapporto nel tempo, che trova espressione in regole specifiche, alcune delle quali appena ricordate, caratterizzanti i numerosi tipi contrattuali disciplinati dal codice²².

Sembrerebbe così che, in modo apparentemente paradossale, si profili una sorta di sfida – o, almeno, un'alternativa piuttosto netta – fra la disciplina generale, da un lato, la quale finisce per rimanere marginalizzata, e la prassi negoziale, dall'altro, mimata in un certo senso dalle regole – pur sempre di natura suppletiva, per lo più – “speciali” dettate in tema di “singoli contratti” (s'è fatto l'esempio emblematico dell'appalto), che disattendono o superano, se si preferisce, le regole “generali”, ponendo le premesse per rivedere la concezione della parte generale. Non ci si riesce a sottrarre così all'interrogativo cruciale sulla natura monolitica del contratto assunto a modello della disciplina generale, anche in materia di sopravvenienze e gestione del rischio contrattuale.

Riprendendo uno spunto proveniente dalla cultura giuridica statunitense, si comprende come la dottrina più moderna – e, va detto, anche più coraggiosa – si sia spinta a ricercare una sorta di saldatura fra il principio e le teorie di origine, rispettivamente, sociologica (come quella dei c.d. *relational contracts*, maturata in area nordamericana negli anni Sessanta²³) ed economica (alludendosi alla ri-

277, e dopo l'unificazione dei codici, il tema veniva ripreso da DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*³, Padova, 1962, p. 94 ss.).

²² Ci si permette di rinviare, per l'articolazione del ragionamento, ancora al richiamato contributo monografico, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., spec. p. 71-168; la riflessione è successivamente ripresa, condividendone l'impostazione di fondo, da ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1041 ss.; sempre nella trattatistica sul contratto, per analoghe considerazioni, in relazione alla questione della “revisio- ne” del contratto, cfr. SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Sacco, II, Torino, 2004, p. 722 s.

²³ Indicata, oltre un ventennio addietro, nella ricerca di chi scrive, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., spec. p. 1-69, la prospettiva, decisamente originale per l'impostazione del pensiero giuridico europeo tradizionale, è stata sviluppata, in chiave anche comparatistica, da GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Mi-

costruzione in termini di “incompletezza” dei contratti, come sottolineano appunto gli economisti)²⁴, per cercare di inquadrare in un diverso contesto rapporti contrattuali molto diversi e comunque distanti dallo scambio occasionale e istantaneo – c.d. *discrete transaction*, nel gergo giuridico statunitense – e così esaminare le possibili soluzioni giuridiche soltanto dopo aver messo correttamente a fuoco la realtà socio-economica in cui il contratto deve operare²⁵.

lano, 2007, spec. cap. II, 89-140; ma soprattutto, più di recente, nell’approfonditi studi monografici di FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, con particolare riferimento alla tutela della “relazione” alla luce delle regole dell’adeguamento (cap. III, 141 ss.), così come alla “gestione relazionale del contratto” (cap. IV, 267 ss.) e di GALLARATI, *La resilienza del contratto. Modificazioni e destino delle garanzie, tra relazionalità, incompletezza e crisi d’impresa*, Torino, 2020, il quale adopera nel titolo il concetto di “resilienza del contratto” per rappresentarne “la sua rinnovata capacità di adattarsi alle circostanze, che relazionalità ed incompletezza hanno fatto emergere e stressato”. Si tratta di due lavori monografici, cui si rinvia per la più compiuta ricostruzione della dottrina dei “relational contracts”, degni della massima attenzione, in quanto dimostrano come una parte della moderna dottrina civilistica, espressa nella pregevole ricerca di giovani studiosi, sia capace di sganciarsi dagli stereotipi tradizionali, per intraprendere percorsi originali sul piano dei contenuti e dei metodi adottati.

²⁴ Un tema messo a fuoco, nella letteratura giuridica, nei lavori di: BELLANTUONO, *I contratti incompleti fra economia e diritto*, Padova, 2000; successivamente, FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005; BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005; nonché, più di recente: VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 509 (nonché in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, p. 939), senza dimenticare che la vicenda dei “contratti incompleti” è al centro anche del già ricordato recente contributo di GALLARATI, *La resilienza del contratto, op. ult. cit.*

²⁵ Vale la pena riprendere l’insegnamento metodologico, sempre attuale anche risalente a diverse decadi addietro, dello studioso di diritto commerciale Gerardo Santini, secondo il quale per il giurista, l’unico modo di aggiornarsi “è quello di avvicinarsi alla realtà riscoprendola a partire dall’economia, cioè dalle categorie e relativi ruoli economici, dai loro modelli e dai loro codici di comportamento” e, per far questo, continua l’autore, “occorre allora abbandonare il dato di partenza logico-astratto fornito dal nostro sistema giuridico e dai miti che l’accompagnano (come la perfezione e la completezza del sistema stesso) e partire direttamente dal dato economico” (SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, p. 18, con riferimento alla priorità logica di inquadrare la vicenda economica, prima di svolgere la relativa riflessione giuridica: «l’adozione da parte di operatori economici di un modello organizzativo o

Con un approccio metodologico di questo tipo, il contratto non è più (soltanto) lo strumento negoziale per il trasferimento della proprietà (uno dei modi di acquisto” della proprietà), né unicamente la “fonte” (principale, anche nell’elencazione del codice civile all’art. 1173 c.c.) delle obbligazioni, ma si presenta piuttosto come un programma, un “piano” da realizzare, secondo la volontà dei contraenti di perseguire un determinato risultato. In questo modo, si evidenziano – molto di più che in occasione dello scambio istantaneo ed episodico, evidentemente – le regole di condotta e dunque i doveri di correttezza e buona fede, funzionali alla realizzazione del risultato divisato dai contraenti e per il quale il contratto è stato concluso.

5. (segue) *l’attività d’impresa e il contratto come suo strumento.*

L’idea del contratto come programma da realizzare, in vista di un determinato risultato, raggiungibile anche attraverso l’attività dei contraenti disciplinata, oltre che dalle specifiche pattuizioni del regolamento convenuto tra i contraenti, dalle clausole generali (con l’obbligo di comportamento corretto e secondo buona fede in primo piano), consente (e forse impone, in un certo senso) il raccordo con la realtà dell’impresa – se si preferisce, dell’attività economica – rispetto alla quale il contratto prende concretamente forma.

Nella variegata tipologia dei contratti di durata, ovvero caratterizzati dall’esecuzione prolungata nel tempo e, in ogni caso, dall’obiettivo (*rectius*, interesse) dei contraenti di realizzare un determinato programma, si realizza infatti, solitamente, l’attività d’impresa – prima ancora, essa viene ‘programmata’ –, confidando che la ‘programmazione’ contrattuale sia sufficiente ad assicurare (anche) la gestione delle problematiche determinate dalle modifiche delle circostanze rilevanti (e incidenti sull’equilibrio economico tra le prestazioni), attraverso pattuizioni, che prevedano idonei meccanismi di soluzione delle controversie.

contrattuale piuttosto di un altro, la frequenza e l’entità di certe opzioni operative, giuridicamente rilevanti sia nel contesto aziendale, sia nell’aspetto macroeconomico, non sono infatti senza significato (né per l’economista né per il giurista)».

Quel che sembra difficile negare, considerando la sistematica del diritto dei contratti disciplinato nel codice, è lo scollamento di tale tipologia negoziale, nella quale il contratto rivela la sua natura di strumento dell'attività d'impresa – in ogni sua fase: iniziale, funzionale e attuativa degli obiettivi commerciali, ma anche estintiva ovvero di crisi, da gestire nella prospettiva della liquidazione ovvero della continuità aziendale, secondo le regole delle procedure per la gestione della crisi e dell'insolvenza – rispetto al modello codicistico del contratto come modo di acquisto della proprietà o, comunque, quale mezzo tecnico per il trasferimento volontario dei diritti.

Sembra altresì incontrovertibile la constatazione secondo la quale la disciplina generale si rivela costruita interamente su quest'ultimo modello, mentre la realtà dell'impresa e, di conseguenza, del contratto quale strumento per l'esercizio dell'attività economica aziendale, rimarrebbe nelle pieghe della normativa dettata con riferimento ai “singoli contratti”. Per altro verso, appare ugualmente innegabile che, nella prospettiva intesa a valorizzare l'attività d'impresa, il programma finisca per incrociare i requisiti tradizionali e generali della causa e dell'oggetto, connotando il contratto funzionalmente (ossia dal punto di vista della sua causa), nonché oggettivamente, nel senso del risultato avuto di mira dai contraenti, ossia in funzione del loro interesse.

6. Spunti per la 'modernizzazione' del diritto dei contratti da alcune recenti esperienze di ri-codificazione con soluzioni innovative.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, ma soprattutto se si accolgono le premesse di tipo metodologico sin qui esposte – sia pure in modo sommario e riduttivo, rispetto alla loro rilevanza spiccatamente metodologica – il legislatore dovrebbe interrogarsi, in primo luogo, sulla possibilità e opportunità di novellare la disciplina generale del contratto, facendo tesoro degli spunti ricostruttivi forniti dalla normativa in tema di singoli contratti interna al tessuto del codice civile, nonché dalla legislazione ‘settoriale’, che ha contribuito a innovare in modo decisivo il sistema negli ultimi decenni.

Nella materia delle sopravvenienze e dei relativi rimedi, ossia delle diverse tecniche idonee a gestire il rischio contrattuale, la risposta positiva al quesito generale sembrerebbe scontata, ma gli approfondimenti dottrinali che, da diversi punti di vista, hanno contribuito a far luce sul tema confermano alla ragionevolezza della proposta modificativa e/o integrativa prevista dal disegno di legge delega, incentrata sulla figura della “rinegoziazione” del contratto.

Prima di impegnarsi nel tentativo di formulare una proposta modificativa della disposizione di cui all’art. 1467 c.c., evidentemente sulla base del disposto di cui al detto disegno di legge delega, occorre evidenziare, sempre in forma sintetica, il fondamento sistematico della rinegoziazione e dell’obbligo di rinegoziare, attraverso il quale si potrebbe modernizzare la normativa, superando una disciplina – quella della risoluzione per eccessiva onerosità attualmente vigente – non del tutto soddisfacente e, soprattutto, non idonea a rispondere alle esigenze della contrattazione d’impresa e alle dinamiche dei contratti aventi ad oggetto un’attività economica destinata a svolgersi nel tempo, per la realizzazione di un determinato risultato, in funzione del quale il contratto stesso è stato concluso.

Non sembra infine irrilevante che, in questa verifica, il giurista dei nostri giorni può anche avvalersi – utilmente, ad avviso di chi scrive – di alcune recenti esperienze di ri-codificazione del diritto generale dei contratti (nel codice civile riformato), dalle quali risulta confermata la sensazione che i tempi siano maturi per rivedere, anche in modo profondo, alcune tra le più consolidate costruzioni teoriche e sistematiche del diritto civile, con o senza l’intervento specifico del legislatore, ossia anche mediante l’opera della giurisprudenza.

Possono segnalarsi, in particolare, due esperienze recenti, peraltro già ampiamente esaminate dalla nostra dottrina, che hanno dato rilievo alla problematica in esame, aderendo alle più moderne tendenze culturali e, in ultima analisi, alle indagini della dottrina più sensibile alle esigenze di “modernizzazione” della disciplina in materia.

In primo luogo viene in rilievo il legislatore francese, di cui si faceva già menzione in apertura, che ha inserito nella “sezione” dedicata a “*Les effets du contrat entre les parties*”, sotto-sezione inti-

tolata a “*Force obligatoire*” – dopo le disposizioni, dalla lunghissima tradizione civilistica di cui agli artt. 1193 (*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*) e 1194 (*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi*) – la nuova, o se si preferisce ‘nuovissima’ disposizione dell’art. 1195²⁶.

Si è detto, nella dottrina francese, che l’intervento del legislatore avrebbe potuto essere inteso come una sorta di “*consécration de l'imprévision*”, ma è interessante notare, al di là degli slogan, come il legislatore francese abbia avuto il coraggio di voltare pagina, in modo davvero radicale, rispetto alla tradizionale irrilevanza delle sopravvenienze nei rapporti patrimoniali fra privati – è stata già ricordata, nelle battute iniziali, la preclusione netta di giuristi e legislatori in quel Paese verso il riconoscimento di qualsiasi incidenza giuridica delle sopravvenienze nei contratti tra privati (*supra*, n. 3) –, muovendosi nella direzione dei rimedi “manutentivi” del contratto e affidandosi, alla fine, alla valutazione del giudice che potrà “revisionare” o “mettere fine” al contratto.

La seconda esperienza, in sostanza contemporanea, è quella del rifacimento (integrale, con la fusione del codice civile e di commercio, così come avveniva da noi nel 1942) del codice argentino, nel quale compare una norma davvero innovativa, rispetto alla tradizione codicistica, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare (e così letteralmente intitolare) ai “*Contratos de larga duración*”, ponendola all’interno (più precisamente, in chiu-

²⁶ Testualmente, la nuova disposizione del *Code civil*:

[comma 1] *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

[comma 2] *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe”.*

sura) del “*Capítulo 5*”, relativo alla materia dell’ “*Objeto*” (del contratto, in generale)²⁷.

Il confronto con le nuove norme, mediante le quali i legislatori francese e argentino hanno innovato il diritto contrattuale del codice civile, aiuta a comprendere i limiti del meccanismo conservativo previsto dalla norma italiana – il già ricordato art. 1467 c.c., in tema s’è detto di risoluzione per eccessiva onerosità –, affidato all’iniziativa della parte avvantaggiata, ossia quella contro la quale è richiesta la risoluzione, che ha la possibilità di evitare la risoluzione mediante l’offerta di un’equa modificazione delle condizioni del contratto – soluzione, si noti, ripresa pressoché alla lettera da altre recenti operazioni di “ri-codificazione”, come nel caso del nuovo codice brasiliano del 2002, all’art. 479 – e che non sembra sufficiente a dare una risposta efficiente, in linea con le esigenze e le dinamiche della contrattazione commerciale *de larga duración*.

L’esplicitazione dell’obbligo di rinegoziare rappresenta, dunque, una scelta piuttosto coraggiosa da parte del legislatore riformatore, pienamente da condividere, tuttavia, in quanto impone all’interprete di operare all’interno della dinamica del contratto di

²⁷ Testualmente: “*En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*”.

Segnala il carattere decisamente innovativo della norma anche LORENZETTI, *Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica Argentina*, cit., p. 402, al quale si deve l’approfondimento sul tema in *Tratado de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, 2004, p. 74, ove si confronta il modello del “*contrato instantáneo y de larga duración*”, evidenziando la diversa “*reciprocidad estática y dinámica*”, nel senso che nei contratti in esame “*el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas*”, determinandosi quella dinamicità nel rapporto, secondo l’A., “*típicamente relational*” (p. 76); cfr. altresì, ID., *Tratado de los contratos*², Tomo I, Buenos Aires, 2004, p. 113 ss., ove si esaminano più diffusamente i diversi aspetti della tipologia contrattuale in esame, prima che approdasse, con la riforma, alla regola ora codificata.

lunga durata, avvalendosi del diritto di “*demander une renégotiation du contrat à son cocontractant*” – per riportare l’espressione del legislatore francese, che prosegue disponendo: “*En cas de refus ou d’échec de la renégotiation, les parties peuvent demander d’un commun accord au juge de procéder à l’adaptation du contrat*” – superando in un certo senso anche la “modernizzazione” tedesca del BGB, che non era giunta a esplicitare la sussistenza dell’obbligo (suscitando, tuttavia, in dottrina e giurisprudenza il già ricordato dibattito sul punto).

In primo piano si colloca il ruolo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l’adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha inciso anche sull’evoluzione della cultura giuridica argentina), sicché non meraviglia la reazione di alcuni studiosi del processo civile nei confronti della tendenza etichettata in termini di rischio di “paternalismo giudiziario” (*supra*, n. 1).

Strettamente connesso al ruolo del giudice è, infine, il rilievo oramai definitivamente acquisito dalle clausole generali, *in primis* la buona fede e la correttezza – va ricordato, in tal senso, il duplice riferimento a “*la oportunidad razonable de renegociar de buena fe*” nel codice argentino e al rischio di incorrere nell’ “*ejercicio abusivo de los derechos*” –, ma va ricordata anche l’equità (non so se possa discorrersi correttamente di una clausola generale in senso proprio, ma si tratta certamente di un criterio di valutazione del risultato ad alto grado di discrezionalità, così come accade nella valutazione della correttezza)²⁸.

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di ‘intervenire’ nelle dinamiche del contratto, per consentirne la prosecuzione attraverso la modificazione delle sue condi-

²⁸ Si veda, per tutti, D’AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443, anche nella preziosa raccolta di saggi, su questioni e punti di vista diversi, che ruotano intorno alla medesima problematica, AA.VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 93 ss.

zioni, non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali affermazioni, ricondotte allo slogan della c.d. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d’interessi concordato tra le parti. Correzione o manutenzione del contratto, quali soluzioni preferite dall’ordinamento, impongono peraltro una particolare considerazione dell’intervento giudiziale che, lungi da ‘rifare’ il contratto al posto delle parti – espressione quest’ultima che, di tanto in tanto, si legge ma che, a ben vedere, o si risolve in una vaga declamazione o risulta riduttiva, al punto da precludere qualsiasi serio dibattito scientifico su un tema centrale della cultura giuridica attuale –, è chiamato a dirimere controversie. L’unica particolarità, se si vuole, è che questi dovrà far necessariamente uso di criteri elastici, pur sempre fissati dal legislatore *ex ante*, talvolta con le formulazioni più ampie, che possono fare capo ad esempio alla buona fede e all’equità *tout court* (come avviene nella disciplina generale codicistica) mentre altre volte tali concetti vengono declinati in un certo modo, ossia maggiormente circostanziati con riferimento alle vicende del mercato in cui il contratto si colloca – si pensi, ad esempio, al divieto di abuso di dipendenza economica, in tema di subfornitura – con la conseguenza che si potrebbe avere l’impressione di trovarsi al cospetto di un contratto ‘assistito’ (non soltanto dal legislatore, ma anche) dall’autorità giudiziaria.

Se le esperienze maturate in tempi recenti in altri ordinamenti, che hanno condotto alla ri-codificazione del diritto dei contratti, sono certamente significative, va ricordato che l’interesse degli studiosi per il tema ha iniziato a manifestarsi con riferimento alle già ricordate raccolte di regole maturate in sede UNIDROIT – si allude ai “Principi dei contratti commerciali internazionali” – e in ambito europeo – è il caso del Progetto “Lando”, confluito nella stesura dei “Principles of European Contract Law”, nella formula abbreviata PECL e, da ultimo, del “Draft for a Common Frame of Reference”, il DCFR come ulteriore tentativo di riordino della disciplina generale del contratto in termini armonizzati –, grazie a quanti si sono fatti carico di ragionare su regole moderne, o quantomeno più efficaci rispetto a quelle esistenti (di matrice diversa: legislativa, giurisprudenziale e dottrinale), idonee a disciplinare la

gestione del rischio nei contratti, in termini di (nuova) disciplina generale.

Tutto ciò implica che l'analisi di questa materia si risolva in una riflessione sul modo di pensare dei giuristi, piuttosto che in una formulazione propositiva di una o più disposizioni normative (eventualmente, da coordinare con il diritto dei contratti esistente, come sempre accade quando l'esame abbia ad oggetto le direttive comunitarie in tema di contratti e le nuove norme a tutela di determinate categorie di soggetti ritenuti più deboli), che potrebbe in ogni caso ben rappresentare l'esito della riflessione stessa.

7. Considerazioni conclusive alla luce della situazione emergenziale determinata dalla pandemia da COVID-19.

Qualche considerazione conclusiva verrà svolta muovendo dall'esame degli effetti della vicenda pandemica, ossia considerando l'esperienza recente della giurisprudenza in tema di rapporti di locazione e/o affitto incisi economicamente dalle norme per il contenimento del contagio (che hanno, di fatto, impedito lo svolgimento di determinate attività commerciali), ove si nota come alcune decisioni, tra quelle più significative sul piano argomentativo, siano davvero emblematiche della possibilità di sviluppare un'argomentazione, in ambito civilistico, in modo diverso e a volte sostanzialmente antitetico, pur realizzandosi il medesimo risultato di giustizia.

Di fronte a problematiche nuove – come nel caso degli effetti delle norme “anti-Covid” sui rapporti di locazione e affitto di immobili adibiti ad uso commerciale –, che richiedono comunque una buona dose di impegno e, va detto, anche di cultura nell'opera argomentativa del giudice, la *ratio decidendi* può svilupparsi, in altri termini, sul piano rigorosamente formale, dunque rispettoso della logica – un tempo (neanche così lontano) priva di alternative, in quanto ritenuta dai giuristi ontologicamente connessa al diritto civile, quale sistema dogmaticamente ordinato – della fattispecie legislativamente tipizzata.

Tra le decisioni meritevoli di considerazione²⁹, si sono distinte quelle del Tribunale di Roma, in particolare due ordinanze (la prima del 29 maggio 2020³⁰, la seconda più recente del 27 agosto 2020³¹) che, facendosi carico entrambe delle esigenze di tutela del conduttore, hanno seguito una diversa *ratio decidendi*, evidenziando nell'argomentazione una sorta di antitesi sul piano metodologico, che meriterebbe un approfondimento da parte della dottrina. Una dottrina mostratasi, peraltro, s'è detto in apertura, particolarmente sensibile alle delicate questioni giuridiche che la pandemia (e la conseguente produzione legislativa) ha suscitato.

Nella prima decisione³², il giudice ha inteso sgombrare subito il campo da ogni possibile rilevanza (e dunque utilizzazione) della regola generale di correttezza e buona fede, affermando, con estrema chiarezza, che “*il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., pur suggestivo e pur se variamente declinato in dottrina, non persuade*”³³. Respinta anche la logica della tutela del contraente contro l'eccessiva onerosità, “trattandosi di rimedio incompatibile con la conservazione del contratto, ma idoneo [...] solo

²⁹ Ad esempio: Trib. Bologna, 4 giugno 2020, in *Foro it.*, 2020, I, c. 2492, che in accoglimento del ricorso inibisce al locatore di mettere all'incasso assegni rilasciati dal conduttore a garanzia del pagamento del canone; Trib. Venezia, 14 aprile 2020; Trib. Venezia, 22 maggio 2020; Trib. Genova, 1° giugno 2020, in relazione all'attività di una discoteca; Trib. Bari, 9 giugno 2020, che accoglie la domanda di riduzione del canone avanzata dal conduttore; Trib. Rimini, 25 maggio 2020, in *Foro it.*, 2020, I, c. 2497, nonché Trib. Rimini, 28 giugno 2020, di diniego invece di tutela del conduttore, che nella specie aveva invocato il diritto alla risoluzione per eccessiva onerosità; Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, che respinge l'istanza di sospensione, da parte del conduttore, dell'efficacia del titolo esecutivo ottenuto dal locatore, pur auspicando la riduzione del canone al seguito di una rinegoziazione del contratto, secondo buona fede.

³⁰ In *Foro it.*, 2020, I, c. 2497, con osservazioni di PALMIERI e MACARIO.

³¹ Anch'essa pubblicata in *Foro it.*, ma reperibile in www.foroitaliano.it/news/231.

³² Resa dalla quinta sezione del Tribunale di Roma (giud. Miccio).

³³ Un'impostazione del genere, secondo il giudice, comporterebbe il rischio – *ove mai si dovesse pervenire a una decisione sulla riduzione del canone, argomentata sull'applicazione della detta clausola generale* – “*di minare la possibilità, per le parti, di confidare nella necessaria stabilità degli effetti del negozio (quanto meno i principali) nei termini in cui l'autonomia contrattuale li ha determinati*”.

a provocarne lo scioglimento”, la decisione ruota così sulla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, muovendo dalla considerazione, a mo' di premessa (inecepibile, in questo caso), secondo la quale “il bene-azienda locato non abbia potuto, in quel periodo, essere utilizzato per l'uso pattuito”. La soluzione giuridica viene rinvenuta nella “applicazione combinata sia dell'art. 1256 [...] che dell'art. 1464”, ricorrendo “una (del tutto peculiare) ipotesi di impossibilità parziale [...] e temporanea [...]”, con la riduzione del canone (operata dal giudice nella considerevole misura del 70%, per i due mesi di blocco totale dell'attività di vendita, per la chiusura del centro commerciale in cui era l'immobile locato), limitatamente al periodo di impossibilità (sia pure parziale, potendo l'immobile comunque funzionare da magazzino deposito dei beni del conduttore).

In senso opposto e, si direbbe, quasi antitetico – sul piano metodologico, come già rilevato –, si muove la seconda e più recente decisione³⁴, la cui motivazione ruota invece sull'obbligo di rinegoziare a carico del locatore, nascente dai principi di correttezza e buona fede. Così come aveva fatto il giudice nella precedente decisione, si esclude che possa essere d'ausilio la tutela predisposta dall'art. 1467 c.c., stante la dinamica e la funzione essenzialmente ‘risolutoria’ (e non conservativa del vincolo contrattuale, assecondando l'interesse, evidentemente, di entrambe le parti a mantenere in vita il rapporto) del rimedio avverso l'onerosità sopravvenuta, ma si ammette che la parte pregiudicata dall'eccessiva onerosità del contratto “deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)”.

Richiamata la logica, cui s'è fatto riferimento (*supra*, n. 4), “dei cosiddetti contratti relazionali implicanti un rapporto continuativo tra le parti e che mal tollerano la risoluzione del contratto” – certamente deprecabile nel caso in cui la locazione sia funzionale all'attività d'impresa, che finirebbe per perdere l'avviamento derivante dalla sua localizzazione (nel caso specifico, essenziale, trattandosi di un ristorante situato nel centro di Roma) –, il giudice af-

³⁴ Resa dalla sesta sezione del Tribunale di Roma (giud. Grauso).

ferma, dovendosi apprezzare la chiarezza e la convinzione con cui si esprime, che “la clausola generale di buona fede e correttezza, invero, ha la funzione di rendere flessibile l’ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore”³⁵. Sintetizzata la *ratio decidendi*, l’esito è in linea con l’atteggiamento della prevalente giurisprudenza (a cominciare dal ‘precedente’ romano appena menzionato) e consiste nella riduzione temporanea del canone, disposta dal giudice in mancanza di accordo tra le parti (nella specie, del 40% per cento per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per cento per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021) e nella sospensione della garanzia fideiussoria rilasciata dal conduttore.

Sono diversi gli interrogativi e le questioni che le richiamate decisioni – cui potrebbero aggiungersene molte altre, intervenute *medio tempore*, rendendo il panorama giurisprudenziale ancora più articolato, se si preferisce più frastagliato e in alcuni casi anche conflittuale –, possono suscitare e sulle quali certamente non mancheranno di esprimersi gli studiosi. Gli interrogativi potranno porsi tanto in termini generali e di sistema, per così dire, quanto e *a fortiori* sul piano più tecnico e specifico, ossia relativamente alla sorte dei contratti di locazione commerciale e, in particolare, dell’obbligo a carico del conduttore (imprenditore o professionista, la cui attività sia stata incisa, in modo più o meno grave, dall’emergenza sanitaria e dai conseguenti provvedimenti legislativi), tanto più che, s’è detto in apertura, le problematiche erano state ampiamente previste sin dai primi interventi della dottrina, che aveva com’è ovvio indicato anche le possibili soluzioni. Quale che sia la prospettiva adottata, un paio di riflessioni tuttavia, di carattere ancor più generale e apicale, se così può dirsi, non dovrebbero essere eluse dai cultori del diritto civile.

Una prima, attinente alla sostanziale (e voluta, ovviamente) assenza del legislatore, rispetto ai più che prevedibili conflitti tra privati, destinati ad affollare i tribunali (metaforicamente parlando, data la sostanziale inaccessibilità o difficile praticabilità dei luoghi,

³⁵ Si è detto, del tutto correttamente, che il compito del giudice, in questi casi, è di “concretizzare”, in sede giurisdizionale, un’ideale di norma: SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 685.

in questo frangente, ciò che rende ancor più problematica la situazione). Una latitanza che, pur non essendo negativa in sé stessa (ossia considerata in astratto, in una prospettiva di teoria generale, in un certo senso), nella specifica contingenza si rivela certamente inopportuna³⁶, nella misura in cui finisce per scaricare interamente sulle corti l'onere – che si sostanzia anche un costo economico, evidentemente non trascurabile – della soluzione del conflitto. Va da sé, peraltro, che l'effetto inevitabile, sul piano più propriamente giuridico, è quello dell'incertezza, sia sull'*an*, ossia sul riconoscimento della tutela, sia sul *quantum*, ossia sulle modalità in cui concretamente si esplica la tutela, ove concessa (si tratterebbe, in concreto: delle percentuali di riduzione dei canoni, della durata della riduzione, della sospensione dell'escussione delle garanzie o dell'incasso di titoli, etc.).

Eppure non mancavano certo i presupposti, sia per un intervento di tipo più ampio e generale in tema di rimedi contro le sopravvenienze e gli squilibri contrattuali³⁷, sia per una più limitata soluzio-

³⁶ In una recentissima riflessione, ricca di spunti e riferimenti, di DI MARZIO, *Il diritto civile nell'emergenza*, in AA.VV., *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi d'emergenza*, Roma, 2020, p. 84, proprio con riferimento all'obbligo di rinegoziare, in contesti e circostanze del tipo in esame, ritiene che "l'apporto del legislatore non è mai decisivo e non va sopravvalutato; nemmeno dovremmo tuttavia sottostimarli. Una regola formale formalizzata è sempre della massima utilità". Ciò soprattutto quando, come nel caso specifico, la regola sull'obbligo di rinegoziare "apparerebbe, come io credo che già ampiamente appartenga – afferma l'A. – alla logica del diritto civile".

³⁷ Mi permetto di rinviare a un precedente scritto (MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, p. 102; ma si veda anche SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, p. 205), in cui si esamina la problematica della tutela (da quella di natura estintiva a quella invece conservativa), anche nella prospettiva della ipotizzata riforma, ossia del disegno di legge recante la "delega al Governo per la revisione del codice civile" (d.d.l. Senato n. 1151), con il "diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti". Si tratterebbe, se e quando la riforma dovesse vedere la luce, di un'integrazione (piutto-

ne - forse riduttiva, nel confronto con la prima alternativa, ma comunque utile, se non altro a suscitare un effetto deflattivo sul contenzioso giudiziario - del conflitto tra locatore e conduttore (o affittuario) di immobili ad uso commerciale e professionale, proprio rendendo norma ‘generale’ l’esito della stragrande maggioranza delle decisioni, ossia la riduzione (in percentuale e a termine) del canone. In altri termini, la soluzione razionale trovata dal giudice *ex post*, diviene regola generale operante *ex ante*, così da evitare la proliferazione delle cause, simili nei presupposti e, verosimilmente, identiche negli esiti.

Se, ragionando con la più autorevole civilistica, il diritto civile oscilla (e, in ultima analisi, è destinato sempre più a realizzarsi nel confronto) “tra legge e giudizio”³⁸, si deve riconoscere che (nella vicenda in esame, se non altro) il primo dei poli dell’ipotetica dialettica è silente, mentre se ne auspica la voce (ferma, naturalmente, l’esistenza comunque di un dato normativo formale, rinvenibile nelle disposizioni del codice civile). Il dibattito che dovrebbe esprimere la cifra, per così dire, del diritto civile attuale sembrerebbe svolgersi, pertanto, all’interno della componente giurisdizionale, che può, in ogni caso, interloquire con la dottrina (invece molto presente, sin dall’inizio, stante l’assoluta eccezionalità dello scenario), manifestando al pari di quest’ultima tendenze opposte, sempre sul piano più propriamente metodologico.

In questa dimensione può cogliersi una seconda riflessione, riferibile al modo di operare della giurisprudenza e dunque delle dinamiche in cui si svolge oggi il diritto vivente di matrice giurisdizionale. Le decisioni romane cui s’è fatto cenno sono infatti davvero emblematiche della possibilità di sviluppare un’argomentazione, in ambito civilistico, in modo sostanzialmente antitetico, pervenendo al medesimo risultato di giustizia.

sto che di una mera revisione) della disciplina dell’eccessiva onerosità sopravvenuta, che tuttavia imporrebbe una modifica dell’intitolazione del relativo “capo” (il XIV del Titolo II), nel senso di esplicitare la rinegoziazione, l’adeguamento e, da ultimo, la risoluzione del contratto a seguito di eventi straordinari (quale sinonimo dell’espressione “eccezionali” ora utilizzata dal d.d.l.) e imprevedibili.

³⁸ Si riporta il titolo del prezioso contributo di LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

In primo luogo, di fronte a problematiche nuove, che richiedono comunque una buona dose di impegno e, va detto, anche di cultura nell'opera argomentativa del giudice, la *ratio decidendi* può svilupparsi sul piano rigorosamente formale, dunque rispettoso della logica – un tempo (neanche così lontano) priva di alternative, in quanto ritenuta dai giuristi ontologicamente connessa al diritto civile, quale sistema dogmaticamente ordinato – della fattispecie legislativamente tipizzata. Ciò avviene, con carattere peraltro esemplare, nel primo caso deciso dal tribunale romano, risolto in applicazione delle norme in tema di impossibilità sopravvenuta (che, tuttavia, il giudice ha dovuto declinare in modo sapiente e originale, ossia secondo l'ipotesi, non prevista espressamente dal legislatore, della temporanea e al tempo stesso parziale impossibilità)³⁹.

Nel caso deciso più di recente, invece, alla medesima soluzione (consistente nella riduzione giudiziale del corrispettivo, in termini percentuali e per un tempo determinato) il giudice giunge attraverso la dichiarata adesione alla logica – certamente di stampo più funzionalista e comunque dotata di sempre maggior credito nella giurisprudenza di legittimità – delle clausole generali, operanti in connessione con i principi costituzionali (a cominciare dalla solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost.), potendo (o dovendo, in un certo senso) valorizzare, in quella prospettiva, la figura dell'obbligo di rinegoziare, peraltro ormai accolta dal legislatore in diversi ordinamenti (come dimostra, da ultimo, la riforma del codice civile francese) e per nulla estranea, del resto, anche al nostro sistema (si considerino, per un verso il disegno di legge delega cui s'è fatto cenno, per altro verso il tenore e i contenuti della recentissima “relazione tematica” dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte in tema di “sopravvenienze determinate dalla pandemia”, che schiude con decisione le porte della giurisprudenza, al suo livello più alto e autorevole, al principio di conservazione del contratto e

³⁹ Per una raffinata riflessione, condotta nella prospettiva logico-formale, si veda il contributo di GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, cit., il quale, coerentemente con le premesse metodologiche del ragionamento, nega che al conduttore-imprenditore possa essere riconosciuta qualsiasi tutela, posto che l'interruzione dell'attività – di questo si tratta, in effetti, e non dell'inidoneità dell'immobile locato – rientra nella sua sfera di rischio.

alla rinegoziazione del contratto squilibrato, secondo le espressioni usate nella detta relazione)⁴⁰.

La contrapposizione metodologica, ben evidenziata dalla motivazione delle due decisioni, non sembra infine offrire argomenti seri a quanti ancora paventano i rischi d'incertezza di un diritto civile affidato all'evoluzione giurisprudenziale, mentre al contrario, proprio considerando le ordinanze romane richiamate, l'ideale controversia sul metodo (argomentativo) può essere ritenuta in fin dei conti virtuosa, se si guarda all'*iter* di formazione del diritto vivente. Ciò in primo luogo per l'ampiezza e la linearità, allo stesso tempo, dello stesso sviluppo dell'argomentazione (in entrambe le menzionate decisioni), con un significativo riscontro nel ricco dibattito dottrinale sviluppatosi ben prima che le questioni giuridiche giungessero innanzi ai giudici⁴¹.

Per altro verso, occorre una volta di più prendere atto dell'inevitabilità che, al di là di nostalgici rimpianti per un diritto reso "certo" (e dunque prevedibile, nel suo risvolto applicativo) dalla disposizione legislativa, il processo di formazione ed evoluzione del diritto civile dei nostri giorni richieda, più che l'intervento del legislatore (in questo caso, s'è detto, certamente auspicabile, sia pure in *editio minor*, per così dire, ossia nella 'versione ridotta' della norma emergenziale sullo specifico conflitto d'interessi), l'impegno del giurista, tanto in sede dottrinale quanto nell'esperienza giurisdizionale, nella ricostruzione del sistema, che consenta di giungere, quale che sia l'opzione di metodo, alla soluzione razionale e coerente del problema⁴². Un approccio di questo

⁴⁰ Si tratta della pregevole, in quanto ampia e documentata, "relazione tematica" n. 56 dell'8 luglio 2020 (redatta dal cons. dott. Salvatore Leuzzi).

⁴¹ Si vedano, esemplificativamente, le prospettazioni, rispettivamente, di CUFFARO, *op. cit.*, (che propende per l'introduzione in via legislativa dell'obbligo di rinegoziare l'originario accordo contrattuale) e di SALANITRO, *op. cit.*, nonché la riflessione di TUCCARI, *op. cit.*

⁴² In questa direzione procedono le preziose riflessioni affidate al recente contributo di VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020; ma si veda altresì dello stesso A., *I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2021, p. 89, di cui vale la pena riportare un significativo pensiero finale: "Se non esiste una norma. il principio può essere la fonte da cui trarre una regola di decisione. Se la legge esiste, si dovrà

FRANCESCO MACARIO

tipo occorrerebbe, a mio avviso, per affrontare le questioni relative alla rinegoziazione dei contratti e agli obblighi di rinegoziare, senza il timore derivante dall'assenza della disposizione normativa espressa, dal momento che la razionalità giuridica non ha mai, nella storia, preteso la preesistenza della formalizzazione della regola da parte del legislatore.

muovere dal fatto alla norma e da questa ai principi, per fissare la rilevanza giuridica del fatto, e per trovare, in quel contesto, le regole di decisione espressione concreta e adeguata della risposta dell'ordinamento al problema di vita sottoposto all'interprete. Il declino della fattispecie sollecita un'argomentazione attendibile e convincente che positivizzi i principi e li stabilizzi, tramite anche i precedenti, per sottrarli ad una valutazione soggettiva o superficiale.

MARISARIA MAUGERI
Professore Ordinario di Diritto Privato
Università degli Studi di Catania

IL CONTRATTO CON IL CONSUMATORE NELL'UE FRA ORDOLIBERALISMO E ALTRI NEOLIBERALISMI

SOMMARIO: 1. Introduzione e delimitazione dell'indagine - 2. Ordoliberalismo e contratto - 3. L'esperienza tedesca in tema di condizioni generali di contratto - 4. Le discipline europee e l'interpretazione della Corte di Giustizia - 5. Usa: il *Draft of Restatement of the Law Consumer Contracts* - 6. Conclusioni.

1. Introduzione e delimitazione dell'indagine.

Il 14 marzo del 2011 si è tenuto a Firenze, presso l'Istituto di Scienze umane (SUM), un Convegno su "Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona". Il Convegno era stato organizzato dall'Onorato, Giuseppe Vettori. Ho avuto l'onore e il piacere di essere invitata da Giuseppe a fare una relazione sull'Ordoliberalismo¹. In ricordo di quell'incontro ho selezionato il tema del mio contributo.

Prima di avviare, la trattazione del tema, mi sia consentito di ringraziare il Maestro che in questa sede si onora, il Prof. Giuseppe Vettori.

Giuseppe Vettori non è stato per me solo un Maestro di Diritto Civile ma è stato anche un Maestro di garbo, di gentilezza, di stile e

¹ Di cui G. Vettori si è occupato più volte, seppur sotto profili diversi rispetto a quelli che verranno da me trattati in questo contributo (cfr., solo ad esempio, VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 9).

di generosità. Sono a Lui estremamente grata per tutto l'aiuto e il sostegno che mi ha dato nel percorso accademico.

Passando al tema selezionato, è bene premettere che alcuni civilisti in Italia, ormai da anni, fanno riferimento all'analisi economica del diritto per interpretare la disciplina in tema di contratto. In particolare, molti studiosi mettono in relazione l'asimmetria informativa, come forma di *market failure*, e la disciplina a tutela del consumatore.

Cionondimeno, però, solitamente tali studiosi si limitano a prender atto che la giustificazione dell'intervento che limita l'autonomia dei privati non risieda tanto nella tutela del contraente debole in chiave di solidarietà sociale bensì nella tutela del mercato contro, per l'appunto, una delle forme di *market failure* e in particolare quella che opera in presenza di asimmetrie informative².

² Raramente si giunge anche a invocare l'ordoliberalismo come corrente di pensiero economico che giustifica l'intervento volto a perequare l'asimmetria informativa, ma con tale richiamo non sembra ci si riferisca allo specifico pensiero sul punto di uno dei giuristi appartenenti alla scuola ordolibérale quanto piuttosto a correnti di pensiero che, al pari dell'ordoliberalismo, si pongano come critici sia nei confronti del *laissez-faire* sia nei confronti dell'intervento in chiave di solidarietà redistributiva. Si veda, come esempio paradigmatico del modello argomentativo dei civilisti cui si fa riferimento nel testo, quanto affermato da un autorevole e bravo studioso: "I pilastri teorici sui quali poggia la costruzione del diritto contrattuale europeo in questo ambito sono solitamente individuati nella dottrina del c.d. "ordoliberalismo", il cui nucleo centrale – sulla premessa che i meccanismi di mercato e la libera concorrenza sono gli unici strumenti in grado di far funzionare in modo efficiente e ordinato non solo l'economia ma anche la società e la politica (le quali devono organizzarsi, appunto, in maniera "conforme al mercato") – risiede nell'idea che, poiché mercato e concorrenza non sono dei dati naturali ma delle *costruzioni istituzionali*, lo Stato deve intervenire attivamente per creare le condizioni-quadro e poi tutelarne il buon funzionamento. L'intervento europeo nella materia dei "contratti dei consumatori" (formula che apparentemente delimita una materia circoscritta, ma che in realtà individua un ambito che – nelle moderne "economie di massa" – coincide con una larghissima, e ormai decisamente preponderante, porzione degli scambi di mercato) si colloca esattamente in questa prospettiva. E la prima considerazione da fare è, appunto, quella secondo cui si fraintenderebbe il senso di un tale intervento se lo si identificasse (principalmente) con l'obiettivo di assicurare tutela ad un "contraente debole", allo scopo di realizzare una sorta di "giustizia" del (singolo) contratto. Certo, questo è (probabilmente) *il fine ultimo* di tale normativa, ma esso è assunto

Gli autori, cioè, chiariscono solo che le regole non sono volte a garantire una solidarietà orizzontale di tipo redistributivo.

Non vi è, in altre parole, solitamente da parte dei civilisti italiani un'analisi in chiave prescrittiva della regola da adottare per garantire l'efficienza della transazione³. Diversamente da quanto accade altrove, l'analisi economica del diritto, come modello che porta a

(e perseguito) sulla base dell'idea (che già conosciamo) secondo cui *il mercato (purché esso funzioni correttamente) a costituire il migliore strumento* per realizzare una ottimale allocazione delle risorse (selezionando, fra l'altro, le imprese più efficienti, ossia quelle che riescano a produrre e immettere sul mercato i beni e i servizi migliori al prezzo più competitivo) e, con essa, *il più elevato grado di "giustizia" dello scambio*. Il legislatore, pertanto, si guarda bene – in linea di principio – dall'interferire con i meccanismi di formazione dei prezzi (che sono poi anche i meccanismi più rilevanti di orientamento delle scelte individuali), e la sua preoccupazione è piuttosto quella di eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del c.d. "fallimento del mercato"). E siccome queste cause – nel caso dei mercati "finali" – si identificano (secondo la visione del legislatore europeo) con la c.d. "asimmetria informativa", cioè con quella situazione di strutturale carenza nel consumatore delle informazioni necessarie per compiere scelte negoziali consapevoli e razionali, ecco che lo strumento fondamentale dell'intervento legislativo diventa l'imposizione al professionista di penetranti e diffusi "obblighi di informazione" (è il tema della c.d. "trasparenza contrattuale"), al cui adempimento dovrebbe legarsi la possibilità per il consumatore (o l'utente) di ponderare adeguatamente la decisione di porre in essere il contratto. A proposito della tutela che viene garantita attraverso rimedi contrattuali quali obblighi di informazione, *ius poenitendi*, formalismo negoziale, divieto di pratiche commerciali scorrette, ecc. si è parlato di una "giustizia soltanto formale" o "fredda". Il giudizio appare sostanzialmente condivisibile. Aggiungeremmo soltanto l'osservazione che lo stesso giudizio può essere probabilmente espresso anche per la tutela assicurata attraverso il controllo di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori (controllo che la dottrina appena citata ascrive al capitolo della "giustizia sostanziale") se è vero che (in linea di principio) questo controllo *non* è ammesso relativamente alle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto e la "perequazione" tra il prezzo (o la remunerazione) e la controprestazione (*salvo nel caso in cui le clausole medesime non risultino formulate in modo chiaro e comprensibile*), e se è vero altresì che la "vessatorietà" viene meno ... in presenza di una *trattativa individuale*" (così D'AMICO, "Giustizia contrattuale" nella prospettiva del civilista, in *Dir. lav. mer.*, 2017, p. 253 ss.

³ Ci sono rilevanti eccezioni al trend cui si fa cenno nel testo. Penso, ad esempio, fra gli altri, ai lavori di Pietro Trimarchi, di Gianroberto Villa, di Andrea Zoppini, in cui il metodo dell'EAL assume un ruolo decisamente diverso.

selezionare un'interpretazione sulla base della preferibilità sotto il profilo dell'efficienza, non è un metodo che in Italia i cultori del diritto dei contratti praticino.

Altrove, invece, tale metodo è stato utilizzato, anche dai civilisti, per criticare le scelte interpretative offerte dalla Corte di Giustizia o da altre Corti. Di recente, ad esempio, proprio con riferimento al tema di cui mi occuperò in questa sede, e cioè quello del rapporto fra tutela del consumatore e pensieri economici neoliberali, un autore ha criticato la posizione della Corte di Giustizia per il suo essere formalista, dogmatica e del tutto “impermeabile” alla letteratura teorica ed empirica sviluppata dagli economisti e dai cultori dell'analisi economica del diritto⁴. La Corte è stata accusata di non aver tenuto conto del modo in cui le forze di mercato e altri profili non giuridici possano incidere sul contratto. Ciò per aver interpretato in senso restrittivo “l'ambito” (e cioè i *Core-Terms*) che la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, esenta dal giudizio di vessatorietà⁵. Secondo l'autore – che considera il testo della disciplina sul punto “*vague in contours, and unconvincing in terms of the desirability of the outcomes they are likely to induce*” – la Corte avrebbe adottato un approccio “*at odds with the underlying economics of consumer contracting and the role such a distinction may cogently play in a desirable regime for consumer contracts*”⁶. Sulle ragioni di tali critiche ritornerò dopo. Quello che da subito deve essere messo in evidenza è che l'auspicio dell'autore è che nel nuovo *Restatement of Consumer Contracts* presentato dall'*American Law Institute* si evitino approcci siffatti.

⁴ Cfr. GOMEZ POMAR, *Core versus Non-core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, p. 177 ss.

⁵ Come è noto, l'art. 4, comma 2, della Direttiva 93/13/CEE dispone quanto segue: La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile.

⁶ GOMEZ POMAR, *op. cit.*, p. 181.

L'articolo assume qui particolare interesse non solo perché l'autore è uno dei maggiori esperti del diritto europeo dei contratti e di analisi economica del diritto⁷ ma, soprattutto, per quel che rileva in questa sede, perché si cominciano a delineare almeno due modelli di intervento sul contratto con i consumatori: quello seguito dalla Corte e quello dei cultori dell'*Economic Analysis of Law* (da ora in poi EAL). Modelli di intervento che potrebbero essere alla base della distinzione fra disciplina europea e disciplina statunitense.

Nell'articolo a cui si fa riferimento, in altre parole, si va oltre la descrizione della limitazione dell'autonomia privata in chiave di perequazione dell'asimmetria di mercato e si comincia a delineare una differenza di approcci nel selezionare la "misura" dell'intervento sul contratto.

Ho ritenuto di dover mettere subito in evidenza la differenza fra il tipo di argomentazione presente in Italia e quella che si comincia a delineare altrove al fine di chiarire la ragione per cui i civilisti italiani non si preoccupino affatto di distinguere fra le varie correnti dei neoliberalismi. Non occupandosi *funditus* di EAL, diventa, infatti, poi difficile comprendere se l'approccio utilizzato dal legislatore o dall'interprete, nel porre limiti all'autonomia dei privati, sia più legato all'ordoliberalismo o ad altra forma di neoliberalismo.

Anche altrove, però, i vari autori che seguono l'approccio di EAL si preoccupano più di verificare l'efficienza delle regole che di capire se l'approccio europeo sia riconducibile all'ordoliberalismo o a mediazioni fra questo e pensieri solidaristici o ad altro ancora.

Diversamente da quanto accade con riferimento allo studio del diritto della concorrenza⁸, non esiste, in Italia e, per ragioni diverse, in Europa, una letteratura civilistica che operi distinzioni fra ordoliberalismo e altri tipi di neoliberalismo con riferimento alle limitazioni all'autonomia privata legate all'asimmetria informativa.

⁷ Si veda, da ultimo, sul tema GOMEZ POMAR, GANUZA e ARTIGOT, *Standard Contract Terms and Legal Controls: A Reconstruction from the Law and Economics Theory of Contracts*, Working Paper, 2018, Universitat Pompeu Fabra.

⁸ Si veda, solo ad esempio, GHIDINI e AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave «più economica» dell'abuso di dominanza*, in *Merc. conc. reg.*, 2010, p. 115 ss.

In altre parole, mentre i cultori del diritto della concorrenza si interrogano da anni sul superamento o meno del modello ordoliberal (e sull'eventuale prevalenza del modello Chicagoan) nell'impostazione del diritto antitrust europeo, nel dibattito dei civilisti questo dibattito è del tutto assente con riferimento alle discipline volte a perequare l'asimmetria informativa.

Lo scopo di questo lavoro è quello di avviare una riflessione sul punto, con la coscienza che si tratterà solo di prime considerazioni da sviluppare in altra sede.

In questo scritto, analizzerò solo alcune discipline europee in tema i contratti con i consumatori al fine di capire se, in primo luogo, l'approccio europeo sia o meno legato all'ordoliberalismo e, in secondo luogo, vi siano differenze fra questo e l'approccio seguito dai giuristi e dagli ordinamenti che si ispirano ad altri modelli neoliberali.

Per dare risposta alle domande poste procederò come segue: nel secondo paragrafo analizzerò brevemente il pensiero degli ordoliberali in tema di condizioni generali di contratto; nel terzo paragrafo proverò a capire se e come tale pensiero abbia influenzato in Germania la redazione della disciplina delle condizioni generali di contratto; nel quarto paragrafo mi occuperò dell'influenza dell'esperienza tedesca nella redazione di alcune discipline europee e nel quinto paragrafo metterò a confronto l'esperienza europea con quella statunitense per poi trarre alcune conclusioni.

2. *Ordoliberalismo e contratto.*

Il pensiero ordoliberal è stato oggetto di grande attenzione negli ultimi anni⁹. Come è noto lo stesso nasce negli anni 30 con la scuola di Friburgo¹⁰ e riprende vigore dopo la caduta del nazismo. La rivista *Ordo*, attorno alla quale si riuniscono gli studiosi ordoliberali, viene

⁹ Sulle ragioni di tale interesse vedi, fra gli altri, HIEN e JORGES, *Dead Man Walking: Current European Interest in the Ordoliberal Tradition*, EUI Working Paper Law, 2018 e il volume, curato dagli stessi Autori, *Ordoliberalism. Law and the Rule of Economics*, London, 2017.

¹⁰ Anche se alcuni autori sottolineano come la sede principale di sviluppo del pensiero ordoliberal sia stata Francoforte e non Friburgo (cfr. HIEN e JORGES, *op. ult. cit.*, p. 2).

fondata nel 1937 e riprende le pubblicazioni dopo la guerra nel 1948¹¹. Secondo alcuni autori l'impatto di tale teoria sul processo di integrazione europeo è sovrastimato, data la prevalenza culturale (già a partire dagli anni sessanta del secolo scorso) di altre correnti neoliberali e in particolare di quelle statunitensi. Resterebbe, secondo questi autori, un'influenza indiretta di questo pensiero che si eserciterebbe attraverso il suo substrato sociologico, legato ai valori protestanti europei ancora in grado di influenza i politici tedeschi e indirettamente l'unione europea¹².

Altri meglio di me hanno descritto il pensiero ordoliberal¹³. Io in questa sede mi limiterò a ricordare che gli ordoliberali rifiutavano sia gli approcci stato centrici, sia il *laissez faire*, sia il welfare state. Per gli ordoliberali il mercato avrebbe "potuto funzionare bene solo attraverso un insieme di regole che dovevano essere pensate,

¹¹ Sull'ordoliberalismo si veda, da ultimo, RONCAGLIA, *L'età della disgregazione. Storia del pensiero economico contemporaneo*, Roma-Bari, 2019, p. 206 ss.

¹² Per HIEN e JORGES, *op. cit.*, p. 1, 6 e 7: "Gradually, economists close to the ordoliberal tradition have largely aligned their positions with those of Anglo – Saxon neoclassical, ordoliberalism has fallen victim to overlying American influences on German economics ... Nonetheless, we find ordoliberalism traditions having indirect influence. This influence is exerted based on its sociological core: the underlying Protestant cultural values that originally constituted the foundation for ordoliberalism formed.... All the key figures of the first ordoliberal generation were Protestants ... The project would later distance itself from the social-Catholic, the Keynesian-welfare-state, and the neoclassical Austrian-Anglo-Saxon competition. The key figure was the Protestant theologian Dietrich Bonhöffer... The ordoliberal idea to employ the state as protector of the economic constitution reflects the Protestant continental- European views of human nature. Especially the US variants of ascetic Protestantism focus on the freedom and rights of individual. This often culminates in hostility toward the state which is alien to ordoliberals". Riconduce, invece, il pensiero di Eucken alla tradizione cattolica dell'epoca, espressa dalle encicliche *Rerum novarum* di papa Leone XIII del 1891 e *Quadragesimo anno* di Papa Pio XI del 1931, RONCAGLIA, *op. ult. cit.*, p. 209. Angela Merkel, in occasione della celebrazione del 125° anniversario di Eucken, nel gennaio 2016, a Friburgo, ha affermato l'importanza dei principi ordoliberali nella Germania contemporanea.

¹³ Si vedano, ad esempio, i contributi di DENOZZA, LIBERTINI e PACE comparsi nel numero speciale, su *Ordoliberalismo, economia e diritto*, di *Moneta e credito*, vol. 72, n. 288, 2019.

costruite e imposte dal potere politico. Il mercato efficiente non è *locus naturalis*, ma dev'essere piuttosto concepito come un luogo artificiale, le cui regole di buon funzionamento devono essere fissate da un potere politico responsabile”¹⁴. Gli ordoliberali credevano nell'economia di mercato ma, ritenendo che il mercato potesse essere autodistruttivo se lasciato alle libere contrattazioni, tendendo a irrigidire le posizioni acquisite mediante la creazione di cartelli e monopoli, ritenevano necessario dotarsi di una disciplina antimonopolistica.

La rivista “Ordo”, di cui si è detto, viene fondata da un famoso giurista Franz Böhm¹⁵. Particolare rilevanza nel pensiero di questo studioso assume l'idea di *Privatrechtsgesellschaft* (società di diritto privato), considerata la forma di organizzazione sociale migliore¹⁶. Una società organizzata a partire dal consenso e dalla libertà dei privati. Una società che deve essere caratterizzata da una doppia serie di limiti: quelli nei confronti dello Stato e quelli nei confronti dei poteri privati che possono attentare al corretto funzionamento del mercato¹⁷. Il mercato, per Böhm, poteva funzionare a condizione di dotarsi di una disciplina in tema di tutela della concorrenza¹⁸.

Nonostante, secondo una parte della dottrina, l'evoluzione dell'impostazione di Böhm non possa che portare ad attribuire

¹⁴ LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, p. 66, ma vedi anche ID., *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, p. 214 ss.

¹⁵ I fondatori di Ordo sono stati tre: due giuristi, Böhm e Großmann Doerth, e un economista Walter Eucken.

¹⁶ BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo*, 1966, p. 75 ss..

¹⁷ Sul pensiero di Böhm in tema *Privatrechtsgesellschaft* si veda GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2008, p. 553 ss.; ID., *Un diritto economico europeo in mutamento*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 1 ss.

¹⁸ Disciplina che può anche incidere sulla validità dei contratti. Si ricordi che l'unica regola dei vari Trattati europei, sicuramente non alieni al pensiero ordoliberales, che riguarda i rimedi contrattuali è inserita all'interno della disciplina in tema di intese (gli accordi anticoncorrenziali sono nulli). Sul punto sia consentito rinviare a MAUGERI, *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 175 ss.

rilevanza anche ad altro tipo di squilibri fra le parti¹⁹ atte ad alterare il funzionamento del mercato, il giurista della scuola di Friburgo non ha mai affermato che la *Privatrechtsgesellschaft* dovesse essere tutelata contro altro tipo di sbilanciamenti fra parti private. Böhm non ha affrontato, dunque, la questione che già allora era presente nel dibattito delle Corti e dei giuristi, della rilevanza delle condizioni generali di contratto come fonte di sbilanciamento.

Chi prende posizione su ciò è invece Walter Eucken, secondo il quale le condizioni generali di contratto favoriscono la tendenza alla concentrazione, determinando così un'evoluzione delle strutture di mercato in senso monopolistico²⁰. Come si vedrà questa idea, nonostante sia stata confutata più volte sia sotto il profilo teorico sia sotto il profilo pratico²¹, resiste ancora nell'argomentazione della Corte di Giustizia.

Ciò che per noi è importante in questa sede è che già i primi ordoliberali immaginavano che si potesse intervenire sul contratto anche per evitare quello che oggi va sotto il nome di fallimento del mercato derivante dall'asimmetria informativa. Non vi era, però, chiara consapevolezza delle ragioni che dovessero spingere

¹⁹ GRUNDMANN, *op. cit.*, p. 580 e *passim*. Secondo l'Autore: "The protection of the private law society against private parties has not been 'conceptualized' by Böhm himself... This, however, does not imply that Böhm's concept could not be developed further to apply to these new problems and cases... Antidiscrimination, consumer protection via information rules and investor protection are the areas of law which can supplement competition law as fields of regulation which are aimed at the protection of material freedom".

²⁰ EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1952, p. 281. L'Autore, riferendosi alla contrattazione uniforme afferma: "*dadurch wurde die Konzentration gefördert*" (che incoraggia la concentrazione). Sul punto cfr. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Ristampa integrata, Milano, 2017, p. 56.

²¹ In Germania, ad esempio, proprio uno dei primi cultori dell'analisi economica del diritto, già negli anni '60 del secolo scorso, dimostrava che non si registrava alcun tipo di concentrazione in ragione dell'uso delle condizioni generali di contratto (cfr. KLIEGE, *Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklausel*, Göttingen, 1966, 120, ripubblicato nel 2010 da GOEDOC - Dokumenten- und Publikationsserver der Georg-August-Universität Göttingen, <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/2010/kliege.pdf>).

all'intervento²². E d'altra parte gli studi sul tipo di *vulnus* apportato al mercato dall'asimmetria informativa sono successivi al formarsi della corrente di pensiero ordoliberal (il lavoro fondamentale di Akerlof sul tema è solo del 1970²³).

3. *L'esperienza tedesca in tema di condizioni generali di contratto.*

La rivoluzione industriale e la produzione di massa hanno fatto sì che si diffondesse la prassi delle condizioni generali di contratto, ovvero della standardizzazione delle condizioni dello scambio.

La disciplina relativa al controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto è stata inserita nel BGB attraverso la *Schuldrechtsmodernisierung* (§§ 305 ss. BGB). La stessa era prima contenuta nell'AGB-Gesetz del 1976. Prima ancora, pur non essendoci norme che disciplinassero espressamente le condizioni generali di contratto, erano state le Corti a considerare invalide alcune di queste, invocando ora il § 138 ora il § 242 del BGB²⁴.

²² In generale a me sembra si possa dire che il pensiero ordoliberal non sia stato rigoroso nell'individuare presupposti e discipline coerenti sotto il profilo degli interventi sul mercato. Ad esempio, non mi è mai apparso chiaro in ragione di quali argomenti si ammettessero certi tipi di regolazione: si pensi a quello in materia di abuso di sfruttamento attraverso prezzi iniqui) e questo spiega probabilmente la ragione per cui gli ordoliberali vengano accostati, selezionando parti di discorso, ora a Mises – si veda l'introduzione di LOTTIERI alla raccolta di saggi di Röpke, *Il Vangelo non è socialista. Scritti su etica cristiana e libertà economica*, Soveria Mannelli, 2006, p. 24 e *passim* - ora alla politica dell'SPD – si veda MARTY, *Politiques Europeennes de concurrence et économie sociale de marche*, OFCE, N.2010-30; www.ofce.sciences-po.fr). Non credo ci si discosti molto dal vero nell'affermare che quel filone di pensiero rappresenta un compromesso. Un compromesso che accetta di proteggere il processo della concorrenza e non l'efficienza allocativa. Un compromesso che non disdegna di inserire una norma di stampo tipicamente regolativo come quella sull'abuso di sfruttamento che si realizza attraverso prezzi iniqui. Un compromesso che non è sovrapponibile a quanto prescritto dalla Scuola di Chicago.

²³ AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Q. J. Econ.*, 1970.

²⁴ Cfr. RAISER, *Ruhmesblatt des deutschen Rechtsprechung*, in *JZ*, 1958, 1, p. 7; BASEDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 435 ss.; HELLWEGE, *Allgemeine*

L'inserimento nel BGB²⁵, non contemplato nella "Relazione conclusiva" della Commissione per la rielaborazione del diritto delle obbligazioni e disposto nella fase finale dei lavori in modo inatteso²⁶, ha acceso un vivace dibattito con riferimento sia alla sua opportunità²⁷ sia alla corretta collocazione della disciplina nella parte generale dello *Schuldrecht*²⁸. La disciplina contenuta nei §§ 305 ss. BGB si applica sia ai contratti stipulati fra impresa e consumatore sia ai contratti fra imprese²⁹.

Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen, 2010.

²⁵ Ha parlato, in chiave critica, di "trapianto" dell'AGB-Rechts nel BGB: WEICK, *Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik*, in *JZ*, 2002, p. 442.

²⁶ Cfr. ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contr. Impr. Europa*, 2004, pp. 654-655.

²⁷ Molto accattivante la metafora musicale utilizzata da due studiosi, R. Zimmermann e G. De Cristofaro, per rappresentare le due diverse posizioni, quella critica all'inserimento della disciplina dell'AGB-Gesetz nel BGB il primo e quella favorevole in ragione dell'inquadramento di questa scelta in una più ampia scelta di fondo basata su una presa d'atto da parte del legislatore dei profondi mutamenti intervenuti nella realtà dei rapporti economici il secondo. Per R. ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierung?*, in *JZ*, 2001, p. 179: "L'effetto dell'inserimento dei nuovi paragrafi è paragonabile a quello prodotto da una moderna canzonetta, forzosamente ed erroneamente inclusa in una sinfonia classica: un corpo estraneo, privo di qualsiasi collegamento tematico e stilistico con il contesto nel quale è inserito" (la traduzione è di DE CRISTOFARO, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, p. 667). Per DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 678: "l'ovattata e silenziosa sala per concerti da camera, per la quale la sinfonia era stata composta, da diversi decenni ormai era stata chiusa, e che d'altro canto ... il disordinato, rumoroso stadio per concerti rock, in cui si pretendeva di continuare a sentirla risuonare, non avrebbe, non avrebbe più potuto tollerare una musica ormai inadeguata alle esigenze del suo pubblico".

²⁸ Sul punto vedi di recente FERRANTE e KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. impr. Europa*, 2011, p. 695.

²⁹ Così disponeva anche l'AGB-Gesetz e in tal senso era orientata la giurisprudenza che fondaava l'intervento volto a verificare l'abusività del contenuto delle clausole sui §§ 138 e 242 BGB (su quest'ultimo punto vedi L. RAISER, *op. cit.*). Sulle ragioni della originaria scelta normativa vedi RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 218.

Non è opportuno in questa sede entrare nei dettagli tecnici della disciplina citata³⁰. Qui sembra solo opportuno sottolineare che la disciplina in questione non si limita affatto a imporre solo obblighi di informazione al fine di perequare l'eventuale asimmetria informativa fra le parti ma si spinge verso un controllo sul contenuto delle clausole (*Inhaltskontrolle*, controllo del contenuto, delle condizioni generali di contratto). La clausola, in caso di abusività o vessatorietà, purché non riguardi l'oggetto principale del contratto, non è efficace. Tale inefficacia non compromette la validità della rimanente parte del contratto.

Per cogliere il senso della precisazione e il suo rapporto con il tema che si sta qui trattando, conviene qui ricordare brevemente la tesi di Akerlof legata all'asimmetria informativa e il rapporto fra questa e il tema delle condizioni generali di contratto³¹.

Akerlof muove grosso modo dall'idea secondo la quale se una parte del mercato non è in grado di acquisire informazioni sulla qualità dell'offerta, il valore della singola offerta viene allora stimato da ciascuno, al massimo, pari a quello della media delle offerte o addirittura pari a quello delle offerte che si collocano intorno al margine inferiore delle ipotesi possibili. Coloro che offrono prodotti o servizi di alta qualità possono aspirare ad una contro-prestazione che, nella migliore delle ipotesi, è adeguata per un prodotto o un servizio di media o di, bassa qualità. Ciò fa sì non solo che i consumatori non siano in grado di distinguere tra offerte buone e offerte cattive ma soprattutto che le offerte buone vengano sistematicamente respinte dal mercato. Da ciò deriva che il mercato tende verso il basso, verso le merci di scarto, verso quelle che gli americani chiamano, per l'appunto, «*lemons*».

Vi sono delle differenze fra quanto oggetto dell'analisi di Akerlof e la situazione che si presenta in caso di condizioni generali di contratto. Akerlof, infatti, prende in considerazione la qualità dei beni e non le condizioni normative del contratto. Pur in assenza di uno specifico intervento di regolazione, infatti, queste ultime -

³⁰ Per approfondimenti sia consentito rinviare a MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, II, p. 109-127.

³¹ AKERLOF, *op. cit.*

secondo le regole generali in materia di conclusione del contratto - intanto possono vincolare l'aderente in quanto possano essere, almeno astrattamente, conosciute da questi. L'equiparazione fra condizioni normative del contratto e qualità dei beni, pertanto, intanto si può dare in quanto si assuma che il costo di accesso all'informazione (per definizione possibile) sia proibitivo (in quanto cioè l'impossibilità materiale venga equiparata ad altro tipo di impossibilità). Cosa che si ritiene avvenga in presenza di condizioni generali di contratto.

Ed invero, in presenza di condizioni generali di contratto, il predisponente conosce il contenuto normativo del contratto mentre l'aderente no. Quest'ultimo entra razionalmente in una contrattazione solo se ritiene che i costi che deve affrontare per accedere all'informazione e per contrattare siano inferiori ai rischi cui va incontro. Questo fa sì che molte clausole non vengano controllate dagli aderenti e non vengano assunte come dati rilevanti ai fini della valutazione comparativa fra prodotti³². Risulta, dunque, razionale per i predisponenti utilizzare le clausole meno vantaggiose per l'aderente, facendosi concorrenza solo sul prezzo e abbassando lo stesso, e questo determina un orientarsi del mercato verso il basso (*race to the bottom*), dando luogo a un fenomeno del tipo di quello del c.d. *Market for Lemons* descritto da Akerlof.

Per evitare questo fenomeno si può pensare o di inserire tutta una serie di obblighi di *disclosure* (eventualmente accompagnati da garanzie, possibilità di recesso o penali), così come suggerisce una parte della dottrina³³, o di intervenire attraverso la standardizzazione

³² Su tale impostazione e sulle critiche alla stessa sia consentito rinviare a MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, p. 258 (nota 13).

³³ Cfr. SCHÄFER e LEYENS, *Judicial Control of Standard Terms and european Private Law. A Law & Economics Perspective on Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*, in *Economic Analysis of the DCFR: The Work of the economic Impact Group within the CoPECL Network of Excellence*, Munich, 2009, p. 104, secondo i quali "*Informational deficits ... can under certain conditions be overcome by information disclosure measures by the producer (signalling) or by information acquisition measures (screening) on the part of the customer*".

(seppur a certe condizioni in parte derogabile) di fatto delle condizioni normative dei contratti conclusi attraverso le condizioni generali di contratto.

Il sistema tedesco in tema di condizioni generali di contratto e tutela del consumatore ha ritenuto che la mera prescrizione degli obblighi di informazione fosse insufficiente.

In Italia, invece, la disciplina in tema di condizioni generali di contratto, inserita nel codice civile del 1942, incideva palesemente meno sul contratto.

Sembra interessante notare che in Germania le ragioni dell'intervento normativo sono state a volte giustificate o facendo riferimento alla superiorità economica del professionista o al fatto che l'aderente non avrebbe avuto interesse ad impegnarsi in una contrattazione sulla singola condizione generale perché difficilmente il predisponente sarebbe giunto a modificare le condizioni standardizzate³⁴.

Le due spiegazioni sono, però, infondate, perché, in primo luogo, non è vero che asimmetria informativa e asimmetria economica (mi riferisco al *market power*) vadano di pari passo e, in secondo luogo, la circostanza che il predisponente non giunga mai a modificare le condizioni standardizzate non rileva perché l'eventuale informazione potrebbe essere utilizzata dall'aderente non per ottenere una modifica della clausola bensì per orientarsi verso un altro professionista.

Sembra che la sovrapposizione di piani possa esser legata all'impostazione di Eucken, descritta sopra, in tema di condizioni generali di contratto ("*dadurch wurde die Konzentration gefördert*", che incoraggerebbero la concentrazione).

In Germania, in vero, la disciplina in tema di condizioni generali di contratto non ha attribuito rilevanza all'eventuale sperequazione economica del contratto.

Parte della dottrina ha messo in evidenza come l'approccio tedesco, particolarmente penetrante, abbia comportato una sempre più accentuata propensione delle imprese tedesche ad abbandonare, laddove possibile, il diritto interno e a preferire laddove possibile il

³⁴ Cfr. KOTZ e FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, 1997, p. 138.

ricorso a discipline di altri ordinamenti (ad esempio quella svizzera)³⁵. Anche nell'ambito della c.d. iniziativa *Made in Germany* si è, peraltro, più volte espressa la preoccupazione che la disciplina sulle condizioni generali di contratto potesse determinare una diminuzione della competitività del sistema tedesco³⁶.

A fronte di ciò, invece, secondo un autore, l'impostazione seguita dal legislatore tedesco, definita di stampo ordoliberal, sarebbe stata riduttiva rispetto a quella che le corti tedesche, muovendosi nell'ottica della solidarietà orizzontale, avrebbero accordato ai soggetti deboli³⁷. Di qui una critica radicale al legislatore tedesco prima e a quello europeo dopo.

È difficile dire se l'impostazione descritta sommariamente possa definirsi "ordoliberal". Si è detto, infatti, che non c'è stata un'approfondita elaborazione sul punto da parte degli appartenenti alla scuola di Friburgo. Ciò che sembra certo è che, in primo luogo, l'impostazione tedesca vada oltre l'impostazione che limita l'intervento volto a perequare l'asimmetria informativa al mero obbligo di *disclosure* e che, in secondo luogo, la stessa, per altro verso, non attribuendo rilevanza alle condizioni economiche, non sembra prendere in considerazione gli squilibri di potere economico.

³⁵ Cfr. BERGER, *Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr? Zum Differenzierungsgebot im AGB-Recht*, in ZIP, 2006, p. 2149; ID., *Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr*, in NJW, 2010, p. 467; BRACHERT e DIETZEL, *Deutsche AGB-Rechtspflege und Flucht ins Schweizer Recht*, in ZGS, 2005, p. 441; LISCHEK e MAHNKEN, *Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis*, in ZIP, 2007, p.158. Interessante a questo proposito è il documento elaborato dalla camera di Commercio di Francoforte in cui viene messo in evidenza la differenza fra il modo in cui viene regolato il medesimo tipo di conflitto dall'ordinamento tedesco e negli altri ordinamenti partendo proprio dall'analisi di casi concreti (cfr. http://www.frankfurt-main.ihk.de/imperia/md/content/pdf/recht/AGB_b2b_Fallbeispiele_aus_der_Praxis.pdf).

Si tenga conto che la fuga dal diritto interno ha riflessi anche sugli studi legali tedeschi poiché i clienti tenderanno a rivolgersi ai c.d. studi internazionali.

³⁶ Cfr., BERGER, *Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr*, in NJW, 2010, p. 466.

³⁷ SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2005, p. 88 e passim.

4. *Le discipline europee e l'interpretazione della Corte.*

Le discipline europee in tema di tutela del consumatore sono tante³⁸. In questa sede prenderò in considerazione, senza scendere nel dettaglio delle specifiche regole e chiedendo in anticipo scusa per le necessarie semplificazioni, solo due di esse: quella in tema di credito al consumo (Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori) e quella in tema di clausole abusive. Ritengo, infatti, che le due Direttive rappresentino due modelli diversi di intervento sull'autonomia privata. La prima prevalentemente volta a imporre obblighi di informazione e la seconda a operare un controllo sul contenuto delle clausole.

La Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori ha abrogato (cfr. art. 29) e sostituito una delle prime direttive in materia di tutela del consumatore e cioè la direttiva 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo. La direttiva 87/102/CEE è stata considerata dal legislatore comunitario obsoleta in ragione dei significativi mutamenti intervenuti negli ultimi anni nel mercato del credito³⁹. La Direttiva 2008/48/CE si ispira ad un modello di armonizzazione massima⁴⁰, che non dovrebbe consentire agli Stati membri di introdurre o mantenere norme nazionali diverse da quelle previste nella Direttiva stessa (anche se più favorevoli al consumatore), e ciò al fine di evitare distorsioni alla concorrenza e ostacoli allo sviluppo delle contrattazioni transfrontaliere aventi ad

³⁸ Sulle origini della tutela del consumatore in Europa cfr. TORINO, *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, in *I Contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 51 ss.

³⁹ Si veda il considerando n. 5 della nuova Direttiva (2008/48/CE), secondo il quale: “Le forme di credito offerte ai consumatori e utilizzate da questi sono cambiate notevolmente negli ultimi anni; sono comparsi nuovi strumenti di credito e il loro impiego continua a svilupparsi. Occorre pertanto modificare le disposizioni esistenti ed estenderne, se del caso, l’ambito di applicazione”.

⁴⁰ Cfr. art. 22, primo comma, dir. 2008/48/CE secondo il quale “Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite”.

oggetto finanziamenti al consumo ⁴¹ (distorsioni e ostacoli che un'armonizzazione c.d. minima, quale quella adottata dalla Direttiva 87/102/CEE che vietava agli Stati solo di ridurre il livello di tutela dalla stessa accordata ai consumatori, non sarebbe riuscita ad eliminare).

La Direttiva 2008/48/CE impone: obblighi di *disclosure* nelle fasi precontrattuali e contrattuali (soprattutto con riferimento ai costi e al TAEG), obblighi di forma del contratto, diritti di recesso, verifica del merito creditizio e altri oneri a carico dell'intermediario prevalentemente volti a perequare l'asimmetria informativa.

Per quanto ci siano state modifiche rispetto a quanto disposto dalla Direttiva 87/102/CEE l'impostazione resta quella originaria legata all'idea che il consumatore debba ricevere adeguate informazioni sulle condizioni e sul costo del credito e sugli obblighi contratti⁴².

È interessante notare che nelle discipline sul credito al consumo c'è un tetto al valore della transazione superato il quale il consumatore non è più tutelato. Questa regola è in linea con quegli studi di analisi economica del diritto secondo i quali, superata una certa soglia, l'attenzione che il contraente presta alla transazione e la

⁴¹ Nei considerando 3 e 4 della Direttiva 2008/48/CE si legge quanto segue: "(3) Dalle .. relazioni e consultazioni sono emerse disparità significative tra le legislazioni dei vari Stati membri nel settore del credito alle persone fisiche in generale, soprattutto con riferimento al credito al consumo. L'analisi dei testi nazionali che recepiscono la direttiva 87/ 102/CEE rivela che gli Stati membri utilizzano una serie di meccanismi di tutela dei consumatori, che si aggiungono a quanto previsto dalla direttiva 87/102/CEE, a causa delle diverse situazioni economiche o giuridiche a livello nazionale. (4) Lo stato di fatto e di diritto risultante da tali disparità nazionali in taluni casi comporta distorsioni della concorrenza tra i creditori all'interno della Comunità e fa sorgere ostacoli nel mercato interno quando gli Stati membri adottano disposizioni cogenti diverse e più rigorose rispetto a quelle previste dalla direttiva 87/102/CEE. Ciò limita le possibilità per i consumatori di beneficiare direttamente della crescente disponibilità di credito transfrontaliero. Tali distorsioni e restrizioni possono a loro volta avere conseguenze sulla domanda di merci e servizi".

⁴² Sulla disciplina sul credito al consumo sia consentito rinviare a MAUGERI e PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013.

consulenza di cui si avvale sono idonee a perequare l'asimmetria informativa⁴³.

Negli anni ottanta del secolo scorso in Europa si erano già diffuse le tesi neoliberali d'oltreoceano e gli studi di queste correnti relative al modo di perequare l'asimmetria informativa. Non stupisce, dunque, che la Direttiva di quegli anni (Direttiva 87/102/CEE) si limitasse a imporre obblighi di *disclosure* e non sindacasse, se non in misura limitata, il contenuto delle singole clausole.

Sicuramente diversa, sotto il profilo del livello di intervento sul contratto, è, invece, la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993. Questa Direttiva, considerata il fulcro della tutela del consumatore in Europa, risente in modo chiaro dell'impostazione tedesca in tema di condizioni generali di contratto. A differenza di quella teutonica, però, la Direttiva tutela solo il consumatore, e cioè qualsiasi persona fisica che, nei contratti agisce per fini che non rientrano nella sua attività personale, e non il professionista. Trattandosi, però di una Direttiva di armonizzazione minima, gli Stati membri sono rimasti liberi di estendere la tutela anche ai non consumatori e si sono in alcuni casi avvalsi di tale facoltà.

La Direttiva consente una valutazione *ex ante* della vessatorietà delle clausole e (soprattutto dopo le numerose decisioni della Corte di Giustizia) permette un intervento generalizzato, ad opera del giudice d'ufficio, per far valere l'invalidità delle stesse.

Molti autori ritengono che la Direttiva 93/13 sia volta a risolvere il problema della debolezza del consumatore sia sotto il profilo della carenza di informazioni sia sotto quello del potere di mercato⁴⁴. La stessa Corte di Giustizia sembra avvalorare questa tesi⁴⁵.

⁴³ Sul punto sia consentito rinviare a MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, II, p. 109-127.

⁴⁴ Cfr., fra gli altri, BEALE, *Inequality of Bargaining Power*, 6 *Oxford J. Legal Studies*, 1986, p. 123; WOLF, *Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin/New York, 2001, p. 323).

⁴⁵ CGCE, 27 giugno 2000, csasi riuniti C-240/98 a C-244/98, *Oceano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero e altri...*; l CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro v. Movi.*

Ho spiegato altrove perché la tesi non mi appare convincente⁴⁶. Non si può, però, negare che l'intervento sul contratto sia molto più forte di quello che si ha in forza della direttiva sul credito al consumo.

Il legislatore europeo con l'intervento sulle clausole abusive ha ripreso le tradizioni nazionali, certamente non in linea con i modelli della nuova economia istituzionale d'oltreoceano.

Non sorprende, dunque, che le critiche dei cultori dell'analisi economica del diritto si appuntino sulla Direttiva 93/13 e, soprattutto, sull'interpretazione di questa offerta dalla Corte di Giustizia.

Ritorniamo, infatti, all'appunto mosso alla Corte di Giustizia dal cultore dell'EAL citato nel primo paragrafo. La Corte - si ripete - è stata accusata di essere formalista, dogmatica e del tutto "impermeabile" alla letteratura teorica ed empirica sviluppata dagli economisti e dai cultori dell'analisi economica del diritto⁴⁷.

La decisione da cui l'autore prende le mosse per criticare la posizione assunta dalla Corte è la Sentenza Matei della nona sezione del 26 Febbraio 2015, caso C-143/13, in cui la Corte ha affermato che "L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, le espressioni «oggetto principale del contratto» e «perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro» non comprendono, in linea di principio, tipi di clausole presenti nei contratti di credito conclusi tra un professionista e consumatori, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, le quali, da un lato, consentono, in presenza di determinate condizioni, al mutuante di modificare unilateralmente il tasso di interesse e, dall'altro, prevedono una «commissione di rischio» riscossa dal mutuante. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare tale

⁴⁶ MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come Strumento Opzionale (o Facoltativo)*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, II, p. 253-260.

⁴⁷ Cfr. GOMEZ POMAR, *Core versus Non-core Terms*, cit., p. 177 ss.

qualificazione delle suddette clausole contrattuali tenuto conto della natura, dell'impianto sistematico e delle disposizioni dei contratti di cui trattasi, nonché del contesto giuridico e fattuale nel quale le stesse si collocano”.

L'autore mette in evidenza come la Corte sembri non convinta della desiderabilità dell'esenzione del giudizio di vessatorietà contenuta nell'art. 4, paragrafo 2 della Direttiva, giacché mostra di interpretarlo in modo molto restrittivo. Soprattutto, lo studioso, mette in evidenza come la Corte assuma una distinzione di *Core/non Core-Terms*, in primo luogo, poco graduata e, in secondo luogo, legata a dati formali e non ad esempio alla circostanza che nel caso in specie la commissione rischio era stata inserita all'interno del Taeg e quindi era ben nota al consumatore. Se la ragione dell'esenzione è anche legata alla circostanza che il contraente concentra la sua attenzione su dati salienti del rapporto, come si fa a negare – si chiede l'autore – che il TAEG sia un dato più importante che una formalistica distinzione basata su definizioni codicistiche per capire se si sia davanti a un *Core term* o no? Dice l'autore: “*The general finding that whether a given price component is included or not in the APR is ‘irrelevant’ for a finding of the ‘core term’ exemption, seems ill-advised from an economic perspective. Especially when coupled with assertion that what is a core term is something that as to be determined on the basis of what contract law deems to be an ‘essential obligation’ for a party*”⁴⁸.

Ciò che l'autore sembra dire è: non limitiamoci all'approccio europeo di stampo formalistico, proviamo a capire, come avviene negli USA attraverso l'uso della disciplina sull'*unconscionability*, se e come si possa garantire l'efficienza senza caricare gli intermediari di inutili limiti. Proviamo a chiederci se la tutela prevista dalle Direttive sul credito al consumo possa considerarsi sufficiente.

Ma questa a me sembra, per l'appunto, una richiesta di superamento di quell'atteggiamento “europeo” che non ha mai realmente voluto sciogliere la riserva sulle ragioni della tutela concessa al consumatore e che porta le Corti a proteggere

⁴⁸ GOMEZ POMAR, *op. ult. cit.*, p. 192.

quest'ultimo oltre quanto i teorici dell'EAL ritengono possa esser efficiente.

5. *Usa: il Draft di Restatement of the Law Consumer Contracts.*

Nel 2019 l'*American Law Institute* (ALI) ha approvato un *Draft di Restatement of the Law Consumer Contracts* il cui futuro è, però, incerto.

Nel *Draft* vi sono gli obblighi relativi all'*Assent* che il consumatore deve dare perché le condizioni generali di contratto possano essergli applicate (§2), delle regole in tema di possibilità di modifica delle condizioni (§4), delle regole relative alla rilevanza della *Deception* (§6) e delle regole in tema di *Unconscionability* (§5).

Dure critiche sono state mosse al testo sia da parte dei consumatori, in relazione al meccanismo *dell'Assent*, sia da parte dei professionisti con riferimento all'*Unconscionability*, disciplina che consente, in vero, un controllo del contenuto delle clausole solo laddove le clausole vadano ogni tipo di ragionevolezza.

L'U.S. Chamber of Commerce's Institute for Legal Reform, l'American Bankers Association e il Restaurant Law Center, hanno affermato che: *“it amounted to a dramatic departure from ALI's traditional process, creating new common law rather than restating existing law – and in a way “that consistently operates against businesses that contract with consumers. According to the critics from the business lobby, many of the restatement's flaws lie in its analysis of unconscionable contracts between businesses and consumers. They say, for instance, that the restatement improperly borrows from state consumer protection laws to establish a new theory of “deceptive contracts” that would disadvantage businesses. Overall, they argue, the proposed rules would give judges “unprecedented authority to reform contracts involving consumers”*

⁴⁹.

⁴⁹ FRANKEL, *State AGs protest ALI consumer contract restatement ahead of May 21 vote*, in <https://www.reuters.com/article/us-otc-ali/state-ags-protest-ali-consumer-contract-restatement-ahead-of-may-22-vote-idUSKCN1SL2VB>.

Il *Draft* dell'ALI è stato approvato inserendo un emendamento in cui si chiarisce che il *Restatement* non copre le materie disciplinate dall'UCC (*Uniform Commercial Code*).

Sembra, dunque, che nonostante il testo del *Restatement* si presenti come contenente una disciplina diversa e meno gravosa per i professionisti rispetto a quella europea (addirittura una disciplina da questo lato dell'oceano auspicata dai cultori dell'EAL), il contesto statunitense non si mostri affatto favorevole al riavvicinamento con le del diritto statunitense con quello europeo.

6. Conclusioni.

Come si è detto nel paragrafo precedente, in tema di condizioni generali di contratto e tutela del consumatore si sta assistendo a un tentativo di avvicinamento fra due tradizioni diverse, entrambe di stampo neoliberale.

La prova di tale tentativo si trova anche nelle parole dei tre Reporters (Omri Ben-Shahar della University of Chicago Law School, Florencia Marotta-Wurgler della NYU School of Law, e Oren Bar-Gill della Harvard Law School) del *Draft*, che in un articolo apparso di recente hanno dichiarato: “*In November 2018, the Reporters of the Restatement presented the draft to a group of leading European experts in consumer contract law, in a conference dedicated to the restatement held at Humboldt University in Berlin. The valuable comparative and critical insight provided during the two-day conference will be reflected in the final draft of the Restatement*”⁵⁰.

Le due tradizioni cercano, dunque, di ibridarsi ma allo stato si percepiscono forti resistenze a che ciò avvenga. Ciò che è certo è che allo stato le differenze sono ancora tante. Ancora oggi il neoliberalismo d'oltre oceano porta, infatti, a un intervento minore sul contratto rispetto a quello che si ha in Europa e che viene ricondotto alla cultura ordoliberal.

⁵⁰ BAR-GILL - BEN-SHAHAR - MAROTTA-WURGLER, *The American Law Institute's Restatement of Consumer Contracts: Reporters, Introduction*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2019, p. 97.

MARIO MAURO
Ricercatore di diritto agrario
Università degli Studi di Firenze

LA VENDITA ONLINE DI PRODOTTI ALIMEN- TARI: PROCEDIMENTO DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO E RIMEDI

SOMMARIO: 1. Il contesto e il problema. – 2. Il consumatore di alimenti. – 3. La ricerca sul web del prodotto. – 4. La fase delle trattative nella vendita on-line di generi alimentari. – 5. L'ordine e la conclusione del contratto. – 6. La consegna dell'alimento, il passaggio del rischio, la verifica sulla conformità, i rimedi. – 7. Il ruolo dei controlli. Cenni – 8. Conclusioni.

1. Il contesto e il problema.

Nell'ultimo decennio, la vendita online e il commercio elettronico si sono diffuse sempre di più e continuano a farlo, nel lungo termine sembra che aspirino a divenire il metodo ordinario e più diffuso per acquistare beni di consumo. Piattaforme come Amazon ed eBay, solo per citare le più note, sono progressivamente divenute il luogo virtuale ove non solo le generazioni più giovani ma una sempre più ampia percentuale di consumatori europei conclude oggi i propri acquisti. Ciò ha anche consentito a piccole e medie attività commerciali, la cui sopravvivenza era messa a repentaglio dall'attuale e congiunturale crisi economica, di aprirsi nuovi e rinnovati spazi di visibilità, pur trovandosi costrette, con uno sforzo non piccolo, a dover ripensare la propria strategia di marketing e commercializzazione.

Approcciando il tema sotto il profilo del consumatore¹, rispetto agli acquisti nei negozi fisici la contrattazione online si caratterizza per collocare l'acquirente in un contesto in cui egli presta il suo consenso senza aver prima visionato il prodotto, rischia che questo non sia conforme alle sue aspettative, non ha un controllo sui tempi di consegna e di esecuzione del contratto, è in difficoltà a determinare con certezza l'identità della propria controparte negoziale².

Certo è che la vendita online di beni di consumo rappresenta un vero e proprio mercato alla cui regolamentazione il legislatore europeo ha offerto il proprio contributo, approvando nel corso degli anni un complesso e articolato sistema normativo, in parte dedicato ai rapporti tra imprese, in altra parte destinato alla tutela del consumatore. Per quanto concerne le relazioni B2c, le originarie discipline di cui alla Dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e alla Dir. 97/7/CE sui contratti a distanza³, entrambe adottate quando internet era ancora ai suoi albori, si sono negli ultimi

¹ Per un inquadramento sistematico sulle diverse problematiche che ruotano intorno alla vendita online di alimenti, tanto con riguardo ai rapporti B2b quanto B2c, v. D'ADDEZIO, *Vendita a distanza e altre modalità di vendita diretta di prodotti agricoli e alimentari: molteplicità di questioni giuridiche e di interessi coinvolti*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 23 la quale porta l'attenzione su protezione della privacy, pratiche commerciali sleali, affiliazione commerciale alle piattaforme digitali, tracciabilità e *blockchain*, tutela delle condizioni di lavoro e tassazione. Con riferimento alla vendita *online* B2c, il tema è stato di recente affrontato da BOLOGNINI, *Regole dell'e-commerce per i prodotti alimentari*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, a cura di Borghi, Canfora, Di Lauro e Russo, Milano, 2021, p. 181.

² Sono problematiche menzionate nella *Relazione di accompagnamento alla Proposta di direttiva del Consiglio riguardante la tutela dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza*, Com (92) 11 def., cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento fattuale.

³ Il richiamo va alla Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e alla Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Su di esse, prima dell'entrata in vigore della dir. (UE) 2011/83, v. ALPA, *Vendita a distanza: nuove garanzie a tutela del consumatore*, in *Contr.*, 1997, p. 416; MINERVINI, *Contratti a distanza*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2004, p. 1; DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in

anni rivelate inadeguate per questo specifico settore. Tale dato ha iniziato a registrarsi in particolare all'inizio del nuovo millennio, quando le vendite online da eccezione hanno iniziato progressivamente a trasformarsi in prassi diffusa, facendo così affiorare l'esigenza di intervenire nuovamente. Nel 2011 è stata così approvata la Dir. 2011/83/UE⁴ il cui obiettivo era superare la precedente armonizzazione minima e garantire un più elevato livello di tutela dei diritti dei consumatori. Al di là del nome, il suo impatto è limitato alla vendita a distanza e fuori dai locali commerciali, rafforzando la disciplina in materia di informazione, recesso e consegna, con l'obiettivo di aumentare la fiducia verso tale tipologia di scambio⁵. Foca-

Studium juris, 1999, p. 1189; VALENTINO, *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza*, in Gabrielli e Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, p. 657; FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002.

⁴ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Secondo VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 10 tale direttiva, anche alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, potrebbe essere interpretata come una risposta volta a riaffermare la centralità della persona rispetto a un'idea di mercato ove la convivenza tra individui si fonda sulla libertà di iniziativa economica.

⁵ In generale, sulla direttiva riguardante i diritti dei consumatori v. *ex multis*, DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori"*, in *Anuario del contratto 2011*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2012, p. 30; ID., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2014, p. 917; D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento di Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, p. 611; BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e "nuovi diritti"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 927; PILIA, *I contratti a distanza*, in Vettori (a cura di), *Contratto e responsabilità*, Padova, 2013, p. 639; DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 419; PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1007; GRANDI, *Lo "jus poenitendi" nella direttiva 2011/83/CE nella direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p. 45.

lizzandosi poi sul mercato digitale, che presenta caratteristiche proprie e autonome, dove le vendite vengono intermedate da grossi *player* che mettono a disposizione le loro piattaforme di e-commerce, nel 2019 è stato approvato il Reg. 2019/1150/UE⁶ approvato con l'obiettivo di offrire una tutela proprio a quelle imprese che hanno la necessità di appoggiarsi a tali piattaforme digitali per promuovere il proprio e-commerce, e la Dir. 790/2019/UE⁷, nota anche come direttiva copyright, che si pone l'obiettivo di armonizzare la disciplina sul diritto d'autore nell'ambito delle tecnologie digitali e di internet. Per quanto esse abbiano come oggetto immediato i rapporti B2b, contengono regole che inevitabilmente incidono sul funzionamento del mercato e, dunque, sulla tutela del consumatore.

Il costante ampliamento del fenomeno ha portato la Commissione a iniziare un'attività di revisione della normativa consumeristica, dapprima definendo nel 2015 la strategia per un mercato digitale⁸ e poi nel 2018 pubblicando un documento denominato *Un "New Deal" per i consumatori*⁹. In esecuzione di tali indicazioni, nel 2019 è stata approvata la dir. 2161/2019/UE¹⁰ che, incidendo su quelle

⁶ Regolamento 2019/1150/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

⁷ Direttiva 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁸ Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015, COM (2015) 192 final.

⁹ Commissione europea, *Un "New Deal" per i consumatori*, 11 aprile 2018, COM (2018) 183 final.

¹⁰ Direttiva 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. A completare il quadro, in esecuzione del *New Deal per i consumatori*, sono state approvate anche la Direttiva 2019/770/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali e la Direttiva 2019/771/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019,

direttive che nel loro insieme forgiavano e sostengono l'attuale disciplina consumeristica¹¹, è stata definita *direttiva omnibus*.

Nel prendere atto che la contrattazione si sta sempre più "digitalizzando" e che essa si svolge sempre più raramente tra la persona fisica e il fornitore del bene o del servizio, essendo ormai intermediata da piattaforme che si preoccupano di gestire tutte le fasi del contratto, la direttiva *omnibus* interviene con strumenti che vanno a maggior protezione dei diritti dell'acquirente, che incidono sull'ampliamento degli obblighi informativi, sull'identità del venditore, sui criteri di classificazione delle offerte dei beni e dei servizi e sulla personalizzazione dei prezzi.

Volgendo però lo sguardo al settore alimentare, il mercato digitale è ancora agli albori. Le *commodities* continuano a essere in prevalenza acquistate attraverso i canali fisici della GDO e, in casi più rari e di regola limitati alle produzioni di qualità, in negozi a conduzione familiare. Menzione a parte merita, poi, la c.d. vendita diretta¹², ove l'agricoltore cede le proprie produzioni direttamente al

relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento 2017/2394/UE e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

¹¹ Trattasi delle Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; Direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento n. 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»); Dir. 83/2011/UE, cit.

¹² La vendita diretta trova oggi disciplina all'art. 4 del d.lg. 228/2001 su cui v., per un commento, GERMANÒ, *Commento all'art. 4 d. lg. 228/2001*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, p. 276; ALBISINNI, *Commento all'art. 4 del d.lg. 99/2004*, in *Riv. dir. agr.*, 2004, p. 254 nonché, in una visione più ampia, ID., *La vendita diretta dei prodotti agricoli*, in *Trattato di diritto agrario. Vol. I, Il diritto agrario: circolazione e tutela dei diritti*, a cura di Costato, Germanò, Rook Basile, Torino, 2011, p. 263. In termini storici, la vendita diretta è stata per la prima volta disciplinata dalla l. 9.2.1963, n. 59 (oggi abrogata dal d.l. 112/2008) che, in un contesto di

consumatore finale, senza passare attraverso ulteriori intermediazioni.

Tuttavia anche in questo settore, seppur con un certo ritardo rispetto a quello dei beni di consumo, un cambiamento è in atto. In un

semplificazione delle procedure rispetto all'allora vigente sistema delle licenze, richiedeva all'imprenditore agricolo di disporre esclusivamente di un'autorizzazione rilasciata dal sindaco nella quale si specificava la modalità di vendita (se fissa o itinerante) e si accertava se i prodotti oggetto di vendita fossero derivati da attività agricola o connessa svolta sul fondo del richiedente. La l. 11.6.1971, n. 426 disponeva l'esenzione dall'iscrizione nel registro dei commercianti sia per la vendita nei mercati all'ingrosso sia per quella effettuata dall'imprenditore agricolo di prodotti ottenuti con l'attività di coltivazione ed allevamento. La dottrina (*ex multis*, v. CARROZZA, *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988, p. 151) si era così interrogata se tale attività potesse essere ritenuta agricola per connessione, indagando su quali potessero essere i criteri per costruire il legame con quelle principali. La l. 228/2001, segnatamente l'art. 4, sembra aver posto fine al dibattito laddove consente agli imprenditori agricoli, singoli o associati, regolarmente iscritti al registro delle imprese, di esercitare su tutto il territorio dello Stato la vendita diretta dei "prodotti provenienti in misura prevalente dalle rispettive aziende". L'esercizio avviene senza alcun onere procedurale o burocratico, salva la necessità di una preventiva comunicazione al Comune, escludendo così l'applicazione del d.lg. 31.3.1998, n. 114 in materia di commercio. Ai sensi del diritto UE, si intende con vendita diretta quella "effettuata direttamente dal produttore al consumatore senza l'intervento di intermediari dal lato della vendita" (così Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'opportunità di istituire un regime di etichettatura relativo all'agricoltura locale ed alla vendita diretta, del 6 dicembre 2013, Com (2013) 866 def., p. 4. Rammenta BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, p. 332, che tale relazione è stata pubblicata in attuazione dell'obbligo previsto dall'art. 55 del Reg. 1151/2012/UE ed è finalizzata a indagare l'opportunità di istituire un nuovo regime di etichettatura relativo all'agricoltura locale e alla vendita diretta, al fine di assistere i produttori nella commercializzazione dei loro prodotti a livello locale. Per ulteriori riferimenti, oltre agli Autori prima citati, v. anche MASINI, *I mercatali. Mercati degli imprenditori agricoli a vendita diretta*, in *Riv. DGA*, 2007, p. 289; BOLOGNINI, *Vendita diretta dei prodotti agricoli*, in *Dig. disc. priv.*, agg. IV, Torino, 2009, p. 593; MANSERVISI, *Commento all'art. 4 del d.lg. 99/2004*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 887; LUCIFERO, *Il legame fiduciario tra agricoltore e consumatore nella vendita diretta dei prodotti alimentari*, in Germanò (a cura di), *L'agricoltura dell'area mediterranea: qualità e tradizione tra mercato e nuove regole dei prodotti alimentari. Profili giuridici ed economici*, Milano, 2004, p. 247; ALABRESE, *La vendita diretta dei prodotti agricoli*, in *Riv. dir. alim.*, 2008, 3.

contesto dove le tecnologie digitali sono sempre più integrate nella quotidianità, è sotto gli occhi di chiunque la maggiore diffusione di applicazioni, *rectius* piattaforme, per la consegna della spesa a domicilio, per portare i piatti di un ristorante direttamente a casa propria o per acquistare bottiglie di vino. Anche le singole imprese agricole si stanno progressivamente affacciando a questo mercato, o nella forma della vendita diretta attraverso propri *store* online¹³ o grazie ad intermediari. Anche sotto questo profilo, ad esempio, si stanno diffondendo applicazioni e portali che si preoccupano di consegnare alimenti freschi, proponendo differenti tagli dimensionali, con prodotti provenienti da imprese del territorio, allo scopo di promuovere la qualità locale¹⁴.

Così, anche nel mondo alimentare, la contrattazione online si sta aprendo nuovi spazi¹⁵. Sebbene nei mercati extra UE tale prassi parrebbe più diffusa, in Italia i numeri sono ancora bassi. Il *trend*, però,

¹³ Trattasi di una forma di commercializzazione che l'art. 4 del d.lg. 228/2001 annovera tra le forme di vendita diretta. Nello specifico, nella comunicazione da inviare al Comune, l'imprenditore agricolo dovrà specificare che, tra le varie forme attraverso le quali intende praticare la vendita diretta è annoverato anche il commercio elettronico (comma 3), che potrà iniziare contestualmente all'invio di tale comunicazione (comma 4). A conferma, la risoluzione 183332 dell'11.11.2013 del Ministero dello Sviluppo Economico distingue l'ipotesi in cui tale forma di vendita avvenga da parte di un'impresa commerciale, sottoposta all'art. 18 del d.lg. 114/1998, o agricola, sottoposta alla disciplina speciale di cui al già menzionato art. 4 del d.lg. 228/2001.

¹⁴ Navigando, però, sui vari portali il messaggio di qualità viene spesso mistificato, mancando troppo spesso una trasparenza sulla modalità di selezione degli operatori che aderiscono alla piattaforma e senza sapere esattamente quale sia la tecnica di coltivazione o allevamento seguita. D'altra parte, la provenienza territoriale potrebbe essere sinonimo di qualità nella misura in cui il consumatore sceglie di sostenere con il proprio acquisto le imprese del territorio ma ciò di per sé non esprime una qualità di prodotto o di processo, al pari delle denominazioni di origine o della certificazione biologica.

¹⁵ Di recente, in argomento v. BOLOGNINI, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore di prodotti alimentari*, Torino, 2018 nonché EAD., *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 306. Sul tema anche D'ADDEZIO, *Vendita a distanza e altre modalità di vendita diretta di prodotti agricoli e alimentari: molteplicità di questioni giuridiche e interessi coinvolti*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 23.

è in ascesa, complici non solo la pandemia da Covid-19 che ha probabilmente accelerato la tendenza ma, soprattutto, le opportunità che si aprirebbero per gli imprenditori agricoli e le piccole medie imprese di trasformazione e distribuzione. La digitalizzazione potrebbe consentire di raggiungere una nuova clientela e allinearsi a un lento mutamento delle abitudini di consumo nonché potrebbe rappresentare una forma alternativa alla contrattazione di filiera¹⁶ e contrastare il potere della GDO¹⁷.

¹⁶ Ricorda CARMIGNANI, *Filiera agroalimentare*, in *Dig. disc. priv.*, agg. XI, Torino, 2018, p. 221, che l'attuale mercato, affinché chi vi operi possa essere considerato competitivo, richiede di conformare la produzione a standard di qualità ben precisi, per molteplici ragioni che vanno dall'esigenza di assicurare la sicurezza e la tracciabilità del prodotto fino a quella di tutelare le aspettative del consumatore nell'offrire un'ampia gamma di prodotti, innovativi e tradizionali. La contrattazione di filiera mette così in relazione il comparto produttivo, industriale e commerciale, collegando diversi settori europei strategici. Ciò avviene attraverso lo strumento contrattuale che serve a disciplinare meccanismi produttivi verticali, dovuti dagli altri processi produttivi che precedono e seguono, quanto orizzontali, volti a regolare i processi produttivi paralleli e che si svolgono contemporaneamente. L'insieme coordinato di queste attività è stato definito agribusiness. ALBISINNI, *Sistema agroalimentare*, in *Dig. disc. priv.*, agg. IV, Torino, 2009, p. 483, distingue tra "agroalimentare" che comprende le attività ed i soggetti impegnati nel *farming* e nel *food processing*; "agroindustriale" come sottosistema comprendente le attività ed i soggetti impegnati nel *farming* e nel *fiber processing*, comprensiva della produzione di legname ma anche di mobili e carta. Secondo JANNARELLI, *L'impresa agricola nel sistema agro-industriale*, cit., p. 213, il termine agroindustriale è contrapposto a quello di agroalimentare, "mentre il primo è chiamato a cogliere il complesso delle relazioni che intervengono tra impresa agricola ed i settori economici posti a monte della stessa e che forniscono gli input necessari per la produzione [...], il secondo fa riferimento alle relazioni che si instaurano tra le strutture produttive agricole e gli operatori economici che nell'ambito della filiera produttiva provvedono alla lavorazione e trasformazione dei prodotti agricoli di base ed alla loro commercializzazione sino alla fase della distribuzione finale ai consumatori sotto forma prevalente di alimenti".

¹⁷ Anche nel settore alimentare è stata invocata da più parti l'esigenza di dare una disciplina alle pratiche commerciali sleali. Basti pensare che nel parere del Comitato europeo delle Regioni, *Pratiche commerciali sleali nella filiera alimentare*, 2018/C-387/09, emerge che il valore di un prodotto agricolo è ripartito in proporzioni per cui solamente il 21% è percepito dall'agricoltore, spettando il residuo 28% al trasformatore e il 51% al distributore. Ne deriva che i redditi degli

In questi termini, la vendita online potrebbe essere anche uno dei veicoli per incentivare la filiera corta¹⁸, promuovere le produzioni di qualità, consentire agli operatori del settore primario di conseguire una parte più equa del prezzo finale, rilanciare zone rurali meno favorite¹⁹. Affinché questo canale si possa ulteriormente sviluppare, con i benefici che ne potrebbero derivare, è però necessario che il prodotto circoli con regole chiare e certe, idonee a garantire un efficiente funzionamento del mercato ma, soprattutto, funzionali a proteggere la salute del consumatore e incentivarne la fiducia. Questo perché la vendita online postula e presuppone una revisione del tradizionale modello di business, da sostenere anche con significativi investimenti economici.

agricoltori sono attualmente inferiori del 40% rispetto al salario medio. Il tema è stato oggetto dello studio di LUCIFERO, *Le pratiche commerciali sleali nel sistema delle relazioni contrattuali tra imprese nella filiera alimentare*, Milano, 2017, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento. Nel 2019, inoltre, è stata approvata la Direttiva 2019/633/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, la cui applicazione è circoscritta ai soli rapporti B2b. Tale direttiva è stata recepita in Italia con il d.lg. 8 novembre 2021, n. 198. Per un primo commento alla direttiva, v. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, cit., p. 194; RUSSO, *La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1418; PAGLIANTINI, *Dal B2c al B2b: una prima lettura della Dir. (UE) 2019/633 tra diritto vigente ed in fieri*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 220. In argomento, v. anche MASINI, *L'abuso nella contrattazione di impresa nella filiera agroalimentare*, in *Dir. agroalim.*, 2019, p. 259; SPOTO, *Divieto di pratiche commerciali sleali e tutela dei produttori di latte*, in *Foro it.*, 2020, IV, c. 171; IMBRENDA, *Filiera agroalimentare e pratiche commerciali sleali*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 1133.

¹⁸ Sulla filiera corta, v. CANFORA, *Le nuove forme di commercializzazione dei prodotti alimentari: dalla vendita in rete ai "gruppi di acquisto solidale"*, in Galdoni e Sirsi (a cura di), *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agroalimentari*, Milano, 2011, p. 237; MASINI, *I mercati (mercati degli imprenditori agricoli a vendita diretta)*, in *Riv. DGA*, 2007, p. 292; LOSAVIO, *I prodotti agricoli a "chilometro zero" nelle leggi regionali*, in *Agr. Ist. Merc.*, 2011, p. 93.

¹⁹ Si sofferma sull'argomento BOLOGNINI, *Vendita a distanza dei prodotti alimentari*, cit., p. 332 e ss.

La dottrina ha così sottolineato l'alacre lavoro del legislatore e della giurisprudenza per creare un contesto normativo che, guardando ai rapporti B2b nella filiera alimentare, regoli questo specifico mercato per favorire l'accesso a nuovi operatori economici, provando a offrire nuove soluzioni a problemi che concernono la tutela della privacy, le pratiche commerciali sleali, l'affiliazione a piattaforme digitali, la tracciabilità e la *blockchain*, la tutela delle condizioni di lavoro e la tassazione²⁰.

Sotto il versante della tutela del consumatore, invece, manca ancora una disciplina organica e gli interventi della giurisprudenza sono pressoché nulli. Il considerando 3 del Reg. 2019/1150/UE, dedicato all'affiliazione alle piattaforme online, rammenta che la sua applicazione, per quanto potrebbe “*contribuire indirettamente a migliorare la fiducia dei consumatori nell'economia delle piattaforme online*”, non introduce alcuna disciplina a favore di tale soggetto, il quale troverà tutele in un differente *acquis*²¹, quello oggi inciso dalla direttiva *omnibus*, il cui approccio alla materia, lungi dall'aver un carattere sistematico, segue un'impostazione di tipo “chirurgico” e dove la specialità del settore alimentare non è adeguatamente valorizzata.

Con riferimento dunque all'articolato *corpus* normativo consumeristico, il d.lgs. 206/2005²² introduce a favore dell'acquirente a

²⁰ Cfr. D'ADDEZIO, *Vendita a distanza e altre modalità di vendita diretta di prodotti agricoli e alimentari: molteplicità di questioni giuridiche e di interessi coinvolti*, cit., p. 23 e spec. pp. 30 e ss. cui si rinvia per tutti i riferimenti normativi e giurisprudenziali relativi ai menzionati aspetti.

²¹ Si riporta integralmente il considerando 3, “i consumatori hanno accolto favorevolmente l'utilizzo dei servizi di intermediazione online. Per il loro benessere è essenziale anche un ecosistema online competitivo, equo e trasparente, in cui le imprese agiscono in modo responsabile. Il fatto di garantire la trasparenza e la fiducia nell'economia delle piattaforme online nei rapporti tra imprese potrebbe altresì contribuire indirettamente a migliorare la fiducia dei consumatori nell'economia delle piattaforme online. L'impatto diretto dello sviluppo dell'economia delle piattaforme online sui consumatori sono tuttavia affrontate da altre norme del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda l'*acquis* relativo ai consumatori”.

²² D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*.

distanza, ivi incluso quello online, una serie di tutele che contemplano la puntuale indicazione di precisi obblighi informativi durante la fase precontrattuale, l'individuazione del passaggio del rischio al momento della consegna e la previsione del c.d. recesso di pentimento. Quest'ultimo rimedio è da sempre stato considerato un presidio irrinunciabile perché consente all'acquirente di poter reagire al c.d. effetto sorpresa, permettendogli di sciogliersi dal contratto entro i successivi 30 giorni dalla consegna del bene, senza onere di motivazione e costi aggiuntivi²³.

Il punto è che l'adempimento di obblighi informativi preliminari, l'individuazione del passaggio del rischio al momento della consegna, il recesso del consumatore sono tutele non sempre facilmente mutuabili anche per il settore alimentare, che si distingue per peculiarità proprie. Rammentando concetti noti, oggetto del contratto sono alimenti, essenziali alla sopravvivenza dell'individuo. Anche nella vendita fisica, il loro semplice esame visivo non sempre è idoneo a comunicare le caratteristiche del prodotto, non solo in termini di sicurezza ma anche di apprezzamento per il suo sapore, consistenza etc. Sotto il profilo dei rimedi, pertanto, l'informazione precontrattuale dovrebbe essere rinforzata, anche in ragione del fatto che l'esperibilità del c.d. recesso di pentimento trova ostacoli non facilmente superabili. Per quanto manchi una norma che ne impedisca l'esercizio, è anche vero che le ipotesi di esclusione previste dalla dir. 2011/83/UE sembrano ricorrere con maggiore frequenza proprio quando oggetto del contratto è un alimento²⁴. D'altra parte, l'esercizio del recesso sulla base del semplice presupposto che il bene non sia semplicemente stato gradito dal consumatore impedirebbe al professionista di ricollocarlo sul mercato, non potendo più essere garan-

²³ Il tema è noto, limitandosi alla manualistica v. almeno VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2018, p. 116 e la bibliografia ivi richiamata.

²⁴ L'art. 16 dir. 2011/83/UE, infatti, contempla le fattispecie di beni confezionati su misura o personalizzati, che si possono deteriorare rapidamente, che non si prestano a essere sostituiti per motivi igienici o connessi alla tutela della salute, suggerendo così caratteristiche da cui la stragrande maggioranza degli alimenti difficilmente potrà prescindere, così BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 324.

tita la tracciabilità, e con essa la sua sicurezza e l'igiene, con l'evidente e inaccettabile rischio di porre a repentaglio la salute del consumatore successivo²⁵.

Tali considerazioni mettono così in luce come anche nel commercio elettronico dovranno essere rispettate le previsioni generali del Reg. 178/2002/CE²⁶ che si preoccupa di garantire uno standard di sicurezza elevato degli alimenti, con il conseguente richiamo a tutte le correlate discipline contenute nel pacchetto igiene²⁷ dedicato a garantire la salubrità e integrità degli alimenti; nel Reg. 1169/2011/UE,²⁸ centrato sul dovere di fornire una informazione

²⁵ Basti pensare che i beni di consumo per i quali il consumatore ha esercitato il diritto di recesso potranno essere immessi nuovamente sul mercato, di regola in sezioni delle piattaforme denominate *warehouse*. Per le ragioni appena evidenziate, ciò non sarebbe possibile nel settore alimentare.

²⁶ Regolamento n. 178/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare. Per cogliere la portata generale di tale regolamento, basti semplicemente ricordare l'esordio dell'art. 1, "*il presente regolamento costituisce la base per garantire un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti*".

²⁷ Il pacchetto igiene era composto, originariamente, da quattro regolamenti: Regolamento n. 852/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sull'igiene dei prodotti alimentari; del Regolamento n. 853/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche in materia di igiene per gli alimenti di origine animale; Regolamento n. 854/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, che stabilisce norme specifiche per l'organizzazione di controlli ufficiali sui prodotti di origine animale destinati al consumo umano; Regolamento n. 882/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali. Successivamente, con l'entrata in vigore del Reg. 625/2017/UE, gli ultimi due regolamenti dedicati ai controlli sono stati abrogati.

²⁸ Regolamento n. 1169/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i regolamenti n. 1924/2006/CE e n. 1925/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 87/250/CEE della Commissione, la direttiva 90/496/CEE del Consiglio, la direttiva 1999/10/CE della Com-

corretta ed esaustiva; nel Reg. 625/2017/UE²⁹ sui controlli, il tutto pur con gli opportuni adattamenti imposti da tale forma di contrattazione, garantendo protezioni analoghe a quelle che sono offerte nelle negoziazioni fisiche.

Come è noto, tutte queste normative, oltre a garantire la sicurezza dell'alimento, sono anche funzionali a promuovere un efficiente funzionamento del mercato alimentare e sul loro rispetto poggia la fiducia del consumatore. Inquadrata in questa prospettiva, la ricostruzione della disciplina sulla vendita online di alimenti richiede un esame congiunto delle diverse fonti, nazionali ed europee, che si intrecciano e dialogano tra loro in un rapporto di complementarità reciproca ma che necessita di un adeguato raccordo³⁰.

In difetto di un intervento organico del legislatore, la disciplina andrà ricostruita coordinando tra loro le vigenti normative generali, consumeristiche e quelle applicabili al settore alimentare, per verificare se e come queste ultime possano adattarsi alla vendita online, per evitare il rischio di mettere in pericolo la salute dei consumatori

missione, la direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/67/CE e 2008/5/CE della Commissione e il regolamento n. 608/2004/CE della Commissione.

²⁹ Regolamento 2017/625/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari, recante modifica dei regolamenti n. 999/2001/CE, n. 396/2005/CE, n. 1069/2009/CE, n. 1107/2009/CE, n. 1151/2012/UE, n. 652/2014/UE, 2016/429/UE e 2016/2031/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dei regolamenti n. 1/2005/CE e n. 1099/2009/CE del Consiglio e delle direttive 98/58/CE, 1999/74/CE, 2007/43/CE, 2008/119/CE e 2008/120/CE del Consiglio, e che abroga i regolamenti n. 854/2004/CE e n. 882/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 89/608/CEE, 89/662/CEE, 90/425/CEE, 91/496/CEE, 96/23/CE, 96/93/CE e 97/78/CE del Consiglio e la decisione 92/438/CEE del Consiglio (regolamento sui controlli ufficiali).

³⁰ Così conclude BOLOGNINI, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore di prodotti alimentari*, cit., pp. 78 e ss. Nello specifico, secondo l'Autrice, la Dir. 83/2011/UE, il Reg. 1169/2011/UE e il Reg. 625/2017/UE vanno a comporre un articolato complesso di norme che stanno tra loro in un rapporto di complementarità reciproca.

e/o compromettere il corretto funzionamento del mercato³¹. Si pone dunque l'esigenza di valorizzare il settore alimentare, regolato da un articolato e complesso sistema di norme che già di per sé si configura come speciale non solo rispetto alla regolamentazione codicistica ma anche a quella consumeristica. In questo senso, la dottrina che già in precedenza si è interessata al problema ha descritto il rapporto tra queste norme in termini di complementarità reciproca, suggerendo come le lacune della legislazione alimentare possano essere colmate da quella consumeristica, le cui disposizioni assumono un significato più certo e definito grazie alle regole e ai principi generali della prima³².

Tale lunga premessa, dovuta al fatto che ci si approccia a un settore dove si intrecciano tra loro eterogenee normative di diversa natura, conduce al cuore del problema che ci si pone di affrontare nel presente scritto: provare a ricostruire le tutele offerte al consumatore che acquista alimenti nel mercato online. Attraverso un'indagine sul procedimento di formazione del contratto³³ l'obiettivo è verificare

³¹ Così BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 314.

³² Il tema è stato oggetto di uno studio da parte di S. BOLOGNINI, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore di prodotti alimentari*, Torino, 2018, *passim*, più di recente ripreso anche in EAD., *Regole dell'e-commerce per i prodotti alimentari*, cit., p. 184. Secondo l'Autrice la complementarità si può rinvenire in primo luogo dalla sostanziale somiglianza della definizione di "contratto a distanza" (art. 2, n. 7, dir. 83/2011/UE) e di "tecnica di comunicazione a distanza" (art. 2, par. 2, lett. u) reg. 1169/2011/UE). In secondo luogo, il considerando 11 della dir. 83/2011/UE auspica l'applicazione di tale normativa anche a settori specifici, tra cui menziona anche l'etichettatura di prodotti alimentari, per poi precisare, all'art. 3, par. 2, la prevalenza della disciplina speciale rispetto a quella contenuta nella direttiva. Infine, il considerando 27 del reg. 1169/2011/UE si preoccupa di garantire una informazione completa e adeguata a tutte le forme di contrattazione di produzioni alimentari, ivi inclusa quella a distanza.

³³ Parlando di procedimenti di formazione dell'accordo, il richiamo va a BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, *passim* il quale, approcciandosi al contratto in una logica dinamica, ritiene che sia espressione dell'autonomia delle parti derogare ai procedimenti previsti dal codice civile, se ciò risponde all'esigenza di tutelare un loro interesse giuridicamente rilevante. Tale insegnamento sembra valido ancora oggi, laddove nella legislazione speciale

se sia garantita una protezione effettiva. L'esame dovrà essere condotto attraverso le varie fasi lungo le quali si sviluppa la contrattazione, da quando l'acquirente inizia a cercare "su internet" il prodotto e si collega al portale, fino al momento in cui il *rider* o un delegato del venditore consegneranno l'alimento, passando attraverso la fornitura di informazioni precontrattuali e il perfezionamento dell'ordine.

Tale rilievo porta così anche a definire il metodo attraverso cui sarà condotta l'indagine, che è quello di isolare le differenti esigenze che di volta in volta vengono rilievo nel procedimento di formazione dell'accordo, cui dare risposta attraverso un dialogo tra le diverse discipline di settore rilevanti.

Così definito il problema e il metodo, sembra prodromico capire chi sia il consumatore, allo scopo di isolare gli interessi che porta nel contratto e come dare protezione durante la negoziazione online.

2. In via preliminare, il ruolo delle definizioni: il consumatore di alimenti; il mercato online; il professionista.

La ricostruzione della disciplina sulla vendita online di prodotti alimentari richiede preliminarmente di chiarire chi siano i soggetti coinvolti, primo fra tutti il consumatore³⁴. Lo scopo non è tanto strumentale a creare un collegamento tra tutela del consumatore e garanzia sulla concorrenza quanto, piuttosto, orientare la disciplina sulla circolazione di alimenti ai diritti e agli interessi della persona, cui le regole sul funzionamento del mercato sono funzionali³⁵.

di stampo protettivo si prevedono specifici procedimenti di formazione dell'accordo per tutelare la parte debole del contratto. Parimenti, con pronuncia del 6 marzo 2015, n. 4628 le Sezioni Unite della Cassazione hanno ammesso la legittimità del contratto preliminare di preliminare, ritenendo che esso sia valido laddove risponde a un interesse delle parti meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

³⁴ Ricorda COSTATO, *I principi fondanti il diritto alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2007, 1, p. 3, che l'intera legislazione alimentare descrive un rapporto del tutto peculiare con il consumatore che richiede, oltre alla sicurezza, anche informazioni veritiere e trasparenti.

³⁵ La suggestione trae spunto dal pensiero di BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 567, il quale si interrogava sul rapporto tra contratto e disposizioni costituzionali, e di N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995,

Nel settore alimentare – forse più che in molti altri – operano i consumatori più diversificati, tutti accomunati dal bisogno essenziale di nutrirsi ma ognuno con un bagaglio culturale ed esperienziale profondamente diverso, tale da indurre a compiere scelte alimentari differenti. Si aggiunga, poi, la peculiarità della contrattazione che, nella maggioranza dei casi, avviene silenziosamente³⁶,

I, p. 292 che affronta il medesimo problema in rapporto alle regole del mercato. Il tema, inoltre, è una delle costanti del pensiero di VETTORI tra cui *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 10; ID. (a cura di), *Contratto e costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, Padova, 2006; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, p. 44. D'altra parte, a livello europeo, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, è significativo ricordare come la concorrenza, da obiettivo dell'Unione Europea, sia stata degradata a strumento, così lasciando spazio all'ingresso dell'economia sociale di mercato (su cui v. Vettori (a cura di), *Diritti e coesione sociale*, in *Quaderni di Persona e Mercato*, 2015), concetto che, nell'attribuire posizione prioritaria ai diritti sociali, suggerisce un'impostazione che pone in posizione centrale la persona. Al contempo, con il Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza e la CEDU hanno assunto il rango di trattati, introducendo disposizioni che, ponendo al centro il valori di libertà, uguaglianza e dignità dell'individuo, non hanno un carattere programmatico ma una precisa forza precettiva, tanto che la giurisprudenza, anche interna, ne ha fatto più volte applicazione (sul punto sia consentito rinviare a MAURO, *L'incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione Civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Pers. merc.*, 4, 2011, p. 327). La stessa dottrina, peraltro, in replica a chi guarda il mercato in termini prettamente economici e utilizzando una metafora cara ad Adam Smith, ha avuto modo di sottolineare come l'idea di anteporre la persona e i suoi diritti alle logiche concorrenziali rappresenti la "mano visibile" del diritto europeo, così MICKLITZ, *The Visible Hand of European Private Law*, in *Yearbook of European Law 2009*, 2010, p. 3-60.

³⁶ In argomento, v. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 346. Prosegue poi la riflessione ROOK BASILE, *Prodotti agricoli, mercato di massa e comunicazione simbolica*, in *Riv. DGA*, 1995, p. 139, nonché EAD., *I segni distintivi dei prodotti agricoli*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, a cura di Costato, Padova, 2003, p. 730; EAD., *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, in Germanò e Rook Basile (a cura di), *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Torino, 2005, p. 3. L'Autrice, sviluppando il concetto di comunicazione simbolica, lo pone in dialogo con il fenomeno della contrattazione muta, mettendo in relazione le due idee, assegnando di conseguenza valore primario all'etichetta, unico strumento che – nella contrattazione fisica – serve a mettere in collegamento il produttore

aspetto che viene esasperato in quella on-line, ove il soggetto acquista davanti a un pc, uno *smartphone* o un *tablet*.

La medesima persona fisica, inoltre, si può approcciare agli acquisti con diverse attitudini. Potrebbe essere noncurante quando compra *commodities* o prodotti già noti; maggiormente attenta quando si rivolge a produzioni di qualità. In questi termini, chiarire quale sia il tipo di consumatore da tutelare diventa di importanza centrale per costruire un sistema di regole e rimedi efficiente.

Il Reg. 178/2002/UE, dedicato alla sicurezza alimentare, introduce la nozione di consumatore finale, quasi a voler suggerire una distinzione rispetto alla generale disciplina consumeristica³⁷. Questo è definito in via negativa come chi “*non utilizzi tale prodotto nell’ambito di un’operazione o attività di un’impresa del settore alimentare*”. La definizione è di portata amplissima, coerente con gli scopi del regolamento: garantire la circolazione di alimenti sicuri. Sarebbe infatti contrario agli obiettivi posti dalla norma distinguere tra diverse tipologie di consumatori in base a criteri contingenti. Tutti, senza distinzioni, hanno interesse a che venga immesso in commercio un alimento che non sia a rischio³⁸. La riportata definizione, quindi, serve ad individuare il beneficiario ultimo di una normativa e tenerlo distinto dal resto degli operatori di filiera.

con il consumatore. Sulla comunicazione simbolica v. anche LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare: marchi e segni del territorio*, in *Trattato di diritto agrario, III. Diritto agroalimentare*, a cura di Costato, Germanò, Rook Basile, Torino, 2011, p. 321.

³⁷ Il consumatore, ai sensi dell’art. 2 della direttiva 93/13/CEE, poi ripreso, in Italia, dall’art. 3 del d.lgs. 206/2005 meglio noto come Codice del Consumo è definito come “*qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale*”.

³⁸ Ai sensi dell’art. 14 del Reg. 178/2002/CE, un alimento si considera a rischio se è dannoso per la salute o inadatto al consumo umano. In argomento, da ultimo, cfr. ROOK BASILE, *L’architettura della legislazione alimentare europea: il reg. CE n. 178/2002*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell’Unione Europea*, cit., p. 42. In argomento, cfr. anche BORGHI, *Il rischio alimentare e il principio di precauzione*, in *Trattato di diritto agrario. III Diritto agroalimentare*, cit., p. 53; BOLOGNINI, *Gestione del rischio in agricoltura e strumenti privatistici*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, I, p. 167.

Specularmente, se la sicurezza è garantita anche attraverso un capillare sistema di controlli, per quanto il Reg. 625/2017/UE sia destinato agli operatori del settore alimentare, esso è anche causalmente orientato a garantire la fiducia dei consumatori, oltre che naturalmente la loro salute e il loro diritto a essere informati³⁹.

Diverso è l'approccio, invece, quando l'interesse da proteggere attiene a una corretta informazione, tema comunque connesso alla sicurezza⁴⁰. Anche in tal caso, oltre alle informazioni obbligatorie che servono per identificare il prodotto e guidare la scelta, potranno essere date anche una serie di informazioni volontarie⁴¹, che non dovranno indurre in errore l'acquirente finale né essere ambigue e, se

³⁹ V. in particolare art. 1, par. 2, lett. a)-c) nonché i considerando 2, 3, 12, 45, 74, 80

⁴⁰ Come sottolineano ROOK BASILE, *Sicurezza e responsabilità nella filiera alimentare*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 432; LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, *ivi*, p. 467.

⁴¹ Il tema è disciplinato dal già menzionato reg. 1169/2011/UE che al capo IV elenca le informazioni obbligatorie e al capo V menziona i requisiti che deve avere l'informazione volontaria. Per un primo approccio alla tematica v. almeno JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l'onnicomprendività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 38; SIRSI, *Il diritto all'educazione del consumatore di alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 496; MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso "personalista" del consumatore. (Osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura degli alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 576; LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, *cit.*, p. 467; BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza dei prodotti alimentari*, *cit.*, p. 306. In argomento, cfr. inoltre gli atti del convegno di Milano del 10 dicembre 2019 intitolato *The Implementation of Regulation (EU) No 1169/2011 in some Member States and the actions models adapted*, pubblicati su *Riv. dir. alim.*, 2020, 1. Prima dell'entrata in vigore del Reg. 1169/2011/UE, cfr. anche ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, *cit.*, p. 3 che, per l'appunto, pone l'attenzione sulla funzione dell'informazione quale forma di tutela preventiva per il consumatore; TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in *Trattato di diritto agrario. III. Il diritto agroalimentare*, *cit.*, p. 579.

del caso, basarsi su dati scientifici pertinenti. La fornitura delle informazioni volontarie è spesso volte collegata a *claims* nutrizionali o salutistici⁴² o alle produzioni di qualità, da cui deriva l'esigenza di offrire una tutela a favore di quel soggetto che presta a queste attenzioni, attribuisce e riconosce un valore alla provenienza geografica di un prodotto, al processo attraverso cui questo è realizzato o, comunque, ad altri criteri che portano a differenziarlo nel mercato rispetto a eventuali proprietà o caratteristiche che possono incidere sulla salute o il benessere dell'individuo. A prescindere, però, che le informazioni siano obbligatorie o volontarie, è necessario che siano tutte chiare, precise, leali, comprensibili e accessibili, dando così rilevanza a elementi soggettivi⁴³.

Per questo motivo, spostando l'indagine sul piano giurisprudenziale, la tendenza è orientata a proteggere non un consumatore che opera acriticamente sul mercato⁴⁴ ma quello che viene sempre più spesso indicato come "consumatore medio"⁴⁵, inteso come soggetto

⁴² Che trovano una loro disciplina nel Regolamento n. 1924/2006/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari.

⁴³ Per DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi alfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, I, pp. 20 ss. tutto questo apparato informativo potrebbe essere fuorviante per il consumatore, il quale potrebbe non avere gli strumenti per decodificare le informazioni che gli vengono trasmesse.

⁴⁴ Secondo PRETE, *Evocazione di indicazione geografica di bevande spiritose: la nozione eurocomunitaria di consumatore e il ruolo della Corte di giustizia nel processo di uniformazione dei principi del settore alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2016, II, p. 186, questo sarebbe il modello seguito dalla Germania e dai paesi nordici. In particolare, l'Autrice richiama due pronunce. La prima è della corte di Cassazione belga, la quale aveva fatto riferimento a un soggetto poco attento, che accetta acriticamente ciò che gli viene proposto e non è in grado di riconoscere insidie, esagerazioni e silenzi ingannevoli (Cour de Cassation, 12 ottobre 2000, *Saint Brice Nv v. Etat Belge*). La seconda è della Cassazione tedesca che, con riferimento alla pubblicità di uno scanner, aveva descritto il consumatore medio come un osservatore distratto ed ingenuo (Bundesgerichtshof, 20 dicembre 2001-I Zr 215/98 e Bundesgerichtshof 20 ottobre 1999-I Zr 167/97).

⁴⁵ Sulla nozione di consumatore medio in rapporto al diritto alimentare v. CARMIGNANI, *Sulla persistente validità del consumatore medio*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 693, la quale si chiede se abbia senso ipotizzare una categoria monolitica

“normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici”⁴⁶, richiedendo,

di consumatore o se, piuttosto, non sia preferibile declinare il concetto sotto differenti profili; GIUFFRIDA, *Pratiche leali di informazione e informazioni volontarie*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2012, I, pp. 79 e ss., la quale sottolinea proprio gli esiti aporetici della nozione di consumatore e la necessità di integrarla con quella di consumatore medio. In termini generali, per quanto concerne la nozione di consumatore medio, la dottrina è pressoché concorde sull’opportunità di introdurre un’ulteriore specificazione, così SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE*, in Minervini e Rossi Carleo (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2007, p. 141 ss.; ZORZI, *Il Contratti di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, LXII, Padova, 2012; SEBASTIO, *I consumatori di fronte alle pratiche commerciali sleali delle imprese*, in *Disciplina del commercio*, 2007, p. 46; FOGLIA, *Il concetto di “consumatore medio” ed il ricorso all’indagine demoscopica*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 534. Di avviso opposto, invece, è PARDOLESI, *Conclusioni*, in Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 343, per il quale il consumatore “è ignorante ed è bene che rimanga tale; quella sua situazione di incapacità informativa esprime il massimo di razionalità da lui esigibile, pena, altrimenti, la sua ghettizzazione in un mondo in cui passare tutto il tempo disponibile – ed anche quello che non si ha – a cercare di raggranelare un’informazione che normalmente non serve”.

⁴⁶ La frase è quella del considerando 18 della Dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette. Secondo LIBERTINI, *Le pratiche commerciali sleali*, in Castronovo e Mazzamuto (a cura di), *Manuale di Diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 451, questa disciplina positivizza il passaggio dalla protezione del consumatore “quale soggetto debole, alla considerazione del consumatore quale operatore economico”. La direttiva riprende, in termini sostanzialmente analoghi, un’espressione già ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra cui v. CGUE, 4 giugno 2015, C-194/14, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. contro Teekanne GmbH & Co. KG*; CGUE, 10 settembre 2009, C-446/07, *Alberto Severi contro Regione Emilia Romagna*; CGCE, 19 settembre 2006, C356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contro Etablissements Franz Colruyt NV*; CGCE, 13 gennaio 2000, C-220/98, *Estée Lauder c. Lancaster*; CGCE, 16 luglio 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*; CGCE, 6 Luglio 1995, C-470/93, *Mars*; CGCE, 4 aprile 2000, C-465/98, *Verein Gegen Unwesen in Handel un Gewerbe Koln e V. c. Adolf Darbo*.

inoltre, di valorizzare, offrendo tutele ulteriori, a soggetti ritenuti particolarmente vulnerabili⁴⁷.

Sembra così delinearsi un tratto peculiare del diritto alimentare europeo. Rispetto ad altri settori⁴⁸, il legislatore sembra disinteressarsi alla teorizzazione di un modello astratto di ‘*consumatore di ali-*

⁴⁷ Questo è quanto prevede l’art. 20, par. III, della Dir. 2005/29/CE che richiede di dar valore alla vulnerabilità del consumatore, peraltro ripreso anche dal considerando 34 della Dir. 2011/83/CE sui diritti dei consumatori ove si rammenta che, nella fornitura di informazioni, il professionista deve “*tenere in considerazione le esigenze specifiche dei consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere. Tuttavia, la presa in considerazione di tali esigenze specifiche non dovrebbe condurre a discrepanze nei livelli di tutela dei consumatori*”. Nel settore alimentare, diverse sono le sentenze che hanno ricostruito la tutela proprio muovendo dalla peculiarità del consumatore. Senza alcuna pretesa di esaustività, v. almeno CGUE, 7 giugno 2018, C-44/17, *Scotch Whisky Association – Michael Kotz* nonché CGUE, 21 gennaio 2016, C-75/15, *Viiniverla Oy c. Autorità finlandese per l’autorizzazione e la vigilanza nel settore sociale e sanitario* che utilizzano il parametro del consumatore medio allo scopo di verificare la consumazione dell’illecito di evocazione di una denominazione di origine. Rileva anche CGUE, 6 settembre 2012, C-544/10 *Deutsches Weintor e G c. Land Rheinland-Pfalz*, ove si afferma che, nel bilanciamento fra tutela della salute e libertà d’impresa, laddove non sia il prodotto in sé a produrre potenziali effetti negativi, ma l’eventuale uso eccessivo che il singolo consumatore potrebbe essere incentivato a farne, debba essere inibito per una bevanda alcolica l’uso del *claim* “facilmente digeribile”. O, ancora, in CGUE, 14 luglio 2016, C-19/15, *Verband Sozialer Wettbewerb c. Innova Vital GmbH*, è stato esteso l’ambito di applicazione del Reg. 1924/06/CE sulle informazioni salutistiche nell’etichettatura degli alimenti anche alle comunicazioni fra produttore e medici di base, in quanto potenzialmente riportabili in modo acritico ai consumatori. Sempre con riferimento al Reg. 1924/06/CE, CGUE, 10 aprile 2014, C-609/12 ha ritenuto che lo slogan “*importante quanto un bicchiere di latte!*” violasse gli obblighi informativi di cui all’art. 10. Ancora, CGUE, 8 giugno 2017, C-296/16, *Dextro Energy GmbH & Co. KG / Commissione*, in un ricorso promosso da una società che produce e distribuisce integratori energetici, censura una serie di indicazioni relative agli effetti favorevoli del glucosio, ritenendo che queste possano incoraggiare il consumo di zucchero, finalità incompatibile con i principi nutrizionali e sanitari generalmente accettati.

⁴⁸ I presupposti applicativi delle diverse discipline di settore si fondano sull’individuazione di un modello astratto di contraente quale può essere il consumatore in genere, l’investitore, il turista, l’impresa debole.

menti', consapevole che ciò potrebbe portare a inefficienze sul funzionamento del mercato⁴⁹. Preferisce, piuttosto, costruire differenti discipline articolate non sulla base di una presunta e generica debolezza ma in base allo specifico interesse di cui il singolo è titolare⁵⁰. Letta in questi termini, si coglie il senso di quella posizione dottrinale⁵¹ che valorizza la definizione negativa di "consumatore finale", rilevando come questa, a differenza di quanto previsto dal Codice del consumo, non invochi né le persone fisiche né un'azione estranea all'attività professionale. Se è pur vero che essa rinvia al soggetto al quale, nei luoghi e nei momenti del circuito distributivo degli ali-

⁴⁹ Sembra così scartata l'idea che propone di sostituire la figura del consumatore con un'altra dai confini più ampi, quella di cliente o contraente debole, portata avanti principalmente da ROPPO, *Regolazione del mercato ed interessi di riferimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, III, p. 19 e ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769. L'idea trova già le proprie basi anche nel lavoro di G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977 e di BISSONE, *Gli standards dei contratti di impresa e l'analisi economica del diritto*, in *Giur. Merito*, 1984, p. 982. Più di recente, è stata ripresa anche da BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 421, il quale assimila la nozione di consumatore a quella di contraente debole e da BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 370. Lungo questo filone, cfr. poi anche il lavoro di SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006. Altra dottrina, invece, si disinteressa alla costruzione di nuove categorie basate sulla qualità del contraente, preferendo guardare all'attività concretamente svolta e a quelli che sono gli interessi da tutelare e proteggere. In questa direzione VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. merc.*, 2012, I, p. 10; NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in Gitti e Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008; BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, p. 5.

⁵⁰ Lungo questa linea si sviluppa il ragionamento di CARMIGNANI, *Il ruolo del consumatore e le azioni di tutela*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, cit., p. 261 la quale mette in luce come, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il sistema in cui si muove il legislatore europeo ha carattere solidaristico, ponendo al centro la persona e i suoi diritti, ferma naturalmente la sua collocazione in un contesto di mercato e relazioni negoziali.

⁵¹ Riconducibile a ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare*, Milano, 2019, p. 144.

menti, il prodotto viene consegnato affinché lo adibisca alla nutrizione personale o della sua famiglia⁵², si potrebbe anche accettare, con un ulteriore passaggio logico, che “chi utilizza un prodotto alimentare per un’operazione od un’attività di impresa che non si configuri come ‘operazione o attività di impresa del settore alimentare’, non risulta escluso dalla tutela apprestata in favore del consumatore finale di alimenti”⁵³, arrivando così a concludere che la tutela riconosciuta potrebbe essere anche riconosciuta anche a una persona giuridica⁵⁴. Tale rilievo sollecita così l’attenzione sulla rinuncia da parte del legislatore europeo a offrire una definizione precisa e circostanziata, optando per una nozione il più ampia possibile e preferendo introdurre discipline differenti e articolate per tutelare gli specifici interessi che di volta in volta vengono in rilievo.

Portando il ragionamento sulla vendita online di alimenti, anche qui il consumatore richiede che venga tutelato il suo diritto alla sicurezza alimentare, declinato in termini di adeguata informazione e di disponibilità di alimenti igienicamente salubri, il tutto garantito attraverso un sistema efficiente di controlli. Solo in questo modo, infatti, questi potrà riporre la propria fiducia in tale contrattazione, incrementandone la diffusione e con evidenti ricadute sull’efficiente funzionamento del mercato.

⁵² Così GERMANÒ e ROOK BASILE, *Commento all’art. 3 del reg. 178/2002*, in *La Sicurezza alimentare nell’Unione Europea*, a cura di IDAIC, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2003, p. 173.

⁵³ ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare*, cit., p. 144.

⁵⁴ D’altra parte, il Reg. (UE) 1169/2011 equipara, a determinati fini, la posizione del consumatore finale a quella di collettività, con quest’ultima intendendo “ristoranti, mense, scuole, ospedali e imprese di ristorazione in cui, nel quadro di un’attività imprenditoriale, sono preparati alimenti destinati al consumo immediato da parte del consumatore finale”. Segnala una criticità sulla scelta del termine collettività JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l’onnicomprendività dell’approccio e l’articolazione delle tecniche performative*, cit., p. 42, preferendo l’espressione inglese *mass carter*. Secondo S. BOLOGNINI, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore di prodotti alimentari*, cit., p. 105 per effetto di tale equiparazione dovrà considerarsi concluso un contratto B2c anche nel caso in cui la persona fisica sia entrata nella disponibilità dell’alimento nel contesto di una struttura come quella della collettività, valorizzando così il singolo contratto e non il contesto ‘collettivo’ di cui l’acquirente fa parte.

Ciò che muta, pertanto, non è né la nozione di consumatore né gli interessi da tutelare ma il contesto in cui questi opera, la vendita online. Merita così rilevare come la direttiva *omnibus* introduca per la prima volta una definizione di mercato online, “*un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un’applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori*”⁵⁵. Il tema non è di poco momento perché, nel proporre un’idea di mercato come luogo di tutela di diritti, riconosce che questo specifico settore è sottoposto a regole proprie e peculiari rispetto a quello fisico, dove differenti sono i rischi e differenti saranno le tutele da apprestare. Rispetto all’approccio precedente dove al tema digitale erano destinate specifiche norme all’interno di eterogenei referenti legislativi⁵⁶, attraverso tale definizione il legislatore fa un primo passo nel prendere atto che il mercato online è un luogo specifico, che richiede regole autonome a esso destinate, tanto da inserirne la definizione sia nella direttiva sui diritti dei consumatori sia in quella sulle pratiche commerciali sleali, la cui efficacia è trasversale.

Definito il consumatore e il contesto in cui opera, restano da individuare gli altri operatori del mercato. In tal senso, una delle principali insidie cui è esposto l’acquirente è la difficoltà a individuare la controparte contrattuale, vale a dire quel professionista con cui entra in contatto attraverso la piattaforma. Troppo spesso, infatti, resta ignota l’identità del soggetto da cui è stato acquistato il prodotto ma si conosce solo il luogo, *rectius* la piattaforma, dove è avvenuto lo scambio. Tuttavia, le difficoltà a individuare il soggetto nei cui confronti indirizzare le proprie pretese potrebbe compromettere l’esercizio dei diritti del consumatore. Proprio per questo, la direttiva *omnibus* impone ai fornitori di mercati online l’obbligo di comunicare se il terzo che offre i beni sia un professionista o meno, sulla

⁵⁵ Tale definizione viene inserita all’art. 2, par. 1, n. 17 della Dir. (UE) 83/2011 e all’art. 2, par. 1, lett. m) della dir. (CE) 29/2005).

⁵⁶ Così VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella direttiva omnibus*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 586, il quale poi si sofferma sulla difficoltà di coordinare tra loro le diverse definizioni che le singole discipline danno sui soggetti che operano all’interno di tali mercati.

base della dichiarazione effettuata nei loro confronti da parte del terzo stesso. Qualora questi dichiarino di non essere un professionista, è necessario che il consumatore sia informato sul fatto che alcuni diritti non potranno essere esercitati, fermo naturalmente restando che tale esclusione non dovrebbe far venire meno gli obblighi di sicurezza di cui al Reg. 178/2002/CE⁵⁷.

Inoltre, proprio perché l'acquisto avviene tramite piattaforma, anche il gestore di essa è coinvolto nella procedura negoziazione e questi è definito dalla direttiva omnibus con l'appellativo di "fornitore di mercato online". I consumatori dovranno dunque essere informati sul modo in cui gli obblighi legati al contratto saranno ripartiti tra i terzi che offrono beni e il gestore della piattaforma. In tal senso, ben potrebbe accadere che il fornitore del mercato online possa indicare il professionista terzo come unico responsabile in materia di garanzia dei diritti dei consumatori, oppure possa descrivere le sue specifiche responsabilità nel caso in cui si assuma l'obbligo di adempiere a certe obbligazioni convenute nel contratto, quali ad esempio la consegna.

Per quanto tale novità abbia un impatto rilevante nella contrattazione consumeristica, essa affronta un problema già noto nel settore alimentare, che ha poi trovato compiuta risposta all'art. 8 del Reg. 1169/2011/UE. In replica ad alcune pronunce della giurisprudenza che molto avevano fatto discutere⁵⁸, la norma è ora chiara nell'affermare che il soggetto responsabile dell'informazione è l'operatore del

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, n. 3) è impresa alimentare "ogni soggetto pubblico o privato, con o senza fini di lucro, che svolge una qualsiasi delle attività connesse ad una delle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti". Secondo SCIAUDONE, *I soggetti dell'attività produttiva: le imprese alimentari e gli operatori del settore alimentare*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, cit., p. 231, tale definizione è decisamente più ampia rispetto a quella di professionista, contemplando una eterogeneità indistinta di soggetti, a prescindere dalla loro qualifica di imprenditore, tanto sotto il profilo economico quanto giuridico; ciò che conta, piuttosto, è l'attività da costoro svolta, proprio in funzione di garantire al consumatore una protezione che sia il più ampia possibile.

⁵⁸ Nella giurisprudenza italiana, si rammenta il caso *Saclà*, dove la Cassazione ha ridotto il risarcimento del danno da riconoscere all'acquirente per non aver fatto

settore alimentare con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto. Pertanto, a prescindere dalla piattaforma ove il prodotto sarà acquistato e da chi sarà il venditore, il responsabile delle informazioni in etichetta sarà sempre quello indicato dal menzionato articolo 8. Certo è che, in conformità alle nuove disposizioni, il gestore della piattaforma potrebbe eventualmente assumersi la responsabilità per quanto concerne la fase della consegna, laddove questa sia eseguita attraverso un servizio da lui predisposto e organizzato. Tuttavia, ma sull'argomento si avrà modo di ritornare, questo apre il tema di una ipotetica frammentazione della responsabilità, con il rischio che a risentirne possa essere proprio quel consumatore che si intende tutelare.

Rimanendo invece nel perimetro delle definizioni e coordinandole con quelle della legislazione alimentare, per quanto il fornitore del mercato online possa non essere un operatore del settore alimentare, in quanto il terzo non è posto sotto il suo controllo e non può dunque essere considerato responsabile per la garanzia del rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare, potrà comunque essere considerato un'impresa alimentare laddove intervenga nella filiera, anche se solo nella fase finale della distribuzione.

analizzare la qualità del prodotto prima di averlo immesso in commercio (Cass., 10 luglio 2014, n. 15824). Per quanto più datata, rileva anche il caso *Lidl* su cui si è pronunciata la CGUE. La fattispecie riguarda la commercializzazione da parte di *Lidl Italia* di un liquore prodotto dalla società tedesca Jurgen Weber il quale riportava un titolo alcolometrico superiore rispetto a quello effettivo. Lo scarto dichiarato era però tale da consentire che la bevanda potesse essere considerata un amaro. La corte europea ha condannato il distributore per non essersi assicurato che le informazioni contenute fossero corrette, senza dare rilevanza al fatto che questi non avesse partecipato al suo confezionamento (CGUE, 23 novembre 2006, C-315/05, *Lidl Italia c. Comune di Arcole*). Tale ultima sentenza ha così sollecitato importanti reazioni critiche da parte della dottrina, su cui v. GERMANÒ, *Il diritto all'alimentazione tra imprenditori e consumatori che chiedono e legislatori e giudici che rispondono*, in *Riv. DGA*, 2007, p. 653; CANFORA, *La responsabilità degli operatori alimentari per le informazioni sugli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 114; MASINI, *Sulla responsabilità dell'impresa commerciale di distribuzione*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2007, p. 233 ss.; LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, cit., p. 482.

3. *La ricerca sul web del prodotto.*

Un'ulteriore peculiarità che riguarda il mercato online, non solo quello degli alimenti, concerne la fase di ricerca del prodotto che, sotto certi profili, si colloca in una fase distinta rispetto quella delle trattative. Infatti, mentre le trattative riguardano uno scambio di informazioni tra il consumatore e un determinato professionista (B2c), il contatto tra le parti è di prassi preceduto dalla ricerca del prodotto, che avviene tramite i più noti motori web o tramite quello integrato nella piattaforma (P2c). In tal senso, è ormai un dato acquisito che il posizionamento dei *links* può influire sulle scelte del consumatore, il quale è portato a cliccare sui primi risultati, con l'effetto di dare la sua preferenza a un determinato bene, solo per l'ordine di apparizione nell'elenco con cui è presentato l'esito della ricerca⁵⁹. Analogamente a quanto avviene nella distribuzione fisica, ove il produttore paga un prezzo affinché le sue produzioni possano essere collocate ad una determinata altezza dello scaffale per essere più facilmente visibili, allo stesso modo molti professionisti pagano un prezzo affinché le loro offerte possano apparire tra i primi risultati nelle ricerche.

La direttiva *omnibus* non vieta l'indicizzazione dei risultati ma aggiunge un articolo 6 *bis* alla direttiva 83/2011/UE e richiede di mettere a disposizione del consumatore, in una apposita sezione facilmente accessibile, le informazioni in merito ai principali “*parametri che determinano la classificazione*” delle offerte e all'importanza di certi criteri rispetto ad altri. A tale obbligo sono sottratti i fornitori dei motori di ricerca. Il considerando 22 specifica cosa debba intendersi con “*parametri che determinano la classificazione*”. L'espressione rinvia a quei criteri, processi, segnali integrati negli algoritmi o qualsiasi altro meccanismo di aggiustamento o di retrocessione utilizzato in connessione con la classificazione, senza

⁵⁹ Il tema è stato oggetto proprio di uno studio della Commissione UE, *Behavioural study on transparency in online platforms*, consultabile in https://ec.europa.eu/info/publications/behavioural-study-transparency-online-platforms-2018_it

che ciò comunque possa comportare un obbligo di *disclosure* sui segreti industriali del singolo fornitore⁶⁰.

Passando al profilo dei rimedi, l'omissione di tali informazioni potrebbe costituire una pratica commerciale sleale, con la precisazione che l'illecito sarà sempre consumato in caso di omessa indicazione da parte dei fornitori di mercati online di eventuali annunci a pagamento o di specifici pagamenti effettuati per avere un migliore ranking⁶¹.

Sempre per quanto attiene la ricerca del prodotto nel rapporto P2c, un ulteriore elemento rilevante nella vendita online è il ruolo delle recensioni. Qui, il consumatore non si relaziona con il professionista ma con chi già si è interfacciato con questi o che ha già acquistato il prodotto proposto, riportando la sua opinione in uno spazio dedicato della piattaforma.

Le recensioni sempre più spesso hanno un ruolo irrinunciabile nella formazione del convincimento del consumatore ma, allo stesso tempo, sono oggetto di critiche. In estrema sintesi, tutte le problematiche sono riconducibili al tema della trasparenza, tanto per il contenuto della recensione in sé quanto sulle garanzie che dà il fornitore del mercato online sull'attendibilità della recensione. Come correttivo, è stato così introdotto un nuovo par. 6 all'art. 7 della dir. 29/2005/CE, che attribuisce al professionista una posizione di garanzia e gli impone di comunicare "*se e in che modo il professionista garantisce che le recensioni pubblicate provengano da consumatori che hanno effettivamente acquistato o utilizzato il prodotto*", con la precisazione che l'omissione di tale informazione costituirà pratica commerciale scorretta⁶².

Considerato che la mancata indicazione dei parametri che determinano la classificazione delle offerte e l'omessa garanzia sulla pro-

⁶⁰ Protetto dalla Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.

⁶¹ Art. 7, par. 4 bis, dir. (UE) 29/2005 e all. 1 della dir. (UE) 29/2005, anche questi novellati dalla direttiva *omnibus*.

⁶² Così art. 7, par. 6 e all. 1, punto 23 ter della dir. (CE) 29/2005.

venienza delle recensioni determinano una forma di pratica commerciale scorretta, si precisa che, in entrambi i casi, la garanzia di effettività della tutela non passerà attraverso i rimedi individuali di *private enforcement* che, nonostante ora siano stati meglio specificati⁶³, sembrano difficilmente applicabili alle descritte fattispecie. Piuttosto, come è accaduto anche in passato, la preferenza dovrà essere accordata ai rimedi inibitori e sanzionatori del *public enforcement*⁶⁴.

4. La fase delle trattative nella vendita on-line di generi alimentari.

Nelle compravendite che si svolgono attraverso strumenti telematici, un'attenzione tutta particolare deve essere dedicata alla fase delle trattative, rafforzando gli obblighi informativi a carico del professionista⁶⁵. Il tema va affrontato sotto un duplice profilo: quali informazioni debbano essere date; chi sia il soggetto responsabile.

⁶³ Sempre con la direttiva *omnibus* il legislatore cerca finalmente di porre fine al dibattito su quali siano le conseguenze derivanti dalla consumazione di una pratica commerciale sleale prevedendo, come standard minimo di tutela, il risarcimento del danno e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Si precisa, inoltre, che detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altre tutele a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Non sembra così potersi escludere a priori la tesi di chi suggeriva l'applicazione di una tutela invalidante, segnatamente una nullità di tipo speciale. Per una ricostruzione del dibattito, v. almeno VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 96; GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 776.

⁶⁴ Vale così sottolineare che la direttiva *omnibus* riformula anche l'art. 13 della dir. (CE) 29/2005, ridisegnando il sistema sanzionatorio, su cui è in Italia è competente l'AGCM.

⁶⁵ Secondo GERMANÒ, *Le indicazioni in etichetta (e la loro natura) e i segni degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, p. 272, deve essere assegnata natura contrattuale alle indicazioni in etichetta in quanto "rappresentano il più immediato contenuto della proposta negoziale che, proprio con riguardo ai dati indicati nell'etichetta, viene accettata dal consumatore" e, in termini analoghi, anche ALBISINNI, *Le norme sull'etichettatura dei prodotti alimentari*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da Costato, Padova, 2003, p. 633. Più in generale sull'etichettatura LUCIFERO, *Etichettatura degli alimenti*, in *Digesto civ.*, Agg., IV, Torino, 2009, p. 210 e, con riferimento alla trasmissione dell'informazione nei contratti B2c, BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, 2012.

Procedendo con ordine, è proprio il Reg. 1169/2011/UE a enfatizzare che, nella compravendita a distanza, “*le informazioni obbligatorie sugli alimenti dovrebbero essere disponibili anche prima che sia effettuato l’acquisto*” e, comunque, siano rispettati “*gli stessi requisiti di informazione degli alimenti venduti nei negozi*”⁶⁶.

In tal senso, l’art. 14 distingue tra alimenti preimballati e non⁶⁷. Con riferimento ai primi, dovranno essere date le medesime indicazioni previste dall’art. 9, ad eccezione del termine minimo di conservazione o della data di scadenza⁶⁸. Esse andranno fornite prima della conclusione del contratto, nel supporto della vendita a distanza, senza alcun costo supplementare. In altri termini, se nella compravendita fisica le informazioni vengono fornite attraverso l’etichetta, nella vendita on-line il legislatore specifica che tali informazioni debbono essere messe a disposizione anche prima di concludere l’acquisto⁶⁹, essendo queste gli unici elementi su cui il consumatore può formare e fondare il proprio consenso, fermo naturalmente restando che le medesime e identiche informazioni dovranno essere poi rese disponibili anche al momento della consegna, obbligo che in questo caso sarà adempiuto attraverso l’etichetta⁷⁰. Verificando l’esatta corrispondenza tra le due informazioni sarà così possibile valutare se

⁶⁶ Così considerando 27 del Reg. (UE) 1169/2011.

⁶⁷ Distinzione che si rinviene da un esame dell’art. 9 e dell’art. 44, prevedendo per gli alimenti non preimballati una disciplina decisamente semplificata quanto alle indicazioni obbligatorie (solo indicazione di allergeni), salvo diversa decisione da parte degli Stati membri.

⁶⁸ Ciò non significa che non debbano essere comunicati o non debbano essere garantiti. Questo punto, però, riguarda la fase della specificazione e della consegna, su cui v. il successivo paragrafo 6.

⁶⁹ Si sottolinea che l’art. 9 non specifica il momento in cui le informazioni debbono essere messe a disposizione, pur dovendosi immaginare che, quanto meno in linea di principio, l’esame dell’etichetta preceda la fase di acquisto.

⁷⁰ Precisa BOLOGNINI, *Regole dell’e-commerce per i prodotti alimentari*, cit., p. 188 che tale obbligo potrebbe subire un’attenuazione, consentendo dunque di fornire solo le informazioni essenziali, nelle ipotesi in cui il contratto sia concluso con un mezzo di comunicazione a distanza che consenta uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni, in conformità a quanto previsto dall’art. 8, par. 4, dir. 83/2011/UE. L’esempio, suggerisce l’Autrice, potrebbe essere quello in cui l’operatore del settore alimentare adatti il contenuto e la presentazione del proprio sito web commerciale a dispositivi mobili con piccoli schermi.

quanto consegnato sia proprio quello che è stato acquistato. Per quanto concerne i prodotti non preimballati, si conferma quanto previsto dall'art. 44, rendendo obbligatorie solo le indicazioni in materia di allergeni. Per quanto concerne il supporto, è da immaginarsi che queste informazioni siano facilmente accessibili e consultabili nella pagina web del venditore ove viene offerto in vendita il prodotto.

Sorge così l'interrogativo se, per gestire un'asimmetria informativa che nella contrattazione a distanza penalizza il consumatore⁷¹, la mera specificazione che la soglia di tutela debba essere garantita fin dalla fase antecedente la conclusione del contratto, senza prevedere un *surplus* informativo, sia uno strumento idoneo a garantire una protezione a favore dell'acquirente. Vale a dire, se il consumatore non può reagire all'effetto sorpresa attraverso l'esercizio del diritto di recesso, prevedere un'identità di obblighi informativi, a prescindere che la contrattazione avvenga in presenza o a distanza, suggerisce la domanda se, invece, non sia necessaria un'informazione ulteriore⁷².

Quando si ha a che fare con le caratteristiche di un prodotto preimballato, l'interrogativo ha una minore consistenza. Infatti, una volta che nel sito web vengono replicate le stesse informazioni già

⁷¹ Così ricorda BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 323.

⁷² Rammenta BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 326 che già il diritto alimentare offre una tutela maggiore a favore del consumatore di alimenti. Se fosse applicabile la generale disciplina consumeristica, di cui all'art. 6, par. 1, lett. a) della Dir. (UE) 83/2011, il professionista sarebbe obbligato a dare solo le informazioni relative alle caratteristiche principali del prodotto, ben potendo poi il consumatore valutarne l'effettiva qualità al momento della consegna e, ove ritenuta non consona alle sue aspettative, restituirlo avvalendosi del recesso di pentimento. Poiché tale rimedio è difficilmente esperibile nel campo che ci occupa, il Reg. 1169/2011/UE, all'art. 14 prevede che al Consumatore debbano essere date le stesse informazioni sul prodotto fornite anche nella compravendita fisica.

contenute in etichetta, si crea il medesimo bagaglio informativo previsto per la vendita fisica⁷³. Al contrario, quando si compra un prodotto non preimballato o si acquista un piatto al ristorante tramite le diverse piattaforme di distribuzione, il solo elenco degli allergeni potrebbe non essere sufficiente, oltre al fatto che troppo spesso accade che questo non sia immediatamente disponibile e ciò potrebbe rappresentare una violazione della disciplina vigente⁷⁴.

Bisogna poi chiedersi se, in assenza di un esame visivo reso di fatto impossibile dalla peculiare modalità di acquisto, il venditore possa offrire ulteriori indicazioni al proprio acquirente per meglio orientare la sua scelta⁷⁵, proprio come avviene ai ristoranti dove il consumatore potrebbe aver bisogno di chiarimenti sui piatti offerti. Naturalmente, il tema è più esteso, trattandosi di informazioni che potranno essere date anche tanto con riguardo ai prodotti preimballati ma anche alimenti non preimballati o piatti consegnati ad asporto. Si ricade così nell'ambito delle c.d. informazioni facoltative, che ciascun imprenditore è libero di dare, purché nei limiti dettati dall'art. 36 del Reg. 1169/2011/UE: devono essere vere, non indurre l'acquirente in errore e, ove possibile, essere scientificamente verificabili.

⁷³ Naturalmente, dovranno poi essere date anche tutte quelle ulteriori informazioni idonee a definire le ulteriori coordinate contrattuali (identificazione della controparte, metodo di pagamento, etc.). Il tema, tuttavia, non è scevro di criticità, anche perché non esiste un'esatta corrispondenza tra la disciplina consumeristica (art. 6 della Dir. 83/2011/UE) e quella alimentare (art. 9 Reg. 1169/2011/UE). Secondo BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 327, le scelte interpretative dovrebbero essere finalizzate in un'ottica di maggior tutela per il consumatore, applicando la disciplina che lo protegga maggiormente, nel caso di specie quella prevista dall'art. 6 della Dir. 83/2011/UE, con una verifica che, però, dovrà essere fatta caso per caso.

⁷⁴ Molte piattaforme on-line, che ospitano le inserzioni dei vari operatori, non offrono uno spazio per inserire l'elenco degli allergeni ma superano il problema offrendo la possibilità di mettersi in contatto con il ristorante, affinché questo possa direttamente offrire le informazioni richieste.

⁷⁵ Molti siti web di vendita online di vino contengono lunghe descrizioni sull'origine del prodotto, il procedimento di invecchiamento, gli abbinamenti, quasi volendo essere un vero e proprio sommelier digitale.

Passando alla fase patologica, bisogna interrogarsi sull'individuazione del responsabile nell'ipotesi in cui le informazioni richieste siano omesse o erranee. In una dichiarazione della Direzione Generale per la salute e la sicurezza alimentare del 2003⁷⁶ si legge che “*la responsabilità di fornire le informazioni obbligatorie su questi alimenti prima della conclusione dell'acquisto incombe al proprietario del sito web*”⁷⁷. La dichiarazione sembrerebbe porsi in contrasto con quanto previsto dall'art. 8 del Reg. 1169/2011/UE ai sensi del quale il responsabile dell'informazione è l'operatore del settore alimentare responsabile sotto il cui nome o ragione sociale l'alimento viene commercializzato⁷⁸, con il corollario che la responsabilità del distributore parrebbe esclusa⁷⁹. In realtà, bisogna rammentare che nella fattispecie in esame la medesima informazione viene fornita due volte e su due supporti differenti: inizialmente nella piattaforma e

⁷⁶ DG SANCO, *Domande e risposte sull'applicazione del regolamento (UE) n.1169/2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori*, consultabile al seguente link https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/labelling_legislation_qanda_application_reg1169-2011_it.pdf su cui si sofferma e mette in guardia dalle possibili implicazioni S. BOLOGNINI, *Gli obblighi informativi a carico del professionista nella vendita a distanza di prodotti alimentari*, cit., p. 329.

⁷⁷ Già si è detto che la stessa CGUE, in una sentenza di qualche anno successiva aveva ritenuto che spettasse agli Stati membri fissare le modalità attraverso cui un distributore potrebbe essere considerato responsabile per la violazione degli obblighi sull'etichettatura (CGUE, 23 novembre 2006, C-315/05, *Lidl Italia c. Comune di Arcole*, cit.). In tal senso, la nostra Corte di Cassazione aveva poi concluso per l'obbligatorietà di un intervento di controllo da parte di ogni operatore alimentare lungo tutta la filiera, allo scopo di garantire e tutelare la sicurezza del consumatore (Cass., 10 luglio 2014, n. 15824, *Saclà*, cit.). A ben vedere, tale impostazione pare ormai superata e il vigente articolo 8, che scarica la responsabilità sul soggetto che con il proprio nome commercializza il prodotto, sembrerebbe così escludere una responsabilità del distributore.

⁷⁸ Con particolare riferimento all'art. 8, v. CANFORA, *La responsabilità degli operatori alimentari per le informazioni sugli alimenti*, cit., p. 114; RUSSO, *La responsabilità del produttore e del distributore*, in *Riv. dir. alim.*, 2014, 1, p. 36; LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, cit., p. 480.

⁷⁹ Così rileva LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, cit., p. 482 a commento del caso *Lidl Italia*.

successivamente sull'etichetta al momento della consegna. Il rilievo suggerisce così di dover tenere distinto il soggetto responsabile del contenuto dell'informazione (art. 8) da quello che è chiamato a fornire l'informazione prima dell'acquisto, che altro non dovrà fare se non ricopiare quanto contenuto in etichetta.

Applicando così il principio al settore della vendita online, il gestore della piattaforma dovrebbe offrire all'inserzionista uno spazio dove pubblicare le informazioni richieste dalla disciplina vigente, del cui contenuto però si assumerà ogni responsabilità il soggetto con il cui nome è commercializzato l'alimento, fermo restando che, qualora l'inserzionista o il gestore della piattaforma vengano a conoscenza o presumano che l'informazione sia non conforme alle vigenti disposizioni, avranno l'obbligo di ritirare il prodotto dal commercio (art. 8, par. 3), sul presupposto che un'informazione erronea non solo potrebbe compromettere l'autodeterminazione del consumatore ma, in taluni casi, anche la sua stessa salute⁸⁰.

Analogamente, il distributore dovrà preoccuparsi che le informazioni riportate nella sezione dedicata della piattaforma siano corrispondenti a quelle contenute in etichetta perché, qualora fossero differenti, si porrebbe un problema di conformità, di cui dovrà esclusivamente rispondere il distributore medesimo.

⁸⁰ Il legame tra diritto a un'informazione corretta e tutela della salute è stato oggetto di diversi scritti in dottrina, tra i quali cfr. almeno ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit., p. 3; CANFORA, *Informazioni e tutela della salute e conformazione del contenuto negoziale tra diritto europeo e diritti nazionali*, cit., p. 119; LUCIFERO, *Etichettatura degli alimenti*, cit. p. 210. Più in generale, sull'informazione quale strumento per tutelare non solo l'interesse individuale della singola persona ma anche quello collettivo a un efficiente funzionamento del mercato, v. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo reg. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, I, p. 658; JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l'onnicomprendività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, cit., p. 38; MASINI, *Informazioni e scelte del consumatore*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, cit., p. 293; BOLOGNINI, *Linee guida della nuova normativa europea relativa alla "fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori"*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2012, p. 613.

Un ultimo aspetto concerne la determinazione del prezzo, che rappresenta uno tra gli elementi rilevanti durante la fase delle trattative e che possono incidere sulla scelta di acquistare o meno il bene. Esistono infatti algoritmi in grado di profilare le abitudini e le preferenze di acquisto di un determinato consumatore che, di conseguenza, possono determinare il prezzo massimo che questi è disposto a pagare per quel prodotto⁸¹.

Infatti, per quanto non sia oggetto di vessatorietà la perequazione tra il prezzo, la remunerazione e i beni che devono essere forniti in cambio, a condizione che tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile⁸², in nome della trasparenza rientra tra i diritti del consumatore sapere come il prezzo sia stato determinato. In tal senso, l'art. 6, par. 1 della dir. 83/2011/UE richiede al professionista di fornire l'informazione sull'applicazione di processi informatizzati per la determinazione del prezzo⁸³. Il legislatore, dunque, non vieta tale pratica ma si limita a precisare che il consumatore dovrà comunque essere informato, affinché possa scegliere con maggiore consapevolezza.

5. L'ordine e la conclusione del contratto.

Adempiuti correttamente gli obblighi informativi preliminari, il consumatore dovrebbe trovarsi nelle condizioni di decidere se acquistare l'alimento e procedere con l'ordine. Tale momento è però preceduto da un ulteriore obbligo informativo, volto a contenere l'impulsività della sua decisione. In tal senso, l'art. 8 della dir. 83/2011/UE richiede al professionista di richiamare l'attenzione sui

⁸¹ Per quanto occorrer possa, il considerando 45 chiarisce che tale fattispecie è diversa da quella di fissazione del prezzo "dinamica" o "in tempo reale" che si fonda non tanto su un'attitudine del consumatore ma sugli andamenti del mercato.

⁸² Art. 4 dir. (CE) 13/1993.

⁸³ Questo obbligo di informazione non pregiudica le disposizioni del regolamento (UE) 679/2016, che stabilisce, tra l'altro, il diritto delle persone fisiche a non essere assoggettate a processi decisionali automatizzati, inclusa la profilazione.

contenuti principali del contratto quali, ad esempio, il nome del professionista, il prezzo complessivo, il metodo di pagamento⁸⁴, e sul fatto che, inoltrando l'ordine, assumerà l'obbligo di pagare. Parimenti, sempre prima del perfezionamento dell'ordine, al più tardi all'inizio del processo di ordinazione, il professionista dovrà informare su restrizioni relative alla consegna e su quali mezzi di pagamento sono accettati.

Soddisfatti compiutamente anche questi obblighi informativi, l'ordine sarà infine perfezionato con il click del mouse o con il tap sullo schermo dello *smartphone* o del *tablet*. Qui, in conformità a quanto previsto dall'art. 8, par. 9 Dir. 83/2001/UE, troverà applicazione la disciplina sul commercio elettronico, di cui alla dir. 31/2000/UE⁸⁵, che demanda agli Stati il compito di disciplinare taluni profili dell'e-commerce. Trattandosi di una direttiva di armonizzazione minima, manca un quadro di riferimento uniforme, con l'ovvia conseguenza che il professionista, in base ai singoli Stati dove vorrà operare, si troverà costretto ad adeguare il proprio e-commerce in base alla disciplina vigente in quel determinato stato membro⁸⁶.

Guardando al contesto italiano, il professionista dovrà, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, inviare la ricevuta dell'ordine al destinatario, la quale dovrà contenere un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto⁸⁷.

⁸⁴ Come ricorda BOLOGNINI, *Regole dell'e-commerce per i prodotti alimentari*, op. cit., p. 187, le informazioni da sintetizzare in questo momento sono quelle indicate dall'art. 6, lett. a), e), o), p) di cui all'art. 6, par. 1, dir. (UE) 83/2011.

⁸⁵ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

⁸⁶ Così rileva BOLOGNINI, *Regole dell'e-commerce per i prodotti alimentari*, op. cit., p. 188.

⁸⁷ Così quanto previsto dall'art. 13 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

Per intendersi, il consumatore dovrà compilare l'ordine di acquisto e procedere al pagamento telematico mentre il professionista, non appena ricevuto l'ordine e accettato il pagamento, dovrà tempestivamente inviare la conferma e predisporre l'invio della merce.

Ci si è, pertanto, interrogati su quali siano le conseguenze qualora il professionista non invii la conferma, rammentando che né la dir. 2000/31/CE né il d.lgs. 70/2003 prevedono nulla di specifico al riguardo. Muovendo dalla clausola di salvezza che fa salva la disciplina generale sul contratto⁸⁸, la dottrina ha ipotizzato di applicare alla fattispecie quanto previsto dall'art. 1327, comma 2, che, nell'ambito di quei contratti eseguiti prima della risposta dell'accettante, nel caso di specie il professionista, obbliga quest'ultimo a risarcire il danno se non dà pronta comunicazione al proponente, vale a dire il consumatore che invia l'ordine, di aver iniziato l'esecuzione⁸⁹. La tesi muove dalla somiglianza tra la conferma dell'ordine e la comunicazione di inizio esecuzione.

In argomento, v. GAMBINO, *Gli scambi in rete*, in *Dir. inf.*, 1997, p. 423 ss.; ID., *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 52 ss.; DELFINI, *Forma e trasmissione del documento informativo nel regolamento ex art. 15, 2° co., l. 59/97*, in *Contr.*, 1997, p. 632 ss.; ID., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002, p. 105 ss.; ID., *Il commercio elettronico*, in *Trattato di diritto dell'economia*, diretto da Picozza e Gabrielli, I, Padova, 2004, p. 128 ss.; RICCIUTO, *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto e Zorzi, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXVII, Padova, 2002, p. 64 ss.; BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione «on line» delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 ss.

⁸⁸ Prevista dall'art. 9 della dir. 2000/31/CE (“*gli Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi, in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica*”) e dall'art. 13 del d.lgs. 70/2003 (“*Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica*”).

⁸⁹ Così VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 296.

L'estensione analogica induce all'ulteriore riflessione circa l'individuazione del momento in cui il contratto è concluso⁹⁰. Rilevando che la comunicazione di inizio esecuzione non incide sulla conclusione del contratto ma rappresenta l'adempimento di un'obbligazione successiva al momento perfezionativo dell'accordo, non vi sarebbero ragioni di ritenere che anche il contratto on-line sia già concluso quando l'esecuzione ha avuto inizio e, qualora questa non sia comunicata al consumatore, obbligherà il professionista al risarcimento del danno. La soluzione suggerita, pur condivisibile sul piano

⁹⁰ A commento della disciplina sulla vendita a distanza, una certa dottrina ha ritenuto che il momento perfezionativo dell'accordo, in deroga a quanto previsto dall'art. 1326, comma 1, c.c., avverrebbe alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del c.d. recesso di pentimento. Per BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 353; ADDIS, *Diritto comunitario e «ricontestualizzazione» del diritto dei contratti*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 875 ss.; PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2007, p. 356 ss. il recesso si avvicinerrebbe a un ritiro che va a eliminare l'accettazione, ponendo l'accento sul fatto che, attraverso la sua manifestazione, il consumatore priva l'accettazione di serietà e concludenza impegnativa. Altra dottrina, invece, riconduce il recesso a una revoca dell'accettazione, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 15; GRISI, *Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 575 ss.; DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in I «Principi» del diritto comunitario dei contratti, cit., p. 351 ss. Infine, secondo SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 213, il recesso osterebbe alla formazione di un silenzio che, in sé e per sé considerato, impedirebbe il formarsi di una condizione risolutiva *ex lege* del contratto. Di avviso opposto è altra dottrina per la quale il recesso di pentimento dovrebbe essere ricondotto entro l'area di operatività della figura regolata dall'art. 1373 c.c., sicché esso, operando a fronte di una fattispecie contrattuale ormai perfezionata, non avrebbe alcuna attinenza con il tema della formazione del contratto, così SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III. *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 119; D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 574 ss.; BARGELLI, *Gli effetti del recesso nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in I «Principi» del diritto comunitario dei contratti, ann. II, Milano, 2008, p. 391 ss. Tuttavia, come già visto, le difficoltà a esercitare il recesso in caso di acquisto online di un alimento rendono il dibattito di minore incidenza nel settore alimentare, fermo restando il problema di individuare il momento perfezionativo dell'accordo. Per una ricostruzione sistematica dei diversi orientamenti cfr. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 284 ss.

sistematico, potrebbe però non rivelarsi adeguatamente capace a perseguire una funzione protettiva, soprattutto con riferimento a quel contraente poco avveduto⁹¹. Tuttavia, il tema sembrerebbe di minore interesse nel settore che ci occupa, e ciò non tanto per il basso impatto economico delle singole transazioni. Infatti, l'art. 1327 c.c. individua il luogo e il momento in cui il contratto concluso allo scopo principale di determinare il momento del passaggio del rischio e il giudice competente in caso di controversia. Se si assume che l'acquirente online di un alimento sia una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta⁹², sotto il primo profilo è proprio la dir. 2011/83/UE a tutelare l'acquirente contro ogni rischio di perdita o danneggiamento, prima che egli abbia preso fisicamente possesso dei beni, individuando il passaggio del rischio al momento della consegna⁹³; sotto il secondo aspetto, troverebbe in ogni caso applicazione il principio del foro generale del consumatore⁹⁴, per cui ogni procedimento giudiziario che lo vede coinvolto deve svolgersi nel luogo dove questi ha il domicilio.

⁹¹ Sempre G. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 296 nonché G. BENEDETTI, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in AA. Vv., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, p. 85.

⁹² Non così pacifica, invece, sarebbe l'ipotesi in cui il contratto online di acquisto di alimenti sia concluso da un soggetto che non agisce per scopi estranei all'attività professionale, ponendosi così in termini molto più analitici il problema del luogo e del tempo di formazione del contratto. Mancando sul punto una regolamentazione specifica, la questione non è di facile e pronta soluzione, richiedendo un difficile e complesso coordinamento tra le diverse discipline applicabili su cui v., *ex multis*, almeno BENEDETTI, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, cit., p. 85; ID., *La formazione del contratto*, cit., p. 355 s.; DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 90 s.; F. ADDIS, *Diritto comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto dei contratti*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 877.

⁹³ Cfr. art. 20 della dir. 2011/83/UE.

⁹⁴ Sia in applicazione di quanto previsto dall'art. 66 *bis* cod. cons. ma, ancor prima, in virtù del Reg. (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Questo, all'art. 17, definisce il consumatore come chi sottoscrive un contratto per "un uso

Questa osservazione conduce così all'ultima fase contrattuale, quella relativa alla consegna, alla verifica sulla conformità e ai relativi rimedi in caso di inadempimento.

6. La consegna dell'alimento, il passaggio del rischio, la verifica sulla conformità, i rimedi.

Le maggiori lacune nella disciplina sulla vendita online di alimenti si registrano nella fase esecutiva del rapporto. Qui si percepisce la mancanza di tutele effettive a protezione del consumatore avverso il c.d. effetto sorpresa.

Nella vendita di beni di consumo, la previsione che individua il passaggio del rischio al momento della consegna⁹⁵ serve a prevenire controversie in caso di perdita o deterioramento del bene e la disciplina sul recesso di pentimento è strumentale a garantire al consumatore un rimedio effettivo per reagire a tutte quelle ipotesi in cui il bene acquistato non sia stato di suo gradimento.

Applicando il principio al settore alimentare, la circostanza che il rischio non si trasferisca con il consenso ma a seguito della consegna rivela un'utilità a gestire non solo tutte quelle fattispecie di perdita del bene ma anche di deterioramento, qualora questo non sia consegnato nel suo imballaggio primario, l'etichetta risulti illeggibile, la pietanza ad asporto sia consegnata fredda o la sua presentazione sia stata compromessa, così pregiudicando anche il sapore del piatto. Tutte queste fattispecie possono essere ricondotte al più generale vizio di difetto di conformità che, ai sensi dell'art. 13 della Dir. 771/2019/UE, dà luogo a riparazione o sostituzione o, in alternativa, a risoluzione del contratto o riduzione del prezzo⁹⁶.

che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale", introducendo, al successivo art. 18, la regola del c.d. foro generale del consumatore, per cui questi deve essere convenuto e può agire in giudizio presso il proprio domicilio.

⁹⁵ Art. 20 della dir. (UE) 83/2011

⁹⁶ Verso questa tutela si orienta LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, cit., p. 486 e, tra la dottrina civilistica, DE CRISTOFARO, *I con-*

Rispetto alla precedente Dir. 44/1999/CE, ora abrogata, la novella del 2019, attuata nel nostro ordinamento dal d.lg. 170/2021, introduce una disciplina il cui contenuto sembrerebbe adesso più gravoso per il venditore. Si ampliano infatti le ipotesi in cui il bene deve essere ritenuto conforme e alcune di queste sembrerebbero adattarsi anche al settore alimentare. A esempio, le lettere c) e d) dell'art. 6, par. 1, recepite nel novellato articolo 129 cod. cons., impongono al venditore di consegnare il bene “assieme agli accessori, compresi imballaggio, istruzioni per l'installazione o altre istruzioni, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi di ricevere” e che tale bene deve possedere “le qualità e altre caratteristiche, anche in termini di durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza, normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi”, tenendo conto della sua natura e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore o da altri operatori della filiera, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta. Sotto il profilo dei rimedi, si introduce la possibilità di risol-

tratti del consumo alimentare, in *Riv. dir. alim.*, 2012, p. 4-6; GIROLAMI, *Etichettatura, informazioni e rimedi privatistici nella vendita di prodotti alimentari ai consumatori*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, parte I, Napoli, 2014, p. 159. In linea di principio, potrebbe essere invocato il rimedio di cui all'art. 1497 c.c., mancanza delle qualità promesse. L'esperibilità di tale tutela, tuttavia, presenta maggiori e ulteriori ostacoli. L'azione è infatti subordinata alla non scarsa importanza dell'inadempimento e alla sua imputabilità al venditore. Sotto questo profilo, vale così ricordare che il venditore dell'alimento online non necessariamente è il soggetto “con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto” e che, dunque, ai sensi dell'art. 8, reg. (UE) 1169/2011 è responsabile dell'informazione. Secondo la giurisprudenza, assume rilievo decisivo il ruolo della volontà negoziale che “ha necessariamente ad oggetto un elemento fattuale diverso ed estraneo rispetto alla fattispecie relativa alla presenza di un vizio o difetto che rendono la cosa venduta inidonea all'uso al quale è “normalmente” destinata” (così Cass., 16 dicembre 2019, n. 33149 e, analogamente, Cass., 24 maggio 2005, n. 10922; Cass., 21 gennaio 2000, n. 639). Anche in tal caso, considerando che la contrattazione online è silenziosa, è del tutto evidente che un'indagine sotto questo profilo diviene altamente problematica e controversa da svolgere.

vere il contratto mediante una semplice dichiarazione, con la precisazione che le spese per la restituzione del bene saranno a carico del venditore⁹⁷.

Coordinando tra loro le diverse disposizioni e applicandole al settore che ci occupa, ben potrebbe ritenersi che le istruzioni altro non siano che le informazioni disciplinate dal Reg. 1169/2011/UE, la durabilità faccia riferimento alla data di scadenza o al termine minimo di conservazione, la sicurezza richiami la disciplina di cui al Reg. 178/2002/CE e alle discipline collegate. La presunzione per cui si presume che l'omissione o l'inesattezza o il mancato rispetto dei menzionati elementi fosse già presente al momento della consegna del bene, accompagnata dalla norma che individua il passaggio del rischio al momento della consegna, potrebbe così aprire nuove e ulteriori opportunità di tutela a favore del consumatore.

Tuttavia, per quanto la novella introduca una importante semplificazione probatoria, la logica che informa la fattispecie è sempre quella della gravità dell'inadempimento e della sua imputabilità al venditore, che richiedono un accertamento fattuale sulla mancanza di conformità non sempre immediato e agevole. Sembra così potersi ritenere che non siano ancora state del tutto superate le criticità evidenziate da quella dottrina che, nella vigenza della precedente disciplina, aveva per l'appunto sottolineato le difficoltà applicative del rimedio⁹⁸. Alcuni portali online offrono rimborsi ma la loro erogazione è del tutto discrezionale e dipende dalle politiche adottate del gestore della piattaforma.

Un possibile strumento per contenere o arginare detto rischio potrebbe essere individuato nella nuova disciplina in materia di *class*

⁹⁷ Art. 16, Dir. 771/2019/UE e art. 135 *quater* cod. cons.

⁹⁸ Sintetizza LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, cit., p. 487 che la rapidità dei consumi, talvolta anche istantaneo, la deteriorabilità delle merci e l'esiguità del valore delle singole transazioni sono concause che rendono non agevole il ricorso a tale tutela, cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali.

action. Ai fini che qui interessano, la dir. 1828/2020/UE⁹⁹ consente di esperire una azione collettiva allo scopo di ottenere provvedimenti che non siano più solamente inibitori. Finalmente, la tutela potrà assumere anche carattere risarcitorio¹⁰⁰ e di questa potranno beneficiare i singoli consumatori (art. 7, par. 4 e art. 9). La disciplina poi introduce un allegato I dove è contenuto l'elenco delle discipline la cui violazione legittima l'esperimento di una azione rappresentativa, contemplando espressamente anche il reg. 178/2002/CE ed il reg. 1169/2011/CE.

La novità è significativa e, per quanto la sua portata non sia naturalmente circoscritta alle sole fattispecie delle vendite online e non garantisca una soluzione definitiva, merita comunque di essere menzionata nella misura in cui introduce un nuovo rimedio che potrebbe rappresentare l'occasione per i consumatori di riunirsi e ottenere un ristoro avverso le condotte illecite e reiterate da parte di uno specifico professionista.

Certo è che, per talune tipologie di mancanza di conformità, il problema dell'onere probatorio potrebbe essere ridimensionato. Come già ricordato, l'art. 14 del reg. 1169/2011/UE dispone che prima della conclusione del contratto debbano essere date al consumatore le stesse informazioni fornite per la vendita su rete fisica e che le informazioni considerate obbligatorie dovranno essere poi riproposte al momento della consegna. Come detto, la norma richiede identità tra quanto riportato nella pagina web descrittiva del prodotto acquistato e quanto indicato nella etichetta del bene consegnato. Ciò consente al consumatore di poter svolgere una puntuale verifica sulla conformità, verificandone l'esatta corrispondenza tra le due informazioni. Qualora tale corrispondenza venisse a mancare, il bene non

⁹⁹ Direttiva 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

¹⁰⁰ Intendendo con tale espressione, “una misura che obbliga un professionista a offrire ai consumatori interessati rimedi quali un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato, a seconda di quanto opportuno e previsto dal diritto dell’Unione o nazionale” (art. 3, par. 1, n. 10).

sarebbe conforme, con la conseguente applicabilità dei rimedi previsti dalla disciplina consumeristica.

L'art. 14, però, non richiede di fornire le informazioni sul termine minimo di conservazione o sulla data di scadenza. Ciò ovviamente non significa che potranno essere consegnati alimenti il cui termine indicato in etichetta sia in prossimità di decorrenza o, ancora peggio, già decorso. Se per la seconda ipotesi la norma sul passaggio del rischio viene senz'altro in soccorso e si pone un tema di inadempimento negoziale¹⁰¹, *quid iuris* se la data di scadenza o il termine minimo di conservazione siano eccessivamente prossimi al momento della consegna? Formalmente, non si sarebbe innanzi a un inadempimento ma è fuori discussione che la fiducia del consumatore risulti compromessa.

¹⁰¹ Ferma la precisazione che la decorrenza del termine minimo di conservazione non compromette la sicurezza del prodotto, la sua decorrenza potrebbe comunque compromettere le qualità promesse, determinando così un inadempimento negoziale. Ricordando concetti noti, l'obbligo di indicare la data di scadenza è prescritto unicamente per alimenti particolarmente deperibili che, se venduti oltre il termine indicato in etichetta, potrebbero costituire un pericolo per la salute umana. In tal senso, l'art. 24 Reg. (UE) 1169/2011 introduce una presunzione di rischiosità dell'alimento scaduto, riconducendolo alle fattispecie di cui all'art. 14, par. 2-5, Reg. (CE) n. 178/2002. Il termine minimo di conservazione (TMC), invece, coincide con la data entro la quale il prodotto conserva le sue proprietà specifiche, se conservato in adeguate condizioni. Il TMC, dunque, non incide sulla sicurezza dell'alimento ma, piuttosto, sulla sua qualità e individua fino a quando manterrà le proprietà organolettiche promesse in etichetta. Secondo la Corte di Giustizia, la decorrenza del TMC non compromette la commerciabilità dell'alimento ed è compatibile con la normativa UE una disposizione nazionale che richieda a chi commercia il prodotto di indicare la scadenza del TMC in maniera chiara e comprensibile a tutti (CGUE, sez. V, 13 marzo 03, C-229/01 - *Müller c. Unahmbanginger Verwaltungssenat im Land*). Per quanto concerne il diritto italiano, l. 19 agosto 2016, n. 166 in materia di contrasto allo spreco alimentare dà una propria definizione di TMC ("*la data fino alla quale un prodotto alimentare conserva le sue proprietà specifiche in adeguate condizioni di conservazione*", art. 2, comma 1), acconsentendo che questi possano essere commercializzati nonostante la scadenza del termine, purché sia garantita l'integrità del loro imballaggio primario e le idonee condizioni di conservazione. Per approfondimenti, cfr. su tutti BORGHI, *Gli obblighi informativi in etichetta*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, cit., p. 316.

Passando infine al recesso di pentimento, già si è detto che le esclusioni che contempla l'art. 16 della dir. 83/2011/UE rendono, di fatto, il rimedio difficilmente praticabile nel settore alimentare. D'altra parte, riconoscere al consumatore questa forma di recesso, come reazione a tutte quelle ipotesi in cui il bene acquistato non sia semplicemente di suo gradimento, potrebbe essere una soluzione che pecca per eccesso, soprattutto rispetto a quel consumatore che acquista in negozi fisici e che, al pari di quello che acquista online, neppure lui è in grado di sapere preventivamente se quell'alimento incontrerà o meno il suo gusto.

7. *Il ruolo dei controlli. Cenni.*

Sviluppare e incentivare la contrattazione online anche nel settore alimentare passa necessariamente anche attraverso la fiducia del consumatore verso tale tipo di scambio. Dalle osservazioni che precedono, è facilmente intuibile come una tutela effettiva difficilmente possa essere costruita su un sistema di rimedi di *private enforcement*, che non sempre si rivela adeguato per tutelare e proteggere il consumatore. Piuttosto, *rebus sic stantibus*, la fiducia del consumatore dovrebbe poggiare ed essere costruita sulla base di un efficiente sistema di controlli atti a prevenire condotte illecite e di tutele di *public enforcement*¹⁰².

¹⁰² Sottolinea L. COSTATO, *Protezione del consumatore tra strumenti contrattuali e norme di carattere pubblicistico*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, p. 35 l'inadeguatezza delle tutele civilistiche per la tutela del consumatore, rilevando come il presupposto su cui si fonda l'intera legislazione alimentare è l'assioma "meglio prevenire che reprimere". Si sofferma poi sul ruolo dei controlli pubblici e delle sanzioni TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in *Trattato di diritto agrario. III. Il diritto agroalimentare*, cit., p. 612. Precisa, però, CARMIGNANI, *Ruolo del consumatore e azioni di tutela*, cit., p. 265, che la rete di prevenzione e di controlli non garantisce comunque una adeguata protezione a valle nei confronti del consumatore danneggiato. In termini analoghi si orienta anche LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, cit., p. 487.

Al contempo, se è pur vero che i controlli sulle vendite online dovranno essere costanti e capillari, una troppa ed eccessiva diffusione mediatica sui loro risultati, ancorché positivi, potrebbe essere controproducente perché potrebbe compromettere proprio quella fiducia del consumatore che si ambisce a fortificare. Se, a causa del clamore mediatico degli interventi repressivi, il consumatore fosse indotto a ritenere che il mercato online sia un luogo dove proliferano le frodi in commercio, la sua fiducia ne potrebbe uscire compromessa, così cagionando al contempo un danno a tutti quegli operatori che stanno investendo in questo specifico settore, con investimenti anche importanti.

Pertanto, trovare un punto di equilibrio è operazione tutt'altro che agevole. In tal senso, l'art. 77 del Reg. 625/2017/UE, seppur dedicato alla vendita a distanza, che comprende anche quella online, dispone che possano essere sottoposti a analisi e verifiche di conformità i campioni ottenuti mediante ordini effettuati in modo anonimo, fermi restando i diritti degli operatori a una controparità. Sotto questo profilo, sarà così importante garantire un monitoraggio costante e capillare.

Parimenti, sarà anche necessario tutelare il consumatore da forme di contraffazione che potrebbero indurlo a comprare determinati alimenti nella erronea convinzione di acquistare una determinata produzione di qualità. Al di là del danno subito dal singolo consumatore, per i volumi che intermediano le grandi piattaforme di e-commerce ciò potrebbe rappresentare anche un pregiudizio per tutti quegli operatori onesti che utilizzano la vendita online come canale per commercializzare le loro produzioni. In questo ambito, l'Ispettorato Centrale Repressione Frodi (ICQRF) ha sottoscritto protocolli d'intesa e rapporti di collaborazione con i principali player mondiali di commercio elettronico in esecuzione dei quali possono essere rimossi, entro breve tempo, i prodotti irregolari¹⁰³.

¹⁰³ Nel report 2020 pubblicato dall'ICQRF si legge che sono stati attivati 1.079 interventi, di cui il 99% ha avuto esito positivo, grazie alla continua collaborazione con i marketplace Alibaba, Amazon, Ebay e Rakuten, potendo così garantire alle DOP e IGP italiane una protezione pressoché analoga a quella riconosciuta ai marchi (cfr. ICQRF, *Report attività 2020*, p. 7, consultabile in <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/394>).

Per una tutela a livello capillare, svolge un ruolo irrinunciabile anche l'AGCM, che più volte è intervenuta a protezione del consumatore, sanzionando condotte poste in essere dalle imprese alimentari in violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette di cui alla Dir. 29/2005/CE¹⁰⁴. Il mercato online, pertanto, rappresenterà un ulteriore luogo dove l'AGCM dovrà così volgere la propria attenzione, per continuare a garantire i diritti del consumatore.

8. Conclusioni.

Nonostante l'aumento delle vendite online di generi alimentari, manca ancora un sistema normativo che tuteli adeguatamente il consumatore finale. Nel 2011 l'Unione Europea è intervenuta con la direttiva sui diritti dei consumatori. Nonostante la rubrica di tale disciplina, il legislatore si preoccupava di garantire un efficiente funzionamento delle vendite a distanza e proteggere tutti gli operatori. Scorrendo i diversi considerando, si prende atto che *“il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato”* (considerando 5) e che, a causa delle diverse legislazioni nazionali, si registrano disparità e frammentazioni che *“possono creare barriere importanti nel mercato interno con ripercussioni sui professionisti e sui consumatori”*, la cui fiducia è a messa a repentaglio (considerando 6). Pertanto, sia il consumatore

¹⁰⁴ Molti e articolati sono gli interventi fatti dall'AGCM per tutelare il consumatore avverso pratiche commerciali sleali nel settore alimentare per condotte che attengono non solo l'etichettatura ma anche il confezionamento e la pubblicità. Vale così rammentare che gli articoli 18 e ss. cod. cons. considerano scorretta una pratica commerciale quando questa è, contemporaneamente, contraria alle norme di diligenza professionale e idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta. L'AGCM sanziona le imprese per quelle pratiche commerciali sleali che intrattiene nei confronti dei consumatori. Invece, per quanto riguarda le pratiche commerciali sleali nei rapporti B2b, il d.lg. 198/2021 individua l'autorità di contrasto nell'ICQRF. In dottrina, sulle pratiche commerciali scorrette nel settore alimentare nei rapporti B2c, v. da ultimo BOLOGNINI, *Pratiche sleali nell'informazione al consumatore e pubblicità ingannevole*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, cit., p. 413.

sia il professionista richiedono un quadro normativo unitario funzionale a “*eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme e completare il mercato interno in questo settore*” (considerando 7). D’altra parte, lo stesso articolo 26, par. 2, TFUE, sollecita l’attenzione da parte delle istituzioni europee a creare un mercato unico che, secondo le aspirazioni del legislatore, dovrebbe raggiungere “*il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, assicurando nel contempo il rispetto del principio di sussidiarietà*” (considerando 4).

Se queste sono le aspirazioni, nel settore della vendita online di prodotti alimentari tali esigenze non sono ancora state del tutto soddisfatte. Per ricostruirne la disciplina è necessario procedere attraverso una lettura sistematica delle generali disposizioni codicistiche e di quelle speciali, consumeristiche e alimentari, con l’ovvia conseguenza di una inevitabile frammentarietà, l’assenza di un quadro uniforme e il mancato raggiungimento degli obiettivi posti dal richiamato art. 26, par. 2, TFUE.

Ciò che manca – e di cui ci sarebbe bisogno – sarebbe un *corpus* di regole unitario, appositamente pensato per il settore alimentare, che ha specialità proprie. L’alimento non è assimilabile al bene di consumo ma richiede regole di circolazione autonome e un apparato rimediale che adeguatamente valorizzi gli interessi di tutti i soggetti che operano lungo la filiera, dall’imprenditore al consumatore. L’adozione di una specifica regolamentazione potrà così diventare uno strumento che, unitamente ad altre politiche promozionali, potrà sfruttare tutte le potenzialità offerte dal mercato online. La vendita digitale, infatti, è uno strumento che consente di accorciare le distanze tra consumatore e produzioni territoriali, ben potendo così incentivare anche il rilancio di nuove economie, aprire nuovi mercati transfrontalieri e porsi come uno degli strumenti di contrasto all’esodo rurale.

Il punto è che in questo settore il consumatore è sempre più esigente: chiede più informazioni, pretende risposte rapide e svolge continue verifiche sull’affidabilità del venditore. Tutto ciò richiede al professionista di ripensare alla propria organizzazione aziendale, postulando nuovi costi di accesso e una revisione del modello di business. Diventa così evidente che incentivare lo sviluppo di tale

forma di scambio richiede costi e investimenti che necessariamente debbono anzitutto poggiare su un quadro normativo certo e unitario, con l'ovvia conseguenza che su questo tema sarà necessario tornare nuovamente a riflettere.

SALVATORE MAZZAMUTO
Professore emerito di diritto privato
Università degli Studi Roma Tre

UNA LUNGA STORIA: I PROGETTI DI CODIFICAZIONE EUROPEA SUL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Dal diritto privato europeo... – 2. ...a un codice per l'Europa. – 3. I Principi di diritto europeo dei contratti. – 4. Dal CFR alla proposta di regolamento del *Common european sales law*. – 5. La codificazione come disciplina facoltativa. – 6. I progetti di codificazione come strumento del giurista europeo.

1. *Dal diritto privato europeo...*

I progetti di codificazione europea devono la loro pensabilità alla nozione stessa di diritto privato europeo, la quale non può che essere stipulativa giacché il riferimento territoriale che essa evoca difetta del requisito della statualità o quanto meno non lo esibisce nei termini usuali del nostro positivismo legalistico.

È opportuno, dunque, procedere per approssimazioni successive e scontarne in particolare l'ineliminabile diversità in punto di premesse metodologiche¹.

¹ Cfr. già MAZZAMUTO, *Diritto privato europeo*, in *Dizionario di diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato*, Milano, 2011. Per una panoramica si rinvia a: AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, I-III, Milano, 2007; AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione europea*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2006; AA.VV., in *Diritto privato europeo*², Padova, 2003-2004; AA.VV., in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, Milano, 2004; ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2005; BASEDOW, *European private law*, London, 1999; BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001; SCHULZE e ZIMMERMANN, *Testi fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, 2001.

La proposta affiorata in ambiente romanistico è quella di ricorrere al diritto romano nella costruzione dell'edificio comune europeo e si riallaccia ad un'antica tradizione di pensiero. È noto che all'emancipazione dalle esigenze positive trascinate fino alle grandi codificazioni si sia poi accompagnata la consapevolezza che la scienza del diritto romano quale disciplina storica trovi innanzitutto una sua ragione d'essere in sé.

A fronte di questa consapevolezza, nel corso del XX secolo e in questi ultimi anni, sono riemerse propensioni a verificare se lo studio di tale scienza conservi una sua rilevanza strumentale rispetto ad altre discipline giuridiche e, in particolare, al diritto privato.

È necessario ricordare, innanzitutto, il suggerimento di Riccardo Orestano, che muove dalla storia di un problema per risolvere questioni interpretative attuali, e sottolinea la rilevanza del diritto romano per spiegare impostazioni e incongruenze presenti nei codici, ricercandone l'origine nelle fonti romane e nella riflessione della scienza del diritto che su di esse si è costruita².

L'elenco si arricchisce poi di quelle dottrine che, enfatizzando la visione continuistica della storia del diritto, passano all'idea ben più radicale di una persistente vigenza del diritto romano giustiniano, in chiave per così dire suppletiva, sì da colmare le lacune del diritto privato nei paesi con tradizioni giuridiche romanistiche.

È il caso, in particolare, di Reinhard Zimmermann che teorizza la funzionalità del diritto romano alla costruzione del diritto privato dell'Unione europea³. In altri termini, si tratterebbe di riprendere la tradizione del *ius commune* come fondamento del nuovo edificio: una sorta, dunque, di neopandettismo. Ma una tale preoccupazione è senz'altro eccessiva se si considera che l'azione unitaria è almeno sin qui in decisa controtendenza e predica un diritto pragmatico attento soprattutto agli obiettivi di *policy* del mercato.

La versione non estremistica di tale corrente culturale è quella che riprende il pensiero espresso fra gli altri da Peter Stein sul disvelamento con lente romanistica delle somiglianze più che dei pretesi

² ORESTANO, *Il problema delle fondazioni nel diritto romano*, I, Torino, 1959; ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 429 s.

³ ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford, 2001, pp. 187 e 189.

contrasti tra i sistemi di *civil law* e di *common law* e riserva al romanista, nel processo di uniformazione, il compito di spiegare le motivazioni storiche delle attuali convergenze e divergenze rilevabili nei sistemi giuridici a base nazionale⁴. La tradizione giuridica del diritto romano non può considerarsi, tuttavia, una specie di «fiume carsico» che i romanisti si candidano ad amministrare nei momenti di trasformazione dei sistemi giuridici europei. L'epoca d'oro della dogmatica su base romanistica non ritorna e se è vero che i moderni giuristi positivi sovente non hanno gli strumenti conoscitivi adatti a cogliere in profondità ciò che unisce i sistemi giuridici dell'Europa e ciò che li divide – compito questo che va riservato soprattutto all'opera di stratigrafia giuridica del giurista storico – il *mainstream* dell'innovazione giuridica europea non è certo rappresentato dal diritto romano ma dal modo in cui i diversi sistemi nazionali stanno reagendo all'impatto del diritto di fonte unitaria.

La tendenza di una parte dell'odierna dottrina a rivendicare (ben oltre il diritto romano) il ruolo di attore principale nell'edificazione del diritto privato europeo si colloca al punto di confluenza di due indirizzi della cultura giuridica moderna.

Per un verso, l'idea che il diritto di elaborazione scientifica incarni la *ratio scripta* spogliata, com'è ovvio, di ogni pretesa metafisica e pur tuttavia in grado di attingere non solo al grande serbatoio degli istituti giuridici di matrice europea ma anche a quel formidabile veicolo di legittimazione che è rappresentato oggi dal mercato concorrenziale, se non se ne estremizza la valenza e il ruolo, a mo' di totem. Per altro verso, la scelta di imboccare la strada della codificazione, in omaggio alla tradizione continentale di *civil law*, non a caso è avversata da quanti, in ossequio alla tradizione di *common law*, preferirebbero il ricorso allo strumento meno impegnativo del *Restatement*.

Una variante della linea di pensiero che esalta la *communis opinio doctorum* è rappresentata dalla prospettiva per molti versi contigua che, sulla base di una lettura radicalmente critica del diritto della mo-

⁴ STEIN, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, 1987, p. 121 s.

dernità, ravvisa nella formazione spontanea del diritto privato europeo nient'altro che il riflesso della ineliminabile extrapositività del diritto privato *tout court*. È una linea di pensiero che in Italia, per fare solo qualche esempio, ha trovato espressione ora nelle suggestioni antistatualistiche e anticodicistiche di certo nostro cattolicesimo antiunitario: si pensi, in particolare, a Carlo Francesco Gabba, e alla sua diffidenza verso il codice visto come una prigionia del più autentico diritto privato, la cui elaborazione deve rimanere affidata alla scienza giuridica⁵; ora nell'aperta teorizzazione dell'extrastatualità del diritto privato ad opera di Filippo Vassalli⁶; ora in tempi più recenti alla critica del riduzionismo legalistico proprio delle codificazioni che Paolo Grossi estende anche al diritto di fonte unitaria e persino alla tramontata Costituzione europea accusata di giacobinismo giuridico⁷.

L'orientamento in parola, fra l'altro, trova vigorosa conferma sul piano fattuale e su quello dei modelli culturali oggi dominanti nella diffusione della *lex mercatoria*: una formula, questa, che al di là della variabilità dei contenuti designa la vocazione dell'autonomia privata a trasformarsi da diritto dei privati in diritto privato così come persino i c.d. codici di fattura dottrinale (PDEC etc.) finiscono col testimoniare.

Di diritto privato europeo si discorre anche in senso formale. Munito del requisito della territorialità, si ritiene solitamente che promani dal diritto europeo in senso proprio, quello dell'Unione europea, contenuto in particolare nel Trattato di Roma come aggiornato successivamente, nelle direttive, nei regolamenti e poi nella Carta dei diritti di Nizza e nella proposta Costituzione europea, la quale, dopo le note vicende della mancata ratifica in alcuni Paesi membri, funzionava già da costituzione materiale quanto meno nella misura

⁵ GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile, Anno scolastico 1887-1888*, in *Arch. giur.*, 1887, p. 517 s.

⁶ VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, Giuffrè, 1960, *passim*.

⁷ GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, *passim*; ID., *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la «Carta di Nizza», il progetto di «Costituzione Europea» e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, 2003, p. 405 s.

in cui i grandi *arrêt* della Corte europea di Giustizia, della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle Corti supreme dei Paesi membri vi facevano costante riferimento⁸. Dopo il fallito esperimento della «Costituzione per l'Europa», il Trattato di Lisbona del 2007 introduce importanti novità per quanto riguarda i diritti fondamentali⁹. Per un verso nell'art. 2 del Trattato dell'Unione europea (TUE) viene riformulata la clausola che prima era collocata nell'art. 6, con il richiamo dei «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani», per altro verso, nel nuovo art. 6, viene esplicitamente richiamata la Carta dei diritti adottata a Strasburgo, alla quale è assegnato lo stesso valore giuridico dei trattati. Inoltre è prevista l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e viene ancora una volta sottolineato che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

In mancanza di fonti vincolanti o successivamente ad esse, quando vi siano, il diritto privato europeo in senso formale può sempre farsi consistere nei «principi comuni ai diritti degli Stati membri» secondo l'espressione dell'art. 340 TUE (già art. 288 TCE) – che si riferisce letteralmente alla materia della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, ma viene ormai estesa nella *communis opinio* a tutte le materie nelle quali la rilevanza europea dei fenomeni da regolare non abbia dato luogo ad una apposita disciplina di fonte unitaria – od ancora nelle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati

⁸ Sul rapporto tra diritto contrattuale europeo e Costituzione Europea v. AA.VV., *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, *passim*; AA.VV., *Diritto dei contratti e "costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, *passim*; AA.VV., *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di VETTORI, Padova, 2002, *passim*; ZENO-ZENCOVICH, *Diritti fondamentali e formazione del diritto privato europeo – Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 19 s.

⁹ ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 27 s.

membri» in tema di diritti fondamentali di cui all'art. 6.3 TUE (già art. 6.2 TCE)¹⁰.

Di sicuro interesse è l'apporto alla costruzione del diritto privato europeo che proviene dalla Corte di Giustizia, la cui denominazione ufficiale era dapprima «Corte di Giustizia delle Comunità Europee» ed è ora dopo il Trattato di Lisbona «Corte di Giustizia dell'Unione Europea», e, in prima istanza, dal Tribunale di I grado. Tali organi non si limitano al controllo del rispetto, da parte dei Paesi membri, degli obblighi sanciti dal diritto unitario o all'annullamento degli atti legislativi di fonte unitaria o ancora al vaglio della legittimità dell'eventuale inerzia delle istituzioni europee ma provvedono anche alla condanna dell'Unione al risarcimento dei danni causati ai cittadini e alle imprese e, in virtù del *rinvio pregiudiziale* da parte dei giudici dei Paesi membri, all'interpretazione vincolante *erga omnes* del diritto unitario.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a sua volta, che opera pur sempre nello spazio europeo e ha affermato un suo ruolo anche nell'ordinamento dell'Unione europea, è competente a decidere, per un verso, sui ricorsi interstatali in caso di inosservanza di una parte contraente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e, per altro verso, sui ricorsi individuali delle persone fisiche, delle organizzazioni non governative e dei gruppi di privati che lamentino la violazione, ad opera di una delle parti contraenti, dei diritti riconosciuti nella Convenzione medesima o nei suoi protocolli tra i quali vanno annoverati i diritti soggettivi di rilievo privatistico.

Le corti nazionali dei Paesi membri, infine, secondo l'insegnamento della Corte europea di Giustizia, oltre ad applicare le norme precettive di fonte unitaria senza dover attendere la previa rimozione delle norme interne contrastanti¹¹, possono applicare immediatamente persino le direttive non attuate, che istituiscono diritti in capo ai singoli, a condizione che tali direttive siano sufficientemente det-

¹⁰ CGUE, 10 luglio 2003, cause C-20/00 e C-64/00 sul diritto di proprietà.

¹¹ CGUE, 8 giugno 2000, causa C-258/98.

tagliate: un'efficacia diretta che, tuttavia, funziona solo verticalmente nei rapporti anche privatistici tra il singolo e lo Stato e non orizzontalmente nei rapporti tra i privati¹².

Il diritto privato europeo può essere indagato anche dal versante del riparto di competenza con i diritti nazionali. L'idea di un riparto di competenze tra i diritti nazionali e il diritto di matrice sovranazionale non è certo una novità dei nostri giorni e non riguarda solo l'Europa: nei primi anni '50, Filippo Vassalli ammoniva che «vi sono molte materie nelle quali l'unicità o l'uniformità del diritto non interessa affatto: la comunità umana esiste sotto certi aspetti, ma esiste anche la varietà dei gruppi umani, nazionali che essi siano o altrimenti determinati per diversi criteri ed è gran ventura che sia così. L'uniformità di disciplina giuridica si deve promuovere e attuare rispetto a quei rapporti che più frequentemente si annodano tra soggetti appartenenti a collettività statuali distinte»¹³.

È un'idea primordiale che implicitamente richiama la distinzione tra «mercato» e «non mercato» e, per questa ragione, si muove ancora in orizzontale adottando per così dire un criterio di competenza per materia.

Il processo di unificazione europea, per un verso, sembra ripetere questa impostazione, se è vero che in conformità degli artt. 94 e 95 TCE (ora artt. 114 e 115 TUE) la normativa di diritto privato di fonte europea non può che riferirsi primariamente ai settori nei quali è ravvisabile un'incidenza diretta sull'instaurazione e il funzionamento del mercato interno e, quindi, innanzitutto il diritto dei contratti, le obbligazioni non derivanti da contratto, in particolare l'illecito civile e l'indebito arricchimento, escludendo la proprietà, la famiglia, le successioni etc.; per un altro verso, il criterio di riparto si fa assai più sofisticato e tende a muoversi anche in verticale.

Ciò perché la tecnica prevalente, almeno fin qui, è rappresentata dall'armonizzazione, ossia da una modalità di unificazione del diritto di fonte unitaria che mantiene – secondo il chiarimento di Luigi Mengoni – l'individualità delle norme armonizzate modificandole

¹² CGUE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76.

¹³ VASSALLI, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 772 s.

soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente eguale¹⁴.

L'opzione contraria all'unificazione in senso forte ossia all'uniformazione non è formulata solo in astratto, o per meglio dire in linea di principio, al fine cioè di non stravolgere i diritti nazionali e di consentire un più lento e, quindi, più efficace processo di assimilazione in termini ordinamentali e culturali, ma è frutto anche della circostanza che gli interventi di *policy* nei rapporti interprivati, messi in campo dal legislatore unitario, riguardano sovente mercati complessi e discipline settoriali al traino del progresso tecnologico e non suscettibili di pronta generalizzazione.

È noto, infine, che nuove annessioni alla competenza unitaria si vanno profilando, sull'onda anche della Costituzione europea, ormai tramontata ma sostanzialmente presente nel Trattato di Lisbona, nel campo della persona, della famiglia e delle successioni, ma si tratta di un processo incerto e destinato a svolgersi in uno scenario nel quale campeggia il problema epocale della multietnicità e del multiculturalismo.

Nella fase attuale del processo di integrazione giuridica, il diritto privato europeo inteso nella sua effettività di sistema di regolazione dei rapporti interprivati può costituire soltanto la risultante del grado di omogeneità originariamente esistente ovvero indotto dal diritto unitario e da altre fonti sovranazionali nel diritto dei Paesi membri dell'Unione europea, il quale, mentre ancora si discute di somiglianze e di diversità dei sistemi giuridici nazionali rispetto alla tradizione romanistica, si è già profondamente modificato.

La proposta definitiva ora avanzata induce, in estrema sintesi, a mettere in luce soprattutto, per quanto possibile, ciò che si è venuto sedimentando, negli ordinamenti europei, del diritto di matrice unitaria, evidenziando in quale misura questo diritto europeo sia diventato costitutivo dei diritti nazionali. Sullo sfondo, non si possono ignorare neppure gli eventuali apporti delle fonti di diritto transnazionale alla formazione di un diritto europeo uniforme.

¹⁴ MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 518 s.

Il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte europea di Giustizia va poi tenuto particolarmente presente, giacché ormai lo spirito del diritto unitario sta permeando anche in via interpretativa i diritti nazionali all'interno di una sorta di circolo ermeneutico a più voci che vede operare il legislatore unitario e il legislatore nazionale, le corti sovranazionali e le corti nazionali (tra cui quelle costituzionali), le prassi della privata autonomia e la dottrina soprattutto tramite i c.d. codici di fattura per l'appunto dottrinale (PDEC etc.) che ormai funzionano di fatto come fonti in una certa misura concorrenti del diritto europeo in formazione.

Il diritto privato europeo come risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell'Unione europea, per loro caratteristiche originarie o per l'incidenza delle fonti unitarie o comunque sovranazionali, trova la sua legittimazione formale nei già ricordati artt. 340 e 6.3 TUE, che rispettivamente fanno menzione dei «principi comuni ai diritti degli Stati membri» e delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», e comporta, altresì, un rilancio non più in chiave fenomenologica ma in chiave squisitamente normativa del metodo comparatistico¹⁵.

È proprio sul terreno dei «principi comuni», peraltro, che la gerarchia delle fonti, destinata altrimenti ad operare pur sempre in verticale tramite la sovraordinazione della fonte unitaria alle fonti nazionali, si apre finalmente in orizzontale sino a guadagnare tutto il diritto vigente nello spazio comune e smentisce così anche l'accusa di riduzionismo legalistico rispetto al libero fluire dal basso delle esperienze giuridiche dei Paesi membri che si è formulata talora – come già detto in precedenza – al diritto nascente dell'Unione europea¹⁶.

2. ...a un codice per l'Europa.

¹⁵ GAMBARO, MONATERI e SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, *passim*.

¹⁶ MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr. Europa*, 2005, p. 523 s.; LANDO, *Can Europe build unity of civil law whilst respecting diversity?*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1 s.

Nel quadro fin qui tratteggiato, la vocazione transnazionale del diritto privato¹⁷ abbinata alla volontà politica di costruire un mercato unico europeo indusse, prima il Parlamento europeo e poi la Commissione a indagare “l’opportunità di un’azione comunitaria più approfondita e coerente in materia di diritto dei contratti” rispetto agli interventi settoriali che fin lì avevano caratterizzato l’azione legislativa europea.

L’idea di adottare un “testo coerente e globale” (leggi: codice civile) si deve, sul piano ufficiale, a due risoluzioni del Parlamento europeo, una del 1992, l’altra del 1994, le quali hanno manifestato l’invito a che si ponesse mano “agli indispensabili lavori preliminari all’elaborazione di un codice europeo comune di diritto privato”. Una successiva risoluzione del marzo 2000, invitava la Commissione a porre mano a uno studio in vista di “una maggiore armonizzazione nel settore del diritto civile [...] divenuta essenziale nel mercato interno”. Invito, subito raccolto dalla Commissione, la quale, con una Comunicazione del luglio del 2001 si domandava quale sarebbe dovuta essere la natura dell’atto più indicato per lo scopo (regolamento, direttiva, raccomandazione) e quali dovessero poi essere i rapporti tra il codice europeo e i suoi omologhi nazionali (sostituzione o coesistenza)¹⁸.

Quattro le opzioni che vengono indicate: lasciare le cose inalterate; approntare principi comuni; consolidare la normativa già esistente; adottare “un testo complessivo, comprendente disposizioni relative ad aspetti generali di diritto contrattuale e a contratti specifici”. Con una successiva risoluzione del novembre 2001, il Parlamento europeo definì l’area di intervento, indicando, oltre quella dei contratti in generale, la compravendita, il trasferimento di proprietà dei beni mobili, la responsabilità aquiliana e l’arricchimento ingiustificato.

Nel contempo, a livello dottrinale, si erano andati formando gruppi di studio internazionali, dai marcati tratti accademici, su tutto

¹⁷ D’obbligo il riferimento a VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, cit., *passim*.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell’11 luglio 2001, in materia di diritto europeo dei contratti [COM(2001) 398 def. - Gazzetta ufficiale L 255 del 13.9.2001.

il territorio europeo. Accanto all'incessante operazione culturale presa in carico dall'Unidroit – che pur destinata alla contrattazione commerciale internazionale, coglie linee di tendenza poi sviluppate in chiave generale – fin dall'inizio degli anni '80 un gruppo di lavoro coordinato dal danese Ole Lando iniziò a lavorare ai “Principi di diritto europeo dei contratti” che videro la luce in tre parti tra il 1995 e il 2002.

L'attuale significato e il successo sebbene limitato e comunque inaspettato, nella strada che si sono trovati a percorrere, di tale progetto e di quelli che sono seguiti – il Codice europeo dei contratti, elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei e i Principi di diritto europeo elaborati (CFR) dal Gruppo di studio di un codice civile europeo diretto da Christian v Bar – si spiegano soltanto nella prospettiva della loro appartenenza al diritto colto. È infatti soprattutto tale dimensione ad aver garantito al modello dei principi la persuasività sufficiente alla considerazione che vedremo, non certo il progetto politico-istituzionale europeo in via di lento – e apparentemente irreversibile – affievolimento.

Del resto l'assenza di un supporto ordinamentale nei PDEC è addirittura programmata al punto da pervadere struttura e funzione del testo normativo, il quale è concepito come un codice offerto alla privata autonomia nel suo *law shopping*. Il rischio, fuori dall'ombrello di una volontà politica ordinamentale, è, allora, non solo quello contenutistico dell'arbitrarietà per così dire ontologica delle scelte dal repertorio della tradizione ovvero dell'eccesso di riconcettualizzazione e generalizzazione rispetto all'effettivo grado di avvicinamento dei diritti nazionali; ma soprattutto quello culturale di sovvertire il senso di un'esperienza storica – la codificazione – consumatasi all'insegna dell'integrale statualizzazione del diritto (al punto da suscitare l'aperta ostilità da Savigny¹⁹ in poi dei fautori di una produzione extrastatuale del diritto privato) e che oggi, viceversa, viene messa al servizio proprio dell'autonomia privata rinunciando programmaticamente, come si è detto, alla mediazione delle forme tradizionali di positivizzazione del comando giuridico.

¹⁹ SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen age*, Paris, 1839.

La codificazione di fonte dottrinale è comunque ormai una realtà per così dire metabolizzata e conviene, quindi, trarne nella prassi della privata autonomia e nel dibattito dottrinale il massimo profitto possibile tenuto conto che si tratta di prodotti di altissimo livello scientifico²⁰.

3. I Principi di diritto europeo dei contratti.

Veniamo, dunque, ai temi fondamentali del diritto europeo dei contratti, per come disciplinati dai PDEC, cominciando dalla formazione del contratto.

Due questioni. Nel nostro ordinamento il contratto si ritiene concluso quando le parti raggiungono l'accordo su tutti i punti in discussione, siano essi essenziali o meno. Il contratto di diritto europeo può dirsi concluso, invece, quando sussista l'*animus contrahendi* su un "accordo sufficiente" (art. 2:101). Cosicché, in presenza di un accordo di tal fatta, l'esistenza di una trattativa ancora aperta su un punto del contenuto contrattuale è irrilevante, non impedisce cioè, come accade invece nel nostro ordinamento, la conclusione del contratto²¹.

I Principi, tra l'altro, sembrano distribuire tra le parti i rischi connessi con la formazione del contratto, specie se progressiva: il richiamo alla 'ragionevolezza', infatti, pone su ciascuna delle parti il

²⁰ CASTRONOVO, *Savigny i moderni e la codificazione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 219 ss.; KÖTZ e PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, p. 249 s.; GRUNDMANN, *Il codice europeo opzionale, Fondamenti di una codificazione progressiva sulla base dell'acquiscommunautaire*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, I, Milano, 2006, *passim*; AA.VV., *Codice di diritto privato europeo*, Padova, 2002; ALPA e BUCCICO, *Il codice civile europeo*, Milano, 2004; VON BAR e LANDO, *Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 133 s.; BONELL, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 2006; ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 439 s.

²¹ Cfr. ORESTANO, *I vincoli nella formazione del contratto: l'esperienza italiana e le prospettive di diritto europeo*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 176.

rischio della divergenza tra “il suo reale intento e quanto oggettivamente percepibile dalla controparte”²².

Infine, particolare attenzione desta la norma dei Principi (art. 4:109) che sanziona con l’annullabilità e, se del caso, con la correzione giudiziale del contratto, il comportamento della parte che abbia ottenuto dal regolamento contrattuale un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto, mediante approfittamento dell’altrui situazione di debolezza (pre)contrattuale. Orbene, la dottrina si è spinta sino ad ipotizzare che l’intervento giudiziale possa riportare il contenuto contrattuale “estorto” nei termini del più equo accordo preparatorio eventualmente intercorso tra le parti²³.

Seconda questione. Il contratto oggetto di studio del civilista europeo è sovente caratterizzato da una particolare velocità dello scambio, tant’è che esso si conclude in assenza di un’effettiva conoscenza e ponderazione del suo contenuto da parte dei contraenti²⁴. Come si è rilevato, alla difficoltà di formazione e individuazione del *consensus ad idem* il sistema risponde «valorizzando segmenti di volontà destinati a comporre la formazione dell’accordo», la tendenza – rilevabile nel modello di contrattazione tipico del diritto privato unitario – è di conseguenza quella di un azzeramento della distanza tra informazione e manifestazione di volontà, tra informazione e promessa²⁵: l’organizzatore e il venditore di pacchetti turistici sono vincolati alle informazioni contenute nell’opuscolo informativo, che è un documento precontrattuale. Analogo discorso può valere in materia di multiproprietà, ove l’informazione precontrattuale torna a profilarsi come promessa²⁶. Anche nel settore bancario l’informazione pubbli-

²² ORESTANO, *op. ult. cit.*, p. 139.

²³ ORESTANO, *op. ult. cit.*, p. 183 s.

²⁴ ALESSI, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 120 s.

²⁵ ALESSI, *op. loc. ult. cit.*; sul rafforzamento del nesso tra momento precontrattuale – che dunque subisce una perdita in termini di autonomia – e contratto, e sulla contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali si sofferma anche GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 144 s.

²⁶ ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 127-128.

cizzata, sotto le vesti di un livello minimo di convenienza dell'operazione per il cliente, costituisce di già contenuto del contratto²⁷: e tale ultimo esempio chiarisce come il paradigma del contratto di diritto europeo – tracciato dalle norme di derivazione unitaria – non si risolve nel contratto con il consumatore, ma si colloca in un ambito concettuale più ampio, caratterizzato comunque da una «asimmetria di potere contrattuale»²⁸. Infine, la consacrazione definitiva si ha nella vendita dei beni mobili di consumo, ove quanto pubblicizzato in fase precontrattuale entra, seppur a certe condizioni, nel contenuto dell'accordo. Deve sottolinearsi che in taluni paesi il recepimento di tale ultima Direttiva europea è stata occasione per una riforma generale della disciplina delle garanzie che si estende, quindi, anche ai beni immobili²⁹.

I Principi del diritto europeo dei contratti si mostrano non meno favorevoli a considerare, quale fonte di obbligazione, le dichiarazioni rese in fase precontrattuale (art. 6: 101). Una conferma della circostanza che la contrattazione veloce impone di smitizzare la ricerca del momento oltre che del luogo in cui si è raggiunto il *consensus ad idem* sta in ciò che il sistema appronta uno *ius poenitendi*, il quale può fungere anche da surrogato del rimedio dell'invalidità per vizi del consenso; ma, al contempo, trasferisce la “sanzione”, relativa alla vicenda ostativa alla formazione dell'accordo consapevole, dal terreno della responsabilità precontrattuale a quello della responsabilità contrattuale³⁰.

Ciò che si è appena detto della formazione del contratto, di come l'asse temporale si sposti – almeno nel modello delineato dai Principi – verso l'accordo sufficiente, della conseguente obliterazione di gran parte del significato che a tale momento si è soliti ricondurre, consente, pertanto, di dare per acquisito (in piena sintonia tra il dettato dei Principi e la normativa di derivazione unitaria) che quanto accade

²⁷ ALESSI, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ Come sottolinea ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 639 s.

²⁹ RAINER, *Il nuovo diritto delle garanzie in Austria*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 523 s.

³⁰ ALESSI, *op. cit.*, p. 124.

prima della nascita del contratto assurge a contenuto del contratto stesso, con tutte le conseguenze del caso, specie in termini di natura della responsabilità dei soggetti agenti.

Una domanda assilla. Ma cos'è questo contratto della cui conclusione si è sin qui discusso? I Principi non hanno rapporto con un concreto ordinamento e non possono quindi dettare una compiuta disciplina del contratto, gli mancherebbero alcuni imprescindibili punti di riferimento: quali interessi generali, pubblici, collettivi e quant'altro a dare corpo all'ordine pubblico ovvero a consentire il controllo di meritevolezza o ancora l'etero-integrazione del contratto. È soltanto – quello dei Principi – un codice per l'autonomia privata che viene colta nei suoi più genuini e irrinunciabili procedimenti di formazione dei propri atti. Neppure il diritto privato unitario (e, a ben vedere, i Principi Unidroit³¹) ci dicono cosa sia il contratto: tale lacuna è forse da ricondurre alla circostanza che, almeno nel diritto anglo-americano, il *trust*, così come quelle figure in cui l'obbligazione presuppone la consegna (comodato, deposito gratuito), sono fuori dall'area del contratto (o, meglio, del *contract*)³². Ciò nonostante è parso possibile alla dottrina³³ descrivere un nuovo paradigma contrattuale – che pare affermarsi in ambito europeo – in cui tra le parti sussiste un'asimmetria di potere contrattuale. Un modello contrattuale che non si risolve affatto nel contratto dei consumatori, ma comprende i contratti di subfornitura, di agenzia, i contratti bancari e quelli finanziari. Un contratto – la cui disciplina è caratterizzata da un sistema di invalidità più ampio, ma al contempo meno rigido, da uno stemperamento della contrapposizione tra regole di responsabilità e regole di validità – conosciuto ormai dal legislatore unitario ma anche dai Principi Lando (così come dai Principi Unidroit).

³¹ Il ricorso delle parti di un contratto commerciale internazionale ai principi Unidroit è testimoniato da BONELL, *I principi Unidroit e il diritto transnazionale*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 60 s.

³² Lo rileva SACCO, *Il contratto nella prospettiva comparatistica*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 24.

³³ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 658-659.

Quando si discorre di contratto il riferimento alla causa pare inevitabile. I Principi Lando, invece, non prevedono né la causa né la *consideration*. Non la prevedono o meglio non la richiedono, come risulta dalla nota 3 dell'art. 2:101. L'opzione ha un precedente nei Principi Unidroit (art. 3.2), ove si dice, nel Commento, «no need for consideration [...] no need for cause».

Gli elementi essenziali del contratto, e tra essi la causa, si dissolvono nell'accordo; e ciò significa, ad esempio, che la funzione della causa è decentrata perché il controllo di meritevolezza avviene sulla singola clausola (e, quindi, sul terreno del contenuto). La ragione dell'assenza della causa nei Principi³⁴ non può essere ricercata allora in una mera esigenza di compromesso tra culture giuridiche diverse; la causa scompare perché non funge più da elemento essenziale del contratto e ciò avviene perché non si dà luogo a quel controllo di validità dell'accordo cui il requisito della causa è preordinato, mentre per ciò che concerne la *consideration* si può ben dire ormai che «essa c'è dove non può non esserci, come nei contratti di scambio che non sono tali senza una controprestazione che funga da *consideration* della prestazione, e non c'è nei casi in cui l'evoluzione dell'ordinamento si è identificata con il farne a meno»³⁵.

Causa e *consideration*, dunque, scompaiono non perché inesistenti, ma piuttosto perché non essenziali, poiché il contratto – magari solo in talune ipotesi, seppur non in tutte – può farne a meno.

Un cenno, seppur breve, merita l'atto unilaterale nella disciplina dei Principi Lando. Qui ritroviamo qualcosa che va oltre il *restate-ment*. Cosa sono infatti le *promises bindings without acceptance* (art. 2: 107)? Sono promesse che non richiedono accettazione, sono in altre parole promesse unilaterali, e in questi termini se ne parla nella versione italiana. Così si stabilisce la piena vincolatività della promessa unilaterale, che diviene categoria generale e non più ipotesi tipica. Il sorgere di tale nuova categoria è, d'altronde, corollario anch'esso del venir meno della causa, quale elemento essenziale del contratto, giacché è proprio la rinuncia al controllo di meritevolezza

³⁴ Critico sul punto BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 241 ss.

³⁵ CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 799.

a consentire la creazione del vincolo unilaterale. Andiamo alla buona fede³⁶. Essa ha nei Principi un significato diverso da quello che si è soliti attribuirle negli ordinamenti ove è già nota³⁷. Ben conoscendo la scarsa dimestichezza degli ordinamenti di *common law*, notoriamente ostili all'eterointegrazione, la novità è ancor più pregnante. L'interpretazione secondo buona fede ci dà il "senso" del contratto; l'integrazione lo arricchisce; ma in entrambi i casi muta il referente. Così l'art. 5:102 orienta l'interpretazione in relazione alle "circostanze rilevanti"; mentre l'art. 6:102 consente che (anche) attraverso la buona fede avvenga l'emersione di clausole implicite. Come è stato detto, la buona fede coopera con la volontà privata e fa emergere l'assetto d'interessi per i punti non risolti dai contraenti: e non si tratta di una presunzione di volontà, di una *fictio*³⁸.

La vera novità consiste allora nella circostanza che in tutti gli articoli, e sono numerosi, in cui la buona fede è richiamata, essa si raffigura come una clausola generale più vicina alla privata autonomia, con cui si trova a cooperare, e distante invece dalla legge. Nonostante l'ambigua formulazione dell'art. 1:102, il quale parrebbe collocarla sul medesimo piano delle norme imperative, sembra che la buona fede mantenga, comunque, sul piano qualitativo, la medesima funzione che usualmente le si attribuisce: essa cioè è regola di comportamento sul piano della struttura del rapporto (interpretazione, integrazione) e su quello della sua attuazione (responsabilità); mentre la mala fede oggettiva o la scorrettezza non possono comportare l'invalidità dell'atto³⁹. Se alla funzione integrativa non si accompagna quella di regola di validità dell'atto, è vero, invece, che ad essa si aggiunge una funzione di riequilibrio, evidente ad esempio nell'art 4:109.

³⁶ Per un quadro complessivo cfr. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, *passim*, in part. p. 147 ss.

³⁷ Ripercorre storicamente il ruolo della buona fede, marcandone la funzione integrativa, ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 218 s. e ora ID., *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 512 ss.

³⁸ CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, cit., p. 8 s.

³⁹ CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

Mediante la regola della buona fede il contratto acquisisce un equilibrio che in origine non aveva e, nonostante ciò avvenga non più soltanto sul piano degli obblighi accessori bensì dell'assetto d'interessi complessivo, pare che non possa parlarsi di eterointegrazione, ma ancora di auto-integrazione. Non ci sarebbe allora né finzione nel senso di presunzione di volontà, né tanto meno eterointegrazione, ma semplicemente proiezione di quanto effettivamente voluto dalle parti⁴⁰. Il passaggio è importante: pertanto, va verificato, rispetto all'ipotesi del vuoto regolamentare, in che modo si possa evitare la penetrazione di valori esterni mediante la proiezione della volontà delle parti su ciò che il contratto non risulta aver regolato: sino a che punto cioè sia da condividersi l'assunto secondo cui «la funzione integrativa della buona fede risulta accentuata, ma nei termini di uno sviluppo dall'interno dell'atto di autonomia, come fonte di auto-integrazione di quest'ultimo»⁴¹.

Ancora, deve dirsi della sinergia funzionale all'etica dello scambio che deriva dall'incontro, sul terreno dei Principi, tra la categoria anglo-sassone della ragionevolezza (*reasonableness*) e quella continentale della buona fede. La prima indica la capacità del soggetto di valutare le circostanze in relazione alle quali adottare la condotta più opportuna e attiene alla scelta; la seconda attiene alla conformità della condotta dovuta⁴². La buona fede, dunque, è rivestita di una nuova funzione e appare, al contempo, come momento di auto-integrazione e di tutela dell'autonomia privata. Di certo può condividersi che, almeno sul piano quantitativo, la clausola generale non occupi – nei Principi Unidroit e nei Principi Lando – terreni ad essa ignoti nel diritto interno: come è stato scritto, infatti, le fattispecie nelle quali buona fede, correttezza e ragionevolezza ricorrono sono comunque interne ai campi della responsabilità precontrattuale, dell'interpretazione del negozio e di esecuzione del contratto⁴³. Ma

⁴⁰ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 815 s.

⁴¹ CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2001, XLII.

⁴² CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, XLIV.

⁴³ BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 308.

si può forse ritenere che in entrambi i testi sopranazionali gli *standard* cui rinviano la buona fede e la correttezza siano quelli mercantili e, in primo luogo, il prezzo ottenibile in un mercato comparabile ma perfettamente concorrenziale. Di guisa che, quando si rimette al giudice il potere di “modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede” (art. 4.109 dei Principi Lando), il metro dello squilibrio contrattuale e, persino, la misura per la sua correzione sarebbero costituiti dal mercato⁴⁴.

Se così fosse l’integrazione non varrebbe a sviluppare il concreto equilibrio tra le parti: si pensi alla riduzione del prezzo in ipotesi di sopravvenienze, un intervento giudiziale che riconduce il contratto al rapporto fissato dalle parti, non certo ai valori di mercato. L’integrazione condurrebbe invece alla sostituzione dell’equilibrio voluto dalle parti con l’equilibrio di mercato: tale subordinazione ad una buona fede così intesa sarebbe subordinazione, per il tramite della *voluntas iudicis*, alla logica eteronoma del mercato e, dunque, eterointegrazione⁴⁵.

Spostiamoci adesso dal contratto all’obbligazione. L’obbligazione è centrale nell’economia dei Principi Lando, i quali ignorano l’effetto traslativo o reale per la nota impossibilità a proposito di tale effetto di prescindere dagli ordinamenti nazionali e si limitano a contemplare l’effetto obbligatorio dell’atto di autonomia privata. L’obbligazione poi alla stessa stregua dell’*obligatio* romana rappresenta l’oggettivazione del prodotto dell’autonomia privata. Il rapporto contrattuale, in tale logica, ha la dimensione di effetto preordinato dalle parti ma rimane sanzionato definitivamente dalla regola eteronoma che lo disciplina: quella *law of obligations* ignota fino a poco tempo fa al *common law* ove tradizionalmente l’obbligazione rimaneva annegata nel *contract*⁴⁶.

⁴⁴ È quanto ritiene BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 324.

⁴⁵ BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ CASTRONOVO, *Il contratto nei “Principi di diritto europeo”*, cit., *passim*.

I Principi Lando contengono una compiuta normativa circa l'adempimento, l'inadempimento e i relativi rimedi⁴⁷. E segnano un ritorno all'adempimento in natura⁴⁸, rimedio caro ai sistemi di *civil law*. Un punto a favore del BGB, potremmo dire, mentre a soccombere è il Codice Napoleone, ove conseguenza naturale dell'inadempimento è il risarcimento per equivalente. Il diritto francese, tuttavia, si prende una rivincita nel momento in cui i Principi sanciscono la natura oggettiva della responsabilità contrattuale, com'è noto, almeno formalmente, non accolta in Germania (anche da noi, specie nella manualistica, si parla ancora di responsabilità per colpa)⁴⁹.

Il sistema europeo delle invalidità del contratto – alludo a quello di fonte unitaria – pare convergere verso la nullità, non v'è infatti traccia dell'annullabilità⁵⁰. Ma la categoria della nullità appare frammentata in una pluralità di modelli⁵¹. E tra le diverse nullità alcune ci appaiono nuove rispetto a quelle codicistiche, specie dal punto di vista delle rispettive cause: così il diritto privato europeo conosce la nullità per difetto d'informazione, la quale, quindi, va ad affiancarsi agli altri requisiti strutturali della fattispecie⁵². Ma la nullità europea oltre che strutturale può apparire anche come “funzione”, uno strumento cioè di protezione di determinati interessi e non più una sanzione messa a tutela di un interesse superiore, diverso e (magari) contrapposto rispetto a quello delle parti⁵³. Nuove cause di nullità, dunque, e nuove nullità, non più strutturali; e potrebbe aggiungersi

⁴⁷ Proprio tale disciplina consente a NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e i Principles of European Contract Law*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 188 di rinvenire una disciplina dell'obbligo a contrarre.

⁴⁸ MAZZAMUTO, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 513 s. (e ora anche in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 526 s.).

⁴⁹ Ma vedo che la natura oggettiva della responsabilità contrattuale è affermata con chiarezza da NIVARRA, RICCIUTO e SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2001.

⁵⁰ Rinvenibile invece nei Principi Lando: ma v. le considerazioni critiche sul punto di BARCELLONA, *La buona fede*, cit., p. 315 s.

⁵¹ SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 489 (e ora anche in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 199 s.).

⁵² SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 497.

⁵³ SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 499.

che anche la nullità strutturale – per chi considera tale la sanzione che colpisce la clausola vessatoria o abusiva – è in qualche modo dipendente dall’assetto d’interessi, sicché l’inderogabilità (della nullità) diviene relativa non colpendo le pattuizioni favorevoli al contraente debole e relativa diviene anche la legittimazione⁵⁴.

Il tema della patologia genetica si completa trattando di quella funzionale e cioè delle sopravvenienze contrattuali. L’orizzonte problematico racchiuso nell’istituto della presupposizione occupa due diversi ambiti di rilevanza: il primo rappresentato dalle sopravvenienze che si limitano a mutare l’equilibrio tra le prestazioni fissato originariamente nel contratto; il secondo dalle sopravvenienze che rendono il contratto improseguibile. La prima categoria di ipotesi richiede rimedi non incompatibili con il mantenimento del contratto. E se già, come si è notato, la dottrina della presupposizione tende ad andare oltre l’impossibilità – che d’altronde è categoria dell’*obligatio* prima che del contratto – il diritto europeo dei contratti ricorrendo all’eccessiva onerosità (art. 1467 C.C.) segna un passo avanti rispetto al nostro codice: basti pensare che l’art. 6:111 dei Principi Lando esaurisce nell’eccessiva onerosità sopravvenuta il fenomeno del “mutamento della circostanze”, includendovi anche l’imprevisto non imputabile in quanto ragionevolmente non era da prendere in considerazione. L’esigenza di un rimedio compatibile col mantenimento del contratto è, quindi, soddisfatta dall’ampliamento dell’ambito operativo dell’eccessiva onerosità⁵⁵.

Quanto alla dissoluzione del contratto per causa non genetica, bensì collegata alla sua esecuzione, il contratto di diritto europeo – e segnatamente gli artt. 9:305 e 9:306 dei Principi – pare essere ispirato, almeno tendenzialmente, al modello della efficacia non retroattiva del fatto dissolutivo (risoluzione o recesso), modello tipico del *common law*, ove non si pone un problema di restituzioni, essendo il

⁵⁴SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 500, il quale ritiene invece che la clausola vessatoria sia inefficace e non nulla. In senso opposto si esprime ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., p. 643; ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, p. 918 s.

⁵⁵ Cfr. l’indagine di NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 843 (e ora anche in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 369).

contraente non inadempiente tenuto indenne attraverso il risarcimento del danno o l'arricchimento senza causa⁵⁶.

S'è parlato sin qui del contratto e dell'obbligazione, ma la prospettiva accolta nel presente scritto è quella dei rimedi e tale prospettiva si impone almeno per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo – più avanti avremo modo di tornare sul punto – il diritto privato europeo collega in prevalenza gli strumenti di tutela direttamente al contratto, senza la mediazione dell'obbligazione. Corollario di ciò è che a fronte del mancato soddisfacimento del diritto alla corretta esecuzione del contratto si schiude il terreno dei rimedi, non più quello dei diritti (ormai insoddisfatti): il linguaggio adeguato diviene allora per l'appunto quello rimediale ed una dottrina dei rimedi ne esige una disciplina che prescindenda dalla struttura dell'obbligazione di fonte contrattuale⁵⁷. Una tale tendenza non si pone in contrasto con l'incipiente oggettivazione dell'obbligazione nei Principi Lando che segnalavo prima: quale che sia il peso del rimedio o il grado di autonomia dell'obbligazione dalla sua fonte, un certo tasso di oggettivazione con il corollario di una disciplina eteronoma dettata dall'ordinamento rimane comunque imprescindibile (si pensi, ad es., alla prescrizione).

Quella dei *remedy* costituisce altresì la specola necessaria per la descrizione e la comprensione di un nuovo modello contrattuale europeo: la commistione tra regola di validità e regola di responsabilità – si pensi all'incidenza del comportamento secondo buona fede, o ancora della trattativa individuale, sulla nullità o inefficacia della clausola potenzialmente vessatoria – stride ad esempio con la contrapposizione che dovrebbe caratterizzarle sul piano concettuale ma ritrova un nuovo significato nella generale categoria del rimedio contrattuale⁵⁸.

⁵⁶ DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 540 (e ora anche in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 428-429).

⁵⁷ DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 536, il quale porta ad esempio l'art. 8: 109 dei Principi, ove la buona fede è «criterio di governo circa l'esclusione o la riduzione dei rimedi»: un esempio, dunque, di disciplina rimediale autonoma.

⁵⁸ Così ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., p. 653 s.

Abbiamo già detto della tendenza del diritto europeo dei contratti a privilegiare la tutela specifica rispetto al rimedio risarcitorio e di tale tendenza può trarsi conferma dall'uso frequente del rimedio inibitorio, ma anche da una sorta di gerarchizzazione dei rimedi che predilige il rimedio conservativo rispetto a quello negativo: esemplare la disciplina contenuta nella già ricordata direttiva in materia di vendita di beni mobili di consumo⁵⁹: lì i rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione sono sottordinati rispetto al diritto di riparazione o di sostituzione del bene.

Come dicevamo è proprio la perdita di centralità dell'*obligatio* a consentire al *conditor* europeo di modellare il sistema dei rimedi immediatamente, e non più mediatamente, sul contratto⁶⁰ e senza il tramite di un'obbligazione⁶¹.

In altre parole, sull'esperibilità del rimedio non gioca più un ruolo preminente la struttura dell'obbligazione e la tradizionale distinzione tra obbligo di dare e di fare⁶². E ciò viene spiegato – proprio a fronte della nuova disciplina della vendita di beni mobili di consumo – con la circostanza, già ricordata nel nostro *incipit*, che nella categoria normativa della “conformità al contratto” si coniugano i due momenti dell'inadempimento e della garanzia: cosicché talune ipotesi di non conformità sarebbero inadempimento; altre, più propriamente, dovrebbero ricondursi alla garanzia. In tal modo l'introduzione della categoria normativa del difetto di conformità elimina gli ostacoli di carattere dogmatico che tradizionalmente hanno frenato l'esperibilità di taluni rimedi: ad es. dell'azione di riparazione (del vizio) in assenza di un'obbligazione di fare del venditore.

⁵⁹ Cfr. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 9; cfr. altresì RAINER, *op. cit.*, p. 522 s. il quale sottolinea come il recepimento in Austria sia stato occasione per riscrivere l'intera disciplina delle garanzie.

⁶⁰ Cfr. DI MAJO, *Garanzia*, cit., p. 8 (e ora anche in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 427).

⁶¹ AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 881.

⁶² Cfr. PLAIA, *Vizi del bene promesso in vendita e tutela del promissorio acquirente*, Padova, 2002, pp. 175, 179 e 185, il quale si è riproposto di fornire una tutela al promissario acquirente di un bene difettoso già nella fase antecedente il trasferimento del diritto.

Un'ultima notazione. Se al risarcimento per equivalente il diritto privato europeo assegna un ruolo talvolta sussidiario rispetto alla tutela specifica (azione di esatto adempimento, inibitoria etc.), non può certo dirsi che la tutela risarcitoria venga relegata ad ambiti operativi marginali. Basti a tal fine considerare come i Principi Lando sanciscano, senza porre limite alcuno, la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale⁶³.

4. *Dal CFR alla proposta di regolamento del Common european sales law.*

Le tappe che hanno scandito la fase successive della riflessione sul codice civile europeo e che hanno condotto all'involuzione nella proposta di regolamento del *Common european sales law* sono abbastanza note, ma è forse utile riepilgarle velocemente.

Riprendiamo la cronologia dove l'avevamo interrotta, ossia quelle Comunicazioni della Commissione che a partire dal 2001, ritenevano di dover migliorare l'*acquis communautaire* per rendere le sue regole tra loro coerenti e di agevole applicazione nonché per aggiornarle secondo le esigenze di volta in volta espresse dai programmi di tutela degli interessi dei consumatori. Il miglioramento dell'*acquis* passa attraverso diverse opzioni: l'uniformazione della terminologia impiegata nei testi normativi, l'elaborazione di principi generali posti a fondamento dell'intera disciplina di settore, l'inserzione delle regole in un quadro organico, come se si trattasse di un «codice comunitario dei diritti dei consumatori», alla stregua dei codici di settore nazionali (opzione alternativa può esser quella di considerare l'*acquis* in materia di diritti dei consumatori come un momento di un'operazione più ambiziosa in vista di una vera e propria codificazione europea)⁶⁴.

Con la Comunicazione del 12 febbraio 2003, la Commissione ha lanciato un «Piano d'azione» richiedendo a tutti gli interessati di esprimersi riguardo alle iniziative che dovrebbero essere assunte in sede europea per realizzare una «più coerente» disciplina europea

⁶³ SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 467 s.

⁶⁴ SCHULZE, *Principi sulla conclusione dei contratti nell'acquis communautaire*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 405.

del contratto. Il Piano d'azione contiene la proposta di formare un quadro comune di riferimento detto *Common frame of reference*(CFR) – contenente principi tra loro sistematicamente ordinati, comuni agli ordinamenti dei Paesi comunitari oppure introdotti *ex novo* per la loro utilità universalmente riconosciuta – il quale dal punto di vista della terminologia, delle nozioni e dei principi migliorerebbe anche la legislazione unitaria in materia, oltre a dispiegare effetti positivi nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri⁶⁵. Il Piano d'azione prevede, inoltre, la redazione di clausole uniformi da inserire nei contratti per i consumatori.

Successivamente, la Commissione ha predisposto la Comunicazione su «Diritto contrattuale europeo e revisione dell'*acquis*: prospettive per il futuro» dell'11 ottobre 2004. Per avviare la redazione del CFR, cominciando dal miglioramento dell'*acquis*, la Commissione ha segnalato: a) la presenza nelle direttive di termini giuridici non definiti o definiti con espressioni troppo generiche; b) l'individuazione di aree in cui le direttive non risolvono i problemi sollevati dalla prassi; c) l'esistenza di notevoli differenze tra le discipline di attuazione delle direttive; d) le incongruità nella legislazione unitaria in materia di contratti; e) l'opportunità di rendere più coerenti le direttive unitarie in materia di protezione dei consumatori, verificando se esse hanno davvero raggiunto il risultato di eliminare le barriere del mercato interno e semplificato la disciplina, ed inoltre se la loro attuazione ha potuto conseguire l'auspicata armonizzazione minima delle relative discipline. Oltre ad assolvere a questo importante ruolo, si è suggerito che il CFR venga utilizzato dalle parti come legge applicabile al contratto o come modello dai legislatori nazionali.

La Commissione, nella Comunicazione dedicata alla «Prima Relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'*acquis*» del 23 settembre 2005, si è preoccupata di promuovere ancora qualche miglio-

⁶⁵ COLLINS, *The "Common Frame of Reference" for EC contract law. A common lawyer's perspective*, in *L'armonizzazione del diritto privato. Il piano d'azione 2003*, Giornata di studi (Catania, 16 maggio 2003), Milano, 2004, p. 107.

mento dell'*acquis*, precisandone ulteriormente il processo di elaborazione al fine di «individuare i problemi normativi, le barriere esistenti nel mercato interno e le lacune in materia di tutela dei consumatori e, dall'altro, per determinare se essi derivino dalle direttive stesse o piuttosto da una scorretta applicazione da parte di uno o più Stati membri».

Il 25 luglio 2007 ha fatto seguito la «Seconda Relazione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento». La Commissione ha proposto anche iniziative complementari che si concentrano sulla predisposizione di clausole contrattuali uniformi per determinati tipi contrattuali. L'introduzione di clausole *standard* avrebbe il vantaggio di uniformare i rapporti contrattuali, sicché le parti non rimarrebbero esposte alla varietà delle tipologie ed anzi potrebbero meglio comprendere i contenuti del contratto e le sue condizioni economiche e, quindi, scegliere con maggior facilità la controparte, senza dover temere che il contratto contenga aspetti oscuri o clausole di natura controversa.

È agevole constatare come Commissione e Parlamento manifestino un approccio significativamente diverso rispetto al processo di armonizzazione del diritto privato europeo. La Commissione, con le Comunicazioni di cui s'è detto, ha circoscritto l'ambito dell'armonizzazione al diritto contrattuale, mentre il Parlamento europeo, oltre ad esortare la Commissione a presentare proposte dirette, a rivedere le direttive per rimuovere le clausole di armonizzazione minima che hanno impedito la realizzazione di una *normativa uniforme* a livello unitario, constata che queste divergenze costituiscono un ostacolo alla protezione del consumatore, ma anche al buon funzionamento del mercato interno⁶⁶.

A sua volta, con la Risoluzione del 2 settembre 2003, il Parlamento invita la Commissione a completare il CFR entro il 2006, a predisporre una raccolta di clausole contrattuali *standard* da rendere accessibili ai professionisti legali e a promuovere l'impiego del CFR

⁶⁶ JOERGES, *Europeizzazione come processo: tensioni tra la logica dell'integrazione e la logica della codificazione*, in *L'armonizzazione del diritto privato*, Il piano d'azione 2003, Giornata di studi (Catania, 16 maggio 2003), Milano, 2004, p. 45.

anche nei procedimenti arbitrari. Inoltre, suggerisce alla Commissione di predisporre un testo di principi da rendere disponibile, quale «legge opzionale», nel settore dei rapporti tra professionisti e consumatori e nel settore delle assicurazioni. Di più: si invita la Commissione a predisporre un «codice» di diritto contrattuale, da considerarsi dapprima opzionale e poi da rendere vincolante per tutti mediante uno strumento comunitario. La maggiore propensione del Parlamento europeo ad un'azione più stringente e all'adozione in prospettiva di uno strumento vincolante si è poi manifestata nelle due Risoluzioni in materia del 23 marzo 2006 e del 7 settembre 2006. Ad esse hanno fatto seguito la risoluzione del 12 dicembre 2007 e la Risoluzione del 3 settembre 2008 in occasione del completamento del progetto di CFR e della sua presentazione alla Commissione. Una prima versione provvisoria del *Draft common frame of reference* (DCFR) è stata pubblicata all'inizio del 2008, mentre la versione definitiva è degli inizi del 2009. Il Parlamento europeo, dunque, spinge per la realizzazione della *unificazione del diritto contrattuale* e l'adozione di un «*corpus* di norme di diritto contrattuale dell'Unione europea che tenga conto delle nozioni e soluzioni giuridiche comuni stabilite nelle iniziative precedenti».

Il testo del DCFR è il frutto di due gruppi di lavoro: lo *Study Group on a European Civil code* e lo *European Research Group on Existing EC Private Law* (c.d. *Acquis Group*). Al primo era dato di rivedere i Principi di diritto europeo del contratto e di sviluppare analoghi principi sulla base di un'analisi comparatistica nelle materie inedite interessate dal DCFR. Al secondo, invece, era dato di intervenire sulle parti del DCFR che trovavano fonte nel diritto unitario esistente. Il testo si articola in principi, definizioni e regole e si compone di ben dieci libri, a loro volta ripartiti in capitoli, sezioni e, quindi, articoli: al centro sta la disciplina del contratto, la cui sistemazione trae in larga parte ispirazione dal testo dei PDEC.

Non mancano, tuttavia, significative divergenze. La prima e più radicale attiene all'impegno dogmatico: i PDEC forniscono una definizione nascosta di contratto, incorniciata nella disciplina della sua formazione; il DCFR tanto nell'art. II 1:101 del Libro II, quanto

nelle Definizioni, ne reca, invece, una compiuta ed espressa: il contratto è «l'accordo che tende a creare un rapporto giuridico obbligatorio o ad avere altri effetti giuridici»⁶⁷.

Qualche notazione tra *civil law* e *common law*. L'ancoraggio diretto al contratto della responsabilità da inadempimento costituisce la conseguenza inevitabile della ricerca di un terreno comune alle tradizioni continentali e al *common law* inglese. In quest'ultimo, l'istituto dell'inadempimento e della connessa responsabilità rappresenta, infatti, un capitolo proprio della più ampia materia del contratto e la ragione è duplice: per un verso, la nozione di contratto ruota attorno al concetto di *promise*⁶⁸, ossia di dichiarazione vincolante, al punto che in alcune definizioni del *contract* la *promise* non si limita a rappresentarne uno degli elementi costitutivi ma addirittura vi si identifica, dando vita agli *unilateral contract* che in una certa misura corrispondono alle promesse unilaterali della tradizione continentale⁶⁹; e, per altro verso, gli effetti del contratto vengono per lo più identificati con vincoli che ricalcano quella figura che nella tradizione continentale è indicata col termine obbligazione. Una sovrapposizione analoga tra contratto e responsabilità da inadempimento non si giustifica nei sistemi continentali a causa della pluralità degli effetti del contratto: non soltanto obbligazioni o comunque vincoli di azione, ma anche effetti reali e di garanzia. Queste ultime due categorie non si prestano a suscitare responsabilità contrattuale poiché alla base di essa sta la violazione di una regola di azione che non si rintraccia invece né nell'effetto reale, a causa del principio consensualistico che accomuna *titulus acquirendi* e *modus acquirendi*, né nell'effetto di garanzia, a causa dell'automatismo che lo governa legando ad un presupposto una determinata conseguenza. L'intera evoluzione moderna della responsabilità contrattuale presuppone, invece, l'esistenza di una regola di azione, ossia l'obbligazione, e si arresta dinnanzi all'impossibilità di compiere la condotta necessaria.

⁶⁷ Sul punto cfr. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, cit., p. 793 ss., in part. p. 809 ss.

⁶⁸ POLLOCK, *Principles of Contract*, London, 1936, p. 1.

⁶⁹ GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, *passim*, in part. 340 ss.; ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 148 ss.

Non a caso uno dei massimi studiosi europei della responsabilità contrattuale ne fornisce una definizione che postula la corrispondenza biunivoca con l'obbligazione tale per cui «la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inerisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento»⁷⁰.

Non va sottaciuta, tuttavia, la tendenza diffusa in Europa a rompere tale connubio, riconnettendo ancora una volta la responsabilità direttamente al contratto e ciò anche in ambienti come quello tedesco o italiano nei quali mancano quei presupposti – segnalati in apertura – che giustificano il collegamento nell'area di *common law*. Emblematico di questa tendenza è il dibattito sulle conseguenze del difetto di conformità nella vendita di beni di consumo, dove si tenta di ancorare la responsabilità ad un vincolo, quello del venditore-professionista, nel quale è per lo meno dubbia la configurabilità di una regola di azione dotata della struttura di obbligazione. Né lo scenario si schiarisce alla luce della già segnalata predominanza del modello della vendita ed anzi, a seguito del declassamento del DCFR a proposta di regolamento di *common european sales law*, trova conferma la tesi secondo cui il diritto privato europeo è prevalentemente diritto europeo della vendita. Non a caso in una delle più recenti ricostruzioni della responsabilità contrattuale si segnala la sostanziale sinonimia delle espressioni “inadempimento dell'obbligazione” e “violazione del contratto”, tanto più se si allarga la prospettiva al diritto europeo nel tentativo di elaborare un quadro concettuale comune⁷¹.

Se nelle tradizioni francese (art. 1147 Code civil), tedesca (§ 276), italiana (art. 1218 c.c.) e spagnola (art. 1101 Código civil) la responsabilità costituisce un effetto dell'obbligazione, in quella di *common law* la responsabilità – come si è già anticipato – è posta in presa diretta con il contratto. L'apparente contraddizione si scioglie se si

⁷⁰ MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (diritto vigente), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.

⁷¹ DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, p. 4-6.

scende sul terreno del meccanismo di funzionamento della responsabilità. Com'è noto, la responsabilità è un meccanismo di traslazione del costo di un danno a seguito dell'imputazione ad un soggetto assunto come responsabile. Il criterio di imputazione consiste in un dispositivo deontico che fornisce un metro di valutazione della condotta. Una tradizione di pensiero europea assai risalente, che ha trovato in von Jhering uno dei massimi interpreti⁷², individua tale regola/parametro nella colpa, intesa come violazione delle regole di diligenza, prudenza e perizia, ossia di regole di condotta, e già questa soluzione conferma la consustanzialità tra azione e responsabilità: il brocardo che sintetizza la centralità della colpa suona «ohne Schuld keine Haftung». Le vie della responsabilità si sono poi indirizzate anche verso meccanismi di traslazione del danno assai differenti come quello del rischio o del *cheapest cost avoider*, che sono andati affiancandosi alla colpa dando vita alla responsabilità oggettiva. Anche in questo caso, nonostante l'abbandono della prospettiva del disvalore della condotta che invece anima la colpa, si è al cospetto di criteri che presuppongono regole di azione. Tuttavia, nella responsabilità contrattuale non si è semplicemente e direttamente al cospetto di un danno da imputare, ma si guarda ad un regolamento di azione che coinvolge più soggetti determinati e che risulta non realizzato o attuato in maniera imperfetta. E il danno consiste innanzitutto nel valore economico del risultato che quel regolamento avrebbe dovuto far conseguire. Nella tradizione giuridica di *civil law* il giudizio di responsabilità si concentra sul versante degli effetti del regolamento di azione, vale a dire l'obbligazione che, per l'appunto, rappresenta una conseguenza coincidente con una condotta dovuta in vista di un fine; mentre nella tradizione giuridica di *common law* il medesimo giudizio di responsabilità si incentra sul titolo del regolamento di azione, vale a dire il contratto. Nonostante la diversa prospettiva, resta il dato comune della preesistenza di un regolamento di azione tra soggetti determinati, al cui fallimento consegue la responsabilità, secondo il processo che verrà illustrato da qui a poco, ed è questo il profilo che evidenzia la caratteristica più vistosa della responsabilità

⁷² VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrech* (1867), *Ver-mischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, p. 155 s., in part. p. 199 s.

contrattuale: la previa sussistenza di un rapporto giuridico di natura cogente.

Resta un margine di ambiguità: il contratto è fonte di obbligazioni ma anche di ulteriori effetti che nulla hanno a che vedere con una condotta giuridicamente necessaria ad un fine, sicché permane la possibilità che l'ancoraggio al contratto sospinga la responsabilità contrattuale oltre il perimetro della disciplina dell'azione. Qui però soccorre la seconda e assai significativa caratteristica della responsabilità contrattuale: il suo limite universalmente individuato nell'impossibilità di porre in essere l'azione dovuta a causa di un fattore esterno non imputabile. Finché la responsabilità contrattuale incontrerà il limite dell'impossibilità di conseguire il risultato dovuto e finché l'impossibilità verrà concepita come un attributo dell'azione e non già come l'impedimento di qualsivoglia effetto giuridico, anche se non si tratti della conseguenza di una condotta dovuta, la responsabilità non potrà che poggiare su di una regola d'azione violata. E, allora, assume soltanto il significato di una convenzione linguistica l'indicare tale violazione come inadempimento di un'obbligazione o di un obbligo di protezione oppure come violazione del contratto, dove però il presupposto implicito è ovviamente che si tratti di un contratto ad effetti obbligatori. Varcando la linea dell'impossibilità o – il che è lo stesso – riconcettualizzando quest'ultima come l'impedimento di una qualsiasi modificazione giuridica, l'effetto è di slegare la responsabilità contrattuale dall'azione e la conseguenza ulteriore consisterebbe nel trasformarla in un giudizio inesorabile, perché sprovvisto di causa esimente.

La semplificazione dei dispositivi giuridici che sembra caratterizzare questa nostra epoca e che prende forma nella preferenza accordata agli automatismi non merita di essere applicata alla struttura della responsabilità contrattuale, della quale va invece ribadita la caratteristica di conseguire alla violazione di un vincolo di azione di contenuto determinato e finalizzato al conseguimento di un fine specifico quando tale violazione genera una perdita. Conviene continuare a designare tale vincolo di azione mediante il concetto di obbligazione o di obbligo e non tanto per fedeltà alle categorie della tradizione *civilian* quanto per la maggiore precisione concettuale che

la categoria dell'obbligo assicura rispetto a quella del contratto. Peraltro, l'ancoraggio della responsabilità contrattuale al contratto farebbe segnare una regressione sul cammino della conoscenza in questa materia perché determinerebbe il collegamento tra l'assunzione volontaria del vincolo e la responsabilità che scaturisce dalla sua violazione. Da ciò discende anche il tentativo di tracciare la linea di demarcazione tra le due specie della responsabilità civile sul crinale che separa la volontà dalla solidarietà⁷³: la responsabilità contrattuale poggerebbe sulla violazione di un impegno volontariamente assunto; mentre la responsabilità aquiliana sulla violazione dei doveri generici che sono imposti dalla necessità di evitare interferenze tra le sfere giuridiche dei consociati animata da un'ispirazione solidaristica.

Quest'approccio ha manifestato tutti i suoi limiti proprio nel contesto in cui è sorto e si è sviluppato, il *common law*, a causa del proliferare di fattispecie che insidiano la tradizionale distinzione tra le due forme di responsabilità, come l'arricchimento ingiustificato e il danno causato da affidamento. La profetizzata morte del contratto⁷⁴ è in realtà la morte della rappresentazione tradizionale della *contractual liability*, dei *tort* e dei loro confini. Si moltiplicano, infatti, le obbligazioni di fonte legale e basti pensare a due ambiti particolarmente significativi: il rinvigorimento dell'istituto dell'arricchimento senza giusta causa, che in Italia va affrancandosi dal binomio incremento patrimonio ingiustificato e correlativo impoverimento di un diverso soggetto, e il campo vasto e variegato della responsabilità della p.a., dove sempre più di frequente si invoca la violazione di obblighi, specie di quelli inerenti al procedimento e di quelli desunti dalla buona fede, così da potere ricorrere alla disciplina degli artt. 1218 c.c.⁷⁵.

⁷³ Lo segnala DI MAJO, *La responsabilità contrattuale* cit., 12, p. 14-15.

⁷⁴ GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, *La morte del contratto*, trad. it. a cura di A. Fusaro, Milano, 1988.

⁷⁵ V., di recente, Cass., 19 settembre 2013, n. 21454, in *Corr. giur.*, 2014, p. 165 s., con nota di CARBONE, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 169, il quale si lascia trascinare dall'entusiasmo nel proclamare il tramonto della formula "responsabilità contrattuale" in funzione denotativa della responsabilità da inadempimento.

L'innesto della responsabilità contrattuale nell'obbligo rappresenta una scelta dogmatica più moderna e feconda, anche perché in grado di offrire una giustificazione e una disciplina a fenomeni di incerta collocazione nell'ottica precedente quali i danni da violazione di obblighi *ex lege* e i danni da vanificazione di un affidamento legittimo ⁷⁶.

Torniamo al contratto. Atto giuridico bilaterale o plurilaterale, il contratto si identifica con l'accordo tra due o più parti. Si può dire di più: nell'accordo esso si esaurisce. Smentendo la lettera della rubrica – “Requisiti per la conclusione del contratto” – l'art. II 4:101 si limita, infatti, a menzionare l'accordo: «un contratto è concluso, senza la necessità di ulteriori requisiti, quando le parti: (a) manifestano la volontà di costituire un rapporto giuridico vincolante o di produrre altri effetti giuridici; (b) raggiungono un accordo sufficiente». Non v'è traccia di norma che rechi, al pari del nostro art. 1325 c.c., gli elementi essenziali del contratto: l'interprete li ritrova sparsi in altri luoghi. La possibilità dell'oggetto, a modo d'esempio, trova disciplina nel contesto più ampio dell'impossibilità della prestazione; la liceità dell'oggetto nel vasto ambito dell'invalidità; la determinatezza dell'oggetto nelle norme sul prezzo.

La scelta di definire il contratto appare opportuna, considerata l'opacità che caratterizza il testo dei PDEC con riguardo alla distinzione tra promesse unilaterali e contratto: nella prospettiva dei redattori dei DCFR la contiguità tra le due categorie avrebbe potuto condurre a una (discutibile) nozione di contratto incentrata non già sul consenso bilaterale, bensì su una dichiarazione unilaterale recante una promessa capace di ingenerare un legittimo affidamento nel destinatario.

⁷⁶ Sul punto CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 443 s.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 72 s.; ID., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1233 s., in part. p. 1239 s.; DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 21 ss.; ID., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2011, *passim*; MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004., p. 31 s.; ID., *Il contratto di diritto europeo*⁴, cit., p. 323 ss.

La divergenza, tuttavia, non merita di essere enfatizzata: dalla lettura dell'art. II 1:103, secondo il quale «*A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance*» si ricava che le promesse intenzionalmente vincolanti hanno, al pari del contratto, forza di legge tra le parti. L'atipicità delle promesse unilaterali non può essere conseguita senza passare attraverso l'obliterazione di causa e *consideration*: se dalla prospettiva di *civil law* non è più necessario un giudizio di meritevolezza per l'accordo che dà vita al contratto, perde significato un analogo controllo per le altre fonti negoziali. Tale constatazione ci riporta a quanto già si è detto a proposito della scomparsa della causa dalla disciplina dei PDEC: una soluzione condivisa anche dai redattori del DCFR⁷⁷, con l'intento (criticabile) di risolvere il contratto nel nudo vincolo e di eliminare, dunque, il controllo esterno sulla razionalità dello scambio⁷⁸.

Meritoria è, invece, la scelta di distinguere, già sul piano dogmatico, il contratto dall'obbligazione, così da riportare al centro della disciplina negoziale il trasferimento del diritto di proprietà. Il modello prescelto non è, tuttavia, quello consensualistico puro, ma uno misto, che lascia spazio anche alla dissociazione tipicamente germanistica tra modo e titolo di acquisto. L'art. VIII 2: 103 rimette il trasferimento della proprietà alla decisione delle parti oppure, in mancanza di una loro determinazione, alla consegna del bene o a un adempimento a essa equivalente: quest'ultima è dunque la regola di *default*.

Quanto sommariamente descritto suggerisce di effettuare qualche rilievo sull'immagine di contratto che ci viene restituita dai progetti di codificazione europea. La scomparsa della causa rilancia, senza

⁷⁷ Cfr. art. II.- 4:101, relativo ai Requirements for the conclusion of a contract, prevede che "A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement".

⁷⁸ Condivide il rifiuto della causa compiuto dai progetti di codificazione e anzi suggerisce di ricavare da essi indici per sottoporre a una rilettura il sistema codicistico italiano GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 184 s.

alcun dubbio, il ruolo della volontà nella dinamica negoziale: il consenso obbliga anche quando a determinarlo si sia insinuato l'imponderabile del dono o quando abbia finito per traboccare nell'imperscrutabile dell'azzardo⁷⁹. Le parti – dispone l'art. II 1:102 (e così pure l'art. 1 della CESL) – «sono libere di stipulare contratti e altri atti giuridici e di determinarne il contenuto, nel rispetto delle norme imperative applicabili»: la lettera della norma riecheggia quella recata all'art. 1322, co.1, c.c. con la significativa elisione del riferimento, contenuto nel secondo comma della disposizione, alla “meritevolezza dell'interesse secondo l'ordinamento giuridico”.

Primato della volontà è formula equivoca, perché ormai si sono smarriti i presupposti filosofico-politici che sorreggevano il concetto di volontà come categoria dello spirito da cui dipendeva l'affrancazione dell'individuo dalle sue relazioni di appartenenza alla comunità politica e che dava forma alla forza individuale di appagamento dei propri bisogni, traducendosi nella cornice giusnaturalistica settecentesca nelle categorie giuridiche della *promissio*, del *pactum*, del *contractus* e nella figura omnicomprensiva dell'*actus*⁸⁰. Meglio sarebbe discorrere di primato dell'autonomia privata, onde evitare di reputare che il codificatore europeo abbia ceduto al fascino delle vecchie concezioni “volontaristiche” del negozio giuridico. La volontà rileva per come esteriorizzata e dunque oggettivata nell'atto. Unità di forma e contenuto. Così lascia intendere l'art. II 4:102 (e al pari di esso l'art. 30, co. 3, CESL), rubricato “Determinazione della volontà”: «la volontà di una parte di costituire un rapporto giuridico vincolante o di produrre altri effetti giuridici si ricava dalle sue dichiarazioni o dal suo comportamento così come ragionevolmente intesi dall'altra parte». Dalla disposizione emerge con chiarezza che la nozione di contratto sottesa al *Draft* presenta uno spiccato carattere oggettivo e che la componente normativo prevale su quella volontaristica, propria del diritto contrattuale europeo classico. La volontà non indica allora la categoria dello spirito che ha dominato la concettualizzazione del contratto nel corso dell'800 e della prima metà

⁷⁹ Offre una recente acuta indagine sui rapporti tra causa, intesa come paradigma mercantil-utilitario, e azzardo BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 422 s.

⁸⁰ BRUTTI, *Dal contratto al negozio giuridico. Appunti*, Torino, 2013, p. 77.

del 900 e che è intimamente correlata all'individualismo illuministico⁸¹, ma designa piuttosto la libera e consapevole scelta di vincolarsi per via contrattuale, presentandosi, per l'appunto, come sinonimo di autonomia privata e, dunque, di libertà delle parti⁸². In questo orizzonte concettuale assume un'assoluta centralità la percezione sociale dei segni di comunicazione che conducono all'accordo, cui rinvia il sintagma "come ragionevolmente intesi dall'altra parte". È evidente la prevalenza accordata all'affidamento di controparte sulla rappresentazione soggettiva del dichiarante⁸³, ma il riferimento alla ragionevolezza, con il suo rinvio alla dimensione della verosimiglianza legata alle convinzioni sociali condivise⁸⁴, rende l'affidamento giuridicamente rilevante in quanto legittimo e legittimo in quanto plausibile sulla base di criteri di oggettività sociale.

L'indifferenza per il contenuto dell'operazione economica si accompagna, tuttavia, a una disciplina incline a riconoscere al giudice un certo margine di intervento – ben maggiore di quello disegnato

⁸¹ Osserva al riguardo BRUTTI, *op. ult. cit.*, p. 75 che il pensiero giuridico moderno si contraddistingue anche per la separazione dell'essere umano dalla comunità politica: «l'energia nuova del soggetto nasce dalla rottura dei vincoli tradizionali che lo costringevano alla sottomissione. Si rivendica la solitudine dell'individuo. Da essa possono aver origine la ricchezza e la povertà. Da essa nascono l'appropriazione e la distruzione dei beni, sulla base di meccanismi contrattuali». E ancora: «l'idea-guida su cui si formano le dottrine negoziali è che la volontà dei singoli debba essere norma a se stessa. L'unica in grado di garantire contro la sopraffazione e il disordine, in quanto costituita da scelte che è la ragione – propria di ciascuno, condivisa – a guidare. L'operazione teorica consiste nel costruire fattispecie entro le quali il volere dei singoli fissa le conseguenze del suo agire e il diritto dello Stato o della giurisprudenza le accetta» (*ibidem*, 76).

⁸² Cfr. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, cit., pp. 813-814.

⁸³ Andrebbe allora ripensata l'affermazione di ALPA, *op. ult. cit.*, p. 811 secondo cui il ruolo e la funzione alla dichiarazione e all'affidamento «sembrano dunque estranei al testo e alla volontà "legislativa" dei redattori del *Draft*, nonostante la discussione ormai secolare che essa ha segnato».

⁸⁴ Cfr. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1287 ss.; ID., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 33 ss. Per una diversa lettura v. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*, in part. p. 45 ss.; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.

dal nostro codice civile – sulla fase esecutiva del contratto⁸⁵. A norma dell’art. II 7:207, il giudice che si trovi al cospetto di un “iniquo sfruttamento” dell’altrui condizione economica, può modificare «il contratto in modo conforme a quanto le parti avrebbero convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza»⁸⁶; l’art. III 1:110 (e così pure l’art. 89 CESL) ammettono, *inter alia*, il giudice, in caso di sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, «a modificare l’obbligazione per renderla ragionevole ed equa alla luce delle nuove circostanze». Si tratta, allora, di comprendere finalità e *rationes* di questo interventismo. Un’opinione – sospinta dall’attenzione che il Draft riserva fin dalle norme sull’interpretazione del contratto⁸⁷ ai diritti umani, alle libertà fondamentali e ai principi costituzionali – vi legge tracce di giustizia redistributiva. Una funzionalizzazione solidaristica dell’autonomia privata che però, se già mal si adatta al concetto stesso di autonomia, non appare del tutto in linea con la rilevanza che il diritto di fonte unitaria assegna alle libertà economiche. Più persuasiva l’altra opinione che ravvisa la finalità dell’interventismo europeo nell’esigenza di eliminare strozzature e sopraffazioni e di ripristinare la misura mercantile violata⁸⁸; lasciando lo scambio libero di dispiegarsi in direzione di quella efficienza del mercato che contrasta le irragionevoli rendite di posizione prodotte dal potere economico o da un evento imprevedibile al tempo della conclusione dell’accordo.

Ritorniamo sulla cronologia degli eventi: l’ultimo atto della tormentata vicenda segna un punto a favore della Commissione la quale – come s’è già ricordato – optando per un diritto europeo dei contratti solo facoltativo ha preteso nel 2010 dal Gruppo di esperti una versione minima del DCFR poi racchiusa nel 2011 in un testo di appena

⁸⁵ Tra gli altri, EIDENMÜLLER, *Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR*, in *Eur. rev. contr. law*, 2009, p. 117 s.

⁸⁶ Cfr. PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 669 ss. e D’AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir., priv.*, 2019, p. 2 ss.

⁸⁷ Sul tema VETTORI, *L’interpretazione di buona fede nel codice civile e nel of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 628 ss.

⁸⁸ BARCELLONA, *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 329 ss.

187 articoli in materia contrattuale che praticamente riproduce i vecchi contenuti dei PDEC⁸⁹.

L'abito si è, infine, ulteriormente ristretto ad opera della Commissione con la «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*» dell'11 ottobre 2011, la quale vorrebbe introdurre uno strumento opzionale a disposizione dei contraenti per le vendite transfrontaliere tra professionisti e consumatori ma anche *business to business*, purché almeno una delle parti sia un'impresa medio-piccola, che consente per l'appunto ai contraenti la deroga consensuale al diritto internazionale privato e l'adozione in sua vece di una disciplina uniforme a sfondo protettivo della parte debole.

Che dire? La montagna in sostanza ha partorito un topolino. Non può sottacersi, del resto, che la gran parte dei Governi continua a dichiararsi favorevole alla redazione di uno strumento soltanto opzionale in base al principio di sussidiarietà.

Nonostante sia stata approvata nel febbraio del 2014 dal Parlamento Europeo, la Proposta non ha trovato seguito per la ferma opposizione degli stati membri

Diversa, va detto, è stata la risposta della cultura accademica. La Commissione Lando ha indicato tre successivi stadi del processo di unificazione del diritto contrattuale: dapprima, il codice potrebbe costituire uno strumento opzionale per le parti che concludano operazioni transnazionali (*opt-in*); poi potrebbe divenire vincolante, salvo la deroga pattizia (*opt-out*); infine potrebbe essere esteso, in modo pienamente vincolante, a tutte le operazioni comunque concluse nell'ambito dell'Unione europea. Il Gruppo di studio coordinato da von Bar, a proposito del CFR, propone l'adozione di regole che non riflettano soltanto la situazione esistente nelle singole esperienze nazionali, ma innovino là dove necessario, risolvano le antinomie tuttora esistenti e rendano più fruibile per tutti i consociati le regole che disciplinano i rapporti tra i privati. Il CFR si vuole che assolva, in sintesi, al compito non soltanto di completare l'armonizzazione ovvero di estenderla ad altri contratti con cui i consumatori compiono operazioni economiche fondamentali, ma anche quello di costruire

⁸⁹ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

una base normativa di carattere generale, perché l'armonizzazione non si risolva in trasposizioni troppo permeate dalle culture giuridiche degli ordinamenti nazionali⁹⁰.

5. *La codificazione come disciplina facoltativa.*

All'apprezzamento per l'impegno che la comunità scientifica ha dedicato al progetto di codificazione del diritto europeo fin dagli anni '80, si è andato sostituendo un diffuso sentimento di frustrazione. Lo si deve all'abbandono dell'idea di un *Common frame of reference* – nei suoi esiti auspicati invero più simile ad un progetto di codice civile che non a una silloge di definizioni, principi e regole ad ampio spettro – a favore di un intervento normativo di settore, la Proposta di Regolamento sul diritto comune europeo della vendita⁹¹. Tale esito riflette la logica particolaristica da *pointillisme* e l'eccessivo pragmatismo del diritto privato unitario⁹² e rappresenta una battuta d'arresto per quel movimento, ampio e arioso, di allestimento di una disciplina comune dei rapporti privatistici o per lo meno delle obbligazioni e del contratto⁹³.

⁹⁰ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2019, p. 135 s.

⁹¹ COM(2011) 635 def.

⁹² Abbiamo segnalato le conseguenze del pragmatismo del legislatore comunitario in MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1029 s. e ora in ID., *Il contratto di diritto europeo*⁴, cit., p. 15 ci spingiamo a parlare di opportunismo legislativo. Ancora più duro è il giudizio di CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 855 il quale, chiosando l'imperscrutabile rattrappimento del CFR nella proposta di regolamento del *Common european sales law*, il "qualunquismo giuridico" della Commissione europea «proclive a pensare in termini di obiettivi e non di tecnica giuridica, come se quest'ultima fosse uno strumento evitabile: con il risultato di un abbassamento verticale di quella civiltà giuridica della quale l'Europa è stata maestra al mondo intero. Ai giuristi proprio questo dovrebbe fare specie, tra tutto nell'Europa di oggi: l'assoluta inconsapevolezza che attraverso le fonti del diritto di provenienza comunitaria, che per amor di risultato semplificano e appiattiscono, si rischia di gettare al vento uno dei pilastri della civiltà europea».

⁹³ Tutto il mio stupore per quest'autentica retrocessione sul cammino verso un diritto privato europeo unitario fatto segnare dalla proposta di regolamento è consegnato a MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*⁴, cit., p. 9.

Il dibattito al quale la comunità scientifica è invitata si rivela, dunque, non soltanto opportuno ma addirittura necessario e si innesta nella più ampia discussione pubblica, fattasi più urgente dopo la Brexit, sui destini dell'Europa intesa come soggetto politico in via di definizione.

L'alternativa si pone in questi termini: una codificazione oppure una più ampia integrazione, magari capace di valicare i confini dell'Unione?

Il secondo corno dell'alternativa rischia di tradursi in un diversivo per distogliere l'attenzione dal tema cruciale di cui il codice europeo è una delle componenti: gli europei sono disposti a compiere quell'ulteriore scatto in avanti necessario a superare le colonne d'Ercole dell'unione economica e monetaria e dare vita da una comunità di popoli?

Ha certamente ragione Luigi Mengoni, sulla scia della migliore riflessione costituzionalistica⁹⁴, quando afferma che i codici civili del dopo Auschwitz non poggiano più sulla sovranità nazionale ma sui valori metapositivi istituzionalizzati nei diritti fondamentali dell'uomo ed elevati dalle Costituzioni a criteri di legittimazione del diritto positivo⁹⁵; e che, pertanto, il codice civile ha assunto una coloritura eminentemente tecnica, quale corpo organico e sistematico di principi e categorie ordinatorie.

E, tuttavia, non per questo la codificazione ha perduto il significato di atto supremo di volontà politica. Della volontà politica di ridurre la pluralità ad unità e di far prevalere sulle soluzioni episodiche ispirate dalla contingenza, e magari affidate al diritto pretorio – come accade con l'opera creativa della Corte di giustizia – il primato dell'argomentazione⁹⁶. L'idea di codice non poggia più sulla pietra di volta della sovranità nazionale e, dunque, non può essere preceduta dal festone “*Ein Volk, ein Reich, ein Recht*”; ma ancora oggi presuppone l'esistenza di una comunità, che nell'età attuale e nel

⁹⁴ ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 26; nonché ID., *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Torino, p. 123 s.; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 28 s.

⁹⁵ L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, p. 320.

⁹⁶ È sempre MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 320-321 a segnalarlo.

quadro europeo è una comunità di popoli che si devono riconoscere in un quadro di valori ben più impegnativo e cospicuo della libertà contrattuale, della certezza dei rapporti giuridici, della giustizia e dell'efficienza sui quali si è detto affondi le proprie radici il *Draft Common frame of reference*⁹⁷.

L'altro corno dell'alternativa, di cui si è fatto cenno, può assumere due connotazioni: un testo dotato di imperatività oppure rimesso alla libera adozione delle parti che vogliano assoggettarvi i loro rapporti giuridici transnazionali.

Va invece salutata con minor favore l'ulteriore possibile accezione di codice che restringe l'area della disciplina comune alla sola parte generale del contratto o alla sola parte speciale, magari ulteriormente circoscritta a taluni tipi contrattuali oppure a modelli contrattuali caratterizzati dalla particolare caratterizzazione dei soggetti (ad es. il solo contratto tra consumatore e professionista) o ancora a segmenti transtipici della disciplina del contratto come quelli relativi alle tecniche di conclusione (ad es. i soli contratti *on line*).

Non a caso è preferibile ricorrere, con riguardo a tale scenario, all'espressione "disciplina comune" anziché a quella di "codice civile", la quale implica l'idea di una regolamentazione di portata, se non onnicomprensiva, per lo meno ampia, posta a un livello alto di generalità e astrattezza e di impianto sistematico. L'espressione sarebbe, dunque, incongrua se riferita all'obiettivo assai meno ambizioso e troppo particolare di una disciplina unitaria per tipi o per modelli contrattuali soggettivamente connotati o addirittura per tecniche di conclusione del contratto.

Una tale opzione non si discosterebbe molto dall'indirizzo di politica legislativa sinora adottato dalla Unione europea, per reagire al respiro corto del quale prima il Parlamento, con maggiore decisione

⁹⁷ Sono questi i principi individuati dal *Compilation ad Redaction Team* ossia dal gruppo di studiosi incaricati di coordinare il Gruppo su codice civile europeo e il Gruppo *Acquis* nella rielaborazione dei Principi di diritto europeo dei contratti della Commissione Lando e nell'integrazione con gli esiti del lavoro dei due Gruppi così da dare vita al *Draft Common frame of reference*. I principi sono anteposti al *Draft* quasi a parziale giustificazione del titolo scelto per la bozza: *Principles, Definitions and Model Rules*: sul punto v. la critica di CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles*, cit., p. 846 s.

e con più ambiziosi obiettivi, e poi la Commissione hanno auspicato interventi capaci di travalicare l'angusto ambito di una legislazione disorganica, disomogenea, ispirata da obiettivi spesso contingenti e per lo più tesa non tanto a creare un tessuto normativo comune quanto piuttosto a sradicare le divaricazioni tra ordinamenti nazionali più evidenti e soprattutto quelle maggiormente in grado di inceppare la costruzione del mercato unico su base concorrenziale.

Purtroppo è su questa china che si è incamminato il legislatore europeo con l'abbandono del *Common frame of reference* e la virata verso la ben più ristretta disciplina della vendita.

Il perimetro minimo che una disciplina unitaria deve esibire per poter meritare l'appellativo di "codice europeo" deve abbracciare per lo meno la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni *ex contractu*⁹⁸. Quella che può apparire una delimitazione di campo del tutto arbitraria è giustificata, invece, da una pluralità di ragioni: dalla centralità rivestita, anche nella tradizione dei codici nazionali, dalle materie del negozio giuridico, del contratto e delle obbligazioni; dalla prevalente incidenza dell'*acquis communautaire* su tali materie; dalla constatazione che i margini per pervenire ad un *ius commune* europeo, il quale rappresenta il sostrato imprescindibile di un edificando codice, si rintracciano proprio nell'ambito delle discipline del contratto e delle obbligazioni. Né la constatazione può stupire più di tanto visto che trent'anni di armonizzazione, per quanto disorganica, dei diritti nazionali ad opera del diritto unitario non

⁹⁸ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 847 e pp. 853-854 segnala che, nel momento storico in cui ha operato la Commissione Lando, il *common law* mostrava ancora una certa insensibilità all'obbligazione o meglio si presentava in maniera monolitica incline a ragionare in termini di *contract* quale categoria onnicomprensiva, assorbente anche dei profili di disciplina che la tradizione europea tratta nella materia delle obbligazioni. L'a. si riferisca alla breccia che l'obbligazione ha praticato nella cortina contrattualistica di *common law*: basti pensare agli studi di BIRKS, *Introduction to the law of restitution*, Oxford, 1985 e ora in ID., *Classification of obligations*, Oxford, 1997 e in ID., *Unjust Enrichment*², Oxford, 2005. Cfr. ora WADDAMS, *Dimensions of private law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, 2003, in part. p. 172 s., il quale dedica un capitolo a "Property and obligation". Né si può trascurare l'opera di diffusione compiuta da ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.

sono trascorsi invano né si può trascurare lo straordinario effetto culturale prodotto dalla definizione dei *Principles of european contract law* della Commissione Lando, i quali hanno inciso in maniera definitiva sulla predisposizione mentale dei giuristi europei a superare gli steccati delle legislazioni e delle dogmatiche nazionali e a proiettarsi nella prospettiva di una disciplina che sostituisca «alla tante una, che non si identifica con alcuna di esse e però consente a ciascuna di identificarvisi»⁹⁹.

Alla luce di queste premesse il dilemma si esaurisce nella seguente alternativa: una disciplina generale del contratto e delle obbligazioni, con particolare riguardo a quelle *ex contractu*, dotata di imperatività oppure di carattere opzionale ossia rimessa alla libera adozione delle parti?

Il *trend* di sviluppo del diritto europeo si trova ad un bivio e, superata ormai la fase dell'eliminazione delle barriere al mercato unico e del veteroprotezionismo dei lavoratori e dei consumatori e quella successiva della promozione a tutti i costi della concorrenza, si aprono due diversi scenari: uno è quello del solidarismo anteposto anche all'obiettivo dell'assetto concorrenziale del mercato per lo meno a livello di principi della Carta europea dei diritti; e l'altro è il pendolo, accentuato dalla crisi economica, tra rilancio degli egoismi nazionali e governo accentrato dell'economia in sede europea.

Qui si annida un dilemma decisivo anche per le sorti del diritto privato: se, infatti, il ripiegamento nelle logiche nazionali comporterebbe l'esigenza di mantenere, magari rimodulandolo, il sistema del riparto di competenze tra diritti nazionali e diritto europeo incarnato dalla tecnica dell'armonizzazione; il prevalere di un governo accentrato dell'economia richiederebbe un diritto sicuramente più uniforme e ciò potrebbe spianare la strada alla codificazione europea. Il dibattito è estremamente nebuloso e i segnali che provengono dal

⁹⁹ CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana de *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., XVI, il quale indica come via per riuscire in un tale intento il metodo adottato dalla Commissione presieduta dal prof. Ole Lando ossia «togliere il troppo e il vano di ogni disciplina nazionale che tale risultasse dalla prospettiva degli altri ordinamenti senza che ne residuasse una sensazione di immiserimento di ciascuna delle esperienze di partenza» (*ibidem*, XIV).

diritto unitario non sono per nulla univoci e anzi mostrano segni di timidezza. Lo testimoniano l'intero *acquis communautaire*, la direttiva sui diritti dei consumatori (dir. 2011/83/UE)¹⁰⁰ e il ridimensionamento del *Draft common frame of reference* a un meno ambizioso progetto preliminare. Il quale, a sua volta, è incappato nella mannaia della Commissione, che nel 2010 ha optato *expressis verbis* per un diritto europeo dei contratti facoltativo e ha richiesto al Gruppo di esperti la stesura di un nuovo progetto di minore ampiezza, alla fine ridotto ulteriormente fino a distillarne la già ricordata proposta di regolamento sul diritto comune delle vendite transfrontaliere.

Gli ultimi recessivi segnali confermano l'opinione di quanti ritengono l'obiettivo del codice civile europeo al momento né sensato né realistico per l'assenza di almeno una delle due condizioni imprescindibili: l'*idem sentire* di una comunità, pur in assenza dell'unità politica, sostituita da un tasso alto di omogeneità socio-culturale dell'ambiente oppure la presenza di un centro di potere a tal punto forte e autorevole da imporre il disegno della codificazione ad un sostrato sociale recalcitrante¹⁰¹.

La meno ambiziosa tra le sfide cui i giuristi europei non possono proprio in alcun modo sottrarsi consiste nell'opera di contrasto irriducibile del progressivo affievolimento degli entusiasmi codificatori della Commissione, propiziando un ritorno all'idea dell'approvazione di una disciplina sistematica della parte generale del contratto e delle obbligazioni.

La congiuntura storica che si è cercato di ricostruire, senza indulgere in polemiche sull'attualità, riduce l'alternativa posta in apertura di queste riflessioni alla scelta del modello facoltativo. Non si tratta né di un ripiego né di una mossa strategica finalizzata a schivare le resistenze nazionali e il raffreddamento dello spirito europeista che serpeggia per il continente¹⁰²; ma assai più semplicemente rappresenta la presa d'atto che le punte più avanzate della più accorta e

¹⁰⁰ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 ottobre 2011, n. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

¹⁰¹ ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 62, sulla scia di SNIJDERS, *The organisation of drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary gardens*, in *Eur. rev. priv. Law*, 1997, p. 483 s.

¹⁰² Per un approccio "tattico" cfr. ROPPO, *op. ult. cit.*, pp. 63-64.

rigorosa dottrina europea favorevole alla codificazione si sono attestate qui, giungendo a maturare questa sorta di accordo non formalizzato: un codice del contratto e delle obbligazioni di natura facoltativa.

Se poi per conseguire questo traguardo sia necessario abbandonare la dicitura “codice” sia per l’oggettiva incongruità rispetto al prodotto sia per la sua maggiore accettabilità in tutti gli ambienti giuridici europei, così sia! Costituirebbe però un grave errore prospettico e il sintomo di una qual certa durezza neopositivistica salutare una disciplina comune, e di natura facoltativa, dei contratti e delle obbligazioni che ne scaturiscono come una «semplice elaborazione culturale, un esercizio intellettuale»¹⁰³, perché in tal modo verrebbero trascurati due fattori culturali di primaria importanza del processo di codificazione: che la via maestra per la realizzazione del codice unitario è rappresentata dal raggiungimento di una maggiore coesione dei popoli e dal rafforzamento della loro auto-rappresentazione come una comunità e che in tale processo una spinta non marginale proviene dal diritto stesso e, in particolare, dal diritto autonomamente praticato dai privati, ma nel senso non della sola prassi economica, venata da uno spontaneismo che spesso recepisce gli istinti più bassi che scaturiscono dal mercato, ma anche di una pratica giuridica guidata da un’elaborazione sapiente da parte della cultura giuridica alta europea.

Rilanciando questa sfida e contribuendo a portarla a termine le Università europee e quei circoli giuridici impegnati nel processo di uniformazione del diritto privato compiono la parte tecnicamente più complessa del loro compito. Il passo successivo rappresentato dall’imposizione del sigillo dell’imperatività alla disciplina comune è materia più politica che squisitamente giuridica, ma anche in questo ulteriore e decisivo snodo l’Accademia giocherà un ruolo primario: dovrà infatti suggerire ai governanti quali siano i valori ancora

¹⁰³ Così ROPPO, *op. ult. cit.*, pp. 62-63, ma invero con riguardo ai lavori della Commissione Lando, del Gruppo di studio sul codice civile europeo diretto dal Ch. Von Bar e dell’Accademia dei giusprivatisti europei di Pavia.

mancanti nel catalogo della Carta dei diritti fondamentali la cui positivizzazione rappresenterà l'unica possibile fonte di legittimazione del carattere coattivo del futuro codice civile europeo.

Un passaggio, questo, necessario ma purtroppo non scontato.

6. *I progetti di codificazione come strumento del giurista europeo.*

I PDEC, al pari del DRAFT, possono dunque incarnare il *corpus* di un diritto applicabile per volontà delle parti contraenti, ma ciò coglie solo un aspetto – probabilmente il meno significativo – del loro attuale valore.

Due ulteriori direttrici di vivificazione si sono infatti manifestate nel tempo, l'una mediata dai legislatori l'altra dai giudici. Per la prima basta osservare come questi testi di matrice colta abbiano fornito un modello utile ai legislatori nazionali per incoraggiare e indirizzare la modernizzazione del proprio ordinamento¹⁰⁴. Per la seconda è possibile registrare una sempre più diffusa menzione nelle sentenze che da sola basta a testimoniare il forte potere persuasivo che gli viene riconosciuto, forte al punto da plasmare l'interpretazione giurisprudenziale degli ordinamenti nazionali¹⁰⁵. Tramite tali forme di concretizzazione si inizia a discorre di questo *corpus* come *toolbox*, una “scatola degli attrezzi” in grado di arricchire l'ordinamento¹⁰⁶ consegnando una nuova importanza a quel progetto di codificazione che la storia recente avrebbe potuto accantonare e che

¹⁰⁴ SIRENA, *La scelta dei principles of european contract law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 613 s. Avverte MAGRI, *L'armonizzazione del diritto europeo attraverso il DCFR*, in *L'armonizzazione del Diritto europeo: il ruolo delle corti*, Milano, 2017, p. 102, nota 51 «che Regole derivanti dal DCFR sono riscontrabili nel nuovo codice civile catalano, nel codice civile ceco, nel codice civile ungherese, nella nuova legge scozzese sul contratto, così come nella legge belga sulle garanzie».

¹⁰⁵ SIRENA, *op. ult. cit.*, p. 610.

¹⁰⁶ MÖSLEIN, *Legal innovation in european contract law: within and beyond the (draft) common frame of reference*, Firenze, 2009, p. 11 ss.; per la nostra letteratura v. MAGRI, *op. ult. cit.*, p. 145 s. Cfr., altresì, SANTOS SILVA, *The Draft Common Frame of Reference as a “Toolbox” for Domestic Courts*, Berlin, 2017.

invece rende possibile «una armonizzazione informale del diritto privato europeo»¹⁰⁷.

In Italia, tale modello di sviluppo ha trovato un'importante manifestazione sul tema della responsabilità civile. Le Sezioni unite che si sono pronunciate sulla delicata vicenda della *compensatio lucri cum damno*, hanno infatti attinto allo strumentario del DCFR per motivare la decisione di ritenere predominante “la ricerca della ragione giustificatrice del beneficio collaterale e, quindi, di una ragionevole applicazione del diffalco”¹⁰⁸. Queste Sezioni unite sono importanti, perché al di là del caso concreto, senza dubbio legittimano e suggeriscono a tutti i giudici nazionali di servirsi di questi testi a cui viene riconosciuto implicitamente un ruolo para-normativo, che certo non potrà porsi in contrasto con il dato positivo vigente, ma che d'altra parte rappresenta molto di più d'una semplice opinione dottrinale. Anche in altre giurisdizioni si registrano analoghi spunti, e così il Draft e i PDEC acquistano la qualità di modulo argomentativo preordinato utile a indirizzare ogni giudice europeo nella decisione del caso concreto là dove il diritto nazionale non appaia sufficiente per risolvere la controversia.

Quel progetto di codificazione costretto nello spazio angusto d'un regolamento contrattuale facoltativo rivive così attraverso un canale coerente con la sua intrinseca natura di testo scientifico condiviso ad alto livello e aggiornato alle più moderne istanze del mercato efficiente. È dunque l'autorità scientifica a far guadagnare importanti spazi di considerazione, spazi che l'affievolimento del progetto politico europeo avrebbe potuto travolgere. L'importante lavoro portato a termine dalla buona volontà di un nutrito gruppo di accademici dal grande valore e incoraggiato dai finanziamenti che l'Unione europea ha voluto destinarvi a un certo punto della sua storia, non può dirsi, dunque, essere stato vano.

¹⁰⁷ Il riferimento alla “armonizzazione indiretta” che si trova nell'introduzione del DCFR è stato di recente ripreso da CASTRONOVO, *Il codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Europa dir. piv.*, 2019, p.1170 ss.

¹⁰⁸ Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12567.

MARISA MELI
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università degli Studi di Catania

PERSONA, MERCATO E CAMBIAMENTI CLIMATICI

SOMMARIO: 1. Premessa: i cambiamenti climatici come “agente di metamorfosi”. – 2. I cambiamenti climatici e l’azione dell’uomo. – 3. Cambiamenti climatici e sistema concorrenziale di mercato: la trasformazione del mercato energetico e l’economia circolare. – 4. Cambiamenti climatici e mercati finanziari. – 5. Cambiamenti climatici e tutela della persona: il nuovo capitolo della “giustizia climatica”. – 6. Le emissioni di gas serra: una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio d’impresa? – 7. Cambiamenti climatici e violazione dei diritti dell’uomo. – 8. Cambiamenti climatici e responsabilità degli Stati. – 9. (segue) Un’azione legale contro l’Europa! – 10. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premessa: i cambiamenti climatici come “agente di metamorfosi”.

Un libro postumo del sociologo Ulrich Beck, *La metamorfosi del mondo*, metteva in evidenza come i cambiamenti climatici siano divenuti un vero e proprio “*agente di metamorfosi*”, che sta rapidamente cambiando “*il nostro modo di essere nel mondo, di pensare il mondo, di cercare d’agire sul mondo attraverso l’azione sociale e la politica*”¹.

A distanza di qualche anno dalla pubblicazione possiamo dire che si è senz’altro trattato di un’intuizione felice. I cambiamenti climatici stanno modificando profondamente la società, portando con sé nuove forme di potere, ma anche nuove forme di collaborazione e

¹ BECK, *La metamorfosi del mondo*, Bari, 2016.

solidarietà e, in generale, radicali innovazioni che coinvolgono, sotto molteplici aspetti, il mondo del diritto.

Senza alcun dubbio i cambiamenti climatici si situano all'interno di un processo di trasformazione segnato da molteplici fattori (quali la tecnologia digitale, la globalizzazione con le sue mutate interazioni tra economia e politica, l'attuale crisi pandemica, e tanto altro ancora), rispetto ai quali ricoprono tuttavia un ruolo non secondario, accompagnati come sono da conseguenze ben visibili in tutte le parti del mondo, in termini di perdite di vite umane, perdita di biodiversità, sconvolgimento degli ecosistemi che sostengono la nostra vita².

In queste pagine, essi verranno presi in considerazione come "agente di trasformazione" del sistema di mercato e dei valori a tutela della persona, in sintonia con gli interessi di studio che sono sempre stati cari a Giuseppe Vettori ed ai quali il nostro Onorato ha dedicato, oltre che le sue riflessioni, la fondazione e la direzione di una rivista specialistica di successo.

In effetti, a partire dagli accordi sul clima e dai dibattiti che ne hanno preceduto o seguito la stesura, si sono innescate varie riflessioni sui diversi ruoli e le diverse responsabilità dei paesi industrializzati e dei paesi in via di sviluppo, sull' iniqua distribuzione della ricchezza, sullo sfruttamento delle risorse dei paesi poveri da parte dei paesi industrializzati. Tutti temi che, se fino a qualche tempo addietro erano presi in considerazione da una letteratura di nicchia, oggi si collocano al centro della riflessione, spostando l'attenzione sulla persona e sulla vulnerabilità dei paesi poveri e delle persone più fragili.

² Tra le tante pubblicazioni sul tema MAGLIAVACCA e RIGAMINTI, *Cambiamenti climatici. Un approccio interdisciplinare per capire un pianeta in trasformazione*, Bologna, 2010; DI PAOLA, *Cambiamento climatico. Una piccola introduzione*, Roma, 2015; CARRARO e MAZZAI, *Il clima che cambia*, Bologna, 2015. Più in generale le riflessioni sull'Antropocene, termine che indica la capacità dell'uomo di agire come agente di cambiamento geologico; si rinvia a ADORNO, *I limiti del pianeta. Note e appunti sull'Antropocene*, in *Fra le mura della modernità. Le rappresentazioni del limite dal Cinquecento ad oggi*, Roma, 2019, p. 351; PELLEGRINO e DI PAOLA, *Nell'Antropocene. Etica e politica alla fine di un mondo*, Roma, 2018.

D'altro canto, la preoccupazione sul fatto che non ci sia più tempo e che occorra invertire la rotta è stata un forte propulsore per la trasformazione del nostro modo di vivere nel senso della sostenibilità. Al nuovo orizzonte della sostenibilità sono orientati diversi interventi del legislatore europeo ma, anche, diverse azioni provenienti "dal basso". Ormai la maggior parte delle imprese, specie quelle medio-grandi e appartenenti a gruppi internazionali, sembrano voler attivare nuovi modelli di sviluppo, dotandosi di proprie politiche volontarie ecologiche e sostenibili.

Rispetto a tale trend evolutivo i profili di rilevanza giuridica sono molteplici e non tutti potranno essere affrontati in questa sede. L'intento, tuttavia, è piuttosto quello di tratteggiare tale cornice evolutiva, allo scopo di verificare se si tratti davvero di una *metamorfosi* in cui, per riprendere le parole di Beck, "*ciò che prima veniva escluso a priori, perché totalmente inconcepibile, oggi accade*" e quali siano le implicazioni che una simile trasformazione comporta.

2. I cambiamenti climatici e l'azione dell'uomo.

Prima di addentrarci nel percorso indicato è necessaria una premessa.

I cambiamenti climatici sono una realtà che difficilmente può essere messa in discussione.

Li sperimentiamo in prima persona con le estati sempre più infuocate, con incendi apocalittici che occupano per settimane intero lo spazio dedicato all'informazione, con bombe d'acqua ed altri fenomeni metereologici estremi. Un grido d'allarme è stato lanciato, poco tempo addietro, anche dall'astronauta catanese Palmisano, a bordo della Stazione spaziale internazionale: "dalle stelle si vede il riscaldamento globale, nostro nemico numero uno"³.

Se questo è vero, va però considerato che, ad oggi, non vi è certezza sulle cause.

Le opinioni più accreditate sono nel senso che il riscaldamento globale sia conseguenza dell'azione dell'uomo. Non manca, tuttavia, il pensiero scientifico critico, anzi radicalmente contrario all'idea che siano in atto cambiamenti apocalittici e, in ogni caso, che si tratti

³ La Repubblica, 29 giugno 2019.

di fenomeni riconducibili all'azione dell'uomo, mettendo piuttosto in rilievo che si tratta di cambiamenti fisiologici, che più volte si sono ripetuti nel corso delle ere geologiche⁴.

Non sono in grado di prendere posizione su questo, ma è importante partire dalla considerazione per cui l'opinione prevalente è quella fatta propria dall'Unione europea e, più in generale, posta a fondamento delle azioni intraprese sul piano internazionale⁵.

Più precisamente, alla base delle determinazioni assunte stanno, prevalentemente, i dati scientifici e i risultati elaborati dall'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), il principale organismo internazionale per la valutazione dei cambiamenti climatici. Il Gruppo, formato nel 1988 da due organismi delle Nazioni Unite⁶, è composto da scienziati provenienti da diversi paesi, ai quali è affidato il compito di esaminare e valutare le informazioni scientifiche, tecniche e socio economiche prodotte in tutto il mondo. Nel suo quarto rapporto (2007) l'IPCC ha affermato per la prima volta la necessità di contenere l'aumento della temperatura entro i 2°C. Il quinto rapporto (2014), sui fondamenti scientifici del riscaldamento globale, denunciava la gravità della situazione, affermando a chiare lettere che *l'incapacità di prendere misure radicali* rappresenta il maggior rischio per il futuro del nostro pianeta⁷.

I Report dell'IPCC si basano su un'analisi dei dati pubblicati nelle più quotate riviste scientifiche. Stando a tali dati, l'attività antropica rappresenterebbe la causa principale dei cambiamenti climatici, dovuti principalmente all'uso dei combustibili fossili (emissione di gas-serra) ed alla deforestazione (o, più in generale, ai cambiamenti di uso del suolo). L'ultimo Rapporto, presentato nel 2019 col titolo

⁴ Cfr., per tutti, *Clima. Basta catastrofismi. Riflessioni scientifiche su passato e futuro*, Milano, 2019,

⁵ In ordine ai quali si rinvia, per una panoramica, a NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, RTDP, 2016, p. 81.

⁶ Ovvero l'Organizzazione Meteorologica Mondiale e il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente. Cfr. il sito www.ipcc.ch.

⁷ Seguito dal rischio della stabilità, della pace mondiale, del fenomeno delle migrazioni, tra le cui cause peraltro compaiono ancora i cambiamenti climatici.

Cambiamento Climatico e Territorio, mette in evidenza come a pagare le conseguenze del riscaldamento globale saranno soprattutto le popolazioni più povere, specie in Africa e Asia, anche se è tutto il pianeta a risentirne gli effetti anche indiretti, ovvero in termini di nuove migrazioni e nuovi conflitti per l'uso delle terre⁸.

Non sono certo sfuggiti agli osservatori più attenti anche i limiti del lavoro del Panel⁹. In particolare, c'è chi ha messo in dubbio l'affidabilità dei modelli adoperati o il fatto di aver sottovalutato il contributo dell'attività solare, tendendo peraltro ad ingigantire i cambiamenti climatici di oggi, rispetto a quelle che sono state le fluttuazioni climatiche del passato.

Ciò non di meno, l'atteggiamento che anche tali osservatori consigliano è quello più cauto, nel senso di non subordinare le decisioni politiche all'assoluta certezza scientifica. Nel contesto europeo, ciò è addirittura imposto dal principio di precauzione, enunciato dall'art. 191.2 TFUE.

A partire da tali premesse, posto che non è possibile incidere sulle cause fisiche/astronomiche che condizionano l'andamento climatico, è doveroso farlo limitatamente a ciò che rientra nella sfera di controllo dell'uomo.

3. Cambiamenti climatici e sistema concorrenziale di mercato: la trasformazione del mercato energetico e l'economia circolare.

Stando sempre ai dati raccolti dall'IPCC ben più della metà delle emissioni di gas serra sarebbe dovuto all'utilizzo di fonti fossili ed ai processi industriali¹⁰.

Vere o approssimative che siano queste percentuali, esse hanno fortemente condizionato l'intervento delle istituzioni europee che

⁸ Il Report *Climate Change and Land* è disponibile sul sito www.ipccitalia.cmcc.it.

⁹ Si rinvia soprattutto alle considerazioni svolte da ACOT, *Storia del clima*, Roma, 2001, ma anche le osservazioni di Carlo Carraro, riportate sul sito www.repubblica.it, col titolo *L'Appello degli scienziati. "Così deve cambiare l'IPCC per salvare il Pianeta"*, 2015.

¹⁰ Tra i tanti dati oggi disponibili, faccio riferimento a quelli pubblicati nel sito www.lteconomy.it

stanno sostenendo ed incoraggiando un significativo processo di riconversione dell'economia attraverso diverse iniziative culminate, da ultimo, nell'adozione del Green Deal europeo¹¹.

Più precisamente, come messo in evidenza nella recente proposta di regolamento “legge europea sul clima”¹², l'Unione intende rendersi protagonista di una vera e propria rivoluzione, trasformando se stessa “in una società giusta e prospera che migliori la qualità della vita delle generazioni attuali e future”. Al centro del cambiamento vi sono dunque i valori della persona ma, anche, la consapevolezza che “i cambiamenti climatici hanno un impatto sempre più forte sugli ecosistemi e sulla biodiversità del nostro pianeta” e che dunque è necessario orientare l'economia in una direzione diversa, non più di tipo “estrattivo”, non più basata sul presupposto che si diano risorse disponibili e illimitate.

Sotto tale profilo, l'Unione sembra voler andare oltre lo stesso principio chi inquina paga, da sempre posto a fondamento della sua azione in materia ambientale¹³: non basta “pagare il prezzo” delle risorse che si consumano. Oggi, una nuova rivoluzione si impone, a partire dal fatto che è stato già raggiunto il punto di non ritorno e che occorra invertire la rotta.

Molteplici, come si è detto, sono le azioni intraprese ma, tra queste, giocano un ruolo di primo piano quelle che vanno nella duplice direzione qui di seguito indicata:

- a) la trasformazione del mercato energetico.

¹¹ COM 2019 640 final. Tra le tante iniziative sul tema si segnala la *International Renewable Energy Agency* (irena.org), organizzazione intergovernativa che supporta le nazioni nella transizione verso un futuro energetico sostenibile

¹² Proposta di Regolamento del parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima), doc. COM 2020 80 final

¹³ Sia consentito rinviare al mio *Il principio comunitario chi inquina paga*, Giuffrè, 1996 e, da ultimo, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*.

Il tema occupa ormai da tempo un posto di riguardo nell'agenda europea, anche per gli impegni assunti sul piano internazionale e culminati nell'adozione del pacchetto-clima "*Clean Energy for all European*"¹⁴.

La premessa (ribadita nella proposta di regolamento, *legge europea sul clima*, sopra citata) è che l'Unione europea, attualmente responsabile più o meno del 10% delle emissioni mondiali di gas serra, si è prefissa l'obiettivo di ridurre tali emissioni entro una percentuale consistente entro il 2030, per giungere ad un risultato di emissioni-zero entro il 2050, ovvero per divenire (entro la data indicata) il primo continente climaticamente neutro, dotato di una economia che non genererà emissioni nette di gas ad effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse.

Una trasformazione assai complessa del mercato dell'energia, ancora principalmente legato all'utilizzo di fonti fossili e organizzato su un sistema di produzione e distribuzione centralizzato.

Una trasformazione che interseca, a vario titolo, anche argomenti di stretto interesse privatistico. Si pensi, tanto per fare un esempio, alla promozione dell'uso di fonti rinnovabili anche nell'ambito del consumo domestico, in cui i consumatori, piuttosto che parti (deboli) di un rapporto (contrattuale, con le imprese che operano nel settore della distribuzione dell'energia elettrica), diventano soggetti potenzialmente in grado di rendersi protagonisti, nella gestione dei loro bisogni¹⁵;

¹⁴ Il pacchetto, presentato nel 2016, è composto da otto direttive. Per uno sguardo d'insieme si rinvia, per tutti, a Ammannati (a cura di), *La transizione energetica*, Torino, 2018.

¹⁵ Si rinvia, per tutti, a CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti dir.comm.*, 2020, 1, p. 71. Attraverso il coinvolgimento della cittadinanza sembra dunque prendere corpo quella terza rivoluzione industriale profetizzata da Rifkin (*La terza rivoluzione industriale*, Mondadori, 2011) e caratterizzata, nella specifica materia, dal passaggio da un sistema centralizzato a un "regime energetico distribuito e collaborativo". Una rivoluzione, va detto subito, che procede in simbiosi con quella tecnologica. Quest'ultima ha già reso possibile la produzione decentrata dell'energia rinnovabile, attraverso tecniche sempre più sofisticate. Oggi si va ancora oltre, lasciando prevedere soluzioni avveniristiche, ancora non del tutto esplorate, che riguardano le modalità di impiego e di condivisione dell'energia prodotta. Sul punto, mi sia consentito rinviare

b) la promozione di un modello di economia circolare.

Anche questo tema, da ultimo culminato nell'adozione di un pacchetto di direttive¹⁶, è stato preceduto da una serie di iniziative, avviate con una Comunicazione (2014), intitolata *Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a rifiuti zero*¹⁷, cui ha fatto seguito un Piano d'azione (2015)¹⁸.

L'Unione europea ha inteso in tal modo inaugurare la nuova era della *End of Waste*, la fine dei rifiuti, ovvero l'avvio di un sistema di produzione in cui non dovranno più esserci prodotti di scarto e le materie prime dovranno essere costantemente riutilizzate.

Ciò, nuovamente, a partire dalla consapevolezza che il nostro modello di crescita non è più sostenibile e che un cambiamento radicale si impone. L'Unione vuole così rendersi protagonista di un nuovo modello di sviluppo, che sappia coniugare la crescita con le sempre più pressanti istanze di tutela ambientale e, nel contempo, possa servire a rilanciare l'economia del dopo-crisi, in direzione della sostenibilità.

Il modello dell'economia circolare si iscrive perfettamente nel quadro dell'attuale Strategia industriale europea. Esso non riguarda, infatti, solo i rifiuti urbani (rispetto ai quali, peraltro, la prospettiva del riciclo e della riutilizzazione non rappresenta affatto una novità) ma anche, e soprattutto, il mondo industriale, poiché è un sistema economico pianificato per riutilizzare i materiali in successivi cicli produttivi, impiegandoli anche al fine della produzione di energia.

Ancora una volta, i profili di interesse anche privatistico sono molteplici, a partire dalla nozione di rifiuto (ormai definitivamente entrato nel novero dei beni in senso giuridico¹⁹), delle materie prime

anche al mio *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020

¹⁶ Si tratta di 4 direttive, che modificano l'ultimo intervento del legislatore europeo sui rifiuti (dir.2008/98/CE). Si rinvia alla presentazione *Il pacchetto economia circolare*, con Prefazione di S. Bonafé, Edizioni Ambiente, 2019.

¹⁷ Doc. COM/2014/0398, final/2.

¹⁸ *L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, Doc. COM (2015) 614 def.

¹⁹ Si rinvia, per tutti a RESTA, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, RCDP, 2018, p. 249.

secondarie, delle catene di produzione/riutilizzo, nell'ambito delle reti d'impresa. Ma, per quel che importa in questa sede evidenziare, essa rappresenta innanzitutto un processo di rigenerazione dell'economia che innova profondamente il meccanismo di approvvigionamento delle risorse.

Le due aree di azione, tra loro connesse, presentano un ulteriore, forte elemento di connessione: si tratta infatti di interventi che non sono dettati, unicamente, da una rinnovata attenzione verso i temi dell'ambiente e del mondo che ci circonda.

Già a partire da una delle prime Comunicazioni “*Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici*”²⁰ – che può esser considerata una sorta di atto prodromico all'adozione del pacchetto clima – è evidente come, ancor prima del timore per i cambiamenti climatici, la Commissione manifesta preoccupazione per il fatto che l'Unione importi ancora una percentuale troppo alta del proprio fabbisogno energetico, collocandosi addirittura al primo posto come paese importatore di energia²¹.

Analoghe preoccupazioni sono espresse in sede di adozione delle misure di *end of waste*. Qui, è pressante la consapevolezza che lo sviluppo e la crescita economica non siano più presidio delle civiltà occidentali; molti nuovi attori si affacciano sulla scena e la pressione sulle risorse (e, dunque, sulle materie prime) diviene, oltre che insostenibile, assai più costosa. Meglio allora orientare la crescita e la competitività delle imprese in un'altra direzione che, tra l'altro, potenzia la resilienza e la capacità di tenuta del pianeta. Non a caso, la stessa Commissione definisce la sua iniziativa come *l'anello mancante*, ovvero una trovata dalla portata eccezionale: la crescita continua, ma diventa sostenibile.

Testualmente, dal Piano d'azione: “*la transizione verso un'economia più circolare, in cui il valore dei prodotti, dei materiali e delle risorse è mantenuto quanto più a lungo possibile e la produzione dei*

²⁰ Doc.COM (2015) 80 def., Cfr. anche la Proposta Energia pulita per tutti gli europei COM (2016) 860 def.

²¹ E ciò, aggiunge la Commissione, nonostante ricopra un ruolo leader negli investimenti a favore delle energie rinnovabili e detenga il 40% di tutti i brevetti relativi allo sfruttamento delle nuove tecnologie.

rifiuti è ridotta al minimo, è una componente indispensabile degli sforzi messi in campo dall'UE per sviluppare un'economia che sia sostenibile, rilasci poche emissioni di biossido di carbonio, utilizzi le risorse in modo efficiente e resti competitiva. Questa transizione offre all'Europa l'occasione di trasformare l'economia e generare nuovi vantaggi competitivi".

Gli obiettivi dunque vanno di pari passo: da un lato contribuire ad evitare danni irreversibili al pianeta in termini di clima, perdita di biodiversità, inquinamento di aria, suolo e acqua, causati dal consumo delle risorse a un ritmo che supera la capacità della terra di rinnovarle; ma dall'altro anche occasione per stimolare la crescita e la competitività delle imprese, nella consapevolezza che sia indispensabile affidarsi ad un nuovo sistema di approvvigionamento delle risorse, per sopravvivere in un mercato competitivo.

Ciò, si badi, non esclude affatto che si tratti di una trasformazione epocale.

Una trasformazione che sarà in grado di dare un nuovo volto al capitalismo, affrancandolo dalla funzione c.d. "estrattiva" e proiettandolo in un nuovo paradigma di governo e gestione delle risorse orientate alla inclusione, alla cura e alla conservazione del patrimonio comune, nell'interesse delle generazioni presenti e future.

Ma una trasformazione che rappresenta pur sempre un'evoluzione interna al sistema concorrenziale di mercato ed alla logica economica che lo sorregge.

4. Cambiamenti climatici e mercati finanziari.

Analoghi cambiamenti riguardano il mondo della finanza.

Come si diceva, sempre più spesso le imprese, anche andando oltre le iniziative di *Corporate Social Responsibility*, vincolano il raggiungimento dei propri obiettivi economici al soddisfacimento di determinate scelte di valore condiviso.

Anche questo processo ha finito per essere incoraggiato in vario modo dall'Unione, dando vita al nuovo capitolo della "finanza sostenibile".

La ragione è che i processi di riconversione dell'economia implicano trasformazioni costose. L'insufficienza degli strumenti di finanza pubblica ha dato così impulso alla tendenza a raccogliere sui

mercati finanziari risorse da convogliare verso la realizzazione di obiettivi di sostenibilità ambientale²².

Sull'argomento è intervenuta l'Unione europea, innanzitutto con il *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*²³, individuando tre obiettivi tra loro connessi:

a) Orientamento dei capitali verso investimenti sostenibili

Già l'Accordo di Parigi indica tra le sue finalità *l'organizzazione degli investimenti e dei flussi finanziari in modo da favorire uno sviluppo basato su ridotte emissioni di gas serra*. Non si tratta di un vero e proprio impegno, se non quello generico di organizzare un "flusso finanziario", ovvero di mettere in moto meccanismi di finanziamento pubblici, ma soprattutto privati.

In Europa, l'accento sulla necessità di creare "flussi finanziari" è posto dal Documento di Riflessione per l'Agenda 2030²⁴, che ha fatto seguito al Piano d'azione. Qui si dice espressamente che occorre rafforzare il ruolo della finanza come motore di sviluppo sostenibile e dell'azione di contrasto al cambiamento climatico, mettendosi in evidenza come la natura globale dei mercati finanziari potrebbe offrire grandi potenzialità per sostenere tutti i paesi nel loro percorso di transizione, rispondendo alle esigenze locali con fondi di finanziamento mondiali²⁵.

²² Tale è infatti il compito assegnato ai c.d. 'green bond', impiegati almeno dal 2007, in cui il capitale dell'investitore è ricompensato, oltre che dal tasso di interesse, dal beneficio (spesso, soprattutto per gli investitori istituzionali, di carattere reputazionale) rappresentato dal contributo dato al conseguimento di un obiettivo "green". Per tutti LAS CASAS, *Dai diritti di emissione alla finanza green. Le nuove frontiere e i limiti dei modelli privatistici per la tutela dell'ambiente*, Teoria e Critica Reg. Soc., di prossima pubblicazione.

²³ Doc. COM (2018) 97 def.

²⁴ *Reflection Paper – Towards a Sustainable Europe by 2030*, Doc. COM (2019) 22 final

²⁵ Testualmente, nel *Reflection paper* (p.32):

Poiché i paesi in via di sviluppo incontrano difficoltà soprattutto per accedere ai finanziamenti adeguati alle loro esigenze in termini di infrastrutture sostenibili ad efficienza energetica, la natura globale dei mercati finanziari potrebbe offrire grandi potenzialità per sostenere tutti i paesi nel loro percorso di transizione, ri-

Si dà così avvio ad un sistema di organizzazione della finanza sostenibile, attraverso una strategia e un'architettura internazionale coerenti (che veda protagonisti la Banca mondiale, l'OCSE, la banca europea per gli investimenti), basata su un sistema *Bottom up*, ovvero su iniziative provenienti da investimenti privati.

Nell'ottica della individuazione dei SRI (*Sustainable and Responsible Investment*²⁶) si attribuisce particolare rilievo ai cd. *ESG Rating*, ovvero alla valutazione delle scelte d'impresa legate ai fattori ambientali, sociali e di buon governo (*Environment, Society, Governance*);

b) La gestione dei rischi finanziari derivanti dal cambiamento climatico.

Tra i fattori da prendere in considerazione nelle scelte di investimento si attribuisce particolare attenzione anche alla valutazione dei rischi climatici. Ciò, soprattutto, in considerazione del fatto che, dopo la crisi economica del 2007/8, cresce il bisogno dei risparmiatori di affidarsi ad un sistema più resiliente agli shock sistemici, quali sono oggi i cambiamenti climatici

La *governance* aziendale è chiamata dunque a mostrare soluzioni che consentano di adeguare i modelli di business a orizzonti di medio lungo termine.

Più precisamente, il livello della comunicazione è duplice, riguardano l'Impatto dell'impresa sui cambiamenti climatici e l'Impatto

spondendo alle esigenze locali con fondi di finanziamento mondiali. Un allineamento degli strumenti e delle iniziative di finanziamento sostenibili tra le diverse giurisdizioni garantirebbe mercati compatibili per attività finanziarie sostenibili a livello transfrontaliero, realizzando economie di scala ed evitando la frammentazione. Ciò creerebbe nuove importanti opportunità di investimento per le imprese e il settore finanziario a livello mondiale.

²⁶ Cfr. il Testo elaborato nel 2013 dal Gruppo di Lavoro del Forum per la Finanza Sostenibile sulla *Definizione di Investimento Sostenibile e Responsabile*, in Europa Eurosif – Forum europeo della finanza sostenibile. in Italia c'è anche un Atlante SRI, cfr. il sito www.finanzaresponsabile.it.

dei cambiamenti climatici sull'impresa. Sotto il primo profilo, vengono in rilievo le informazioni che concernono, ad esempio, l'uso di combustibili fossili, l'energia impiegata, la destinazione dei prodotti finali. Sotto il secondo profilo, viene in considerazione il clima come fattore di rischio per l'attività d'impresa, con riferimento tanto ai rischi fisici (ad esempio dovuti all'impatto di fattori metereologici estremi), quanto ai cd. rischi di transizione (ovvero legati al passaggio ad un'economia a basse emissioni, ad esempio maggiori costi, rischi di mercato, ecc).

Attualmente, il *World Economic Forum* elabora ogni anno un *Report* dove sono indicati i maggiori rischi globali e, nell'ultimo decennio, prevalgono tra questi i cambiamenti climatici²⁷. Le informazioni relative al rischio climatico, inoltre, cominciano ad essere oggetto di importanti arresti giurisprudenziali, rubricati come "frode climatica"²⁸;

²⁷ Anche la BCE ha pubblicato un'analisi sul cambiamento climatico, concludendo nel senso che esso influisce negativamente sui bilanci delle istituzioni finanziarie e può essere rilevante per la stabilità finanziaria, in particolare se i mercati non calcolano correttamente i rischi correlati, cfr. www.eticasgr.com.

Tra le diverse iniziative si segnala, a titolo di esempio, il *Carbon Disclosure Project*, che ha stipulato un Protocollo d'Intesa con il Ministero dell'ambiente con l'intento di migliorare la *disclosure*. Il *Financial Stability Board* ed ha costituito una task Force con lo scopo di individuare i gap informativi circa i rischi finanziari indotti dai cambiamenti climatici e definire delle linee guida per la diffusione di questa informazioni a vantaggio degli investitori e di tutte le parti interessate.

Per ulteriori approfondimenti AMONE e PAREGLIO, *Le raccomandazioni della Task Force on Climate-related Financial Disclosure – analisi di scenario e impatti finanziari per le imprese*, Paper 04/2018 Fondazione Enrico Mattei

²⁸ Si fa, in particolare, riferimento al noto caso Exxon:

Il 24 Ottobre 2018, l'Avvocato Generale dello Stato di New York (Mrs. Barbara D. Underwood) ha citato in giudizio la società Exxon Mobil Corporation accusandola di aver attuato per anni uno schema fraudolento atto a trarre in inganno gli investitori in merito alla gestione da parte della società medesima dell'impatto provocato dalla normativa sui cambiamenti climatici sui propri affari economici.

Secondo la pubblica accusa, Exxon fornì per diversi anni assicurazioni, basate su dati non veritieri, sul fatto che stesse gestendo correttamente i rischi economici derivanti dalla tassazione ambientale applicabile ai propri investimenti.

Exxon è una nota società americana, con sedi in tutto il mondo, attiva in tutti i settori energetici, a partire dalla ricerca ed estrazione di petrolio e minerali (cd. *upstream*) alla raffinazione e distribuzione di carburante (*downstream*) nonché

c) Miglioramento della trasparenza delle attività economico finanziarie.

Il tema delle comunicazioni appare dunque fondamentale per realizzare tutti gli obiettivi evidenziati, a partire dall'utilizzazione di una tassonomia appropriata, che favorisca gli investimenti sostenibili. Senza informazioni sufficienti non sarà possibile per il settore finanziario operare un efficiente orientamento dei capitali verso investimenti capaci di produrre soluzioni alle crisi di sostenibilità, né di individuare e gestire efficacemente i rischi per gli investimenti che ne derivano.

Al riguardo, la Commissione europea ha prima pubblicato una Comunicazione *Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziari*, concernente in particolare le informazioni relative al clima²⁹. Ma è da recente intervenuta con strumenti normativi 'hard' (regolamenti) il cui *enforcement* è espressamente

presente nei settori della produzione chimica, produzione energetica ed estrazione, trasporto e vendita di gas naturale.

La società, nel corso degli anni, ha investito molte delle proprie risorse economiche e finanziarie nell'ambito di progetti di estrazione di petrolio e gas, essendo una delle poche principali società private presenti nel panorama industriale statunitense.

La Società è stata accusata di frode nella comunicazione agli investitori. Secondo l'accusa, infatti, la società ha fornito assicurazioni false e fuorvianti ai propri investitori in merito alla corretta gestione dei rischi economici alle quali le proprie attività erano esposti in ragione delle politiche sempre più stringenti relative ai cambiamenti climatici. In particolare, avrebbe fornito ai propri investitori un quadro più positivo dell'impatto fiscale sul suo 'business' per rendere più interessanti i propri investimenti (segnatamente, cercando di proteggere un importante investimento fatto nella zona di Aspen, in Canada, per un giacimento di petrolio estratto da sabbie bituminose. Tale giacimento risultava avere, sin dal suo inizio, un impatto ambientale molto elevato a causa del trattamento intensivo cui sottoporre le sabbie per estrarre la componente di petrolio e dell'elevato consumo di energia richiesto dal trattamento stesso).

La causa si è conclusa pochi mesi fa con la Sentenza n. 452044 del 12 Ottobre 2019 che non accoglie la tesi dell'accusa. Essa si segnala perché inizia con una pesante affermazione, secondo cui la stessa non assolve Exxon dalla propria responsabilità per aver contribuito al peggioramento delle condizioni climatiche attraverso l'emissione di gas serra derivanti dalle proprie attività industriali.

²⁹ Doc. C(2019) 4490 def.

affidato alle Autorità di vigilanza nazionali, per affrontare proprio gli aspetti critici del funzionamento della finanza verde finora rimasti affidati, nel mercato globale, all'autoregolazione e a conseguenze di carattere essenzialmente reputazionale. L'obiettivo, comune, è quello di prevenire il c.d. 'greenwashing' e incrementare la fiducia nel mercato della finanza sostenibile³⁰. In tale contesto, il primo regolamento prevede precisi obblighi di informazione sulla sostenibilità degli strumenti finanziari e in particolare sulle caratteristiche dei titoli qualificati come "sostenibili" dagli emittenti³¹; il secondo specifica i requisiti per la gestione e la composizione degli indici di riferimento che misurino il rendimento e la performance ambientale dei titoli 'verdi'³²; l'ultimo, infine, provvede a stabilire una classificazione ed a prevedere i requisiti degli investimenti legittimamente qualificabili come "ecosostenibili" ai sensi del diritto dell'Unione, con specifico riguardo al beneficio netto che l'attività economica ad

³⁰ Oggi, in Italia, i riflettori sono puntati sull'ENI, in seguito ad un Dossier presentato da Legambiente, che la accusa di non cambiare direzione di marcia o, per meglio dire, di non farlo in maniera del tutto coerente rispetto agli obiettivi di sostenibilità che dichiara di aver fatto propri. Il report rivela che "mentre tutto il mondo parla di cambiamenti climatici, di obiettivi di decarbonizzazione e di come sviluppare urgentemente azioni di adattamento e di mitigazione al surriscaldamento globale, l'ENI batte il suo record di produzione: 1,9 milioni di barili al giorno nel 2018, il numero più alto mai registrato dalla compagnia, (+5% di produzione rispetto al 2017)". I commenti sarcastici non sono mancati. Da www.sbilanciamoci.org: "ognuno si faccia il proprio giudizio, ma *social e green washing* sono ormai realtà molto diffuse in Italia e nel mondo. Di fronte al successo crescente e alla popolarità avanzante degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile c'è una corsa delle imprese (e non solo) ad accreditarsi come "sostenibili":

³¹ Regolamento 2019/2088/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari.

³² Regolamento 2019/2089/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica il regolamento 2016/1011/UE per quanto riguarda gli indici di riferimento UE di transizione climatica, gli indici di riferimento UE allineati con l'accordo di Parigi e le comunicazioni relative alla sostenibilità per gli indici di riferimento.

essi sottostante apporta al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile³³.

In definitiva, la scelta di far transitare il settore finanziario verso la sostenibilità risponde sempre alla medesima logica: sostenere la transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio, resiliente rispetto al clima. Si tratta di obiettivi importanti i cui benefici sono evidenti e che devono senz'altro essere salutati con favore. Peraltro, l'Unione europea sta svolgendo un ruolo da leader anche in questo settore, intervenendo con strumenti di regolazione che proteggono gli investitori e rafforzando la sicurezza dell'intero mercato.

Ma si tratta, ancora una volta, di trasformazioni che si inscrivono entro la logica del sistema, in cui la sostenibilità funge da nuovo input, verso il quale orientare il mondo della finanza e degli investimenti.

5. Cambiamenti climatici e tutela della persona: il nuovo capitolo della "giustizia climatica".

Se, dunque, per i mercati anche i cambiamenti climatici possono divenire un'opportunità da cogliere, per stimolare trasformazioni vincenti sotto il profilo competitivo, analoghi vantaggi non sono riscontrabili per chi è già vittima degli sconvolgimenti in atto, soprattutto laddove si tratti di soggetti più fragili.

Come si è detto, le conseguenze dei fenomeni meteorologici estremi, dello scioglimento delle calotte polari e dei ghiacci perenni, dell'aumento della siccità sono già ben visibili e, come spesso accade, lo sono ancor di più in alcuni paesi già sofferenti o per alcune comunità che vivono più a stretto contatto con i ritmi della natura.

Più in generale, anche nei paesi industrializzati (e, soprattutto, negli Stati Uniti), in ragione di una rappresentazione collettiva che tende a descrivere scenari apocalittici³⁴, i cambiamenti climatici

³³ Regolamento 2020/852/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento 2019/2088/UE.

³⁴ Tanto per fare un esempio, nel 2019 è stato pubblicato un libro che amplia le riflessioni già contenute in un articolo pubblicato qualche anno prima sul New

sono già sono causa di vere e proprie patologie: *climate despair*, disturbi fisici e psichici che attengono alla difficoltà di affrontare il quotidiano in seguito a quelle che vengono considerate le prime manifestazioni di un cambiamento epocale in atto.

In questo contesto, emergono nuove istanze di tutela provenienti “dal basso”. Ciò, a partire dalla considerazione per cui i cambiamenti climatici rappresentano l’incarnazione degli errori di un’intera epoca di industrializzazione galoppante (dimentichi dei benefici che la stessa ha apportato)³⁵ o, in ogni caso, come qualcosa che reclama giustizia, specialmente laddove si tratta di dar voce a chi non si sente sufficientemente tutelato dalle strategie adottate dai propri governi o a quelle popolazioni che, ancor prima dei cambiamenti climatici, sono vittime dell’attuale modello di crescita.

Nasce, così, il nuovo capitolo della *Giustizia Climatica*. Esso, invero, si presenta come un contenitore assai ampio, che comprende al suo interno anche le richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato ai cd. migranti climatici³⁶, o le azioni di responsabilità degli Stati per i danni prodotti sul piano transnazionale³⁷.

In queste pagine, si farà più specifico riferimento solo ad alcune tipologie di azioni, secondo l’ordine che segue.

6. *Le emissioni di gas serra: una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio d’impresa?*

Talvolta si tratta di vere e proprie azioni di responsabilità (si parla di *Tort Law Approach in Climate Litigation*), ovvero di azioni di danno che chiamano in causa la tecnica riparatoria, col suo bagaglio di promesse in termini di prevenzione e redistribuzione del rischio.

York Magazine da David Wallace-Wells, dal titolo *The Uninhabitable Earth*. Diventato in breve un best seller, tratteggia gli scenari di un’apocalisse a cui l’umanità è destinata ad andare incontro a causa della crisi climatica.

³⁵ Basti citare uno degli ultimi libri-inchiesta GRASSO e VERGINE, *Tutte le colpe dei petrolieri. Come le grandi compagnie ci hanno portato sull’orlo del collasso climatico*, Firenze, 2020.

³⁶ In questi termini un caso della Nuova Zelanda che ha avuto molta eco nel mondo, cfr. BUCHANAN, *New Zealand: “Climate Change Refugee” Case Overview*, 2015, www.loc.gov.

³⁷ Per una panoramica MALJEAN e DUBOIS, *Climate change litigation*, *Max Planck Encyclopedia of Procedural Law*, 2019.

Sono soprattutto gli Stati Uniti a fare da apripista. E tanto basta per evocare la forte similitudine che il tema presenta con altri importanti capitoli della responsabilità d'impresa, di cui gli Stati Uniti sono stati precursori.

Il riferimento è alle grandi azioni legali condotte nei confronti delle multinazionali del tabacco (ma poi anche nei confronti dei produttori di amianto, e via dicendo).

In alcuni casi, come si ricorderà, quelle azioni (spesso condotte in forma di *public nuisance*) si sono concluse con transazioni dai costi esorbitanti, attraverso le quali sono state finanziate le stesse campagne antifumo³⁸.

È con quello stesso spirito che oggi si guarda ai cambiamenti climatici e alla responsabilità delle imprese che, *consapevoli* delle conseguenze prodotte dalle loro emissioni di gas serra, avrebbero contribuito al riscaldamento globale³⁹.

D'altra parte, i cambiamenti climatici costano⁴⁰. Costano alla società in termini di disagio ma costano anche agli Stati, in termini di spesa pubblica. Nell'ambito dei paesi industrializzati, sono soprattutto gli Stati Uniti a doversi ogni anno misurare col costo di calamità naturali, quali uragani e siccità, che negli ultimi anni si sono intensificati.

Un esempio assai significativo, nella direzione indicata, è l'azione intrapresa da *Rhode Island v. Chevron Corp.* (2018). Lo Stato di Rhode Island (che è quasi integralmente sulla costa, quindi

³⁸ Si fa all'ormai noto *Master Settlement Agreement*, accordo di transazione raggiunto tra i Ministri della Giustizia di 46 Stati americani e le cinque maggiori compagnie del tabacco in America, che ha cambiato radicalmente l'industria del tabacco. In quel caso, vi era a monte un'azione di per i danni cagionati dal fumo alla salute pubblica.

³⁹ *Climate change litigation: A new class of action*, www.whitecase.com (2018); *Fossil Fuel on Trial. Where the Major Climate Change Lawsuits Stand Today*, in www.insideclimatenews.org; *Climate Change litigation update*, www.nortonsefulbright.com; *Irfan, Pay attention to the growing wave of climate change lawsuits*, www.vox.com (2019)

⁴⁰ Anche in Italia, ad esempio, il rapporto emesso dall'Agenzia Ambientale europea (AEA) per il periodo 1980-2016 stima che l'Italia abbia subito danni per 64,9 miliardi di euro a causa di eventi climatici estremi.

risente particolarmente delle conseguenze dell'innalzamento del livello del mare) ha agito contro 21 società petrolifere per i disagi "che ha già sperimentato e che continuerà a sperimentare nel futuro".

Nella specie, va detto che alcune imprese avevano avanzato specifiche richieste di finanziamento pubblico, per l'implementazione di piani di adattamento/mitigazione ai cambiamenti climatici. Dunque l'azione legale, ancora non definita nel merito, acquista particolare rilievo al fine di stabilire su chi debbano gravare i relativi costi⁴¹.

Impostata in questi termini, la questione ripropone un tema classico, sia pur riferito ad un ambito a dir poco sorprendente, che chiama in causa quei preziosi insegnamenti che autorevoli Maestri ci hanno tramandato, in materia di responsabilità per rischio d'impresa e costo degli incidenti⁴².

In linea teorica, i presupposti del ragionamento sembrano esserci tutti.

Le emissioni di gas serra rappresentano il rischio, in termini di riscaldamento globale del pianeta, che le imprese introducono in società. Quel rischio non può essere del tutto eliminato, perché il nostro sistema produttivo si basa ancora prevalentemente su fonti energetiche non rinnovabili. Ecco allora che il risarcimento del danno, quale strumento che consente l'internalizzazione dei costi, può fungere da meccanismo incentivante per favorire il passaggio ad una *economia verde*, spingendo le imprese verso l'adozione di nuove tecnologie o ponendole fuori dal mercato se incapaci di assorbire il costo che generano.

Ciò è tanto più utile in un sistema in cui il *public regulator* non sembra volersi fare carico delle scelte necessarie alla riconversione.

Com'è noto, gli Stati Uniti non hanno nemmeno ratificato nemmeno il protocollo di Kyoto. L'impostazione seguita già allora (e poi ripresa dall'amministrazione Trump, che ha preso le distanze

⁴¹ Non vi è ancora una decisione sul merito (una prima pronuncia ha affrontato solo una preliminare questione di giurisdizione ritenendo che competente sia la corte statale e non federale) – cfr. www.climateliabilitynews.org Altri casi sono riferiti da MERRILL, *Global Warming as a Public Nuisance*, 30 *Colum.J.Envir.Law*, 2005, p. 293.

⁴² È ovvio il riferimento a Pietro Trimarchi e Guido Calabresi.

dall'Accordo di Parigi) è nel senso che la riduzione delle emissioni ad effetto serra non possa avvenire a scapito dello sviluppo economico. Così, al sistema delle riduzioni obbligatorie, adottato da tutti gli Stati secondo un calendario condiviso a livello internazionale, si preferisce un sistema di volontaria autoregolamentazione da parte delle industrie, favorita da un'azione persuasiva delle autorità politiche nazionali⁴³.

In quest'ottica, ben si comprende come persuasive possano essere considerate anche le sentenze di condanna dei giudici, magari corredate da danni punitivi.

Una simile impostazione deve però fare i conti con la più banale delle osservazioni.

È molto difficile mettere in correlazione uno qualsiasi dei possibili effetti dei cambiamenti climatici con la condotta di una specifica impresa. E non solo per la più generale incertezza in ordine al contributo dell'azione dell'uomo sul clima (che, pure, assume un suo peso specifico, poiché un conto è imporre al *public regulator* di agire in base al principio di precauzione, un altro è ritenere che lo stesso atteggiamento prudenziale possa essere alla base delle determinazioni dei giudici). Ma, soprattutto, perché non siamo in presenza di "un incidente". I cambiamenti climatici sono le conseguenze di un processo di industrializzazione che si è stratificato nel tempo ed in cui altre cause esterne all'attività d'impresa, quali il disboscamento o altre forme di riduzione delle fonti di assorbimento di anidride carbonica, concorrono al riscaldamento globale.

Ciò non di meno, i sostenitori più accaniti del *private enforcement* non temono affatto questo genere di obiezioni. Si suggerisce, infatti, di attribuire maggiore credibilità agli studi scientifici che, dal canto loro, diventano più sofisticati, pubblicando dati sempre più precisi sul contributo, in termini di emissioni di gas serra, delle principali imprese presenti sul mercato⁴⁴. Se si rientra nella lista, sarà poi più

⁴³ Si registra, attualmente, un acceso dibattito condotto in termini analisi economica del diritto, in cui si discute anche di "trattato internazionale ottimale". Il dibattito è stato avviato a partire dalla pubblicazione di POSNER e WEISBACH, *Climate Change Justice*, Princeton University Press, 2015.

⁴⁴ È questa, ad esempio, l'analisi condotta dal *Climate Accountability Institute*. Ne fornisce un riscontro l'articolo *Clima, ecco le 20 aziende che producono un*

che sufficiente procedere ad una valutazione in termini di *proximate causality* (grosso modo corrispondente all'idea del "più probabile che non").

Non so se si andrà realmente avanti in questa direzione. Ma, se così fosse, davvero nulla di nuovo sotto il sole: anche di fronte a problemi planetari si continua a ragionare in termini di gestione di un rischio (d'impresa) che finisce (eventualmente anche per il tramite del meccanismo assicurativo) per essere inglobato nel metabolismo economico.

7. Cambiamenti climatici e violazione dei diritti dell'uomo.

Maggiore interesse rivestono altre istanze di tutela, in cui l'accesso alla giustizia rivela un bisogno di protezione, a partire da quelle che sono considerate le più basilari esigenze vitali. I cambiamenti climatici, infatti, chiamano in causa il concetto di habitat dell'uomo e di tutto il complesso delle condizioni esterne che consente la migliore sopravvivenza della stessa specie umana.

Nella prospettiva indicata, ha suscitato molto clamore, in senso positivo, una recente decisione (2019) della Commissione sui Diritti Umani delle Filippine che, in risposta ad una petizione popolare avanzata contro un elevato numero di imprese (tra cui le italiane Eni e Italcementi) ha riconosciuto la responsabilità di queste ultime per l'impatto delle loro attività sul clima e per la conseguente violazione dei diritti umani della popolazione locale⁴⁵.

Le Filippine, com'è noto, negli ultimi anni sono state colpite da fenomeni meteorologici estremi, che hanno determinato anche un elevato numero di perdite umane. Si tratta, infatti, del paese asiatico tra i più colpiti, per la sua conformazione geografica e per la sua

terzo delle emissioni mondiali, pubblicato in Italia sul sito www.ilsole24ore.com, con tanto di tabella in cui compaiono, ai primi posti, la compagnia nazionale saudita Aramco, la multinazionale statunitense Chevron, la russa Gazprom, la Exxon. In Europa, troviamo in graduatoria la francese Total, con un 17° posto. Sul tema cfr. il *Carbon Major Study*, in www.climateaccountability.org.

⁴⁵ Cfr. *National Inquiry on Climate Change, Commission of Human Rights, Republic of the Philippines*, www.chr.gov.ph Circa l'eco che la decisione ha ricevuto nel nostro paese cfr. *Filippine: Eni e Italcementi accusate di violazione di diritti umani legate ai cambiamenti climatici*, 2016, cfr. www.greenreport.it, ma anche www.ilfattoquotidiano.it.

ubicazione in zona equatoriale. Allo stesso tempo, si tratta di un paese molto povero, che non produce emissioni, ma subisce gli effetti di quelle prodotte dal mondo industrializzato, che sfrutta i giacimenti fossili esistenti a proprio vantaggio.

È di tutta evidenza come, in questo come in altri casi simili⁴⁶, l'espressione Giustizia Climatica assume un significato assai proprio.

Non è, quella della Commissione filippina, la prima decisione di questo tipo.

Nello scenario globale, già in altre occasioni (che ancora, tuttavia, si contano sulle dita di una mano) è stata riconosciuta la responsabilità delle grandi multinazionali per i danni prodotti alle comunità locali. È il caso, ad esempio, del popolo degli Ogoni (Nigeria), riconosciuta dalla Commissione africana dei diritti dell'uomo vittima delle multinazionali petrolifere che, incuranti delle loro esigenze più elementari, hanno sottratto consistenti pozioni di terra fertile per destinarle all'apertura di nuovi pozzi petroliferi⁴⁷.

La stessa cosa accade con i cambiamenti climatici, considerati l'emblema, l'incarnazione ultima e definitiva, degli errori di un modello di industrializzazione che ha prosperato incurante dei propri saccheggi e dei propri soprusi⁴⁸.

Sulla base delle medesime premesse un'altra comunità indigena dell'Artico ha di recente presentato una nuova petizione (alla Commissione Inter-Americana dei diritti umani), per le minacce che i

⁴⁶ Qualche anno prima (2012) una simile azione di danno era stata esercitata da una comunità di nativi di un'isola dell'Alaska che, lamentando il pregiudizio ad essa derivante dall'erosione della costa in seguito all'innalzamento del livello dei mari, ha chiamato in giudizio una multinazionale del petrolio (*Kivalina v. ExxonMobil Corp.*). La richiesta è stata respinta, poiché la corte non ha ritenuto dimostrato il nesso causale ed ha inoltre reputato trattarsi di un'azione politica, da non poter essere discussa in sede giudiziaria. Cfr. *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.: The End of "climate change" tort litigation?*, in www.americanbar.org.

⁴⁷ Si veda, per tutti, MARCHISIO, *Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli*, in *Dizionario dei diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Torino, vol. I, 2007, p. 114.

⁴⁸ Non può mancare un riferimento al bel libro di MATTEI e NADER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Firenze, 2010.

cambiamenti climatici rappresentano ai suoi più elementari diritti alla vita, alla proprietà (intesa come diritto ad occupare stanzialmente le terre tramandate dai loro avi), al mantenimento delle proprie tradizioni culturali. Ed in effetti, si tratta di una petizione di estremo interesse che documenta, anche attraverso immagini, l'inestricabile collegamento tra il popolo e il suo territorio e l'incedere di una nuova realtà che sta irrimediabilmente compromettendo persino le loro più basilari esigenze⁴⁹.

Come si è visto, si tratta fin qui di iniziative condotte innanzi a Corti internazionali a tutela dei diritti umani. Corti che, ciascuna con le proprie peculiarità dal punto di vista sostanziale e procedurale, non si occupano di "allocazione dei costi", ma del riconoscimento della violazione dei diritti dell'uomo che assume, spesso, soprattutto un valore simbolico dal punto di vista delle ricadute concrete, ma assai significativo sul piano dell'individuazione dei limiti all'azione dei poteri pubblici (o privati).

Quel che però sta accadendo è che simili azioni, in più parti del mondo, cominciano ad essere condotte innanzi a vere e proprie aule di tribunali sotto forma di azioni di danno.

Un esempio, per tutti: un agricoltore peruviano (nel 2015) ha chiamato in giudizio una società tedesca (RWE, produttrice di energia elettrica in quel territorio), lamentando il danno che le emissioni di gas serra, sotto forma di frequenti precipitazioni, avrebbero cagionato alla propria persona, alla propria famiglia, al proprio diritto di proprietà sulla terra (destinata alla coltivazione), oltre che all'intera comunità cittadina.

In primo grado il Tribunale di Essen (dove ha la sede legale la società) ha respinto senza indugio la richiesta, essenzialmente in ragione dell'impossibilità di dimostrare il nesso causale tra i pregiudizi

⁴⁹ *Petition to the Inter-American Commission on Human Rights seeking relief from violations of the Rights of Artic Athabaskan Peoples resulting from Rapid warming and Melting caused by emissions of black carbon by Canada*, Doc. disponibile nel sito www.law.columbia.edu. Sul tema GOLDBERG e WAGNER, *Petitioning for Adverse Impacts of Global Warming in the Inter-American Human Rights System*, in *Climate Change. Five years after Kyoto*, Science Publishers, Inc., 2004; QUIRICO e BOUMGHAR, *Climate Change and Human Rights*, Routledge, 2016.

lamentati e le emissioni nocive. Tuttavia, nel secondo grado di giudizio, la corte ha manifestato una certa apertura, annullando la decisione di primo grado, considerando possibilistica l'ipotesi di una responsabilità d'impresa per cambiamenti climatici, nominando una commissione di esperti e chiedendo alle competenti autorità peruviane maggiori ragguagli in ordine alle condizioni climatiche dei luoghi⁵⁰. A tutt'oggi, la causa non è stata decisa nel merito.

8. *Cambiamenti climatici e responsabilità degli Stati.*

Il trend evolutivo da ultimo descritto ha finito per spingersi anche in una direzione diversa. La premessa consiste nel vedere nei danni causati dai cambiamenti climatici non già (o non solo) un fallimento del mercato, quanto piuttosto un "fallimento delle istituzioni", che non affrontano adeguatamente la situazione con le opportune misure di contrasto.

Ed è così che gli Stati finiscono nelle aule dei Tribunali!

L'esempio più famoso e ormai ampiamente commentato è quello olandese⁵¹. La *Urgenda Foundation* (un ente impegnato nello sviluppo sostenibile) e un gruppo di 900 cittadini hanno agito contro il governo olandese, chiedendo ai giudici di obbligare le autorità statali ad una seria riduzione delle emissioni di gas serra (oltre i risultati già raggiunti e nel rispetto delle indicazioni fornite dall'IPCC). I giudici hanno dato seguito a tale richiesta, basando la loro decisione sugli artt. 2 e 8 CEDU, oltre che sugli obblighi di protezione sanciti dal codice civile olandese⁵².

La pronuncia è stata confermata in Appello⁵³. La Corte ha in parte modificato le argomentazioni a sostegno. Ha respinto il fondamento dell'azione negli artt. 2 e 8 della CEDU (perché non danno accesso

⁵⁰ *Saul versus RWE – The Huaraz Case*, ampio riscontro nel sito www.german-watch.org_ma, come si è detto, di analoghe iniziative si ha notizia, anche attraverso i media, in tante altre parti del mondo.

⁵¹ Per tutti BANG e HOLLE, *Making legal History: State Liability for Negligence in Climate Change*, *European Public Law*, 2020, p. 45.

⁵² *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*. Tra i tanti commenti P.COX, *The Decision of the Hague District Court in the climate case Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands*, *Journal of Planning&Env.L.*, 2016.

⁵³ Cfr. QUIRICO e BOUNGHAR, *op. cit.*

alla giurisdizione interna), ma ha condiviso l'idea di fondo in ordine al rapporto tra diritti umani e cambiamenti climatici ed agli obblighi di protezione gravanti sugli Stati. Più precisamente, alla base del ragionamento c'è, da un lato, il convincimento di dover prendere sul serio gli impegni assunti dagli Stati sul piano internazionale; dall'altro, la consapevolezza che quegli obblighi siano funzionali alla tutela dei diritti umani e dunque espressione di un più generale dovere di protezione che incombe sugli Stati.

Sulla base di tali premesse, i giudici olandesi hanno "invitato" il governo olandese a ridurre le emissioni di gas serra di almeno il 25% (un livello significativamente superiore rispetto a quello fino ad allora raggiunto).

Infine, anche la Suprema Corte olandese ha avallato tale lettura ritenendo, in particolare, che ad essa non si frappone il principio di separazione dei poteri, poiché attraverso l'*order* dell'autorità giudiziaria si impone allo Stato di fare di più, senza entrare nel merito dei provvedimenti da adottare⁵⁴.

La pronuncia olandese è a tutt'oggi un caso isolato. Ma sono pendenti nel mondo numerose azioni legali che, allo stesso modo, rivendicano nei confronti dei rispettivi governi misure di intervento più stringenti.

Nel 2015 in *Juliana vs. United States of America*, 21 giovani hanno chiamato in causa il governo statunitense lamentando il fatto che avrebbe fallito nel proteggere la loro vita, la loro libertà, la loro proprietà, continuando a consentire l'uso di carburanti fossili nonostante fossero note le conseguenze. Non è casuale che l'azione sia stata intrapresa da giovani (*Juliana* è l'equivalente della "nostra" *Greta*), a dimostrazione del fatto che la questione investe le sorti delle generazioni future⁵⁵.

Nel 2017, in Irlanda, è la volta dei *Friends of the Irish Environment*, sempre sul presupposto che il governo irlandese non avesse fatto abbastanza e che il Piano nazionale per la riduzione dei cambiamenti climatici non proteggesse in maniera adeguata le generazioni presenti e future. Il caso è stato discusso davanti alla *High*

⁵⁴ Cfr. *Climate Changee diritti umani: il caso Urgenda*, www.iusinitinere.it

⁵⁵ www.ourchildrentrust.org

Court of Dublin nel gennaio di quest'anno e la decisione è stata, stavolta, a favore del governo⁵⁶. Nella specie, la Corte non ha ritenuto che le misure adottate dal Governo fossero inadeguate. Ma, al di là dell'esito, è già significativo il fatto che sia entrata nel merito della questione, sindacando l'azione governativa.

È poi la volta della Francia, con l'iniziativa ancora pendente *Climat: stop a l'inaction, demandons justice!*⁵⁷

Ed infine dell'Italia. La modalità è identica in tutti i casi riferiti. Si tratta di una petizione *on line*, stavolta col nome altisonante di *Giudizio universale*⁵⁸. Si invoca “giustizia climatica”, ovvero “giustizia per i danni apportati al sistema climatico globale”, ed a fondamento dell'azione si pone, come sempre, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza tra i popoli e le generazioni, il riconoscimento delle responsabilità storiche per la distruzione climatica e ambientale⁵⁹.

9. (segue) *Un'azione legale contro l'Europa!*

Ed è infine toccato all'Unione europea. Nonostante, come si è visto, sia da tempo impegnata sul fronte della lotta ai cambiamenti climatici, è stata anch'essa chiamata a rispondere del suo operato, ritenuto inadeguato. In *Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council* (2018), il sig. Armando Carvalho e altre 36 persone, che operano tutte nel settore agricolo o turistico, appartenenti a famiglie di vari paesi dell'Unione europea e del resto del mondo (residenti in Portogallo, Germania, Francia, Italia, Romania, ma anche Kenya and Fiji) e l'Associazione svedese Sáminuorra, hanno agito davanti alla Corte di Giustizia per chiedere all'UE di intensificare gli sforzi per la riduzione delle emissioni di anidride carbonica. Del tutto irrilevante è la circostanza che l'Europa sia stata non solo parte ma protagonista dell'Accordo di

⁵⁶ www.climatecaseireland.ie

⁵⁷ www.laffairedusiecle.net

⁵⁸ www.giudiziouniversale.eu

⁵⁹ Dai media si ha notizia di analoghe azioni portate avanti nel mondo, dall'Australia, al Pakistan, alla Nigeria. Per una panoramica BLENNERHASSETT, *A comparative Examination of Multi-Party Actions. The case of Environmental Mass Harm*, Hart Publishing, 2016.

Parigi. Anzi, proprio questo ha fornito argomento da cui far derivare dei precisi doveri di azione.

Si è così agito, ex art. 263 TFUE, per invalidare alcune direttive europee (il pacchetto clima sopra menzionato) considerate poco stringenti rispetto agli impegni assunti sul piano internazionale, ma invocando anche la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni europee, ex art. 340 TFUE, per la violazione dei diritti (alla vita, all'integrità della persona, al benessere dei bambini, al lavoro in condizioni di sicurezza, alla libertà d'impresa, alla proprietà, a un trattamento equo) riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Alla Corte è stata chiesta la condanna delle istituzioni europee al risarcimento dei danni, ma sotto forma di risarcimento in forma specifica, ovvero attraverso l'emanazione di un *order*, per ottenere l'adozione di provvedimenti più stringenti.

Gli attori sono per lo più agricoltori ed operatori turistici (lo è anche la famiglia Elter, valdostana, che ha preso parte all'iniziativa), che lamentano il pregiudizio causato dai cambiamenti climatici alla loro attività lavorativa. Ma è parte del giudizio anche una comunità indigena (la comunità svedese Saami), dedita da millenni all'allevamento della renna, che lamenta il danno alla propria identità culturale ed alle proprie più elementari esigenze di sostentamento.

La Corte ha respinto l'azione sotto tutti i profili indicati.

Con riferimento alla richiesta di annullamento delle direttive europee, essa ha richiamato la propria precedente giurisprudenza (notoriamente, sul punto, molto restrittiva⁶⁰) ed ha ritenuto non soddisfatti i presupposti dell'incidenza delle direttive impugnate su un interesse *diretto ed individuale* dei ricorrenti (ex art. 263 TFUE).

A partire da tale premessa, la Corte ha respinto anche l'azione di danno senza nemmeno soffermarsi sui suoi (eventuali) presupposti, ma unicamente in quanto in concreto finalizzata da ottenere quel medesimo risultato precluso dalla prima impugnazione (l'annullamento delle direttive).

⁶⁰ Seguendo il cd. "criterio Plaumann", sul quale si rinvia a N.DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Cedam, 2016.

Attualmente, è pendente il ricorso presentato dalle parti soccombenti, sotto entrambi i profili indicati⁶¹.

10. *Qualche considerazione conclusiva.*

Poco importa conoscere la fine della storia che, presumibilmente, si risolverà in un nulla di fatto. Ma ad assumere rilevanza è, in sé, il trend che ha preso piede e, soprattutto, la circostanza che abbia già condotto, in Europa, ad un'esperienza di successo.

Cosa dire? Sembra davvero potersi parlare, stavolta, di una *metamorfosi* (“*ciò che prima veniva escluso a priori, perché totalmente inconcepibile, oggi accade*”), in una direzione che, con ogni probabilità, nemmeno il sociologo tedesco aveva ipotizzato.

Ma se non ci si lascia suggestionare dal risultato – che, pure, è stato significativo, poiché pare che il governo olandese, ancor prima che il caso giungesse innanzi alla Suprema Corte, abbia avviato una seria revisione delle sue politiche climatiche, al punto da divenire, oggi, una delle esperienze leader in ambito europeo – non può non apparire evidente come anche dietro tali trasformazioni si nascondano delle insidie.

Il riscaldamento globale, come si è detto, evoca scenari apocalittici ed il convincimento diffuso è che non si stia facendo abbastanza. D'altra parte, il timore è che gli stessi decisori siano in balia di altri attori globali, quali le multinazionali, le banche d'investimento e tutto ciò che sappiamo essere una sorta di regia occulta, nelle decisioni che riguardano il sistema economico.

Ma il punto è proprio questo.

Come ha in più di un'occasione evidenziato anche il nostro Onorato, quella regia occulta ha già inflitto numerose stilette al nostro assetto costituzionale⁶².

Non è auspicabile che, a partire da una comprensibile esigenza di tutela, si invochi un principio di effettività che trascende i principi dello stato di diritto e di separazione dei poteri. L'inevitabile conseguenza sarà che il compito di produrre il diritto non spetta più alla

⁶¹ Tribunale, Sez. II, 8 maggio 2019, causa T – 330/18, curia.europa.eu.

⁶² VETTORI, *Il tempo dei diritti*, RTDPC, 2014, p. 881 e soprattutto *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, RTDPC, 2018, p. 939.

legge, ma al giudice: a quest'ultimo è dato di fare quel che il diritto non è più in grado di fare, ossia scegliere la soluzione più giusta, indicare la strada più adeguata, rappresentare la via della ragionevolezza. Ne esce in tal modo completamente oscurato il primato della legalità e, di contro, ad essere rafforzato è un processo di delegittimazione delle istituzioni, in cui non ci sono più regole e, nel lungo periodo, non sarà più possibile discernere la possibile traiettoria del caos.

A dispetto delle buone intenzioni, che certamente avranno i movimenti d'opinione a sostegno dei diritti umani e della lotta contro i cambiamenti climatici, si finisce in tal modo con l'avvalorare quell'ondata di antipolitica e di populismo che sta già infettando la nostra democrazia.

Ed allora, proprio a partire dai cambiamenti climatici, sarebbe auspicabile un'altra trasformazione: riappropriarsi dell'idea che esistono diritti (tra i quali, certamente, il supposto *diritto al clima* che, pure, viene ad essere sempre più spesso evocato⁶³) rispetto ai quali lo Stato e i suoi apparati non debbano essere considerati la minaccia più incombente, ma il tramite per la loro realizzazione.

⁶³ Così ad esempio il *Global Network for the Study of Human Rights and the Environment* (GNHRE), che ha stilato una vera e propria Dichiarazione sui Diritti Umani e sui Cambiamenti Climatici, proprio allo scopo di fornire una base di riferimento per la Giustizia Climatica. Essa riconosce (tra le tante altre cose, in termini di diritti di azione, di informazione, ecc.) anche un "diritto al clima". Cfr. www.gnhre.org

EDOARDO MESSINEO
Assegnista di ricerca in diritto privato
Università di Palermo

FENOMENOLOGIA DELLA GESTAZIONE PER ALTRI. APPUNTI PER UN APPROCCIO RIMEDIALE

“L’uomo ha in comune con molti animali il richiamo, ma il rivolgere la parola è essenzialmente umano, e il rivolgere la parola si fonda sul fatto di porre e riconoscere l’autonoma alterità dell’altro con il quale, proprio per questo motivo, si è in relazione, interrogando e rispondendo”.

(BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, Milano, 2014)

SOMMARIO: 1. La complicatezza del fenomeno della gestazione per altri. – 2. Il quadro normativo nazionale: il divieto previsto dall’art.12 comma 6 della l. 40/2004. – 3. Il discorso della giurisprudenza. – 3.1. L’argomento della tutela dell’ordine pubblico. – 3.2. L’argomento della tutela della dignità della donna. – 3.3. Il diritto del nato ad avere due genitori di sesso diverso. – 4. La rilevanza del preminente interesse del minore. – 4.1. La spinta propulsiva della disciplina della filiazione. – 4.2. La natura giuridica del preminente interesse del minore: principio, clausola generale o regola? – 4.3. L’emersione delle c.d. figure sintomatiche del preminente interesse del minore. – 5. Per un approccio rimediale alla fenomenologia della gestazione per altri.

1. *La complicatezza del fenomeno della gestazione per altri.*

Si pensi per un momento di poter ricostruire il monumento simbolo della Grecia classica: il Partenone. Si soffermi lo sguardo sul frontone. Appare un complesso scultoreo. Ai lati i carri di *Helios* e *Selene* raffigurano il tempo: l’orizzonte storico in cui si svolge la

vicenda che il *polites* ateniese si appresta ad osservare. Al centro la narrazione di una nascita. Dalla testa di *Zeus* viene generata *Athena*, coronata dell'aureo elmo.

La vicenda mitologica appare irrilevante agli occhi del giurista. Sembra non esserci una realtà oggetto di possibile conoscenza eppure “la coscienza mitica non *inferisce* dall'apparenza all'essenza, essa possiede, *ha* in sé l'essenza”¹.

L'essenza è rappresentata da un conflitto che nasce dall'asimmetria che la natura determina fra uomo e donna nel processo generativo. I miti della nascita rappresentano una modalità attraverso la quale il pensiero classico traduce in immagini archetipiche la frustrazione della differenza.

E così da una parte Zeus fa nascere dalla sua testa *Athena* e dalla sua coscia *Dioniso*. Dall'altra *Hera*, sua sposa, genera da sola *Ares*, *Efesto*, *Hebe* e *Tifone*. Il mito giunge alle sue più crude conseguenze con il rito delle *Tesmoforie* che si è sostenuto rappresenta una “ginocrazia riconosciuta e assai temuta”².

La contemporaneità, innervata dal rapporto fra uomo e tecnica, non si distanzia oramai tanto dalle figure mitologiche che si sono rappresentate. La divaricazione fra procreazione e sessualità, resa possibile dalle innovazioni della scienza medica, conduce lo studioso del diritto a doversi confrontare con temi che egli credeva fossero risolti dalla trasparenza del mondo della natura. La spontaneità, per così dire, dell'atto procreativo sembrava al riparo dall'istinto tecnicizzante dell'uomo.

Il presente scritto ha ad oggetto l'indagine relativa alle questioni di diritto positivo che si pongono in relazione all'attribuzione della genitorialità in capo al minore nato attraverso una particolare tecnica di procreazione medicalmente assistita che è rappresentata dalla gestazione per altri.

¹ CASSIRER, *La filosofia delle forme simboliche*, vol. II, in *Il pensiero mitico*, 1964, p.120.

² DETIENNE, *Les Danaïdes entre elles*, in *L'écriture d'Orphée*, Paris, Gallimard, 1989, p. 57.

La genitorialità nella società postmoderna³ rappresenta un luogo privilegiato per guardare al rapporto fra diritto e tecnica⁴. Le

³ Quanto alla ricostruzione della vicenda post-moderna si vedano fra gli altri LYOTARD, *La condizione post moderna*, trad. it. Carlo Formenti, Milano, 1981; VATTIMO e ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 1983; HEIDEGGER, *Oramai solo un Dio ci può salvare*, a cura di Alfredo Marini, Parma, 1987. L'età del post moderno viene colta come luogo della possibilità in PUNZI, *Interpretazio Consilium Inventio, Il notaio e le macchine nell'era della post-verità*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Biblioteca della fondazione italiana del notariato, 2018, 2, p. 323 e ss.; negli stessi termini ABBIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2017, in particolare p. 85 ss.

⁴ In merito al rapporto fra tecnica e riproduzione si veda COLLURA, *La famiglia degli affetti*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2018; RODOTÀ, *Diritti della persona strumenti di controllo e nuove tecnologie riproduttive*, in Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova, 1989, p. 138 e ss.; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p.144; ID., *Diritto, scienza, tecnologia, modelli e scelte di regolamentazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p.357; FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova 1999, p. 123 e ss.; GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 200 e ss. Interessanti le notazioni dell'A. quanto ad una prospettiva che reagisca all' "orizzonte culturale tecnocratico" per cui "la discussione si sposta allora sul criterio di senso e di valore idoneo a costituire un freno alla vocazione assoluta della tecnica. Nella Lettera enciclica «Caritas in veritate» si invita a contrastare il puro fare tecnico centrato su se stesso attraverso la responsabilità etica dell'uso della tecnica, la coerenza morale e la promozione della dignità dell'uomo". Quanto al più ampio rapporto fra diritto e tecnica si veda IRTI e SEVERINO, *Dialogo su tecnica e diritto*, Roma-Bari, 2001; MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1 e ss., l'A. sottolinea che "i principi costituzionali non si oppongono al progresso della tecnica, di cui nessuno può ignorare i grandi benefici portati all'umanità, ma resistono alle conseguenze negative dello scientismo tecnologico, la forma attuale della volontà di potenza" e ancora "lo scientismo tecnologico attribuisce valore preminente all'individuo, la Costituzione corregge l'individualismo originario della teoria dei diritti umani: nella sua prospettiva l'esercizio dei diritti individuali è temperato dal principio solidarista". La riflessione dell'A. trova poi nel ruolo giocato dalla tradizione, come luogo in cui emergono i sentimenti della società che alimenta la speranza di una società giusta, lo strumento con cui disinnescare la potenza della tecnica come "principio ordinatore di ogni materia, volontà che regola ogni volontà". Quanto al ruolo giocato dalla tradizione dal punto di vista filosofico si veda HEIDEGGER, *Identità e differenze*, Milano, 2013. Per l'A. il rapporto fra *Ereignis* (evento) e *Austrang* (divergenza) non può che accadere all'interno della tradizione per cui "qualunque cosa tentiamo di pensare, e comunque la pensiamo, noi pensiamo nell'alveo della

moderne tecnologie medicali hanno infatti permesso di disarticolare la vicenda procreativa combinando e ricombinando gli elementi distintivi del rapporto genitoriale costituito dai geni, dalla biologia e dalle relazioni affettive. Si assiste alla c.d. coreografia della procreazione.

I termini del discorso rimangono comunque i genitori e i figli, come poli opposti di una relazione dinamica. In questo senso è da evidenziare già a livello etimologico come i due termini indichino un aspetto di relazione. Se il termine genitore deriva dal suffisso greco *gen* che rimanda al verbo *gennaō* e dal suffisso sanscrito *tor* che rimanda ad una dimensione dinamica di azione⁵; dall'altro lato il

tradizione. Essa che domina quando dal meditare, ci libera in quel memorare che non è più pianificare. Soltanto quando pensando ci rivolgiamo al già pensato siamo impiegati per ciò che è ancora da pensare”.

⁵ Il concetto di genitorialità è legato in prima battuta ad un'azione: quella generativa. Ma in essa non si esaurisce. Alla capacità generativa se ne accompagna un'altra quella accuditiva. In questo senso la procreazione sarebbe un fenomeno fattuale legato al desiderio dei genitori di potare avanti il proprio patrimonio genetico occupandosi dei figli sino alla loro maturità riproduttiva. In merito alla categoria della generatività, senza aspirazione di completezza, nella sterminata letteratura si rinvia a IULA, *Noi figli della decostruzione, Saggio di etica generativa*, Roma, 2020, in cui l'A. pone il problema della categoria della generatività in rapporto a quella della *dispersione* intesa come la “mancanza di legami capaci di garantire a cose e persone, la coesione necessaria a rendere stabile il presente e a suscitare novità per l'avvenire”. Nella teorica dell'A. la generatività emerge come dimensione duale e dunque nella dimensione del *legame*. Il senso della generatività si comprende solo se posto in relazione ad altri due “pilastri” il *vuoto* e l'*istituzione*. Il primo termine cui fare riferimento è il *vuoto* la cui comprensione è di per sé generativa “perché rappresenta una sollecitazione continua ad andare verso l'altro [...] una sorta di luogo sorgivo dell'insoddisfazione assoluta”. È dalla consapevolezza del vuoto che nasce l'istanza del legame il quale “fornisce al vuoto la possibilità ontologica di uno scambio”. Scambio che ha le caratteristiche di una trasmissione che richiama l'idea di normatività quale componente strutturale del legame, in grado di attribuire solidità alla costruzione della realtà sociale. Le norme infatti per l'A. “stabiliscono uno standard ontologico che situa valori e fini, designando inoltre i canoni dell'intelligibilità sociale”; esse d'altro canto rappresentano anche un “limite dell'agire sociale, dato dalla sua condivisibilità e dalla sua riconoscibilità”: emerge così il terzo pilastro della generatività: l'istituzione. Quanto alla normatività intese come standard di una determinata comunità si veda BUTLER, *La disfatta del genere*, trad.it. Gurlando, Roma, 2006, p.78 e ID. in *Questione di*

termine figlio, al netto della sua ascendenza latina dal verbo *fellare* che rimanda alla necessità del neonato di essere allattato, nella sua radice semitica *ben* si ricollega al verbo *banah* che ha significato di costruire. In questo senso i due termini interagiscono in una dimensione dinamico-relazionale.

La gestazione per altri⁶ disarticola il momento procreativo in quanto determina l'ingresso di un soggetto terzo (la donna gestante)

genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità, trad.it. Adamo, Roma, 2006, p. 27. Con riferimento all'emersione della categoria della generatività come fase dello sviluppo umano si rimanda a ERIKSON, *Childhood and society*, London, 1950, p.222 e ss. In senso parzialmente diverso, poiché non ricollega l'aspetto generativo ad una fase specifica della evoluzione umana, ma ricalca l'idea di generatività come continua trasmissione, si veda KOTRE, *Outliving the self. How we live on our future generations*, New York, 1984, p. 10 in cui l'autore definisce la generatività come "il desiderio di investire la propria sostanza in forme di vita e di lavoro che sopravvivranno a sé stessi". In particolare l'autore individua quattro forme in cui la generatività si manifesta: quella biologica, quella parentale, quella tecnica e quella culturale.

⁶ Sull'utilizzo di diversi termini per inquadrare il fenomeno della c.d. maternità surrogata si veda STEFANELLI, *Procreazione e diritti fondamentali*, in *Trattato di Diritto civile*, Vol. IV, *La Filiazione e i Minori*, diretto da Sacco, Milano, 2018, p. 142 e ss. In particolare per una ricostruzione dei termini del dibattito linguistico si vedano le note n. 169, 170,171. l'A. sottolinea " l'impiego dei termini non è indifferente e anzi sottintende spesso un'opzione assiologica: discutere di "maternità surrogata" presuppone l'aver risolto in favore della gestante l'accertamento della condizione di madre, mentre l'aggettivo si riferisce a ciò che tenta di imitare l'originale, ma resta inferiore; l'espressione dispregiativa "utero in affitto", che ha le sue scarsamente consapevoli ascendenze nella *locatio ventris*, reifica il corpo, riconducendolo ad una sua parte, e oblitera ogni valutazione circa l'autonoma determinazione della donna, presupponendola incompatibile col valore intrinseco della dignità umana, al pari di quanto avveniva nell'epoca romana, quando era il marito a disporre della capacità muliebre di generare". Interessante sotto il medesimo profilo, con particolare riguardo all'utilizzo del termine surrogazione BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, in *GenIUS*, 2019, 2. Si veda in particolare la nota n.1, dove l'A. afferma di preferire la formula gestazione per sostituzione "questa formula è da preferirsi a quella, pure utilizzata dalla cassazione, di maternità surrogata, per il semplice fatto che non si dà mai, in questi fenomeni una surrogazione di maternità. Poiché il linguaggio e, specie, quello dei giuristi non è mai ingenuo, ma sempre performante e indirizzante, con maggiore consapevolezza e criticità si deve parlare di gestazione per sostituzione". Nella letteratura scientifica si veda CARONE, *In origine è il dono*, cit., p. 72 e ss. Propende invece

ovvero di più soggetti (ci si riferisce al caso in cui oltre alla donna gestante vi sia anche la presenza di un'altra donna che dona i propri gameti) estranei alla diade genitoriale⁷. In questo senso essa può essere classificata come tecnica maggiore di ausilio alla procreazione in cui l'intervento della tecnica si concretizza in una sostituzione – e non in un mero ausilio – delle fasi di fecondazione umana nell'impossibilità di una loro realizzazione naturale⁸.

per l'utilizzo del termine maternità surrogata, D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto inefficace?* in *Dir. Pers. Fam.*, 2017, 1, 139 e ss. Quanto alla riflessione sulla GPA si vedano fra gli altri PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in www.costituzionalismo.it, 2017; NICCOLAI e OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017; VALONGO, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologia riproduttive*, Napoli, 2018; HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: i profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018; RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto di famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 2, 431 e ss.; ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 2, 197 e ss.; GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in giudicedonna.it, 2017, 1; Si veda anche *Riv. di BioDiritto*, 2016, 2.

⁷ In questo senso si veda RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 149, l'A. sottolinea che "l'intreccio tra regole e vita si fa così particolarmente stretto, e proietta l'innovazione scientifica e tecnologica ben al di là della vicenda della nascita. Le opportunità offerte dalla genetica e dall'elettronica mettono di fronte a possibilità sempre più complesse di intervento sugli esseri umani con finalità di prevenzione, riparazione o ripristino, miglioramento, "riprogrammazione". Natura, caso e cultura si confrontano in giochi che ne mutano continuamente i contorni".

⁸ In questo senso si veda FARAONI, *Maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, 2002, p. 20 e ss. L'A. distingue tra tecniche di "procreazione medicalmente assistita, quando con esse si favorisce solamente la naturale potenzialità riproduttiva della coppia, che presenta perciò una fertilità spontanea, seppur molto ridotta (in generale l'inseminazione artificiale); e tecniche di «riproduzione artificiale», quando invece di privilegiare una sostituzione della tecnica alle fasi della fecondazione umana che non possono realizzarsi naturalmente (GIFT, FIVET, ICS)". Per una disamina delle diverse tecniche riproduttive si veda nella letteratura recente STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali*, 2021, Milano, p. 3 ss.; GERLI, *Attività medica e diritto a procreare*,

Il fenomeno ha un forte portato assiologico e questo in relazione agli interessi coinvolti: da una parte il desiderio della coppia di divenire genitori⁹, dall'altra la dignità della donna che porti avanti la gravidanza per la coppia committente ed infine il diritto del minore alla propria identità relazionale.

Da questo punto di vista esso si presenta come fenomeno che può ascrivere alla categoria della complicatezza¹⁰. Intesa come concetto che si concreta nella dimensione del contrasto: essa si oppone alla categoria della complessità, che invece può essere ricondotta alla dimensione della coordinazione, costituita appunto “dal processo di complessificazione, nel quale la componente aporetica del disordine trova compenso nella componente ordinatrice di un principio unitario”.

Si vuole significare che essa rappresenta un'ipotesi tipica di lotta per il diritto¹¹ in cui situazioni di interesse socialmente rilevanti si

in Cippitini e Stefanelli (a cura di), *La parificazione degli status di filiazione*, Roma-Perugia-Mexico, 2013, p.105 e ss.

⁹ Quanto al c.d. diritto a procreare si veda CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000, p. 49 e ss.; LIU, *Artificial reproduction and reproductive rights*, Worcester, 1991, p. 37 e ss.; LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 43 e ss.; GIAMMARINO, *Il potere di generare. Il limite della legge. Ordine e norme, per le tecnologie di riproduzione assistita*, Roma, Servizi interparlamentari; RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, p. 1 e ss.; MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Giustizia civile*, II, p. 312 e ss.

¹⁰ La categoria della complicatezza si ritrova in FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir. Annali I*, Milano, 2007, in particolare l'A. pone in rapporto la categoria della coordinazione con quella del contrasto, in questa dimensione “il contrasto conduce alla categoria della complicatezza, la coordinazione alla categoria della complessità. Il rapporto di coordinazione è costituito appunto, dal processo di complessificazione, nel quale la componente aporetica del disordine trova compenso nella componente ordinatrice di un principio unitario”. L'ordine è categoria fenomenologica sopraelevata che raccoglie in sé ordine e disordine e di “svelare fenomenologie che allo stato delle nostre conoscenze risultano nascoste”. Si può sostenere che il medesimo discorso e svolto quanto alla categoria dell'incertezza del diritto da BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 138 e ss.

¹¹ Per una ricognizione della c.d. lotta per il diritto si veda FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, p. 203 e ss.; VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989, L' A. sottolinea

contendono il campo per il loro riconoscimento da parte dell'ordinamento: quest'ultimo appronta norme in grado di indirizzare l'umano agire con lo scopo di conservare e di realizzare determinati interessi che hanno superato il vaglio positivo di meritevolezza¹².

2. *Il quadro normativo nazionale: il divieto previsto dall'art.12 comma 6 della l. 40/2004.*

Entrando nel vivo del dibattito giuridico la sorte del nato a seguito di pratiche di surrogazione di maternità è stata oggetto di un forte dibattito dottrinale e giurisprudenziale che è stato anche occasione di dialogo fra corti nazionali e sovranazionali nell'ottica della tutela multilivello di cui è destinatario l'interesse del minore. Dibattito non ancora sopito: ne è dimostrazione il continuo affastellarsi di pronunce anche del merito

Questo in quanto il quadro normativo nazionale vigente prevede, all'interno della l. 40/2004 che disciplina le pratiche di ausilio medicale alla procreazione, che la pratica in discorso abbia rilievo penale. L'art. 12 comma 6 della l. 40/2004 punisce infatti chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza, o pubblicizza la commercializzazione dei gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità.

Sotto questo profilo tuttavia alla predisposizione di una sanzione non si accompagna la previsione di una disciplina regolativa dello

una indubbia continuità tra diritto e vita, continuità che nella giurisprudenza dei concetti era caduta nell'oblio del pensiero astratto. Egli concentra l'attenzione sul concetto di interesse, così consentendo di cogliere l'intera realtà giuridica nella sua dimensione antagonista.

¹² Interessanti in questo senso quanto al passaggio dalla sfera materiale alla sfera degli interesse sono le notazioni di FALZEA, *Complessità giuridica*, cit, p. 10, per il quale "tutte le posizione di interesse sono sottoposte al controllo assiologico due volte: una volta in raffronto con gli altri interessi e valori che si vengono a formare all'interno della società e un'altra volta in raffronto con l'interesse della stessa società" d'altro canto la complessità assiologica si fa ancora più problematica " tutte le volte in cui la società politica trova al di sopra di sé altre formazioni politiche, organizzate per il perseguimento di interessi prevalenti rispetto a quelli della dimensione ordinaria".

status del figlio, comunque venuto al mondo in violazione delle disposizioni vigenti¹³.

Preme sottolineare la differenza rispetto alle vicende della inseminazione eterologa quand'essa, prima dell'intervento demolitore della Corte Costituzionale, era vietata. Di fatto il legislatore pur prevedendo in quel caso una sanzione amministrativa disciplinava la sorte del nato permettendo l'instaurazione del rapporto genitoriale con il padre (intenzionale) che avesse prestato il consenso alla pratica¹⁴.

È degno di nota, per l'utilità che essa determina quanto alle ricadute sugli effetti civilisti della vicenda, rivolgere per un momento l'attenzione alla costruzione della fattispecie penale.

Il legislatore da una parte, secondo la ricostruzione della più accreditata dottrina, non punisce di per sé l'accordo di surrogazione di maternità, il quale non risulta configurabile come reato neanche nei termini di un tentativo, per mancanza degli essenziali elementi di univocità e di idoneità che la condotta, dovrebbe rivestire; dall'altra ritiene penalmente rilevanti esclusivamente quelle condotte che determinino una surrogazione di maternità mediato l'utilizzo di tecniche medicali. Di talché ne discende che resterebbero escluse quelle vicende di sostituzione di maternità che ben potrebbero articolarsi senza l'utilizzo della tecnologia medica, ma mediate la semplice unione carnale. Condotte che comunque potrebbero avere una rilevanza penale ma non ai sensi dell'art. 12, comma 6, l. 40/2004¹⁵.

Dal che si può far logicamente discendere che la volontà del legislatore non sia esclusivamente quella di tutelare la dignità della

¹³ In tema di lacune nella sterminata letteratura ZIETELMANN, *Luchen in Recthe*, 1903; GUASTINI, *Le lacune nell'ordinamento italiano*, in *La regola del caso*, Torino, 1995.

¹⁴ Quanto alla evoluzione della vicenda giuridica della fecondazione eterologa si veda prima della l. 40/2004 MORI, *La fecondazione eterologa in uno stato laico*, in *Dir pen. proc.*, 1994, p. 513 e ss. Dal punto di vista linguistico si riferisce a fecondazione esogamica e non eterologa PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, in modo particolare n. 201, p. 3.

¹⁵ In questo senso si esprime VALLINI, *Illecito concepimento e valore concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, p.139 e ss.

donna portante o del minore, bensì, in un'ottica costituzionalmente orientata quella di evitare che venga ad esistenza una situazione non pienamente giuridicizzabile e dunque sottoposta ad una possibilità di conflitto¹⁶.

Il piano normativo influenza inevitabilmente il piano dei fatti ed infatti la maggior parte delle vicende sottoposte al vaglio della giurisprudenza, soprattutto dopo l'entrata in vigore della l.40/2004, riguarda vicende di gestazione per altri di rilievo transnazionale.

Le vicende nazionali di fatto non potrebbero avere altra conclusione se non, a seconda che vi sia un legame genetico o meno con almeno uno dei membri della diade genitoriale, la attribuzione della genitorialità alla madre biologica secondo la applicazione che la giurisprudenza prevalente fa dell'art 269, comma 3, c.c.¹⁷ (si veda

¹⁶ In questo senso VALLINI, *op.utl. cit.*, p. 53. In senso opposto TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in *Dirittopnealecontemporaneo.it*, L'A. accogliendo con favore la sentenza della Cass. Civ 11 novembre 2014, n. 24001 afferma che il “divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali: vengono in fatti in rilievo la dignità umana, costituzionalmente tutelata, della gestante”.

¹⁷ In questo senso si veda SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Milano, 2018. L'A. sottolinea che “per il nostro ordinamento madre e colei che partorisce, secondo il principio espresso dall'art.269, comma 3, c.c., e richiamato dalla disciplina della l.40/2004, che, nell'escludere il ricorso all'anonimato, attribuisce al nato da tecniche di riproduzione medicalmente assistita lo stato di figlio della gestante, anche nell'ipotesi in cui la donna non sia madre genetica dello stato”. Nello stesso senso RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. Giur.* 2015, p. 474 e ss., secondo il quale l'attribuzione di maternità ex art. 269, comma 3, c.c. si configura quale sanzione civile in grado di assicurare la funzione deterrente del divieto. In senso opposto si veda GRASSO, *La maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Roma, 2020, p. 192 e ss. che sottolinea che “occorre respingere l'idea che in caso di conflitto emerga dall'art. 269 c.c. un criterio di preferenza per la madre di parto rispetto alla madre genetica, dal momento che il codice civile si colloca storicamente in un «orizzonte culturale ed esperienziale nel quale non si dava un possibile conflitto fra “titoli” diversi di maternità”. Nello stesso senso si legga A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte Costituzionale. Il caso dell'ospedale Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 256 e ss.

il caso dell'ospedale Sandro Pertini di Roma) e al padre che ha prestato i propri gameti ovvero nella seconda fattispecie la rilevanza penale della condotta dei genitori committenti ai sensi dell'art. 71 comma 5 della legge 183/1984, che prevede non solo la pena detentiva ma vieppiù la inidoneità della coppia ad ottenere affidi familiari o adottivi e l'incapacità dell'ufficio tutelare, in concorso con il reato di cui all'art.12 comma 6.

3. *Il discorso della giurisprudenza.*

La incertezza giuridica rispetto alla sorte del nato e la previsione della sanzione penale, infatti hanno incrementato quel fenomeno di *cross border reproductive care*¹⁸ che ha determinato una serie di pronunce che si sono occupate della compatibilità con il nostro ordinamento degli atti di nascita o delle pronunce straniere che attribuiscono, conformemente alla legge del Paese in cui la pratica è avvenuta, la genitorialità alla coppia di genitori intenzionali.

La giurisprudenza di legittimità ha escluso la possibilità di addivenire alla trascrizione dei detti provvedimenti stranieri e questo seguendo tre linee argomentative.

3.1. *L'argomento della tutela dell'ordine pubblico.*

In primis la Corte di Cassazione¹⁹ ha affermato che il divieto di surrogazione di maternità vigente nell'ordinamento italiano debba

¹⁸ CARONE, *op. ult. cit.*, p. 21; ID., BAIOTTO e LINGIARDI, *Italian gay fathers' experiences of transnational surrogacy and their relation with the surrogate pre- and post- birth*, in *Reproductive BioMedicine online*, 2017, 34(2), p. 181 e ss.

¹⁹ Cass. Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193 in *Foro it.*, 2019, I, 1951, con nota di CASABURI, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente* e in *Foro it.*, 2019, I, 3346 con nota di MORACE PINELLI, *La filiazione da p.m.a. e gli spinosi problemi della maternità surrogata e della procreazione "post mortem"*; in *Fam. dir.*, 2019, 7, 667 con nota di DOGLIOTTI, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri.*, e con nota di FERRANDO, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita*; in *GenUS*, 2, 2019, con nota di V. BARBA, *op. ult. cit.*; in *Dir. pers. fam.*, 2020, 393, con nota di MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della genitorialità sociale.*

qualificarsi come principio di ordine pubblico “internazionale”²⁰, e dunque sarebbe ostacolo insormontabile alla trascrizione in Italia di un atto di nascita dal quale risulti che i genitori si siano avvalsi all'estero della GPA. In questi termini l'interesse del minore a vedersi riconosciuto in Italia il legame sorto nel paese di nascita, non potrebbe essere oggetto di bilanciamento con il detto divieto. La premessa logica del ragionamento della Suprema Corte si sostanzia nel fatto che in questo caso il bilanciamento sia stato già operato *ex ante* dal legislatore e che, quindi, sarebbe precluso al giudice un ulteriore apprezzamento. Così ragionando, la valutazione del giudice dovrebbe prescindere dalla aderenza al caso concreto per rimanere giudizio di conformità meramente astratto fra norma o atto straniero e la clausola generale dell'ordine pubblico²¹.

²⁰ In merito alla ricostruzione della nozione di ordine pubblico si veda nella dottrina più recente G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2018; GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti di diritto civile*, Padova, 1974. Sulla natura interna del limite di ordine pubblico internazionale si veda G. ZARRA, *L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/2017*, in *Dir. comm. int.*, 722; FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2012, p. 28 e ss.; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in Perlingieri e D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, 409 e ss.

²¹ In commento alla pronuncia si veda V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019*, cit.; l'A. se da una parte sottolinea l'importanza del pronunciamento a Sez. Un. quanto al superamento della distinzione fra legge e diritto dall'altra non condivide la giustapposizione operata fra miglior interesse del minore e ordine pubblico internazionale. Sottolinea infine che il vero scopo della pronuncia delle Sez. Un. non è quello di tutelare il miglior interesse del minore per cui il miglior interesse del minore, nel caso di specie, ha una rilevanza soltanto formale, dacché si svolge una valutazione generica e astratta. V'ha pure di più perché ben lungi dal considerare quale fosse in concreto il miglior interesse del minore, il mancato riconoscimento di efficacia dell'atto di nascita straniero diventa lo strumento giuridico per respingere ai margini del nostro ordinamento il fenomeno della gestazione per sostituzione”. In questo senso l'A. critica l'intendimento delle Sezioni Unite quanto all'accostamento fra migliore interesse del minore e clausola generale dell'ordine pubblico per cui “il miglior interesse del minore non è un contro-limite dell'ordine pubblico internazionale, ma valore normativo del nostro sistema ordinamentale, che concorre ad individuare l'ordinamento del caso concreto” da ciò consegue che

In questo senso viene in rilievo una recente pronuncia del Tribunale di Roma²² che si discosta da questo ragionamento, almeno in parte. Il giudice del merito muove da una distinzione tra l'ipotesi in cui si discuta della trascrivibilità dell'atto di nascita estero e quella in cui venga in rilievo la rimozione di uno *status* già riconosciuto. Nel primo caso, il Tribunale afferma, confermando l'indirizzo delle SS.UU., che il giudice deve esclusivamente verificare la contrarietà dell'atto all'ordine pubblico, con una valutazione in "astratto" e che dunque non ammette margini di discrezionalità.

Nel secondo caso, invece, il giudice non può operare alcun automatismo, dovendo svolgere una valutazione in concreto dell'interesse preminente del minore, quale parametro che informa la disciplina delle azioni di stato.

Rispetto a tale ragionamento è evidente l'influenza della giurisprudenza costituzionale in merito agli automatismi previsti in materia di diritto di famiglia. Con tale formula si fa riferimento a tutte quelle ipotesi normative che determina(va)no la perdita della allora potestà genitoriale in ragione della commissione di alcuni reati e ciò, per l'appunto, senza la possibilità di effettuare alcun bilanciamento con il superiore interesse del minore. Come noto, questi meccanismi sono stati considerati illegittimi²³: il giudice delle

“ deve escludersi che esista un bilanciamento definitorio svolto a livello legislativo, rispetto al quale l'interprete possa e debba arretrare nel caso di potenziale applicazione di legge straniera”. Con riguardo alla valutazione della clausola generale di ordine pubblico si vedano PERLINGIERI e ZARRA, *op. ult. cit., passim*; CARROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei confini culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018; ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Quest. Giust.*, 2019, 2, 93 e ss.

²² Tribunale dei minori di Roma, 11 febbraio 2020, n. 2991, ora in *Dir. Pers. Fam.*, con nota di chi scrive, *Principio di continuità dello status e divieto di maternità surrogata*, p. 1444 e ss.

²³ Il riferimento è a Cort. Cost, 23 febbraio 2012, n.31, in www.cortecostituzionale.it, che dichiara incostituzionale l'art. 569 c.p., nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, di cui all'art. 567, comma 2, c.p., debba conseguire automaticamente la perdita della potestà genitoriale, precludendo così al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore, in *Foro it.*, 2012, I, 1992; in *Giur. Cost.*, 2012, 364 e ss. con nota di MANTOVANI, *La Corte Costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia*

leggi ha ritenuto che le conseguenze pregiudizievoli di un comportamento penalmente rilevante non possano ricadere sui figli²⁴.

sull'art. 569 c.p.; in *Fam. dir.*, 2012,437 con nota di CHICCO, e in *Giur.it.*, 2012, 1873 (m) con nota di FEDERICI. Si veda poi Cort. Cost. 23 gennaio 2013, n.7, in www.cortecostituzionale.it, che dichiara incostituzionale l'art. 569 c.p., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato, previsto dall'art. 566, comma 2, c.p., consegua automaticamente la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto, in *Foro it.* 2014, I,1402; in *Giur. Cost.*, 2013, p.176 e ss. con nota di MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art.569 c.p. sempre in nome del dio minore*. Infine si veda Cort. Cost. 22 ottobre 2014, n. 239 , in www.cortecostituzionale.it , che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, comma 1, l. 26 luglio 1975 n. 354 (norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47 quinquies della medesima legge; è inoltre costituzionalmente illegittimo il medesimo art. 4 bis, comma 1, l. n. 354 del 1975, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47 ter, comma 1, lett. a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, in *Giur. cost.*, 2014, 3922 con nota di SIRACUSANO e PACE, e in *dirittopenalecontemporaneo.it* con nota di FIORENTIN, *La consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. Penit., laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle madri detenute*.

²⁴ Alle medesime conclusioni giunge la recente Cass., 29 aprile 2020, ord. n. 8325, che ha suscitato questione di legittimità costituzionale quanto all'art. 12, comma 6, L.40/2004 e degli art. 18 del d.P.R. n. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g, L. n. 218/1995 in quanto non consentono la trascrizione dell'atto di nascita di un minore nato da GPA per contrarietà all'ordine pubblico. Proprio con riferimento all'abbandono della logica sanzionatoria gli Ermellini affermano che “in materia di *status* il legislatore e la giurisprudenza hanno definitivamente abbandonato ogni logica sanzionatoria, invero, se la tutela dei diritti del bambino costituisce fine primario dell'ordinamento, allora essa non può essere sacrificata per condannare il comportamento dei genitori. Il fatto che la nascita sia dovuto ad una condotta degli adulti riprovata dall'ordinamento anche con il ricorso a sanzioni penali (l'adulterio, lo stupro l'incesto, negli esempi sopra riportati) non impedisce più di costituire legalmente lo stato di figlio.” In merito alla detta ordinanza di rimessione si veda il commento di SCALERA, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la*

In questo senso merita per un attimo soffermarsi sulla categoria della rilevanza della qualificazione giuridica come illecita delle condotte e più specificatamente dell'accordo che si pone a monte della venuta al mondo di un minore. Minore a cui in nessun modo devono essere attribuite le conseguenze sanzionatorie di comportamenti ai quali, non lo si può dubitare, egli come soggetto in posizione di debolezza, non ha potuto partecipare.

In particolare il *puctum dolens* si sviluppa intorno alla possibilità che un contegno giuridicamente qualificato come illecito possa costituire comunque il presupposto per la produzione di una qualche conseguenza giuridica. Aspetto questo che permette fra l'altro di distinguere la impossibilità giuridica dalla illiceità²⁵.

La prima si realizza quando una determinata condotta difforme dalle condizioni previste dalla norma per la propria efficacia venga in rilievo non come "oggetto di una qualificazione giuridica ma in quanto mero fatto": la categoria della impossibilità si attesta dunque sul livello del fatto.

Viceversa l'illiceità rappresenta una "figura di qualificazione giuridica" la quale in sostanza consiste nella riaffermazione della qualificazione giuridica di obbligatorietà di un determinato contegno: in questa dimensione l'illiceità si pone in una posizione di subordinazione rispetto all'obbligo. Da ciò discende che altro è il piano della illiceità altro è il piano della efficacia giuridica.

fase due?, in *Questionegiustizia.it*; ARMONE, *La gestazione per altri: nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in *Questionegiustizia.it*; LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in *Giustiziainsieme.it*; FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, in *Fam. dir.*, 2020, 7. Nello stesso senso già ACIERNO, *op. ult. cit.*, p. 100, L'A. sottolinea che "la valutazione dell'interesse del minore dovrebbe prendere le mosse dal riconoscimento a non essere discriminati in virtù delle modalità procreative che hanno caratterizzato il concepimento e la nascita, per poter costruire un criterio davvero ordinante la complessa operazione di bilanciamento che le corti si trovano a dover seguire, nell'affrontare la tematica della filiazione, a seguito della scomposizione del processo generativo che è indotto dalle tecniche di fecondazione assistita".

²⁵ CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 400.

Icastica è la formulazione di Cammarata per cui “la norma, in altri termini, scinde nettamente la qualificazione del contegno dalla efficacia di questo rispetto a certe conseguenze giuridiche [...] nulla toglie a priori che una norma possa considerare un contegno come efficiente a produrre conseguenze giuridiche, malgrado che proprio in relazione a tali conseguenze la norma abbia determinato un obbligo di astenersi da quel tipo di contegno. In questi casi può darsi benissimo che, pur con la qualificazione del contegno come illecito, le conseguenze giuridiche possano prodursi ugualmente”²⁶.

Dacché il ragionamento svolto in termini formalistici non può non riverberarsi sulla considerazione delle possibilità che a valle della condotta illiceità dei genitori che hanno concluso un contratto di surrogazione di maternità si produca comunque l’effetto²⁷ della instaurazione del rapporto di genitorialità in base, lo si tenga in debito conto, ad una valutazione del preminente interesse del minore, quale clausola generale la cui concretizzazione è affidata all’opera dell’interprete.

3.2. *L’argomento della tutela della dignità della donna.*

Il secondo argomento è quello del *topos argumentativo*²⁸ della dignità. La pratica di GPA nel discorso della giurisprudenza interna,

²⁶ CAMMARATA, *ivi*, p.404.

²⁷ Si veda sotto questo profilo sulla forza deterrente della sanzione penale SERRAVALLE, *Maternità surrogata*, cit., p. 85 e ss. per cui con riferimento alla trascrivibilità di atti esteri che ratifichino pratiche di GPA afferma che, la sua contrarietà all’ordine pubblico, per violazione del principio costituzionale del rispetto della dignità umana, preclude la produttività degli effetti anche alle surrogazioni compiute all’estero, giustificando l’intrascrivibilità degli atti di nascita che indichino i committenti quali genitori del minore nato con il ricorso a tale pratica”. Deve sottolinearsi tuttavia un recente intervento della Corte Co. nella sentenza 9 marzo 2021, n. 33, in www.cortecostituzionale.it, nella quale il giudice delle leggi ha ritenuto inammissibile la questione di compatibilità costituzionale del divieto di cui allart.12, comma 6, l. 40/2004, ma ha indicato al legislatore la necessità di tutela i minori che nascono a valle di un progetto di GPA, che nel sistema vigente si vedrebbero ingiustamente esclusi dalla filiazione piena.

²⁸ In questo senso si veda W. HASSAMER, *Argomentazioni con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 57 e ss.

sia di legittimità che costituzionale, “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane”²⁹ In questo senso l'utilizzo del concetto di dignità si presta ad essere ricostruito come valore, come principio, come argomento. È proprio nella logica argomentativa che se ne può cogliere la forza nell'analisi della evoluzione della regolazione del fenomeno procreativo. Nel pronunciamento a cui si è fatto poco innanzi riferimento, la dignità viene calata dall'alto, come valore assoluto e atemporale³⁰. È un argomento, si vuole significare, che trae forza dall'alto dal valore e si impone sulla dimensione fattuale: chiude la discussione: *un deus ex machina*.

In questo senso l'argomento non si lascia apprezzare in quanto crede di trovare la propria forza in sé stesso³¹, per così dire, lo si

²⁹ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in www.cortecostituzionale.it. Su questa sentenza, che ha affermato la tesi per cui nel caso di non conformità di identità genetica e identità legale del figlio, l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore assoluto, si vedano, in luogo di tanti, FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità*, in *Corr. Giur.*, 2018, 4, 449 e ss.; GORGONI, *Art.263 cod. civ. tra verità e conservazione dello status filiationis*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2018, 4, 540 e ss.; SCHILLACI, *Oltre la rigida alternativa tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n.272/2017 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1, 384 e ss.; SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris fra interessi pubblici e privati*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2018, 4, 552 e ss.; CASABURI, *Le azioni di stato alla prova della Consulta. La verità non va (quasi mai) sopravvalutata*, in *Foro it.*, 2018, 21 e ss.

³⁰ Sulla caratteristica della atemporalità e dunque immodificabilità come caratteristica problematica si veda W. HASSEMER, *op. ult. cit.*, p.60. L'A. sottolinea che l'aspettativa dell'immodificabilità dei testi normativi rende la loro applicazione pratica complicata e scomoda” in questo senso una costituzione come quella tedesca che professa di attribuire alla dignità una qualifica di eternità in realtà “ha un fianco scoperto. Essa rifiuta in questi luoghi il suo normale quotidiano crescere con la vita che la circonda. Essa accetta in corpo estraneo dal punto di vista della teoria dell'interpretazione e accetta ce questo corpo estraneo un giorno la possa portare alla morte”.

³¹ In questo senso si veda ABIGNENTE, *L'uso argomentativo del concetto di dignità*, in Abignente e Scamardella (a cura di) *Dignità della persona*, Napoli, 2013, p. 200.

lascia lavorare da solo³². I giudici ritengono superfluo calare nel caso il principio. Dacché ne risulta un vizio argomentativo: tanto più per il fatto che alla luce di un ampio margine di discrezionalità, quale quello lasciato all'interprete di fronte ad un principio di così ampia e variabile applicazione, dovrebbe corrispondere un doveroso momento di giustificazione argomentativa.

In particolare, il bilanciamento operato dalla Corte, quanto alla composizione da una parte del prevalente interesse del minore e dall'altra dalla necessità di tutela della dignità della donna gestante, avviene non nella logica della giustificazione ma nella logica della decisione. La giustificazione ragionevole ne viene impoverita e con essa lo stesso principio di dignità entra in crisi.

Si vuole sostenere che il discorso sulla dignità non può essere utilizzato come strumento argomentativo per tradurre opzioni di stampo meramente ideologico. La dignità infatti rappresenta un criterio in grado di guidare il giurista all'interno del c.d. pensiero molteplice che non si impone dal cielo dei valori ma che "muove dal basso", vive cioè nella quotidiana esperienza dell'uomo e dalla "fattualità della vita quotidiana" trae la linfa vitale che gli permette, a queste condizioni, di essere atemporale perché immerso nella dimensione storica dell'individuo diventato persona agli occhi del diritto³³.

In questo senso la giurisprudenza di cui si è detto, spesso, attraverso il principio di dignità, mette a tacere il fatto non

³² Si veda W. HASSEMER, *op. ult. cit.*, p.61. L'A. rileva "la diffusa strategia di rafforzare gli argomenti deboli con il soffio vitale di un principio qual è quello della dignità umana potrebbe spiegare la tendenza altrettanto diffusa a non lavorare argomentativamente con tale principio compiendo un passo alla volta, quanto piuttosto a metterlo sul campo di battaglia, e poi lasciarlo là a lavorare da solo [...] questo è il senso del rimprovero secondo il quale si utilizzerebbe un argomento "che uccide la discussione". In effetti vieni colpita a morte la concezione argomentativa del ritrovamento del valore e del diritto".

³³ Sulla procedura per determinare il contenuto del principio di dignità, si veda V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2008, p. 31 e ss., l'A. sottolinea che la dignità "muove dal basso della concreta esperienza di vita dei consociati e come tale è tutto immerso nella fattualità della vita quotidiana dell'essere umano, un alone di incertezza finisce inevitabilmente per avvolgere essenza e portata nelle diverse ipotesi in cui si tratta di farne applicazione".

cogliendone aspetti che possono essere di rilievo giuridico e che dunque possono riverberarsi sul piano della effettività delle tutele, che l'ordinamento deve riservare alle condizioni umane che emergono nel magma sociale.

In questo senso si lascia apprezzare per alcuni rilievi il recente pronunciamento della Corte Costituzionale nella sentenza n. 33 del 9 marzo 2021, chiamata a vagliare la compatibilità con la struttura costituzionale dell'Art.12, comma 6, l. 40/2004, proprio in un caso di GPA compiuta all'estero da due padri. Il giudice della legge ripercorre il cammino argomentativo dei suoi precedenti, vede il fenomeno della GPA non come un fenomeno complesso, financo complicato: utilizza ancora l'argomento della dignità come strumento per eludere la possibilità di aprire ad un approccio che tenga conto delle specificità delle condizioni umane sottoposte al suo giudizio.

E tuttavia pur lascia apprezzarsi perché quel ragionamento è messo in crisi da altri argomenti. In primis quando deve ripercorre il contesto sovranazionale. Il giudice fa riferimento alla risoluzione del 13 dicembre 2016 del Parlamento Europeo che certamente condanna la "maternità surrogata" ma qualora essa sia volta a realizzare scopi commerciali.

Ma il rilievo più interessante deve cogliersi nel § 5.5. e 5.6 del pronunciamento. Nel giudizio ponderativo di interessi il giudice delle leggi ritiene che così come l'interesse del minore non possa essere piegato a realizzare il diritto dei genitori a compiere il proprio progetto procreativo, allo stesso modo non potrà essere funzionalizzato allo "scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità penalmente sanzionato". In questa dimensione la dignità può trovare la sua rilevanza giuridica non come valore tiranno ma come principio dialogico-relazionale che permette alle situazioni umane di trovare spazio nella realtà del diritto attraverso l'interazione con il principio di proporzionalità e ragionevolezza.

Il principio di dignità dunque non viene in rilievo come concetto manipolabile in una dimensione nichilista dell'orizzonte giuridico. Non si lascia imbrigliare nelle pieghe di una costruzione che lo vuole valore assoluto, statico, impermeabile alla evoluzione della storia. Si

pone viceversa come valore relazione in grado di cogliere la realtà della persona. Il suo uso argomentativo lo avvicina al fatto mediatore del valore. Il significante dignità trova il suo significato proprio in quanto “mai slegato dal riferimento al fatto che ne sollecita l’attuazione”³⁴.

3.3. *Il diritto del nato ad avere due genitori di sesso diverso.*

Infine viene in rilievo il diritto del nato ad avere due genitori di sesso diverso. Argomento non di poco momento in quanto le possibilità della tecnica hanno permesso alle coppie omosessuali di poter dar vita a famiglie con figli.

Sotto questo profilo la giurisprudenza, al netto di una pronuncia della Corte costituzionale la 221/19³⁵, qualifica la situazione familiare delle famiglie omoparentali come una situazione affatto diversa da quella propria della famiglia matrimoniale³⁶.

³⁴ LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell’ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p.796.

³⁵ Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221, consultabile in www.cortecostituzionale.it; in *Foro it.*, 2019, I, 3782, con nota di CASABURI; in *Riv. dir. Fam. Succ.*, 2109, p. 483; in *corriere giur.* 2019, p. 1469, con nota di RECINTO; in *Gazz. For.*, 2019, p. 880 e ss, con nota di D’ANDREA; in *Guida al dir.*, 2020, fasc.2 p. 36, con nota di BUFFONE; in *Cultura e diritti*, fasc. 2-3- P. 50 e ss, con nota di BINDA; in *Giur. Cost.*, 2019, p. 2597 e ss., con nota di MANNETTI, TRIPONIDA E COSSIRI.

³⁶ Per una ricognizione sulla omoparentalità si veda SHUSTER (a cura di), *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, 2011; SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, Bari, 2014; MARELLA, *Dal diritto alla bigenitorialità al d.d.l. Cirinnà: un’incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, in *Euronomade*, <http://www.euronomade.info?7=6982>; D. AMRAN, *Diritto del bambino alla bigenitorialità e genitore omosessuale*, in D. Amran, A. D’angelo (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell’Unione europea*, Padova 2011, p. 100 e ss; A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015; GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, p. 245 e ss.; ID. in *Filiazione*, Torino, 2018, 242 e ss.; QUADRI, *La tutela del minore nelle unioni civili e nelle convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 567 e ss.; BILLOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2011, p. 899 e ss., MASTRANGELO, *L’affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci*, in *fam. dir.*, 2014, p. 315 ess; BOSISIO e ROFANI, *Omogenitorialità relazioni familiari, pratiche della*

Senonché il rimedio che la giurisprudenza di legittimità ritiene di dover accordare per la tutela del legame con il genitore di intenzione si sostanzia nella adozione in casi particolari³⁷. Questo sulla base di una giurisprudenza, per vero risalente, del Tribunale di Roma che, nelle more della approvazione della legge Cirinnà, dalla quale, nel dibattito parlamentare, era stata esclusa la possibilità per le coppie dello stesso sesso di adottare, aveva individuato nell'istituto della adozione in casi particolare lo strumento più

responsabilità genitoriale ed aspettative di regolazione, in *Min.giust*, 2014, p.22 e ss. Per la letteratura non giuridica si veda LINGIARDI, *Citizen gay. Affetti e diritti*, Milano, 2016, p. 185 e ss.; C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e papà gay*, Milano, 2009; DETTORE e PARETTA (a cura di), *Crescere nelle famiglie omosessuali. Un approccio psicologico*, Roma, 2013.

³⁷ In questo senso il trend giurisprudenziale è inaugurato da Trib. Min. Roma, 30 luglio 2014, n. 299, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 679 e ss., con nota di SALVI, *Omogenitorialità e adozione (in casi particolari): segnali di apertura dai giudici minorili*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 109 e ss., con nota di LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1550 e ss. con nota di CARANO, *L'adozione del minore da parte del convivente omosessuale tra interesse del minore e riconoscimento giuridico di famiglie omosessuali*; in *Fam. dir.*, 2015, p. 574 e ss., con nota di RUO, *A proposito di genitorialità adottive e interesse del minore*; in www.articolo29.it, con considerazioni di GATTUSO, *Tribunale per i minorenni di Roma, l'omogenitorialità è "sana e meritevole di essere riconosciuta"*; in www.giustiziacivile.it, con nota di WINKLER, *Genitori non si nasce: una sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma in materia di scond-parent adoption all'interno della realtà omogenitoriale*. La sentenza è confermata da App. Roma, 23 dicembre 2015, in *Dir. pers. fam.*, 2017, p. 94. Nello stesso senso Trib. Roma, 22 ottobre 2015, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1143 e ss e in *Foro it.*, 2016, c. 339 e ss; e Trib. Min Roma, 23 dicembre 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 969 e ss., con nota di FARINA, *Adozioni in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*. Alla vicenda imprime natura di principio nomofilattico Cort. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 1218 e ss., con commento di FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016; in *Fam. dir.*, 2016, p. 1025 e ss., con nota di VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*.

³⁷ Si veda URSO, *L'adozione dei minori in casi particolari*, in G. Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, III; *Filiazione e adozioni*, Bologna, 2007, p. 1037 e ss.

idoneo all'interno dell'ordinamento per tutelare la posizione giuridica dei detti minori.

4. *La rilevanza del preminente interesse del minore.*

Il ragionamento sin qui svolto impone di svolgere alcune riflessioni sul preminente interesse, che si è visto viene considerato dagli Ermellini come termine di una valutazione di bilanciamento³⁸. Sotto questo profilo è necessario da una parte ripercorre le vicende storiche che hanno modulato il diritto di famiglia in un'ottica paidocentrica³⁹, dall'altra inquadrare la natura giuridica del detto interesse.

4.1. *La spinta propulsiva della disciplina della filiazione.*

³⁸ Quanto alla logica del bilanciamento si veda nella sterminata letteratura MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 3 e ss.; ALEXU, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, 2005, 10, p. 97 e ss.; ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 110 e ss. La definizione di questa relazione condizionata consiste nel fatto che, in relazione al caso, sono date *condizioni* alle quali un principio prevale sull'altro. Ad altre condizioni, la questione della priorità può essere risolta in modo opposto". BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza Costituzionale*, Milano, 1992, passim.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 146 e ss.

³⁹ In particolare si veda PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano 2007, p. 514 e ss. L'A. sottolinea che "La centralità dell'interesse del minore è uno dei sintomi di un cambiamento globale all'interno del diritto civile [...] in questo quadro è di particolare importanza la tutela dei soggetti deboli. Questa tutela non avviene soltanto escludendo la loro piena capacità di agire, ma in modo bene più ampio". Si veda fra l'altro TAMPONI, *Del convivere. La società post familiare*, Milano, 2019, spec. p. 253 e ss. L'A. sottolinea che "la centralità dell'interesse del minore si palesa capace di costruire, nella disarticolazione e nello sfaldamento dell'idea stessa di famiglia come per secoli tradizionalmente intesa, il perno attorno al quale si consumano i tentativi legislativi di riorganizzare le dinamiche affettive e di costruire un nuovo diritto di famiglia – e, prim'ancora un diritto all'identità personale – correlato alle simmetrie emozionali fiorite all'interno del gruppo, piuttosto che alla verità biologica – centro di gravità e caposaldo, nel passato di ogni nucleo familiare – quali che siano l'itinerario e la struttura del gruppo stesso specie se caratterizzato da "ricomposizione" attraverso frammenti, o spezzoni o vincoli disgregatisi".

Quanto al primo aspetto deve segnalarsi che la complessiva normativa vigente in tema di famiglia si è giovata della spinta propulsiva del diritto della filiazione tanto che attenta dottrina ha affermato che “sono stati soprattutto gli sviluppi del diritto della filiazione ad aver arricchito le possibili strutture della famiglia, la quale si è progressivamente slegata dal matrimonio quale unico contenitore formale e dall’eterosessualità dei genitori, entrambi ritenuti in passato elementi ontologicamente irrinunciabili”⁴⁰.

La normativa vigente dalla preferenza per il *favor legitimitatis*⁴¹, a tutela della unità della famiglia, intesa in senso patriarcale, è passata alla preferenza per il *favor veritatis*⁴² con lo scopo di tutelare

⁴⁰ GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit, p. 464 e ss.

⁴¹ Per una ricostruzione del dato storico si vedano fra gli altri UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974; POCAR e ROFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2003, spec. Cap. I.

⁴² Sulla rilevanza del principio di verità ANDREAOLA, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. dir.*, 2015, 88 e ss.; si veda anche CHIAPPETTA, GAUDIO, VITTORIO, MANSATO, DE RAISI, GRAVINA e LOIRA, *Gli status filiationis ed il favor veritatis*, in Chiappetta (a cura di), *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011. Nella giurisprudenza Costituzionale si evidenzia una sostanziale evoluzione dalla identità del principio di verità con il principio di preminente interesse del minore, ad una valorizzazione del dato affettivo emerso in ragione della possibilità di utilizzare tecniche di p.m.a. In merito alla valorizzazione del principio di verità si veda quanto alla decorrenza dei termini di impugnazione *ex art. 244*, comma 2, c.c. in caso di impotenza del marito e adulterio della moglie Corte Cost. del 6 maggio, 1985, n. 134, in www.cortecostituzionale.it e in *Foro it.*, 1985, I, c. 2532, con nota di AMATUCCI e in *Corr. giur.*, 1985, 738, con nota di CARBONE e Corte Cost., 14 maggio 1999, n.170, in www.cortecostituzionale.it e in *Foro it.*, 2001, I, 1116; Corte Cost., 22 aprile 1997, n.112, in www.cortecostituzionale.it, e in *Giur. Cost.*, 1997, p.1073, con nota di D. VINCENZI AMATO, *L’interesse del minore è sempre interesse alla veridicità del suo status filiationis*; Corte Cost. n.170/1999 su decorrenza dei termini di prescrizione dell’azione *ex art.244* in caso di impotenza del marito, si veda anche Corte Cost, 12 gennaio 2012, ord. n. 7., in www.cortecostituzionale.it quanto alla imprescrittibilità per il genitore dell’impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità nel testo ante riforma del 2013, in *Giur. cost.*, 2012, 455. Prende in considerazione l’interesse del minore Corte Cost., 28 novembre 2002, n.494, in www.cortecostituzionale.it, sulla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 278, comma 1, c.c., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità del figlio incestuoso si vedano i commenti di BIANCA, in *Giur. costit.*, 2002, 4068; FINOCCHIARO, *Superato*

l'identità del minore e che si collega al principio di indisponibilità dello status. La evoluzione più recente con l'emersione delle c.d. modern family e attraverso la costruzione del concetto giuridico di genitorialità per mezzo della categoria della responsabilità ha invece fatto emergere il *favor affectionis* che si collega indissolubilmente con il principio di stabilità dello *status*⁴³.

l'ultimo pregiudizio ancestrale in contrasto con la sensibilità moderna, in *Guida al dir.*, 2002, fasc. 48, p.44; DOSI, *Figli dell'incesto, rimossa l'iniquità*, in *Dir. e giustizia*, 2002, fasc. 44, p.26; DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*, in *Fam. e dir.*, 2003, 119; UCCELLA, *Sulla parziale illegittimità della disciplina della c.d. filiazione incestuosa: forti ombre su di un sentiero che resta impervio*, in *Vita not.*, 2003, 1353; RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza 494/02 della Consulta*, in *Fam. e dir.*, 2004, 96. Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale che valorizza la genitorialità affettiva e il principio di certezza dello status si veda Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162, in www.cortecostituzionale.it, che ha escluso il divieto di fecondazione eterologa e in particolare i commenti di FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Corr. giur.*, 2014, 1062 e ss. e TRIPONIDA, *Il "diritto del figlio" tramite fecondazione eterologa: La Corte Costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2536, e Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272 per cui si veda quanto al rapporto fra verità della nascita e GPA, *GenIUS*, 2017,1.

⁴³ Sul superamento del principio di verità in favore del principio di certezza dello status si veda nella giurisprudenza più recente, Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767 (in *Foro it.* 2017, I, 119; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 851 e ss. con nota di SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*) che esprime il seguente principio di diritto "In tema di disconoscimento di paternità, il quadro normativo (art. 30 cost., 24, comma 2, della carta dei diritti fondamentali della Ue, e 244 c.c.) e giurisprudenziale attuale non comporta la prevalenza del *favor veritatis* sul *favor minoris*, ma impone un bilanciamento fra il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini e l'interesse alla certezza degli status ed alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità personale, non necessariamente correlato alla verità biologica ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia". Si veda anche Cass., 30 settembre 2016, n.19599, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, che in questo senso argomenta che "l'interesse superiore del minore che, come detto, è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche, nella specie si sostanzia nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro paese

Status che a sua volta, dall'indicare l'appartenenza di un soggetto ad una determinata collettività, è divenuto strumento giuridico di relazione (flessibile e dinamico a certe condizioni), in grado di realizzare la personalità e dunque più propriamente la dignità del minore, inteso come persona la cui identità non è già formata ma in costruzione⁴⁴.

4.2. *La natura giuridica del preminente interesse del minore: principio, clausola generale o regola?*

Quanto al secondo profilo ci si pone la questione di dovere individuare la natura del detto interesse che può essere principio, clausola generale o regola. Si ritiene di doverlo ascrivere alla categoria delle clausole generali intese come “un termine o un sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorsi a criteri, parametri di

dell'Unione europea. Il diritto alla continuità di tale *status* è conseguenza diretta del *favor filiationis*, scolpito negli art. 13, 3° comma, e 33, 1° e 2° comma, l. n. 218 del 1995, ed è implicitamente riconosciuto nell'art. 8, par. 1, della convenzione di New York sul «diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali»⁴³; con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017, 181; con nota di DI MARZIO, *Figlio di due madri?*, in questa *Rivista.*, 2017, 2, 297.

⁴⁴ In questo senso si veda SCHILLACI, *Famiglie e dignità delle relazioni: una rilettura costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 117 e ss.; RESCIGNO, *Situazioni e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 1, p. 211. L'A. sottolinea che “la neutralità dello status espediente logico e strumento pratico disponibile a creare o mantenere diseguaglianze e zone di diritto singolare, è posto ora a tutela di soggetti che versano in situazione di naturale o sociale inferiorità”; DI MASI, *Interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, p. 57 per cui “lo *status*, quale nozione tecnico-giuridica, nel frattempo ha però cambiato la propria configurazione giuridica, diventando strumento di tutela delle differenze e dei soggetti deboli, funzionali al pieno sviluppo della persona, della sua identità e dei suoi diritti fondamentali”.

giudizio, interni e o esterni al diritto fra loro potenzialmente concorrenti”⁴⁵.

La clausola generale apre alla possibilità di attribuire significanza alla norma attraverso il riferimento da una parte “al complesso dei principi che fondano l’attuale ordinamento giuridico” e dall’altra attraverso riferimenti non solo alla coscienza o valutazione sociale ma anche a parametri e standard di altre scienze che possono rappresentare per il giudice, chiamato alla valutazione giuridica del caso, dei riferimenti ineliminabili per rendere giustizia nel caso concreto⁴⁶.

Quanto si è detto permette di individuare un confine seppur labile fra clausole generali e principi. L’indeterminatezza semantica

⁴⁵ VELLUZZI, *Clausole generali*, cit., p. 88,89

⁴⁶ In questo senso si esprime VELLUZZI, *op. ult. cit.*, p. 54 per il quale “asserire che i criteri in questione sono necessariamente non giuridici” appare una prescrizione a favore di tali criteri rispetto ad altri possibili concorrenti, piuttosto che l’inevitabile conseguenza della presenza di termini valutativi. Detto altrimenti la mera affermazione che si ha a che fare con termini valutativi non comporta di per sé il rinvio a criteri di applicazione extra giuridici. Un conto è asserire che in presenza di clausole generali v’è sempre, ineluttabilmente e per definizione, un rinvio a criteri extragiuridici, altro è affermare che il rinvio, pur potendo essere anche ad altri criteri di natura giuridica, deve essere a criteri extragiuridici”. La riflessione dell’A. sembra centrare nel punto ne può costituire una ricaduta sul piano di disciplina degli interessi del minore la condivisibile ricostruzione in tema di omogenitorialità operata da BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, n. 4. L’A. ritenendo applicabile le norme in tema di adozione legittimante anche alla coppia unita civilmente a mondo di affermare che “ si tratta di verificare [...] se,, dal punto di vista del minore, anche avuto riguardo alla sua relazione con tutti gli altri e al suo modo di relazionarsi nella società, sia concretamente “ indifferente” vivere in un ambiente familiare governato da una coppia di persone omosessuali o di persone eterosessuale” in questo senso L’A. sottolinea che “il controllo di compatibilità, adeguatezza e congruenza della disciplina agli interessi coinvolti, debba svolgersi e misurarsi [...] non già sul solo piano della concreta capacità della coppia a essere “ affettiva idonea e capace di educare, istruire e mantenere i minore [...] bensì sul piano psicopedagogico, dovendosi verificare, nell’esclusivo e prevalente interesse del minore, se, nella crescita e nello sviluppo socio-psichico, avuto riguardo al suo modo di relazionarsi nella società, tenuto conto del modello culturale, dei rapporti ce il minore instaura con altri minori, si con altri adulti, sia effettivamente indifferente crescere in una famiglia costituita da una coppia di persone eterosessuali, oppure da una coppia formata da persone omosessuali”.

sebbene rappresenti un punto di contatto fra le due categorie non li rende sovrapponibili. Piuttosto potrebbe affermarsi che ogni clausola generale in quanto tale opera attraverso e all'interno del quadro tracciato dai principi, i quali altro non rappresentano se non la traduzione giuridica dei valori.

Tanto impone di qualificare l'interesse del minore come clausola generale in grado di rendere la valutazione che si appunta sulle condizioni di vita del minore conforme all'ordine assiologico dei principi e alle valutazioni sociali proprie di una determinata comunità. La detta clausola opererebbe dunque in una duplice dimensione da una parte essa sarebbe cioè diretta a orientare l'attività normativa propria del legislatore, dall'altra sarebbe criterio giudiziale rivolto al giudice nella regolazione del caso concreto.

Vi è tuttavia una specificità proprio della clausola generale di interesse del minore: ad essa di norma viene accompagnato un attributo che qualifica il termine nel senso di superlativo relativo ovvero di superlativo assoluto: nei diversi testi normativi si parla perciò di miglior ovvero prevalente interesse del minore⁴⁷. La notazione non è di poco momento in quanto determina delle conseguenze sul piano applicativo. L'interesse sarebbe infatti configurato come non bilanciabile ovvero come comunque prevalente sugli altri interessi che vengono in gioco nel caso concreto⁴⁸. È proprio l'idea della superiorità dell'interesse del

⁴⁷ Quanto alle questioni relative alla individuazione del significato del preminente interesse del minore fra gli altri si veda SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 405 e ss.; LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, cit.; ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno Dell'Associazione "Gruppo di Pisa", a cura di Giuffrè e Nicotra, Napoli, 2014, 508; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 e ss.; ROFANI, *L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Soc. dir.*, 1997, 61 e ss.; FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. d.*, 1998, 170 e ss.

⁴⁸ In questo senso si veda LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 85 in cui l'A. afferma che "Se davvero così fosse, tuttavia ci si troverebbe davanti all'unica ipotesi di diritto fondamentale tiranno, nel senso di capace di alterare qualsiasi

minore che apre la strada a argomentazioni retoricamente efficaci ma talvolta logicamente sconnesse.

È attraverso la via del superlativo relativo che dunque possono essere presi in considerazione sotto il profilo del bilanciamento tutti i principi che collidono nel caso da regolare.

La clausola generale del miglior interesse del minore opererebbe dunque in un contesto discorsivo in cui interagiscono da una parte principio di stabilità dello status, dall'altra il principio di dignità della donna gestante infine lo stesso principio di legalità.

Il bilanciamento fra i detti principi non può che avvenire attraverso una c.d. legge di collisione, per dirla alla Alexy, per cui la soluzione della collisione “consiste piuttosto, nel fatto che, riguardo alle circostanze del caso si stabilisce una *relazione* condizionata di priorità (*bedingre Vorrangrelation*) tra principi. La definizione di questa relazione condizionata consiste nel fatto che, in relazione al caso, sono date *condizioni* alle quali un principio prevale sull'altro. Ad altre condizioni, la questione della priorità può essere risolta in modo opposto”⁴⁹.

Sotto questo profilo dal punto di vista applicativo l'utilizzo della clausola generale sembrerebbe entrare in contrasto con il modello del sillogismo applicativo.

La clausola del miglior interesse del minore può essere occasione per saggiare un uso diverso del sillogismo: un sillogismo che non si riferisca esclusivamente alla decisione, e che si articola, in sostanza, come sussunzione del caso concreto nella norma astratta; un sillogismo che guardi cioè alla motivazione delle scelte operate dai giudici.

bilanciamento, di schiacciare ogni altra pretesa costituzionalmente garantita, con l'ulteriore particolarità che il diritto sarebbe tale non tanto in ragione del valore e del bene tutelato, quanto del soggetto che ne è titolare”. In questo senso ragiona SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 432 quando afferma che “sebbene superiore e preminente, quello del minore è un diritto essenzialmente relazionale e la relazionalità è propria e intrinseca alla natura fondamentale dei diritti, tra cui appunto quello del minore alla realizzazione del suo *best interest*”.

⁴⁹ ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 110 e ss.

La applicazione della clausola generale di interesse del minore troverà così una propria dimensione di certezza⁵⁰. Certezza che passa attraverso la controllabilità della decisione dell'organo giudicante, il quale sempre deve controllare che le conclusioni cui perviene possano essere ricostruite in forma di giustificazione sillogistica.

È pur vero che proprio con riferimento alla clausola generale di miglior interesse del minore il giudice sarà guidato dalla necessità di approntare giustificazioni da una parte sulle ragioni che lo hanno guidato nella scelta del criterio in base al quale è stato determinato il contenuto della clausola generale e dall'altra con riferimento alla determinazione contenutista del detto criterio.

4.3. *L'emersione delle c.d. figure sintomatiche del preminente interesse del minore.*

Emerge così la necessità di giovare di strumenti le c.d. figure sintomatiche⁵¹ dell'interesse del minore che hanno in sostanza una funzione di razionalizzazione dell'applicazione della detta clausola.

⁵⁰ Sul tema della certezza del diritto nella letteratura sterminata si vadano LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968; ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, cit., p. 85 e ss.; CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017; IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011; FARALLI, *Certezza del diritto o diritto dell'incertezza?*, in *Materiali per una storia giuridica*, 1, 1997; CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1979; BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria, Mannelli, 2002; BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., *passim*; PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006. Più in generale si veda VECA, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997; BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011; ID. *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

⁵¹ L'emersione della dottrina delle c.d. *Fallengruppe* va ricercata in un ambito del diritto diverso dal diritto civile ed in particolare nel diritto amministrativo quanto al sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità della Pubblica Amministrazione, in questo senso si vedono le riflessioni di FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo, sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche non sintomi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 in questo senso sottolinea che le figure sintomatiche “non sono sintomi, bensì norme giuridiche, di elaborazione pretoria, e che sostituiscono, nel sillogismo del giudizio, le norme di diritto positivo”.

La figura sintomatica diviene modello di caso⁵², tratto però dalle concrete dinamiche fattuali dei rapporti, attraverso il quale il giudice può dare contenuto alla clausola generale permettendole di esprimere una regola capace di valutare gli interessi che emergono nella dinamicità della realtà.

Il meccanismo non investe unicamente il c.d. formante giurisprudenziale⁵³ ma vieppiù quello legislativo.

Figure sintomatiche dell'interesse del minore possono cioè ritrovarsi non solo nelle pronunce della giurisprudenza ma nelle stesse pieghe delle fattispecie che regolano il diritto dei minori: questo per lo più accade mediante la previsione di meccanismi di tipo presuntivo che hanno come obiettivo quello della tutela del minore stesso⁵⁴. In questa logica l'utilizzo di figure sintomatiche

⁵² Per una ricostruzione delle figure sintomatiche nel diritto civile si veda da ultimo ORLANDO, *Le figure sintomatiche del diritto privato*, in *Persona e merc.*, 2019, 4, 131 e ss. da cui si trattano non pochi spunti nel prosieguo del discorso. Nel medesimo senso PUNZI, *Le clausole generali e le sfide della complessità*. cit., p.79. In particolare l'A. ricostruendo il dibattito ricostruendo il meccanismo giuridico di stabilizzazione della norma costruita secondo lo schema della clausole generali sottolinea che “nello scegliere il criterio valutativo che riduce l'indeterminatezza della clausola generale, il giudice, al di là della decisione del caso, copia un'azione che produce effetti nella comunità dell'interpretazione e dell'argomentazione, incidendo sul processo intersoggettivo di attribuzione di un significato alla stessa clausola. Ogni atto di integrazione valutativa in tal senso contribuisce al processo di tipizzazione della clausola generale e così alla sua applicazione a casi che, per identità o somiglianza, risultino sussumibili (o riconducibili) nella sua fattispecie. Viene così a formarsi una serie di modelli o figure sintomatiche, atte a disciplinare gruppi di casi simili e, in quanto dotate di una certa stabilità, idonea a circoscrivere la indeterminatezza della clausola generale”.

⁵³ Sull'utilizzo del termine formanti si veda SACCO, *Legal Formants. A Dynamic approach to Comparative Law*, in “*The American Journal of Comparative Law*”, 39, nn.1,2,1991; si veda fra gli altri P.G. MONATERI, *Legal Formants*, in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Palgrave Macmillan, London, 1998.

⁵⁴ Di questa possibilità si avvede già S. ORLANDO, *Le figure sintomatiche nel diritto privato*, cit., p. 135, L'A. sottolinea che “ in ambito familiare, la giurisprudenza afferma ora un dovere di coerenza (*venire contra factum proprium*), riconoscendo la preclusione dell'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi aveva in precedenza acconsentito alla fecondazione

determina quale conseguenza la inapplicabilità di un modello che stabilisca gli effetti giuridici a priori: si intende parlare del diritto costruito per fattispecie.

La regola che scaturisce dall'individuazione della figura sintomatica rappresenta un giudizio valutativo provvisorio. La provvisorietà della valutazione attende di essere vagliata alla luce delle circostanze del caso concreto. In sostanza "il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza di tipizzare comportamenti rispetto ai quali il giudizio definitivo o se si vuole la diagnosi – funzionale all'attribuzione di un determinato trattamento giuridico: la sanzione, la reazione, il rimedio – attende e richiede sempre una conferma da atteggiarsi sulla base di altri fatti"⁵⁵.

La regola trova la propria tematizzazione nel caso, deve cioè essere drammatizzata per essere capace di divenire la soluzione non solo la più corretta ma anche giusta del caso sottoposto all'attenzione dell'organo giudicante. Questa ricostruzione pone in una luce diversa le norme di cui si è detto: le modalità attributive della genitorialità diventano cioè un sistema di figure sintomatiche in grado di meglio avvantaggiare il minore come vero centro delle relazioni familiari.

Le presunzioni in tema di filiazione matrimoniale ne rappresentano il primo esempio. La stabilità del rapporto genitoriale, se non incide potenzialmente sulla qualificazione giuridica del figlio, determina però un favore quanto all'istaurazione della relazione con il genitore che non è sottoposta alla necessità dell'atto di riconoscimento.

Dall'altro lato la giurisprudenza nega la possibilità di venire *contra factum proprium* nel caso di riconoscimento del figlio fatto nella consapevolezza della sua falsità: quel comportamento diviene cioè sintomatico della volontà dell'autore del riconoscimento di assumersi le responsabilità proprie dei genitori: la stabilità della

eterologa della moglie, ora imponendo, una volta cessata la libera convivenza, al partner proprietario di concedere un termine per reperire una diversa sistemazione dell'ex convivente".

⁵⁵ ORLANDO, *op. ult. cit.*, p. 138

relazione dunque determina la irrevocabilità di una situazione pur non conforme alla verità.

Tanto accade d'altro canto anche nelle tecniche di procreazione medicalmente assistita in cui i congegni normativi di cui agli artt. 8 e 9 l. 40/2004, nel caso di fecondazione eterologa di cui si è già detto, determinano la impossibilità di agire per il disconoscimento della paternità.

Il sistema è dunque improntato nella sua totalità alla realizzazione quanto più ampia dell'interesse del minore. Interesse che si sostanzia nella necessità che nei confronti del minore venga garantito la realizzazione del fatto dovuto⁵⁶ previsto dalle norme del codice. Fatto dovuto che, lo si dirà a sua volta, si concretizza nella necessità che al minore vengano garantite le cure necessarie per la costruzione della propria identità all'interno della propria famiglia: famiglia che si contraddistingue non per un legame unicamente di sangue ma per un legame che affonda le proprie radici nella capacità dei due *care givers* di essere capaci di prendersi cura del minore⁵⁷.

In questo senso le figure sintomatiche si caratterizzano come comportamenti in grado di assicurare lo sviluppo dell'identità del minore come persona in formazione. L'utilizzo di figure sintomatiche permette quindi che il fatto dovuto tragga la propria sostanza non da una previsione astratta ma dalle circostanze concrete che permettono di valorizzare le esigenze del singolo minore.

La clausola generale di miglior interesse del minore così ricostruita diviene dunque criterio di adeguatezza in concreto non solo della decisione giudiziaria ma vieppiù della disposizione legislativa.

Lo si è visto quanto alle decisioni in merito agli automatismi penali in tema di perdita della responsabilità genitoriale. Il discorso non è di poco momento anche in quel caso i comportamenti penalmente rilevanti escono dalla logica della fattispecie e dunque da una applicazione di tipo binario e per l'appunto automatico. Si

⁵⁶ Nella logica della ricostruzione del fatto dovuto si veda S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, p. 1033 ss.

⁵⁷ Fra gli altri un riferimento all'etica della cura si ha in DI MASI, *L'interesse del minore*, cit, p. 138.

configurano al contrario nel discorso della giurisprudenza come figure sintomatiche che di per sé hanno la forza di determinare un nocumento alla posizione del minore, ma che devono superare il vaglio della concretezza, cioè del tessuto di relazioni effettivamente intessuto dal minore. In questa logica la figura sintomatica assume le caratteristiche di una figura di relazione che determina il superamento di modelli argomentativi fondanti sulla logica della presunzione assoluta di nocumento al minore: il giudizio da prognostico diviene cioè diagnostico della condizione del minore.

Il percorso che si è compiuto nella logica della ricostruzione del sistema della filiazione fa emergere un contesto in cui verità biologica, verità genetica e verità sociale rappresentano dati di realtà suscettibili di essere tutelate non in senso assoluto ma con riferimento alla relazione che esse intessono con il principio di miglior interesse del minore. Anche la verità in sostanza diventa una figura sintomatica di interesse del minore, che va vagliata in relazione alle circostanze concrete in cui versa il minore. La costruzione delle figure sintomatiche dell'interesse del minore apre poi ad un approccio differente alla categoria della fattispecie.

In questa logica appare dirimente la ricostruzione di quella dottrina⁵⁸ che vede la fattispecie non come strumento attraverso il quale congiungere la realtà con l'idealità della norma. La fattispecie in sostanza individua due *species* di fatti: il fatto trovato ovvero il fatto accaduto e il fatto dovuto ovvero il fatto che deve accadere. Il fatto dovuto diviene il perno per la costruzione della giuridicità del fatto trovato, nella dimensione in cui esso rappresenta l'effetto giuridico da ricollegare ad un determinato accadimento della realtà. I due momenti fattuali si porrebbero in una relazione di proporzionalità per cui la questione consiste “nello stabilire se a fronte di un certo fatto sia proporzionato che uno o più soggetti possano fare o non fare una certa cosa, o che uno o più soggetti debbano fare o non fra una tale altra cosa”⁵⁹. Il rilievo non è di poco momento in quanto se la relazione fra figlio e genitore si sviluppa in un'ottica di proporzionalità, è in questa dimensione che l'interprete

⁵⁸ ORLANDO, *Fattispecie, Comportamenti*, cit., p. 1039.

⁵⁹ ORLANDO, *ivi*, p. 1043.

dovrà assicurare tutela agli interessi pluriformi che vengono in gioco. È in relazione ad un giudizio di proporzione, di ragionevolezza che l'ampiezza delle due fattispecie potrà essere di volta in volta ampliata o ristretta.

La detta consapevolezza non può che portare l'interprete a concentrare la propria attenzione sul versante dei rimedi nella eventualità in cui il fatto dovuto non si verifichi o non ne venga permessa la realizzazione. Dalle dette premesse discende logicamente che il rimedio e la sua effettività si sviluppano intorno alla categoria del fatto dovuto. Fatto dovuto che nelle relazioni familiari si sostanzia nella necessità che al minore sia assicurato uno *status* stabile in una dimensione che ponga al centro la necessità di tutelare la continuità affettiva del minore. La vicenda del rapporto giuridico familiare assume dunque una connotazione diversa sotto il profilo rimediabile. La logica del fatto dovuto permette cioè un ritorno al fatto, unico piano su cui il rimedio può essere valutato come idoneo al componimento degli interessi in conflitto.

È proprio nella logica dei rimedi che il discorso deve trovare il suo logico compimento.

5. Per un approccio rimediabile alla fenomenologia della gestazione per altri.

L'ottica rimediabile non ha l'obiettivo di disarticolare il sistema normativo vigente. Non ha lo scopo di traghettare il diritto di famiglia verso un'epoca di mero fattualismo e relativismo. Le sfaccettate condizioni di vita nei minori non si impongono al diritto, come la forza bruta si impone sul debole soverchiandolo⁶⁰.

Viceversa l'approccio rimediabile, una volta che sia appurata "l'esistenza di una situazione soggettiva protetta", aspira a "fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni di

⁶⁰ In senso opposto alla possibilità che il fatto si imponga al diritto in una logica fattualista relativista si esprime VETTORI, *Effettività*, cit. l'A. sottolinea che "l'effettività contribuisce a fissare, appunto, la giuridicità di un interesse in coerenza con la stessa funzione della rilevanza giuridica. La quale esprime una valutazione on sull'esistenza del fatto materiale o delle sue conseguenze ma sull'essenza giuridica del fatto, ossia sulla sua rilevanza per il diritto che va tenuta distinta dall'efficacia".

interessi e diritti da tutelare con regole e principi, in presenza dei quali non si può parlare di lacuna, ma di un fatto la cui essenza giuridica, distinta dall'efficacia, orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva che la fattispecie non ha saputo indicare in modo pieno"⁶¹.

La sfaccettata vicenda del minore, quando la sua nascita avviene a seguito di procedure vietate o sanzionate dal legislatore nazionale, come nel caso della GPA, necessita di sottoporre il caso che viene in rilievo ad un test di effettività.

La considerazione preminente dell'interesse del minore può cioè trovare spazio all'interno dell'ordinamento a condizione che venga garantita la sua effettività intesa come diritto ad "un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella unica e talvolta irripetibile situazione di interesse giuridicamente tutelato"⁶².

In questo senso il riferimento è al *dictum* delle S.U. che ha statuito la impossibilità di addivenire ad una trascrizione dell'atto per contrarietà all'ordine pubblico; paventando l'ipotesi di potersi rivolgere al rimedio della adozione in casi particolari presta dall'art. 44 lett. d) della l. 183/84, come rimedio in grado di tutelare efficacemente la posizione del minore.

Il detto rimedio si sostiene tuttavia sia inidoneo a tutelare il preminente interesse del minore e questo anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale ci si riferisce alle sentenze n. 32 e 33 del 2021.

La idoneità di cui si è detto deve però essere vagliata in concreto con riferimento agli effetti propri della adozione prevista dall'art. 44, lett d) della l. 184/83.

Infatti l'adozione in casi particolari non ha effetto legittimante, non costituendo vincolo di parentela con la famiglia dell'adottante; è sottoposta alla necessità dell'assenso da parte dell'altro genitore, aspetto che può divenire problematico nel caso di crisi della coppia genitoriale in quanto l'eventuale dissenso non potrebbe essere superato da un pronunciamento del Tribunale dei minori; ancora è sottoposta ai necessari tempi di giudizio, in cui qualora intervenisse

⁶¹ VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 85.

⁶² VETTORI, *ivi*, p.87

la morte del genitore d'intenzione, il minore si vedrebbe compromesso irrimediabilmente nei suoi diritti successori e nei legami parentali.

In particolare la inadeguatezza del rimedio si coglierebbe ponendo l'osservatore dal punto prospettico del minore. Le Sezioni Unite di fatto hanno individuato la operatività del detto rimedio, ritenendolo conforme agli indirizzi della giurisprudenza sovranazionale e in particolare *all'avis consultatif* della Corte EDU sui noti casi *Labasee* e *Menneson c. Francia*⁶³. In particolare il giudice dei diritti aveva sottolineato la possibilità di garantire il diritto dei minori alla propria famiglia non solo attraverso la trascrizione degli atti di nascita, ma altresì anche attraverso altri strumenti di diritto interno, purché idonei a tutelare in maniera effettiva e celere l'interesse del minore.

È chiaro tuttavia in base alla struttura propria del detto rimedio che esso rappresenti sostanzialmente uno strumento sottoposto alla

⁶³ Sul parere preventivo della corte EDU si veda CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu(post-Prto.16) in tema di maternità surrogata*, in *Questionegiustizia.it*, si veda anche con riferimento alla Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale 8325/20 A. SCALERA, *op. ult. cit., passim*, che, proprio con riferimento alla efficacia del parere espresso dalla Corte Edu, sottolinea come le *advisory opinion* quale strumento di “nomofilachia preventiva” rappresentano uno strumento analogo alle pronunce della Corte di talché “tenuto conto di quanto espressamente sancito nel richiamato par. 27 della Relazione esplicativa al Protocollo, si deve, perciò, dissentire da chi, in sede di primo commento dell'ordinanza che si annota, ha attribuito all' *avis consultatif* il ruolo di «mera opinione» della Corte di Strasburgo ed ha ritenuto «ardito» assumere il parere stesso a parametro imprescindibile ai fini dell'affermazione del diritto del minore”. L'Autore si riferisce alla diversa opinione espressa da LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in *Giustiziainsieme.it*, l'A. sostiene che “se pure non può negarsi che anche in mancanza di ratifica del Protocollo Addizionale da parte dell'Italia il parere può rivestire un indiretto rilievo interpretativo nel nostro ordinamento, sembra ardito assumere il parere stesso, per sua natura non vincolante nemmeno per il giudice francese richiedente, quale parametro di riferimento imprescindibile ai fini della affermazione del diritto del minore nato da maternità surrogata ad essere riconosciuto figlio anche del genitore d'intenzione”.

totale volontà dei genitori istanti, con tutte le ricadute, che si sono sottolineate in caso di patologia del rapporto genitoriale.

L'utilizzo del detto rimedio contrasterebbe dunque con la norma fondamentale in ambito di filiazione e cioè lo stato unico di figlio. Vi sarebbero cioè dei minori quelli nati da coppie sposate o non sposate eterosessuali che possono giovare dell'intero sistema delle azioni di stato per tutelare la dimensione veritativo-relazionale del proprio *status*. Al contrario vi sarebbero poi i minori nati attraverso tecniche di surrogazione di maternità o da coppie omogenitoriali i quali sostanzialmente non avrebbero nessun rimedio da poter attivare in sede giurisdizionale per tutelare il proprio interesse a vedersi riconosciute determinate figure genitoriali. Con ciò si vuole sostenere che il rimedio non supera il test di effettività cui lo stesso deve essere sottoposto: contrasta in particolar modo con quel diritto di azione che il legislatore costituzionale in forza dell'art. 24 Cost. riserva anche al minore⁶⁴.

La inadeguatezza del rimedio si coglie in una serie di pronunciamenti successivi all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite. In primis con riferimento alle citate sentenze della Corte costituzionale. In particolare la sentenza n.31/2021 si spinge alla valutazione della adozione in casi particolari come strumento idoneo alla tutela del minore: la valutazione è negativa. In particolare l'organo giudicante ritiene che essa dia sì "forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali".

Il pronunciamento si conclude con un monito al legislatore affinché egli possa individuare una soluzione che si faccia carico di tutti gli interessi in gioco.

A margine del detto pronunciamento si segnala il più recente pronunciamento del tribunale di Milano⁶⁵, in una ipotesi che riguarda proprio la trascrizione di un atto di nascita esterno di un

⁶⁴ VETTORI, *Effettività*, cit., p. 87 l'A. sottolinea che "La Corte Costituzionale ha di recente individuato nell'art. 24 della Costituzione non solo il diritto al "giusto processo", ma anche il diritto ad una tutela sostanziale effettiva, tratto dal coordinamento degli art. 2,3, e 24 che assieme fissano un nesso inscindibile tra il diritto di adire il giudice e i diritti inviolabili della persona".

⁶⁵ Trib. Milano, Sez. VII, 23 settembre 2021.

minore figlio di due padri, trascrizione rifiutata dell'ufficiale dello stato civile. Il tribunale ritenendo, sulla scia del ragionamento della corte costituzionale, che lo strumento della adozione in casi particolari sia inidoneo alla tutela effettiva del minore, ha disposto la trascrizione dell'atto di nascita e questo sulla base di un ragionamento che trova la sua giustificazione nella necessità di colmare una lacuna dell'ordinamento ormai ritenuta non costituzionalmente conforme, nelle more del pur necessario intervento del legislatore. In questo senso i giudici del merito ritengono di colmare la lacuna applicando analogicamente le norme contenute negli art. 8 e 9 della l. 40/2004 che rappresentano il paradigma di una filiazione fondata sulla autoresponsabilità e sul consenso che ben potrebbe trovare applicazione anche al caso di GPA compiuta all'estero.

La casistica che si è cercato di ricostruire incide ineludibilmente sul legame fra principio di effettività della tutela e ruolo nomofilattico delle Corti Superiori. I giudici di merito hanno in concreto misurato gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità e ne hanno modificato nella sostanza gli esiti. Questo processo di argomentazione e chiarificazione del precedente lungi dal condurre il diritto nelle pieghe dell'incertezza e della imprevedibilità delle decisioni, rende consapevoli i giudici nel nuovo sistema multilivello delle fonti della loro opera di inventio del rimedio più adeguato alle situazioni di conflitto che essi sono chiamati a dirimere. La decisione degli organi giurisdizionali, organi la cui legittimazione proviene non già dall'approvazione popolare, come pure avviene in certi ordinamenti, ma dalla competenza giuridica, rendono consapevole lo studioso della funzione ordinante del caso.

La certezza del diritto è così ritrovata non nell'orizzonte della sussunzione ma in quello della argomentazione delle motivazioni. La presa di consapevolezza del detto cambiamento potrebbe ineludibilmente orientare anche la funzione nomofilattica delle corti superiori, rendendo il precedente stabile, tramandabile e questo

poiché addivene ad una soluzione ragionevole⁶⁶. In questa logica il sistema del diritto di famiglia al pari di altre branche del diritto privato può essere ricostruito non come sistema di diritti soggettivi predefinito dalla legge, ma come “ordinamento in fieri delle pretese giudizialmente perseguibili” il quale si configura come sistema privo di soluzioni *ex ante*: la soluzione diviene soluzione che “nell’orizzonte del contraddittorio si forma sul caso”⁶⁷.

⁶⁶ Sul ruolo del precedente si veda BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, 1994, *passim*.

⁶⁷ GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 365

RAFFAELLA MESSINETTI
Professoressa ordinaria di diritto privato
Sapienza Università di Roma

SALUTE, CURA, LIBERTÀ. ATTUALITÀ DELLA COSTITUZIONE IN TEMPO DI PANDEMIA.

SOMMARIO: 1. “Comunicazione” costituzionale: la “fondamentalità” unica del diritto alla salute/vita. – 2. Diritto alla salute come diritto di libertà. – 3. Autodeterminazione, identità, dignità. – 4. Dignità e autodeterminazione: diritto al suicidio nell’ordinamento tedesco. – 5. Autodeterminazione nella salute/vita e dignità. Il malato morente: quale suicidio? – 6. La salute degli altri. – 7. Autodeterminazione, salute e mercato.

1. *“Comunicazione” costituzionale: la “fondamentalità” unica del diritto alla salute/vita.*

Di fronte ai dilemmi etici e ai delicati problemi giuridici sollevati dall’ultima pandemia non può certamente sorprendere che si guardi alle carte costituzionali per cercare cardini ai quali ancorarsi e dai quali ri-orientarsi.¹ Ciò è conforme allo “spirito” delle costituzioni contemporanee come forma della convivenza sociale² e al loro “primo grande compito”: la “capitale distinzione tra legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge³.”

Il caso della Costituzione italiana è – anche da questo punto di vista – esemplare e la specialità del suo linguaggio⁴, nell’enunciato dedicato al diritto alla salute, non passa inosservata: il diritto alla

¹ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020.

² ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 131 ss.

³ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge Diritti Giustizia*, Torino, p. 37.

⁴ AINIS, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014.

salute è l'unico al quale la nostra Legge Fondamentale riservi espressamente la qualifica "fondamentale"⁵.

La ragione di questa scelta comunicativa potrebbe apparire intuitiva dal punto di vista empirico: "chiunque abbia l'esperienza della malattia sa che qualunque diritto è vuota declamazione finché la malattia lo sovrasta"⁶. Sembra "naturale", perciò, riferire al diritto alla salute ciò che si dice per connotare il diritto alla vita: "il primo dei diritti inviolabili dell'uomo" (Corte cost. 223/1996) e il "presupposto per l'esercizio di tutti gli altri" (Corte cost. 35/1997)⁷.

Non sfugge, del resto, che, differentemente dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948), dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 7 dicembre 2000), la Costituzione italiana non contiene alcuna disposizione specificamente ed esplicitamente dedicata al diritto alla vita⁸ mentre affida all'art. 32 la relazione tra vita e salute⁹.

Il delicato intreccio tra salute e vita delinea il campo semantico delle parole che compongono l'enunciato dell'art. 32, quali espressioni del linguaggio prescrittivo. Tuttavia, se è intuitivo che il nesso con la vita dia ragione e misura della "fondamentalità" della salute, l'operazione ermeneutica è più complessa di quanto a prima vista non appaia¹⁰. Per semplificarla, la scandiremo in due quesiti.

Il primo: che cosa significa sul piano tecnico-giuridico qualificare il diritto alla salute "diritto fondamentale"? Il secondo: attesa

⁵ Tra le molte decisioni si veda, in particolare, Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88.

⁶ TAMBURINO, *Epidemia-Salute-Carcere*, in *Giustizia insieme*, 2020.

⁷ MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 16 ss.

⁸ Il silenzio non stupisce se si osserva che "Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto": così ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 3 ss.

⁹ Per TAMBURINO, *op. cit.*, "L'art. 32 contiene dunque un *didiaen*, ha struttura simmetrica all'endiadi, perché in esso una sola parola ne indica due: salute e vita, vita/salute".

¹⁰ AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 231 ss.

l'unicità di questa qualificazione nella Carta costituzionale, può dirsi che la salute sia un diritto "più fondamentale" tra gli altri diritti ritenuti parimenti fondamentali nel discorso costituzionale italiano ed europeo, oppure una tale differenziazione è insensata sul piano logico-giuridico?

Come sappiamo, sono – questi – alcuni nodi che intrecciano le fila di molti discorsi nel dibattito pubblico al tempo del Covid19.

Un rapido sguardo alla topografia costituzionale basta per riscontrare una risonanza: l'espressione "fondamentale" contenuta nell'art. 32 coincide con quella che la Carta utilizza per intitolare – denotandone immediatamente il valore – un'altra e diversa regione del suo edificio: quella dedicata ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

Il richiamo non sembra – a prima vista – occasionale, coinvolgendo subito un principio considerato "supremo" del sistema costituzionale: quello della tutela giuridica della persona umana, sancito dall'art. 2. Infatti, sebbene il diritto alla salute non figuri espressamente in nessuno dei 12 articoli della Costituzione che declinano i principi fondamentali, si ritiene indubitabile che, proprio quale "fondamentale diritto dell'individuo" (art. 32), il diritto alla salute appartenga al novero dei "diritti inviolabili": quelli che, in virtù dell'art. 2, la Repubblica riconosce e garantisce alla persona umana sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Come è noto, secondo l'univoca interpretazione dottrina e giurisprudenziale, i diritti inviolabili della persona umana sono diritti "fondamentali"¹¹.

Alla stregua di questa equivalenza, occorre chiedersi se istituire un collegamento tra gli articoli 2 e 32 ponga all'interprete questioni giuridiche nuove, che non siano già risolte in maniera autosufficiente dall'art. 32. Se così non fosse, agganciare le due norme sarebbe

¹¹ La pluralità degli usi dell'espressione diritti fondamentali nel linguaggio della giurisprudenza costituzionale europea è attentamente ricostruita e decostruita da NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878 ss. Sul processo di costituzionalizzazione del diritto privato, EAD., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Torino, 2017.

inutile, non aggiungendo nulla a quanto già stabilito dall'art. 32 in virtù della qualificazione espressa della salute come diritto fondamentale dell'individuo.

Anticipando la risposta, seguendo l'insegnamento della dottrina più attenta ai delicati problemi del rapporto tra vita e regole¹², dobbiamo dire che la connessione tra le due zone dell'edificio costituzionale ha valore decisivo per dipanare tre importanti questioni:

- 1) definire che il diritto alla salute è aspetto essenziale del (contenuto del) principio personalistico: il diritto alla salute è assunto a valore fondativo della persona e perciò iscritto al centro dell'ordinamento costituzionale e democratico¹³;
- 2) prescrivere che i diritti fondamentali sono tra loro inscindibili: è in virtù di questo nesso che configurano il valore giuridico della persona. Il punto non ha valore solo teorico ma prescrittivo: l'inscindibilità dei diritti fondamentali è, infatti, un principio-cardine conclusivamente affermato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁴;
- 3) stabilire l'ordine delle relazioni tra il diritto alla salute e gli altri diritti e interessi fondamentali e perciò orientare la soluzione dei conflitti che li contrappongano nelle dinamiche della realtà vitale.

Le tre questioni sono evidentemente e strettamente collegate ma è la prima a condizionare le altre.

Partiamo dunque dalla prima, ricercando posizione e funzione del diritto alla salute nel contesto prescrittivo del principio

¹² Il riferimento – scontato – è al pensiero di Stefano Rodotà, espresso, in particolare nelle opere seguenti: RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

¹³ Il contributo fondamentale dell'analisi civilistica è quello di RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 312 ss.; ID., *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 ss. e di PERLINGIERI, *Il diritto alla salute come diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982 e, più ampiamente ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972 e *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

¹⁴ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 267 ss.; VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002; ID., *Carta europea e diritto dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 669 ss.

personalistico: il principio che pone la persona umana al centro dell'ordinamento giuridico¹⁵. Per meglio dire: che orienta l'ordine giuridico dello Stato costituzionale e democratico al servizio della persona umana. È un principio supremo del sistema costituzionale¹⁶ e il suo valore “fondazionale” è duplice: identificare nei diritti fondamentali non solo il limite ma la ragione giustificatrice ultima del potere dello Stato; configurare il nucleo – intangibile – dell'identità del sistema giuridico vigente – quale sistema storicamente e socialmente determinato.

Tornare a soffermarsi su questo notissimo aspetto non è inutile per delineare l'orizzonte ermeneutico del diritto alla salute. Il primo profilo condensa la transizione storico-giuridica dallo Stato di diritto liberale della modernità allo Stato costituzionale e democratico della contemporaneità¹⁷. In questo passaggio, il ruolo cruciale dell'articolo 32 è legato – come vedremo – alla specialità del “patto” costituzionale che esso formalizza. Il secondo mette in luce che i diritti fondamentali danno “sostanza” all'idea di persona umana¹⁸ e al valore della sua dignità quale “premessa antropologica dello Stato costituzionale e democratico”¹⁹. Qui il diritto alla salute svolge un ruolo peculiare non tanto perché amplia un elenco di diritti fondamentali ma perché ri-orienta lo sguardo del diritto sulla persona umana, stringendolo sulle condizioni reali dell'esistenza. Sotto questo profilo, la “fondamentalità” intuitiva del diritto alla salute (quella – come abbiamo detto – restituita dall'esperienza

¹⁵ PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit.; ID, *La persona e i suoi diritti*, cit.

¹⁶ È la notissima sentenza della Corte Costituzionale, 15 dicembre 1988, n. 1146. Si veda, per tutti, MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, ora in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008.

¹⁷ La letteratura scientifica è sterminata; per gli aspetti toccati nel testo occorre consultare – almeno – FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, I, Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, 1991.

¹⁸ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992.,

¹⁹ È la nota espressione di HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005. Sul punto, le penetranti riflessioni di VETTORI, *La struttura antropologica dei diritti fondamentali*, in *Giovanni Paolo II. Le vie della Giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di Pontificato*, Roma, 2003, p. 324 ss.

empirica della malattia) manifesta con forza ineguagliata che l'“essere umano” si dispiega nella realtà concreta delle condizioni materiali e spirituali dell'esistenza e nelle relazioni che intessono il suo mondo vitale. L'intreccio con l'art. 3 Cost. si fa tanto chiaro quanto stretto²⁰: l'essere in salute condiziona senso ed effettività della libertà e dell'eguaglianza; incide sul libero sviluppo della personalità e sull'effettività della partecipazione democratica; decide in merito alle reali “possibilità di essere e di fare della persona”²¹.

Si capisce, in questa prospettiva, che nel discorso costituzionale complessivo il diritto alla salute è centro di una trama fittissima di principi ed origina perciò questioni complesse. Ma andiamo con ordine.

2. *Diritto alla salute come diritto di libertà.*

Il collegamento dell'art. 32 all'art. 2 Cost. manifesta innanzitutto che, quale diritto fondamentale della persona umana, il diritto alla salute coinvolge e si svolge anche nella dimensione della libertà. Non solo perché – intrecciata con la vita – la salute è presupposto per l'esercizio di ogni altro diritto: in questo senso, è “condizione” di effettività del libero sviluppo della personalità²². Ma perché quello alla salute è (anche) diritto di libertà e, come tale, fornisce un contributo cruciale alla costruzione del valore giuridico della persona umana²³: la libertà della persona di autodeterminarsi rispetto agli interventi terapeutici sul proprio corpo e perciò rispetto alla sua salute. Con altre parole: il significato della persona come valore normativo è costituito – anche ma essenzialmente – da questa libertà.

²⁰ ALPA, *Diritto «alla salute» in Noviss. Dig. it.*, Appendice, VI, 1986, p. 913 ss.; PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 3 ss.;

²¹ È la nota impostazione di NUSSABAUM, *Creare capacità*, Bologna, 2014.

²² Sull'effettività come “ricerca di rimedio adeguato all'interesse protetto”, VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit.

²³ FLORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002; DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto*, I, *Il governo del corpo*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011.

È – questo – un aspetto decisivo del rispetto della persona umana che l'art. 32 individua come limite insuperabile – persino – per il legislatore.

Per comprenderlo appropriatamente occorre osservare più da vicino l'enunciato dell'art. 32. Dopo avere affermato che “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti”, la norma prescrive che “Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge” e che “La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Come Rodotà ha evidenziato, è – questa – “una delle dichiarazioni più forti della nostra Costituzione perché pone al legislatore un limite invalicabile, più incisivo di quello previsto dall'art. 13, che ammette limitazioni della libertà personale sulla base della legge e con provvedimento motivato del giudice”²⁴.

La peculiarità della situazione va dunque cercata alla stregua di un doppio vincolo: la riserva di legge (“se non per disposizione di legge”) e quello, ulteriore, che qualifica la prima in virtù di un limite insuperabile (“in nessun caso”) posto al potere del legislatore (“il rispetto della persona umana”).

Secondo Rodotà, il raffronto con l'art. 13 Cost. prova che l'art. 32 non costituisce una tradizionale ipotesi di autolimitazione della sovranità, la quale è “sempre accompagnata da una riserva, dal potere di rimettere la mano su quel diritto”;²⁵ l'idea del limite invalicabile rinvia ad un congegno diverso, adeguato alla specialità della sostanza in gioco: l'intreccio tra salute e vita della persona umana. “Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessità di rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all'*indecidibile*. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato”²⁶. L'enunciato costituzionale restituisce l'immagine di una “zona” che viene

²⁴ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 259.

²⁵ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 259.

²⁶ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 257

definitivamente sottratta al potere del legislatore ed affidata alla sovranità della persona umana. La norma, descrivendolo, attua un trasferimento di sovranità: è – quest’ultimo – l’oggetto del patto suggellato dall’art. 32. Un patto che ha doppia natura: è “costituzionale” perché realizza e sanziona la distribuzione dei poteri sul corpo della persona umana ed è “fondativo” perché istituisce una nuova categoria della soggettività giuridica: la persona (resa) sovrana – appunto – nel decidere sulla propria salute e dunque sulla propria vita.

Non per caso è soltanto il diritto alla salute ad essere nominato fondamentale: la specialità del linguaggio denota quella della “situazione” costituzionale²⁷, in due passaggi cruciali: quello della tecnica della distribuzione dei poteri e quello del valore che incorpora il limite della legge.

Il primo. Oltre il limite invalicabile dal legislatore non si apre uno spazio giuridicamente vuoto; uno spazio sottratto al diritto e perciò non protetto dal diritto. Al contrario il limite costituzionale è effetto dell’attribuzione fondativa e conclusiva alla persona umana di un potere che è giuridico perché ha la forza del diritto anche contro il diritto ma che il diritto vede come connaturato all’ “essere” della persona; alla sua esistenza naturale. Sotto questo profilo, la sovranità della persona sul proprio corpo e sulla sua salute/vita è istituita e protetta costituzionalmente quale “attributo” inseparabile dalla persona umana. Come abbiamo detto, in questo senso il diritto alla salute definisce un aspetto essenziale del contenuto del valore giuridico della persona umana.

Il secondo. Il limite all’onnipotenza della legge non è individuato nella dignità ma nel rispetto della persona umana nella sua integralità. L’alternativa non oppone semplici sfumature, tant’è che i lavori dell’Assemblea Costituente riflettono, sul punto, un dibattito assai acceso. Gli orrori e le atrocità del tempo imponevano cautela: la consapevolezza delle indefinite e imprevedibili modalità in cui diventa materialmente possibile violare la persona umana.

L’evoluzione delle scienze bio-mediche e l’innovazione tecnologica hanno, da allora, spostato i confini tra la vita e la morte,

²⁷ Esplicitamente, RODOTÀ, *op. loc. ult. cit.*

rendendoli – in qualche misura – “mobili”. Ciò ha mostrato, una volta di più, che la “presbiopia” della Costituzione rinvia ad una raffinata strategia di evoluzione ed auto-integrazione del sistema giuridico che rinnova di continuo la sua capacità di comprendere i processi di mutamento e governare i problemi anche inediti posti della realtà vitale²⁸.

Da questa prospettiva è chiaro perché l’art. 32 richiami il contenuto percettivo dell’art. 2: rinviare al comando di inviolabilità della persona umana; e perché si colleghi al nucleo della sua strategia: tutelare la persona umana nella integralità e complessità dei suoi modi di “essere”.²⁹

Possiamo, a questo punto, cercare di riannodare le fila del dialogo tra gli artt. 2 e 32 e osservare, più da vicino, il modo in cui questo reagisce sul significato precettivo di entrambi gli enunciati.

Da un lato, il diritto alla salute, quale diritto fondamentale della persona umana, ha “oggetto” complesso³⁰: non solo tutela l’integrità psicofisica della persona, proteggendola da interferenze lesive e

²⁸ MODUGNO, *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 210 ss. Nella prospettiva dell’analisi civilistica è fondamentale l’opera di BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso: lineamenti di una teoria*, Torino, 1996.

²⁹ Alla stregua di questa interpretazione dell’art. 2 Cost., sono rilevanti e dotati di tutela costituzionale tutti i profili attuativi del valore della personalità che emergano nella concretezza delle realtà vitali, con l’evoluzione della prassi. Lo schema operativo della loro rilevazione, conseguentemente, è la concretizzazione del valore accolto dall’ordinamento giuridico nella totalità delle sue possibili proiezioni di senso. Per questa impostazione, BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, diretto da Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 80 ss; MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 5 ss.; ID., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2015, 1; MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 359 ss.; PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit.; ID., *La persona e i suoi diritti*, cit.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012. Diversamente GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 728 ss.; BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 54 ss.; PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 5 ss.

³⁰ CARAVITA DI TORITTO, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, p. 32 ss.; CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del proprio corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 81 ss.

favorendo, con l'accesso alle cure, il recupero della condizione di benessere – che è *condicio sine qua non* del libero sviluppo della personalità; ma include essenzialmente la libertà individuale di autodeterminarsi rispetto agli interventi terapeutici.

Come abbiamo visto, il limite insuperabile del rispetto della persona umana ordina la trama dei “bio-poteri” (sul corpo e sulla salute/vita) dandole un centro: la libertà “imposta” dalla dignità. Con le parole della Corte Costituzionale: “la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute³¹”. Ma appare chiaro che il percorso di riconoscimento del diritto fondamentale all'autodeterminazione, intrecciandosi in maniera indistinguibile con la costruzione giuridica del soggetto e della persona, trova nell'art. 32 approdo conclusivo e, in certo senso, autosufficiente: è il peculiare contesto “sostantivo” costituito dal binomio salute-vita a reagire sia sul contenuto di questa fondamentale libertà sia sulla forza della sua inerenza all' “essere” della persona umana.

Il punto è cruciale per due ragioni: perché quello alla salute è – (in questo aspetto) – un diritto di libertà e perché “come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi” e perciò “di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire”³². È – quest'ultimo – un passaggio tanto forte quanto decisivo per osservare nel campo semantico del “rispetto della persona umana” i

³¹ Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438. Il principio del consenso informato è previsto espressamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nell'art. 3 dedicato al “diritto all'integrità della persona”. Vale la pena evidenziare che l'art. 3 è inserito all'interno del capo intitolato “Dignità”. D'obbligo il riferimento alla Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, conclusa ad Oviedo il 4/4/1997. La Convenzione dedica al principio un intero capitolo (il II) con gli artt. 5-9.

³² Corte Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

due correlati profili della libertà e della dignità. La Corte di Cassazione lo esplicita così:

“Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita”³³.

Come sappiamo, questo aspetto cruciale del patto costituzionale concluso nell’art. 32 si è esplicitato con chiarezza solo di recente, nelle risposte della giurisprudenza alle nuove domande di tutela della persona emergenti dagli approdi inediti delle scienze mediche. Ma, a ben guardare, restituisce una estensione della libertà individuale che non deve affatto stupire: al contrario, “il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi e di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire” “[...] è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l’intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.”

3. Autodeterminazione, identità, dignità.

³³ RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l’art. 32, comma 2, Cost, al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 102 ss.;

L'intreccio con la vita, alla radice della fundamentalità del diritto alla salute, spiega anche il ruolo decisivo di questo diritto nella c.d. costituzionalizzazione della persona e dei suoi bisogni: è una nuova antropologia giuridica che restituisce una categoria – la persona umana – “che meglio permette di dare evidenza alla vita individuale”³⁴. In questa prospettiva, infatti, l'immagine di uomo che il diritto assume non è quella del soggetto giuridico astratto, ma la persona umana immersa nella materialità e concretezza delle condizioni della vita³⁵.

Testimoniano questo cambiamento, per un verso, la riarticolazione del significato della salute come oggetto del diritto fondamentale: (come abbiamo già visto) non mera assenza di malattia ma condizione “olistica” di benessere psico-fisico-sociale della persona; per l'altro, l'inerenza alla persona della libertà di decidere della sua salute/vita.

I riflessi sul principio di dignità sono assai chiari: in un primo aspetto, la dignità della persona umana, se è “premessa antropologica dello Stato costituzionale e democratico³⁶” non costituisce un'essenza astratta da custodire ma è “costruita in modo da dover sempre essere misurata sulla concretezza delle situazioni, sì che diventa più diretta e stringente la possibilità di riferirsi ad essa ed esigerne l'attuazione”. Potremmo dire che, come valore normativo³⁷, la dignità può essere tutelata solo in forza della sua

³⁴ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 183; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 216 ss.

³⁵ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 263; ALPA, *Bioetica, biodiritto e rifiuto di cure*, in *Rifiuto di cure e direttive anticipate: Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012, p. 9 s.

³⁶ È già citata ricostruzione di P. Haberle.

³⁷ La letteratura giuridica è sterminata; per i profili di maggiore rilevanza per le questioni affrontate nel testo: RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, cit., p. 547 ss; RESTA, *Dignità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, vol. I, p. 259 ss.; ID., *Dignità, Persone, Mercati*, Torino, 2014; VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. Filos.*, vol. III, Milano, 2006; ID., *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008; ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009; VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; EUSEBI, *Dignità umana e indisponibilità della vita*, in ID., *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 203 ss.

continua attuazione, “verificandola” nella realtà delle condizioni materiali e delle relazioni sociali in cui si svolge in concreto l’esistenza della persona umana. Sotto questo profilo, il principio richiama e riassume in trasparenza, i profili (tradizionalmente nominati) “sociali” del diritto alla salute³⁸ e li rende inscindibili da quelli “liberali”³⁹.

Nel secondo – collegato – aspetto, il significato della dignità è correlato inscindibilmente all’autodeterminazione individuale. Un nesso che le parole della Suprema Corte scolpisce così: “la dignità dell’essere umano impone di rispettare il suo diritto di autodeterminarsi”. Perciò, se il rispetto della persona umana si definisce in concreto, “in riferimento al singolo individuo e alle sue scelte” (Corte Cass., sentenza cit.), è chiaro che la “definizione della dignità appartiene a un processo di cui la persona è protagonista”⁴⁰.

A ben guardare, non potrebbe essere diversamente perché la persona, come nuovo soggetto della storia giuridica, è concepita e tutelata per essere “libero costruttore della propria personalità”.⁴¹ Il rispetto della persona umana implica perciò, *naturaliter*, che la persona umana non possa essere (resa) oggetto di decisioni altrui riguardanti la sua salute/vita. Sotto questo profilo, l’inviolabilità del limite (rispettare la persona) riflette l’inscindibilità del vincolo tra dignità e autodeterminazione.

Per verificare questo aspetto (essenziale del valore giuridico della persona umana) occorre metterlo alla prova dell’ipotesi che, a prima vista, sembrerebbe negarlo: la condizione di incapacità, in cui - per definizione – il paziente-persona non può esprimere la propria volontà – nella forma costituzionale del consenso informato.

³⁸ È «la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (Corte costituzionale, 19 ottobre 2016, n. 275).

³⁹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 74 ss.; LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 773; CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995. Riferimento scontato a MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 802 ss.

⁴⁰ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 195.

⁴¹ L’espressione è di RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 263. Sul progetto etico-giuridico dell’umanesimo liberale si vedano le acute riflessioni di DONATELLI, *La filosofia e la vita etica*, Torino, 2020, in particolare, p. 189 ss.

Questa condizione sottende una doppia ipotesi. La prima: “In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l’effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente”.

La seconda: “superata l’urgenza dell’intervento derivante dallo stato di necessità, l’istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare” (Corte Cass. 21748/2007 cit.)

Occorre soffermarsi su questa relazione: “la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell’esclusivo interesse dell’incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell’incapace né “per” l’incapace, ma “con” l’incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche” (Corte Cass. 21748/2007, cit.). Anche in questa ipotesi, rispettare la persona umana significa tutelare l’irripetibile singolarità dell’individuo e seguire un complesso percorso di ricostruzione “della decisione ipotetica che il paziente avrebbe assunto ove fosse stato capace” alla stregua della “identità complessiva della sua “vita”⁴².

⁴² Il rispetto dovuto alla persona umana individua nella sua “identità complessiva” un parametro indispensabile alla liceità della decisione terapeutica. Un parametro che per sua natura è concreto e che, perciò, garantendo la irripetibile singolarità dell’individuo ne realizza l’autodeterminazione. Infatti “assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio

L'immagine giuridica della persona umana riflette, quindi, la centralità della libertà di autodeterminazione rispetto alla salute/vita. Una connessione che può essere sintetizzata così: se è privata della libertà di autodeterminarsi la persona umana è privata della sua dignità. La ragione dell'equivalenza è chiara e consiste nella riduzione della persona ad oggetto di interventi coattivi sul suo corpo e, perciò, a strumento di decisioni altrui sulla sua salute/vita – e perciò sulla sua morte⁴³.

È il significato (più antico e) nucleare della dignità ad originare i limiti non solo del potere di rappresentanza dell'incapace ma anche del potere medico e di quello dello Stato. Pervade la fitta trama assiologica e razionale dell'ordinamento costituzionale. È scontato che – ad esempio – il rispetto della persona umana, vista nella sua irripetibile singolarità implichi il rispetto dell'alterità e perciò il pluralismo. Ne consegue – per la nostra riflessione – che per lo Stato ogni vita è degna di essere vissuta⁴⁴ e che debba mettere tutti e

del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona” (Cass. n. 21748/2007, cit.). Nell'ambito della vastissima letteratura giuridica, si vedano – almeno – SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza. La Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1 ss., e PIPERNO, *Lo stato vegetativo*, in *Davanti allo specchio. La persona, il diritto, la fine della vita*, Torino, 2013, p. 21 ss.

⁴³ Questo significato accomuna la plurale varietà dei tentativi di definire la dignità come espressione del discorso normativo. Pone in luce l'evidenza della sua consistenza oggettiva VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 215 ss., in particolare, p. 220 s.

⁴⁴ “Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedersi autonomamente”. “La tragicità estrema di tale stato patologico – che è parte costitutiva della biografia del malato e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano – non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che il Servizio sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al

ciascuno in condizione di esplicitare liberamente la propria personalità in virtù di scelte consapevoli e informate. Per riassumere: lo Stato non può obbligare nessuno a curarsi ma ha il dovere di curare chi voglia essere curato e quello di non curare chi non voglia essere curato. Anche – come sappiamo – nel caso in cui da tale rifiuto derivi la morte, perché, con le parole della Corte costituzionale: “È solo la persona del malato che può decidere quale sia la vita degna di essere vissuta” (Corte cost. 217/2019). Ma questo significa che la vita, come valore giuridico, è – in qualche modo – disponibile⁴⁵ ?

Il quesito è tanto complesso sul piano giuridico quanto delicato e controverso su quello etico. Per un paese, ineludibile motivo: coinvolge il problema della morte: un “problema inaggirabile e inassimilabile per la ragione umana – che come tale va assunto”.⁴⁶

4. *Dignità e autodeterminazione: diritto al suicidio nell'ordinamento tedesco.*

Con una recente sentenza (26 febbraio 2020) Il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato l'incostituzionalità del § 217, comma 1, del codice penale, che punisce la condotta di aiuto al suicidio da parte di chiunque agisca in forma professionale. Il Tribunale ha riscontrato la violazione dei paragrafi 1.1 e 2.1 della Costituzione che tutelano, rispettivamente, l'intangibilità della dignità umana e l'inviolabilità della persona. Da questi principi costituzionali, deriverebbe il diritto della persona di scegliere autonomamente, in virtù di una decisione informata e ponderata, di

sopraggiungere della morte. La comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili”. (Corte Cass. 21748/2007)

⁴⁵ ZATTI, *Le “disposizioni del paziente”*: ci vorrebbe un legislatore, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 313 ss.; ID., *Principi e forme del “governo del corpo”*, in *Trattato di bio-diritto*, diretto da Rodotà e Zatti, I, *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 99 ss.

⁴⁶ LISCIANI PETRINI, Introduzione a JANKELEVITCH, *La morte*, Torino, 2009, p. XV.

porre termine alla propria vita. Nell'interpretazione del Tribunale, il diritto fondamentale di autodeterminarsi nelle scelte esistenziali include infatti la libertà di scegliere di terminare la propria esistenza e, a tal fine, quella di cercare e ricevere l'aiuto di chi sia disposto a darlo⁴⁷.

Rispettare questo diritto fondamentale implica che la persona non possa essere obbligata a restare in vita; che non possa esserle imposta un'esistenza che essa avverta come inconciliabile con la propria identità e, in questo senso, soggettivamente ritenuta non degna di essere vissuta.

Nella ricostruzione della tutela costituzionale della persona umana, effettuata dal Tribunale, il vincolo tra dignità e autodeterminazione personale è cruciale: la dignità della persona umana non solo è "ragione" del suo diritto all'autodeterminazione⁴⁸ ma coincide con l'autodeterminazione individuale.⁴⁹ Ciò ha un doppio significato. Anzitutto che è il principio di dignità a imporre la libertà di autodeterminazione, così che la negazione della seconda significa la lesione del primo. Ma anche che nell'ambito espressivo dell'autodeterminazione personale l'unica concezione della dignità che conta per il diritto è quella dell'individuo, espressione dalla sua identità. Ne consegue che la scelta autonoma della persona, quale atto di esercizio della libertà di autodeterminarsi, non possa essere sottoposta ad alcun giudizio di meritevolezza relativamente al suo

⁴⁷ ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, nella Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *Leg. pen.*, 2020, p. 1 ss.; RECCHIA, *Il suicidio mediamente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, p. 63 ss; NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla svolta epocale del Bundesverfassungsgericht*, in *Legi pen.*, 2021, p.1 ss.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., *passim*.

⁴⁹ La precisazione è importante perché è chiaro che se la dignità che fonda l'autodeterminazione, la stessa dignità può determinarne i confini: ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 46. Come è evidenziato nella accurata analisi di RESTA, *Dignità*, cit., proprio la giurisprudenza costituzionale tedesca testimonia la "complessità operativa" del principio di dignità alla stregua del doppio legame con la libertà, da un lato, e la eguaglianza, dall'altro.

contenuto. La decisione consapevole e ponderata della persona va rispettata in sé per sé, come espressione della sua identità. Perciò non può essere controllata secondo parametri esterni, quali ad esempio una concezione della dignità umana che sia etero-determinata⁵⁰.

Se l'autodeterminazione individuale è regola conclusiva del caso, risulta logico che il diritto abbia il solo problema di assicurare che l'atto autodeterminativo sia davvero tale: libero, informato e consapevole⁵¹.

Per sintetizzare: se il rispetto della dignità impone quello della libertà di autodeterminarsi rispetto alla propria vita e se questa libertà include *naturaliter* anche quella di porre fine alla propria vita, la conseguenza è palese: il suicidio non come mera libertà di fatto ma vero e proprio diritto. In questa prospettiva, il rispetto dovuto alla persona umana implica riconoscere e tutelare il diritto al suicidio: il diritto di scegliere come e quando morire e perciò anche di ricevere aiuto nel morire. Il suicidio è concepito come diritto della persona, slegato da situazioni e condizioni che lo debbano "giustificare" ab extra, come ad esempio la malattia. Con altre parole: non è solo la persona malata che, in virtù del diritto di rifiutare le cure, può scegliere di (lasciarsi) morire ma chiunque – come persona umana – ha il diritto di morire se davvero lo vuole; un diritto che perciò prescinde dalla salute e dalla malattia.

È – questa – una qualificazione importante per comprendere il ragionamento del Tribunale: la fattispecie incriminatrice dell'aiuto al suicidio è ritenuta una interferenza ingiustificata nella libertà fondamentale di autodeterminazione: il suo effetto, infatti, è rendere

⁵⁰ Sulle due dimensioni normative del principio di dignità e sulla loro coesistenza, si vedano le ampie e approfondite riflessioni di RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 801 ss.; ID., *Dignità e autodeterminazione nelle scelte di fine vita: il BGH espande la frontiera dei diritti fondamentali*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2010, p. 566; ID., *La promessa della dignità e le parole del diritto* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, p. 601 ss. L'a. pone in luce come l'analisi comparatistica confermi che la funzione di promozione dell'autonomia individuale (*dignity as empowerment*) non ha mai oscurato quella del dovere (*dignity as constraint*).

⁵¹ ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio*, cit., *passim*.

la scelta autonoma della persona di morire un diritto soltanto teorico ma, di fatto, irrealizzabile in concreto.

Il rilievo della giurisprudenza costituzionale nel processo di costruzione della tradizione comune e nel sistema europeo di tutela dei diritti umani ha richiamato l'attenzione della dottrina italiana su questa pronuncia, indirizzandola al raffronto tra il percorso interpretativo seguito dal Tribunale federale e quello espresso dalla Corte Costituzionale italiana nella nota sentenza n. 219/2017 (è il c.d. caso Cappato).

Cruciale, in entrambi i casi, è il ruolo dei principi, alla stregua della loro funzione sistemica: orientare nelle “situazioni che richiedono adattamenti e apprezzamenti caso per caso”. Ciò che avviene – tipicamente – nella tutela giuridica della persona umana, perché – come abbiamo rammentato – la persona è “costituzionalizzata” nella realtà dei suoi bisogni e perciò riguardata dal diritto nella sua irripetibile singolarità⁵². E “I principi, più che le regole, servono a questo scopo” perché “pur essendo contenuti in norme positive, per loro natura si alimentano di concezioni prepositive”⁵³. Ciò ne connota la tecnica operativa: i principi “mediano” tra mondo del diritto e quello della vita in virtù della loro costitutiva vaghezza semantica⁵⁴. Il loro significato non si determina da sé ma nello scambio comunicativo con la società⁵⁵; con la “sfera di significati nella quale il diritto si trova immerso” e da cui dipende non solo l'interpretazione ma la sua stessa validità. In questo aspetto, i principi operano come “valvole” che connettono il diritto ai

⁵² “Il processo di personalizzazione del diritto incarna un valore che oggi appare fondamentale, la persona come soggetto irripetibile, non seriale, che esige di essere preso in considerazione come tale, nella concretezza dei suoi rapporti sociali”: ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 217.

⁵³ ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007, p. 51 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 654 ss.

⁵⁵ SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 229 ss.

processi di produzione culturale della società assicurandone la vitalità⁵⁶.

Per queste ragioni, affinché i percorsi argomentativi seguiti dalle Corti restituiscano compiutamente il proprio “spirito”, alla stregua del mutevole significato dei principi⁵⁷ e degli esiti variabili del loro bilanciamento, è nel contesto del dialogo tra il diritto e la sua società che occorre cercare indicazioni.

Da questa prospettiva, la decisione del Tribunale tedesco non appare innovativa ma radicata in profondità nel sistema giuridico e nel tessuto culturale della società tedesca. La pronuncia di incostituzionalità infatti ha colpito una norma che non soltanto è recente (2015) ma soprattutto avrebbe modificato il significato giuridico del fatto, sottraendo il fenomeno dell’aiuto al suicidio alla sfera della libertà di autodeterminazione di chi vuole morire. Come è noto, fin dal 1871 il suicidio è stato considerato dal diritto tedesco un atto di “libera responsabilità”⁵⁸. Ciò che, da un lato, richiama *naturaliter* il paradigma del diritto individuale e del consenso dell’avente diritto; dall’altro, annuncia il percorso seguito dal Tribunale nel giudizio di costituzionalità. Se l’autodeterminazione individuale è diritto fondamentale verificarne la lesione implica ricercare ragioni giuridiche di eguale rango, capaci – occasionalmente – di limitarla, alla stregua dei criteri di necessità e proporzionalità.

⁵⁶ “[...] poiché quanto vi è di più schiettamente costituzionale nelle costituzioni è rappresentato da norme di principio, attraverso di queste la Costituzione rappresenta un ponte che apre il diritto a visioni della vita sociale direttamente vigenti nella concezione che la società ha di se stessa. Di fatto, tutte le norme di principio si esprimono attraverso “concetti aperti”, che rinviando a presupposto concezioni dei concetti medesimi. Questa distinzione tra concetti e concezioni dei concetti è fondamentale per la comprensione della natura dei principi. Si prendano i concetti di dignità umana, di vita, di libertà, di giustizia sociale ecc.: non si può pretendere che il diritto positivo si definisca interamente da se stesso, attraverso gli strumenti con i quali si esprime”. Così ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 226.

⁵⁷ MC CRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights* in “European Journal of International Law”, 2008; ID., *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2013; ROSEN, *Dignity. Its History and Meaning*, Cambridge, 2018.

⁵⁸ RECCHIA, *Il suicidio*, cit., p. 65 s.

5. *Autodeterminazione nella salute/vita e dignità. Il malato morente: quale suicidio?*

Nella nota sentenza 242/2019 (e nella precedente ordinanza 207/2018), la Corte costituzionale italiana ha seguito un percorso argomentativo diverso, incentrato sulla specialità dell'art. 32 Cost.: l'intreccio tra salute e vita. È – questo – l'ambito in cui la Corte cerca risposta al difficile quesito della disponibilità giuridica della vita umana e perciò dell'esistenza di un "diritto" della persona di scegliere autonomamente come e quando morire, ponendo fine alla propria vita secondo la propria volontà.

Sulla questione, assai controversa sul piano filosofico ed etico prima ancora che su quello giuridico, il dibattito pubblico non restituisce ancora orientamenti chiari. Di conseguenza la giurisprudenza si è trovata, ancora una volta, a cercare risposte ai problemi della vita e della morte fronteggiando un deficit dei processi deliberativi democratici⁵⁹. Un compito difficile perché la difficoltà ineguagliata del tema non si scioglie univocamente nel sistema dei principi⁶⁰. Ciò non tanto perché il diritto si occupa essenzialmente della vita e non della morte ma perché i principi non si definiscono da sé e rinvia ad un altrove della cultura e della coscienza sociale che – come abbiamo detto – stenta a trovare un ordine⁶¹.

Nel noto caso, la questione di costituzionalità ha riguardato la legittimità dell'art. 580 c.p., che incrimina le condotte di aiuto al suicidio «in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio» e che «prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano

⁵⁹ SUNSTEIN, *The Right to Die*, in *Yale Law Journal*, 1997, p. 1123 ss.

⁶⁰ TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica, Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, p. 130 ss.

⁶¹ BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 19 ss.; ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 579 s.

sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [*recte*: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione»⁶².

⁶² Leggiamo i passaggi della sentenza: “1.– La Corte d’assise di Milano dubita della legittimità costituzionale dell’art. 580 del codice penale, che prevede il reato di istigazione o aiuto al suicidio, sotto due distinti profili.

1.1.– La Corte rimettente pone in discussione, in primo luogo, il perimetro applicativo della disposizione censurata, lamentando che – secondo il diritto vivente – essa incrimini le condotte di aiuto al suicidio «in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio».

La disposizione denunciata violerebbe, per questo verso, gli artt. 2 e 13, primo comma, della Costituzione, i quali, sancendo rispettivamente il «principio personalistico» – che pone l’uomo, e non lo Stato, al centro della vita sociale – e quello di inviolabilità della libertà personale, riconoscerebbero la libertà della persona di autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza, scegliendo quando e come essa debba aver luogo.

La medesima disposizione si porrebbe, altresì, in contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, i quali, nel salvaguardare, rispettivamente, il diritto alla vita e il diritto al rispetto della vita privata, comporterebbero – in base all’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo – che l’individuo abbia il diritto di «decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà» e che l’intervento repressivo degli Stati in questo campo possa avere soltanto la finalità di evitare rischi di indebita influenza nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili.

Alla luce di tutti i parametri evocati, risulterebbe, dunque, ingiustificata la punizione delle condotte di agevolazione dell’altrui suicidio che costituiscano mera attuazione di quanto autonomamente deciso da chi esercita la libertà in questione, senza influire in alcun modo sul percorso psichico del soggetto passivo, trattandosi di condotte non lesive del bene giuridico tutelato.

1.2.– La Corte milanese contesta, in secondo luogo, il trattamento sanzionatorio riservato alle condotte in questione, censurando l’art. 580 cod. pen. «nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [*recte*: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione». Sotto questo profilo, la norma censurata si porrebbe in contrasto con l’art. 3 Cost., essendo le condotte di istigazione al suicidio certamente più gravi, sotto il profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito alla realizzazione dell’altrui autonoma determinazione di porre fine alla propria esistenza, e risultando del tutto diverse, nei due casi, la volontà e la personalità dell’agente. Sarebbero violati,

Come è noto, nel sistema giuridico italiano il suicidio non è un diritto. Non è (più) però neppure un illecito. Se la forza giuridica della tutela della vita si oppone alla prima qualificazione, ragioni intuibili di “mitezza” del diritto spiegano la seconda, sì che il suicidio è considerato un atto di esercizio di una libertà meramente fattuale dell’individuo⁶³. Si comprende, di conseguenza, che il divieto di aiuto al suicidio possa contare su una più vasta gamma di ragioni⁶⁴. “La circostanza, del tutto comprensibile e rispondente ad una opzione da tempo universalmente radicata, che l’ordinamento non sanziona chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non rende affatto incoerente la scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell’attuazione del suo proposito. Condotta, questa, che – diversamente dalla prima – fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una *relatio ad alteros* di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l’esigenza di rispetto del bene della vita”⁶⁵.

In questa situazione, il compito a cui è chiamata la Corte costituzionale italiana appare, a prima vista, più complicato di quello del Tribunale tedesco. Ciò per una fondamentale ragione emergente della ricostruzione della Corte: il diritto italiano “vede” il problema – e lo riconfigura come “tipo” di problema normativo – in modo diverso da come lo vede il diritto tedesco.

Il ragionamento della Corte muove dall’osservazione che sul piano normativo neppure il valore della vita è assoluto. Ciò risulta

inoltre, gli artt. 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., in forza dei quali la libertà dell’individuo può essere sacrificata solo a fronte della lesione di un bene giuridico non altrimenti evitabile e la sanzione deve essere proporzionata alla lesione provocata, così da prevenire la violazione e provvedere alla rieducazione del reo”.

⁶³ L’affermazione è univoca anche nelle “Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito” del Comitato Nazionale per la Bioetica. Sul punto, d’obbligo il rinvio a ROMBOLI, *Delle persone fisiche. Art.5*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Torino, 1988, p. 247.

⁶⁴ Sulle molteplici ragioni astrattamente capaci di giustificare un tale divieto, SUNSTEIN, *The Right to Die*, cit., *passim*.

⁶⁵ Corte cost., 24 ottobre-16 novembre 2018, n.207.

chiaro sia sul piano dei principi sia su quello delle norme che li attuano: da un lato, vi è il divieto dell'accanimento terapeutico; dall'altro diritto di rifiutare (o rinunciare) le terapie anche quando la morte ne sia conseguenza certa è un diritto della persona del paziente. Su questo punto, cruciale nell'argomentazione della Corte, conviene ritornare a soffermare l'attenzione.

Come abbiamo rammentato, il rispetto dell'autodeterminazione terapeutica dell'individuo, anche quando la scelta equivalga a lasciarsi morire, è il rispetto della persona umana secondo l'art. 32, comma 2. Con altre parole: la decisione (consapevole e ponderata) della persona riguardo agli interventi terapeutici concretizza il limite invalicabile (che il legislatore non può "in nessun caso violare") posto dall'art. 32, comma 2. Un limite che, per la sua forza, non ha eguali e – non a caso – si rinviene soltanto nel peculiare contesto della tutela costituzionale della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività - significativamente, nel comma dedicato ai trattamenti sanitari obbligatori.

Abbiamo già posto in luce la forza logica e simbolica del binomio salute/vita e del suo opposto malattia/morte che conformano il contesto semantico ed ermeneutico dell'art. 32. In questo quadro l'autodeterminazione terapeutica non costituisce solo una tra le possibili declinazioni del diritto di autodeterminarsi nelle proprie scelte esistenziali ma assume un'identità peculiare e, in certo senso, autosufficiente. È in questo contesto che il valore in concreto della libertà della persona, sul proprio corpo e attraverso il corpo sulla sua salute/vita, può entrare in conflitto e prevalere su quello astratto della vita⁶⁶.

L'ipotesi della morte per interruzione delle terapie di sostegno vitale è tanto drammatica quanto auto-evidente. Ed è – questa – l'ipotesi alla base del ragionamento della Corte: "la declaratoria di incostituzionalità attiene, infatti, in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero

⁶⁶ Come abbiamo ricordato, su questo aspetto cruciale dell'autodeterminazione terapeutica all'apertura della giurisprudenza ha fatto seguito l'intervento del legislatore. Uno schema operativo che sembra destinato a ripetersi anche per il tipo di problema affrontato dalla Corte costituzionale.

alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza”.

La delimitazione ha un doppio valore comunicativo: evidenziare che il problema giuridico riguarda la persona del malato morente; mostrare come questa condizione interroghi la (validità della) distinzione tra lasciare morire e fare morire; una distinzione fondamentale tanto sul piano filosofico ed etico quanto su quello giuridico. Seguiamo il ragionamento con le parole della Corte: “Se, infatti, il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale”.

Nell’argomentazione della Corte, accostare i due casi⁶⁷ ha valore di significazione importante: mostrare che in situazioni estreme, di fronte al malato morente, la distinzione tra lasciare morire e fare morire si affievolisce, disperdendo, con le proprie ragioni fattuali ed etiche, anche la capacità di orientare il ragionamento giuridico e la sua funzione ordinatrice. Se riaffermata nelle peculiari condizioni circoscritte dalla Corte – incriminando il “suicidio medicalmente assistito” – quella distinzione restituisce un doppio effetto antiggiuridico. Il primo: la lesione della libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie, che è negata se la persona del malato

⁶⁷ L’accostamento è esaminato dal punto di vista logico da NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito* in *Corti supreme e salute*, 2019, p. 201 ss., il quale argomenta che non si tratta di una vera analogia.

morente è privata di alternative e le si impone un'unica modalità di terminare la sua vita.⁶⁸

Si tratta di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». In tali casi, «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.»

Nella peculiarità – non certo unica – del caso, l'aiuto a (concludere il processo di) morire costituisce per la persona del paziente morente l'unico modo non solo e non tanto per sottrarsi alla sofferenza con la morte ma per conservare la propria dignità nella vita fino al momento della morte⁶⁹. Si comprende, sotto questo

⁶⁸ In questo noto caso l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale (ventilazione, idratazione nutrizione artificiali) a cui era sottoposta la persona del paziente avrebbe condotto ad una morte dolorosa e non rapida. L'unico rimedio possibile alla sofferenza del paziente – la sedazione terminale – lo avrebbe mantenuto in uno stato di totale e definitivo annullamento della coscienza e volontà fino al momento del decesso. In questa situazione l'alternativa offerta è solo apparente: permanere in una condizione di vita artificialmente sostenuta che è ritenuta indegna dall'individuo e che egli, perciò, non vuole; rifiutare le terapie e lasciarsi morire in modo che per la sofferenza oppure la protrazione della condizione di sedazione profonda è percepito dalla persona come altrettanto non dignitoso e perciò non è voluto.

⁶⁹ Le "Riflessioni" del Comitato Nazionale per la Bioetica – già citate – riportano l'opinione contraria in questi termini: "Per quanto siano umanamente comprensibili le condizioni estreme e drammatiche di alcuni casi concreti e alcune condizioni cliniche che portano i malati a chiedere l'aiuto a morire al medico, si ritiene siano sufficienti i percorsi già delineati dal legislatore e da una consolidata riflessione bioetica: la non giustificazione della ostinazione irragionevole delle cure (ritenendo doveroso che il medico bilanci saggiamente l'oggettiva proporzionalità terapeutica e le istanze soggettive del paziente con riferimento alla percezione della sofferenza) e la giustificazione del "lasciare morire", con accompagnamento palliativo (anche con sedazione palliativa continua profonda), nelle condizioni di consapevolezza del rifiuto e rinuncia delle cure e nel contesto

aspetto, che il problema non è se morire ma avere un potere di controllare il momento ed il modo di una morte che è attuale⁷⁰. La distinzione non è irrilevante; al contrario manifesta che il problema, in primo luogo, attiene a un momento della vita in cui la morte è già presente; in secondo luogo, chiama in causa il rispetto della persona e della sua dignità che deve accompagnarla per tutta la vita e, perciò, fino alla morte⁷¹.

Il secondo: una ingiustificata disparità di trattamento tra malati morenti rispetto alla possibilità di morire conservando il senso della propria dignità, alla stregua della propria identità. Correlativamente “Irragionevolmente discriminatoria risulterebbe, inoltre, una disciplina penale che riconosca la liceità dell’interruzione delle cure con esito letale, e dunque la non antigiuiricità di una condotta attiva di interruzione di un decorso causale immediatamente salvifico, punendo invece la condotta attiva di agevolazione della causazione immediata della morte in condizioni analoghe”.

“La conclusione è dunque che entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un’unica modalità per congedarsi dalla vita”.

La conclusione scioglie un nodo importante: chi “nello specifico ambito considerato” accoglie la richiesta di aiuto del malato morente

di una relazione paziente-medico centrata sulla reciproca fiducia” (p. 22). Contro la soggettivizzazione della dignità, si veda l’argomentazione di NICOLUSSI, *La legge n. 219/2017*, cit., p. 80 ss.; ID., *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., p. 201 ss.; NICOLUSSI e RUSCONI, *Volti e risvolti della dignità umana. A sett’anni dall’art. 1 della Costituzione tedesca*, in *Jus*, 2019, p. 3.; EUSEBI, *Dignità umana e indisponibilità della vita*, cit., p. 203 ss.

⁷⁰ VELLMAN, “*A Right to Self-Termination?*”, in *Ethics*, 1999, p. 607.

⁷¹ Secondo il Comitato Nazionale per la Bioetica, “Riflessioni”, cit.: “Come in talune circostanze la dignità personale può essere garantita dal rifiuto di terapie salvavita e/o dalla richiesta di accedere alla sedazione palliativa profonda continua, così in altre circostanze tale dignità può essere invece garantita dall’aiuto al suicidio”. Si veda anche RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2013.

a morire non è punibile non perché in quella situazione il rispetto della legge (e perciò l'astensione dall'aiuto) sia umanamente inesigibile alla stregua del sentimento di pietà e del valore della solidarietà⁷² ma perché in quella situazione, il divieto di aiuto al suicidio – proprio perché non è assoluto – non c'è.

L'attenzione profusa dalla Corte nel delineare – e circoscrivere – la situazione fattuale deve essere valorizzata con altrettanta attenzione. Essa, da un lato, manifesta che il problema normativo che chiede risposta non è il suicidio in sé ma la fine della vita del malato morente. Dall'altro impone di cercare la ragione della risposta giuridica alla stregua dello scarto tra lasciare morire e fare morire. In questo scarto la situazione del malato morente esprime interessi della persona umana che sono meritevoli di tutela giuridica⁷³ e che invece il sistema del diritto penale, che punisce gli atti contro la vita, disconosce e finisce per ledere. Il punto è importante: quegli interessi esprimono valori di rango costituzionale che nel bilanciamento con il valore della (tutela generale della) vita possono prevalere⁷⁴.

⁷² RECCHIA, *Il suicidio mediamente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, cit., *passim*.

⁷³ SANTOSUOSSO, *Diritti dei pazienti e doveri dei medici nel caso dell'eutanasia*, in *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, 1996, p. 207 ss.

⁷⁴ “Si reputa che il bilanciamento di valori favorevole all'aiuto al suicidio medicalmente assistito sia eticamente e giuridicamente legittimo perché la persona ha diritto di preservare la propria dignità anche e soprattutto nelle fasi finali della vita. In certe circostanze l'esistenza si impoverisce al punto da non avere da offrire altro che sofferenze o condizioni in cui viene percepita la progressiva perdita della propria dignità. In tali condizioni va rispettata una richiesta pienamente consapevole di essere aiutati a morire, senza dover ricorrere alla sedazione continua profonda ed eventualmente affrontare l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

Un simile bilanciamento di valori e principi deve tenere in particolare conto che, per legittimare la decisione di prestare assistenza medica al suicidio, devono essere presenti e contemporaneamente soddisfatte le seguenti condizioni:

1. la presenza di una malattia grave e irreversibile accertata da almeno due medici indipendenti (uno dei quali del SSN);

2. la presenza di uno stato prolungato di sofferenza fisica o psichica di carattere intrattabile o insopportabile per il malato;

Fermiamoci brevemente sul bilanciamento, alla stregua della opposizione che contrapporrebbe la via alla morte: potremmo chiederci se sia sensato invocare la tutela giuridica della vita contro la persona che sta morendo. È palese che non vi è “solo” una questione di “umanità” ma la correttezza del giudizio di bilanciamento e, perciò, della risposta del diritto al quesito posto dal fatto. E il fatto manifesta che nel problema considerato non è quello della vita il valore in gioco. Nella situazione descritta dalla Corte il malato sta già morendo; e sta morendo non perché non voglia vivere. L’attualità della morte non dipende affatto dalla volontà individuale ma dal fatto della malattia. La persona sta morendo perché la sua malattia non ammette guarigione e recupero della vita: a legarlo alla vita è solo l’artificio tecnologico di una terapia che è peculiare perché non cura e non può curare. Una terapia che non può restituire né salute né vita.

Le parole usate dalla Corte non lasciano dubbi: deve trattarsi di una “persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili”. Una persona che è già tutta immersa nel processo del morire. Il punto, allora, è qualificare appropriatamente la richiesta di concludere anticipatamente questo processo, controllando – per quanto sia umanamente dato – modo e momento della morte. È il fatto della morte già in atto che rende

3. la presenza di una richiesta esplicita espressa in forma chiara e ripetuta, in un lasso di tempo ragionevole.

È la simultanea soddisfazione di queste condizioni a fungere da garanzia per la tutela della persona malata e per il medico disposto ad accoglierne la richiesta di aiuto a morire.

In questa prospettiva, la presenza di un trattamento di sostegno vitale è considerata una condizione aggiuntiva solo eventuale; ritenerla necessaria, infatti, creerebbe una discriminazione irragionevole e incostituzionale (ai sensi dell’art. 3 della Costituzione) fra quanti sono mantenuti in vita artificialmente e quanti, pur affetti da patologia anche gravissima e con forti sofferenze, non lo sono o non lo sono ancora. Si imporrebbe, inoltre, a questi ultimi di accettare un trattamento anche molto invasivo, come nutrizione e idratazione artificiali o ventilazione meccanica, al solo scopo di poter richiedere l’assistenza al suicidio, prospettando in questo modo un trattamento sanitario obbligatorio senza alcun motivo ragionevole”.

irragionevole equiparare questa richiesta della persona ad un rifiuto della vita e alla scelta della morte⁷⁵. Nella sua condizione la richiesta di poter anticipare il momento della morte, ponendo fine a un processo irreversibile e già quasi concluso, manifesta un interesse

⁷⁵ La peculiare vulnerabilità psicologica della persona morente, secondo un pensiero non isolato, ostacolerebbe per definizione la possibilità di una autodeterminazione realmente libera. In questa prospettiva, la posizione di chi considera illecito il suicidio medicalmente assistito è ispirata alla tutela della persona umana. Si osserva, infatti, che: L'atteggiamento delle persone gravemente malate e prossime alla fine può essere ambivalente e incostante. Sono generalmente persone fragili, angosciate dal timore della sofferenza e dalla mancanza di autonomia, talvolta afflitte da problemi economici e familiari, incerte del loro futuro, bisognose di essere alleggerite dal peso di decisioni gravose, spesso in stato di confusione o depressione. Sono le condizioni prevalenti di chi si trova alla fine della vita, e vanno prese sul serio sul piano bioetico per evitare il rischio che, in nome di una pretesa e supposta volontà autonoma e informata del paziente, si aprano spazi di abbandono dei soggetti considerati 'marginali', in quanto improduttivi, dipendenti e costosi, che necessitano di un sostegno solidale" (*"Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito"*, cit.).

La Corte costituzionale riformula il problema in termini giuridici così: "Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri."

Secondo un orientamento riportato nelle "Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito" del Comitato Nazionale per la Bioetica: "Questo è tanto più vero se si considera che la richiesta di assistenza al suicidio giunge alla fine di un percorso di cura e di relazione con il medico e con altre figure dell'equipe sanitaria che permette la conoscenza del malato e l'instaurazione di un rapporto di fiducia, di un'alleanza terapeutica all'interno della quale si prospettano le varie alternative e si accerta che la volontà dell'interessato sia autentica e non sia frutto di pressioni esterne che fanno leva sullo stato di vulnerabilità. Sapere di avere la possibilità di mantenere la propria dignità fino alla fine della propria vita è un aspetto centrale del proprio benessere complessivo e fornisce quel senso di sicurezza che può rasserenare l'esistenza, anche qualora non si richieda concretamente alcuna assistenza a morire".

affatto diverso: “riappropriarsi della propria morte nella certezza di conservare la propria dignità nella morte”⁷⁶.

Sotto questo aspetto, nello “specifico ambito considerato” dalla parola suicidio non è adeguata⁷⁷ alla situazione del malato che è morente perché “già potrebbe alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza”. Suicidio è espressione ingannevole perché stravolge il senso del rapporto concreto con la vita e con la morte del malato morente, per il quale interrompere i sostegni vitali basta per morire ma non basta per morire conservando fino all’ultimo istante della vita il senso della propria dignità. È questo il fine e il senso del c.d. suicidio medicalmente assistito: la peculiare condizione del malato morente coinvolge la posizione di chi, con il proprio aiuto determinante, consente alla persona di controllare e realizzare l’ultimo atto della sua morte, terminando la vita con dignità, alla stregua della sua identità⁷⁸.

Di fronte alla questa condizione estrema del malato morente, la Corte avrebbe coniato una inedita condizione di non punibilità riferita al soggetto che “agevola l’esecuzione del proposto di

⁷⁶ Comitato Nazionale Bioetica, “Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito”, cit., p. 21; RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 634 s.; PIZZETTI, *L’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del “caso Cappato”, e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un’agonia lenta e non dignitosa*, in *BioLaw Journal*, 2019, 3, p. 159; TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, in *BioLaw Journal, Special Issue* 2019, p. 413, esplora la differenza che, in merito al ruolo della dignità umana, separerebbe la sent. n. 242/2019, della ord. n. 207/2018. Su questo aspetto, NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., p. 201 ss.

⁷⁷ Non ha valore solo etico-filosofico la seguente affermazione resa nelle “Riflessioni” del CNB, a p. 25: “Il suicidio è un attacco letale alla vita di sé e in queste drammatiche vicende concrete non si vuole in realtà “uccidere sé stessi”, ma liberarsi da un corpo che è diventato una prigioniera”. Secondo RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 258, l’espressione suicidio, in questi casi, è non soltanto inappropriata ma anche ingannevole.

⁷⁸ Ciò non di meno, nel lessico giuridico conserva una funzione dirimente, comunicando che è l’interessato a controllare e compiere l’ultimo atto che provoca la sua morte; atto reso possibile grazie alla determinante collaborazione di un terzo.

suicidio, autonomamente e liberamente formatosi⁷⁹, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”.

L’insieme delle condizioni definite dalla Corte ritaglia un contesto eccezionale nel sistema giuridico degli atti contro la vita, per garantire l’umanità del diritto imposta del principio di dignità e perciò cercando risposte ai problemi della vita e della morte alla stregua dei principii supremi di rispetto e tutela della persona umana e di solidarietà. Al di fuori della ipotesi circoscritta nella sentenza, il problema della qualificazione giuridica del suicidio e del trattamento penale dell’aiuto al suicidio rimane impregiudicato.

⁷⁹ È chiaro, in questo aspetto, che la decisione della persona morente riguarda la vita perché morire è l’ultimo atto della vita e, quindi, ne fa parte. Un atto di autodeterminazione che, secondo la Corte, è per il diritto necessario (libero e consapevole) ma, proprio perché coinvolge nella morte, non sufficiente ad escludere l’antigiuridicità dell’aiuto a realizzarlo.

Il tipo di problema si iscrive nel contesto della fine della vita e riguarda specificamente la persona del malato morente. Una condizione che richiede una considerazione specifica, secondo il senso della costituzionalizzazione della persona e dei suoi bisogni, che anche la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea riproduce e manifesta nella scansione delle sue parti. È chiaro perciò che, pur nella povertà del lessico giuridico, l’espressione “suicidio medicalmente assistito” rinvii a un problema normativo che è diverso da quello dell’aiuto al suicidio e che si iscrive - come la Corte precisa - nel quadro della relazione terapeutica. Da questa prospettiva, che la Corte sottolinea come “ragionevole” la possibile percezione individuale della sedazione terminale profonda come contraria alla dignità ha un chiaro effetto: manifestare che nel quadro normativo attuale, scandito dal codice penale e dalla legge n. 219/2017 sia insufficiente a rispettare e tutelare la persona del malato nel suo bisogno fondamentale di morire dignitosamente e in conformità con la sua identità. Non è l’imposizione autoritaria di una concezione oggettiva ed etero-determinata della dignità ma il suo opposto: l’esigenza di dormire soluzione giuridica ai problemi della fine della vita rispettando e tutelando la persona del malato morente nella sua irripetibile singolarità.

Nel vivace e inconcluso dibattito originato dal caso, ci si è chiesti se il percorso ermeneutico seguito dalla Corte lasci emergere un “diritto” della persona morente; se l’espressione “diritto” non si limiti a descrivere l’esito di un giudizio di bilanciamento orientato, caso per caso, dalla pluralità dei criteri individuati dalla Corte. La questione è stata affrontata dalla recente ordinanza del Tribunale di Ancona (09/6/2021) con la quale il giudice ha ordinato al SSN l’accertamento delle condizioni di fatto individuate dalla Corte Costituzionale nonché di verificare se “la modalità, la metodica e il farmaco prescelti siano idonei a garantire la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile (rispetto all’alternativa del rifiuto delle cure con sedazione profonda continuativa e ad ogni altra soluzione in concreto praticabile, compresa la somministrazione di un farmaco diverso”. Ma anche nel caso in cui l’esito di accertamento e verifica sia positivo e siano soddisfatte le condizioni individuate dalla Corte, non vi è alcun dovere giuridico di prestare aiuto al “suicidio”.

6. *La salute degli altri.*

Il fatto che il rispetto della persona umana costituisca un vincolo insuperabile per il legislatore non significa che il diritto all’autodeterminazione terapeutica non incontri limiti costituzionali e che perciò non possa mai soccombere nel conflitto che, in concreto, lo opponga ad altri e diversi interessi di eguale rango gerarchico. Nel linguaggio giuridico l’espressione “fondamentale”, riferita a un diritto soggettivo, non equivale a quella “assoluto”, né la fundamentalità di un diritto implica la sua assolutezza⁸⁰. Si ritiene, peraltro, che nell’ordinamento costituzionale e democratico di una società pluralista la tavola dei valori fondamentali non contenga posizioni assolute; capaci cioè di prevalere le une sulle altre astrattamente – prima e al di fuori di ponderazioni misurate sulle peculiari circostanze dei casi concreti⁸¹.

⁸⁰ Ovviamente, l’espressione risulta corretta se utilizzata per descrivere la tutela *erga omnes* della situazione giuridica soggettiva. Si veda la già citata Corte cost. n. 88/1979.

⁸¹ Corte cost. n. 264/2012. Il profilo attiene al significato del principio pluralista quale espressione essenziale dello Stato costituzionale-democratico: i

Queste precisazioni possono apparire superflue proprio alla stregua dell'enunciato dell'art. 32: la possibilità giuridica di trattamenti sanitari obbligatori manifesta che il diritto all'autodeterminazione terapeutica non è parametro capace di risolvere tutti i conflitti che coinvolgono la salute. In questi casi, la

diritti fondamentali, proprio perché tali, godono tutti di eguale garanzia giuridica. Detto altrimenti: l'ordinamento assicura la coesistenza di valori e di principi che, dal suo punto di vista, sono tendenzialmente dotati di eguale «dignità». È questo il modo in cui la Costituzione realizza quella funzione inclusiva che identifica la ragione della sua forza sociale, prima che giuridica: tutelare tutti gli individui allo stesso modo. Questa funzione implica la rinuncia ad ordinare (i valori ultimi e quindi i principi e) i diritti fondamentali in una gerarchia, precludendo la possibilità di stabilire che un principio prevalga su un altro *a priori*: facendo – cioè- astrazione dalle condizioni concrete di un conflitto che, contrapponendo l'agire libero dei soggetti, imponga la scelta tra due possibilità alternative: tutelare l'uno sacrificando l'altro o viceversa (ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 112 ss.; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008 p. 283 ss.; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 246 ss.; BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006). Chiaramente questa condizione attiene al piano in cui il principio si pone come proposizione comunicativa astratta (ad esempio: «i diritti fondamentali della persona sono inviolabili»). È in questa dimensione che nessun principio ha la capacità di limitarne nessun altro. Solo qui, perciò, può parlarsi di «assolutezza» dei principi fondamentali, e in una accezione semantica definita: sul piano normativo i valori non esprimono di per sé ragioni capaci di relativizzazione reciproca (ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 119 ss.). È proprio questa caratteristica della comunicazione tra i principi fondamentali a fare del c.d. bilanciamento la tecnica della soluzione dei conflitti che insorgono nella prassi (ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 133). Infatti, è unicamente il problema concreto della vita, per le caratteristiche peculiari con cui «interroga» il diritto, ciò che rende possibile bilanciare i principi; «soppesarli» rispetto alle esigenze del caso concreto. Con altre parole: la ponderazione in cui il bilanciamento consiste è giuridicamente pensabile soltanto nel riferimento al caso concreto; la eventuale prevalenza di un valore fondamentale su un altro valore fondamentale è comprensibile non come questione di assolutezza bensì come *posterius* del singolo giudizio di bilanciamento; è un fatto occasionale, dipendente dalle circostanze del caso concreto (ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 106 ss.). Dunque, se il principio del pluralismo democratico include, normalizzandola, la possibilità del conflitto tra i valori ultimi (tra i principi fondamentali) senza precludere a priori alcuna ipotesi risolutiva, allora fa anche in modo che ciascun diritto possa essere occasionalmente recessivo rispetto ad ogni altro interesse costituzionalmente rilevante – anche quando quest'ultimo non sia incorporato nella forma di una libertà individuale o di un diritto soggettivo.

decisione dell'individuo non è conclusiva per definizione e il limite del rispetto della persona umana si realizza in virtù di meccanismi giuridici diversi dal consenso.

Il problema, allora, è delimitare correttamente i due contesti: quello governato dall'autodeterminazione e quello che non lo è. A tal fine, occorre tornare alla doppia natura giuridica della salute e domandarsi cosa significhi che essa è (un diritto fondamentale dell'individuo e) anche un "interesse della collettività". Nel linguaggio comune l'espressione comunica immediatamente il piano del discorso, rammentando che quello costituzionale è un progetto di vita in comune che include e trascende l'obiettivo di garantire la coesistenza delle sfere di libertà individuale⁸². Ma parimenti evidente è che possono darsi situazioni in cui la salute non riguarda solo il singolo individuo ma coinvolge gli altri e tutta la comunità *naturaliter*: per un dato empirico, prima che assiologico e giuridico. L'ultima pandemia che ha travolto il pianeta ci ha rammentato - in modo tanto drammatico quanto esemplare - la condizione di inter - connessione e dipendenza che lega gli organismi viventi che abitano il medesimo ecosistema⁸³. Limitiamo l'osservazione ad un solo aspetto: è il caso in cui la malattia del singolo mette in pericolo la salute/vita degli altri. Questa "nuda" contrapposizione rende trasparenti sia il senso della doppia qualificazione costituzionale della salute sia il fondamento che giustifica e legittima l'intervento terapeutico coattivo. Sotto questo profilo, l'enunciato dell'art. 32 fuga ogni dubbio proprio in virtù del vincolo insuperabile del rispetto della persona umana: i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, "sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto" (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

⁸² Sotto questo profilo è evidente che il diritto alla salute del singolo si confronta e limita con il coesistente e reciproco diritto alla salute degli altri.

⁸³ Almeno per questa evidente ragione la tutela dell'ambiente - della sua "salubrità" - è e non può non essere inclusa in quella della salute LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., p. 784 ss.; ID., *Diritto alla salute*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 6 ss.

Infatti: “Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo”⁸⁴.

Ma cosa significa apportare “limitazioni al diritto del singolo alla salute” alla stregua del limite costituito dalla necessaria utilità del trattamento sanitario per la persona che lo subisce? Che cosa è che viene limitata, atteso che la condizione patologica dell’individuo, e perciò la sua salute in senso oggettivo, devono essere migliorate perché l’intervento sia lecito?

Nel discorso della giurisprudenza, in cui il sintagma “diritto alla salute” è utilizzato in maniera complessiva, la risposta, per un verso, appare scontata: nelle ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio, il “sacrificio” del diritto individuale imposto dalla legge a tutela della salute/vita degli altri riguarda – essenzialmente – il profilo dell’autodeterminazione terapeutica e della sovranità sul proprio corpo ma non la salute in senso oggettivo dell’individuo che lo subisce⁸⁵. Per l’altro, manifesta un significato meno ovvio: che il

⁸⁴ Il caso delle vaccinazioni ha – palesemente – un chiaro valore esemplificativo; la giurisprudenza della Corte costituzionale “in materia di vaccinazioni è salda nell’affermare che l’art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l’interesse della collettività (da ultimo sentenza n. 268 del 2017), nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l’interesse del bambino, che esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura (*ex multis*, sentenza n. 258 del 1994). In particolare questa Corte ha precisato che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l’art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell’ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)” (Corte cost. n. 5/2018).

⁸⁵ La giurisprudenza utilizza l’espressione diritto alla salute in modo comprensivo, senza differenziarne le componenti; ciò rammenta, una volta di più, che il profilo della libertà è centrale e ineliminabile nel “senso” del diritto alla salute. Non a caso, il limite che la libertà subisce trova ragione solo nella salute/vita degli altri. Infatti, l’utilità dell’intervento obbligatorio per chi lo subisce

“nucleo” dell’interesse protetto dal diritto soggettivo, sinteticamente rappresentato dal binomio salute-vita, non può essere sacrificato non solo nel conflitto con altri diritti fondamentali ma neppure in quello con l’interesse fondamentale alla salute della collettività. Il diritto alla salute è fondamentale – in certo senso “più fondamentale” di altri diritti parimenti inviolabili - anche in questo senso. La ragione – evidente – è il suo rapporto con la vita⁸⁶.

Proviamo a riassumere. Il patto costituzionale sancito nell’art. 32 istituisce in virtù della doppia qualificazione della salute una fondamentale divisione. Da un lato, l’area in cui la salute dell’individuo non coinvolge quella degli altri; l’interesse alla salute della collettività. In questa situazione il rispetto dovuto alla persona umana prescrive che la persona sia “sovrana” del proprio corpo e della propria salute/vita. La libertà individuale di autodeterminazione pone – conclusivamente – la regola del caso. Che ciò avvenga sul piano del diritto – non soltanto su quello dei fatti – risulta chiaro da due profili: quello in cui la libertà individuale è confine reso invalicabile dal diritto (e verso il diritto); quello in cui tutelare l’autodeterminazione individuale implica interventi e attività necessari ad assicurarne l’effettività. Non a caso, il consenso informato è “sintesi” dei due diritti fondamentali alla salute e all’autodeterminazione. E perciò va “preso sul serio⁸⁷,” qualunque ne siano contenuto e conseguenze. Se, infatti, non esiste un principio di ordine pubblico che obblighi l’individuo a curarsi, “la comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di

non ne identifica la ragione giustificatrice: non potrebbe esserlo perché non esiste un obbligo di curarsi ed essere in salute come principio incondizionato di ordine pubblico. L’utilità costituisce invece solo un altro limite al potere impositivo a tutela della salute altrui. E deve essere oggettiva, secondo leggi scientifiche per una evidente ragione: “le pretese del legislatore-scienziato, che vuole definire che cosa sia un trattamento terapeutico, e del legislatore-medico, che vuole stabilire se e come curare” sono illegittime”: così RODOTÀ, *La vita*, cit., p. 269; fondamentale, anche su questo punto, la sentenza della Corte costituzionale, 26 giugno 2002, n. 282.

⁸⁶ D’obbligo rammentare Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172.

⁸⁷ Riferimento scontato alla notissima opera di DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili”⁸⁸.

L'altro lato è quello del conflitto tra autodeterminazione individuale rispetto alla salute, diritto alla salute degli altri e interesse collettivo alla salute. In quest'ambito la decisione dello Stato si sostituisce a quella individuale in un solo caso: quando la malattia del singolo possa pregiudicare la salute/vita degli altri. Il caso dell'epidemia da Covid19 è esemplare: manifesta che la salute è interesse collettivo nel senso che non può essere realizzato altro che in modo unitario da tutta la collettività⁸⁹. Il senso di una tale unitarietà si rivela in un doppio aspetto: il dovere dello Stato e il dovere della collettività. Il primo è restituito con chiarezza dalla Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 37 del 24 febbraio 2021: “A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, ragioni logiche prima che giuridiche (Corte cost. 5/2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività”.

In queste situazioni, è palese che la cura della propria salute per preservare quella degli altri sia doverosa, così come rispettare le limitazioni agli altri diritti fondamentali che per la stessa ragione siano – proporzionalmente e temporaneamente – necessarie. Se, per un verso, in un ordinamento pluralista e democratico il conflitto tra i valori fondamentali è normale, per l'altro è ragionevole che la peculiare “fondamentalità” del diritto alla salute, alla stregua del suo intreccio con la vita, abbia la forza di orientare il bilanciamento e la soluzione⁹⁰. Comprimere gli altri diritti non è solo una esigenza

⁸⁸ Corte Cass, 21748/2007, cit.

⁸⁹ TAMBURINO, *Epidemia*, cit.

⁹⁰ Sulla peculiare “fondamentalità” del diritto alla salute/vita si veda Corte

logica, imposta dal coesistere di sfere individuali, ma si spiega anche alla stregua di una ragione giuridica affatto differente: il principio di solidarietà. Come il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE rammenta, “il godimento di quei diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future”.

7. Autodeterminazione, salute e mercato.

Potremmo chiederci, infine, se nella situazione in cui la salute del singolo non chiami in causa quella degli altri il diritto fondamentale all'autodeterminazione incontri o non limiti invalicabili, posti a presidio di interessi sottratti alla disponibilità della persona titolare del diritto alla salute. Se, cioè, al di fuori di quella situazione, siano configurabili altre ipotesi di conflitto tra la libertà individuale e diversi ma altrettanto fondamentali interessi giuridicamente protetti, sì che la libertà individuale non possa esplicarsi in modo assoluto.

Il quesito non appare banale alla luce della accurata ricostruzione giurisprudenziale del diritto alla salute come diritto di libertà e della forza peculiare che questa “essenza” di libertà ritrae dal vincolo che la lega alla dignità della persona umana. Come abbiamo visto, è quale espressione della dignità che l'autodeterminazione individuale pone un limite insuperabile al legislatore, che non può imporre alla persona (il dovere) di curarsi quando ciò non abbia alcun impatto sulla salute/vita degli altri.

Il nodo della questione è il seguente: se, quando in gioco vi sia soltanto la salute del singolo e non quella degli altri, il diritto individuale ad autodeterminarsi rispetto al corpo e nella salute possa funzionare come chiave di accesso al mercato e realizzare una transizione sistemica: quella dal corpo-salute come prerogative esistenziali della persona al corpo-salute come beni “scambiabili” sul mercato⁹¹.

cost. n. 58/2018, in relazione dialettica con Corte cost. n. 85/213; AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?* in *Quest. giust.*, 2018.

⁹¹ Si vedano – almeno – le acute riflessioni di GRIMM, *Autonomia e libertà – Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la “commercializzazione”*, in *Nomos*, 2001, p. 9 ss.

Sebbene ciò possa apparire contro-intuitivo, la c.d. indisponibilità dei diritti della persona⁹² non fornisce un contributo decisivo alla soluzione del problema, per una doppia ragione. La prima: il significato normativo della indisponibilità dei c.d. diritti della persona ha trovato la sua definizione più convincente alla stregua dell'inerenza "naturale" di quei diritti alla persona; il ragionamento è semplice: dei modi di essere della persona – delle sue prerogative esistenziali – è solo la persona a poter decidere. Si comprende perché il diritto alla salute abbia fornito un contesto privilegiato per l'elaborazione del problema e della sua soluzione: l'impossibilità giuridica che il corpo della persona umana divenga *medium* per la realizzazione di finalità eteronome rispetto a quelle stabilite dalla persona stessa. Con le parole della Corte di Cassazione: "la vita non potrebbe essere concepita e vissuta rispetto ad un fine eteronomo rispetto a quello del suo titolare" (Corte Cass. 21748/2007, cit.).

È chiaro che, in questi termini, il paradigma della indisponibilità non aiuta a risolvere il nostro problema che non è la trasferibilità ad altri del potere decisionale in merito alla propria salute/vita ma se la libertà di decidere della propria salute/vita possa esercitarsi nel mercato oppure no.

Il problema, una volta di più, si radica nell'intersezione tra i mutamenti della prassi indotti dalle inedite possibilità aperte dall'evoluzione delle scienze e tecnologie biomediche e la espansione "naturale" del principio giuridico di patrimonialità. Le prime hanno spostato il confine tra vita e morte e reso concepibili nuovi modi di disposizione del corpo che sfuggono ai limiti dell'art. 5 cod. civ. e configurano nuove dinamiche relazionali.

Il secondo ha spostato il confine della grande divisione del sistema giuridico tra l'area dell'essere e quella dell'avere, erodendo la prima a vantaggio della seconda; come P. Barcellona ha magistralmente spiegato: "il bello, il sano, il ludico dell'antico modello aristocratico sono massificati e trapassano inesorabilmente nel mercato, divenendo punto di riferimento, se non oggetto, della

⁹² Il problema è lucidamente esaminato da RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 801 ss.

produzione e distribuzione di beni e servizi. Da categorie dell'esistenza si trasformano in settori merceologici"⁹³. È – questa – una espansione “naturale perché come principio giuridico quello di patrimonialità è costruito per essere socialmente evolutivo e fare decidere al mercato ciò che può essere scambiato oppure compensato con il *medium* universale del denaro. In questo senso, patrimonialità è un “significato sociale: salvo ciò che il diritto espressamente sottrae alla sua competenza, è la società che di volta in volta ne produce il significato concependo ciò che è commensurabile, convertibile in denaro e ciò che non lo è”⁹⁴.

Occorre chiedersi, allora, se nel caso della salute il diritto oggettivo ponga limiti alla possibilità del suddetto mutamento sistemico: dall'area sistemica dell'essere (che tutela l'esistenzialità della persona umana, “autrice” della propria personalità) a quella dell'avere (che tutela l'autonomia privata del soggetto economico, autore del proprio successo nelle dinamiche mercantili).

Non poche sono le indicazioni che si rinvengono nei principi fondamentali, declinati e attuati nelle leggi intervenute per risolvere i nuovi problemi posti dall'evoluzione delle scienze della vita e della biomedicina⁹⁵. Ad esplicitare conclusivamente la risposta è, una volta di più, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, nell'enunciato dell'art. 3 pone (dopo il principio del consenso informato e il divieto delle pratiche eugenetiche) “il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani”⁹⁶.

Non sono solo la topografia della Carta e la collocazione contestuale dell'art 3 a manifestare che il divieto della commercializzazione del corpo è espressione del principio di dignità. Il divieto riproduce il nucleo semantico più antico e oggettivo⁹⁷ del principio di dignità esprimendone la fondamentale

⁹³ BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, 1982, Napoli, p. 248.

⁹⁴ BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ Ricostruisce la dignità come valore fondativo nel sistema biogiuridico contemporaneo RESTA, *Dignità*, cit., p. 259 ss.; ID., *Dignità, Persone, Mercati*, cit., p. 3 ss.

⁹⁶ Art. 21 Convenzione di Oviedo, cit.

⁹⁷ Nel senso definito da VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, cit. p. 220.

funzione precettiva: preservare e tutelare la persona umana da forme di oggettivazione e mercificazione capaci non solo di lederne la “umanità” ma anche di negarne l’autonomia⁹⁸.

In questa prospettiva, il divieto di commercializzazione del corpo pone in gioco il contenuto complesso del principio di dignità e, di conseguenza, la pluralità delle sue proiezioni normative. È chiaro, infatti, che la dignità, da un lato, “genera” l’autodeterminazione ma dall’altro la limita; la configura dall’interno in modo che il nucleo dell’autonomia sia preservato anche contro la volontà della persona. Come prescrive l’art. 1 la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”: la sua attuazione “non è rimessa unicamente all’iniziativa dei privati, ma è anche compito dei poteri pubblici, rappresentando una delle ragioni fondative della costituzione di una società democratica”⁹⁹. Sotto questo profilo, nel caso del divieto l’opposizione tra i due modelli operazionali di “*dignity as empowerment*” e di “*dignity as constraint*” sembra solo apparente perché il limite, in realtà, tutela l’integrità dell’autonomia individuale.

Possiamo da ciò trarre una conclusione: in virtù del divieto di commercializzazione del corpo, il principio della dignità umana limita quello della patrimonialità, inibendo l’espansione del mercato e della sua logica. Anche il riflesso sul sistema del diritto appare chiaro: riaffermare e garantire il “dualismo” tra la tutela dell’essere e quella dell’avere: una distinzione sistemica che riflette il senso “politico” della costruzione giuridica della persona: “un centro di opposizione e di resistenza verso i poteri forti che, in qualunque forma concretamente si esprimano, cercano di condizionarla¹⁰⁰”. Ed è palese che rispetto al corpo e, attraverso il corpo, alla salute e alla vita della persona alla salute il potere in gioco non è solo quello dello Stato e il potere medico ma anche – e sempre più – il potere del mercato¹⁰¹.

⁹⁸ ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, cit., p. 46 s.; RESTA, *Dignità, Persona, Mercati*, cit., p.14

⁹⁹ RESTA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁰ MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339.

¹⁰¹ VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, cit., p. 220 s.

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

FRANCESCO MEZZANOTTE
Professore Associato di diritto privato
Università degli Studi Roma Tre

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE E FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE (DALLA PRO- SPETTIVA DEL ‘DANNO ANTITRUST’)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di effettività nel sistema del *private enforcement* europeo: le diverse possibili declinazioni desumibili dalle ricostruzioni dottrinarie. – 3. Un tentativo di valutazione dalla prospettiva del trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale. – 4. (*Segue*) Considerazioni comparatistiche: il modello federale statunitense. – 5. (*Segue*) Il modello euro-unitario. – 6. Osservazioni di sintesi. – 7. Ancora su alcuni profili della disciplina italo-europea del trasferimento del sovrapprezzo. – 8. La polifunzionalità della responsabilità civile: conclusioni di metodo.

1. Introduzione.

Il risarcimento del danno antitrust rappresenta un campo d’indagine privilegiato per tentare di esaminare i riflessi sistematici, e le possibili declinazioni operative, di un concetto che – come è stato osservato – costituisce «la chiave di volta» della riflessione scientifica condotta negli ultimi anni dallo Studioso cui queste pagine sono dedicate¹.

Il riferimento è al principio di effettività delle tutele², che, come noto, è stato uno degli originari elementi propulsori del processo di

¹ In questi termini si esprime Antonio Punzi nella *Prefazione* al recente volume di VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. XI.

² Per un inquadramento, oltre a VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2017, p. 381 ss., v. REICH, *The Principle of Effectiveness*, in ID., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 89 ss.

armonizzazione dell'*antitrust private enforcement* in Europa, specie per il fondamentale ruolo che esso ha rivestito in alcune importantissime sentenze emanate dalla Corte di Giustizia nei primi anni del secolo nuovo³.

La disciplina che, a partire da quei primi arresti, si è oggi consolidata nelle disposizioni della direttiva 2014/104/UE⁴ (recepita in Italia con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3⁵), apre esplicitamente all'idea per cui la garanzia offerta dal risarcimento del danno sia funzionale non solo al ripristino delle condizioni patrimoniali del soggetto leso da un'altrui pratica anticompetitiva, ma altresì alla tutela di interessi 'di sistema', quali, su tutti, quelli rivolti a «promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno», e a «eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento»⁶. Ciò legittima un'analisi che, lungi dal tentare una compiuta ricostruzione del complessivo sistema europeo del *private enforcement*, si concentrerà esclusivamente sui frammenti della disciplina normativa maggiormente rilevanti ai fini della comprensione, in questo particolare settore, dell'operatività di un canone che, come si è scritto, appare idoneo a dar rilievo ad interessi

³ Si tratta, in particolare, delle decisioni rese da Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*; e Corte giust., 13 luglio 2006, C-295-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (sulle quali, v. *infra* nel testo, n. 2).

⁴ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, sulla quale, v. in luogo di molti VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 301 ss.

⁵ V., tra i primi commenti, VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 441 ss.; MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, p. 119 ss.; CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2018, p. 143 ss.

⁶ Così l'art. 1 direttiva 2014/104/UE. Più in generale, sul ruolo e la portata del principio di effettività in un sistema di fonti multilivello, v. di recente i contributi raccolti nel volume curato da IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020 (e tra questi cfr. sul punto EAD., *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali*, p. 1 ss., a p. 23 ss.).

«non compresi *letteralmente* nella fattispecie ma espressi dalla sua *ratio*»⁷.

Più nel dettaglio, le peculiarità proprie del settore del danno antitrust saranno in questo scritto valorizzate per esaminare i diversi modi nei quali l'effettività può essere astrattamente chiamata ad «elimina[re] le differenze di tutela previste negli Stati nazionali rispetto al modello europeo»⁸, e ciò consentirà di concludere con una riflessione più generale, e principalmente metodologica, sul rapporto tra struttura e funzioni delle tutele offerte dalla responsabilità civile⁹.

2. Il principio di effettività nel sistema del private enforcement europeo: le diverse possibili declinazioni desumibili dalle ricostruzioni dottrinarie.

I capisaldi del *private enforcement* europeo vengono comunemente rintracciati nei principi di diritto espressi dalla Corte di Giustizia europea nei casi *Courage*¹⁰ e *Manfredi*¹¹, e in particolare nel riconoscimento, in quelle sedi esplicitamente sancito, di un diritto al

⁷ In termini, VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 282.

⁸ V. ancora VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 14.

⁹ Per una riprova delle ragioni di connessione tra i due profili così preliminarmente tratteggiati, v., pur secondo distinte traiettorie, NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1 ss., spec. p. 12 ss.; GRONDONA, *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile (ovvero: un altro passo nella direzione dell'effettività rimediabile)*, in *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 63 ss.

¹⁰ Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*, sulla quale, v. tra i primi commenti ROSSI, «*Take Courage!* La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la responsabilità del danno da illeciti antitrust»; e PALMIERI, PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni»*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss.

¹¹ Corte giust., 13 luglio 2006, C-295-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, spec. § 61: «*chiunque* ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o pratica vietata dall'art. 81 CE [101 Tratt. FUE]» (enfasi aggiunta); v. sul punto MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 169 ss.

risarcimento vantabile da «*chiunque*» risulti vittima di un danno causalmente legato ad un'intesa o ad altra pratica capace di restringere o falsare il gioco della concorrenza¹².

Tali decisioni hanno significativamente fatto da cornice al processo che, in quello stesso torno d'anni, vedeva la giurisprudenza italiana mutare il proprio tradizionale orientamento interpretativo, abbandonando una lettura della disciplina antitrust confinata nelle maglie dello statuto giuridico dell'impresa commerciale (alla stregua delle norme contenute agli artt. 2595 ss. c.c.)¹³, in favore di una visione delle regole della concorrenza intese quali presidi posti a garanzia del generale interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato¹⁴.

Ne è disceso, in particolare, il superamento della regola di matrice giurisprudenziale che voleva limitata l'applicabilità delle tutele civilistiche di cui all'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (*i.e.* «[l]e azioni

¹² Per un inquadramento delle sentenze nel successivo sviluppo del *private enforcement* europeo v. VAN GERVEN, *Private Enforcement of EC Competition Rules in ECJ – Courage v. Crehan and the Way Ahead*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan de Rijn, 2007, p. 19 ss.; F.W. BULST, *Of Arms and Armour – The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law*, in *Bucerius Law Journal*, 2008, p. 81 ss., e poi i contributi raccolti in, *Public and private enforcement of competition law in Europe*, Heidelberg-Berlin, 2014; in Italia, MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, in EAD., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 147 ss.; e sugli approdi del processo di armonizzazione, CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust*, Napoli, 2017; MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, p. 75 ss.

¹³ Sul rapporto di concorrenza sotteso alla tutela fornita dalle norme di cui agli artt. 2595 ss. c.c., v. per tutti PARDOLESI, *Le regole della concorrenza*, in *Diritto civile*, vol. IV, t. I, *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, Milano, 2009, p. 22 ss.

¹⁴ Pare sufficiente, sul punto, richiamare l'evoluzione che ha investito la concezione della tutela della «concorrenza», da intendere oggi come oggetto di un processo dinamico, volto a sostenere lo sviluppo economico e il massimo benessere collettivo: cfr. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2010, p. 551 ss.

di nullità e di risarcimento del danno») ¹⁵ ai soli concorrenti del soggetto responsabile di condotte antimonopolistiche ¹⁶, con la conseguente apertura della legittimazione ad agire a favore di una nuova platea di danneggiati da illeciti anticoncorrenziali (*in primis*, i consumatori vittime di pratiche vietate poste in essere dagli operatori del mercato) ¹⁷.

A prescindere dalla sua condivisibilità, in termini di politica del diritto, tale soluzione operativa non poteva che stimolare relevantissimi interrogativi di natura sistematica, apparendo ad alcuni sfuggente, alla luce della generale disciplina della responsabilità civile italiana, la situazione giuridica soggettiva la cui lesione da parte dell'impresa *infringer* sia capace di rendere *ingiusto* il pregiudizio lamentato dal consumatore finale di beni o servizi offerti in un mercato alterato da una pratica anticompetitiva ¹⁸.

Esula dal perimetro di questa indagine una rassegna, anche solo per cenni, delle argomentate ricostruzioni che diverse voci della nostra letteratura hanno offerto sul punto, ora considerando il benessere del consumatore come parte integrante della stessa disciplina antitrust (quale corollario del pubblico interesse al buon funzionamento

¹⁵ V. in generale NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, vol. II, p. 1449 ss.

¹⁶ Tra le ultime, v. Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475; Cass., 4 marzo 1999, n. 181.

¹⁷ V. per prima, compiutamente, Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

¹⁸ Per le ragioni dell'inidoneità delle regole di responsabilità civile a veicolare la tutela dei pregiudizi derivanti da pratiche monopolistiche, generalmente destinate a cagionare danni di natura meramente patrimoniale, v. su tutti CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2004, p. 469 ss.; e ID., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno resp.*, 2004, p. 1165 ss. (e da ultimo, ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 148 ss.); ma per un'argomentata risposta, volta a sostenere che gli indici qualificanti l'ingiustizia del danno possano essere rinvenuti anche in fattori diversi dalla natura del diritto colpito dall'illecito, quali ad esempio la violazione di norme condotta non direttamente connesse ad interessi soggettivi del danneggiato, v. di recente DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 265 ss. (e in part. p. 268 s. per il riferimento al caso del danno antitrust); e già prima P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1061 ss., spec. pp. 1066 e 1086 s.

del mercato)¹⁹; ora rinvenendo l'oggetto della protezione all'esterno della normativa pro-concorrenziale, vuoi come portato della libera manifestazione dell'autonomia privata²⁰, vuoi come parte integrante del diritto dei consumatori «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali» con l'impresa (v., oggi, l'art. 2, comma 2, lett. e, c. cons.)²¹.

Ciò che in questa sede più rileva è osservare come per nessuna delle tesi dottrinarie proposte sul punto sarebbe possibile rinvenire alcun utile elemento di validazione nei *dicta* della giurisprudenza europea. In quella sede, infatti, la generalizzata disponibilità dell'azione di danno non muove affatto dalla qualificazione della posizione soggettiva lesa, il cui rilievo appare sostanzialmente eliso nella prospettiva dell'effettività delle regole poste a garanzia del mercato concorrenziale²². Approccio, questo, ben evidente già in *Courage*, ove la Corte statuisce che «[l]a piena efficacia dell'art. 85 [oggi 101] del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il

¹⁹ V. per questa prospettiva, LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss., spec. p. 1095 ss.; ma v., per i diversi termini del dibattito, GUIZZI, *Brevi note intorno al c.d. more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust*, (ora) in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, II ed., Milano, 2018, p. 189 ss.; DENOZZA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori – due fini confliggenti*, in *Merc. conc. reg.*, 2009, p. 342 ss.

²⁰ Cfr. in tal senso ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1227 ss., a p. 1238.

²¹ GUIZZI, *Interessi individuali e interessi collettivi nella disciplina della concorrenza*, (ora) in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., p. 313 ss., a p. 322 ss.

²² Cfr. a riguardo, MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, cit., p. 123 ss.; NERVI, *Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *Italian Law Journ.*, 2016, p. 131 ss., a p. 133 ss.; BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 17.

gioco della concorrenza»²³; e che «[u]n siffatto diritto [non meglio specificato nel suo contenuto] rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità»²⁴.

Trattandosi di uno dei settori in cui più marcato è il portato del canone di effettività del diritto euro-unitario, la disciplina della responsabilità civile da illecito anticoncorrenziale può offrire utili spunti per comprendere i (diversi) modi in cui questo principio generale può astrattamente essere declinato dai diversi formanti di un sistema ordinamentale²⁵.

Ed invero, proprio muovendo dall'essenziale ricostruzione compiuta in questo paragrafo, pare lecito domandarsi quale sia l'oggetto ultimo della tutela *effettiva* cui la Corte di Giustizia si richiama nella propria argomentazione. Quesito, questo, che a sua volta schiude una pluralità di possibili risposte, idealmente collocabili su un continuo che vede, ai poli estremi: (i) da un lato, la centralità del diritto sostanziale del singolo danneggiato ad ottenere un risarcimento dal proprio danneggiante (prospettiva «relazionale»); (ii) dall'altro, e all'opposto, la netta preminenza degli obiettivi di politica economica, al cui raggiungimento l'interprete è financo disposto a sacrificare la tutela individuale se ciò è imposto da soluzioni operazionali capaci di promuovere l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato (prospettiva «regolatoria»)²⁶.

Così impostata la questione, l'interrogativo può così ulteriormente specificarsi: secondo quale delle diverse alternative astratta-

²³ CGUE, 20 settembre 2001, C-453/99, cit., § 26.

²⁴ CGUE, 20 settembre 2001, C-453/99, cit., § 27.

²⁵ Per utili riferimenti di metodo, v. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 12 ss.; e da altro verso G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 11 ss.

²⁶ V. per i termini dell'alternativa, v. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss., spec. p. 1093 s.

mente a disposizione del sistema deve ritenersi confermata, nel modello legislativo unionista, la disciplina del *private enforcement* del diritto antitrust? Ovvero, da un punto di vista di diritto applicato, la decisione giudiziale chiamata a risolvere, ‘secondo effettività’, un contenzioso in materia di danno da illecito anticoncorrenziale deve guardare alla posizione del singolo attore o al più ampio equilibrio del mercato concorrenziale?²⁷.

Dagli orientamenti della dottrina intervenuta sul punto paiono emergere almeno tre diversi orientamenti, di seguito succintamente ricapitolati:

a) Ai più, la risposta è apparsa chiara già a fronte del tenore letterale dei *leading cases* europei, i quali, non concentrandosi (almeno formalmente) sulla situazione soggettiva del singolo, ma ponendo esclusivamente l’accento sull’obiettivo di «effettiva concorrenza» nel mercato unico, sarebbero tali da connotare un sistema nel quale «il risarcimento del danno *Antitrust* non è un fine ma un mezzo attraverso il quale lo Stato può rafforzare la tutela del mercato e della concorrenza»²⁸.

b) Su un fronte completamente opposto si pongono coloro che sottolineano come, nell’impianto normativo del *private enforcement* europeo, al danno antitrust debba continuare a ricondursi una strutturale funzione compensativa, che risulterebbe inequivocabilmente sancita dall’art. 3 della dir. 2014/104/UE²⁹. Conformemente alla sua rubrica («diritto a un pieno risarcimento»), tale disposizione impone

²⁷ Con specifico riferimento all’*antitrust private enforcement*, cfr. MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, cit., p. 152 s., p. 155.

²⁸ In tal senso, BENACCHIO, *Le regole antitrust tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID., *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 196 ss., a p. 202; e v. anche CAMILLERI, *op. cit.*, p. 143 ss., spec. p. 148 (richiamando la già citata pronuncia di Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, e in particolare il riferimento, ivi contenuto, alle condizioni concorrenziali del mercato come «il più generale bene giuridico» oggetto di tutela del *private enforcement*).

²⁹ Cfr. sul punto CAUFFMAN e PHILIPSEN, *Who Does What in Competition Law: Harmonizing the Rules on Damages for Infringements of the EU Competition Rules?*, in *Who Does What? On the Allocation of Regulatory Competences in European Private Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 245 ss., a p. 269 ss.

«che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento» (par. 1), inteso come strumento in grado di porre la parte danneggiata «nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa» (par. 2), ed escludendo invece «una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura» (par. 3)³⁰. Abbandonando alcune delle opzioni che pure erano state prospettate nel corso del processo legislativo di emanazione della direttiva³¹, il sistema europeo dell'illecito antitrust si inserisce quindi, quanto alla perimetrazione dell'obbligazione risarcitoria, nel solco di un'impostazione coerente con il canone generale dell'integrale riparazione³². Il che,

³⁰ Proprio sulla scorta di queste disposizioni, VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, cit., p. 302 sottolinea che sul piano dei principi generali la direttiva si muove lungo i sentieri consolidati della responsabilità da atto illecito e delle sue funzioni comunemente intese; e v. nello stesso senso TOFFOLETTO e DE GIORGI, *L'implementazione della direttiva da parte del legislatore italiano e il difficile obiettivo di assicurare un level playing field tra ordinamenti nazionali*, in *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Napoli, 2015, p. 85 ss., a p. 87.

³¹ V. in part. il Libro Verde – Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie {SEC(2005) 1732}/COM/2005/0672 def., ove tra le opzioni in tema di quantificazione del danno da illecito anticoncorrenziale figurava quella sul doppio risarcimento in caso di cartelli orizzontali («Il risarcimento potrebbe essere raddoppiato automaticamente, solo a determinate condizioni o a discrezione del tribunale»: § 2.3, n. 16).

³² Quello definito dalla dir. 2014/104/UE è con tutta evidenza, quantomeno da un punto di vista formale, un modello di obbligazione risarcitoria ispirato da una piana riproposizione della *Differenztheorie*. Tale approccio già traspariva nella *Comunicazione* della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea 2013/C 167/07 (cfr. in part. § 6: «Risarcire il danno subito significa ristabilire, per i soggetti danneggiati, la stessa situazione in cui si sarebbero trovati se non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE. I soggetti danneggiati da una violazione di queste norme UE aventi efficacia diretta dovrebbero quindi vedere ripristinato il pieno valore reale delle perdite subite: il diritto al risarcimento integrale comprende il danno reale (*damnum emergens*) così come il risarcimento per il mancato guadagno (*lucrum cessans*) subito come conseguenza della violazione; e il diritto al pagamento degli interessi calcolati dal momento in cui è subentrato il danno»).

secondo alcuni, implicherebbe che il complessivo modello di responsabilità diviso dal legislatore unionista, e poi recepito da quello italiano (v. art. 14, comma 1, d.lg. n. 3/2017) possa dirsi ancora oggi imperniato in via esclusiva sulla finalità strettamente compensativa del danneggiato (prospettiva relazionale), rispetto alla quale la valenza regolatoria (e in particolare deterrente) del *private enforcement* si attergerebbe come un risultato meramente occasionale, incapace di incidere strutturalmente sulla fattispecie aquiliana³³.

c) Da ultimo, il tentativo di prendere posizione rispetto a queste così nette alternative potrebbe apparire un mero esercizio teorico a chi ritenga che, in fin dei conti, le due prospettive sin qui tratteggiate altro non siano che due facce della stessa medaglia, visto che, in termini generali, «la tutela giurisdizionale “piena ed effettiva” degli interessi protetti dalle norme non è altro che la proiezione soggettiva della piena ed effettiva attuazione delle norme stesse»³⁴. In quest’ottica, potrebbe arrivare a sostenersi che l’effettività della tutela *relazionale* e della tutela *regolatoria* finiscano inevitabilmente con il concorrere l’una con l’altra, sempre implicandosi (e mai escludendosi) a vicenda.

In questa sede, la tenuta delle diverse posizioni passate in rassegna verrà testata partendo dalle regole con cui, nel sistema dell’*antitrust private enforcement*, sono disciplinate le controversie generate dall’incremento del prezzo di beni o servizi determinato da una pratica restrittiva della concorrenza lungo la filiera commerciale, e quindi allorché il rincaro monopolistico sia da ultimo sopportato non

³³ Per questa prospettiva, ove il danno appare l’elemento essenziale dell’intera disciplina dell’illecito antitrust, non solo per rendere operativo il meccanismo risarcitorio, ma anche per delimitarne il contenuto, v. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 120 ss., spec. p. 127 ss., il quale, conseguentemente, distingue tra la strutturale «funzione normativa» (relazionale) e l’eventuale «efficacia sociale» (regolatoria) del dispositivo giuridico sotteso al *private enforcement*; e v. altresì, più di recente, ROSSI DAL POZZO, *Trasferimento del sovrapprezzo*, in Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, p. 108 ss., a p. 116 s.

³⁴ Così M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., p. 1077.

dall'acquirente diretto dell'*infringer* ma da soggetti posti a valle nella catena di mercato (successivi intermediari, rivenditori o consumatori finali).

3. *Un tentativo di valutazione dalla prospettiva del trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale.*

Il «trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale» (c.d. *passing-on*) rappresenta una peculiare manifestazione di un fenomeno economico di portata più ampia, in larga misura fisiologico in ogni ambiente concorrenziale: così come, in condizioni di efficienza, il plusvalore generato dall'attività d'impresa è destinato a riverberarsi positivamente sui diversi anelli della catena del valore, allo stesso modo i costi generati dai fallimenti del mercato tendono ad essere riallocati sui soggetti a diverso titolo coinvolti nei successivi processi di produzione e distribuzione, fino a raggiungere, potenzialmente, il consumatore.

Conseguentemente, ogni intervento normativo che ambisca a fornire compiuta regolazione alle azioni civili per il risarcimento del danno antitrust si trova a dover prendere posizione su un duplice ordine di questioni, tra loro chiaramente interrelate: (i) se, ed eventualmente a quali condizioni, il danneggiante possa respingere, o per lo meno limitare, le pretese risarcitorie dell'acquirente diretto invocando l'avvenuta traslazione a valle, in tutto o in parte, del pregiudizio economico derivante dall'illecito (c.d. *passing-on* difensivo); (ii) se l'acquirente indiretto sia legittimato a vedersi risarcire dall'impresa che si assume aver violato le norme sulla concorrenza il pregiudizio connesso al sovrapprezzo trasferitogli da soggetti posti a livelli intermedi nella filiera di mercato (c.d. *passing-on* offensivo)³⁵.

³⁵ Cfr., dalla prospettiva statunitense, HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, St. Paul, 1999, p. 615 ss.; in Europa, BULST, *Passing-on*, in *Private Enforcement of Competition Law*, Baden-Baden, 2011, p. 67 ss.; e per un'illustrazione del tema nella letteratura italiana, cfr., tra i primi, TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 261 ss., e più di recente CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, in *AIDA*, 2015, p. 32 ss.; CARPAGNANO, *Le difese dell'impresa convenuta ed il passing on*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*,

Rispetto a questi interrogativi, le soluzioni apprestate dall'ordinamento non assumono esclusivamente un'evidente valenza pratica, rappresentando invece il più generale portato di un'apicale opzione di politica del diritto, connessa alle funzioni attribuite alle regole della responsabilità civile allorché queste siano applicate nel settore del diritto antitrust³⁶. In questa sede, per apprezzare le linee di fondo caratterizzanti il sistema europeo, da ultimo trasfuse nei precetti della dir. 2014/104/UE, la problematica del *passing-on* verrà preliminarmente inquadrata alla luce delle soluzioni affermatesi nel sistema federale statunitense, che costituisce senza dubbio un fondamentale modello di riferimento per quanto attiene all'illecito civile da condotta anticoncorrenziale.

4. (*Segue*) *Considerazioni comparatistiche: il modello federale statunitense.*

Nell'ordinamento statunitense, il primario riferimento normativo in materia di danno antitrust si rinviene all'art. 4(a) del Clayton Act³⁷, il cui tenore letterale, formalmente aperto alla tutela di «ogni persona» (*any person*) lesa da una pratica commerciale a rilevanza anticompetitiva, parrebbe astrattamente idoneo a garantire effettiva

Napoli, 2013, p. 298 ss.; AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2009, p. 494 ss.

³⁶ Il rilievo, di cui si sarà compiuta motivazione nel testo, appare già chiaro se solo si guarda al tema dalla prospettiva dell'analisi economica: cfr. per tutti HELLWIG, *Private Damage Claims and the Passing-On Defence in Horizontal Price Fixing Cases – An Economist's Perspective*, in *Private Enforcement of EC Competition Law*, Baden-Baden, 2011, p. 121 ss.; in Italia, per un'ampia argomentazione su come il regime dell'illecito antitrust non possa essere esaminato prescindendo dalle funzioni che il sistema ascrive ai criteri di imputazione della responsabilità, e al tipo di perdita economica oggetto di risarcimento, v. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale*, Napoli, 2005, p. 35 ss.

³⁷ 15 U.S.C. § 15: Art. 4(a): «Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue thereof [...] and shall recover threefold the damage by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee».

protezione ad un'eterogenea gamma di interessi sottesi al fenomeno del *passing-on*³⁸.

Contrariamente a tali aspettative, la Corte Suprema federale ha nel tempo forgiato una serie di regole operative estremamente restrittive quanto alla concreta portata applicativa delle difese fondate sulla traslazione del sovrapprezzo anticoncorrenziale. Il riferimento è ai più noti *leading cases* del sistema nordamericano, che in questa sede pare sufficiente richiamare concentrandosi sulle motivazioni che nel tempo hanno portato i giudici a negare rilievo all'argomento del trasferimento del prezzo sia come eccezione spendibile dalle imprese convenute in giudizio dai danneggiati diretti (*Hanover Shoes*, 1968)³⁹, sia quale parametro volto ad escludere gli acquirenti indiretti dalla cerchia dei soggetti muniti di legittimazione attiva (*standing*) nei confronti dei responsabili di intese monopolistiche o di altre pratiche anticompetitive (*Illinois Brick*, 1977)⁴⁰.

Le ragioni di un simile atteggiamento di chiusura non si comprenderebbero se non si prendessero le mosse dalla fondamentale funzione regolatoria che quelle sentenze hanno riconosciuto al sistema del *private enforcement*, come complesso di regole volte, in primo luogo, a garantire un'effettiva deterrenza rispetto alle condotte vietate agli operatori del mercato. Coerentemente con i postulati teorici di impianto neoclassico elaborati dalla scuola di Chicago, tale impo-

³⁸ Per tutti, AREEDA, BLAIR, HOVENKAMP e PIETTE DURANCE, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. II A, New York, 2014, p. 76 ss.

³⁹ *Hanover Shoe, Inc. vs. United Shoe Machinery Corp.*, in 392 U.S. 497 (1968), ove la Corte Suprema ha negato che un fabbricante di macchine strumentali alla lavorazione di scarpe potesse escludere la propria responsabilità da illecito anticoncorrenziale, in una causa intentata nei suoi confronti da un produttore di calzature, per il solo fatto che quest'ultimo aveva riversato il danno sui clienti, attraverso un aumento del prezzo di rivendita finale.

⁴⁰ In *Illinois Brick Co. vs. Illinois*, in 431 U.S. 720 (1977), la Corte Suprema ha negato legittimazione ad agire allo Stato dell'Illinois e ad altri contraenti pubblici (acquirenti indiretti), in una causa contro dei produttori di cemento, che, beneficiando di un'intesa anticoncorrenziale, avevano aumentato il prezzo di rivendita della loro produzione nei confronti delle imprese (acquirenti diretti) che materialmente avevano svolto opere pubbliche, riversandone poi il costo nei rapporti con l'amministrazione beneficiaria.

stazione ricerca la massimizzazione del benessere collettivo attraverso la predisposizione di un sistema di incentivi capaci, in prospettiva *ex ante*, di indirizzare i privati verso scelte orientate all'efficienza allocativa⁴¹. Nel particolare terreno delle azioni civili conseguenti a violazioni delle regole concorrenziali, ciò concretamente richiede che la quantificazione dei danni antitrust, quali costi attesi per l'impresa attiva sul mercato, sia in grado non solo di scoraggiare condotte ritenute socialmente pregiudizievoli (non diluendosi in misura sub-ottimale, fonte di *under-deterrence*), ma al tempo stesso di promuovere pratiche commerciali economicamente efficienti, che risulterebbero invece impedito da un livello sovra-ottimale del carico risarcitorio (con connesse istanze di *over-deterrence*)⁴².

È sulla scorta di queste premesse che si giustifica, in primo luogo, l'inammissibilità di un'eccezione di *passing-on* spendibile in chiave difensiva dall'impresa convenuta. Tale soluzione viene motivata sulla scorta di due ordini di ragioni, entrambi riconducibili all'obiettivo ultimo di non diminuire gli incentivi all'azione civile per i danneggiati diretti, e cioè per quei soggetti che, essendo più vicini alla violazione antitrust, si trovano nella posizione migliore per scoprirne l'esistenza e, conseguentemente, per provare in giudizio di aver subito un danno quantitativamente apprezzabile⁴³. In questa prospettiva, da un lato, l'eccezione di traslazione del sovrapprezzo imporrebbe un notevole aggravio procedurale, potenzialmente in grado di rendere meno effettiva la tutela giudiziale⁴⁴; dall'altro rischierebbe di diminuire il livello di risarcimento atteso dai danneggiati diretti, così distraendoli dall'azione, solo formalmente a vantaggio di altri

⁴¹ Per tutti, POSNER, *Antitrust Law*, Chicago-London, 2001, spec. p. 266 ss.

⁴² Cfr. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in *University of Chicago Law Review*, 1983, p. 652 ss.; e per una piana riproposizione, nel quadro europeo, v. HOSEINIAN, *Passing-on Damages and Community Antitrust Policy. An Economic Background*, in *World Competition*, 2005, p. 3 ss. in part. p. 8 ss.

⁴³ Su tutti, v. LANDES e POSNER, *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, in *University of Chicago Law Review*, 1979, p. 602 ss., a p. 608 ss.

⁴⁴ Cfr. *Hanover Shoe Inc.*, cit., p. 493, ove specificamente il rilievo sui costi di amministrazione di un sistema che consenta l'eccezione di trasferimento del sovrapprezzo, la cui prova «would often require additional long and complicated proceeding involving massive evidence and complicated theories».

soggetti, i quali invece, essendo più lontani nella catena di mercato, hanno solitamente ben scarsi incentivi al ricorso in giudizio, sia a fronte dell'esiguità del danno patito, sia per la difficoltà di dimostrarne la sussistenza⁴⁵.

Discendono da questi rilievi, come logica conseguenza⁴⁶, anche le ragioni di inammissibilità di una pretesa risarcitoria vantabile dall'acquirente indiretto (*passing-on* offensivo). Oltre che su una riproposizione degli argomenti di minore capacità preventiva basati sull'incremento dei costi di amministrazione del sistema e sulla dispersione dei centri del *private enforcement*⁴⁷, la negazione della *standing to sue* a soggetti diversi dal danneggiato diretto deve primariamente ricondursi al timore che, in un sistema basato sulla concessione di danni multipli (i *treble damages* del Clayton Act), l'azione proposta (anche) da soggetti posti a valle della filiera commerciale, in assenza dell'eccezione di trasferimento verso il primo acquirente, potesse aprire il campo ad un cumulo di condanne capaci di produrre, nei confronti degli operatori commerciali, il non auspicabile effetto di ultra-deterrenza⁴⁸.

⁴⁵ V. *Hanover Shoe Inc.*, cit., p. 494, per la considerazione degli acquirenti indiretti (da ultimi i consumatori), come soggetti che «would have only a tiny stake in a lawsuit, and little interest in attempting a class action»; e per il conseguente rilievo che, se il peso del *private enforcement* fosse affidato a questi soggetti, ciò potrebbe riverberarsi a beneficio delle imprese responsabili, in grado di «retain the fruits of their illegality».

⁴⁶ V. a riguardo AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, cit., p. 497 s.; KLOUB, *Standing and Pass-on Defence in Antitrust Damage Suits: Guided by Corrective Justice or Efficiency?*, in *Private Enforcement of Competition Law*, Baden-Baderna, 2011, p. 83 ss., a p. 86, discorre a riguardo di un «logical follow-up».

⁴⁷ Cfr. *Illinois Brick Co.*, cit., p. 745: «[t]he combination of increasing the costs and diffusing the benefits of bringing a treble damages action could seriously impair this important weapon of antitrust enforcement».

⁴⁸ *Illinois Brick Co.*, cit., p. 740; e cfr. a riguardo, per il peso decisivo di questo argomento nella tradizionale chiusura al *passing-on* offensivo, GAVIL, *Antitrust Remedy Wars Episode I: Illinois Brick from Inside the Supreme Court*, in *St. John's Law Review*, 2005, p. 553 ss.; nonché WERDEN e SCHWARTZ, *Illinois Brick and the Deterrence of Antitrust Violations. An Economic Analysis*, in *Hastings Law Journal*, 1984, p. 629 ss.

Va certamente rimarcato che un simile impianto di *private enforcement* non è andato esente da critiche, né il complesso di regole sin qui tratteggiate può dirsi, nella sua assolutezza, quello attualmente conforme al diritto applicato negli ordinamenti facenti parti del sistema federale statunitense⁴⁹. Non sono infatti mancate, nel tempo, argomentate reazioni alle posizioni più marcatamente efficientiste⁵⁰, volte ad evidenziare la non completa trascurabilità dell'interesse al ripristino delle condizioni patrimoniali pregiudicate dall'illecito antitrust, a prescindere dalla posizione assunta dai danneggiati nella filiera di mercato, e dalle ricadute di una loro legittimazione attiva sul terreno della funzione deterrente. Proprio in quest'ottica, a livello statale, i parlamenti si sono mostrati maggiormente propensi a garantire tutela civile presso le corti nazionali al soggetto indirettamente leso da pratiche anticoncorrenziali, in particolare attraverso l'emanazione di specifici provvedimenti legislativi (c.d. *Brick repealers*)⁵¹ la cui legittimità è stata esplicitamente confermata dalla Corte Suprema⁵².

Pur a fronte di tali ultimi rilievi, quello che emerge dalle principali pronunce della giurisprudenza federale statunitense in tema di *passing-on* rappresenta un modello di *private enforcement* che – proprio se esaminato nella sua astrattezza, quale portato di obiettivi di

⁴⁹ Sulle evoluzioni registrate nella cultura dell'antitrust statunitense a partire dai fondamenti concettuali di *Illinois Brick*, anche con riferimento alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza della Suprema Corte federale [cfr. *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 133 S. Ct. 2304 (2013)], v. LEMLEY e LESLIE, *Antitrust Arbitration and Illinois Brick*, in *Iowa Law Review*, 2015, p. 2115 ss.

⁵⁰ V. in particolare le diverse proposte di HARRIS e SULLIVAN, *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979, p. 269 ss.; nonché di BLAIR e HARRISON, *Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis*, in *George Washington Law Review*, 1999, p. 1 ss., i quali richiamano le aperture offerte dalla stessa Corte Suprema, allorché, nel caso *California vs. ARC America Corp.* [490 U.S. 93 (1989)], questa ha incidentalmente aperto ad azioni portate da acquirenti indiretti in casi in cui «it would be easy to prove the extent to which the overcharge was passed on to them» (p. 102, nt. 6).

⁵¹ Cfr. per un ragguglio, ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and Recommendations*, III. *Civil and Criminal Remedies*, 2007, p. 268 s.

⁵² *California vs. ARC America Corp.*, cit.

deterrenza⁵³ – appare chiaramente orientato nel senso di declinare l’effettività in chiave squisitamente regolatoria, mostrandosi disposto a sacrificare, sull’altare dell’efficienza del mercato, le ragioni della tutela individuale dei singoli⁵⁴.

5. (Segue) *Il modello euro-unitario.*

Il confronto con il modello statunitense consente di evidenziare la prospettiva marcatamente diversa adottata dalle istituzioni comunitarie nella definizione dei tratti caratterizzanti la disciplina del *private enforcement*.

Con specifico riferimento al *passing-on*, si osserva che la generalizzata apertura alla platea di legittimati attivi («chiunque») formalmente desumibile già dai primi rilevanti arresti della Corte di Giustizia europea⁵⁵ non è, a livello testuale, diversa dal riferimento legislativamente cristallizzato nel diritto federale nordamericano («*any person*»: art. 4(a) Clayton Act). Il che ha condotto parte della dottrina a ritenere che, anche in Europa, non fosse inimmaginabile una via di attuazione della disciplina del trasferimento del sovrapprezzo attenta a generali ragioni di deterrenza e semplificazione degli oneri procedurali, e disposta quindi a limitare la piena e generalizzata legittimazione alla tutela giudiziale nelle cause derivanti da illeciti anticoncorrenziali⁵⁶.

⁵³ Per il chiarimento di come questa non sia altro che una proiezione, sul lungo periodo, dell’efficienza allocativa, cfr. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano, 2010, p. 21 ss.

⁵⁴ Esplicitamente, v. *Hanover Shoe Inc.*, cit., ove si chiarisce che, se fosse lasciata libertà ai singoli di articolare le proprie difese giudiziali sulla base dell’argomento del *passing-on*, «[t]reble damage actions, the importance of which the Court has many times emphasized, would be substantially reduced in effectiveness» (p. 494, enfasi aggiunta).

⁵⁵ V. *retro*, n. 2.

⁵⁶ Cfr. KLOUB, *op. cit.*, p. 94; S. PARLAK, *Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing: Should the Passing-on Defence Be Rejected Now the Indirect Purchaser Has Standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?*, in *World Competition*, 2010, p. 31 ss., spec. p. 50 ss.; e in Italia, per alcuni spunti riferiti all’*iter* legislativo della dir. 2014/104/UE, v. S. BASTIANON,

Con tutta evidenza, una restrizione normativa della rilevanza giuridiale del trasferimento del sovrapprezzo nell'ambito del *private enforcement* europeo avrebbe potuto essere giustificata esclusivamente attraverso un'esplicita qualificazione di tale opzione legislativa come strumento necessario al raggiungimento di obiettivi di effettività regolatoria⁵⁷, posti alla base della disciplina privatistica prescelta per promuovere la concorrenzialità del mercato unico⁵⁸.

La linea di politica del diritto perseguita dal legislatore europeo è stata tuttavia esplicitamente diversa, come traspare già dalla lettura di quei *considerando* della dir. 2014/104/UE che ribadiscono la portata generalizzata delle tutele risarcitorie connesse ad illeciti antitrust⁵⁹, nei limiti, come già accennato, della regola aurea dell'integrale riparazione del danno.

Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione, in Mercato concorrenza regole, 2006, p. 321 ss. a p. 349.

⁵⁷ V., con riguardo alle influenze del dibattito statunitense, TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 321 ss.

⁵⁸ Cfr., in tal senso, BASEDOW, *Damages Actions for Breach of Competition Law: The Contest between National Judiciaries in the EU*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2016, p. 633 ss., a p. 644 s., che proprio alla luce dell'avvenuto riconoscimento normativo del *passing-on* arriva a paventare il contrasto della dir. 2014/104/UE con il diritto primario UE, quale potenziale elemento di lesione al principio di effettività nella tutela della concorrenza; in tema, v. altresì BOTTA, *The Principle of Passing on in EU Competition Law in the Aftermath of the Damages Directive*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, p. 881 ss., a p. 906 s.; e prima dell'emanazione della dir. 2014/104/UE, cfr. CAMILLERI, *A decade of EU antitrust private enforcement: chronicle of a failure foretold?*, in *Eur. Comp. L. Rev.*, 2013, p. 531 ss., spec. p. 534.

⁵⁹ Dir. 2014/104/UE, 3° e 4° *considerando*: «Le autorità giudiziarie nazionali [...] tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto dell'Unione nelle controversie fra privati, ad esempio accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni. Per una piena efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE, ed in particolare per realizzare l'effetto concreto dei divieti da essi previsti, è necessario che *chiunque, compresi consumatori e imprese o autorità pubbliche, possa richiedere un risarcimento dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali per i danni subiti a causa di una violazione di tali disposizioni*»; «Il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che *garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto*» (enfasi aggiunta).

Ciò ha ricadute immediate sul tema del trasferimento del sovrapprezzo⁶⁰: come esplicitamente sancito dall'art. 12, par. 1, dir. 2014/104/UE, la garanzia di efficacia del diritto al pieno risarcimento impone, da un lato, che la riparazione del danno possa essere chiesta da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione (*passing-on* offensivo: art. 14 dir. 2014/104/UE)⁶¹, e, dall'altro, che, anche attraverso un meccanismo di eccezioni processuali, siano evitate condanne capaci di attribuire una compensazione superiore al pregiudizio effettivamente patito in conseguenza della pratica lesiva della concorrenza (*passing-on* difensivo: art. 13 dir. 2014/104/UE)⁶².

6. Osservazioni di sintesi.

La ricostruzione sin qui compiuta consente di svolgere alcune considerazioni più ponderate sulla valenza dell'effettività nella responsabilità da illecito antitrust in Europa.

In primo luogo, le diverse possibili modalità di regolamentazione della disciplina del *passing-on* testimoniano la non univoca coinci-

⁶⁰ V. diffusamente, STRAND, *Indirect Purchasers, Passing-on and the New Directive on Compensation Law Damages*, in *European Competition Journal*, 2014, p. 361 ss., spec. p. 376 ss.; e in Italia CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust*, cit., p. 70 ss.; PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1082 ss., a p. 1092 ss.; CARPAGNANO, *Le regole (proposte) sul passing-on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 273 ss.

⁶¹ Cfr. dir. 2014/104/UE, 41° *considerando*: «A seconda delle condizioni in cui operano le imprese, può essere prassi commerciale trasferire gli aumenti di prezzo a valle della catena di approvvigionamento. I consumatori o le imprese sui quali è stato così trasferito il danno emergente subiscono il danno derivante dalla violazione del diritto della concorrenza dell'Unione o nazionale. Il danno dovrebbe essere rimborsato dall'autore della violazione».

⁶² Cfr. dir. 2014/104/UE, 39° *considerando*: «Quando un soggetto danneggiato ha ridotto il danno emergente trasferendolo, interamente o in parte, sui propri acquirenti, il danno trasferito non costituisce più un danno per il quale tale parte debba essere risarcita. È pertanto opportuno, in linea di principio, permettere all'autore di una violazione di invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento del danno emergente a fronte di una domanda di risarcimento del danno».

denza tra la prospettiva relazionale e quella regolatoria, che si dimostrano invece non necessariamente convergenti, e anzi potenzialmente confliggenti l'una con l'altra⁶³. In altri termini, come emblematicamente mostrato dai *leading cases* del sistema federale statunitense, è ben possibile che la riconosciuta preminenza degli obiettivi di *market regulation* si ponga in contrasto con l'interesse individuale ad agire nei confronti del danneggiante per il pregiudizio cagionato da una pratica restrittiva della concorrenza, e che, quindi, il sistema normativo debba compiere delle scelte apicali, decidendo quale istanza far prevalere tra quella del singolo alla libera difesa giudiziale o quella della collettività ad una effettiva concorrenzialità del mercato⁶⁴.

Posta allora l'esigenza di contemperare prospettiva regolatoria e prospettiva relazionale, con riguardo al diritto euro-unitario merita osservare quanto segue.

a) Da un lato, una lettura del *private enforcement* in chiave eminentemente regolatoria, sebbene indubbiamente ispirata da alcune premesse difficilmente controvertibili (fondate, tra l'altro, su alcuni importanti passaggi dell'*iter* legislativo di emanazione della dir. 2014/104/UE), si accompagna a qualche dubbio se intesa nel senso di voler escludere che, nella declinazione europea del principio di effettività, un qualsiasi rilievo sia assunto dalla posizione del singolo danneggiato, che dovrebbe allora essere collocata in chiave radicalmente subalterna rispetto alla più generale (e totalmente assorbente) finalità di correzione dei fallimenti di mercato⁶⁵.

Proprio la differenza tra l'approccio statunitense e quello europeo al tema del *passing-on* pone in luce come, in questo secondo modello, la declinazione dell'effettività non penda mai esclusivamente

⁶³ V. *retro*, n. 2, lett. (c).

⁶⁴ V. in termini molto netti JONES, *Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US*, in *Harmonising EU Competition Litigation: the New Directive and Beyond*, Oxford-Portland, 2016, p. 15 ss.

⁶⁵ Nega questa conclusione, sulla scorta di una lettura «sociale» della disciplina del *private enforcement* europeo, BARCELLONA, *op. cit.*, p. 122.

a favore della realizzazione degli obiettivi di politica economica, incentrandosi pur sempre sul diritto individuale ad un'efficace tutela giudiziale⁶⁶.

Orientamento, quest'ultimo, perfettamente in linea con le «nuove declinazioni» dell'effettività rilevabili nel diritto europeo⁶⁷. Ed invero, se indubbiamente il principio fonda le sue origini nel diritto internazionale, come base della teoria della pluralità di ordinamenti giuridici, ed è stato in passato evocato con riferimento al diritto oggettivo nel suo complesso, è altresì condiviso che questo ha visto negli anni più recenti spostare l'attenzione sulla dimensione dei diritti individuali, e sulle modalità e l'attuarsi concreto della protezione loro accordata⁶⁸.

Ed è proprio in tal senso – come predicati («tecniche rimediali») della situazione soggettiva dell'individuo – che operano comunemente, e che si possono effettivamente comprendere nell'ordinamento dell'Unione, il «diritto ad un ricorso effettivo» (art. 47, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) o a «una tutela giurisdizionale effettiva» (art. 19, par. 1, TUE)⁶⁹. Nella realizzazione

⁶⁶ Cfr. chiaramente MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie*, cit., p. 161, nt. 39: «Se si concede la *pass-on-defence* (eccezione di trasferimento), dunque, si rispetterà la funzione di compensazione ma si diminuirà l'effetto deterrenza»; e in termini più generali P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., p. 1087.

⁶⁷ Secondo un indirizzo che è ben evidente nel settore del diritto dei consumatori: v. al riguardo, in relazione a diverse importanti sentenze rese negli ultimi anni dalla Corte di Giustizia, PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso 'Faber'*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 10 ss.; PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112 ss.

⁶⁸ LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., p. 1073 s.; nonché, in termini convergenti, VETTORI, *Effettività fra legge e giudizio*, cit., p. 11 (secondo il quale l'effettività «contribuisce alla conversione del fatto in diritto con una funzione peculiare: far coincidere la forma con la sostanza nell'attuazione dei diritti»); e ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 676 ss., spec. a p. 678 per il chiarimento di come «lo strumento di tutela processuale dev'essere costruito in funzione delle distinte situazioni giuridiche e dei bisogni di tutela che esse evocano di fronte alla lesione subita».

⁶⁹ Cfr. con attenzione estesa alla giurisprudenza italiana, VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss., spec. p. 668 ss., 674 s. («effettività come tecnica rimediale»).

della protezione garantita al singolo dai diritti fondamentali, così come da ogni altra disposizione del diritto europeo, anche di fonte secondaria, l'effettività della tutela si atteggia infatti quale oggetto di una situazione soggettiva incentrata sull'individuo, diretto titolare della pretesa ad un rimedio utile⁷⁰.

Anche il settore dell'*antitrust private enforcement* – pur a fronte di evidenti esigenze di sistema che ne hanno ispirato l'evoluzione – non sembra smentire questa marcata dimensione 'personalistica' dell'effettività⁷¹: misura di tutela di situazioni giuridiche individuali, e, quindi, strumento ermeneutico di ricerca e selezione del «giusto rimedio», appropriato alla piena realizzazione dell'interesse considerato meritevole⁷².

b) Quanto sin qui chiarito non implica necessariamente aderire all'idea, completamente opposta, per cui il sistema dell'illecito anticoncorrenziale dovrebbe allora essere inteso come completamente appiattito sulla prospettiva relazionale (volta, puramente e semplicemente, a risarcire il pregiudizio patito dal danneggiato), che solo occasionalmente potrebbe poi supportare istanze di matrice pubblicistica⁷³.

Non possono infatti condividersi le posizioni di coloro che, muovendo dal solo frammento di disciplina concernente la quantificazione del danno da illecito antitrust, vogliono per ciò escludere la strutturale portata regolatoria della normativa in esame⁷⁴. Torna in-

⁷⁰ V. in dettaglio, nell'ambito di una documentata ricostruzione, IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss., a p. 982.

⁷¹ V. ancora VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, cit., p. 670: «nella attuazione dei diritti fondamentali e delle regole di concorrenza l'effettività è utilizzata per ripartire, in modo difforme dalla regola prevista nel codice, l'onere della prova».

⁷² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.

⁷³ V. da ultimo su queste posizioni MONTANARI, *Del «risarcimento punitivo» ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 377 ss., spec. p. 445 s.

⁷⁴ Per la non necessaria alternatività tra funzione di regolazione – attinente alla «gestione del rischio della commissione dell'illecito» – e compensazione – avente ad oggetto la «gestione delle conseguenze di un illecito compiuto» – cfr. DENOZZA

vece utile, sul punto, riprendere il monito di chi sconsiglia di esaminare partitamente i singoli componenti della fattispecie di illecito – il danno, la sua ingiustizia, l'imputabilità e la colpevolezza dell'autore, il nesso causale, ecc. – quali moduli isolati, passibili di apprezzamenti autonomi ed impermeabili l'uno rispetto all'altro, rilevando invece come il giudizio di responsabilità, nella sua globalità, è il frutto dell'interazione tra questi fattori operata in vista dell'allocatione del danno percepita di volta in volta, dal legislatore o dall'interprete, come la più adeguata⁷⁵.

Proprio in questo senso, il diritto del singolo al risarcimento del danno antitrust e il carattere compensativo dei formali parametri di quantificazione dello stesso non impediscono che *altri* elementi del congegno aquiliano – ed in particolare quelli che definiscono la struttura del nesso causale, e il connesso riparto degli oneri probatori – possano esser modulati secondo adattamenti imposti dalla distinta, ma concorrente, finalità di prevenzione di condotte illecite fatta propria dal legislatore europeo, tesa a salvaguardare le istanze di effettività dei rimedi civilistici posti a presidio della concorrenzialità del mercato⁷⁶.

e TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 193 ss., a p. 195 s.

⁷⁵ V. con estrema chiarezza BUSSANI, *Le interazioni fra gli elementi dell'illecito ed il danno risarcibile*, in Vacca (a cura di), *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 249 ss., spec. a p. 251; e in termini più ampi, SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, IV, p. 829 ss.

⁷⁶ Cfr. DENOZZA, TOFFOLETTI, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, cit., p. 195 s., ove esplicitamente si sottolinea come un modello ispirato, in prospettiva *ex ante*, al controllo dei costi attesi dagli illeciti secondo principi di *optimal deterrence*, ben potrebbe poi, in prospettiva *ex post*, alterare le regole di struttura dell'illecito civile per perseguire il prioritario obiettivo di assicurare ristoro alle vittime. Proprio aderendo a questa prospettiva, v. ancor più nel dettaglio GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno antitrust*, in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 215 ss., spec. alle pp. 219 e 235 s. (ove esplicitamente si legge che «[p]er assolvere una funzione sanzionatoria o deterrente, la responsabilità per

Ciò è per l'appunto quanto è dato rilevare nel caso degli acquirenti indiretti, rispetto ai quali appare chiaro come i generali principi dell'illecito extracontrattuale, se letti in modo rigido, determinino uno stridente contrasto tra l'astratta disponibilità dell'azione di danno (ad es., la legittimazione formale al *passing-on* offensivo) e le assai scarse prospettive di successo giudiziale per la vittima del trasferimento⁷⁷. Ciò si spiega, rimanendo nel nostro esempio, alla luce delle difficoltà inevitabilmente incontrate dal consumatore finale per soddisfare l'onere probatorio che ordinariamente gli è imposto dall'art. 2697, comma 1, c.c., ai sensi del quale dovrebbe spettare all'attore che agisce per il risarcimento dimostrare non solo l'esistenza della violazione antitrust, ma altresì la sussistenza di un danno ingiusto, e, soprattutto, di un nesso causale che lo renda riconducibile, rispetto a tutte le evenienze immaginabili lungo la filiera commerciale, proprio alla specifica lesione delle regole sulla concorrenza discusse in causa⁷⁸.

danno da illecito antitrust non deve necessariamente adottare regole di quantificazione del risarcimento che travalichino la funzione compensativa del rimedio», giacché «[l]a tensione tra funzione compensativa e funzione deterrente della responsabilità attraversa anche altri profili della disciplina»).

⁷⁷ Cfr. paradigmaticamente Trib. Torino, 31 marzo 2015, n. 2242 («Nel giudizio per il risarcimento del danno lamentato come conseguenza di un'illecita intesa anticoncorrenziale da parte un acquirente indiretto dei beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza, costituisce onere dell'attore, secondo le regole generali, dimostrare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di illecito extracontrattuale dallo stesso dedotta in giudizio, e quindi anche del nesso di causa») in *Contratti*, 2015, p. 1109 ss. con nota di MEZZANOTTE, *Sul private enforcement del diritto antitrust (in vista del recepimento della Dir. 2014/104/UE)*, cui mi permetto di rinviare per un più approfondito ragguaglio sul caso; e v. altresì Trib. Milano, Sez. imprese, 23 giugno 2014 e 18 luglio 2014, riportate in *Conc. mercato*, 2015, p. 424 ss.

⁷⁸ Cfr. criticamente PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 317, spec. a p. 320 s.; e con un'analisi delle diverse ipotesi di danno (*rectius*: di soggetti danneggiati), CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno resp.*, 2013, p. 1049 ss., a p. 1052 ss.; EKLUND, *Indirect Purchasers – Is there Anything New in the Directive? An Introductory Overview of the Current and Future Status of Indirect Purchasers in the EU*, in *Harmonizing EU Competition Litigation. The New Directive and Beyond*, Oxford-Portland, 2016, p. 261 ss., a p. 272 ss.

Emergono, quindi, limiti intrinseci ad un indirizzo di politica legislativa che, non formalmente scostandosi dalla funzione (esclusivamente) risarcitoria tradizionalmente ascritta della responsabilità civile, volesse al tempo stesso affidare al contenzioso civile un qualche ruolo di garanzia dell'interesse pubblicistico al corretto funzionamento del mercato⁷⁹. Non a caso, già nel corso dell'*iter* legislativo che ha portato all'emanazione della dir. 2014/104/UE, è apparso punto condiviso quello per cui un simile obiettivo regolatorio – indiscutibilmente presente nei propositi delle istituzioni dell'Unione Europea – non potesse essere coerentemente perseguito se non forzando alcuni tratti caratterizzanti il sistema dell'illecito civile, in modo tale da agevolare la posizione dell'attore in un giudizio di responsabilità altrimenti ineluttabilmente destinato all'insuccesso (o, ancor più probabilmente, a non esser mai neppure intentato in forza di un atteggiamento di apatia razionale)⁸⁰.

La conformazione strutturale di alcune regole fondanti il *private enforcement* europeo non potrebbe del tutto spiegarsi se non accettando la presenza di un'ulteriore funzione delle regole di responsabilità, consistente nell'incentivare la proposizione dell'azione, e, per tal via, in prospettiva *ex ante*, la sua carica deterrente e – nei termini che verranno chiariti – sanzionatoria.

7. Ancora su alcuni profili della disciplina italo-europea del trasferimento del sovrapprezzo.

È alla luce del ragionamento sin qui svolto che, tornando al dettaglio della normativa sul *passing-on*, per come recepita nell'ordinamento nazionale, può utilmente tentarsi l'inquadramento sistematico

⁷⁹ In prospettiva più ampia, sul rischio che una disciplina dell'illecito improntata alla funzione meramente compensativa conduca ad una responsabilità civile incapace di «svolgere in modo adeguato i suoi compiti e di non soddisfare le aspettative dei consociati che, nel risarcimento del danno, vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare il patrimonio leso ma anche di svolgere una funzione di prevenzione», cfr. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Il danno risarcibile*, Napoli, 2011, p. 1 ss., a p. 2 s.

⁸⁰ Cfr. STRAND, *op. cit.*, p. 277 s.; in Italia, VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, cit., p. 308 s.

di un complesso di norme certamente eccentrico rispetto alle consolidate regole di distribuzione del carico probatorio discendenti da una piana applicazione dell'art. 2697, comma 1, c.c.⁸¹.

Invero, a seguito di una disposizione di apertura formalmente ricognitiva della regola aurea che impone all'attore in giudizio di dimostrare il fondamento delle proprie pretese (art. 12, comma 1, d.lg. n. 3/2017)⁸², il cuore della normativa dedicata agli acquirenti indiretti si rinviene al successivo comma 2°, che tratteggia una presunzione di avvenuta traslazione del prezzo in danno dell'acquirente indiretto non appena quest'ultimo riesca a dimostrare: (a) che il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; (b) che la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto⁸³; e (c) che l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano. Accertata la sussistenza delle tre condizioni appena elencate, è riconosciuta al convenuto la facoltà di liberarsi dimostrando che il sovrapprezzo non è stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto (comma 3)⁸⁴.

⁸¹ Sui principi generali in tema di ripartizione dell'onere della prova nel nostro ordinamento, cfr. PATTI, *Delle prove (Art. 2697-2739)*, in *Commentario al codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, diretto da Galgano, a cura di De Nova, Bologna, 2015, p. 124 ss., in part. p. 175 ss. per le presunzioni di colpa nella responsabilità extracontrattuale; e con specifica attenzione al nesso di causalità BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile*, Milano, 2013, p. 319 ss.

⁸² Art. 12, comma 1, d.lg. n. 3/2017: «Nelle azioni di risarcimento del danno per trasferimento in tutto o in parte del sovrapprezzo, l'attore deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi».

⁸³ A semplificare ulteriormente questo passaggio non potrà che contribuire, quantomeno nel caso di cartelli, la disposizione di cui all'art. 14, comma 2, d.lg. n. 3/2017 che detta una presunzione di danno allorché la pratica anticoncorrenziale consista in un cartello (v. sul punto FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli, 2015, p. 69).

⁸⁴ VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., p. 446 s. sottolinea come «nell'intento di favorire le vittime delle pratiche illecite» il d.lg. n. 3/2017 «distribuisce l'onere della prova in modo che il rischio del fatto ignoto sia sempre collocato a carico del

Formalmente, il meccanismo così congegnato dovrebbe avere il semplice effetto di agevolare l'attore nell'ottenere il ristoro per una comune fattispecie di danno emergente di matrice extracontrattuale, consistente nel pregiudizio patrimoniale associato ad un sovrapprezzo anticoncorrenziale. Ma è lecito chiedersi se dietro l'apparenza di una norma dal carattere esclusivamente processuale non si celi, nella sostanza, la creazione di un sottoinsieme di regole, valevoli nel settore della concorrenza, che prescindono dai comuni parametri fondativi il giudizio di responsabilità⁸⁵.

Il regime del *passing-on* offensivo, per come cristallizzato nel d.lg. n. 3/2017, parrebbe infatti sottendere il riconoscimento normativo della generalizzata irrilevanza di ogni accadimento o contegno di terzo (al limite, anche consapevole ed intenzionale) quale elemento capace di interrompere il nesso eziologico rilevante tra il danno-evento (*i.e.* la pratica anticompetitiva dell'impresa convenuta) e il danno-conseguenza (*i.e.* la perdita patrimoniale avvertita

preteso responsabile». Volendo rinvenire un collegamento della normativa così introdotta con i principi generali del sistema, un qualche spunto può forse essere offerto da quella prospettiva interpretativa che, fondando la causalità sulla teoria del rischio specifico, quale integrazione della regolarità causale (e ad esplicita estensione della valenza giuridica del canone del *neminem laedere*), ritiene che l'onere gravante sull'attore possa limitarsi alla prova che il fatto del danneggiante rientra tra quelli specificamente rientranti nella sfera di controllo connessa alla sua attività: cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 145 ss. e 625 s.

⁸⁵ Si deve richiamare ancora, sul punto, la già rimarcata capacità degli elementi costitutivi dell'illecito civile, ed in particolare del nesso causale, ad adattarsi rispetto alle peculiari finalità di politica legislativa perseguite nel sistema, e atteggiandosi in moto eterogeneo nei diversi settori della responsabilità civile: cfr. M. BUSSANI, *Le interazioni fra gli elementi dell'illecito ed il danno risarcibile*, cit., p. 256 (ove proprio la causalità viene indicata come «uno degli elementi più duttili» per orientare il risultato del bilanciamento tra gli elementi dell'illecito verso la soluzione ritenuta più adeguata al caso concreto); e nello stesso senso, MACARIO, *Il nesso*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile – alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, p. 129 ss., a p. 138 s., il quale rimarca l'evidente «priorità degli obiettivi di politica del diritto» nell'applicazione giurisprudenziale delle regole sul nesso eziologico, operata secondo mutevoli combinazioni nei diversi «sottosistemi della responsabilità».

dall'attore a seguito dell'alterazione dell'equilibrio concorrenziale) presi specificamente in considerazione dal legislatore⁸⁶.

A sostegno di tale considerazione milita già, da un punto di vista pratico, l'estrema difficoltà che incontra l'impresa convenuta a sovvertire la presunzione divisata dalle disposizioni in commento⁸⁷: la dimostrazione che il sovrapprezzo non è stato trasferito costituisce infatti, tecnicamente, una prova negativa su fatto altrui la cui natura *diabolica* traspare evidente specie riflettendo sul fatto che il propagatore potrebbe esser non solo l'acquirente diretto, ma altresì uno degli operatori intermedi nella catena produttivo-distributiva, non legato da alcun rapporto con l'impresa convenuta⁸⁸.

Ma, a ben vedere, v'è di più: nessuna disposizione dell'art. 12 d.lg. n. 3/2017 valorizza, tra gli elementi coessenziali alla definizione del *thema probandum*, l'intera serie di eventi che, a partire dalla pratica anticoncorrenziale, possono aver percorso la filiera di mercato fino a raggiungere l'acquirente indiretto. Non figurando questi fattori né nell'elenco di condizioni gravanti sull'attore ai sensi del comma 2, né quali elementi di prova contraria a disposizione del convenuto ai sensi del comma 3 – testualmente limitati all'oggettiva insussistenza di un trasferimento del prezzo –, un'interpretazione

⁸⁶ Per una recente ricostruzione dei principi generali sul tema, MONATERI, GIANTI e BALESTRIERI, *Causazione e giustificazione del danno*, Torino, 2016, p. 111 ss., spec. p. 127 ss.; e prima NAPOLI, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012, p. 198 ss.

⁸⁷ Rileva SCUFFI, *Riflessioni a margine della Dir. 104/2014 (e del D.lgs. 3/2017) sull'azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 5 ss., a p. 7, che tale difficoltà appare in parte mitigata dal fatto che l'art. 12, comma 3, d.lg. n. 3/2017 non limita in alcun modo le modalità attraverso le quali l'autore dell'infrazione può fornire prova liberatoria contraria alle presunzioni di avvenuto trasferimento, non essendo stato specificamente valorizzato il vincolo contenuto nella corrispondente disposizione della dir. 2014/104/UE, che, all'art. 14, par. 3, faceva riferimento ad un onere probatorio da assolvere «in modo verosimile e ritenuto adeguato dal giudice».

⁸⁸ Cfr. sul punto MARINO, *op. cit.*, p. 93, spec. nt 55, ove si sottolinea un'ulteriore potenziale criticità connessa alle cause *stand-alone* attivate pure a fronte di intese ammesse ai sensi dell'art. 101, par. 3, Tratt. FUE: in tali ipotesi, il regime di cui all'art. 14, commi 2 e 3, d.lg. n. 3/2017, impone al convenuto di dimostrare che gli utilizzatori hanno beneficiato dell'intesa (prova, questa, estremamente difficile allorché vi sia stato un aumento di prezzi).

strettamente letterale dell'art. 12 potrebbe indurre a ritenere che il loro rilievo giuridico sia stato scientemente escluso dal legislatore, con la positiva definizione, nel settore dell'*antitrust private enforcement*, di un giudizio di responsabilità caratterizzato da un assai peculiare atteggiarsi del nesso di causalità (materiale, prima ancora che giuridica)⁸⁹.

Pure a prescindere da quest'ultima osservazione, e quindi anche a voler ritenere che ordinari fattori interruttivi del nesso eziologico possano ancora esser fatti valere se provati da parte del convenuto⁹⁰,

⁸⁹ Per comprendere la dirompente portata sistematica di una tale lettura, si ripensi alla vicenda di *passing-on* offensivo giudicata dal Tribunale di Torino prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 3/2017, già richiamata *retro*, nt. 76. In quel caso, il consumatore finale di un farmaco aveva convenuto in giudizio le imprese farmaceutiche responsabili di un'intesa anticoncorrenziale per vedersi risarcire la parte di prezzo corrisposto alla clinica presso la quale è stato curato, corrispondente al maggior costo del prodotto oftalmico utilizzato per i trattamenti. Applicando l'art. 12, comma 3, d.lg. n. 3/2017 al caso, è evidente che se la prova contraria a disposizione delle parti convenute si volesse riferire esclusivamente alla mancata sopportazione, in termini oggettivi, di un sovrapprezzo da parte del paziente, questa non potrebbe essere in alcun modo utilmente prospettata. Una simile interpretazione non consentirebbe tuttavia di fare emergere come rilevanti nel giudizio di responsabilità, al limite solo in regime di eccezione difensiva, una serie di fattori che invece, nel caso di specie, erano stati considerati come rientranti nell'onere gravante sull'attore, e la cui mancata prova era stata la ragione di rigetto della domanda risarcitoria, secondo i principi generali del sistema (v. Trib. Torino 31 marzo 2015, n. 2242, cit.: «non sembra che l'attore abbia provato, od offerto di provare, pur ritenendo dimostrata la conclusione del suddetto accordo illecito tra le convenute, che la determinazione del suo medico curante di adottare un altro farmaco [...] più costoso in luogo del più economico ed in precedenza utilizzato [...] sia da ricondurre alla esistenza della suddetta intesa tra le convenute»; con la conseguenza per cui «[d]eve rilevarsi come l'attore non abbia dimostrato l'esistenza di una relazione causale tra il suddetto accordo illecito che sarebbe intercorso tra le convenute, il mutamento di scelta farmacologica da parte del suo medico curante ed il danno ingiusto che ne sarebbe derivato, non essendo, come evidenziato, state indicate, né dimostrate, le ragioni di tale scelta farmacologica, e non essendovi, di conseguenza, elementi per ricondurla causalmente al suddetto cartello illecito»).

⁹⁰ Secondo quello che, a livello comparatistico, rappresenta uno degli «insegnamenti tradizionali» in punto di regimi probatori sul nesso causale: cfr. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Berna-Napoli, 2012, p. 39.

resta comunque il fatto che il meccanismo del *passing-on* opera indistintamente, e con le medesime regole, tanto nelle ipotesi di traslazione dell'*overcharge* monopolistica sul lato della domanda, quanto in quelle di trasferimento del peso economico del sottocosto sul versante dell'offerta (art. 10, comma 3, d.lg. n. 3/2017)⁹¹. Nella prospettiva delle tradizionali regole dell'illecito, tale piana equiparazione normativa delle due situazioni non appare pienamente giustificabile: se l'incorporazione dei costi di produzione sul prezzo finale di beni o servizi costituisce un fenomeno normale in una dinamica di mercato concorrenziale, cosicché la posizione dell'intermediario può essere effettivamente considerata nella generalità dei casi come quella di un neutro «propalatore obbligato del sovrapprezzo»⁹², ad analoghe conclusioni non parrebbe legittimo pervenire allorché la dispersione dei costi dell'illecito antitrust avvenga secondo un processo inverso, operante a ritroso lungo la filiera produttiva e distributiva. Il recupero 'a monte' di mancati introiti attraverso l'imposizione di condizioni contrattuali deteriori ai propri aventi causa non assume,

⁹¹ L'art. 10, comma 3, d.lg. n. 3/2017 stabilisce che «[l]e disposizioni del Capo IV del presente decreto [*i.e.*, per l'appunto, quelle dedicate al «trasferimento del sovrapprezzo»] – si applicano anche quando la violazione del diritto della concorrenza riguarda una fornitura all'autore della violazione». Il riferimento è alle ipotesi, di condotte anticoncorrenziali poste in essere dall'acquirente ultimo di beni o servizi, il quale – grazie ad esempio alla posizione dominante rivestita sul mercato, o agli effetti di un cartello – sia riuscito ad imporre abusivamente condizioni contrattuali inique alle proprie controparti (produttore, subfornitore, distributore, ecc.). In tali casi sarà plausibile prevedere il tentativo dell'ultimo venditore, danneggiato diretto, di traslare a ritroso nella filiera commerciale gli oneri connessi all'operazione suo malgrado pregiudizievole conclusa, attraverso un'imposizione di prezzi minori ai propri fornitori. A queste fattispecie, la norma in commento esplicitamente estende l'intera disciplina del *passing-on*. Il che, in concreto, implica, che l'impresa convenuta potrà eccepire al suo venditore la non debenza di quella parte di mancati guadagni recuperati attraverso la contrattazione a monte (*passing-on* difensivo); e che, parallelamente, i soggetti collocati al vertice della filiera di mercato potranno agire nei confronti del soggetto responsabile della condotta anticompetitiva per far valere il pregiudizio arrecato loro per via del ridotto livello dei prezzi registratosi sul lato della domanda nel particolare mercato di riferimento (*passing-on* offensivo).

⁹² Così NIVARRA, *op. cit.*, p. 1456; e nello stesso senso, sulla posizione dell'intermediario, v. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 472.

se inteso come reazione dell'operatore del mercato alla pratica vietata, lo stesso carattere fisiologico riconoscibile al trasferimento 'a valle' del sovrapprezzo, presentandosi in un numero assai maggiore di casi come il frutto di un'autonoma strategia commerciale assunta dell'intermediario⁹³. In queste ipotesi, risulta allora notevole che proprio i rapporti negoziali sui quali si fonda il *passing-on* del sottocosto non possano mai presentare elementi di specificità tali a far ritenere interrotto quel nesso eziologico che, secondo le comuni regole di accertamento della responsabilità aquiliana, dovrebbe legare l'evento al danno risarcibile quantomeno sulla base di un criterio di regolarità causale⁹⁴.

Tutte queste considerazioni suggeriscono un diverso inquadramento sistematico delle norme in commento, con la definitiva accettazione di come la dimensione non esclusivamente relazionale, ma altresì regolatoria, ascritta alla responsabilità civile nel settore del diritto antitrust abbia portato il legislatore italiano ad emanare, in adempimento ad obblighi di matrice comunitaria, un sistema di norme il cui contenuto altera strutturalmente alcuni moduli caratterizzanti l'illecito civile, connotandone l'operatività non solo verso obiettivi di risarcimento del soggetto leso, ma anche di deterrenza per gli operatori del mercato e, quindi, di regolazione generale⁹⁵.

⁹³ Strategia che, anche a prescindere da una specifica intenzione dolosa dell'imprenditore, e solo per il suo oggettivo effetto di falsare il corretto andamento della dinamica concorrenziale, potrebbe addirittura coincidere con una possibile manifestazione di abuso di dipendenza economica, normativamente sancita dall'art. 9, comma 2, l. n. 192/1998: cfr. *ex multis*, LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 1 ss., a p. 15 s.

⁹⁴ Anche chi, come LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 487 s. e nt. 67, esplicitamente esclude che l'intervento dell'intermediario possa dirsi interruttivo del nesso eziologico accertato secondo il parametro della regolarità causale, svolge la propria argomentazione con riferimento al solo caso del trasferimento di sovrapprezzo 'a valle', e non, invece, a quello del recupero 'a monte', richiamato dall'art. 10, comma 3, d.lg. n. 3/2017.

⁹⁵ Si tratta, del resto, di un esito già apertamente previsto nel corso dell'*iter* di recepimento della dir. 2014/104/UE da PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, cit., p. 321, secondo il quale è «evidente che, se si vuole implementare una strategia di contrasto all'attività anticoncorrenziale fondata sulla reazione delle vittime, occorre rassegnarsi all'idea di dover pagare un prezzo in termini di

8. *La polifunzionalità della responsabilità civile: conclusioni di metodo.*

Sintetizzando quanto sin qui detto, l'analisi del sistema europeo dell'illecito antitrust condotta attraverso la lente delle regole sul *passing-on* offre l'immagine di una disciplina che, a livello di struttura, si incentra sul diritto soggettivo di *qualsiasi* consociato a vedersi risarcito il pregiudizio causato da una pratica anticompetitiva realizzata nel mercato rilevante. Ciò non toglie, che – pure in un quadro normativo fondato sul parametro dell'integrale riparazione del danno – l'azione promossa dal singolo possa essere assoggettata a un impianto di regole che la rendono idonea ad assolvere, insieme a quella risarcitoria, *altre* funzioni capaci di essere impiegate dall'ordinamento come presidi complementari agli istituti del *public enforcement*⁹⁶.

nitore del sistema»; e v. altresì ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 1238 ss. Se prima dell'emanazione del d.lg. n. 3/2017 poteva forse ancora porsi l'interrogativo critico sull'effettiva opportunità di far pagare un simile prezzo al sistema (v. CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 60 s.), in sede di analisi della normativa attualmente in vigore non rimane che prendere atto delle deviazioni strutturali imposte dall'art. 12, che non sembrano legittimare la conclusione – sostenuta prima dell'approvazione della dir. 2014/104/UE da BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, cit., p. 130 – per la quale la funzione regolatoria ascrivibile all'illecito civile nel campo dell'*antitrust private enforcement* sia ancor oggi rimasta priva di concreta rilevanza giuridica, quale semplice «inferenza sociologica».

⁹⁶ Cfr. DREXL, *The Interaction between Private and Public Enforcement in European Competition Law*, in *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, Oxford-Portland, 2016, p. 135 ss.; anche al di fuori dell'*antitrust private enforcement*, per le distinte possibili ricadute operative di quello che voglia dirsi un sistema di responsabilità civile comunque improntato alla deterrenza, cfr. tra gli altri DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile – alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, cit., p. 3 ss., a p. 17; e per un riscontro oltre i nostri confini, ma sempre nel quadro del diritto europeo, WAGNER, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, in *Arc. civ. Prax.*, 2006, p. 352 ss.

È alla luce di queste considerazioni che l'indagine si ricollega al tema delle funzioni della responsabilità civile, offrendo lo spunto, in chiusura d'analisi, per una breve digressione su tale ultimo punto alla luce dei risultati cui si è fin qui pervenuti.

Non è questa la sede per intrattenersi sui dettagli della vicenda che ha più di recente contribuito a (ri)animare il dibattito dottrinale in materia (si tratta, naturalmente, della controversia circa le condizioni di delibabilità di provvedimenti stranieri di condanna a *punitive damages*, risolta dalle Sezioni Unite della Cassazione nel luglio 2017)⁹⁷. Tale decisione, come noto, ha schiuso il campo un'ampissima serie di reazioni ed eterogenee chiavi interpretative, con l'esito ultimo – per vero, assai paradossale – per cui il principio di diritto espresso dalla sentenza, e le motivazioni che l'hanno supportata, sono risultati capaci di fornire, al tempo stesso, sia elementi di supporto alle tesi favorevoli ad un'apertura della responsabilità civile

⁹⁷ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613 ss., con note di PALMIERI e PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* (c. 2630 ss.); D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve* (c. 2639 ss.); SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza* (c. 2644 ss.); MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* (c. 2648 ss.). Come noto, il principio di diritto affermato dalla sentenza è il seguente: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile, sicché non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi; il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i suoi limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero ed alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

verso l'orizzonte della sanzione⁹⁸, sia, e all'opposto, argomenti spendibili dai sostenitori di approcci maggiormente conservativi⁹⁹.

Per quanto qui interessa, di là della posizione che si intenda assumere sul particolare profilo del «risarcimento punitivo»¹⁰⁰, a suscitare più di una ragione di perplessità sono quei passaggi della sentenza che paiono avallare l'idea di un rapporto di necessaria coincidenza tra l'abbandono della lettura «monofunzionale» della responsabilità civile e la presenza di fattispecie legislative che dispongano particolari ipotesi di risarcimenti «ultracompensativi»¹⁰¹. Il rischio,

⁹⁸ Senza pretesa di esaustività, v. tra gli altri, con diversi accenti, PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, p. 432 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1109 ss.; MONATERI, *Le Sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 437 ss.; GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1392 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1474 ss.

⁹⁹ Cfr. BIANCA, *Una messa a punto sui c.d. danni punitivi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del suo novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, I, p. 351 ss.; TESCARO, *La riconoscibilità delle sentenze nordamericane di condanna a punitive damages*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2017, p. 539 ss.; BENATTI, *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 575 ss.; PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, p. 435 ss.

¹⁰⁰ Cfr. tra gli altri, in chiave di apertura, CICERO, voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., 2018, p. 99 ss., a p. 106 s.; GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017, p. 105 ss.; MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, p. 130 ss.; e diversamente, SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 305 ss.; CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 764 ss.; GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1405 ss., a p. 1409; CIATTI CÀIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. impr. Eur.*, 2017, p. 1 ss.

¹⁰¹ Cfr. Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., § 5; ove, dopo aver proposto un elenco di istituti (non tutti, peraltro, univocamente riconducibili alla re-

ad avviso di chi scrive, è che da quelle argomentazioni possa trarsi l'idea per cui, fuori dai particolari plessi disciplinari richiamati dal supremo Collegio¹⁰², e comunque al di là di puntuali regole di quantificazione del danno risarcibile¹⁰³, la polifunzionalità della responsabilità civile non possa esser predicata¹⁰⁴.

L'analisi condotta in queste pagine induce invece a revocare in dubbio che nell'ordinamento sia dato, una volta e per sempre, un «impianto-base» della responsabilità civile, orientato alla sola finalità risarcitoria nel rapporto relazionale danneggiato-danneggiante, e al quale solo occasionali interventi legislativi possano conferire,

sponsabilità civile: cfr. sul punto, diffusamente, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova, 2019, p. 99 ss.; e prima GRANELLI, *In tema di danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1760 ss.) che la Suprema Corte ritiene capaci di veicolare una liquidazione del danno sciolta dai vincoli imposti dall'integrale riparazione del danno (e quindi dalla funzione esclusivamente compensativa dell'obbligazione risarcitoria), si conclude che «[c]iò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'articolo 23 Cost., (correlato agli articoli 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario». Per alcune riflessioni sull'utilità e sul senso della distinzione tra funzione punitiva del risarcimento del danno aquiliano e danno punitivo, v. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 283 ss., a p. 295 ss.

¹⁰² Per una loro ricapitolazione, sia concesso il rinvio a MEZZANOTTE, *Danni punitivi*, in *Il libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, p. 64 ss.

¹⁰³ V. ad esempio, per il caso di pregiudizi di carattere bagattellare, la proposta di MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss.

¹⁰⁴ Affermazione che si porrebbe in contrasto con insegnamenti ormai acquisiti nella riflessione giusprivatistica: v. in luogo di molti, CALABRESI, *The Cost of Accident: A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London, 1970, p. 24 ss. (trad. it., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975); TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961 e ID., voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, p. 90 ss., a p. 108.

dall'esterno, «curvature» in senso polifunzionale (es. preventivo, deterrente, sanzionatorio, ecc.)¹⁰⁵.

Al contrario, è l'impianto complessivo del sistema dell'illecito civile a porsi in chiave ontologicamente polifunzionale¹⁰⁶, rispondendo alle eterogenee istanze che, da settore a settore, conformano, secondo i diversi tipi di conflitti di interessi di volta in volta ritenuti rilevanti, le puntuali direttrici secondo cui si declinano le tutele offerte dal paradigma generale del rimedio aquiliano¹⁰⁷. Considerazione, a sua volta, puntualmente verificabile sia che si limiti lo sguardo all'impianto del codice civile (e, per tutti, ai distinti criteri di imputazione del fatto dannoso ivi rinvenibili: colpa, rischio, fatto altrui; o ai diversi tipi di danno rilevanti)¹⁰⁸; sia alle regole operanti in ambiti particolari (si pensi, solo a titolo esemplificativo, al settore

¹⁰⁵ Punto, anche questo, che appare da tempo incontroverso: cfr. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova 1966, pp. 154 e 392.

¹⁰⁶ «Polifunzionalità» che peraltro, di per sé, non implica necessariamente evocare l'idea della «sanzione»: cfr. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno resp.*, 2019, p. 533 ss., p. 538 ss.; RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1811 ss., spec. p. 1819 ss.

¹⁰⁷ Cfr., in termini molto netti, P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 115 ss., spec. p. 119 s.; nonché, richiamandosi al principio di differenziazione oggi sotteso all'art. 118 Cost., QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010, p. 370 ss.; ma già in passato, per la considerazione di come anche la disciplina della responsabilità extracontrattuale, pure a fronte della sua evoluzione in chiave compensativa, dovesse essere considerata tra quelle sottese alla copertura richiesta dall'art. 23 Cost., v. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 259 ss.

¹⁰⁸ Per tutti, TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, pp. 4, 61 s. e 100 s.; e con riflessione che si estende all'art. 2059 c.c., v. da ultimo BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 222 ss., in part. p. 230 ss.; e prima, tra altri, NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 81 ss.; EAD., *Funzione del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 500 ss., spec. p. 509.

dell'illecito familiare¹⁰⁹; alla disciplina del danno ambientale¹¹⁰; alla responsabilità degli amministratori di società¹¹¹; al diritto applicabile nei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nei settori bancario e finanziario¹¹², ecc.).

A considerazioni non diverse perviene l'analisi dedicata al danno antitrust. Allargando lo spettro dell'indagine oltre il terreno del trasferimento del danno anticoncorrenziale, ci si avvede come, pur sempre in assenza di alcuna apertura a risarcimenti ultracompensativi, molte delle regole operazionali evolute in materia (anche al di là del formale dettato legislativo¹¹³) possono comprendersi solo aderendo ad una struttura della fattispecie aquiliana connessa ad istanze

¹⁰⁹ V. a vario titolo PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 1 ss.; DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 407 ss.; PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2005 ss.; e già, PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 15 ss.

¹¹⁰ Cfr. tra gli altri, SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 246 ss.; POZZO, *La tutela dell'ambiente nella UE*, in *Temi e istituti di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2017, p. 90 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1063 ss.

¹¹¹ Sulla cui funzione primariamente deterrente/sanzionatoria cfr., Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100; e in dottrina, nel tempo, GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*², t. I, Padova 2006, p. 478 ss., p. 511 s.; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano 1992, p. 113; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 102; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 373 ss.

¹¹² Cfr., con esplicito richiamo alla polifunzionalità della responsabilità civile, SIRENA, *I sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1370 ss., a p. 1074 ss.; e in connessione con il principio di effettività delle tutele, CAFAGGI, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Napoli, 2020, p. 51 ss., spec. p. 69.

¹¹³ Che comunque, nel quadro armonizzato dalla dir. 2014/104/UE, offre rilevanti esempi di regole inquadrabili in ottica regolatoria e di deterrenza: cfr., tra le altre, i criteri, anche presuntivi, di valutazione del danno dettati dall'art. 17 (cfr. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, cit., p. 164 ss.); ovvero il peculiare atteggiarsi della responsabilità solidale di cui all'art. 11 (cfr. AFFERNI, *Il risarcimento*

non esclusivamente risarcitorie, ma altresì sanzionatorie e preventive.

A livello europeo, riferimento obbligato è in tal senso alla sentenza *Kone*, con la quale la Corte di Giustizia – anticipando le linee della successiva dir. 2014/104/UE¹¹⁴ – ha esteso le potenziali maglie della tutela risarcitoria a beneficio dell’acquirente di beni o servizi ottenuti non già dall’impresa partecipante a un cartello, ma da un operatore che abbia semplicemente adeguato le proprie condizioni contrattuali ai livelli del mercato falsato dalla pratica anticoncorrenziale (c.d. *umbrella effects*)¹¹⁵. Da un lato, questo principio di diritto rappresenta senza dubbio una deviazione rispetto alla lettura degli elementi della fattispecie aquiliana consegnati dalla tradizione¹¹⁶, visto che esclude l’ordinaria rilevanza interruttiva del nesso eziologico riconducibile all’autonoma (quando non addirittura consapevole) decisione commerciale di un operatore del mercato diverso da quello

dei danni per violazioni del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 171 ss.).

¹¹⁴ Cfr. OSTI, *Joint and several liability under the EU competition law damages directive*, in *AIDA*, 2015, p. 62 ss., a p. 65.

¹¹⁵ Corte giust. 5 giugno 2014, C-557/12, *Kone AG e al. c. ÖBB Infrastruktur AG*.

¹¹⁶ Conclusione, questa, che pare offrire conforto alle tesi di chi – proprio muovendo dal versante dell’*antitrust private enforcement* – ha sostenuto che a fronte del sostanziale silenzio del codice civile in punto di causalità, le indicazioni legislative sul danno risarcibile (art. 1223 c.c.) finiscono con l’operare come una cornice normativa entro la quale può svolgersi la concretizzazione di regole di imputazione inevitabilmente tendenti a stabilizzarsi in via peculiare per diverse categorie di illeciti, secondo traiettorie ispirate dalle ragioni di fondo della legislazione settoriale o dall’elaborazione giurisprudenziale: cfr. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno antitrust*, cit., p. 226; ma più in generale, per il rilievo di come il peculiare atteggiarsi del nesso causale finisca per rispondere ai molteplici compiti (su tutti: *compensation e deterrence*) assegnati alla responsabilità civile, v. già PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 87 ss. e poi MACARIO, *Il nesso causale*, cit., p. 129 ss., a p. 137, il quale discorre di «settori della responsabilità civile» ove la causalità, e più specificamente del carattere diretto o indiretto di un danno (art. 1223 c.c.) viene utilizzata come criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela, così risolvendo il diverso problema dell’ingiustizia del danno.

convenuto nel giudizio di danno¹¹⁷. Al tempo stesso, la si condivide o meno in punto di politica del diritto, tale soluzione appare del tutto coerente con l'indirizzo che vuole promuovere l'attivismo di tutti i centri del *private enforcement*, assolvendo, in prospettiva *ex ante*, una funzione di deterrenza; nonché atteggiandosi, in chiave *ex post* (*i.e.* a seguito della condanna per un illecito già realizzatosi), come una misura dai connotati palesemente sanzionatori, con la quale viene imposto all'impresa responsabile il pregiudizio patito da ogni attore del mercato, anche se non annoverabile tra i propri clienti.

Sul terreno interno, si inserisce nel medesimo filone la sentenza con cui la Cassazione ha esplicitamente ritenuto che, a fronte di paventate lesioni del diritto della concorrenza, «il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova», e ciò, in concreto, anche «interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile»¹¹⁸. Anche in questo caso, è evidente come all'ef-

¹¹⁷ CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., p. 151 s.; CAMILLERI, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale nella Direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 56 s. discorre di un «esito eversivo», connesso ad un «autentico scardinamento del dispositivo aquiliano in punto di del nesso eziologico»; diversamente, ritengono coerente la fattispecie dei c.d. *umbrella effects* rispetto ai criteri elaborati dalla giurisprudenza nazionale per l'accertamento della regolarità causale, LOMBARDI, *E piove anche sotto l'ombrello: umbrella effects e nesso di causalità in ambito antitrust secondo la Corte di giustizia*, in *Danno resp.*, 2014, p. 707 ss., a p. 715, e già prima della sentenza *Kone*, CASTELLI, *op. cit.*, p. 1056 s.; e *amplius* EAD., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, p. 149 ss.

¹¹⁸ Così, Cass. 4 giugno 2015 n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2742 ss., con nota di CASORIA e PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, concernente una fattispecie di presunto abuso di posizione dominante, nella quale la Suprema Corte ha preso espressamente le mosse dalle regole della dir. 2014/104/UE per legittimare un'attività ermeneutica del giudice nazionale in grado rendere effettiva la tutela dei privati, valorizzando «in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare,

fettività della tutela del singolo (relazionale) si accompagni la valenza regolatoria della soluzione ermeneutica prospettata, connessa alla valenza più marcatamente deterrente e, almeno indirettamente, sanzionatoria, esercitata, per sua via, dall'incremento del numero di giudizi di responsabilità concretamente intentati e prevedibilmente conclusi con condanne risarcitorie¹¹⁹.

In definitiva, l'analisi svolta in queste pagine pare confermare come la polifunzionalità sia tratto caratterizzante del rimedio aquiliano, e non già l'occasionale curvatura che questo assume solo a fronte di puntuali indicazioni legislative sul danno risarcibile ultracompensativo¹²⁰. Muovendo da questa acquisizione, appare chiaro come il solo approccio sistematico, sebbene per certo verso imprescindibile, non possa dirsi di per sé sufficiente per la comprensione delle attuali dimensioni della responsabilità civile, potendosi queste efficacemente cogliere solo impegnandosi in una trasparente inda-

anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata».

¹¹⁹ In quest'ottica, il riferimento ad una funzione *lato sensu* punitiva della responsabilità antitrust si collega alle più evolute teorie del diritto sanzionatorio, che illustrano come, nella sua portata regolatoria, la 'sanzione ottimale' deve essere vista non, in termini statici, come il semplice rapporto tra danno sociale e probabilità di accertamento (c.d. teoria classica). Al contrario, le probabilità di irrogazione sono anch'esse da considerare come una variante di *policy* dipendente dalle strutture e modalità attraverso cui si organizza l'attività di *enforcement*. Ne discende che un incremento della sanzione può discendere tanto all'innalzamento quantitativo della misura irrogata (e.g.: i danni multipli dell'esperienza statunitense); così come all'adozione di tecniche (anche processuali) capaci di assicurare l'incremento del numero di casi in cui la misura sanzionatoria (non incrementata) viene applicata: cfr. per alcuni utili spunti in tal senso GRILLO, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano 2007, p. 195 ss.

¹²⁰ Cfr. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1206 ss. (che significativamente supera le riserve precedentemente espresse in ID., *Deterrenza, fatto illecito, responsabilità civile, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 909 ss., spec. p. 944 s.); DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, p. 572 ss.

gine su quali sono le opzioni di fondo, i principi ispiratori della politica legislativa, di volta in volta rilevanti nei vari settori in cui questo tipo di tutela è chiamato ad operare¹²¹.

Metodologicamente, e specie alla luce dell'attuale dimensione multilivello della normatività, tutto ciò conferma l'importanza dell'invito a guardare oggi all'interprete – sia esso giudice, avvocato, studioso – quale fondamentale «protagonista della ricerca del nocciolo duro del diritto che ogni giorno siamo chiamati ad applicare», al quale si richiede, specie nell'applicazione di principi come quello di effettività, «un contributo di misura, equilibrio e prudenza», capace di fissare «la giuridicità di un interesse in coerenza con la stessa funzione della rilevanza giuridica»¹²².

¹²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, cit., pp. 120 e 123; e sull'importanza del 'contesto' per una compiuta comprensione delle regole del *tort law*, cfr. BUSSANI e INFANTINO, *Tort Law and Legal Cultures*, in *Am. J. Comp. Law*, 2015, p. 77 ss.

¹²² È questo l'invito rivolto alla comunità dei civilisti da VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., spec. p. 13 ss., ove – in un ideale dialogo con BENEDETTI (*Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014) – l'Autore individua, tra i compiti più immediati, «quello di ripensare i diritti, e i doveri, per dare loro pienezza ed effettività in un contesto generale profondamente mutato», e quello di «contenere e superare gli effetti della crisi dell'attuale ordine giuridico per disegnare i nuovi contorni di una regolazione dei rapporti privati adatta ai tempi».

HANS W. MICKLITZ
Professor for Economic Law
European University Institute

**DIRITTO REGOLAMENTARE E PRIVATO
EUROPEO – TRA ELEGANZA NEOCLASSICA E
PASTICHE POSTMODERNO¹**

SOMMARIO: 1. Il contesto europeo. – 2. Uniformità, astrazione e generalità nel e attraverso ERPL. – 3. Differenziazione nel e attraverso ERPL. – 4. Società europea nel e attraverso ERPL. – 5. Eterogeneità nel e attraverso ERPL. – 6. Conclusione - esiste una conclusione?

1. Il contesto europeo.

A partire dal 1957, anno della fondazione della Comunità economica europea, l'UE – come si chiama ora la Comunità economica europea – si è trasformata in un importante ente regolatore del diritto privato e del diritto economico. Il termine diritto economico – *Wirtschaftsrecht* – ha senso in un ambiente francofono, ma non ha un significato chiaro nei paesi di common law. Nella common law è associato al diritto pubblico amministrativo, senza alcun legame con gli istituti del contratto e della responsabilità civile. Il concetto di Diritto Privato Regolatore Europeo invece è inteso a coprire entrambe le dimensioni l'autonomia privata o la libertà di contratto (ordinamento privato) e la regolamentazione pubblica che forma l'ordine economico.

¹ L'articolo è una traduzione di European Regulatory and Private Law - Between Neoclassical Elegance and Postmodern Pas-tiche, in: M. Kuhli/ M. Schmidt (Hrsg.), Vielfalt im Recht; Verlag: Duncker & Humblot, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3753712 in italiano. Ringrazio Rebecca Ravalli phd reseacher at the European University Institute per la necessaria messa a punto della traduzione.

Il diritto privato regolamentare europeo è un ordinamento giuridico composito, non un sistema giuridico paragonabile ai sistemi nazionali di diritto privato.² I diversi livelli devono essere intesi non come componenti di un ordine giuridico, ma come varianti del diritto privato regolamentare europeo. Tale ordinamento oggi è composto da:

- *Diritto privato costituzionalizzato* - Diritto primario dell'UE, la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella misura in cui questi generano un impatto sul diritto privato, tramite la CGUE e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali attori principali³,
- *Diritto internazionale privato europeo* - il regolamento Bruxelles I sulla giurisdizione e l'esecuzione, i regolamenti Roma I e II sui contratti e gli illeciti,
- *Progetto di quadro comune di riferimento* - un vero e proprio codice civile europeo non avente forma di legge vincolante, ma che rappresenta il punto di riferimento interpretativo,⁴

² J. Dickson che difende il diritto dell'UE come sistema, DICKSON, *Verso una teoria dei sistemi giuridici dell'Unione europea*, in *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, p. 25-53 e Giudice e Culver che sostengono che il diritto dell'UE è un ordine, CULVER e GIUDICE, *Not a System but an Order. An Inter-Institutional View of European Union Law*, in *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, p. 54-76.

³ STEINDORFF, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden, 1996; HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, Cambridge, 2012; MICKLITZ, *Constitutionalization of European private law*, Oxford 2014; MICKLITZ e SIEBURGH, *Primary EU law and Private Law Concepts*, Cambridge/Anversa, 2017; ZGLINSKI, *Doing Too Little or Too Much? Private Law before the European Court of Human Rights*, in *37 Yearbook of European Law*, 2018, p. 98-129.

⁴ BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, BEALE, HERRE, HUET, STORME, SWANN, SVARUL, VENEZIANO e ZOLL, *Principi, definizioni e regole modello di diritto privato europeo. Progetto di quadro comune di riferimento (DCFR)*, preparato dal gruppo di studio su un codice civile europeo e dal gruppo di ricerca sul diritto privato comunitario (gruppo Acquis), basato in parte su una versione rivista dei Principi di diritto contrattuale europeo, München 2009.

- *Diritto orizzontale armonizzato dell'occupazione, dei consumatori e della non discriminazione*, concretizzato da oltre 100 sentenze della CGUE,⁵
- *Legge orizzontale armonizzata sugli obblighi di servizio universale (in fase di elaborazione)*,⁶ e
- *Diritto verticale armonizzato dei mercati regolamentati* - telecomunicazioni, energia, trasporti, servizi finanziari, amministrati in gran parte da agenzie di regolamentazione indipendenti e specifiche del settore che si avvalgono principalmente di procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie.⁷

Ha senso discutere queste varietà di diritto privato europeo come un tentativo di stabilire “regole uniformi” destinate a “una società eterogenea”, bilanciate attraverso “regole differenziate”? Oppure è giunto il momento di riflettere sull'ipotesi per cui l'idea di un approccio uniforme possa essersi rivelata insostenibile nell'odierna società moderna?

Il riferimento iniziale si riferisce al problema secolare che vede contrapposti i concetti di ‘coerenza attraverso l'astrazione’ e ‘frammentazione attraverso la differenziazione’. Alla fine del 19° secolo O. v. Gierke criticava il progetto astratto e aconfittuale del codice civile tedesco e per contro lodava un tipo di regolamentazione orientata a risolvere i problemi e pertanto più vicina alle persone⁸.

⁵ WEATHERILL, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge 2016; Kas, B./Micklitz, H.-W.: *Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2014-2018)*, EWS, 2018, p. 181-219 e p. 241-300 (Vol. I e Vol. II).

⁶ MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law, Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge 2018, p. 283-315.

⁷ CANTERO GAMITO, *The private law dimension of the EU regulatory framework for electronic communications: evidence of the self-sufficiency of European regulatory private law*, PhD thesis, European University Institute, 2015; DE ALMEIDA, *Integration through self-standing European private law: insights from the internal point of view to harmonization in energy market*, PhD thesis, European University Institute, 2017; DELLA NEGRA, *MiFID II and Private Law Enforcing EU Conduct of Business Rules*, Oxford, 2019.

⁸ GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Berlin, 1889.

Ciò a cui abbiamo assistito nel XX secolo è un costante aumento della regolamentazione legata allo status, prima per espandere i diritti dei lavoratori, poi i diritti dei consumatori, e oggi i diritti di coloro che vengono discriminati. Trovare un equilibrio tra coerenza e frammentazione è già difficile a livello nazionale e questa progressiva espansione aumentato l'eterogeneità all'interno del diritto privato degli stati nazionali. In termini di diritto privato comunitario ed europeo, il dibattito sta guadagnando ritmo e rigidità. Da una parte ci sono coloro che temono che l'UE stia minando le codificazioni nazionali a causa dell'eccessiva frammentazione a cui sottopone gli istituti giuridici privatistici, mentre dall'altra parte ci sono coloro che non condividono questa resistenza contro la frammentazione e sono favorevoli a esplorare le opportunità dello sperimentalismo europeo per abbracciare un ordine giuridico privato post-nazionale e per sfidare l'idea di uniformità.

I due modi di pensare riflettono due diversi filoni di pensiero giuridico: coloro che difendono la coerenza devono chiarire il significato di coerenza e le ragioni per cui la coerenza è o dovrebbe essere una componente decisiva di un ordine di diritto privato,⁹ mentre dall'altra parte coloro che non temono la frammentazione devono spiegare come un ordine di diritto privato incoerente possa comunque stabilizzare le aspettative normative del popolo per un diritto che sia istruttivo. Le domande rimangono le stesse, sia che si tratti dell'ordinamento di diritto privato nazionale o dell'ordinamento di diritto privato europeo, anche se la ricerca di risposte si complica nel contesto europeo a causa della necessaria interazione tra il diritto privato nazionale e il diritto privato europeo. Il sollevamento della tensione secolare tra coerenza e frammentazione al livello europeo dà alla ricerca di regole astratte uniformi per una società eterogenea una piega molto diversa.

⁹ BROWNSWORD, *Convergence: What, Why and Why Not?*, in *A Self-Sufficient European Private Law - A Viable Concept?*, EUI Working Paper, 2012, 31, p. 77-82; SMITS, *Self-Sufficiency of European (Regulatory) Private Law: A Discussion Paper*, in *A Self-Sufficient European Private Law - A Viable Concept?*, EUI Working Paper 2012, 31, p. 83-86; WILHELMSSON, *L'acquis del diritto dei contratti: Towards more Coherence through Generalisations?*, in *4. Europäischer Juristentag*, Vienna, 2008, p. 111-145.

L'Europa può offrire qualcosa di più di regole differenziate che aumentano la frammentazione? Come fondere le due parti – le varietà del diritto privato a livello europeo con le varietà del diritto privato a livello nazionale? Nonostante tutta la retorica sulla supremazia e l'effetto diretto del diritto dell'UE, è opinione generalmente condivisa che il diritto privato regolamentare europeo non sostituisca il diritto privato nazionale, ma aggiunga piuttosto uno strato supplementare di regole, la cui efficacia ed efficienza dipende dalla disponibilità dei sistemi nazionali di diritto privato ad accettare e a integrare e persino innestare le regole e i rimedi del diritto privato europeo.¹⁰ Ecco perché la ricerca delle varietà del diritto privato regolamentare europeo non può essere concepita senza un collegamento con i sistemi giuridici nazionali.

Metterò l'accento sull'aspetto analitico delle varietà del diritto privato regolamentare europeo. Tale premessa è un requisito necessario per trovare una risposta provvisoria a tutta una serie di domande: in che misura l'integrazione europea ha trasformato gli ordinamenti nazionali di diritto privato, l'UE sta per sviluppare – o ha già sviluppato – un proprio ordinamento europeo di diritto privato, qual è l'interazione tra le varianti dell'ordinamento europeo di diritto privato, e come è esso collegato agli ordinamenti nazionali di diritto privato? La coerenza è, potrebbe o dovrebbe essere una condizione necessaria per costruire una società europea, o una società europea può essere costruita attraverso la frammentazione?

2. *Uniformità, astrazione e generalità nel e attraverso ERPL.*

La ricerca di regole uniformi può ambire a garantire un livello sufficiente di astrazione, in modo da essere generalmente applicabile a tutti i membri della società. La generalità della legge e la (idea di) uguaglianza davanti alla legge sono viste come le principali conquiste del Codice Civile francese del 1804. Il codice civile francese ha fissato un punto di riferimento per tutte le codificazioni nel 19° e XX secolo. Dopo la caduta del muro di Berlino nel 1989, l'idea di un codice civile europeo è cresciuta, insieme all'idea di una

¹⁰ KROPHOLLER, Internationales Einheitsrecht, Tübingen, 1975.

Costituzione europea.¹¹ L'inizio degli anni '90 vide aprirsi una finestra per l'opportunità di avvicinare i paesi europei e unirli in una federazione sovranazionale. Tuttavia, la politica e i popoli europei hanno perso – o consapevolmente evitato di cogliere – l'occasione. Più il dibattito perdurava, più i due grandi progetti venivano burocratizzati e le possibilità di realizzarli svanivano. I referendum in Francia e nei Paesi Bassi hanno posto fine alla Costituzione, la Commissione europea ha ritirato il progetto di proposta di un codice civile comune europeo di diritto commerciale – il resto del codice civile europeo –, a causa della resistenza di sette governi degli Stati membri.¹² Guardando indietro, una delle ragioni più profonde potrebbe essere stata che entrambi i grandi progetti – la Costituzione europea e il Codice civile europeo – sono stati costruiti seguendo il pensiero del XIX secolo per cui le costituzioni e i codici detengono un ruolo chiave nella creazione dello stato nazionale, non dando abbastanza spazio per riflettere sul ruolo di un ordine di diritto privato per un costrutto giuridico sovranazionale, non discutendo se le regole uniformi fossero il mezzo appropriato per tenere insieme una società europea sempre più divergente.

Sia come sia, il tempo dei grandi progetti è finito. L'UE sta lottando per sopravvivere, ma è ancora abbastanza forte per produrre ulteriori regole di diritto privato e per farle interpretare dai tribunali europei. Finora, non esistono regole europee astratte che si avvicinino anche solo alle codificazioni nazionali. Il Codice civile europeo doveva colmare questa lacuna, almeno nella bozza accademica di un quadro comune di riferimento. Questo documento assomiglia nel complesso a un codice civile continentale: sistematico, coerente, suddiviso in libri e guidato da una parte generale sugli atti giuridici (*Rechtsgeschäft*). Regole astratte e principi generali sono stati introdotti al fine di rendere il progetto di quadro comune di riferimento un corpo di diritto intrinsecamente

¹¹ Sulla storia del DCFR, SCHULZE, *The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law*, in *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, 2008, p. 3-26.

¹² MICKLITZ, *Failures or ideological preconceptions?: thoughts on two grand projects : the European constitution and the European civil code*, in *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, 2010, p. 109-142.

consistente e coerente. L'intero progetto era guidato dall'idea e dall'ideologia che un Codice Civile Europeo potesse contribuire alla costruzione di una "Nazione" europea o, più cautamente, alla formazione degli "Stati Uniti d'Europa". Un confronto tra gli USA e l'UE avrebbe dimostrato che gli Stati Uniti sono stati trasformati in uno stato federale, ma senza un diritto privato unito. Nell'UE l'idea di un codice civile europeo ha dovuto fare i conti con le tradizioni molto diverse del sistema di common law e la reticenza contro i valori aggiunti delle regole astratte e dei principi generali.¹³ La tensione tra le codificazioni continentali e la common law potrebbe aver reso più difficile la ricerca di un codice civile europeo, ma queste tensioni non sono che una delle ragioni del fallimento del progetto.

L'attuale corpo del diritto privato europeo è un diritto frammentato, un ordine giuridico costruito intorno a sei fonti principali che non sono interconnesse in maniera sistemica. Il diritto privato europeo è cresciuto in reazione e in linea con la trasformazione dell'integrazione europea, da semplice mercato nel 1957 a mercato con un volto sociale nel 1986 e da lì in un'entità sovranazionale con una prospettiva quasi statutaria. Comprendere l'ascesa, le molteplici facce – in breve le varietà – del diritto privato richiede di collegare le sei fonti alle diverse fasi dell'integrazione europea. Ciò non significa che non vi siano stati e non vi siano tuttora tentativi di rendere il diritto privato europeo esistente più coerente e più sistematico (sebbene) al di sotto del livello di un codice civile europeo. La Commissione europea ha concentrato le sue energie sul diritto dei consumatori, cercando di sistematizzare i diversi strumenti normativi, con più o meno successo, come si vedrà. Il vuoto politico risultante dai due fallimenti della Costituzione e del codice civile europeo è stato riempito dall'attivismo giudiziario – i

¹³ LORD GOFF, *The Future of the Common Law, International and Comparative Law Quarterly*, 1997, p. 745-761.

giudici come eroi del nostro tempo¹⁴ – e dalla dottrina giuridica europea.¹⁵

Negli anni di formazione, quando non era chiaro se l'idea di una Costituzione europea e di un Codice civile europeo avrebbe potuto trovare sostegno politico non solo nel Parlamento europeo ma anche nella Commissione europea e in particolare negli Stati membri, la CGUE ha iniziato a basarsi, in una serie limitata di rinvii preliminari, sui “principi generali del diritto civile” per legittimare le sue decisioni e colmare le lacune presenti nel corpo abbozzato del diritto privato europeo.¹⁶ Ai fini della discussione, per ricerca di principi generali intendo un modo di introdurre un livello superiore di astrazione in modo da legare insieme i frammenti del diritto privato europeo. Le poche sentenze in materia hanno innescato un dibattito fiorente, dal punto di vista teorico – rispetto a come potrebbero essere i principi generali del diritto privato europeo e da dove potrebbero derivare la loro legittimità,¹⁷ in particolare in contrasto con la common law,¹⁸ dal punto di vista dottrinale – e a quale potrebbe essere il contenuto dei principi generali, dal punto di vista metodologico – per esempio se i principi generali potrebbero essere usati come punto di riferimento per colmare le lacune del diritto privato europeo.¹⁹ Tutto questo è ormai storia. Nonostante il coinvolgimento sempre più forte della CGUE nel dare forma al

¹⁴ DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986; MICKLITZ e DE WITTE, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge/Anversa, 2012.

¹⁵ MICKLITZ, *A European Advantage in Legal Scholarship?*, in *Rethinking Legal Scholarship. A Transatlantic Dialogue*, New York 2016, p. 262-309.

¹⁶ CGCE C-412/06, ECLI:EU:C:2008:215, Racc. 2008 I-02383, *Hamilton*, par. 42; AG Trstenjak C-489/07, ECLI:EU:C:2009:98, Racc. 2009 I-07315, *Messner*, par. 91 e 108; CGCE C-489/07, ECLI:EU:C:2009:502, Racc. 2009 I-07315, *Messner*, par. 29; CGCE C-101/08, ECLI:EU:C:2009:626, Racc. 2009 I-09823, *Audiolux*.

¹⁷ HESSELINK, *The general principles of civil law: their nature, roles and legitimacy*, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 131-180.

¹⁸ WEATHERILL, *The 'principles of civil law' as a basis for interpreting the legislative acquis?*, 6 ERCL 2010, p. 74-95, a 84.

¹⁹ Numero speciale: *On Legal Methodology*, 83 (2) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2019.

diritto privato europeo grazie al numero drasticamente crescente di procedure di rinvio pregiudiziale, la CGUE non ha perseguito questa strada.²⁰ Se il dibattito teorico abbia impressionato la corte è un aspetto difficile da indagare e qualificare. Più importante è il fatto che il vento era cambiato, e il sostegno generale per una corte attiva, che una volta aveva costruito la costituzione europea con una “c” minuscola, è svanito.²¹ I referendum hanno reso impossibile la trasformazione del quadro giuridico dell’UE in una “costituzione sovranazionale”. La forte lettera che i sette governi scrissero alla Commissione europea spingendo per il ritiro della CESL ha reso abbondantemente chiaro che non c’era alcuna disponibilità ad accettare lo sviluppo di un vero e proprio ordine giuridico privato europeo, nemmeno come ordine giuridico opzionale. La volontà politica dei governi nazionali, il sostegno della società attraverso i popoli d’Europa e l’appoggio intellettuale della CGUE per riempire il vuoto che gli Stati membri avevano lasciato con la loro resistenza contro i due grandi progetti - tutto era evaporato. In linea con il pensiero di *Solange*, gli Stati membri e i loro tribunali avevano accettato la costruzione di un ordine giuridico europeo basato sulla supremazia e sull’effetto diretto, ma non un ordine europeo di *diritto privato*.²² L’euforia politica e sociale per l’integrazione europea così vivace negli anni ‘60 non può essere paragonata alla riluttanza e all’esitazione politica che è stata la realtà del nuovo millennio nei momenti di accelerazione della globalizzazione e dell’allargamento a est nel 2004 e nel 2006.

²⁰ KAS e MICKLITZ, *Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2014-2018)*, EWS, 2018, p. 181-219 e 241-300 (Teil I und Teil II).

²¹ WALKER, *Big ‘C’ or Small ‘c’*, in *12 European Law Journal*, 2006, p. 12-14; BLAUBERGER, HEINDLMAIER, KRAMER, MARTINSEN SINDBJERG, SAMPSON THIERRY, SCHENK, WERNE, *ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence*, in *25 Journal of European Public Policy*, 2018, p. 1422-1441, DOI: 10.1080/13501763.2018.1488880.

²² Per i primi avvertimenti si veda JOERGES, *The Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (Justum Facere) for the Multi-level System*, in: Hartkamp, Hesselink, Hondius, Jostra, du Ferron, Veldman (eds.), *Towards a European Civil Code*³, Alphen aan den Rijn, 2004, pp. 159-190.

Ma la scomparsa dell'invenzione della CGUE dei "principi generali del diritto civile europeo" non ha segnato la fine dei tentativi giudiziari e accademici di cercare un livello superiore di astrazione che potesse tenere insieme l'ordine giuridico dell'UE. La spinta più potente per aprire nuovi percorsi di generalizzazione, uniformità e astrazione deriva dalla doppia costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto primario dell'UE e attraverso il movimento verso i diritti umani fondamentali. L'impatto del trattato UE, delle quattro libertà e del diritto della concorrenza sul diritto privato nazionale è stato per lo più trascurato fino a oggi. Ogni volta che i tribunali nazionali rinviavano un caso a Lussemburgo, al fine di verificare se le norme di legge incidono sulle libertà di mercato e sulla concorrenza, il vero conflitto è quello tra parti private, legate tra loro da un contratto.²³ Il ricco corpus di procedure di rinvio pregiudiziale è uno scrigno di tesori per capire come la CGUE, attraverso la sua giurisprudenza sulle libertà di mercato e sulla concorrenza, abbia contribuito alla trasformazione di concetti giuridici fondamentali attraverso il diritto primario dell'UE, come il soggetto giuridico, la nozione di contratto e di illecito e l'invenzione di nuovi rimedi.²⁴ La *prima* ondata di costituzionalizzazione non ha avuto un ruolo nello sviluppo del progetto di quadro comune di riferimento. La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto primario dell'UE semplicemente non faceva parte dell'agenda politica dell'UE. Tale obiettivo mancava già nel primo documento chiave della Commissione europea che ha dato il via alla costruzione dei gruppi di studio e dell'*acquis*. Coloro che hanno fatto decollare il progetto nella Commissione europea e negli Stati membri erano avvocati privati, la maggior parte dall'Europa continentale, con una certa preponderanza di un numero selezionato di paesi. Gli avvocati

²³ DAVIES, *Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law*, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 53-70.

²⁴ MICKLITZ, *The Constitutional Transformation of the Private Law Pillars through the ECJ*, in *European Contract Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Cambridge, 2017, p. 50-91.

dell'UE non facevano parte dell'iniziativa.²⁵ Lo Studio e il Gruppo dell'*Acquis* hanno perso l'opportunità di dare al progetto del Codice Civile Europeo una prospettiva diversa, che avrebbe potuto aprire una nuova strada verso una comprensione postmoderna di un ordine di diritto privato sovranazionale che non è tenuto insieme da uno stato nazionale ma da una *governance* pluralista a più livelli. L'opzione opt-in nel progetto di proposta per un diritto comune europeo della vendita è arrivata troppo tardi, anche se ha attirato una notevole attenzione da parte degli studiosi su entrambe le sponde dell'Atlantico.²⁶

La seconda costituzionalizzazione è iniziata negli anni '70, quando la CGUE – anche sotto la pressione della sentenza *Solange* della Corte costituzionale tedesca – ha proclamato i diritti umani e fondamentali come parte della tradizione costituzionale degli Stati membri.²⁷ Se e in che misura anche il contenzioso privato sia alla base di questo movimento non è mai stato indagato, anche se il numero di casi è molto più limitato che nell'area delle quattro libertà e del diritto della concorrenza. Ci sono voluti la Carta costituzionale del 2000 e l'integrazione della Carta dei diritti fondamentali nel trattato di Lisbona per promuovere la costituzionalizzazione del diritto privato a livello dell'UE. Oggi la CGUE si confronta nel 50% dei casi con il potenziale impatto della Carta sul diritto dell'UE più in generale. Nelle cause di diritto privato, il riferimento alla protezione giudiziaria effettiva nell'articolo 16 CFR è di gran lunga il punto di riferimento più frequente.²⁸

La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso i diritti umani e i diritti fondamentali ha scatenato forti reazioni, sia in senso affermativo che negativo. Coloro che promuovono la

²⁵ SCHEPEL, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law*, in 32 *Law & Social Inquiry*, 2007, p. 183-199.

²⁶ Numero speciale: 50 (1) CMLR 2013, pp. 1-329.

²⁷ CGCE C-42/59, ECLI:EU:C:1996:444, ECR 1996 I-06017, *Nold*; CGCE C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290, ECR 1979 I-03727, *Hauer*.

²⁸ SAFJAN e DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Art. 47 CFREU*, in 33 *Yearbook of European Law*, 2014, p. 3-40.

costituzionalizzazione fanno affidamento sui diritti fondamentali e sui diritti umani per promuovere la giustizia sociale, mentre coloro che sono più critici sono preoccupati per l'integrità del diritto privato.²⁹ Gli studiosi hanno cominciato a condensare la crescente giurisprudenza in un insieme di regole che non sono più a disposizione né degli Stati né delle parti di un contratto.³⁰ La doppia costituzionalizzazione potrebbe compensare la mancanza di regole generali che forniscano un sufficiente livello di astrazione, almeno nel lungo periodo. Tuttavia, anche se è possibile dedurre principi di diritto privato costituzionalizzati dalla giurisprudenza, rimane aperta la questione se questi principi sono abbastanza astratti da andare oltre il contesto particolare in cui sono stati sviluppati. Poiché non esiste un diritto privato europeo in quanto tale, i principi di diritto privato costituzionalizzati rimangono legati a particolari settori del diritto dell'UE. Il risultato potrebbe anche essere una frammentazione costituzionalizzata.

Lo sforzo accademico più ambizioso per distillare i “principi generali del diritto europeo” (NON del diritto privato) dalla giurisprudenza della CGUE è stato intrapreso da Takis Tridimas.³¹ La ricerca di Norbert Reich dei “principi generali del diritto civile europeo” potrebbe essere stata ispirata da Tridimas. Reich ha identificato sette principi: autonomia inquadrata, protezione della parte più debole, non discriminazione, efficacia (dei rimedi), bilanciamento, proporzionalità e buona fede.³² Reich ha fondato i suoi sette principi nella giurisprudenza dei trattati e nel diritto

²⁹ Contributi in CIACCHI, BRÜGGEMEIER e COMANDÉ, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. I e II, Cambridge, 2010; COLLINS, *The (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in *Constitutionalization of European private law*, Oxford, 2014, p. 26.

³⁰ BELL, *Costituzionalizzazione e diritto del lavoro UE*, in *Constitutionalization of European private law*, Oxford, 2014, p. 137-169; MAK, *Judges in Utopia: Fundamental Rights as Constitutive Elements of a European Private Legal Culture*, in *Towards a European Legal Culture*, Munich/Oxford, 2014, p. 375-395.

³¹ *General Principles of EU Law*, OUP 2006, una terza edizione è in corso di pubblicazione.

³² REICH, *The General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2014, sulla funzione e la metodologia, p. 13-14.

secondario dell'UE. Il suo studio era limitato all'"*acquis communautaire*", dedicato esplicitamente al "contributo specifico delle disposizioni di diritto civile del diritto dell'UE, sia primario che secondario all'ombra della Carta dei diritti fondamentali dell'UE". I sette principi devono essere tenuti distinti dai "principi comuni agli Stati membri", che sono dedotti da un'analisi comparativa degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, l'"*acquis communautaire*". Sono destinati a fornire una guida nell'interpretazione dei principi del diritto comunitario e a colmare le lacune, ma non possono sostituire un codice civile europeo inesistente.

In sintesi, la ricerca di regole più astratte e di principi generali nel diritto privato si è spostata dalla politica (la Commissione europea e il Parlamento europeo) alla magistratura europea e da lì alla dottrina giuridica europea. Il crescente scetticismo sul progetto di integrazione europea ha lasciato tracce profonde non solo nella politica, nei tribunali ma anche nella dottrina giuridica. L'appoggio intellettuale che ha portato lo sviluppo del diritto europeo, all'incirca nei primi cinquant'anni, è stato sostituito da una visione più distante. Oggi sembra che la dottrina giuridica sia divisa. Vi sono coloro che difendono l'integrazione europea indirettamente attraverso la ricerca di principi generali e di regole astratte. Tuttavia, vi sono anche coloro che non sono necessariamente contro l'integrazione europea, ma sostengono un ordine di diritto privato che non solo sostiene la razionalità del mercato attraverso la supremazia e l'effetto diretto, ma che promuove la giustizia sociale senza minare le democrazie nazionali.³³

3. *Differenziazione nel e attraverso ERPL.*

L'approccio frammentario europeo deriva dal principio dei poteri 'enumerati'. L'UE è competente solo quando il trattato lo prevede. Il trattato non contiene una competenza particolare nel diritto privato, tranne l'articolo 81 del TFUE per l'adozione di norme di

³³ È sufficiente confrontare i principali libri di testo sul diritto dell'UE con la crescente quantità di studi giuridici che riflettono criticamente le conquiste del diritto dell'UE.

diritto internazionale privato. La base di competenza di gran lunga più importante è l'articolo 114 del TFUE, modificato dall'Atto unico europeo nel 1986. Esso concede all'UE il potere di adottare misure sulla salute, la sicurezza, l'ambiente e la protezione dei consumatori per completare il mercato interno mantenendo un alto livello di protezione. Competenze specifiche sono previste per la regolamentazione della protezione dei consumatori (art. 169 TFUE), la protezione dei lavoratori (art. 153, 157 TFUE) e la protezione dell'ambiente (art. 191 TFUE). Il trattato di Nizza introduce delle competenze nel campo della non discriminazione, oggi previste dall'articolo 19 del TFUE. Alla luce del principio di enumerazione dei poteri non sorprende che l'UE era ed è molto concentrata sullo sviluppo di regole differenziate per gruppi particolari dell'economia e della società, lavoratori, consumatori, discriminati, e più recentemente per le piccole e medie imprese, anche se non esiste una competenza specifica in materia. L'approccio europeo è quello della risoluzione dei problemi, raramente fornisce un quadro più generale. Il secondo grande campo di attività normativa con un forte impatto sul diritto privato comprende i mercati regolamentati – i mercati delle comunicazioni elettroniche, dell'energia, dei trasporti e dei servizi finanziari. Lo sfondo politico è un po' diverso, però. Il Trattato di Roma ha promosso la liberalizzazione dei servizi pubblici. Tuttavia, vi è stato bisogno dell'Atto Unico Europeo unito all'attivismo giudiziario per mettere in moto la macchina normativa. La base di competenza per la formazione dei mercati regolamentati è ancora una volta innanzitutto l'articolo 114 del TFUE, completato da competenze particolari nel campo dei trasporti (art. 90 TFUE), delle telecomunicazioni (art. 170 TFUE), dell'energia (art. 194 TFUE) e delle banche (art. 282 TFUE).

L'UE ha iniziato ad adottare il diritto secondario europeo in questi settori anche prima dell'adozione dell'Atto unico europeo, prima del 1986. Ma l'introduzione del voto a maggioranza nel Consiglio ha dato impulso negli anni '90 allo sviluppo del diritto privato europeo legato a particolari status. Contrariamente al diritto privato degli Stati membri, l'UE non si rivolgeva ai cittadini europei o alla "persona" o al "soggetto giuridico", ma al consumatore, al lavoratore, al discriminato, alle PMI. Quindi il legislatore dell'UE

ha dovuto fornire una definizione del campo di applicazione della *ratio personae*. Inizialmente l'UE ha seguito la retorica del welfare state e ha adottato delle regole in modo da proteggere la parte più debole. Questo si riflette nei programmi politici e nei considerando che legittimano l'azione normativa. Il diritto privato europeo mirava a stabilire uno standard minimo in tutta l'UE, lasciando agli Stati membri la libertà di stabilire un livello di protezione più alto. Con il declino del welfare state negli Stati membri e la necessità politicamente sentita dagli Stati membri di adattare la regolamentazione sociale europea a un'economia sempre più competitiva, l'UE ha assunto una posizione molto più forte rispetto al ruolo e alle responsabilità delle parti un tempo considerate deboli. Queste ultime furono trasformate in attori responsabili necessari per promuovere e completare il mercato interno. L'ormai famosa dichiarazione dei capi degli Stati membri, adottata al vertice di Lisbona nel 2000,³⁴ segna il punto di rottura nel passaggio da una regolamentazione protettiva a una regolamentazione emancipatrice. Regole completamente armonizzate dovrebbero garantire la stessa parità di condizioni in tutta l'UE.³⁵

Allo stesso tempo, però, l'UE doveva mantenere un più alto grado di protezione per i membri più vulnerabili dei gruppi target. La retorica politica si è spostata dalla protezione della parte più debole all'inclusione sociale, dove di nuovo il vertice di Lisbona ha preparato il terreno.³⁶ L'inserimento del consumatore vulnerabile in contrasto con il consumatore medio spicca ed è paradigmatico per lo sviluppo molto più ampio dell'abbattimento dello status di parte debole verso schemi di differenziazione sempre più sofisticati. Una

³⁴ Consiglio europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, conclusioni della presidenza https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm.

³⁵ Risoluzione del Consiglio del 2 dicembre 2002 sulla strategia della politica comunitaria dei consumatori 2002-2006, 17.1.2001, GU C 11/1.

³⁶ Non c'è spazio sufficiente in questa sede per discutere le implicazioni del cambiamento, si veda COLLINS, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, in *66 The Modern Law Review*, 2003, p.16-43; COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, Oxford, forthcoming 2018.

sorta di intersezionalità,³⁷ così vividamente discussa nel diritto della non discriminazione, domina i diversi campi della regolamentazione sociale. In termini di conflitti, vi è una sorta di competizione su chi è il più vulnerabile dei vulnerabili. La dottrina giuridica promuove l'idea di un diritto flessibile, dove ogni *status* – vulnerabile, medio e responsabile – è legato a un particolare livello di protezione e a un insieme appropriato di rimedi.³⁸ Ma rimane la questione di come i diversi livelli legati allo *status* in determinate aree del diritto siano collegati tra loro e se siano necessarie nuove forme di “norme sul conflitto di leggi” per risolvere potenziali tensioni.³⁹

La legge dei mercati regolamentati è intrinsecamente legata alla liberalizzazione e alla privatizzazione degli ex operatori storici nazionali statali.⁴⁰ Per questo il punto di partenza e la prospettiva sono diversi. Contrariamente alla regolamentazione sociale nel diritto del lavoro, dei consumatori e della non discriminazione, la prospettiva di regolamentazione è quella di stabilire un mercato competitivo, attraverso politiche di liberalizzazione e/o privatizzazione, di trovare i mezzi per rompere i monopoli statali,

³⁷ XENIDIS, *Shaking the normative foundations of EU equality law: Evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales*, EUI-ERC Working Paper, 2017/04; XENIDIS, *Transforming EU Equality Law: On Disruptive Narratives and False Dichotomies*, in *38 Yearbook of European Law*, 2020, DOI, <https://doi.org/10.1093/yel/yey005>.

³⁸ MICKLITZ, *Do Consumers and Businesses need a New Architecture for Consumer Law? A Thought Provoking Impulse*, in *32 Yearbook of European Law*, 2013, p. 266-367.

³⁹ JOERGES, *Die Europäisierung des Privatrechts als Rationalisierungsprozess und als Streit der Disziplinen*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, p. 181-201; JOERGES e RÖDL, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der post-nationalen Konstellation*, in *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, 2009, p. 765-778.

⁴⁰ KEBLER e MICKLITZ, *Kundenschutz auf liberalisierten Märkten. Energie. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa*, Baden-Baden, 2008; KEBLER e MICKLITZ, *Kundenschutz auf liberalisierten Märkten. Personenverkehr/Eisenbahn. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa*, Baden-Baden, 2008; KEBLER e MICKLITZ, *Kundenschutz auf liberalisierten Märkten. Telekommunikation. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa*, Baden-Baden 2008.

concedendo l'accesso a nuovi concorrenti, regolando il prezzo per l'utilizzo delle infrastrutture delle ex-impresе statali, mettendo in atto autorità di controllo che indagano e monitorano il mercato a livello nazionale e coordinano le attività amministrative a livello europeo attraverso la costruzione di agenzie europee.⁴¹ Questo esercizio si è concentrato sul livello delle imprese, sulla promozione della concorrenza ma anche sulla fornitura di regole per organizzare l'offerta a monte e a valle. Gradualmente ma costantemente la figura del cliente ha catturato il centro dell'attenzione, sia in riferimento al proprio ruolo e alle proprie responsabilità, ma anche in riferimento ai propri bisogni. La liberalizzazione e la privatizzazione dovevano essere completate da obblighi di servizio universale che garantiscono ai clienti bisognosi l'accesso ai servizi indispensabili per l'organizzazione della loro vita quotidiana.⁴² Ne risultano regole di diritto privato settoriali per le relazioni b2b e b2c, il ché vale anche per gli obblighi di servizio universale.

La liberalizzazione e la privatizzazione durano già da più di trent'anni e sono avvenute a ondate di attività normativa. Attualmente la quarta ondata di regolamentazione europea delle telecomunicazioni e dell'energia deve essere implementata nel diritto nazionale. Tipicamente, il diritto del mercato regolamentato è considerato e analizzato come diritto amministrativo, principalmente dai giuristi dell'amministrazione o della regolamentazione. La dimensione del diritto privato è stata

⁴¹ Nelle considerazioni di seguito mi baso sulla ricerca di DE ALMEIDA, COMPARATO, CANTERO GAMITO, DELLA NEGRA, SVETIEV che ha avuto origine dal progetto ERC sul diritto privato regolamentare europeo; MICKLITZ e SVETIEV, *A self-sufficient European Private Law - A viable Concept?*, EUI Working Paper, 2012/31; MICKLITZ e SVETIEV, COMPARATO, *European Regulatory Private Law - The Paradigm Tested*, EUI-ERC Working Paper 2014/04; MICKLITZ, COMPARATO e SVETIEV, *European regulatory private law: autonomy, competition and regulation in European private law*, EUI-ERC Working Paper, 2016/06.

⁴² La Commissione europea ha creato un sito web dedicato https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_en. Vi è molto dibattito sulla portata e l'estensione degli obblighi di servizio universale, vedasi per esempio SZYSZCZAK e VAN DE GRONDEN, *Financing services of general economic interest: reform and modernization. Legal issues of services of general interest*, L'Aia, 2013.

ampiamente sottovalutata fino a oggi, anche se i servizi forniti attraverso questi mercati contano per oltre il 50% del reddito lordo dell'UE.⁴³ Ancora una volta questo diritto è più o meno assente nel progetto di quadro comune di riferimento. Appare in una certa misura nel capitolo che tratta dei contratti di servizio, ma l'analisi comparativa che giace dietro lo sviluppo di queste regole copre solo in misura molto limitata il diritto dei mercati regolamentati.⁴⁴

Il pensiero a silos è caratteristico dei mercati regolamentati. Ma per capire la logica del mercato regolamentato, l'adozione di una prospettiva olistica è indispensabile. Le regole dell'UE stanno regolamentando i diversi settori 'dalla culla alla tomba', a partire dalla creazione delle regole attraverso l'UE e le agenzie di regolamentazione fino alla loro applicazione attraverso le agenzie e i meccanismi ADR per i conflitti tra agenzie e imprese, tra imprese e tra imprese e consumatori. Le regole dell'UE stanno dissolvendo diverse linee, come quelle esistenti tra le responsabilità dell'UE e degli Stati membri, tra la creazione di regole attraverso le autorità amministrative e l'applicazione delle regole attraverso le stesse autorità, tra l'applicazione del diritto privato attraverso la magistratura e l'applicazione del diritto privato attraverso le autorità amministrative. A ciascuna ondata, l'UE è intervenuta più profondamente nelle relazioni contrattuali non solo tra imprese e consumatori, ma anche nelle relazioni tra imprese. Il risultato sono regole di diritto privato settoriali che si rivolgono alle rispettive particolarità dei diversi mercati regolamentati. I silos coesistono uno accanto all'altro. Vi è poca omogeneità nella sostanza delle norme UE. Questo è il motivo per cui non esiste una sola legge dei mercati regolamentati, ma diverse leggi che si occupano ciascuna di un mercato specifico – nonostante l'origine comune, ossia la convinzione che trasformare i monopoli statali in mercati competitivi fornisca prezzi migliori e una migliore qualità ai beneficiari di tali mercati.

⁴³ ACKERMANN, *Sektorielles EU Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, ZEuP, 2018, p. 741, con attenzione alla prospettiva tedesca.

⁴⁴ BARENDRECHT, JANSEN, LOOS, PINNA, CASCAO e VAN GULIK, *Principles of European law. Service Contracts*, Monaco, 2007.

All'interno di questo sottoinsieme di regole differenziate orizzontalmente e verticalmente, l'idea di astrazione non si perde completamente. Quando la Commissione europea ha iniziato a rivedere l'*acquis* del diritto dei consumatori più o meno in parallelo con l'elaborazione del progetto accademico del quadro comune di riferimento, aveva obiettivi molto più ambiziosi del semplice aggiornamento delle regole esistenti per aumentare la concorrenza tra le diverse economie attraverso la globalizzazione. La Commissione europea aveva intenzione di testare la fattibilità di regole generali sulla correttezza attraverso l'introduzione del "principio di buona fede e correttezza" che avrebbe potuto trasformarsi in una rete di sicurezza, una regola generale, persino un principio astratto, che avrebbe permesso di sistematizzare il diritto dei consumatori esistente e di legarlo insieme attraverso un meccanismo volto al riempimento delle lacune.⁴⁵ Tuttavia, durante il decennio successivo, governato dalla revisione del diritto del consumo, l'idea di una regola generale sulla buona fede nel diritto del consumo si è dissolta nella nebbia. Se seguiamo Norbert Reich, il diritto privato europeo si regge sul principio della protezione della parte più debole, chiunque essa sia: un consumatore, un lavoratore o una parte discriminata. Tuttavia, il principio europeo della buona fede, se esiste, si pretende che sia realizzato solo a metà. La proposta della Commissione europea di un principio di buona fede si sarebbe applicata solo al diritto dei consumatori, ma non al diritto del lavoro. Il principio di Reich di protezione della parte più debole è ancora in attesa di un riconoscimento più ampio nella giurisprudenza della CGUE. La situazione è diversa per quanto riguarda il principio del diritto di non discriminazione.⁴⁶ Questo principio non è legato a un campo particolare del diritto, ma attraversa il diritto europeo nel suo

⁴⁵ Commissione europea, Libro verde sull'*acquis* relativo ai consumatori, COM (2006) 744 definitivo, 8.2.2007, p. 11, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/993e0c06-8ee4-4e65-a36d-5ad84795de42/language-en/format-PDF/source-search>, *ivi* HEIDERHOFF e KENNY, *The Commission's 2007 Green Paper on the consumer acquis: deliberate deliberation?*, in *32 European Law Review*, 2007, p. 740-751.

⁴⁶ REICH, *The General Principles of EU Civil Law*, Cambridge 2014, sulla funzione e la metodologia, pp. 13-14.

complesso, sia esso il diritto primario o secondario dell'UE, anche se non senza limitazioni. La Commissione europea ha fallito nel suo tentativo di estendere l'applicazione del diritto di non discriminazione alle relazioni di diritto privato. Sembra che la CGUE sia pronta a riempire il vuoto - anche se solo parzialmente.⁴⁷

La situazione è molto più complessa per quanto riguarda il diritto dei mercati regolamentati. Prima di tutto la generalità è limitata ai rispettivi mercati, se esistono, e - forse più importante - l'applicazione della legge è per lo più nelle mani delle autorità amministrative e degli organismi ADR.⁴⁸ Le decisioni che prendono non sono sempre accessibili al pubblico e quando lo sono, solo alcune parti delle loro decisioni sono divulgate. Ecco perché è molto difficile, anche se non impossibile, avere un'idea di come la legge viene applicata e se una sorta di "regola generale" guida le autorità amministrative e gli organismi ADR.⁴⁹ Sembra quindi che siano in arrivo principi generali specifici per il settore, se qualcosa del genere è immaginabile e se ha senso parlare di principi generali in relazione a mercati particolari. In ogni caso, il tentativo di astrazione richiede un'indagine sui vari modelli di razionalità che dominano i rispettivi mercati regolamentati. Comprendere la razionalità e dare forma a ciò che si intende per razionale e razionalità richiede una profonda comprensione dei mercati, della comunità e molto spesso della tecnologia. Se i razionali e le razionalità possano essere trasformati in principi specifici del settore è un punto aperto al dibattito.

I due grandi blocchi della differenziazione orizzontale e verticale sono difficili da fondere: seguono una logica propria. Il diritto del lavoro, dei consumatori e della non discriminazione, differenziato

⁴⁷ Progetto di proposta e CGUE contro la discriminazione al di fuori del luogo di lavoro, e cause C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, Digital Reports, Wuppertal; con una nota alla sentenza di LECZYKIECIWZ, *The Judgement in Bauer and the Effect of the EU Charter of Fundamental Rights in Horizontal Situations*, in 16 *ERCL*, 2020, p. 323-333.

⁴⁸ Numero speciale: The Public and the Private - European Regulatory Private Law and Financial Services, 10 (4) *ERCL* 2014.

⁴⁹ SVETIEV, *The EU's Private Law in the Regulated Sectors: Competitive Market Handmaiden or Institutional Platform*, in 22 *European Law Journal*, 2016, p. 659-680.

orizzontalmente, è governato prima di tutto dalla CGUE che fornisce risposte parziali sul se e fino a che punto sia possibile dedurre principi più generali dalle regole legate allo *status*. I mercati differenziati regolamentati verticalmente sono molto più chiusi. L'accesso alla comprensione del diritto nella pratica richiede uno sguardo più profondo dietro il sipario, sulle pratiche amministrative e sugli organismi ADR che applicano le leggi.

4. *Società europea nel e attraverso ERPL.*

Mentre sembra che la distinzione tra regole uniformi e differenziate possa essere trasferita al contesto europeo, la seconda parte – lo scopo per cui le regole sono create – è molto più difficile da afferrare. Ha senso anche solo considerare l'idea che le regole europee, sotto qualsiasi forma, siano fatte per una società europea? È immaginabile una società europea per la quale si potrebbero concepire regole uniformi e differenziate? È necessariamente una società frammentata? Qual è il ruolo del diritto nella costruzione di una società? L'integrazione europea e la costruzione di un ordine giuridico europeo possono essere paragonate alla costruzione di uno stato nazionale nel XIX e XX secolo, dove una costituzione nazionale e un diritto privato nazionale servivano alla costruzione della nazione? La risposta immediata dopo i due grandi fallimenti della costituzione europea e del codice civile europeo sembra essere "no". Tuttavia, il fallimento può anche essere interpretato in modo diverso. Se l'integrazione europea non può essere paragonata alla costruzione di uno stato-nazione, una società europea può comunque esistere in teoria e si potrebbe verificare quale tipo di ruolo potrebbe avere il diritto nel rendere possibile una società europea. Numerose sono le domande che ne conseguono. Una società europea richiede l'esistenza di una costituzione europea? Probabilmente no, ma una società europea richiede un diritto privato europeo? Probabilmente sì, se la società europea deve essere più di una semplice aggregazione di società nazionali. Ciò richiederebbe un grado di comunanza che unisca i popoli europei, una sorta di cultura giuridica comune che F. Wieacker sosteneva essere il fondamento più

profondo dell'Europa, in qualche modo simile ai sedimenti culturali di Kaarlo Tuori.⁵⁰

L'UE riguarda prima di tutto la costruzione del mercato, poi lo sviluppo di una struttura di governance multilivello⁵¹ e infine la costruzione della società europea, se esiste. Pertanto, le regole europee servono principalmente a uno scopo particolare, quello della costruzione del mercato e di come organizzare e monitorare in modo efficiente il mercato e/o i mercati. Storicamente la CEE era intesa a stabilire un mercato comune, mentre l'Atto Unico Europeo mirava a stabilire un mercato interno con un volto sociale, combinando l'integrazione del mercato e la regolamentazione sociale. La politica di liberalizzazione e privatizzazione ha finito per stabilire un mercato europeo o almeno europeizzato – a seconda di come lo si misura – per le telecomunicazioni, per l'energia (elettricità e gas), per i servizi finanziari e per i diversi mezzi di trasporto. Mentre la promozione del mercato interno, con tutti i suoi sotto-mercati, è scritta nei trattati dell'UE, la Commissione europea sta costruendo in modo sconcertante mercati sempre nuovi, il mercato dei capitali, il mercato digitale, il mercato sostenibile.⁵² Ogni mossa retorica è seguita da attività di regolamentazione per stabilire un'unione bancaria, per liberalizzare il mercato dei capitali, per modellare il mercato digitale e oggi per creare un mercato sostenibile. Queste attività di regolamentazione, qualunque sia il mercato a cui si rivolgono, finiscono in regole che incidono sulle relazioni di diritto privato.

È giusto supporre che ci sia un effetto di spill-over dai mercati alla società, più precisamente dalla costruzione del mercato dell'UE

⁵⁰ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, 38 *American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 1-29; TUORI e KAARLO, *Transnational law: on legal hybrids and legal perspectivism*, in *Transnational Law, Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 11-58

⁵¹ KOHLER-KOCH e JACHTENFUCHS, *Europäische Integration*, Wiesbaden, 2003.

⁵² Commissione europea (comunicazione), Piano d'azione per costruire un'Unione dei mercati dei capitali, COM (2015) 468 definitivo; comunicazione, Una strategia per il mercato unico digitale europeo, COM (2015) 192 definitivo; comunicazione, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare Per un'Europa più pulita e competitiva, COM (2020) 98 definitivo.

alla costruzione della società europea, o l'UE sta al contrario commercializzando le società nazionali attraverso una continua e impercettibile espansione di competenze?⁵³ Gli ordo-liberali potrebbero sentirsi tentati di rispondere alla domanda in modo affermativo, non solo per quanto riguarda gli stati nazionali ma anche per quanto riguarda l'UE, facendo leva sui fondamenti repubblicani e democratici dell'ordo-liberalismo che è racchiuso nel concetto di una società di diritto privato (*Privatrechtsgesellschaft*).⁵⁴ Le voci critiche sottolineano la problematicità di fare della razionalità del mercato l'unico denominatore generale su cui misurare non solo le regole dello Stato-nazione ma anche il comportamento delle persone. Si sostiene che la razionalità del mercato entri in campi sempre nuovi, che colonizzi sempre nuove aree del mondo della vita (J. Habermas), che trasformi i cittadini politici in cittadini del mercato, che mini le democrazie nazionali e che elimini la giustizia sociale.⁵⁵

Vi è molta verità nella critica, in particolare in termini di regolamentazione sociale. L'UE ha trasformato il diritto del lavoro in diritto del mercato del lavoro⁵⁶ e il diritto dei consumatori in diritto del mercato dei consumatori,⁵⁷ i servizi pubblici in mercati regolamentati. I lavoratori deboli vengono trasformati in lavoratori

⁵³ WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *23 Yearbook of European Law*, 2004, p. 1-55, <https://doi.org/10.1093/yel/23.1.1>.

⁵⁴ DEUTSCHER, *Of Masters, Slaves, Behemoths and Bees - The Rise and Fall of the Link between Competition*, in *Competition Law and Democracy*, PhD EUI, 2020; sull'UE Mestmäcker, AUF, *dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa*, in *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben*, Baden-Baden: Nomos, 1987, p.9-49 ma senza discutere le implicazioni per un ordine giuridico europeo democratico repubblicano.

⁵⁵ BARTL, *Internal Market Rationality, Private Law and the Direction of the Union: Resuscitating the Market as the Object of the Political*, in *21 European Law Journal*, 2015, p. 572-598; KOCHENOV, DE BÚRCA e WILLIAMS, *A Europe's Justice Deficit?*, Oxford, 2015; STREECK, *How Will Capitalism End?*, Londra, 2016.

⁵⁶ DEAKIN e WILKINSON, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford 2005.

⁵⁷ Per un appello a favore della rivitalizzazione del diritto della protezione dei consumatori si veda HOWELLS, TWIGG-FLESNER e WILHELMSSON, *Rethinking European Consumer Law*, Abingdon 2017.

autonomi, i consumatori deboli vengono trasformati in consumatori responsabili, i beneficiari dei servizi pubblici vengono trasformati in clienti che devono seguire la logica del mercato.⁵⁸ Il processo non si è ancora concluso, va avanti all'infinito. Si dice che la legge europea del mercato digitale rafforzi la razionalità del mercato attraverso la promozione unilaterale del commercio online a scapito dei negozi locali e regionali, trasformando così la società civile, mentre l'UE apre lo spazio alla *sharing economy* a vantaggio degli intermediari che mettono in pericolo il turismo e i trasporti locali e regionali. Forse lo sviluppo più drammatico sta per verificarsi nella promozione guidata dall'UE della *platform economy* che ha lasciato spazio allo sviluppo dei social media che ora stanno mettendo in pericolo i media pubblici, il quarto potere di uno stato democratico. L'UE non ha alcuna competenza nella regolamentazione dei media, ma ha la competenza per la promozione del commercio elettronico. A causa della mancanza di competenze in tutto ciò che riguarda la società civile in quanto tale, l'UE è istituzionalmente costretta a estendere le sue competenze nell'integrazione del mercato in modo da raggiungere l'estensione globale della società civile.⁵⁹ Poiché non vi sono, o sono poche, garanzie democratiche a livello europeo, le attività delle piattaforme di social media possono essere controllate solo attraverso strumenti di integrazione del mercato come la legge sulla concorrenza, la legge sulla non discriminazione, la legge sulla protezione dei dati, la legge sulle pratiche commerciali sleali.⁶⁰

Fin qui tutto bene, la lista delle potenziali criticità potrebbe facilmente essere estesa. John Rawls ha offerto parole dure contro Philippe van Parijs:⁶¹

⁵⁸ DAVIES e FREEDLAND, *Towards a Flexible Labour Market. Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, Oxford, 2007.

⁵⁹ HELBERGER, *The Political Power of Platforms: How Current Attempts to Regulate Misinformation Amplify Opinion Power*, in *Digital Journalism*, 2020, DOI: 10.1080/21670811.2020.1773888.

⁶⁰ STAAB, *Digitaler Kapitalismus - Markt und Herrschaft in der Ökonomie der Unknappheit*, Berlino, 2019.

⁶¹ RAWLS, e VAN PARIJS, *Three letters on The Law of Peoples and the European Union*, in *4 Revue de philosophie économique*, 2003, p. 7-20, disponibile su:

“Una domanda che gli europei dovrebbero porsi, [...] è quanto lontano vogliono che sia la loro unione. [...] Il risultato a lungo termine di questo (l’unione federale degli Stati Uniti guidata dall’efficienza del mercato HWM) [...] è una società civile immersa in un consumismo senza senso di nessun tipo. Non posso credere che questo sia quello che volete.”

Tuttavia, ci si potrebbe chiedere se la critica rifletta il quadro completo o se non sia in qualche modo unilaterale, indicando i problemi dell’integrazione del mercato europeo ma mettendo da parte le opportunità che sono racchiuse nell’idea del cittadino consumatore, del cittadino lavoratore, del cittadino datore di lavoro, del cittadino cliente per la costruzione di una società europea che vada oltre la razionalità del mercato. Non è necessario seguire il pensiero ordoliberal per chiedersi se e in che misura l’idea di mercato racchiuda e comprenda l’idea di società repubblicana.⁶² Gli storici marxisti sosterranno che la costruzione della nazione e del mercato sono di fatto lo stesso processo, mentre Rawls aderisce a una visione romantica e irenica della nazione come naturale, uniforme ed economica. Gli anni recenti hanno mostrato una rinascita dell’economia politica del diritto, un filone di dibattito che va oltre lo scopo di questo articolo.⁶³

L’apertura del mercato al di là dello stato nazionale attraverso l’istituzione del mercato comune – poi interno – sta creando spazio per la società civile e quindi per la politicizzazione. Il vertice di Lisbona del 2000 ha stabilito il quadro giuridico per l’ascesa delle catene globali di valore, che sono state rese possibili dalla

<http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/RawlsVanParijs1.Rev.phil.Econ.pdf>.

⁶² Una risposta più profonda implicherebbe una discussione sulla Costituzione economica dell’Europa, la relazione tra economia, società e democrazia. Lascio questo soggetto per un’altra occasione.

⁶³ Ringrazio COMPARATO per aver introdotto questo chiarimento, vedi ad esempio KJAER, *The Law of Political Economy, Transformation in the Function of Law*, Cambridge, 2020.

diminuzione dei costi di comunicazione.⁶⁴ Il Global Reach (estensione globale?) del diritto economico e privato europeo ha preso forma di pari passo con l'adattamento dell'ordine giuridico dell'UE alle esigenze della globalizzazione.⁶⁵ Anche l'altro lato della medaglia diventa sempre più evidente. Le catene globali del valore fanno luce sulle condizioni di lavoro e ambientali in cui vengono prodotti nei paesi d'origine i prodotti di consumo. Le catene globali del valore e l'economia digitale hanno abbattuto le barriere tra commercio e produzione. La linea di demarcazione tra la regolamentazione del prodotto e del processo, sulla quale è costruito l'ordine del secondo dopoguerra, si sta allentando. L'economia digitale e la società digitale permettono alla società civile di censire, monitorare e riferire sulle condizioni di lavoro e ambientali nel Sud del mondo.⁶⁶

L'UE è un precursore nell'abbattere i confini tra commercio e produzione all'interno del suo territorio. Anche prima dell'adozione dell'Atto Unico Europeo, l'UE ha iniziato a smantellare le barriere normative tra la regolamentazione del prodotto e quella del processo. Contrariamente al GATT/WTO, l'UE ha introdotto degli standard minimi sul processo di produzione nell'UE, con un discreto successo nella regolamentazione ambientale e nella salute e sicurezza sul lavoro, meno successo nel lavoro, forse con l'eccezione della parità di salario tra uomini e donne. La direttiva riveduta sul distacco dei lavoratori garantisce ai lavoratori distaccati dell'Europa dell'Est lo stesso salario delle loro controparti occidentali, ma chiaramente non

⁶⁴ BALDWIN, *The Great Convergence*, Harvard, 2016.

⁶⁵ BRADFORD, *The Brussels Effect, How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020, CREMONA e SCOTT, *EU Law Beyond EU Borders, The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, 2019; CANTERO, MICKLITZ, *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Cheltenham, 2020.

⁶⁶ I vari progetti legislativi per venire a capo delle responsabilità nelle catene di approvvigionamento si concentrano molto sulle imprese capofila e non adottano una prospettiva olistica, SALMINEN e RAJAVUORI, *Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: comparison and framework for Analysis*, in *26 Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 602-627.

è pensata per prevenire l'esistenza di due tipi di classi lavorative.⁶⁷ Il recente scandalo nell'industria tedesca della carne mostra in breve non solo il grado in cui il mercato del lavoro è diviso, ma anche come interagiscono la produzione e il consumo.

Lavoratori pesantemente sottopagati dell'Europa dell'Est sono stati infettati dal Corona-virus a causa delle loro condizioni di alloggio. Lo scandalo potrebbe essere interpretato in un duplice modo, come prova per dimostrare le carenze e le lacune della regolamentazione europea e tedesca del lavoro che permette ancora questa forma di occupazione, ma anche che né i consumatori tedeschi e le loro organizzazioni né i lavoratori tedeschi e i loro sindacati possono più chiudere gli occhi davanti alla realtà economica e sociale. Lo scandalo dimostra come il consumo e la protezione siano politicizzati, interconnessi e che affidarsi ai diritti consolidati dei consumatori e dei lavoratori non è sufficiente. In un'economia globalizzata sia i lavoratori che i consumatori sono catapultati fuori dalla loro zona di comfort. I consumatori non possono più chiudere gli occhi davanti alla realtà che la carne a buon mercato è prodotta in condizioni insostenibili e i lavoratori che godono di un buon contratto di lavoro devono rendersi conto che i loro vantaggi sono ottenuti sulla schiena dei lavoratori sottopagati dell'Europa dell'Est con i quali si trovano fianco a fianco nella stessa azienda. Il consumo e la produzione guadagnano una dimensione di cittadinanza. In altra sede ho condensato questo sviluppo nella formula del passaggio dal diritto del lavoro europeo e dal diritto del consumo europeo a un diritto europeo della *società del* mercato del lavoro e della *società del* mercato del consumo.⁶⁸ In Europa il diritto privato al di là dello Stato nazionale non è una regolamentazione privata o un ordinamento privato. L'autonomia allargata delle imprese, dei lavoratori e dei consumatori è inquadrata attraverso una regolamentazione europea,⁶⁹ per la quale l'UE e gli Stati membri

⁶⁷ Direttiva 2018/957, GU L 173/16 del 9.7.2018 relativa alla saga Viking e Laval, ma non proprio come dimostra lo scandalo.

⁶⁸ MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018, p.196-245.

⁶⁹ REICH, *The General Principles of EU Civil Law*, Cambridge 2014, per quanto riguarda la funzione e la metodologia.

assumono una responsabilità congiunta. Il quadro normativo può essere stretto o piuttosto lasso, a seconda del carattere delle regole europee e quindi a seconda che se stabiliscano standard giuridicamente vincolanti o che forniscano un quadro che può essere riempito congiuntamente da imprese, lavoratori e consumatori. Un esempio importante di co-regolamentazione nel campo del consumo è la standardizzazione tecnica, dove l'ANEC, la voce dei consumatori, è coinvolta nello sviluppo di norme tecniche attraverso il CEN e il CENELEC.⁷⁰ Sviluppi simili sono in corso nel campo dell'energia e delle comunicazioni elettroniche.⁷¹ Nel campo del diritto del lavoro, l'attenzione va rivolta ai consigli di fabbrica, dove l'UE ha delegato con un certo successo la produzione di regole alle imprese e ai sindacati.⁷²

Il secondo attore principale nella costruzione di una società europea di mercato è la CGUE, che a volte presenta un pregiudizio verso il mercato e a volte un pregiudizio verso la società. Non c'è una linea coerente nella giurisprudenza, forse con un'eccezione. Attraverso la sua giurisprudenza sulla prima costituzionalizzazione, l'impatto sulle libertà di mercato e la concorrenza, la CGUE sta aprendo uno spazio sociale nei concetti giuridici classici, sta rompendo la nozione piuttosto stretta di soggetto giuridico verso una dimensione di cittadinanza, sta aprendo la privatezza degli effetti del contratto verso terzi e lungo le catene di approvvigionamento e sta

⁷⁰ VAN GESTEL e LOCHEM, *Private standards as replacement for public law making?* in Cantero Gamito e Micklitz, (eds.), *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering*, Cheltenham, 2020, pp. 27-53.

⁷¹ Vedi i contributi di SPINDLER, *The standardization of the internet and the international harmonization of e-commerce /Busch, Ch.: Self-regulation and regulatory intermediation in the platform economy* e DE ALMEIDA, *Standardization of standard contracts: fairness in EU energy exchanges*, in *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*, Cheltenham 2020, p. 100-114, p. 115-134, p. 155-179.

⁷² LIUKKUNEN, *Collective Bargaining in Labour Law Regimes: A Global Perspective*, Berlin, 2019, p. 622; BOELE-WOELKI e FERNANDEZ ARROYO, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Cham, 2020; LIUKKUNEN e CHEN, *Enclave Governance and Transnational Labor Law - A Case Study of Chinese Workers on Strike in Africa*, in *88 Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 558-586.

inventando nuovi rimedi per affrontare la struttura di *governance* multilivello.⁷³ Tutti questi sono passi cauti, non devono essere sopravvalutati ma nemmeno sottovalutati. Comandé va anche oltre, riunendo questi sviluppi in una proclamata quinta libertà fondamentale dell'Unione europea: la cittadinanza di diritto privato.⁷⁴ Si potrebbe anche riconoscere e teorizzare il potenziale e i limiti dei diritti umani e dei diritti fondamentali nella costruzione della società civile oltre lo Stato.⁷⁵

In sintesi: Il diritto privato europeo non riguarda solo la razionalità del mercato, non è solo sottomettere le regole del diritto privato all'efficienza economica e al funzionamento del mercato interno. Il carattere normativo del diritto privato europeo sta aprendo uno spazio sociale che va oltre lo stato nazionale e che permette ai lavoratori e ai consumatori di accettare la responsabilità delle implicazioni politiche del consumo e della produzione all'interno dell'UE e oltre. È vero, questa società europea nascente è una società piuttosto frammentata, costruita intorno ai mercati e ai gruppi di riferimento. La dimensione sociale è molto più visibile nel diritto orizzontale del lavoro e dei consumatori, poiché si rivolge ai due gruppi chiave in un'economia di mercato. La frammentazione nel diritto del mercato regolato sembra portare a comunità epistemiche,⁷⁶ essendo composte da tutti gli attori rilevanti che operano nel mercato, ma essendo chiuse verso la società in generale. Tale apertura si verifica solo in una situazione in cui il silo crolla, dove un potenziale conflitto più profondo con importanti implicazioni sociali non può più essere risolto all'interno del silo,

⁷³ MICKLITZ e SIEBURGH, *Primary EU law and Private Law Concepts*, Cambridge/Anversa, 2017.

⁷⁴ COMANDÉ, *The fifth European Union Freedom. Aggregating Citizenship...around Private Law*, in *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, p. 61-101; CARR, *Regulating the periphery - shaking the core European identity building through the lens of contract law*, EUI Working Paper, 2015/40.

⁷⁵ CALDOR, *Transnational civil society*, in *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, p. 195-213, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139171298.009>.

⁷⁶ KLABBERS, *Judging Inter-Legality*, in *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019, p. 339-362.

ma richiede un'azione politica attraverso il legislatore europeo o attraverso la Corte di giustizia.

5. *Eterogeneità nel e attraverso ERPL.*

Mettere in prospettiva l'eterogeneità, la società e il diritto solleva domande delicate sui requisiti che devono essere soddisfatti perché un diritto privato uniforme possa essere applicato in una società in cui vivono diversi gruppi etnici, diverse abitudini culturali, persino diverse lingue. Il punto di partenza è piuttosto promettente: gli ordinamenti giuridici privati di uno Stato nazionale si rivolgono a persone o soggetti giuridici, indipendentemente da qualsiasi capacità o abilità personale attribuibile a tali soggetti. Dopo l'adozione del Codice Civile nel 1804, i cittadini dovevano godere dei medesimi diritti. Il profondo messaggio morale e politico che è racchiuso nel dettame dell'uguaglianza davanti alla legge non dovrebbe mai essere dimenticato, nonostante le sue ipotesi o realizzazioni irrealistiche pesantemente criticate, alle quali si è rimediato almeno in parte nel XX secolo con l'introduzione di norme differenziate per lavoratori e consumatori. Lo sviluppo dell'ordine giuridico europeo condensa nella sua breve storia l'esperienza degli Stati membri, il passaggio da un ordine giuridico formale sancito dal Trattato di Roma verso un ordine giuridico basato sui valori che moltiplica la diversità ben oltre il credo politico "uniti nella diversità". Bisogna distinguere chiaramente due momenti, in primo luogo la costruzione del mercato, la lotta per un mercato europeo dove tutti gli attori sono trattati allo stesso modo rispetto alle quattro libertà di mercato e in secondo luogo la trasformazione del mercato attraverso la regolamentazione sociale, dove le regole legate allo *status* garantiscono la protezione attraverso il diritto secondario dell'UE.

Due grandi forme di discriminazione dovevano essere eliminate per costruire un mercato comune – poi un mercato interno – cioè la discriminazione economica attraverso il protezionismo nazionale e la discriminazione basata sulla nazionalità. Il protezionismo nazionale – la *discriminazione economica* – si concretizza in leggi, regolamenti o anche pratiche amministrative che favoriscono gli interessi economici del paese d'origine rispetto al paese di destinazione. Il trattato di Roma ha introdotto le quattro libertà

fondamentali per abolire le restrizioni illegittime al commercio. La CGUE ha attribuito alle quattro libertà un effetto diretto *verticale*, trasformando una convenzione sovranazionale in un ordine giuridico autonomo basato sui diritti individuali. Dopo le due sentenze fondamentali *van Gend & Loos* e *Costa contro ENEL*, ogni cittadino dell'UE ha il diritto di invocare le quattro libertà anche contro il proprio Stato, al fine di abbattere le barriere nazionali al commercio derivanti da norme di legge. La libertà di commercio, di servizi e di capitali si rivolge prima di tutto alle imprese. Tuttavia, i destinatari dei servizi possono ugualmente godere di diritti individuali contro uno Stato membro.⁷⁷ La misura più radicale per aumentare le libertà per entrambe le parti di una transazione economica sarebbe stata quella di concepire gli ordinamenti nazionali di diritto privato o almeno particolari regole degli ordinamenti nazionali di diritto privato come barriere alla libertà di commercio e di concedere all'articolo 30 del TFUE un effetto orizzontale diretto. Una simile misura avrebbe significato affidarsi al solo mercato per garantire l'uguaglianza a tutti i partecipanti della società civile. Per parafrasare: tutti – imprese, lavoratori e consumatori – sarebbero stati uguali davanti al mercato, cioè alle quattro libertà. In *Alsthom Atlantique* e *CMC Motorradcentre* la CGUE ha respinto i tentativi delle imprese di eliminare le differenze nel diritto contrattuale e civile facendo riferimento alle libertà del mercato.⁷⁸ La CGUE ha riconosciuto le differenze negli ordinamenti nazionali di diritto privato e ha lasciato alla politica il compito di adottare o meno misure per ravvicinare gli ordinamenti giuridici attraverso il diritto secondario dell'UE.

La *discriminazione basata sulla nazionalità*, ove ammissibile, manderebbe in frantumi le fondamenta dell'integrazione europea, l'idea che, indipendentemente dalla nazionalità, tutti i cittadini europei sono uguali davanti al mercato/alle libertà di mercato. La nazionalità e la cittadinanza sono ancora gli aspetti più controversi

⁷⁷ ECJ C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47, ECR 1989 -00195, *Cowan contro Trésor Public*.

⁷⁸ CGCE, C-339/89, ECLI:EU:C:1991:28, ECR 1991 I-00107, *Alsthom Atlantique*; CGCE C-93/92, ECLI:EU:C:1993:838, ECR 1993 I-05009, *CMC Motorrad Center*.

del *dictum* della non discriminazione.⁷⁹ Nel trattato, la discriminazione basata sulla nazionalità costituisce il nucleo della quarta libertà: la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'UE. La libertà di stabilimento riguarda i lavoratori autonomi. La libera circolazione dei servizi completa le altre due libertà. Tutte e tre le libertà lette insieme sono destinate ai cittadini che operano nel mercato, cioè coloro che si guadagnano da vivere attraverso il lavoro, mediante qualifiche professionali o altri servizi da eseguirsi a fronte di un pagamento. La libertà di movimento comporta l'abolizione della discriminazione basata sulla *nazionalità* tra i lavoratori degli Stati membri per quanto riguarda l'occupazione, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di impiego, fatte salve le restrizioni legittime.

La chiave per definire un ruolo autonomo del diritto privato all'interno dell'ordine giuridico europeo è la teoria dell'effetto diretto *orizzontale*.⁸⁰ Solo l'effetto diretto orizzontale potrebbe garantire che non rimanga alcun margine di manovra agli Stati membri per penalizzare un cittadino proveniente da un altro Stato membro dell'UE. Il movimento verso l'effetto diretto orizzontale per mettere da parte le restrizioni basate sulla nazionalità è iniziato nel 1974 e non si è ancora concluso. A partire da *Defrenne II*, la discriminazione per nazionalità e la discriminazione di genere attraverso la disparità di pagamento sono messe sullo stesso piano. Ovunque i lavoratori si spostino all'interno del territorio dell'UE possono ritenere valida la premessa per cui uomini e donne sono pagati allo stesso modo. La CGUE ha interpretato la nozione di lavoratore in modo ampio, includendo tutti coloro che sono ancora in fase di formazione e vogliono studiare fuori dal loro paese d'origine.⁸¹ La CGUE non ha limitato la portata del principio di non discriminazione alle azioni legali. In generale, la CGUE è stata

⁷⁹ COMPARATO, *Nationalism and Private Law in Europe*, Oxford, 2014.

⁸⁰ REICH, *The Public/Private Divide in European Law*, in *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham, 2010, p. 56-89, p. 61 analizza l'effetto diretto verticale e orizzontale per dimostrarne gli sviluppi.

⁸¹ REICH, *Bürgerrechte in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1999.

anche pronta a eliminare i contratti collettivi discriminatori creati da associazioni private.⁸²

La Commissione europea e la CGUE stanno ansiosamente controllando e salvaguardando il diritto a non essere discriminati a causa della propria nazionalità. Questo è quello che Alexander Somek ha chiamato ‘Il Darling-dogma caro degli europeisti borghesi’:⁸³ ‘In sostanza, il Darling-dogma prevede che le democrazie nazionali siano intrinsecamente carenti sul piano democratico poiché influenzano le persone oltre i loro confini senza offrire loro una voce nel processo democratico interno’. Il Darling-dogma non si limita all’abolizione della discriminazione basata sulla nazionalità. La giurisprudenza della CGUE sulle quattro libertà fornisce ampie prove dell’obbligo degli Stati membri di prendere in considerazione potenziali effetti economici discriminatori quando adottano una regolamentazione nazionale che colpisce altri Stati membri.⁸⁴

Più o meno parallelamente alla crescente giurisprudenza sui limiti della discriminazione economica – il protezionismo – e sulla

⁸² CGCE C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Racc. 1974-01405, *Walrave e altri*; CGCE C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Racc. 1995 I-04921, *Union royale belge des sociétés de football association*; CGCE C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, Racc. 2000 I-04139, *Angonese*; CGCE C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Racc. 2007 I-10779, *The International Transport Workers’ Federation and The Finnish Seamen’s Union*; CGCE C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, Racc. 2007 I-11767, *Laval un Partneri*; CGCE C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143, 2010 I-02177, *Olympique Lyonnais*; AG Léger C-309/99, ECLI:EU:C:2001:390, Racc. 2002 I-01577, *Wouters e altri*.

⁸³ SOMEK, *The Darling Dogma of Bourgeois Europeanists*, in 20 *ELJ*, 2014, p. 688-712 a 692; Sostanzialmente, il Darling-dogma afferma che le democrazie nazionali sono intrinsecamente carenti dal punto di vista democratico in quanto influenzano le persone oltre i loro confini senza offrire loro una voce nel processo democratico interno. Dal momento che il dogma è effettivamente di rilevanza costituzionale, offre una prospettiva costituzionale sulla sovranazionalità, che è a prima vista abbastanza sensata: Le istituzioni e le leggi sovranazionali costringono le democrazie nazionali a prendere in considerazione gli interessi degli esterni. Quindi, un’organizzazione sovranazionale è un accordo che si suppone assicuri che le democrazie nazionali si trattino reciprocamente in *modo equo*”.

⁸⁴ WEATHERILL, *Competence and Legitimacy*, in *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 17-34; e Id., *The Internal Market*, Oxford, 2017.

discriminazione basata sulla nazionalità, l'UE ha iniziato a prendere misure legislative attraverso l'armonizzazione per superare le differenze negli ordinamenti di diritto privato e per eliminare ogni tipo di discriminazione sociale. Bisogna ricordare che l'UE è storicamente costruita sull'idea che basta costruire un mercato comune basato sulle quattro libertà, ma che il modo in cui le libertà di mercato si realizzano attraverso le transazioni economiche è lasciato agli ordinamenti nazionali di diritto privato e alle regole internazionali di diritto privato in caso di conflitto. Anche dopo *Alsthom Atlantique* e *CMC Motorradcentre* la Commissione europea non ha neanche contemplato l'ipotesi di armonizzare gli ordinamenti nazionali di diritto privato.⁸⁵ La Commissione europea potrebbe aver riconosciuto e accettato il messaggio derivante dalla sentenza per cui le imprese saranno in grado di gestire le differenze dei sistemi di diritto privato. Il vero "problema", tuttavia, derivava dall'aumento delle norme relative allo *status* a vantaggio dei lavoratori e dei consumatori, che differivano notevolmente negli Stati membri. Viste attraverso le lenti della Commissione europea, le differenze nel grado di protezione dei lavoratori e dei consumatori hanno portato alla discriminazione economica, in particolare di quei lavoratori e consumatori che non fanno uso della libertà di movimento e che rimangono nel proprio paese di origine.

Il primo passo è stato quello di stabilire parità di condizioni in modo da assicurare che tutti i consumatori europei godano di uno standard minimo di protezione. L'UE ha accettato l'esistenza di standard più elevati a vantaggio di quei consumatori che vivono nei paesi con standard più elevati a scapito di quelli che vivono in paesi con standard più bassi. Il Barometro europeo evidenzia che i consumatori europei sono ben consapevoli di queste differenze, specialmente quando i consumatori del Sud dell'Europa credono che i consumatori del Nord dell'Europa godano di standard più elevati. Il passo verso la piena armonizzazione dopo il vertice di Lisbona non è altro che l'eliminazione della discriminazione economica. Tutti i

⁸⁵ MUIR WATT, *Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool*, in *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford 2006, pp. 107.

consumatori europei devono godere dello stesso standard di protezione. La Commissione europea sa bene che una protezione efficace non dipende solo dal testo della legge, ma anche dalla legge in azione, dal grado in cui le leggi vengono applicate e fatte rispettare attraverso la necessaria infrastruttura istituzionale. Questo è il motivo per cui la Commissione europea si sta intromettendo sempre più fortemente nella regolamentazione delle fasi esecutive del diritto, con meno successo nel campo orizzontale e più successo nei mercati regolamentati. L'esecuzione, tuttavia, è essenzialmente nelle mani degli Stati membri. Gli studiosi di diritto e presumibilmente anche la Commissione europea sono ben consapevoli dei limiti della piena armonizzazione e di ciò che realmente significa, per non parlare delle differenze nell'esecuzione del diritto dei consumatori. Ciò che conta è che l'UE sta cercando di eliminare l'eterogeneità economica attraverso la centralizzazione e la monopolizzazione delle leggi sullo *status*.

La legge sulla non discriminazione punta nella direzione opposta – verso il riconoscimento della diversità. Le competenze allargate attraverso le modifiche del trattato hanno permesso all'UE di estendere gradualmente il principio di non discriminazione attraverso il diritto secondario dell'UE ad altre forme di discriminazione oltre alla nazionalità e alla parità di retribuzione, al genere, alla razza, al colore, all'origine etnica o sociale, alla lingua, alla religione o al credo, alla disabilità, all'età e all'orientamento sessuale. Da una prospettiva sociologica, l'allargamento del principio di non discriminazione oltre la discriminazione basata sulla nazionalità costituisce un autentico valore europeo, che potrebbe o meno tenere insieme la nascente società europea. La crescente giurisprudenza, che certamente aumenterà ancora, documenta le difficoltà di rendere giustizia alle diverse forme di discriminazione sociale, per non parlare della gestione del problema dell'intersezionalità. La maggior parte dei contenziosi riguardano l'ambiente di lavoro. L'UE non è riuscita ad estendere il principio allargato di non discriminazione alla sfera del consumo, con l'eccezione dei beni e servizi che sono “a disposizione del

pubblico”.⁸⁶ L’integrazione del principio di non discriminazione nel progetto di quadro comune di riferimento potrebbe essere inteso come l’allontanamento più radicale dal pensiero del XIX secolo nelle relazioni di diritto privato. Poiché ci si può realisticamente aspettare che nessuna delle iniziative di regolamentazione, né attraverso un codice né attraverso un regolamento particolare, si realizzi, la CGUE potrebbe colmare o rifiutare di colmare il vuoto dando un effetto diretto orizzontale al principio di non discriminazione ancorato nell’articolo 21 della Carta. L’attivismo giudiziario diventerà sempre più difficile alla luce della forte resistenza, o rumorosa, nella maggior parte degli Stati membri ad attuare il principio di non discriminazione sia nella sfera pubblica che in quella privata. Questo è particolarmente vero per quanto riguarda il rapporto tra nazionalità e cittadinanza. La legge sui servizi universali, se collegata alla cittadinanza, evidenzia quanto l’UE sia lontana dal garantire pari diritti ai cittadini dell’UE, per non parlare dei cittadini non UE.⁸⁷

6. *Conclusion* – *esiste una conclusione?*

L’ERPL ha contribuito pesantemente all’eterogeneità, prima attraverso il riconoscimento di standard minimi, poi attraverso l’estensione del principio di non discriminazione. Ci si potrebbe chiedere se l’UE e i suoi Stati membri siano diventati sempre più eterogenei in entrambi i campi, nel diritto orizzontale dei consumatori e in quello della non discriminazione. L’unica area in cui si potrebbe raggiungere una maggiore omogeneità è nel campo dei mercati regolamentati. Le opportunità che la creazione di un ordine di mercato europeo e di un ordine economico e di diritto privato europeo al di là dello stato nazionale offre alle imprese, ai lavoratori e ai consumatori dimostrano allo stesso tempo la debolezza del processo di integrazione. L’UE non ha la competenza e i mezzi per riempire lo spazio sociale che ha creato aprendo la logica del mercato verso la società. Non può dominare le forze

⁸⁶ Art. 3, (1) Direttiva 2004/113.

⁸⁷ DE WITTE, *Justice in the EU, the Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, 2015, sottolinea i percorsi promettenti che l’UE ha offerto, ma indica anche le difficoltà nell’implementare a livello giuridico la retorica politica.

centrifughe che ha innescato. Significa che la frammentazione continuerà a scapito della coerenza e dell'astrazione, almeno fino a quando il legislatore europeo sarà seduto al posto di guida? Questa indagine sull'ERPL non può rispondere alla domanda se l'idea di un diritto uniforme che ha governato la costruzione degli stati nazionali nel XIX e anche nel XX secolo abbia raggiunto i suoi limiti. Tuttavia, l'analisi sembra sostenere lo sforzo per un ordine giuridico frammentato e molto meno omogeneo. Quindi la tensione tra uniformità e frammentazione persisterà. *Yane Svetiev* ha proposto di pensare al diritto privato europeo come a una piattaforma che mira a integrare il più possibile le diverse prospettive dei legislatori e dei responsabili dell'applicazione della legge e *Hugh Collins* ha sostenuto l'idea di costruire il diritto privato europeo dal basso verso l'alto attraverso le persone e non attraverso principi e concetti che derivano dal XIX secolo.⁸⁸

⁸⁸ SVETIEV, *European Regulatory Private Law: From Conflicts to Platforms*, in *Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber Amicorum Hans Micklitz*, Berlin, 2014, p. 153-178; COLLINS, *The European Civil Code - the Way Forward*, Cambridge, 2016.

ENRICO MINERVINI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Napoli Federico II

**LA PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DI
RIPETIZIONE DELL'INDEBITO ED I VERSAMENTI
IN CONTO CORRENTE: L'ONERE
DELL'ALLEGAZIONE E L'ONERE DELLA PROVA**

SOMMARIO: 1. La decorrenza del termine di prescrizione: i precedenti giurisprudenziali. – 2. La decorrenza del termine di prescrizione: la distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie. – 3. La decorrenza del termine di prescrizione: l'infelice intervento legislativo e la declaratoria di illegittimità costituzionale. – 4. La decorrenza del termine di prescrizione: la giurisprudenza successiva. – 5. L'eccezione di prescrizione: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova. – 6. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi più rigorosa). – 7. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi meno rigorosa). – 8. L'onere dell'allegazione: la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione. – 9. L'onere della prova: il ricorso a criteri di normalità o a presunzioni. – 10. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione. – 11. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione. – 12. L'onere della prova: l'apertura di credito come fatto modificativo o impeditivo. – 13. L'onere della prova: chi eccepisce prova i fatti sui quali l'eccezione si fonda.

1. *La decorrenza del termine di prescrizione: i precedenti giurisprudenziali.*

Per lunghi anni la Corte di Cassazione statuiva che il termine di prescrizione decennale per la restituzione delle somme trattenute dalla banca indebitamente, ad es. a titolo di interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, su di un'apertura di credito, decorre dalla chiusura del rapporto di conto corrente, trattandosi per l'appunto di un rapporto unitario, sicché è soltanto con la chiusura definitiva del conto che si stabiliscono definitivamente i reciproci crediti e debiti¹.

A fronte di siffatto orientamento giurisprudenziale, i legali delle banche combattevano una battaglia di retroguardia e, ove non fosse decorso un decennio dalla chiusura del conto, eccepivano la prescrizione con riguardo all'addebito in conto degli interessi, dell'anatocismo, della commissione di massimo scoperto, ecc., dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta illegittimamente addebitata. In altre parole, i legali delle banche formulavano l'eccezione di prescrizione ponendosi, se così si può dire, nella logica fatta propria dall'art. 1832 c.c. per il conto corrente, richiamato dall'art. 1857 c.c. per il conto corrente bancario: come il correntista deve proporre l'impugnazione dell'estratto conto entro sei mesi sotto pena di decadenza, così lo stesso deve proporre l'azione di ripetizione delle somme trattenute dalla banca illegittimamente a titolo di

¹ Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratti bancari*, c. 605, n. 23; Cass., 14 maggio 2005, n. 10127, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 163 ss., con nota di COLOMBO, *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente*; Cass., 18 gennaio 2006, n. 870; Cass., 10 maggio 2007, n. 10692. Tutte le ordinanze e le sentenze che si citano sono reperibili, ove non diversamente indicato, nel sito www.pluris-cedam.utetgiuridica.it. Il quadro della dottrina e della giurisprudenza di merito era più articolato: sul punto si rinvia a SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 400 ss.; DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 433 s.

interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, ecc., ed addebitate in conto, entro dieci anni sotto pena di prescrizione.

2. La decorrenza del termine di prescrizione: la distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie.

Improvvisamente, ed inaspettatamente, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (*ex art. 374 comma 2 c.p.c.*: particolare importanza delle questioni sollevate), nella sentenza 2 dicembre 2010, n. 24418, virava di bordo e, com'è noto, statuiva il principio secondo il quale l'azione di ripetizione di indebito proposta dal cliente, che lamenta la nullità della clausola anatocistica con riguardo ad un'apertura di credito regolata in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale decorrente, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi anatocistici illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui tali interessi non dovuti sono stati registrati. La Suprema Corte imperniava il suo ragionamento sul rilievo che non può ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non sia intervenuto un atto definibile come pagamento, che l'attore qualifica come indebito. Pertanto, se il correntista nel corso del rapporto abbia effettuato non soltanto prelevamenti ma anche versamenti, questi ultimi possono essere considerati pagamenti, tali da formare ove indebiti oggetto di ripetizione, e da far decorrere il termine decennale di prescrizione, in quanto consistano nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* ed abbiano lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens*: e ciò avviene quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'affidamento, ovvero ove si tratti di versamenti effettuati su di un conto in passivo c.d. scoperto, cui non accede una apertura di credito. Così non è nei casi in cui i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al correntista, fungano da atti ripristinatori della provvista, della quale il correntista può continuare a godere. Pertanto, vanno distinti i versamenti solutori da quelli ripristinatori

della provvista: soltanto i primi, e non i secondi, possono considerarsi pagamenti ai sensi dell'art. 2033 c.c., sicché la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione dell'indebitto decorre per tali versamenti dal momento in cui le rimesse abbiano avuto luogo².

La sentenza produceva una duplice sensazione tra le banche, e tra i legali delle stesse: da un lato, di soddisfazione per avere la Suprema Corte almeno in parte, e cioè per i soli versamenti solutori, sovvertito il suo orientamento precedente, sopra riferito; dall'altro lato, di preoccupazione per i giudizi pendenti, in cui erano già scaduti i termini per la modifica delle eccezioni³. Non meraviglia, allora, che «a dare ascolto alle associazioni degli utenti bancari la sentenza sarebbe stata favorevole alle loro ragioni almeno quanto lo sarebbe stata alle ragioni delle banche stando ai commenti dell'ABI»⁴.

² Cass., Sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Guida dir.*, 2011, n. 1, p. 74 ss., con nota di MASTROMARINO, *I versamenti eseguiti nel corso del rapporto hanno solo lo scopo di ripristinare la provvista*; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2335 ss., con nota di CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*; in *Contr.*, 2011, p. 221 ss., con nota di NANNA, *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*; in *Danno e resp.*, 2011, p. 493 ss., con nota di COLANGELO, *Siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante*, e in *Danno e resp.*, 2011, p. 612 ss. (solo massima), con nota di FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione anatocistico: un nuovo vestito per un vecchio problema*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 291 ss. con nota di BONTEMPI, *L'anatocismo bancario torna di attualità*; in *Dir. Banca*, 2011, I, p. 303 ss., con nota di MARCELLI, *Anatocismo nei conti bancari. Prime riflessioni sui principi fissati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 24418/2010*; in *Giur. it.*, 2011, p. 1547 ss. (solo massima), con nota di RIZZUTI, *Gli ultimi progressi in tema di anatocismo bancario*, e *ivi*, p. 2073 ss. (solo massima), con note di DE IULIS, *La giurisprudenza pretoria e il sovrano oracolo delle leggi*, e di D'AURIA, *Capitalizzazione degli interessi: nullità e profili d'interpretazione contrattuale* (nonché in moltissimi altri luoghi).

³ Una differente ricostruzione delle preoccupazioni del ceto bancario è offerta da DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebitto*, in *Contr.*, 2011, p. 490; ID., *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»: onere e vicinanza della prova*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 2.

⁴ DELL'ANNA MISURALE, *L'impostazione della consulenza tecnica di ufficio in materia di interessi bancari*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 9.

Non può sfuggire, infatti, che le Sezioni Unite, con una singolare «inversione prospettica», spostavano il centro del problema: la prescrizione va eccepita non con riferimento all'annotazione in conto di poste illegittimamente addebitate per interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, ecc., e quindi con riferimento all'addebito di competenze derivanti da clausole nulle, addebito (in passato qualificato come) solutorio, ma con riferimento alle rimesse (qualificate come) solutorie effettuate dal cliente⁵. Ed al riguardo la Suprema Corte aveva modo di precisare che il c.d. principio dell'*overruling* opera solo quando il mutamento di un consolidato orientamento giurisprudenziale riguardi l'interpretazione di norme processuali, e non di norme sostanziali, quali quelle che disciplinano il tema in esame⁶.

3. *La decorrenza del termine di prescrizione: l'infelice intervento legislativo e la declaratoria di illegittimità costituzionale.*

A questo punto, vi è da credere per effetto delle pressioni del ceto bancario, interveniva – con un colpo di scena, o se si preferisce con un tentativo di colpo di spugna⁷ – il legislatore, invero piuttosto

⁵ COLANGELO, *Siamo tutti espropriati? Dubbi sulla costituzionalità del comma 61 dell'art. 2 legge 26 febbraio 2011 n. 10*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 653, del quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette. Si tratta peraltro di una constatazione diffusa: vedi, tra gli altri, D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in *Contr.*, 2012, p. 465; SALANITRO, *op. cit.*, p. 403 s.

⁶ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933; Cass., 24 maggio 2018, n. 12977. Sul punto, cfr. TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca, borsa*, 2012, II, p. 463; COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitto promossa dal correntista nei confronti della banca*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 318.

⁷ GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: gli effetti processuali del decreto mille proroghe*, in *Giur. di merito*, 2011, p. 2140.

goffamente ed oscuramente⁸. L'art. 2, comma 61, del D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito in L. 26 febbraio 2011, n. 10, statuiva che, in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa; e che in ogni caso non si fa luogo alla restituzione degli importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto⁹.

Insomma, la norma sanciva, almeno in apparenza, una clamorosa vittoria per il ceto bancario, ed un'autentica Caporetto per i clienti delle banche.

Dopo la sconfitta di Caporetto si verificava la vittoriosa battaglia del Piave. Più modestamente, nel caso in esame interveniva la Corte Costituzionale, che nella sentenza 5 aprile 2012, n. 78, a tempo di record, dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma per una pluralità di ragioni, tra le quali piace ricordare la lesione del canone della ragionevolezza delle norme, rilevante ex art. 3 Cost., e la violazione della giurisprudenza della Corte EDU, rilevante ex artt. 117 Cost. e 6 CEDU¹⁰: l'intervento del legislatore si rivelava un «buco nell'acqua»¹¹.

⁸ Del «tatto da elefante» del legislatore parla SACCHETTINI, *Cancellata l'interpretazione autentica della norma in assenza di incertezze sul suo reale significato*, in *Guida dir.*, 2012, n. 20, p. 43.

⁹ Sulla norma in parola vedi, tra gli altri, COLANGELO, *Siamo tutti espropriati?*, cit., p. 653 ss.; GRECO, *op. cit.*, p. 2140 ss.

¹⁰ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2585 ss., con nota di PALMIERI, *Incostituzionalità dell'interpretazione autentica in materia di decorrenza della prescrizione nei rapporti bancari regolati in conto corrente*; in *Guida dir.*, 2012, n. 20, p. 30 ss., con nota citata di SACCHETTINI, *Cancellata l'interpretazione autentica della norma*; in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2012, p. 797 ss. (solo massima), con nota di DI GIROLAMO, *Insincerità e saggezza della Corte Costituzionale: la complessa interpretazione dei diritti fondamentali*; in *Banca, borsa e tit. cred* 2012, II, p. 425 ss., con note di DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012*, cit.; SALANITRO, *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*; SEMERARO, *Retroattività e affidamento: la irragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n.*

4. *La decorrenza del termine di prescrizione: la giurisprudenza successiva.*

Si tornava così al punto di partenza¹², e cioè alla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite, sulle cui orme si muove ormai tutta la giurisprudenza successiva della Corte di Cassazione¹³. Anzi, una recente pronuncia puntualizza che, qualora il saldo del conto corrente risulti positivo, il versamento di somme che il cliente effettui sullo stesso assolve alla funzione di incrementare la propria provvista, come deve dirsi per chiarezza, piuttosto che affermare la natura ripristinatoria, come è pure nell'uso: può infatti accadere che, in conseguenza del versamento di denaro effettuato in conto, l'ammontare della provvista raggiunga un importo mai toccato in precedenza, sicché in tale ipotesi parlare di natura ripristinatoria del versamento deve ritenersi inesatto¹⁴.

La soluzione elaborata dalla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite, ed imperniata sulla distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, costituisce pertanto ad oggi un dato del tutto pacifico nella giurisprudenza della Suprema Corte, una sorta di diritto vivente, se così si può dire¹⁵. In questa sede, pertanto, non si intende discutere della bontà di tale sentenza delle Sezioni Unite

10/2011); TAVORMINA, *op. cit.*; in *Giur. it.*, 2012, p. 2283 ss. (solo massima), con nota di RIZZUTI, *Anatocismo bancario e limiti alla retroattività delle leggi* (nonché in moltissimi altri luoghi).

¹¹ FLICK, *op. cit.*, p. 616.

¹² D'AMICO, *op. cit.*, p. 462.

¹³ Da ultimo, Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4468; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144; Cass., 5 novembre 2018, n. 28197; Cass., 29 novembre 2018, n. 30885; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2435; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140. Per altre indicazioni giurisprudenziali vedi MARCELLI, *Le due facce della prescrizione, Nella capitalizzazione degli interessi si cela una mistificazione*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 5.

¹⁴ Cass., 12 aprile 2018, n. 9077.

¹⁵ Vedi COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 315 s.

(criticata peraltro da numerosi scrittori)¹⁶, anche se non si può nascondere qualche perplessità, proprio in merito alla distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, sulla quale le Sezioni Unite impernano il ragionamento: la restituzione di una somma ripristina la provvista proprio in quanto è un pagamento, che determina uno spostamento patrimoniale dal correntista alla banca¹⁷. Infatti, la banca, in ipotesi di conto corrente assistito da un'apertura di credito, acquista la proprietà del denaro versato dal cliente per ripristinare la provvista, ai sensi degli artt. 1834 e 1852 c.c. (e prescrizioni analoghe sono contenute negli artt. 1782 e 1814 c.c.): ed è pacifico che l'acquisto della proprietà su di un bene (la somma corrisposta dal cliente) rappresenta uno spostamento patrimoniale. Pertanto, a voler seguire fino in fondo la logica fatta propria dalle Sezioni Unite, la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione dell'indebitato dovrebbe decorrere per tutti i versamenti, tanto solutori quanto ripristinatori della provvista, dal giorno in cui le rimesse hanno luogo.

5. L'eccezione di prescrizione: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova.

In questa sede, si intende approfondire due problemi, chiaramente connessi tra loro, che le statuizioni formulate dalla sentenza n. 24418 del 2010 delle Sezioni Unite lasciano aperti ed irrisolti, potendosi per vero dire, senza timore di smentita, che tale sentenza apre molti più problemi di quanti ne risolve¹⁸. Basti pensare, ad esempio, al tema di quale saldo – contabile, liquido o per valuta, disponibile – vada preso in considerazione ed impiegato per distinguere rimesse solutorie e

¹⁶ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 2, sottolinea come «gran parte della dottrina, in effetti, ha respinto la distinzione sulla decorrenza della prescrizione propugnata dalla Cassazione».

¹⁷ Per tutti, DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebitato*, cit., p. 498 s.; DELL'ANNA MISURALE, *op. cit.*, p. 10 s. *Contra*, D'AMICO, *op. cit.*, p. 467.

¹⁸ Diversamente, CELARDI, *op. cit.*, p. 2342.

rimesse ripristinatorie della provvista¹⁹; ovvero del ruolo giocato dal fido c.d. di fatto, e cioè non risultante da un documento contrattuale, nella distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, essendo dibattuto infatti se, al fine di far valere la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse, il cliente possa provare che il contratto di apertura di credito è stato concluso tacitamente, per fatti concludenti²⁰; ovvero al tema del rapporto corrente tra rimesse solutorie, rimesse ripristinatorie ed imputazione dei pagamenti, ai sensi del disposto dell'art. 1194, comma 1, c.c.²¹.

¹⁹ Optano per il saldo disponibile Cass., 5 novembre 2018, n. 28197; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704, in *Corr. giur.*, 2019, p. 311 ss., con nota citata di COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705 (le due sentenze da ultimo indicate sono reperibili nel sito www.dirittodelrisparmio.it, con nota di LECCI, *Spetta al correntista in ripetizione dar prova della natura ripristinatoria delle rimesse*); MARCELLI, *Anatocismo nei conti bancari*, cit., p. 315.

²⁰ Per l'affermativa, vedi DOLMETTA, *Fido di fatto «stabile» e prescrizione della ripetizione di indebiti versamenti in conto corrente*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 5; COLANGELO, *Siamo tutti falliti?*, cit., p. 501; SANGERMANO, *Versamenti indebiti in conto corrente nel caso di contratto di affidamento bancario concluso per facta concludentia*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 476; COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 314 s.: il cliente si può servire ad esempio degli estratti conto (GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione degli addebiti in conto corrente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 1264; VECCHI, *Rapporti di conto corrente e prescrizione*, reperibile nel sito www.valentinovecchi.it, p. 2) o di altri documenti della banca (STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *Contr.*, 2011, p. 632) o delle visure della Centrale dei Rischi (MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari, I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2018 n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 34). Più rigorose sono Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705; Cass., 28 febbraio 2020, n. 5610, reperibile nel sito www.dirittodelrisparmio.it, con nota di ZURLO, *Sulla prescrizione decennale delle rimesse e sulla relativa eccezione*; Cass., 5 marzo 2020, n. 6195.

²¹ Cass., 26 maggio 2016, n. 10941; Cass., 27 settembre 2017, n. 22604; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144. In dottrina, COLANGELO, *Siamo tutti falliti?*, cit., p. 503 s.; FLICK, *op. cit.*, p. 623; MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti*

Si vuole invece fare riferimento alle seguenti questioni, collegate come si è detto tra loro, che in estrema sintesi possono essere così rappresentate: se la banca, nel formulare l'eccezione di prescrizione per resistere alla domanda del cliente di restituzione delle somme indebitamente versate nel corso del rapporto di conto corrente, abbia l'onere di indicare specificamente, sotto pena dell'inammissibilità della relativa eccezione, le singole rimesse aventi natura solutoria, o se invece possa fare generico riferimento a tutte le rimesse affluite sul conto, in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data della notificazione della domanda giudiziale; se la banca, dopo aver formulato l'eccezione di prescrizione per resistere alla domanda del cliente di restituzione delle somme indebitamente versate nel corso del rapporto di conto corrente, abbia l'onere di provare, sotto pena del rigetto della relativa eccezione, l'inesistenza di un'apertura di credito (o l'inesistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare), e quindi la natura solutoria delle singole rimesse, o se invece il cliente abbia l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito (o l'esistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare), e quindi la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse stesse²².

La prima questione, rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite²³, è stata da queste decisa con la sentenza 13 giugno 2019, n. 15895²⁴; la

bancari, cit., pp. 7 ss., 18 ss. e 44 ss.; ID., *Le due facce della prescrizione*, cit., p. 10 ss

²² Cfr. GUADAGNO, *op. cit.*, p. 1260.

²³ L'ordinanza interlocutoria, che ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'(eventuale) assegnazione alle Sezioni Unite – Cass., 30 ottobre 2018, n. 27680 – è annotata da ZURRU, *Prescrizione, la parola alle Sezioni Unite*, reperibile nel sito www.printfriendly.com; GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova circa la natura solutoria delle rimesse in conto corrente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, p. 485 ss.; COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 313 ss.

²⁴ La sentenza è annotata da MININNO, *Ripetizione delle somme illegittimamente addebitate dalla banca in conto corrente*, reperibile nel sito www.diritto24.ilsole24ore.com; MARCONI, *Ripetizione di indebito: prescrizione e decorrenza degli interessi*, reperibile nel sito www.altalex.com; QUINTARELLI, *Le*

seconda questione è stata decisa in vario senso da numerose recenti pronunzie della Suprema Corte.

La corretta impostazione dei problemi testé illustrati impone di tenere ben ferma la distinzione, in tema di eccezione di prescrizione, tra allegazione e prova, o meglio tra onere dell'allegazione ed onere della prova.

Vi è da credere che alla base di tanti equivoci in materia vi sia proprio l'omessa distinzione tra onere dell'allegazione ed onere della prova: si tratta all'evidenza di profili tra loro connessi in punto di fatto, ma distinti sul piano logico prima ancora che giuridico.

Ed infatti, come statuisce la sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite, l'onere dell'allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum*, mentre il secondo, attenendo alla verifica della fondatezza (della domanda o) dell'eccezione, costituisce per il giudice regola di definizione del processo.

L'eccezione di prescrizione si risolve allora nell'allegazione di una prolungata inerzia del titolare del diritto nel farlo valere, e nella espressione della volontà della parte che la solleva di voler profittare di tale situazione: la circostanza che la banca eccipiente abbia omesso di specificare la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse sul conto corrente rileva non al fine di scrutinare la formulazione dell'eccezione, ma è questione di merito inerente l'esito del giudizio su tale profilo²⁵.

6. *L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi più rigorosa).*

Sezioni Unite sull'onere di allegazione relativo all'eccezione di prescrizione delle rimesse solutorie, reperibile nel sito www.dirittobancario.it; MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1829 ss.; GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1258 ss.; CHIRONI, *Le Sezioni Unite sull'eccezione generica di prescrizione delle rimesse solutorie*, reperibile nel sito www.dirittodelrisparmio.it.

²⁵ Cass., 27 giugno 2017, n. 15954.

Un orientamento minoritario nella giurisprudenza della Suprema Corte, e niente affatto coeso al suo interno, contrapponendosi una tesi più rigorosa ad una meno rigorosa, ritiene che l'eccezione di prescrizione sia ammissibile soltanto ove proposta specificamente, e cioè con l'indicazione delle singole rimesse solutorie. La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite coglie perfettamente la segnalata mancanza di coesione, e con riferimento all'orientamento meno rigoroso parla di una «posizione intermedia», assunta talora in giurisprudenza, tra chi ammette una formulazione generica dell'eccezione di prescrizione, e chi richiede invece una formulazione specifica dell'eccezione stessa.

E così, a fronte di un motivo di ricorso nel quale si lamenta che la Corte del merito abbia accolto l'eccezione di prescrizione genericamente formulata con riferimento a tutte le rimesse affluite sul conto, la Corte di Cassazione accoglie il motivo e statuisce quanto segue: poiché spetta alla banca che eccepisce la prescrizione di allegare e provare quali siano le rimesse che hanno avuto natura solutoria, a fronte della formulazione generica dell'eccezione, indistintamente riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data di proposizione della domanda, il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, ed individuare di ufficio i versamenti solutori²⁶. Evidentemente, siffatta pronunzia confonde onere dell'allegazione ed onere della prova.

Richiedere che l'eccezione di prescrizione vada formulata specificamente, e cioè con l'indicazione delle singole rimesse solutorie, impone un'ulteriore considerazione.

E' discusso se la natura solutoria ovvero ripristinatoria delle rimesse vada determinata utilizzando il c.d. saldo banca, e cioè quello risultante dagli estratti conto, ovvero il c.d. saldo rettificato, e cioè

²⁶ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933; vedi anche Cass., 12 luglio 2018, n. 18479. Non priva di ambiguità (non colte da LECCI, *Saldo zero su azione di ripetizione dell'indebito promossa dal correntista*, reperibile nel sito www.dirittobancario.it) appare Cass., 30 novembre 2017, n. 28819.

quello ricalcolato dal consulente tecnico di ufficio previa eliminazione delle annotazioni illegittime di interessi, anatocismo, commissione di massimo scoperto, ecc.²⁷: sovente, infatti, una rimessa solutoria secondo il c.d. saldo banca va qualificata ripristinatoria secondo il c.d. saldo rettificato. Ove si ritenga che la banca debba formulare l'eccezione di prescrizione specificamente, non può che essere utilizzato il c.d. saldo banca: la banca, infatti, non può prevedere con certezza quali doglianze del correntista verranno accolte, ed in che misura; del resto, non spetta alla banca il compito, che compete al giudice, di accertare quali doglianze del correntista siano fondate, ed in che misura, e siano pertanto meritevoli di accoglimento. Aggiungasi che sarebbe a dir poco assurdo impiegare il c.d. saldo banca al fine della formulazione specifica dell'eccezione di prescrizione, ed il c.d. saldo rettificato al fine della decisione in merito alla stessa eccezione di prescrizione.

L'utilizzazione del c.d. saldo banca per la determinazione della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse appare corretta, in quanto «un pagamento è un atto dovuto e, pertanto, anche se posto in essere su presupposto erroneo o come conseguenza di un atto nullo, resta pur sempre un pagamento, per cui la rimessa che interviene su conto scoperto, anche se il saldo è conseguenza di annotazioni illegittime, mantiene questa sua natura»²⁸: ma siffatta utilizzazione contrasta con quanto statuito in una recente pronunzia dalla Suprema Corte, secondo la quale per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o ripristinatoria occorre previamente eliminare tutti gli addebiti illegittimamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente determinare il reale passivo,

²⁷ Per il c.d. saldo banca si pronunziano TAVORMINA, *op. cit.*, p. 464 s.; QUINTARELLI, *Conto corrente bancario: anatocismo e capitalizzazione; prescrizione; azioni di accertamento e condanna, distribuzione dell'onere probatorio e saldo zero*, reperibile nel sito www.ilcaso.it, p. 11. Per il c.d. saldo rettificato si pronunzia invece MARCELLI, *Anatocismo nei conti bancari*, cit., p. 315; ID., *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari*, cit., p. 19 s.

²⁸ QUINTARELLI, *op. loc. ult. cit.*

al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o no i limiti dell'affidamento concesso²⁹. Del resto, non appare corretto far dipendere la soluzione di quale saldo impiegare per la determinazione della natura delle rimesse dal «dogma» della formulazione specifica dell'eccezione di prescrizione, fatto proprio dall'orientamento più rigoroso della Corte di Cassazione.

7. L'onere dell'allegazione: la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione (la tesi meno rigorosa).

Si è detto che l'orientamento, minoritario nella giurisprudenza della Suprema Corte, che richiede che l'eccezione di prescrizione debba essere formulata specificamente, e cioè con l'indicazione delle singole rimesse solutorie, non è al suo interno coeso.

E così, a fronte di un motivo di ricorso nel quale si lamenta che il giudice del merito abbia riconosciuto la prescrizione dell'azione di ripetizione delle rimesse solutorie, in mancanza di eccezione specifica di prescrizione, la Corte di Cassazione accoglie il motivo e così statuisce: grava sulla banca, a fronte di un rapporto di conto corrente con apertura di credito, l'onere di allegare, al fine dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione (e poi di provare, ai fini della fondatezza dell'eccezione), non il solo mero decorso del tempo, ma anche l'ulteriore circostanza dell'avvenuto superamento, da parte del correntista, del limite dell'affidamento. Tale attività di allegazione, per quanto «attenuata» nella relativa deduzione (e cioè senza la necessità di un'allegazione analitica delle rimesse ritenute solutorie), deve però recare un grado di «specificità» tale da consentire al correntista un adeguato esercizio della difesa sul punto e, in mancanza, la relativa eccezione deve essere respinta, in quanto genericamente formulata, prima che dichiarata infondata: tale dato costituisce infatti il fondamento del fatto estintivo della pretesa azionata in giudizio dal correntista, dal momento che soltanto nelle operazioni extra fido può

²⁹ Cass., 19 maggio 2020, n. 9141. Vedi anche Cass., 12 aprile 2018, n. 9077.

ravvisarsi un'attività solutoria, con decorso della prescrizione dalla data del versamento, anziché da quella di chiusura del conto³⁰.

Non vi è bisogno di molte parole per dimostrare come, e quanto, questa pronunzia diverga da quelle in precedenza esaminate (anche se tutte, questa meno di quelle, sembrano non avere una chiara percezione della distanza corrente tra onere dell'allegazione ed onere della prova): nell'ambito dell'orientamento che richiede la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione si contrappongono, come si è detto, una tesi più rigorosa ed una tesi meno rigorosa.

Certamente, è da salutare con favore l'assunto della tesi meno rigorosa secondo cui non è necessaria un'allegazione analitica delle rimesse solutorie, essendo sufficiente invece un'allegazione «attenuata», e cioè se ben si intende limitata all'avvenuto superamento da parte del correntista del limite del fido. Tutto da esplorare, nel silenzio della pronunzia, è invece il riferimento, piuttosto oscuro, alla necessità di un grado di «specificità» nell'allegazione tale da garantire al correntista un adeguato esercizio del diritto di difesa sul punto; del pari tutta da esplorare è la coesistenza, vi è da credere difficile, tra allegazione «attenuata» e necessità di un certo grado di «specificità» della stessa, che sembra sposare una logica da un colpo al cerchio ed uno alla botte.

8. *L'onere dell'allegazione: la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione.*

In ordine all'onere dell'allegazione, la Suprema Corte è compatta nell'affermare che, in tema di prescrizione, elemento costitutivo della relativa eccezione è l'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la determinazione della durata di questa, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una *quaestio iuris* concernente l'identificazione del diritto stesso e del regime prescrizione per esso previsto dalla legge. Ne consegue che la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di

³⁰ Cass., 24 maggio 2018, n. 12977.

manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, non anche di indicare direttamente o indirettamente, attraverso la specifica menzione della durata dell'inerzia, le norme applicabili al caso di specie³¹. Ed in questo senso si esprime anche la sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite.

In applicazione di siffatta statuizione, si muove, correttamente e coerentemente, gran parte della giurisprudenza della Suprema Corte che, in ordine alle modalità di formulazione dell'eccezione di prescrizione, ritiene ammissibile che la stessa sia proposta genericamente, e cioè senza l'indicazione delle singole rimesse solutorie³².

E così, non compete alla banca di fornire la specifica indicazione delle rimesse solutorie alle quali si applica la prescrizione, in quanto tale incombente è estraneo alla disciplina positiva di tale eccezione. Infatti, come si è detto, secondo la pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene: una allegazione in tal senso non cessa di essere tale ove la banca correli l'inerzia anche ad atti (versamenti ripristinatori) che non incidono sul diritto di ripetizione fatto valere dal cliente³³.

Il ragionamento è impeccabile, in quanto nel più sta il meno. L'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca con generico riferimento a tutte le rimesse effettuate sul conto oltre dieci anni prima della notificazione dell'atto di citazione può avere evidentemente ad oggetto tanto rimesse solutorie quanto rimesse ripristinatorie della

³¹ Giurisprudenza consolidata, a far data da Cass., Sez. un., 25 luglio 2002, n. 10955, in *Foro it.*, 2003, I, c. 879 ss., con *Nota* di D'AMICO; in *Giur. it.*, 2003, p. 662 ss., con nota di CANAVESE, *L'eccezione di prescrizione nel sistema delle preclusioni: un'importante pronuncia delle Sezioni Unite*.

³² Cass., 29 novembre 2018, n. 30885; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144; Cass., 8 marzo 2018, n. 5571; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4468; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 15 giugno 2017, n. 14895; Cass., 30 gennaio 2017, n. 2308.

³³ Cass., 26 luglio 2017, n. 18581; Cass., 27 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144.

provvista: l'eccezione è ammissibile, ma va rigettata con riguardo alle rimesse ripristinatorie³⁴.

Pertanto, con ragione si afferma che il carattere, solutorio o ripristinatorio, delle singole rimesse non incide sul contenuto dell'eccezione, che rimane sempre lo stesso indipendentemente dalla natura, solutoria o ripristinatoria, delle rimesse stesse: ne consegue che la banca, convenuta in ripetizione, non è nella formulazione dell'eccezione di prescrizione onerata dall'allegazione specifica delle rimesse solutorie³⁵.

La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite giunge così alla conclusione che l'elemento qualificante dell'eccezione di prescrizione è l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, che costituisce il fatto principale al quale la legge riconnette l'effetto estintivo: richiedere al convenuto, ai fini della valutazione dell'ammissibilità dell'eccezione, che tale inerzia sia connotata con riferimento al termine iniziale della stessa, mercè l'individuazione e la specificazione delle diverse rimesse solutorie, comporterebbe l'introduzione di una sorta di «tipizzazione» delle diverse forme di prescrizione, che la giurisprudenza della Suprema Corte esclude³⁶.

A riprova della esattezza delle considerazioni sin qui illustrate, vengono invocate dalla giurisprudenza della Suprema Corte due argomentazioni.

In primo luogo, si fa ricorso al principio di simmetria (se così si può dire): poiché il correntista, attore in ripetizione, non è tenuto a precisare i pagamenti indebiti oggetto della pretesa azionata, non si

³⁴ Cass., 30 gennaio 2017, n. 2308.

³⁵ Cass., 26 luglio 2017, n. 18581; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144.

³⁶ La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite rinvia a Cass., Sez. un., 25 luglio 2002, n. 10955. In senso conforme, vedi da ultimo Cass., 28 ottobre 2019, n. 27555; Cass., 28 febbraio 2020, n. 5610; Cass., 5 marzo 2020, n. 6195; Cass., 11 marzo 2020, n. 7013, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2020, con nota di MINERVINI, *Ancora in tema di versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140; Cass., 19 maggio 2020, n. 9141.

vede per quale ragione la banca convenuta che eccepisca la prescrizione dovrebbe essere gravata dall'onere di indicare i versamenti solutori, in ordine ai quali la prescrizione può operare³⁷. E questa argomentazione viene autorevolmente condivisa dalla sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite.

In secondo luogo, si ricorre ad un argomento *a fortiori*: la non necessità di una analitica enunciazione delle rimesse solutorie vale ancora di più ove si ipotizzi che il conto non sia affidato, perché tale evenienza determina come conseguenza che le rimesse affluite sul conto in passivo non possano avere natura ripristinatoria³⁸.

Non resta che accogliere, con soddisfazione, l'intervento chiarificatore della sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite, che alla luce della distinzione tra onere dell'allegazione ed onere della prova risolve una volta per tutte l'annoso problema della formulazione dell'eccezione di prescrizione nella materia in esame: si tratta di un intervento destinato ad avere un notevole impatto nel panorama del contenzioso bancario, in quanto va ad incidere sulla condotta processuale delle parti³⁹.

Concludendo sul punto, occorre essere consapevoli che in realtà «è un falso problema quello della specificità dell'eccezione di prescrizione»⁴⁰. E tale falso problema «ben si inquadra nell'orientamento, oramai sempre più diffuso, che vede la giurisprudenza aprire le maglie delle norme più restrittive sulla prescrizione ogni qual volta vi sia un soggetto debole da proteggere»⁴¹.

³⁷ Cass., 26 luglio 2017, n. 18581; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 10 luglio 2018, n. 18144; Cass., 19 maggio 2020, n. 9141.

³⁸ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372.

³⁹ GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1258. Vedi anche ID., *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 488.

⁴⁰ TAVORMINA, *op. cit.*, p. 462. Vedi anche MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitto*, cit., p. 1832.

⁴¹ Così FLICK, *op. cit.*, p. 619. Sul punto, vedi anche DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012*, cit., p. 439; AIELLO, *La Consulta boccia la novella legislativa sulla prescrizione della ripetizione degli interessi anatocistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 1056.

9. *L'onere della prova: il ricorso a criteri di normalità o a presunzioni.*

Esaurita la trattazione del problema dell'onere dell'allegazione, si può passare ad esaminare il tema dell'onere della prova: con l'avvertenza che il quadro della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di prova è forse ancora più articolato e complesso, rispetto a quello in materia di allegazione, sin qui illustrato.

Un primo orientamento giurisprudenziale fa ricorso a criteri di normalità o a presunzioni, ed addossa l'onere di provare la natura solutoria delle rimesse alla banca. Così, si afferma che i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista, e non determinano spostamenti patrimoniali dal *solvens* all'*accipiens*, e poichè tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto una diversa finalizzazione dei singoli versamenti deve essere in concreto provata da parte di chi intenda far valere la prescrizione⁴².

Questi assunti – la normale funzione ripristinatoria della provvista; la corrispondenza di tale funzione allo schema tipico del contratto di conto corrente – rappresentano nient'altro che delle petizioni di principio⁴³.

Altre pronunzie del Supremo Collegio ritengono che, qualora l'avvenuta stipulazione *inter partes* del contratto di apertura di credito non sia in contestazione, la natura ripristinatoria delle rimesse è presunta, sicché spetta alla banca che eccepisce la prescrizione di

⁴² Cass., 26 febbraio 2014, n. 4518, in *Danno e resp.*, 2014, p. 825 ss., con nota di COLANGELO, *Prescrizione dell'azione di ripetizione: dalla Cassazione un primo rimedio*.

⁴³ Vedi DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 6 ss.; QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 20; SANGERMANO, *Versamenti indebiti in conto corrente*, cit., pp. 473 e 475; GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 488.

(allegare e) provare quali siano le rimesse che hanno avuto funzione solutoria⁴⁴.

Tuttavia, siffatta presunzione è priva dei requisiti della gravità, precisione e concordanza, di cui all'art. 2729, comma 1, c.c. (sui quali non a caso le pronunzie non spendono nemmeno una parola), e non può determinare l'onere della prova.⁴⁵

A conferma dell'esattezza di quanto si è testé detto, giova segnalare come in dottrina si rinvengano assunti per così dire eguali e contrari: si afferma cioè che sussisterebbe una presunzione secondo la quale ogni rimessa su di un conto corrente bancario con saldo passivo per il cliente avrebbe natura solutoria, salvo prova contraria che incomberebbe sul cliente stesso⁴⁶.

Naturalmente, come sottolinea la sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite, la presunta natura ripristinatoria dei versamenti, riferendosi allo schema delle presunzioni, attiene al profilo probatorio, che va distinto da quello allegatorio, rilevante al fine dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione.

10. L'onere della prova: la commistione con la formulazione «specificata» dell'eccezione di prescrizione.

L'orientamento che richiede, a pena di inammissibilità dell'eccezione di prescrizione, una formulazione «specificata» della stessa, sostiene che l'onere di provare la natura solutoria delle rimesse incombe sulla banca.

Così, si afferma che, poiché spetta alla banca che eccepisce la prescrizione di allegare e provare quali siano le rimesse che hanno

⁴⁴ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933; Cass., 12 luglio 2018, n. 18479; Cass., 9 luglio 2018, n. 17998. Conformi, TIDONA, *Se l'apertura di credito bancario non è in contestazione la natura ripristinatoria delle rimesse bancarie è presunta in danno della banca*, reperibile nel sito www.tidona.com; LANNUTTI, *Sulla prescrizione dei conti bancari, la Cassazione dà ragione all'Adusbef*, reperibile nel sito www.ilfoglietto.it.

⁴⁵ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 7.

⁴⁶ BONTEMPI, *Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 1032.

avuto natura solutoria, a fronte della formulazione generica dell'eccezione di prescrizione, riferita a tutti i versamenti effettuati sul conto, il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, ed individuare di ufficio i versamenti solutori⁴⁷.

Siffatte pronunzie identificano e confondono onere della prova ed onere dell'allegazione, e pongono l'onere della prova a carico della banca in maniera apodittica. Superfluo aggiungere che, ove si ritenga che sia la banca a dover provare la sussistenza di rimesse solutorie, ove la banca non adempia a siffatto onere l'eccezione «generica» di prescrizione va rigettata *ex art. 2697*, comma 2, c.c., fermo restando che l'eccezione è ritualmente proposta *ex art. 2938* c.c.

Parimenti, si afferma che, a fronte di un rapporto di conto corrente con apertura di credito, l'onere di allegare, al fine dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione, e poi di provare, ai fini della fondatezza dell'eccezione stessa, non soltanto il mero decorso del tempo, ma anche l'avvenuto superamento, da parte del correntista, del limite dell'affidamento, grava sulla banca. Tale attività di allegazione deve recare un certo grado di «specificità», sicché in mancanza la relativa eccezione deve essere respinta, in quanto genericamente formulata, prima che dichiarata infondata⁴⁸.

La pronunzia distingue onere dell'allegazione ed onere della prova, ma incorre in una petizione di principio allorquando pone l'onere della prova a carico della banca.

11. *L'onere della prova: la commistione con la formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione e la C.T.U.*

Una posizione più sfumata, rispetto a quelle sin qui illustrate, che con varie argomentazioni ritengono sia onere della banca di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse, è accolta da buona parte di quell'orientamento

⁴⁷ Cass., 7 settembre 2017, n. 20933. Cfr. anche Cass., 30 novembre 2017, n. 28819; Cass., 12 luglio 2018, n. 18479.

⁴⁸ Cass., 24 maggio 2018, n. 12977.

giurisprudenziale che ritiene ammissibile una formulazione «generica» dell'eccezione di prescrizione.

Così, si sottolinea come, a fronte dell'esistenza di un contratto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerge dagli estratti conto che il correntista, attore in ripetizione, ha l'onere di produrre in giudizio, sicché la prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione dell'eccezione di prescrizione è nella disponibilità del giudice, ove il correntista assolva al proprio onere probatorio (ove ciò non avvenga, mancherebbe la prova del fatto costitutivo del diritto azionato, onde la domanda del correntista attore andrebbe respinta senza necessità di esaminare l'eccezione di prescrizione). Pertanto, in un quadro processuale definito dalla presenza degli estratti conto, una volta che la banca convenuta abbia eccepito la prescrizione, compete al giudice di verificare quali rimesse, per essere ripristinatorie (o per essere attuate su di un conto in attivo), siano irrilevanti ai fini della prescrizione, non potendosi considerare quali pagamenti. Insomma, la distinzione concettuale tra versamenti solutori e ripristinatori impone al giudice, se del caso con l'ausilio del consulente tecnico di ufficio, di selezionare giuridicamente le rimesse che assumono corretta rilevanza ai fini della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito⁴⁹. In altre parole, introdotta correttamente l'eccezione di prescrizione, ben poteva il giudice del merito, come ha fatto, indicarne la decorrenza sulla base della tipologia delle rimesse sul conto, deducendone la natura – solutoria o ripristinatoria – dall'elaborato del consulente che, ricostruendo l'andamento del conto corrente, non ha obliterato l'onere della prova, ma ha semplicemente posto a disposizione del giudice un accertamento tecnico legittimamente disposto nell'ambito del potere del giudice di istruire il giudizio⁵⁰: la prova della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse può essere raggiunta attraverso l'espletamento di una consulenza tecnica di ufficio⁵¹. Ancora, a fronte

⁴⁹ Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372; Cass., 26 luglio 2017, n. 18581.

⁵⁰ Cass., 23 febbraio 2018, n. 4468.

⁵¹ Cass., 31 agosto 2017, n. 20658.

di un'eccezione di prescrizione formulata dalla banca con riferimento alla richiesta di restituzione di tutte le rimesse, la Corte territoriale correttamente può limitarsi a dichiararla fondata solo in parte, distinguendo tramite l'ausilio del consulente tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie⁵².

La sentenza n. 15895 del 2019 delle Sezioni Unite sottolinea, peraltro, che il problema della «specificata» indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano dell'allegazione a quello della prova, sicché il giudice valuta la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere della prova, se del caso avvalendosi di una consulenza tecnica di ufficio a carattere percipiente⁵³.

Questi assunti sono equivoci, nella misura in cui si rifugiano nel ricorso ad una consulenza tecnica di ufficio, se del caso percipiente, senza chiarire se sia onere della banca di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse, e se invece sia onere del cliente di provare l'esistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse stesse.

12. *L'onere della prova: l'apertura di credito come fatto modificativo o impeditivo.*

Di recente, numerose pronunzie della Suprema Corte addossano l'onere della prova in capo al cliente, e non alla banca, sulla scorta di argomentazioni completamente differenti, rispetto a quelle sin qui illustrate: spetta al primo, cioè, l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse, e non alla seconda l'onere di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse stesse. E così, si sostiene che, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto

⁵² Cass., 30 gennaio 2017, n. 2308; vedi anche Cass., 15 giugno 2017, n. 14895; Cass., 29 novembre 2018, n. 30885.

⁵³ Sul punto vedi GUADAGNO, *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1262 s.

alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dei pagamenti, diviene onere del cliente di provare il fatto modificativo ovvero impeditivo, consistente nell'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quei versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata⁵⁴. Ancora, questi assunti non contrastano con quell'orientamento giurisprudenziale, sopra esaminato, secondo cui i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista, e non determinano spostamenti patrimoniali dal *solvens* all'*accipiens*, e poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto una diversa finalizzazione dei versamenti deve essere provato dalla banca⁵⁵: tale orientamento presuppone l'esistenza di un contratto di apertura di credito, sicché in caso di conto non affidato tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie⁵⁶.

La qualificazione dell'esistenza dell'apertura di credito come fatto modificativo o impeditivo (a fronte della prescrizione come fatto estintivo), con conseguente onere della prova in capo al cliente *ex art.* 2697, comma 2, c.c., lascia a dir poco perplessi. Del pari fragile appare il tentativo di mostrare una convergenza tra la tesi in parola ed il precedente orientamento della Suprema Corte, che afferma che i versamenti hanno normalmente funzione ripristinatoria.

In dottrina, peraltro, si guarda con favore agli assunti giurisprudenziali in parola, e si parla dell'esistenza di un'apertura di

⁵⁴ Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704; Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705; Cass., 30 gennaio 2019, n. 2660; Cass., 9 dicembre 2019, n. 32016, reperibile nel sito www.dirittodelrisparmio.it, con nota di ZURLO, *Rideterminazione del rapporto dare-avere, ripetizione dell'indebito e carattere delle rimesse: una nuova pronuncia riepilogativa della Suprema Corte*; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2435; Cass., 28 febbraio 2020, n. 5610; Cass., 11 marzo 2020, n. 7013; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140.

⁵⁵ Così, Cass., 26 febbraio 2014, n. 4518, richiamata da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704, e da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705.

⁵⁶ Così, Cass., 24 maggio 2018, n. 12977, e Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372, richiamate da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27704, e da Cass., 30 ottobre 2018, n. 27705. In dottrina, vedi per tutti SANGERMANO, *Versamenti indebiti in conto corrente*, cit., p. 475.

credito quale fatto positivo fondante la domanda di indebito, e cioè come fatto impeditivo dell'eccezione di prescrizione, sicché l'onere della prova è a carico del correntista⁵⁷.

13. *L'onere della prova: chi eccepisce prova i fatti sui quali l'eccezione si fonda.*

Alla luce di quanto sin qui illustrato, appare evidente che in tema di onere della prova la Suprema Corte appare divisa in più orientamenti. Non resta che confidare, allora, in un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, che consenta di definire una volta per tutte l'annoso problema se la banca abbia l'onere di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura solutoria delle rimesse, o invece se il cliente abbia l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito, e quindi la natura ripristinatoria della provvista delle rimesse stesse. Al riguardo, va sottolineato che sul piano dell'onere della prova si gioca una partita importante, e forse decisiva, nell'ambito del contenzioso bancario: e ciò rende ancora più urgente l'auspicato intervento delle Sezioni Unite⁵⁸.

Peraltro, occorre essere consapevoli della circostanza che è più difficile per la banca provare un fatto negativo (fondante l'eccezione di prescrizione), quale l'inesistenza di un'apertura di credito, o l'inesistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare, laddove è più facile per il cliente provare un fatto positivo (impeditivo dell'eccezione di prescrizione), quale l'esistenza di un'apertura di credito, o l'esistenza di un'apertura di credito superiore

⁵⁷ GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 488 s.; ID., *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1264. Vedi anche QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 21 s.; STILO, *Prescrizione ed anatocismo nei rapporti bancari*; cit., p. 471; BONTEMPI, *Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente*, cit., p. 1032. Ritiene preferibile la soluzione meno rigorosa, quanto agli oneri di prova gravanti sulla banca, COLOMBO, *Questioni in materia di prescrizione*, cit., p. 318.

⁵⁸ GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 489; ID., *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1264 s.

ad un certo ammontare: e da ciò dipende in sostanza la qualificazione di una rimessa come solutoria, o invece come ripristinatoria della provvista. All'opposto, pare evidente che il principio, di matrice giurisprudenziale, della vicinanza alla prova milita in senso diametralmente opposto, in quanto la banca è più vicina alla prova, essendo deputata alla tenuta del conto⁵⁹.

Nell'attesa dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, sia consentito formulare le seguenti considerazioni. Il tema in esame è particolarmente complesso, in quanto coinvolge due profili alquanto delicati: sul piano dell'onere della prova, quello della distinzione tra fatti costitutivi (dell'eccezione di prescrizione) e fatti impeditivi o modificativi (dell'eccezione stessa), distinzione difficile ed opinabile⁶⁰; sul piano della prescrizione, quello dell'individuazione del *dies a quo* (e cioè della decorrenza del termine), individuazione quanto mai ardua⁶¹.

Orbene, se un appunto può essere mosso alla giurisprudenza della Suprema Corte che ha affrontato il tema in parola è quello di aver trascurato siffatti due profili di teoria generale, e di aver elaborato soluzioni, come si è visto alquanto diversificate, argomentando soltanto sulla scorta delle peculiarità della fattispecie in esame, laddove il problema se la banca abbia l'onere di provare l'inesistenza di un'apertura di credito, o se invece il cliente abbia l'onere di provare l'esistenza di un'apertura di credito, può essere avviato a soluzione a condizione di impostare correttamente tali due profili.

⁵⁹ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione*, cit., p. 9 ss. *Contra*, da differenti angoli visuali, QUINTARELLI, *Conto corrente bancario*, cit., p. 23 s.; GUADAGNO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova*, cit., p. 489; ID., *I requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione*, cit., p. 1264.

⁶⁰ Cfr. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, ristampa, p. 272 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 179 ss.; PATTI, *Prove, Disposizioni generali*, Bologna-Roma, 1987, p. 91 ss. Per ulteriori citazioni si rinvia a FORNACIARI, *Decadenza e onere della prova*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 456 nt. 7.

⁶¹ Così, ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 42 nt. 66, che richiama l'insegnamento di AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 24 ss.

È pacifico, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, che chi eccepisce la prescrizione deve dimostrare gli elementi su cui l'eccezione si fonda⁶², e cioè i fatti costitutivi dell'eccezione stessa. In senso conforme si pronunzia la dottrina, tanto civilistica⁶³ quanto processualcivilistica⁶⁴: gli estremi della prescrizione, e cioè gli elementi costitutivi della stessa, debbono essere provati da chi solleva l'eccezione⁶⁵.

E' del pari pacifico, nella giurisprudenza della Suprema Corte, che spetta a chi eccepisce la prescrizione l'onere della prova in ordine alla individuazione temporale del *dies a quo*⁶⁶, e quindi l'onere di dimostrare l'avvenuto decorso del termine⁶⁷: ove sorga disputa circa la data in cui il preteso diritto sia nato, spetta al convenuto l'onere della relativa prova, siccome quella circostanza è uno degli elementi integrativi (=costitutivi) dell'eccezione di prescrizione da lui sollevata⁶⁸. La dottrina concorda sul punto, ed afferma che l'onere di provare il giorno da cui la prescrizione comincia a decorrere grava su colui che eccepisce la prescrizione⁶⁹: l'oggetto della prova è il decorso del tempo, e quindi il fatto dal cui compimento la legge fa decorrere il

⁶² Cass., 13 marzo 1978, n. 1259, in *Giur. it.*, 1978, 1, I, c. 1900 ss.; Cass., 19 dicembre 1980, n. 6568, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1415 ss.; in tema di prescrizione presuntiva, Cass., 21 maggio 1962, n. 1163, in *Giur. it.*, 1963, 1, I, c. 788 ss.; in tema di decadenza, Cass., 14 marzo 1983, n. 1888, *ivi*, 1984, 1, I, c. 336 ss., con nota di DANUSSO, *Decadenza dalla garanzia per vizi e onere della prova*; in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2366 ss., con nota di RUSSO, *Dell'onere della prova della denuncia dei vizi di cui all'art. 1495 c.c.*

⁶³ GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma, 1964, p. 141; ORENCO, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966, p. 77 nt. 5; PATTI, *op. cit.*, p. 98 nt. 4.

⁶⁴ MICHELI, *op. cit.*, p. 379 s.; ORIANI, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ Così, GENTILE, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁶ Cass., 6 febbraio 2008, n. 2797; Cass., 19 marzo 2012, n. 4366.

⁶⁷ Cass., 13 luglio 2001, n. 9563. Vedi anche Cass., 13 dicembre 2002, n. 17832; Cass., 18 luglio 2016, n. 14662.

⁶⁸ Cass., 19 dicembre 1980, n. 6568.

⁶⁹ ORENCO, *Le prescrizioni presuntive*, cit., p. 78 nt. 5; RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, Torino, 1985, p. 171.

termine⁷⁰, sicché nella controversia sul giorno in cui poteva essere fatto valere il diritto vantato in giudizio l'onere della prova spetta al convenuto che abbia eccepito la prescrizione, dato che il momento della decorrenza è uno degli elementi integrativi (=costitutivi) dell'eccezione⁷¹. In altre parole, il convenuto che eccepisce la prescrizione deve provare che la pretesa dell'attore è stata esercitata ad avvenuto compimento del termine di prescrizione⁷²: ovviamente, oggetto della prova è non il computo aritmetico del tempo, ma la dimostrazione del *dies a quo*⁷³. In sintesi, il «momento della decorrenza determina il tema della prova»⁷⁴.

Tirando le fila del discorso sin qui svolto, l'onere di provare il giorno da cui la prescrizione inizia a decorrere incombe su chi eccepisce la prescrizione dell'azione di ripetizione, e quindi sulla banca, essendo disputato tra le parti il *dies a quo* (la data di chiusura del conto, secondo il cliente; le date di effettuazione delle singole rimesse, secondo la banca). L'oggetto di tale prova è, nel caso di specie, la natura solutoria delle rimesse effettuate, e cioè l'inesistenza di un'apertura di credito, sicché la prescrizione viene a decorrere non dalla data di (estinzione del saldo di) chiusura del conto, ma dalla data di effettuazione delle rimesse. Ed in questo senso si pronunzia talvolta, ma per vero senza addurre particolari argomentazioni, anche la Suprema Corte⁷⁵.

A riprova, vi è in dottrina chi invoca il principio del «parallelismo» tra onere dell'allegazione ed onere della prova⁷⁶ (ma la vigenza di siffatto principio è ben lungi dall'essere pacifica⁷⁷, ritenendosi anzi

⁷⁰ VITUCCI, *La prescrizione*, I, Milano, 1990, p. 213.

⁷¹ VITUCCI, *op. ult. cit.*, p. 215.

⁷² (MONATERI e) COSTANTINI, *La prescrizione*, Milanofiori Assago, 2009, p. 187. Vedi anche ORIANI, *op. cit.*, p. 42 s.; VITUCCI, *op. ult. cit.*, p. 213 s.

⁷³ GENTILE, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁴ VITUCCI, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁵ Cass., 30 novembre 2017, n. 28819; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2026; Cass., 21 dicembre 2018, n. 33320.

⁷⁶ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 5.

⁷⁷ Cfr. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 267.

nella dottrina processualcivilistica non avere fondamento la tesi della necessaria correlazione tra onere dell'allegazione ed onere della prova⁷⁸); e chi, sulle orme della giurisprudenza⁷⁹, propone di applicare il combinato disposto degli articoli 2697, comma 2, e 2938 c.c. (chi eccepisce che l'azione di ripetizione dell'indebito si è estinto per prescrizione deve provare i fatti sui quali l'eccezione si fonda⁸⁰), in quanto le sole eccezioni in senso stretto (quale la prescrizione), e non le eccezioni in senso lato (né le mere difese), sono idonee a fondare l'onere della prova⁸¹.

Naturalmente, non può nascondersi che la banca si imbatte al riguardo in qualche difficoltà, quando è chiamata a provare un fatto negativo quale l'inesistenza di un'apertura di credito, ovvero l'inesistenza di un'apertura di credito superiore ad un certo ammontare, dal quale può dipendere in sostanza la qualificazione di una rimessa come solutoria, o invece come ripristinatoria della provvista⁸². Viene allora in soccorso della banca quel consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto negativo, e cioè non avvenuto, la relativa prova può essere data dimostrando uno specifico fatto positivo incompatibile con l'esistenza del fatto di cui si afferma l'inesistenza, o anche mediante presunzioni semplici dalle quali possa desumersi il fatto negativo⁸³.

⁷⁸ COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 200 s.

⁷⁹ Cass., 13 luglio 2001, n. 9563; Cass., 8 giugno 2017, n. 14282; in tema di decadenza, Cass., 10 gennaio 2017, n. 281.

⁸⁰ MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1828; ID, *Ancora in tema di versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*, cit. Diversamente, VITUCCI, *op. cit.*, p. 212.

⁸¹ MICHELI, *op. cit.*, p. 379 ss. *Contra*, VERDE, *op. cit.*, p. 421 ss.

⁸² Difficoltà forse sottovalutate da DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 8 ss., secondo cui la prova sarebbe di «taglio» positivo (presenza di uno sconfinamento).

⁸³ Cass., 13 giugno 2013, n. 14856.

Pertanto, il difetto della prova della natura solutoria delle rimesse importa il rigetto dell'eccezione di prescrizione *ex art. 2697*, comma 2, c.c., non avendo la banca eccipiente adempiuto all'onere della prova che per legge le incombe, fermo restando che l'eccezione di prescrizione è ritualmente formulata, ai sensi dell'art. 2938 c.c.

Concludendo, al cliente che agisce in ripetizione spetta di provare l'effettuazione delle rimesse, producendo gli estratti conto⁸⁴, laddove «alla banca che eccepisce l'intervenuta prescrizione tocca provare i fatti costitutivi che la sollevata eccezione sorreggono e, per conseguenza, pure quelli perimetrali della medesima»⁸⁵, e quindi la natura solutoria, e non ripristinatoria della provvista, delle rimesse effettuate.

⁸⁴ Sull'onere del correntista, che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebitto, di documentare l'andamento del rapporto con la produzione degli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione, in quanto riferite a somme non dovute, vedi Cass., 23 ottobre 2017, n. 24948; con ampie ed articolate argomentazioni, e con significative precisazioni, Cass., 2 maggio 2019, n. 11543, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3224 ss., con *Nota* di LAGHEZZA; Cass., 26 settembre 2019, n. 24049; Cass., 9 ottobre 2019, n. 25373, in *Riv. dir. risparmio*, 2019, p. 109, con nota di CHIRONI, *I casi di azzeramento del saldo nel caso di azione promossa dal correntista*; Cass., 9 dicembre 2019, n. 32016; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2435; Cass., 19 maggio 2020, n. 9140.

⁸⁵ DOLMETTA, *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»*, cit., p. 5.

TIZIANA MONTECCHIARI
Professoressa associata di diritto privato
Università degli Studi di Macerata

DIRITTI DELLA PERSONA E RESPONSABILITÀ CIVILE NELL'ERA DIGITALE

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico e normativo dei diritti della personalità. – 2. I diritti della persona nella rete: il caso del *cyberbullismo*. – 3. Il diritto all'oblio. – 4. Strumenti digitali, tutela della persona e responsabilità civile. – 5. Protezione dei dati personali al tempo del *coronavirus*. L' "incertezza" del diritto. Postilla.

1. Inquadramento sistematico e normativo dei diritti della personalità.

I diritti della personalità sono diritti soggettivi assoluti che spettano all'essere persona in quanto tale, funzionalmente diretti ad affermare e garantire esigenze di carattere esistenziale¹.

Inoltre, tali diritti sono inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili e imprescrittibili proprio in quanto rivolti alla tutela di beni immateriali e immanenti della persona fisica.

¹ P. PERLINGIERI, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 624; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005; CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 355; MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355; RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1990; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993; FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1; ALPA e RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2006, p. 410; BIANCA, *Diritto Civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1995, p. 588; VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli - Oltre il consumatore*, Padova, 2013, *passim*.

L'origine dei diritti della personalità, intesi in senso moderno, in quanto tali situazioni giuridiche protette presuppongono una socialità allargata e si giustificano in ragione della dimensione relazionale dell'uomo, risale alla Pandettistica tedesca dell'Ottocento² la quale li riferisce a qualità essenziali della personalità di un soggetto, non aventi carattere patrimoniale, inalienabili e imprescrittibili.

Tuttavia, è da rilevare come la tutela dei diritti della persona è stata identificata nel contesto normativo e giurisprudenziale solo in tempi recenti.

La Costituzione italiana del 1948 ha individuato sicuramente un nuovo modo di concepire e tutelare i diritti della personalità, al pari di altre Costituzioni europee contemporanee, di istanze personalistiche e solidaristiche, mentre la normativa del codice civile del 1942, pur interpretata alla luce dei principi costituzionali, non appare sufficientemente adeguata alla realtà contemporanea in materia di diritti della personalità e si ritiene che essa debba essere coordinata ed integrata con fonti internazionali.

Fondamentale è al riguardo al Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, ma anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea formulata a Nizza il 7 dicembre del 2000, ora integrata nel Trattato sulla Costituzione europea, in cui si prevede che l'Unione Europea pone la persona al centro della sua azione e afferma l'inviolabilità della dignità umana; inoltre, convenzioni internazionali, non solo europee, hanno contribuito ad arricchire il quadro dei diritti della personalità, tutelando l'identità personale, un diritto "naturale", prima che giuridico.

Non vi è dubbio che l'accelerazione dell'evoluzione scientifica e tecnologica degli ultimi decenni ha determinato nell'uomo, nel suo modo di agire, di pensare, di lavorare, ecc., cambiamenti sostanziali anche a livello di relazioni sociali. In particolare, lo sviluppo delle tecnologie più recenti, prima informatiche e poi telematiche, ha determinato, sul finire del secondo millennio, la nascita di dimensioni

² ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 80 ss.; FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento*, Torino, 2016, p. 380; ALESSI, MAZZARESE e MAZZAMUTO, *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di A. Galasso*, Milano, 2013, p. 12.

nuove, chiamate “virtuali” che tendono ad incidere direttamente e significativamente sulle relazioni umane e, di conseguenza, sull’esistenza stessa, la rilevanza e le modalità di tutela dei diritti della personalità.

Infatti, a conferma di quanto sopra espresso, la caratteristica di norma aperta dell’art. 2 Cost. consente, anche grazie a copiosa interpretazione giurisprudenziale, di rinvenire nuovi valori della persona fortemente condizionati o addirittura ispirati dai processi evolutivi di un dato momento storico, come l’ipotesi degli strumenti digitali utilizzati nelle relazioni sociali e comunicative nel tempo attuale.

Al fine di un inquadramento normativo e sistematico, con l’espressione “diritti della personalità”, tradizionalmente, ci si riferisce a situazioni giuridiche soggettive tutelate dall’ordinamento e, in particolare, si ricorda che il nostro codice civile del 1942 prende espressamente in considerazione l’integrità fisica (art. 5), il nome (artt. 6-9), l’immagine (art. 10), l’onore e la reputazione nell’ambito di attività commerciali (art. 2598).

Altre situazioni giuridiche protette, che si fanno rientrare nell’alveo dei diritti in parola, sono disciplinate dal codice penale o da alcune leggi speciali.

E’ il caso del diritto morale d’autore (artt. 20-24, 81 e 142, legge n. 633 del 1941 sul diritto d’autore, con le modifiche apportate dalla legge 3 maggio 2019, n. 37, art. 15), nonché della riservatezza e della privacy sui propri dati personali (art. 8 Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ratificata con la legge n. 848 del 1985; artt. 615 bis, 61 bis, e 620 c.p.; legge n. 675 del 1996 (Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali); D. lgs n. 196/2003, il Codice in materia di protezione dei dati personali che ha abrogato la precedente citata legge n. 675/1996; in campo parzialmente differente si è posto il D. lgs n. 70 del 9 aprile 2003, emanato sulla base della delega contenuta nella legge comunitaria 2001³, con il quale l’Italia ha dato finalmente attuazione alla direttiva

³ Legge 1 marzo 2002, n. 39: *Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2001*, G.U. n. 72 del 26 marzo 2002, suppl. ord., che aveva infatti delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo per dare attuazione alla direttiva europea sul commercio elettronico.

2000/31/CE dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno; infine, il più specifico e recente provvedimento denominato con l'acronimo "GDPR", ovvero il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, ufficialmente regolamento (UE) n. 2016/679 in sigla RGPD, dell'Unione europea in materia di trattamento dei dati personali e di privacy, adottato il 27 aprile 2016, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 4 maggio 2016, entrato in vigore il 24 maggio dello stesso anno ed operativo, tuttavia, dal 25 maggio 2018⁴.

Dalla sua entrata in vigore, il GDPR ha sostituito i contenuti della Direttiva europea sulla protezione dei dati (Direttiva

⁴ Con questo regolamento, la Commissione europea si propone come obiettivo quello di rafforzare la protezione dei dati personali di cittadini dell'Unione europea (UE) e dei residenti nell'UE, sia all'interno che all'esterno dei confini dell'UE, restituendo ai cittadini il controllo dei propri dati personali, semplificando il contesto normativo che riguarda gli affari internazionali, unificando e rendendo omogenea la normativa *privacy* dentro l'UE. Il testo affronta anche il tema dell'espportazione di dati personali al di fuori dell'UE e obbliga tutti i titolari del trattamento dei dati (anche con sede legale fuori dall'UE) che trattano dati di residenti nell'UE ad osservare e adempiere agli obblighi previsti.

Per un interessante commento, fra gli altri, cfr. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017.

Infine, rimane da precisare che il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (cosiddetto "decreto *privacy*"), che recepisce formalmente il GDPR nella normativa italiana, in vigore dal 19 settembre 2018, da alcuni definito *nuova privacy*, ha novellato profondamente il codice della privacy n. 196/2003 che, comunque, è in corso di validità per gli specifici articoli non esplicitamente abrogati dal detto decreto. Infatti, il comma 6 dell'art. 22 recita:

"Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i rinvii alle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo n. 196 del 2003, abrogate dal presente decreto, contenuti in norme di legge e di regolamento, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 e a quelle introdotte o modificate dal presente decreto, in quanto compatibili".

Da sottolineare che, come evidente, la normativa comunitaria ed interna sul tema è molto complessa, articolata e non lineare, ma sempre in aggiornamento e ciò rende spesso difficile il coordinamento fra le discipline e la loro giusta applicazione.

95/46/CE) e, in Italia, ha abrogato gli articoli del codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) con esso incompatibili.

È opportuno precisare che la tutela dei diritti della personalità iniziò a conformarsi in senso concreto solo alla fine del XIX secolo, in coincidenza con lo sviluppo dei *mass-media*, in quanto la divulgazione di un numero sempre crescente di notizie, attraverso stampa, radio e televisione, creò le premesse culturali per i primi concreti ed efficaci attacchi alla riservatezza ed all'identità dei consociati.

La situazione diventa più complessa quando, oltre a quelle culturali, come già sopra accennato, maturano le premesse tecniche per valorizzare i dati personali e divulgare informazioni sulla vita o sugli accadimenti di soggetti che non hanno espresso il loro consenso, invadendo così anche le sfere più intime e personali dell'esistenza altrui. Ciò si è verificato con la diffusione degli elaboratori elettronici capaci di memorizzare, elaborare, incrociare ed aggiornare rapidamente i dati personali di milioni di persone⁵.

Da qui, la necessità di tutelare i diritti fondamentali della persona anche in rete o "dalla rete", in quanto essi costituiscono concreta espressione della circostanza che l'ordinamento non tutela il soggetto solo per quello che possiede, ma anche in quanto è, ossia nelle facoltà che rappresentano ragione e fondamento della sua esistenza e del suo sviluppo, spesso pregiudicate da istanze telematiche.

Inoltre, si è osservato che sebbene la tutela dei diritti della personalità trovi espresso riconoscimento *in primis* nel richiamato art. 2 della Costituzione, nella parte in cui statuisce che "la Repubblica tutela e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", non è sempre stato chiaro se tale tutela dovesse intendersi come ristretta ai soli diritti espressamente menzionati nella Carta fondamentale o se, diversamente, potesse estendersi anche a quei diritti che, di volta in volta, si affermano nel contesto storico-sociale.

⁵ NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006; FINOCCHIARO, voce *Identità personale* (diritto alla), in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, V, Torino, 2010, p. 721.

La giurisprudenza in particolare, ha seguito tale ultima tendenza, così che il settore dei diritti della personalità, in seguito all'interpretazione evolutiva operata sull'art. 2 Cost., è diventato un vasto ambito in cui ricomprendere, oltre ai tradizionali diritti al nome, all'immagine, alla salute e all'informazione, anche i nuovi diritti alla riservatezza o all'identità personale e il c.d. diritto all'oblio⁶.

L'aspetto che più rileva in questa ricerca è il concetto di identità personale,⁷ che si riferisce al complesso della personalità dell'individuo che lo differenzia da tutti gli altri; i suoi elementi costitutivi sono quei tratti distintivi che consentono d'individuare e distinguere una persona all'interno della collettività, così come evocati dalla Corte Costituzionale nella celebre sentenza n.13 del 3 febbraio 1994⁸.

Infatti, aderendo agli orientamenti giurisprudenziali di quegli anni, la Corte ha riconosciuto che tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana, l'art. 2 Cost. garantisce anche il diritto all'identità personale, inteso come il diritto ad essere sé stesso con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo all'interno di una formazione sociale.

L'identità personale costituisce quindi un bene tutelabile indipendentemente dalle condizioni personali e sociali della persona, dalle sue qualità soggettive, affinché a ciascuno sia riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata e possa essere affermata senza aggressioni o discriminazioni.⁹

⁶ Affermano, fra le molte, che i diritti inviolabili sono un elenco "aperto", Cass., 23 febbraio 2018, n. 4455, in *questioneigiustizia.it*, n. 4/2019; Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, *neldiritto.it*, 2015.

⁷ In tema di diritto all'identità e diritti della personalità, fra gli altri, cfr. FERRI, *Persona e privacy*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, p. 75; GAMBARO, *Diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 421; MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984.

⁸ C. Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giur. cost.*, 1994, p. 95.

⁹ RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in *Tecnologia e diritti*, Bologna, 1995; CARIGLINO, BENVIGNÙ e PARUZZO, *Diritto dell'internet*, Padova, 2016; CASSANO, *Diritto dell'internet. Il sistema di tutela della persona*, Milano, 2005, p. 6; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1997; VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2011.

Rileva a tal proposito, in senso innovativo, la sentenza n. 3769/1985 della Cassazione¹⁰ per la quale il diritto all'identità personale tutela "l'interesse di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva".

Tuttavia, tale fisionomia dei diritti della persona ha trovato numerosi ostacoli al suo manifestarsi proprio in ragione di istanze telematiche sempre più pressanti, elaborate, tecnologiche registrate in questi ultimi anni, e proprio in seguito a ciò, si è resa necessaria la produzione legislativa specifica di cui sopra, spesso complessa ed intricata, ai fini di un contemperamento di alterazioni e pregiudizi costanti all'identità degli individui nelle relazioni e nelle comunicazioni in rete¹¹.

2. I diritti della persona nella rete: il caso del cyberbullismo.

¹⁰ Cass., 22 giugno 1985, n. 3796, in *Riv. dir. informazione e dell'informatica*, 1985, p. 965, con nota di FIGONE.

¹¹ Vasta è la letteratura che si è occupata nel tempo del rapporto fra diritti della personalità e protezione dei dati, con interessanti e peculiari riflessioni. Fra i molti, oltre ai richiami di cui alla nota n. 1, cfr. ALPA, *L'identità digitale e la tutela delle persone. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, II, p. 723; AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014; RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inform.*, 2007, p. 54; BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1983, p. 1; BESSONE, *Diritto soggettivo e "droits de la personnalité"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1175; BIANCA e BUSNELLI, *La protezione dei dati personali. Commento al D. Lgs 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, Padova, 2007; CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1998, I, p. 23; CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; ROPPO, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 660; CUFFARO e RICCIUTO, *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1999; DE CUPIS, *I diritti della personalità*², I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1982, p. 456; DI CIOMMO, *La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 801.

Fra i vari fenomeni che operano nella rete, uno è sembrato degno di particolare nota, in relazione proprio alla tutela dei diritti della personalità, in questa ipotesi, riferita a soggetti più fragili e svantaggiati.

Il riferimento è al *cyberbullismo* (si possono riscontrare espressioni equivalenti quali “bullismo *online*”, “bullismo elettronico” o “bullismo in *internet*”), un fenomeno che si sta diffondendo recentemente in maniera esponenziale specialmente nel mondo occidentale coinvolgendo numerosi minorenni¹².

Si differenzia dalla “cybermolestia” che avviene tra adulti o adulto e minorenne; nonostante ciò attualmente, nella prassi, si utilizza il termine *cyberbullismo* senza operare alcuna distinzione tra le due tipologie.

Le principali parti implicate contrapposte sono: da una parte, il *cyberbullo* che, nella maggior parte dei casi, compie azioni di prepotenza per ottenere popolarità all’interno di un gruppo, per divertimento o solo per noia; dall’altra, la vittima che spesso sviluppa

¹² Fra i molti contributi, cfr., BAGNATO, *Il cyberbullismo: indagine esplorativa e proposte educative*, Pellegrini, 2009; BENEDETTI e MOROSINOTTO, *Cyberbulli al tappeto*, Trieste, 2016; CHIAPASCO e CARIO, *Cyberbullismo dalle prime definizioni ai dati più recenti*, in *Psychomedia Telematic Review*, 11 marzo 2014; FACCI, *Le reti nella rete: i pericoli di internet dal cyberbullismo alle sette pro-ana*, Trento, *Erickson live*, 2010; IANNACCONE, *Stop al cyberbullismo: per un uso corretto e responsabile dei nuovi strumenti di comunicazione*, Molfetta, 2009; FORMELLA e RICCI, *Il disagio adolescenziale: tra aggressività, bullismo e cyberbullismo*, Roma, 2010; GENTA, BRIGHI e GUARINI, *Cyberbullismo: ricerche e strategie di intervento*, Milano, 2010; MELUZZI, *Bullismo e cyberbullismo*, Reggio Emilia, 2014; MORELLO, *Cyberbullismo*, 2014; MURA e DIAMANTINI, *Il cyberbullismo*, Milano, 2012; OLWEUS, *Bullismo a scuola: ragazzi oppressi, ragazzi che opprimono*, Firenze, 1993; PIRA e SPOSINI, *Il metodo anti-cyberbullismo: per un uso consapevole di internet e dei social network*, Milano, 2014; TONIONI, *Cyberbullismo: come aiutare le vittime e i persecutori*, Milano, 2014; OZENDA e BIS-SOLOTTI, *Sicuri in Rete*, Milano, 2012; FORMICA e OZENDA, *Un computer dal cuore saggio (fiaba educativa)*, Pavia, 2015; FOSCHINO BARBARO e RUSSO, *Bulli, cyberbulli e vittime. Dinamiche relazionali, responsabilità civili e risarcimento del danno*, Milano, 2019; FACCIOLI, *Cyberbullismo, ovvero il bullismo ai tempi del web*, Milano, 2017.

un'autostima bassa, depressione, ansia, paure ed anche pensieri di suicidio.

Il termine inglese *Cyberbullying* è stato coniato nel 2002 dal docente canadese Bill Belsey e comprende ogni fattispecie di violenza continua, offensiva, ripetuta e sistematica, dalle molteplici forme quali prevaricazione e prepotenza, tra soggetti minorenni attuate tramite la rete internet, telefonia mobile, sui social network, utilizzando strumenti elettronici quali computer, tablet, telefonini, mediante sms, mms, e-mail, chat, blog, Skype, MSN, facebook, whatsapp.

Secondo l'ulteriore definizione proposta nel 2006 da Peter Smith unitamente ad altri giuristi anglofoni, per *cyberbullismo* si intende "una forma di prevaricazione volontaria e ripetuta, attuata attraverso un testo elettronico, agita contro un singolo o un gruppo con l'obiettivo di ferire e mettere a disagio la vittima di tale comportamento che non riesce a difendersi".

Una definizione tecnico giuridica del termine *cyberbullismo* è stata recentemente fornita dal nostro legislatore con la legge 29 maggio 2017, n. 71 in materia di "Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del *cyberbullismo*": infatti, nel 2° comma dell'art. 1 si legge testualmente: "Ai fini della presente legge, per *cyberbullismo* si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo"¹³.

¹³ Tuttavia non è stata introdotta una nuova figura di reato e gli atti di *cyberbullismo* continuano ad essere penalmente perseguiti soltanto se integrano fattispecie incriminatrici già esistenti, quali: violenza privata (art. 610 c.p.), lesioni (artt. 582 c.p.), molestie (art. 660 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.), stalking (art. 612-bis c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), ingiuria (art. 594 c.p.), diffamazione (art. 595 c.p.), sostituzione di persona (art. 494 c.p.), furto d'identità digitale (art. 640-ter c.p.), interferenze illecite nella vita privata (art. 615-bis) ecc.

La condizione base per l'operare di tale fenomeno è sicuramente la presenza di un soggetto particolarmente "debole" da un punto di vista fisico o psichico sul quale risulta più agevole agire in modo aggressivo e denigrante, in quanto non in grado di reagire in modo adeguato per la propria tutela.

Per contrastare il *cyberbullismo* sono, *in primis*, efficaci le azioni di prevenzione da parte di soggetti professionalmente competenti al fine di informare sia i genitori che gli insegnanti sull'importanza di educare i giovani ad un uso opportuno e corretto delle nuove tecnologie informatiche, diversamente si avrebbe la conseguenza di incorrere in eventuali responsabilità civili e penali.

In particolare, per quanto riguarda la responsabilità civile, si consideri l'art. 2043 c.c. secondo il quale: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" che disciplina l'illecito extracontrattuale¹⁴.

Applicando tale norma al caso di specie, la vittima del *cyberbullismo* può chiedere il risarcimento del danno ingiusto che ha subito con riferimento alla sua persona e/o alle proprie cose¹⁵.

Peraltro, i genitori rispondono in via extracontrattuale di violazione degli obblighi educativi e la scuola eventualmente per omessa vigilanza, con la precisazione che la diversa responsabilità penale

¹⁴ Riguardo l'ampia tematica dei fatti illeciti, e il rapporto con la violazione dei diritti della persona, i contributi sono molto numerosi e, oltre ai vari Autori citati nelle note della presente ricerca, fra gli altri, cfr. anche, VISINTINI, *I fatti illeciti*, 1, Padova, 1987; TRIMARCHI, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio, danno*², Milano, 2019; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile, 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 671 e ss.; FRANZONI, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 1 ss.; MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983; PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.

¹⁵ La Legge n. 71/2017 non ha previsto neanche un profilo diretto di responsabilità civile, tant'è che trovano tuttora applicazione in via generale proprio gli articoli 2043 e 2048 c.c. Non va sottaciuto che tale normativa è dedicata esclusivamente alle condotte di *cyberbullismo*, nulla prevedendo per i casi di bullismo, laddove avrebbe potuto ampliare la portata delle misure preventive anche a tali fenomeni, dolorosamente diffusi.

per i minorenni decorre dai 14 anni, se giudicati in grado di intendere e di volere¹⁶. Per chi ha un'età inferiore, e in relazione al tipo di condotta manifestata, possono essere applicate delle misure di sicurezza, come il collocamento in una casa di rieducazione o l'affidamento al servizio sociale minorile.

Nei casi di bullismo, *cyberbullismo* e dipendenze da *internet* non è escluso, inoltre, un percorso medico, in grado di curare vere e proprie patologie causate da una incapacità di modulare e regolare l'uso della rete.

Per quanto riguarda i genitori, la giurisprudenza ritiene che l'obbligo educativo deve essere costante e capace di costruire una personalità equilibrata, che possa dominare gli istinti e rispettare gli altri.¹⁷

Da non sottovalutare, infatti, proprio l'operatività dell'articolo 2048 c.c. che stabilisce una presunzione di responsabilità sui genitori, la quale può essere superata soltanto dando la prova di non aver potuto impedire l'evento¹⁸.

¹⁶ Le riflessioni presenti in tale ricerca si limitano all'analisi del rapporto – nello specifico – fra *cyberbullismo* e alcuni profili di responsabilità civile, e non di quella penale, deputata ad altra sede.

¹⁷ Cass., 22 aprile 2009, n. 9556, in *altalex.it*, 2009. Nel caso di specie, la Corte ha applicato il principio, ormai consolidato, della responsabilità dei genitori per la cosiddetta “*colpa in educando*” che, con la “*colpa in vigilando*”, costituisce il presupposto della risarcibilità dei danni nel caso di fatti illeciti commessi da soggetti minori. Pertanto, per ottenere il risarcimento è sufficiente dimostrare il danno ed il nesso di causalità, mentre i genitori, per esonerarsi dalla responsabilità, dovranno dimostrare il “caso fortuito”, e cioè, che nonostante l'adozione di tutte le cautele del caso, il fatto si sarebbe verificato comunque, in quanto assolutamente imprevisto ed imprevedibile. La Corte ha precisato che la circostanza che il figlio fosse quasi maggiorenne non vale ad escludere la responsabilità dei genitori conviventi, posto che l'art. 2048 c.c. si riferisce al figlio comunque minorenni, verso il quale gli obblighi di cui all'art. 147 c.c. sono da considerarsi inderogabili e diretti a formare una personalità equilibrata e consapevole nelle relazioni interpersonali.

¹⁸ Per il Trib. min., Caltanissetta, 11 settembre 2018, in *orizzontescuola.it*, la condotta di bullismo può addirittura rendere necessario l'accertamento delle capacità educative e di controllo dei genitori, visto che su di essi grava l'obbligo di “vigilare sulla effettiva assimilazione dell'educazione impartita e dei valori trasmessi”.

Lo aveva infatti già rilevato la Corte di Cassazione, secondo la quale l'educazione è realizzata non solo di parole, ma anche di comportamenti e di presenza accanto ai figli, a fronte di circostanze che essi possono non essere in grado di capire o di affrontare correttamente¹⁹.

La precoce emancipazione dei minori di oggi, frutto del moderno costume sociale, non esclude né attenua la responsabilità dei genitori, anzi la rafforza, gravandoli dell'onere di impartire ai figli l'educazione necessaria a prevenire i rischi dei tempi moderni²⁰.

Per quanto riguarda gli insegnanti, la legge n. 71/2017 ha spostato i criteri sui quali parametrare la diligenza della scuola. Oggi non è più sufficiente rafforzare la sorveglianza all'interno degli istituti, ma occorre prevedere specifici percorsi formativi ed educativi sui temi del *cyberbullismo* che devono essere mirati e costanti. Le linee guida del Miur del 27 ottobre 2017 suggeriscono di far conoscere alle famiglie il nuovo regolamento anche attraverso il sito della scuola.

Inoltre, il dirigente può rispondere civilmente per non aver predisposto tutte le misure organizzative in grado di garantire la sicurezza dell'ambiente scolastico e la disciplina tra gli alunni, si tratta della cosiddetta "*culpa in organizzando*". In questi casi, la vittima dovrà dimostrare: il danno subito; che questo sia derivato dalla condotta

Cass., 19 febbraio 2014, in *altalex.com*, 04/2014, in cui si precisa che i genitori sono liberati dalla responsabilità per il danno causato dal figlio minore convivente solo se dimostrano di aver impartito al figlio un'educazione sufficiente e adeguata per una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, alle sue abitudini e alla sua personalità. Anche se l'obbligo di vigilare può essere attenuato nel caso di minore di sedici anni, non viene meno l'obbligo educativo e l'osservanza di tale obbligo deve essere provata ai fini della prova liberatoria della responsabilità *ex art. 2048 c.c.*

²⁰ Trib. La Spezia, 7 marzo 2018, in *ilsole24ore.com*, 4 luglio 2019, in cui è stato stabilito che rispondono dei danni in sede civile anche i genitori dei figli che non hanno commesso materialmente i fatti, ma che hanno assistito senza dissociarsi; conforme (Trib. Alessandria, 16 maggio 2016, in *laleggepertutti.it.*).

In materia, cfr. fra gli altri, MONTECCHIARI, *La responsabilità per fatto altrui. Contributo allo studio di alcune fattispecie, artt. 2046-2048 c.c.*, Frosinone, 2018, p. 35 ss.

del dirigente; la carenza o inidoneità delle misure organizzative adottate per assicurare la disciplina degli alunni.

La scuola potrà poi rivalersi anche nei confronti dei singoli insegnanti. Per liberarsi da una eventuale rivalsa l'insegnante dovrà dimostrare che il fatto si è verificato per caso fortuito, che era del tutto imprevedibile e di aver predisposto tutto il possibile per evitarlo²¹.

3. *Il diritto all'oblio.*

Nel contesto della tutela dei diritti della persona nell'era digitale in ragione dell'uso di strumenti telematici eccessivamente o ingiustificatamente invasivi, interessante è anche il tema del c.d. "diritto all'oblio", il quale – ancora una volta – rappresenta l'evoluzione giurisprudenziale italiana e comunitaria, inevitabilmente condizionata dall'incidenza del progressivo e sempre più massiccio uso della rete per quanto riguarda il trattamento *on line* di dati sensibili e personali.²²

²¹ Nulla ancora di specifico è stato chiarito per la colpa in vigilanza dell'*Internet Provider*; la Cassazione ha di fatto escluso il dovere generale di sorveglianza e di controllo in capo al gestore, nonostante l'esistenza di specifici obblighi giuridici in favore dei propri iscritti. Dal quadro normativo sommariamente richiamato è evidente l'importanza e l'interesse da valutare nei casi di *cyberbullismo*; è chiaro che l'introduzione di una normativa in tal senso coordinata da specifiche attività formative nasce dall'esigenza di creare un percorso di partecipazione tra i giovani, gli Istituti scolastici e l'ambiente familiare al fine di prevenire tali tipi di comportamento. Mentre, per quanto riguarda l'internet provider viene esclusa una responsabilità in capo a quest'ultimo.

Quindi, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che tra gli obblighi giuridici previsti in capo al gestore non sussista un dovere di sorveglianza e di controllo dei comportamenti dei propri utenti.

²² FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, p. 808. Per il rapporto tra diritto all'oblio e diritto alla riservatezza, cfr. CASSANO, *Il diritto all'oblio esiste: è il diritto alla riservatezza*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 90.; PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, p. 30-31; BALLARANI, *Profili giuridici dell'informazione. Cronaca, critica e satira*, in *Giust. civ.*, 2007, 417; Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 356, con nota di DOGLIOTTI, *La cassazione e i giornalisti: cronaca, critica e diritti della persona*; MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad Internet*, in *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, p. 145; IASELLI, *Diritto all'oblio*, in *Vita not.*, 2013, vol. II, p. 596; ZENO-ZENCHOVIC, *Onore e reputazione*, in *Dig. disc. civ.*, XIII, Torino, p. 91; LAGHEZZA, *Il diritto all'oblio*

Agli inizi degli anni '90 per diritto all'oblio s'intendeva il diritto a non rimanere per sempre esposti ai danni della reiterata pubblicazione di notizie lesive dell'onore e della reputazione del singolo individuo, a meno che eventi sopravvenuti non potessero rivitalizzare di attualità i fatti originari, determinando un nuovo interesse pubblico alla loro divulgazione²³.

Il diritto all'oblio arriva così ad essere qualificato in Italia per la prima volta come diritto inviolabile della persona grazie alla sentenza n. 3679/1998 della Corte di Cassazione²⁴ che con riferimento all'attività giornalistica indica i requisiti per il corretto esercizio del diritto di cronaca nell'utilità sociale di un'informazione rigorosamente attuale e nella pertinenza e continenza (intesa come corretta e civile trasposizione) dei fatti esposti.

Con la diffusione di *internet* diventa non più tanto rilevante la pubblicazione di una notizia, ma la sua persistenza in rete. La Suprema Corte ritorna ad occuparsene con varie sentenze,²⁵ rilevando

esiste (e si vede), in *Foro it.*, 1998, p. 1838, sostiene che il requisito dell'attualità costituisca il "quarto elemento" e che operi congiuntamente agli altri tre requisiti del decalogo stabilito in Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, cit.

Di recente, ha ribadito siffatto principio Cass., 26 giugno 2013, n. 16111, in *Foro it.*, 2013, I, 2442 s.; Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 836 s.

23 FERRI, *op. ult. cit.* L'autore è uno dei primi a porre all'attenzione del mondo civilistico italiano un nuovo profilo di indagine giuridica: quello del diritto all'oblio. Nel saggio egli inizia a delineare questo diritto e ne evidenzia l'appartenenza "alle ragioni e alle regioni del diritto alla riservatezza".

Inoltre, cfr., fra gli altri, EUSEBI, *Anonimato, identità personale e diritto di cronaca nel mondo telematico. La sentenza della Corte di Cassazione n. 5525/2012*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, Vol. 14, n. 48 (2-2013), pp. 183-209; DI CIOMMO e PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e Resp.*, 2012 p. 701 ss.; FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2010, p. 391 ss.; MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, Napoli, 2009.

²⁴ Cass., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, p. 1833.

²⁵ Cass., 24 aprile 2008, n. 10690, in *diritto.it*, 4 settembre 2018; Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *altalex.com*, 28 agosto 2013; Cass., 26 giugno 2013, n. 16111, in *Foro it.*, 2013, cit.; Cass., 6 giugno 2014, n. 12834, in *LexItalia.it*, n. 6/2014; Cass., 20 marzo 2018, n. 6919, in *Salvisjurius.it*, 9 aprile 2018; Cass., 22 giugno 2017 (3 agosto 2017), n. 38747, in *altalex.com*, 4 agosto 2017.

in merito che unicamente a presenza di un interesse pubblico alla divulgazione della notizia, impone che il fatto originario sia completato dall'azienda editoriale, titolare del sito web, con la cronaca degli sviluppi successivi a tutela del diritto del soggetto e a salvaguardia del diritto dell'utente alla conoscenza di una completa e corretta informazione, diversamente deve essere riconosciuto il diritto all'oblio.

Il diritto all'oblio aveva trovato già la sua qualificazione come diritto fondamentale nella CEDU insieme al diritto alla riservatezza, al nome e all'identità personale, ma è compiutamente nel 2010 che la Commissione Europea conferma l'illegittimità della persistenza virale dei dati del soggetto, quando non vi sia più un interesse pubblico alla conoscenza degli stessi, quanto piuttosto l'esigenza individuale di procedere alla loro rimozione.

Anche un rapporto dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione finisce nel 2012 per occuparsi del diritto all'oblio, evidenziando l'impossibilità di tracciare tutti i dati personali del soggetto al fine di cancellarli in un sistema aperto e globale per definizione, come è *internet*.

Tuttavia, se è vero che i dati non "linkati" da un motore di ricerca e non presenti nei social network (quindi i dati non strutturati né organizzati) sono difficili da recuperare, è altrettanto plausibile che, nell'oggettiva difficoltà di correggere le eccessive divulgazioni della rete, si possa perlomeno ottenere una soluzione parziale, indirizzando i motori di ricerca a filtrare i dati da dimenticare, rendendo così più difficile il loro recupero.

Infine, nel 2014 la Corte di Giustizia Europea²⁶ approfondisce il tema, decidendo sul reclamo di un cittadino spagnolo che lamentava

Si tratta di provvedimenti nei quali la Suprema Corte ha riconosciuto il diritto all'oblio chiarendo che il trascorrere del tempo viene a mutare il rapporto tra i contrapposti diritti; per cui, fatta eccezione per il caso di una persona che rivesta un ruolo pubblico particolare o per quello in cui la notizia mantenga nel tempo un interesse pubblico, "la pubblicazione di una informazione concernente una persona determinata, a distanza di tempo da fatti ed avvenimenti che la riguardano, non può che integrare la violazione del fondamentale diritto all'oblio".

²⁶ Il diritto alla cancellazione dei dati personali era stato affermato nella sentenza della Corte di Giustizia Europea n.131 del 13 maggio 2014 (causa C-

la persistenza in rete di un annuncio per la vendita all'asta dell'immobile che gli era stato pignorato per la riscossione di crediti previdenziali, successivamente regolarizzati. La Corte attribuisce così al motore di ricerca Google il compito di rimuovere i dati personali, ancora ingiustificatamente permanenti, soprattutto in considerazione del fatto che il motore di ricerca può essere obbligato alla loro rimozione anche se i siti sorgente non li hanno eliminati, proprio come nel caso trattato.

Secondo la Corte, quindi, l'utente ha il diritto di chiedere la rimozione dall'indice di Google delle informazioni inadeguate, non più pertinenti o eccessive in rapporto alla loro fondatezza e al tempo trascorso, svolgendo il motore di ricerca un'attività che implica il trattamento dei dati (ai sensi della direttiva 95/46/CE, art. 2) con un'ingerenza assolutamente pervasiva della vita privata dei singoli, grazie al meccanismo della profilazione degli utenti.

Quindi, in definitiva il diritto all'oblio è il diritto alla cancellazione dei dati personali che ha trovato, finalmente, un'importante sede normativa nel recente citato Regolamento GDPR, in particolare nell'art. 17, che prevede: "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento

131/12). Tale pronuncia è risultata fondamentale in quanto ha stabilito che gli operatori dei motori di ricerca su *internet* sono tenuti a cancellare dai loro risultati le informazioni "inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti" legati al nome di un privato cittadino, nel caso che quest'ultimo lo richieda. La Corte ha infatti ritenuto meritevole di tutela la pretesa di un soggetto a non vedere comparire tra gli elenchi dei risultati delle ricerche le pagine web che ospitano contenuti che lo riguardano qualora: gli arrechino pregiudizio; sia trascorso un periodo di tempo dalla pubblicazione della notizia da non giustificare più la permanenza nel pubblico dominio di queste informazioni. Ciò anche nel caso in cui la pagina *internet* indicizzata contenente l'informazione non venga rimossa dal sito "sorgente" e quindi il contenuto in questione possa continuare ad essere consultato in rete, ma risulti più difficile da raggiungere per gli utenti.

e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; l'interessato si oppone al trattamento e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento; i dati personali sono stati trattati illecitamente; i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione.”

L'articolo 17 precisa, comunque, che il diritto all'oblio non è assoluto, ma soffre di limitazioni (libertà di espressione, pubblico interesse, interessi storici, statistici e di ricerca scientifica) idonee alla persistenza dei dati, nonostante l'opposizione dell'interessato, quando ripropongono eventi passati e non più attuali, di fronte al fine di salvaguardia della “proiezione sociale” dell'identità personale.

Tuttavia, appare indubbia l'importanza del GDPR e delle linee guida relative allo stesso, in quanto disciplinano il diritto all'oblio tenendo conto dei diritti fondamentali sia all'informazione, ma anche della dignità e identità personale²⁷.

4. *Strumenti digitali, tutela della persona e responsabilità civile.*

Le riflessioni espone nei paragrafi precedenti sono funzionali a coordinarsi con il tema della responsabilità civile in *internet*, che acquista una rilevanza imprescindibile, in primo luogo, in virtù del

²⁷ In materia di “diritto all'oblio” cfr. anche la recente sentenza Cass., Sez. un., 22 luglio 2019, n. 1968, in *altalex.com*, 17 agosto 2019, di indubbio rilievo, la quale ha stabilito che “In tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) e il diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito – ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a tale rievocazione, che è espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost. – ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva”.

fatto che il web è visto come uno spazio sostanzialmente senza regole; da non trascurare, poi, sono le molteplici difficoltà in cui i potenziali danneggiati si trovano per ottenere il loro risarcimento, i quali fanno valere le rispettive pretese anche nei confronti del *provider*, in ragione della sua agile individuazione²⁸.

Prima dell'entrata in vigore del d. Lgs. n. 70/2003, emanato in attuazione della Direttiva n. 2000/31/CE, la questione della responsabilità del *provider* era caratterizzata da scarsa linearità²⁹.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, il sito web avrebbe dovuto assimilarsi alla stampa – in quanto mezzo di comunicazione di massa – ed il provider avrebbe dovuto equipararsi all'editore³⁰.

²⁸ Fra gli altri, si veda COCUCCHIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1312 ss.; DE CATA, *Contraffazione di marchio a mezzo di registrazione di nome a dominio e responsabilità del provider*, in *Riv. dir. ind.*, II, 2005, p. 95 ss.; ID., *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Milano, 2010; MONTANARI, *Prime impressioni sul caso SABAM c. Netlog NV: gli Internet Service Providers e la tutela del diritto d'autore on line*, in *Dir. comm. inter.* IV, 2012, p. 1075 ss.; PERON, *Responsabilità extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete Internet*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 820 ss.

²⁹ Il termine anglosassone *provider* indica quella società od organizzazione che offre ai propri utenti accesso alla rete Internet e/o servizi in qualche modo connessi all'utilizzo della stessa; più precisamente i provider sono chiamati ISP, Internet Service Provider. Il provider permette inoltre una più agevole condivisione dei dati tra i propri utenti, potendo immagazzinare tali informazioni in via permanente nelle proprie piattaforme informatiche. Le due tipologie di servizi che si sostanziano nell'accesso e nell'*hosting*, sono certamente quelle che presentano i profili più problematici e il più alto rischio di abuso. Tra i *provider* si distinguono: i *content provider* (fornitore di contenuti, autore quindi anche dei contenuti pubblicati sui propri server), i *network provider* (fornitore di accesso alla rete attraverso la dorsale internet), gli *access provider* (offre alla clientela l'accesso ad internet attraverso modem o connessioni dedicate), gli *host provider* (fornisce ospitalità a siti internet), i *service provider* (fornisce servizi per internet, come accessi o telefonia mobile), i *cache provider* (immagazzina dati provenienti dall'esterno in un'area di allocazione temporanea, la *cache*, al fine di accelerare la navigazione in rete).

³⁰ Trib. Bologna, 14 giugno 2001, in *Dir. aut.*, 2002, p. 232. L'ordinanza fu la prima ad adottare il concetto di *culpa in vigilando* in quanto, equiparando il *provider* ad un editore, lo si è ritenuto responsabile del contenuto dei siti dal medesimo gestiti.

Contro tale posizione sono state sollevate una serie di obiezioni, tra cui quella secondo la quale *internet* differisce dalla stampa per ragioni strutturali, ad esempio per il fatto che il sito web – a differenza della stampa – è accessibile contemporaneamente da milioni di soggetti, ognuno dei quali può depositare, scaricare, e memorizzare informazioni liberamente³¹; l'equiparazione dell'*host provider* all'editore è stata definitivamente superata dalla giurisprudenza³² che ha ritenuto più adatta l'equiparazione ad un locatore di spazi, non responsabile per i contenuti illeciti immessi dai clienti.

Accertato altresì che la riconduzione della responsabilità del *provider* agli artt. 2050 e 2051 c.c. non appare condivisibile³³, il tema è stato ricondotto nell'alveo generale dell'art. 2043 c.c.³⁴, richiedendosi l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, intesa quest'ultima

³¹ Trib. Napoli, 8 agosto 1997, in *Riv. dir. ind.*, II, 1999, p. 38, in cui si definisce la rete Internet come sistema internazionale di interrelazione tra piccole e grandi reti telematiche.

³² PERON, *Responsabilità extracontrattuale: problematiche giuridiche connesse all'utilizzo della rete Internet*, in *Resp. civ. e prev.* 2000, p. 820 ss.

³³ L'art 2050 c.c. (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose) richiede la prova liberatoria dell'adozione di "tutte le misure idonee ad evitare il danno" e si applica a quelle attività pericolose che sono tali per la loro stessa natura. Tra tali attività non si può ricomprendere quella del provider perché i servizi offerti *on line* non hanno normalmente nulla di pericoloso, non essendo "strutturalmente" rivolti a realizzare danni; la pericolosità deve essere intrinseca e non può desumersi dall'uso che viene fatto da soggetti terzi rispetto a chi è chiamato a rispondere del danno.

L'art 2051 c.c. (Danno cagionato da cose in custodia) richiede la prova liberatoria del caso fortuito e, ai fini della responsabilità, postula che il soggetto chiamato a risarcire il danno disponga di un potere di controllo sulla cosa tale da evitare che da questa derivino danni a terzi per la sua stessa natura; il provider non dispone di tale potere di controllo in virtù del fatto che le informazioni presenti in Rete vengono immesse dagli utenti, i quali possono modificarle in qualsiasi momento.

In tal senso, cfr. DE CATA, *op. cit.*, p. 120; DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 756.

³⁴ Trib. Roma, 10 gennaio 2019, in *Cyberlaws.it*, 2019. Secondo la pronuncia, non sarebbe necessaria una conoscenza personale e diretta del contenuto illecito, ma sarebbe sufficiente che i mezzi tecnologici (es. il software di indicizzazione/catalogazione/organizzazione automatica dei contenuti, seppure in assenza di interventi fisici umani) siano idonei (anche solo potenzialmente quindi) a conferire la

come violazione di regole di condotta, il cui rispetto poteva ritenersi presunto.

Ai fini del giudizio di imputabilità – con riguardo al *provider* – è necessario stabilire se il controllo sulle informazioni immesse in rete dagli utenti, con il conseguente obbligo di rimozione del materiale illecito, rientri o meno nella diligenza richiesta³⁵.

La responsabilità per colpa è stata ritenuta sussistente in relazione alla consapevolezza circa la presenza di materiale illecito, alla quale è seguita l'omissione di rimozione. Ipotesi di responsabilità extracontrattuale, pertanto, possono riconoscersi in capo al *provider* tutte le volte in cui questi, avuta conoscenza del fatto dannoso commesso dall'utente, non abbia posto in essere tutte le misure idonee ad impedire il protrarsi dell'illecito³⁶.

conoscenza ed il controllo dei dati memorizzati. In tali casi, il soggetto sarebbe considerato cosciente dei contenuti e, qualora non si attivi, risponderebbe *ex art.* 2043 c.c. per i danni conseguenti. Si ved. anche COCUNNO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider*, in *Resp. civ. prev.*, IV, 2015, p. 1312.

³⁵ Trib. Cuneo, 19 ottobre 1999, in *Ann. it. dir. aut.*, 2000, p. 809; tale pronuncia ha delineato l'orientamento di abbandonare l'approccio indifferenziato alla responsabilità del provider, in favore dell'analisi delle caratteristiche della Rete, nonché delle caratteristiche del servizio che è in concreto offerto dall'intermediario.

Il giudice, infatti, concludeva che la responsabilità del provider a titolo di colpa si sarebbe potuta configurare solo nel caso in cui l'intermediario, a conoscenza dell'illecito, avesse collaborato con l'autore diretto con una condotta, commissiva o omissiva, correlata al danno. Con riferimento al criterio di imputazione della colpa era necessario stabilire se in capo al provider sussistesse un obbligo di vigilanza o se fosse esigibile un controllo preventivo sul materiale immesso in Rete. In tal senso, cfr. DE CATA, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Milano, 2010, p. 175 s.

³⁶ Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. inf. e dell'informatica*, 2004, p. 466, in cui si legge che "sembra certamente preferibile quella diversa ricostruzione che ritiene di fondare la responsabilità dell'Internet provider riferendosi all'art. 2043 ss. c.c. per quanto concerne i profili di responsabilità extracontrattuale e richiede di valutare ulteriormente i profili diacronici legati alla verifica della lesione antiggiuridica, interrogandosi se la diligenza esigibile imponga al provider l'adozione di misure volte a prevenire il compimento di illeciti da parte degli utenti o se invece gli imponga solo di eliminare gli effetti di tali illeciti, una volta che ne sia messo a conoscenza".

La disciplina concernente la responsabilità del *provider* è stata oggetto, come sopra richiamato, di regolamentazione da parte del legislatore europeo con la “Direttiva sul Commercio elettronico” – Dir. 2000/31/CE – cui il legislatore italiano ha dato attuazione con il citato D. Lgs. n. 70/2003.

Dal punto di vista soggettivo, la normativa riguarda solo le persone (fisiche o giuridiche) che prestano un’attività economica o un qualsiasi servizio *on line*, con esclusione di quei soggetti che non agiscono per scopi imprenditoriali.

Invece, dal punto di vista oggettivo si individuano ipotesi eccezionali di esonero della responsabilità con riguardo a tre attività del *provider*: la prima è disciplinata dall’art. 14 e consiste nella semplice trasmissione di informazioni non proprie o nel fornire l’accesso alla rete di comunicazione, e in tale attività il provider è esonerato dalla responsabilità nei casi in cui non dia origine alla trasmissione, e non selezioni, né modifichi le informazioni trasmesse³⁷; la seconda attività è disciplinata dall’art. 15 e consiste in sostanza nella creazione di copie di pagine ipertestuali consultate con maggiore frequenza dai navigatori, al fine di rendere più rapida e agevole la ricerca da parte dell’utente. In questo caso il provider è esonerato da responsabilità nei casi in cui non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso delle informazioni, si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni e agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato.

Si precisa, altresì, che “la responsabilità del provider si configura alla stregua di una responsabilità soggettiva: colposa, allorché il fornitore del servizio, consapevole della presenza sul sito di materiale sospetto, si astenga dall’accertarne l’illiceità e, al tempo stesso, dal rimuoverlo; dolosa, quando egli sia consapevole anche della antigiuridicità della condotta dell’utente e, ancora una volta, ometta di intervenire”. Come possiamo comprendere, la colpa sarebbe sussistente in base al sospetto, il dolo – invece – in base alla consapevolezza.

³⁷ Trib. Cuneo, 27 luglio 1997, in *Giur. piemontese*, 1997, 493, in cui si precisa che il provider “non è responsabile [...] quando si sia limitato a concedere l’accesso alla rete”. Ciò che rileva in tale decisione è la motivazione che rievoca un’articolazione tipica di precedenti sentenze straniere, il cui ragionamento logico richiama il diritto statunitense improntato sulla tripartizione “editore-giornalaio-gestore di linee telefoniche”. In tal senso, per un contributo molto dettagliato si veda DE CATA, *La responsabilità civile dell’Internet service provider*, cit., 175 s.

Il giudice è chiamato a valutare se le informazioni siano state memorizzate temporaneamente, nonché la tempestività dell'intervento di rimozione secondo il criterio della diligenza professionale; la terza attività è disciplinata dall'art. 16 e si caratterizza come comprensiva di un servizio molto ampio che può andare dalla semplice gestione del sito sul server alla tenuta degli archivi informatici del cliente, facendosi comunque riferimento ad una memorizzazione a carattere tendenzialmente "duraturo".

Con riguardo a tale attività, il provider è esonerato da responsabilità nei casi in cui "non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, nonché nel momento in cui "non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso".

Altra disposizione è quella di cui all'art. 17, in materia di "assenza dell'obbligo generale di sorveglianza", dalla quale emerge come si sia voluto sollevare il *provider* da una serie di obblighi di controllo che pregiudicherebbero la sua attività e lo sviluppo della rete; qualora il prestatore, avendo avuto conoscenza del carattere illecito del servizio al quale assicura l'accesso non provvedesse ad informare l'autorità competente, ovvero, avendo ricevuto una richiesta da parte dall'autorità avente funzioni di vigilanza non agisse prontamente per impedire l'accesso ai contenuti illeciti, ne diventa civilmente responsabile³⁸.

³⁸ L'analisi delle peculiarità che caratterizzano la figura dell'*Internet Service Provider* è fondamentale nella prospettiva del diritto della proprietà intellettuale, soprattutto di carattere comunitario, proprio in ragione del legame che intercorre tra i consumatori e le imprese che, indipendentemente dalla loro dimensione, ricorrono sempre di più a transizioni on line.

A conferma dell'importanza della materia, si veda il recentissimo rapporto realizzato nel mese di agosto 2019 "*IPR Enforcement case-law collection. The liability and obligations of intermediary service providers in the European Union*", nel sito web: euipo.europa.eu, che riunisce varie decisioni giurisprudenziali per meglio individuare i diritti e gli obblighi degli intermediari.

Anche riguardo la tematica della responsabilità in rete del *provider*, è intervenuto il citato GDPR (Regolamento europeo 679/2016).

In particolare, la disciplina chiarisce che nell'esercizio delle proprie mansioni, il fornitore di servizi, indipendentemente dal tipo di attività che ricopre (ovviamente il fornitore che esercita un'attività *hosting provider*, memorizzando i dati, potrebbe avere la possibilità di effettuare trattamenti più complessi per modalità e finalità rispetto a chi presta un servizio di mere *conduit*) si ritrova molto spesso a trattare dati raccolti dal soggetto che richiede la fornitura di tali servizi, ovvero di terzi.

L'unica lettura che appare possibile delle norme richiamate è che la responsabilità del *provider* per gli illeciti commessi dagli utenti (che non riguardino la protezione dei dati personali) sarà devoluta alla normativa che discende dalla Direttiva e-commerce (D. lgs n. 70/2003), mentre le altre questioni che possano insorgere e siano legate al trattamento dei dati personali – come ad esempio il diritto all'oblio o gli obblighi che discendano dal trattamento dei dati dei quali il *provider* sia titolare (o responsabile, in alcuni casi) – saranno risolte sulla base del Regolamento generale sulla protezione dei dati.

Nel caso si verta in entrambe le ipotesi, ossia che la condotta posta in essere faccia emergere responsabilità che afferiscono a entrambe le normative (es. concorso tra diffamazione e trattamento illecito di dati personali) l'applicazione delle norme sulla protezione dei dati non precluderà l'applicazione delle norme che derivino dalla direttiva e-commerce.

5. Protezione dei dati personali al tempo del coronavirus. L' "incertezza" del diritto. Postilla.

Appare difficile nella nostra Storia Repubblicana ricordare qualcosa di più patologico rispetto alla pandemia in atto, il COVID-19.

Cfr. Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *laleggepertutti.it*; per un'utile disamina della questione si veda IASELLI, *Responsabilità del provider: la Cassazione detta rilevanti principi di diritto*, in *www.altalex.com*.

Un'emergenza che consente, ed anzi impone limitazioni anche invasive alle libertà fondamentali, con il rischio di toglierne il contenuto essenziale. Si pensi alla questione legata al controllo della *privacy* determinato dal tracciamento degli spostamenti delle persone, o dei loro dati sanitari, limitazioni che potrebbero essere assai utili per ricostruire la catena epidemiologica del *virus* e, dunque, poter apprestare una reazione più efficace e mirata allo stesso.

Tuttavia, è lecito domandarsi fino a quale limite può spingersi tale tracciamento perché non sia in conflitto con il quadro normativo di riferimento costituzionale interno ed europeo?

In questo scenario, appare necessario riferirsi al sopra citato Regolamento Generale sulla Protezione Dati (GDPR), ma anche richiamare i diritti fondamentali.

Da un lato, infatti, l'art. 8 della Carta di Nizza costituzionalizza il diritto alla protezione dei propri dati personali quale uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 52 della stessa Carta ci dice che tali diritti, tra cui ovviamente la *privacy*, non sono assoluti, ma possono essere limitati per realizzare finalità di interesse generale come quella che si sta vivendo in questi tempi, ma a condizione che si tratti di misure proporzionate, temporanee e non si incida sul contenuto essenziale di questi diritti.

Le questioni che vengono affrontate sono su due livelli, *in primis*, quello tecnologico per poter costruire nel modo più preciso possibile la mappa del contagio, e parallelamente quello giuridico per verificare ciò che è consentito, in un ordinamento il quale si esprime all'interno del costituzionalismo europeo.

Di sicuro, la tecnologia può consentire di monitorare e intrecciare – tramite sistemi di *Big Data analytics* – varie informazioni attinenti alla vita quotidiana, personale e sanitaria degli utenti con il supporto di altri operatori e per quanto riguarda il profilo giuridico la risposta circa la compatibilità di tale sistema con il quadro interno ed europeo di riferimento appare positiva solo se si rispettino alcune condizioni, come quella per cui i dati devono essere anonimizzati, e inoltre che

devono essere conservati soltanto per il tempo strettamente necessario allo svolgimento di operazioni di tracciamento anonimizzato e non possono essere nel modo più assoluto impiegati per altri fini.³⁹

Il consenso non sarebbe necessario, perché in questo caso il GDPR prevede che, pur con dati assai sensibili, il consenso stesso non sia richiesto se il “trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell’interessato o di un’altra persona fisica”, e abbia i connotati dell’urgenza e immediatezza.

Ulteriore base giuridica che contenga tutte le ulteriori garanzie necessarie, come la proporzionalità, l’adeguatezza, e la temporaneità delle misure in questione, potrebbe essere rappresentata dal decreto legge n. 14 del 2020 che prevede la possibilità, proprio in ragione dell’emergenza sanitaria, di comunicazioni dei dati a soggetti diversi rispetto a quelli identificati dal GDPR.

In altre parole, sono giustificate le limitazioni delle libertà fondamentali in questa era dell’emergenza, ma tali restrizioni, specialmente per quei diritti che, come la *privacy*, affondano le loro radici nell’*humus* del costituzionalismo europeo, non possono portare ad una alterazione del loro nucleo essenziale, perché in tal modo verrebbero meno non solo questi ultimi, ma anche il fulcro di tutela dei diritti della personalità del nostro ordinamento europeo.

³⁹ In un’ottica solidaristica e preventiva, le misure adottate dal Governo tengono conto di tutti gli interessi coinvolti e sono il risultato di una valutazione basata sul bilanciamento del diritto alla *privacy* con un altro fondamentale diritto individuale e interesse collettivo: quello alla salute.

In questo senso deve essere letta la disposizione dell’art. 14 del D.L. 14/2020, rubricato “Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale”, dalla quale emerge la possibilità di interscambio dei dati nell’ambito degli organismi sanitari ed altri enti istituzionali e di omissione dell’informativa. La situazione odierna prevede che le autorità pubbliche siano autorizzate a raccogliere dati anche sensibili rinvenuti nei moduli di autocertificazione che ogni cittadino italiano è obbligato a portare con sé quando esce di casa. Tuttavia sono state avanzate diverse proposte per contrastare il fenomeno epidemiologico in atto e molte si sono rivelate inadeguate e sproporzionate. Il tracciamento massivo dei cittadini per esempio, sopra citato, sulla falsariga di quanto già sperimentato in Cina, ha destato forti preoccupazioni per la nostra democrazia.

L’impiego della tecnologia può rivelarsi una soluzione efficace per migliorare la qualità della vita delle persone, ma deve necessariamente essere ispirato a principi generali di trasparenza, proporzionalità e coerenza.

In altri termini, l'eccezionalità non potrà mai discriminare le persone fragili e malate, è opportuno altresì, scongiurare che il singolo dato sanitario correlato all'emergenza possa essere combinato con altri dati così da consentire attraverso gli *analytics* di costruire un vero e proprio fascicolo sanitario elettronico del cittadino contagiato.

In simile contesto incerto e precario, sarebbe auspicabile l'introduzione di norme che controllino in particolare, il traffico illecito di dati sanitari, così da impedire qualsiasi forma di discriminazione diretta o indiretta verso i soggetti più vulnerabili, a cominciare dalle prerogative fondamentali dell'accesso al lavoro, al credito, a forme assicurative e previdenziali.

Alcuni suggeriscono finanche di inserire tale fattispecie proprio tra i reati dell'art. 601 del codice penale che sanziona la tratta di esseri umani: anche nel caso del traffico dello stato di salute delle persone si pregiudica in modo rilevante la loro dignità⁴⁰.

Le libertà civili sono, dunque, comprese e alcuni diritti devono necessariamente recedere di fronte a quello che è al vertice della piramide costituzionale: il diritto alla salute⁴¹.

Tuttavia, anche l'*European Data Protection Board*, con sua dichiarazione ufficiale, raccomanda il rispetto della normativa per la protezione dei dati personali per garantire la liceità del trattamento e il rispetto dei principi generali del diritto. Sebbene la finalità odierna sia rappresentata dalla gestione dell'emergenza e dal contenimento del contagio, in modo da poter tutelare la salute dell'intera popolazione, numerosi sono i dubbi in merito alle modalità e necessità del trattamento con metodi sistematici e su larga scala dei dati sanitari e di geolocalizzazione dei soggetti interessati.

Anche in Italia il Garante per la protezione dei dati personali ha richiesto controlli contro misure eccessivamente intrusive per la libertà e la protezione dei cittadini con riferimento ai dati personali di ognuno, evitando una raccolta massiva di tali dati se non in forma anonima, che ritiene sia la misura più garantista da seguire.

⁴⁰ GAMBINO, *Contact tracing, i rischi per la privacy dei dati sanitari*, in *Dir. merc. e tecnologia*, 27 marzo 2020.

⁴¹ BISCONTINI, COMBA, DEL PRATO, MAZZAROLLI, POGGI, VALDITARA e VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *Federalism.it*, 23 marzo 2020.

Nel caso in cui si intendesse acquisire dati identificativi e sanitari, il Garante sottolinea, inoltre, che occorrerà prevedere adeguate garanzie ispirate ai principi di proporzionalità, necessità e ragionevolezza e con una efficacia temporale limitata all'emergenza in corso causata dalla pandemia da Covid-19⁴².

⁴² *L'importanza del rispetto della privacy durante l'emergenza coronavirus secondo il Presidente del Garante Privacy*, Comunicati del 17, 18 e 19 marzo 2020, in *diritto.it*, 24 marzo 2020.

ROBERTA MONTINARO
Professore Associato di Diritto Privato
Università L'Orientale di Napoli

RESPONSABILITÀ DA PRODOTTO DIFETTOSO E TECNOLOGIE DIGITALI TRA *SOFT LAW* *HARD LAW*

SOMMARIO: 1. Tecnologie digitali e strategie di governo dei nuovi rischi: la *soft law* ed il ruolo dell'interprete. – 2. La nozione di prodotto e le tecnologie digitali. – 3. Il difetto nei prodotti delle tecnologie digitali. – 3.1. *Openness by design* ed imprevedibilità delle azioni dannose della macchina. – 3.2. Sicurezza *by design* e valutazione del difetto. Alla ricerca di un nuovo paradigma: dalla conformità alle norme tecniche all'adeguatezza organizzativa. – 4. La prova del difetto. – 5. Il danno risarcibile (cenni).

1. *Tecnologie digitali e strategie di governo dei nuovi rischi: la soft law ed il ruolo dell'interprete.*

È tempo di bilanci per la disciplina in tema di responsabilità da prodotto difettoso¹, che, concepita a metà degli anni '80 del secolo scorso in relazione a danni causati da prodotti relativamente poco avanzati, è ora chiamata a fronteggiare i rischi legati all'impiego dei sofisticati prodotti delle tecnologie digitali, i quali presentano caratteri per molti versi inediti, che appare utile illustrare brevemente.

Innanzitutto, sono composti da elementi tra loro eterogenei: da parti aventi natura di cose materiali (manufatti, sensori, hardware) ed altre di natura immateriale (software, applicazioni, algoritmi, dati

¹ Direttiva 85/374/EEC of 25 July 1985 (OJ L 210, 7.8.1985, p. 29), modificata da ultimo dalla Direttiva 1999/34/EC (OJ L 141, 4.6.1999, p. 20). Cfr., inoltre, il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, con cui è stata data attuazione alla Direttiva 85/374/CE, poi trasfuso nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, artt. 114-127 (d'ora in poi cod. cons.).

personali e non, etc.), nonché da servizi (i.e. raccolta, elaborazione, analisi di dati, servizi di connettività, etc.)².

In secondo luogo, tali prodotti sono suscettibili di subire delle modificazioni nel corso del loro impiego, per l'aggiunta di software, applicazioni etc., o per via di estensioni ed aggiornamenti della componente digitale; modificazioni concepite dallo stesso produttore come necessarie per il funzionamento del prodotto, e fornite (da quest'ultimo, ma più spesso da terzi per conto del produttore) successivamente alla immissione del bene in circolazione³.

Talvolta, poi, si tratta di prodotti intelligenti, in grado, cioè di assumere decisioni autonome (ad es., veicoli autonomi e robot chirurgici) e, in qualche caso, capaci di apprendimento; il che può renderne imprevedibili le interazioni con il mondo esterno, le quali possono tradursi in lesioni di situazioni soggettive tutelate dall'ordinamento.

La complessità appena illustrata, propria delle tecnologie digitali, reca con sé il problema della individuazione delle corrette strategie di governo dei rischi (tipici) di danno⁴, che esse generano, e solleva l'interrogativo circa il ruolo che la regolamentazione sul danno da prodotto difettoso potrà svolgere.

È bene ricordare che la disciplina di cui alla dir. 85/374/CEE è stata inizialmente concepita per rafforzare il mercato unico mediante

² Da tale carattere discende la presenza di un numero elevato di soggetti che intervengono nella realizzazione di simili prodotti, tale per cui diviene alquanto arduo determinare la causa del danno ed il difetto e quindi accertare a quale soggetto debba essere ascritta la responsabilità (cfr. oltre nel testo).

³ Modificazioni ed estensioni tuttavia possono costituire frutto dell'intervento dell'utente o di terzi, non autorizzate dal produttore, per via di attività di hacking, etc. Aspetto il quale può incidere anch'esso sulla individuazione della causa del danno (cfr. *infra*).

⁴ Cfr. CHAGAL-FEFERKORN, *Am I an Algorithm or a product? When products liability should apply to algorithmic decision-makers*, in *Stanford Law & Policy Review*, p.65. Il quale osserva come l'attribuzione alle machine di molti dei compiti in precedenza svolti da individui determinerà in modo assai marcato, in un prossimo futuro, il fenomeno del passaggio da "human-afflicted damages" to "algorithmic-afflicted damages". Sul punto, si veda anche WALKER SMITH, *Automated Driving and Product Liability*, 2017, Mich. St. L. Rev., 1, 18-20, at 30 ("[I]t is widely accepted that design issues will play a much greater role in automated driving crashes than in today's conventional driving crashes.").

il bilanciamento tra gli interessi dei consumatori e quelli dei produttori; ma si è poi gradualmente arricchita di ulteriori funzioni, assicurare effettiva protezione ai danneggiati, al tempo stesso incoraggiando l'innovazione⁵.

Nello specifico campo delle tecnologie digitali, per perseguire i ricordati obiettivi occorre fare leva sul principio di accountability⁶ riferito al produttore: ed infatti, nei contesti di elevato sviluppo tecnologico, la creazione di incentivi ad incrementare la sicurezza costituisce una delle funzioni da anettere alla responsabilità civile⁷ e proprio il produttore è il soggetto maggiormente in grado di incidere sulla prevenzione dei danni⁸. Le più accorte riflessioni sul punto segnalano, invece, l'insufficienza, a tal fine, dei soli stimoli forniti dal

⁵ Circa gli scopi perseguiti da tale disciplina cfr. FAIRGIVE, HOWELLS, MØGEVANG-HANSEN, STRAETMANS, VERHOEVEN, MACHNIKOWSKI, JANSSEN e SCHULZE, *Product Liability Directive*, in *European Product Liability – An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge, 2016, p. 17–108, nonché MICKLITZ, *Liability for defective products and services*, in *European Consumer Law*, Antwerpen, 2014, p. 239–284. Si veda, invece, nel contesto nord-americano, con specifico riferimento ai robot, HUBBARD, “*Sophisticated Robots*”: *Balancing Liability, Regulation and Innovation*, 66, Fla. L. Rev., 2014, p. 1803,1854.

⁶ COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA ed il problema della responsabilità*, in *Anal. giur. econ.*, 2019, p. 169-189, p. 184, nonché ID., *Responsabilità ed accountability nell'era dell'Intelligenza Artificiale in Giurisprudenza e Autorità Indipendenti nell'epoca del diritto liquido*, Piacenza, 2018, p. 1001, 1007 ss.

⁷ POSNER, *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 243, 244. Cfr. sul punto, anche per ampi riferimenti bibliografici, SIMONINI, *La responsabilità del produttore: presunta o oggettiva? Recenti prospettive di indagine*, in *Dir. ec.*, vol. 30, n. 93, 2017, p. 557-606, p. 559. Si veda inoltre RECINTO e PORCELLI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 449.

⁸ (aspetto, come si dirà, preso in considerazione da una recente pronuncia della Corte di Giustizia)

mercato; e, parimenti, sconsigliano l'impiego di forme di responsabilità oggettiva pura⁹, in quanto possono dare luogo a risultati inefficienti¹⁰.

Le tecnologie digitali sono riconducibili alla categoria delle c.d. tecnologie emergenti¹¹, per via della velocità con cui vengono sviluppate e dell'incidenza "rivoluzionaria" che dispiegano nei settori in cui sono utilizzate. Sollevano, dunque, questioni inedite le quali, da un lato, richiedono l'adozione di nuove regole e/o il faticoso adattamento di quelle esistenti; e, dall'altro, esigono che legislatori, regolatori ed interpreti sappiano reagire sollecitamente. Si crea, in altri termini, quel che viene chiamato "*spacing problem*", ossia il fenomeno per cui lo sviluppo tecnologico incede con passo ben più veloce del diritto di matrice legislativa¹². La risposta di quest'ultimo però non può consistere nell'inerzia, dovendo, al contrario, risiedere nella scelta di forme adeguate di regolazione¹³. La fiducia dei consumatori, ingrediente indispensabile per consentire il dispiegamento

⁹ Cfr. ABBOTT, *The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86 No. 1, January 2018, p. 1, p. 15-22. Si veda, più in generale, ALPA, *La responsabilità d'impresa nel terzo millennio*, in ID., *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, 5 ss., nonché ID., *La responsabilità del produttore*, in ID., *La responsabilità del produttore*, Milano, 2019.

¹⁰ Sul rischio che simili forme di responsabilità possano scoraggiare l'innovazione, senza contribuire ad innalzare la sicurezza dei prodotti, cfr. DAVOLA e PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, in *Danno resp.*, 2017, p. 616 ss. Si veda anche CERINI, *Dal decreto Smart Roads in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative*, *Danno resp.*, 2018, p. 401 ss.

¹¹ The term 'emerging digital technologies' is used with the same meaning as in the Commission Staff Working Document 'Liability for emerging digital technologies' (SWD(2018) 137 final).

¹² Cfr. MARCHANT, *Addressing the Pacing Problem*, in *The Growing Gap between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight*, 2011, p. 200. Sul tema dell'adeguamento del sistema giuridico all'evoluzione tecnologica, cfr. già RODOTÀ, *Tecnologie del- l'informazione e frontiere del sistema socio- politico*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 25 ss.

¹³ Cfr. sul tema della individuazione delle fonti maggiormente adeguate a regolare le nuove tecnologie, cfr. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *An. giur. ec.*, 1, 2019, p. 47 ss., p. 56.

delle tecnologie in parola¹⁴, si costruisce e consolida, infatti, riconducendo entro una soglia di ragionevolezza i rischi e le difficoltà cui vanno incontro coloro che vogliono conseguire il risarcimento (cfr. *ultra*).

Ecco allora spiegata l'attenzione rivolta, nel contesto europeo, alla disciplina sul danno da prodotto difettoso e testimoniata da un fiorire di studi¹⁵ e rapporti, commissionati dalle istituzioni europee¹⁶ al fine di valutare la idoneità della stessa a far fronte alle sfide della rivoluzione digitale¹⁷ (con particolare attenzione alle questioni di responsabilità connesse all'impiego dell'Intelligenza Artificiale ed all'Internet delle Cose¹⁸)¹⁹. Le conclusioni, cui simili iniziative sono

¹⁴ La ricerca di strategie di governo dei rischi nuovi e talvolta incerti di danno, che le tecnologie emergenti recano, deve avere luogo tenendo conto di un triplice obiettivo: 1) salvaguardare la sicurezza pubblica, 2) favorire lo sviluppo delle tecnologie potenzialmente foriere di benefici socio-economici, 3) infine, garantire la fiducia del pubblico degli utenti del prodotto. Cfr. sul punto CARP, *Autonomous vehicles: problems and principles for future regulation*, in *Un. Penn. Journal of Law & Public Affairs*, 4, 2018, p. 82- 148, p. 111 ss.

¹⁵ Cfr. KOCH, *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things* (Nomos 2019), p. 99 ss. Si veda inoltre HOWELLS, TWIGG-FLESNER e WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018, p. 258, nonché MACHNIKOWSKI, *Introduction*, in *ID.*, *European product liability: an analysis of the state of the art in the era of new technologies*, 2016, p. 2 ss.

¹⁶ Commissione Europea, *Working Document, Liability for emerging digital technologies*, 25 aprile 2018, COM(2018) 237 final.

¹⁷ SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano-Roma, 2016.

¹⁸ Cfr., per una definizione, *European Research Cluster on the Internet of Things (IERC), Internet of Things Strategic Research Roadmap*², in www.internet-of-things-research.eu, 2011. Sul tema, con riflessioni di ampio respiro, si veda DI CIOMMO, *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 565.

¹⁹ Quanto alla missione dell'Expert Group: "Provide the Commission with expertise on the applicability of the Product Liability Directive to traditional products, new technologies and new societal challenges (Product Liability Directive formation) and assist the Commission in developing principles that can serve as guidelines for possible adaptations of applicable laws at EU and national level relating to new technologies (New Technologies formation)". Cfr. lo Staff Working Document su "Liability for emerging digital technologies" (SWD(2018) 137 final), sempre del 25 aprile 2018, di accompagnamento al Documento COM(2018) 237 final, cit.

pervenute, sono state successivamente impiegate da un gruppo di esperti (Expert Group on Liability and New Technologies, New Technologies Formation²⁰, d'ora in poi "Expert Group") istituito dalla Commissione europea, il quale, in un rapporto di recente pubblicazione²¹, ha elaborato delle raccomandazioni (cfr. *ultra*), concepite al fine di essere impiegate nella scelta delle opportune modifiche legislative e/o in vista dell'emanazione di linee-guida da impiegare nella applicazione alle tecnologie digitali delle disposizioni con cui è stata data attuazione negli Stati membri alla dir. 85/374/CEE; quest'ultima via, anzi, si presenta come la più probabile, almeno nel breve termine, considerato il proposito, già manifestato dalla Commissione stessa, di ricorrere alla soft law per realizzare l'adeguamento della disciplina sul danno da prodotto alle esigenze connesse a tali tecnologie²².

La fiducia riposta dalle istituzioni comunitarie sul ruolo che la disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso potrà svolgere parrebbe, a tutta prima, stridere con il quadro che della stessa ci restituisce la dottrina dedita allo studio della materia, la quale da tempo ne denuncia l'incidenza particolarmente modesta sulla *law in action* degli ordinamenti dei singoli Stati membri; e ciò, a dispetto della marcata influenza che, viceversa, il modello teorico da essa incarnato ha dispiegato al di fuori del perimetro europeo²³. Si pensi al

²⁰ In particolare, alla New Technologies formation (NTF) è stato chiesto di valutare 'whether and to what extent existing liability schemes are adapted to the emerging market realities following the development of the new technologies such as Artificial Intelligence, advanced robotics, the IoT and cybersecurity issues'.

²¹ Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, disponibile in <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608> (ultimo accesso in data 29 giugno 2020), d'ora in poi per brevità "Rapporto".

²² Cfr, sopra, nota n. 16. Circa le diverse modalità di regolazione e le relative ricadute, cfr. WEBER, *Internet of Things, New security and privacy challenges*, in *Computer law & security report*, 2010, pp. 23 s., p. 26.

²³ REIMANN, *Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model*, 11 *European Review of Private Law*, 2003, p. 128-154. Cfr. p. 145: "While the European model has more or less conquered the world of product liability law in the books [...] it has had amazingly little impact on the law in action".

fenomeno nostrano della c.d. “fuga dalla disciplina del danno da prodotto difettoso”: alla tendenza cioè, emersa nella prassi delle corti italiane, a fare ricorso ad altre forme di responsabilità al fine di offrire risposta ai problemi connessi ai danni causati dalla produzione di massa, prima tra tutte, alla responsabilità per esercizio di attività pericolosa (art. 2050 c.c.)²⁴.

Non va dimenticato, tuttavia, come la giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell’Unione europea²⁵ abbia imboccato la strada di “rivitalizzare” la disciplina in oggetto e di favorirne l’impiego proprio nel campo dei prodotti ad elevata complessità tecnologica (dispositivi medici, farmaci e vaccini), offrendone una interpretazione particolarmente attenta alla pluralità di funzioni che tramite essa si vorrebbe perseguire²⁶. Il risultato ultimo, cui gli sforzi appena ricordati paiono ambire, consiste nel fornire ai danneggiati un articolato sistema di tutele²⁷, nel cui ambito le disposizioni di origine comunitaria siano invocabili in alternativa o in concorso con

²⁴ Per un resoconto di tale fenomeno cfr. PARZIALE, *Art. 2050 c.c.: dieci anni vissuti [...] pericolosamente*, in *Danno resp.*, 2019, p. 188 s. Cfr. l’analisi di FUSARO, *Prodotti difettosi, danni da vaccino e onere della prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 896; nonché ID., *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell’art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1339 s. In ordine ai rapporti tra disciplina di origine comunitaria e normative nazionali, cfr., invece, le riflessioni critiche di CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto impr. Europa*, 2008, p. 618 s., p. 621. Si veda, inoltre, AL MUREDDEN, *La responsabilità per esercizio di attività pericolose a quarant’anni dal caso Seveso*, in *Contr. impr.*, 2016, 3, p. 649 ss.

²⁵ VERHEYEN, *Full Harmonization, Consumer Protection and Products Liability: A Fresh Reading of the Case Law of the ECJ*, in *European Review of Private Law*, n.1, 2018, p.119 s.

²⁶ VAN LEEUWEN e VERBRUGGEN, *Contemplating the Effects of Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen- Anhalt and Betriebskrankenkasse RWE (Joined Cases C-503/13 and C-504/13)*, in *European review of private law*. Quanto alla dottrina italiana, cfr. sul punto, PETRUSO, *Orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 241 s., p. 247-250.

²⁷ Cfr. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2019, p. 995 ss., per una approfondita ricostruzione delle forme di responsabilità applicabili ai danni causati dai veicoli ad elevata automazione, con riguardo, in particolare, alla protezione del danneggiato offerta da ciascuna di tali forme. Si veda, inoltre, RUFFOLO, *Self-*

quelle di matrice nazionale²⁸. E ciò, in ossequio al principio di effettività della tutela²⁹, che governa la materia (cfr. *ultra*).

La dir. 85/374/CEE è improntata a neutralità tecnologica e, per essere in condizione di efficacemente governare i nuovi fenomeni della rivoluzione digitale, deve poter offrire ai danneggiati un grado di protezione (almeno pari) a quello garantito agli utenti dei prodotti tradizionali. Si tratta del principio di c. d. equivalenza funzionale, di cui si fa menzione nelle raccomandazioni degli esperti, sopra ricordate, e che, a ben vedere, costituisce un corollario del testé menzionato canone dell'effettività.

La soft law è divenuta fonte privilegiata di economic governance, essendo impiegata – in primo luogo dalle istituzioni comunitarie – per reagire con maggiore prontezza al modificarsi delle condizioni di mercato e ai nuovi problemi che si presentano³⁰. Questa forma di normatività si candida altresì ad assumere il ruolo di strumento di adeguamento del sistema della responsabilità del produttore alle novità introdotte dalle tecnologie digitali³¹.

driving car, auto Driverless e responsabilità, in Intelligenza artificiale e responsabilità, Milano 2017, p. 34-35.

²⁸ Sulla necessità di mantenere ferma la previsione di strict liability del produttore del veicolo, cfr. RUFFOLO, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in RUFFOLO e AL MUREDEN, *Giur. it.*, 2019, p. 1702 ss., p. 1705. Basti al riguardo rammentare le incertezze legate alla possibilità di ricondurre il danno causato dai veicoli self-driving all'art. 2050 c.c. Sul punto, cfr. AL MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, *Giur. it.*, 2019, p. 1715.

²⁹ Cfr. su tale principio e sul suo impiego nella interpretazione delle disposizioni normative, VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Jus civ.*, 2, 2017, p. 133 s., p. 139.

³⁰ ROSSELLO, *Commercio elettronico. La governance di internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria*, Milano, 2006.

³¹ Contrariamente a quanto richiesto dal Parlamento europeo (Cfr. European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))), la Commissione non ha proposto alcuna modifica legislativa, né introdotto nuove disposizioni per regolare l'Intelligenza Artificiale; essendosi piuttosto impegnata a sviluppare una serie di linee-guida entro la fine del 2018 (cfr. Communication From The Commission To The European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions: Artificial Intelligence for

Si vedrà più oltre che, in aggiunta alle raccomandazioni dell'Expert Group, di per se stesse aventi natura di diritto di matrice accademica, che – è ragionevole pensare – dispiegherà un'efficacia (soft), assumono rilievo anche le linee guida e le buone pratiche elaborate da vari organismi in relazione a specifici rischi (quali i criteri tecnici e processi elaborati in tema di *cybersicurezza*³²), nonché le nuove forme di standardizzazione privata, che si vanno affermando rispetto alle tecnologie che fanno uso dell'Intelligenza Artificiale. Queste forme di standardizzazione, più in particolare, mirano ad individuare parametri idonei ad assicurare la conformità delle suddette tecnologie (o meglio, della loro progettazione, realizzazione ed impiego) ad alcuni principi etico-giuridici³³, primo tra tutti quello di trasparenza³⁴, già appartenente al diritto delle nuove tecnologie, e che, come si dirà, presenta importanti ricadute anche rispetto alla disciplina del danno da prodotto (ad esempio, per ciò che concerne la prova del difetto del prodotto).

Il presente scritto intende sondare in quale misura simili esperimenti di soft law si collochino nel solco delle soluzioni individuate dalla dottrina, e siano in accordo con la prassi giurisprudenziale (nazionale ed europea), relativamente ad alcuni aspetti che rivestono ri-

Europe (April 25, 2018), disponibile a [https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe.](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe)), cui ha fatto seguito il “Coordinated Action Plan on AI” con la quale è stata determinata la strategia europea in materia di IA (Communication From The Commission To The European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions: Coordinated Plan on Artificial Intelligence Brussels, COM(2018) 795 final (Dec. 7, 2018), disponibile in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/coordinated-plan-artificial-intelligence>.

³² Cfr., per approfondite riflessioni, GAMBINO, *Diritti fondamentali e Cybersecurity*, in BIANCA, GAMBINO e MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016, pp. 21 ss.

³³ COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 4, 2018, p. 713-740, sul problema etico, cfr. p. 721.

³⁴ PAJNO, BASSINI, DE GREGORIO, MACCHIA, PATTI, POLLICINO, QUATTROCOLO, SIMEOLI e SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2019, p. 205 ss., p. 207-208, ove cenni al principio di trasparenza.

lievo centrale proprio alla luce delle ricordate caratteristiche dei prodotti delle tecnologie digitali: innanzitutto, la definizione di prodotto (e di produttore), poi il modo di intendere il difetto (e le difficoltà legate all'accertamento di tale requisito) e, infine, il concetto di danno.

La soft law, infatti, al di là degli indubbi vantaggi, presenta non pochi limiti: tra questi, la mancanza di efficacia vincolante ed il rischio di scarsa conformità agli interessi e principi avuti di mira dal legislatore³⁵.

Per ovviare ai suddetti limiti, appare decisivo il ruolo dell'interprete il quale tenderà a fare uso della soft law nell'attribuire significato alle disposizioni normative sul danno da prodotto³⁶, dovendo, tuttavia, verificarne la bontà rispetto ai ricordati interessi e principi.

³⁵ Cfr. in ordine al ruolo (controverso) della soft law nel governo delle nuove tecnologie e in particolare dell'IA, nella dottrina straniera, NEMITZ, *Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence*, in *R. Soc.*, 2018, disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3234336; nonché PASQUALE, *Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society*, *Ohio St. L.J.*, 2017, p. 1243, p.1252-55.

Sul punto cfr. MARCHANT, "Soft Law" *Governance of Artificial Intelligence*, disponibile in <https://aipulse.org/soft-law-governance-of-artificial-intelligence/?pdf=132>, p. 4, secondo cui "soft law has become a necessary and inevitable component of the governance framework for virtually all emerging technologies, including AI. Traditional regulatory systems cannot cope with the rapid pace, diverse applications, heterogeneous risks and concerns, and inherent uncertainties of emerging technologies."

³⁶ La soft law comunitaria è tenuta in considerazione dai giudici nazionali, in particolare, nell'interpretazione di disposizioni nazionali adottate allo scopo di garantire l'attuazione di discipline comunitarie, od allorché si tratti di integrare norme comunitarie aventi natura vincolante. La seconda alternativa si pone al confine tra interpretazione (adeguatrice) e creazione di norme. Cfr. Corte di Giustizia, case C-322/88, *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*, 13 dicembre 1989, par. 18. Si veda POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali (atti del XX Convegno annuale dell'AIC, Catania, 14-15 ottobre 2005)*, Padova, 2007, p. 369 ss. Sulla soft law come strumento di interpretazione, cfr. BIN, *Soft law, no law*, in *Il soft law come norma di diritto privato*, Torino, 2009, p. 31 ss., nonché BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2, 2016, p. 17 e 21.

Così facendo, diviene possibile sia conservare il primato del diritto di fonte legislativa (ricostruito grazie all'attività di interpretazione), sia assicurare la funzione, di esso propria, di salvaguardia degli individui al cospetto dell'innovazione tecnologica³⁷.

2. *La nozione di prodotto e le tecnologie digitali.*

Nel suo rapporto, il citato Expert Group nota come la disciplina in questione sia stata pensata per prodotti (c.d. tradizionali) consistenti in beni materiali, le cui caratteristiche ed il cui profilo di rischio non siano destinati a mutare una volta collocati sul mercato, e sui quali il produttore, dopo tale momento, non esercita alcun controllo diretto (cfr. *ultra*).

Come detto, i nuovi beni delle tecnologie digitali costituiscono, viceversa, un insieme talvolta indistinguibile di cose materiali ed elementi immateriali (app, software, dati ed algoritmi³⁸), in cui questi ultimi assumono il peso maggiore, sia dal punto di vista economico-tecnologico (la componente immateriale, e quella logico-informatica che impiega e produce dati, assume valore preponderante), sia quanto ai rischi che possono derivarne (i rischi nuovi e tipici, con cui l'interprete deve confrontarsi, derivano cioè proprio da tale componente; si pensi, ad esempio, al c.d. rischio informatico, a quello derivante dall'errore dell'algoritmo od a quello generato dalla imprevedibilità della condotta della macchina intelligente, etc.).

Sorge allora l'interrogativo se i dati o l'algoritmo od il software possano qualificarsi come prodotti (o componenti di un prodotto), ai sensi degli artt. 114 ss. cod. cons. Domanda che non appare oziosa, giacché è ragionevole prevedere in un prossimo futuro un sensibile incremento dei danni causati da simili elementi³⁹.

³⁷ Cfr. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 70-72.

³⁸ Cfr. BORGHETTI, *How can Artificial Intelligence be Defective?*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, p. 63 ss. Si veda, inoltre, CHAGAL-FEFERKORN, *op. cit.*

³⁹ Cfr. per alcuni casi recenti (quali il caso dei Boeing precipitati per via del difetto del *software* regolante il sistema di controllo del velivolo; od al caso del drone che nel 2017 ha urtato contro una gru per via dell'incompletezza dei dati somministrati alla macchina (giugno 2017; cfr. www.gov.uk/aaib-reports/aaib-investigation-to-quest-q-200-uas-none). Si pensi ai beni del c.d. Internet delle cose,

Il riferimento ai dati è particolarmente rilevante, giacché le tecnologie digitali sono connotate dalla c.d. *data-drivenness*: dipendono cioè sempre di più da informazioni provenienti dall'esterno, non presenti quindi nel prodotto (quando questo viene immesso in commercio), ma generate successivamente, ad es. da sensori in esso installati, e/o comunicate da terze parti, da sistemi di *cloud computing*⁴⁰ o da fornitori *ad hoc* (che ne curano l'approvvigionamento, l'aggiornamento, l'elaborazione, etc.). Tali dati possono essere incompleti o carenti, per una pluralità di ragioni (ad es., può essere arduo determinare se carenze o errori dei dati dipendano dal malfunzionamento del sensore o dell'algoritmo che li elabora, o dalla fonte esterna che non abbia procurato dati aggiornati, etc.).

Nel codice del consumo, si rintracciano plurime definizioni di prodotto: innanzitutto, quella assai ampia di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), e), cod. cons.⁴¹, ripresa anche dall'art. 103 in tema di sicurezza generale dei prodotti, e, poi, la nozione di prodotto (e di produttore) di cui all'art. 115, introdotta per circoscrivere l'ambito di applicazione del titolo in cui è inserita⁴² e che si trova in rapporto di specialità rispetto alla più ampia definizione presente nel già citato art. 3⁴³.

E' bene ricordare, infine, un'ulteriore definizione di prodotto presente tra le disposizioni su pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali: si tratta dell'art. 18, comma 1, lett., c), cod. cons., che include da sempre "qualsiasi bene o servizio [...]", e che comprenderà in un futuro prossimo anche i servizi ed i contenuti

che, oltre a percepire il mondo esterno (aspetto che rileva rispetto ai profili attinenti alla protezione della privacy), sono dotati della capacità di compiere azioni suscettibili di arrecare danno a persone o a cose (cfr. *ultra*).

⁴⁰ NOTO LA DIEGA, *Il "cloud computing". Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa dir. priv.*, 2, 2014, p. 577-658.

⁴¹ La quale include sia il fabbricante del bene che il fornitore del servizio.

⁴² "Prodotto, ai fini del presente titolo, è ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile. 2. Si considera prodotto anche l'elettricità". 2-bis. Produttore, ai fini del presente titolo, è il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima [...]"

⁴³ Sul tema delle definizioni e della loro adeguatezza al contesto delle nuove tecnologie, cfr. TRUBIANI, *I soggetti del commercio elettronico: limiti delle attuali definizioni legislative e prospettive future*, in *Nuovo dir. civ.*, 3, 2020, v. *infra*.

digitali; e ciò, per effetto della modifica di cui alla recente Direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019, la quale ha allineato la disciplina in questione ai nuovi beni e servizi dell'economia digitale, già considerati dalle direttive gemelle nn. 770 e 771 del 2019⁴⁴.

In relazione, dunque, alle comunicazioni commerciali ed ai rapporti contrattuali, vale oramai una nozione di prodotto in linea con la c.d. quarta rivoluzione industriale, incentrata, come noto, su componenti logiche ed immateriali. La produzione di massa non riguarda più soltanto cose dotate di corporeità, ma anche elementi di altra natura, i beni ed i servizi digitali, rispetto ai quali la dottrina più accorta nota come l'elemento dell'accesso sia divenuto oramai predominante rispetto a quello dell'appartenenza (e dunque il concetto di servizio più rilevante rispetto a quello di bene)⁴⁵, giacché è proprio tale elemento a consentire la fruizione delle utilità attese⁴⁶. L'accesso al bene immateriale presuppone spesso e volentieri una prestazione del produttore e la costituzione tra questi ed il fruitore di un rapporto destinato a durare nel tempo (cfr. *ultra*)⁴⁷.

Cosa dire, allora, della nozione di prodotto che delimita la responsabilità del fabbricante ai sensi del codice del consumo: è essa realmente priva della capacità di governare le novità indotte dalla rivoluzione digitale?

Per rispondere all'interrogativo, pare utile prendere avvio dalle riflessioni formulate dalla dottrina già alcuni decenni addietro, quando i primi casi di incidenti causati dall'impiego di software (ve-

⁴⁴ Relative, rispettivamente, ai contratti concernenti dei contenuti e servizi digitali ed ai contratti aventi ad oggetto «beni con elementi digitali», vale a dire beni mobili che presentano un contenuto o servizio digitale incorporato o interconnesso con tali beni).

⁴⁵ Cfr. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 3, 2019, p. 499 ss., p. 501.

⁴⁶ Cfr. QUARTA, *La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1013 ss., p. 1014, secondo cui, al fine di qualificare i nuovi fenomeni delle tecnologie digitali, «Le due principali opzioni esegetiche a disposizione dell'interprete sono la categoria del bene e quella del servizio».

⁴⁷ OLIVA e KALLENBERG, *Managing the Transition from Products to Services*, in *International Journal of Service Industry Management*, 14, 2003, p. 160-172.

rificatisi negli Stati Uniti e nel Regno Unito, dove hanno avuto ampia eco anche mediatica) inducevano i commentatori della dir. 85/374/CEE a discutere se il software sia da ricondurre alla categoria del prodotto o se invece debba considerarsi un servizio⁴⁸.

Le incertezze nascevano innanzitutto dal fatto che la disciplina sul danno da prodotto difettoso non si applica ai servizi, per via di una ben precisa scelta di policy, ribadita qualche anno fa dalla stessa Corte di giustizia UE nel caso *CHU Besançon*⁴⁹: il servizio difettoso, anche se seriale, ed anche se causa danno a terzi (oltre che al fruitore), in linea di principio, genera solamente una responsabilità contrattuale (da contatto sociale o discendente dalla violazione di obblighi di protezione, etc.⁵⁰); mentre profili ulteriori, da tale responsabilità non coperti, nell'intenzione del legislatore comunitario, avrebbero dovuto essere regolati da disposizioni ad hoc (tuttavia, mai approvate).

Rispetto alla qualificazione del software, un'autorevole opinione⁵¹ ritiene necessario distinguere il *software* fatto su misura, vale a dire appositamente creato per le esigenze del fruitore, da quello realizzato in serie, incorporato in un supporto fisico e venduto come

⁴⁸ PONZANELLI, *Responsabilità per danno da computer: alcune considerazioni comparative*, in *Resp. civ. prev.*, 1991, p. 653; ZACCARIA, *La responsabilità del «produttore» di software*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 303 s. Più di recente, si vedano PENZA, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, in *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010, p. 218; RESTUCCIA, *La tutela del consumatore*, in *Valutazione del danno e rimedi risarcitori*, Torino, 2016, p. 521. Contrario alla sussunzione del software nella nozione di prodotto sono invece BORTONE e BUFFONI, *La responsabilità per prodotto difettoso e la garanzia di conformità nel codice del consumo*, Torino, 2007, p. 3. Si veda inoltre FEDRIZZI, *I prodotti difettosi*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile. I singoli danni*, VII, Torino, 2005, p. 287 s.

⁴⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, 21 Dicembre 2011, ECLI:EU:C:2011:869, *Centre hospitalier universitaire de Besançon v. Thomas Dutruieux & Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-495/10: (cfr. par. 35).

⁵⁰ Cfr. DI ROSA, *Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, I, p. 719 ss.

⁵¹ PONZANELLI, *op. cit.*, p. 653; ZACCARIA, *op. cit.*, p. 303. *Contra*, invece, ALPA, *Responsabilità extracontrattuale ed elaboratore elettronico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1986, p. 385.

qualsiasi bene mobile: alla nozione di prodotto formulata dalla dir. 85/374/CEE sarebbe riconducibile il software realizzato in serie (software standard), mentre il programma creato su committenza rientrerebbe nel campo della prestazione di un servizio. Tesi, quella appena richiamata, certamente influenzata della dottrina statunitense la quale ha proposto diversi criteri, tra cui l'indagine caso per caso⁵², per stabilire se la componente del servizio sia prevalente e per qualificare di conseguenza il contratto in base al quale il *software* viene ceduto.

Punto di vista, quest'ultimo, che, tuttavia, è del tutto irrilevante nella prospettiva del danno da prodotto difettoso, la quale pacificamente si applica anche ai beni non industriali. Nell'ottica propria di tale disciplina, invece, il bene va considerato in sé e per sé, a prescindere cioè dalla natura dell'attività di chi lo presta e dal titolo in base al quale esso viene attribuito al suo fruitore⁵³: non rileva quindi che quest'ultima consista (prevalentemente) in un *facere* e che il software sia realizzato in serie o su misura, giacché esso viene in considerazione come risultato della stessa (ad esempio, dell'attività di design e realizzazione dello stesso, ma anche di adeguamento e manutenzione, etc.)⁵⁴.

Né dirimente appare l'elemento della fisicità del prodotto, il fatto cioè che la componente immateriale sia incorporata in un supporto fisico e/o sia in grado di determinare un qualche effetto tangibile, incidendo sulla realtà materiale (ad esempio, faccia muovere un robot per consentirgli di operare una catena di montaggio⁵⁵).

A ben vedere, l'opinione che include nel concetto di prodotto i soli beni materiali si basa: i) innanzitutto, sul tenore letterale delle

⁵² Così LLOYD, *Information Technology Law*, Oxford University Press, 2008, p. 514-515.

⁵³ GOBIO CASALI, *I contratti del software: qualificazione, responsabilità e garanzie*, in *Contr.*, 4, 2014, p. 389-396.

⁵⁴ Di attività insomma regolate nei rapporti tra fornitore e produttore-fruitore (che ne impieghi il risultato per realizzare un prodotto complesso) dalle disposizioni in tema di responsabilità contrattuale.

⁵⁵ Cfr. TRIAILLE, *L'applicazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore nel campo del software*, in *Dir. inf.*, 2, 1990, p. 725 ss.

disposizioni in oggetto (che impiegano termini legati alla realtà, allora prevalente, dei prodotti tradizionali)⁵⁶; ii) in secondo luogo, sul timore di estendere oltremodo la portata della disciplina in oggetto, sino ad includere il danno da mera informazione⁵⁷, bene materiale per eccellenza.

Una serie di considerazioni, sia economiche sia giuridiche, inducono invece a concludere nel senso opposto⁵⁸.

Innanzitutto, l'economia digitale e le relative tecnologie che la informano sono basate su beni immateriali. Accedendo alla soluzione restrittiva, le disposizioni presenti nel codice del consumo sarebbero relegate a fronteggiare i soli casi di danni causati da difetti che derivano da beni "tradizionali".

Soprattutto, occorre porsi dal punto di vista del danneggiato-utente il cui interesse, nel caso del software è quello di acquisire l'informazione che esso contiene, in quanto è proprio l'informazione a consentire al prodotto di funzionare, contribuendo al conseguimento dell'utilità attesa dall'utente. Si vuol dire che nell'ambito dei prodotti complessi dell'economia digitale, l'elemento immateriale (il software, i dati ecc.) può svolgere il medesimo ruolo di una qualsiasi altra parte meccanica, quando influenza (talvolta in modo decisivo o connotante) la funzionalità ed i risultati stessi dell'attività della macchina; ed è per questa sua funzione strumentale che un simile elemento viene in rilievo.

Né, così concludendo, si corre il rischio di aprire la via ad una responsabilità da mera informazione, giacché quest'ultima – nell'ottica del danno da prodotto - non conta di per sé, ma appunto in

⁵⁶ Realtà costituita da prodotti dotati di materialità, ancorché già messa in discussione dall'innovazione tecnologica del tempo, come dimostrato dai casi sopra ricordati.

⁵⁷ Cfr. sul punto, nel panorama internazionale, REUTIMAN, *Defective Information: Should Information Be a Product Subject to Products Liability Claims*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*: Vol. 22: Iss. 1, Article 5, 2012, disponibile in: <http://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol22/iss1/5> (cfr. in particolare, p. 194-196). Si veda inoltre WOODARD, *Oops, My GPS Made Me Do It!: Manufacturer Liability Under a Strict Products Liability Paradigm When GPS Fails to Give Accurate Directions to GPS End-Users*, 34 U. DAYTON L. Riv. 429 (2009).

⁵⁸ ZACCARIA, *op. cit.*, p. 302.

quanto prodotto o componente di un prodotto: come mezzo cioè per rendere possibile all'utente di conseguire il risultato pratico legato all'uso del prodotto (ad esempio, come dato che, acquisito ed elaborato, è strumentale a, nel senso che incide, ad es. sulla possibilità per il robot chirurgico di operare o sull'abilità del drone di percepire gli ostacoli del mondo esterno, evitando impatti, etc.). Ritenere che simili considerazioni siano valide solamente in presenza di un supporto materiale⁵⁹ (talvolta nemmeno individuabile o, se presente, avente natura di "mero guscio", dal valore spesso risibile), costituisce a ben vedere soltanto una finzione basata su argomentazioni spesso ingenuie - fatte proprie anche da una risalente giurisprudenza domestica (non relativa però al danno da software)⁶⁰ - e talvolta poco o punto aderenti al dato tecnico.

Nella direzione qui indicata si muove del resto la dottrina che opta per una interpretazione teleologica, funzionale ad estendere il novero delle tutele a disposizione dei danneggiati dai nuovi prodotti delle tecnologie digitali (oltre quelle già offerte dal diritto nazionale)⁶¹.

La Commissione europea, interrogata sul punto svariati anni fa, si è altresì espressa positivamente circa la natura di prodotto del software (senza chiarire però se una simile conclusione sia ammissibile anche nel caso in cui questo non sia contenuto su un medium materiale)⁶²; mentre la Corte di giustizia ha ritenuto che alcuni specifici

⁵⁹ Ne la materialità del software può dedursi dal fatto che per il suo impiego l'utente debba impiegare un qualche strumento (ad es. un pc, un tablet, etc.), giacché, a ben vedere, quest'ultimo costituisce solamente il mezzo grazie al quale esso viene messo a disposizione degli utenti.

⁶⁰ Cfr. Pretore Monza, 21 marzo 1991, in *Dir. inf.*, 1991, p. 936, nota di TAMBURRINI e STRACUZZI; giudice istruttore Torino, 12 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1984, II, p. 352, con nota di FIGONE.

⁶¹ Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 1023.

⁶² Si veda la risposta della Commissione alla richiesta scritta, in data 15 novembre 1988, di Gijs De Vries, (89C 114/76), OJ C114/42). Cfr. ADAMS, *Software and digital content*, in *J. Bus. L.*, 2009, 4, p. 396-402.

tipi di software, da impiegare per scopi medici, costituiscono dispositivi medici e dunque sono soggetti alle relative disposizioni di sicurezza⁶³.

Da ultimo, il rapporto del richiamato Expert Group propone di considerare il produttore responsabile del danno causato da un prodotto e da una sua componente, che siano difettosi, indipendentemente dal loro carattere di beni materiali od immateriali⁶⁴, collocandosi così nel solco della interpretazione sopra enunciata, nell'ottica di rafforzare la protezione del danneggiato verso il fabbricante in nome del ricordato principio dell'equivalenza funzionale.

Importanti ricadute pratiche discendono infatti da una simile soluzione: applicare le disposizioni sul danno da prodotto difettoso anche ai beni immateriali comporta la possibilità di includere nel raggio d'azione di tale disciplina i casi di danni causati da un difetto del *software* o dell'algoritmo o dei dati di cui questo si serve, a prescindere dal fatto che tali elementi vengano incorporati in un bene materiale e – aggiungiamo – senza che rilevi il momento in cui tali componenti siano stati aggiunti ad un prodotto complesso: per quale ragione, invero, nell'ottica del danno da prodotto difettoso, la componente immateriale dovrebbe ricevere diversa qualificazione a seconda delle modalità (*download, streaming, etc.*) e dei tempi (prima o dopo l'immissione in commercio), con cui viene aggiunta o inclusa, etc.? Quel che conta è che essa sia stata concepita ed aggiunta come parte integrante del prodotto, dal produttore stesso o da terzi per conto di questi. Tale aspetto come si dirà attiene anche al profilo del difetto del prodotto (cfr., sul punto, *ultra*).

⁶³ Caso C-219/11 Brain Products GmbH v BioSemi VOF and Others [2012] ECLI:EU:C:2012:742, par. 16; Caso C-329/16 Snitem and Philips France v Premier Ministre and Ministre des Affaires sociales et de la Santé [2017] ECLI:EU:C:2017:947, par. 34; sulla scia di tali pronunce, il Regolamento 2017/745/UE, relativo a dispositivi medici, comprendente un'articolata disciplina sull'impiego del software quale dispositivo medico o, comunque, quale parte integrante di questo, che dunque viene equiparato ad un prodotto, seppure ai fini della disciplina ivi recata.

⁶⁴ Cfr. Report, cit., p. 6 e 42: "Strict liability of the producer should play a key role in indemnifying damage caused by defective products and their components, irrespective of whether they take a tangible or a digital form".

L'incorporazione può mancare, ad esempio, quando il software sia fornito tramite Internet o tramite accesso ad un cloud; e tuttavia è indubbio che anche in questo caso il software o i dati rivestono carattere essenziale ai fini della funzionalità del prodotto⁶⁵. Lo stesso è a dirsi delle aggiunte ed integrazioni fornite dal produttore o da terzi per conto di questi. Conclusioni analoghe valgono poi anche nel caso in cui l'elemento immateriale che ha determinato il danno sia destinato ad essere incorporato in un supporto materiale diverso da quello di cui consta il prodotto: si pensi, ad es., ad un fitness tracker consistente in un braccialetto (appartenente alla categoria dei c.d. *wearables*⁶⁶) che, per funzionare, richieda la presenza di un'app da scaricare in un altro prodotto, come uno *smartphone*.

Le raccomandazioni degli esperti incaricati dalla Commissione UE non chiariscono invece la posizione degli altri soggetti che partecipano alla complessa catena di ideazione e realizzazione del prodotto. Aspetto che tuttavia può trovare risposta già alla luce della interpretazione della disciplina in questione.

La nozione di produttore include il fabbricante della componente ed il fornitore della materia prima⁶⁷; e, dunque, nell'eventualità che

⁶⁵ Sulla essenzialità dell'elemento immateriale costituito dall'algoritmo impiegato dal software (e sul suo essere connotante il c.d. "prodotto intelligente") insiste ad esempio una autorevole dottrina (U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1689 ss., p. 1691).

Cfr. COPPINI, *op. cit.*, p. 736, la quale reca l'esempio delle auto a guida autonoma "«connesse» a un «cervello» esterno e lontano, altrove collocato, ad esempio nel *cloud*", domandandosi quali nuovi scenari si apriranno con l'avvento di simili sviluppi tecnologici.

⁶⁶ Cfr., sul punto, https://www.mhc.ie/latest/insights/fitness-trackers-wearables-what-are-the-regulatory-risks#_ftn3, nonché <https://www.tate-lawgroup.com/news-media/2016/may/fitness-trackers-involved-in-products-liability-/>, circa class actions intentate negli USA contro il produttore di un noto wearable chiamato Fitbit. Cfr. il parere del Gruppo di lavoro per la protezione dei dati personali, *Wearable Computing, Quantified Self e domotics*, in www.ec.europa.eu, per i profili attinenti alla riservatezza e protezione dei dati personali.

⁶⁷ Il produttore dell'una e dell'altra sono responsabili del danno insieme al fabbricante del prodotto finito: tutti concorrono nella responsabilità verso il danneg-

le componenti immateriali siano realizzate/fornite da soggetti diversi dal produttore finale, è corretto concludere che spetta al danneggiato azione diretta nei confronti di ognuno di tali soggetti, ai sensi dell'art. 121 c. cons. In tal modo, si consegue il risultato di responsabilizzare il fornitore di tali elementi immateriali, in aggiunta al produttore finale⁶⁸, direttamente nei confronti del fruitore (tale risultato non è rimesso cioè solamente al gioco dei rapporti contrattuali tra produttore finale e fornitore della componente immateriale)⁶⁹ e si superano eventuali incertezze, con l'effetto di incrementare la fiducia degli utenti finali di tali prodotti⁷⁰.

giato (fornito di azione diretta contro ognuno di essi) per il fatto solo di aver collaborato nella ideazione e fabbricazione del prodotto, allorché vi sia un unico evento lesivo causato da un difetto del prodotto.

⁶⁸ Si vedano ZOLLERS *et al.*, *No More Soft Landings for Software: Liability for Defects in an Industry that Has Come of Age*, in *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.*, 2004, 21, p. 745, KEYSAN e MULLINS HAYES, *Bugs in the Market: Creating a Legitimate, Transparent, and Vendor-Focused Market for Software Vulnerabilities*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2739894 2016, p. 786, nonché ADDICOTT, *Enhancing Cybersecurity in the private sector by means of civil liability lawsuits – the Connie Francis effect*, 51 *U. Rich. L. Rev.*, 2017, 857–895, <http://lawreview.richmond.edu/files/2017/03/Addicott-513.pdf>.

⁶⁹ Secondo RUFFOLO, in RUFFOLO e AL MUREDEN, *op. loc. ult. cit.*, p. 1707, una simile soluzione consente al produttore finale “di chiamare come corresponsabili agenti apparentemente mediati, e non immediati, della produzione stessa; e, dunque, di agire verso tali soggetti eventualmente anche in regresso o in garanzia”. Si consideri poi che la disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti di cui agli artt. 102 ss. c. cons., applicabile anche ai prodotti digitali, parrebbe contemplare, quale destinatario degli obblighi ivi previsti (e delle relative sanzioni), solamente il produttore finale. Scelta, quest'ultima, che è stata oggetto di critica da parte della dottrina più accorta, giacché frustra gli obiettivi di prevenzione, di essa propri (cfr. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 977, p. 984-985).

⁷⁰ Viceversa, ragionando in termini di pluralità di prodotti autonomi, anziché di unico prodotto complesso, si alimentano i dubbi circa il soggetto a cui imputare la responsabilità, nonché circa il titolo della stessa (ad es., nel caso in cui l'elemento immateriale, ad es. il software o un'app, non siano incorporati nel prodotto, ma forniti successivamente, può sorgere il dubbio che si tratti di un prodotto a sé stante). È bene sottolineare, invero, che il richiamato art. 121 c. cons. mira a far sì che, in caso di prodotto complesso, non ricada sul danneggiato il rischio della

Si rammenti poi che spesso i rapporti con l'utente finale sono regolati da una pluralità di contratti – tra loro collegati⁷¹ – cui, in molti casi, vengono apposte clausole di esonero o limitazione della responsabilità del fornitore. Ad esempio, nell'Internet delle cose, la prassi registra il ricorso ad una pluralità di contratti, tutti intercorrenti tra l'utente finale ed i diversi fornitori dei beni e dei servizi digitali, necessari per il funzionamento del prodotto (ad es. dell'app, della fornitura dei dati, etc.)⁷². Se si accede alla qualifica di componenti del prodotto, si riconosce al danneggiato la possibilità di far valere la nullità di simili clausole – oltre che in base ad altre normative – già alla luce della disciplina sul danno da prodotto difettoso.

Come già rammentato, altri elementi, che concorrono nel rendere possibile la fruizione del bene, consistono in servizi (come la fornitura del servizio di cloud computing, la fornitura e manutenzione delle reti e delle infrastrutture digitali, etc.). Ad esempio, i beni del c.d. Internet delle cose vengono definiti un “sostanzioso ibrido tra beni e servizi”, proprio per via della presenza di simili elementi, offerti per lo più da terze parti⁷³.

In caso di danno riconducibile alla prestazione dei servizi accessori al prodotto (si pensi al caso di malfunzionamento del sistema “nuvola” dovuto al suo hackeraggio, dipeso da omissione/ carenza di misure di cybersicurezza; al caso dell'avaria del sistema satellitare di comunicazioni⁷⁴, che consente il controllo da remoto di un veicolo *self-driving*; od al caso del rilevatore di fumo intelligente che non si

mancata individuazione del soggetto responsabile tra coloro che hanno concorso nella realizzazione dello stesso.

⁷¹ KALAMEES e SEIN, *Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?*, in *EuCML*, 2019, 1, p. 13 ss.

⁷² Cfr. GUIDO NOTO LA DIEGA e IAN WALDEN, *Contracting for the “Internet of Things”*: *Looking into the Nest*, (2016) 7 *European Journal of Law and Technology*, p. 1 ss., pp. 4-5.

⁷³ HELBERGER, *Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law*, in, *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Hart Publishing, 2016, p. 6, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=2728717> >).

⁷⁴ PISANI TEDESCO, *Smart mobility e rischi satellitari e informatici: i possibili scenari di allocazione della responsabilità civile*, in *Diritto comm. int.*, 2019, p. 801 ss., p. 808.

azioni per via del mancato funzionamento del servizio di connettività), sorge innanzitutto l'interrogativo se il produttore possa andare esente da responsabilità ai sensi degli artt. 114 ss. c. cons.⁷⁵.

A questo riguardo, si può notare che si tratta di elementi che vengono in considerazione innanzitutto come caratteristiche del prodotto, la cui concezione ne prevede la presenza quali componenti necessarie per il funzionamento dello stesso; di essi e della loro incidenza sulla sicurezza del prodotto (ad esempio, della loro interazione con le altre sue componenti), il produttore deve quindi tenere conto nella valutazione e prevenzione dei rischi inerenti all'uso del bene: si tratta a ben vedere di un aspetto che attiene al requisito del difetto del prodotto ed al suo accertamento (v. art. 117 cod. cons.; cfr. *ultra* sul tema del difetto e sul relativo onere probatorio). Pertanto, la responsabilità del produttore non può essere esclusa per il fatto solo che il danno sia derivato da simili elementi⁷⁶.

In ordine poi al prestatore di servizio, indubbia essendo l'ammissibilità di una responsabilità di quest'ultimo, concorrente con quella

⁷⁵ Cenni in AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2019, 7, pp. 1715 ss., p. 1726.

⁷⁶ Cfr. il Rapporto dell'Expert Group, cit., p. 43, ove, senza fornire argomentazioni, si auspica quanto segue: "The producer should therefore remain liable where the defect has its origin (i) in a defective digital component or digital ancillary part or in other digital content or services provided for the product with the producer's assent after the product has been put into circulation; or (ii) in the absence of an update of digital content, or of the provision of a digital service which would have been required to maintain the expected level of safety within the time period for which the producer is obliged to provide such updates".

del produttore⁷⁷ e regolata a vario titolo dalle normative nazionali⁷⁸, è invece discussa la possibilità di applicare l'art. 121 c. cons.⁷⁹.

A ben vedere, la risposta affermativa all'interrogativo è da condividere e può essere fondata sulla nozione stessa di prodotto, di cui si è già detto: questo non coincide con un'entità fisica predefinita e circoscritta nella sua corporeità; tale nozione è tecnologicamente neutra e quindi può includere elementi di natura eterogenea, concepiti come (strumenti) necessari per assicurare la fruizione di un data utilità (e, aggiungiamo, per garantire la sicurezza); quindi, anche la prestazione di un servizio accessorio al prodotto, se avente una simile funzione⁸⁰, può essere riguardata come componente di quest'ultimo (e colui che la fornisce come fabbricante).

3. Il difetto nei prodotti delle tecnologie digitali.

3.1. Openness by design ed imprevedibilità delle azioni dannose della macchina.

Come già illustrato, le tecnologie digitali presentano la peculiarità di essere *open by design*: non sono cioè complete di tutto ciò che

⁷⁷ KOZIOL, *Product Liability: Conclusions from a Comparative Perspective*, in *Product Liability: Fundamental Questions in a Comparative Perspective*, 2017, p. 538. Sul punto cfr. altresì KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges and the Need for Innovative Concepts, Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, 2019.

⁷⁸ ASTONE, *Principio di non esclusività della decisione algoritmica e limiti della configurazione di un "umanesimo digitale"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 2, v. infra.

⁷⁹ Secondo ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., pp. 1035-1036, sarebbe ravvisabile una responsabilità concorrente del prestatore del servizio ai sensi della disciplina sul danno da prodotto difettoso. Di contrario avviso EVAS, *A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles. European Added value Assessment*, 2018, p. 23, disponibile in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU\(2018\)615635_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/615635/EPRS_STU(2018)615635_EN.pdf), secondo cui "The PLD (Product Liability Directive) does not cover damages resulting from 'wear and tear' or other parties' interventions or failure of telecom networks".

⁸⁰ Che sia quindi contemplata non isolatamente, ma come elemento di un unitario prodotto.

occorre loro per funzionare adeguatamente (o per offrire un certo grado o tipo di funzionamento); al contrario, per il modo stesso in cui sono concepite, dipendono da successive integrazioni ed aggiornamenti della componente immateriale e/o richiedono accesso a dati, sistemi, reti, etc.

Talvolta poi si tratta di prodotti intelligenti, in grado, cioè di assumere decisioni autonome e, in qualche caso, capaci di apprendimento, per via dell'impiego di tecniche algoritmiche di machine learning e deep learning, le quali possono dare luogo ad un'altra peculiarità, costituita dalla imprevedibilità delle azioni della macchina: sia l'utente, sia anche il produttore, potrebbero non essere in grado di prefigurarsi in qual modo il prodotto si comporterà.

Simili caratteristiche danno luogo ad alcuni rischi specifici e sollevano talune difficoltà quando si tratti di stabilire la presenza di un difetto e, quindi, di imputare la responsabilità al produttore. Così, la ricordata caratteristica della imprevedibilità delle azioni della macchina, connotata al suo stesso essere capace di decisioni autonome, potrebbe rendere il prodotto in grado di generare danni impreveduti ed imprevedibili (da parte del produttore). Allo stesso modo, si potrebbe determinare una perdita di controllo rispetto alla componente software, per via di modifiche od aggiornamenti non autorizzati da parte dell'utente o per via di intrusioni ad opera di terzi, tali, ad es., da provocarne l'alterazione od il malfunzionamento, da determinare la sottrazione di dati, etc. Inoltre, si danno dei rischi sia connessi alla complessità tecnologica del bene, la quale potrebbe impedire od ostacolare l'adozione di date cautele da parte dell'utente, sia correlati alla omessa informazione sul modo corretto di interagire con il prodotto, etc.

Si tratta di eventualità che possono complicare il lavoro dell'interprete che voglia ricondurle nell'ambito delle categorie note⁸¹.

⁸¹ Per un esame delle quali, si veda, innanzitutto, la dottrina formatasi all'indomani del recepimento della disciplina europea sul danno da prodotto difettoso. Tra le riflessioni più avvertite, senza pretesa di completezza, si vedano i contributi presenti in PONZANELLI, *Commentario alla responsabilità da prodotti difettosi*, a cura di Pardolesi-Ponzanelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 3, p. 509 ss.; ALPA, CARNEVALI, DI GIOVANNI, GHIDINI, RUFFOLO e VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; AA.VV., *Il danno da prodotti in Italia*,

In particolare, dubbi possono sorgere in ragione del fatto che le disposizioni sulla responsabilità del produttore, da un lato, richiedono che, nel valutare le legittime aspettative di sicurezza, si tenga conto del tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione (117, comma 1, lett. c), cod. cons.), dall'altro, attribuiscono al fabbricante la possibilità di escludere la propria responsabilità, dimostrando o che il difetto che ha cagionato il danno non esisteva al tempo della immissione del bene in commercio o che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, a quel tempo, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso (art. 118, comma 1, rispettivamente, lettere b) ed e), cod. cons.)⁸².

Al riguardo, va, tuttavia, ribadito quanto in precedenza chiarito: in presenza di un bene connotato da *openness by design*, soltanto un pregiudizio "materialistico" impedisce di individuare un (unitario) prodotto nell'accezione di cui alla normativa in questione, per via del fatto che siano necessarie aggiunte, modifiche od accesso a servizi, da fornirsi successivamente alla immissione in commercio. Ma, soprattutto, occorre notare che il concetto di difetto non coincide con un vizio intrinseco del bene, consistendo, viceversa, in un giudizio di valore avente ad oggetto la corrispondenza del rischio inerente al prodotto (in base alle sue caratteristiche, uso, presentazione, etc.)

Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera, Padova, 1990; ALPA, BIN e CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XIII, Padova, 1989.

Cfr. per una rassegna della dottrina, STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 10; SANTUCCI, *La responsabilità per danno da prodotto difettoso nella recente esperienza italiana*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 987 ss.

⁸² Si tratta del c.d. rischio da sviluppo. Con tale espressione si indica il fenomeno per il quale, successivamente alla commercializzazione di un prodotto, si assiste ad un incremento dei livelli di sicurezza conseguibili grazie a nuove scoperte scientifiche o sviluppi della tecnica. Cfr. l'ottima analisi di CARUSO, *Quando il rimedio è peggiore del male: emoderivati infetti e responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 144. Per un esame critico, si rinvia a TRIMARCHI, *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*, in *Riv. soc.*, 1986, p. 593 ss.; ALPA, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore. Tecniche e modelli a confronto*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 584; CASTRONOVO, *La legge europea sul danno da prodotti. Una interpretazione alternativa del D. P. R. n. 224/1988*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 3 ss.

alle legittime aspettative di sicurezza degli utenti⁸³. Non diversamente da quanto avviene per quelli tradizionali, conta allora il modo in cui i prodotti digitali vengono concepiti e realizzati⁸⁴; e, come visto, la concezione e realizzazione di questi ultimi contempla aggiunte ed aggiornamenti, da compiersi durante la vita del prodotto (senza di che la funzionalità risulterebbe esclusa o impedita). Di conseguenza, sia i singoli elementi che compongono tali prodotti, sia l'interazione tra gli stessi (ivi inclusi quelli che vengano aggiunti successivamente o che vadano prestati in via continuativa, per assicurare il funzionamento e la sicurezza del bene), non debbono frustrare le ricordate aspettative. Vale, in altri termini, la regola per cui non può essere superato il livello accettabile di rischio che il prodotto diffonde tra il pubblico, da determinarsi avendo riguardo al tempo in cui avviene l'immissione in commercio. Si ha per conseguenza che, nel caso di danno determinato dagli elementi aggiunti dopo tale momento (ad esempio, dalla mancata erogazione di dati necessari per il corretto funzionamento del prodotto o dal malfunzionamento dell'app scaricata da internet, etc.), ma concepiti come elementi di un unitario prodotto, il produttore non potrà liberarsi da responsabilità deducendo (e dimostrando) che, per ciò solo, il difetto sia sopravvenuto.

⁸³ Cfr. STELLA, *Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1444 ss. Cfr. SIMONINI, *L'approccio olistico nel danno da prodotto*, in *Danno resp.*, 2018, p. 137 ss.

Sul punto già PONZANELLI, *Responsabilità del produttore*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 220 ss.; CAFAGGI, *La nozione di difetto ed il ruolo dell'informazione. Per l'adozione di un modello dinamico-relazionale di difetto in una prospettiva di riforma*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 447 ss., nonché CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 11 ss.

⁸⁴ Circa il ruolo del giudice nella determinazione del grado di tutela da accordare ai danneggiati, cfr. RAJNERI, *L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre Corti europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 623 s. Inoltre, si veda già SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R.24 maggio 1988 n. 224*, in *Quadr.*, 1992, p. 65 ss. e LOI, *Art. 5. Prodotto difettoso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 545 ss.

Invero, la peculiarità di costituire il risultato della commistione tra beni e servizi, propria di tali prodotti, fa sì che tra utente e produttore si crei un rapporto di durata, secondo una logica in linea con quella, di tipo contrattuale, fatta propria dalla dir. UE 2019/771, per la quale il fornitore è responsabile della conformità al contratto di tali elementi, inclusi quelli forniti al compratore lungo un ragionevole (rispetto alle aspettative dello stesso compratore) arco temporale. E, tuttavia, la linea di confine tra le due forme di responsabilità permane (non solo se si ha riguardo alla presenza o meno di un rapporto contrattuale diretto tra utente e fornitore del prodotto, condizione imprescindibile per la nascita di una responsabilità ai sensi della dir. UE 2019/771, ma anche) se si adotta un punto di vista funzionale, giacché, nell'ottica della disciplina sul danno da prodotto difettoso, conta la posizione di garanzia assunta dal produttore riguardo ai rischi irragionevoli di danno inerenti al prodotto.

Pertanto, al fine di determinare la sussistenza di un difetto, verranno in rilievo sia i rischi correlati alla presenza di tali elementi, sia la circostanza che, all'opposto, modifiche ed aggiornamenti previsti (in quanto necessari non solo per il funzionamento del prodotto stesso⁸⁵, ma anche ai fini del mantenimento di un ragionevole livello di sicurezza) non vengano forniti (dal produttore o da terzi per suo conto) ovvero siano forniti in maniera parziale o inadeguata per

⁸⁵ In estrema sintesi, la posizione di garanzia del produttore, relativamente ai suddetti elementi, discende dalla stessa logica dell'openness by design, la quale implica, per il modo in cui il prodotto è stato concepito, che il produttore conservi una posizione di controllo sugli elementi aggiunti dopo la immissione in commercio. Cfr. sul punto, Report dell'Expert Group, cit., p. 42-43, secondo il quale "Il produttore dovrebbe essere responsabile in via oggettiva per i difetti delle tecnologie digitali emergenti anche se tali difetti compaiono dopo la messa in circolazione del prodotto, nella misura in cui il produttore sia rimasto in controllo degli aggiornamenti o degli upgrade della tecnologia [...]" (traduzione nostra). In linea con le argomentazioni esposte nel testo, l'Expert Group ritiene che, in un simile caso, il difetto esista già al tempo della immissione del prodotto in commercio, ancorché si manifestati dopo tale momento. Il riferimento al controllo, poi, appare rilevante anche in un altro senso: una volta venuto meno, ad esempio, per via di ingerenze di terzi non fronteggiabili alla luce dello sviluppo della tecnica, la responsabilità del fabbricante per difetto del prodotto non potrebbe essere affermata.

quantità e qualità (si pensi al mancato aggiornamento del software implicante rischi di *cybersicurezza*), etc.⁸⁶.

Si tratta, quindi, di rivoluzionare la prospettiva tradizionale, per la quale il controllo del fabbricante sul prodotto ha termine al momento della immissione in commercio. Lo sviluppo tecnologico, invero, consente al fabbricante di mantenere una stretta relazione con il prodotto (e con il suo utente) e, quindi, di acquisire conoscenza (ed accrescere la propria capacità di gestione) dei rischi insiti nello stesso (cfr. *ultra*). Ciò determina il venir meno della impersonalità che ha caratterizzato i rapporti della moderna produzione industriale (c.d. di massa) e che ha altresì influito sulla fisionomia della *products liability*⁸⁷.

E' richiesto, di conseguenza, che si adotti un nuovo punto di vista: l'*an* ed il *quomodo* dei mutamenti cui il prodotto è soggetto rilevano a partire dal suo stesso *design* (anche ai fini della individuazione di un difetto di progettazione)⁸⁸.

Nemmeno la imprevedibilità delle azioni della macchina (il termine è qui usato in senso lato), riscontrabile nei prodotti che impiegano date tecnologie (quali quelle di *machine learning* o altre consimili)⁸⁹, vale di per sé ad escludere la possibilità di ravvisare un difetto nell'accezione accolta dall'art. 117 cod. cons.

⁸⁶ Assume rilievo al riguardo l'esistenza di doveri di monitoraggio della sicurezza, sussistente in capo al produttore anche per il tempo successivo alla immissione in commercio (cfr. *ultra*).

⁸⁷ OWEN, *The Evolution of Products Liability Law*, in *Rev. litig.*, 2007, 26, pp. 955 e 962 (Cfr., per una panoramica dell'evoluzione della materia, si vedano PIGNALOSA, *La responsabilità del produttore*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, 1, p. 301 ss., nonché RAJNERI, *Prodotto difettoso*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, Agg. 2016, Milanofiori Assago, 2016, pp. 614-615).

⁸⁸ PICKER, *Rewinding Sony: The Evolving Product, Phoning Home and the Duty of Ongoing Design*, in *Case W. Res. L. Rev.* 749, 2005, 55, p. 761 ss.

⁸⁹ Sul punto, si veda PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 6, p. 1815, cui si rinvia anche per opportuni approfondimenti bibliografici. Cfr. inoltre COMANDÈ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. Il carattere trasformativo dell'IA ed il problema della responsabilità*, in *Anal. giur. econ.*, 2019, p. 169-189, nonché CHAGAL, *The Reasonable Algorithm*, in *Journal of Law, Technology and Policy*, 2018.

Quindi, se, dopo l'immissione in commercio, la macchina, grazie alla propria capacità di apprendimento, divenisse capace di azioni e/o acquisisse abilità, che il produttore non si era prefigurato e da cui sia dipeso il concreto danno, non potrebbe concludersi, per ciò solo, che il difetto è sopravvenuto. Né poi sarebbe invocabile la (controversa) esimente del rischio da sviluppo. Ed infatti la responsabilità del fabbricante ai sensi dell'art. 114 cod. cons. è altra cosa dalla responsabilità per colpa (seppur oggettiva) e dunque non appare circoscritta ai soli danni prevedibili ed evitabili secondo diligenza: ai sensi di tale disciplina, viceversa, sono imputati al produttore tutti i rischi di danno messi in luce dalle più avanzate conoscenze tecnico-scientifiche (purché accessibili)⁹⁰, mentre gravano sul danneggiato solamente quei rischi che ricadono al di fuori dello scibile umano⁹¹.

Come osservato da un'accorta dottrina, anche il più sofisticato di tali prodotti in realtà si limita ad eseguire compiti e mansioni che è stato programmato a svolgere⁹². Invece, per i prodotti dotati di capacità di auto-apprendimento, si danno due alternative: una simile capacità o è confinata alla fase di design del prodotto o, se presente anche dopo l'immissione in commercio, va tenuta sotto controllo, nel senso che spetta al produttore adottare gli accorgimenti tecnici

⁹⁰ A prescindere dalla loro imprevedibilità, aspetto quest'ultimo che invece viene in rilievo nell'ottica della responsabilità per colpa, seppure oggettiva. Dal punto di vista del danno da prodotto, conta il rischio imputabile al produttore, il cui perimetro è circoscritto dal concetto di difetto e dalle esimenti di responsabilità. Vedi AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1715 ss. In ordine al profilo della accessibilità delle conoscenze cfr. Corte giust. Ce, 29 maggio 1997, causa C-300/95, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 387 ss., con nota di PONZANELLI, *Regno Unito, Corte di giustizia ed eccezione dello "state of art"*.

⁹¹ Cfr. TASSONI, *La produzione di farmaci tra l'art. 2050 c.c. ed i cosiddetti "development risks"*, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 818-822. Con riguardo alla robotica, si veda CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 621 e 630.

⁹² BERTOLINI, *Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, in *Law, Innovation and Technology*, 2013, 5, p. 225 ss., p. 227 ss. *Contra* KARNOW, *The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence*, in *Robot Law*, Cheltenham, 2016, p. 114 ss.; per la dottrina italiana, cfr. SANTOSUOSSO, BOSCARATO e CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 494 ss., p. 511.

all'uopo necessari; in difetto di simili accorgimenti, poi, il produttore dovrebbe astenersi dal conferire alla macchina un grado di autonomia ingovernabile e, in caso contrario, eventuali conseguenze dannose gli andrebbero imputate.

Attraverso la corretta interpretazione della disciplina in questione, basata sulle testé ricordate argomentazioni, è dunque possibile pervenire alla medesima soluzione suggerita dall'Expert Group, per il quale la limitata possibilità per il fabbricante di prevedere le azioni della macchina intelligente non dovrebbe costituire ragione idonea ad esonerarlo da responsabilità⁹³.

Il produttore può invece liberarsi dimostrando che il difetto è stato determinato da variabili intervenute dopo l'immissione in commercio, tra cui rientrano fattori ambientali e comportamenti imprevedibili dell'utente o di terzi.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, assumono rilievo altri regimi di responsabilità, quali quelli previsti dall'art. 2050 e 2051 c.c., nonché, per i veicoli a guida autonoma, dall'art. 2054 c.c., regimi destinati a regolare il contributo causale di soggetti diversi dal produttore (il proprietario, il custode, l'utente, etc.)⁹⁴. Prescindendo dagli specifici problemi che si pongono all'attenzione degli interpreti

⁹³ Cfr. Rapporto dell'Expert Group, p. 43: "emerging digital technologies are characterised by limited predictability. This phenomenon will intensify with the dissemination of machine learning. The interconnectedness of devices, as well as threats to cyber security, also contribute to difficulties in predicting the product's performance. A defect in digital content or in a product with digital elements may therefore result from the impact of the environment in which the product operates or from the product's evolution, for which the manufacturer only created a general framework but which they did not design in detail. In view of the need to share benefits and risks efficiently and fairly, the development risk defence, which allows the producer to avoid liability for unforeseeable defects, should not be available in cases where it was predictable that unforeseen developments might occur".

⁹⁴ Tali soggetti possono, nel caso concreto, assumere altresì la veste di danneggiati: si pensi al caso del proprietario-trasportato dal veicolo *self-driving*, che abbia patito un danno nel corso di un incidente causato da un simile veicolo ed in conseguenza del quale sia stato leso anche un terzo (ad es., un passante). Cfr., con riguardo alla tutela del proprietario/custode del veicolo che sia anche danneggiato, la lucida analisi di CALABRESI e AL MUREDEN, *Driverless car e responsabilità civile*, in *Riv. dir. bancario*, Suppl. al n. 1/2020, p. 7 ss., p. 15-18.

intenti ad applicare le ricordate disposizioni ai nuovi rischi inerenti ai prodotti digitali (dei quali in questa sede non si può dare conto, cfr. nota), giova qui sottolineare, da un lato, l'utilità della presenza di un sistema che preveda responsabilità concorrenti (in un'ottica di maggior tutela del danneggiato⁹⁵), e, dall'altro lato, l'opportunità di stabilire le condizioni in base alle quali il contributo causale altrui possa valere, o meno, ad escludere la responsabilità del produttore, tenuto conto delle peculiarità delle tecnologie digitali.

La questione è trattata dall'Expert Group (indipendentemente però dalla considerazione di uno specifico regime di responsabilità civile): in ragione della complessità di tali tecnologie, le raccomandazioni degli esperti prefigurano dei doveri di sicurezza relativi ai rischi correlati all'impiego di esse, doveri concernenti la scelta di strumenti adeguati agli scopi ed alle capacità di impiego, manutenzione e supervisione delle stesse, posti a carico degli operatori (intesi per tali tutti quei soggetti diversi dal produttore, quali utenti, custodi, proprietari, etc.)⁹⁶. Simili rischi, si osserva, debbono essere

Cfr., più in generale, quanto ai regimi di responsabilità applicabili, RUFFOLO, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in RUFFOLO e AL MUREDEN, cit.; nonché AL MUREDEN, *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo*, in *Contr. Impr.*, 2019, p. 895, e CERINI, *op. cit.*, p. 401. Si vedano altresì ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1019, COPPINI, *op. cit.*, v. *infra*.

⁹⁵ SPLINDER, *User Liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, 2019, p. 128 ss.; cfr. anche KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges and the Need for Innovative Concepts*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, p. 118 ss., nonché CERKA, GRIGIENE e SIRBIKYT, *Liability for Damages Caused by Artificial Intelligence*, in *Computer Law & Security Review*, 2015, 31, 3, p. 376-389. Il tema è trattato, con specifico riguardo ai robot, anche da PALMERINI, *op. cit.*, p. 1815.

⁹⁶ Rapporto, p. 44: "Operators of emerging digital technologies should have to comply with an adapted range of duties of care, including with regard to (a) choosing the right system for the right task and skills; (b) monitoring the system; and (c) maintaining the system.". "Failure to comply with such duties may trigger fault liability regardless of whether the operator may also be strictly liable for the risk created by the technology".

sopportati da tali soggetti e, tuttavia, in considerazione della ricordata complessità e dell'asimmetria informativa in cui questi versano, spetta al produttore progettare, presentare e commercializzare il prodotto, in modo tale da porre gli operatori delle tecnologie digitali nella condizione di ottemperare ai rispettivi doveri di sicurezza⁹⁷. Così, ad esempio, con riguardo ad un veicolo *self-driving*, la difficoltà di riprendere il controllo del veicolo in prossimità di una situazione d'emergenza dovrebbe indurre il produttore a predisporre un sistema che avvisi l'operatore/utente del relativo rischio e che impedisca al veicolo di procedere laddove quest'ultimo non adempia (o non sia in grado di adempiere) al dovere di supervisione del veicolo stesso⁹⁸. In mancanza di ciò, si avrebbe responsabilità del produttore per difetto di progettazione e/o di informazione⁹⁹ (cui si aggiungerebbe, a seconda dei casi, un concorso colposo dell'utente-danneggiato dal veicolo e/o una responsabilità concorrente di questi verso il terzo danneggiato, al ricorrere dei relativi presupposti di legge¹⁰⁰).

3.2. *Sicurezza by design e valutazione del difetto. Alla ricerca di un nuovo paradigma: dalla conformità alle norme tecniche all'adeguatezza organizzativa.*

Ciò chiarito, ci si chiede come vadano individuate le legittime aspettative di sicurezza del pubblico degli utenti, nel caso delle tecnologie digitali emergenti.

⁹⁷ Cfr. Rapporto, p. 44: "Producers, whether or not they incidentally also act as operators within the meaning of [10], should have to: (a) design, describe and market products in a way effectively enabling operators to comply with the duties under [16]; and (b) adequately monitor the product after putting it into circulation".

⁹⁸ Cfr. il case law relativo ai veicoli Tesla, su cui si rinvia a ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1028.

⁹⁹ Sul difetto di informazione, cfr., in giurisprudenza, Trib. Vercelli, 5 febbraio 2003, in *Danno resp.*, 2003, p. 1005, con commento di PONZANELLI; e in *Giur. it.*, 2004, p. 543, con commento di GIOVANARDI. Si vedano anche Cass., 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Danno resp.*, 2011, p. 975 e Cass., 15 febbraio 2018, n. 3692, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 277.

¹⁰⁰ Cfr. Sul punto, con acume di analisi, ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1028-1035.

Costituisce, invero, un dato incontrovertibile che la disciplina sul danno da prodotto ambisca ad imputare al fabbricante solamente taluni danni (quelli riconducibili ad un difetto del prodotto), non trattandosi di una forma di responsabilità oggettiva c. d. assoluta¹⁰¹.

In linea generale, per circoscrivere il perimetro delle legittime aspettative, con riguardo ai difetti di progettazione, si ricorre innanzitutto alle pertinenti normative sulla sicurezza, ivi inclusi gli standard stabiliti dagli organismi privati di normazione, le c.d. norme tecniche. Ed una simile soluzione si auspica dai più che possa valere anche per i prodotti di cui si discute, in considerazione dei vantaggi che ne deriverebbero in termini di certezza, sia per i fabbricanti, sia per i danneggiati¹⁰².

Senonché è controverso il tema dell'incidenza della conformità alle norme tecniche sulla imputazione della responsabilità al produttore¹⁰³, dubbio essendo se una simile conformità valga di per sé sola

¹⁰¹ Insistono sul fatto che non vi è coincidenza tra prodotto dannoso e prodotto difettoso, CARUSO e PARDOLESI, *Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE, in I 25 anni di products liability*, numero speciale di *Danno e resp.*, 2012. Con la conseguenza che la mera prova del nesso di causalità fra il danno ed il prodotto non è sufficiente a trasferire sul produttore l'onere probatorio circa l'assenza del difetto o la presenza di circostanze esimenti. Cfr. Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258, in *www.dejure.it.*; Cass., 28 luglio 2015, n. 15851, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Termini processuali civili*, n. 20. Si veda ALPA, *Responsabilità d'impresa*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, Agg., 9, Torino, 2014, p. 580 ss.

¹⁰² Cfr., inoltre, con specifico riguardo alle tecnologie digitali, DE MEEUS, *The Product Liability Directive at the Age of the Digital Industrial Revolution: Fit for Innovation?*, in *EuCML*, 2019, 4, p. 149 ss., p. 154: "The more effective these rules are and the better they are complied with, the less consumers will have to introduce actions under the Directive. The Directive can thus be seen as a 'safety net', offering remedy to consumers who have suffered harm caused by an unsafe product. These close links between safety and liability rules could justify the development of specific safety rules related to new technologies. This solution would offer different advantages. Firstly, compliance with these rules would probably reduce the need to resort to the Directive on product liability. Secondly, it would significantly help the consumer in its task of proving the defect, and the link between the defect and the damage. Finally, it would give more legal certainty to innovative producers as to the level of safety expected from the products they commercialise".

¹⁰³ AL MUREDEN, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *La sicurezza dei*

ad esonerare il fabbricante. La dottrina domestica, al riguardo, è prevalentemente orientata per la soluzione negativa.

Norme e standard tecnici possono invero mancare od essere inadeguati, specialmente rispetto ai rischi legati a prodotti di alta innovazione e rapido sviluppo ed immissione sul mercato¹⁰⁴. In settori caratterizzati da un'esponenziale evoluzione come quelli della robotica e dell'*Artificial Intelligence*, occorre tempo per elaborare standard adeguati¹⁰⁵; ed inoltre, una volta determinati, simili standard sono spesso destinati a diventare presto obsoleti e quindi inadatti a governare ogni rischio. Si considerino, a titolo di esempio, gli standard tecnici in materia di cybersecurity, la cui elaborazione ed il cui

prodotti e la responsabilità del produttore, Torino, 2017, p. 29 s., p. 18, nonché ID., *Il danno da "prodotto conforme". Le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 404, il quale distingue tra casi in cui le norme tecniche armonizzate si limitino a stabilire un livello minimo di sicurezza e casi in cui, invece, fissano limiti massimi di sicurezza, nei quali la conformità esclude il risarcimento del danno. Cfr. anche ID., *Gli Highly Automated Vehicles negli USA tra norme statali ed esigenze di armonizzazione federale*, cit., p. 1715. Di contrario avviso BELLISARIO, *La rilevanza del criterio presuntivo della conformità alle norme armonizzate*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 156 ss., nonché ID., *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 841.

Sul tema più generale si veda già CARNEVALI, *La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell'UNI e del CEI*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 267 ss. e ID., *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, ivi, 2005, p. 5 ss., 15, nonché ID., *Sub art. 111*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 731 ss.

¹⁰⁴ VERBRUGGEN, *Good Governance of Private Standardization and the Role of Tort Law*, in *European Review of Private Law*, 2019, 2, p. 319-352, il quale si interroga sulla inadeguatezza del sistema privato di standardizzazione: "There are various reasons why standard setting may lead to sub-optimal outcomes: SDOs may fail to take into account state-of-the-art research, underestimate certain risks, or worse, unreasonably favour certain industry interests over safety concerns of potential end-users" (cfr. p. 322).

¹⁰⁵ PALMERINI, *op. cit.*, p. 1815; cfr. altresì WU, *Risk Management in Commercializing Robotics*, April 3, 2013, in <http://conferences.law.stanford.edu/werobot/wp-content/uploads/sites/29/2013/04/Risk-Management-in-Commercializing-Robotics.pdf>.

dispiegamento richiedono competenze e costi assai elevati¹⁰⁶. Di viene centrale, dunque, stabilire in quale modo il diritto (si usa qui il termine in senso lato) possa riuscire nell'intento, non tanto di vincolare i fabbricanti all'osservanza degli standard e delle norme tecniche esistenti, quanto piuttosto di *promuovere la ricerca ed elaborazione continua di nuovi standard* che stiano al passo con i pericoli da prevenire.

Si tratta di un profilo attinente al c.d. "pacing problem", già rammentato: il diverso ritmo tra innovazione e regolazione, tale per cui quest'ultima non riesce a restare al passo con la prima, impone di rintracciare altrove adeguate soluzioni. Problema considerato altresì nelle raccomandazioni dell'Expert Group¹⁰⁷.

A questo riguardo appare utile volgere lo sguardo alle risposte rinvenibili nella soft law: come anticipato in premessa, si registra innanzitutto l'avvento di nuove forme di standardizzazione privata, che non prestano attenzione alle caratteristiche tecniche ed alla funzionalità in senso stretto dei prodotti, ma si preoccupano di assicurare l'adozione di parametri etico-giuridici, tali da garantire la compatibilità delle tecnologie digitali, in particolare di quelle che impiegano IA¹⁰⁸, con taluni principi, con l'obiettivo ultimo di far sì che i

¹⁰⁶ Cfr. Report dell'Agenzia UE per la sicurezza delle reti e dell'informazione, dicembre 2016, su Cyber Security and Resilience of Smart Cars, p. 46.

¹⁰⁷ Cfr. Rapporto dell'Expert Group, cit., p. 48, secondo cui "[24] Where the damage is of a kind that safety rules were meant to avoid, failure to comply with such safety rules, including rules on cybersecurity, should lead to a reversal of the burden of proving (a) causation, and/or (b) fault, and/or (c) the existence of a defect.". Quanto invece al tema delle conseguenze dell'osservanza ed all'interrogativo se la responsabilità del fabbricante sia da escludere in radice, secondo il Rapporto dell'Expert Group, cit., è opportuno optare per la soluzione negativa, in quanto una simile soluzione "it is better suited to addressing the difficulties of victims when it comes to proving the elements of liability in settings that involve emerging digital technologies. It is in particular the pace at which these technologies are evolving, and the necessity of imposing a duty on providers to monitor the market and react more quickly to new threats than any rulemaker could, that made it seem inappropriate to have a presumption of the absence of causation or fault where a provider complied with the rules".

¹⁰⁸ Ad esempio l'Information Technology Industry Council (ITI) ha sviluppato un insieme di principi concernenti l'IA (Information Technology Council, AI Policy Principles Executive Summary (24 ottobre 2017), accessibili da

ritrovati tecnologici siano al servizio degli individui e dei loro diritti fondamentali (e non viceversa)¹⁰⁹. In quest’ottica gli organismi privati di standardizzazione (od entità affini), in primo luogo, stabiliscono essi stessi dei principi soft di governance di simili tecnologie: si pensi al principio di trasparenza e non discriminazione (quanto al primo ed al suo ruolo anche nella materia oggetto di questo studio, cfr. *ultra*). In secondo luogo, i ricordati soggetti individuano concrete pratiche di concezione e di realizzazione dei prodotti, tali da tradurre i suddetti principi in caratteristiche degli stessi¹¹⁰.

Inoltre, in una prospettiva più ampia (che non abbia riguardo cioè solamente all’agire etico dei prodotti intelligenti), per i vizi di progettazione/programmazione, una risposta è offerta dal ricorso al concetto di sicurezza by design: a partire dalla stessa ideazione e messa punto del prodotto o servizio, il produttore è tenuto all’adozione di misure adeguate alla prevenzione dei rischi (questi cioè vanno valutati già nella fase di ideazione del prodotto, la quale deve comprendere ogni accorgimento idoneo ad evitarli, in modo tale che la prevenzione possa dirsi già incorporata nel progetto).

<https://www.itic.org/resources/AI-Policy-Principles-FullReport2.pdf>). Secondo tali pronipi le imprese si impegnano a “recognize our responsibility to integrate principles into the design of AI technologies, beyond compliance with existing laws”.

¹⁰⁹ Cfr. sul punto PAJNO, BASSINI, DE GREGORIO, MACCHIA, PATTI, POLLICINO, QUATTROCOLO, SIMEOLI, SIRENA, *op. cit.*

¹¹⁰ Un esempio è costituito dall’iniziativa intrapresa dall’Institute of Electric and Electronic Engineers, denominate *The IEEE Global Initiative on Ethics of Autonomous and Intelligent Systems*, il cui scopo è quello di “ensure every stakeholder involved in the design and development of autonomous and intelligent systems is educated, trained, and empowered to prioritize ethical considerations so that these technologies are advanced for the benefit of humanity” (available at https://standards.ieee.org/develop/indconn/ec/ec_about_us.pdf). L’IEEE appena ricordato ha avviato la individuazione di una serie di IEEE standards relativi alla gestione di profili etici connessi all’impiego dell’IA, gli Standards IEEE P7000™. Cfr. al riguardo DOW e HANCOCK, *Injecting Ethical Considerations in Innovation Via Standards – Keeping Humans in the AI Loop*, in *IEEE Insight*, Apr. 25, 2018 (<https://insight.ieeeusa.org/articles/standards-address-ai-ethical-considerations/>).

La sicurezza by design è mutuata dalle scienze informatiche ed è contemplata nell'ambito della strategia europea relativa allo sviluppo di un'Intelligenza Artificiale etica e sicura¹¹¹, nonché, rispetto ad alcuni prodotti smart, come i veicoli connessi ed autonomi, anche da iniziative di *soft law* concernenti i rischi informatici ed i profili di cyber sicurezza¹¹². Ancora una volta, si tratta di strumenti di *soft-law*, i quali, lungi dal porre l'accento solamente sulla osservanza delle norme e degli standard tecnici, accolgono un'ottica di tipo preventivo già dalla progettazione e sviluppo dei prodotti, laddove, ad esempio, invitano a far sì che sussistano adeguate misure di individuazione e gestione di siffatti rischi¹¹³ ". In tal modo, si ambisce a

¹¹¹ Communication Coordinated Plan on Artificial Intelligence (COM(2018) 795 final) Annex: Coordinated Plan (disponibile in https://ec.europa.eu/knowledge4policy/publication/coordinated-plan-artificial-intelligence-com2018-795-final_en), p. 9: "Another key principle will be "security by design", whereby cybersecurity, the protection of victims and the facilitation of law enforcement activities should be taken into account from the beginning of the design process. ". Cfr. altresì, *ivi*, p. 17: "It is important that legislation offers the right framework for AI-driven innovation and uptake of AI solutions, while addressing possible risks raised by the use of, and interactions with the technology, including cybersecurity concerns. This means to provide for "cybersecurity" in the sense of preventing abuse (e.g. hacking or manipulation of the AI algorithms or manipulation of the data processed by the AI algorithm), as well as for the inclusion of mechanisms to ensure the safety of consumers and effective redress to victims in case of damage and to facilitate investigations if the AI system is compromised".

¹¹² Cfr. nel Regno Unito, *The Key Principles of Cyber Security for Connected and Automated Vehicles* (disponibili in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/661135/cyber-security-connected-automated-vehicles-key-principles.pdf), adottati dal Dipartimento dei Trasporti (DfT), in collaborazione con il Centro per la Protezione delle Infrastrutture Nazionali (CPNI), per l'utilizzo nel settore dei veicoli intelligenti e connessi. Secondo i principi in questione, "All new designs embrace Security by Design. Secure design principles are followed in developing a secure ITS/CAV System, and all aspects of security (physical, personnel and cyber) are integrated into the product & service development process".

¹¹³ Si veda il principio 2.3 dei citati *Key Principles of Cyber Security for Connected and Automated Vehicles*, secondo cui occorre far sì che "Security risk assessment and management procedures are in place within the organisation. Appropriate processes for identification, categorisation, prioritisation, and treatment of security risks, including those from cyber, are developed".

garantire tutela effettiva agli interessi giuridici minacciati dai pericoli di danno (riservatezza, integrità fisica, etc.)¹¹⁴.

Quello della sicurezza *by design* è un principio che dall'ambito delle buone pratiche e della c.d. tecno-regolamentazione¹¹⁵, ha già raggiunto il piano delle disposizioni cogenti. Innanzitutto, è espressamente enunciato in materia di protezione dei dati personali (art. 25 GDPR)¹¹⁶, ove si fa riferimento alla adeguatezza delle misure sia tecniche che organizzative. Esso appartiene però anche alla disciplina sul danno da prodotto.

Va infatti ricordato come parte della dottrina più accorta abbia da tempo riferito il concetto di adeguatezza organizzativa alla responsabilità d'impresa, rintracciando un rinvio, seppur implicito, ad essa proprio nella disposizione riguardante l'esimente del rischio da sviluppo¹¹⁷. La dottrina in questione scorgeva una tendenza del sistema giuridico (nazionale e comunitario): a “tradurre in norme giuridiche importanti principi della scienza aziendalistica. Così facendo, [...] il legislatore mostra di prendere atto non solo delle “novità scientifiche” di altre discipline [...], ma cerca di tenere dietro [...] ai “fatti nuovi” della realtà socio-economica, che [...] possono individuarsi:

¹¹⁴ Profilo importante quest'ultimo in ambiti in cui sussistono rischi non ancora noti - o pienamente tali - e mancano quindi regole tecniche già collaudate e registrate dagli organismi di normazione.

¹¹⁵ Cfr. sul punto GAETA, *La protezione dei dati personali dell'Internet of Things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 147 ss., p. 177. Si veda altresì D'ORAZIO, *Protezione dei dati by default e by design*, in *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016, p. 91.

¹¹⁶ CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2018, 3, p. 1098 ss., p. 1115.

¹¹⁷ Cfr. le riflessioni di BUONOCORE sulla responsabilità dell'impresa da inadeguatezza organizzativa. Secondo l'a., si tratta di una regola che impone all'imprenditore “l'onere di acquisire il massimo di conoscenze in ordine alle questioni scientifiche e tecniche per la protezione della salute e dell'ambiente” (*La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d. lgs. 231/2000*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 178 ss., nonché ID., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, *Giur. comm.*, 2009, p. 5 ss., ove esame del rapporto tra adeguatezza tecnica e responsabilità dell'impresa. Per un'approfondita analisi, cfr. DEGL'INNOCENTI, *La responsabilità di impresa. Obblighi di condotta e regimi di imputazione*, Napoli, 2019, p. 228 ss.

(i) nell'incessante sviluppo tecnologico e nel connesso fenomeno dei rapidi mutamenti di alcuni settori merceologici, e segnatamente di quelli caratterizzati da elevata pericolosità [...]”.

Allora, rispetto alle macchine con capacità cognitive, una simile sicurezza by design implica che si faccia luogo ad ideazione ed attività di *training* e *testing*, tali da scongiurare certi rischi (o, che, in mancanza, l'autonomia o l'auto apprendimento siano negate alla macchina, in tutto o in parte e comunque nella misura necessaria a tenere il rischio al di sotto di una soglia ragionevole)¹¹⁸. Mentre, per i dispositivi basati su un software, comporta il dovere di adottare misure per evitare non soltanto i danni derivanti dal cattivo funzionamento del software stesso, ma anche quelli che possano discendere da intrusioni nel sistema, dovute a vulnerabilità causate da assenza o carenza di idonei strumenti di cyber sicurezza¹¹⁹.

L'adeguatezza organizzativa, di cui la sicurezza by design può dirsi espressione, promuove la prevenzione dei rischi, ivi inclusi i rischi inediti di danno, meglio di forme di responsabilità oggettiva (siano esse basate ad esempio sul principio della assunzione del rischio, sul criterio del *cheapest cost avoider*, etc.), consentendo del pari di ovviare al c. d. chilling effect (al rischio cioè che la imputa-

¹¹⁸ Si tratta di considerazioni in linea l'approccio “human-centric”, raccomandato non soltanto dal Parlamento Europeo (con specifico riguardo, ad esempio, alle applicazioni dell'A.I. nel settore sanitario), ma anche dalle Linee Guida Etiche per un'intelligenza artificiale affidabile elaborate dal gruppo di esperti istituito sotto l'egida della Commissione. Cfr. l'*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guide-lines for Trustworthy AI*, 8 aprile 2019.

¹¹⁹ A tale ultimo riguardo, principi e linee guida in tema di cybersicurezza esigono che si faccia ricorso a misure a tal fine idonee. Cfr. Principle 6. 1-2-3, *Key Principles of Cyber Security for Connected and Automated Vehicles*, cit.: “Organisations adopt secure coding practices to proportionately manage risks from known and unknown vulnerabilities in software, including existing code libraries. Systems to manage, audit and test code are in place. It must be possible to ascertain the status of all software, firmware and their configuration, including the version, revision and configuration data of all software components. It is possible to safely and securely update software and return it to a known good state if it becomes corrupt”.

zione della responsabilità all'impresa in via oggettiva possa scoraggiare o rallentare l'innovazione nel settore delle tecnologie suscettibili di introdurre effetti benefici per la collettività¹²⁰).

Un aspetto correlato alla sicurezza by design è altresì quello attinente ai doveri di controllo, gravanti sul produttore durante tutta la vita del prodotto e, dunque, anche successivamente alla immissione in commercio¹²¹.

Sul tema è intervenuta di recente la Corte di giustizia Ue in un caso riguardante un prodotto dell'Internet delle Cose, più in particolare, *pacemakers* e defibrillatori da impiantare nel corpo umano, fabbricati dalla società tedesca Boston Scientific Medizintechnik GmbH¹²².

La Corte, cui era stato chiesto di decidere se un difetto potenziale di simili prodotti possa bastare ad imputare il danno al produttore, ha ritenuto di dare peso all'obiettivo di perseguire un'equa allocazione dei rischi di danno tra produttori ed utenti; e, in linea con tale obiettivo, ha affermato che un difetto è ravvisabile anche in presenza di un pericolo di danno che non sia stato accertato con riguardo allo specifico prodotto utilizzato dall'attore, ma soltanto in relazione alla serie cui questo appartiene; e ciò, in presenza di pericoli di gravità tale da incidere sulle legittime aspettative di sicurezza del pubblico dei consumatori.

¹²⁰ Cfr. le conclusioni reperibili in *Community Research and Development Information Service, Final Report Summary – Robolaw (Regulating Emerging robotic Technologies in Europe: Robotics Facing Law and Ethics)*, http://cordis.europa.eu/result/rcn/161246_en.html. Si veda sul punto altresì GIFFORD, *Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation*, in 11 *J. TORT L.* 71, 2018, p. 117-18), p. 125.

¹²¹ Sul punto, con riguardo ai veicoli *self-driving*, cfr. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., p. 1019. Cfr., inoltre, WALKER SMITH, *Proximity driven liability*, in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 102, p. 1777 ss., p. 1804. Si veda, sul punto, ma in una diversa prospettiva, COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1686 ss.

¹²² Corte giust. UE, 5.3.2015, cause riunite C-503/13 e C-504/13, in *Danno e resp.*, 2016, p. 5, con nota di BITETTO; in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 751, con nota di NOBILE DE SANTIS, *Il "danno da sostituzione" di dispositivo medico difettoso al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 764 ss.

Tale decisione ha quindi istituito un nesso tra la responsabilità del fabbricante ed i doveri di controllo e monitoraggio della sicurezza dei prodotti, relativi alla fase successiva alla immissione in commercio: la supervisione del mercato e la ricerca di difetti potenziali gravano, non soltanto sulle autorità pubbliche competenti, ma anche sugli stessi produttori. Si tratta, a ben vedere, di un aspetto noto alla dottrina che si è occupata della interazione tra disciplina di sicurezza e normativa sulla responsabilità del produttore¹²³.

È di tutta evidenza l'importanza del tema relativo alla sussistenza di doveri di controllo e aggiornamento del prodotto – ed alle conseguenze giuridiche, in caso di loro inosservanza – rispetto alle tecnologie digitali le quali, come chiarito, implicano un rapporto tra produttore/fruttore dei servizi ed utente finale, destinato a durare nel tempo¹²⁴.

4. *La prova del difetto.*

¹²³ La quale registra un disallineamento tra la previsione di cui si tratta, che assume come punto temporale di riferimento l'immissione del prodotto in commercio, e le discipline sulla sicurezza dei prodotti (sia quella generale, che quelle speciali concernenti i diversi settori merceologici), le quali prescrivono anche per la fase successiva, in termini generali o per singole categorie di prodotti, dei doveri di monitoraggio, vigilanza e controllo, strumentali alla acquisizione di conoscenze ulteriori sui rischi collegati all'uso del prodotto ed alla loro gestione (anche mediante avvertenze o altre misure idonee). Cfr. sul punto ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo Lidl e Bilka: un binomio sfasato?*, in *Danno resp.*, 2007, p. 989 ss. Per una completa rassegna del problema, si rimanda a D'ALESSIO, *La responsabilità del produttore di alimenti fra difetto e sicurezza dei prodotti*, in *Resp. civ. prev.* 2018, p. 2033 ss.

¹²⁴ Secondo il Rapporto dell'Expert Group: "a general product monitoring duty on the part of producers has already been developed for the purposes of tort law. In the light of the characteristics of emerging digital technologies, in particular their openness and dependency on the general digital environment, including the emergence of new malware, such a monitoring duty would also be of paramount importance". Cfr. RICHMOND, *Expanding Products Liability: Manufacturers' Post-Sale Duties to Warn, Retrofit and Recall*, 36 *IDAHO L. REV.* 7, 10, 1999, nonché WALKER SMITH, *Proximity driven liability*, cit., p. 1778-1782.

I rilievi di cui sopra risulterebbero incompleti se non si affrontasse anche il tema, assai arduo, della prova del difetto delle tecnologie digitali¹²⁵.

È appena il caso di rammentare come il c.d. *consumer expectations test* di cui all'art. 6 dir. 85/374/CEE sia stato introdotto per evitare al consumatore di dover dare prova della colpa del produttore¹²⁶; e come, ciononostante, il legislatore europeo, con l'art. 4 dir. 85/374/CEE (trasposto nell'attuale art. 120 cod. cons.), abbia riaffermato il principio *actori incumbit probatio*, riferito al difetto del prodotto (oltre che al danno ed al nesso tra questo ed il difetto). Da qui le difficoltà legate, innanzitutto, alla individuazione dell'oggetto dell'onore probatorio gravante sul danneggiato¹²⁷.

Parte della dottrina, commentando la (allora nuova) disciplina comunitaria sul danno da prodotto, osservava come un alleggerimento

¹²⁵ Cfr., per diffuse considerazioni sul punto, FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 6, p. 896 ss., nonché BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1444 ss. Si vedano inoltre sul profilo in questione, PATTI, *Ripartizione dell'onere probatorio, probabilità e vero-simiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 1, p. 705; CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 354 ss., BERTINO, *La prova della difettosità del prodotto*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 737 s., MIRABILE, *I recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di danno da prodotto difettoso*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1174 s. Cfr. nella dottrina straniera Cfr. HOWELLS, *Product Liability – A History of Harmonization*, in *Product Liability in Comparative Perspective*, 2005, p. 215, il quale teme che le difficoltà probatorie possano rappresentare un ritorno alla responsabilità per colpa, a dispetto delle intenzioni correlate all'introduzione di un sistema di pretesa responsabilità oggettiva. Si vedano anche FAIRGRIEVE, HOWELLS e PILGERSTORFER, *The Product Liability Directive: Time to Get Soft?*, in *Journal of European Tort Law*, 2013, p. 1 s., pp. 8-9, il quale sottolinea le incertezze correlate alla interpretazione della Direttiva sul profilo dell'onere della prova.

¹²⁶ Il legislatore europeo avrebbe introdotto la clausola generale di cui all'art. 6 Direttiva, al fine di alleggerire l'onere della prova del danneggiato, che non ha ad oggetto la dimostrazione della colpa del produttore. Cfr. VAN DAM, *European Tort Law-Second Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 298 s.

¹²⁷ VERHEYEN, *op. cit.*, p. 119 ss. Cfr., per la dottrina italiana, CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 354 ss.

di tale onere costituisse l'unica via per offrire ai danneggiati un surplus di tutela (rispetto alla responsabilità per colpa¹²⁸) e che, di conseguenza, non si potesse esigere dal danneggiato nulla più della dimostrazione che il danno si sia verificato in occasione di un uso del prodotto prevedibile e conforme alle istruzioni fornite dal produttore¹²⁹. Si concludeva, quindi, che, in ragione del concetto di difetto accolto dalla disciplina in parola, oggetto di prova dovesse essere la propensione del bene ad arrecare un danno irragionevole e sorprendente alla luce dei parametri forniti dalla relativa disciplina, tale cioè da tradire le aspettative di sicurezza del pubblico degli utenti¹³⁰.

Secondo la prospettiva appena richiamata, non è dunque necessaria la prova di una specifica anomalia o di un determinato malfunzionamento del prodotto¹³¹, potendo il difetto sussistere anche se la specifica ragione di insicurezza resti incerta (perché solo probabile, secondo le conoscenze scientifiche) o del tutto ignota¹³².

¹²⁸ PONZANELLI, *Causa probabile del danno e responsabilità del produttore*, cit., p. 532.

¹²⁹ DI GIOVANNI, *La responsabilità per danno da prodotto difettoso*, Milano, 1990, pp.128-129. Si veda per una sintesi efficace delle posizioni della dottrina, BALDASSARRE, *op. cit.*

¹³⁰ CASTRONOVO, *La legge europea sul danno da prodotti. Una interpretazione alternativa del d.P.R. n. 224/88*, in *Riv. comm. int.*, 1990, p. 15 s. e ID., *La nuova responsabilità civile*³, Milano 2006, p. 692 s. Cfr. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, cit., p. 987, secondo cui: "L'accertamento del difetto prescinde infatti da valutazioni relative alla tecnica con la quale il prodotto è stato progettato e realizzato e si basa unicamente su considerazioni che attengono alla sicurezza del suo impiego" (cfr. nota 15).

¹³¹ Cfr. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 10, secondo il quale si avrebbe una presunzione del difetto nel caso in cui il danneggiato provi l'esistenza di un danno derivante materialmente dal prodotto e si possa escludere un uso anomalo ed improprio non prevedibile da parte dell'utente. Cfr. altresì BEL-LISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole di responsabilità*, cit., rammenta che spetta poi al produttore fornire idonea prova liberatoria ai sensi dell'art. 118 cod. cons.

¹³² Sulla scorta di simili riflessioni, la giurisprudenza di merito, in nome del *favor* per il danneggiato, ha agevolato la prova del difetto, ritenendo sufficiente che costui dia dimostrazione di fatti e circostanze relativi all'impiego del prodotto, tali da far presumere il difetto, in assenza di un uso anomalo del prodotto stesso

Un simile orientamento ha suscitato, tuttavia, critiche e perplessità: si lamenta che il concetto di difetto ne esce svilito ed il relativo giudizio rovesciato, poiché il difetto si desumerebbe sempre e comunque dal danno¹³³; si teme, inoltre, che l'introduzione di una presunzione di difetto, risultato ultimo di tali decisioni, contrasti con gli obiettivi della Direttiva¹³⁴; si rileva, infine, l'inopportunità del ricorso a presunzioni rispetto ai prodotti il cui uso implica un'elevata libertà di azione del danneggiato od una considerevole utilità (pur a fronte di certi rischi)¹³⁵.

Al di là delle posizioni teoriche appena ricordate, se si volge lo sguardo alle soluzioni adottate negli ordinamenti di altri Stati membri, ci si imbatte nelle più svariate posizioni circa l'onere probatorio incombente sul danneggiato: ispirate ad un palese favor per il danneggiante, alcune; molto rigorose, altre; improntate ad una conciliante moderazione, altre ancora¹³⁶.

Secondo l'interpretazione dell'art. 120 c. cons. fornita dalla nostra Corte di Cassazione, al fine di accertare il difetto di progetta-

e/o di spiegazioni alternative circa il nesso tra il danno e possibili cause esterne in grado di determinarlo (eventi straordinari, fatti di terzi, etc.). Cfr. Trib. Roma, 17 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3660 s., con nota di PALMIERI; Trib. Roma, 3 novembre 2003 e Trib. Roma, 4 dicembre 2003, in *Danno resp.*, 2004, con nota di PONZANELLI; Trib. Roma, 14 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1632 s., con nota di BITETTO; Trib. Benevento, 24 febbraio 2006, in *Danno resp.*, 2006, p. 1254 s., con nota di PONZANELLI. Più recente cfr. Trib. Monza, 10 febbraio 2015, in *Danno resp.*, 2015, p. 950; Trib. Pontedera, 16 marzo 2011, in *Danno resp.*, 2012, p. 67. A tali sentenze si aggiunge Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Danno resp.*, 2008, p. 290.

¹³³ SIMONINI, *L'approccio olistico nel danno da prodotto*, cit., il ragionamento causale deve procedere da un prodotto già accertato come difettoso e non, a ritroso, dalle "*harmful characteristic which caused the injury*".

¹³⁴ RAJNIERI, *L'ambigua nozione di prodotto difettoso*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 5, p. 630. In tal senso anche CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 633 ss.

¹³⁵ CARNEVALI, *Prodotto difettoso e oneri probatori del danneggiato*, cit.,

¹³⁶ Cfr. BERTINO, *La prova della difettosità del prodotto*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 737 ss. Per la dottrina straniera si vedano CANNARSA, *La responsabilité du fait des produits défectueux. Étude comparative*, Milano, 2005, p. 333 ss.; HOWELLS, *Product Liability - A history of harmonisation*, in *Product Liability in Comparative perspective*, cit., p. 215.

zione, occorre prima individuare l'origine del danno e solo poi determinare il livello di sicurezza (tecnico-scientifica) corrispondente alle aspettative degli utenti del prodotto¹³⁷. Il danneggiato, in quest'ottica, è tenuto a dimostrare le modalità tecniche alla base della progettazione e realizzazione del prodotto, per lo più facendo ricorso alla consulenza tecnica¹³⁸ (a dispetto dei costi elevati che essa implica e del conseguente effetto di deterrenza dall'intraprendere cause in tema di danno da prodotto, che ne discende).

Alla luce di quanto sopra, è allora appena il caso di rimarcare quanto arduo sia, per il danneggiato da un prodotto delle tecnologie digitali, individuare la fonte del danno¹³⁹ ed assolvere al relativo

¹³⁷ Secondo la giurisprudenza di legittimità « il danno non prova, di per sé, né direttamente né indirettamente il difetto, né la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità di per sé insufficiente per istituire la responsabilità del produttore, se non sia anche in concreto accertato che quella specifica [corsivo nostro] condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia » (orientamento inaugurato da da Cass. 2007, n. 6007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2414, con note di PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*; TUOZZO, *Responsabilità da prodotto e favor per il danneggiato: una battuta d'arresto?*, in *La resp. civ.*, 2007, 815 s.). Quanto alla dottrina si veda già sul problema dell'accertamento del difetto C. CASTRONOVO, *La legge europea sul danno da prodotti. Un'interpretazione alternativa del d.P.R. n. 224/1988*, in *Resp. civ.*, Milano, 1991, p. 218, nonché STELLA, *Causa ignota del danno derivante dall'uso del prodotto e responsabilità del produttore per prodotto difettoso*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1444 ss. E' appena il caso di rammentare che gli interrogativi e le incertezze correlate alla ripartizione dell'onere della prova del difetto dipendano dalla nozione di difetto che si ritenga di accogliere.

¹³⁸ Circa il ruolo della consulenza tecnica sul danno da prodotto, cfr. Cass., 6 agosto 2013, n. 18654, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce «Responsabilità civile», n. 175. Per un'attenta riflessione in merito, si veda FUSARO, *Responsabilità del produttore: la difficile prova del difetto*, cit., p. 896.

¹³⁹ Cfr. p. 33: "Opacity: The more complex emerging digital technologies become, the less those taking advantage of their functions or being exposed to them can comprehend the processes that may have caused harm to themselves or to others. Algorithms often no longer come as more or less easily readable code, but as a black-box that has evolved through self-learning and which we may be able to test as to its effects, but not so much to understand. It is therefore becoming increasingly difficult for victims to identify such technologies as even a possible source of harm, let alone why they have caused it. Once a victim has successfully

onore probatorio, considerata non solamente la complessità, ma anche l'opacità delle stesse¹⁴⁰. La prima è data dalla componente tecnico-informativa e dal numero di attori che partecipano alla ideazione e realizzazione del prodotto; la seconda, invece, dipende dalle tecnologie impiegate e dalla loro stessa capacità di trasformarsi, tale per cui la causa del danno potrebbe essere ignota allo stesso produttore.

Il tema della complessità tecnologica e della conseguente asimmetria informativa in cui versa il danneggiato è tutt'altro che estraneo alla materia del danno da prodotto. Ed anzi ha indotto la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia Ue ad elaborare soluzioni originali, in più di un'occasione.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla conformità, rispetto all dir. 85/374/CEE, della normativa tedesca in tema di danno da farmaci, con cui, al fine di ridurre una simile asimmetria, si riconosce al danneggiato il diritto di ottenere dal fabbricante informazioni tecniche circa il prodotto¹⁴¹, ha rilevato che si tratta di una soluzione (ricadente al di fuori del perimetro dell'armonizzazione massima) la quale, senza dare luogo ad alcuna inversione dell'onere probatorio gravante sul danneggiato (non consentita al legislatore nazionale), serve a porre rimedio alla posizione di svantaggio, in termini di conoscenze, in cui versa quest'ultimo soggetto rispetto al produttore (Novo Nordisk Pharma¹⁴²).

Inoltre, relativamente alla prova del nesso di causalità tra difetto e danno, la medesima Corte (nel noto caso Sanofi Pasteur¹⁴³) ha statuito che i giudici nazionali non possono esigere dal danneggiato la

claimed damages from a tortfeasor, the tortfeasor may face similar difficulties at the redress level.

¹⁴⁰ PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1210 ss.

¹⁴¹ Article 13 EPLD allows for a special liability regime to co-exist with the general regime of the directive notwithstanding its maximally harmonizing character

¹⁴² Corte di giustizia UE, 20 novembre 2014, Novo Nordisk Pharma, in causa C-310/13, in Guue n. GC 26 del 26 gennaio 2015, p. 5.

¹⁴³ Corte eur. giust. 21-6-2017, C-621/15, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1810: “, sul presupposto che there is the freedom of Member States to regulate evidence

prova scientifica di tale nesso; e ciò, in quanto, in considerazione degli obiettivi della Dir. 85/374/CEE - raggiungere un'equa allocazione dei rischi connessi alla moderna produzione ad alto contenuto tecnologico tra produttori ed utenti, garantendo la salute e la sicurezza di questi ultimi - richiedere una simile prova renderebbe "impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione europea" (para. 26); e contrasterebbe con il principio di effettività.

Ed infatti, in contesti di straordinaria complessità tecnologica, appaiono pressoché irraggiungibili per il danneggiato sia la specifica individuazione della causa del danno, sia la prova della causalità scientifica tra difetto e danno¹⁴⁴.

Con specifico riguardo ai prodotti delle tecnologie digitali, le raccomandazioni dell'Expert Group propongono di far leva sulle potenzialità stesse delle tecnologie digitali, le quali, se, da un lato, esasperano le difficoltà correlate alla prova del difetto¹⁴⁵, per via della

law in products liability cases, ha stabilito i confini di una simile libertà: i) a Member State cannot allow proof based on presumptions that reverse the burden of proof or are automatic, in that they do not allow the national court to assess all the evidence before it; ii) however, in order to pursue the goal mentioned in the 7th recital to the directive, i.e., to achieve a 'fair apportionment of risk between the injured person and the producer', se è vero che Member States non possono reverse the burden of proof; automatic presumptions), è altrettanto vero che non possono favorire i producers (demanding scientific evidence)". La sentenza è stata annotata da PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1796 s.; BITETTO, *Prova del difetto (del vaccino) e presunzione nella responsabilità del produttore*, in *Foro it.*, 2017, IV, c. 535 s.; BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra predictability e indennizzo*, in *Danno resp.*, 2017, p. 668 s.; TORIELLO, *Effettività della tutela risarcitoria, prodotti difettosi e mercato europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, fasc. 3.

¹⁴⁴ Cfr. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 1444 ss., secondo cui la distinzione tra presunzione della causa del danno e presunzione della causa del difetto è difficile da tracciare, con la conseguenza che i due piani di indagine spesso si confondono nei giudizi di responsabilità. Sullo specifico profilo della prova del difetto nelle tecnologie emergenti, cfr. PÜTZ, MURPHY, MULLINS, MAIER, FRIEL e ROHLFS, *Reasonable, Adequate and Efficient Allocation of Liability Costs for Automated Vehicles*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, p. 549, p. 559 ss.

¹⁴⁵ Osserva il Report, cit., p. 42 che "If it is proven that an emerging digital technology has caused harm, the burden of proving defect should be reversed if

complessità ed opacità di esse proprie, dall'altro lato, però, offrono soluzioni idonee a ristabilire l'equilibrio tra danneggiati e produttori: i suddetti prodotti dovrebbero essere progettati in maniera tale, da essere dotati di strumenti di registrazione dei dati e delle informazioni sul loro funzionamento e altresì sul loro impiego, manutenzione etc. Si tratta del c.d. *logging by design* (già attuato in alcuni sistemi giuridici con riguardo ai veicoli *self-driving*)¹⁴⁶, cui si accompagna un dovere di comunicazione di simili dati ai danneggiati in un formato leggibile¹⁴⁷; soluzione che, a ben vedere, costituisce espressione del già ricordato principio della sicurezza by design, la quale abbraccia anche l'accertamento del difetto e la garanzia di un agevole accesso alla tutela giurisdizionale da parte del danneggiato¹⁴⁸. Parimenti, un altro esperimento di soft law, relativo in modo specifico all'Intelligenza Artificiale, contempla espressamente, e promuove, l'adozione del canone della trasparenza di tale tecnologia e delle sue applicazioni, con riferimento all'attitudine a causare danni¹⁴⁹.

Anche a questo proposito, è dato notare una marcata convergenza tra le soluzioni proposte dalla soft law e le riflessioni della dottrina

there are disproportionate difficulties or costs pertaining to establishing the relevant level of safety or proving that this level of safety has not been met. This is without prejudice to the reversal of the burden of proof referred to in [22] and [24]”.

¹⁴⁶ Cfr. LOSANO, *Il progetto di legge tedesco sull'auto a guida automatizzata*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, p. 1 ss.

¹⁴⁷ Cfr. Report, *cit.*, “The absence of logged information or failure to give the victim reasonable access to the information should trigger a rebuttable presumption that the condition of liability to be proven by the missing information is fulfilled”.

¹⁴⁸ Così, con riguardo, in particolare, alla cyber sicurezza, il Principle 3.4: “Organisations ensure their systems are able to support data forensics and the recovery of forensically robust, uniquely identifiable data. This may be used to identify the cause of any cyber, or other, incident”.

¹⁴⁹ Esperimento promosso dal Future of Life Institute, i cc.dd. Asilomar AI Principles, <https://futureoflife.org/ai-principles/>, secondo cui: the participants agreed on 23 principles to guide AI research and applications. These principles include “Failure Transparency” (“If an AI system causes harm, it should be possible to ascertain why”).

che, al fine di ripartire l'onere probatorio tra produttore e danneggiato, invoca il principio della vicinanza della prova¹⁵⁰, nonché quello, appena ricordato, c. d. di effettività della tutela, per il quale l'accesso ai rimedi non può essere oltremodo difficile per il danneggiato¹⁵¹. L'affermazione di buone pratiche, principi e raccomandazioni, etc., può fungere da stimolo rispetto alle prassi delle corti nazionali, cui compete di rinvenire, sul profilo in questione, delle regole che, senza tradire la natura di normativa di armonizzazione massima, propria della dir. 85/374/CEE (come delineate dalla Corte di giustizia UE), sappiano però dare vita ad un accorto equilibrio tra gli interessi in gioco.

5. Il danno risarcibile (cenni).

Al contrario del difetto, consistente in una clausola generale, il concetto di danno trova invece specifica definizione nell'art. 9 dir. 85/374/CEE, trasposto nel diritto interno dall'attuale art. 123 del Codice del consumo, il quale limita il risarcimento al “danno cagionato dalla morte o da lesioni personali” ed alla “distruzione o deterioramento di cosa diversa dal prodotto difettoso”, purché destinata all'uso o consumo privato.

E' incerto, tuttavia, se il danno risarcibile da “lesione” alla persona, ivi previsto, debba considerarsi limitato al danno biologico, o comunque “fisico”, ovvero se possa estendersi invece ad ogni conseguente danno anche patrimoniale. Alcuni autori, accedendo ad una interpretazione restrittiva basata su argomenti di ordine logico e sistematico, escludono dal novero dei danni risarcibili taluni pregiudizi patrimoniali (quali quelli da lucro cessante, così come i danni a

¹⁵⁰ Cfr. BELLISARIO, *Il danno da prodotto conforme tra regole preventive e regole risarcitorie*, cit., p. 841, che in tal modo viene sconfessato il principio di vicinanza della prova il quale invece dovrebbe valere nel campo del danno da prodotto, tenuto conto del deficit di informazioni in cui il danneggiato viene a trovarsi, in specie nel caso di prodotti altamente tecnici o di danni di natura complessa.

¹⁵¹ Soluzione, quest'ultima, in linea con la raccomandazione espressa dall'Expert Group, secondo il quale, “If it is proven that an emerging digital technology has caused harm, the burden of proving defect should be reversed if there are disproportionate difficulties or costs pertaining to establishing the relevant level of safety or proving that this level of safety has not been met. This is without prejudice to the reversal of the burden of proof referred to in [22] and [24]”.

soggetti diversi dalle persone lese¹⁵²). Mentre la Corte di giustizia Ue, nel già citato caso *Boston Scientific*, ha accolto un'accezione ampia del concetto di danno da lesione personale, sulla base di un criterio teleologico (desumibile dai considerando della dir. 85/374/CEE): secondo la Corte, ogni pregiudizio derivante dalla lesione personale deve essere pienamente risarcito, giacché, altrimenti, non si assicurerebbe al danneggiato tutela integrale.

Ulteriori questioni, tuttavia, restano aperte, alcune delle quali direttamente attinenti al tema del danno correlato all'impiego delle tecnologie digitali.

Nel rapporto dell'Expert Group si fa menzione del danno causato ai dati e, più in generale, ai beni e contenuti digitali, di proprietà dell'utente del prodotto¹⁵³, dubbio essendo se il danno alla cosa di cui alla dir. in parola includa solamente i pregiudizi causati a beni materiali¹⁵⁴. La risposta all'interrogativo dipende dal significato attribuibile alle disposizioni nazionali di trasposizione della stessa¹⁵⁵, che impiecano talvolta il concetto di bene, talaltra quello di cosa¹⁵⁶

¹⁵² RUFFOLO, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in RUFFOLO, e AL MUREDEN, cit., p. 1706. Secondo l'a., "Il soggetto leso che pretenda il risarcimento anche delle ulteriori conseguenze dannose che risulterebbero così non ristrate dovrà agire, in caso di evento lesivo plurioffensivo, sulla base delle eventuali altre più generali norme di responsabilità concorrentemente invocabili, quali gli artt. 2043, o 2050, o 2051 c.c., o 185 c.p."

¹⁵³ It has been mentioned that the PLD regime protects life and health as well as consumer property. With regard to the latter, it is not clear whether it covers damage to data, as data may not be an 'item of property' within the meaning of Article 9 lit b PLD.

¹⁵⁴ Si veda lo *Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-)usability and access to data, and liability prepared for the European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by Deloitte*, 2017, disponibile in <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-emerging-issues-data-ownership-interoperability-re-usability-and-access-data-and>, p. 124.

¹⁵⁵ Cfr. NEMETH e MORAIS CARVALHO, *Time for a Change? Product Liability in the Digital Era*, in *EuCML*, 4/2019, p. 160, nonché KOCH, *Product Liability 2.0 – Mere Update or New Version?*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, *Nomos*, 2019, p. 99 ss., p. 103.

¹⁵⁶ ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), IV, Torino, 1989, p. 442.

(come il codice del consumo italiano)¹⁵⁷. E reca con sé importanti implicazioni di ordine sia teorico (relative, ad esempio, alla possibilità di individuare una proprietà virtuale o digitale su simili beni¹⁵⁸), sia pratico (non sarebbe contemplata cioè la distruzione di contenuti digitali, dati, personali e non, programmi per computer, etc.).

Nel citato rapporto, non è invece considerato il tema della risarcibilità del danno da lesione a diritti della personalità diversi dal diritto alla vita ed alla integrità personale, nonostante il fatto che le tecnologie digitali richiedano, per il loro funzionamento, ed implicino, per effetto del loro uso, la raccolta, elaborazione e produzione di consistenti quantità di dati personali. Con la conseguenza che la lesione di situazioni soggettive, quali la protezione dei dati personali e della riservatezza, costituisce un'eventualità ad oggi ben più frequente, nell'ambito delle tecnologie digitali, rispetto al danno all'integrità fisica.

La reazione del diritto, in una simile eventualità, è affidata innanzitutto alle tutele previste dal GDPR, tra cui, si annovera la responsabilità per illecito trattamento di dati personali, al ricorrere dei presupposti indicati dall'art. 82 GDPR¹⁵⁹. Tale specie di responsabilità,

¹⁵⁷ Cfr. QUARTA, *La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1013 ss., p. 1020-1024, ove attenta analisi delle situazioni soggettive aventi come termine di riferimento i beni e contenuti digitali e ricca bibliografia, cui si rimanda. Cfr. altresì RESTA, *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 6, p. 891, p. 905-906.

¹⁵⁸ Aspetti che in questa sede non è opportuno trattare. Cenni al tema si rinven-
gono in ZENO-ZENCOVICH, GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the «Big Data» Revolution*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 38-39. Cfr., inoltre, VAN ERP, *Ownership of Digital Assets and the Numerus Clausus of Legal Objects*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No., 2017/6; FAIRFIELD, *Owned: Property, Privacy and the New Digital Serfdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

¹⁵⁹ MANTELERO e POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna, Studi in tema di Internet ecosystem*, Pisa, 2018; TOSI (a cura di), *Privacy Digitale – Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019. Più in generale, sul GDPR v., *ex multis*, CUFFARO, D'ORAZIO e RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, nonché CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. Impr.*, 2018,

tuttavia, può rivelarsi insufficiente giacché, a tacer d'altro, rispetto alle tecnologie digitali, è arduo, non solo individuare il soggetto cui spetta la qualifica di titolare del trattamento, assunta dall'art. 82 quale presupposto per l'applicazione del relativo regime di responsabilità¹⁶⁰, ma, soprattutto, stabilire se certe categorie di dati (ad es. quelli generati dal prodotto e denominati dati tecnici, ma pur sempre ricollegabili all'utente e tali da fornire informazioni sulla persona) possano qualificarsi come personali e dunque costituire oggetto della relativa disciplina¹⁶¹.

Da qui la tentazione di percorrere la via di estendere la portata del danno risarcibile sino ad includere le conseguenze della lesione “della persona”, abbracciando così i pregiudizi arrecati ai diritti della personalità diversi da salute ed integrità fisica. E ciò, in linea con la tendenza ad offrire protezione integrale all'individuo, grazie al ricorso agli strumenti messi a disposizione sia dall'articolata disciplina in tema di *privacy* e *data protection*, sia dalle disposizioni del codice del consumo¹⁶².

3, p. 1098 ss. Sullo specifico profilo del danno da illecito trattamento, cfr. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2017, p. 427 ss., cui si rinvia per la pertinente bibliografia.

¹⁶⁰ GAETA, *op. cit.*, p. 157. Secondo l'Autrice “appare preferibile la tesi secondo cui siano configurabili, quali titolari del trattamento, il produttore del veicolo, il produttore di una componente elettronica del veicolo — compresa la scatola nera o il servizio *eCall* (v. *infra* par.VI) — ovvero soggetti terzi, quali ad esempio fornitori di un servizio”.

¹⁶¹ FARKAS, *Data created by the Internet of Things: the new gold without ownership*, in *Rev. Prop. Immaterial*, vol. 23, 2017, pp. 7-8.

¹⁶² HELBERGER, ZUIDERVEEN e REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 1427. Cfr. altresì, POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016 /679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, cit., p. 17. Si veda, inoltre, ID., *Vere sfide e falsi miti del GDPR*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 2, p. 43 ss., nonché ASTONE, *La protezione dei dati personali e il (possibile) ruolo dell'Autorità Garante per le Comunicazioni*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 3, p. 248 ss.

ARNALDO MORACE PINELLI
Professore ordinario di diritto privato
Università Tor Vergata di Roma

È TEMPO DI ABROGARE LA SEPARAZIONE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. La separazione personale dei coniugi concepita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. Il saggio di Giuseppe Vettori. – 2. Il fondamento, religioso e laico, del principio d'indissolubilità del matrimonio. Separazione e divorzio quali strumenti storicamente alternativi per risolvere la crisi della convivenza. – 3. Il c.d. doppio binario della crisi coniugale. L'attività ermeneutica della giurisprudenza finalizzata ad eliminare le discrasie tra le diverse discipline della separazione e del divorzio. – 4. Il ruolo del legislatore: la facilitazione della conversione della separazione in divorzio. – 5. I limiti obiettivi della legge sul divorzio breve. Necessità di abrogare la separazione giudiziale.

1. La separazione personale dei coniugi concepita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. Il saggio di Giuseppe Vettori.

Notoriamente, all'epoca dell'entrata in vigore del codice civile era dominante in Italia la c.d. concezione pubblicistica del diritto di famiglia che, ravvisando nella famiglia la cellula primaria e fondamentale dello Stato, predicava la necessità di renderla oggetto di una tutela giuridica privilegiata, riconducendola entro la sfera del diritto pubblico¹. La famiglia doveva ritenersi alla base dello Stato, essendo

¹ Sulla concezione pubblicistica del diritto di famiglia, cfr. SESTA, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, saggio introduttivo della ristampa dell'opera di Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia*, nella raccolta *Momenti del pensiero giuridico moderno*, testi scelti a cura di P. Rescigno, s.d. ma 1978, p. 20ss., e il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, p. 60 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

il luogo ove si sarebbero formati i futuri cittadini, lavoratori e soldati, fonte di ricchezza per la Nazione², ed entrambe tali istituzioni costituivano organismi etici, in quanto «aventi ragione in un interesse superiore agli interessi individuali e quindi postulanti l'assoggettamento degli individui a tale interesse superiore».³ Il matrimonio – si affermava autorevolmente – «non è un istituto creato a beneficio dei coniugi, ma è un atto di dedizione e sacrificio degli individui nell'interesse della società di cui la famiglia è nucleo fondamentale»⁴. In un siffatto contesto, il valore fondamentale era rappresentato dalla salvaguardia dell'unità della famiglia, «strumentalizzata agli obiettivi politici dello Stato»⁵, ed i diritti individuali dei suoi componenti sfumavano di fronte agli interessi collettivi che gli stessi erano chiamati a perseguire⁶. Per questo il matrimonio era indissolubile e la separazione personale – che comunque incrinava quell'unità – era

² Cfr. Cass., Sez. I, 18 novembre 1954, in *Foro it.*, 1955, II, c. 151, secondo la quale nella società «l'uomo rappresenta una fonte di ricchezza e di forza come elemento riproduttore della specie, come lavoratore, come soldato».

³ CICU, *Sull'indissolubilità del matrimonio*, in ID., *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 237 ss. Dello stesso autore, cfr. *Matrimonium seminarium rei publicae*, in CICU, *Scritti minori*, cit., 214: «L'idea che ritorna continuamente così nel ciceroniano “*principium urbis et quasi seminarium reipublicae*” e nel vichiano “*primulum rerum publicarum rudimentum*”, come in tutte quelle altre espressioni che la famiglia designano come cellula del corpo sociale, monade, nucleo irriducibile, unità organica, base, pietra angolare della società, è quella di un nesso fra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato: nesso che viene indicato come genetico, sia che lo si intenda nel senso che la famiglia sia stata la prima forma di organizzazione della società, anch'essa dunque in origine società politica; sia che lo si intenda nel senso che anche l'attuale organizzazione della società avrebbe come punto di partenza, come elemento primo costitutivo, la famiglia».

⁴ Tali parole di Alfredo Rocco sono riportate da BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO e SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, 1995, p. 13.

⁵ Cfr., in tal senso, NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 933, il quale reputa «emblematica [...] la prima versione dell'art. 147, co. 2, c.c. che imponeva ai coniugi di conformare l'istruzione e l'educazione della prole alla morale e al sentimento nazionale fascista».

⁶ Osserva PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, 1984, p. 22, che «l'individuo è visto anzitutto quale membro della società ristretta “famiglia”; soltanto attraverso questo medium egli partecipa alla vita della società generale».

«ammessa» (cioè tollerata) soltanto nelle eccezionali ipotesi predefinite dalla legge, allo scopo di sanzionare talune gravissime condotte dei coniugi⁷.

Il quadro è radicalmente mutato con l'entrata in vigore della Costituzione. Alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 29 Cost. la famiglia deve ritenersi una «formazione sociale» all'interno della quale si esprime e si sviluppa la personalità dei suoi membri, posti al centro di ogni tutela⁸. Essa «si pone in funzione della persona»⁹ e

⁷ Secondo il disposto dell'art. 151 del codice civile del 1942, la separazione poteva essere richiesta soltanto dal coniuge incolpevole, «per causa di adulterio, di volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi».

⁸ La famiglia viene oggi interpretata in chiave privatistica e il diritto di famiglia è stato riportato nell'alveo del diritto privato. Cfr., sul punto, FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, 1979, p. 59 ss.; AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da Cicu e Messineo, Milano, 2015, p. 9 ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, p. 5.

Come rileva C.M. BIANCA, *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 70 ss., il diritto di famiglia non può essere ricondotto al diritto pubblico, quale strumento per la tutela di interessi superindividuali, non essendo configurabili né «un interesse del gruppo familiare distinto da quello dei singoli membri», né uno scopo della famiglia e questa non costituisce un'organizzazione superindividuale ma una formazione sociale. «I diritti di famiglia tendono quindi a tutelare direttamente esigenze proprie dell'individuo e non di un distinto organismo».

La famiglia si fonda, dunque, sulla garanzia dei valori della persona e l'art. 2 Cost. costituisce la norma centrale del suo ordinamento giuridico (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 73; BESSONE, *Commento agli artt. 29-31 Cost.*, in *Rapporti etico-sociali, Artt. 29-34*, nel *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, p. 4).

Rileva ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 3, Torino, 1996, p. 21 ss., che «la vita dei gruppi privati garantiti come "formazioni sociali" pare, a norma dell'art. 2 Cost., la sede eminente di svolgimento della personalità, che anzi si configura come ratio per la tutela costituzionale della vita e dell'autonomia del gruppo». Ad avviso di tale autore «nel caso della famiglia, e in specie del rapporto coniugale, la norma costituzionale sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi [...] offre il canale specifico per affermare che il principio di tutela della personalità espresso nell'art. 2 Cost. vige all'interno del gruppo familiare e nei rapporti che vi si costituiscono tra i coniugi».

⁹ C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*; ID., voce *Famiglia (diritto)*³, in *Enc. delle scienze sociali, Treccani*, in *Enc. it.*, 1993, p. 780 ss.

Conf. FURGIUELE, *op. ult. cit.*, p. 58 ss.

la sua protezione presuppone «che tra i soggetti che ne costituiscono il nucleo essenziale esista e permanga la comunione spirituale e materiale»¹⁰. Ove l'*affectio coniugalis* venga meno cessa automaticamente la possibilità di tutelare l'«unità» di una famiglia che più non esiste¹¹, dovendosi invece salvaguardare la libertà del singolo, considerata valore preminente¹².

Nel sistema costituzionale il principio di indissolubilità del matrimonio costituiva un anacronistico retaggio della concezione pubblicistica del diritto di famiglia e rappresentava un inammissibile limite all'esplicarsi dell'istanza dei coniugi a realizzarsi liberamente¹³. Di

¹⁰ Corte Cost., 22 luglio 1976, n. 181, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1129.

¹¹ Corte Cost., 23 maggio 1966, n. 46, in *Giur. cost.*, 1966, I, p. 772.

Conf. CASS., sez. un., 26.4.1974, n. 1194, in *Foro it.*, 1974, I, c.1335.

¹² MANTOVANI, *op. cit.*, p. 5; FURGIUELE, *op. ult. cit.*, 137 ss.

¹³ È noto che l'Assemblea Costituente rifiutò espressamente la costituzionalizzazione del principio di indissolubilità del matrimonio. La questione era stata posta nella seduta del 7 novembre 1946 della prima sottocommissione, incaricata di redigere il futuro art. 29 Cost., dall'on. La Pira, che aveva proposto il seguente testo normativo: «La legge regola la condizione giuridica dei coniugi allo scopo di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia». Nella successiva seduta del 13 novembre 1946 l'on. La Pira aveva ribadito che «per i democristiani è assolutamente necessaria l'affermazione del principio dell'indissolubilità del matrimonio enunciato nella formula da lui proposta: esso rappresenta un principio fondamentale ed è la ragione stessa per cui i deputati democristiani sono stati eletti alla Costituente».

Nella seduta del 23 aprile 1947 l'Assemblea Costituente fu chiamata ad esprimere il proprio parere su un testo così formulato: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio indissolubile» (*Atti dell'assemblea costituente, Discussioni*, 3254). L'on. Grilli propose, peraltro, un emendamento, volto ad ottenere la soppressione della parola «indissolubile», che venne approvato, seppure con soli tre voti di scarto (194 favorevoli e 191 contrari: *Atti*, cit., 3286).

Non vi è dubbio, tuttavia, che l'Assemblea Costituente mantenne una posizione ambigua, con il chiaro intento di rinviare ad un'epoca successiva la questione del divorzio (BESSONE, *Commento*, cit., p. 28. Tant'è che nella stessa seduta del 23 aprile 1947 non venne approvato l'ordine del giorno dell'on. Ruggiero Carlo, volto ad impedire la costituzionalizzazione del principio d'indissolubilità delle nozze, del seguente tenore letterale: «L'Assemblea [...] convinta che i principi della indissolubilità del matrimonio e della unità della famiglia [...] sono incompatibili con la natura della Costituzione, inquantchè, considerati attraverso una

qui la necessità di introdurre il divorzio (l. 1° dicembre 1970 n. 898) e, soprattutto, di riformare la separazione personale dei coniugi, che non poteva più costituire una sanzione a carico del coniuge colpevole, per la violazione dei doveri matrimoniali, bensì un mezzo per la realizzazione di siffatta istanza di libertà, un mero rimedio alla crisi della convivenza¹⁴.

In un suo scritto giovanile, pubblicato a ridosso della riforma del diritto di famiglia del 1975¹⁵, che, tra l'altro, ha radicalmente modificato l'istituto della separazione personale dei coniugi, nella direzione indicata dalla Costituzione, fondandola sulla clausola generale dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, Giuseppe Vettori contrasta vigorosamente l'indirizzo interpretativo restrittivo, autorevolmente propugnato, che, nella paura dei divorzi unilaterali,

valutazione di carattere universale, rappresentano la manifestazione di un'ideologia e di un'etica particolari [...]» (*Atti*, cit., 3281).

Il dibattito in seno all'Assemblea Costituente evidenzia infatti l'esistenza di un orientamento che tentava di riproporre nella Costituzione il modello pubblicistico della famiglia, che è invece stato chiaramente rigettato. Cfr., in tal senso gli emendamenti dell'on. Badini-Confalonieri («Lo Stato riconosce la famiglia, costituita dal matrimonio indissolubile, come nucleo naturale, originario e fondamentale della società»: *Atti*, cit., 3258), degli on. Sardiello e De Mercurio («La Repubblica riconosce i diritti della famiglia nell'adempimento della missione ad essa spettante e ne assume la tutela per la saldezza morale e la prosperità della Nazione»: *op.loc. ult. cit.*), degli on. Nobili Tito Oro, Vernocchi, De Michelis e Barbareschi («La Repubblica assiste la famiglia per il raggiungimento dei suoi fini, etici e sociali», sostituito, durante la discussione assembleare, dal seguente: «La Repubblica tutela la famiglia per la saldezza morale e la prosperità della Nazione»: *Atti*, cit., 3259), dell'on. Persico («Il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e sociale dei coniugi per il raggiungimento dei fini etici, ai quali è diretto l'istituto familiare»: *Atti*, cit., 3265).

¹⁴ Cfr., sul punto, FURGIUELE, *op. cit.*, p. 137 ss. nonché il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 99 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

Il passaggio della separazione «da istituto-sanzione a istituto-rimedio», da ultimo, è sottolineato da DANOVÌ, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 73 ss. Più in generale, su tale punto, cfr. la dottrina richiamata alla successiva nota 32.

¹⁵ VETTORI, *L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale fra coniugi (profili interpretativi degli artt. 151 e 156 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 2, p. 711 ss.

attraverso l'allargamento delle maglie della separazione ed in virtù del collegamento con la legge sul divorzio¹⁶, sosteneva che niente o poco dovesse mutare per effetto della novella¹⁷. Egli muove dal dato che l'«unità familiare», garantita dall'art. 29 Cost., presupponendo l'esistenza di «una comunità fondata sul matrimonio», costituisce cosa diversa dall'«unità dei coniugi», «che non trova e non ha ragione di trovare nella norma costituzionale una garanzia che non può essere assegnata ad altri che ai coniugi stessi»¹⁸. Conseguente da ciò che, ove la crisi matrimoniale «sfoci in una richiesta di separazione, l'ottica legislativa deve necessariamente spostarsi su una valutazione dell'intollerabilità della convivenza, che richiede un'attenzione a quell'unione dei coniugi che è valore e situazione alquanto diversa dal concetto di unità familiare». Quest'ultima nozione non può, pertanto, «imporsi né come metro normativo, né come canone interpretativo di una disciplina, quale la separazione personale, che incide su di una frattura operata sulla coesione degli sposi»¹⁹.

Questa corretta impostazione del problema consente a Giuseppe Vettori di cogliere il mutamento strutturale dell'istituto della separazione personale dei coniugi voluto dalla riforma e dunque il passaggio da una separazione per colpa, *pendant* di un matrimonio indissolubile, consentita soltanto al coniuge incolpevole nelle eccezionali ipotesi stabilite dalla legge, ad una separazione potestativa, mero rimedio alla crisi coniugale, fondata sulla clausola generale dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e coerente con una nuova visione del matrimonio, incentrato sull'effettività del rapporto.

Anticipando gli esiti della giurisprudenza a venire, egli intuisce che l'intollerabilità della convivenza non può che valutarsi soggettivamente.

¹⁶ L'art. 3, n. 2 lett. "b" l. div. prevede quale presupposto per lo scioglimento del matrimonio il passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale o l'omologazione della separazione consensuale.

¹⁷ Cfr., ad esempio, DE CUPIS, *Postilla sul nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 310; GRASSI, *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1975, p. 18 e s.

¹⁸ VETTORI, *op. cit.*, p. 728.

¹⁹ VETTORI, *op. cit.*, p. 729.

vamente, alla stregua di un fatto «psicologico squisitamente individuale»²⁰, dovendosi negare qualsiasi rilievo alla tutela della stabilità del vincolo o alla posizione dell'altro coniuge che rifiuti di separarsi²¹. La mera proposizione della domanda di separazione integra di per sé il presupposto richiesto dalla legge e ne impone l'accoglimento²². Affermazione importante, dato che la dottrina e la giurisprudenza dominanti ritenevano insufficiente la mera volontà del coniuge istante di separarsi, sostenendo che il presupposto dell'intollerabilità della convivenza dovesse valutarsi in senso oggettivo, ancorandolo all'accertamento di circostanze di particolare gravità, da apprezzarsi secondo il comune sentire sociale²³. Ciò, peraltro, obliando che la convivenza non è coercibile²⁴ e che il parametro dell'uomo medio è applicabile ai rapporti patrimoniali ma non a quelli familiari e, soprattutto, che l'art. 151 cod. civ. novellato, legittimando all'azione anche il coniuge colpevole, non configura una separazione per giusta causa²⁵. Sarà in seguito chiaro che il diritto di separarsi rientra tra quelli fondamentali dell'individuo, in quanto

²⁰ Così CASS., 29 aprile 2015, n. 8713.

²¹ VETTORI, *op. cit.*, p. 730 ss.

²² Sul punto, cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., p. 137 ss.

Si veda, al riguardo, Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Foro it.*, 2014, I, c. 463, con nota di CASABURI, secondo la quale «la separazione giudiziale dei coniugi va pronunciata allorché la prosecuzione della convivenza è divenuta intollerabile anche alla stregua della percezione soggettiva di disaffezione verso l'altro di uno solo di essi, evidenziata dalla stessa proposizione della domanda e dal fallimento del tentativo di conciliazione».

²³ Cfr., Cass., 17 luglio 1997, n. 6566, in *Fam. dir.*, 1998, p. 82.

²⁴ FALZEA, *Note introduttive generali*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 61 ss.

²⁵ VETTORI, *op. cit.*, p. 732.

volto a garantire «la libertà della persona»²⁶, ed ha natura potestativa²⁷, con la conseguenza che il suo esercizio non può essere condizionato dall'allegazione di circostanze oggettivamente valutabili e verificabili.

D'altro canto, Giuseppe Vettori, pure in tale caso anticipando un noto *revirement* giurisprudenziale²⁸, ben si rende conto che la nuova disciplina è incompatibile con il mutamento del titolo della separazione (da consensuale o giudiziale senza addebito a giudiziale con addebito), dato che la decisione sull'addebito deve essere contestuale alla pronuncia della separazione («Il giudice, pronunciando la separazione[...]»: art. 151 cod. civ.) e, soprattutto, i doveri matrimoniali, la cui violazione dovrebbe comportare il mutamento del titolo, non sopravvivono alla separazione²⁹. Del resto tale istituto, di matrice giurisprudenziale, era ancorato alla concezione pubblicistica del diritto di famiglia, proponendosi di sanzionare il coniuge che, nel vigore di un matrimonio indissolubile, non avesse favorito con la sua condotta l'evento della riconciliazione auspicato dall'ordinamento.³⁰

Infine Giuseppe Vettori pone correttamente in luce che la riforma ha definitivamente archiviato il modello della separazione per colpa. La nozione di addebito è diversa da quella di colpa (*rectius*: supera il rilievo della colpa), non essendo sufficiente la mera violazione di

²⁶ Cass., 6 aprile 1993, n. 4108.

Cfr. anche Cass., 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Fam. dir.*, 2008, p. 30, secondo la quale «ciascuno dei coniugi ha un diritto costituzionalmente fondato di ottenere la separazione personale e interrompere la convivenza, ove tale convivenza sia divenuta intollerabile tanto da non consentire un adeguato svolgimento della propria personalità nella famiglia quale società naturale costituita con il matrimonio».

In generale, è stato rilevato che al *favor nuptiarum*, tutelato dal principio millenario di indissolubilità del matrimonio, si è ormai sostituito il *favor libertatis*, che si traduce nel *favor divortii* e nel *favor separationis*. Sul passaggio dal *favor nuptiarum* al *favor libertatis*, cfr. cfr. FALZEA, *op. cit.*, p. 62 ss.; BARBIERA, *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Bologna, 1997, p. 11 ss.

²⁷ Cfr., da ultimo, QUADRI, *Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 175; DANOVÌ, *op. cit.*, 73 ss.

²⁸ Cass., 7 dicembre 1994, n. 10512, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1202.

²⁹ VETTORI, *op. cit.*, p. 735 ss. Sul punto cfr. *infra*, spec. la nota 96.

³⁰ Sul punto cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, *cit.*, p. 210 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

un dovere matrimoniale per aversi la sua pronuncia, richiedendosi che la condotta lesiva abbia un'incidenza causale della crisi coniugale.³¹ Di qui, più in generale, il carattere eccezionale della pronuncia d'addebito³².

2. Il fondamento, religioso e laico, del principio d'indissolubilità del matrimonio. Separazione e divorzio quali strumenti storicamente alternativi per risolvere la crisi della convivenza.

Costituisce certamente un merito della dottrina più attenta avere immediatamente colto la portata innovativa della riforma con riguardo all'istituto della separazione personale dei coniugi.³³ Resta, tuttavia, il fatto che il legislatore, allora, non comprese o non volle comprendere che, una volta venuto meno il principio d'indissolubilità del matrimonio ed introdotto il divorzio, la separazione giudiziale avrebbe dovuto essere abrogata, costituendo gli istituti della separazione e del divorzio due strumenti giuridici, storicamente alternativi tra loro, volti a risolvere un medesimo problema: la crisi coniugale sopravvenuta.

La scelta tra l'uno o l'altro mezzo è dipesa, in passato, dalla peculiare concezione del matrimonio al momento vigente. Il diritto romano delle origini, che ravvisava l'essenza dell'istituto nella compresenza di due elementi, la convivenza e l'*affectio maritalis*, conosceva il divorzio: fintanto che siffatti elementi sussistono, il matrimonio esiste; quando uno di essi venga meno, finisce³⁴. La separa-

³¹ VETTORI, *op. cit.*, p. 733 e 739.

³² VETTORI, *op. cit.*, p. 740.

³³ Sul fatto che la disciplina della separazione giudiziale introdotta con la Riforma del 1975 ha segnato un momento di profonda discontinuità rispetto al modello delineato dal legislatore del 1942, cfr. CALOGERO, *La separazione giudiziale*, in *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, I, p. 2, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 1378; ZATTI e MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 1983, p. 3 ss.; LENTI, *La separazione giudiziale*, in *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 2011, p. 67; AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 47.

³⁴ BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934, p. 181.

Le nozze romane delle origini presentavano carattere possessorio, fondandosi su una situazione di fatto, produttiva di effetti giuridici (VOLTERRA, *Matrimonio (dir. romano)*, in *Enc. del dir.*, XXV, Milano, 1975, p.732).

zione dei coniugi nasce con l'affermarsi delle nozze cristiane, caratterizzate per la loro natura sacramentale che ne implica l'indissolubilità: «*Quod Deus coniunxit, homo non separet*»³⁵. Il principio di indissolubilità del matrimonio, a ben vedere, costituisce un'«infiltrazione religiosa nell'ordinamento civile»³⁶. Non potendosi più ammettere il divorzio, i Padri della Chiesa e la Scolastica teorizzarono la separazione dei coniugi quale rimedio alla crisi coniugale, che consente di interrompere la convivenza nel rispetto del vincolo sacramentale indissolubile³⁷.

Furono peraltro i decretisti e i decretalisti, nei secoli successivi, a dare veste giuridica all'istituto. Rolando Bandinelli distingueva nel matrimonio un doppio vincolo: quello sacramentale, indissolubile ove fosse intervenuta anche la *copula carnalis*, e quello avente come contenuto l'unione dei corpi, ossia la convivenza, che poteva invece venire meno.³⁸ Pietro Lombardo, a sua volta, poneva la distinzione tra *separatio corporalis* e *separatio sacramentalis*, ossia tra la cessazione della convivenza ed il divorzio, ritenendo ammissibile soltanto la prima, giacché non intaccava l'esistenza del matrimonio religioso, peraltro compatibile con la sospensione della comunione di

³⁵ Vangelo di Matteo, 19:6.

Il principio di indissolubilità delle nozze fu affermato dalla Chiesa sin dai suoi albori e fu sancito dal Concilio di Cartagine nel 407 d.C. (in MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, III, 1901, p. 806, CII).

Per la dottrina dei Padri della Chiesa su tale principio, cfr. AGOSTINO, *De bono coniugali*, p. 7; GEROLAMO, *Epistulae*, 123, 5, in *Patrologia cursus completus, Series Latina*, Parigi, 1841-1864, XXII, p. 1049; AMBROGIO, *Exhortatio virginitatis*, 4, 21, in MIGNE, op. cit., XVI, 342, ed i riferimenti contenuti in VOLTERRA, *Matrimonio*, cit., 786 ss., spec. nota 140.

³⁶ BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano, 1963, p. 365.

Anche DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano, 1970, p. 305, reputa che il carattere sacramentale del matrimonio lo rende un «*contractus supernaturalis*».

³⁷ La prima opera cristiana in cui si tratta diffusamente della separazione è il *De coniugiis adulterinis* di Sant'Agostino.

Sulle origini e la prima evoluzione dell'istituto, cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., p. 4 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

³⁸ *Summa Magistri Rolandi*, Innsbruck, 1874, ed Aalen, 1962, p. 183 ss.

vita³⁹. Dalla fine del XIV secolo accanto alla separazione perpetua (per le ipotesi di adulterio e di professione dei voti solenni) il diritto canonico disciplina una separazione temporanea, *a mensa et thoro*, consentita fin tanto che duri la causa che la giustifica, solennemente riconosciuta dal Concilio di Trento⁴⁰. Con la separazione, in ossequio ad un dogma religioso (l'indissolubilità delle nozze sacramentali), si pretende dunque la sopravvivenza di un matrimonio ridotto a mera «forma giuridica»⁴¹, svuotato della sua essenza (la comunione di vita).

Soltanto lo scrollamento di questa peculiare visione delle nozze, fondata su elementi teologici e, dunque, metagiuridici, consentirà nei secoli a venire la ricomparsa del divorzio e la contestuale abrogazione della separazione. Tale istituto è riscoperto nei Paesi protestanti, quale unico rimedio alla crisi coniugale, contestualmente all'affacciarsi di una nuova concezione del matrimonio, di cui Martin Lutero aveva negato la natura sacramentale⁴², e ritornerà più tardi nella Francia rivoluzionaria e anticlericale della fine del Settecento, che nel matrimonio vedeva soltanto uno dei tanti contratti, nella disponibilità dei privati⁴³.

³⁹ *Libri sententiarum*, Parigi, 1550, p. 512 ss.

⁴⁰ «*Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob multos causas separationem inter coniuges quoad thorum, seu quoad cohabitationem, ad certum incertumve tempus, fieri posse decernit: anathema sit*» (Sess. XXIV, *De matrimonio*, c. 8, in AA.VV., *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Bologna, 1973, p. 753 ss.).

⁴¹ SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile, Libro Quarto, Procedimenti speciali*, I, Milano, 1968, p. 304.

Cfr., più recentemente, AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 5 ss.

⁴² MARONGIU, *Divorzio (Storia)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 493 ss.

⁴³ L'art. 7 della Costituzione francese del 1791 proclama la natura esclusivamente contrattuale del matrimonio («*La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*»), aprendo in tal modo le porte all'introduzione del divorzio, votato dall'Assemblea Costituente con la legge 20 settembre 1792. Quest'ultima legge contestualmente abroga la separazione («*à l'avenir aucune séparation de corps ne pourra être prononcée: les époux ne pourront être désunis que par le divorce*»: art. 7) e pone nel nulla tutti i procedimenti di separazione a quel momento pendenti (art. 6).

Cfr., per ulteriori riferimenti, il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 31 ss.

L'alternatività tra gli istituti della separazione e del divorzio, strumenti diversi per risolvere la crisi coniugale, rispondenti alle intime convinzioni dei coniugi, è stata lucidamente colta da Napoleone Bonaparte. Nel *Code civil*, per le medesime cause tipizzate dal legislatore, il cittadino cattolico poteva separarsi, mentre quello laico poteva ottenere lo scioglimento del matrimonio (art. 306 c.c.)⁴⁴. Si trattava di due vie parallele⁴⁵ che, in definitiva, perseguivano una medesima finalità: «*Le divorce rompt le lien conjugal, la séparation laisse encore subsister ce lien; à cela près, les effets de l'un et de l'autre sont peu différents: cette union des personnes, cette communauté de la vie, qui forment si essentiellement le mariage, n'existent plus*»⁴⁶.

Nell'Ottocento il principio di indissolubilità del vincolo, che giustifica la scelta della separazione, ha trovato un fondamento laico

⁴⁴ Cfr. l'*Esposizione dei motivi* di TREHILARD (Sessione 21 marzo 1803, in LOCRE', *Legislazione civile commerciale e criminale, ossia commentario e compimento dei codici francesi*, trad. da CIOFFI, II, Napoli, 1840, p. 763 ss.: «Ma il patto sociale garantisce a tutti i Francesi la libertà della loro credenza; coscienze delicate possono riguardar come un precetto assoluto l'indissolubilità del matrimonio. Se il divorzio fosse il solo rimedio da apprestarsi a coniugi disgraziati, non sarebbe difficile ad accordare che alcuni cittadini fossero posti nella dolorosa alternativa di avere la coscienza illaqueata, o di soccombere ad un gioco insopportabile per loro? Non sarebbero essi posti nella dura necessità di commettere azioni indegne o di vivere infelici per corso di tutta la loro vita? Noi avremmo ben male adempiuto il nostro incarico se non avessimo preveduto quest'inconveniente: quindi la legge permettendo il divorzio non impedirà che si faccia uso anche della separazione e il coniuge che avrà diritto di querelarsi, potrà scegliere l'una o l'altra specie di azione senza che su questo proposito sia contraddetto nella sua opinione o gli sia vincolata la libertà».

Per ulteriori riferimenti sulla scelta del codice napoleonico, cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 33 ss.; FRANCESCHELLI, *Perplexità e interrogativi sulla separazione nel nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 523 ss.

⁴⁵ Così, incisivamente, lo stesso Napoleone Bonaparte: «Il divorzio e la separazione personale sono due parallele, e come tali, non potendo mai incontrarsi, convien ragionare separatamente sui due casi. Del resto la separazione debb'essere ammessa, perché sarebbe ingiusto d'abbandonare alla disgrazia che lo colpisce, il marito cui la sua coscienza impedisce di far uso del divorzio» (Sessione del 18 ottobre 1801, in LOCRE', *Legislazione*, cit., p. 681).

⁴⁶ Così TREHILARD, *op. cit.*, p. 760).

nella concezione pubblicistica del diritto di famiglia, fondata sul pensiero di Hegel⁴⁷ e veicolata attraverso lo Storicismo tedesco⁴⁸, che – come detto – ravvisando nella famiglia la cellula primaria e fondamentale dello Stato, funzionalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo, ne predicava l'unità. Pertanto, quando l'Italia unita decise di darsi un codice civile, nel dibattito parlamentare, la prevalente componente anticlericale che pure aveva avvocato allo Stato il diritto esclusivo di regolare il matrimonio, negando qualunque effetto giuridico al matrimonio religioso, rifiutò l'introduzione del divorzio⁴⁹, osservando che, sebbene «il matrimonio fu dichiarato indissolubile dalla religione cattolica [...], ciò non esclude che, nell'ordine naturale e nell'ordine civile, possano anche esistere motivi abbastanza gravi per far riconoscere e stabilire la indissolubilità del vincolo civile del matrimonio. La natura umana che vuole stabili e costanti le unioni dell'uomo e della donna per la procreazione della specie e per l'educazione dei figli, e che pose nel cuore dell'uomo l'istinto della famiglia e della società, non è certamente favorevole

⁴⁷ Secondo Hegel, nella famiglia i membri sono meri accidenti e i coniugi, prestando il consenso matrimoniale, rinunciano alla propria personalità individuale per costituire una sola persona: la famiglia. Il matrimonio costituisce quindi un legame etico che si pone su un piano più elevato rispetto a quello negoziale ove si svolgono i rapporti giuridici di diritto privato. Esso non si basa su contratto ma sulla volontà dei coniugi di creare un vincolo che li trascenda (*Lineamenti di filosofia del diritto ossia diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, trad. da Messineo, Bari, 1954, § 162 ss., 150 ss.).

In definitiva i coniugi divengono ministri di un interesse superindividuale che non è più il loro ma della comunità che hanno costituito.

⁴⁸ Sul punto, ci permettiamo di rinviare al nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 61 ss.

⁴⁹ Nel dibattito parlamentare la negazione della natura sacramentale del matrimonio, secondo alcuni doveva coerentemente condurre al divorzio. Cfr. l'intervento del sen. Genghini, Tornate 17/28 marzo 1865, in *Lavori preparatori al codice civile del 1865*, Palermo-Napoli, 1867, III, p. 86 ss.: «Non esigere la consacrazione religiosa del matrimonio e non permettere il divorzio, volere l'indissolubilità e non volerne le cagioni sarebbe stato un assurdo manifesto».

Si veda anche l'intervento dell'on. Mari, Tornate 9/22 febbraio 1865, in *Lavori preparatori*, cit., II, p. 139 ss.: «Lo Stato non può volere il matrimonio innanzi a sé perpetuo; lo Stato deve ammettere il divorzio».

al divorzio, il quale gravemente pregiudica la formazione e lo sviluppo della famiglia. Vi si mostra non meno avverso l'interesse della società civile, di cui l'ordine, la pace e il morale svolgimento sentono dai divorzi funesto pregiudizio. La religione e lo Stato si trovano d'accordo sopra questo punto»⁵⁰.

Rimaneva dunque la separazione quale risposta dell'ordinamento alla crisi della convivenza⁵¹, peraltro accordata col contagocce, nelle ipotesi tassativamente predeterminate dal legislatore per sanzionare macroscopiche violazioni dei doveri matrimoniali,⁵² e regolamentata, alquanto contraddittoriamente, quasi fosse un divorzio, dandosi per scontato il definitivo fallimento del matrimonio. Essa produceva, infatti, tutti gli effetti del divorzio, ad eccezione dell'estinzione dello *status* coniugale⁵³.

⁵⁰ Relazione della Commissione del Senato, in *Lavori preparatori*, cit., I, p. 221.

Afferma incisivamente il Pisanelli, *Discorso* di presentazione al Senato, in *Lavori preparatori*, cit., I, p. 10, che, «quando una legge collocasse sulla soglia del matrimonio e nel suo ossequio l'idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze, ne deturperebbe l'onestà: perché quell'idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto». Nelle Tornate 9/22 febbraio 1865, in *Lavori preparatori*, cit., II, 222, l'on. Pisanelli aggiunge: «Il divieto del divorzio è dettato da considerazioni sociali, da ragioni le quali non attingono la loro autorità dalle credenze religiose: noi abbiamo creduto, noi crediamo che il divorzio sia un fatto ripugnante ai nostri costumi».

Osserva AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 7, che «pur nell'ambito di un processo di laicizzazione del matrimonio, il legislatore italiano diede avvio ad una fase nella quale il matrimonio civile e quello cattolico, sebbene soggetti a giurisdizioni differenziate, si caratterizzavano per un'accentuata omogeneità della disciplina che trovava il suo punto di emersione più evidente proprio nel carattere indissolubile del vincolo».

⁵¹ Osserva l'on. Pisanelli, *Discorso*, cit., in *Lavori preparatori*, cit., I, p. 10, che «rimosso il divorzio, era necessario ammettere la separazione personale, essendo innegabile che in alcuni casi la convivenza tra i coniugi diventa impossibile».

⁵² Cfr. sopra, nota 7.

⁵³ Cfr. CIPRIANI, *Dalla separazione al divorzio*, Napoli, 1971, p. 40 ss., il quale per tale motivo reputa il legislatore del 1865 non indissolubilista ma quasi-divorzista.

Per effetto della separazione cessava, infatti, l'obbligo della convivenza e il coniuge colpevole perdeva il diritto alla dote, agli utili derivantigli dal contratto

Il principio di indissolubilità del matrimonio entra in irreversibile crisi con la Costituzione repubblicana, che reinterpreta la famiglia in chiave privatistica. Incentrandosi tale formazione sociale sulla garanzia dei valori della persona e su un matrimonio irradiato dal consenso, effettivo e perdurante, dei coniugi⁵⁴, siffatto principio perde, oltre al suo fondamento religioso (il matrimonio non costituisce per lo Stato un sacramento), anche quello laico, rappresentato dalla concezione pubblicistica del diritto di famiglia. Il rispetto della libertà di coscienza del cittadino, «il quale deve essere lasciato libero di aderire o meno al precetto *quod Deus coniunxit homo non separet*»,⁵⁵ e l'idea di un matrimonio incentrato sull'*affectio coniugalis* postulavano l'introduzione di un divorzio, scevro di qualsiasi connotazione sanzionatoria. Nel nuovo contesto non vi sono colpe da accertare o pene da infliggere ai coniugi, dovendo il giudice limitarsi a prendere atto della cessazione della comunione di vita e dell'impossibilità di ricostituirla, costituendo lo scioglimento del matrimonio un mero rimedio alla irreversibile crisi della convivenza. La scelta del legislatore di collocare «il valore della persona alla sommità dei valori giuridici e quindi al di sopra anche del valore della famiglia» implica il trasferimento «dei problemi di responsabilità dal piano dello scioglimento del vincolo coniugale al piano della disciplina degli effetti dello scioglimento»⁵⁶.

L'introduzione del divorzio, avvenuta all'esito di un aspro dibattito, civile e politico, e di una evoluzione della concezione sociale del matrimonio, poneva pertanto in crisi la separazione, la cui storica funzione di mezzo per risolvere la crisi coniugale era ora assolta dal nuovo istituto. Stante l'ontologica alternatività tra i due istituti, tendenzialmente caratteristica degli ordinamenti di *civil law* europei⁵⁷,

matrimoniale, all'usufrutto legale (art. 156 cod. civ. 1865) nonché i diritti successori (art. 757 c.c. 1865).

⁵⁴ Cfr. sopra il § 1, spec. le note da 8 a 12.

⁵⁵ Così la proposta di legge sullo scioglimento del matrimonio, presentata alla Camera dei Deputati dall'on. Loris Fortuna il 5 giugno 1968.

⁵⁶ Cfr. FALZEA, *op. cit.*, 64 ss., spec. 66.

⁵⁷ Cfr., sul punto, AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 17; AUTORINO, STANZIONE e ZAMBRANO, *Separazione personale dei coniugi*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*,

ne sarebbe stata ragionevole l'abrogazione, ma ciò non avvenne. La paura dei divorzi facili, con non comune ipocrisia, indusse a mantenere la separazione personale dei coniugi, riconoscendole l'incerta funzione di anticamera del divorzio, ossia di pausa di riflessione in attesa di quello che è stato autorevolmente definito il «*felice evento*» della futura riconciliazione⁵⁸, di cui l'ordinamento restava in attesa, peraltro destinato a non verificarsi mai. La soluzione adottata, in virtù della quale la separazione legale costituisce un presupposto indefettibile nel percorso che conduce al divorzio, «si segnala alla stregua di una eccezione rispetto ai principi affermatasi in ambito continentale»⁵⁹ e ha connotato l'istituto di «una carica di ambiguità»⁶⁰.

3. Il c.d. doppio binario della crisi coniugale. L'attività ermeneutica della giurisprudenza finalizzata ad eliminare le discrasie tra le diverse discipline della separazione e del divorzio.

Da allora, separazione e divorzio coesistono nell'ordinamento e, volendosene pervicacemente affermare l'autonomia⁶¹, sono regolamentati da norme diverse (gli artt. 150 cod. civ. e ss. e la legge sul

XVIII, Torino, 1998, p. 449; CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto Zatti, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 105 ss., spec. 110.

⁵⁸ GRASSETTI, *La separazione personale dei coniugi. Problemi di diritto sostanziale e processuale. Diritto civile*, in *Giust. civ.*, 1964, IV, p. 4.

⁵⁹ AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ FORTINO, *La separazione personale tra coniugi*, in *Trattato diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 2, p. 1266; QUADRI, *op. cit.*, p. 175, secondo il quale la separazione è divenuta un istituto «nel semisecolare rapporto con quello del divorzio, a dir poco di perplessa definizione funzionale e di incerta collocazione sistematica».

Osserva, infatti, AL MUREDEN, *op. ult. cit.*, p. 11, che la separazione «può costituire al tempo stesso il punto di approdo di una situazione di crisi all'interno della coppia, un momento di riflessione funzionale ad una successiva riconciliazione o, ancora, l'inevitabile presupposto di un percorso volto al conseguimento dello scioglimento definitivo del matrimonio».

⁶¹ La giurisprudenza ha sempre affermato l'autonomia dei giudizi di separazione e di divorzio, rivendicando il potere del giudice del divorzio di decidere in assoluta autonomia rispetto a quanto stabilito in sede di separazione.

Cfr., Cass., 9 aprile 1983, n. 2514, secondo la quale «fra il giudizio di divorzio e quello di separazione personale non esiste alcun rapporto che giustifichi una pronuncia di litispendenza o di sospensione necessaria del primo in attesa della

divorzio). Esiste, dunque, il c.d. doppio binario della crisi familiare, che ha presto svelato l'intima contraddittorietà, traducendosi in quella che è stata efficacemente definita una *via Crucis*, alla quale i coniugi devono sottoporsi per potere recuperare il libero stato: tre gradi di giudizio di separazione e tre gradi di giudizio di divorzio, in cui si discute, essenzialmente, delle medesime questioni, giacché il problema è unico, ossia l'individuazione di un regolamento alla crisi della convivenza (determinazione di un assegno per il coniuge debole, affidamento dei figli minori e loro mantenimento, assegnazione della casa familiare). Nelle more i figli vengono strumentalizzati e – a dispetto del dichiarato intento di tutelare la famiglia fondata sul matrimonio, cui questo contorto meccanismo dovrebbe presiedere, scongiurando divorzi poco meditati – proliferano nuove unioni di fatto, non alimentate però da una libera scelta dei loro membri ma coatte, giustificandosi esclusivamente per il fatto che uno o entrambi i conviventi non hanno ancora potuto recuperare il libero stato⁶².

decisione sul secondo, data l'autonomia dei due procedimenti, sia per la diversa struttura, finalità e natura dell'assegno di divorzio rispetto a quello determinato nel giudizio di separazione personale, sia per la cessazione di ogni efficacia, della sentenza di separazione personale con la pronuncia di divorzio».

Si veda anche Cass., 2 giugno 1981, n. 3549, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 43, con nota di TRABUCCHI, *La funzione di assistenza nell'assegno di divorzio e l'assegno in corso di separazione legale*, secondo la quale «il giudice, nel determinare l'assegno di divorzio sotto il profilo assistenziale, come conseguenza della definitiva cessazione del vincolo matrimoniale e delle legittime aspettative patrimoniali ad esso inerenti, non è vincolato dalla regolamentazione patrimoniale esistente in regime di separazione, anche se la situazione anteriore alla pronuncia di divorzio può fornire elementi di valutazione in ordine alla attribuzione e alla quantificazione dell'assegno stesso, pur non trattandosi di elementi determinanti, in quanto, attesa la diversa natura giuridica della separazione rispetto allo scioglimento del vincolo matrimoniale, sulla quantificazione dell'assegno non esercitano alcuna influenza le statuizioni adottate in sede di separazione personale dei coniugi».

In dottrina, si veda da ultimo DANOVI, *I rapporti tra il processo di separazione e il processo di divorzio alla luce della l. n. 55/2015*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 1093 ss.: «Non vi è [...] dubbio alcuno circa il fatto che il processo di separazione e divorzio siano, dal punto di vista strutturale e astratto, perfettamente autonomi. Ciascuno dei due giudizi, in sé e per sé considerato, rimane fisiologicamente distinto dall'altro, diverso essendo lo scopo ultimo che ognuno di essi singolarmente persegue».

⁶² Cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 216 ss.

Di tutto ciò ben si è resa conto la giurisprudenza, la quale, attraverso la sua attività ermeneutica, tende ad anticipare già al momento della separazione, in cui il matrimonio è ridotto ad «una forma giuridica»,⁶³ gli effetti che dovrebbero invece prodursi con lo scioglimento del matrimonio, muovendo dall'esatto rilievo che i doveri matrimoniali, per effetto della separazione, di fatto già non esistono più⁶⁴. Conseguo, peraltro, da ciò un inevitabile appiattimento della separazione sul divorzio.

In effetti il c.d. doppio binario ha determinato che situazioni identiche siano state irragionevolmente trattate dalla legge in maniera diversa e la giurisprudenza, per prima, è stata chiamata, attraverso il ricorso all'analogia o in via di interpretazione estensiva, ad eliminare le discrasie, individuando una disciplina unitaria. Ciò nella consapevolezza che la crisi matrimoniale, sia che sfoci in una separazione, sia che venga definita attraverso il divorzio, genera i medesimi problemi (esigenza di tutela del coniuge debole e dei minori), che postulano soluzioni essenzialmente identiche. Per tale motivo, dopo l'introduzione del divorzio, i criteri applicati per la concreta liquidazione dell'assegno di mantenimento e di quello divorzile sono stati i

⁶³ SATTA, *op. cit.*, p. 304.

⁶⁴ Cfr. il già richiamato orientamento giurisprudenziale che ha negato la possibilità di mutarne il titolo della separazione da consensuale a giudiziale con addebito, ovvero da giudiziale senza addebito a giudiziale con addebito (sopra, la nota 28) ed *infra* la nota 96.

Cfr. Cass., 20 agosto 2014, n. 18078, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3481, secondo cui «la separazione non è più un momento di riflessione e ripensamento prima di riprendere la vita di coppia, e nemmeno solo l'anticamera del futuro divorzio, ma rappresenta il momento della "sostanziale esautorazione dei principali effetti del vincolo matrimoniale"».

Si veda anche Cass., 19 dicembre 2018, n. 32871, in *Foro it.*, 2019, I, c. 465, secondo la quale «in caso di separazione legale dei coniugi e di formazione di un nuovo aggregato familiare di fatto ad opera del coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento, si opera una rottura tra la pregressa fase di convivenza matrimoniale e nuovo assetto fattuale, con il conseguente riflesso incisivo dello stesso diritto alla contribuzione periodica, facendola venire definitivamente meno». Tale sentenza equipara separazione e divorzio con riguardo agli effetti che conseguono in dipendenza dell'instaurazione di una convivenza stabile da parte del coniuge beneficiario dell'assegno.

medesimi, rapportando i due emolumenti al tenore di vita matrimoniale⁶⁵, così come i criteri per il loro aggiornamento⁶⁶. Parimenti è stata espunta la discriminazione esistente con riguardo alla disciplina dei rapporti tra genitori e figli, applicando a quest'ultimi, indipendentemente dallo *status* dei loro genitori (separati o divorziati), la regola più favorevole. Di qui il rincorrersi tra legislatore e giurisprudenza, reso evidente, ad esempio, in materia di assegnazione della casa familiare⁶⁷.

La supplenza dei giudici è cessata, con riguardo ai rapporti genitori-figli, con l'introduzione della legge sull'affidamento condiviso. L'art. 4 della l. 8 febbraio 2006 n. 54, rendendo applicabili i nuovi artt. 155-155 *sexies* cod. civ. «anche in caso di scioglimento, di ces-

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67, con note di QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e CARBONE, *Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*.

⁶⁶ Cass., 2 marzo 1994, n. 2051, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3490, con nota di QUADRI, *L'adeguamento monetario automatico degli assegni nella separazione e nel divorzio*.

⁶⁷ Il IV comma dell'art. 155 c.c., come novellato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, prevedeva la possibilità di assegnare la casa familiare al coniuge affidatario dei figli.

Analoga disposizione non era contemplata dalla legge sul divorzio. Inizia da tale momento il rincorrersi delle normative e delle interpretazioni giurisprudenziali in tema di assegnazione della casa familiare, che ha caratterizzato gli istituti della separazione e del divorzio e che costituisce uno degli esempi più evidenti della «*interscambiabilità delle due discipline*» (l'inciso tra virgolette è di Cass., 26 settembre 1994, n. 7865, in *Dir. famiglia*, 1995, p. 978).

Individuata la necessità di «unitarietà di disciplina» tra separazione e divorzio essendo l'istituto dell'assegnazione della casa familiare finalizzato alla tutela dei figli minori, Cass., 30 gennaio 1985, n. 578, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 676, ha ritenuto applicabile il IV comma dell'art. 155 c.c. anche in caso di divorzio.

La novella del 1987 sul divorzio ha creato un ulteriore sfasamento, giacché il nuovo art. 6 l. div. consentiva di assegnare la casa familiare al genitore con il quale convivevano i figli maggiorenni ed imponeva, in ogni caso, di favorire il coniuge debole, legittimando l'interpretazione secondo la quale, anche in assenza di figli, la casa familiare potesse essere assegnata al coniuge debole, quale componente in natura del diritto al mantenimento.

L'applicabilità dei nuovi criteri di assegnazione della casa familiare anche in ipotesi di separazione è stata affermata da Cass., 29 agosto 1990, n. 8699, in *Arch. civ.*, 1991, p. 311.

sazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati», ha parificato tutti i figli al momento della crisi, anche se questo decisivo passaggio è rimasto sullo sfondo, essendosi l'attività degli interpreti prevalentemente concentrata sui nuovi rilevanti principi introdotti dalla novella (ad esempio quello della bigenitorialità o quello dell'audizione del minore)⁶⁸, Il legislatore, per la prima volta, ha colto che la crisi

⁶⁸ Si soffermano su tale fondamentale aspetto, QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, p. 413 ss., secondo il quale «nella prospettiva della necessaria perpetuazione della relazione genitoriale, il legislatore si è orientato, ora, nel senso della opportunità di una disciplina uniforme della situazione conseguente alla dissoluzione della convivenza familiare, quale che sia il relativo fondamento (matrimoniale o meno): è evidente, infatti, come le esigenze del minore siano sempre identiche»; ROSSI CARLEO e CARICATO, *La separazione e il divorzio*, in *La crisi familiare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 2013, p. 347 ss., secondo le quali la legge sull'affido condiviso «appare apprezzabile già solo per l'intento unificante che esprime, viste le fattispecie ivi regolate, ponendosi, tra l'altro, nel solco di un diverso atteggiamento morale, sociale e quindi giuridico verso le formazioni sociali diverse da quelle fondate sul matrimonio»; FERRANDO, *L'affidamento dei figli*, in *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e Patti, Padova, 2011, p. 264, secondo la quale la l. n. 54 del 2006 «giunge ad una unificazione della disciplina degli effetti della crisi riguardo ai figli – a prescindere dai modi in cui essa viene formalizzata – che si spiega in considerazione della comunanza delle problematiche che ne risultano. All'atto della crisi si manifesta, infatti, la medesima esigenza di modificare il rapporto tra genitori e figli per salvaguardare, nel mutato contesto, la continuità della relazione»; MANTOVANI, *Commento all'art. 155 c.c.*, in *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 96; BASINI, *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini e Cattaneo, *Famiglia e matrimonio*, I, 2, Padova, 2007, p. 1021 ss.; AULETTA, *Commento agli artt. 155-155 sexies c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Padova, 2010, p. 664, ad avviso del quale il legislatore, «nell'unificare gli effetti della crisi colma lacune presenti nella disciplina previgente [...] La suddetta unificazione, riguardo ai rapporti con i figli, trova giustificazione nella comunanza di problematiche che ne scaturiscono».

Ad avviso di GIACOBBE, *Effetti nei confronti dei figli*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, II, Milano, 2011, p. 1707, «il legislatore del 2006 ribadisce un principio cardine del nostro ordinamento giuridico: il diritto dovere dei genitori di curare, mantenere, educare e istruire i figli non assume connotati

matrimoniale, indipendentemente da come venga formalizzata (separazione, divorzio, dichiarazione di nullità del matrimonio, cessazione di un'unione di fatto) pone, perlomeno con riguardo ai figli, identici problemi che devono necessariamente essere affrontati e risolti nel medesimo modo. L'interesse dei minori, la cui tutela è alla base del loro affidamento, dell'assegnazione della casa familiare e della determinazione di un assegno per il loro mantenimento, non muta nelle diverse situazioni in cui la crisi si può manifestare. Meno che mai soluzioni diverse possono dipendere dal fatto che i genitori siano o meno uniti in matrimonio.

La riforma Bianca sulla filiazione del 2012, con ben diversa consapevolezza, ha riconosciuto il valore di tale parificazione, rendendo «unica, anche a livello sistematico, la disciplina dei rapporti tra genitori e figli sia nella fase [...] “fisiologica” del rapporto genitoriale, sia nel caso in cui si dissolva il legame, matrimoniale o di fatto, tra i genitori e il giudice sia chiamato ad omologare, prendere atto di accordi ovvero dettare provvedimenti di affidamento e mantenimento dei figli»⁶⁹.

Il c.d. doppio binario è tuttavia rimasto nella disciplina dei rapporti tra coniugi e laddove sussistono norme che impongono un differente trattamento tra separati e divorziati, non direttamente connesso al diverso *status* (come, ad esempio, l'art. 12 *bis* l. div., che riconosce il diritto ad una quota al T.F.R. soltanto in favore dell'ex coniuge divorziato), si dubita lecitamente della loro stessa legittimità costituzionale⁷⁰.

4. Il ruolo del legislatore: la facilitazione della conversione della separazione in divorzio.

Ai problemi dipendenti dalla coesistenza dei due istituti nell'ordinamento il legislatore ha reagito accelerando la conversione della separazione in divorzio, rispondendo in tal modo anche al mutato

diversi a seconda che si versi nella fase fisiologica o patologica della vita familiare, in base ai principi costituzionali in materia».

⁶⁹ Cfr. la relazione illustrativa alla l. 10 dicembre 2012 n. 219.

⁷⁰ Su tali problematiche, cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., p. 226 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

costume sociale, nel tempo sempre più incline ad agevolare il recupero del libero stato, e dando attuazione al principio del *favor libertatis*, consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità⁷¹, La novella della legge sul divorzio del 1987 ha ridotto da cinque a tre anni il periodo minimo di separazione propedeutico alla presentazione della domanda di scioglimento del matrimonio e ha consentito la sentenza parziale sul divorzio, prevedendo che la stessa sia suscettibile soltanto di appello immediato (art. 4, comma XII l. div.), con il chiaro intento di accelerare il recupero del libero stato. Con la medesima finalità, l'art. 709 *bis* cod. proc. civ., introdotto nel 2005, ha riconosciuto la possibilità di pronunciare sentenza parziale sulla separazione, ammettendo avverso di essa solo l'appello immediato da decidersi in camera di consiglio. Il termine di durata della separazione, necessario per la proposizione della domanda di scioglimento del matrimonio, è stato ulteriormente ridotto ad un anno dalla comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale in caso di separazione giudiziale e a sei mesi in caso di separazione consensuale (l. 6 maggio 2015, n. 55, sul c.d. «divorzio breve»).

Soprattutto è stata, da ultimo, riconosciuta la possibilità di una separazione e di un divorzio senza processo, rimettendo sostanzialmente all'autonomia privata la disgregazione dello *status* coniugale. La l. 10 novembre 2014 n. 162 ha introdotto due nuovi modelli di separazione e di divorzio, mediante negoziazione assistita e direttamente avanti al Sindaco (artt. 6 e 12). In tal modo «la separazione è stata sottratta al principio (che sino a quel momento rappresentava nell'ordinamento un dogma assoluto e irrefutabile) della tutela giurisdizionale costitutiva necessaria in materia di *status*, principio che rendeva imprescindibile nelle controversie in materia di famiglia l'intervento dell'autorità giudiziaria»⁷².

⁷¹ Cass., 22 giugno 2012, n. 10484; Cass., 8 aprile 2011, n. 8050; Cass., 29 novembre 1999, n. 13312, in *Foro it.*, 2000, I, c. 445. In dottrina, cfr. DANOVI, *I rapporti*, cit., p. 1093 ss.

⁷² DANOVI, *I presupposti della separazione*, cit., p. 73 ss., secondo il quale «il matrimonio vede così ridursi la sua componente e portata pubblicistica, divenendo sempre più, anche nella dimensione della crisi, una questione privata tra i suoi protagonisti».

D'altro canto, l'indirizzamento dell'ordinamento al *favor libertatis* è confermato dalla possibilità, ammessa dalla giurisprudenza, di riconoscere le sentenze straniere di divorzio diretto, ottenute all'estero, nella convinzione che l'assenza del passaggio attraverso la separazione non contrasti con l'ordine pubblico⁷³, e di conseguire anche in Italia il divorzio immediato, quando sussistano gli elementi di estraneità in grado di ricollegare la fattispecie a un ordinamento che contempli tale possibilità (reg. UE n. 1259/201)⁷⁴.

La recente legge sull'unione civile, infine, nonostante le differenze che sussistono tra tale istituto e il matrimonio⁷⁵, prevede che l'unione civile si scioglia senza passare attraverso la separazione, con una sentenza di divorzio immediato (ed, addirittura, per recesso unilaterale degli uniti civilmente: artt. 1, commi 23 e 24, l. 20 maggio 2016 n. 76), con ciò anticipandosi per l'unione civile, indipendentemente dalle ragioni della scelta del legislatore⁷⁶, un'evoluzione auspicabile anche per il matrimonio⁷⁷.

Sul punto si veda anche BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 527 ss.

⁷³ Cfr. Cass., 21 maggio 2018, n. 12473, in *Quotidiano Giuridico*, 2018, secondo la quale «La regola del diritto straniero secondo cui il divorzio può essere pronunciato senza la previa separazione personale dei coniugi, ed il decorso di un periodo di tempo adeguato a consentire loro di ritornare sulla decisione assunta, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera per quanto concerne il rispetto dell'ordine pubblico, richiesto dall'art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995, essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi».

⁷⁴ Sul punto cfr. DANOVI, *I presupposti della separazione*, cit., p. 73 ss., spec. nota 51.

⁷⁵ Su cui cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano, 2017, p. 323 ss.

⁷⁶ Certamente la scelta è stata anche dettata «dall'intento di differenziare l'unione civile dal matrimonio anche sul piano di una minore intensità e quindi stabilità del vincolo» (TROIANO, *Commento ai commi 22-24*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla l. n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 369).

⁷⁷ Sul punto, cfr. TROIANO, *op. loc. ult. cit.*, p. 369 ss.

5. *I limiti obiettivi della legge sul divorzio breve. Necessità di abrogare la separazione giudiziale.*

Quando la legge sul c.d. divorzio breve era ancora in discussione in Parlamento, ci domandavamo se la soluzione ai problemi generati dalla compresenza nell'ordinamento della separazione e del divorzio potesse essere rappresentata dalla drastica riduzione (almeno in teoria⁷⁸) della durata della separazione, ovvero se non fosse preferibile prendere atto dell'alternatività dei due istituti ed abrogare la separazione giudiziale, lasciando ai coniugi soltanto la possibilità di separarsi consensualmente, nel rispetto della loro libertà di coscienza,⁷⁹ come auspichiamo da oltre un ventennio⁸⁰.

In effetti, la legge sul divorzio breve ai problemi già segnalati ne ha aggiunto altri, rendendo frequente l'ipotesi di contemporanea

⁷⁸ In caso di separazione consensuale, il termine per la richiesta del divorzio è effettivamente breve (sei mesi dall'omologa). In caso di separazione giudiziale, l'anno previsto dalla l. 6 maggio 2015 n. 55 può rivelarsi insufficiente, costituendo condizione della domanda anche il passaggio in giudicato della sentenza di separazione.

⁷⁹ La separazione consensuale, in tale caso, è alternativa al divorzio, pur essendo suscettibile, in un momento successivo, di convertirsi in divorzio. Come rileva AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 28 ss., i coniugi, nell'esercizio della loro autonomia privata, possono ritenere «per varie ragioni, [...] opportuno preservare una situazione di formalizzazione della crisi del rapporto caratterizzata dalla persistenza dello *status* matrimoniale. In altri termini, similmente a quanto accade in tutti i sistemi giuridici nei quali la separazione costituisce un'alternativa rispetto al divorzio, si potrebbe ritenere che la decisione di conservare lo stato di coniugi separati debba essere letta alla stregua di una scelta consapevole attraverso la quale i coniugi mirano a regolare una situazione di intollerabilità della prosecuzione della convivenza utilizzando lo strumento che consente di preservare il maggior grado possibile di coesione della famiglia compatibile con l'esigenza di condurre una vita separata della coppia». Cfr. pure QUADRI, *Crisi della coppia*, cit., p. 175.

⁸⁰ Cfr. il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 114 ss. nonché 216 ss.; ID., *I provvedimenti concernenti i figli in caso di crisi del matrimonio o dell'unione civile*, in *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, p. 682 ss.; CECHELLA, *Audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 26 ottobre 2017, nel corso dell'indagine conoscitiva in merito all'esame della proposta della legge C. 4605 Ferranti, recante modifiche all'art. 5 della l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile*, in www.camera.it; FRATINI, *Giudizio di divorzio e quello di separazione ancora pendente. Il difficile coordinamento tra il giudizio di divorzio e quello di separazione ancora pendente*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2167.

pendenza dei giudizi di separazione e di divorzio e, dunque, la sovrapposizione dei processi. Deve, infatti, escludersi che siffatta evenienza possa essere superata sospendendo, ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., il giudizio di divorzio, sia per la ritenuta sua autonomia rispetto a quello di separazione⁸¹, sia in virtù del principio del *favor libertatis*⁸², che impone di evitare ritardi o addirittura l'arresto del processo⁸³. Né è sempre possibile, in nome del principio di concentrazione delle tutele⁸⁴, prevedere la trattazione di entrambi i giudizi da parte del medesimo giudice, assegnando la causa di divorzio al giudice della separazione, come tendenzialmente avviene in taluni tribunali italiani. Diversi potrebbero essere, infatti, i giudici competenti a decidere⁸⁵ e, al momento della proposizione della domanda di divorzio, il giudizio di separazione potrebbe pendere in un grado diverso, stante l'impugnativa della sentenza di separazione promossa da uno dei coniugi.

⁸¹ Cfr. sopra, la nota 61.

⁸² Cfr. sopra, le note 26 e 71.

⁸³ Così DANOVI, *I rapporti*, cit., p. 1093 ss.; ROSETTI, *Giudizio di separazione e sentenza non definitiva*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 177.

Secondo Cass., 8 aprile 1981, n. 2009, «fra il giudizio di separazione giudiziale e il giudizio di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio non vi è alcun rapporto di pregiudizialità o di interdipendenza sia ai fini della decorrenza del termine per la proposizione della domanda, sia ai fini della determinazione dell'assegno di divorzio; infatti, se esiste sentenza di separazione giudiziale passata in giudicato, questa fa stato tra le parti e, oltre a determinare l'ampiezza del termine per la proposizione della domanda, può influire sulla determinazione dell'assegno; ma se tale pronuncia non esiste ancora, non vi è alcuna necessità di attenderla procrastinando la pronuncia di cessazione degli effetti civili ed i fatti addotti nel giudizio di separazione potranno essere liberamente apprezzati e valutati dal giudice del divorzio». Conf. Cass., 16 dicembre 1985, n. 6372.

⁸⁴ Cfr. in tal senso DANOVI, *op. loc. ult. cit.*, p. 1093 ss.

⁸⁵ L'art. 706 cod. proc. civ., con riguardo al giudizio di separazione, pone la competenza del tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, mentre l'art. 4 l. div., per come interpretato da Corte Cost., 23 maggio 2008, n. 169, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 670, con nota di TOMMASEO, *Dichiarate parzialmente illegittime le regole sul foro competente per i giudizi di divorzio: una sentenza scontata o un'occasione perduta?*, individua quale primario criterio per attribuire la competenza per il giudizio di divorzio al luogo di residenza o di domicilio del coniuge convenuto.

Vero è, in ogni caso, che, dal momento del deposito del ricorso di divorzio (o quanto meno dall'adozione dei provvedimenti presidenziali di cui all'art. 4 l. div.), il giudice della separazione non può più pronunciarsi sulle questioni concernenti i figli (loro affidamento, mantenimento e assegnazione della casa familiare), avendo esclusiva *potestas decidendi* il giudice del divorzio⁸⁶. Lo stesso deve dirsi con riguardo ai rapporti economici tra i coniugi: sebbene la giurisprudenza tenda ad escludere che l'assegno provvisorio riconosciuto in sede di divorzio abbia già natura di assegno divorzile⁸⁷, «il giudizio è ormai incardinato verso l'attribuzione di un assegno divorzile (che potrebbe, oltre tutto, essere riconosciuto *ex tunc*, a far data dalla domanda, ex art. 4, comma 13, l. div.), sicché sarebbe del tutto irragionevole consentire al giudice della separazione di mantenere ancora inalterata nella sua dimensione temporale la *potestas decidendi* sulla domanda di assegno di mantenimento»⁸⁸. È anche controverso se sia giuridicamente possibile, dopo il passaggio in giudicato della sentenza parziale sul divorzio, continuare a discutere dell'addebito della separazione⁸⁹.

In un siffatto contesto balza dunque all'occhio il «progressivo svuotamento del giudizio di separazione»⁹⁰, ancor più marcato ove

⁸⁶ Trib. Milano, 26 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, p. 2167, con nota di FRATINI, *Giudizio di divorzio e quello di separazione ancora pendente. Il difficile coordinamento tra il giudizio di divorzio e quello di separazione ancora pendente*, cit.

⁸⁷ Cfr., ad esempio, Cass., 14 ottobre 2010, n. 21245. A tali fini occorre, di regola, il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, trovando l'assegno divorzile la propria fonte nel nuovo *status* delle parti rispetto al quale la pronuncia del giudice ha efficacia costitutiva: Cass., 24 gennaio 2011, n. 1613, in *Giur. it.*, 2011, p. 2285; Cass., 18 giugno 2009, n. 14214, in *Fam. e dir.*, 2010, p. 9.

⁸⁸ DANOVI, *I rapporti*, cit., p. 1093 ss. Cfr. pure Trib. Milano, 26 febbraio 2016, cit.

⁸⁹ Secondo CIPRIANI, *Sulle domande di separazione, di addebito e di divorzio*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 385, «mentre l'addebito presuppone che i due siano ancora coniugi, il divorzio estingue il rapporto di coniugio, sì che nel giudizio di addebito, una volta passata in giudicato la sentenza di divorzio, non potrà che prendersi atto dell'avvenuta cessazione della materia del contendere».

Nel medesimo senso, cfr. DANOVI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ Così DANOVI, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale il giudizio di separazione «per molte domande dovrà “cedere il passo”, e per le restanti correrà il rischio di

si ammetta la possibilità della riunione dei due giudizi, contemporaneamente pendenti innanzi allo stesso giudice⁹¹.

L'abrogazione della separazione giudiziale consentirebbe di eliminare un'ulteriore aporia recentemente manifestatasi a seguito del noto *revirement* della Corte di cassazione in tema di assegno divorzile, che ha ritenuto il tenore di vita matrimoniale irrilevante ai fini del suo riconoscimento⁹². Siffatto criterio è, invece, rimasto alla base dell'attribuzione dell'assegno di mantenimento spettante al coniuge debole durante la separazione⁹³, con la conseguenza che è oggi possibile che un coniuge percepisca, nel periodo della separazione, un assegno milionario⁹⁴, destinato ad azzerarsi, dopo appena qualche mese, al momento del divorzio.⁹⁵ La marcata differenziazione degli effetti patrimoniali della separazione e del divorzio, ancorata dalla

vederle decise quando le stesse non possano più avere reale valenza, in quanto assorbite dal divorzio parallelamente pronunciato».

⁹¹ Così Trib. Milano, 26 febbraio 2016, cit. e, in dottrina, DANOVÌ, *op. loc. ult. cit.*

⁹² Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, cc. 2671, con note di SANTARELLI e CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le SS.UU. della Cassazione: una problematica "terza via"* e M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i corsi e i ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*; ID., in *Foro it.*, 2018, I, c. 3615, con nota di MORACE PINELLI, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle Sezioni Unite*.

Il tenore di vita matrimoniale era stato, sino a tale momento, posto alla base della determinazione dell'assegno divorzile. Cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, cit.

⁹³ Cfr. Cass., 16 maggio 2017, n. 12196, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859, secondo cui «la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, sicché i "redditi adeguati" cui va rapportato, ai sensi dell'art. 156 c.c., l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio».

⁹⁴ Cass., 16 maggio 2017, n. 12196, cit.

⁹⁵ Cass., 30 agosto 2019, n. 21926.

giurisprudenza ad un elemento meramente formale (è vero che, durante la separazione, il matrimonio esiste ancora, ma è ridotto a mera forma giuridica⁹⁶), non appare ragionevole, specie se si considera che, all'esito delle riforme che abbiamo esaminato, l'istituto della separazione personale risulta recessivo e al *favor nuptiarum*, tutelato dal principio d'indissolubilità del matrimonio, si è sostituito il *favor*

⁹⁶Cfr., ad esempio, Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 (in *Fam. dir.*, 2017, p. 619, con nota di AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*; ID., in *Giur. it.*, 2017, p. 1299, con nota di DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?* e p. 1795, con nota di RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: agonia del fondamento assistenziale*; ID., in *Corr. giur.*, 2017, p. 885, con nota di QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*; ID., in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859, con note di CASABURI, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, BONA, *Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti* e MONDINI, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la sezione semplice decide «in autonomia». Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*, nonché 2707, con note di PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?* e M. BIANCA, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*), secondo la quale la differenza tra separazione e divorzio risiederebbe nella sopravvivenza, seppure in forma attenuata, dei doveri matrimoniali durante la separazione.

Siffatta opinione non è, peraltro, condivisibile. Per effetto della separazione i doveri di natura personale, derivanti dal matrimonio, non esistono più (Cass., 19 settembre 1997, n. 9317, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 14, con nota di MORA, *Obbligo di fedeltà tra coniugi separati e mutamento del titolo della separazione*; Cass., 7 dicembre 1994, n. 10512, cit.) e l'obbligo di mantenimento, di cui all'art. 156 cod. civ., che sorge soltanto nella ricorrenza dei peculiari presupposti indicati dalla norma ed è posto a carico di uno solo dei coniugi, in favore dell'altro, è cosa diversa dal dovere di contribuzione, che impegna entrambi i coniugi a soddisfare i bisogni della famiglia in base alle rispettive sostanze e capacità lavorative, per tutta la durata della vita matrimoniale (art. 143 cod. civ.). Come è stato autorevolmente rilevato, l'obbligo di mantenimento nasce dalle ceneri del dovere di contribuzione (FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 609).

Cfr. sul punto pure il nostro, *Il revirement della Cassazione in tema di assegno divorzile: in attesa delle sezioni Unite*, in *Arch. giur. Serafini*, 2018, p. 8 ss.; CASABURI, *Tenore di vita*, cit., p. 1897, il quale osserva che «è esasperata – e ormai senza fondamento [...] – la contrapposizione tra conseguenze della separazione e del divorzio (sopravvalutando l'elemento formale – e sempre più tale – della sopravvivenza del vincolo nella prima e non con il secondo)».

*libertatis*⁹⁷. Produce, inoltre, il poco commendevole effetto pratico di indurre il coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento a ricorrere ad ogni espediente giuridico pur di procrastinare lo scioglimento del vincolo, idoneo a caducarlo (ad esempio, la formulazione di strumentali eccezioni di riconciliazione, in grado di allontanare, per la necessità dell'istruzione, la pronuncia di separazione, ovvero l'impugnazione della sentenza parziale di separazione, pur in assenza di qualsiasi presupposto⁹⁸, al solo scopo di impedirne il passaggio in giudicato, propedeutico alla presentazione della domanda di divorzio: art. 3, comma 2, lett. "b", l. div.)⁹⁹.

Vi è, infine, da chiedersi se l'abrogazione della separazione giudiziale, travolgendo anche l'istituto dell'addebito¹⁰⁰, impedisca di sanzionare, al momento della crisi, le violazioni dei doveri matrimoniali, dei quali si riconosce la natura giuridica¹⁰¹, l'inderogabilità e

⁹⁷ Cfr. sopra, le note 26 e 71.

⁹⁸ Abbiamo detto che l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza deve valutarsi in senso soggettivo, con la conseguenza che la mera presentazione della domanda di separazione integra il presupposto il suo accoglimento.

⁹⁹ Cfr. sul punto pure il nostro, *Il revirement della Cassazione in tema di assegno divorzile*, cit., 7 ss.

Secondo PATTI, *Assegno di divorzio*, cit., p. 2714, il problema si risolve ripensando i criteri determinativi dell'assegno di mantenimento, non più attuali.

¹⁰⁰ L'abrogazione dell'addebito è stata sempre auspicata da larga parte della dottrina. Cfr. QUADRI, *Crisi della coppia*, cit., p. 175, secondo il quale l'addebitabilità della separazione è una «dannosa eredità...di quella configurazione in termini sanzionatori della separazione personale, intimamente legata al sistema matrimoniale indissolubile»; e il nostro *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., 193 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

¹⁰¹ Cfr. Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 1081, con nota di FAVILLI, *Infedeltà coniugale e lesione di diritti inviolabili*; ID., in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2602, con nota di GATTO, *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*; Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 375; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, p.365, con note di SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in cassazione*, e FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della cassazione*.

l'indisponibilità¹⁰², costituendo essi l'essenza stessa del matrimonio¹⁰³. Una rilettura dell'art. 143 cod. civ., alla luce dei principi espressi dagli artt. 29 e 2 Cost., nella consapevolezza che la famiglia si pone in funzione della persona¹⁰⁴, consente, infatti, di affermare che i doveri matrimoniali tutelano esigenze fondamentali della persona dei coniugi¹⁰⁵, che non possono ragionevolmente dissolversi al momento della crisi coniugale.

La violazione dei doveri matrimoniali, indipendentemente dal rimedio generale della responsabilità civile¹⁰⁶, possono, peraltro, rilevare anche al momento del divorzio. La Corte di cassazione¹⁰⁷ ha recentemente ribadito che tra i criteri determinativi dell'assegno divorzile, espressi dall'art. 5 l. div., vi è quello risarcitorio (le "ragioni della decisione"). La tutela della dignità del coniuge debole offre sicuri spazi all'operatività di siffatto criterio, che consente di considerare le gravi lesioni della sua persona, filtrate attraverso i doveri matrimoniali: le modalità della fine di un matrimonio talvolta non sono irrilevanti¹⁰⁸ e le cause della crisi, da tale punto di vista, dovranno

¹⁰²Cfr., sul punto, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

In dottrina, si vedano PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148 c.c.*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, p. 35; GABRIELLI, *Commento all'art. 160 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Cendon, I, Torino, 1991, p. 441ss.; SANTORO PASSARELLI, *Commento all'art. 143 c.c.*, nel *Commentario al codice civile*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, II, Padova, 1992, p. 504 ss.

¹⁰³ SANTORO PASSARELLI, *Commento*, cit., p. 504 ss.

¹⁰⁴ Cfr. sopra, il § 1.

¹⁰⁵ Cfr. il nostro *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1236 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 148 e Cass., Sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Foro it.*, 2015, 2, I, c. 588.

Si veda, tuttavia, in senso contrario, Cass., 7 marzo 2019, n. 6598, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1581.

¹⁰⁶ La giurisprudenza ammette da tempo, in caso di violazione dei doveri matrimoniali, l'esperibilità dell'azione risarcitoria. Sul punto, ci permettiamo di rinviare al nostro *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., 1220 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

¹⁰⁸ Si pensi a colui che abbandona il coniuge perché ammalato o al divorzio che ha alla base gravi violenze, fisiche o psichiche.

essere considerate in una prospettiva che comprenda l'intero arco della vita matrimoniale¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Sulla applicabilità del criterio risarcitorio, nella determinazione dell'assegno divorzile, anche se non vi è stato addebito della separazione, cfr. il nostro *I problemi irrisolti in materia di assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite*, in *Dir. fam.*, 2019, p. 654.

ENRICO MOSCATI
Professore straordinario di Diritto Privato
Università Niccolò Cusano di Roma
già Professore Ordinario di Diritto privato
Università di RomaTre

***RENT TO BUY: UN NUOVO CONTRATTO TIPICO.
LUCI E OMBRE DELLA LEGISLAZIONE NOVEL-
LISTICA***

SOMMARIO: 1. I contratti di godimento in funzione del successivo acquisto dell'immobile prima del decreto "Sblocca Italia" del 2014. Tipizzazione sociale di un contratto atipico. – 2. La nuova figura contrattuale introdotta dal legislatore del 2014. Il sistema dell'art. 23 come integrato in sede di legge di conversione. – 3. Il godimento dell'immobile in funzione strumentale del successivo acquisto da parte del "conduttore". L'imputazione di parte del canone al corrispettivo dell'acquisto. Il senso della trascrizione del contratto di "rent to buy". – 4. Il richiamo alle norme del codice civile, della legge fallimentare e della legislazione speciale applicabili al rapporto contrattuale. – 5. Patologia del contratto. Inadempimento del concedente. Inadempimento del conduttore: il mancato pagamento di un numero minimo di canoni. La diversa ipotesi del mancato esercizio del diritto potestativo di acquistare l'immobile. Il problema della restituzione dell'immobile. Il titolo esecutivo. – 6. Riflessioni conclusive sul nuovo tipo contrattuale e sulla causa dell'operazione economica.

1. I contratti di godimento in funzione del successivo acquisto dell'immobile prima del decreto "Sblocca Italia" del 2014. Tipizzazione sociale di un contratto atipico.

Con l'art. 23 del decreto legge n. 133 del 12 settembre 2014, come convertito in legge n. 164 dell'11 novembre 2014, che ha aggiunto un comma, quello 1-bis, il legislatore del 2014 ha introdotto una nuova figura contrattuale con lo scopo specifico di incentivare la

vendita di beni immobili¹. In tal modo, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento a livello di diritto positivo un'operazione contrattuale che nasce nel diritto anglosassone, tanto è vero che nella prassi si parlava di contratto di "rent to buy"², mentre il nostro legislatore usa

¹ Questa motivazione era stata adottata già nell'immediatezza del d. l. n. 133 del 2014 (v. PURPURA, *La nuova disciplina del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione immobiliare*, in *Riv. dir. econ.*, 2014, p. 125-127) ed è accolta di solito negli scritti successivi. A titolo esemplificativo v., tra i tanti, CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, in *Contr.*, 2015, p. 1041; CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 5; D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contr.*, 2015, p. 1030; DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 818; MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 952; POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 32-35. Già le indicazioni che precedono dimostrano l'attenzione della dottrina per questo nuovo tipo di contratto, il quale è stato l'occasione di una serie di scritti pubblicati tutti assieme nel fascicolo n. 2 di "La giurisprudenza italiana" del 2015, *Rent to buy e locazione di scopo*, p. 491 ss. (a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro) nonché il tema del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato, i cui contributi sono stati raccolti nel volume dal titolo *Rent to buy* (a cura di C. Cicero e V. Caredda), s.d., Napoli, 2016.

² Ricordano gli studiosi di diritto comparato che con l'espressione "rent to buy" si intende solitamente riferirsi a una prassi negoziale diffusa nei Paesi di *Common law* e nel diritto nordamericano a partire dagli anni Cinquanta, ma che in realtà è articolata in tre tipologie (FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 419 ss., *ivi* alla p. 421). Infatti "l'anglismo rent to buy" è comprensivo di una pluralità di contratti (BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 609 ss., *ivi* alla p. 610) in quanto nella prassi angloamericana oltre al *rent to buy* si parla di *buy to rent* e di *help to buy*. Questa articolazione nell'ambito del *rent to buy* è ben chiara anche alla dottrina civilistica (v., ad es., TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contr.*, 2014, p. 822 ss., *ivi* alla p. 828 ss.; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 841; CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, in *Riv. not.*, 2015, p. 45; POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 33 e 34; RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato*

una formula più generica parlando al plurale di “contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili” (è questa la rubrica dell’art. 23). Non vi è dubbio che con l’art. 23 del c.d. decreto “Sblocca Italia” l’operazione economica in cui si sostanzia il contratto di “rent to buy” è da considerarsi non solo un contratto nominato, in quanto il legislatore del 2014 gli ha attribuito un suo preciso “*nomen iuris*”, ma anche costituisce un vero e proprio contratto tipico³ ai sensi dell’art. 1322 c.c. in quanto per effetto della sua

*nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all’art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164), in Contr. impr., 2015, p. 964 ss., ivi alle pp. 965-966, nota 1; VAIRA, I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione, in Riv. not., 2015, p. 223 ss., ivi alle pp. 225-226) la quale, però, non manca di sottolineare che “il risultato ultimo perseguito potrebbe comunque essere raggiunto applicando le regole generali già codificate nel nostro ordinamento [...] senza essere costretti ad accettare incondizionatamente innesti o trapianti di categorie elaborate altrove” (testualmente MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, pp. 952-953). Su quest’ultimo punto v. anche *infra*, testo e nota 4.*

³ È questa l’opinione di una parte della dottrina sulla scia di quanto si afferma nel Dossier n. 177 (ottobre 2014) del Servizio Studi del Senato nella relazione illustrativa dell’art. 23 alla luce delle modificazioni apportate dalla Camera dei Deputati in sede di conversione del decreto-legge n. 133 del 2014 (la norma “disciplina[...] una nuova tipologia contrattuale”). Ad es., tra gli altri: IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contr.*, 2015, p. 189; IEVA, *Il rent to buy nella prospettiva della valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 2015, pp. 675-676 (e, ora, pp. 85-86 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 953; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, pp. 971-972; da ultimo BARALIS, *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, nel volume collettaneo *Rent to buy*, cit., p. 3 ss., ivi alle pp. 10-11, il quale parla di tipicità “aperta”. Altri autori sollevano tuttavia seri dubbi sulla tipicità del nuovo contratto. In particolare, si è detto che a “una disciplina legale particolare[...] corrisponda un univoco tipo legale nominato mi pare di dover dubitare” (così, testualmente, CICERO, *op. cit.*, p. 1048; e, ora, p. 58 del volume collettaneo, cit.); GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 797, ivi alla p. 812 (in quanto la disciplina legislativa costituirebbe “soltanto uno dei modelli strutturalmente riconducibili al *rent to buy*”); POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 43 (che parla di “una tipizzazione più di cornice strutturale che di contenuto[...]”); ID., *Quando al “rent” non segue il “buy”: scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *I contratti*, 2015, p. 1049 ss., ivi alla p. 1050 (ove si

specifica disciplina tale figura è da considerarsi entrata a pieno titolo nel novero dei “contratti che[...] appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare” e, in quanto tale, è assoggettata alla disciplina generale del contratto di cui al Titolo II del Libro delle obbligazioni (art. 1323 c.c.).

È vero che già prima dell’art. 23 le parti, nell’esercizio dei loro poteri di autonomia, potevano raggiungere il medesimo risultato, che ora si ottiene attraverso la stipula di un contratto del tipo del “*rent to buy*”, mediante il ricorso e alla combinazione tra loro di elementi propri di tipi contrattuali diversi, come, ad esempio, la vendita, la locazione, il contratto preliminare o la vendita con riserva della proprietà o la locazione con patto di futura vendita⁴, ma è altrettanto vero che con l’art. 23 il legislatore del 2014 non ha inteso recepire una diffusa prassi contrattuale che per l’assenza di una specifica previsione legislativa poteva essere considerata al più “socialmente tipica”⁵, sicché l’attuale nuova normativa non può essere ritenuta semplicemente ricognitiva di una prassi preesistente, ma ha perseguito

afferma che, se si trattasse di un autonomo schema contrattuale, “restano da puntualizzare[...] i tratti strutturali caratterizzanti dell’operazione negoziale”).

⁴ È questa l’opinione prevalente in riferimento alla prassi antecedente l’introduzione dell’art. 23: v., ad es., FUSARO, *Rent to buy*, *op. cit.*, pp. 423-424; MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 d.l. 12 settembre 2014 n. 133)*, in *Riv. not.*, 2014, p. 1067; MAZZAMUTO, *op. loc. ult. cit.*; POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 36-39; SARTORI, *Profili fiscali del c.d. Rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, p. 504; ma soprattutto e diffusamente già TASSINARI, *op. cit.*, p. 823 ss. Di fronte ai numerosi schemi contrattuali ai quali prima dell’art. 23 si faceva ricorso per raggiungere i medesimi risultati negoziali, una parte della dottrina si è chiesta l’effettiva utilità del nuovo contratto perché ritenuto un doppione delle figure precedentemente utilizzate: in questo senso particolarmente CICERO, *op. ult. cit.*, pp. 1042 e 1046.

⁵ Era questa la qualificazione degli schemi contrattuali utilizzati prima dell’art. 23, come si evince dal titolo particolarmente significativo di TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Immobili & proprietà*, 2014, p. 384 ss., *ivi* alla p. 388. Una valutazione analoga, sempre in riferimento alla combinazione di elementi di tipi contrattuali diversi, è fatta dalla dottrina successiva: v., ad es., VAIRA, *op. cit.*, p. 228; ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 12 ss., *ivi* alla p. 16, il quale usa però la formula nominalmente diversa di “atipicità standardizzata”.

lo scopo ben più ambizioso di introdurre nel sistema un nuovo e autonomo schema contrattuale⁶ che ora è posto a disposizione dei privati. In altri termini, dalla formulazione complessiva dell'art. 23 emerge con chiarezza che il nuovo schema contrattuale non può essere riportato a nessuno dei modelli precedenti in quanto il contratto di “*rent to buy*”, come è stato opportunamente sottolineato, “appare segnato da tratti di sicura peculiarità”⁷. In definitiva, attraverso l'art. 23 il legislatore del 2014 ha attribuito a questa nuova figura non solo una sua tipicità legale ma anche e soprattutto l'unitarietà dell'operazione economica⁸ escludendo che il contratto di “*rent to buy*” possa

⁶ Questa intenzione del legislatore del 2014 era emersa con chiarezza già nel corso dei lavori preparatori ove, in riferimento alla relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione del decreto legge n. 133 del 2014, era detto espressamente che l'art. 23 “disciplina le caratteristiche principali di una nuova tipologia contrattuale” (v. p. 433 del Dossier del Servizio Studi del Senato n. 177 - ottobre 2014). Questa impostazione è stata fatta propria dai primi commentatori dell'art. 23: tra i tanti, v. MALTONI, *op. cit.*, p. 1069; CUFFARO, *op. cit.*, p. 5; FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, p. 497; MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 958-959; RUGGIERO, *op. cit.*, p. 971. Ulteriori indicazioni, anche per quanto riguarda i dubbi di una parte della dottrina sull'effettiva unitarietà di questo nuovo contratto, alle note 7-9.

⁷ Sono parole di CUFFARO, *op. loc. ult. cit.* Analogamente MAZZAMUTO, *op. loc. ult. cit.*

⁸ In questo senso lo stesso studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato approvato nella seduta del 6/8 maggio 2015 a firma di S. Sideri, p. 4 (“l'unitarietà e la tipicità del fenomeno[...] sembrano desumibili dai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 23 ove si considera il contratto in esame come negozio tipico unitariamente considerato e come tale con una sua causa legislativamente determinata”). In dottrina la tesi dell'unitarietà è accolta da: M. BIANCA, *op. cit.*, p. 861; CAREDDA, *Rent to buy: note minime sulla complessità*, nel volume collettaneo *Rent to buy*, cit., p. 119 ss., *ivi* alla p. 120; D'AMICO, *op. cit.*, p. 1036 (e, ora, p. 74 del volume collettaneo, cit.); PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 491 ss., *ivi* alla p. 493 (ripubblicato con modifiche, anche nel titolo del saggio, in *Libero osservatorio del diritto*, 2015, p. 14 ss.). Una chiave di lettura solo apparentemente diversa è quella degli autori che considerano il *rent to buy* una nuova tipologia negoziale “a maglie larghe” ovvero alla stregua di una fattispecie a struttura “aperta” o complessa per indicare che questo nuovo contratto consentirebbe all'autonomia privata “di meglio modulare il contenuto del contratto in funzione delle specifiche esigenze e nell'ottica del miglior soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti” (sono parole della relazione illu-

ricadere nell'ambito di altre fattispecie negoziali prima utilizzate nella prassi⁹.

2. *La nuova figura contrattuale introdotta dal legislatore del 2014. Il sistema dell'art. 23 come integrato in sede di legge di conversione.*

Passando all'esame dei primi sei commi dell'art. 23 i quali, unitamente al comma 1-*bis* aggiunto in sede di legge di conversione, costituiscono la disciplina di questa nuova figura contrattuale, la prima impressione che si ricava dalla lettura dell'articolato è quella che "l'operazione economica cui la disposizione di legge ha riguardo risponde [...] ad uno schema semplice"¹⁰, anche se la tecnica adottata,

strativa all'art. 23 ricordate in sede di commento al comma 1 nel Dossier del Servizio Studi del Senato n. 177 - ottobre 2014, p. 433). In dottrina v. su questo specifico aspetto soprattutto CUFFARO, *op. ult. cit.*, p. 7; PALERMO, *op. ult. cit.*; POLETTI, *op. cit.*, p. 44; VAIRA, *op. cit.*, p. 225; BARALIS, *op. cit.*, pp. 10-11. La tesi dell'unitarietà dell'operazione negoziale che si realizza attraverso il contratto di *rent to buy* è stata ribadita proprio di recente da LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 329 ss., *ivi* alle pp. 941-942, il quale esclude che nella struttura del contratto di *rent to buy* si possa ravvisare un contratto preliminare unilaterale di vendita, precisando che la struttura unitaria di questa operazione "appare compatibile [...] unicamente con l'idea di un contratto da cui sorge un obbligo di «dare» che impegna il concedente a stipulare alla scadenza non una autonoma vendita [...] ma un negozio di puro trasferimento, il cui presupposto causale si rinviene nel primo contratto della sequenza" (p. 942).

⁹ In questo senso, con riferimento specifico al contratto di locazione, il primo provvedimento che ha ritenuto utilizzabile il contratto di *rent to buy* in materia fallimentare (si trattava di un'ordinanza del Trib. Verona, 12 dicembre 2014, Est. Platania, in *Rep. Foro It.*, 2015, voce "Contratto in genere", n. 299; e in *Il Caso.it*, 12192, pubbl. 4.3.2015, con nota di ASCHIERI e FIORI, *Rent to buy e fallimento. Note a margine di un provvedimento del Tribunale di Verona*). In dottrina v. tra gli altri: DELFINI, *op. cit.*, p. 818; FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 497; IEVA, *op. cit.*, p. 679 (il quale, tuttavia, alle pp. 682-683 mette in guardia sulla "tipicità e [...] eccezionalità del tipo legale" di cui all'art. 23 le quali potrebbero "nascondere insidie operative [...] ove si fosse tentati di introdurre una variazione anche minima allo schema tipico" [e, ora, pp. 89-90 e 93-94 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.]); MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 959; BARALIS, *op. ult. cit.*, pp. 3-4 e 11.

¹⁰ È questa l'impressione che la nuova normativa ha suscitato in uno dei primi commentatori: v. CUFFARO, *op. cit.*, p. 5 (del quale è la frase riportata nel testo).

che ha comunque non pochi precedenti nella novellazione del codice civile e nella legislazione speciale¹¹, lascia alquanto a desiderare da un punto di vista sistematico¹².

In particolare, il primo comma contiene la nozione del nuovo contratto e la descrizione dell'operazione economica in cui si sostanzia nel nostro ordinamento la figura del c.d. "rent to buy"¹³. La normativa del primo comma è integrata dal successivo comma 1-bis introdotto, alquanto "frettolosamente" secondo una parte degli interpreti¹⁴, in sede di legge di conversione. Dal combinato disposto di

¹¹ Si tratta della medesima tecnica legislativa adottata per gli atti di destinazione (art. 2645 bis c.c.) e per i contratti sui diritti edificatori, ove il sistema della pubblicità legale è stato utilizzato per introdurre la "disciplina sostanziale degli atti suscettibili di trascrizione": così, testualmente, CUFFARO, *op. ult. cit.*, p. 6. Analogamente CASTELLANO, *op. cit.*, pp. 45-46; IBERATI, *op. cit.*, p. 189.

¹² La dottrina non ha mancato di sottolineare fin dai primi commenti la discutibile tecnica seguita dal legislatore del 2014. A titolo esemplificativo v. CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pp. 46 ("[...] i dubbi di trovarsi di fronte a una normativa che, per quanto volenterosa, non riesce a dare un inquadramento giuridico al fenomeno [...]") e 53 ("[...] non può non prendersi atto di una normazione disarticolata e costruita in larga parte mediante rinvii"); CUFFARO, *op. loc. ult. cit.* ("[...] una sovrapposizione di rinvii [...] con una ridondanza che nuoce all'esatta intelligenza della vicenda che si è inteso disciplinare"); IBERATI, *op. loc. ult. cit.* ("[...] una tecnica che desta taluni dubbi interpretativi per i molti rinvii operati [...]"); MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 954 ("L'art. 23 sdogana [...] un istituto ibrido con vistose confusioni terminologiche [...]"); POLETTI, *op. cit.*, p. 40 ("[...] quadro normativo la cui esegesi si rivela tutt'altro che agevole. La [...] scarsa linearità dell'articolo in esame [...] La singolare mescolanza di profili normativi impiegati [...]"); ID., *Quando al "rent" non segue il "buy"*, cit., pp. 1049 ("[...] un dettato di non agevole interpretazione [...]") e 1050 ("[...] una tecnica normativa poco perspicua [...]") e, ora, pp. 96-97 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.; TESTA, "Sblocca Italia": gli effetti sulla disciplina del rent to buy, cit., p. 34; BARALIS, *Rent to buy*, cit., p. 4 ("[...] una legge che è un centone di disposizioni, regole, principi [...]").

¹³ Opinione diffusa. In questo senso IBERATI, *op. ult. cit.*, p. 189. Analogamente, tra gli altri, CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ come ritiene CUFFARO, *op. ult. cit.*, p. 8. Questa valutazione negativa non è condivisa da altra parte della dottrina: v. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1032 (e, ora, p. 66 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.) il quale, anzi, ne sottolinea l'opportunità. La portata del comma 1-bis è sminuita da TESTA, *op. ult. cit.*, p. 35, per il quale il disposto della norma ha "più il carattere di una «raccomandazione», che [...] di

questi due commi dell'art. 23 risulta che per il legislatore del 2014 il nuovo contratto di godimento di un immobile in funzione della sua successiva alienazione al c.d. "conduttore" comporta che il futuro acquirente dell'immobile sia immediatamente immesso nella detenzione dello stesso con l'obbligo di corrispondere al proprietario/concedente fino alla stipula dell'atto di vendita un canone periodico, una quota del quale per accordo tra le parti dovrà essere imputata al corrispettivo dell'alienazione (comma 1). Sempre per accordo tra i contraenti, si deve stabilire quale parte della quota dei canoni imputati in conto prezzo dovrà essere restituita dal c.d. "concedente" al c.d. "conduttore" qualora quest'ultimo non si avvalga del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile nel termine pattuito (comma 1 *bis*).

Da quanto appena esposto, si evince senza ombra di dubbio che l'operazione negoziale introdotta con l'art. 23 è costituita dai seguenti quattro elementi che devono tutti coesistere affinché si possa parlare di contratto di "*rent to buy*" come voluto dal legislatore del 2014¹⁵. Più precisamente, questo nuovo contratto presuppone che: a) il proprietario/futuro venditore attribuisca al "conduttore"/futuro acquirente l'immediato godimento dell'immobile; b) l'attribuzione al contraente immesso nel godimento dell'immobile di un diritto di acquisto entro un termine prefissato di comune accordo tra le parti; c) l'imputazione di una parte del canone stabilito nel contratto in conto prezzo dell'acquisto dell'immobile; d) l'obbligo del proprietario/concedente di restituire al c.d. "conduttore" una quota prestabilita per contratto della parte di canone da imputarsi al corrispettivo, qualora il potenziale acquirente non intenda più avvalersi del diritto di acquisto dell'immobile¹⁶.

una cogenza la cui eventuale deroga, tacitamente accettata dalle parti, possa condurre ad invalidità contrattuali di sorta". Su quest'ultimo aspetto v. *infra* al n. 3, testo e nota 36.

¹⁵ È questa la ricostruzione della struttura del nuovo contratto proposta da IBERATI, *op. cit.*, p. 189. Una tricotomia di elementi strutturali è proposta invece da altra parte della dottrina parafrasando la definizione legislativa di cui al comma 1 dell'art. 23 (per questi AA. v. *infra* alla nota seguente).

¹⁶ La quadripartizione riportata ora nel testo è quella proposta da IBERATI, *op. loc. ult. cit.* La quadripartizione diventa una tripartizione per MALTONI, *op. cit.*, p. 1069; POLETTI, *op. cit.*, p. 43 (entrambi gli Autori non menzionano tra gli elementi

Prima di passare ad un esame per il momento sommario della disciplina contenuta nei successivi commi 2-6 dell'art. 23, va detto fin da subito che secondo l'opinione dei primi commentatori della norma appare discutibile la tecnica adottata dal legislatore del 2014 nel disciplinare questa nuova figura contrattuale¹⁷.

Con riserva di ritornare su questo specifico aspetto *infra* al n. 3, va anticipato, ma anche qui con riserva di approfondire i singoli punti nei successivi nn. 3, 4 e 5, che nel sistema dell'art. 23 il legislatore del 2014, dopo aver descritto al comma 1 l'operazione contrattuale, nei successivi commi 3, 4 e 6 ha ritenuto di dover indicare analiticamente le norme del codice civile e della legislazione di settore che si applicano al rapporto tra il proprietario/concedente e il conduttore/potenziale acquirente dell'immobile¹⁸. Così, in particolare, nel comma 3 si richiamano, a integrazione del rinvio alla trascrizione del contratto preliminare (art. 2645-*bis* c.c.) disposto dal precedente comma 1, il quarto comma dell'art. 2668 c.c. in tema di cancellazione della trascrizione per accordo tra le parti o su ordine del giudice, l'art. 2775-*bis* c.c., che riconosce natura di privilegio al credito del promissario acquirente per la mancata esecuzione del contratto preliminare, e l'art. 2825-*bis* c.c. che regola i rapporti tra ipoteca e trascrizione del contratto preliminare. Sempre in riferimento alla disciplina della trascrizione dei contratti preliminari, lo stesso comma 3 dispone che il termine triennale di efficacia della trascrizione dei contratti preliminari (punto 3, art. 2645-*bis* c.c.) sia commisurato all'intera durata del contratto di "rent to buy", con il limite massimo di dieci anni. Il comma 3 prosegue con uno specifico richiamo ad alcune norme in tema di diritto di usufrutto relative all'inventario e alla garanzia alla quale è tenuto l'usufruttuario, alle spese e agli altri oneri da ripartirsi tra quest'ultimo e il proprietario

strutturali del nuovo contratto l'obbligo del proprietario/concedente di restituire al conduttore una quota prestabilita della parte di canone da imputarsi a corrispettivo, nel caso in cui quest'ultimo non ritenga più di acquistare l'immobile).

¹⁷ Per questa valutazione v. per i necessari riferimenti gli AA. citati alla nota 12.

¹⁸ Si individuano in tal modo *per relationem* le norme che costituiscono la disciplina sostanziale del nuovo contratto: così, per tutti, CUFFARO, *op. cit.*, p. 7.

(artt. 1002-1007 c.c.), nonché alle usurpazioni da parte di terzi durante l'usufrutto e alle azioni relative alle servitù con riparto delle spese di lite "in proporzione del rispettivo interesse" (artt. 1012-1013 c.c.). Il comma 3 si conclude richiamando per il caso di inadempimento del proprietario/"concedente" l'art. 2932 c.c. in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

Nel comma 4 dell'art. 23 si stabilisce che, se il contratto di "rent to buy" ha per oggetto un immobile destinato a uso abitativo, si applica "fin dalla concessione del godimento" il divieto, stabilito dall'art. 8 del D.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, di concludere il contratto in mancanza della suddivisione del finanziamento in quote o in mancanza di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca o del pignoramento gravanti sull'immobile.

Proseguendo nella tecnica del rinvio, il comma 6 dell'art. 23 si richiama alla Legge Fallimentare per la disciplina delle conseguenze del fallimento del proprietario/"concedente" (primo capoverso) o del "conduttore"/potenziale acquirente (secondo capoverso). Nel primo caso il curatore non potrà opporsi alla prosecuzione del contratto¹⁹, né avvalersi dell'azione revocatoria fallimentare per far dichiarare inefficaci nei confronti della massa dei creditori i contratti preliminari di vendita e le vendite trascritti ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-*bis* c.c. (terzo comma, lett. c, art. 67 L.F.). Nel secondo caso, in conformità dell'art. 72 L.F., se non è ancora iniziata o è ancora in corso, l'esecuzione del contratto è sospesa fino a quando il curatore non venga autorizzato dal comitato dei creditori a subentrare nel contratto al posto del fallito ovvero a sciogliersi dal vincolo contrattuale. In tale ultima ipotesi il secondo capoverso del comma 6 si richiama

¹⁹ In tal modo il fallimento del proprietario/"concedente" non incide sulla sorte del contratto di *rent to buy*, "che prosegue per espressa previsione di legge". In dottrina si è detto che questa scelta del legislatore del 2014 è "di particolare rilevanza, frutto della volontà [...] a garantire una maggior tutela della parte [...] che assuma nel rapporto col concedente-venditore la posizione di contraente debole [...]". Questa scelta è stata ritenuta "coerente" con le ragioni che hanno indotto il legislatore del 2014 a introdurre questo nuovo schema contrattuale. Per tutte queste considerazioni v. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 995.

espressamente al precedente comma 5 in tema di risoluzione per inadempimento di una delle parti²⁰.

Il comma 5, ora ricordato a proposito del fallimento del “conduttore”/potenziale acquirente, disciplina gli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento del proprietario/concedente o per inadempimento del conduttore/potenziale acquirente dell’immobile. In quest’ultimo caso la disciplina del comma 5 deve essere integrata con il disposto del precedente comma 2, per il quale costituisce inadempimento da parte del conduttore/potenziale acquirente dell’immobile il mancato pagamento di un certo numero di canoni che non può essere inferiore “ad un ventesimo del loro numero complessivo”. Se si tratta di inadempimento del proprietario/concedente, il “conduttore” ha diritto alla restituzione della parte dei canoni imputata al prezzo dell’alienazione, maggiorata degli interessi legali. Per converso, se l’inadempimento è imputabile al conduttore/futuro acquirente dell’immobile, quest’ultimo ha l’obbligo di restituire in natura l’immobile al proprietario/concedente il quale ha anche il diritto di trattenere in via definitiva a titolo di indennità l’importo dei canoni percepiti²¹, salva una diversa volontà delle parti.

3. Il godimento dell’immobile in funzione strumentale del successivo acquisto da parte del “conduttore”. L’imputazione di parte del canone al corrispettivo dell’acquisto. Il senso della trascrizione del contratto di “rent to buy”.

Dopo aver esposto in modo volutamente sommario la disciplina del contratto di “rent to buy”, come prevista nell’art. 23, occorre, al fine di affrontare il problema ricostruttivo di questa nuova figura contrattuale, evidenziare analiticamente quegli aspetti maggiormente qualificanti che ne caratterizzano il tipo legale.

²⁰ Ciò comporta che, in caso di scioglimento del contratto da parte del curatore del “conduttore”/potenziale acquirente, il proprietario/“concedente” ha diritto alla restituzione dell’immobile e a trattenere tutti i canoni pagati fino alla data della dichiarazione di fallimento: così MALTONI, *op. cit.*, p. 1073; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 996.

²¹ In dottrina si è giustamente sottolineato che la disciplina della risoluzione, come delineata nel comma 5, è “diametralmente contraria a quella dell’art. 1526 c.c.”: così RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 1006.

La prima considerazione che emerge dalla formulazione del comma 1 dell'art. 23 è quella di una volontà del legislatore di costruire uno schema contrattuale unitario e tipico²², ancorché mutuato da una precedente prassi negoziale definita giustamente dagli interpreti come “socialmente tipica”²³, distinguendo il nuovo contratto tipico da altri schemi negoziali che secondo una parte della dottrina sarebbero rinvenibili nella fattispecie disciplinata dal legislatore del 2014²⁴. I primi commentatori dell'art. 23 hanno ritenuto che il nuovo schema contrattuale fosse in grado di soddisfare una duplice esigenza profondamente sentita nel mercato immobiliare²⁵: da un lato, consentire a chi intendesse rinviare a un momento successivo l'acquisto di un immobile, del quale tuttavia aveva necessità di immediata fruizione, di essere immesso, già al momento della stipula del

²² In questo senso è orientata buona parte della dottrina, per i cui necessari riferimenti v. gli AA. ricordati *supra* alla nota 8. Tra le voci contrarie v. alcuni degli AA. citati *supra* alla nota 2 (particolarmente Cicero ed Guardigli).

²³ Come ritengono gli AA. citati *supra* alla nota 5.

²⁴ È questa l'opinione di alcuni Autori tra i quali si ricordano GUARDIGLI, *op. cit.*, p. 812; IEVA, *op. cit.*, p. 682 (e, ora, p. 93 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); ZANELLI, *op. cit.*, p. 21. Di qui, la sensazione che il nuovo contratto sia “quasi un doppione di istituti noti alla nostra tradizione” (così CICERO, *op. cit.*, p. 1046 [e, ora, p. 55 del volume collettaneo, cit.]) e che l'art. 23 disciplini “soltanto uno dei modelli strutturalmente riconducibili al *rent to buy*, non indicandosi con tale *nomen* una singola fattispecie, bensì [...] un numero (astrattamente) indeterminato di esse [...]” (GUARDIGLI, cit. I corsivi sono dell'A.) con la conseguenza che la mancanza di “confini certi” del nuovo istituto “potrebbe [...] anche aprire il varco al suo impiego oltre la *ratio legis* [...]”, con possibili utilizzi in frode alla legge (P. ZANELLI, cit. Il corsivo è dell'A.).

²⁵ Che invece gli schemi delle possibili operazioni contrattuali prima dell'art. 23 non erano in grado di soddisfare (come ritiene MALTONI, *op. cit.*, pp. 1067-1068). Questa duplice esigenza, di cui si dirà subito dopo nel testo, era stata evidenziata già nello Studio n. 490 – 2013/T, *Questioni in tema di profili fiscali del c.d. rent to buy: spunti di riflessione*, a cura di A. Lomonaco, approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nella seduta del 25/26 luglio 2013, p. 1. In dottrina, sensibili a questa duplice esigenza sono: D'AMICO, *op. cit.*, pp. 1030-1034 e, ora, pp. 62-70 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit. (ove, in entrambi, sono posti in risalto con ricchezza di argomentazioni i vantaggi del nuovo schema contrattuale); GUARDIGLI, *op. ult. cit.*, pp. 797-798; POLETTI, *op. cit.*, pp. 39-40. Qualche riserva sull'idoneità del nuovo contratto a soddisfare gli interessi delle parti, che sembrerebbe enfatizzata e forse ottimistica, è manifestata da IEVA, *op. ult. cit.*, pp. 677-678.

contratto, nel godimento dell'immobile imputando per di più al prezzo di acquisto pattuito una parte delle somme versate per l'immediata utilizzazione dell'immobile; dall'altro, consentire al proprietario dell'immobile di metterlo immediatamente a reddito in attesa del successivo eventuale trasferimento dello stesso attraverso la concessione del godimento del bene al potenziale acquirente, che viene in tal modo già individuato²⁶. In definitiva, attraverso il meccanismo del comma 1 il legislatore del 2014 ha introdotto nel sistema una nuova figura di contratto che è da considerarsi tipico ai sensi dell'art. 1322 c.c.²⁷ in quanto ha dettato l'intera disciplina del rapporto contrattuale, precisando anche i diritti e gli obblighi delle parti. In secondo luogo, il nuovo contratto è stato costruito come un rapporto contrattuale unitario dal momento che il godimento dell'immobile e la previsione della possibilità del suo acquisto attraverso un successivo atto entro un termine stabilito, con imputazione a corrispettivo di parte dei canoni pagati, non costituiscono due schemi contrattuali autonomi, quali potrebbero essere un contratto di locazione al quale è collegato un contratto preliminare di vendita²⁸. Il

²⁶ Su questa duplice esigenza delle parti concordano lo Studio n. 490 – 2013/T del Consiglio Nazionale del Notariato e alcuni degli AA. citati alla nota prec. (G. D'Amico ed E. Guardigli). A tali Autori *adde* CICERO, *op. cit.*, p. 1043 (e, ora, p. 47 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); M. BIANCA, *op. cit.*, p. 842. La medesima duplice esigenza è sottolineata nel commento, apparso su *Il Sole 24 Ore*, all'ordinanza del Tribunale di Bari del 3 maggio 2016 che ha ritenuto applicabile il contratto di *rent to buy* per la vendita in sede fallimentare di uno stabilimento industriale.

²⁷ In questo senso buona parte della dottrina alla quale si è fatto riferimento *supra* alla nota 3 (specialmente Iberati, Mazzamuto e Ruggiero). Alla stessa nota si fa riferimento anche per quanto riguarda quegli altri autori che invece hanno sollevato dubbi sulla tipicità del nuovo contratto (Cicero, Guardigli e Poletti). A questi ultimi AA. *adde* BENNI DE SENA, *op. cit.*, p. 613.

²⁸ Come sembrerebbero invece ritenere quegli autori che, sia pure senza un riferimento specifico alla dicotomia contratto di locazione/contratto preliminare di vendita, parlano di operazione "bifasica" anche se poi alcuni di essi ritengono che si debba concludere che trattasi di due distinti contratti: v., in vario senso, CICERO, *op. cit.*, pp. 1043 e 1048 (e, ora, pp. 47 e 57-58 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); POLETTI, *op. cit.*, pp. 35 e 42-43; SARTORI, *op. cit.*, p. 505; BENNI DE SENA, *op. ult. cit.*, p. 609 ("l'operazione[...] si svolge in due fasi[...]"). La tesi dell'unitarietà del rapporto contrattuale è quella che al momento riscuote il favore della maggior parte della dottrina: per i necessari riferimenti v. *supra* alla nota 8,

legislatore del 2014 ha voluto escludere che si tratti di un contratto misto o di un'operazione risultante da due contratti tipici collegati, come si evince dalla stessa terminologia legislativa ove non si parla da nessuna parte di locazione né di contratto preliminare o di vendita, ma esclusivamente di godimento di un immobile e di acquisto dello stesso²⁹. L'unitarietà del contratto emerge per di più dalla stessa sostanza delle cose: vi è infatti un collegamento funzionale tra il godimento dell'immobile e il suo successivo acquisto³⁰, nonché tra il pagamento periodico dei canoni e il prezzo di acquisto della proprietà del bene, tanto è vero che il conduttore/potenziale acquirente dell'immobile ha diritto di imputare all'ammontare complessivo dei canoni una quota prefissata tra le parti, che è da considerarsi a titolo di conto prezzo. In altri termini, l'immediato godimento dell'immobile non è fine a sé stesso, ma ha un carattere strumentale³¹ in quanto,

tra i quali si ricorda qui nuovamente D'AMICO, *op. cit.*, p. 1039 (e, ora, pp. 80-81 del volume collettaneo, cit.), il quale sottolinea "l'ambiguità – e, anzi, la potenziale decettività – della opinione corrente, che (anche quando lo considera «unitariamente») configura il *rent to buy* come un contratto “*bifasico*”, precisando che “una simile impostazione non ci sembra condivisibile. Essa rischia di occultare la peculiarità[...] del regolamento di interessi che è sotteso ad una operazione di *rent to buy*, che in ogni momento della sua attuazione registra l'indissolubile intreccio tra l'interesse [...] di una parte ad ottenere e dell'altra a concedere il godimento attuale di un bene immobile, e l'interesse al trasferimento *entro un certo termine* della proprietà di quel bene” (i corsivi sono dell'A.).

²⁹ Assai chiaro in proposito è PALERMO, *op. cit.*, p. 494. Ma diversamente CASTELLANO, *op. cit.*, p. 46, che desume dall'uso del “plurale” (nella rubrica dell'art. 23 si parla di “disciplina dei contratti di godimento[...]”, nonché nel comma 1 di “contratti [...] che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile [...]”) che la nuova operazione contrattuale nascerebbe “dalla combinazione di due differenti tipi contrattuali”.

³⁰ In questo senso con grande chiarezza CIATTI CÀIMI, *Il rent to buy e l'opponibilità ai terzi del diritto di godimento*, in *Cont.*, 2015, p. 1059 ss., *ivi* alla p. 1060 (e, ora, p. 34 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); D'AMICO, *op. cit.*, pp. 1038-1039 (e, ora, p. 80 del volume collettaneo cit.); PALERMO, *op. loc. ult. cit.*; BENNI DE SENA, *op. cit.*, p. 613.

³¹ Su questo aspetto della strumentalità tra l'immediato godimento dell'immobile e il suo successivo acquisto insistono soprattutto PALERMO, *op. loc. ult. cit.*; POLETTI, *op. cit.*, p. 41; ID., *Quando al “rent” non segue il “buy”*, cit., p. 1050 (e, ora, pp. 96-97 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.).

come è stato rilevato da un'attenta dottrina, tra il godimento dell'immobile e il suo successivo acquisto vi è un collegamento funzionale che comporta il passaggio da una situazione obbligatoria, quella del godimento dell'immobile, a una situazione reale, quella del diritto di proprietà, che è consequenziale all'acquisto del bene³². In altri termini, l'acquisto del diritto di proprietà da parte del conduttore/potenziale acquirente costituisce "la fase conclusiva" di un procedimento negoziale la cui fase iniziale è rappresentata dall'immissione nel godimento dell'immobile³³. Questa strumentalità del godimento della cosa rispetto all'acquisto della proprietà trova una chiara conferma nello stesso comma 1, quando dice che una parte del canone pattuito deve essere imputata in conto prezzo dell'acquisto dell'immobile, e nel successivo comma 1-*bis* che dispone la determinazione nella parte di canone in conto prezzo della quota che deve essere restituita dal proprietario/concedente al conduttore in caso di mancato esercizio del diritto potestativo di acquistare l'immobile³⁴.

Queste due statuizioni non avrebbero alcun senso logico se la legge non avesse voluto che vi fosse uno stretto collegamento funzionale tra il godimento dell'immobile e il suo successivo acquisto. È solo l'esistenza di un collegamento siffatto tra questi due segmenti della complessiva operazione economica che vale a spiegare perché nel canone pattuito debbano essere individuate preventivamente due parti, la prima quale corrispettivo del godimento dell'immobile e

³² Così specialmente CUFFARO, *op. cit.*, p. 6. Analogamente CICERO, *op. cit.*, p. 1048 (e, ora, p. 58 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 973-974 (questi due ultimi AA. attribuiscono però al contratto di *rent to buy* una struttura negoziale bifasica). Su questo collegamento funzionale tra godimento dell'immobile e il suo successivo acquisto, nonché sulla strumentalità del primo rispetto al secondo, v. anche *supra* alle note 30-31.

³³ Su questo specifico aspetto, che implicitamente è insito nella tesi del collegamento funzionale tra godimento dell'immobile e il successivo acquisto dello stesso (v. *supra* alla nota 30), insistono soprattutto CICERO, *op. loc. ult. cit.*; IBERATI, *op. cit.*, p. 190; POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare*, cit., p. 41.

³⁴ Su questa articolazione del canone, che costituisce un aspetto qualificante della disciplina del nuovo contratto, v. particolarmente CICERO, *op. ult. cit.*, p. 1044 (e, ora, p. 48 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); D'AMICO, *op. cit.*, p. 1039 (e, ora, p. 81 del volume collettaneo, cit.); IEVA, *op. cit.*, p. 680 (e, ora, p. 91 del volume collettaneo, cit.); POLETTI, *op. loc. ult. cit.*

l'altra da imputare al prezzo di acquisto³⁵. Sempre nella stessa ottica si spiega perché la quota in conto prezzo debba essere restituita al "conduttore"/potenziale acquirente in caso di risoluzione del contratto per inadempimento imputabile del proprietario/concedente, maggiorata degli interessi legali (prima frase, comma 5), mentre il proprietario/concedente avrà il diritto di trattenere l'intero importo dei canoni ricevuti, compresa la parte in conto prezzo, se il contratto si risolva per inadempimento imputabile al "conduttore"/potenziale acquirente dell'immobile (seconda frase, comma 5). Del pari, risponde alla medesima logica il disposto del comma 1-*bis* che impone ai contraenti di determinare preventivamente la quota della parte di canone in conto prezzo che deve essere restituita dal proprietario/concedente al "conduttore" nel caso in cui quest'ultimo non voglia o non possa avvalersi del diritto potestativo di acquistare la proprietà dell'immobile³⁶.

Il comma 1 prosegue dicendo che il nuovo contratto può essere trascritto ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-*bis* c.c. (trascrizione

³⁵ Per questa *ratio* dell'articolazione del canone v. E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 805; POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 41-42. Ulteriori indicazioni alla precedente nota 34.

³⁶ Così GUARDIGLI, *op. loc. ult. cit.* L'articolazione del canone in due parti è considerata dalla dottrina prevalente un elemento essenziale per potersi parlare di *rent to buy* (tra gli altri v. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 957; POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy"*, cit., p. 1057 [e, ora, p. 111 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.]); in difetto, si tratterà di altro schema contrattuale che non ricade sotto la previsione dell'art. 23. Di qui, il dubbio che le parti possano stabilire di imputare l'intero canone a corrispettivo dell'acquisto. In quest'ultimo senso v. MALTONI, *op. cit.*, pp. 1069-1070; V. RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 1001-1002; BARALIS, *op. cit.*, pp. 12-13. Una soluzione analoga è stata prospettata per l'ipotesi in cui la parte di canone imputata al godimento sia meramente simbolica poiché in tal caso il "conduttore"/potenziale acquirente si vedrebbe costretto all'acquisto dell'immobile vanificando la possibilità di una sua scelta diversa (POLETTI, cit.). Lo stesso problema si porrebbe se le parti dovessero pattuire, in caso di mancato acquisto dell'immobile, un obbligo del proprietario/concedente "di restituire quasi tutta la parte del canone destinato a titolo di acquisto" (ancora POLETTI, cit.). Ci si è chiesti in dottrina anche se in tutte queste ipotesi, per così dire patologiche, sia ammissibile un controllo giudiziale del contenuto del contratto. Una conclusione diversa sembra essere quella di MAZZAMUTO, *op. cit.*, il quale ritiene possibile per l'autonomia delle parti "prevedere che, nell'ipotesi di esercizio del diritto di acquisto, l'intero canone versato venga computato quale acconto del prezzo".

di contratti preliminari) e che la trascrizione produce i medesimi effetti previsti al n. 8, comma 1, dell'art. 2643 c.c. Questa tecnica non è nuova. Infatti, come è possibile riscontrare in ordine agli atti di destinazione di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri (art. 2645-*ter* c.c.)³⁷, la formulazione del primo comma dell'art. 23 dà l'impressione che anche il legislatore del 2014 abbia avuto a cuore non tanto l'introduzione di una nuova figura contrattuale nel sistema quanto piuttosto la trascrivibilità di questo nuovo contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-*bis* c.c.³⁸ disponendo per di più che la trascrizione del contratto produca “anche i medesimi effetti di cui all'articolo 2643, comma primo, numero otto del codice civile” quasi che la trascrivibilità dei “contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni” comporterebbe effetti diversi da quello generale dell'opponibilità dell'atto ai terzi (art. 2644 c.c.)³⁹. Ciò ha indotto una parte della dottrina ad affermare

³⁷ Si completa qui quanto si è già anticipato al n. 2, testo e nota 11. Agli AA. *ivi* citati adde CUFFARO, *La locazione di scopo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 501, *ivi* alla p. 502; PALERMO, *op. cit.*, p. 491.

³⁸ È questa l'impressione dei primi commentatori dell'art. 23: v., tra gli altri, CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, cit., p. 6; D'AMICO, *op. cit.*, p. 1036 (e, ora, pp. 75-76 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); GUARDIGLI, *op. cit.*, p. 803; IBERATI, *op. cit.*, p. 189.

³⁹ Ritiene discutibile, per le ragioni esposte subito dopo nel testo, questo richiamo a tutte e due le norme CUFFARO, *op. loc. ult. cit.* Altra parte della dottrina sottolinea che il duplice rinvio all'art. 2645-*ter* c.c. e al n. 8 del comma primo dell'art. 2643 c.c. aveva lo scopo di rafforzare la tutela del “conduttore”/potenziale acquirente dell'immobile in quanto “il semplice richiamo alla trascrizione disciplinata all'art. 2645 *bis*[...] non risultava sufficiente a realizzare pienamente l'intento racchiuso nel tipo”. Infatti, senza il riferimento alla trascrizione di cui all'art. 2643, comma 1, n. 8, c.c. il “conduttore”/potenziale acquirente dell'immobile non sarebbe stato in grado “di opporre il proprio diritto di godimento sull'immobile al terzo al quale quel bene fosse alienato” (così CIATTI CÀIMI, *op. cit.*, p. 1059 [e, ora, p. 33 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.], al quale appartengono le frasi virgolettate). Su questa duplice funzione della trascrizione del nuovo contratto v. anche GUARDIGLI, *op. loc. ult. cit.*; MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 955; PALERMO, *op. cit.*, pp. 491-492; POLETTI, *L'accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., pp. 54-55; RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 991 e 993. Sul punto v. anche ZANELLI, *op. cit.*, p. 18, il quale ironizza “di fronte al nuovo inedito effetto bidirezionale di questa trascrizione” (“per cui giustamente si esulta [...]). Su questa tutela rafforzata del

che il riferimento agli artt. 2645-*bis* e 2643, comma 1, n. 8, c.c., che sono entrambi disposizioni relative alla pubblicità dichiarativa, abbia reso particolarmente “tortuoso” il percorso interpretativo della norma “determinando sul piano ermeneutico maggiori incertezze di quelle che la precisazione aveva forse inteso risolvere”⁴⁰. In definitiva, il legislatore del 2014 con il riferimento a ben due norme diverse in tema di trascrizione “ha seguito una strada non lineare, ponendo perentoriamente l’accento su un elemento accessorio alla fattispecie contrattuale”⁴¹, con la conseguenza che la descrizione dell’operazione economica finisce per essere “strumentale ad affermarne la trascrizione”⁴², nel senso che lo schema negoziale descritto nella prima frase del primo comma dell’art. 23 sembra un’enunciazione “quasi per inciso” inserita in funzione della possibilità di trascrivere il contratto⁴³. In pratica, come è stato opportunamente sottolineato, anche per i contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili si è fatto ricorso alla disciplina della pubblicità legale “per dare invece ingresso alla disciplina sostanziale degli atti suscettibili di trascrizione”⁴⁴.

“conduttore”/potenziale acquirente dell’immobile v. da ultimo LUMINOSO, *op. cit.*, p. 941.

⁴⁰ Questa valutazione è di CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*, del quale si sono riportate testualmente le parole. Il giudizio è pienamente condiviso da CIATTI CÀIMI, *op. ult. cit.*, p. 1060, nota 4 (e, ora, p. 35, nota 4, del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.).

⁴¹ Sono sempre parole e valutazione di CUFFARO, *op. loc. ult. cit.* Analogamente MAZZAMUTO, *op. cit.*, pp. 955-956.

⁴² Così IBERATI, *op. ult. cit.*, p. 189.

⁴³ L’espressione è di CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l’acquisto di immobili*, cit. Il giudizio è condiviso da larga parte della dottrina: v., ad es., CASTELLANO, *Il rent to buy*, cit., p. 46; GUARDIGLI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ Testualmente CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*; ID., *La locazione di scopo*, cit., p. 502. Questo giudizio è condiviso dagli altri AA. citati alle note 41-43.

Secondo una parte della dottrina altre criticità emergerebbero dalla formulazione del comma 1 dell'art. 23 accentuando “la difficoltà di governare la figura contrattuale così introdotta nel sistema”⁴⁵.

La prima difficoltà, che si riscontra anche nei successivi commi dell'art. 23, attiene allo stesso piano lessicale dell'uso atecnico dei termini adoperati dal legislatore del 2014 per indicare le parti del nuovo contratto⁴⁶. Poiché si deve dare a Cesare quel che è di Cesare, è probabile che l'uso del termine “concedente” per indicare il proprietario dell'immobile e di quello “conduttore” per individuare l'immediato fruitore del godimento del bene, il quale è nello stesso tempo il suo potenziale acquirente, è stato intenzionalmente voluto dal legislatore del 2014 con lo scopo preciso di escludere che il nuovo contratto possa essere inquadrato all'interno o riportato ad altri schemi tipici. In particolare, la nuova operazione contrattuale non può essere riportata allo schema del contratto di locazione nonostante l'uso del termine “conduttore” in quanto l'altra parte del rapporto non è mai qualificata come “locatore” bensì è indicata con il termine estremamente generico di “concedente”, che sembra alludere ad una titolarità del diritto oggetto del potenziale futuro trasferimento⁴⁷. Per converso, la norma tace sui possibili soggetti che pos-

⁴⁵ A questa conclusione giunge CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, cit., p. 7. Il giudizio è condiviso da POLETTI, *L'accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., p. 40.

⁴⁶ Su questa non tecnicità della terminologia legislativa concordano i primi commentatori dell'art. 23, tra i quali v. CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*; POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 40-41. Analogamente CICERO, *op. cit.*, pp. 1046-1047 (e, ora, pp. 54-55 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.), sottolineando conseguentemente “le difficoltà di distinzione tra *rent to buy* e contratti di godimento i quali per il tramite dell'autonomia privata possono condurre all'acquisto della proprietà” (il corsivo è dell'A.).

⁴⁷ L'ambiguità della terminologia legislativa è accentuata dal fatto che il riferimento al “concedente” è tipico della locazione finanziaria la quale invece nel caso di specie è addirittura esclusa per volontà della stessa legge (comma 1: “i contratti, diversi dalla locazione finanziaria, [...]”). Per questa considerazione v. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 1046 (e, ora, pp. 54-55 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); GUARDIGLI, *op. cit.*, pp. 802-803; POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 40. Ma la termi-

sano avvalersi del nuovo schema contrattuale. Ma anche qui il silenzio della legge può essere intenzionale. In mancanza di un'indicazione specifica, come avviene invece per i contratti del consumatore, è da ritenere che le parti del rapporto contrattuale non debbano essere necessariamente soggetti che esercitino a titolo individuale o in forma collettiva un'attività di impresa anche se questa è l'ipotesi più probabile sul piano pratico sia per il riferimento specifico nel comma 6 al fallimento tanto del "concedente" quanto del "conduttore", sia per la collocazione dell'art. 23 nell'ambito di un provvedimento finalizzato al "rilancio dell'edilizia". Pertanto, se appare ragionevole che a questa nuova operazione contrattuale facciano ricorso soprattutto gli imprenditori, nulla esclude che il medesimo schema possa essere utilizzato nei rapporti tra privati⁴⁸.

Nulla dice l'art. 23 in merito alla forma e all'oggetto del nuovo contratto. Quanto alla forma dell'atto, in mancanza di una specifica previsione, si dovrebbe ritenere sulla base dei principî generali che sia sufficiente il rispetto della forma scritta ai sensi dell'art. 1350 c.c.⁴⁹. Tuttavia, di fronte al rinvio nei commi 1 e 3 della norma all'art. 2645-*bis* c.c., che si riferisce al regime di pubblicità previsto per i contratti preliminari aventi ad oggetto beni immobili, con la conseguenza che il nuovo contratto è soggetto al medesimo regime di pubblicità, la forma dell'atto è determinabile *per relationem*.

nologia legislativa pone un ulteriore problema quando qualifica come "conduttore" il potenziale acquirente dell'immobile. Il termine "conduttore" fa pensare al contratto di locazione e alla natura giuridica del diritto di godimento di quest'ultimo: sul secondo di questi due aspetti v. *infra* al n. 4, testo e nota 66.

⁴⁸ Soluzione prospettata dal Consiglio Nazionale del Notariato già prima dell'art. 23 nello Studio n. 490-2013/T a firma di A. Lomonaco, approvato nella seduta del 25/26 luglio 2013, cit. alla nota 25, p. 3, e ribadita nel successivo Studio n. 102-2015/C a firma di S. Sideri, approvato nella seduta del 6/8 maggio 2015, cit. alla nota 8, p. 9. È questa l'opinione di buona parte della dottrina: per tutti v. CASTELLANO, *op. cit.*, p. 49; FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 497; POLETTI, *op. loc. ult. cit.*; VAIRA, *op. cit.*, p. 231. Più dubitativo IEVA, *op. cit.*, p. 678 (e, ora, p. 88 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.) il quale ritiene "più improbabile[...] che un privato che voglia vendere un bene acconsenta a cederlo in godimento[...] e accetti anche il rischio che[...] la vendita non sia effettuata".

⁴⁹ In questo senso CASTELLANO, *op. ult. cit.*, p. 50.

In altri termini, poiché è soggetto al regime della pubblicità immobiliare, il contratto di “*rent to buy*” deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata⁵⁰. Solo in tal modo il nuovo contratto potrà essere trascritto e sarà opponibile ai terzi per tutta la sua durata, che il comma 3, in deroga a quanto disposto dal comma 3 dell’art. 2645-*bis* c.c., ha elevato da tre anni a un massimo di dieci anni. In secondo luogo, qui, in deroga al disposto del n. 8, comma 1, dell’art. 2643 c.c., la trascrizione dell’atto rende opponibile ai terzi anche il diritto di godimento dell’immobile di durata infravennale⁵¹.

Per quanto riguarda il bene oggetto di questo nuovo contratto, poiché nell’art. 23 si parla genericamente di “immobili”, è da ritenersi ragionevolmente che possa trattarsi tanto di un immobile già ultimato quanto di un immobile in corso di costruzione⁵²: infatti, anche quest’ultimo è suscettibile di godimento da parte del “conduttore”, sia pure in misura diversa rispetto all’immobile ultimato, tanto più che l’art. 23 non indica opportunamente “l’intensità del godimento del bene oggetto del rapporto”⁵³. In secondo luogo, poiché

⁵⁰ Così, argomentando proprio dal richiamo all’art. 2645-*bis* c.c., MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 956; POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 55-56; VAIRA, *op. cit.*, p. 678.

⁵¹ Di qui, anche su questo punto l’eccezionalità dell’art. 23 secondo IEVA, *op. cit.*, p. 676 (e, ora, pp. 86-87 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.).

⁵² È la tesi sostenuta nello Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato a firma di S. Sideri, approvato nella seduta del 6/8 maggio 2015, cit. alla nota 8, p. 9. La dottrina non è univoca. In senso favorevole v. BENNI DE SENA, *op. cit.*, p. 610; IBERATI, *op. cit.*, p. 190. Fortemente dubbioso è invece IEVA, *op. ult. cit.*, p. 680 (e, ora, p. 90 del volume collettaneo ora cit.) in considerazione del fatto che nel caso di specie, “non potendosi avere godimento immediato, manca uno dei principali presupposti applicativi della disciplina speciale”. Su quest’ultimo punto v. subito dopo, testo e nota 53.

⁵³ Anche qui si tratta di un’opinione sostenuta nello Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *loc. ult. cit.* Poiché nell’art. 23 si parla episodicamente di “diritto di acquistare la proprietà dell’immobile” e non vi è alcun riferimento a diritti reali minori, la dottrina è divisa sull’ammissibilità del contratto di *rent to buy* quando si tratti di un diritto reale diverso dalla proprietà. Le opinioni sono estremamente variegata. Per una interpretazione estensiva, in quanto anche l’acquisto dei diritti reali minori è soggetto alle stesse regole della pubblicità immobiliare, v. POLETTI, *L’accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., p. 41. In senso decisamente restrittivo BENNI DE SENA, *op. loc. ult. cit.*, sulla base

nell'art. 23 non si specifica per quale tipo di godimento l'immobile possa essere utilizzato dal "conduttore", ne consegue che il contratto di "rent to buy" può avere ad oggetto anche unità immobiliari destinate a un uso diverso da quello abitativo come accade, ad esempio, quando si tratti di immobili destinati ad un'attività imprenditoriale svolta dal "conduttore". In altri termini, l'immobile di cui si parla nell'art. 23 può essere utilizzato anche per il soddisfacimento di finalità di natura aziendale, commerciale, professionale, imprenditoriale e strumentale di quest'ultimo⁵⁴. A questa conclusione una parte della dottrina perviene sulla base del disposto del comma 4 che estende al contratto di "rent to buy" il divieto previsto dall'art. 8 del D.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005 nei soli casi in cui l'oggetto del contratto sia un'abitazione, lasciando intendere, argomentando *a contrario*, che il nuovo contratto sia compatibile con qualunque tipo di godimento dell'immobile anche se non necessariamente di natura

della *ratio* dell'art. 23 che sarebbe quella di favorire l'acquisto della proprietà immobiliare. Intermedie sono le soluzioni prospettate da altri autori, alcuni dei quali escludono decisamente l'applicabilità dell'art. 23 agli atti di acquisto della nuda proprietà (così MALTONI, *op. cit.*, p. 1072; IEVA, *op. ult. cit.*, pp. 679-680 [e, ora, p. 90 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.]). Una posizione ancora diversa è quella di MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 957, il quale esclude invece le ipotesi del diritto di superficie, quando si tratti di diritto a costruire, e dei diritti di uso e di abitazione.

⁵⁴ Questa interpretazione risale allo Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, cit. alla nota 8, p. 7. In questo senso è orientata anche la migliore dottrina fin dai primi commenti dell'art. 23: a titolo esemplificativo v. CASTELLANO, *op. cit.*, pp. 49-50; FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 497; S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 954; POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 40; RUGGIERO, *op. cit.*, p. 985; VAIRA, *op. cit.*, p. 678. Il medesimo orientamento è accolto anche nella dottrina successiva (BENNI DE SENA, *op. loc. ult. cit.*). Una posizione a sé sembra essere quella di BARALIS, *op. cit.*, pp. 7-8, il quale tende ad escludere gli immobili non finalizzati al rilancio dell'edilizia, come, ad es., l'azienda e i terreni che non siano "né edificabili né agricoli". In giurisprudenza, nelle poche decisioni di cui si ha notizia, prevale la tesi più estensiva: così, ad es., il Tribunale di Lucca con un provvedimento del 2 dicembre 2015 ha ritenuto ammissibile il nuovo contratto in relazione a un capannone; a sua volta il Tribunale di Bari con un'ordinanza del 3 maggio 2016 ha ritenuto possibile il *rent to buy* che abbia per oggetto uno stabilimento industriale.

abitativa⁵⁵. In terzo luogo, sempre nel silenzio della legge, è da ritenersi che l'oggetto del rapporto non debba essere esclusivamente un edificio, ben potendo trattarsi di un terreno sul quale costruire un futuro edificio o costituire un diritto personale di godimento⁵⁶.

Quanto alla durata del contratto, si è già detto che il comma 3 dell'art. 23 ha commisurato gli effetti della trascrizione dell'atto al termine concordato dalle parti, disponendo altresì che il termine finale non possa essere "superiore a dieci anni". Questa regola si riferisce evidentemente all'effetto prenotativo della trascrizione dei contratti preliminari stante lo specifico riferimento all'art. 2645-*bis* c.c., nel senso che l'efficacia prenotativa della trascrizione, che per i contratti preliminari di vendita di immobili non può eccedere la durata di un triennio, è elevata per il contratto di "rent to buy" all'intero periodo di vigenza del rapporto la quale, a sua volta, può avere una durata massima di dieci anni. Ciò significa che tanto l'opponibilità ai terzi del diritto all'acquisto dell'immobile quanto la possibilità di imputare una parte dei canoni in conto prezzo hanno un limite temporale massimo di dieci anni, decorsi i quali il diritto del "conduttore" all'acquisto dell'immobile non sarà più opponibile ai terzi⁵⁷.

⁵⁵ Anche questa argomentazione è prospettata nel più volte citato Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, pp. 7-8. In dottrina v. in termini soprattutto CASTELLANO, *op. ult. cit.*, p. 50; IEVA, *op. cit.*, p. 678 (e, ora, pp. 88-89 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.).

⁵⁶ Soluzione proposta ancora dal Consiglio Nazionale del Notariato con il surricordato Studio n. 102-2015/C, cit., p. 9. La tesi è accolta in dottrina da CASTELLANO, *op. loc. ult. cit.*; MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 954; POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare*, cit., p. 40; RUGGIERO, *op. cit.*, p. 985 (anche se trattasi di terreno agricolo non edificabile). Sulla soluzione affermativa avanzano qualche dubbio BENNI DE SENA, *op. ult. cit.*, p. 610; IEVA, *op. loc. ult. cit.* (e ora p. 88 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); ancora più restrittiva sembra la tesi di BARALIS, *op. cit.*, p. 7 ("Il rilancio dell'edilizia[...] mette fuori gioco ciò che patentemente non rientra in tale ambito e quindi[...] i terreni che non siano né edificabili né agricoli, ma solo «serbatoi» di materiali", come ad esempio una cava; "probabilmente ha senso - in certi casi - ricomprendere il terreno agricolo là dove l'acquisto è funzionale all'edificazione agricola, se e in quanto l'acquirente sia un imprenditore agricolo").

⁵⁷ Su questa conclusione, già prospettata nel più volte citato Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, p. 11, concorda la migliore dottrina. A titolo di esempio v. CIATTI CÀIMI, *op. cit.*, p. 1060 (e, ora, p. 36 del volume

Poiché il limite del decennio è posto dalla legge nell'interesse dei terzi, il periodo di dieci anni costituisce un limite invalicabile per l'autonomia delle parti alle quali è preclusa la possibilità di estendere l'efficacia prenotativa della trascrizione oltre il suddetto termine di dieci anni. Questo non significa che le parti non possano stipulare un contratto di “*rent to buy*” di durata ultradecennale: infatti, in tal caso, la validità del contratto stipulato per un tempo superiore è fuori discussione, ma l'inderogabilità del termine di dieci anni comporta inevitabilmente che allo scadere del decennio venga meno la possibilità di opporre ai terzi l'effetto prenotativo della trascrizione, in particolare viene meno l'opponibilità ai terzi del diritto del “conduttore” all'acquisto dell'immobile⁵⁸.

4. *Il richiamo alle norme del codice civile, della legge fallimentare e della legislazione speciale applicabili al rapporto contrattuale.*

Il riferimento, contenuto nei commi 3, 4 e 6 dell'art. 23, ad alcune norme del codice civile e della legislazione di settore si appalesa par-

collettaneo *Rent to buy*, cit.); MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 955. Nello stesso senso v. anche CASTELLANO, *op. cit.*, p. 49; D'AMICO, *op. cit.*, p. 1037 (e, ora, p. 76 del volume collettaneo cit.) entrambi ponendo l'accento soprattutto sulla durata decennale dell'effetto prenotativo della trascrizione. Secondo VAIRA, *op. cit.*, p. 231, l'efficacia prenotativa della trascrizione, coincidente con la durata del contratto ma che non può eccedere il decennio dalla suddetta trascrizione, “rappresenta il volano che potrà concretamente far decollare l'istituto, lamentando gli operatori economici che proprio la ridotta tutela triennale non consentiva di spalmare il prezzo di acquisto in un numero sufficientemente alto di rate, tali da renderle sostenibili per la tipologia di clienti cui l'offerta veniva rivolta”.

⁵⁸ Sull'inderogabilità del termine decennale, ancorché le parti possano stipulare validamente un contratto di *rent to buy* di durata superiore senza tuttavia poter beneficiare dell'effetto prenotativo dopo la scadenza del decennio, v. il ricordato Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *op. loc. ult. cit.* In dottrina, in senso conforme, D'AMICO, *op. loc. ult. cit.* (e, ora, p. 76, del volume collettaneo cit.); POLETTI, *L'accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., p. 47. Il primo autore ritiene che questo sistema non tuteli adeguatamente il “conduttore”/potenziale acquirente dell'immobile e richiama l'attenzione del legislatore per una modifica della disciplina del nuovo contratto su questo specifico punto (così D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1038; e, ora, p. 78 del cit. volume collettaneo).

ticolarmente rilevante tanto per l'individuazione delle norme applicabili *per relationem* al rapporto contrattuale quanto per evidenziare le specificità del contratto di “*rent to buy*” in modo da distinguerlo da altri schemi contrattuali ai quali in astratto potrebbe essere accostato⁵⁹.

Come si è anticipato al precedente n. 2, la prima frase del comma 3 dichiara applicabili al contratto di “*rent to buy*” il quarto comma dell'art. 2668 c.c., che dispone la cancellazione della trascrizione del contratto preliminare previo accordo tra le parti o in virtù di una sentenza passata in giudicato, l'art. 2775-*bis* c.c. che riconosce ai crediti del promissario acquirente natura di privilegio speciale sull'immobile oggetto del contratto nel caso di mancato adempimento da parte del promissario alienante dell'obbligo di concludere il contratto preliminare, e l'art. 2825-*bis* c.c. che stabilisce in determinati casi la prevalenza dell'ipoteca sulla trascrizione del contratto preliminare ancorché di data anteriore⁶⁰. Ciò significa che, in virtù del richiamo a queste norme, le medesime regole si applicano al contratto di “*rent to buy*”, in particolare, ai sensi dell'art. 2775-*bis* c.c., anche il credito del “conduttore” è assistito dal privilegio speciale sull'immobile in caso di inadempimento imputabile al proprietario/“concedente”⁶¹. Questo richiamo al disposto dell'art. 2775-*bis* c.c. appare particolarmente apprezzabile sotto il profilo della salvaguardia della posizione

⁵⁹ Lo sottolinea lo Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, cit., p. 4.

⁶⁰ Una voce diversa è quella di CASTELLANO, *op. cit.*, p. 53, per il quale “difficile, se non proprio materialmente impossibile, risulta l'applicazione alla disciplina del *rent to buy* dell'art. 2825-*bis* c.c.”. L'autore parte però dal presupposto che il nuovo contratto sia inapplicabile alle ipotesi di “edifici[...] da costruire o in corso di costruzione”. Su questi ultimi aspetti v. *supra* al n. 3, testo e note 52 e 56.

⁶¹ Ad es., il credito alla restituzione dei canoni in conto prezzo (prima frase, comma 5, art. 23); così CASTELLANO, *op. ult. cit.*, p. 52. Nel senso del testo anche RUGGIERO, *op. cit.*, p. 994, con la precisazione che il privilegio speciale sull'immobile verrebbe a cadere in caso di cessazione degli effetti della trascrizione del contratto di *rent to buy*. L'applicabilità dell'art. 2775-*bis* c.c. al nuovo contratto rende “meno appetibile” per il “conduttore”/potenziale acquirente dell'immobile il ricorso a operazioni contrattuali atipiche, come ad esempio il patto di opzione, alle quali non sarebbe estensibile la previsione dell'art. 2775-*bis* c.c., che diviene pertanto “il cuore della disciplina di protezione” del “conduttore” di fronte all'inadempimento del concedente (per queste considerazioni v. DELFINI, *op. cit.*, p. 825).

del “conduttore” nell’ambito dello svolgimento del rapporto contrattuale con riguardo ai crediti a lui spettanti per il mancato adempimento, da parte del proprietario/“concedente”, dell’obbligo di trasferirgli la proprietà dell’immobile che aveva in godimento⁶². Già questo rinvio agli artt. 2668, comma 4, 2775-*bis* e 2825-*bis* c.c. costituisce un primo indizio significativo per considerare il contratto di “*rent to buy*” come un’operazione economica autonoma rispetto a quella che si realizza negli schemi di tipo locatizio.

Del pari significativo è il disposto contenuto nella seconda frase del comma 3: l’elevazione a dieci anni del limite massimo di efficacia dell’effetto prenotativo della trascrizione del contratto di “*rent to buy*” costituisce un’evidente deroga alla disciplina dettata per la trascrizione dei contratti preliminari dall’art. 2645-*bis* c.c.⁶³ che non consente di ricondurre il contratto di “*rent to buy*” nell’ambito di schemi locatizi con patto di futura vendita, né nell’ambito di un puro e semplice contratto preliminare di vendita al quale sarebbe comunque estranea l’immediata concessione del godimento dell’immobile.

La tipicità del contratto di “*rent to buy*” rispetto ad altri schemi negoziali è rafforzata dal rinvio contenuto nella terza frase dello stesso comma 3 agli artt. 1002-1007 e 1012-1013 c.c. in tema di usufrutto⁶⁴. Si tratta delle norme relative a taluni obblighi dell’usufruttuario, al riparto delle spese e degli oneri che gravano sull’immobile a carico di quest’ultimo e del proprietario, alle usurpazioni da parte

⁶² Agli AA. citati alla nota precedente *adde* PALERMO, *op. cit.*, p. 492, al quale è dovuta in particolare la considerazione riportata nel testo.

⁶³ Sulla *ratio* del termine decennale di efficacia della trascrizione v. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 1036-1037 (e, ora, pp. 75-76 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.), per il quale tale termine fa presumere che il contratto di *rent to buy* sia destinato a essere “un contratto di lunga durata (tendenzialmente analoga alla durata dei mutui che si contraggono per l’acquisto di un immobile)” (*ivi*, p. 1037; e, ora, p. 76 del volume collettaneo cit.).

⁶⁴ Per questo significato del rinvio alle norme sull’usufrutto v. lo Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, cit., p. 7. La dottrina si richiama a queste norme soprattutto per distinguere il nuovo contratto rispetto allo schema delle operazioni locatizie: v. GUARDIGLI, *op. cit.*, p. 804 (che esclude anche la vendita con riserva della proprietà); PADOVINI, *Rent to buy e condominio*, in *Giur. it.*, 2015, p. 499 ss., *ivi* alla p. 500; POLETTI, *L’accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., p. 51 (“[...] l’impiego delle norme sull’usufrutto si rivela dichiaratamente strumentale all’allontanamento dal contratto di locazione[...]).

di terzi durante l'usufrutto e alle azioni concernenti l'esistenza o l'inesistenza di servitù attive o passive sul fondo. Di conseguenza, anche il "conduttore" è tenuto a redigere l'inventario e a prestare garanzia; anche al contratto di "*rent to buy*" si applicano le stesse regole per il riparto delle spese e degli oneri tra il "conduttore" e il proprietario "concedente"⁶⁵; anche il "conduttore" è tenuto a comunicare al "concedente" le eventuali usurpazioni sul fondo da parte di terzi e ha il diritto di far riconoscere l'esistenza o l'inesistenza di servitù in relazione all'immobile nel cui godimento è stato immesso. Questi rinvii alle norme sull'usufrutto, lungi da far sorgere "il dubbio circa la natura personale ovvero reale del diritto di godimento spettante al conduttore"⁶⁶, costituiscono elementi caratterizzanti il contratto di "*rent to buy*" che lo distinguono da altri schemi negoziali

⁶⁵ Opinione diffusa: v., ad es., CASTELLANO, *op. cit.*, p. 54; PADOVINI, *op. loc. ult. cit.*; RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 988-989.

⁶⁶ Questo dubbio è ritenuto non fondato da IBERATI, *op. cit.*, p. 193, per il quale "non sembra di scorgere nella normativa in commento la nascita di un nuovo diritto reale" (la frase virgolettata riportata nel testo è dell'A.). La tesi della natura obbligatoria, e non reale, del diritto di godimento, che spetta al "conduttore"/potenziale acquirente dell'immobile dopo la stipula del contratto di *rent to buy*, è quella che riscuote i maggiori consensi in dottrina. A titolo esemplificativo v. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 1038-1039 (e, ora, pp. 79-80 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 497; MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 956; PALERMO, *op. cit.*, p. 496, testo e nota 17; POLETTI, *L'accesso "graduato" alla proprietà immobiliare*, cit., p. 52; ID., *Quando al "rent" non segue il "buy"*, cit., p. 1049, alla nota 4; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 986 (che, tuttavia, ritiene "non appropriato" il richiamo alle norme sull'usufrutto stante la natura personale del diritto di godimento del "conduttore"); BENNI DE SENA, *op. cit.*, p. 612. In secondo luogo, buona parte degli AA. ora citati ritiene, sulla base del rinvio alle norme sull'usufrutto, che sia escluso un godimento a titolo locativo e che la situazione di fatto del "conduttore" debba essere qualificata alla stregua di una detenzione e non già come possesso. Su quest'ultimo punto v. l'ampia indagine di CICERO, *op. cit.*, pp. 1044-1046 (e, ora, pp. 50-54 del volume collettaneo cit.). Una posizione a sé sembra essere quella di VAIRA, *op. cit.*, p. 234, il quale assume che il rinvio alle norme sull'usufrutto comporti "la progressiva attenuazione del confine tra il diritto personale di godimento ed il diritto reale" con una serie di implicazioni per il notaio in quanto, se si affermasse che il diritto di godimento del "conduttore" ha natura "quasi-reale", all'atto si applicherebbero "gli obblighi in tema di conformità catastale, di menzioni urbanistiche, di allegazione dell'attestato di prestazioni energetiche".

apparentemente simili.

Sempre nel comma 3 dell'art. 23 si richiama "in caso di inadempimento [...] l'articolo 2932 del codice civile". Anche se una parte della dottrina tende a svalutare il richiamo dell'art. 2932 c.c. in quanto il ricorso all'esecuzione forzata in forma specifica sarebbe limitato alla sola ipotesi del pagamento di tutti i canoni e di decorrenza del termine stabilito per la stipulazione dell'atto di vendita⁶⁷, il testuale riferimento all'art. 2932 c.c. è piuttosto la conferma della funzione traslativa del contratto di "*rent to buy*" non avendo diversamente una sua logica la previsione di una tutela in forma specifica a favore del "conduttore"/potenziale acquirente dell'immobile⁶⁸.

Il richiamo nel comma 4 dell'art. 23 al divieto di cui all'art. 8 del D.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005 è denso di significato e costituisce un'altra specificità del contratto di "*rent to buy*" che ne fa un "*unicum*" rispetto ad altri schemi negoziali simili. Infatti, il divieto per il notaio di procedere alla stipula della vendita, prima che si sia proceduto alla suddivisione del finanziamento in quote e alla costituzione di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca o del

⁶⁷ Per questo limite all'applicazione dell'art. 2932 c.c. soprattutto PALERMO, *op. ult. cit.*, p. 495, il quale, coerentemente, esclude la possibilità dell'adempimento coattivo in genere e della misura alternativa della risoluzione per inadempimento, entrambi ai sensi del primo comma dell'art. 1453 c.c. (su questa impostazione restrittiva del richiamo all'art. 2932 c.c. v. anche *infra* al n. 5, testo e nota 102). L'interpretazione restrittiva del richiamo a quest'ultima norma non ha incontrato il favore di altra parte della dottrina per la quale il "conduttore"/potenziale acquirente dell'immobile "potrà agire ex art. 2932 c.c. anche se la parte di canoni già pagati, imputabile a prezzo, non abbia ancora coperto interamente il medesimo, e dunque residui un proprio debito": così, testualmente, DELFINI, *op. cit.*, p. 826.

⁶⁸ Questo non significa che il contratto di *rent to buy* possa essere costruito come un contratto ad effetti reali ai sensi dell'art. 1376 c.c. Infatti, il richiamo all'art. 2932 c.c. non avrebbe senso "se l'effetto traslativo derivasse direttamente dal contratto in esame" (così IBERATI, *op. cit.*, p. 190). Nel sistema dell'art. 23 l'acquisto dell'immobile è rimesso a un successivo ed eventuale atto di trasferimento, che può mancare non solo per cause patologiche (ad es., risoluzione del contratto per inadempimento di una delle parti o per il fallimento nei casi previsti nel comma 6 dell'art. 23) ma anche per la decisione unilaterale del "conduttore" di non esercitare più il diritto potestativo di acquisto dell'immobile (ancora IBERATI, *op. cit.*). Si deve, pertanto, escludere l'ipotesi di un trasferimento automatico al pagamento di tutti i canoni pattuiti.

pignoramento gravanti sull'immobile, è operante nel contratto di "rent to buy" fin dal momento della concessione del godimento dell'immobile al "conduttore"/potenziale acquirente. In altri termini, l'applicazione del divieto viene anticipata al momento della stipula del contratto di "rent to buy" rispetto al successivo momento della stipula della vendita dell'immobile che nel nostro caso è soltanto eventuale ben potendo il "conduttore" non avvalersi del diritto di acquistare l'immobile⁶⁹. Per completezza del discorso, è da chiedersi se il divieto di stipula per il notaio nel caso di contratto di "rent to buy" si riferisca soltanto agli immobili da costruire o a tutti i casi in cui l'oggetto del contratto sia un immobile ad uso abitativo⁷⁰. La questione va risolta sulla falsariga della soluzione accolta in ordine all'applicazione dell'art. 8. L'opinione più accreditata è quella che ritiene l'art. 8 applicabile solo in riferimento agli immobili da costruire. La specificità del richiamo all'art. 8 sta nel fatto che la norma si riferisce agli immobili ad uso abitativo. Ne consegue dal combinato disposto del comma 4 dell'art. 23 e dell'art. 8 del D.lgs. n. 22 del 2005 che nel caso di contratto di "rent to buy" il divieto di stipula per il notaio è limitato ai contratti che abbiano per oggetto un immobile da costruire destinato ad uso esclusivamente abitativo⁷¹.

Un'ulteriore specificità della disciplina del contratto di "rent to buy" è quella contenuta nella prima parte del comma 6 dell'art. 23 a proposito del fallimento del proprietario/"concedente"⁷². Qui, il disposto della prosecuzione del rapporto ("in caso di fallimento del

⁶⁹ Sull'eventualità del successivo atto traslativo v. alla nota prec.

⁷⁰ Di queste possibili letture controverse del comma 4 dell'art. 23 riferiscono CASTELLANO, *op. cit.*, pp. 63-64; FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., pp. 498-499; IBERATI, *op. ult. cit.*, p. 193; VAIRA, *op. cit.*, p. 232.

⁷¹ Questa tesi è accolta da una parte della dottrina. In particolare, v. L. IBERATI, *op. loc. ult. cit.*; VAIRA, *op. ult. cit.*, p. 233, nella scia dell'impostazione accolta dal Consiglio Nazionale del Notariato. Diversamente orientato sembra P. CASTELLANO, *op. ult. cit.*, p. 64, il quale propende per l'applicazione della norma ad "ogni fattispecie di vendita di fabbricati, [...] anche in assenza di qualunque elemento di futurità del bene oggetto della cessione stessa [...]".

⁷² La dottrina non ha mancato di sottolineare come il comma 6 costituisca una significativa deroga al disposto del primo comma dell'art. 72 L.F. in ordine al fal-

concedente il contratto prosegue[...]) pone il “conduttore”/potenziale acquirente dell’immobile al riparo dall’eventuale fallimento del proprietario/“concedente”⁷³. Una seconda specificità della disciplina del contratto di “rent to buy” si ha ancora nel caso di fallimento del proprietario/“concedente”: qui, infatti, il “conduttore” non corre i rischi dell’azione revocatoria fallimentare che non può essere esercitata dal curatore quando ricorra l’ipotesi prevista alla lettera c) del terzo comma dell’art. 67 L.F.⁷⁴, cioè il contratto di “rent to buy” non è soggetto all’azione revocatoria fallimentare quando sia stato trascritto, anteriormente alla dichiarazione di fallimento, ai sensi e per gli effetti dell’art. 2645-*bis* c.c. purché la trascrizione non sia divenuta inefficace per decorso del limite temporale previsto dal precedente comma 3 (seconda frase) e si tratti di immobili ad uso abitativo destinati a costituire l’abitazione principale del “conduttore” o di suoi parenti o affini entro il terzo grado ovvero di immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell’impresa del “conduttore”.

limento del concedente, in quanto qui non si applica la disciplina dei rapporti contrattuali pendenti, bensì quella prevista per la vendita con riserva della proprietà (art. 73 L.F.). In termini v. ASCHIERI e FIORI, *Rent to buy e fallimento*, in *Il fall.*, 2015, p. 396 ss., *ivi* alla p. 397; D’AMICO, *op. cit.*, pp. 1039-1040 (e, ora, p. 82 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 994-995. Per ulteriori indicazioni v. subito dopo, testo e note 73-74.

⁷³ Qui, la tutela del “conduttore” si realizza attraverso l’esclusione della sospensione del contratto con la conseguenza che al curatore del concedente fallito non è consentito dalla legge di scegliere tra lo scioglimento dal contratto e il subentro nel rapporto, essendo obbligato al trasferimento dell’immobile ove il “conduttore” eserciti il diritto potestativo all’acquisto. Questa soluzione legislativa è ritenuta da RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 995, del tutto “coerente [...] con la stessa ratio che ha guidato il legislatore nell’introduzione dello schema negoziale di cui si discute [...]”. Sulla tutela del “conduttore” in caso di fallimento del concedente v. anche MALTONI, *op. cit.*, p. 1073; D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1040 (e, ora, p. 82 del volume collettaneo cit.); IBERATI, *op. cit.*, p. 194.

⁷⁴ L’esclusione dell’azione revocatoria fallimentare in questi casi costituisce un’ulteriore manifestazione della tendenza del legislatore a tutelare il “conduttore” di fronte al fallimento del concedente: in proposito v. V. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 996, e gli altri AA. citt. alla nota prec., alcuni dei quali non mancano di sottolineare la non felice formulazione del comma 6 su questo specifico aspetto (soprattutto i due scritti di D’AMICO, entrambi *op. loc. ult. cit.*, alla nota 41, trattandosi “di estensione [...] e non di mera applicazione” del comma 3, lett. c, art. 67 L.F.).

5. Patologia del contratto. Inadempimento del concedente. Inadempimento del conduttore: il mancato pagamento di un numero minimo di canoni. La diversa ipotesi del mancato esercizio del diritto potestativo di acquistare l'immobile. Il problema della restituzione dell'immobile. Il titolo esecutivo.

Il comma 5 dell'art. 23 disciplina la patologia del contratto, in particolare la caducazione del rapporto per l'inadempimento del "concedente" (prima frase) ovvero per l'inadempimento del "conduttore" (seconda frase). Nel caso di inadempimento del "conduttore" la disciplina del comma 5 deve essere integrata con il disposto del precedente comma 2 in cui il legislatore del 2014 ha tipizzato un'ipotesi specifica di inadempimento, quella per il mancato pagamento di un numero minimo di canoni la cui determinazione è lasciata all'autonomia delle parti ma che in ogni caso non può essere "inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo"⁷⁵.

Per converso, non costituisce un'ipotesi di patologia del contratto di "rent to buy" e, quindi, non dà luogo necessariamente per quanto riguarda il godimento dell'immobile alla caducazione del rapporto contrattuale il mancato esercizio, da parte del "conduttore", del diritto di acquisto dell'immobile entro il termine pattuito⁷⁶. Una di-

⁷⁵ Opinione pacifica fin dai primi commenti dell'art. 23: v., ad es., PURPURA, *op. cit.*, p. 137. Per la dottrina immediatamente successiva v., per tutti, CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy*, cit., p. 8; D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1034 (e, ora, p. 71 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); IBERATI, *op. cit.*, p. 193; MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 959.

⁷⁶ In questo senso v. in particolare: D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1035 (e, ora, pp. 73-74 del volume collettaneo cit.); FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 497; IBERATI, *op. ult. cit.*, p. 194; POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy"*, cit., p. 1054 (e, ora, p. 106 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1005. A completamento di quanto detto nel testo, il primo degli AA. sopraindicati precisa che, fermo restando il diritto del "conduttore" di non procedere all'acquisto dell'immobile, costituisce invece inadempimento da parte sua il mancato versamento della porzione di canone da imputarsi al prezzo di acquisto. Infatti; qui l'inadempimento "non va ravvisato [...] nel mancato acquisto del bene, in sé e per sé considerato [...] ma piuttosto nella circostanza che il conduttore abbia (*per facta*) palesato - in anticipo - il venir meno dell'intento di acquistare il bene" (v. D'AMICO, *op. ult. cit.*: il corsivo è dell'A.).

versa interpretazione, secondo la quale il “conduttore” avrebbe l’obbligo e non già il diritto di acquistare l’immobile nel cui godimento è stato immesso, urta contro il disposto della prima frase del comma 1 che parla testualmente di “diritto per il conduttore di acquistarlo [l’immobile] entro un tempo determinato”. Il fatto che il “conduttore” non sia tenuto all’acquisto del bene, avendone semplicemente la facoltà o, per dirla con i primi commentatori dell’art. 23, un vero e proprio diritto potestativo di fronte al quale il proprietario/“concedente” si trova in uno stato di soggezione⁷⁷, trova una puntuale conferma nella formulazione del successivo comma 1-*bis* il quale prevede “in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell’immobile” un obbligo del “concedente” di restituire al “conduttore” “la quota del canone imputata al corrispettivo”⁷⁸. Orbene, se il “conduttore ha il “diritto di acquistare la proprietà dell’immobile” e se “in caso di mancato esercizio del diritto [...] entro il termine stabilito” il “concedente” ha addirittura l’obbligo di restituire al “conduttore” una quota della parte di canone imputata al corrispettivo, il mancato esercizio del diritto di acquisto dell’immobile

⁷⁷ È questa un’opinione che risale allo Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato, cit., p. 13, e che è stata accolta dalla maggior parte della dottrina. A titolo soltanto esemplificativo v. MALTONI, *op. cit.*, p. 1069; M. BIANCA, *op. cit.*, p. 851; CICERO, *op. cit.*, pp. 1044 e 1046 (e, ora, pp. 48 e 54 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1031 (e, ora, pp. 64-66 del volume collettaneo cit.); FUSARO, *op. loc. ult. cit.*; GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 808; IBERATI, *op. cit.*, pp. 190 e 194; IEVA, *op. cit.*, p. 679 (e, ora, p. 89 del volume collettaneo cit.); POLETTI, *L’accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., p. 42; BARALIS, *op. cit.*, pp. 15-16. Non tutti questi AA. parlano espressamente di diritto potestativo, ma ricorrono a espressioni sostanzialmente equivalenti (ad es., alcuni di essi insistono sulla “posizione di libertà” di cui godrebbe il “conduttore”). Altri, ancora, dalla qualificazione del diritto del “conduttore” come potestativo deducono che il diritto all’acquisto sarebbe “un diritto nascente da un preliminare unilaterale”.

⁷⁸ Su questa necessaria correlazione tra il diritto del “conduttore” all’acquisto dell’immobile e la determinazione nella parte di canone imputata a corrispettivo dell’alienazione di una quota che dovrà essere restituita al “conduttore” in caso di mancato esercizio del diritto v. alcuni degli AA. cit. alla nota prec: in particolare, D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1032 (e, ora, pp. 64 e 66 del volume collettaneo cit.); GUARDIGLI, *op. loc. ult. cit.*; IBERATI, *op. cit.*, p. 191; POLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 57-58; ID., *Quando al “rent” non segue il “buy”*, *loc. ult. cit.*; BARALIS, *op. cit.*, p. 15.

non può costituire da nessun punto di vista alla luce della formulazione delle due norme una forma di inadempimento da parte del “conduttore”. Infatti, anche il mancato acquisto del diritto di proprietà dell’immobile per una precisa scelta del “conduttore” costituisce esercizio di quel diritto potestativo che il legislatore del 2014 ha riconosciuto al “conduttore” e che non può risolversi in un obbligo nei confronti del proprietario “concedente”⁷⁹.

In altri termini, dal combinato disposto della prima frase del comma 1 e dal successivo comma 1-*bis*, aggiunto in sede di conversione, emerge con chiarezza che il legislatore del 2014 non ha voluto equiparare le posizioni delle parti in quanto il proprietario “concedente” ha l’obbligo di addivenire alla stipula dell’atto di vendita se il “conduttore” gli dichiara di voler esercitare il diritto di acquisto dell’immobile, mentre quest’ultimo “mantiene [...] la libertà unilaterale di scelta”⁸⁰, cioè di esercitare o di non esercitare il diritto di acquisto dell’immobile entro il termine predeterminato dalle parti. Questa diversità di posizioni tra proprietario “concedente” e “conduttore” giustifica il perché nel caso di mancato esercizio del diritto di acquisto della proprietà da parte del “conduttore”, quest’ultimo possa chiedere la restituzione solo di una quota della parte di canone imputata al corrispettivo, mentre la restante parte rimane a titolo definitivo nel patrimonio del proprietario “concedente”. In buona sostanza questo diritto di trattenere una quota della parte di canone im-

⁷⁹ Su questo specifico punto v. *supra*, testo e nota 77.

⁸⁰ Così, testualmente, IBERATI, *op. cit.*, p. 191. Sul “favor” del legislatore del 2014 per il “conduttore”/potenziale acquirente dell’immobile e sul diverso trattamento su questo specifico punto tra le parti del contratto di *rent to buy* concorda la restante dottrina: v., per tutti, CICERO, *op. cit.*, p. 1044 (e, ora, p. 48 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); D’AMICO, *op. cit.*, p. 1035 (e, ora, pp. 72-74 del volume collettaneo cit.); GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 800; MALTONI, *op. cit.*, p. 1071; POLETTI, *L’accesso “graduato” alla proprietà immobiliare*, cit., pp. 42 e 47; RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 974 e 1005. Da ultimo v., però, BARALIS, *op. cit.*, pp. 8-9, il quale osserva a p. 9 che “tale *favor* contrasta con l’altra *ratio* della norma che è il rilancio dell’edilizia, essendo fra le due *rationes* la seconda più ampliativa della prima, ma a livello di bilanciamento dei principi è più persuasivo ritenere che il *favor* prevalga sull’altra *ratio*” (i corsivi sono dell’A.).

putata a corrispettivo “trova la sua giustificazione nella remunerazione dell’obbligo che [...] il concedente assume nei confronti del conduttore di addivenire al trasferimento dell’immobile ove il conduttore lo voglia”⁸¹. L’unilateralità dell’obbligo di trasferimento costituisce la ragione di questo “spacchettamento” nell’ambito della quota di canone imputata a corrispettivo della vendita⁸².

È da chiedersi se, in caso di mancato esercizio da parte del “conduttore” del diritto di acquistare l’immobile entro il termine prefissato dalle parti, il contratto di “*rent to buy*” possa rimanere in piedi limitatamente all’aspetto del godimento dell’immobile⁸³. Si tratta,

⁸¹ La frase è ancora di IBERATI, *op. loc. ult. cit.* È questa l’opinione della dottrina dominante: per tutti v. GUARDIGLI, *op. ult. cit.*, pp. 808-809; POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 57; ID., *Quando al “rent” non segue il “buy”*, cit., p. 1055 (e, ora, p. 107 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1008.

⁸² In questo senso la maggior parte degli AA. citt. *supra* alle note 80-81. In particolare, v. D’AMICO, *op. cit.*, p. 1033 (e, ora, p. 68 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); DELFINI, *op. cit.*, p. 820; GUARDIGLI, *op. loc. ult. cit.*; IBERATI, *op. cit.*, pp. 191-192; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 976; VAIRA, *op. cit.*, p. 230. Da notare che alcuni degli autori ora citati fanno discendere dalla natura unilaterale dell’obbligo del concedente la conseguenza che il nuovo contratto debba essere costruito come un preliminare unilaterale. In secondo luogo, come si è anticipato alla nota 36, la dottrina è concorde nel ritenere che questa articolazione del canone sia essenziale per potersi parlare di contratto di *rent to buy*. Sempre alla nota 36 si rinvia per quanto riguarda i limiti che incontra l’autonomia privata in ordine alla quantificazione di ciascuna di queste due parti del canone.

⁸³ La soluzione è controversa. In senso decisamente negativo v. D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 1039 (e, ora, p. 81 del volume collettaneo cit.), il quale sottolinea che “[...] il godimento [...] si giustifica non *ex se*, bensì in funzione del successivo acquisto; onde, venuta meno questa prospettiva, il godimento non ha più ragione di continuare” (i corsivi sono dell’A.); RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 974. Si chiede, invece, quale possa essere la soluzione di fronte al silenzio della legge (“[...] il nuovo comma 1 bis [...] nulla dispone in merito alle sorti del contratto di locazione scaduto il termine per l’acquisto. Si risolve? Rimane in piedi? E in tale ultimo caso, a quale disciplina sarebbe soggetto?”) ZANELLI, *op. ult. cit.*, pp. 23-24. Diversamente orientata sembra POLETTI, *Quando al “rent” non segue il “buy”*, cit., p. 1056 (e, ora, p. 110 del volume collettaneo cit.), partendo dal presupposto che “da un contratto finalizzato all’acquisto può discendere legittimamente un rapporto contrattuale non più finalizzato all’acquisto per decisione unilaterale del conduttore” con la conseguenza che in tal caso essendo il “godimento non più strumentale all’acquisto [...] si tratterà di un godimento che [...] potrà perdurare

infatti, di tutelare la libertà di scelta del “conduttore” anche sul piano della pubblicità immobiliare in quanto, in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare l’immobile, cessano retroattivamente gli effetti prenotativi della trascrizione *ex art. 2645-bis c.c.* In buona sostanza, il diritto di godimento del “conduttore” è tutelabile ai sensi dell’art. 2643 c.c.? Secondo uno dei primi commentatori dell’art. 23 la risposta dovrebbe essere affermativa⁸⁴ in quanto dalla trascrizione del contratto di “*rent to buy*” deriva un duplice effetto, il primo di cui all’art. 2645-*bis c.c.*, l’altro sarebbe quello che consegue alla trascrizione ai sensi del comma 1, n. 8, dell’art. 2643 c.c.⁸⁵ Questa duplicità di effetti scaturisce da un’unica trascrizione, quella del contratto di “*rent to buy*”, senza che vi sarebbe bisogno di una seconda trascrizione per tutelare il diritto di godimento dell’immobile⁸⁶.

Una seconda questione che si pone di fronte al combinato disposto della prima frase del comma 1 e dell’art. 1-*bis* dell’art. 23 è se le parti possano pattuire un obbligo del “conduttore” di acquistare l’immobile. In tal modo, a seguito di un’espressa pattuizione delle parti,

anche scaduto il termine pattuito per esercitare il diritto di acquisto [...] ma sempre differente da quello proprio della locazione”.

⁸⁴ In senso affermativo IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 192, il quale osserva che in tal modo si tutela il diritto di godimento del “conduttore” per l’ipotesi in cui il trasferimento dell’immobile non abbia luogo. In termini analoghi F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., pp. 822-823, per il quale la tutela *ex art. 2643*, comma 1, n. 8, c.c. è una conseguenza dell’elevazione del termine triennale, già previsto al comma 3 dell’art. 2645-*bis c.c.* per gli effetti della trascrizione dei contratti preliminari, all’intera durata del contratto di *rent to buy* e, comunque, fino a un massimo di dieci anni: qui “la trascrizione [...] soddisfa [...] l’esigenza [...] di opporre la locazione all’eventuale terzo acquirente, consentendo l’operare della regola *emptio non tollit locatum*, di cui all’art. 1599 c.c., per tutta la durata della locazione” (*ivi* alla p. 823. Il corsivo è dell’A.).

⁸⁵ Così IBERATI, *op. loc. ult. cit.* In questo modo per RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 991, si rende opponibile al terzo acquirente dell’immobile il “contratto di concessione di godimento in funzione della futura alienazione, anche nella sua prima fase di trasmissione del solo godimento [...]”; in altri termini, “il percorso di tutela dei contraenti[...] prende le mosse sin dalla fase genetica del contratto [...]”.

⁸⁶ Ancora IBERATI, *op. loc. ult. cit.* Su questa soluzione concorda sostanzialmente anche BARALIS, *op. cit.*, p. 23, per il quale, tuttavia, “si tratta di un caso certamente unico che va segnalato per la sua anomalia [...]”.

tanto il proprietario “concedente quanto il “conduttore” verrebbero a trovarsi nella medesima situazione soggettiva obbligatoria passiva con rafforzamento del sinallagma contrattuale. La questione è controversa. Secondo una parte della dottrina l’assetto di interessi previsto dal legislatore del 2014 nel sistema dei commi 1 e 1-*bis* non sembra compatibile con “l’attribuzione convenzionale [...] di un obbligo a carico del conduttore di acquistare il bene”⁸⁷. Un’eventuale pattuizione in tal senso sarebbe certamente lecita ma comporterebbe l’impossibilità di avvalersi della disciplina dell’art. 23, in particolare del disposto in tema di trascrizione, in quanto si sarebbe fuori dello schema voluto dal legislatore del 2014⁸⁸. Per converso, nello studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nella seduta del 6/8 maggio 2015 si è affermato che “non si capisce per quale motivo il conduttore non possa liberamente anticipare la volontà di rendersi acquirente del bene fin dal momento iniziale del rapporto assumendo al riguardo una classica obbligazione di acquisto, posto che la legge gli riserva il diritto potestativo di acquisto[...] da poter esercitare in ogni momento del rapporto, quindi anche nella sua fase iniziale”⁸⁹.

⁸⁷ La frase riportata nel testo è di IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 191. Nel medesimo senso gli altri AA. cit. alla successiva nota 88. Analogamente orientato sembrerebbe PALERMO, *op. cit.*, p. 494, ma con la precisazione che se è vero che il “conduttore” non è obbligato all’acquisto è altrettanto vero che non può imporre al concedente il trasferimento della proprietà dell’immobile (l’A., come si è visto supra, testo e nota 67, limita l’applicazione dell’art. 2932 c.c. alla sola ipotesi di pagamento di tutti i canoni e di scadenza del termine per la stipulazione dell’atto di vendita).

⁸⁸ Ancora IBERATI, *op. loc. ult. cit.* Ritengono che in tal caso non sia applicabile l’art. 23 anche MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 957 (per il quale la previsione di un obbligo del “conduttore” all’acquisto darebbe vita a un contratto misto di locazione e di preliminare di vendita); RUGGIERO, *op. cit.*, pp. 974-976 (sottolineando l’essenzialità dell’obbligo del solo concedente); ZANELLI, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁸⁹ Testualmente il sopraindicato Studio n. 102-2005/C del Consiglio Nazionale del Notariato a cura di S. Sideri, cit., p. 13. Sempre nel suddetto Studio si aggiunge che la soluzione affermativa si giustificerebbe sulla base di una serie di considerazioni. In primo luogo, il divieto per il conduttore di obbligarsi all’acquisto dell’immobile “potrebbe essere facilmente aggirato [...] attraverso una semplice dichiarazione” del “conduttore” rilasciata al momento della conclusione del contratto di *rent to buy*. In secondo luogo, “la soluzione contraria comporterebbe la morte dell’Istituto in esame fin dal suo nascere. Ed infatti chi sarebbe disposto a

È di tutta evidenza che, solo ragionando in questa prospettiva, se il “conduttore” non procedesse all’acquisto dell’immobile si renderebbe inadempiente nei confronti del “concedente”, con risoluzione del contratto di “*rent to buy*” ai sensi del comma 5, seconda frase.

Una volta chiarito che il “conduttore”/potenziale acquirente dell’immobile ha solo un diritto potestativo e non già un obbligo di acquisto dello stesso, sicché il mancato esercizio di tale diritto non costituisce inadempimento da parte del “conduttore”⁹⁰, si può passare all’esame del combinato disposto dei commi 5 e 2 dell’art. 23 completando quanto già anticipato nei precedenti nn. 2 e 3. È noto che i due commi ora ricordati precisano i diritti e gli obblighi delle parti conseguenti alla risoluzione del contratto di “*rent to buy*” per l’inadempimento del “concedente” o per quello del “conduttore”. Preliminarmente va sottolineato che la soluzione legislativa adottata risponde a una logica ben precisa. Nel caso di inadempimento del proprietario/“concedente”, che consiste nel rifiuto di stipulare il contratto di vendita dell’immobile una volta che il “conduttore” gli abbia comunicato formalmente la sua intenzione di esercitare il diritto di acquisto, la restituzione a quest’ultimo della parte dei canoni in conto prezzo, maggiorata degli interessi legali (prima frase, comma 5), si spiega a livello di sistema in chiave di giusta causa dell’attribuzione. Infatti, quando il contratto si risolve per inadempimento del proprietario/“concedente”, la parte dei canoni in conto prezzo è priva della sua giustificazione causale per la sopravvenuta impossibilità per il “conduttore” di esercitare il diritto potestativo di acquisto dell’immobile⁹¹ in vista del quale era stata inglobata nel canone complessivo una quota a titolo di conto prezzo.

Del pari, nel caso di risoluzione del contratto imputabile al “conduttore”, il diritto del proprietario/“concedente” di trattenere a titolo

concedere in godimento un bene immobile senza avere la certezza del successivo trasferimento con incameramento del corrispettivo pattuito?” (*ivi* alla p. 14). In dottrina, a quanto consta, favorevole alla pattuizione di un obbligo del “conduttore” all’acquisto dell’immobile è VAIRA, *op. cit.*, pp. 229 e 234.

⁹⁰ In questo senso gli AA. *citt. supra* alle note 76 e 77.

⁹¹ Così POLETTI, *Quanto al “rent” non segue il “buy”*, *cit.*, p. 1051 (e, ora, p. 99 del volume collettaneo *Rent to buy*, *cit.*); analogamente già MALTONI, *op. cit.*, p. 1071.

di indennità anche l'intera parte dei canoni in conto prezzo (seconda frase, comma 5) si giustifica considerando che per l'inadempimento del "conduttore" non è più possibile stipulare la vendita dell'immobile. In altri termini, l'acquisizione al proprietario/"concedente" anche di tutta la parte dei canoni in conto prezzo ha la funzione di indennizzare il proprietario/"concedente" per il mancato guadagno che ragionevolmente si aspettava dalla vendita⁹². Questa specifica disciplina delle conseguenze dell'inadempimento del "conduttore" è tuttavia di natura dispositiva in quanto la seconda frase del comma 5 fa salva una diversa volontà delle parti ("[...] se non è stato diversamente convenuto nel contratto"). Il diritto del proprietario/"concedente" di trattenere tutta la parte dei canoni in conto prezzo è completato dall'obbligo del "conduttore" di procedere alla restituzione dell'immobile. In tal modo per effetto della risoluzione del contratto per inadempimento del "conduttore" le parti sono rimesse nella situazione in cui si trovavano prima della stipula del contratto di "rent to buy", con esclusione però della restituzione al "conduttore" della quota di canone pattuita per il godimento dell'immobile, la cui ritenzione da parte del proprietario/"concedente" ha invece una sua precisa giustificazione causale.

Si è già detto più volte che la disciplina della patologia del contratto, come prevista nel comma 5, deve essere completata con il disposto del precedente comma 2 che considera una specifica ipotesi di risoluzione per inadempimento per colpa del "conduttore". Qui il legislatore del 2014 ha voluto tipizzare il caso di inadempimento che ha ritenuto più probabile e, precisamente, il mancato pagamento da

⁹² È questa la giustificazione della norma secondo la migliore dottrina, anche se con qualche "distinguo" sulla sua natura giuridica: al riguardo v. MALTONI, *op. loc. ult. cit.*; CASTELLANO, *Il rent to buy*, cit., p. 60; PALERMO, *op. cit.*, p. 496; POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 1052 (e, ora, p. 101 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1008. Alcuni di questi autori si chiedono se la soluzione legislativa si possa considerare alla stregua di una "penale" e se, in tal caso, si possa applicare in via analogica il disposto dell'art. 1384 c.c. sul potere riduttivo del giudice (su questi due specifici punti v. *infra*, testo e note 96-97). La soluzione legislativa è oggetto di riserve anche perché non risulta allineata rispetto a quella prevista nell'art. 1525 c.c. in tema di vendita con riserva della proprietà (particolarmente critico PALERMO, *op. cit.*, per il quale "ciò non può non colorare di negatività la fattispecie legislativa [...]").

parte del “conduttore” di un determinato numero minimo di canoni, che le parti sono tenute a indicare nel contratto. Si tratta di una tecnica che risponde a un’esigenza eminentemente pratica perché risolve a monte uno dei profili più significativi della disciplina codicistica della risoluzione per inadempimento, che attiene all’importanza dell’inadempimento. È noto, infatti, che un contratto a prestazioni corrispettive non può risolversi per inadempimento di una delle parti, se tale inadempimento ha “scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra” (art. 1455 c.c.). In tal modo, il legislatore del 2014 ha mantenuto fermo il principio generale dell’esigenza dell’importanza dell’inadempimento, ma nel caso di specie tale valutazione non è rimessa al prudente apprezzamento del giudice ma è quantificata nella sua misura minima dalla legge⁹³. Il comma 2 dell’art. 23 considera risolto il contratto di “rent to buy” se il numero di canoni non pagati dal “conduttore” supera il ventesimo del numero complessivo degli stessi. Questa determinazione legislativa può essere modificata dalle parti per eccesso, nel senso che le parti potranno stabilire un numero di canoni minimo superiore al ventesimo; non potranno invece pattuire come soglia minima un numero di canoni inferiore perché la quantificazione minima voluta dalla legge è da considerarsi norma inderogabile⁹⁴. La legge non dice quale sarebbe

⁹³ Opinione diffusa: tra gli altri v. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy*, cit., p. 8; D’AMICO, *op. cit.*, p. 1034 (e, ora, p. 71 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); POLETTI, *Quando al “rent” non segue il “buy”*, cit., pp. 1053-1054 (e, ora, pp. 104-105 del volume collettaneo cit.); RUGGIERO, *op. ult. cit.*, pp. 1003-1004. In dottrina si precisa anche che nel caso di specie, pur trattandosi di risoluzione *ex lege*, la caducazione del contratto di *rent to buy* non è automatica, in quanto, come nel caso della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), è necessaria una dichiarazione del concedente di volersene avvalere (ad es., v. D’AMICO, cit.; POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 1053 [e, ora, p. 104 del volume collettaneo cit.]).

⁹⁴ In questo senso, tra gli altri, MALTONI, *op. cit.*, p. 1072; IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 193; POLETTI, *op. loc. ult. cit.*; RUGGIERO, *op. ult. cit.*, p. 1003, testo e nota 66. Come si è anticipato nel testo prima della nota 93, la soluzione legislativa è finalizzata “a garantire che il contratto si risolva soltanto nell’ipotesi di inadempimento di non scarsa importanza del compratore, in ossequio al disposto dell’art. 1455 c.c.” (testualmente RUGGIERO, *op. cit.*). Poiché la legge stabilisce che, al fine della determinazione del ventesimo complessivo dei canoni, il pagamento può riguardare anche un numero di

la sorte del contratto nel caso in cui le parti abbiano predeterminato un numero di canoni inferiore alla soglia minima del ventesimo. Nel silenzio della legge nei primi commenti sul nuovo contratto si è detto che si dovrebbe applicare il secondo comma dell'art. 1419 c.c., il quale esclude che la nullità di una singola clausola possa importare la nullità dell'intero contratto quando la clausola nulla sia sostituita di diritto da norme imperative⁹⁵. Con questa soluzione il problema si risolverebbe sulla base del meccanismo dell'inserzione automatica di clausole previsto nell'art. 1339 c.c.

Di fronte al disposto del comma 5 dell'art. 23 si è detto in sede di commento della disciplina del nuovo contratto che la restituzione della sola parte dei canoni in conto prezzo da parte del proprietario/“concedente” e la perdita da parte del conduttore di tutti i canoni pagati sarebbero un'ipotesi di “clausola penale di fonte legale”⁹⁶. Sempre in questa prospettiva ci si è chiesti se anche una clausola penale di tal genere sia assoggettata al controllo del giudice con possibile riduzione del suo ammontare ai sensi dell'art. 1384 c.c.⁹⁷. In

canoni “non consecutivo”, si è osservato in dottrina che “la gravità dell'inadempimento è quantitativa, riguarda cioè l'ammontare complessivo del debito” (la precisazione è di CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*). Conseguentemente, si è detto sempre in dottrina che il contratto di *rent to buy* non potrebbe mai risolversi per il mancato pagamento di una sola rata neanche se fosse stata pattuita al riguardo una clausola risolutiva espressa che in tal caso sarebbe contraria al disposto del comma 2 dell'art. 23 da considerarsi “norma imperativa di legge” (così RUGGIERO, *cit.*, p. 1004, alla nota 67, ove si ritiene corretta questa soluzione prospettata da CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*).

⁹⁵ Ancora IBERATI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁶ L'espressione è di CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*, il quale la utilizza per giustificare il disposto del comma 2 dell'art. 23 in caso di inadempimento del “conduttore”; un'analoga configurazione della ritenzione dei canoni in tal caso è accolta da POLETTI, *op. loc. ult. cit.* Di “penale”, senza ulteriori specificazioni, parla invece RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1008, per di più in un senso concettualmente diverso, cioè in riferimento alla ritenzione per il mancato esercizio, da parte del “conduttore”, del diritto all'acquisto dell'immobile.

⁹⁷ Sulla soluzione la dottrina appare divisa. In senso favorevole alcuni degli AA. *citt.* alla nota precedente (POLETTI e RUGGIERO, entrambi *op. loc. ult. cit.*). Favorevole sembra essere anche PALERMO, *op. loc. ult. cit.*, dal momento che, a suo avviso, il silenzio della legge sul punto specifico potrebbe essere superato alla luce di “elementari esigenze solidaristiche”. Si pone il problema, senza però darvi risposta, CUFFARO, *op. loc. ult. cit.* Per converso, decisamente contrario CASTELLANO, *op. loc. ult. cit.*, non essendo stato previsto in questo caso, a differenza di

secondo luogo, ci si è chiesti se al fine di rafforzare l'obbligo del pagamento dei canoni le parti possano pattuire una penale per l'inadempiamento con la conseguenza che, se la penale sia stata stipulata per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, l'atto potrebbe costituire titolo esecutivo ai sensi del n. 3, comma 2, dell'art. 474 novellato c.p.c. al fine di procedere a esecuzione forzata⁹⁸.

Si è detto pocanzi che il "conduttore", al quale sia imputabile la risoluzione del contratto, oltre alla perdita di tutti i canoni già pagati è tenuto alla restituzione dell'immobile. È questo un punto tra i più delicati della disciplina dell'art. 23 perché la restituzione dell'immobile è dovuta dal "conduttore" anche nell'ipotesi in cui non abbia ritenuto di esercitare il diritto potestativo di acquisto. La legge nulla dice nella sede specifica in ordine alle modalità di restituzione dell'immobile da parte del "conduttore", ossia per quanto riguarda il rilascio dell'immobile a favore del proprietario/"concedente". La soluzione, pertanto, deve essere ricercata a livello di sistema. In uno studio del Consiglio Nazionale del Notariato approvato il 28 maggio 2015 si è esclusa la possibilità di ricorrere al procedimento di convalida di sfratto (art. 657 ss. c.p.c.)⁹⁹ preferendo soffermarsi sulla

quanto disposto per la vendita con riserva della proprietà, un potere riduttivo del giudice; per questo A. "l'unico spazio di intervento riconosciuto all'autonomia privata potrà operare[...] nel senso di prevedere una disciplina di maggior favore per il conduttore, limitando l'importo o il numero dei canoni trattenuti".

⁹⁸ Anche su questi altri punti la dottrina si mostra divisa. In senso favorevole alla pattuizione di una penale v. POLETTI, *L'accesso "graduato" alla proprietà immobiliare*, cit., p. 44. Altri autori, invece, ritengono che una penale possa essere stipulata solo a favore del concedente (così CUFFARO, *op. ult. cit.*, p. 9, alla nota 19); di contrario avviso BARALIS, *op. cit.*, p. 30, il quale ritiene possibile una clausola penale solo "a carico del concedente". Seri dubbi sull'"attitudine del contratto di *Rent to buy* - pur rivestito della forma notarile - ad incorporare un titolo esecutivo per il rilascio dell'immobile" sono sollevati da FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 499 (il corsivo è dell'A.). Sulla questione dell'idoneità del contratto di *rent to buy* a costituire un titolo esecutivo stragiudiziale, in presenza di una clausola risolutiva espressa *ex art.* 1456 c.c., v. *infra*, testo e nota 100.

⁹⁹ Si tratta del più volte ricordato Studio n. 102-2015/C del Consiglio Nazionale del Notariato a cura di S. Sideri, cit., p. 20. Anche in dottrina è per il momento prevalente la soluzione negativa, essendo il procedimento per la convalida di sfratto non suscettibile di applicazione analogica in quanto previsto per il solo

disciplina del titolo esecutivo e, più in particolare, sui requisiti che il diritto ivi contenuto deve presentare. La conclusione è stata la seguente: in caso di inadempimento del “conduttore”, se il contratto di “*rent to buy*” è stato stipulato per atto pubblico e contiene una clausola risolutiva espressa ai sensi dell’art. 1456 c.c. costituisce un titolo esecutivo stragiudiziale sulla base del quale il proprietario/“concedente” può agire in sede esecutiva per ottenere il rilascio dell’immobile¹⁰⁰, senza necessità di un accertamento giudiziale del suo diritto in sede di cognizione piena o di cognizione sommaria.

La tutela del “conduttore”/potenziale acquirente dell’immobile è completata dalla previsione dell’ultima frase del comma 3 dell’art. 23, la quale stabilisce espressamente che “in caso di inadempimento si applica l’articolo 2932 del codice civile”. In altre parole, il “conduttore” in caso di inadempimento del proprietario/“concedente” alla stipula dell’atto traslativo può avvalersi dell’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto. Questa

contratto di locazione: ad es., v. POLETTI, *op. ult. cit.*, p. 59; ID., *Quando al “rent” non segue il “buy”*, cit., p. 1058 (e, ora, p. 114 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1011; BENNI DE SENA, *op. cit.*, p. 1019. Una posizione apparentemente diversa sembrerebbe quella di MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 960, per il quale sarebbe possibile estendere al contratto di *rent to buy* in via analogica il procedimento di cui all’art. 657 ss. c.p.c., ma solo in quanto l’A. parte dal diverso presupposto che il nuovo contratto andrebbe ricondotto “allo schema operativo dei contratti misti” sicché “la disciplina da applicare” sarebbe da individuarsi “alla luce della natura della prestazione[...]”.

¹⁰⁰ A questa conclusione perviene un altro Studio del Consiglio Nazionale del Notariato approvato nella seduta del 28 maggio 2015: trattasi dello Studio Civiltistico n. 283-2015/C a cura di E. Fabiani, soprattutto il n. 6, pp. 15-16 (lo Studio è richiamato espressamente da MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 960, alla nota 12). La soluzione ha avuto un certo seguito in dottrina: tra gli altri v. FABIANI, *Rent to buy, inadempimento del conduttore e rilascio dell’immobile*, in *Notariato*, 2015, p. 381 ss., *ivi* alle pp. 387 e 389; POLETTI, *op. loc. ult. cit.*; BENNI DE SENA, *op. loc. ult. cit.* Sempre in dottrina sembra però altrettanto seguita la tesi che considera titolo esecutivo il mero contratto di *rent to buy* se redatto nella forma dell’atto pubblico: così CICERO, *Rent to buy*, cit., p. 1044 (e, ora, p. 49 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy*, cit., p. 9; ZANELLI, *op. cit.*, p. 24. Una posizione ancora diversa è quella di MALTONI, *op. cit.*, perché si limita a precisare che la clausola risolutiva espressa può essere apposta al nuovo contratto a favore del concedente, senza poi porsi il problema se possa valere come titolo esecutivo per il rilascio.

facoltà spetta soltanto al “conduttore” nonostante che la ricordata ultima frase dell’art. 23 non faccia una menzione espressa di quest’ultimo. Infatti, il disposto dell’ultima frase dell’art. 23 va letto unitamente a quanto previsto nella prima frase del comma 1 che parla soltanto di un “diritto per il conduttore di acquistarlo [l’immobile] entro un termine determinato”: infatti, se l’obbligo di stipulare l’atto di vendita grava solo sul “concedente”, il diritto di ricorrere all’esecuzione forzata in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* non può che spettare al solo “conduttore”¹⁰¹, sicché l’inadempimento ai fini dell’esecuzione forzata in forma specifica è un fatto del solo “concedente”. Sull’ambito di applicazione dell’art. 2932 al contratto di “*rent to buy*” non vi è concordanza di vedute in dottrina. Infatti, secondo uno dei più autorevoli commentatori dell’art. 23 la norma sarebbe applicabile solo nell’ipotesi in cui il “conduttore” abbia provveduto al pagamento dell’intero importo concordato dei canoni e sia decorso inutilmente il termine stabilito per la stipula del contratto di vendita. Al di fuori di questa ipotesi non sarebbe configurabile un’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo di contrarre¹⁰².

Un’ultima notazione per concludere sul disposto del comma 5 dell’art. 23. La disciplina degli effetti della caducazione del contratto di “*rent to buy*” a seguito della risoluzione per inadempimento del “concedente” o del “conduttore” costituisce una disciplina speciale diversa rispetto a quella che nel nostro ordinamento è prevista in caso di caducazione di un contratto per annullamento o rescissione

¹⁰¹ È questo l’orientamento prevalente in dottrina che, di fronte all’inadempimento del “conduttore”, riconosce al concedente soltanto i normali rimedi di diritto comune, a cominciare dalla risoluzione *ex art. 1453 ss. c.c.*: v., ad es., MALTONI, *op. ult. cit.*, p. 1071; CICERO, *op. ult. cit.*, p. 1047 (e, ora, p. 57 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili*, cit., p. 190; POLETTI, *L’accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., p. 47; RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1010. Parzialmente diversa è l’opinione di BARALIS, *op. cit.*, pp. 30-31, in quanto ritiene che il concedente possa avvalersi della norma se il “conduttore” non paghi i canoni dopo aver esercitato il diritto di acquisto dell’immobile. Non mancano, tuttavia, Autori per i quali l’art. 2932 c.c. si riferirebbe indifferentemente a entrambe le parti del rapporto: così CASTELLANO, *op. cit.*, p. 58; VAIRA, *op. cit.*, p. 234.

¹⁰² Su questa interpretazione restrittiva dell’art. 2932 c.c. v. anche *supra* al n. 4, testo e nota 67, ove è riportata anche l’opinione decisamente contraria.

o risoluzione dello stesso. Nel sistema del codice civile del 1942 la mancanza sopravvenuta della *causa solvendi*, ed è proprio questa l'ipotesi della risoluzione del contratto per inadempimento, comporta l'applicazione della disciplina generale sull'indebitto¹⁰³, in particolare quella di cui all'art. 2033 c.c. che ne rappresenta la clausola generale, salvo quanto stabilito nel primo comma dell'art. 1458 c.c. per i contratti ad esecuzione continuata o periodica. Per converso, il regime previsto dal comma 5 dell'art. 23 appare modellato all'interno del contratto di “*rent to buy*” sul modello delle restituzioni contrattuali tipico degli ordinamenti di *Common law*, che sono ordinamenti di tipo prospettico, mentre il regime delle restituzioni contrattuali nei sistemi di *Civil law* (particolarmente quello italiano e francese) è di tipo retrospettivo¹⁰⁴. Infatti, nel contratto di “*rent to buy*”,

¹⁰³ In questo senso è fermissima la nostra giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito, che al fine delle restituzioni contrattuali pone la mancanza sopravvenuta della *causa solvendi* (annullamento, rescissione e risoluzione del contratto) sullo stesso piano di quella originaria (contratto nullo): v., tra le altre, Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Rep. Giur. it.*, 2000, voce “Indebito (Pagamento dell’)”, n. 2; Cass., 13 novembre 2003, n. 17146, *ivi*, 2004, voce cit., n. 7; Trib. Brescia, 2 maggio 2003, *ivi*, voce cit., n. 16. A conferma della continuità di questo indirizzo v. in termini, tra le decisioni più recenti, Cass., 28 maggio 2013, n. 13207, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce “Indebito”, n. 8; Cass., 25 agosto 2014, n. 18185, *ivi*, 2014, voce “cit.”, n. 6 (in un caso di risoluzione del contratto). Il principio della retroattività degli effetti della caducazione del contratto è la caratteristica saliente dei sistemi di derivazione francese che sono per questo di tipo “retrospettivo” e si contrappongono ai sistemi di tipo “prospettico” quali sono gli ordinamenti di *Common law* ove non vige la regola della retroattività (su questa diversità di modelli v. anche la nota seguente). Per una prima informazione sui sistemi di tipo “retrospettivo” e sul modello unitario di obbligazione restitutoria (la disciplina dell'indebitto) ci sia consentito di ricordare i ns. *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.; *Restituzioni contrattuali e disciplina dell'indebitto in una prospettiva di riforma del diritto delle obbligazioni*, nel volume collettaneo *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 564 ss., ai quali si rinvia anche per un raffronto tra i due sistemi e per la ricca bibliografia in argomento. Da ultimo, per una sintesi sulla disciplina delle restituzioni contrattuali quando si tratti di prestazioni entrambe già eseguite, ci sia consentito di rinviare al ns. *La disciplina generale delle obbligazioni*, s.d., Torino, 2015, pp. 276-277.

¹⁰⁴ I due sistemi, quello retrospettivo e quello prospettico, sono caratterizzati dal fatto di avere un modello diverso di obbligazione restitutoria. In particolare, al

la caducazione del contratto non comporta il ripristino integrale dello *status quo ante* stante il diritto del “concedente” di trattenere l’intero ammontare dei canoni in conto prezzo nel caso di inadempimento del “conduttore”¹⁰⁵.

Trattandosi di disciplina speciale, è da chiedersi se il disposto del comma 5 dell’art. 23 possa essere integrato a livello di sistema attraverso l’applicazione della disciplina generale in tema di risoluzione per inadempimento (art. 1453 ss. c.c.)¹⁰⁶.

6. Riflessioni conclusive sul nuovo tipo contrattuale e sulla causa dell’operazione economica.

Da quanto sopra esposto in ordine alla disciplina del contratto di “*rent to buy*”, emerge chiaramente che si tratta di un tipo contrattuale

modello unitario delle restituzioni contrattuali, tipico degli ordinamenti di derivazione francese, si contrappone il sistema a doppio binario, che caratterizza gli ordinamenti di *common law* e i Principi del diritto contrattuale europeo. Una posizione intermedia tra questi due sistemi è quella del diritto tedesco in quanto, pur seguendo il sistema del doppio binario, accoglie il principio franco-italiano della retroattività degli effetti della caducazione del contratto. In altri termini, il modello unitario è quello che ravvisa nella disciplina dell’indebito l’unico modello di obbligazione restitutoria, senza distinguere le restituzioni da fatti quasi contrattuali dalle restituzioni conseguenti alla caducazione del contratto, come avviene invece nei modelli a doppio binario che riportano queste ultime al diritto dei contratti. Nella nostra dottrina tra gli autori che ritengono preferibile il sistema a doppio binario rispetto al modello unitario italo-francese v., soprattutto, DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, pp. 291-317; ID., *La tutela civile dei diritti*³, Milano, 2001, p. 328 ss.; ID., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pp. 539-550; ID., *Recesso e risoluzione del contratto nella riforma dello Schuldrecht: al di là dell’inadempimento colpevole*, *ivi*, 2004, p. 13 ss.

¹⁰⁵ Anche su questo aspetto si conferma la “funzione equilibratrice” che l’art. 23 “assolve” sul punto specifico attraverso la “disciplina contenuta nel 5° comma, la quale sottrae la caduta del rapporto a quella che, in un’ottica di tipo consensualistico, potrebbe ascrivere all’operatività di un meccanismo condizionale”: in questi termini G. PALERMO, *L’autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., p. 496.

¹⁰⁶ La soluzione, come si è anticipato alla nota 101, è strettamente collegata all’ambito di applicazione dell’art. 2932 c.c. Sul punto la dottrina è divisa: v., in vario senso, gli AA. citati alla suddetta nota 101.

diverso da quello di altri schemi negoziali che pure sono utilmente utilizzabili dai privati, ma che contratto di “*rent to buy*” non sono e quindi non consentono al potenziale acquirente dell’immobile di beneficiare fin dal momento della conclusione del contratto degli effetti prenotativi della trascrizione previsti dall’art. 2645-*bis* c.c.¹⁰⁷. In altre parole, trattandosi di un contratto finalizzato all’acquisto del diritto ancorché preceduto dall’immediata immissione nel godimento dell’immobile oggetto del futuro contratto di vendita, il contratto di “*rent to buy*” non è un contratto di locazione nel quale sia stato inserito un contratto preliminare di vendita, né è un contratto di locazione con patto di futura vendita con imputazione dei canoni al corrispettivo¹⁰⁸. A queste figure manca l’unitarietà tipica del contratto di “*rent to buy*” che costituisce un’unica operazione e non già il risultato del collegamento tra due o più schemi negoziali autonomi ancorché funzionalmente collegati¹⁰⁹. La strumentalità dell’immissione nell’immediato godimento dell’immobile rispetto all’acquisto del diritto di proprietà, che costituisce la fase conclusiva del rapporto contrattuale, è la caratteristica del nuovo contratto, come si è detto più volte in precedenza¹¹⁰. In particolare, la stessa possibilità di ricorrere all’esecuzione forzata in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. (ultima frase, comma 3, art. 23) “vale [...] a confermare la funzione traslativa propria del negozio” di “*rent to buy*”¹¹¹. In altri termini, è significativo che uno dei primi commentatori dell’art. 23 abbia sottolineato che, se si vuole ragionare in termini di “categorie giuridiche

¹⁰⁷ Come accade quando manchi l’articolazione del canone in due parti, una delle quali in conto prezzo, ancorché si tratti di contratti finalizzati al successivo acquisto dell’immobile. Secondo la migliore dottrina, infatti, in tali casi lo schema negoziale adottato esula dal disposto dell’art. 23. In termini, anche sul punto specifico dell’esclusione del beneficio della trascrizione *ex* art. 2645-*bis* c.c., v. GUARDIGLI, *op. cit.*, p. 809.

¹⁰⁸ In questo senso v., per tutti, D’AMICO, *op. cit.*, p. 1036 (e, ora, p. 74 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); DELFINI, *op. cit.*, p. 818. Ulteriori indicazioni, di recente, in LUMINOSO, *op. cit.*, pp. 941-942.

¹⁰⁹ Per i necessari riferimenti (anche sugli Autori che parlano invece di due distinti contratti collegati) v. al n. 1, testo e nota 8, e al n. 3, testo e note 28-29.

¹¹⁰ Sul punto v. soprattutto al n. 3, testo e note 30-32.

¹¹¹ La considerazione è di CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 503, del quale è anche la frase riportata nel testo.

funzionali alla classificazione delle situazioni soggettive”, ciò che caratterizza la nuova operazione contrattuale è il “passaggio da una situazione obbligatoria, come tale essenzialmente strumentale, ad una situazione reale, come tale essenzialmente finale”¹¹². Se tutto questo è vero, il contratto di “*rent to buy*” costituisce nell’ambito dei contratti tipici e atipici un *unicum* che ne fa un’operazione autonoma e diversa dagli altri schemi negoziali che pure sono legittimamente utilizzabili da parte dei privati¹¹³: non fosse altro che per il fatto che solo lo schema contrattuale previsto dall’art. 23 consente di beneficiare degli effetti prenotativi della trascrizione dei contratti preliminari di cui all’art. 2645-*bis* c.c. con l’ulteriore elevazione dell’ambito temporale a dieci anni¹¹⁴.

Se è vero che il contratto di godimento in funzione del successivo acquisto dell’immobile costituisce un contratto tipico e quindi diverso da ogni altro contratto a cominciare da quelli di locazione o di vendita, è altrettanto vero che al nuovo contratto non saranno applicabili né le norme codicistiche sulla locazione, in particolare l’art. 1526 c.c., né la disciplina vincolistica prevista nella legislazione di settore per questo tipo di contratto¹¹⁵. Del pari, se l’immediata immissione nel godimento dell’immobile produce effetti soltanto obbligatori tanto è vero che per l’acquisto del diritto di proprietà da

¹¹² Entrambe le frasi riportate nel testo sono di CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l’acquisto di immobili*, cit., 6. Per ulteriori indicazioni sul punto specifico della strumentalità del godimento dell’immobile rispetto al suo acquisto v. *supra* al n. 3, testo e note 31-32.

¹¹³ Anche qui per i necessari riferimenti v. *supra* al n. 1, testo e note 8-9.

¹¹⁴ Come si è già visto poc’anzi in questo stesso n., testo e nota 107.

¹¹⁵ Opinione prospettata già nella prima pronuncia di un giudice di merito: v. la motivazione dell’ordinanza del Tribunale di Verona, 12 dicembre 2014, cit., ove si precisa con chiarezza che “il contratto di *rent to buy* come disciplinato dall’art. 23 del dl 133/14 rappresenta un nuovo contratto non assimilabile al contratto di locazione”, sicché “non è applicabile la disciplina del contratto di locazione con particolare riferimento alla durata minima”. È questo l’orientamento della dottrina largamente dominante, quasi superflui i riferimenti: comunque, v., ad es., BIANCA, *op. cit.*, p. 847; D’AMICO, *op. cit.*, p. 1038 (e, ora, pp. 79-80 del volume collettaneo *Rent to buy*, cit.); DELFINI, *op. cit.*, p. 819; FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, cit., p. 497; IBERATI, *op. cit.*, p. 194; PADOVINI, *op. cit.*, p. 500; PALERMO, *op. cit.*, p. 494; RUGGIERO, *op. cit.*, p. 994. Da ultimo v. BARALIS, *op. cit.*, p. 11; BENNI DE SENA, *op. cit.*, p. 612.

parte del “conduttore” è necessario stipulare un successivo contratto di vendita, sicché il diritto di godimento del “conduttore” è un diritto di natura personale e non reale, al nuovo contratto non si applicano le norme della legislazione speciale che riguardano i contratti aventi ad oggetto un diritto reale, le quali invece si dovranno applicare all’eventuale e successivo atto di trasferimento, come, a titolo soltanto esemplificativo, la normativa edilizia ed urbanistica nonché quella sulla conformità catastale nella parte in cui prescrivono a pena di nullità “specifiche formalità” in sede di redazione del contratto di “rent to buy”¹¹⁶.

Che poi il nuovo contratto possa raggiungere gli scopi voluti dal legislatore del 2014 è un altro paio di maniche¹¹⁷. Non è un caso che i primi commentatori dell’art. 23 abbiano sottolineato “la difficoltà di governare la figura contrattuale così introdotta nel sistema”¹¹⁸ ponendosi una serie di interrogativi ai quali soltanto la prassi e l’esperienza giurisprudenziale potranno dare un’adeguata risposta, dovendosi risolvere il dubbio se “attraverso la sola attività novellatrice di un codice civile che resiste al tempo” sia possibile per il legislatore superare “l’attuale frammentazione normativa” e per il giudice dare soluzioni con “il carattere della ragionevolezza” ai casi concreti venuti alla sua attenzione¹¹⁹.

¹¹⁶ Precisazioni di IBERATI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁷ Significativa al riguardo la notazione conclusiva di POLETTI, *L’accesso “graduato” alla proprietà immobiliare*, cit., pp. 64-65 (“[...] il contratto rent to buy [...] porta alla ribalta un’operazione contrattuale nella quale si esprime [...] il tratto diffuso nella vita odierna: l’instabilità”).

¹¹⁸ Come si è già detto *supra* al n. 3, testo e nota 45, questa valutazione critica è di CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy*, cit., p. 7.

¹¹⁹ Gli interrogativi e i dubbi sono di PALERMO, *op. cit.*, p. 497, del quale sono anche le parole riportate nel testo. Analoghe riserve sull’operato del legislatore del 2014 sono sollevate da TESTA, *op. cit.*, p. 38, ove si lamenta la mancanza di “una confacente completezza ed una riflessiva attenzione a certe questioni che la stessa disciplina di una materia porrebbe” con la conseguenza che “certe espressioni normative [...] soffrono i rischi tipici delle *boutade*, del tutto fuorvianti rispetto ad un sistema normativo, come quello italiano, che si è tradizionalmente distinto per la puntualità e la chiarezza della normazione”(il corsivo è dell’A.).

FILIPPO NAPPI
già Professore ordinario di diritto privato
Università degli studi di Napoli Parthenope

ENTI NO PROFIT E REGOLE DI MERCATO: IL PROGETTO DI UN CASO “IN USO ACCADEMICO”

SOMMARIO: 1. Didattica casistica di matrice pandettistica: esame critico di un esercizio in tema di enti no profit. – 2. La progettazione di casi “in uso accademico” come profilo di una sperimentazione metodologica per l’educazione del pensiero critico nella forma del giudizio giuridico.

1. Didattica casistica di matrice pandettistica: esame critico di un esercizio in tema di enti no profit.

L’esercizio di soluzione di questioni casistiche, che realizza, ad avviso di chi scrive, un’esigenza formativa d’indifferibile assolvimento già nella fase iniziale degli studi giuridici¹ – e non solo, com’è ovvio, per chi, terminati gli studi universitari, si prepara all’esercizio di una professione – può servire a mettere in chiara luce la reale portata di valori che, a dispetto della loro solenne proclamazione, rischiano, in assenza di un’esperienza applicativa, di restare solo vagamente percepiti, ed esposti ad ogni sorta di fraintendimento, soprattutto dal neofita, lasciandolo, alla prova dell’esperienza del giudizio, impreparato, nel metodo e negli strumenti operativi, a quella pratica del giudizio giuridico sulla quale

¹ Sul tema, al quale chi scrive ha dedicato numerosi studi, cfr. da ultimo NAPPI, *Esercizi di prudenza giuridica*, Torino, 2019; ID., *Sul valore formativo dell’esercizio casistico. Invito alla rilettura della “Crestomazia” di Emanuele Gianturco*, in Gatt e Caggiano (a cura di), *La Crestomazia di Gianturco. La rilettura sistematica di Filippo Nappi per una nuova didattica del diritto privato*, Napoli, 2020, p. 49 ss.

dovrebbe invece misurarsi il risultato più profondo – il c.d. deutero-apprendimento² – dell’insegnamento del diritto. Forse, un po’ più radicalmente, si potrebbe dire, parafrasando l’affermazione di Kant secondo cui non si può imparare la filosofia ma solo a filosofare³, che nemmeno si può imparare il diritto, ma solo a giudicare secondo canoni giuridici.

La pratica dell’insegnamento casistico, che usiamo contrapporre a quella dell’insegnamento dommatico, ravvisandovi, quando è utilizzata da docenti di *civil law*, il segnale di un adattamento alla metodologia del *case-method teaching*, ha invece anche una sua autonoma genealogia: che risale all’esperienza didattica dei pandettisti tedeschi del primo scorcio del XIX secolo, impegnati a mostrare la perenne validità delle regole di diritto romano comune con continui riferimenti alle pratiche della vita contemporanea e con un impegno ed una consapevolezza pedagogici di peculiare intensità.

È noto che Georg Friedrich Puchta, il geniale fondatore della giurisprudenza dei concetti, usava proporre ai suoi studenti, nello studio delle pandette, questioni casistiche illustrative della regola giuridica, che, nella declinazione casistica, benché ancora strettamente aderente alla formulazione della regola, e quindi incapace di coglierne anche inattesi e problematici svolgimenti, le conferivano tuttavia una plastica evidenza e, sia pure conservando un notevole grado di astrattezza, un qualche riferimento alla realtà contemporanea dei rapporti economico-sociali. Ma per dare la giusta

² Per questa terminologia cfr. BATESON, *Le categorie logiche dell’apprendimento e della comunicazione*, in ID., *Verso un’ecologia della mente*, Milano, 1976, p. 207, ss.

³ HUSSERL, *La filosofia come scienza rigorosa*, Roma-Bari, 2005, p.5. La filosofia è intesa piuttosto come pratica di pensiero critico che come oggetto trasmissibile di conoscenza sul modello delle scienze fin dai primordi del pensiero greco. Per esempio, secondo PLATONE “non è questa mia una scienza come le altre, non si può in alcun modo comunicare, ma come fiamma si accende da fuoco che balza [...] e poi si nutre di sé medesima” (VII lettera, 341d): cfr. FABBRICHESI, *Cosa si fa quando si fa filosofia*, Milano, 2017, p. 21 ss. L’idea dell’indagine filosofica come pratica spirituale è ben tratteggiata da HADOT, il quale (*Esercizi spirituali e filosofia antica*, Torino, 2005, p. 169) registra il fatto che la filosofia moderna abbia “dimenticato” questa tradizione e sia diventata “quasi esclusivamente un discorso teorico”.

evidenza all'originalità di questa sperimentazione didattica è opportuno riportare le parole di Emanuele Gianturco che – nel presentare la sua celebre “Crestomazia di casi giuridici in uso accademico” in cui si dà seguito in Italia al metodo casistico introdotto dalla pandettistica tedesca – riconosce all'illustre giurista tedesco il merito di aver introdotto nel moderno insegnamento accademico quella casistica che era “esclusivo e non invidiabile patrimonio dei pratici”⁴. Tuttavia si rimarca che l'intento del Puchta “era di gran lunga diverso e lontano dal loro! Essi raccoglievano sentenze per erudizione dei causidici, egli invece proponeva casi giuridici per corroborare con esercizi analitici le menti assopite dalle sintesi concettuali: essi si volgevano alle facoltà meramente recettive, il Puchta invece alle più fattive e operose della mente giovanile”⁵. Come si vede l'utilizzo accademico della casistica è radicalmente diverso da quello dei pratici: alla pigra acquiescenza dei pratici alle soluzioni giurisprudenziali, si sostituisce, nella pratica didattica, l'incentivo all'uso del pensiero critico negli esercizi di addestramento al giudizio applicativo. Utilizzando il medesimo criterio distintivo, potremmo oggi dire che l'uso della più recente manualistica, di corredare il testo con numerosi riferimenti giurisprudenziali, risponde più a quest'esigenza meramente ricettiva dei pratici – ed infatti questa innovazione della manualistica è soprattutto ad essi indirizzata –, che a quella di formazione del pensiero critico attraverso l'addestramento al giudizio applicativo.

Ma alla piena maturazione dell'esperienza didattica inaugurata da Puchta si perviene grazie a Rudolf Jhering, che, formatosi a quella scuola, inizialmente ne segue pedissequamente il metodo, ma poi ne avverte il limite della stretta dipendenza dei casi proposti alla formula normativa, della loro perdurante astrattezza, e quindi dell'inidoneità a condurre il discente nell'esplorazione della casistica di riferimento per saggiare la forza di sintesi della regola e

⁴ Cfr. GIANTURCO, *Crestomazia*, in Gatt e Caggiano (a cura di), *La Crestomazia di Gianturco*, cit., p. 13. Più in generale il metodo d'insegnamento casistico introdotto da Puchta ed affinato da Jhering riceve un entusiastico apprezzamento da parte di Emanuele Gianturco che dedica proprio a Jhering la sua “*Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*”, Napoli, 1885.

⁵ GIANTURCO, *op. ult. cit.*

apprezzare nel suo giusto valore la sua astratta formulazione. Si definisce così più compiutamente il nuovo metodo d'insegnamento casistico esemplato soprattutto nel celebre testo di Jhering, la *Jurisprudenz im täglichen Leben*, che ebbe molto successo nella pratica didattica italiana⁶, soprattutto dei romanisti, a partire dalla seconda metà del XIX secolo: in primo luogo si segue in questo testo la direttiva pedagogica di fornire ai discenti nozioni che fanno riferimento, quanto più è possibile, alla loro esperienza quotidiana.

A questo modello s'ispira un esercizio un tratto da una preziosa raccolta di casi, "per la didattica e l'autovalutazione" curata da Giovanni Iudica e Paolo Zatti⁷. Ecco di seguito il caso sottoposto agli studenti, in tema di enti no profit.

"Tizio e Caio decidono di frequentare l'Università in una città diversa da quella di loro provenienza. All'inizio dei corsi universitari si mettono dunque alla ricerca di un bilocale, possibilmente nelle immediate vicinanze dell'Università. La ricerca però non dà i frutti sperati sicché devono rassegnarsi a prendere in locazione un piccolo appartamento situato a notevole distanza dall'Università. Tra le spese che dovranno affrontare pertanto vi è anche quella dell'abbonamento ai mezzi di trasporto pubblico.

A distanza di qualche tempo Tizio e Caio si rendono conto che, nonostante abbiano utilizzato spesso i mezzi pubblici, non sia mai capitato di essere fermati da un "controllore". Perché allora – pensano Tizio e caio – non fare a meno dell'abbonamento e dividere, nell'eventualità che uno di loro fosse scoperto il costo dell'eventuale sanzione inflitta? Dalle intenzioni Tizio e Caio passano ai fatti e [...] con notevole "successo". Nei primi mesi del mancato rinnovo dell'abbonamento, nonostante un uso intenso dei mezzi pubblici, non vengono "scoperti", sicché ben può dirsi – ad opinione di Tizio e Caio – che il denaro non speso per il rinnovo dell'abbonamento è denaro "risparmiato".

⁶ JHERING, *Die Jurisprudenz im täglichen Leben*, tradotta e annotata da Perugia sotto la direzione di Serafini, Bologna, 1871

⁷ IUDICA e ZATTI (a cura di), *Linguaggio e regole del diritto privato. Casi e domande. Per la didattica e l'autovalutazione*, Padova, 2001, p. 101.

Sulla scorta del “successo” di questa loro “idea”, Tizio e Caio decidono di estendere costituendo l’*associazione non riconosciuta* “liberi di viaggiare”: per aderirvi è necessario essere studenti e pagare un contributo di £ 10.000 al mese. A fronte di questa erogazione l’associazione s’impegna a tenere indenne, sotto il profilo patrimoniale, eventuali soci “scoperti” a viaggiare sui mezzi di trasporto pubblico senza biglietto/abbonamento valido.

L’idea riscuote anche presso i colleghi un successo strepitoso e, man mano che si “sparge la voce”, a Tizio e Caio sorge qualche dubbio sulla liceità di questo fatto.

Sono giustificati i dubbi di Tizio e Caio?”

Nel dettaglio agli studenti vengono poi posti i seguenti quesiti “di primo livello”:

1) Quali formalità sono richieste per costituire un’associazione non riconosciuta?

2) È lecita l’associazione non riconosciuta costituita da Tizio e Caio?

3) Potrebbero Tizio e Caio eventualmente chiederne il riconoscimento?

Un pregio evidente dell’esercizio sta nel rispondere a quella primaria esigenza dell’insegnamento che richiede di proporre ai discenti esperienze quanto è più possibile prossime alla loro esperienza. Il tema dei soggetti diversi dalle persone fisiche, ostico per chi intraprende lo studio del diritto privato, viene infatti inserito in un contesto esperienziale ben noto ai giovani studenti: è probabile che molti di essi, iscritti al primo anno del corso di laurea in giurisprudenza, abbiano fatto – soprattutto nelle grandi sedi universitarie e ancor più se iscritti ad un corso di un’università straniera nell’ambito di un percorso di studio “Erasmus” – proprio la medesima esperienza di Tizio e Caio, e proprio come loro abbiano vissuto la frustrante, e a volte addirittura dolorosa, esperienza dell’inadeguatezza delle loro risorse finanziarie a provvedere ad un alloggio che non li obblighi, per la frequenza dei corsi universitari, a lunghi trasferimenti stressanti e a volte notevolmente dispendiosi.

Anche il registro linguistico dell’esercizio risponde alla medesima esigenza pedagogica: è ben lungi da quello dei repertori casistici di uso professionale, in cui l’adozione di un linguaggio

tecnico, molto limitatamente apprezzabile dal neofita, ha invece un effetto di estraniamento che impedisce il pieno coinvolgimento anche emotivo del discente⁸. Al contrario, anche in certe prese di distanza linguistiche marcate dal virgolettato, si avverte un atteggiamento di apertura piuttosto che rigidamente censorio, una sorta di bonaria e paternalistica accondiscendenza allo spirito di ribellismo giovanile e goliardico che sembra animare l'iniziativa degli studenti.

In questo contesto narrativo il giudizio d'illiceità dell'associazione è difficilmente contestabile, favorito anche dal porre la questione nei termini estremi imposti dalla circostanza dell'allargamento inatteso della partecipazione all'associazione: l'evidenza del rischio di un grave danno economico al servizio di trasporto pubblico è un indizio inequivocabile dell'illiceità dell'iniziativa.

Naturalmente lo stato iniziale del corso di diritto privato in cui si affronta la tematica degli enti no profit limita il quesito posto agli studenti nell'ambito generico della liceità dell'ente, rimanendo inevase le questioni relative al tipo di invalidità dell'atto costitutivo (se per esempio può configurarsi una nullità anche per contrarietà al buon costume) e alle conseguenze che, anche sul piano risarcitorio, possono derivare ai responsabili dell'associazione. Ciò consente, come spesso accade, di riproporre la questione in più fasi di svolgimento del corso attivando nel discente quella facoltà di sintesi di vari settori della normativa che il manuale, per la sua struttura e per il corrente stile espositivo, tende a trascurare con grave danno per un'effettiva comprensione della logica del sistema.

2. La progettazione di casi "in uso accademico" come profilo di una sperimentazione metodologica per l'educazione del pensiero critico nella forma del giudizio giuridico.

Ora, tuttavia – nella prospettiva di una didattica che metta in primo piano l'addestramento al giudizio applicativo come obiettivo

⁸ Sull'importanza del coinvolgimento emotivo del discente – prodotto anche da una sapiente tecnica di *storytelling* - come fattore d'impulso del processo di apprendimento ed in generale di addestramento ad un giudizio applicativo cfr., più ampiamente, NAPPI, *Esercizi*, cit., p. 25 ss.

primario ed autonomo dell'insegnamento, ed individui quindi nell'esercizio casistico un momento fondamentale dell'apprendimento come processo formativo – si provi ad arricchire la vicenda di altri dati rilevanti. Si valorizzi per esempio la circostanza che Tizio e Caio appartengono, a quanto sembra, a famiglie di modeste condizioni finanziarie; che in ogni caso il loro *budget* gli consente di prendere in locazione solo un piccolo appartamento molto lontano dalla sede universitaria. Si può allora negare che essi abbiano trovato un serio ostacolo all'esercizio, in piena uguaglianza con gli studenti appartenenti a famiglie più agiate, di un diritto fondamentale come il diritto allo studio? Che l'art. 3, comma 2, Cost. affida alla Repubblica il compito di rimuovere ostacoli di siffatta natura?

Immaginiamo che lo scopo dell'associazione non esaurisca la sua portata nell'esercizio di una generica e velleitaria "libertà di viaggiare", ma vada più a fondo, identificandosi nell'intenzione di favorire, limitandone i costi, l'esercizio di una fondamentale esigenza di promozione della persona umana, come quella realizzata dal diritto allo studio; che nello statuto dell'associazione si rimarchi questo prevalente intento di sostegno di "categorie di persone svantaggiate", riproducendo la formula utilizzata per gli enti filantropici nell' art. 37 dl. 3 luglio 2017 n.117; e che quindi sia riservata l'iscrizione all'associazione a coloro che siano in grado di documentare l'appartenenza ad una famiglia di reddito medio-basso; che si sia deciso – benché lo statuto dell'associazione statuisca che "il rimborso della sanzione pecuniaria irrogata al socio sprovvisto di titolo di viaggio è corrisposto a semplice richiesta del socio corredata dalla documentazione del pagamento della sanzione" – che il rimborso non possa essere riconosciuto che per una documentata esigenza di recarsi all'Università (per seguire corsi di lezioni, per frequentare la biblioteca universitaria, ecc.); che proprio per questi motivi l'associazione sia stata denominata "Associazione per il diritto allo studio"; che infine l'associazione non si limiti a fornire ai soci questo servizio, ma si proponga di supportarli in vario modo nella soluzione di problemi di studio degli studenti fuori sede (appartenenti a famiglie di reddito medio-basso). Insomma, che in tutta evidenza risulti che il progetto di costituzione dell'associazione

sia stato finalizzato al sostegno economico di persone che, per condizioni economiche disagiate, hanno difficoltà a realizzare quel diritto allo studio, come profilo del “pieno sviluppo della persona umana” che lo Stato deve garantire attraverso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale (art. 3 comma 2, Cost.).

Il discente avverte allora che il confine tra la proclamazione e la pratica dei valori e il suo contrario, tra legittime aspirazioni e giovanile cialtroneria, non è sempre così netto ed evidente. L'esito del giudizio di illiceità dell'associazione, abbastanza agevole nell'esercizio da cui abbiamo preso le mosse, diviene ora, con le modifiche prospettate, l'approdo di un percorso in cui s'incrociano plurimi criteri di valutazione, imponendo allo studente, impegnato nella formulazione di un giudizio motivato, uno sforzo di disciplina di istanze emotive e conoscitive⁹ – da svolgere nei tempi di una meditazione individuale e di un confronto con il docente ed i colleghi –, senza il quale la base del giudizio gli si presenta confusa o sostenuta da motivazioni che rischiano di rilevarsi, in quanto non fondate su chiare basi cognitive, estranee ad una pratica corretta della tecnica del giudizio giuridico.

Al docente, nel solco di un'antica tradizione alla quale si è fatto riferimento, spetta il compito di rinunciare, nel dialogo con gli studenti, al rango di autorevole ed indiscusso elargitore di nozioni astratte – e quindi praticamente incontrollabili – e di vestire invece il più umile e stimolante abito di garante e controllore della correttezza procedurale di formazione del giudizio giuridico. In pratica, senza ovviamente rinunciare all'esposizione del sistema normativo, ma ridotta questa fase della didattica a momento concorrente con l'esercizio applicativo, il docente proporrà agli studenti un caso, invitandoli a svolgere per iscritto un esercizio, in cui ad una puntuale impostazione della questione seguirà la soluzione adottata, motivata da un ragionamento in cui ogni passaggio sia chiaramente e rigidamente scandito. Poi il docente verificherà, in un confronto pubblico con gli studenti, che il progetto

⁹ In generale sui profili di psicologia cognitiva di una nuova impostazione della didattica cfr. NAPPI, *op. ult. cit.*, p. 22 ss., specie p. 25 ss. con riferimento alla tecnica di redazione delle questioni casistiche.

di apprendimento che ha ispirato la formulazione del caso sia stato correttamente attuato e che si siano realizzate tutte le peculiari potenzialità didattiche del caso di scuola, che appunto consente di modellare la questione secondo un predefinito progetto di apprendimento¹⁰.

A questo proposito va anzi rilevato che la diffidenza verso la didattica dei casi di scuola, accusata di attivare un meccanismo di chiusura autoreferenziale del testo normativo alla realtà economico-sociale¹¹, è strettamente legata alla logica tradizionale in cui l'esercizio casistico non svolge un'autonoma funzione formativa, ma semplicemente una funzione ancillare di comprensione e memorizzazione del testo normativo attraverso la conferma della teorizzazione proposta nel manuale. In quest'ottica tradizionale, la questione è soltanto considerata per il suo approdo ad una soluzione che integra e dà occasionale concretezza alla trama del tessuto normativo.

Ma se si considera l'esercizio casistico come addestramento alla tecnica del giudizio applicativo, come metodologia applicativa che si svolge su un piano diverso dalla comprensione e memorizzazione del testo e delle sue astratte interconnessioni, avendo invece di mira operazioni di trattamento dei dati normativi governate dalle specifiche e concrete esigenze della questione in esame, diviene evidente che la progettazione del caso di scuola ha una funzione difficilmente surrogabile: di orientare la dinamica procedurale del giudizio nella direzione pedagogicamente più fruttuosa, attraverso

¹⁰ Sul punto cfr. le interessanti notazioni di metodologia didattica di BAGNATO e BAUER, in Iudica e Zatti (a cura di), *Linguaggio*, cit., p. 3 ss.

¹¹ Così, TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La crestomazia di Emanuele Gianturco tra modelli illustri e nuove istanze*, in Gianturco, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico, Sala Bolognese*, 1989, p. XXVIII, nell'ambito di una più radicale (ma generica ed evasiva) critica del metodo gianturchiano secondo la quale "la subordinazione dell'esperienza casistica al pensiero sistematico professato nel manuale, costituirebbe un'esperienza didattica non più proponibile, ed in certi casi addirittura un modo involutivo d'impostare l'introduzione della casistica nella didattica universitaria rispetto allo stesso "archetipo gianturchiano", che si confermerebbe anche per questo aspetto, modello isolato, incapace di esercitare una funzione orientativa e pragmatica nella definizione del genere didattico".

l'attivazione di un'esperienza di pensiero critico, della quale soprattutto occorre curare la correttezza tecnica dei procedimenti.

Naturalmente anche casi tratti dalla pratica giurisprudenziale possono essere utilizzati proficuamente, purché vengano intesi come modelli precostituiti di giudizio e trattati criticamente piuttosto che - come purtroppo, va ribadito, si usa fare frequentemente nelle correnti esposizioni manualistiche - assunti acriticamente a integrazione del sistema normativo. A volte possono essere utilizzati come materiale grezzo su cui costruire una questione ben calibrata in vista di ben precisi obiettivi formativi.

In definitiva va detto che questa perizia progettuale costituisce un valore fondamentale di raccolte casistiche che intendano rinverdire, su basi teoretiche radicalmente rinnovate, l'antica formula della "Crestomazia di casi giuridici ad uso accademico" di Emanuele Gianturco. Diremmo anzi che questa perizia progettuale potrebbe esprimere un filone di studi di essenziale rilevanza nel quadro di una letteratura giuridica orientata verso l'affinamento degli strumenti della didattica. I suoi prodotti, frutto di un'abilità narrativa ((il c.d. *storytelling*) di tipo diverso da quella sperimentata nel classico manuale, ma altrettanto complessa e impegnativa, dovrebbero costituire, nella proposta d'innovazione didattica qui patrocinata, un testo da affiancare al manuale, ma, giova ribadirlo, non già in posizione accessoria, ma come supporto fondamentale di un processo formativo che dal manuale prende le mosse e ad esso potrà tornare, ma che nel testo di esercizi casistici ha il suo elemento essenziale e determinante.

Tutto ciò in vista di un più ambizioso progetto formativo che, trascendendo l'ambito degli studi universitari, ha di mira la sensibilizzazione delle varie professionalità legali verso un uso rigoroso della tecnica del giudizio.

ANDREA NERVI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Sassari

**DALLA DISCIPLINA DELLE EMISSIONI
INQUINANTI AL RUOLO DEL DIRITTO
PRIVATO NELLA TUTELA AMBIENTALE.
APPUNTI PER UNA RICERCA**

SOMMARIO: 1. L'inquinamento atmosferico e la strategia di contenimento dell'emissione di gas serra; sintesi quadro normativo. – 2. Spunti di analisi critica: a) il ruolo del soggetto pubblico. – 3. (segue): b) il ruolo del mercato – 4. Prospettive di indagine.

1. *L'inquinamento atmosferico e la strategia di contenimento dell'emissione di gas serra; sintesi del quadro normativo.*

L'epoca contemporanea ha sollevato, in maniera repentina e finanche drammatica, il tema della contaminazione dell'ecosistema e delle sue conseguenze. Dopo decenni, se non secoli, in cui determinate attività – industriali, erogazione di servizi di trasporto, etc. – sono state svolte senza particolari preoccupazioni ambientali, la società contemporanea si trova a fronteggiare eventi e fenomeni nuovi ed inattesi, quali l'innalzamento delle temperature, l'alterazione dell'abituale ciclo dell'acqua, l'erompere di fenomeni climatici, che talora mettono a dura prova l'assetto del territorio, nonché le infrastrutture ivi insediate dall'uomo.

È ovvio, ma non irrilevante, osservare che le vicende ora accennate presentano una portata davvero globale, nel senso che trascendono i confini degli Stati nazionali; esse richiedono pertanto risposte, e più in generale l'adozione di strategie, che – almeno in prima battuta – si collocano sul piano del diritto internazionale pubblico, e che si snodano quindi in accordi internazionali, nonché

– laddove possibile, come nel caso dell’Unione europea – in atti normativi di portata sovranazionale. Rinviando alla letteratura specialistica sull’argomento, in questa sede non si può fare a meno di menzionare il c.d. Protocollo di Kyoto, risalente al 1997 e successivamente emendato con il c.d. Accordo di Parigi del 2015¹, nonché alcune direttive e regolamenti europei²; le prime (direttive) hanno poi trovato recepimento da parte del legislatore italiano³.

Le iniziative qui riferite mirano a contenere l’emissione dei c.d. gas serra, ossia delle emissioni inquinanti che – in ragione del c.d. effetto serra – determinano il surriscaldamento della superficie terrestre e degli oceani e, di conseguenza, l’alterazione dell’ecosistema. Il perseguimento dell’obiettivo ora indicato richiede di intervenire a posteriori su attività antropiche che si sono oramai consolidate nella prassi, e che sovente generano ricchezza e benessere per i soggetti che le controllano o che, comunque, vi

¹ Cfr. MONTINI, *Riflessioni critiche sull’Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. int.*, 2017, p. 719. Si veda anche CHIAPPETTA e GAGLIOTI, *Sviluppo sostenibile ed Emission Trading Scheme. Ipotesi ricostruttive per il mercato europeo della CO2*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2011, p. 10.

In letteratura è stato giustamente segnalato il problema del c.d. *carbon leakage*, ossia la delocalizzazione delle imprese da un ambito regolamentato verso un ambito territoriale privo di regolamentazione; è il rischio di un effetto distorsivo del sistema. In argomento cfr. POZZO, *Il nuovo sistema di Emission Trading comunitario*, Milano, 2010, p. 83; LO SCHIAVO, *Emission trading e tutela dell’ambiente: quali obblighi per le imprese in vista dell’entrata in vigore della terza fase?*, in Alpa, Conte, Di Gregorio, Fusaro, Perfetti (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell’ambiente*, Napoli, 2012, p. 267; PETERKOVÁ MITKIDIS, *Using Private Contracts for Climate Change Mitigation*, in *Groningen Journal of International Law*, 2014, p. 55.

² Si tratta delle direttive 13 ottobre 2003, n. 87; 23 aprile 2009, n. 29.

³ Si vedano i decreti legislativi 13 marzo 2013, n. 30; 4 aprile 2006, n. 16. Sul recepimento delle direttive in discorso nell’ordinamento italiano si veda GIGLIONI, *The Allocation of CO2 Emission Permits in Italy*, in Adriaanse, van Ommeren, den Ouden, Wolswinkel (eds.), *Scarcity and the State II*, Cambridge, 2016, 123; cfr. anche GASPARI, *Tutela dell’ambiente, regolazione e controlli pubblici: recenti sviluppi in materia di EU Emission Trading Scheme (ETS)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, p. 1155.

partecipano a vario titolo (imprenditori, azionisti, lavoratori, finanziatori, etc.).

Provando a sintetizzare fino all'estremo uno scenario talora assai complesso anche dal punto di vista tecnico, ai fini di quanto precede è stata messa a punto una trama di misure normative, che si caratterizza per la commistione tra elementi privatistici ed elementi pubblicistici⁴, volendo così mantenere il riferimento alle categorie tradizionali del giurista classico. Questa impostazione scaturisce dal convincimento circa l'insufficienza e/o l'inutilità del ricorso a strumenti puramente autoritativi; si avverte pertanto l'esigenza di adottare anche meccanismi di natura premiale, ovvero incentivante, che siano ispirati a logiche di mercato e, dunque, di natura contrattuale⁵.

Sempre in estrema sintesi, la pubblica autorità, preventivamente ed appositamente individuata dal legislatore, stabilisce il limite massimo di emissioni che possono aver luogo in un dato arco temporale (l'anno solare) nell'ambito territoriale affidato alla sua competenza (generalmente determinato su base nazionale). Tale limite viene poi ripartito tra gli operatori che, nel territorio rilevante, svolgono le attività che generano le emissioni inquinanti. Per l'effetto, al singolo operatore viene assegnato un determinato ammontare di quote di emissione "spendibile" su base annua, ossia – se si preferisce – gli viene indicato un limite quantitativo annuo per le emissioni inquinanti che derivano dalla sua attività. Il

⁴ In argomento JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, Milano, 2010, p. 26.

⁵ Cfr. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 974; nonché CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 220.

In argomento anche CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, in *Trattato di diritto dell'ambiente, II, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, diretto da Ferrara e Sandulli, Milano, 2014, p. 304, che ricordano la precedente preferenza per un sistema di tassazione ambientale e la successiva evoluzione verso l'assetto attuale, che dovrebbe bilanciare le contrapposte esigenze concernenti la tutela dell'ambiente, ma anche lo sviluppo sostenibile.

Cenni anche in MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, p. 710.

superamento della soglia prevista espone il trasgressore all'applicazione di sanzioni pecuniarie da parte dell'autorità competente.

Ciò premesso, non necessariamente il singolo operatore consuma integralmente i propri "diritti di inquinamento". Può infatti verificarsi l'eventualità in cui le emissioni imputabili alla sua attività rimangano al di sotto della soglia prevista; ciò può accadere, ad esempio, nel caso in cui tale operatore abbia effettuato investimenti atti a ridurre le emissioni. In questo scenario, nella sfera dell'operatore in discorso si genera un ammontare di quote non "spese" nell'effettuazione di attività inquinanti; tali quote possono così essere messe a disposizione di altri operatori, che – viceversa – non riescono ad attenersi alle soglie ad essi assegnate dall'autorità competente, in quanto inquinano più del dovuto. In capo a tali operatori matura quindi una domanda di quote aggiuntive, a cui fa riscontro l'offerta da parte del primo operatore.

Sorge così un mercato delle quote di emissione⁶, in cui si fronteggiano, da un lato, la domanda da parte degli "inquinatori" (i.e., coloro che non riescono a rispettare la soglia fissata dall'autorità competente) e, dall'altro lato, l'offerta da parte degli operatori c.d. "virtuosi" (i.e. coloro che invece si mantengono al di sotto della soglia, grazie agli sforzi sostenuti per abbattere l'inquinamento)⁷. Il meccanismo è dunque concepito per incentivare gli operatori a ridurre le emissioni di gas serra, dato che essi possono così monetizzare la riduzione ottenuta, allocandola presso altri operatori⁸.

La descrizione del modello teorico si completa poi con l'ipotesi in cui, in aggiunta o in alternativa all'assegnazione preventiva dei diritti di inquinamento, l'autorità competente organizza un sistema

⁶ In argomento ANNUNZIATA, *L'atmosfera come bene negoziabile. I contratti di cessione di quote di emissione tra tutela dell'ambiente e disciplina del mercato finanziario*, in Lamandini e Motti (a cura di), *Scambi su merci e derivati su commodities*, Milano, 2006, p. 778.

⁷ Cfr. POZZO, *Il nuovo sistema di Emission Trading comunitario*, cit., p. 5.

⁸ In argomento, con chiarezza, CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 973.

di aste, nell'ambito del quale ciò che viene reso contendibile sono appunto le quote di emissione. In questo scenario, il singolo operatore viene posto di fronte alla scelta tra investire in tecnologie che abbattano le emissioni inquinanti, oppure destinare le risorse finanziarie all'acquisto di quote aggiuntive che consentano di evitare l'applicazione delle sanzioni altrimenti previste per lo sfioramento⁹.

Al centro del sistema sin qui descritto si colloca quindi la quota di emissione, la cui natura giuridica ha formato oggetto di discussione sia dal punto di vista privatistico sia da quello pubblicistico. Rinviando ai contributi già editi sull'argomento¹⁰, la soluzione della questione sembra aver trovato una sistemazione con il regolamento europeo n. 1031/2010; da esso si ricava che le quote di emissione, una volta create, sono suscettibili di essere assimilate agli strumenti finanziari. Da ciò consegue la loro inclusione nell'ambito di applicazione delle direttive cc.dd. Mifid e Mifid II, con tutte le conseguenze del caso in punto di obblighi di informazione, trasparenza e correttezza professionale degli intermediari coinvolti nelle singole transazioni¹¹.

In tal modo è stato portato a compimento un percorso che, fin dall'inizio, aveva ravvisato l'esigenza di sviluppare un mercato secondario delle quote¹². In altri termini, si scorge qui un chiaro

⁹ In argomento JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 9, nonché CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, cit., p. 305.

¹⁰ Il dibattito è riassunto da GIGLIONI, *The Allocation of CO2 Emission Permits in Italy*, cit., p. 126 e seguenti, ove ampi riferimenti; si veda anche GASPARI, *Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici*, cit., p. 1164.

¹¹ Chiara illustrazione in MOCCI e FACCHINI, *La nuova disciplina delle quote di emissioni tra MiFID II e MAR*, in www.dirittobancario.it, 2015, p. 11 ss.

L'evoluzione del mercato delle quote di emissione in senso finanziario era stata delineata in maniera perspicua da ANNUNZIATA, *L'atmosfera come bene negoziabile. I contratti di cessione di quote di emissione tra tutela dell'ambiente e disciplina del mercato finanziario*, cit., p. 778.

In argomento anche JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 121.

¹² Cfr. CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, cit., p. 308, i quali osservano che i permessi negoziabili possono, in alternativa, essere tenuti in

disegno normativo, volto a fare in modo che le quote di emissione siano considerate un bene “liquido”, ossia facilmente scambiabile sul mercato, e ciò – si badi – non solo tra operatori direttamente coinvolti nell’obiettivo di ridurre l’inquinamento e l’effetto serra, ma anche tra soggetti terzi¹³, quali gli intermediari finanziari e, soprattutto, i loro clienti, ossia gli investitori pubblici privati che – in questo modo – scommettono sull’andamento della riduzione delle emissioni e, dunque, sull’impatto che ne deriva sull’ecosistema¹⁴.

Prima di chiudere questa descrizione tecnica, può essere utile ricordare che un sistema analogo a quello sopra illustrato viene utilizzato anche in altri settori¹⁵, ad esempio per incentivare l’impiego di energie rinnovabili, ossia “pulite” dal punto di vista

riserva (*banking*), oppure in prestito (*borrowing*) tra diversi periodi di adempimento dell’obbligo normativo.

In argomento anche LO SCHIAVO, *Emission trading e tutela dell’ambiente: quali obblighi per le imprese in vista dell’entrata in vigore della terza fase?*, cit., 270; nonché MOCCI e FACCHINI, *La nuova disciplina delle quote di emissioni*, cit., p. 2; JACOMETTI, *La direttiva Emissions Trading e la sua attuazione in Italia: alcune osservazioni critiche al termine della prima fase*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 280.

¹³ In argomento GIGLIONI, *The Allocation of CO2 Emission Permits in Italy*, cit., p. 128.

¹⁴ Sul mercato secondario che così si genera e sul relativo funzionamento cfr. MOCCI e FACCHINI, *La nuova disciplina delle quote di emissioni*, cit., p. 7.

Considerazioni sul punto in POZZO, *Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato*, in AA. VV., *Benessere e regole dei rapporti civili – Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno nazionale Sisdic, Napoli, 2015, 97. L’autrice precisa che lo strumento delle quote di emissione funziona in maniera efficiente quando il numero delle imprese operanti sul mercato è elevato; la presenza di pochi operatori potrebbe portare ad una paralisi nella circolazione dei diritti di inquinamento, in quanto le imprese potrebbero decidere di non scambiare diritti, impedendo così l’ingresso di nuove imprese sul mercato.

¹⁵ Deve essere qui menzionata anche l’estensione dello schema al trasporto aereo (dir.va 19 novembre 2008, n. 101, recepita in Italia con il d. lgs. 30 dicembre 2010, n. 257), che ha dato vita ad un vivace contenzioso con i Paesi d’Oltreoceano; In argomento, per una prima disamina, cfr. GASPARI, *Tutela dell’ambiente, regolazione e controlli pubblici*, cit., p. 1156.

ambientale¹⁶. In questo caso il legislatore persegue l'obiettivo di indurre gli operatori (i.e. produttori ed importatori di energia elettrica) a fare in modo che una determinata quantità di energia prodotta o importata derivi da fonti rinnovabili¹⁷. Una volta fissato l'obiettivo, gli operatori in discorso possono o realizzare in proprio l'energia rinnovabile, oppure acquistare la quota equivalente da imprese che effettuano tale attività. In questo caso, pertanto, la produzione di energia rinnovabile viene attestata da apposite quote (i c.d. certificati verdi), che divengono quindi merce di scambio tra produttori ed operatori gravati dall'obbligo di immettere energie rinnovabili nel sistema; questi ultimi sono così chiamati a scegliere se realizzare questa energia mediante propri investimenti strutturali, oppure acquistarla da soggetti che già la producono, e che saranno quindi incentivati a produrne di più.

Anche in quest'ambito si ripropone quindi la contrapposizione tra fornitori di quote di energia rinnovabile e clienti, nonché la conseguente incentivazione allo scambio, allo scopo di raggiungere gli obiettivi stabiliti dall'ordinamento, ossia il crescente ricorso a fonti di energia rinnovabile, caratterizzata da un modesto impatto ambientale.

2. *Spunti di analisi critica: a) il ruolo del soggetto pubblico.*

Il sistema sommariamente descritto nel paragrafo precedente presenta molteplici profili di interesse dal punto di vista giuridico, come peraltro emerge dall'esame della letteratura che vi si è dedicata; in particolare, nell'ambito del versante privatistico, l'attenzione si è soffermata sulla natura giuridica delle quote di emissione e sulla relativa riconducibilità alla nozione di bene¹⁸.

¹⁶ Cfr. *amplius*, CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 232 ss.

¹⁷ Ampia analisi in COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 179 ss.

¹⁸ Cfr., in particolare, CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 972; nonché LUCCHINI GUASTALLA, *Il trasferimento delle quote di emissione di gas serra*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 290.

Questo itinerario di ricerca conferma la sensibilità che la dottrina civilistica contemporanea mostra verso il concetto di mercato e le sue dinamiche, intessendo così un proficuo dialogo con altri ambiti disciplinari, anche al di fuori della scienza giuridica propriamente intesa.

Muovendo da queste premesse, nella presente sede si vorrebbe delineare un diverso itinerario di ricerca, che intende focalizzarsi essenzialmente su due aspetti: in primo luogo, l'interazione tra strumenti privatistici e strumenti pubblicistici nella costruzione e nel funzionamento dei meccanismi di mercato che si ricavano dalla trama legislativa¹⁹; in secondo luogo, l'effettività idoneità di questi meccanismi a perseguire le finalità ambientali che, in ultima analisi, rappresentano (o dovrebbero rappresentare) lo scopo ultimo dell'intervento normativo.

Cominciando dunque dal primo dei nodi teorici, il dibattito finora sviluppatosi sull'argomento mira a sottolineare la natura artificiale del mercato che il legislatore ha inteso progressivamente creare intorno alle quote di emissione²⁰. Questo mercato, dunque, non esiste in natura, nel senso che non nasce spontaneamente dalle relazioni tra individui e/o altri soggetti riconosciuti dall'ordinamento; al contrario, questo mercato presuppone necessariamente l'esistenza, a monte, di un atto di iniziativa da parte della pubblica autorità, che innanzitutto definisce l'ammontare totale dei permessi di inquinamento e poi li ripartisce tra i potenziali inquinatori.

A ben vedere, tuttavia, il ruolo della pubblica autorità va ben oltre, perché essa regola in maniera incisiva il funzionamento del mercato. Basti qui pensare alle scelte concernenti i criteri di

¹⁹ Considerazioni in LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 342.

²⁰ Così CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 975; nonché CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 225.

In argomento anche JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 9; CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, cit., p. 305.

assegnazione delle quote tra i vari operatori coinvolti²¹ e, in particolare, all'adozione di un sistema imperniato sulla pregressa storia industriale di quel dato operatore (c.d. *grandfathering*), oppure alla preferenza per un sistema di aste²², basato quindi su una logica prevalentemente competitiva²³.

I meccanismi di mercato, ossia gli strumenti privatistici su cui quest'ultimo si regge, vengono in rilievo solo a valle delle determinazioni assunte dalla predetta autorità. Ad esempio, in un sistema di aste competitive l'appetibilità commerciale del "bene giuridico" rappresentato dalla quota di emissione risulta strettamente collegata al modo in cui l'autorità pubblica ha calibrato la contendibilità della quota²⁴ e, in particolare, alla sua capacità di rendere effettivamente comparabile l'alternativa tra l'investimento negli strumenti finanziari in cui le quote consistono e quello nelle tecnologie che abbattano le emissioni inquinanti²⁵.

²¹ Ampia illustrazione in JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 103 e seguenti, ove vengono passati in rassegna i sistemi c.d. *cap-and-trade*, nonché *baseline-and-credit*.

In argomento anche CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, cit., p. 306 e seguenti, nonché GAMBARO, *Il recepimento della direttiva "Emissions Trading"*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, p. 537.

²² Che dovrebbe essere, quantomeno a regime, il sistema preferibile; In argomento GRATANI, *Le "quote" per inquinare: a titolo gratuito o oneroso?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2013, p. 396.

²³ Il punto riveste particolare importanza, sia nel rapporto tra imprese concorrenti sullo stesso mercato, sia nei rapporti tra Stati aventi un diverso livello di sviluppo. In argomento si vedano GIGLIONI, *The Allocation of CO2 Emission Permits in Italy*, cit., 133; p. nonché, JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 114.

Su questo secondo versante della problematica, interessanti riflessioni in PETERKOVÁ MITKIDIS, *Using Private Contracts for Climate Change Mitigation*, cit., p. 57.

²⁴ Coglie il punto JACOMETTI, *La direttiva Emissions Trading e la sua attuazione in Italia: alcune osservazioni critiche al termine della prima fase*, cit., p. 278.

²⁵ Discussione in POZZO, *Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato*, cit., p. 97. L'autrice afferma che lo strumento dei diritti di inquinamento consente di minimizzare i costi individuali e collettivi di riduzione delle emissioni, poiché le riduzioni avvengono dove il loro costo è meno elevato.

In maniera forse provocatoria, pertanto, si può affermare che il mercato esiste se, e nella misura in cui, ciò sia reso possibile dalle determinazioni assunte dall'autorità amministrativa²⁶. Questa constatazione apre uno squarcio su un tema particolarmente delicato che, in buona sostanza, attiene al controllo ed alla sindacabilità delle determinazioni assunte dalla pubblica amministrazione in questo specifico ambito²⁷. Dall'esame dei repertori giurisprudenziali emerge una casistica piuttosto esigua, ancorché non priva di interesse nelle sue affermazioni di principio, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo.

Inoltre, esso svolge un'efficace azione di incentivo al progresso tecnico nel campo delle tecnologie di controllo dell'inquinamento. L'autorità pubblica, infatti, non è in grado di conoscere tutte le possibilità tecniche a disposizione dei singoli impianti, mentre la flessibilità dei *tradable pollution rights* consente di sfruttare tutte le potenzialità dell'intraprendenza tecnologica degli operatori privati, dando luogo ad una forte spinta all'innovazione.

Cfr. altresì JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 108.

²⁶ Sul ruolo centrale spiegato dalla discrezionalità dell'autorità preposta si sofferma CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 975 e p. 987.

In argomento anche CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, cit., 305, che illustrano in maniera approfondita le funzioni svolte dalle pubbliche autorità in quest'ambito.

²⁷ Interessanti affermazioni si leggono, ad esempio, nella sentenza della CGUE, 17 ottobre 2013, C-203/12, *Billerud Karlsborg*: “La direttiva 2003/87 è basata su una rigorosa contabilità delle quote di emissioni dei gas a effetto serra rilasciate, detenute, trasferite e cancellate ed esige l'attuazione di un sistema di registri standardizzato. Detta precisa contabilità inerisce allo scopo stesso di tale direttiva, consistente nella fissazione di un sistema comunitario di scambio di quote, che mira alla riduzione delle emissioni di tali gas nell'atmosfera ad un livello che prevenga qualsiasi influenza antropica pericolosa per il clima, e il cui fine ultimo è la tutela dell'ambiente. L'art. 16, parr. 3 e 4, Dir. 2003/87 ha lo scopo e l'effetto di sanzionare non gli “inquinatori” in generale, bensì i gestori il cui numero di emissioni dell'anno trascorso eccede, al 30 aprile dell'anno in corso, il numero delle quote presenti nella sezione della tabella “quote restituite” designata per i loro impianti di quest'anno nel registro centralizzato dello Stato membro cui appartengono, in applicazione dell'art. 52 del regolamento n. 2216/2004. È in tal senso, e non come emissioni di per sé eccessive, che occorre intendere la nozione di “emissioni in eccesso”.

Ad ogni modo, si tratta di una casistica che muove dalla contrapposizione tra, da un lato, la pubblica amministrazione investita del potere di “impostare” il mercato e, dall’altro lato, il singolo operatore industriale che lamenta pregiudizi all’organizzazione della propria attività produttiva. Per converso, dalla (esigua) casistica giurisprudenziale non è finora emerso un profilo che probabilmente meriterebbe attenzione: il riferimento corre agli interessi della collettività ed alle conseguenze che quest’ultima subisce – effettivamente o potenzialmente – per effetto delle determinazioni assunte della pubblica autorità in questo campo. A ben vedere, del resto, la fissazione delle quote di emissione, sia complessive sia riferibili al singolo impianto industriale, incide sulla popolazione che vive nell’ambito territoriale in cui si verificano le emissioni inquinanti, nonché sulle attività antropiche che in tale ambito si svolgono.

Non sembra dunque del tutto infondata la conclusione secondo cui, in capo alla collettività in discorso e/o a singoli soggetti esponenziali, sorge un interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela anche rispetto alle determinazioni assunte dalla pubblica autorità. A questa conclusione potrebbe obiettarsi che i provvedimenti dell’autorità nazionale competente sono, in realtà, “figli” del sistema di regole internazionali (normative e/o pattizie)²⁸, che è stato brevemente richiamato nel paragrafo iniziale del presente lavoro. L’obiezione potrebbe avere un peso in sede forense, ma – quantomeno dal punto di vista teorico-dottrinale – introduce un’altra questione assai delicata, che in ultima analisi investe l’individuazione dei soggetti legittimati²⁹ a tutelare l’ambiente, nel caso di specie declinato come atmosfera.

²⁸ In argomento GIGLIONI, *The Allocation of CO2 Emission Permits in Italy*, cit., p. 125; POZZO, *Il nuovo sistema di Emission Trading comunitario*, cit., p. 6.

Spunti anche in CECCHETTI e GRASSI, *Le quote di emissione*, cit., p. 320, che sottolineano il ruolo progressivamente crescente della Commissione europea rispetto agli Stati nazionali.

²⁹ Il nodo della legittimazione con riguardo al diritto privato regolatorio è lucidamente avvertito da HESSELINK, *Private Law, Regulation, and Justice*, in *European Law Journal*, 2016, p. 693.

Il tema è evidentemente troppo vasto per poter essere adeguatamente approfondito in questa sede. Merita però di essere menzionato almeno un profilo, ossia quello che attiene alla trasparenza del processo decisionale attraverso il quale si snoda l'attività del soggetto pubblico in questo campo³⁰. Gli assunti ed i criteri che guidano nell'autorità nel determinare l'insieme delle quote di emissione e la loro ripartizione dovrebbero risultare conoscibili e "tracciabili" da parte della collettività di riferimento, proprio in ragione della loro diretta incidenza sugli individui e sulle loro attività.

Le considerazioni ora esposte muovono dal convincimento secondo cui la salvaguardia dei beni ambientali (qui intesa – almeno in prima battuta – come salubrità dell'aria) forma oggetto di un interesse giuridicamente rilevante, per la cui tutela è configurabile una legittimazione diffusa. A mio sommo avviso, si tratta di una conclusione obbligata, qualora si voglia adottare una lettura costituzionalmente orientata della disciplina in discorso.

Questa prima parte dell'analisi, dunque, mira a superare l'approccio, per così dire, solipsistico che è sembrato ravvisare in talune trattazioni giuridiche della materia. È vero che quello riguardante le quote di emissione è un mercato artificiale, che si compone, in primo luogo, delle determinazioni assunte dall'autorità competente e, in secondo luogo, delle decisioni provenienti dagli operatori (industriali e finanziari) che su tale mercato agiscono. Il giurista attento al dato sistematico, tuttavia, non può e non deve dimenticare che la ragione ultima sottesa all'"invenzione" di questo mercato risiede nel perseguimento e, auspicabilmente, nel raggiungimento di una finalità di natura ambientale, quale la riduzione delle emissioni inquinanti e la salvaguardia dell'ecosistema.

3. (segue): *b) il ruolo del mercato.*

³⁰ Sul rischio di "cattura del regolatore" in questo campo, si vedano GIGLIONI, *The Allocation of CO2 Emission Permits in Italy*, cit., p. 135; nonché LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., p. 352.

È ora giunto il momento di analizzare più da vicino il ruolo che gli strumenti privatistici rivestono nell'ambito della strategia normativa volta al contenimento delle emissioni di gas serra. Come già ricordato, nella letteratura specialistica si tende a sottolineare che il ricorso a questi strumenti scaturisce dall'esigenza di superare meccanismi c.d. di *command and control*, di natura puramente autoritativa³¹.

Alla base di questo approccio si colgono molteplici esigenze: in primo luogo, la consapevolezza circa la difficoltà ad intervenire, dall'esterno e "in corso d'opera", sulle modalità di svolgimento di determinate attività, industriali e produttive, che sono cresciute (e, sovente, prosperate) proprio grazie all'assenza di disposizioni puntuali; in secondo luogo, e correlativamente, l'esigenza di evitare contrapposizioni frontali con importanti operatori della realtà economica ed i conseguenti rischi di contenzioso. Più in generale, ribadito il carattere globale, e dunque transazionale, del problema dell'inquinamento atmosferico, l'adozione di strumenti puramente autoritativi si scontra evidentemente con la difficoltà (*rectius*, impossibilità) di individuare un'autorità riconosciuta, che possa dirsi legittimata ad impartire prescrizioni vincolanti a tutti i potenziali inquinatori, prescindendo dalla loro nazionalità e, quindi, dal rispettivo radicamento nella giurisdizione di un determinato Stato nazionale.

Alla luce di queste premesse, la strategia normativa di contenimento delle emissioni inquinanti è quindi stata configurata nel senso di adottare strumenti di natura consensuale, che consentissero di adottare meccanismi di natura incentivante. Detto in altri termini, in luogo di imporre un (impraticabile) abbattimento autoritativo delle emissioni, è stato creato un apparato normativo che – almeno in via ideale – mira a premiare l'operatore che raggiunge tale risultato. La premialità consiste sia nell'evitare le sanzioni pecuniarie derivanti dal superamento del limite, sia nell'ottenere (potenzialmente) gli ulteriori benefici economici

³¹ Cfr., *retro*, nota 5.

generati dalla “commercializzazione” delle quote di emissione non utilizzate.

Nello scenario ora delineato, il lavoro tecnico del giurista è consistito, in primo luogo, nel mettere a punto la nozione di quota di emissione, qualificandola come una risorsa identificabile e tracciabile in maniera puntuale³². In secondo luogo, sono stati disciplinati i meccanismi circolatori della risorsa così identificata; questa evoluzione è culminata nell’“approdo” al terreno dell’intermediazione finanziaria, intercettando una disciplina particolarmente articolata sul piano della regolazione del funzionamento di un dato mercato e di individuazione degli obblighi di comportamento dei relativi attori.

Non rientra nelle finalità del presente lavoro soffermarsi sugli aspetti tecnici di questa evoluzione e, soprattutto, dell’aggancio alla disciplina dell’intermediazione finanziaria. Non di meno, questa estensione non è scevra di conseguenze dal punto di vista sistematico; il giurista attento a questa prospettiva, pertanto, non può esimersi da alcune considerazioni, quantomeno nella prospettiva “valoriale”.

Procedendo per gradi, deve essere innanzitutto sottolineato che, in questo modo, l’ambito di circolazione delle quote è stato esteso ad una cerchia di soggetti più ampia degli inquinatori (virtuosi e “viziosi”), in quanto ricomprende anche investitori professionali e soggetti terzi. Ciò corrisponde ad un significativo cambiamento nell’impostazione complessiva della strategia normativa: la circolazione ristretta contrapponeva direttamente un “inquinatore” ed un operatore virtuoso, e comportava quindi conseguenze facilmente misurabili sul piano ambientale.

La circolazione secondo le tecniche dell’intermediazione finanziaria richiama e coinvolge anche altri operatori, esterni alla problematica ambientale, nonché portatori di propri ed autonomi

³² In argomento JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, cit., p. 428 e seguenti; CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 229; MOCCI e FACCHINI, *La nuova disciplina delle quote di emissioni tra MiFID II e MAR*, cit., p. 4.

obiettivi di investimento³³. Almeno a prima vista, questa estensione si presta ad una duplice lettura: dal lato dell'operatore virtuoso, essa favorisce la circolazione della quota, che diventa maggiormente appetibile e, per l'effetto, incentiva la ricchezza mobiliare; dal lato dell'operatore "vizioso", invece, si genera la reazione opposta, perché l'accesso alla quota, in quanto strumento finanziario, risulta ora più facile e quindi maggiormente attrattivo, almeno potenzialmente, rispetto all'effettiva riduzione delle emissioni inquinanti.

In buona sostanza, quindi, la finanziarizzazione della materia introduce, nell'ambito dei meccanismi incentivanti inizialmente previsti, un nuovo ordine di valutazioni, che viene a dipendere dall'andamento dei titoli sul mercato e, più in generale, dai fattori che incidono sulle decisioni di investimento. In questo scenario non si può escludere che, per il singolo imprenditore, possa risultare maggiormente conveniente scommettere – anche a medio-lungo termine – sull'andamento del titolo, piuttosto che impegnarsi per ridurre le emissioni inquinanti generate dalla propria attività produttiva.

Con ciò non si intende demonizzare l'attività finanziaria e l'importanza che essa riveste nella società contemporanea nel sostenere le attività produttive e la creazione di ricchezza e benessere³⁴. Si avverte però un problema di coerenza valoriale tra le finalità di natura ambientale che sono sottese alla disciplina qui in discorso e l'apporto che può derivare dall'innesto con le logiche e le dinamiche che caratterizzano l'intermediazione finanziaria³⁵.

³³ Si sofferma sul punto GASPARI, *Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici*, cit., p. 1161 e seguenti.

³⁴ Si vedano però le considerazioni di FERRARINI, *Il Testo Unico della Finanza 20 anni dopo*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 5.

³⁵ Su questo potenziale conflitto già ANNUNZIATA, *L'atmosfera come bene negoziabile. I contratti di cessione di quote di emissione tra tutela dell'ambiente e disciplina del mercato finanziario*, cit., p. 798; l'autore avverte come problematico il raggiungimento di un punto di equilibrio tra tutela dell'ambiente e tutela del mercato finanziario.

Il conflitto potenziale tra le due prospettive viene mirabilmente avvertito nella nostra giurisprudenza amministrativa, con parole che è utile riportare per esteso: “*la monetizzazione dello sfioramento della consentita quota di inquinamento, attraverso l’acquisto dei certificati verdi, se rappresenta una legittima alternativa all’obbligo primario di utilizzo di fonti rinnovabili, non può peraltro costituire un comportamento virtuoso. Come ha già avvertito questo Consiglio di Stato (sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4290), infatti, il comportamento degli operatori che si sono limitati ad acquistare quei certificati non può essere premiato, dato che questa scelta, oltre ad essere meno virtuosa, non produce alcun incremento della capacità produttiva da fonti alternative, incremento che rappresenta il vero obiettivo perseguito dal legislatore (comunitario e nazionale)*”³⁶. La pronuncia è resa in materia di energie rinnovabili e certificati verdi, ma non par dubbio che, sul piano valoriale, l’affermazione di principio ivi contenuta sia estensibile anche all’ambito delle emissioni inquinanti e dei gas serra.

Volendo tentare di trarre le fila del discorso finora compiuto, la riflessione qui svolta invita a riflettere sulla perdurante attualità del principio “chi inquina paga”³⁷, che da alcuni decenni a questa parte ispira – quantomeno a livello europeo – gli interventi normativi in materia ambientale³⁸. Già a prima vista, il principio muove

In termini decisamente più espliciti cfr. CAFAGNO, *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, in Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 115.

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3051, in motivazione. Nello stesso senso anche le sentenze TAR Lazio, 16 marzo 2010, nn. 4086 e 4090.

³⁷ Ancora attuale la monografia di MELI, *Il principio comunitario “chi inquina paga”*, Milano, 1996, soprattutto nella parte in cui illustra l’origine storica del principio e le sue premesse teoriche (ivi pp. 26 e 51, con specifico riferimento all’inquinamento atmosferico).

³⁸ Il punto è esplicitamente discusso da CONTE, *Rischio di impresa e tutela dell’ambiente. Nuovi paradigmi di governo delle decisioni e nuovi modelli di ripartizione delle responsabilità*, in Alpa, Conte, Di Gregorio, Fusaro, Perfetti (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell’ambiente*, cit., p. XXIII.

dall'assunto secondo cui tra valori ambientali e dinamiche di mercato sussista una sorta di equipollenza, da cui si giunge facilmente a configurare la sostituibilità dei primi con le seconde.

Certamente, dal punto di vista storico l'idea in base alla quale la salvaguardia dell'ambiente sia monetizzabile ha svolto una funzione meritoria, in quanto ha indotto i ceti produttivi ed imprenditoriali ad internalizzare in una qualche misura la variabile ambientale nell'ambito della rispettiva struttura dei costi. Non di meno, i dati di fatto inducono a ritenere che, probabilmente, i problemi ambientali sia più gravi di quanto si sia propensi a considerare e che, per l'effetto, siano necessarie misure di intervento maggiormente incisive rispetto a quelle che possono derivare dal ricorso, ancorché "indotto", alle dinamiche di mercato³⁹.

4. *Prospettive di indagine.*

La disamina condotta nei paragrafi precedenti apre numerose prospettive di indagine e di ricerca, affidate alla sensibilità del singolo interprete. In questo ventaglio, il giurista attento al dato sistematico tende probabilmente ad interrogarsi sul ruolo e sulla funzione del diritto privato nell'odierno contesto socioeconomico.

La parabola storica di questa branca della scienza giuridica ci consegna l'idea di un sistema tendenzialmente autoreferenziale, e comunque certamente autonomo ed indipendente rispetto alle altre branche dell'ordinamento. Nella tradizione giuridica occidentale, questa parabola trova probabilmente il suo apogeo con la codificazione napoleonica, profondamente caratterizzata

Cenni anche in FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., p. 22.

³⁹ Coerentemente, MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, cit., p. 72, osserva che la letteratura in argomento ripiega su soluzioni c.d. di *second-best*: non si punta sul livello ottimale di contaminazione, ma su quello accettabile. Tale valutazione è legata a considerazioni di natura politica, che confermano la difficoltà di tradurre in pratica il modello teorico descritto dagli economisti.

dall'affermazione dell'individualismo borghese sulla realtà circostante, inclusa – per ciò che qui rileva – quella formata dall'ambiente e dalle risorse naturali. Come è ben noto, questa impostazione continua a caratterizzare in maniera significativa i corsi di insegnamento universitari.

Nel frattempo, tuttavia, è dato registrare una duplice traiettoria evolutiva. Sul piano squisitamente interno, il sistema del diritto privato si è progressivamente arricchito grazie alla “contaminazione” (*rectius*, interazione) con la Carta costituzionale e, soprattutto, con la tavola dei valori ivi rappresentata, che conserva tuttora una stringente attualità⁴⁰. Questa interazione fa sì che l'attuazione dei principi e dei valori costituzionali transiti (anche) attraverso i tradizionali istituti del diritto privato, come è facile riscontrare esaminando l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di proprietà, contratto e responsabilità civile, per non menzionare gli ambiti riferibili al diritto di famiglia e delle successioni. Anche senza voler entrare nel merito delle singole questioni, non si può non sottolineare che gli istituti del diritto privato sono divenuti strumenti mediante i quali vengono perseguite finalità che si collocano al di fuori del suo ambito storicamente delimitato, essendo radicate in un testo esogeno, quale appunto la Costituzione.

Volendo usare un'espressione provocatoria, si delinea quindi una sorta di strumentalizzazione del diritto privato⁴¹, e questo fenomeno risulta ancora più evidente se si pone mente all'evoluzione del diritto europeo⁴². In questa prospettiva, anzi, il

⁴⁰ In argomento cfr. soprattutto PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*³, Napoli 2006, p. 192.

⁴¹ Il che apre, sia detto incidentalmente, all'esigenza di ripensare le categorie fondamentali del diritto privato. Per qualche spunto in questo senso, con riferimento all'istituto del contratto, si veda GABRIELLI, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 309.

⁴² Lucide considerazioni in VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1350. Sulle difficoltà, soprattutto metodologiche ed interpretative, di questo percorso si veda, di recente, BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il*

rapporto si configura in termini non più valoriali, bensì squisitamente tecnici, nel senso che l'ordinamento euro-unitario funzionalizza gli istituti del diritto privato verso quegli obiettivi di politica economica che vengono declinati nei propri atti normativi e, segnatamente, nei regolamenti e nelle direttive⁴³.

Come noto gli istituti del diritto privato si caratterizzano per la loro natura (tendenzialmente) consensuale, nonché per la loro precipua attitudine a soddisfare interessi di natura idiosincratICA. Questi elementi contribuiscono a spiegarne l'ampio utilizzo anche da parte dei pubblici poteri per il soddisfacimento delle esigenze di carattere generale che sono sottese alla rispettiva missione istituzionale.

È però legittimo chiedersi se questo approccio mantenga una sua perdurante efficacia con riferimento alla tutela dell'ambiente ed alla salvaguardia delle risorse naturali, che – come ricordato in apertura – reclamano interventi sempre più urgenti ed incisivi. Volendo porre la questione in termini più espliciti, è effettivamente realizzabile la tutela dell'ambiente attraverso il mercato (ovvero gli strumenti propri del diritto privato)? Oppure è necessario ripensare il rapporto tra approccio idiosincratICO ed approccio autoritativo,

diritto europeo. Il Right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 Cedu, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 59.

Nella dottrina straniera si vedano, senza pretese di completezza, COLLINS, *The Revolutionary Trajectory of EU Contract Law Towards Post-national Law*, in Worthington, Robertson e Virgo, *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford, 2018, p. 315; HESSELINK, *Private Law, Regulation, and Justice*, cit., p. 683; VERBRUGGEN, *Introduction: Regulating Private Regulators: Understanding the Role of Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2019, p. 177; CHEREDNYCHENKO, *Rediscovering the public/private divide in EU private law*, in *European Law Journal*, 2019, p. 6; EAD., *Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges*, in *European Review of Private Law*, 2015, p. 481.

⁴³ Nell'ambito di una vasta letteratura si veda, in particolare, MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law-The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 28.

spostando l'asse a favore del rafforzamento del ruolo del secondo a scapito del primo?⁴⁴

Per quanto modesta, l'esperienza italiana fornisce una risposta chiaramente positiva all'interrogativo posto da ultimo, se solo si pone mente al ruolo della responsabilità aquiliana, dapprima esaltato dalla legge del 1986 e poi fortemente ridimensionato vent'anni dopo nel testo unico dell'ambiente, a favore del maggior spazio attribuito alle iniziative della pubblica amministrazione⁴⁵. Per venire al tema specifico affrontato nel presente lavoro, è facile aggiungere che le parti del contratto mediante il quale viene scambiata la quota di emissione (schema negoziale riconducibile ai c.d. derivati) mirano semplicemente a perseguire la propria ricchezza individuale⁴⁶, senza necessariamente curarsi delle finalità ambientali "esterne".

In effetti, il ricorso ad una logica mercantile (o mercatista) per prevenire le contaminazioni delle risorse ambientali reca in sé un vizio concettuale di fondo, in quanto presuppone che le risorse ambientali possano formare oggetto di operazioni di scambio a fronte di un controvalore in denaro⁴⁷. Di per sé, questo convincimento rappresenta comunque un progresso rispetto ad un approccio secondo cui queste risorse sarebbero liberamente

⁴⁴ In argomento netta presa di posizione da parte di LIBERTINI, *Persona, ambiente, sviluppo: ripensare la teoria dei beni*. in AA. VV., *Benessere e regole dei rapporti civili – Lo sviluppo oltre la crisi*, cit., p. 481.

⁴⁵ In argomento SALANITRO, *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *Juscivile*, 2019, p. 508.

⁴⁶ Si vedano le chiare pagine di BARCELLONA, *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 1104; si vedano però anche le riflessioni di PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 38 ss.

⁴⁷ Spunti in tal senso in POZZO, *Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato*, cit., p. 96. Richiamando le note tesi di Harding sulla c.d. tragedia dei beni comuni, l'autrice afferma che l'idea sottostante ai diritti di inquinamento trasferibili (strumenti economici di tipo proprietario) consiste nella tesi secondo cui il degrado ambientale sia il risultato dell'incompleta attribuzione dei diritti proprietari relativi all'utilizzo delle risorse naturali.

appropriabili senza contropartite di sorta⁴⁸, come peraltro si è ritenuto per lungo tempo, e continua a ritenersi in non pochi contesti sociali e territoriali.

L'importanza, se non l'urgenza, della questione ambientale sembra però richiedere forme di intervento maggiormente incisive rispetto a quelle che possono essere assicurate dalle dinamiche del mercato⁴⁹. Militano in questo senso anche gli argomenti che prestano attenzione all'equilibrio intergenerazionale e, dunque, al dovere di ciascuna generazione di lasciare ai propri posteri la "casa comune" in (relativo) ordine.

Si intravede quindi una *pars construens* di strategie e strumenti normativi che, inevitabilmente, transiterà anche attraverso una profonda rivisitazione dei tradizionali istituti del diritto privato. Compito arduo, ma certamente meritevole di essere assunto, data l'importanza della posta in gioco.

⁴⁸ Cenni in CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., p. 219.

⁴⁹ In argomento anche LIBERTINI, *Persona, ambiente, sviluppo: ripensare la teoria dei beni*, cit., p. 489.

ANDREA NICOLUSSI
Professore ordinario di diritto privato
Università cattolica del Sacro Cuore

AUTONOMIA DELLE PARTI E DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE IN SEPARAZIONE E DIVORZIO

SOMMARIO: 1. Autonomia e famiglia tra neo-istituzionalismo e contrattualismo. – 2. Globalizzazione e contrattualizzazione. – 3. Le «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione» della separazione e del divorzio. – 3.1. La cosiddetta privatizzazione del divorzio. – 4. I *prenuptial agreements* o patti in vista di separazione e divorzio. – 4.1. Ultima giurisprudenza sull’assegno divorzile e patti in vista del divorzio. – 5. L’interesse superiore dei minori e la mediazione familiare. – 5.1. Segue.

1. *Autonomia e famiglia tra neo-istituzionalismo e contrattualismo.*

Il problema dell’autonomia nell’ambito del diritto della famiglia, e quindi anche nella separazione e nel divorzio che sebbene nella dimensione della crisi ne fanno pur sempre parte, si presenta sotto diversi aspetti che sono spesso intrecciati tra di loro. Già la distinzione fondamentale tra le questioni dell’*avere* e quelle dell’*essere*, ossia tra i rapporti patrimoniali e i rapporti di carattere personale, per via delle caratteristiche peculiari del coniugio e della filiazione si rivela non così nitida come *prima facie* si potrebbe supporre. Obblighi di natura economica come quelli inerenti alla contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 143 c.c.) assumono uno spessore particolare che li rende irriducibili *tout court* alle obbligazioni fra estranei. Così, lo stesso Legislatore quando ha previsto degli accordi tra coniugi aventi contenuto economico ha preferito il termine *convenzione* (art. 162 c.c.),

distinguendo tali atti negoziali dalla categoria del contratto. Del resto, l'intreccio risulta non solo considerando che la famiglia fondata sul matrimonio rimane legata a una concezione di tipo istituzionale, o più precisamente neoistituzionale che implica un nucleo di indisponibilità¹, ma anche nell'ottica della tendenza contrattualizzante che ha caratterizzato gli ultimi decenni, giacché nemmeno questa sembra in grado di cancellare del tutto i profili personali coinvolti e quindi i loro riflessi sul piano del potere di disposizione.

Naturalmente il punto di vista costituzionale dovrebbe essere decisivo, benché questa parte della Costituzione non sempre sia tenuta in debito conto. Gli artt. 29 e ss. sono impostati secondo una concezione della famiglia fondata sul matrimonio alla stregua di una istituzione che lega in un rapporto collettivo e solidale i membri che ne fanno parte e il secondo comma dell'art. 29 Cost. sottolinea anche il valore dell'unità della famiglia. Perciò la famiglia non si risolve in un contratto né quindi in una serie di rapporti slegati tra di loro². Certo, il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi espresso nel secondo comma dell'art. 29 Cost. ha rimodellato l'istituzione familiare, che da istituzione intesa in senso gerarchico e patriarcale, è ora ripensata in funzione della regola dell'accordo, la

¹ L'idea istituzionale e di un nucleo essenziale della famiglia avevo espresso nei miei, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in D'Agostino (a cura di), *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. (Roma 5-7 dicembre 2008), Milano 2010, p. 168 ss., e *La famiglia: una concezione neo-istituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 182 ss. sulle orme di Luigi Mengoni (MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 5 ss.). Il tema è stato poi ripreso e sviluppato in forma monografica da RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, p. 89 ss. Mi permetto di rinviare anche al mio, *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali?*, *Jus-online*, 2015, e *Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2014, p. 27 ss. Sul piano psicologico, una prospettiva relazionale nel cui orizzonte cogliere la stessa autodeterminazione, è descritta in ARDONE e CHIAROLANZA, *Relazioni affettive, I sentimenti nel conflitto e nella mediazione*, Bologna 2007, p. 66

² Una evoluzione disgregante della famiglia era, come è noto, la prospettiva evolutiva paventata da KASER, *La famiglia romana arcaica*, in AA.VV., *Conferenze romanistiche*, Trieste, 1950, p. 39 ss.

quale però è mediata dal principio di solidarietà (anche nel senso dell'art. 2 Cost.)³³. La regola dell'accordo è senz'altro un ponte dell'autonomia, anche in senso negoziale⁴, nei rapporti di famiglia, ma essa va apprezzata e declinata nel quadro delle considerazioni precedenti e del principio di solidarietà: quest'ultimo principio mette capo nella famiglia, prima istituzione dei rapporti etico-sociali, a dei doveri inderogabili secondo la disposizione dell'art. 2 Cost. che nell'art. 29 Cost. si compendia nella formula dei «diritti della famiglia»⁵. Lo stesso art. 29 Cost, peraltro, è da intendere non solo

³ Questi aspetti sembrano oscurati da una certa ideologia dell'autodeterminazione a cui inopinatamente una parte della giurisprudenza riduce anche la famiglia. Un esempio recente è Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Dir. Fam. Pers.*, 2017, p. 765 ss., la quale, però, è stata poi criticata da Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *ivi*, 2018, p. 869 ss. che le rimprovera di avere «azzerata la parte (dell'art. 2 Cost.), di primaria importanza, che colloca il principio di autodeterminazione all'interno delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità dell'individuo». Rimane, peraltro, anche nel linguaggio delle Sezioni unite il riferimento a una categoria, l'autodeterminazione, che è assente in tutto il testo della Costituzione, e che suona un po' paradossale in un contesto, essenzialmente relazionale, anzi coniugale, come quello del matrimonio.

⁴ Già SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1945, p. 4 ss. aveva costruito la nozione di negozio giuridico familiare come strumento della particolare autonomia nell'ambito della famiglia.

⁵ La formula dei diritti della famiglia è detta storicamente datata da TOMMASEO, *Sulle forme di tutela dei figli minori nella crisi dei rapporti familiari*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, p. 105, che si rifà a una lettura piuttosto diffusa che la corregge nel senso per cui le relazioni familiari alla stregua delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. danno concreta attuazione ai diritti fondamentali della persona. Indubbiamente la famiglia non è concepita giuridicamente come un organismo né come un soggetto giuridico, ma l'interesse della famiglia è pur sempre valorizzato dalla legge specialmente quando si tratti dell'interesse dei minori e in generale il riferimento all'art. 2 Cost. implica anche la mediazione del principio di solidarietà giusta l'affermazione di Mengoni (*La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 12 e *Successioni, Successioni per causa di morte, Parte Speciale: Successione legittima*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Cicu e Messineo e poi da Mengoni, Milano 1999, p. 18, nota n. 46, con rinvio, a Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze s.d., p.56), secondo il quale il concetto di istituzione può essere aggiornato assumendo, come suo principio organizzativo, anziché il criterio gerarchico, la relazione di solidarietà che lega gli interessi dei membri della

come garanzia di istituto, ma anche come garanzia di un contenuto minimo del matrimonio⁶, donde l'indisponibilità di una serie di situazioni giuridiche, nonché l'esigenza, sempre derivante dal principio di solidarietà, di una tutela del coniuge più debole.

In tale ottica, lo stesso principio di uguaglianza fra i coniugi viene interpretato in senso sostanzialista, alla stregua dell'art. 3 Cost., «promuovendo una piena e sostanziale parità anche sotto il profilo economico, a salvaguarda di un effettivo rispetto della dignità di entrambi»⁷, sicché anche da questa angolatura la regola dell'accordo portata dal principio di uguaglianza non può essere intesa nel senso di una libertaria *freedom of contract*, cioè alla stregua di una libertà insindacabile di determinazione del contenuto la quale andasse a discapito del coniuge economicamente più debole. Il paradosso semmai è che questo limite e la correlativa tutela si rendono per lo più attuali nel momento della cd. crisi coniugale, ossia quando si tratta di determinare le conseguenze economiche di separazione o divorzio. Infine, va senza dire che l'eventuale presenza di figli rende ulteriormente più compresso il margine dell'autonomia per l'ovvia ragione che questa non può risolversi in danno di terzi e per di più minori: l'autonomia non può farsi eteronomia.

Non vi è dubbio, peraltro, che specialmente negli ultimi decenni, sulla scorta di una tendenza di respiro internazionale, è sempre più forte la spinta alla contrattualizzazione della famiglia. Si pensi all'introduzione nel 2016 delle unioni civili che la legge (n. 76/2016⁸)

famiglia in ragione della dipendenza della loro realizzazione dalla condizione della partecipazione al gruppo, e quindi dalla stabilità del gruppo: «Nell'unità della famiglia il fine di ciascuno dei membri diventa lo sviluppo e la felicità dell'altro, e in questo senso i diritti dei membri della famiglia si universalizzano, giusta la formula dell'art. 29, come "diritti della famiglia"». Per quanto concerne poi la disciplina della crisi familiare, dove le istanze individuali, per ovvie ragioni, assumono un peso peculiare, si tratta proprio di stabilire se il valore dell'unità della famiglia debba essere completamente trascurato oppure se esso non possa godere di una qualche forma seppure cauta di tutela.

⁶ Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* (in seguito: GU), n. 16, 21 aprile 2010.

⁷ QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., p. 467.

⁸ Legge 20 maggio 2016, n. 76: *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, (GU, n. 118, 21 maggio

inquadra espressamente come contratti (art. 1, comma 16) e non a caso ne disciplina lo scioglimento con regole che radicalizzano la dimensione dell'autonomia privata prevedendo una sorta di recesso unilaterale (art. 1, comma 24). Inoltre, anche riguardo alle convivenze, la legge si concentra proprio sulla possibilità di una regolazione per contratto degli aspetti patrimoniali mediante i cd. contratti di convivenza, i negozi attraverso i quali i *partner*, non coniugati, regolano la loro vita in comune. Si pensi altresì – sul piano della filiazione – alla legittimazione della fecondazione eterologa che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto, a dispetto dell'art. 30 Cost. mai da essa citato, di fondare su un presunto principio di autodeterminazione riproduttiva della coppia. In buona sostanza, anche la filiazione finisce quindi per essere suscettibile di una contrattualizzazione, almeno *lato sensu* intesa⁹. Nondimeno, quanto alle unioni civili, il dato normativo può prestarsi a una lettura ambivalente. Se, infatti, per un verso esso può essere visto come una ulteriore tappa di un processo destinato a coinvolgere il matrimonio, per altro verso potrebbe anche essere interpretato come il suggello dell'idea di doppio binario tra matrimonio e altre forme di vita in comune, per cui mentre queste ultime vengono repute contrattualizzabili il matrimonio rimarrebbe nel solco istituzionale.

2. Globalizzazione e contrattualizzazione.

Un altro punto di vista rilevante è quello dell'omologazione giuridica che una certa forma di globalizzazione sembra imporre anche nel diritto di famiglia. La spinta verso la contrattualizzazione proviene soprattutto dagli Stati Uniti dove addirittura in Louisiana – e successivamente in altri Stati dell'Unione – è stato introdotto il *covenant marriage* (*Covenant Marriage Act* del 1999), mercé il quale gli sposi sono autorizzati a regolare lo scioglimento del loro matrimonio in base a clausole contrattuali che possono prevedere sia regole molto leggere, sia regole che innalzano il grado dell'impegno matrimoniale. Tuttavia, mentre è ammesso lo scioglimento per

2016).

⁹ Mi permetto di rinviare al mio *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 749 ss.

ragioni indipendenti dall'inadempimento di doveri matrimoniali (*no-fault divorce*), lo scioglimento unilaterale è reso disponibile solo dopo un significativo periodo di tempo. In ogni caso, la soluzione contrattualistica introdotta dalla legge della Louisiana è per certi aspetti paradossale, perché, anziché essere concepita come una sorta di consacrazione della contrattualizzazione libertaria del matrimonio, nasce da una diffusa insoddisfazione di fronte alle prassi sociali ed ai *trend* legali in materia di matrimonio e di divorzio e dalla persuasione che il matrimonio stesso sia minacciato dalla legge sul divorzio senza colpa. Insomma, quello della Louisiana sarebbe un tentativo di risolvere mediante una soluzione contrattuale il problema dell'instabilità matrimoniale.

Invero, nel dibattito statunitense, il problema del declino della stabilità del matrimonio e della sua funzione sociale, non è messo in risalto solo dagli Autori che vengono descritti come *communitarians*, ma pure da Autori che si ispirano al metodo della analisi economica del diritto (*law and economics methodology*), i quali rilevano che il divorzio senza colpa ha trasformato il matrimonio in un "contratto illusorio" (*illusory contract*), che non fornisce alcun rimedio per la violazione dei vincoli e degli impegni matrimoniali (*no remedy for breach of the marriage vows*)¹⁰.

La differenza tra i due approcci non è pertanto nella individuazione e definizione del problema, che sostanzialmente coincidono, ma nel mezzo per mantenere una forma di vincolatività giuridica al matrimonio, che i *communitarians* reputano incompatibile sia con l'abolizione di regole sul divorzio le quali diano rilievo alla cd. Colpa, sia con l'impiego di categorie del discorso mercantile («*market discourse*»): tali *policies* sono considerate distruttive dei valori di cura e impegno reciproco che sono stati tradizionalmente alla base della stabilità del matrimonio. La concezione "riduzionistica" del matrimonio, che è l'esito di tale processo, rende le donne vulnerabili, pregiudica gli interessi dei bambini e mina il benessere sociale¹¹. Di qui l'idea di recuperare la

¹⁰ Cfr. per un cenno ad entrambe le posizioni, E.S. SCOTT e R.E. SCOTT, *Marriage as Relational Contract*, in *Virginia Law Rev.*, 1998, p.1225.

¹¹ E.S. SCOTT e R.E. SCOTT, *op. loc. ult. cit.*

rilevanza della colpa (*rectius*: del grave inadempimento dei doveri familiari) e introdurre regole per lo scioglimento del matrimonio che proteggano gli «interessi» di mogli e figli. Il problema, come si diceva, è avvertito anche da certi autori che si muovono in una prospettiva contrattualistica e utilizzano il metodo della analisi economica del diritto, secondo i quali la disponibilità di un divorzio unilaterale senza colpa incoraggia il comportamento opportunistico del marito, destabilizza la relazione e minaccia l'investimento coniugale delle mogli soprattutto se prevalentemente impegnate nelle incombenze domestiche e nella cura dei figli. Il risultato prevedibile di regole che rendono irrilevante, perché non sanzionato, il grave inadempimento dei doveri coniugali, è un investimento ridotto nell'impresa del matrimonio giudicata eccessivamente rischiosa. Pertanto, non solo i *communitarians* sostengono che il regime del divorzio senza colpa abbia causato un declino dell'importanza del matrimonio e una perdita delle sue preziose funzioni sociali, ma anche chi non disdegna la prospettiva contrattualistica propone di introdurre regole che non rendano "illusorio" il contratto matrimoniale.

Un esempio è la ricostruzione teorica di Scott e Scott¹² che concepiscono il matrimonio come un *relational contract*, un vincolo di lunga durata diretto a raggiungere obiettivi condivisi, il raggiungimento dei quali incrementa il benessere comune della famiglia¹³. La definizione di tali obiettivi, in coerenza con la prospettiva contrattualistica, è bensì affidata alle parti, ma i vincoli che ne nascono esigono che gli eventuali inadempimenti possano essere sanzionati. Se durante la fase fisiologica del matrimonio, la coercibilità non può, secondo questi Autori, darsi direttamente sul piano giuridico, su questo piano la tutela – di stampo patrimoniale – si dovrebbe giocare per mezzo delle regole sulla risoluzione del contratto, le quali avrebbero anche conseguenze, sia pure indirette,

¹² Cfr. *Ibidem*

¹³ Sui *relational contracts*, cfr. MACNEIL, *Relational Contracts: What We Do and Do Not Know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483 ss.; EISENBERG, *Why there is no Law of Relational Contracts?*, in *Northwestern Univ. Law Review*, 2000, p. 805 ss.; ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*⁵, New York, 1995, p. 50 ss.

sulla fase fisiologica. In effetti, adottando proprio un approccio contrattualista, suona alquanto incoerente che il contratto di matrimonio, con la sua durata e le implicazioni per le persone che lo stipulano, debba conoscere delle regole di risoluzione che non attribuiscono alcun peso all'inadempimento del contratto¹⁴.

Certo, tradotto il discorso nella dogmatica civilistica italiana, si deve rilevare che, da un lato, per lo più gli obblighi matrimoniali non sono obbligazioni proprio per via della non suscettibilità di valutazione economica della prestazione (art. 1174 c.c.) e, dall'altro, perché il contratto alla stregua dell'art. 1321 c.c. è volto a dare forma a rapporti giuridici patrimoniali¹⁵. L'unico dovere familiare che può essere accostato all'obbligazione è quello di contribuire, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale, ai bisogni della famiglia. Ne deriva che, anche a voler prendere in considerazione il danno non patrimoniale da inadempimento, che però non corrisponde all'intero delle conseguenze economiche dello scioglimento del matrimonio, la prospettiva contrattualistica tende a patrimonializzare il contenuto del matrimonio. La responsabilità da inadempimento del contratto matrimoniale riduce il coniugio, da rapporto eminentemente personale, a uno scambio di prestazioni che, almeno quando il contratto fallisce, diventano economicamente valutabili. Inoltre, la pretesa di riflettere all'indietro (dalla crisi alla esecuzione fisiologica

¹⁴ Come scrive BARGELLI, *Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia privata*, dal manoscritto gentilmente concesso in lettura dall'Autrice, la quale si rifà esplicitamente a E.S. SCOTT e R.E. SCOTT, *A Contract Theory of Marriage*, in Buckley (ed.), *The Rise and the Fall of Freedom of Contract*, Durham (N.C.), 1999, p.202: «anche se si assume la prospettiva della privatizzazione occorre andare oltre gli slogan della liberalizzazione e dei diritti fondamentali, ai quali si ferma, invece, l'attuale delega al Governo per la revisione del codice civile; occorre piuttosto riconoscere che il vero problema, quando progredisce lo spazio riconosciuto all'autonomia negoziale, sta nello stabilire se e in che modo proteggere adeguatamente gli investimenti umani e affettivi, se e in che modo scoraggiare comportamenti opportunistici, se e in che modo rinforzare nuovi modelli di cooperazione».

¹⁵ Mi permetto di rinviare al mio, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 929 e ss.

del contratto) la rilevanza giuridica degli obblighi di contribuzione appare paradossale. Invero, il dovere di contribuzione, che è funzionale ai bisogni della famiglia, viene reso giuridicamente cogente nella crisi quando, anziché i bisogni della famiglia in via di dissoluzione, entra in gioco la tutela individuale del coniuge debole. Ormai, non è più una questione di contribuzione, ma semmai di liquidazione del rapporto e viene in emersione la problematica perequativo-compensativa successiva al matrimonio. Del resto, la disciplina dell'assegno divorzile, che è nata sulla scorta di un principio di solidarietà post-coniugale, viene per molti aspetti messa in discussione non solo per la giusta preoccupazione di evitare rendite parassitarie a favore del coniuge beneficiario, ma altresì per attuare nel modo più ampio possibile il “diritto di rifarsi una vita” da parte del coniuge forte. È divenuta quasi uno *slogan* l'affermazione del giudice Lord Scarman nel caso *Minton v. Minton*, secondo cui «*An object of the modern law is to encourage [the parties] to put the past behind them and to begin a new life which is not overshadowed by the relationship which has broken down*»¹⁶. Insomma, per dirla con parole mediterranee, anche per i coniugi che hanno divorziato si dovrebbe ripetere: chi ha dato ha dato, chi ha avuto ha avuto, scordiamoci il passato.

Ora, in effetti quando la durata del matrimonio sia stata molto breve può sembrare sproporzionata una proiezione degli obblighi post-coniugali fino a gravare in modo eccessivo su un secondo matrimonio e/o sulla nascita di figli. Ma almeno quando la durata del matrimonio che è stato sciolto risulta significativa, l'idea che il coniuge forte possa alleggerire il suo debito a favore di colei o colui che è subentrato, ben sapendo della situazione in cui il *partner* (ex coniuge forte) si trovava, può suscitare qualche perplessità, specialmente se si aggiunge la considerazione del tabù della colpa riguardo ai fatti che possono aver determinato la crisi del precedente matrimonio. In ogni caso, la concezione “stratificata” che va diffondendosi con riferimento alle varie esperienze matrimoniali o di

¹⁶ [1979] AC 593, 608. Le ripete adesivamente, tra gli altri, AL MUREDEN, *Il “diritto a formare una seconda famiglia” tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di “autoresponsabilità”*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 1054 e nota n. 31.

coppia nella vita delle persone rende sicuramente più complessa la questione della solidarietà post-coniugale e quindi più complicati i criteri di quantificazione e le regole sulle modalità di adempimento dei relativi obblighi. In questo ambito, si pone sempre più insistentemente anche in Italia il tema della ammissibilità riconosciuta in altri ordinamenti, su imitazione di quello statunitense¹⁷, di accordi precedenti alla crisi coniugale che solitamente sono inquadrati come patti prematrimoniali, oltre ad accordi che si formano durante la crisi in funzione di soluzione della medesima fuori dal processo.

2. *Le «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione» della separazione e del divorzio.*

Uno degli argomenti a sostegno degli accordi prematrimoniali è ricavato dalla recente introduzione di percorsi di risoluzione alternativa della disputa giudiziale in materia di separazione e divorzio (cd. misure urgenti di degiurisdizionalizzazione). Se in

¹⁷ Un canale improprio di *legal trasplant* di istituti previsti in altri ordinamenti giuridici è rappresentato spesso dal riconoscimento di atti o provvedimenti stranieri, onde con riguardo al tema degli accordi prematrimoniali non può essere citata come argomento favorevole Cass. 3 maggio 1984, n. 2682, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, la quale ha ritenuto che «l'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani». Tale pronuncia è considerata addirittura un «precedente» da DE ROSA e CALÒ, *Introduzione - La famiglia e la sua "privatizzazione"*, in *Riflessioni del Notariato sul Diritto di Famiglia e delle Successioni alla luce dei nuovi modelli sociali XXVII Congresso Internazionale del Notariato Latino - Perù 2013*, (<http://elibrary.fonda-zionenotariato.it/articolo.asp?art=38/3800&mn=3>).

questi ambiti si registra una apertura verso forme di autonomia, peraltro per lo più assistita, ciò – secondo tale punto di vista – dovrebbe implicare anche una apertura verso accordi anticipati riguardanti i profili patrimoniali di separazione e divorzio¹⁸. Si getta così un ponte tra accordi anticipati e mezzi di *Alternative Dispute Resolution* a cui può essere fatto ricorso quando ormai la crisi è in atto.

L'argomento, tuttavia, rischia di provare troppo, perché i percorsi di risoluzione alternativa a quella giudiziale, da un lato, non sono disciplinati in modo del tutto autonomo rispetto all'autorità giudiziaria e quando sono ammessi davanti all'ufficiale dello stato civile le questioni inerenti alla disciplina dei rapporti patrimoniali trovano delle limitazioni; dall'altro, essi sono stati concepiti – almeno come modello positivo e non quale semplice mezzo di deflazione del carico giudiziale – in funzione della individuazione di *settings* diversi dall'aula giudiziale e di procedure diverse da quella tipicamente avversariale del processo quali tecniche più appropriate per la soluzione delle controversie familiari¹⁹.

Invero, l'idea che la famiglia esiga delle regole peculiari anche per la soluzione della sua crisi ha alcuni addentellati già nel Codice civile. Infatti quest'ultimo, nel definire diritti e doveri dei coniugi e i rapporti tra genitori e figli, aveva tentato di conciliare la visione moderna della famiglia caratterizzata dalla regola dell'accordo con la concezione istituzionale, proteggendo la famiglia da una litigiosità giudiziaria irrispettosa dell'autonomia e del bene dell'unità della famiglia. Ne è un esempio l'art. 145 c.c.: «In caso di disaccordo ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano

¹⁸ Cfr. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, poi da Mengoni, poi da Schlesinger, Milano, 2015, p. 236, secondo il quale tali novità sanciscono con ogni evidenza il trionfo dell'autonomia privata e della autodeterminazione nella crisi del matrimonio.

¹⁹ Ne ho trattato in *Mediazione e affidamento condiviso*, in Mazzamuto (a cura di), *Mediazione familiare e diritto del minore alla bigenitorialità. Verso una riforma dell'affidamento condiviso*. Atti del Convegno del 31 ottobre 2018 ad Agrigento, Torino 2019, p. 7 ss.

compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere una soluzione concordata. Ove questa non sia possibile e il disaccordo concerne la fissazione della residenza o altri affari essenziali, il giudice, qualora ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia». In sostanza, la norma prevede un intervento rispettoso del giudice che entra in gioco solo per tentare una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, può prendere una decisione, che peraltro dovrà essere la più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia, solo dietro la richiesta espressa e congiunta di entrambi i coniugi.

Ora, come è noto questa disposizione normativa è rimasta poco attuata, soprattutto per via dell'inadeguatezza del giudice e dell'ambiente giudiziario con i suoi riti e le sue forme a svolgere tale compito e della scarsa propensione delle persone a investire il giudice di un simile ruolo, se non quando è ormai troppo tardi e la crisi della famiglia si è trasformata in un campo di battaglia.

Tuttavia, se l'art. 145 c.c. non è riuscito a realizzare il proprio obiettivo, ciò non significa che esso fosse sbagliato. Semmai è il mezzo che va sostituito, con uno strumento più vicino alla sensibilità delle persone che preferiscono luoghi ("*settings*") diversi dall'aula giudiziaria, e più adeguati anche alla delicatezza psicologica che presentano tali questioni.

Solo di recente l'ordinamento italiano, sollecitato soprattutto dalla crisi generale, economica e per molti aspetti sociale e di organizzazione della giustizia, ha accolto nuovi strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Nel complesso, però, sembra trattarsi di innovazioni che paiono dettate prevalentemente per scopi di alleggerimento dei processi e dell'attività giudiziaria. Inoltre, è ancora abbastanza evidente la tendenza a un monopolio da parte del ceto giuridico di tali questioni, la cui cornice giuridica è indiscutibile, ma che presentano risvolti che richiedono anche un contributo istituzionalizzato da parte di figure professionali in possesso di altre competenze soprattutto nel campo psicologico con particolare riguardo proprio alla psicologia delle relazioni e alla comunicazione tra familiari.

La novità più significativa, in questo quadro, è la legge n. 162/2014²⁰ che ha previsto la negoziazione assistita da avvocati e l'accordo dei coniugi dinnanzi al Sindaco quale ufficiale dello stato civile per separazione personale, cessazione degli effetti civili del matrimonio, modifiche delle condizioni di separazione e di divorzio, senza necessità dell'omologa giudiziale²¹. Il procedimento di negoziazione assistita da avvocati può avvenire in forma: a) volontaria (art. 2, comma 1); b) obbligatoria (art. 3); c) «per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio», con procedimento distinto a seconda vi sia prole autosufficiente o meno (art. 6). Si tratta di «un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati»²².

²⁰ Legge 10 novembre 2014, n. 162: *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di deregionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, GU, n. 261, 10 novembre 2014, *Supplemento Ordinario* n. 84.

²¹ Con la Legge 10 dicembre 2012, n. 219: *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, *ibid.*, n. 293, 17 dicembre 2012, e il decreto attuativo n. 154/2013 si è introdotta la cd. Mediazione civile e commerciale, la quale è possibile solo per quanto concerne diritti disponibili e quindi nel caso delle questioni familiari può riguardare quasi soltanto le questioni patrimoniali.

²² La comunicazione dell'invito a concluderla ovvero la sottoscrizione della convenzione producono sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale e impediscono, per una sola volta, lo spirare della decadenza (cfr. art. 8). Le parti devono individuare la durata massima della procedura, la quale non può essere inferiore ad un mese né superiore tre mesi, termine prorogabile su intesa delle parti per ulteriori trenta giorni (cfr. art. 2, comma 2, lett. b). La soluzione negoziale della lite raggiunta deve essere conclusa in forma scritta; gli avvocati la sottoscrivono, ne garantiscono la conformità «alle norme imperative ed all'ordine pubblico» e certificano le sottoscrizioni apposte dalle parti sotto la propria responsabilità. L'accordo concluso costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione della ipoteca giudiziale senza bisogno di alcun procedimento di omologazione giudiziaria (cfr. art. 5). Il medesimo deve essere integralmente trascritto nel precetto a norma dell'art. 480 c.p.c. «Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti *soggetti a trascrizione*, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di

Nel caso in cui non vi siano figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi, affinché l'accordo concluso possa spiegare gli effetti previsti ed essere trascritto nei registri, è necessario che il «procuratore della Repubblica presso il tribunale competente» comunichi agli avvocati un «nullaosta» ove non ravvisi «irregolarità». Soltanto in seguito a tale nullaosta sarà possibile procedere ai successivi adempimenti, ovvero alla obbligatoria trasmissione «entro il termine di 10 giorni», all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni.

Diversamente, in presenza di figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi, ai sensi dell'art. 6, comma 2, secondo capoverso, l'accordo raggiunto deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. In caso contrario «il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo». L'avvocato, autenticata copia dell'accordo autorizzato, deve trasmetterla «entro il termine di 10 giorni» dall'autorizzazione all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu trascritto. L'accordo autorizzato produce i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che concludono i procedimenti oggetto di applicazione.

Un problema è stato rilevato con riguardo all'ampiezza ristretta dei poteri inerenti al controllo da parte del procuratore della

accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato» (art. 5). Inoltre, affinché l'accordo concluso possa spiegare gli effetti descritti ed essere trascritto nei registri, è necessario che il «procuratore della Repubblica presso il tribunale competente» comunichi agli avvocati un «nullaosta» ove non ravvisi «irregolarità». Soltanto in seguito a tale nullaosta sarà possibile procedere ai successivi adempimenti, ovvero alla obbligatoria trasmissione «entro il termine di 10 giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni» relative all'autografia delle circoscrizioni e alla conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico. La violazione di tale obbligo è assistita da una sanzione amministrativa pecuniaria fino a diecimila euro irrogata dal Comune competente per il registro.

Repubblica. Dal testo di legge, infatti, esso sembrerebbe limitato alle risultanze documentali, senza prerogative istruttorie in capo al Procuratore, onde i soggetti deboli potrebbero di fatto risultare discriminati. Tale profilo di indebolimento della posizione dei minori è aggravato anche dal fatto che sembra ignorato il principio dell'ascolto del minore in tutti procedimenti che lo riguardano, non essendo previsto l'ascolto dei minori coinvolti in tale procedimento²³.

Un «accordo di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio», nonché per la modificazione delle condizioni di separazione o di divorzio può essere ottenuto anche attraverso separate dichiarazioni dei coniugi rese innanzi al Sindaco, quale ufficiale dello stato civile (a norma dell'art. 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396²⁴). Ma tale possibilità è preclusa quando vi siano figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi ovvero non autosufficienti economicamente. Inoltre, per tale via non possono essere conclusi «patti di trasferimento patrimoniale» (art. 12, comma 3). Ricevute le dichiarazioni, l'accordo viene immediatamente compilato dallo stesso Sindaco. Il medesimo accordo produce gli effetti dei provvedimenti giudiziari che concludono i procedimenti oggetto di applicazione, senza bisogno di omologazione giudiziale, e in base ad esso verranno effettuate le dovute annotazioni negli atti di matrimonio. La presenza degli avvocati delle parti è meramente facoltativa. In sede di conversione è stata inserita una misura di cautela, prevedendo che «Nei soli casi di separazione personale,

²³ Cfr. RUO, *Negoiazione assistita nella separazione e nel divorzio*, Rimini 2016, p. 117 ss.; CALOGERO, *Negoiazione assistita familiare: l'inarrestabile processo di privatizzazione del rapporto tra i coniugi a scapito della tutela del diritto di ascolto dei minori (convenzione di New York del 1989 e convenzione di Strasburgo del 1996). Appunti per una ricerca*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 136 ss., specialmente p. 142 ss.; TOMMASEO, *Sulle forme di tutela dei minori nella crisi dei rapporti familiari*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 115.

²⁴ Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396: *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*, GU, n. 303, 30 dicembre 2000, *Supplemento Ordinario* n. 223.

ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate» e, dunque, non nel caso di mera modifica delle condizioni, «l'ufficiale dello stato civile» (*rectius*: il Sindaco) deve invitare a comparire i coniugi nuovamente di fronte a sé «non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo [...]. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo».

Queste novità vanno considerate anche tenendo conto della legge n. 55/2015 che ha introdotto il cd. divorzio breve²⁵. L'art. 1 di tale legge, infatti, modifica l'art. 3 della legge n. 898/1970²⁶ riducendo il tempo necessario per il divorzio successivamente alla separazione (dopo l'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale) a 12 mesi nel caso di separazione giudiziale e a 6 mesi nel caso di separazione consensuale, ovvero quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale.

La valutazione di tale provvedimento legislativo risulta controversa. Non è facile, invero, prendere posizione al riguardo, perché se da un lato un eccessivo prolungarsi del tempo della separazione può creare difficoltà ai coniugi che ormai hanno deciso di dividersi, una riduzione eccessiva dei tempi può andare a scapito della ricerca di un buon accordo, magari sperimentato anche per qualche tempo, mettendo così la persona che possa avere ragione di chiederne la modifica nella condizione di doversi onerare dell'iniziativa di persuadere l'altro coniuge dell'esigenza di modificarlo, e, ove non riesca, di adire il giudice. Insomma, un accordo frettoloso potrebbe anche essere fonte di una conflittualità successiva che può dar luogo ad ulteriore frequentazione di aule giudiziarie. Ma soprattutto anche la citata legge n. 55/2015 sembra trascurare l'interesse dei figli, ignorando nella disciplina prevista la distinzione se vi sia o meno prole che invece caratterizza e dovrebbe continuare a caratterizzare l'impostazione generale della disciplina

²⁵ Legge 6 maggio 2015, n. 55: *Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra I coniugi*, GU, n. 107, 11 maggio 2015.

²⁶ Legge 1° dicembre 1970, n. 898: *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, GU, n. 306, 3 dicembre 1970.

della crisi coniugale. Come è noto, fin dalle prime legislazioni divorziste in Europa si è tenuto conto della presenza o meno di figli. D'altra parte, l'esistenza di figli comporta di sicuro un capitolo speciale nell'ambito delle regole della separazione e poi del divorzio, essendo assai probabile il mutamento delle circostanze che sono state assunte come presupposto dell'accordo originario: è assai comune infatti che la crescita dei bambini e le vicende che possono accompagnarla presentino nuovi punti di vista da considerare. Quale che sia il criterio migliore nella separazione e nel divorzio, il taglio netto e veloce come predica qualcuno oppure un percorso che non escluda ripensamenti e quindi una riconciliazione, resta il fatto che il venir meno del rapporto di coniugio oppure della volontà di stare insieme, quando si tratti di conviventi, non elimina il problema o – se lo si guarda positivamente – il bene della cogenitorialità che non dovrebbe naufragare nelle procellose vicende della coppia. Nel passaggio difficile tra il prima e il dopo la separazione sarebbe perciò importante preservare la relazione fra quelli che ormai non sono più coniugi o conviventi, ma rimangono pur sempre genitori dei loro figli e come tali sono guardati da questi ultimi.

2.1. La cosiddetta privatizzazione del divorzio.

La recente disciplina del divorzio e in particolare la previsione dei percorsi di negoziazione assistita in combinazione col cd. divorzio breve incidono significativamente sulla concezione normativa del divorzio che perde, anche dal punto di vista formale²⁷, il requisito della cessazione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi²⁸. In altre parole, il divorzio non sembra più configurarsi come una condizione sopravvenuta che rende impossibile o

²⁷ Il requisito del venir meno della comunione spirituale e materiale tra i coniugi nell'esperienza pratica risulta da tempo osservato solo formalmente dalla giurisprudenza: cfr. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*⁷, Padova, 2016, p. 170, dando di fatto ragione a chi in dottrina sostiene la tesi dell'automatismo: cfr. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano 1996, p. 131 ss.

²⁸ Per una breve storia del concetto normativo di divorzio dall'introduzione della legge n. 898 del 1979 alle leggi più recenti, cfr. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 14 ss.

inesigibile mantenere la promessa, ma viene rimesso alla volontà delle parti sebbene ancora non possa essere tecnicamente confuso con un diritto di recesso, rimanendo il requisito del passaggio in giudicato della sentenza di separazione (ovvero l'omologazione della separazione consensuale) e il decorso di dodici mesi di ininterrotta separazione dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione giudiziale, e di sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale.

Tali profili fanno ritenere che non sia ancora matura, semmai lo sarà, l'idea di una radicale privatizzazione del divorzio che a sua volta realizzerebbe quello *slogan*, «dallo *status* al contratto», che taluno utilizza per definire il processo evolutivo dell'istituto matrimoniale.

Certo, le nuove fattispecie di scioglimento del matrimonio attribuiscono alla volontà dei coniugi un peso maggiore e l'elemento «pubblicistico», che continua a concorrere, degrada sia rispetto alla sentenza sia rispetto al provvedimento giurisdizionale di omologa. Tuttavia, da un lato rimane in vigore il requisito del periodo di separazione e dall'altro non è venuta meno la previsione di un concorrente elemento pubblicistico che varia di grado a seconda della presenza di figli e anche se la domanda di scioglimento sia accompagnata da accordi che comportino significative conseguenze patrimoniali²⁹.

Si può semmai parlare di privatizzazione del divorzio in un senso debole, o di divorzio semplificato, ossia in relazione al fatto che «l'accordo non si trova più (scil: necessariamente) incastonato dentro un procedimento giurisdizionale destinato a produrre un atto

²⁹ Peraltro, come osserva BARGELLI, *Divorzio "privato"*, cit., Cass. 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. dir.*, 2015, p. 357, già prima della legge 162/2014 aveva ritenuto che il procedimento giudiziale e la conseguente sentenza, in caso di domanda congiunta, non svolgessero un ruolo costitutivo, ma rappresentassero un controllo esterno di efficacia, alla stregua di quanto si reputa per l'accordo di separazione consensuale omologato dal Tribunale. Ne deriva che da un lato l'accoglimento integrale da parte del tribunale di una domanda congiunta precluderebbe l'impugnazione ai sensi dell'art. 5 comma 5, legge 1° dicembre 1970, n. 898 e dall'altro il contenuto potrebbe oggetto di impugnazione mediante le ordinarie impugnative contrattuali (a meno che le parti non chiedano consensualmente una modifica in presenza di fatti sopravvenuti).

giudiziale costitutivo dell'effetto della perdita dello *status*; nondimeno, il titolo è destinato a produrre gli stessi effetti giuridici di un provvedimento emesso da un'autorità giurisdizionale. Tali forme di divorzio si sono rapidamente diffuse in molti ordinamenti europei (Belgio, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Latvia, Portogallo, Romania, Slovenia and Spagna), laddove in altri (per esempio, in Germania), il divorzio ancora rimane saldamente ancorato al provvedimento giurisdizionale»³⁰.

Questa nuova tendenza ha assunto rilievo anche nel diritto internazionale privato per quanto concerne la circolazione, fra Stati, degli atti di scioglimento del matrimonio, in relazione ai quali si è avvertita l'esigenza di rivedere i regolamenti che presupponevano e richiedevano un provvedimento giurisdizionale alla base dell'estinzione dello *status* coniugale (cfr. il regolamento n. 2201/2003 - Roma II bis³¹). Così, il nuovo regolamento n. 1111/2019, all'art. 65 (*Recognition and enforcement of authentic instruments and agreements*)³², prevede che gli atti pubblici e gli accordi in materia di divorzio e separazione siano riconosciuti automaticamente in tutti gli Stati membri qualora possiedano «effetti giuridici vincolanti» nello Stato di origine e siano stati registrati dall'autorità di uno Stato che risulti competente sulla base dei medesimi criteri di competenza che il regolamento stabilisce per l'attività delle autorità giurisdizionali. I motivi che possono giustificare un rifiuto di riconoscimento sono gli stessi previsti per il riconoscimento delle decisioni, salva la sola esclusione del riferimento all'instaurazione del contraddittorio, che ovviamente in tal caso è esclusa. Per rendere più sicuro e al tempo stesso più semplice il riconoscimento, l'autorità di registrazione, su istanza di parte, deve rilasciare un certificato (seguendo un modello

³⁰ BARGELLI, *Divorzio "privato"*, cit., p. 357.

³¹ Regolamento CE, 2201, 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, n. L338, 23 dicembre 2003.

³² Regolamento UE n. 1111, 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori, in *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, n. L178, 2 luglio 2019.

allegato al testo del regolamento) da produrre assieme al testo dell'atto pubblico o dell'accordo al momento della richiesta di riconoscimento in altro Stato membro.

Tuttavia, se i mutamenti in materia di divorzio costituiscono delle spinte verso la privatizzazione, dall'altra parte proprio nella dottrina statunitense che aveva invocato lo *slogan* dallo *status* al contratto propone un ribaltamento dello *slogan* medesimo³³. Paradossalmente, per certi versi, proprio la *querelle* sul matrimonio omosessuale avrebbe messo in evidenza un'istanza che si muove in senso contrario a quello della privatizzazione, cercando piuttosto il riconoscimento dello *status*. Emerge un ripensamento della materia in esito al quale viene sottolineato il fatto che lo Stato, nel perseguire le proprie politiche di sostegno alle famiglie, non può rinunciare a definire dei criteri che selezionino i gruppi sociali, riconoscendo come famiglie, ai cui membri attribuire lo *status* familiare, solo quelle categorie di relazioni che implicano un impegno a lungo termine per la cura reciproca e l'interdipendenza e, su tale base, funzionano bene per soddisfare i bisogni legati alla mancanza di autosufficienza dei membri (*members' dependency needs*)³⁴. Le motivazioni della sentenza *Obergefell v. Hodges*³⁵ sono esemplari in tal senso, ma mostrano anche l'ambiguità del pensiero giuridico contemporaneo sul matrimonio, sottoposto alle contrastanti sollecitazioni della contrattualizzazione e della istituzionalizzazione³⁶.

3. *I prenuptial agreements o patti in vista di separazione e divorzio.*

Come si è accennato, il maggiore rilievo attribuito all'autonomia privata nella fase del divorzio a seguito della degiurisdizionalizzazione ha riaperto la questione relativa al

³³ Cfr. E.S. SCOTT e R.E. SCOTT, *From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships*, in *Columbia Law Review*, 2015, p. 293.

³⁴ Cfr. E.S. SCOTT e R.E. SCOTT, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ U.S. Supreme Court, 26 giugno 2015, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of health, et al.*, 576 U.S. (2015) (https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf).

³⁶ Mi permetto di rinviare ancora al mio *Famiglia e biodiritto*, cit., 771 ss.

riconoscimento di validità degli accordi o patti prematrimoniali che dal diritto statunitense si sono diffusi anche in alcuni ordinamenti europei³⁷.

Attualmente nel nostro ordinamento i coniugi possono regolare convenzionalmente il loro regime patrimoniale ai sensi dell'art. 162 c.c. anteriormente al matrimonio, al momento della celebrazione dello stesso ed anche durante la vita matrimoniale, scegliendo, ad esempio, tra comunione legale o separazione dei beni, ma non possono regolare anticipatamente le conseguenze patrimoniali di separazione e divorzio³⁸. Tali accordi, infatti, sono considerati illeciti e pure recentemente la Corte di Cassazione ha confermato la nullità per illiceità della causa degli accordi con cui i promessi sposi disciplinano il loro regime giuridico patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio. In particolare, tali pattuizioni sono ritenute in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e di alcuni diritti spettanti al coniuge, tra i quali soprattutto il diritto all'assegno divorzile che è indisponibile in base alla sua natura (anche) assistenziale³⁹. Non solo l'accordo sulla componente

³⁷ Per una rapida disamina comparatistica, cfr. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in Landini e Palazzo (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano 2018, p. ss. Un'indagine generale di orientamento favorevole all'espansione dell'autonomia si legge in OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto. VI. Interferenze*, a cura di Roppo, Milano 2006, p. 105 ss.

³⁸ Invero le ipotesi di patti con cui i coniugi dispongono per il futuro del diritto di uno di essi a ricevere l'assegno divorzile posso essere più articolate. Ad esempio, RIMINI *Il nuovo divorzio*, cit., p. 232 indica le seguenti quattro ipotesi: un patto, stipulato al momento del divorzio, con cui i coniugi pattuiscono la non modificabilità dell'assegno stabilito nella sentenza di divorzio; un patto stipulato al momento della separazione, con cui i coniugi definiscono il contenuto del futuro divorzio; le convenzioni con cui i coniugi, ancora serenamente conviventi, cercano di prefigurare il contenuto del loro eventuale divorzio; convenzioni prepatrimoniali con le quali i coniugi, prima ancora di contrarre matrimonio, raggiungono un'intesa sugli effetti della eventuale crisi del matrimonio stesso.

³⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Riv. Not.*, 2017, p. 503. Come si legge in Cass., Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. dir.*, 2013, p. 321 secondo il tradizionale orientamento «gli accordi, assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale, e in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio».

economica potrebbe essere considerato come una sorta di prezzo per il consenso al divorzio⁴⁰, ma il principio di solidarietà post-coniugale potrebbe essere aggirato o indebolito da un eventuale accordo preventivo: potrebbe indurre il coniuge “debole”, in quanto economicamente dipendente dall’altro, ad accettare le condizioni imposte dal coniuge forte e, soprattutto, potrebbe influire sulla volontà delle parti relativamente allo scioglimento del matrimonio. Si configurerebbe, pertanto, un contratto con causa illecita, perché derogatorio di diritti e doveri nascenti dal matrimonio in contrasto con l’art. 160 c.c. Inoltre, si è pure sostenuto che tali accordi equivalgono ad una rinuncia alle pretese patrimoniali azionabili da una parte nei confronti dell’altra, configurando una violazione dell’art. 24 Cost. Di qui un ulteriore motivo di illiceità della causa, in quanto il patto, limitando la libertà di difendersi in giudizio, risulterebbe altresì in contrasto con un principio di ordine pubblico⁴¹.

Un ulteriore profilo negativo potrebbe derivare dalla considerazione che tali contratti sono suscettibili di introdurre

⁴⁰ Cfr., ancora da ultimo, Corte Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit.

⁴¹ Cfr. Corte Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Diritto di famiglia*, 1981, p. 1025 ss., secondo cui «in tema di divorzio, il preventivo accordo con cui gli interessati stabiliscono, in costanza di matrimonio, il relativo regime giuridico, anche in riferimento ai figli minori, convenendone [la non modificabilità] per un dato periodo di tempo, è invalido, nella parte riguardante i figli, per l’indisponibilità dell’assegno dovuto ai sensi dell’art. 6 [della legge sul divorzio (legge n. 898 del 1970)], nella parte riflettente l’assegno spettante all’ex coniuge a norma del precedente art. 5, per contrasto sia con l’art. 9 della stessa legge, che non consente limitazioni di ordine temporale alla possibilità di revisione del suindicato regime, sia con l’art. 5, cit., che, fissando i criteri per il riconoscimento e la determinazione di un assegno all’ex coniuge, configura un diritto insuscettibile, anteriormente al giudizio, di rinuncia o di transazione, attesa [la non liceità] della causa di un negozio siffatto, perché sempre connessa, esplicitamente o implicitamente, all’intento di viziare, o quanto meno di circoscrivere, la libertà di difendersi in detto giudizio, con irreparabile compromissione di un obiettivo d’ordine pubblico come la tutela dell’istituto della famiglia. Pertanto, in tale giudizio, non può una delle parti impedire all’altra di provare la verità delle condizioni di fatto alle quali la legge subordina e commisura l’assegno di divorzio e quello di mantenimento dei figli, eccedendo l’intangibilità dell’accordo intervenuto in merito prima dell’inizio del giudizio medesimo». Su questa linea, più recentemente, Corte Cass., Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 704 ss.

elementi di perturbazione riguardo allo stesso matrimonio-atto che ai sensi dell'art. 108 c.c. non può essere sottoposto a termini o condizioni. Si potrebbe infatti dubitare del fatto che i nubenti si vogliano sposare in assenza di tale patto. In ogni caso, è difficile contestare che se tali accordi sono stipulati nella fase di formazione della volontà di sposarsi, cioè di formare un'unione coniugale che implica pur sempre un orientamento psicologico verso l'idea dell'impegno reciproco in favore della coppia, essi – quantomeno simbolicamente – ne indeboliscono l'univocità della direzione, introducendo obliquamente una prospettiva, che seppure eventuale, si caratterizza per l'adozione del punto di vista avversariale focalizzato sui contrapposti interessi.

Vero che gli accordi preventivi relativi alla (futura) crisi coniugale non riguardano di norma, quale loro oggetto diretto, lo *status* di coniugio, cosa che accadrebbe, invece, se le parti si promettessero pattiziamente di non divorziare ovvero di tacere (e, dunque, privare di giuridica rilevanza) eventuali vizi del matrimonio-atto. Tuttavia, tale preoccupazione non attiene all'accordo che direttamente vincola in tal senso, ma a quello che dispone degli effetti patrimoniali in un modo che possa scoraggiare o incoraggiare al divorzio o eventualmente alla rinuncia all'impugnazione.

Occorre inoltre rilevare che prima della crisi un eventuale accordo sarebbe sprovvisto di adeguata informazione, dal momento che l'assegno divorzile dipende dalle «condizioni dei coniugi, dalle ragioni della decisione, dal contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno di quello comune, del reddito di entrambi e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio», ai quali si deve aggiungere la considerazione dell'elemento della «mancanza di mezzi adeguati» o della circostanza che il beneficiario «non può procurarseli per ragioni oggettive» (art. 5, comma 6, legge n. 898/1970).

Diversamente dagli accordi in vista del divorzio, sono invece ritenuti validi gli accordi tra coniugi in vista dell'annullamento del vincolo matrimoniale (spesso stipulati nella fase di separazione personale). Secondo la giurisprudenza la natura inquisitoria della procedura, volta ad accertare la causa di invalidità del matrimonio,

esclude in radice che l'accordo possa costituire o dissimulare un atto di disposizione dello *status*. Di conseguenza, si ritiene che non sussistano ragioni di ordine pubblico per non ammettere l'autonomia delle parti interessate, le quali potranno liberamente determinare le reciproche obbligazioni e gli altri aspetti patrimoniali in vista dell'annullamento del matrimonio⁴². Sul piano formale, si potrebbe aggiungere che a differenza degli accordi riguardanti la separazione e il divorzio che presuppongono la validità e l'efficacia del matrimonio, l'annullamento è proprio rivolto a mettere nel nulla il matrimonio, onde gli effetti patrimoniali di esso non sono effetti matrimoniali.

Un elemento che viene valutato come argomento di apertura agli accordi precedenti alla crisi coniugale è individuato nel comma 8 dell'art. 5, legge n. 898/1970, applicabile anche al divorzio su domanda congiunta, in base al quale su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico. In questo modo le questioni economiche tra gli ex coniugi potrebbero essere risolte una volta per tutte, realizzando così quello che negli USA è definito un *clean break*, che è il principale obiettivo dei patti prematrimoniali⁴³. Rimane tuttavia il requisito dell'equità del contenuto dell'intesa il cui controllo giudiziale è necessario, altrimenti l'accordo raggiunto dai coniugi non sarebbe

⁴² Cfr. Corte Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950 con nota di CUBEDDU, *Annulamento del matrimonio e autonomia negoziale*, p. 953 e p. 955; e di RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, p. 963 ss.; anche in *Corr. Giur.*, 1993, I, p. 822, con nota di LOMBARDI; in *Giur. it.* 1993, p. 1670, con nota di CASOLA. Cfr. anche Corte Cass., Sez. I, 20 marzo 1998, n. 2955, in *Contratti*, 1998, p. 472 ss., con nota di BONILINI, *Gli accordi in vista del divorzio*. Corte Cass., Sez. I, 23 marzo 2001, n. 4202, in *Giust. Civ.* 2000, I, p. 1479 ha stabilito che, in caso di annullamento successivo al divorzio, l'assegno di mantenimento già liquidato non venga meno. Cfr. anche Corte Cass., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Guida al diritto*, 2006, p. 51; Corte Cass., 12 aprile 2006, n. 8518, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 371 ss.

⁴³ Così sostiene SAVORANI, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Pol. dir.* 2014, p. 52.

efficace né vincolante⁴⁴; sicché lo spazio di autonomia che si apre incontra un limite proprio nel contenuto economico che solitamente nel diritto comune dei contratti è riservato alle parti⁴⁵.

In ogni caso, tale accordo così come l'accordo raggiunto in vista della separazione o del divorzio si caratterizza per la collocazione temporale successiva all'insorgenza della crisi coniugale e quindi in un momento in cui, da un lato, vi è già la decisione di separarsi o di divorziare e dall'altro sono ormai maturati gli elementi di fatto sufficienti ai fini della quantificazione delle spettanze economiche. Con riferimento all'accordo di separazione, peraltro, la giurisprudenza recentemente ha ritenuto che «la dichiarazione di addebito e le conseguenze patrimoniali ad essa *ex lege* riconducibili (art. 156, c. 1 e 3, c.c.) inducono ad escluderne radicalmente la vincolatività»⁴⁶. Inoltre, il patto stipulato tra coniugi per regolare i loro rapporti economici in vista della separazione è ritenuto valido, ma deve pur sempre essere omologato dal giudice o, se si è fatto ricorso alla negoziazione assistita da avvocati, autorizzato dal procuratore della Repubblica. Quando si tratti dell'obbligo di mantenimento dei figli, eventuali accordi successivi che modificassero quanto risultante dal verbale dell'omologa sarebbero validi solo se i cambiamenti apportati si ponessero in posizione di non interferenza rispetto all'accordo di separazione omologato, ovvero in una posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza all'interesse dei figli, come per l'assegno di mantenimento concordato in misura superiore a quella prevista nell'accordo omologato. Altrimenti la regola del controllo giudiziale *ex art. 158, comma 2, c.c.* risulterebbe vanificata⁴⁷. Inoltre, la dottrina

⁴⁴ Cfr. ANDREOLA, *Il controllo giudiziale degli atti di autonomia privata nella crisi del matrimonio*, Pisa, 2016, p. 85.

⁴⁵ Su questo tema v. il contributo del Festeggiato, Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 45.

⁴⁶ Corte Cass., Sez. I, 8 maggio 2013 n. 10718, in *Guida al diritto*, 2013, p. 87.

⁴⁷ Cfr. Corte Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189 ss., con nota di CASABURI, ma in termini più precisi, Corte Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, p. 147, con nota di OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*. Per una sintesi in merito agli accordi di separazione, SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 159. Vedi

nega che il contenuto tipico o necessario degli accordi – riguardante la decisione di vivere separati e le pattuizioni relative al mantenimento del coniuge e a quello dei figli – abbia natura contrattuale e che ad esso si applichi la disciplina del contratto. Del resto, l'art. 158, comma 1, c.c. è chiaro nel prevedere che la separazione per il solo consenso dei coniugi è inefficace senza l'omologazione del giudice. Insomma, solo gli accordi patrimoniali che riguardano esclusivamente i rapporti fra coniugi possono inquadrarsi come contratti atipici *ex art. 1322 c.c.* e quindi risultare validi ed efficaci nei limiti in cui non violino la regola generale dell'art. 160 c.c.⁴⁸. La loro atipicità consiste nel fatto che il loro contenuto è privo di un diretto collegamento con i diritti e gli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio.

Precedenti alla crisi coniugale sono invece quegli accordi che talora la giurisprudenza ha ritenuto ammissibili⁴⁹ in quanto fondati su una *causa perequationis*⁵⁰, ossia giustificati da una esigenza di

anche BUGETTI, *Le rinunzie ai diritti contenute nell'accordo di separazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, p. 957.

⁴⁸ Cfr. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 158-159.

⁴⁹ Ad esempio, secondo Corte Cass., Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corr. Giur.* 2013, p. 1564 ss., «si tratterebbe in definitiva – si può aggiungere – di un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti. Nella specie, dunque, un accordo (*rectius*: un vero e proprio contratto) caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, secondo l'inquadramento effettuato dal giudice *a quo*». Vedi anche Corte Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 103 ss.; Corte Cass., 21 febbraio 2014, n. 4210, in banca dati *DeJure*.

⁵⁰ Sul tema della validità di accordi con finalità perequativa e ispirati al principio di contribuzione ai bisogni della famiglia, cfr., *ex multis*, BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 297 ss.; PARADISO, *sub art. 143-148 in Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2012, p. 105 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova 1997, p. 84 ss.; DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p.349 ss.; FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 609 ss.; ALAGNA, *Il regime patrimoniale*

riequilibrio economico a fronte di una spesa fatta da uno dei coniugi durante la convivenza matrimoniale per esigenze della famiglia. Si pensi a un accordo col quale i coniugi stabiliscono che in considerazione di spese per la ristrutturazione⁵¹ della casa coniugale di proprietà esclusiva di uno solo dei due sostenute con denaro del coniuge non proprietario, l'altro si obblighi in vista di una possibile, futura, separazione ad una controprestazione (ad esempio trasferire un altro immobile di sua proprietà). Una variante ricostruttiva di tali patti ravvisa in un contratto di mutuo gratuito il fondamento di un obbligo restitutorio il cui pagamento è previsto al verificarsi della condizione sospensiva consistente nella eventuale separazione. L'obbligazione restitutoria in tali ipotesi può dirsi già originata nel matrimonio e la separazione diviene una sorta di termine o condizione sospensiva dell'adempimento, ma la funzione di tale accordo è ben lungi dall'esaurire le questioni patrimoniali derivanti dalla separazione.

Se l'orientamento della giurisprudenza che qualifica nulli gli accordi prematrimoniali può dirsi consolidato, le critiche della dottrina, talora espresse anche in modo *tranchant*⁵², hanno via via

primario della famiglia, in *Vita notar.*, 1977, p. 850 ss.

⁵¹ Cfr. Trib. Brindisi, sent., 26 maggio 2014, in banca dati *DeJure*, ove si esclude che con riferimento alla richiesta di rimborso per i miglioramenti apportati all'immobile dal coniuge non proprietario possa applicarsi la disciplina del possesso, atteso che la natura relativa del diritto è compatibile solo con il riconoscimento di una situazione di mera detenzione e non anche di possesso. La questione è esaminata da BERTINO, *Accordi di indirizzo sulla casa familiare ed obblighi restitutori tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.* 2016, p. 810 ss. che la pone in relazione con la giurisprudenza in tema di convivenza o rapporti di fatto, in particolare Corte Cass., Sez. I, sent., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giur. it.* 2013, p. 2491 ss., con nota di FERRETTI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto*. Cfr. anche CLARIZIA, *Casa familiare e convivenza more uxorio*, in Carapezza Figlia, De Verda Y Beamonte, Frezza e Virgadamo (a cura di), *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Napoli, 2016, p. 187 ss.

⁵² Cfr. SAVORANI, *Due cuori*, cit., p. 52 secondo la quale «queste cause d'illiceità affondano le proprie radici in una concezione pubblicistica della famiglia oggi superata e che non trova più riscontro nella disciplina positiva». Evidentemente, tale affermazione si fonda sull'equivoco che confonde la natura istituzionale della famiglia in senso privatistico con una idea, insostenibile, di famiglia appartenente al diritto pubblico. Ma vi è pure chi ha sostenuto che le tesi

raccolto sempre maggiore consenso. I sostenitori della tesi favorevole agli accordi prematrimoniali concentrano di solito l'attenzione sul fatto che tali accordi possano non avere necessariamente come causa l'impegno di divorziare, bensì mirano a predeterminare le conseguenze patrimoniali di una libera scelta personale (quella di porre fine al matrimonio), diminuendo l'aleatorietà propria del contenzioso coniugale, e soddisfacendo, altresì, l'esigenza di certezza in una materia così delicata.

Viene poi messo in dubbio il riferimento all'art. 160 c.c. invocandone la storia⁵³ e la collocazione sistematica. Sistematicamente esso dovrebbe, secondo questa lettura, rimanere confinato alla fase della fisiologia del rapporto⁵⁴, risultando invece muto con riguardo alle questioni derivanti dalla crisi coniugale. Vi è il timore, tra l'altro, che il dovere di contribuzione possa essere interpretato come una forma di indissolubilità surrettizia, quasi la proiezione di una concezione vetero-pubblicistica dell'istituto⁵⁵. In

che «annoverano tra i diritti inderogabili di cui all'art. 160 cod. civ. il diritto del coniuge a ricevere dall'altro le prestazioni di contribuzione di cui all'art. 143, comma 3, cod. civ., durante la fase fisiologica dello svolgimento della vita coniugale [...]» sono tutte prive di fondamento: ANGELONI, *Autonomia privata*, cit., p. 285.

⁵³ L'art. 160 c.c. si fa derivare dall'art. 1379 c.c. del 1865 («Gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo della famiglia, né a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice»), a sua volta mutuato dall'art. 1388 del *Code Napoléon*.

⁵⁴ Cfr., in tal senso ANGELONI, *Autonomia privata*, cit., p. 277 ss.; RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.* 2014, p. 459 ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale. I, Ammissibilità e fattispecie*, Milano 1999, p. 452 ss. Una posizione intermedia è, invece, assunta da RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., p. 246, secondo cui l'art. 160 c.c. non ha il valore «di [un] dogma assoluto, ma di un principio flessibile in grado di temperare l'autonomia negoziale in ambito familiare con le esigenze connesse alla particolare natura dei diritti di cui si tratta».

⁵⁵ Corte Cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 108 riferisce la preoccupazione del giudice rimettente, secondo il quale il «diritto vivente», fatto oggetto di censura, violerebbe, infatti, l'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, per la «contraddizione logica» che, quel giudice ravvisa, «fra l'istituto del divorzio, che ha come scopo proprio quello della cessazione del

realtà, il dovere di contribuzione può avere un rilievo indiretto nella quantificazione dell'assegno divorzile, perché specialmente alla luce del recente orientamento della Cassazione tale assegno ha anche una funzione compensativa che implica la considerazione di quanto le parti abbiano contribuito ai bisogni della famiglia durante la convivenza matrimoniale⁵⁶. In ogni caso, la distinzione tra fase fisiologica e fase patologica, se può avere una funzione descrittiva, non può far obliterare che il divorzio (la disciplina del divorzio) rientra pur sempre tra gli effetti del matrimonio, onde non si vede come possa escludersi l'operatività dell'art. 160 c.c.⁵⁷. D'altra parte, come è stato evidenziato in dottrina sulla scorta della recente giurisprudenza in materia di assegno divorzile⁵⁸, nel momento del venir meno della comunità di vita, la situazione di ciascuno degli ex coniugi non può che essere valutata – nel contesto di un giudizio anche prognostico – conferendo peso adeguato, in un'ottica dinamico relazionale, ai riflessi che su di essa abbiano avuto i concordati assetti familiari. Infatti, la «conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile. Alla reversibilità della scelta relativa al legame matrimoniale non consegue necessariamente una correlata duttilità e flessibilità in ordine alle condizioni soggettive e alla sfera economico patrimoniale dell'ex coniuge al momento della cessazione dell'unione matrimoniale»⁵⁹.

matrimonio e dei suoi effetti, e la disciplina in questione, che di fatto proietta oltre l'orizzonte matrimoniale il "tenore di vita" in costanza di matrimonio»; contrasterebbe, inoltre, "per eccesso" con il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e violerebbe, infine, anche l'art. 29 Cost., «esprimendo una concezione "criptoindissolubilista" del matrimonio che appare oggi anacronistica».

⁵⁶ Cfr. Corte Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

⁵⁷ Lo riafferma da ultimo SESTA, *Negoziante assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 304 il quale reputa evidente che nel novero dei doveri inderogabili vadano sicuramente ricompresi quelli previsti dall'art. 156 c.c. e dall'art. 5, comma 6, legge n. 898/1970.

⁵⁸ Cfr. QUADRI, *Considerazioni introduttive*, cit., p.476 sulla scorta di Corte Cass. Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

⁵⁹ Cass. Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

Secondo taluno⁶⁰ una relativizzazione o forse una riduzione teleologica dell'art. 160 c.c. si registrerebbe nell'orientamento della giurisprudenza secondo cui «quando è di matematica evidenza la maggiore vantaggiosità della pattuizione in rapporto all'interesse protetto dalla norma» va riconosciuta «la tutelabilità di essa in quanto libera manifestazione di autonomia». Costituirebbe infatti «un inutile sacrificio» dell'interesse protetto «il disconoscimento della volontà liberamente manifestata dalle parti; un sacrificio che risponderebbe a una vecchia concezione del controllo pubblico del diritto privato e che non terrebbe conto dei valori di autodeterminazione e di negoziabilità che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando»⁶¹. Ora, l'illiceità della causa degli accordi relativi ai diritti e doveri inderogabili richiamati dall'art. 160 c.c. può significare nullità radicale di tali accordi solo se si interpreta la norma come implicante un divieto assoluto di atti di autonomia in questa materia. Ma non si vede per quale motivo l'inderogabilità dei

⁶⁰ Cfr. RUSSO, *Studi di diritto di famiglia: corso di diritto civile*, Roma, 2016, p. 378.

⁶¹ Corte Cass., Sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corr. Giur.* 1993, p. 820, con nota di LOMBARDI; in *Giust. civ.* 1994, I, p. 213, con nota di SALA; in *ibid.*, 912; in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994, p.554, con nota di DORIA; Corte Cass., Sez. I, 22 gennaio 1994, n. 657, in *ibid.*, p.868; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p.710, con nota di FERRARI; in *Giur. it.* 1994, I, 1, p.1476; in *Vita not.* 1995, I, p.126, con nota di CURTI; in *Foro It.* 1995, c.2984. Più di recente, Corte Cass., Sez. I, sent., 28 luglio 1997, n. 7029 ha confermato che «in tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi antecedentemente o contemporaneamente all'accordo omologato sono operanti soltanto se si collocano in posizioni di non interferenza rispetto a quest'ultimo o in posizione di maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato» (in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1287). In tale linea anche Corte Cass., 11 giugno 1998, n. 5829, secondo cui «Le modificazioni degli accordi, convenuti tra i coniugi, successive all'omologazione della separazione ovvero alla pronuncia presidenziale di cui all'art. 708 cod. proc. civ., trovando legittimo fondamento nel disposto dell'art. 1322 cod. civ., devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dall'intervento del giudice ex art. 710 cod. proc. civ., qualora non superino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 cod. civ. e, in particolare, quando non interferiscano con l'accordo omologato ma ne specificano il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti, all'evidenza, con gli interessi ivi tutelati» (in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1292).

diritti e doveri implichi una totale esclusione di accordi anche quando questi si rivelino maggiormente corrispondenti al diritto (della parte debole) tutelato. Non si tratta di una sorta di *aut aut* tra legge ed autonomia, quanto piuttosto di un limite posto all'autonomia in modo che non si pregiudichi l'interesse tutelato. Pertanto, al fine di evitare un risultato tanto irragionevole come quello di non consentire patti più favorevoli alla parte *ex lege* tutelata, non ha molto senso invocare la formula magica dell'autodeterminazione, parola inesistente nella nostra Costituzione e dissonante coi rapporti etico-sociali in cui la famiglia è stata posta nella stessa Costituzione, e che in questo contesto non potrebbe di per sé scalzare l'inderogabilità legalmente prevista. Se davvero fosse una questione di autodeterminazione, questa dovrebbe valere anzitutto individualmente, mentre qui si parla di un accordo, e poi dovrebbe valere per entrambe le parti e quindi in funzione di una deroga tanto in senso favorevole quanto in senso sfavorevole all'interesse tutelato dalla legge. Invece, l'autonomia privata ha qui solo competenza a migliorare la tutela, non a peggiorarla, e perciò legge e autonomia sembrano svolgere una funzione complementare in senso collaborativo.

Un altro argomento a favore dei patti patrimoniali fa appello a un principio di coerenza in relazione alla possibilità del cd. divorzio su domanda congiunta nella quale le condizioni economico-patrimoniali sono liberamente determinate dalle parti e quindi formano oggetto della decisione del giudice insieme con quella inerente allo scioglimento del vincolo cui consegue la perdita dello *status*. In altre parole, in questa ipotesi verrebbe sconfessata l'eventuale regola della necessaria separazione delle questioni sullo *status personarum* dalle questioni economiche. Se le parti possono accordarsi ai fini della domanda congiunta su entrambe le questioni mediante un atto dispositivo dei diritti in considerazione del divorzio, allora lo dovrebbero poter fare anche in altri casi come nei patti cd. prematrimoniali⁶². Anche questo argomento, tuttavia, presuppone di

⁶² Corte Cass., 7 dicembre 2011, n. 26365, in *Diritto di famiglia*, 2012, p. 1477 ha precisato che «il carattere decisorio del provvedimento, che il divorzio dispone, postula l'osservanza della regola della cosiddetta difesa tecnica, trattandosi di un provvedimento che incide su *status* e su diritti soggettivi e che è assunto con sentenza destinata a passare in giudicato: il carattere "congiunto" della

cancellare una differenza che invece è considerata essenziale relativamente ai patti precedenti alla crisi coniugale, ed è appunto la collocazione temporale del patto che nella domanda congiunta è successivo alla crisi mentre nei patti prematrimoniali è per definizione precedente.

4.1. Ultima giurisprudenza sull'assegno divorzile e patti in vista del divorzio

Il quadro generale sembra però in una certa misura mutato nel senso di

una possibile rivalutazione dei patti in vista del divorzio a seguito della sentenza delle Sezioni unite n. 18287 dell'11 luglio 2018 concernente i criteri di accertamento del diritto all'assegno divorzile.

In particolare, innovando rispetto all'orientamento giurisprudenziale che attribuisce natura strettamente assistenziale all'assegno di divorzio, le Sezioni unite riconoscono che l'assegno non ha soltanto valore di aiuto economico per il coniuge bisognoso: «Ai sensi dell'art. 5 c.6 della L. n. 898 del 1970, dopo le modifiche introdotte con la L. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto».

La sentenza non cancella la funzione assistenziale, ma la interpreta in un quadro in cui assume notevole rilievo una funzione

domanda non significa, invero, “consensualità” del divorzio, spettando solo al tribunale la verifica dei suoi presupposti di legge, nonché della rispondenza all'interesse della prole delle condizioni concordate dagli istanti».

perequativa e compensativa secondo quello che viene detto il parametro fondamentale «del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune». Il fondamento di questa preminenza delle funzioni perequativa e compensativa è poi individuato nei principi di solidarietà – intesa come solidarietà nelle scelte di vita e quindi anche come autoresponsabilità e libertà nel compimento di tali scelte che si riflettono poi nella situazione economica propria e dell'altra parte al momento della crisi della relazione coniugale – e di pari dignità, radicati negli artt. 2, 3 e 29 Cost.. L'aver posto maggiore accento sulle funzioni perequativa e compensativa comporterebbe, almeno con riguardo agli aspetti legati a questi profili, una natura disponibile dell'assegno divorzile.

Inoltre, in dottrina si è sottolineato un passaggio della medesima sentenza che offrirebbe un ulteriore argomento ai sostenitori della negoziabilità dell'assegno divorzile, in quanto in esso viene sia pur incidentalmente riconosciuta la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco⁶³. Invero, si tratta di un punto in cui la sentenza giustifica l'obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice e quindi un aspetto che potrebbe ritenersi più coerente con un principio di indisponibilità, ma forse proprio per questo le Sezioni unite si sentono di dover precisare che tali profili non sono incompatibili con *la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco*⁶⁴. In altri termini, si potrebbe ritenere che l'obbligo della *full*

⁶³ Cfr. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 1041 ss.

⁶⁴ «Il legislatore impone di accertare, preliminarmente, l'esistenza e l'entità dello squilibrio determinato dal divorzio mediante l'obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice, *nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco*. All'esito di tale preliminare e doveroso accertamento può venire già in evidenza il profilo strettamente assistenziale dell'assegno, qualora una sola delle parti non sia titolare di redditi propri e sia priva di redditi da lavoro. Possono, tuttavia, riscontrarsi più situazioni comparative caratterizzate da una sperequazione nella condizione economico-patrimoniale delle parti, di entità variabile».

disclosure – per dirla con l’espressione della *common law*⁶⁵⁶⁵ – ossia della completa informazione sui dati economici rilevanti, sia condizione necessaria affinché sia possibile valutare l’equità dell’accordo con cui le parti possono disporre dei propri diritti.

Invero, come è stato proposto⁶⁶⁶⁶, se si riconoscesse un potere di disposizione circa l’assegno divorzile esso dovrebbe rispettare almeno due limiti fondamentali. Il primo inerisce alla clausola *rebus sic stantibus* che caratterizza la disciplina legale e che può essere derogato solo mediante la corresponsione di una somma *una tantum* sottoposta al vaglio preventivo del giudice. Il secondo limite, che pure si ricava dall’art. 5, comma 7 e 8, legge n. 898/1970, consiste nel controllo di equità da parte del giudice. Sotto questo profilo, la variante rispetto al patto della corresponsione *una tantum* consisterebbe nel fatto che il controllo sui patti in vista del divorzio si effettuerebbe *ex post* e non *ex ante*. D’altra parte, un’eventuale sproporzione tra le prestazioni dedotte in contratto potrebbe talora essere valutata come indice della previsione di una sorta di penale, diretta a coartare la volontà di chiedere il divorzio e, pertanto, da qualificare nulla.

Anche la proposta del notariato si muove su binari che non implicano una completa privatizzazione della questione⁶⁷⁶⁷. Essa prevede, infatti, di estendere la possibilità delle convenzioni di cui all’art. 162 c.c., ma senza incidere sui diritti e sugli obblighi inderogabili (quali il diritto agli alimenti o il dovere di assistenza

⁶⁵ Si noti che questa *full disclosure* obbligatoria nei contratti relativi al divorzio rappresenta un’eccezione riguardo alla regola generale della *law of contract* secondo cui non vi sarebbe *the duty to disclose material facts*: cfr. ATIYAH, *op. cit.*, p. 246 e p. 248 dove si fa riferimento a *Jenkins v. Livesey* [1985] AC 424 in materia di accordi economici in occasione del divorzio con riguardo ai quali la *full disclosure* è resa obbligatoria da *statutory provisions* che derogano alla disciplina dei contratti.

⁶⁶ Cfr. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 246-247. Sulla clausola *rebus sic stantibus* come limite dell’autonomia in ambito familiare, cfr. ANELLI, *Sull’esplicazione dell’autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*. II, 1, Milano 1998, p. 53.

⁶⁷ Reperibile in ATTANASIO, *Notai, accordi prematrimoniali e famiglie di fatto per svecchiare il codice*, in *Guida al diritto.it*.

morale e materiale *ex art. 143 c.c.*), e senza incidere sullo *status* coniugale, riconoscendo ai coniugi la possibilità di disciplinare, in qualsiasi momento, anche prima di contrarre il matrimonio, i loro rapporti patrimoniali anche e specialmente nell'ottica di un'eventuale separazione personale o di un eventuale divorzio. In altri termini mediante tali accordi prematrimoniali sarebbe possibile precisare e determinare l'entità e le modalità concrete per la realizzazione dei diritti disponibili e per l'adempimento dei doveri disponibili che scaturiscono dal matrimonio⁶⁸⁶⁸.

In ogni caso, una apertura sui patti prematrimoniali non può obliterare la questione di fondo che riguarda la tutela dei soggetti deboli e la prevenzione contro gli abusi di potere contrattuale. Se si accetta la logica di una liquidazione o forfettizzazione anticipata delle somme dovute a seguito del divorzio, quasi alla stregua della clausola penale, ma ovviamente non nel senso di una liquidazione della somma dovuta a titolo di risarcimento per inadempimento, rimane pur sempre il principio della riducibilità che si ricava dall'art. 1384 c.c. Del resto, il controllo sull'equità, come si evince dall'art. 5, comma 8, legge n. 898/1970, sembra connettersi in modo profondo con la natura degli obblighi patrimoniali nascenti dal divorzio e con l'asimmetria che in molti casi caratterizza la posizione degli ex coniugi e che ha ispirato la disciplina legale in questo ambito.

Ma vi è anche chi ha reputato più appropriato ed efficiente un ripensamento del regime patrimoniale vigente durante la fisiologia matrimoniale in grado di risolvere in partenza una parte significativa delle questioni che si pongono con l'assegno divorzile. In effetti, la questione perequativa e compensativa potrebbe trovare già una

⁶⁸ Si pensi per esempio al patto con il quale – in sede di cessazione del matrimonio – un coniuge (ex) attribuisca all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro *una tantum* ovvero dei diritti reali su beni immobili con il vincolo di destinarne i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi. Altro esempio è l'accordo che prevede la rinuncia di un futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, salvo il diritto agli alimenti. Nella proposta è stato previsto che le convenzioni riguardanti figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti devono essere preventivamente autorizzate dal giudice, al fine di tutelare sostanzialmente i diritti e le aspettative dei figli.

soluzione prima della crisi, come del resto fu il proposito dell'istituzione della comunione legale. La fuga da quest'ultima non sembra legata a una sorta di rifiuto di principio, ma alla sua macchinosità e alla disciplina delle responsabilità verso i creditori dei coniugi. Occorrerebbe quindi una tipizzazione legale che aiuti gli sposi a individuare il regime maggiormente rispondente alle loro condizioni, tenendo anche conto della buona prova che in altri ordinamenti sembra aver dato il modello tedesco della *Zugewinnngemeinschaft*, ossia il regime di partecipazione agli acquisti⁶⁹. Ma si dovrebbe altresì considerare il tema della compensazione del lavoro domestico con cui indubbiamente un coniuge adempie all'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia (art. 143, comma 3, c.c.). Il principio della onerosità del lavoro prestato nell'impresa familiare, di cui all'art. 230 *bis* c.c., potrebbe tradursi, con riguardo al lavoro familiare, in un diritto di partecipazione al reddito da lavoro dell'altro coniuge inteso come reddito della famiglia e così sostanzialmente estendere al reddito il principio della partecipazione agli acquisti.

5. *L'interesse superiore dei minori e la mediazione familiare*

L'idea contrattualistica della famiglia si rivela inadeguata soprattutto quando si abbia riguardo ai figli, i quali, oltre tutto, non partecipano nemmeno alla stipula del presunto «contratto» fondativo e subiscono in modo particolare nella fase patologica – della crisi della famiglia – gli effetti dei comportamenti e delle decisioni dei genitori. Essa, a tacer d'altro, non tiene conto che fin dal diritto romano-giustiniano (C. 5,24; Nov. 117,7), che fu il diritto comune dei paesi continentali europei fino alle codificazioni moderne, è proprio in relazione ai casi in cui i genitori confliggono che è emerso il principio della cura del miglior interesse del minore. Questo criterio, in particolare, era in origine decisivo per la scelta dell'affidatario in caso di divorzio: i figli erano affidati alle cure del coniuge incolpevole, a meno che il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, ritenesse più conveniente al loro interesse

⁶⁹ Cfr. QUADRI, *Considerazioni introduttive*, cit., p. 472.

l'affidamento all'altro coniuge o a una terza persona⁷⁰. In ogni caso, quello che oggi è chiamato il superiore interesse del minore non può essere rimesso a un contratto tra i genitori che si separano.

Del resto, l'indisponibilità dell'interesse dei figli è alla base della disciplina dei provvedimenti relativi ad essi fin dai tempi della riforma del 1975⁷¹. Perciò le convenzioni dei coniugi circa l'affidamento della prole, e così pure le domande formulate in giudizio da un coniuge senza opposizione dell'altro, non sono vincolanti per il giudice, il quale può sempre disattenderle se le ritiene non convenienti all'interesse della prole. Deve però tenerne conto, prenderne atto, così che la sentenza sarebbe impugnabile se disattendesse le domande delle parti o il loro accordo senza un'adeguata motivazione che ne dimostri la non conformità all'interesse dei figli. Inoltre, il giudice non è vincolato dal principio dispositivo, che gli imporrebbe di giudicare esclusivamente secondo le allegazioni e le prove prodotte dalle parti. Ai fini dei provvedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli egli è munito di poteri inquisitori, che gli consentono di acquisire d'ufficio prove o qualsiasi elemento utile, comprese le informazioni di polizia giudiziaria⁷². Anche la Corte Edu fin dal celebre caso *Marckx v. Belgio* riconosce che il principio della tutela della vita privata e familiare ammette obblighi dello Stato di intervento a protezione dei diritti dei componenti della famiglia specialmente se

⁷⁰ Oggi, come è noto, il criterio del miglior interesse del minore è seguito sia in *common law* (*best interest's of the child principle*) sia in *civil law* (letteralmente, superiore interesse del minore). La differenza lessicale tra la formula inglese e quella franco-italiana, l'una facendo riferimento al miglior interesse e l'altra al superiore interesse, è stata segnalata criticamente da LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87 e da LAMARQUE, *Prima i bambini, Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, *passim*, la quale in pari tempo ha denunciato il rischio che, adottando la formula franco-italiana, oltre a trascurare il bilanciamento come criterio di fondo quando confliggano diritti, si incentivi una giurisprudenza che si dispensa da certi oneri argomentativi.

⁷¹ Cfr. Legge 19 maggio 1975, n. 151: Riforma del diritto di famiglia, GU, n. 135, 23 maggio 1975.

⁷² Lo affermava già MENGONI *Affidamento del minore nei casi di separazione e divorzio*, in *Jus* 1983, p. 246, richiamando Trib. Napoli, 6 Maggio 1980, in *Giur. Mer.* 1980, p. 925.

si tratti di minori⁷³.

Tuttavia, la questione non si esaurisce nell'esigenza di proteggere specifici interessi dei figli, prevedendo una indisponibilità dei loro diritti, ma si estende alla tutela, ove possibile, dell'interesse generale dei figli a soluzioni il più possibile pacifiche della crisi coniugale in grado di favorire almeno una ristrutturazione della relazione fra i loro genitori che, sebbene non più coniugi, possano continuare a collaborare come genitori.

Purtroppo però nel quadro delle innovazioni che pure si ispirano genericamente alla logica della *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), si deve registrare la scarsa attenzione dedicata dal Legislatore alla mediazione familiare, ossia all'esigenza di un percorso da parte dei genitori sostenuto da un terzo qualificato sia da competenze psicologiche sia da competenze giuridiche, detto appunto mediatore, che aiuti una coppia di genitori coniugati o conviventi, la cui relazione è entrata in crisi – per le molte ragioni per le quali ciò può accadere e con i diversi possibili esiti che si possono dare (riconciliazione e rinnovamento, separazione e divorzio) – a ripristinare anzitutto la comunicazione, con l'obiettivo di facilitare il raggiungimento di un accordo in vista di una pacifica riorganizzazione della vita e delle relazioni familiari, nella misura in cui potranno essere mantenute, avendo particolare attenzione alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli e alla partecipazione (cd. condivisione) alle responsabilità genitoriali⁷⁴. Se infatti non si indulge nel riduzionismo di una prospettiva di privatizzazione, propria delle concezioni contrattualistiche, anche la fase della crisi coniugale richiede una disciplina e dei modi appropriati alla natura della famiglia e diversi da quelli della risoluzione del contratto che invece può benissimo svolgersi nell'ambito del processo o, extragiudizialmente, mediante l'aiuto di avvocati. La mediazione può essere vista come una tecnica che si connette alla concezione neo-istituzionale della famiglia,

⁷³ Corte edu, 13 giugno 1979, Marckx c. Belgio, *Riv. dir. intern.*, 1980, con nota di SAULLE, *Filiazione naturale e diritti umani*, p. 35 ss.

⁷⁴ Si trae spunto nel testo da una definizione di MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino 2013, p. 87-88 che sembra riflettere in buona misura quella della S.I.Me.F. riportata nello stesso volume nella nota n. 13 di pagina 17.

coerente con il paradigma costituzionale che colloca la famiglia tra i rapporti etico-sociali per cui la regola dell'accordo è mediata dai valori della solidarietà e dell'unità familiari. Invero, il ricorso diffuso in diversi Paesi alla mediazione familiare e allo strumento più recente della coordinazione genitoriale (*parenting coordinator*) rappresenta il segno dell'insufficienza o inadeguatezza non solo dello strumento giudiziale, ma anche di una autonomia lasciata a se stessa come nella separazione consensuale. Nondimeno l'idea che la mediazione familiare rappresenti un ulteriore passo verso la privatizzazione della famiglia è stata affermata, probabilmente sulla scorta della suggestione derivante dal fatto che la mediazione consiste nella ricerca di un accordo. Tuttavia, si tratta di un'autonomia assistita da un terzo, il mediatore, che presta opera di ausilio e consulenza almeno sotto il profilo di una *procedural fairness*⁷⁵, a cui per lo più si aggiungono gli avvocati delle parti per la definizione formale dell'accordo. Inoltre, quando la mediazione si svolge con riguardo a coppie con figli, l'art. 337 *ter* c.c. prevede che la mediazione sia funzionale a raggiungere «un accordo, *con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*».

L'interesse dei figli viene declinato in generale nella logica della bigenitorialità (o cogenitorialità) che fin dall'inizio ha ispirato la disciplina del cd. affidamento condiviso, per la quale anche in caso di separazione personale dei genitori «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale» (art. 337 *ter* c.c.). Se il matrimonio dei

⁷⁵ A proposito della mediazione la dialettica tra *self-determination* e l'esigenza di un *normative content* come requisito per la giustizia della mediazione è una specie di *Leit-motiv*, come sostiene WALDMAN, *The Concept Of Justice In Mediation: A Psychobiography*, in *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2006, p. 247: «*At various points in the field's history, the notion that justice in mediation consists of fully maximized disputant self-determination holds way. At other historical moments, a tentative consensus appears to recognize that justice in mediation requires normative content independent of the disputants' beliefs and values*».

genitori si può sciogliere e se i genitori, coniugati o no, si possono separare, la loro qualità di genitori (dello stesso figlio) non viene meno, e ciò vale sia nei confronti dei figli sia tra i genitori medesimi. Di qui il senso di una disciplina che imponga un adeguamento delle condizioni della separazione in modo da non pregiudicare il diritto dei figli di mantenere un rapporto con entrambi i genitori. Obiettivo che sarebbe precluso in una prospettiva contrattualista della famiglia la quale vorrebbe tutto disponibile in capo ai genitori.

5.1. *Segue.*

Di per sé la mediazione familiare non è ritenuta un vero e proprio mezzo di risoluzione alternativa della controversia, dato che la mediazione non porta direttamente alla soluzione giuridica della questione, la quale invece abbisogna sempre di un momento giuridico sia esso giudiziario o di negoziazione assistita⁷⁶. In altre parole, si tende a ravvisare nel ruolo del mediatore una funzione facilitativa, ossia rivolta a favorire la composizione spontanea degli interessi in conflitto, più che valutativa, cioè funzionale a una soluzione eteronoma della controversia. Al riguardo, va precisato, però, che la logica facilitativa non dovrebbe essere estremizzata, dal momento che nei casi in cui la questione abbia riguardo anche ai provvedimenti relativi ai figli la mediazione non

può prescindere dall'obiettivo della tutela dell'interesse morale e materiale di questi ultimi. Sicché, ove sia in gioco il miglior interesse dei figli, la posizione del mediatore non dovrebbe degradare dalla neutralità, il non parteggiare per alcuna delle parti, alla neutralità, ossia all'indifferenza verso l'esito dell'accordo nei riguardi dei figli e quindi verso la rilevanza di tale punto di vista nella formazione dell'accordo.

⁷⁶ Da questo punto di vista, peraltro, nemmeno forse la definizione che la inquadra come «uno strumento informale di regolazione del conflitto integrativo delle controversie familiari» è del tutto adeguata, appunto perché sembra ravvisarvi una funzione regolativa, mentre lo specifico della mediazione dovrebbe essere quello della gestione del conflitto in funzione di ristrutturazione delle relazioni e di formazione di un accordo che poi il giudice dovrà omologare o che eventualmente potrebbe essere utilizzato in una procedura di negoziazione assistita.

Da questo angolo visuale, il ruolo del mediatore e forse anche la sua responsabilità dovrebbero essere pensate tenendo conto di questo obiettivo che rimane centrale, come si evince chiaramente dall'art. 337 *octies*, ultimo comma, c.c. che fissa, quale parametro dell'accordo, il particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. D'altra parte, l'interesse generale a una promozione della mediazione si coglie in modo elettivo proprio quando si tratta della ristrutturazione delle relazioni fra le parti in vista della tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. Non a caso i pur sporadici e poco sistematici riconoscimenti legislativi della mediazione la inquadrano proprio nell'ambito della tutela dei minori. Si pensi alla legge 28 agosto 1997, n. 285⁷⁷ che all'art. 4, lett. i) inserisce la mediazione familiare tra i servizi utilizzabili per perseguire le finalità della Convenzione di New York del 1989⁷⁸ e naturalmente l'art. 337 *octies* c.c.

Così pure il richiamo della mediazione familiare contenuto nell'art. 342 *ter* c.c. fa riferimento alla tutela di donne e minori vittime di abusi. Inoltre, tale strumento può essere visto come inserito nella linea del rispetto della famiglia quale istituzione che predilige forme di composizione del conflitto mediante accordo piuttosto che la logica avversariale della contrapposizione processuale. Tale linea di rispetto aveva ispirato in fondo anche la logica del coinvolgimento del giudice seguita dagli artt. 145 e 316, comma 3, c.c. In quest'ottica, ma con taglio più moderno, sembra muoversi l'art. 13 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, alla stregua del quale «al fine di prevenire o di risolvere i conflitti e di evitare procedimenti che coinvolgono minori dinnanzi ad un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di risoluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che le Parti riterranno opportune». In effetti, il valore della mediazione familiare ha trovato riconoscimento prima nelle istituzioni europee che nel nostro ordinamento. Si pensi alla

⁷⁷ Legge 28 agosto 1997, n. 285: Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza, in GU, n. 207, 5 settembre 1997.

⁷⁸ Legge 27 maggio 1991, n. 176: Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, in GU, n. 135, 11 giugno 1991, *Supplemento Ordinario*, n. 35.

raccomandazione 21 gennaio 1998 n. 616 R (98) 1 che invita gli Stati membri a introdurre o promuovere la mediazione familiare e, ove necessario, rafforzare la mediazione quale processo in cui un terzo, imparziale e neutrale, assiste le parti nel negoziare le questioni oggetto della lite in vista dell'accordo. E più di recente la raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 23 novembre 2003 n. 1639 ribadisce l'esigenza di «promuovere l'affermazione della mediazione familiare negli ordinamenti degli stati membri, stimolando la definizione del rapporto tra essa e l'attività dell'autorità giudiziaria, nonché emanando precise regole di funzionamento».

Invero, il principio del superiore interesse del minore che si è consolidato sia sul piano internazionale sia su quello del diritto interno rischia di rimanere semplicemente sulla carta se viene destrutturata proprio quella dimensione familiare che ancora oggi è ritenuta il luogo migliore in cui un bambino possa crescere. La stessa Corte Edu, ad esempio, ha ribadito in molte occasioni il diritto del minore di conservare una relazione stabile col proprio ambiente familiare riconducendola all'art. 8 della Cedu che tutela appunto la vita privata e familiare⁷⁹.

In questa prospettiva, l'introduzione della negoziazione assistita (legge n. 162/2014) e della mediazione civile (legge n. 219/2012, e decreto attuativo n. 154/2013) sono state un'occasione mancata, in quanto avrebbero potuto essere accompagnate da un rafforzamento dell'art. 337 *octies* c.c. Certo, l'art. 6, comma 3, legge n. 132/2014 prevede che gli avvocati diano espressamente atto nell'accordo di negoziazione assistita di aver informato le parti della possibilità di esperire la mediazione familiare. Ma la previsione risulta piuttosto stringata, per certi aspetti insufficiente e anche poco precisa. Anzitutto, non chiarisce il senso dell'obbligo degli avvocati di informare circa la possibilità della mediazione: è sufficiente un mero adempimento formale oppure gli avvocati dovrebbero suggerire tale percorso? Inoltre, la mera informazione non implica che i genitori si

⁷⁹ Cfr., ad esempio, CEDU, 27 gennaio 2015 e 24 gennaio 2017, *Paradiso and Campanelli v. Italy*; CEDU, 26 giugno 2014, *Labassee v. France*; CEDU, 26 giugno 2014, *Menesson v. France*; CEDU, 21 gennaio 2014, *Zhou v. Italy*. Tutte le sentenze citate sono consultabili sul sito della Corte: <https://hudoc.echr.coe.int>.

rivolgano a un mediatore per avere informazione diretta da lui sulla mediazione. Secondo taluno, inoltre, la mediazione familiare sarebbe di particolare aiuto nell'ambito della negoziazione assistita quando siano in gioco gli interessi dei minori proprio per attenuare i difetti legati alla previsione del controllo da parte del Pubblico Ministero che implicherebbe una riduzione delle garanzie per i minori⁸⁰. Perciò almeno in tali casi essa dovrebbe essere incoraggiata dagli avvocati e non venire ridotta a semplice oggetto di una asettica informazione. Inoltre, ci si potrebbe chiedere in generale se l'adempimento di tale obbligo previsto dall'art. 6, comma 3, della legge n. 132/2014 sia requisito per la validità stessa della negoziazione assistita o se eventualmente l'inadempimento abbia soltanto effetti circoscritti alla responsabilità professionale. Va rilevato peraltro che i tempi necessari alla mediazione familiare potrebbero essere poco compatibili col termine massimo previsto per la negoziazione assistita (3 tre mesi più un'eventuale proroga di un mese). Insomma, se la tendenza dei nostri tempi è di velocizzare separazioni e divorzi, si può concludere che, nella fretta, uno sguardo verso i piccoli destinati a subire queste vicende finora è mancato. Ma l'ansia degli adulti di rifarsi una vita non può andare a discapito di chi l'ha appena cominciata e già si deve confrontare con una testimonianza ambigua sul senso e sul valore di essa. Occorre fare sì che il diritto, il cui compito è stare dalla parte dei più deboli, possa finalmente prendersene cura.

⁸⁰ Cfr. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 679 rileva un problema con riguardo all'ampiezza (*rectius*, limitatezza) dei poteri inerenti al controllo da parte del procuratore della Repubblica. Dal testo di legge, infatti, esso sembrerebbe limitato alle risultanze documentali, senza prerogative istruttorie in capo al Procuratore, onde i soggetti deboli potrebbero di fatto risultare discriminati, nel senso che il loro interesse di fatto non può essere preso concretamente ed effettivamente in considerazione. Se tale interpretazione fosse confermata - ma forse potrebbe essere superata mediante un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata - si sarebbe in presenza di una grave regressione rispetto al principio secondo cui in questa materia il giudice non è vincolato dal principio dispositivo, ma dispone anche di poteri inquisitori che gli consentono di acquisire d'ufficio prove o qualsiasi altro elemento utile, comprese le informazioni di polizia giudiziaria.

LUCA NIVARRA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Palermo

SOVRAINDEBITAMENTO E RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Responsabilità patrimoniale, cripto-concorso, concorso verace. – 3. Il concorso esdebitatorio tra liberazione ed inesigibilità. – 4. Obbligazione “responsabilizzata” e obbligazione (iper)concorsualizzata. – 5. Sovraindebitamento e regole del mercato. – 6. Obbligazione e responsabilità patrimoniale. – 7. Conclusioni.

1. Osservazioni introduttive.

Sovraindebitamento ed esdebitazione sono temi francamente ostici, sia perché affidati ad una disciplina piuttosto complicata, poco propensa a farsi ordinare anche solo per linee esterne, sia perché, in effetti, indisponibili a lasciarsi trattare secondo le usuali tecniche di riduzione dogmatica del danno da corpora, e caotica, innovazione normativa (questo, almeno sul versante del diritto civile, è vero, in particolare, con riguardo all’esdebitazione). Sorvolerò sulle ormai stucchevoli rimostranze per la qualità tecnica della legislazione pos-moderna: anche perché non mi sembra abbiano sortito effetto alcuno nonostante si protraggano già da tempo. Forse, e mi limito a questa osservazione molto estemporanea, bisognerebbe cominciare a pensare alla legislazione “nuova” come ai *Vulgarrechte* della tarda romanità e a noi stessi (o ad alcuni di noi) come dislocati non in uno spazio ma in un tempo permeato del crisma della Civiltà, di una civiltà con la “C” maiuscola, assediata non dagli abitanti di terre lontane ma dagli abitanti di un’epoca solo apparentemente vicina.

Vale la pena, quindi, concentrarsi sulla refrattarietà di queste figure e, in specie, dell'esdebitazione, a lasciarsi integrare nel "sistema". A proposito del quale ordine di problemi, dovremmo anche qui cominciare a ragionare un po' diversamente, assumendo piena consapevolezza del fatto che, da tempo, ormai, esiste un modo di integrarsi del *ius novum* nel "sistema", irriducibile ai due modi classici dell'"eccezione" o dell'"assorbimento" senza residui. Si potrebbe dire che, in realtà, il "sistema", come sintesi delle ragioni seminali del discorso giuridico, dotato, quindi, di una quasi magica capacità di ridurre a se medesimo l'eccentrico, decretandone la non eccentricità, abbia fatto, e non da oggi, il suo tempo, lasciando il campo ad un'idea di "sistema" mobile (così Fritz Bydlinski qualche anno orsono)¹ alla luce della quale il "sistema" integra per definizione ma, in pari tempo, si adegua, nel senso che ricalcola e riposiziona i codici deputati a dare ordine ai pezzi di mondo di cui si prende cura.

Nel nostro caso – intendo, nel caso dell'esdebitazione – i punti di attrito sono due (o, forse, uno, sia pure riguardato da una duplice prospettiva): lo statuto dell'obbligazione pecuniaria e la sorte della responsabilità patrimoniale. Si tratta di autentici capisaldi della costruzione civilistica: parlare della loro crisi suggerisce un'approssimazione al tema graduale e rispettosa.

2. *Responsabilità patrimoniale, cripto-concorso, concorso verace.*

Comincerò con un'osservazione banale. Il "sistema", nella sua configurazione originaria, conosce un modello di responsabilità patrimoniale – l'ambigua (ma solo in apparenza) regola che, enunciata al comma 1 dell'art. 2740 c.c., intrattiene rapporti mai definitivamente chiariti, da un lato con l'obbligazione, dall'altro lato con l'esecuzione forzata – la fisionomia del quale rispecchia una visione idealizzata, se non proprio ottimistica, della realtà, dove il debitore risponde nei confronti di un solo creditore, con tutti

¹ BYDLINSKI, *Bewegliches System und Juristische Methodenlehre*, in BYDLINSKI, KREJCI, SCHILCHER, STEININGER, (Hrsgg.), *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien-New York, 1986, p. 23 ss.

i suoi beni presenti e futuri e, dunque, deve presumersi sia in possesso di un patrimonio capiente (si potrebbe perfino ipotizzare, con una certa dose di fantasia, che l'imperibilità del *genus* sia un riflesso di una capienza pensata dal legislatore come immanente a situazioni di questo genere). Il quadro già si complica allorché si passi dal comma 1 dell'art. 2740 c.c. al comma 1 dell'art.2741 c.c. il quale proclama il principio della parità di trattamento fra tutti i creditori, salvo che per quelli i quali possano vantare cause legittime di prelazione.

Il canone paritario, là dove neutralizza quello della poeriorità dell'azione esecutiva, rappresenta una prima, larvale epifania del concorso affidato alle forme dell'intervento dei creditori chirografari *ex artt.*499 e 500 c.p.c. Si tratta, però, di una ipotesi di concorso postumo ed eventuale ove la falcidia è una mera eventualità, che la legge non disciplina *ex professo*, salvo quanto disposto dagli artt.510, 541 e 542 c.p.c.

Il terzo modello è rappresentato dal concorso in senso stretto. Si tratta di una tecnica specificamente intesa a regolare l'insolvenza del debitore: una tecnica che, proprio perché assume quest'ultima come suo presupposto indefettibile, si distingue, di tutto principio, dalla responsabilità patrimoniale ben temperata dell'art.2740 c.c. , ma anche dal cripto-concorso, ovvero dal concorso accidentale, risultante dal combinato disposto dell' artt.2741 c.c. e degli artt. 499 e 500 c.p.c. Segnalerei una circostanza di per sé ovvia ma alla quale, forse, non si presta sempre il dovuto riguardo: e cioè che la conversione dell'insolvenza da puro fatto – quale emerge, o può emergere, a seguito dell'intervento dei creditori – in fattispecie, nel momento stesso in cui mette fuori gioco la regola di responsabilità patrimoniale aprendo la strada a quella, alternativa, del concorso, in pari tempo intacca lo statuto dell'obbligazione pecuniaria (del resto, come ho già accennato, responsabilità patrimoniale e *numquam perit* procedono di conserva). Il concorso, infatti, si risolve nella formale presa d'atto della inconseguibilità di quanto dovuto (almeno per l'intero) e nella sostituzione all'azione esecutiva individuale con una procedura liquidatoria del patrimonio del debitore intesa ad attuare una falcidia programmata e non

occasionale come quella che si realizza sulla base delle già richiamate disposizioni del codice di rito.

Si tratta di cose ampiamente note ma che forse non sempre sono allineate nel giusto ordine e non sempre vengono dette con la nettezza che una materia tanto intricata richiede. Dovrebbe essere evidente, infatti, che la responsabilità patrimoniale postula (assiomaticamente, salvo essere smentita in punto di fatto, dal cripto-concorso che essa stessa istituisce sulla base dell'art.2741, comma 1 c.c.) la solvibilità del debitore, mentre il concorso, nelle sue varie forme (liquidatorie o compositive) presuppone l'esatto contrario, cioè il dissesto economico-finanziario. Se ne possono trarre almeno due corollari: il primo, abbastanza ovvio, per cui responsabilità patrimoniale e concorso sono radicalmente alternativi, nel senso che l'uno esclude l'altro. Il secondo è che l'obbligazione concorsualizzata è assoggettata ad un trattamento molto diverso da quello riservato all'obbligazione, per così dire, responsabilizzata, cioè all'obbligazione per la quale viga il principio enunciato dall'art.2740 c.c. Ora, questa circostanza è stata in un certo senso oscurata dal convincimento, ancora oggi dominante, secondo cui la responsabilità patrimoniale si collocherebbe all'"esterno" dell'obbligazione. Confesso che, nonostante si tratti di idea molto diffusa, e molto autorevolmente sostenuta (a cominciare, nella letteratura successiva al codice del '42, da Nicolò e Giorgianni), non mi risulti chiaro cosa esattamente significhi che la responsabilità patrimoniale sia "esterna" all'obbligazione. Certo, mi è chiara la genesi culturale del paradigma, sviluppatosi per contrapposizione alla nota teorica di matrice tedesca che voleva l'obbligazione articolata nei due momenti, distinti ma coalescenti, dello *Schuld* e della *Haftung*. Un tentativo, quest'ultimo, a ben vedere, piuttosto goffo, come altri ne sono stati consumati nella fase di fondazione del diritto moderno, cioè del diritto statale, di tenere insieme *römisches* e *heutiges Recht*: e che, però, si è tradotto, specie nel nostro ambiente, in una levata di scudi intesa a salvaguardare, insieme con una (malintesa) unitarietà della categoria, anche l'autonomia dell'ordine civilistico, minacciato dalle mire espansive del diritto, e della scienza, del

processo civile, mire alimentate, si temeva, dall'ambiguo posizionamento della responsabilità patrimoniale nel sistema².

Ora, proprio quello che accade all'obbligazione nel passaggio dalla responsabilità patrimoniale al concorso dimostra, a mio avviso, che la pretesa di separare la prima (cioè l'obbligazione) dalla seconda (la responsabilità patrimoniale) è irricevibile. Amputata dell'azione esecutiva – della quale la responsabilità patrimoniale rappresenta il preludio – l'obbligazione si trasforma da titolo per l'apprensione dell'utilità espressa in valori monetari attribuita al creditore in seguito all'insorgenza del diritto, in titolo per la partecipazione ad una procedura, liquidatoria o compositiva, nell'ambito della quale l'originario ammontare di quella utilità trapassa a semplice misuratore dell'entità della inevitabile falciatura.

3. Il concorso esdebitatorio tra liberazione ed inesigibilità.

Il quarto modello si rinviene nel binomio concorso – esdebitazione. Quest'ultima «*consiste nella liberazione dai debiti e comporta la inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni*» (art.278, comma 1 codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: d'ora in avanti c.c.i.i.). Si tratta, verosimilmente, di una definizione valida anche per i casi nei quali l'effetto esdebitativo discenda da un concorso a base non liquidativa (nel c.c.i.i. la procedura di ristrutturazione dei debiti – il vecchio piano del consumatore – e il concordato minore – il vecchio accordo di composizione della crisi – di cui agli artt. 67 e ss e 74 ss. dello stesso codice). L'esdebitazione, nei termini in cui ne parla l'art.278, comma 1 c.c.i.i., pone due tipi di problemi: il primo di tipo esegetico, il secondo di tipo sistematico. Prenderei le mosse dal primo, sebbene, come si vedrà da qui a breve, esso si presenti di soluzione alquanto ardua. L'art.278, comma 1 c.c.i.i. parla, nel medesimo contesto, di «*liberazione dai debiti*» e di «*inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti*». Analogamente, l'art.14-terdecies, comma 1 della l.3/2012 prevede(va) che «*il*

² Sul punto tornerò infra, § 6.

debitore persona fisica è ammesso alla liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti a condizione che [...]», mentre il comma 4 del medesimo articolo dispone(va) che «*il giudice [...] dichiara inesigibili nei suoi (del debitore) confronti i crediti non soddisfatti integralmente*»: norma, questa, che trova oggi il suo omologo nell'art.281, comma 1 c.c.i.i. a mente del quale «*il tribunale [...] dichiara inesigibili nei confronti del debitore i debiti concorsuali non soddisfatti*».

L'esdebitazione, dunque, si presenterebbe in una duplice veste: da un lato, essa è *liberazione* dai crediti concorsuali, per altro verso essa è *inesigibilità* dei crediti integrati nella liquidazione e rimasti insoddisfatti. Si tratta, però, di una nomenclatura decisamente infelice e foriera di un possibile disorientamento degli interpreti, come spesso accade allorché il legislatore pecchi di didascalismo. L'ineleganza del registro binario prescelto per individuare l'effetto esdebitatorio risalta a confronto con la ben più sobria formulazione dell'abrogando art.142, comma 1 l.fall. a mente del quale «*il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali a condizione che [...]*». Come è agevole constatare qui, l'esdebitazione coincide con la liberazione dal debito residuo dalla falcidia, non essendovi traccia, viceversa, della misteriosa inesigibilità introdotta dalla l.3/2012 e poi riproposta dal c.c.i.i. Tanto più misteriosa, ove solo si consideri che essa, in un'accezione tecnica, individua una caratteristica del credito in essere ma temporaneamente non azionabile come accade nell'ipotesi di cui all'art. 1185, comma 1 c.c.: ovvero, proprio il contrario della liberazione dal vincolo obbligatorio che, in tesi, dovrebbe rappresentare l'essenza stessa della esdebitazione. L'unica spiegazione possibile – ma si tratta di una vera acrobazia interpretativa, per altro destinata a non godere più di un suffragio testuale – andrebbe rinvenuta nell'art. 14 *undecies* l.3/2012 il quale prevede che «*i beni sopravvenuti nei quattro anni successivi al deposito della domanda di liquidazione di cui all'art.14-ter costituiscono oggetto della stessa [...]*». Ora si potrebbe supporre, un po' avventurosamente, lo ammetto, che l'inesigibilità evocata dal legislatore del 2012 abbia qualcosa a che fare con questa disposizione, nel senso che per i quattro anni

successivi al *terminus a quo* ivi indicato, i creditori concorsuali mantengono il diritto ad essere liquidati *pro quota*: sicché predicare un effetto irreversibile dell'esdebitazione può essere apparso al legislatore poco compatibile con l'eventualità di una sopravvenienza. Da qui l'"inesigibilità" che tradurrebbe, abbastanza rozzamente, l'idea di un credito sussistente in potenza ma non ancora azionabile (si potrebbe dire, sottoposto ad una *condicio iuris*) il quale, poi, uscirebbe di scena, spalancando le porte alla definitiva liberazione del debitore, una volta decorso inutilmente quel termine³.

Tuttavia, questa proposta di lettura di un rovello interpretativo emblematico, a mio avviso, della "volgarizzazione" cui accennavo in precedenza, già di per sé piuttosto ardita, si scontra con il fatto che, salvo errore, la disposizione di cui all'art.14-*undecies* l.3/2012 non è rinvenibile in seno al c.c.i.i. se non nei limiti di cui all'art.283, comma 2 dello stesso codice che, però, riguarda la speciale figura del debitore incapiente. Con la conseguenza che, almeno ai miei occhi, l'alone di mistero che avvolge l'inesigibilità esdebitante è destinato ad ispessirsi.

4. *Obbligazione "responsabilizzata" e obbligazione (iper)concorsualizzata.*

Arrivato a questo punto – un punto morto, si direbbe – abbandonerei il terreno dell'esegesi, assumendo, al di là delle contorsioni terminologiche della legge, che il debitore, a seguito dell'esdebitazione, sia definitivamente liberato anche con riguardo alle porzioni di credito rimaste fuori dalla liquidazione. Sotto il profilo sistematico, come anche testimoniato dall'ampia letteratura consolidatasi in materia nel breve volgere di alcuni anni, l'esdebitazione chiama in causa, ancora una volta, la responsabilità patrimoniale, ben al di là di quanto non accadesse con il concorso con riguardo al quale, se non altro, era possibile predicare uno statuto alternativo alla regola di responsabilità ma pur sempre destinato a dispiegare una efficacia introflessa, cioè riferita a se

³ Sulla inesigibilità, v. ora le considerazioni di GRISI, *L'esdebitazione del debitore*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 20 ss.

medesimo: là dove, oggi, esso sembra sporgere oltre e sprigionare una ultrattività che minaccia la tenuta stessa di quella regola. In altri termini, mentre fino a quando concorso e responsabilità si dividevano rispettosamente il campo, poiché dove c'era l'uno non c'era l'altra, e viceversa, con l'esdebitazione i confini tra i due campi si sono fatti molto più vischiosi e, naturalmente, questo giustifica la preoccupazione di molti autori i quali intravedono in queste nuove discipline i prodromi di una definitiva eclisse della regola di responsabilità patrimoniale come regola di carattere generale⁴. Ora, a mio avviso, questa preoccupazione, se la si converte in una diagnosi lucida dello stato delle cose, è abbastanza fondata: ed essa investe non soltanto la responsabilità patrimoniale, come si vorrebbe assegnando a quest'ultima una collocazione esterna al rapporto obbligatorio, ma l'obbligazione in quanto tale.

In primo luogo, è opportuno rilevare come il c.c.i.i. contempli una sorta di regime misto destinato ad applicarsi ai creditori anteriori che non hanno partecipato al concorso, in relazione ai quali l'esdebitazione «*opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado*». Qui siamo in presenza di una *fictio* – i creditori anteriori estranei alla liquidazione subiscono la falciatura al pari di quelli che vi hanno partecipato ma, a differenza di questi ultimi, conservano intatto il potere di agire per il segmento residuo: con il risultato che, in questo caso, la responsabilità patrimoniale si ritrae là dove, in assenza del concorso, avrebbe dovuto espandersi e si riespande là dove, secondo le nuove regole, avrebbe dovuto ritrarsi. Una limitazione in senso tecnico, nel senso, cioè, dell'art.2740, comma 2 c.c., della responsabilità patrimoniale, si registra con riguardo alla posizione dei creditori posteriori all'avvio della procedura (art.14-*duodecies*, comma 1 l.3/2012: art.277 comma c.c.i.i.) rispetto ai quali i beni che costituiscono oggetto di liquidazione si configurano alla stregua dei beni impignorabili.

⁴ PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti sull'esdebitazione*, in D'Amico (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018, p. 49 ss.

Come è del tutto evidente, il punto autenticamente problematico resta quello della esdebitazione, ossia della liberazione (lasciamo da parte l'inesigibilità) dal residuo che, però, assume una connotazione diversa se solo si immagini di adottare una prospettiva in forza della quale essa è un effetto del concorso e, quindi, parte integrante del ciclo di efficacia che quest'ultimo è in grado di sprigionare. In altre parole, il paradigma rigidamente binario al quale alludevo in precedenza – dove si dà concorso non si dà responsabilità patrimoniale, e viceversa – ha una sua ragion d'essere quando accade che, esauritosi il concorso, torni in auge la responsabilità patrimoniale. Ma se questo non accade, si potrà certo discutere di una limitazione della responsabilità patrimoniale, avendo però piena consapevolezza della circostanza che tale limitazione partecipa o, meglio, discende dalla (statuita *ex lege*) prevalenza del concorso, in quanto fattispecie produttiva dell'effetto estintivo. Sicché, a ben vedere, e in via di prima approssimazione, dovrà dirsi che il fenomeno al cospetto del quale ci troviamo non è tanto quello di una limitazione della responsabilità patrimoniale – salvo a non intendere quest'ultima in un senso solo descrittivo – quanto, piuttosto, quello di una mutazione genetica dell'obbligazione oggetto di una disciplina che ne modifica radicalmente lo statuto originario.

Sotto questo profilo, la disarticolazione di una figura rimasta, sin qui, immune dalle vicende scompositive che hanno investito altri capisaldi dello strumentario civilistico – come la proprietà e il contratto – se, per un verso, può senz'altro ricondursi entro l'orizzonte di una riscrittura delle regole di funzionamento del mercato capitalistico, per altro verso esibisce una radicalità inedita, sulla quale varrà la pena di soffermarsi, nell'ottica, anche, di un riesame di alcune questioni attorno alle quali si è coagulato il discorso sull'obbligazione.

5. Sovraindebitamento e regole del mercato.

Prima, però, vorrei dire qualcosa a proposito di ciò che sovraindebitamento ed esdebitazione hanno in comune con quelli che poco sopra ho chiamato i processi di riscrittura delle regole di funzionamento del mercato capitalistico. Il punto può essere

sbrigato abbastanza rapidamente: anche in questo caso – come, ad es., in quello del contratto consumeristico – si assiste al congedo definitivo dall’idea che l’obbligazione individui una modalità “naturale” di regolazione dei rapporti di mercato. Essa stessa, infatti diviene oggetto di una specifica tecnologia normativa intesa ad adattarne i codici di funzionamento ad un ambiente che ha dismesso qualsiasi pretesa di conformità ad un ordine sociale ed economico dato, di cui è d’uopo occuparsi solo per garantirne la perpetua riproduzione. Accade qui, appunto, esattamente quello che è accaduto allorché, attraverso il medio della tutela del contraente debole, il legislatore europeo ha proceduto ad una radicale ridefinizione dei confini dell’autonomia privata in vista di un potenziamento delle prestazioni concorrenziali dei mercati. Naturalmente, gli obiettivi giuspolitici perseguiti attraverso le discipline di cui mi sto occupando sono diversi – su questo dirò qualcosa subito – ma eguale è il disegno di riciclo dell’istituto volta per volta preso di mira – il contratto, l’obbligazione – per un fine estraneo alla sua originaria destinazione⁵.

A mio avviso – ma si tratta, in realtà, di un avviso piuttosto comune – le *policy* che presiedono a sovraindebitamento ed esdebitazione sono riconducibili a tre obiettivi fondamentali. Il primo è rappresentato da quello che, con l’anglismo di turno, si chiama *fresh start*, cioè il richiamo alla vita del debitore decotto: si tratti del debitore-debitore, del debitore – consumatore, del debitore – imprenditore non soggetto alla liquidazione giudiziale, del debitore – imprenditore soggetto alla liquidazione giudiziale, per arrivare, ora, alla più spettrale di queste epifanie, quella del debitore incapiente. Il secondo si riassume nell’incentivo offerto al debitore di ottenere sconti, anche cospicui, sulla sua esposizione patrimoniale in pari tempo garantendo ai creditori la possibilità di soddisfare, sia pure parzialmente, le proprie ragioni. Il nitore del disegno originario, al riguardo, si è un po’ appannato a cagione di quanto ora previsto dall’art.268, comma 2, n.1 c.c.i.i. il quale ha

⁵ CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in D’Amico (a cura di), *Sovraindebitamento*, cit., p. 138 ss.

esteso ai creditori la legittimazione a richiedere la liquidazione controllata ben al di là di quanto già previsto dall'art.14 *quater* l.n. 3/2012 dove la *facultas agendi* del creditore era subordinata all'annullamento dell'accordo o alla cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore. Resta il fatto che la prospettiva esdebitatoria muta completamente di segno tanto l'iniziativa del debitore quanto quella del creditore rispetto, ad es., al vecchio testo dell'art.6 l.fall.: dal lato del debitore, perché al tradizionale *damnum vitandum* si sovrappone il nuovo *lucrum captandum*; dal punto di vista del creditore perché, evidentemente, il legislatore ha inteso allargare la platea dei soggetti interessati dal dissesto almeno potenzialmente capaci di una valutazione razionale dell'effettivo stato delle cose⁶.

Infine, il terzo obiettivo può ravvisarsi nell'esigenza, sempre più pressante, di decongestionare i ruoli del processo d'esecuzione. Obiettivo, questo, che la nostra disciplina condivide con altre misure di conio recente, ad es., quella di cui all'art.612 *bis* c.p.c. nella versione larga introdotta dalla riforma del 2015⁷, sia pure con una fondamentale differenza: e cioè che, mentre nel caso dell'*astreinte*, la profilassi dei ruoli è perseguita attraverso una misura che, in definitiva, si iscrive a pieno titolo dentro l'orizzonte dell'effettività del vincolo, nel caso di sovraindebitamento ed esdebitazione, lo strumentario tecnico adottato va nella direzione esattamente opposta, di uno scardinamento dell'ordinario modo di funzionare dell'obbligazione.

⁶ Voglio dire che l'estensione ai creditori della legittimazione a richiedere la liquidazione controllata può essere interpretata come una indiretta manifestazione di sfiducia del legislatore quanto alla tenuta del paradigma neoclassico imperniato sulla razionalità dell'*homo oeconomicus*. In effetti, con il debitore il rischio è che, prostrato psicologicamente e poco lucido, non veda i vantaggi connessi alla liquidazione, compromettendo in tal modo ogni residua possibilità di un esito non distruttivo per tutti della vicenda. Meglio, quindi, affiancargli chi – il creditore – appare in grado, almeno sulla carta, di surrogare a quel deficit di razionalità.

⁷ NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, 2019, p. 104 ss.

6. *Obbligazione e responsabilità patrimoniale.*

Ho parlato di ordinario modo di funzionare dell'obbligazione: in realtà, ciò che viene intaccato, dell'obbligazione, dalle nuove regole, è proprio la pensabilità stessa dell'obbligazione nei termini in cui ad essa ci aveva abituato a pensare il diritto statuale il quale, sulla coercibilità del vincolo, entro i limiti imposti dalla materiale apprendibilità dell'utile assicurato dalla legge al creditore, aveva fatto convergere tutta l'energia che gli derivava dall'essere il detentore della forza. Lo scarto è ancora più grande ove solo si consideri che, ad essere minata dalle fondamenta – non semplicemente posta in discussione – è l'espropriazione, non l'esecuzione in forma specifica (la quale sembrerebbe qui celebrare una sua paradossale rivincita), e, insieme con questa, la (ormai mitica) imperibilità del *genus* denaro, tanto più scarso quanto più disponibile. La cesura è così radicale che, come ho già detto, mi sembra abbastanza riduttivo immaginare di cavarsela arricchendo, con il binomio sovraindebitamento-esdebitazione, la galleria delle limitazioni di responsabilità. Infatti, di una limitazione della responsabilità così come intesa dall'art.2740, comma 2 c.c. si può parlare soltanto là dove il corrispondente dispositivo sia virtualmente applicabile salvo, appunto, incontrare sulla propria strada lo sbarramento istituito, volta per volta, dalla legge⁸: una circostanza, questa, che di certo non ricorre quando, *ex professo*, la crisi dell'obbligazione pecuniaria venga affidata ad una tecnica diversa da quella che fa perno sull'esecuzione individuale.

Del resto, è sufficiente leggere l'art.2, comma 1 lett.c) del c.c.i.i. – dove si individuano i soggetti sovraindebitabili – per rendersi conto della impraticabilità di qualsiasi manovra intesa a rimettere in gioco il paradigma della specialità (operazione resa ancora possibile, nel caso della tutela consumeristica, dalla centralità della figura del consumatore, la quale, almeno in astratto, salvaguardava la autonomia del contratto “primo”). L'inciso «*ai fini del presente codice si intende per “sovraindebitamento” lo stato di crisi e di*

⁸ Al riguardo v., diffusamente, D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, in ID. (a cura di), *Sovraindebitamento*, cit., p. 6 ss.

insolvenza di...ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice o da leggi speciali per il caso di crisi o di insolvenza», integrato dal disposto dell'art.268, comma 1 per il quale «il debitore in stato di sovraindebitamento può domandare [...] l'apertura di una procedura controllata di liquidazione dei suoi beni», fuga ogni possibile dubbio circa la portata generale della nuova disciplina: si potrebbe anzi dire, neanche troppo provocatoriamente, che le disposizioni in esame vanno ad occupare, nella geografia delle regole apicali del diritto obbligatorio, uno spazio corrispondente a quello sin qui presidiato dall'art. 2740 c.c.

Quindi, una volta dismessi i panni vuoi del *laudator temporis acti*, per il quale ciò a cui si assiste è il progressivo smantellamento, da parte di un legislatore poco provveduto tecnicamente, dei pilastri dell'edificio civilistico (come se quest'ultimo fosse passato attraverso i secoli sempre eguale a se stesso), vuoi del rabberciatore, preoccupato solo di ridurre il danno e di cucire qualche rattoppo di fortuna), ciò che resta da fare è di provare a riflettere sulle implicazioni profonde, al di là della doglianza o della denuncia d'occasione, di una importante riforma legislativa⁹.

⁹ Il vivace dibattito in corso nella civilistica italiana investe, fondamentalmente, tre profili: sistema delle fonti, assetto dei singoli istituti e metodo. Naturalmente, si tratta di profili interconnessi: ad es., il discorso sulle fonti concerne, in primo luogo, il ruolo della giurisprudenza e, quindi, anche il modo di trattare gli enunciati normativi, fortemente condizionato dalla prossimità al caso. Tuttavia, interconnessione non significa sovrapposizione. Viceversa, accade piuttosto spesso di dover constatare che i tre piani vengano confusi, nel senso che, ad es., l'incedere scomposto, almeno agli occhi del purista, tanto del legislatore, quanto delle Corti, viene scambiato per una crisi della scienza giuridica. Ora, che la scienza giuridica sia in crisi, a me sembra indiscutibile. Aggiungerei che la "crisi" della scienza giuridica si protrae da almeno un secolo e coincide con le trasformazioni subite dallo stato moderno. Oggi questa crisi appare particolarmente acuta perché la statualità è sottoposta ad una forte pressione (v., per una ricognizione aggiornata, BRANCACCIO e GIORGI (a cura di), *Ai confini del diritto*, Roma, 2017, *passim*) ed essa prende le forme di un ridimensionamento del peso della dottrina nei processi di significazione degli enunciati normativi. Ciò, però, non vuol dire che il destino della dottrina sia

Ora, a mio avviso, il primo passo da fare su questa strada consiste nel chiedersi che tipo di rapporto l'obbligazione intrattenga con la responsabilità patrimoniale perché soltanto muovendosi così sarà possibile rendersi conto dell'impatto che le nuove regole hanno sulle condizioni d'uso del termine "obbligazione" (in altri termini: di cosa parliamo, oggi, o, se si preferisce, dal 2006, ancor più dal 2012 e, infine, in un crescendo irresistibile, di cosa parleremo, dall'agosto del 2020, quando parliamo, o parleremo, di obbligazione?).

Ho già accennato, proprio all'inizio del discorso, alla tesi, ancora oggi dominante, secondo la quale la responsabilità patrimoniale si collocherebbe in posizione decentrata rispetto all'obbligazione, nel senso che quest'ultima si esaurirebbe «*per il debitore, nel dovere di eseguire la prestazione dovuta, per il creditore nel diritto di conseguire il bene dovuto*» mentre, dal canto suo, la responsabilità patrimoniale rappresenterebbe un surrogato della prestazione per il caso in cui il debitore non abbia adempiuto spontaneamente: essa sarebbe al tempo stesso «*sanzione per l'inadempimento*

quello di fare da mesto, o apologetico, a seconda delle inclinazioni del singolo autore, controcanto alle prese di posizione, non sempre meditatissime, dei giudici. Al contrario, la sua funzione primaria consiste in un vaglio critico della giurisprudenza, le rapsodie della quale vanno disciplinate procedendo, tutte le volte in cui questa operazione si presenti come ineludibile, al reperimento delle ragioni profonde del sistema e alla sua ricostruzione. Perché, in realtà, l'ordine giuridico, per quanto rinnovato, esprime sempre una interna razionalità che è quella propria dell'insieme delle relazioni di mercato cui esso si riferisce: sicché il disordine è solo apparente e spetta al giurista ricomporre, volta per volta, il quadro. Certo, a seconda dei tempi e delle circostanze, la compagine degli argomenti tradizionalmente a disposizione dell'interprete potrà presentarsi diversamente distribuita e caratterizzata, come accade nel tempo presente, da un più frequente ricorso a modalità di pensiero analogico che non a modalità di pensiero logico (sulla distinzione v. ora l'interessante indagine di CONDELLO, *Analogica*, Torino, 2017, *passim*): tuttavia, poiché la riconfigurazione del sistema – o dei vari sottosistemi in cui si articola il sistema generale – esige, sempre, che quest'ultimo torni a chiudersi dopo l'apertura provocata dal *ius novum*, l'ultimo passaggio non potrà che aver luogo nella forma di una verifica di coerenza deduttiva con l'ipotesi inizialmente posta a base del procedimento di inventio della *regula iuris* aggiornata.

dell'obbligo e mezzo di realizzazione del diritto del creditore»¹⁰. Già nella versione propostane da Nicolò a ridosso dell'entrata in vigore del nuovo codice¹¹, la tesi della eccentricità della responsabilità patrimoniale rispetto all'obbligazione presenta tratti ambigui, se non apertamente contraddittori. Nel caso di Nicolò direi che questo è particolarmente vero, trattandosi di Autore iscritto a pieno titolo al partito dei "patrimonialisti", cioè dei fautori di una concezione dell'obbligazione (di chiara ascendenza carneluttiana) in forza della quale il diritto del creditore ha per oggetto il bene dovuto e non il comportamento del debitore¹². Il punto è che le dottrine patrimonialistiche dell'obbligazione hanno come loro inevitabile corollario la perfetta equivalenza di adempimento ed esecuzione forzata, nelle due varianti dell'esecuzione in forma specifica e dell'esecuzione per

¹⁰ NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1955, p. 5.

¹¹ La prima edizione del volume citato alla nt. precedente risale al 1945.

¹² CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, p. 218-219. La posizione di Carnelutti è una posizione per certi aspetti ambigua (ciò che gli sarà rimproverato da GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, in *Scritti giuridici vari*, I, Padova, 1933, p. 328, nt.1) perché, da un lato, egli afferma con grande chiarezza la fungibilità di adempimento ed esecuzione forzata ma, per altro verso, sdoppia il debito dalla responsabilità, risolvendo quest'ultima in una «soggezione allo Stato, non al creditore» (CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 297). A mio avviso, si tratta di oscillazioni di pensiero provocate da un'istanza esogena al discorso sull'obbligazione, riconcettualizzato dai *maiores* come luogo deputato a misurare la distanza che separa il diritto privato e il diritto pubblico, il diritto sostanziale e il diritto processuale, il diritto soggettivo e l'azione: manovra funzionale a preservare l'autonomia, concettuale, culturale, disciplinare, accademica e professionale dell'una e dell'altra coppia di contesti. Speculare a quella di Carnelutti è la posizione di Nicolò, su cui v. infra, nt.17. Molto più lineare BETTI, *Struttura dei rapporti di obbligazione, Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 76 (che riproduce *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920. Entrambi i saggi possono ora leggersi in BETTI e CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006. Per un quadro più ampio della vasta letteratura in materia rinvio a NIVARRA, *Diritto soggettivo*, cit., p. 5 ss.

espropriazione¹³: sicché appare davvero difficile, se non impossibile, conciliare questo assunto con l'idea che «*la responsabilità patrimoniale [...] (sia) configurata come un mezzo di tutela del diritto del creditore, ossia come uno strumento per la realizzazione coattiva di tale diritto, che appunto perciò non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco. Ancora più semplicemente la responsabilità del debitore è considerata dal punto di vista funzionale come una delle sanzioni dell'inadempimento*»¹⁴. In altri termini, se l'esecuzione forzata rappresenta uno dei due possibili modi attraverso i quali il creditore può conseguire l'utilità dovuta dal debitore, appare davvero incongruo predicarne (di essa e, dunque, del suo presupposto sostanziale, la responsabilità patrimoniale)¹⁵ a causa di

¹³ «Concepito il diritto di credito come il potere di conseguire il bene dovuto, si dovette necessariamente osservare che tale diritto si poteva compiutamente realizzare in due modi: o attraverso l'attività volontaria del debitore (adempimento), o attraverso la esecuzione forzata sul patrimonio del debitore medesimo, nelle due forme dell'esecuzione in forma specifica e dell'esecuzione per espropriazione, propria quest'ultima delle obbligazioni pecuniarie»: NICOLÒ, *Tutela*, cit., p. 2.

¹⁴ NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 3.

¹⁵ L'essere l' art. 2740 c.c. presupposto sostanziale dell'esecuzione forzata deve intendersi in un senso diverso dal modo in cui tali sono l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta imputabile, in difetto dei quali il ricorso alla giurisdizione, a causa del disposto dell'art. 100 c.p.c., è semplicemente precluso (o, per meglio dire, di tutto principio votato all'insuccesso per difetto di una delle condizioni dell'azione). Formatosi il titolo esecutivo, la responsabilità patrimoniale si concretizza, nel senso che essa provvede a corredare il titolo di un oggetto determinato – l'insieme dei beni riconducibili al patrimonio del debitore (v. anche l'art.2910, c.c.). Beninteso, la misura del patrimonio aggredibile è determinata dalla declinazione prospettica della regola per la quale, *ex ante*, cioè fino all'ultimo momento precedente l'avvio della procedura esecutiva, il patrimonio del debitore include i beni futuri. Si tratta di una *fictio*, correlata al doppio registro temporale in relazione al quale è possibile attingere il senso della regola che spazia dal momento in cui sorge l'obbligazione (quando è chiaro cosa il legislatore intenda per “presenti” e “futuri”) a quello in cui il patrimonio del debitore viene pignorato (quando quella distinzione perde di significato). In una sorta di terza dimensione (che non è fino in fondo “presente” ma neppure, fino in fondo “futuro”) si allunga il campo della c.d. tutela

questa sua acclarata strumentalità, una dislocazione esterna rispetto al rapporto obbligatorio, di cui sembrerebbe volersi preservare la purezza contro ogni possibile interferenza ad opera del processo. Perché, è evidente che se si prende sul serio la dottrina dell'equivalenza, strumentale è l'esecuzione forzata, ma strumentale è anche l'adempimento: il quale è così tanto strumentale che può essere surrogato dall'esecuzione forzata. Insomma, non bisogna essere "loici" particolarmente attrezzati per accorgersi del fatto che la surrogabilità dell'adempimento è incompatibile con il suo essere un valore finale, o primario: se adempimento ed esecuzione forzata sono interscambiabili, è impossibile costruire una gerarchia tra le due evenienze, a meno che, implicitamente, non si postuli il primato dell'adempimento, ciò che può avvenire solo sulla base di un apriorismo che ora proverò ad illustrare.

Come si è visto, secondo Nicolò, *ex latere creditoris* l'obbligazione si risolverebbe nel diritto a conseguire l'utilità assicurategli dalla legge, mentre *ex latere debitoris* essa farebbe perno sull'obbligo di eseguire la prestazione. Ora, sebbene tra questo modo di vedere le cose e quello che, viceversa, indirizza la pretesa del creditore verso il comportamento del debitore si lascino distinguere per più riguardi – e, in particolare, per il risvolto, tipico della prima, della equivalenza di adempimento e ed esecuzione forzata – resta il fatto che l'una e l'altra continuano a muoversi dentro un ordine di idee dominato dalla supremazia dell'obbligo rispetto al quale il diritto del creditore, indipendentemente dal contenuto che gli si vorrà assegnare, finisce per occupare sempre uno spazio residuale. Sotto questo profilo, la strategia di decentramento della responsabilità patrimoniale appare più coerente con gli assunti della dottrina c.d. personalistica, sebbene, poi, quest'ultima incappi, come vedremo da qui a breve, in una serie di incongruenze almeno altrettanto gravi. Il primato dell'obbligo – cioè dell'idea che il compimento del progetto attributivo affidato a ciò che noi chiamiamo "obbligazione"

preventiva del credito la quale ricava la sua stessa pensabilità dalla *fictio* originaria.

dipenda dall'esecuzione della prestazione – ha generato un grande equivoco di talché ciò che è un mezzo rispetto ad un fine già attuatosi, diventa mezzo rispetto ad un fine da attuare. Intendo dire che vi è una sostanziale differenza tra il pensare l'obbligazione come un luogo in cui l'utilità per il creditore si realizza già a partire dal riconoscimento del diritto soggettivo (ovvero, del titolo che permette al creditore di trattenersi, indisturbato, l'arricchimento procuratogli dalla *solutio*), e il pensare l'obbligazione come il luogo nel quale il veicolo dell'arricchimento è, *recta via*, la *solutio*. Ora, è evidente che se ci mantiene fedeli, più o meno consapevolmente, a questo schema, la condotta del debitore rimarrà pur sempre il fattore decisivo di tutta la vicenda e lo spostamento dell'asse in direzione del bene dovuto rivestirà una portata più nominale che sostanziale trovando conferma, piuttosto, il primato non soltanto cronologico, ma anche qualitativo, o gerarchico, dell'adempimento.

Viceversa, l'equivalenza, se rettamente e coerentemente intesa, implica che il primato dell'adempimento sarà circoscritto alla sola dimensione cronologica, nel senso che, dovendo l'accesso alla giurisdizione seguire le regole del processo, e configurandosi l'inadempimento alla stregua di una condizione dell'azione sotto la specie dell'interesse ad agire, la *solutio* apparirà sempre come il "fisiologico" punto di caduta dell'intera vicenda¹⁶. Si può anche dire che ciò che di qualitativo o gerarchico può rintracciarsi nel

¹⁶ Questo, naturalmente, in un certo senso è vero. Tuttavia, così come è vero, è anche un po' banale perché, per il modo in cui è congegnata l'obbligazione – una *machinery* caratterizzata da una dissociazione tra il momento del riconoscimento del *titulus acquirendi* e quello in cui si realizza la piena coincidenza dello stato di cose materiale con lo stato di cose giuridico – l'adempimento, ossia la volontaria esecuzione della prestazione, non può che rappresentarsi, ed essere percepito, come l'evento che porta a compimento il disegno attributivo. Si tende però a trascurare il fatto che quando la prestazione viene eseguita, quel disegno è, per l'essenziale, già attuato, sicché, sotto questo, profilo, il ruolo ipertrofico che si vuole assegnare all'adempimento, con i suoi corollari – il più importante dei quali è costituito proprio dalla dislocazione eccentrica della responsabilità patrimoniale – finisce per alterare le linee di quella *machinery* trasformando, nel senso già indicato nel testo, il mezzo in fine.

primato dell'adempimento è un semplice corollario dell'autonomia del processo, di talché la circostanza non andrebbe troppo enfatizzata: mentre, invece, è stata enfatizzata, per ragioni ideologiche¹⁷.

L'idea che la responsabilità patrimoniale si dislochi all'esterno del rapporto obbligatorio è stata sostenuta, sulla base di premesse certamente più coerenti, anche da un altro grande Maestro della civilistica italiana, Michele Giorgianni¹⁸. Come è noto Giorgianni è un convinto, ed autorevolissimo, fautore della teoria c.d. personalistica dell'obbligazione, per la quale il diritto del creditore trova il suo riferimento nella condotta del debitore. In una prospettiva di questo genere, per definizione incompatibile con il canone dell'equivalenza, il primato della *solutio* come modalità esclusiva di soddisfacimento dell'interesse del creditore si accompagna all'attribuzione alla responsabilità patrimoniale di una funzione puramente sanzionatoria, nella misura in cui essa enterebbe in gioco solo come conseguenza dell'inadempimento¹⁹. Anche sotto questo profilo la posizione di Giorgianni risulta più lineare di quella di Nicolò ad avviso del quale la responsabilità

¹⁷ A differenza di quanti pensano che "ideologia" (e derivati) sia una brutta parola, connotata spregiativamente, io penso che l'ideologia – intesa come adesione non apertamente esplicitata e, a volte, perfino inconsapevole, ad un ordine di preferenze di vario tipo – individui una componente ineliminabile del discorso del giurista. Ad es., nel nostro caso, la "talpa" ideologica che, nascostamente, agisce dentro il tessuto del discorso di Nicolò, orientandolo nel senso di una immunizzazione dell'obbligazione dal contagio della responsabilità patrimoniale – nonostante la sua esplicita adesione alla dottrina dell'equivalenza – è rappresentata dal desiderio di contenere la spinta, percepita in quel momento come espansionistica, del processo e della sua scienza che celebrava i trionfi dell'autonomia dell'azione: spinta che, sempre secondo questo modo di vedere, metteva a repentaglio il primato del diritto sostanziale..

¹⁸ GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 151 ss. Opinioni analoghe in ID., *Obbligazione* (dir.priv.), in *Nss. Dig. It.*, IX, Torino, 1965, p. 608 ss.

¹⁹ Secondo GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 163-164 «sebbene [...] le poco felici espressioni adoperate dal legislatore possano fare apparire a prima vista che la responsabilità patrimoniale sia funzionalmente collegata all'adempimento del debitore, essa deve invece intendersi collegata al fenomeno opposto, e cioè l'inadempimento».

patrimoniale è, in pari tempo, mezzo di attuazione del diritto di credito e sanzione per l'inadempimento²⁰: ciò che, lo si è visto, pone capo ad un'aporia irresolubile. Un ottimo banco di prova della tenuta logica di entrambi i costrutti offre un'analisi del sintagma «conseguenza dell'inadempimento» che ricorre tanto nella prosa di Nicolò²¹ quanto in quella di Giorgianni²². «Conseguenza dell'inadempimento» che l'uno e l'altro Autore usano (pretendono di usare, per meglio dire) in modo adiaforo, può rivestire due significati molto diversi. In un primo significato, «conseguenza dell'inadempimento» può stare ad indicare il fatto che l'inadempimento apre la strada alla responsabilità patrimoniale, cioè la responsabilità patrimoniale (e, correlativamente, l'esecuzione forzata) può, a seguito dell'inadempimento, farsi valere come mezzo di attuazione del diritto di credito. In un secondo significato, «conseguenza dell'inadempimento» può stare ad indicare il fatto che, a seguito dell'inadempimento, il debitore meriti di essere sanzionato, e che la sanzione consista, appunto, nella sua esposizione alla responsabilità patrimoniale.

Il primo significato è quello che campeggia nella ricostruzione di Nicolò; il secondo significato è quello privilegiato da Giorgianni (anche se, come si è visto, esso viene recuperato dallo stesso Nicolò, in modo contraddittorio rispetto alle premesse del suo discorso). Avendo già illustrato il legame strettissimo che intercorre tra il primo significato e la dottrina dell'equivalenza, vorrei ora intrattenermi sulla responsabilità patrimoniale come sanzione per l'inadempimento²³. Al riguardo si può dire che il modello giorgianniano, il quale iscrive, senza residui, la responsabilità patrimoniale entro l'orizzonte della sanzione, incarna esemplarmente la "verità" dell'obbligazione, ovvero, per meglio dire, il modo in cui la dottrina italiana maggioritaria ha voluto intendere l'obbligazione moderna, preservandone, più o meno

²⁰ V. *retro*, nel testo.

²¹ NICOLÒ, *op. cit.*, 8.

²² GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 164.

²³ Idea che, prevedibilmente, GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 162 ss. estende alla responsabilità contrattuale. Sul punto tornerò più avanti.

consapevolmente, un legame con l'obbligazione romana. Il richiamo alla "sanzione" evoca, in primo luogo, l'idea della infrazione di un ordine sotto la specie della inosservanza di un precetto che imporrebbe al debitore di eseguire la prestazione. Premesso che, almeno nel diritto romano arcaico, è abbastanza problematico rintracciare qualcosa che possa accostarsi alle nostre fonti delle obbligazioni, in ogni caso è proprio la "sanzione" se, presa sul serio, ad essere incompatibile con il modo in cui funziona il diritto civile moderno, cioè il diritto civile statualizzato. Quest'ultimo, attraverso un processo che culmina nelle grandi codificazioni, si struttura secondo uno schema per titoli ciascuno dei quali descrive un microcosmo in sé compiuto e autosufficiente perché riflesso di una regolarità superiore, di cui è inossidabile garante lo Stato. Voglio dire che una volta perfezionatasi la fattispecie attributiva di ricchezza, una volta, cioè, che la legge abbia trasformato, attraverso il medio della validità, la transazione sociale posta in essere dai privati in un contratto, non può accadere nulla che non sia già iscritto in quella decisione originaria. Eventuali incidenti di percorso (inadempimenti, impossibilità sopravvenute imputabili, spogli, turbative e molestie di fatto e di diritto, ecc.), secondo il disegno ordinamentale vengono neutralizzati in conformità ad una logica che rispecchia fedelmente quella incorporata nel *titulus adquirendi*²⁴.

Ora, a meno che "sanzione" non venga intesa come ellissi di tutte le evenienze nelle quali il compimento della fattispecie attributiva o, per meglio dire, del risultato pratico ad essa affidato, si realizza per il tramite della giurisdizione – un uso, quindi, poco significativo sotto il profilo dogmatico – è evidente che parlare di "sanzione" con riguardo alla responsabilità patrimoniale, o anche alla responsabilità contrattuale, è quantomeno improprio poiché, a ben vedere, tanto l'una quanto l'altra individuano regole di diritto sostanziale propedeutiche e strumentali alla surroga destinata ad

²⁴ Si tratta del nesso che, inscindibilmente, collega "validità" (artt.1322, comma 2 e 1325 c.c.) e tutela giurisdizionale dei diritti (art.2907 c.c.) attraverso la mediazione dell'art.1372 c.c.. Sul punto NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 2018, p. 7 ss.

attuarsi in via giudiziale. Infatti, la c.d. responsabilità contrattuale è la regola che presiede alla sostituzione della prestazione originaria, divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, con il suo equivalente pecuniario. La responsabilità patrimoniale è regola che presiede alla individuazione dei beni che costituiranno oggetto della procedura esecutiva. Nella tessitura del discorso di Giorgianni l'idea della "sanzione" si insinua a partire dall'assunto secondo il quale, una volta divenuta impossibile per causa imputabile al debitore la prestazione originaria, il creditore dovrà accontentarsi del risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*²⁵: sicché la responsabilità patrimoniale non potrà mai essere strumento di attuazione dell'originario diritto del creditore salvo che oggetto di tale ultimo diritto non fosse, *ab initio*, una somma di denaro. In definitiva, quindi, se non ho inteso male, il carattere sanzionatorio della responsabilità patrimoniale discenderebbe dalla conversione del titolo originario in titolo risarcitorio imposta dall'impossibilità sopravvenuta imputabile.

Non è difficile scorgere i punti deboli di questa posizione. In primo luogo, sembrerebbe che, almeno quando oggetto della prestazione sia una somma di denaro, la responsabilità patrimoniale si atteggi a modalità realizzatoria del diritto di credito: ciò che, però, risulta difficilmente conciliabile con le premesse dell'intero ragionamento. In secondo luogo, poi, ove pure rispondesse al vero che la misura contemplata dall'art.1218 c.c. attiene al piano dei danni-conseguenza (mostrando di essere, dunque, un mero doppione dell'art.1223 c.c.)²⁶, rimane che la responsabilità patrimoniale si iscrive dentro un progetto di tipo reintegratorio, e non sanzionatorio, sia pure riferito al patrimonio del creditore e non al suo diritto²⁷. A mio avviso, la prospettiva giusta è un'altra. Come

²⁵ Il quale danno, dal canto suo, giammai potrà identificarsi con l'equivalente pecuniario della prestazione: GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, p. 169.

²⁶ Per una critica a questo indirizzo di pensiero, largamente maggioritario, rinvio a NIVARRA, *Diritto soggettivo*, cit., p. 83, nt. 88.

²⁷ Anche nel caso della tutela risarcitoria, eminentemente intesa ad assicurare l'integrità del patrimonio della vittima del pregiudizio, il sistema rivela, attraverso la mediazione dell'ingiustizia del danno, la sua conformazione titolocentrica: e ciò nella misura in cui la condizione fondamentale perché la

ho già detto, tanto quella dell'art. 1218 c.c. quanto quella dell'art. 2740 c.c. sono regole di diritto sostanziale alle quali l'ordinamento affida il compito di ricreare un ambiente conforme all'ordine istituito dal titolo attributivo all'indomani del verificarsi di due eventi traumatici quali, rispettivamente, l'impossibilità sopravvenuta imputabile e l'inadempimento (in costanza della perdurante possibilità della *solutio* e del parimenti perdurante interesse del creditore a riceverla)²⁸. La prima regola è deputata al ricalcolo del valore della prestazione originaria secondo parametri monetari; la seconda regola è deputata alla individuazione dei beni escutibili. La immanenza di queste due regole al titolo attributivo di utilità nella forma del diritto di credito è autoevidente: come le si possa considerare "esterne" al rapporto obbligatorio rimane, almeno per me, lo ripeto, un autentico mistero; così come, del resto, un autentico fuor d'opera deve considerarsi il richiamo alla "sanzione" la quale è categoria del tutto inadatta a descrivere il modo in cui si atteggia il rapporto tra attribuzione dell'utilità (titolo giuridico nella forma del diritto soggettivo) e accesso alla giurisdizione (azione)²⁹.

perdita sia compensabile è che il decremento investa un cespite presente nel patrimonio in virtù di un titolo giuridico. Se poi l'art.1223 c.c. non include l'ingiustizia tra i presupposti della obbligazione risarcitoria, questo dipende dal fatto che l'inadempimento individua una figura di illecito di per sé ingiusto posto che esso, a causa della struttura relazionale dell'obbligazione, è immediatamente lesivo della integrità del patrimonio del creditore.

²⁸ Perfino il processo, cioè la tutela giurisdizionale dei diritti (art.2907 c.c., art.24 Cost.), a mio avviso, può essere considerato, semplicemente, una modalità di adattamento del piano attributivo consacrato nel titolo valido, ovvero conforme alla fattispecie legale, allo stato di cose istaurato dall'inadempimento, dallo spoglio ecc.

²⁹ Come ho già accennato più sopra, nel diritto civile moderno la norma primaria è costituita da un enunciato che stabilisce le condizioni in presenza delle quali un fatto sociale si converte in un titolo giuridico attributivo di un'utilità. Ciò spiega perché in questo caso, a differenza che nel diritto penale, dove la norma primaria si dà nella forma del divieto, l'idea di "sanzione" non può trovare cittadinanza, a meno di non accoglierne un significato tanto sbiadito da renderla inutilizzabile sul piano teorico. Infatti, l'illecito civile, nelle sue varie espressioni, pone all'ordinamento, sempre e soltanto, un problema di ripristino di un ambiente istituzionale idoneo a garantire la fruizione dell'utilità assegnata al

7. *Conclusioni.*

Mi sono soffermato su Nicolò e Giorgianni vuoi per il prestigio dei due Autori, vuoi perché entrambi incarnano in modo esemplare una posizione che, come ho già detto, è largamente condivisa nella dottrina italiana³⁰. Per le ragioni che ho già sinteticamente illustrato, penso che l'obbligazione non sia una struttura scomponibile, né per linee interne (*Schuld/Haftung*), né per linee esterne (responsabilità patrimoniale e, per conseguenza, esecuzione forzata come un *posterius* eccentrico ed eventuale rispetto alla modalità "normale" di compimento del progetto attributivo ed imperniata sulla *solutio*)³¹. L'obbligazione ha mostrato una notevole plasticità là dove, come nel caso dell'"obbligazione senza prestazione", attraverso il medio dell'art.1337 c.c., è stato possibile mettere a frutto l'idea del contatto sociale qualificato da un affidamento legittimo per dotare il sistema di un congegno un risarcitorio semplificato (stralcio dell'"ingiustizia") e, in pari

singolo: sicché la sua "repressione" non in altro consiste che nella replica dell'ordine originario. Viceversa, nel caso dell'illecito penale, il fatto che il precetto primario si presenti nella veste del divieto, assicura alla reazione apprestata dalla legge un grado di autonomia direttamente proporzionale all'autonomia di cui gode la regola inosservata. È banale ma all'omicidio può far seguito la morte, la reclusione a vita, una terapia riabilitativa in un campo di lavoro ecc. Al contrario, sarebbe bizzarro se allo spoglio o all'inadempimento facesse seguito la riduzione in schiavitù dello spogliante o del debitore: cosa che, in effetti, è accaduta ma, non a caso, in un tempo in cui la norma primaria (non scritta e poi scritta: le dodici Tavole) era immediatamente istitutiva di sanzioni (il divieto, quindi, si desumeva per implicito), distantissima dalla mentalità romana dell'epoca risultando l'idea stessa di una regolazione per fattispecie di ciò che noi oggi chiamiamo autonomia privata.

³⁰ V., per un riepilogo, ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1042 ss.; MACARIO, *Responsabilità e garanzia patrimoniale*, in *Diritto civile*, diretto da N.Lipari e P.Rescigno, IV, II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 159 ss.

³¹ Anche se, a dire il vero, bisognerebbe invertire la sequenza, perché il vero equiordinato dell'adempimento è l'apprensione coatta del bene o del valore nei quali si identifica o si traduce l'utilità già assegnata al creditore.

tempo, più aderente alla cosa³². Manovre di questo genere, tuttavia, sono azionabili solo con riguardo alla dimensione relazionale del vincolo: dimensione che è di pura risulta (nel senso di puramente strumentale) se confrontata alla sua vera *ratio essendi*, riconducibile alla funzione di titolo attributivo di un'utilità. Su questo terreno, viceversa, l'obbligazione si presenta come una struttura unilineare, destinata a subire variazioni soltanto apparenti nella misura in cui esse, come ho già rilevato, si limitano ad adattare il titolo agli shock causati dall'inadempimento o dell'impossibilità imputabile (responsabilità *ex art.1218 c.c.*, processo di cognizione nelle sue varie forme, acquisizione del titolo esecutivo, responsabilità patrimoniale, esecuzione forzata).

Ora, l'esdebitazione come effetto postumo (nel senso di esoprocedurale) del concorso incrina, a mio avviso in modo irreversibile il carattere unilineare di quella struttura giacché il sovraindebitamento ha il potere di convertire la liquidazione (*et similia*) in una fattispecie estintiva del debito residuo. Questa sequenza si lascia descrivere in conformità a due logiche diverse. La prima, che presenta il vantaggio di custodire un (flebile) legame con il modello tradizionale di obbligazione, si risolve, a ben vedere, in un azzardo interpretativo per cui non soltanto il *genus* per definizione (cioè il denaro) perisce, ma il suo perire trova posto nell'alveo dell'art.1256, comma 1, c.c. La seconda, molto più semplicemente, ci restituisce un modello di obbligazione irriducibile a quello tradizionale, perché ormai amputato delle regole di adattamento del titolo agli stati di cose difformi suscettibili di verificarsi in pendenza del vincolo. Per questa via, infatti, il *ius novum* agisce direttamente sul titolo, riducendone la potenza alla sola partecipazione alla procedura liquidatoria e al correlativo riparto³³.

³² CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

³³ Si potrebbe obiettare che la soluzione accolta rappresenti una semplice variante dell'idea secondo la quale, a differenza di quanto affermato poco sopra nel testo, l'obbligazione è scomponibile in due segmenti: il debito (*Schuld*) e la responsabilità (*Haftung*). In realtà, le due prospettive sono diametralmente

Non avrei dubbi, sia pure solo per ragioni di ossequio ad elementari esigenze di coerenza della costruzione giuridica, circa la preferibilità della seconda ipotesi. Concluderei, poi, osservando che, con l'obbligazione, incisa dal binomio sovraindebitamento-esdebitazione, si completa la quadrilogia degli istituti fondamentali del diritto civile trasformati, o fortemente modificati, in conseguenza delle trasformazioni (o modificazioni) dell'ambiente circostante (uso, volutamente, una formula neutra). È toccato al diritto di proprietà, in una fase di riorganizzazione del sistema capitalistico, contrassegnata dalla riscrittura delle gerarchie dei

opposte. La scomponibilità per linee interne implica l'autonomia del debito, ovvero del *titulus retinendi*, secondo la logica propria dell'obbligazione romana che, attesa la sua incoercibilità in forma specifica, è sempre "naturale". Nel diritto statutale moderno, viceversa, il fatto che il debitore sia condannabile *in rem ipsam* retroagisce sulla funzionalità del titolo, nel senso che quest'ultimo non vale soltanto a rendere irretrattabile la *solutio* ma serve anche a rendere possibile l'aggressione al patrimonio del debitore medesimo. Ne consegue che, là dove il titolo venga neutralizzato come fondamento, sia pure mediato dal processo e dalla condanna, dell'esecuzione – ed è quanto accade nel caso in cui il concorso implichi la liberazione del debitore – esso viene travolto anche per la parte in cui agisce nella veste di causa dell'attribuzione patrimoniale. Sicché, ove mai il debitore esdebitato, una volta chiusa la procedura, decidesse, ad es., di saldare per l'intero o in parte uno dei creditori concorsuali, la prestazione sarà ripetibile ex art. 2033 c.c., a meno che il pagamento non si inserisca nel quadro di una transazione più ampia che, ad es., preveda un finanziamento a condizioni molto agevolate del solvens, desideroso di mettere a profitto l'opportunità offertagli dal fresh start: nel qual caso, però, saremmo in presenza di un titolo di nuovo conio, e non certo dell'adempimento di un'obbligazione naturale (v. art.2034, comma 2, c.c.). Infine, se proprio si volesse insistere nell'immaginare possibile che il debitore esdebitato "paghi" uno o più dei suoi (ex) creditori, va rilevato che, in un sistema come il nostro, munito della regola di cui all'art.2034, comma 1 c.c., il richiamo ad una perdurante autosufficienza del titolo risulterebbe un autentico fuor d'opera, posto che quella regola trae la propria ragion d'essere da un'esplicita presa di distanza dalla dottrina elaborata da Brinz (v. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 396 ss. Alla medesima conclusione, sia pure sulla base di premesse non perfettamente coincidenti MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in Pellicchia e Modica (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, p. 391.

mezzi di produzione. È toccato al contratto, due volte. Una prima volta, nel cuore della stagione del c.d. compromesso keynesiano-socialdemocratico, all'insegna del diritto "diseguale"; una seconda volta, a celebrare i fasti dell'ordoliberalismo e della economia sociale di mercato (tutelare il consumatore e inseguire il sogno della concorrenza perfetta o, almeno, perfettibile). È toccato alla responsabilità civile, le cui "nuove frontiere" (incarnate dalla progressiva equiordinazione dei criteri di imputazione, molto più che non dal confuso dibattito sul modo in cui intendere il requisito dell'"ingiustizia") hanno rappresentato l'epitome stessa del definitivo passaggio alla società dei consumi di massa. Ora è venuto il turno dell'obbligazione, e, in particolare, dell'obbligazione pecuniaria, che, sottratta alla regola di responsabilità patrimoniale, restituisce l'immagine di un sistema economico nel quale il sostegno alla domanda avviene non più nelle forme proprie del Welfare ma attraverso il sacrificio dell'interesse della classe dei finanziatori, secondo la logica tipica del "capitalista collettivo" artefice della stabilità del sistema stesso, anche al di là delle ragioni e delle aspettative dei singoli operatori³⁴. Una conferma della potente e insostituibile attitudine del diritto a catturare e, a rispecchiare, nei modi che gli sono propri, la ragione del suo tempo storico.

³⁴ Nello specifico assistiamo a una redistribuzione tutta interna al ceto capitalistico, di cui si avvantaggiano i produttori di beni a discapito degli erogatori di credito, ovvero il capitale che una volta si chiamava manifatturiero rispetto al capitale finanziario. Quest'ultimo viene chiamato a dare il suo contributo alla conservazione del sistema sopportando un onere che trova nella più generale tendenza del capitale a finanziarizzarsi, cioè a trasformarsi in rendita, la sua giustificazione ultima: insomma, qui, il capitale finanziario, più che i consumatori, sostiene i produttori di merci.

LUIGI NONNE
Professore associato
Università di Sassari

“LE PAROLE TRA NOI LEGGÈRE”: LA TOPICA DEI RIMEDI E IL PROBLEMA DELLA FORMA NEL PACTUM FIDUCIAE IMMOBILIARE

SOMMARIO: 1. Premesse all’analisi del problema: la casistica fiduciaria. -
2. La fattispecie concreta. - 3. La ricostruzione sistematica della c.d.
fiducia *cum amico*. - 4. La forma del *pactum fiduciae* immobiliare al
vaglio dell’evoluzione giurisprudenziale. - 5. La sentenza n. 6459/2020
delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 6 (segue). Profili critici.
- 7. La conferma dell’orientamento formalista alla prova del sistema. –
8. La natura giuridica e gli effetti della dichiarazione ricognitiva. - 9.
Osservazioni conclusive.

1. Premesse all’analisi del problema: la casistica fiduciaria

Nelle seguenti riflessioni, occasionate da un’assai dibattuta
pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite, precisamente la
sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020¹, verrà discusso il profilo formale

¹ Vedila in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 859-866, con commento di C. NATOLI, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell’esperienza notarile*, ivi, pp. 851-859; in *I Contratti*, 2020, pp. 257-264, con nota di CARNEVALI, *Le Sezioni unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, ivi, pp. 265-270; in *Il Corr. giur.*, 2020, pp. 589-595, con osservazioni di GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, ivi, pp. 596-611; in *Notariato*, 2020, pp. 282-289, con nota di MORELLO, *La “ricognizione” degli accordi fiduciari*, ivi, pp. 290-293. La sola massima si rinviene in *Imm. & propr.*, 2020, con osservazioni di MONEGAT, *Il pactum fiduciae immobiliare non richiede la forma scritta quando è accompagnato da una dichiarazione contenente la*

del negozio fiduciario, in quanto oggetto precipuo degli argomenti prospettati dalla Suprema Corte. Ritengo, però, che una siffatta particolare prospettiva possa costituire anche un punto di osservazione privilegiato per verificare, in termini più generali, il progressivo distacco della giurisprudenza, anche su impulso di certa parte della dottrina, dall'approccio dogmatico-sistematico in favore di una più netta opzione verso la "topica dei rimedi"². Che una tale via sia percorribile con esiti positivi mi pare fin d'ora lecito dubitare; se, poi, essa costituisca un'ulteriore fase di quella che è stata suggestivamente definita come "eclissi del diritto civile"³, lo si potrà verificare là dove la tendenza che essa esprime giungerà a consolidarsi effettivamente.

Ciò premesso, prima di esaminare nel dettaglio gli argomenti e la conclusione cui, rispettivamente, fanno ricorso e pervengono le Sezioni Unite, merita illustrare, seppure sinteticamente, le varie letture che, in decenni di elaborazione dottrinale e a fronte della varietà di indirizzi presente nella giurisprudenza⁴, si sono attestate in materia di fiducia, le quali letture costituiscono lo sfondo ove si

*promessa del fiduciario di trasferire lo stesso immobile al fiduciante che perciò può agire ex art. 2932 c.c., ivi, pp. 257-259. Cfr. anche COLLURA, *Negozio fiduciario: la forma del pactum fiduciae secondo le Sezioni Unite*, in *Studium iuris*, 2020, pp. 687-693; DE LORENZI, *Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6459. Note critiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, pp. 484-515; MURITANO, *Le Sezioni Unite intervengono sulla forma del patto fiduciario immobiliare*, in *Soc. e contr., bil. e rev.*, 2020, pp. 14-22; LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, pp. 1107-1130; REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 957-969; CICERO, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, in *Riv. not.*, 2021, pp. 312-329.*

² Intendo tale espressione come comprensiva di quella pluralità di considerazioni, ormai divenute consuete nel ragionamento giurisprudenziale, che fanno leva in via esclusiva sull'esigenza di tutela dei soggetti interessati e che vengono consapevolmente ribadite anche a costo di incrinare la coerenza del sistema (e di prospettare, come si vedrà, soluzioni che, contraddicendo le premesse, si rivelano operativamente insostenibili).

³ Il riferimento, *ictu oculi* avvertibile, è a CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*.

⁴ Puntualmente riepilogati nella sentenza n. 6459/2020, rispettivamente ai parr. 3.2 e 3.3 della motivazione.

inscrive la pronuncia in commento. Difatti, nonostante il caso su cui si appunta l'attenzione nomofilattica della Cassazione si riferisca alla forma del solo patto di trasferimento (nella fiducia statica) o ritrasferimento (nella fiducia dinamica), e non della pluralità di negozi in cui si articola l'operazione fiduciaria, in realtà una precisa presa di posizione di natura generale in questo ambito può dirsi sposata dalla Suprema Corte⁵, nei termini che appresso tenterò di descrivere.

Anzitutto, sono presenti nel provvedimento alcuni rilievi in merito alla struttura e alla funzione del c.d. negozio fiduciario, i cui contenuti possono dirsi ormai acquisiti nella trattazione della relativa fattispecie. Alla ricostruzione, innovativa ma densa di profili problematici⁶, in base alla quale gli atti in cui si articola l'operazione fiduciaria sarebbero caratterizzati da una causa unitaria, per l'appunto la *causa fiduciae*⁷, si contrappone l'orientamento che vede

⁵ In passato, peraltro, la Cassazione, nell'affrontare il problema della prova inerente al *pactum fiduciae*, aveva affermato l'ininfluenza, per impostarne la soluzione, di individuare la relativa struttura formale: così Cass., sez. II, sent. 21 novembre 1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, cc. 2495-2506, con nota di VETTORI, *La prova del pactum fiduciae*, *ivi*, cc. 2496-2505, il quale, per contro, afferma espressamente la rilevanza della qualificazione concernente il *pactum* rispetto alla sua prova, dal momento che l'interprete dovrà valutarne la natura di patto aggiunto o contrario al contenuto di un documento (in ordine all'art. 2722 c.c.) e – ciò che assume particolare importanza per la questione in esame – accertare se per esso sussista un requisito formale il quale renda applicabile l'art. 2725 c.c., con le sue ancor più rigorose limitazioni alla prova per testi.

⁶ Non ultima, l'ipotizzata contraddizione con il principio di tipicità dei diritti reali, già messa (severamente) in luce da PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, pp. 201-333, alle pp. 270-278, il quale afferma espressamente che la proprietà fiduciaria, in quanto proprietà formale e strumentale, rivela una contraddizione tra il sostantivo e l'aggettivo che l'accompagna tale per cui essa sarebbe qualcosa di affatto diverso rispetto alla proprietà legislativamente prevista e confermata, così da potersi ammettere solo là dove la stessa legge intervenisse a regolarla (il che, all'evidenza, non è).

⁷ Cfr. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, pp. 345-378, spec. pp. 377-378, ove, con riferimento alla *causa fiduciae*, si afferma che «questa causa è atipica nel senso che attraverso l'elemento di fatto di ogni negozio fiduciario le parti perseguono un intento che non è dal legislatore previsto in via specifica. E detto

in questa operazione il risultato del collegamento tra un atto traslativo, volto all'attribuzione del bene dal fiduciante al fiduciario, e un patto avente natura obbligatoria, fonte del vincolo per il fiduciario di rispettare le istruzioni, inerenti all'uso e alla destinazione del bene, fornitegli dal fiduciante. Si tratterebbe, in particolare, di un (mero) fenomeno, e non di una categoria giuridica, ove la posizione acquisita dal fiduciario eccede, come mezzo, lo scopo per cui essa è programmata dalle parti⁸, il che confina la fiducia nell'irrelevanza dei motivi⁹.

Ciò premesso, nota e consolidata è, anzitutto, la rappresentazione del fenomeno fiduciario nei termini di una casistica¹⁰, della quale, alle partizioni generali in fiducia *cum amico* e *cum creditore*, fiducia dinamica, statica spuria e statica classica, fiducia romanistica e germanistica, si danno giustificazioni sistematiche radicalmente contrapposte in riferimento all'autonomia e alla compatibilità di esse con il nostro ordinamento. Se poniamo mente alla dicotomia tra fiducia *cum creditore* e *cum amico* consegnataci dalla tradizione, già possiamo notare come, in realtà, non si rinvenga alcunché di fiduciario nel primo termine dell'alternativa. In effetti, il

intento, almeno per i casi di *fiducia cum amico*, è non tanto un dare per riavere, quanto un dare per aver da riavere, o per far avere ad altri» (p. 378).

⁸ Per questa classica affermazione si v. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 251, che pone criticamente in luce la difficoltà di un approccio quantitativo insito nella formula per cui il mezzo sarebbe più esteso di quanto necessario per il conseguimento dello scopo previsto. In particolare, si evidenzia anzitutto la difficoltà di raffrontare i vari mezzi giuridici e di individuare le modalità per misurarne l'ampiezza, oltre poi a doversi necessariamente determinare le conseguenze della diversa estensione dei mezzi sugli scopi (ciò che, in base all'attuale stato della scienza giuridica, appare all'Autore arduo da effettuarsi in un'ottica meramente quantitativa).

⁹ Così SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 2012, pp. 179-182, secondo cui deve escludersi che la c.d. *causa fiduciae* possa, nei termini sopra esposti, rendere ammissibile il relativo negozio nel nostro ordinamento, in quanto la medesima si risolverebbe in una arbitraria e non consentita astrazione parziale dalla causa del negozio tipico (conseguendone, allora, che essa non sarebbe nulla più che un motivo, inidoneo a influenzare l'atto cui accede).

¹⁰ Così GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, in *Il Corr. giur.*, 2019, pp. 1475-1480, alla p. 1476.

trasferimento di un cespite del debitore in proprietà del creditore allo scopo di garantire quest'ultimo nell'ipotesi di inadempimento¹¹ testimonia l'esatto contrario di un intento fondato sulla fiducia, in quanto lo scopo pratico perseguito dalle parti è il rafforzamento della tutela creditoria in base ad un'operazione su cui, peraltro, incombe di per sé il sospetto di violare il divieto di patto commissorio. In assenza di adeguati meccanismi di riequilibrio, allora, il consolidamento della titolarità del bene in capo al creditore nel momento in cui non vi sia adempimento del debito – al quale si suole assegnare il compito di fungere da condizione risolutiva dell'acquisto o sospensiva dell'impegno a ritrasferire – fulmina di nullità, ex art. 2744 c.c., una siffatta (s)fiducia¹², a tacere di ulteriori profili di dubbia integrazione della medesima nel sistema civilistico.

Infine, con riguardo alla bipartizione tra fiducia romanistica, ove parte essenziale dell'operazione è il mutamento della proprietà sul bene dal fiduciante al fiduciario, e fiducia germanistica, in base alla quale non muta l'intestatario che, peraltro, ad opera di un c.d. negozio di autorizzazione, può consentire ad altro soggetto di compiere atti di disposizione sul proprio bene¹³, la sostanziale creazione in virtù dell'autonomia privata di un diritto reale atipico, consentita nell'ordinamento tedesco dal § 185 BGB ma esclusa nel nostro, impedisce di dare ingresso a tale variante del fenomeno nelle operazioni fiduciarie ammesse dal sistema italiano¹⁴.

¹¹ Trasferimento che è essenziale nella tipologia di fiducia in discorso, la quale, allora, si può caratterizzare esclusivamente in senso dinamico, a differenza della fiducia *cum amico* di cui è ipotizzabile anche la variante statica (classica e spuria).

¹² In termini generali, e a prescindere dallo specifico discorso affrontato nel testo, si fa riferimento a un modello "sfiduciario" là dove sussista il ricorso alla minaccia e all'esercizio della coazione (quindi, in un ambito riservato espressamente alla dinamica del diritto); cfr. in questo senso T. GRECO, *Il diritto della fiducia*, in PETRUCCI (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, 2020, pp. 195-225, spec. pp. 197-203.

¹³ Si v. anche SACCO, voce *Fiducia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento *****, Milanofiori Assago, 2012, pp. 511-514, il quale descrive la fiducia germanistica come un modello in cui «il fiduciante garantisce le proprie ragioni in modo più automatico, sottoponendo il diritto del fiduciario ad una condizione risolutiva, che maturerà in caso d'infedeltà» (p. 511).

¹⁴ Cfr. per tutti sul punto GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 600.

Prima di procedere a illustrare i tratti salienti della fiducia *cum amico*, però, è opportuno riferire del caso da cui prende le mosse la decisione in esame, così da poterne più efficacemente inserire le peculiarità nel contesto che, a un tal tipo di fiducia, guarda in modo significativo.

2. *La fattispecie concreta*

Volendo fornire una sommaria descrizione della vicenda in commento, va considerato che il profilo fattuale, e segnatamente il particolare atteggiarsi in concreto degli interessi facenti capo ai soggetti coinvolti, ha condizionato in maniera evidente la Suprema Corte verso la soluzione del problema sottopostole.

La controversia trae origine da un accordo nel quale Tizio, il fratello Caio con la propria consorte e la vedova di un terzo fratello Sempronio avevano stabilito che marito, moglie e cognata vedova acquistassero, con denaro del primo fratello, una pluralità di beni immobili, impegnandosi a trasferire al sovventore (o alla persona da lui indicata) i suddetti beni. Poiché gli intestatari non avevano dato corso al trasferimento promesso, il fornitore della provvista aveva agito in giudizio per sentire dichiarare l'interposizione reale e, per l'effetto, vedersi attribuita la titolarità del bene.

Nel corso del giudizio di primo grado il secondo fratello e la moglie stipulavano una transazione con l'attore, in base alla quale i primi trasferivano gli immobili a questi che, per contro, si obbligava a corrispondere loro un rimborso pari a euro 25.000,00. Avverso la sentenza di primo grado, che accoglieva la domanda nei confronti della cognata vedova, la stessa proponeva appello lamentando che: i) la scrittura con cui, secondo la prospettazione dell'attore, i convenuti avevano affermato la natura fiduciaria dell'intestazione a loro favore, in quanto essa era da qualificarsi come mero atto

Non costituiscono un'eccezione a tale assunto le società fiduciarie, le quali compiono atti di gestione delle partecipazioni ad esse intestate, mentre il titolare effettivo del diritto rimane l'unico legittimato ad esperire le azioni a tutela del medesimo; difatti, si è in presenza di un mandato senza rappresentanza nei confronti delle suddette società. Per tale affermazione, che ormai può dirsi consolidata, cfr. da ultimo OCCORSIO, *Il segreto e la forma del patto fiduciario*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 201-220, spec. pp. 209-210.

confessorio non era sufficiente ad integrare la forma scritta del *pactum fiduciae*, il quale, nel caso di specie, aveva ad oggetto beni immobili; *ii*) la transazione intervenuta tra l'appellato e i restanti convenuti in primo grado non vincolava l'appellante, poiché la medesima era terza rispetto alla suddetta transazione; *iii*) nel momento in cui la scrittura ricognitiva del *pactum* era stata redatta, il diritto dell'appellato al trasferimento dell'immobile si era estinto per prescrizione, che l'appellante non aveva mai rinunciato a fare valere. La Corte d'appello territorialmente competente confermava la decisione del giudice di prime cure, così che, avverso tale ultima sentenza, la soccombente proponeva ricorso in Cassazione, esponendo quattro motivi di censura di cui in questa sede viene discusso esclusivamente il primo.

La ricorrente, difatti, ha denunciato la violazione e/o la falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, n. 3, c.p.c.), precisamente dell'art. 1325 c.c., comma 1 (*sic!*), n. 2, degli artt. 1418, 1324 e 2697 c.c., nonché dell'art. 115 c.p.c., oltre alla nullità della sentenza (ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.). La censura, pertanto, si è indirizzata verso l'approccio del provvedimento impugnato al problema causale della fiducia (specie con riguardo alla dichiarazione ricognitiva della medesima, la quale, come atto unilaterale tra vivi *ex art. 1324 c.c.*, vede applicarsi in quanto compatibili le norme sul contratto in generale), con i relativi riflessi in termini di invalidità. Inoltre, a fondamento del ricorso viene addotta anche l'errata valutazione delle prove (da qui il riferimento al relativo onere *ex art. 2697 c.c.*, nonché al principio di disponibilità delle suddette prove sancito dall'art. 115 c.p.c.). Secondo la ricostruzione della ricorrente, in particolare, la Corte locale aveva proceduto a distinguere, nella scrittura ricognitiva del *pactum fiduciae*, tre elementi: *i*) il riconoscimento in capo al resistente della proprietà degli immobili acquistati dalla ricorrente a nome proprio e, successivamente, ultimati dal primo; *ii*) il riconoscimento dei lavori effettuati dal resistente e dei rimborsi da questi corrisposti alla ricorrente per spese e imposte; *iii*) l'impegno da parte della ricorrente a trasferire, su semplice richiesta del congiunto, gli immobili in discorso, allo stesso resistente o a persona da questi indicata. Sulla base di tale prospettazione, nella sentenza di secondo grado era stata affermata la sussistenza di

un'interposizione reale di persona (giacché l'alienante vendette effettivamente gli immobili al fratello e alle cognate dell'attore di prime cure, il quale aveva reso disponibile la provvista per l'acquisto), per cui il patto fiduciario, che implicava un obbligo a contrarre per il ritrasferimento al fiduciante, dovendosi equiparare al contratto preliminare, ai sensi dell'art. 1351 c.c. avrebbe dovuto essere stipulato, a pena di nullità, in forma scritta. Poiché una tale forma non era stata osservata nel caso di specie, il suddetto patto era necessariamente nullo e, pertanto, nessun obbligo di ritrasferimento coercibile ai sensi dell'art. 2932 c.c. poteva dirsi sussistere in capo alla ricorrente, in quanto non era dato ravvisarne la fonte. Tuttavia, in séguito all'affermazione per cui il valore confessorio dell'atto ricognitivo lo rendeva inidoneo a comprovare la proprietà dei beni immobili, la Corte d'appello, a parere della ricorrente, avrebbe compiuto un salto logico talmente significativo da rendere contraddittoria la motivazione della sentenza impugnata – o, comunque, sarebbe incorsa in gravi errori giuridici – nel momento in cui ha assegnato alla terza parte della scrittura, relativa all'impegno della ricorrente al ritrasferimento del compendio immobiliare in capo al sovventore, il valore di una dichiarazione unilaterale di per sé sufficiente a costituire fonte dell'obbligo di ritrasferire; difatti, si lamenta, tale valore è stato attribuito senza valutare il difetto di causa di un siffatto negozio, dato che il requisito causale non poteva essere ravvisato, *per relationem*, nell'esistenza di un patto fiduciario anteriore all'acquisto dei beni, esistenza che la stessa Corte locale aveva, prima, negato.

La Sezione Seconda della Cassazione, chiamata a valutare il ricorso, sulla base della affermata sussistenza di un contrasto tra l'orientamento tradizionale, richiedente la forma scritta del patto fiduciario relativo ai diritti immobiliari, e la nuova prospettiva che

attenua il rigore formale di tali negozi¹⁵, con ordinanza del 5 agosto 2019, n. 20934¹⁶, ne ha rimesso alle Sezioni Unite la composizione¹⁷.

3. La ricostruzione sistematica della c.d. fiducia cum amico

La vicenda concreta palesa, in effetti, molteplici affinità dell'operazione programmata dalle parti con una tra le varianti in cui si articola la c.d. fiducia *cum amico*, in merito alla quale è bene fornire qualche nota per sottoporre poi a una più consapevole disamina la posizione assunta in merito dalla Suprema Corte.

La tripartizione della suddetta fiducia *cum amico*¹⁸ in fiducia dinamica – caratterizzata dal trasferimento di un bene dal fiduciante al fiduciario affinché quest'ultimo ne sia intestatario servendosene, se del caso¹⁹, secondo le indicazioni dell'alienante per poi

¹⁵ Sulla quale vedi *infra* il par. 3.

¹⁶ La si legge in *Il Corr. giur.*, 2019, pp. 1473-1475, con nota di GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit.; in *I Contratti*, 2020, pp. 57-59, con nota di CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, ivi, pp. 59-63; in *Giur. it.*, 2020, pp. 283-285, con nota di VALENZA, *Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, ivi, pp. 285-291. Per una visione di insieme si v., inoltre, DE NOVA, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, in *Jus civile*, 2019, pp. 557-559.

¹⁷ Più precisamente, la Seconda Sezione ha investito il Primo Presidente della questione inerente alla risoluzione del contrasto, il quale ha poi disposto la pronuncia della Corte a Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, 2° co., c.p.c., sia poiché si tratta di questione di diritto decisa in senso difforme dalle sezioni semplici (anche se tale assunto è stato contestato da autorevole dottrina: cfr. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1478, il quale, pur riconoscendo la sussistenza di questioni precedentemente decise in senso difforme, nega la possibilità di ravvisare un divergente orientamento frutto di possibili argomentazioni alternative), sia in quanto essa presenta profili di particolare importanza.

¹⁸ L'ipotesi della fiducia *cum amico* ricorre nel caso che ha costituito l'occasione per la pronuncia delle Sezioni Unite, le quali ne hanno fornito una descrizione affermando che «la creazione della titolarità è funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo ulteriore trasferimento della titolarità, allo stesso fiduciante o a un terzo». (sent. n. 6459/2020, par. 3.1. della motivazione).

¹⁹ Difatti, come pone giustamente in evidenza COLLURA, *Negozio fiduciario: la forma del pactum fiduciae secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 689, lo scopo del trasferimento dal fiduciante al fiduciario può anche risolversi nel solo successivo ritrasferimento all'originario titolare.

ritrasferirglielo²⁰ –, fiducia statica spuria – là dove, cioè, il fiduciario acquista, con provvista fornita dal fiduciante, un bene mobile o immobile allo scopo di attribuirlo a quest'ultimo o ad altra persona da lui designata²¹ – e fiducia statica classica o pura²² – che vede il titolare di un bene farne l'uso concordato con un terzo nell'interesse di questi²³ – consente di impostare in termini strutturali il problema del fenomeno fiduciario che, come risulta anche dalla sentenza delle Sezioni Unite, mostra un'indubbia similitudine con il mandato senza rappresentanza. Il fatto che in entrambe le ipotesi sia dato ravvisare un'interposizione reale di persona, in quanto i rapporti tra il mandatario-fiduciario e i terzi escludono qualsivoglia coinvolgimento del mandante-fiduciante²⁴, non esclude, peraltro, che si debba individuare un *discrimen* tra i due negozi e, sulla base

²⁰ Per una sintesi degli indirizzi e dei problemi inerenti al negozio fiduciario tradizionalmente inteso in senso dinamico si v. PATRONE, *Variazioni e forma del "negozio fiduciario"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 397-430, alle pp. 399-408.

²¹ Il profilo traslativo, pertanto, è qui presente nei termini del solo trasferimento *finale* dal fiduciario al fiduciante – mancando, allora, un previo trasferimento *strumentale* dal fiduciante al fiduciario – e, con tali caratteristiche, esso è un aspetto comune anche alla c.d. fiducia dinamica. Cfr. PATRONE, *Variazioni e forma del "negozio fiduciario"*, cit., pp. 412-416.

²² Sulla fiducia statica rinvio in termini riassuntivi sempre a PATRONE, *Variazioni e forma del "negozio fiduciario"*, cit., pp. 411-412. Essa pare essere stata tralasciata dalla sentenza n. 6459/2020 con specifico riferimento alla descrizione della fiducia *cum amico*, in quanto, nel par. 3.1 della motivazione (citato *supra* alla nota 18), si suppone un duplice atto traslativo, per cui il Collegio, nel visualizzare l'antecedente fattuale della suddetta fiducia *cum amico*, ne ha preso in considerazione la sola variante dinamica o statica spuria. Ciò, peraltro, non si accorda con la visione fatta propria dalla Suprema Corte e improntata alla valenza disciplinare del mandato senza rappresentanza, di cui la fiducia statica pura rappresenta una manifestazione palese.

²³ Si v. PATRONE, *Variazioni e forma del "negozio fiduciario"*, cit., p. 429, il quale, a proposito della forma nuncupativa, osserva come nella fiducia statica pura forse non siano ravvisabili le esigenze di responsabilizzazione del consenso consegnate dal legislatore all'art. 1351 c.c., proprio in quanto il fiduciario si impegna a trasferire (ma, in effetti, anche a gestire in una direzione concordata con il fiduciante) un bene proprio e non all'uopo trasferito o acquistato.

²⁴ Con le eccezioni segnalate negli artt. 1705, 2° co., e 1706, 1° co., c.c., sulle quali si v. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2000, rispettivamente alle pp. 84-88 e 88-91.

di ciò, determinarne la differente disciplina²⁵. Concentrando per ora l'attenzione sul primo profilo, si può in questa sede confermare l'ipotesi in base alla quale, anche con riferimento alle relative nozioni (legislativa del mandato, *ex art. 1703 c.c.*, e storico-dottrinale della fiducia), ciò che rileva per il mandante è l'attività gestoria del mandatario, mentre per il fiduciante scopo principale è l'intestazione del bene al fiduciario²⁶. In altre parole, mentre la causa del mandato può descriversi come causa di azione, quella della fiducia si presenta come causa di posizione (che vede disgiunta la titolarità formale da quella sostanziale del bene)²⁷. Sotto l'aspetto disciplinare, la distinzione ipotizzata non rimane priva di conseguenze, le quali attengono ai limiti di integrazione del mandato, con l'ampiezza di rimedi che lo contraddistingue, rispetto alla fiducia; questa, infatti, ontologicamente non può aspirare al medesimo livello di tutela di cui gode il mandato in quanto essa è

²⁵ Difatti, nonostante l'affermazione contenuta nella sentenza n. 6459/2020 in base alla quale mandato e fiducia, pur essendo differenti, si vedrebbero applicare le medesime regole in virtù della similitudine che li accomuna (specie nella variante della fiducia statica spuria), in realtà, se si concepisce un'autonomia ontologica dei relativi negozi, essi dovrebbero disciplinarsi distintamente.

²⁶ In tal senso, con la consueta efficacia, cfr. SACCO, voce *Fiducia*, cit., spec. pp. 513 (testo) e 514 (nota 20). Argomenta da questo rilievo le opportune implicazioni sul distinguo tra attività di gestione e mera titolarità per conto altrui OCCORSIO, *Il segreto e la forma del patto fiduciario*, cit., pp. 206-210, secondo il quale «La prestazione del fiduciario consiste nell'asservimento della propria sfera giuridica ad un'altra sfera giuridica, quella del fiduciante, tramite la conservazione della titolarità per suo conto. La figura del fiduciario si distingue da quella del mandatario perché la sua prestazione soddisfa l'interesse del creditore non tramite un *facere*, come nel mandato, ossia tramite il 'compimento' di atti giuridici, ma tramite un *non facere*, più precisamente tramite l'avere, ossia il mantenimento della titolarità per conto altrui» (questa citazione si rinviene alla p. 208). Cfr., inoltre, ID., *Titolarità e gestione nei rapporti fiduciari*, Napoli, 2020, *passim* e, riassuntivamente, pp. 110-120, ove maggiori sviluppi in termini dogmatici della succitata distinzione.

²⁷ SACCO, voce *Fiducia*, cit., p. 514, nega peraltro che la fiducia abbia una causa in senso proprio, in quanto essa possiederebbe esclusivamente una causa soggettiva e, in quanto tale, inidonea a giustificare il negozio (pur se l'accettazione del bene – nella fiducia dinamica – o l'iniziata esecuzione – in merito alla fiducia statica –, secondo le regole proprie del mandato gratuito, vincolano alla gestione diligente).

radicata nel fatto e nella dimensione etico-sociale, piuttosto che in quella giuridica²⁸.

Accogliendo la prospettiva causale dell'operazione, come già anticipato, i confini propri della casistica fiduciaria si radicano nelle ipotesi in cui ricorre un interesse alla titolarità, piuttosto che alla gestione. Tale interesse, in effetti ravvisabile nella fiducia *cum creditore* – a prescindere dai profili sopra evidenziati concernenti la compatibilità di un siffatto schema con alcuni principi fondamentali positivamente espressi – atteso che la garanzia è qui integrata, per l'appunto, tramite la titolarità, può invece escludersi con riguardo alla fiducia *cum amico* nella sua versione statica, in quanto la destinazione di un proprio bene a scopi e usi individuati *ab extrinseco* fa senz'altro supporre la preminenza, se non l'esclusività, dell'interesse gestorio. Quanto, poi, al modello dinamico e a quello statico spurio, la qualificazione in termini fiduciari o, all'opposto, la riconduzione al mandato senza rappresentanza, in astratto pianamente integrabili nella struttura di questi modelli, saranno effettuate all'esito di un'interpretazione complessiva dell'operazione economica divisata, così da fare emergere gli interessi ad essa sottesi.

Anticipando un riferimento sul punto alla sentenza in discorso, da parte di alcuni commentatori si è fatto opportunamente notare come le Sezioni Unite, pur ritenendo di doversi diffondere sulle varie ricostruzioni del negozio fiduciario sotto il profilo causale che vengono accolte in dottrina e in giurisprudenza, ne abbiano poi rilevato la non decisività ai fini della questione da dirimere²⁹; per

²⁸ SACCO, voce *Fiducia*, cit., p. 511, non concorda con l'esclusione dall'ambito giuridico della fiducia, sotto il profilo della vincolatività del *pactum* in cui essa si sostanzia (salvo, però, dichiarare l'assenza di causa del medesimo *pactum* e ricondurre l'obbligo di gestire diligentemente ad opera del fiduciario all'accettazione di quest'ultimo, come sopra precisato – p. 514). Per una recente rilettura della questione cfr. T. GRECO, *Il diritto della fiducia*, cit., *passim*.

²⁹ «Il fondamento causale e l'inquadramento teorico del negozio fiduciario possono rimanere in questa sede soltanto accennati, perché il quesito posto dall'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione pone in realtà un problema pratico relativo alla individuazione di una regola di dettaglio la cui soluzione prescinde dall'adesione all'una o all'altra tra le tesi appena esposte». (sent. n. 6459/2020, par. 4 della motivazione).

contro, l'accoglimento dell'una o dell'altra proposta relativa alla natura della fiducia potrebbe, in realtà, influenzare sensibilmente la soluzione del problema rilevante in concreto, ossia l'aspetto formale del patto³⁰. Per vero, la sentenza in discorso imposta la descrizione della fiducia esaltandone le similitudini con il mandato senza rappresentanza e lasciando sostanzialmente in ombra il profilo dell'intestazione³¹, ma, come si è dianzi rilevato, il caso concreto motiva la riconduzione del patto che in esso emerge al mandato senza rappresentanza, dal momento che i profili gestorî emergono con maggiore nettezza rispetto all'esigenza di scindere la titolarità formale da quella sostanziale³².

Proprio la disamina del profilo formale del mandato senza rappresentanza avente ad oggetto l'acquisto di immobili ha segnato la prima tappa del percorso che ha portato la giurisprudenza teorica a considerare diversamente il medesimo aspetto anche per il *pactum fiduciae*.

4. *La forma del pactum fiduciae immobiliare al vaglio dell'evoluzione giurisprudenziale*

³⁰ Come dimostra puntualmente GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., pp. 600-601.

³¹ Peraltro, un chiarimento significativo sotto l'aspetto della ricostruzione strutturale del negozio fiduciario è rinvenibile in quella recente giurisprudenza a mente della quale «qualora tra due parti intercorra un accordo fiduciario, esso comprende l'intera operazione e la connota di una causa unitaria, quella ... di realizzare il programma fiduciario, mentre per la sua realizzazione possono essere posti in essere diversi negozi giuridici, che a seconda dei casi e degli obiettivi che con l'accordo fiduciario ci si propone di realizzare possono essere diversi sia nel numero che nella tipologia» (Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633). Tale pronuncia, citata dalla stessa Cass., sez. un., sent. n. 6459/2020, al par. 3.3. della motivazione, si può leggere in *I Contratti*, 2015, pp. 12-16, con commento di PATRONE, (s. t. ma) *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*, ivi, pp. 16-24. Sul provvedimento si v. anche CAMILLERI, *L'impegno unilaterale al trasferimento dei beni quale dispositivo idoneo (ed eseguibile in forma specifica) ai fini attuativi del "pactum fiduciae"*, in *Dir. civ. cont.*, 29 marzo 2015.

³² In ciò, difatti, assumono un peculiare rilievo gli accordi transattivi inerenti ai rimborsi per le spese occorse ai fiduciari – *rectius*, mandatari – nella gestione del bene; cfr. *supra* par. 2.

L'articolato percorso che ha condotto la Cassazione a mutare indirizzo relativamente alla forma del *pactum fiduciae* immobiliare³³ origina dalla sentenza n. 20051 del 2 settembre 2013³⁴. Con tale provvedimento, discostandosi dai precedenti, la Terza Sezione della Suprema Corte ha ritenuto di escludere il mandato immobiliare dal campo applicativo delle regole formali indicate agli artt. 1325, n. 4, e 1350 c.c.³⁵ In tal modo, per la validità ed efficacia del negozio anche ai fini del rimedio *ex art. 2932 c.c.*, basterebbe che il mandato fosse richiamato in modo sufficientemente specifico da una dichiarazione, ad esso successiva, con cui il mandatario riconosce l'obbligo di ritrasferire al mandante la proprietà del bene, in esecuzione dell'incarico ricevuto.

Successivamente, con la sentenza n. 10633 del 15 maggio 2014, la stessa Terza Sezione ha esteso la chiave di lettura dell'interposizione reale di persona applicata al mandato anche al contratto fiduciario³⁶, per cui può costituire valida fonte dell'obbligazione di ritrasferimento al fiduciante del bene immobile intestato al fiduciario anche una dichiarazione unilaterale scritta con cui questi, successivamente alla stipulazione *verbis* del *pactum*

³³ Sia qui sufficiente, per una impostazione generale del problema, il richiamo a G. B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 313-329, e a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim* e in part. il cap. I (pp. 11-63).

³⁴ Ma vedi anche Cass. civ., sez. II, sent. 1° aprile 2003 n. 4886, in *Il Corr. giur.*, 2003, pp. 1041-1042, con nota di MARICONDA, *Una decisione della Cassazione "a critica libera" sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*, *ivi*, pp. 1042-1048.

³⁵ Si era autorevolmente espresso in tal senso già GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Milano, 1951, pp. 413-429, il quale, alla p. 428, osserva come la non formalità del mandato possa ricevere conferma dal potere in capo al mandante di ratificare l'operato del mandatario il quale abbia ecceduto i limiti delle istruzioni ricevute, ai sensi dell'art. 1711, 1° co., c.c. In effetti, tale ratifica farà sorgere in capo al mandatario un obbligo di trasferimento, qualora si versi nelle ipotesi di cui all'art. 1706 c.c. e, peraltro, per essa non è prevista alcuna forma solenne. Trattandosi, poi, di un atto unilaterale del mandante, non può richiamarsi l'art. 1351 c.c., in quanto non vi sarebbe alcuna assunzione (volontaria) dell'obbligo da parte del mandatario, per cui la relativa fattispecie risulterebbe ultronea rispetto al contratto preliminare.

³⁶ Si v. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, pp. 1-13.

fiduciae, ne riconosce l'esistenza descrivendo in modo sufficientemente specifico il bene oggetto del patto³⁷.

La connessione tra i due mutamenti di indirizzo, allora, dà conto dell'esigenza posta dalla succitata ordinanza del 5 agosto 2019, n. 20934, con cui la Seconda Sezione ha investito le Sezioni Unite del compito di comporre il suddetto contrasto.

All'interno di questo contesto si innesta la sentenza n. 6459/2020, che merita di essere esaminata, anzitutto, nei suoi contenuti sistematici e nelle argomentazioni con cui sviluppa e supporta i medesimi. All'esito, proverò a delineare taluni rilievi critici sia sotto il profilo dogmatico sia in merito alla sostenibilità operativa della soluzione cui perviene la Suprema Corte.

5. La sentenza n. 6459/2020 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

Con l'intervento suscitato dall'ordinanza di rimessione le Sezioni Unite, premessa l'ampiezza della casistica fiduciaria, hanno inteso comporre il contrasto giurisprudenziale demandato alla loro attenzione secondo una prospettiva innovata rispetto agli orientamenti contrapposti delle sezioni semplici³⁸. Peraltro, oltre al quesito inerente alla forma del *pactum fiduciae* immobiliare, è stato posto l'interrogativo se possa essere valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire soltanto un atto bilaterale, scritto e coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale e scritto, ma

³⁷ «La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali». (Cass., sent. n. 10633/2014, massima ufficiale).

³⁸ L'Onorato ha colto l'occasione per fornire in merito spunti sistematici di notevole profondità: cfr. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Persona e mercato*, 2020, pp. 161-170.

ricognitivo e posteriore, del fiduciario, fondato su un impegno espresso oralmente dalle parti.

Merita esordire indicando il primo dei due principi di diritto che costituiscono l'esito dello sforzo argomentativo profuso dalla Suprema Corte e, su questa base, ripercorrerne le ragioni.

Con precipuo riguardo alla questione formale, infatti, “*Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s’innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad substantiam; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l’accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell’obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario*».

Tale risultato è stato raggiunto sulla base di alcuni passaggi che sintetizzo in questa sede: *i)* anzitutto, l’assimilazione del *pactum fiduciae* rispetto al contratto preliminare, prospettata dall’orientamento dominante e dalla quale discende la corrispondenza formale tra l’accordo che consacra il rapporto obbligatorio e l’atto a rilevanza reale di esecuzione del medesimo³⁹, deve essere disattesa; *ii)* tale conseguenza si fonda sull’impossibilità di ravvisare un’analogia struttura tra i due negozi (né, peraltro, essi presentano una funzione simile, il che esclude l’applicabilità al patto fiduciario della regola di forma dettata per il preliminare; *iii)* oltre alla insussistenza di una *eadem ratio*, impedisce il ricorso all’art. 1351 c.c. la natura eccezionale di tale disciplina, la quale, pertanto, non è estensibile in via analogica; *iv)* la corrispondenza strutturale e funzionale dalla quale ritrarre argomenti volti a risolvere il problema formale del *pactum fiduciae* si ha con il mandato senza rappresentanza⁴⁰; *v)* per tale istituto si è chiarito che la forma del

³⁹ Ciò sulla base di un rapporto di corrispondenza biunivoca tra gli artt. 2932 e 1351 c.c., per cui, come il primo si attaglia a tutte le ipotesi di obbligo a contrarre per consentirne l’esecuzione forzata, così il secondo, che di quelle ipotesi costituisce il paradigma, esprimerebbe un principio da estendersi oltre la fattispecie del contratto preliminare, coinvolgendo allora anche il patto fiduciario (cfr. il riferimento all’indirizzo dominante esplicito in tal senso da Cass., Sez. Un., n. 6459/2020, par. 6 della motivazione).

⁴⁰ GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., p. 601, fa difatti notare che «il mandato assorbe senza residui tutti gli ingredienti della classica operazione fiduciaria, e cioè

mandato, poiché questo è destinato a regolare i soli rapporti interni tra le parti, si esplica liberamente: difatti, da un lato, tale forma non è prevista in modo espresso dalla legge a pena di nullità *ex artt.* 1325, n. 4, e 1350 c.c., e, dall'altro lato, essa non può ricavarsi da imposizioni formali dettate a diverso riguardo in quanto, nell'alternativa tra contratti a struttura debole (costituiti dai soli accordo, causa ed oggetto) e contratti a struttura forte (in cui la forma prevista dalla legge assurge al rango di requisito essenziale ed indefettibile)⁴¹, il mandato senza rappresentanza deve essere ascritto alla prima categoria; *vi*) ne consegue che, là dove il *pactum fiduciae* sia sufficientemente specifico con riguardo all'oggetto e possa darsene compiutamente prova, in caso di infedele esecuzione da parte del fiduciario con riguardo all'obbligo di (ri)trasferimento, il fiduciante può attivare il rimedio *ex art.* 2932 c.c. anche nell'ipotesi di patto orale.

l'acquisto del bene dal mandante-fiduciante o dal terzo, l'incarico gestorio, la promessa di ritrasferimento, traducendoli rispettivamente nella somministrazione dei mezzi necessari per l'esecuzione (art. 1719 c.c.), nel compimento degli atti giuridici delegati (art. 1703 c.c.), nell'obbligo coercibile di ritrasferimento (art. 1706, comma 2, c.c.)». Conseguentemente, tale assimilazione comporta in modo inevitabile il venir meno della fiduciarità come caratteristica (declamata, ma insussistente sotto il profilo qualificatorio) dell'operazione.

⁴¹ Il riferimento è agevolmente identificabile nelle dense pagine di N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, pp. 137-158, spec. pp. 142-153 (ma già prima in *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985). Sulle riflessioni dell'Irti si vedano le chiose di B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 49-53, che ricostruisce il rapporto regola-eccezione, con riferimento alla forma del contratto, in base ad una lettura innovata dell'art. 1325 c.c. Esso, difatti, conterrebbe due norme, delle quali l'una impone il requisito della forma prescritta dalla legge a pena di nullità (eccezione) e l'altra, invece, lo esclude (regola); conseguentemente, le previsioni che impongono uno specifico onere formale, delle quali l'Irti ha dimostrato la natura non eccezionale in merito ad un (inesistente) principio di libertà delle forme, sarebbero comunque derogatorie (e, in quanto tali, comunque eccezionali) della norma generale ove si esclude la forma *ad substantiam*. Cfr., inoltre, VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in AA. VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, pp. 809-830.

6 (segue). *Profili critici*

Il ragionamento prospettato dalle Sezioni Unite, pur suscitando condivisione per rilevanti aspetti (non ultimo, quello inerente alla natura ed agli effetti della dichiarazione ricognitiva posta in essere dal fiduciario⁴²), si presta, peraltro, a talune obiezioni con riguardo ai passaggi argomentativi essenziali tramite cui perviene alla soluzione della forma libera da ascrivere al *pactum fiduciae* avente oggetto immobiliare.

Merita, allora, affrontare il problema anzitutto in termini generali, verificando, seppure sinteticamente, la corretta impostazione dell'analisi cui sottoporre il requisito formale e, di séguito, calando i risultati in tal modo conseguiti nel contesto dei fatti sui quali è stata chiamata a pronunciarsi la Cassazione.

Venendo al primo passaggio argomentativo, va anzitutto rilevato, sposando l'assunto di attenta dottrina, come, nel diritto dei contratti, una risposta al problema della forma possa essere fornita solo mediante l'esame dell'art. 1325 c.c. e delle regole inerenti alla circolazione dei beni⁴³. Difatti, com'è noto, il requisito formale non coinvolge esclusivamente gli interessi dei contraenti ma, riverberandosi all'esterno del rapporto negoziale, mira a soddisfare interessi che pertengono a quanti da uno specifico accordo possono derivare la titolarità di diritti. Ora, la riflessione sui negozi di secondo grado, in relazione ai quali la giurisprudenza valorizza nettamente il succitato requisito formale, può orientare l'inquadramento della questione in esame, giacché, là dove non sussista una specifica previsione ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c., solo la coerenza sistematica e l'analogia tra le vicende traslative immobiliari può giustificare l'opzione rigorista su cui si attestano le decisioni giudiziarie⁴⁴.

⁴² Come si vedrà *infra* al par. 8.

⁴³ Così, espressamente, VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., pp. 166-167, il quale sottolinea come i principi di certezza e di stabilità non comportino un ampliamento delle tutele, ma esigano il rispetto di un'esigenza di ordine che responsabilizza chi contrae in vista di un effetto traslativo rilevante anche per i terzi (creditori o altre categorie interessate).

⁴⁴ Lo esplicita puntualmente VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 168, affermando che «Non

Un esplicito profilo di contraddizione – si potrebbe dire, *in apicibus* – nel ragionamento operato dalle Sezioni Unite, è stato allora rilevato⁴⁵ in quanto, se per i suddetti negozi di secondo grado la coerenza e l’analogia fondate sul sistema sono costantemente poste alla base delle soluzioni giurisprudenziali, non si vede il perché, in merito al *pactum fiduciae* immobiliare, un siffatto argomentare sia mancato nella disamina della forma.

Se, difatti, l’assimilazione di questo patto al mandato ad acquistare senza rappresentanza è sistematicamente fondata con riguardo all’articolarsi del rapporto tra incarico ed esecuzione degli atti conseguenti, specie se si considera la peculiare fattispecie concreta da cui la sentenza prende le mosse, la sostanziale svalutazione del ruolo e dell’ambito di applicazione da riconoscere all’art. 1351 c.c. non appare conforme al dato positivo interpretato alla luce della *ratio* sottesa alle prescrizioni formali. Più precisamente, la fiducia statica spuria, ove la provvista fornita dal fiduciante consente al fiduciario l’acquisto del bene in vista del trasferimento al sovventore, condivide con il preliminare il sorgere del vincolo obbligatorio per la realizzazione dell’atto traslativo; quest’ultimo, lungi dall’avere il solo scopo di neutralizzare il consolidamento abusivo di una situazione patrimoniale vantaggiosa per il fiduciario a danno del fiduciante⁴⁶, mira a produrre un effetto reale connesso all’interesse per cui lo stesso fiduciante ha consentito (o, più frequentemente, ha dato corso) al programma fiduciario⁴⁷.

esistono negozi tipici o atipici senza forma. L’assenza di una norma sulla forma non legittima la scelta per una forma libera, perché la soluzione va ricercata nella comprensione dell’art. 1325 n.4 c.c. oltre il significato letterale delle parole. Quando si indica la forma “prescritta dalla legge sotto pena di nullità” si intende la forma solenne richiesta nell’art. 1350 c.c. e in tutte le altre norme speciali che richiedono, per fini speciali, un requisito formale. Norme che non sono eccezionali, perché non esiste un principio di libertà delle forme».

⁴⁵ E, per l’appunto, è stato rilevato, con la consueta raffinatezza, da VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 168.

⁴⁶ Così, invece, la sentenza n. 6459/2020, al par. 6.1 della motivazione.

⁴⁷ Erra pertanto la Suprema Corte là dove nella sentenza in commento afferma (sempre al par. 6.1) che nel preliminare l’effetto obbligatorio è strumentale all’effetto reale e lo precede, mentre nel contratto fiduciario l’effetto reale viene prima e su di esso si va ad innestare quello obbligatorio, dato che proprio

Inoltre, è assai discutibile rilevare, come afferma la Suprema Corte, che l'atto di trasferimento attuativo del preliminare sarebbe connotato da una causa propria e, pertanto, da una funzione tipica derivante dall'essere una fase della vendita, mentre il trasferimento connesso alla fiducia sarebbe un mero pagamento traslativo avente causa nell'accordo fiduciario⁴⁸, giacché in entrambe le ipotesi il trasferimento trova la propria giustificazione causale nell'obbligazione generata dal contratto "programmatico" e, pertanto, di questa obbligazione costituisce adempimento.

Quanto all'argomento in base al quale l'art. 1351 c.c. non varrebbe nel caso di specie a giustificare una forma vincolata, dato che l'art. 2932 c.c., il quale ne costituisce lo strumento attuativo, è applicabile pur in assenza di contratti formali qualora avesse ad oggetto il trasferimento coattivo di beni mobili⁴⁹, va anzitutto rilevato come esso non sia stato sviluppato in modo preciso. In particolare, l'assimilazione della fiducia al mandato senza rappresentanza fa sì che non si possa ipotizzare un'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre là dove la fiducia – anche statica spuria – avesse ad oggetto beni mobili non registrati, giacché, insistendo le Sezioni Unite sull'unicità di disciplina che contraddistingue l'obbligo del fiduciario e quello del mandatario, troverebbe applicazione anche al caso di specie l'art. 1706, 1° co., c.c., in materia di rivendica dei beni mobili acquistati per conto del

nell'ipotesi di fiducia statica spuria, qual è quella su cui si innesta la decisione, esattamente come avviene nel preliminare l'effetto obbligatorio precede quello reale ed è strumentale ad esso (ciò che è giustamente evidenziato da COLLURA, *Negozio fiduciario: la forma del pactum fiduciae secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 691, alla nota 21).

⁴⁸ Cfr. la sentenza n. 6459/2020, sempre al par. 6.1 della motivazione.

⁴⁹ Cfr. la sentenza n. 6459/2020, sempre al par. 6.1 della motivazione. Tuttavia, «il fatto che in certi casi si possa agire in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c. sulla base di un contratto verbale non dimostra che il patto fiduciario immobiliare (come il mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili) possa essere verbale, non dimostra la piena validità di un patto fiduciario immobiliare verbale (o di un mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili verbale), e che sul fondamento di esso si possa agire in giudizio in base all'art. 2932 c.c., per ottenere il trasferimento della proprietà dell'immobile», come giustamente osserva DE LORENZI, *Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6459. Note critiche*, cit., p. 505.

mandante. Ne consegue che la funzione dell'art. 2932 c.c., nel contesto che ci occupa, si giustificerebbe solo in presenza di diritti aventi ad oggetti beni mobili registrati o immobili, espressamente indicati dall'art. 1706, 2° co., c.c., come suscettibili di trasferimento coattivo. In sintesi, l'esecuzione forzata dell'obbligo a contrarre trova una sua giustificazione nell'ambito del preliminare senza limiti (quando esso abbia ad oggetto beni mobili o immobili) o, per quanto attiene al mandato senza rappresentanza, in presenza del vincolo a concludere un accordo traslativo di beni immobili o beni mobili registrati. Se, comunque, il richiamo all'art. 2932 c.c.⁵⁰ non viene ritenuto decisivo per fondare sul programma finalizzato all'acquisto immobiliare la connessione della fiducia con i vincoli di forma dei quali l'art. 1351 c.c. costituisce il più significativo paradigma⁵¹, si rende necessario valutare ulteriori aspetti del problema, più nettamente inerenti ad una sua lettura sistematica.

7. La conferma dell'orientamento formalista alla prova del sistema

Accogliendo, pertanto, la dicotomia tra contratti tipici a struttura forte e a struttura debole, l'assimilazione del mandato senza

⁵⁰ Pur se, in realtà, la questione deve essere posta nella corretta prospettiva, come fa opportunamente, DE LORENZI, *Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite*, 6 marzo 2020, n. 6459. *Note critiche*, cit., p. 505, secondo la quale «se è vero che si può esercitare l'azione di cui all'art. 2932 c.c. per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere qualunque contratto, è diverso se si agisca in giudizio [a]i sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere una sentenza traslativa di un diritto di proprietà su beni immobili, o su beni mobili. E quando si eserciti l'azione per chiedere e ottenere il trasferimento coattivo con sentenza della proprietà di beni immobili (come nel caso portato all'esame della Corte) è necessario che il patto, il contratto in base al quale si agisce in giudizio sia redatto per iscritto per la validità. Altrimenti l'azione di cui all'art. 2932 c.c. è negata».

⁵¹ Cfr. GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, cit., p. 427, il quale, in modo più approfondito e puntuale rispetto a quanto osserva la Cassazione, respinge il collegamento tra la forma del mandato e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire gravante sul mandatario senza rappresentanza; l'art. 1706, 2° co., c.c., infatti, prevede tale esecuzione anche nell'ipotesi di beni mobili registrati, come gli autoveicoli, in relazione ai quali non sussiste la necessità di una forma vincolata del mandato relativo al loro acquisto.

rappresentanza alla seconda categoria, operata nella sentenza, poggia sull'argomento (invero alquanto discutibile) dell'assenza di un vincolo formale prescritto dalla legge. Inoltre, per accertare se un siffatto vincolo ricorra o meno, la Cassazione ritiene non fondato porre in rilievo l'effetto reale mediato derivante dall'atto programmatico a contenuto obbligatorio, nel che si sostanzia il mandato (e, conseguentemente, la fiducia); in effetti, se si pone l'accento sul piano effettuale, l'atto che programma la successiva attribuzione esige la medesima forma del conseguente negozio ad efficacia traslativa immediata.

Proprio a questo proposito, allora, ci si chiede se sia coerente sotto il profilo logico e sistematico considerare la forma scritta come un onere ascrivibile in via esclusiva agli atti traslativi immobiliari, pur quando unilaterali e caratterizzati da una causa esterna, in quanto funzionali al trasferimento della titolarità del bene, e al contempo negare la necessità di una siffatta forma in riferimento agli atti da cui sorge l'obbligo a trasferire, che dei primi rappresentano la causa giustificativa⁵².

Se la soluzione del problema viene ricercata mirando alla coerenza tra il profilo valoriale e l'inquadramento sistematico⁵³, si deve ammettere che, nonostante il mandato riguardi i rapporti interni tra mandante e mandatario, la responsabilizzazione della volontà alla quale è connesso il vincolo formale sussiste integralmente in tale atto, poiché esso pianifica il successivo acquisto al quale presta già il necessario consenso (e ciò al di là del fatto che lo stesso consenso vada necessariamente ripetuto per l'intestazione del bene immobile). Può certamente concordarsi con quanto afferma la Suprema Corte

⁵² Lo pone in evidenza, con icastica lucidità, GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 604, il quale metaforicamente precisa che una tale logica avallerebbe la richiesta del porto d'armi per i proiettili che feriscono e non per le pistole che li sparano.

⁵³ Come, mi pare, prospetti opportunamente AZZARRI, *La forma del contratto fiduciario e il problema della tipicità delle promesse unilaterali*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, pp. 91-132, spec. p. 120, secondo il quale quello della veste del *pactum fiduciae* immobiliare si risolve quasi in un "falso" problema, atteso che non si rinvengono nel diritto positivo elementi sufficienti a sorreggere una conclusione diversa da quella della solennità (almeno per la pattuizione inerente all'obbligo di dare del fiduciario).

quando ascrive l'esigenza di certezza al contratto tramite il quale si trasferisce il diritto reale sul bene immobile; tuttavia, innegabilmente la volizione dell'acquisto immobiliare – acquisto che è strumentale per il mandatario e finale per il mandante – è presente, per l'appunto, fin dal mandato e nella forma scritta di esso deve trovare un adeguato strumento di ponderazione.

Invero, non solo nella giurisprudenza teorica ma anche nella dottrina più sensibile alle questioni qui affrontate è presente l'idea di distinguere necessariamente, nel patto fiduciario, tra il profilo interno – ossia quello inerente al regolamento fra le parti – e il profilo esterno – il quale attiene al titolo per il trasferimento dei beni e, in quanto tale, coinvolge i terzi – per risolvere il problema interpretativo dell'estensione analogica di norme che prescrivono oneri formali (tra cui, l'art. 1351 c.c.)⁵⁴. Su questa premessa, è stato sostenuto che il mandato senza rappresentanza e il patto fiduciario si possono ritenere validi ed efficaci fra le parti anche se stipulati oralmente; ciò non ostante, per essi si pone il problema del titolo dell'acquisto in presenza sia di un trasferimento fra fiduciante e fiduciario (il quale, benché intercorra tra le parti del patto, è suscettibile di produrre effetti riflessi nei confronti dei terzi aventi causa dal secondo e, nel ritrasferimento, dallo stesso fiduciante) sia di una cessione diretta del bene immobile a terzi, anche in esecuzione della fiducia. In tali casi, si afferma, la forma scritta è imposta da esigenze inderogabili di coerenza sistematica e di controllo⁵⁵.

In merito alla soluzione ricavabile da una siffatta prospettiva, dato che è comunque richiesta la forma scritta per l'atto di trasferimento

⁵⁴ Contro una rigida separazione dei due profili si esprime CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., pp. 62-63, il quale evidenzia come l'effetto reale acquisitivo dell'immobile vada riportato al *pactum fiduciae* e che l'art. 1350 c.c., nello stabilire la necessità della forma scritta, utilizza il parametro dell'efficacia (e non, aggiungerei, della struttura) che attiene agli atti ivi indicati (il che pare faccia propendere l'Autore per la forma scritta *ad substantiam* dell'accordo fiduciario, ma v. *infra* quanto osservato alla nota 84).

⁵⁵ VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 168, che riprende le proprie riflessioni formulate in *La prova del pactum fiduciae*, cit., c. 2500.

(anche unilaterale)⁵⁶, gli interessi dei terzi intersecati dalle vicende circolatorie verrebbero comunque soddisfatti⁵⁷. Come ho già precisato poc'anzi, mi pare, però, che non solo la certezza dell'acquisto, ma anche la responsabilizzazione della volontà di trasferire sia di eguale rilevanza nell'esigere la formalità, per cui il *pactum fiduciae* nuncupativo non consente a una tale responsabilizzazione di dispiegarsi adeguatamente.

Ma vi è di più. Ai dubbi qui sollevati sulla dicotomia patto obbligatorio informale – atto traslativo formale, infatti, fornisce ulteriori argomenti chi si è soffermato sull'ipotesi in cui un fiduciario (*rectius*, mandatario), volendo osservare le istruzioni del fiduciante (*rectius*, mandante) e applicando il principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite, in esecuzione del (suppostamente valido) *pactum fiduciae* stipulato in forma orale confezioni un atto solutorio unilaterale scritto, così che il mandante trascriva e renda opponibile ai terzi la proprietà in tal modo acquisita. Tale esemplificazione mostra le ricadute negative dell'approccio giurisprudenziale improntato alla libertà formale del patto fiduciario. Difatti, come persuasivamente argomentato, il ritrasferimento del fiduciario (o mandatario) in capo al fiduciante (o mandante), in quanto unilaterale e solutorio, si risolverebbe in un atto a causa esterna, collocandosi quest'ultima nel mandato che obbliga il mandatario a un siffatto

⁵⁶ Difatti, coerentemente alle premesse da cui muove, VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 169, condivide l'idea che l'atto unilaterale scritto, presentando una *expressio causae* o, comunque, se correlato ad un patto orale valido, possa formare un titolo idoneo all'acquisto, tenuto conto del ruolo che svolge la promessa avente ad oggetto il trasferimento e del fatto che la produzione dell'effetto reale immobiliare non necessiterebbe sempre di un atto bilaterale scritto. Inoltre, coerentemente alla tutela da accordare al fiduciante, l'Autore evidenzia che la validità del patto orale consente di agire nell'ipotesi di un suo inadempimento, così che eventuali restituzioni fornirebbero all'interessato una tutela effettiva, senza il ricorso all'art. 2932 c.c. (ponendosi, allora, solo un problema di prova).

⁵⁷ A tal proposito VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 169, nota 68, mette in evidenza come, seguendo il risultato della sentenza, il fiduciante, pur in assenza di un atto scritto, possa richiedere e trascrivere, se e in quanto possibile, la domanda di sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., la quale, in attesa della prova dell'esistenza dell'atto, paralizzerebbe ogni interesse o garanzia dei creditori e dei terzi.

ritrasferimento. Saremmo, allora, al cospetto di una scissione tra il *modus acquirendi*, rinvenibile nell'atto solutorio con cui il mandante-fiduciante acquisisce la proprietà del bene, e il *titulus acquirendi* che, per contro, è costituito dal mandato. La scissione anzidetta condiziona anche il contesto pubblicitario, giacché ci si chiede se sia sufficiente trascrivere il *modus acquirendi* (quindi, l'atto solutorio traslativo redatto per iscritto) senza il *titulus acquirendi* (ossia il mandato, valido anche se orale). La fisionomia normativa e la prassi che ineriscono alla conservatoria dei registri immobiliari, poste in evidenza da una pluralità di commentatori (orientati in senso dogmatico⁵⁸ ovvero propensi ad esaltare il momento applicativo⁵⁹), farebbero propendere per la soluzione contraria, essendo allora necessario trascrivere entrambi i profili dell'acquisto⁶⁰.

⁵⁸ Si v. in tal senso, pur se con diverse sfumature, LENZI, *Struttura e forma del pactum fiduciae nella ricostruzione delle Sezioni Unite*, cit., pp. 1110-1113, che, a séguito di una serrata esposizione dei vari profili problematici che derivano dalla forma orale del *pactum fiduciae* immobiliare, parla di una ricostruzione "eversiva" giacché essa, precludendo al *nudum pactum*, contraddice l'effettività del sistema causalista; REALI, *Le Sezioni Unite sulla forma della fiducia immobiliare, tra trasparenza e riservatezza*, cit., pp. 968-969, secondo il quale, nell'ambito di un'impostazione del problema connessa alla necessaria trasparenza delle operazioni fiduciarie (in un contesto normativo nel quale la suddetta trasparenza è ormai cogente nel diritto positivo), se si qualifica la fiducia come contratto atipico caratterizzato da una causa autonoma (per l'appunto, la *causa fiduciae*), sussiste la possibilità di «trascrivere la mera qualità di fiduciario in capo all'intestatario del bene immobile, per rendere noto il *pactum fiduciae*, e trasformare, così, lo strumento in oggetto, in una fiducia opponibile ai terzi, efficace anche al fine del compimento degli atti dispositivi sui beni oggetto di fiducia». In termini causali si esprime, invece, MORELLO, *La "ricognizione" degli accordi fiduciari*, cit., p. 293, il quale osserva come un atto scritto, ove si indichino le finalità perseguite dalle parti mediante l'affidamento fiduciario, impedisce o rende più complesso occultare le ragioni effettive su cui si fonda la concreta operazione fiduciaria, agevolandone pertanto l'accertamento della causa in concreto.

⁵⁹ C. NATOLI, *Forma e struttura dei negozi fiduciari immobiliari: la soluzione delle Sezioni Unite e le suggestioni dell'esperienza notarile*, cit., p. 858, ove si evidenzia che la mancata riconducibilità del negozio fiduciario al contratto preliminare impedisce che il primo sia trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.

⁶⁰ Cfr. in tal senso GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 603, il quale fa opportunamente notare

Inoltre, anche là dove non si ritenesse dirimente un espresso richiamo al *titulus* ai fini della trascrizione, per attribuire la proprietà al fiduciante-mandante con un atto solutorio sarebbe necessario verificare che questi si esprima favorevolmente a tale proposito. Il consenso dell'interessato, allora, può ricavarsi in base a tre differenti alternative: *i)* anzitutto, considerandone l'accettazione come preventivamente contenuta nel contratto programmatico; *ii)* inoltre, esigendo una specifica accettazione dell'atto solutorio, così che, in sostanza, le parti concludono un contratto traslativo (ciò che, però, pare escluso dalla pronuncia in esame, la quale ammetterebbe la natura unilaterale di questo atto); *iii)* infine, ricavando l'accettazione implicita dal fatto che l'interessato chiede la trascrizione in proprio favore.

La prima alternativa implica la necessità di esibire il mandato o patto fiduciario e, pertanto, la forma scritta di questo. La seconda opzione produce conseguenze contraddittorie, nel momento in cui l'interessato, per divenire titolare del bene, rinnova un consenso che era già stato rilasciato nel contratto programmatico. L'ultima soluzione, che è parsa maggiormente conforme al quadro teorico delineato dalle Sezioni Unite, pur se non richiede una nuova accettazione, si fonda sulla dicotomia "patto obbligatorio-patto traslativo", secondo un paradigma pianamente riconducibile alla sequenza "contratto preliminare-contratto definitivo"; tale sequenza, peraltro, esige l'applicazione della regola formale *ex art. 1351 c.c.*, la quale, invece, è respinta dalla Suprema Corte⁶¹.

Infine, pare sistematicamente infondato definire l'art. 1351 c.c. come norma eccezionale e, pertanto, insuscettibile di applicazione analogica⁶². Più precisamente, pur confermando per il preliminare

come sia il *titulus* e non il *modus* ad esprimere sotto il profilo causale la giustificazione dell'acquisto, il che ne imporrebbe la redazione per iscritto.

⁶¹ Così, ancora, GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 604.

⁶² Afferma la non eccezionalità dell'art. 1351 c.c. anche VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 169, evidenziando che *i)* la tutela del fiduciante non può prevalere su quella di tutti i terzi e *ii)* non si può disattendere l'esigenza di controllo dell'eventuale illiceità del patto fiduciario per violazione delle norme antiriciclaggio, delle

immobiliare l'esigenza della forma scritta indicata nell'art. 1351 c.c., la sentenza in discorso, col dichiararne l'eccezionalità, ne ha escluso l'applicazione al contratto fiduciario, al mandato ad acquistare e, in termini generali, a qualsiasi patto, diverso dal contratto preliminare, da cui sorga l'obbligo ad effettuare un atto traslativo di un immobile; ciò, pertanto, ha fatto sorgere il quesito inerente alla natura o meno di contratti preliminari per gli accordi che vincolino al trasferimento di un immobile⁶³. Su una simile base, merita considerare le critiche che a questo profilo sono state rivolte, sia in riferimento alla natura eccezionale dell'art. 1351 c.c., sia con riguardo all'esclusione del mandato senza rappresentanza dal novero dei *pacta de contrahendo*, il cui paradigma, per l'appunto, è costituito dal contratto preliminare.

Quanto al primo aspetto, l'eccezionalità della norma è stata esclusa in base all'esigenza della parità di trattamento per situazioni uguali sancita dall'art. 3 Cost., per cui sarebbe (oltre che irrazionale, anche) incostituzionale prevedere una forma vincolata *per relationem* con riguardo al preliminare ed escluderla per ogni altro patto che vincoli ad effettuare un trasferimento immobiliare. Per giustificare una siffatta disparità, e la conseguente applicazione di regole distinte, sarebbe allora necessario individuare una differenza tra il preliminare e i suddetti patti, differenza che, invece, deve essere esclusa sotto il profilo logico-sistematico⁶⁴.

Infatti, e si affronta così il secondo aspetto, *i*) il contratto preliminare è un *pactum de contrahendo* con cui si predetermina il contenuto essenziale del patto da contrarre; *ii*) un patto che vincoli a concludere un contratto avente un contenuto predeterminato è, specularmente, un *pactum de contrahendo*; *iii*) tutti i patti che vincolano a concludere patti predeterminati sono, pertanto, contratti preliminari, non rilevando se siano autonomamente stipulati o se costituiscano clausole inserite in accordi di più ampio contenuto. Attesa l'evidenza di quanto sopra indicato, la supposta, e infondata,

disposizioni fiscali o penali, e, comunque, del divieto costituzionale di violare l'utilità sociale di cui all'art. 41, 2° comma, Cost.

⁶³ GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 604, nota 39.

⁶⁴ GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 607.

eccezionalità dell'art. 1351 c.c. non impedisce di affermare che la regola, da esso prevista, concernente la forma *per relationem* si applica (direttamente, e non estensivamente) a tutti i patti che impegnano alla conclusione di accordi il cui contenuto è da essi, nelle linee essenziali, predeterminato. Se, allora, si ribadisse comunque – peraltro, senza argomenti di pregio – la natura eccezionale dell'art. 1351 c.c., da ciò non potrebbe ritrarsi la forma libera del mandato e del patto fiduciario immobiliare, i quali, essendo *pacta de contrahendo*, sono *direttamente* regolati da tale norma, che è stata pensata per disciplinare la forma del paradigma di tali *pacta*, ossia del contratto preliminare⁶⁵.

Per concludere, e in aggiunta agli argomenti suesposti, può precisarsi che le Sezioni Unite, nel rileggere l'imposizione di vincoli formali per gli atti immobiliari alla luce dell'art. 1351 c.c., hanno effettuato una lettura riduzionistica di tale previsione; al contrario, la regola ad essa sottesa concerne unicamente il principio di corrispondenza tra forma dell'atto programmatico e forma del negozio esecutivo, la cui concretizzazione si rinviene anche negli artt. 1392 (forma della procura), 1399, 1° co. (forma della ratifica), 1403 1° co. (forma della procura e dell'accettazione nel contratto per persona da nominare), c.c., ossia là dove possa ravvisarsi una sequenza procedimentale tra negozi collegati al fine di realizzare un interesse unitario⁶⁶. Anche ciò (mi) pare escludere l'eccezionalità

⁶⁵ Così GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 608.

⁶⁶ Nega vigorosamente la rilevanza delle norme succitate al fine di risolvere il problema formale del mandato senza rappresentanza GIORGIANNI, *Sulla forma del mandato senza rappresentanza*, cit., p. 421, in base all'assunto che l'art. 1392 c.c., oltre a concernere il collegamento tra la procura e il negozio compiuto dal rappresentante col terzo, sarebbe norma eccezionale e che le previsioni in materia di ratifica e contratto per persona da nominare riguarderebbero fenomeni assolutamente estranei al mandato senza rappresentanza (in quanto relativi a proiezioni del negozio che vanno oltre i soggetti tra cui esso intercorre). L'illustre Autore, nel valorizzare la necessità di rinvenire nei rapporti interni tra mandante e mandatario l'esigenza di una forma *ad substantiam*, esclude tale esigenza sulla base di argomenti, peraltro di sicura profondità (vedili alle pp. 425-428), che precludono anche il richiamo all'art. 1351 c.c. Tuttavia, il riferimento all'eccezionalità delle norme qui richiamate nel tentativo di fondare la non formalità del mandato senza rappresentanza immobiliare a mio avviso non supera

declamata con riguardo alla norma sul contratto preliminare e, pertanto, rafforza l'idea che l'accordo diretto a produrre effetti reali mediati debba seguire la forma stabilita per i relativi contr(atti) di attuazione.

8. *La natura giuridica e gli effetti della dichiarazione ricognitiva*

Con riguardo, invece, alla prova del *pactum fiduciae*, le Sezioni Unite, enunciando il secondo principio di diritto, hanno inteso ridefinire, in modo del tutto condivisibile⁶⁷, i confini operativi della dichiarazione unilaterale, la quale spesso si accompagna, menzionandone in forma scritta la stipulazione⁶⁸, al suddetto *pactum*.

La Suprema Corte, difatti, ha precisato che “La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 cod. civ., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della

i rilievi, formulati nel testo, inerenti all'applicazione diretta e non analogica dell'art. 1351 c.c. e alla sequenza atto programmatico-negozio di attuazione che si rinviene nel caso di specie (e ciò al di là dell'ambito soggettivo in cui tale ultimo negozio si esplica).

⁶⁷ Adesivamente si v. anche CICERO, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, cit., pp. 322-323.

⁶⁸ Per un'ipotesi di indubbio interesse nella quale la dichiarazione ricognitiva è stata espressamente qualificata dal dichiarante come negozio testamentario cfr. Cass., II sez. civ., 24 luglio – 26 novembre 2020, n. 26998 (ord., inedita), la quale, facendo applicazione del principio di diritto indicato dalle Sezioni Unite del 2020, nell'escludere la natura testamentaria della suddetta dichiarazione ha espressamente affermato che la dichiarazione unilaterale scritta dal fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile, può essere contenuta anche in un testamento, con la precisazione che essa non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario (da cui il consueto esonero, a favore del fiduciante, dall'onere di provare il rapporto fondamentale, invece presunto fino a prova contraria).

prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria⁶⁹.

In tal modo si è escluso che la dichiarazione unilaterale ricognitiva del patto fiduciario – se contenente una corretta descrizione dell'immobile e là dove in essa si faccia riferimento alla *causa fiduciae* esplicitata nell'accordo orale⁷⁰ – assurga a fonte dell'obbligo di trasferimento al fiduciante incombente sul fiduciario⁷¹, ciò che aveva suscitato vari rilievi in dissenso: difatti, è stato correttamente notato come in tal modo, da un lato, si contravvenga al chiaro disposto degli artt. 1987 (tipicità delle promesse unilaterali)⁷² e 1988 (che alla ricognizione di debito connette la sola astrazione processuale) c.c. e, dall'altro lato, si operi una confusione concettuale e funzionale tra prova e fonte dell'obbligo⁷³ (i quali, nel caso di specie, sono ricollegati dalla

⁶⁹ Cfr. il par. 9 della motivazione.

⁷⁰ Difatti, come rileva di CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 60, la questione non ha neanche modo di porsi qualora il dichiarante si limitasse a riconoscere l'altrui proprietà del bene e promettesse di ritrasferire il bene al titolare sostanziale omettendo di indicare nell'operazione fiduciaria la causa di una tale promessa.

⁷¹ Possibilista in tal senso si mostra, invece, DE NOVA, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, cit., p. 559.

⁷² Cfr., per una diversa prospettiva, l'argomentata proposta di AZZARRI, *La forma del contratto fiduciario e il problema della tipicità delle promesse unilaterali*, cit., pp. 114-120, all'esito della quale l'Autore, muovendosi nella prospettiva di una rilettura del senso da attribuire all'art. 1987 c.c. e valorizzando la concezione della causa incentrata sulla funzione di garantire l'originaria realizzabilità dell'assetto di interessi programmato dalle parti, ritiene che le regole generali, se opportunamente interpretate, consentano di individuare la fonte dell'impegno a trasferire nella dichiarazione unilaterale del fiduciario, in quanto ogni pericolo di astrazione sostanziale della causa sarebbe fugato dalla presenza di essa nell'accordo fiduciario concluso verbalmente; questo, «per i contenuti diversi dalla previsione dell'obbligo di dare (ossia, i contenuti gestori e amministrativi) risulterà, infatti, perfettamente valido, non essendone gli effetti (puramente obbligatori) subordinati al rispetto della forma scritta *ad substantiam*, né appartenendo, di per sé, il contratto ad alcuno dei tipi per i quali la legge richiede un tale onere» (p. 120).

⁷³ In specie, la dichiarazione può alternativamente presentare un contenuto assertivo o prescrittivo, in base alla formula prescelta dalle parti, a seconda del suo tenore semantico. Nella prima ipotesi, si è di fronte al riconoscimento dell'altrui titolarità esclusiva dell'immobile e della natura meramente fiduciaria della propria

Cassazione ad atti diversi). Inoltre, la sentenza in esame ha avuto modo di precisare che la promessa di pagamento, anche se titolata, non può qualificarsi in senso confessorio, il che consente al dichiarante di dare dimostrazione dell'inesistenza della causa, della nullità della suddetta promessa o del diverso contenuto presentato dal rapporto sottostante rispetto a quanto risulta dalla propria dichiarazione⁷⁴.

Entrambe le obiezioni alla prospettiva che riconduce nell'ambito della dichiarazione unilaterale la fonte del vincolo a contrarre meritano di essere sviluppate, anche tenendo conto del fatto che lo stesso Procuratore generale presso la Suprema Corte, in sede di conclusioni, ha caldeggiato una tale soluzione⁷⁵, poi disattesa dalle Sezioni Unite⁷⁶. Un'attenta dottrina ha argomentato sul punto alcuni efficaci rilievi, in base ai quali: i) attribuire alla dichiarazione unilaterale, ricognitiva dell'impegno a trasferire, la dignità di autonoma fonte dell'obbligazione si risolve in una violazione di legge ad opera della giurisprudenza (ossia, in un assunto *contra legem*); ii) una simile affermazione, inoltre, è contraddittoria, giacché o la fonte in discorso è il contratto fiduciario, valido anche se orale e, pertanto, idoneo a giustificare il vincolo coercibile in forma specifica al trasferimento immobiliare, oppure l'effetto costitutivo deriva dalla dichiarazione che riconosce l'aver stipulato questo patto, per cui *tertium non datur* in quanto tale effetto non può derivare da due fonti; iii) l'atto ricognitivo, se è fonte, non è

intestazione; per contro, nel secondo caso è rinvenibile un impegno espresso del fiduciario al trasferimento del bene secondo le istruzioni del fiduciante (quindi, al medesimo o ad altra persona da questi indicata). Qualora si riscontrasse un profilo assertivo, la dichiarazione avrebbe natura di prova a carattere confessorio, concernendo fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli al destinatario di essa, mentre, in presenza di un valore prescrittivo, la dichiarazione dovrebbe qualificarsi come promessa unilaterale atipica di trasferimento, in violazione del principio di tipicità delle promesse unilaterali, sancito, come già detto, dall'art. 1987 c.c. Per queste notazioni cfr. VALENZA, *Forma del patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili*, cit., pp. 288-289.

⁷⁴ Così al par. 7.3 della motivazione.

⁷⁵ Lo mette giustamente in rilievo VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 162.

⁷⁶ Le quali, sul punto, non evidenziano peraltro il contrasto: cfr. il par. 8 della motivazione.

attuativo, giacché riconoscere è affatto diverso dal costituire l'impegno riconducibile alla fiducia; iv) mentre la ripetizione del patto, volta a realizzare un progresso formale, è senz'altro ammissibile là dove bilaterale, non assume questo valore lo scritto proveniente da una delle parti⁷⁷; v) poiché elemento essenziale del patto fiduciario è il vincolo a (ri)trasferire, esso non può collocarsi al di fuori del patto, che sarebbe un accordo bilaterale ma non fiduciario, né in una dichiarazione unilaterale, che resterebbe fiduciaria ma non sarebbe patto⁷⁸.

Alla luce di quanto osservato, peraltro, resta da verificare un'ulteriore ipotesi ricostruttiva, la quale potrebbe riassegnare alla dichiarazione unilaterale una valenza non meramente probatoria ma costitutiva dell'impegno al trasferimento, senza contraddire i profili critici finora illustrati (e condivisi). In particolare, si è sostenuta la possibilità di ascrivere alla dichiarazione unilaterale, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento, il ruolo di frammento scritto del complessivo patto fiduciario, per la parte restante invece orale, là dove questa dichiarazione sia coeva e di significato idoneo a palesarne il nesso con l'ulteriore porzione dell'accordo⁷⁹. Un'eventuale ulteriore riconsiderazione da parte della giurisprudenza teorica del problema formale connesso alla fiducia immobiliare potrebbe, in effetti, percorrere proficuamente

⁷⁷ Tenendo conto del fatto che la Cassazione, nella sentenza. n. 10633/2014, ha espressamente escluso, in quanto artificiosa, la qualifica della dichiarazione unilaterale come proposta di un contratto unilaterale, poi accettata dal fiduciante nel momento in cui ne chiede l'adempimento in giudizio, atteso che la relativa ricostruzione utilizza, in riferimento ad un atto che nasce come unilaterale, una giurisprudenza nata per supplire al difetto di sottoscrizione di un contratto. Condivide la critica CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 60, nota 5. Cfr., inoltre, PATRONE, *Variazioni e forma del "negozio fiduciario"*, cit., p. 416.

⁷⁸ Le cinque ragioni indicate nel testo si devono ad GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., pp. 1478-1479.

⁷⁹ Così GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1480, il quale precisa come non risulti precluso un complesso, ma unitario, patto a forma mista; inoltre, qualora la dichiarazione scritta di impegno a ritrasferire richiamasse il patto fiduciario, in tal modo connettendovisi, ne farebbe parte e non potrebbe più essere considerata unilaterale, in quanto rientrerebbe nello scambio di consensi assumendo, però, la forma richiesta dalla natura del bene.

questa via, così componendo le varie prospettive che, in merito alla dichiarazione, sono state seguite nei suoi varî pronunciamenti.

9. Osservazioni conclusive

Un primo – e necessariamente provvisorio – bilancio di quanto emerso nell’analisi precedente consente, anzitutto, di ridisegnare i confini che, rispettivamente, pertengono alla fiducia e al mandato senza rappresentanza. La casistica fiduciaria sopra menzionata, se la si riguarda con un approccio sistematico e non concettualistico⁸⁰, vede ridursi il proprio àmbito in senso proporzionale all’espansione del mandato, secondo il binomio titolarità-fiducia e gestione-mandato che si è accolto in precedenza come chiave di lettura causale dei confini tra i due istituti. Pertanto, ripercorrendo brevemente quanto già esposto, mentre la fiducia *cum creditore* può senz’altro essere confermata nel tradizionale elenco tassonomico dei patti fiduciari, ne fuoriesce la fiducia *cum amico* a carattere statico puro, giacché il profilo gestorio appare in essa assorbente. Riterrei, inoltre, che la riconduzione della fiducia *cum amico* a carattere dinamico e statico spurio nell’uno o nell’altro campo disciplinare si risolva in una questione ermeneutica, che impone di accertare quale tra i due interessi astrattamente ricorrenti prevalga in concreto⁸¹.

Ciò premesso, è necessario stabilire se il problema formale si atteggi secondo modalità differenti nell’una (fiducia) e nell’altra (mandato) ipotesi; più precisamente, il quesito concerne l’eguale rilevanza in entrambe di un siffatto problema. A mio avviso, mentre la forma palesa la sua indubbia significatività con riguardo al mandato senza rappresentanza, a tale risultato non può giungersi per

⁸⁰ Quindi, facendo opportuna applicazione del rasoio di Ockham.

⁸¹ In effetti, quanto alla fiducia statica spuria, di per sé, il profilo gestorio andrebbe ravvisato nell’incarico di acquistare il bene, anche se in séguito si richiedesse al fiduciario in via esclusiva di mantenerne la titolarità. Tuttavia, la riconduzione alla fiducia o al mandato può astrattamente porsi come alternativa, giacché tra la titolarità e la gestione andrebbe accertato quale di essi sia prevalente nella fattispecie concreta (in altre parole, la compresenza dei due aspetti può sussistere senza pregiudizio di una qualificazione nell’uno o nell’altro senso, ai cui fini, però, va accertato quale tra essi le parti abbiano messo in esponente nell’operazione programmata).

la fiducia⁸², se non altro in quanto, sotto il profilo dell'interesse che essa esprime, vi è una coincidenza tra l'effetto per suo mezzo prodotto e la relativa giustificazione. Più precisamente, poiché la fiducia è caratterizzata dalla titolarità del bene che trascorre dal fiduciante al fiduciario (o che quest'ultimo acquista con mezzi forniti dal primo), il trasferimento del suddetto bene realizza tale titolarità in conseguenza dell'effetto traslativo; la proprietà del fiduciario, in tal modo, sarebbe "giustificata" da se stessa, così che la sua giuridica rilevanza è fondatamente discutibile alla luce del principio causalistico. Là dove, allora, sorgessero questioni inerenti al lamentato inadempimento di un vincolo restitutorio o traslativo, per le ragioni anzidette mai venuto ad esistenza, esse vanno risolte in base alle premesse ora evidenziate⁸³: nel caso di fiducia dinamica, il fiduciante che intendesse recuperare il bene non ritrasferitogli agirà per sentire dichiarare nulla l'attribuzione di titolarità originaria in quanto essa è priva di causa, mentre, per la fiducia statica spuria, sarà la ripetizione di indebito a consentire che il suddetto fiduciante recuperi una provvista la quale, destinata a supportare l'altrui proprietà senza intento liberale, è oggetto di una prestazione ingiustificata. Pertanto, la rilevanza del problema formale non sussiste in quanto essa viene assorbita dal profilo causale, secondo quanto dianzi prospettato.

Se, per contro, l'interesse gestorio assurge a connotato qualificante della concreta operazione programmata dalle parti, la causa è per definizione ravvisabile, così che la forma, venendo in

⁸² Pur se la dottrina evidenzia come la fiducia, lungi dall'essere un contratto senza forma, possieda caratteristiche formali coerenti ai suoi effetti e al complesso dell'operazione economica in cui si iscrive; cfr. in tal senso VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 169.

⁸³ A conclusioni diverse, pur muovendo dalle medesime premesse relative alla dicotomia tra titolarità-fiducia e gestione-mandato, giunge OCCORSIO, *Titolarità e gestione nei rapporti fiduciari*, cit., nel cap. VIII (ma v., esemplificativamente, alla p. 315), ove si sviluppa l'assunto in base al quale l'insoddisfazione della richiesta da parte del fiduciante di riottenere la titolarità del cespite costituisce un vero e proprio inadempimento contrattuale. Tuttavia, mi pare che in tal modo le differenze tra i due istituti in esame vadano palesemente assottigliandosi, sì che la loro differenziazione causale si risolve in una mera operazione concettualistica.

rilievo, costituisce un aspetto su cui si innesta la riflessione finora condotta. In riferimento al caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite mi pare appropriato qualificare la relativa fattispecie in termini di mandato senza rappresentanza, essendo un inutile artificio retorico – e, peraltro, un'aporia rispetto all'origine storica e alla dimensione sociale della fiducia – discorrere di applicazione al patto fiduciario della disciplina inerente al mandato. In questa prospettiva, è stata qui verificata la tenuta del ragionamento operato dalla Suprema Corte e, da una tale verifica, è emerso come la riaffermazione del tradizionale orientamento formalista appaia sistematicamente fondata⁸⁴. Inoltre, neanche le considerazioni di politica del diritto verso le quali sembra indulgere la Cassazione⁸⁵

⁸⁴ Si assiste, peraltro, in dottrina a oscillazioni relativamente al problema qui affrontato; cfr. per un'esemplificazione CARNEVALI, *Sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 63, ove, a commento dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 20934/2019, pare accogliersi l'idea della forma vincolata per l'accordo fiduciario relativo al trasferimento di immobili (nei termini indicati *supra* alla nota 54), salvo poi in ID., *Le Sezioni unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 268, affermare, in séguito alla sentenza n. 6459/2020, che non vi sono plausibili ragioni per estendere al suddetto patto la *ratio* sottesa all'onere della forma scritta, richiesta dall'art. 1350, n. 1, c.c. per i contratti traslativi immobiliari. Mi pare, peraltro, che una tale mutata prospettiva derivi dalla convinzione secondo cui, con il principio di diritto consacrato nel provvedimento in esame, la tutela del fiduciante sia al meglio assicurata (e si veda in tal senso le pp. 269-270 dell'ultimo contributo qui citato), secondo una tendenza che ha ricevuto, in effetti, numerose adesioni.

⁸⁵ Con considerazioni che, per vero, paiono condivise anche da attenta dottrina: cfr. LIPARI, *Oltre la fiducia. Per una teoria della prassi*, in *Foro it.*, 2020, I, cc. 1951-1953, il quale sottolinea come sia sottesa alla soluzione proposta dalla Suprema Corte la convinzione che il concetto di validità non possa confinarsi in una mera conformità procedurale, ma imponga di essere parametrato ai valori costituzionali, in base ai quali l'atto di autonomia non può contraddire all'utilità sociale e, comunque, vada inteso in chiave di solidarietà. L'affermazione è di per sé condivisibile e può darsi – anzi, è altamente probabile – che la Cassazione sia stata mossa da esigenze di natura prettamente assiologica, nella convinzione di attribuire la giusta, e non solo la sistematicamente corretta, protezione agli interessati dalla vicenda. Tuttavia, come ho provato a dimostrare, la polarizzazione tra un "sistema di norme poste" e i "modi di svolgimento dell'esperienza", per ricorrere alle icastiche formulazioni dell'Autore in questione, oltre a rivelarsi, talvolta, una petizione di principio più che una presa d'atto dell'attuale dimensione della giuridicità, non è stata composta in maniera efficace dalla decisione in esame,

sono tali da asseverare, se non la plausibilità, almeno l'opportunità di un approccio liberale al problema del *pactum fiduciae* – ma, in questo caso, mandato – immobiliare. Difatti, la constatazione che la fiducia *cum amico*, per la natura familiare delle relazioni tra i soggetti dell'accordo, sfugge alla consacrazione solenne del medesimo, se da un lato trova smentita nella predisposizione da parte del fiduciario di dichiarazioni unilaterali scritte (sollecitate, secondo la comune esperienza, dallo stesso familiare fiduciante e comprovanti la natura di mandato senza rappresentanza del rapporto così instaurato)⁸⁶, dall'altro lato non appare priva di rimedi atti a ristorare l'esborso economico del sovventore; tra questi, in parallelo con quanto affermato per la fiducia propriamente intesa, si può anzitutto menzionare la ripetizione della somma indebitamente percepita⁸⁷ (non essendovi un *titulus* idoneo a giustificarne la corresponsione)⁸⁸ e, in ultima istanza, l'ingiustificato arricchimento del fiduciario infedele⁸⁹. Si potrà discutere circa l'efficacia di siffatti strumenti ma, richiamando la stessa opportunità fattuale su cui la

giacché proprio il lato empirico e applicativo (quindi, la prospettiva della prassi) ne esalta le lacune e le storture rispetto allo scopo di tutela che con essa ci si prefigge di raggiungere.

⁸⁶ GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 610 (ma già ID., *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1480).

⁸⁷ Come già evidenziato da Cass., sez. I, 3 agosto 1960, n. 2271, in *Giust. civ.*, 1961, I, pp. 64-73, con nota di GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, ivi, pp. 64-71.

⁸⁸ GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 610, il quale precisa che in caso di trasferimento fiduciario dell'immobile il fiduciante, derivando esso da un atto nullo, potrebbe senz'altro pretendere la restituzione.

⁸⁹ Coglie con acutezza il punto G. DE NOVA, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, cit., p. 559 (ne discorre anche A. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*, cit., p. 1480, salvo poi precisare in ID., *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, cit., p. 609, nota 55, che l'arricchimento del fiduciario consistente nel ritenere la proprietà del bene è sì ingiustificato, ma l'azione a tutela del fiduciante sarebbe comunque a carattere restitutorio in quanto avente ad oggetto il recupero della provvista somministrata e, pertanto, sul modello delle prestazioni eseguite in base ad un contratto nullo, riconducibile agli artt. 2033 ss. c.c.).

Cassazione fonda gli esiti della sentenza in oggetto⁹⁰, un'eventuale minorata soddisfazione dei propri interessi⁹¹ costituisce per il fiduciante (mandante) il contraltare delle finalità, non sempre commendevoli, al cui perseguimento la fiducia *cum amico*, che si risolve in un mandato senza rappresentanza, è frequentemente piegata⁹².

All'esito dell'analisi qui compiuta, oltre alla conferma del fatto che lo sforzo argomentativo della Cassazione, apparentemente condotto in una prospettiva sistematica, è invece finalizzato, con taluni salti logici, alla tutela del fiduciante (*rectius*, mandante) – il quale viene apoditticamente considerato come soggetto “debole” dell'accordo fiduciario ma, una volta qualificato come mandante, si avvarrebbe delle prerogative a questi riservate –, si può a mio avviso constatare il sostanziale fallimento di ciò che, in esordio, ho richiamato discorrendo di “topica dei rimedi”. Difatti, l'oscillante applicazione dei principi a seconda delle esigenze valoriali ravvisate nel caso concreto ha qui condotto a prospettare una soluzione che, incerta sotto il profilo dogmatico, si palesa inutile e fuorviante dal lato operativo. La contrapposizione tra il metodo formale e l'approccio assiologico costituisce anche in questo caso una declamazione priva di riscontro e foriera di equivoci, avvalorando vieppiù l'idea che solo la sintesi tra le due prospettive in coerenza con il sistema, oltre a essere sempre auspicabile nella disamina

⁹⁰ Sempre con la dovuta attenzione ad una conseguenza affatto eversiva dell'ordinamento, in base alla quale «chi per decidere si ispira alle esigenze del fatto non si sta preoccupando della logica del diritto, e decide in base a quello che il diritto (secondo lui) dovrebbe dire più che in base a quel che dice», come avverte opportunamente GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., p. 609.

⁹¹ Giacché, ad esempio, il fiduciante non potrà pretendere il trasferimento dell'immobile acquistato ad opera del fiduciario col suo denaro dal terzo (così anche GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., p. 610).

⁹² Lo rileva già SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, cit., p. 181. Cfr. anche GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, cit., pp. 610-611, che esprime perplessità su una ricostruzione del fenomeno in base alla quale l'atto è governato dalla fiducia ma l'effetto viene disciplinato secondo diritto (e, peraltro, esclusivamente sotto il profilo formale).

LUIGI NONNE

scientifica dei problemi, sia anche idonea a realizzare risultati concretamente sostenibili e soddisfattivi degli interessi coinvolti⁹³.

⁹³ Il Maestro che qui celebriamo, difatti, ha dato ulteriore conferma della fecondità di una siffatta prospettiva nell'affrontare il problema oggetto del presente scritto: cfr. VETTORI, *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione*, cit., *passim* e in part. pp. 168-169, ove la proposta ermeneutica formulata, al di là dell'adesione o meno ad essa, costituisce in termini metodologici un apprezzabile esito della contestuale attenzione ai valori e al sistema come perni equordinati attorno ai quali deve condursi l'analisi (non solo) giusprivatistica.

MICHELE ONORATO
Professore associato di diritto privato
Università di Roma “La Sapienza”

ACCORDI A SFAVORE DI TERZO?

SOMMARIO: 1. Gli accordi nella crisi d’impresa – 2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel codice della crisi d’impresa e della insolvenza – 3. L’idea della *naturale* relatività degli effetti contrattuali – 4. La tesi che rannoda gli effetti degli accordi di ristrutturazione dei debiti al provvedimento di omologazione. Critica – 5. Teorie anti-negoziali e dogma della relatività - 6. La prospettiva di Giuseppe Vettori – 7. Il (falso) problema della compatibilità costituzionale – 8. Credito e garanzia patrimoniale. Soluzione del dubbio di costituzionalità e confutazione del titolo.

1. *Gli accordi nella crisi d’impresa.*

Seguendo una mera ipotesi di lavoro, potremmo designare *a sfavore di terzo* gli accordi idonei ad indirizzare i loro effetti verso coloro che non abbiano partecipato alla stipulazione dell’atto né in altro modo consentito alla produzione degli effetti che discendono da questo. Simili accordi sembrano darsi attualmente nella materia della crisi d’impresa: si pensi ai concordati e agli accordi di ristrutturazione dei debiti, disciplinati per ora dalla legge fallimentare e, quando entrerà in vigore, dal codice della crisi d’impresa e della insolvenza.

Ciò che tali atti condividono è, innanzitutto, la capacità di determinare una vicenda del rapporto obbligatorio, modificando il contenuto delle obbligazioni pecuniarie. Tale vicenda implica frequentemente la così detta *falcidia*: prima del concordato o dell’accordo di ristrutturazione, il credito è pari a 100; dopo e in conseguenza di tali atti, il credito è pari a 80 o a 50 o a 20, seconda della misura indicata dalle parti. E, così, il debitore che era tenuto al pagamento di 100 si libera mediante il pagamento della minor somma dedotta nell’accordo.

La falcidia è suscettibile di prodursi anche verso coloro che non l'abbiano accettata. Il che si verifica tanto nell'ipotesi di concordato (preventivo o fallimentare), il quale rivolge i suoi effetti anche nei confronti dei creditori non votanti o dissenzienti; quanto nell'ipotesi di accordo di ristrutturazione, il quale dirige i suoi effetti anche verso i creditori ad esso estranei.

Lo *sfavore* associato a tali atti sembra stare in questo riversare sui terzi un effetto, per così dire, invasivo e all'apparenza pregiudizievole. Al punto che i nostri si mostrano come negozi sul patrimonio altrui, i quali dispongono di alcune situazioni giuridiche prescindendo dall'assenso dei titolari. L'accordo supera la sfera giuridica degli stipulanti e ristabilisce le obbligazioni presenti nella sfera dei terzi creditori: terzi che, lungi dall'approvare l'efficacia dell'accordo convenuto tra altri, sono ad essa sottoposti per il solo fatto di essere creditori del medesimo debitore.

Concentreremo l'indagine sugli accordi di ristrutturazione dei debiti: da un lato, perché essi intuitivamente recano la struttura e la sostanza caratteristiche del contratto; dall'altro, perché su tali accordi si sono soffermate alcune pagine dell'Onorato¹, pagine che torneremo a ragionare nel mutato quadro normativo con la precisazione che le considerazioni svolte con riguardo a tali accordi parrebbero astrattamente valere anche per i concordati i quali, con i primi, possono idealmente raccogliersi nella categoria degli accordi concorsuali².

¹ Ci riferiamo a VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 6, p. 486 e ss.

² Si è tentato di dimostrare le conclusioni accennate nel testo in ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili privatistici*, Pisa, 2017, *passim*, cui si rinvia, anche per una più compiuta illustrazione della dottrina e della giurisprudenza, al solo scopo di semplificare la presente esposizione. Per la evidente peculiarità del tema non tratteremo della nuova transazione fiscale descritta nell'art. 182 *bis*, quarto comma, l. fall., per effetto della modifica introdotta con l'art. 3, comma 1-*bis*, del decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 125. Tale disciplina prevede il potere del tribunale di omologare l'accordo di ristrutturazione anche in difetto del consenso della amministrazione cui sia stata indirizzata la proposta di transazione fiscale ogni volta che tale consenso risulti determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza e allorquando la proposta del debitore risulti preferibile rispetto all'alternativa liquidatoria. La disciplina è analoga a quella contenuta negli artt.

2. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel codice della crisi d'impresa e della insolvenza.*

Muoviamo dalla disciplina del codice della crisi d'impresa e della insolvenza.

Descritti nell'art. 57, gli accordi di ristrutturazione stipulati tra l'impresa in crisi e alcuni creditori possono determinare, al ricorrere di una serie di presupposti, la falcidia nei riguardi dei creditori estranei.

Se le trattative volte alla conclusione di tali atti siano state comunicate a tutti i creditori e questi ultimi siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, avendo a disposizione le informazioni rilevanti; se i creditori aderenti siano titolari di una massa di crediti pari al settantacinque per cento di quelli complessivamente raccolti nella categoria; se il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori non aderenti; se l'accordo non sia liquidatorio e preveda la prosecuzione dell'impresa; al darsi di queste condizioni e di quelle ulteriori illustrate nel secondo comma dell'art. 61, gli effetti degli accordi di ristrutturazione possono essere “*estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici*” (art. 61, primo comma).

Col decreto legge n. 118 del 25 agosto 2021, tale disciplina è divenuta di immediata applicazione ancorché l'entrata in vigore di buona parte del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sia stata differita, col medesimo decreto, al maggio del 2022 e al dicembre del 2023. L'art. 20, primo comma, lett. e, ha infatti modificato l'art. 182 *septies* l. fall., introducendo un testo analogo a quello contenuto nel codice della crisi d'impresa e della insolvenza.

57, 50 e 109 del codice della crisi d'impresa e della insolvenza. Per un primo commento in dottrina si rimanda a D'ATTORRE, *La ristrutturazione “coattiva” dei debiti fiscali e contributivi negli adr e nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2021, 2, p. 153 e ss. Nella prospettiva dell'Autore, la proposta del debitore sarebbe suscettibile di estendere unilateralmente i suoi effetti nei confronti dell'amministrazione a prescindere dall'adesione e, finanche, dal dissenso di quest'ultima (pp. 158 e ss.). Sembra dunque configurabile, anche qui, la categoria del negozio sul patrimonio altrui evocata nel testo.

Come noto, la disciplina in esame ha un archetipo in quella dedicata agli accordi così detti di ristrutturazione finanziaria descritti nel precedente testo dell'art. 182 *septies* l. fall. Al pari di quelli, gli accordi di ristrutturazione dei debiti concepiti nella corrente disposizione sembrano rompere la consueta corrispondenza tra consenso ed effetti, poiché gli effetti valgono per ogni creditore, compreso quello che non sia *d'accordo*³. A differenza del vecchio testo, che prevedeva la stipulazione di tali atti solo nella classe di banche o intermediari finanziari, la nuova disposizione rende universali gli accordi di ristrutturazione con efficacia *ultra partes*. Se il debitore conviene con un certo numero di creditori una certa modificazione del rapporto obbligatorio, tale modificazione si trasmette anche alle obbligazioni che corrano tra il debitore e gli altri creditori della categoria i quali subiscono una vicenda, per così dire, eteronoma del rapporto.

Si può allora immaginare che i dubbi già sollevati con riguardo alla disciplina contenuta nella legge fallimentare siano destinati a replicarsi ora, e a maggior forza, con riguardo alla nuova disciplina. Due tra tutti: che i nostri non siano accordi di diritto privato a causa della loro singolare efficacia, la quale riuscirebbe affatto eccentrica rispetto a quella caratteristica dei negozi giuridici⁴; che gli effetti

³ Che tali accordi possano programmare l'effetto della falcidia nei confronti dei terzi appare pacifico nella letteratura: NOCERA, *L'efficacia "estesa" degli accordi di ristrutturazione tra principio di conservazione, conflitto d'interessi e contrasto d'interessi*, in *Il fall.*, 2021, 4, p. 546 ss.; DELLE MONACHE, *La "convenzione di moratoria" nel Codice della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 1207 ss.; BONATO, *L'art. 182 septies l. fall. e l'accordo di ristrutturazione "a maggioranza"*, in *Il fall.*, 2017, 8-9, p. 890; TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione*, Milano, 2016, p. 488; QUATTROCCIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *Dir. econ. impr.*, 2016, 1, p. 156; CAIAFA, *La legge fallimentare. Prime riflessioni su una riforma non annunciata*, Roma, 2015, p. 117-118. Contro l'idea che gli effetti dell'accordo di ristrutturazione si indirizzino verso i terzi BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione con le banche e normativa codicistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, 4, p. 456.

⁴ Per questa via si è reputato che gli accordi di ristrutturazione finanziaria segmino addirittura lo scardinamento della teoria dell'autodeterminazione: così SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo. Riflessioni sulle*

conseguenti agli accordi di ristrutturazione siano da ricondurre propriamente al decreto di omologazione del tribunale e che abbiano, pertanto, una fonte tipicamente giudiziale⁵.

Occorre indagare questi profili verificando preliminarmente se a contraddire l'ipotesi di lavoro – ossia l'esistenza di accordi a sfavore di terzo – sia il rilievo che gli atti presi in esame non siano accordi o, comunque, il rilievo che i loro effetti non siano negoziali. Più avanti, si dovrà scrutinare l'altro termine dell'ipotesi di lavoro, verificando se tali ipotetici accordi si debbano effettivamente designare *svantaggiosi*. All'esito di tale duplice analisi potremo rispondere alla domanda che il titolo trae con sé, se cioè possano pensarsi nel nostro ordinamento degli accordi capaci di produrre all'esterno una efficacia sfavorevole.

3. *L'idea della naturale relatività degli effetti contrattuali.*

Il primo profilo esige una riflessione critica sul così detto principio di relatività della efficacia contrattuale. Come vedremo, le tesi secondo cui non si tratterebbe di accordi né, più in generale, di

deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare, in *Giur. it.*, 2016, p. 1024.

⁵ La tesi è stata tradizionalmente formulata rispetto al concordato, ma essa vale logicamente anche per gli accordi di ristrutturazione essendo anche questi, al pari del concordato, sottoposti alla omologazione del tribunale. Nella letteratura il tema si combina a quello dell'ipotizzato effetto espropriativo conseguente al concordato: si vedano CARNELUTTI, *Sui poteri del Tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, II, p. 62 e ss.; MUSSAFIA, *Natura del processo di concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, I, p. 239 e ss.; GHIDINI, *Oggetto del concordato preventivo. Contenuto e natura del decreto di ammissione e della sentenza di omologazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, I, p. 92 ss.; MICHELI, *Amministrazione controllata concordato preventivo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1416 e ss.; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1970, III, p. 1782 ss.; BONSIGNORI, *Della cessazione della procedura fallimentare*, in *Commentario Scialoja – Branca – Legge fallimentare*, a cura di Bricola, Galgano e Santini, Bologna-Roma, 1977, sub art. 118-145, p. 101 ss.; SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 347 ss.; AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il fallimento*, 2007; p. 1269; SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo*, cit., p. 1028 ss.

effetti negoziali sembrano dipendere da una certa idea dell'efficacia contrattuale.

Un antico e consolidato insegnamento vuole il contratto retto da una insopprimibile equazione. Tra provenienza del consenso e direzione degli effetti vi sarebbe una necessaria reciprocità. I destinatari degli effetti sono gli stessi che li hanno deliberati; l'efficacia del contratto corre tra le parti e soltanto tra esse⁶.

Così sembrerebbe ricavarsi dall'art. 1372 cod. civ. il quale, mentre discorre enfaticamente di un contratto il quale “*ha forza di legge tra le parti*” (primo comma), soggiunge perentoriamente che esso “*non produce effetto rispetto ai terzi*” (secondo comma).

Donde il principio – o, forse, la regola – della relatività degli effetti. Gli effetti sono *relativi alle parti*, nel senso che riguardano e si restringono ad esse. L'ordinamento consente ai privati di governare lo statuto dei loro rapporti; ma il vincolo è circoscritto a coloro che scelgano quello statuto mediante un atto di consenso: a quelli, cioè, che siano *d'accordo*.

Formulato con riferimento ai contratti, il principio è stato mano a mano esteso a tutti gli atti di autonomia privata, a tutti gli atti in cui siano i privati a descrivere il contenuto degli effetti giuridici.

La relatività della efficacia è sovente avvertita come la quintessenza del negozio giuridico⁷, una specie di dato naturale o ontologico, fuori di cui il potere autonomo neanche sarebbe pensabile⁸.

⁶ Una delle formulazioni più radicali si legge in SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 (rist. corr. 2^a ed.), p. 236-237. L'idea riecheggia nella letteratura specialistica dedicata agli accordi di ristrutturazione: SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, p. 348; TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, p. 29; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in Ambrosini (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma «organica» al decreto «correttivo»*, Bologna, 2008, p. 562; e in *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 25.

⁷ CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 273. Cfr. D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, in *Il fall.*, 1990, n. 2, p. 189; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, II, p. 161-162; CICERO, *Negozio sul diritto altrui e giusto titolo*, in *Riv. not.*, 2010, I, p. 313. Sembrano militare in questo senso già alcuni passi di BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1928,

Individuata una necessaria corrispondenza tra volizione dell'atto e destinazione degli effetti, all'efficacia degli accordi sembra assegnata una direzione inevitabile. Gli effetti vanno verso le parti perché sono le parti ad averli programmati. Essi non sono imputati ai terzi perché essi, banalmente, non ne sono autori. L'efficacia dell'accordo sarebbe *naturalmente* relativa per via del concetto stesso di autonomia privata: se questa è darsi la regola da sé, essa non può, per definizione, dare regole per altri⁹.

Non si fatica a scorgere una diretta linea di implicazione tra questa radicata idea della efficacia autonoma e quella, non meno accolta, secondo cui gli atti di ristrutturazione del debito non configurerebbero dei negozi giuridici proprio in ragione della loro capacità di generare effetti *ultra partes*.

La tesi è stata dapprima avanzata con riferimento ai concordati: “*consenso e obbligatorietà, in materia di contratti, sono termini correlativi, l'uno in funzione dell'altro: ed è appunto questo rapporto che è irrimediabilmente sovvertito in materia concordataria: la tesi contrattualistica trova insuperabile ostacolo, soprattutto perché il concordato è obbligatorio per tutti i creditori*”¹⁰.

Assunto che l'autonomia privata si regga su un rapporto biunivoco tra consenso ed efficacia, gli atti come i concordati che producano i loro effetti all'esterno sarebbero irriducibili nei contratti. Da qui l'antica incertezza in ordine alla natura del concordato che, pure indubbiamente fondato su di una volontà autonoma, sembra idoneo ad imporsi anche nei confronti dei creditori che non lo vogliono.

p. 280, ove si osserva che “un negozio giuridico si compie sempre per imprimere una destinazione e una regola impegnativa: e intanto si ha il potere di imprimervi una destinazione e una regola siffatta in quanto si tratti di interessi propri. Solo rispetto a interessi propri, infatti, può la volontà del privato essere decisiva”.

⁸ Per CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui. Con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, p. 17, la corrispondenza tra consenso ed effetti sarebbe “una verità intuitiva, una verità così chiara da balzare anche agli occhi di un profano, così sicura che nessuno oserebbe disconoscerla”.

⁹ CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁴, Torino, 2014, p. 282.

¹⁰ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., p. 1782.

Considerazioni analoghe sono state formulate nella successiva letteratura dedicata agli accordi di ristrutturazione¹¹: “*un accordo non può, per definizione, arrecare un pregiudizio diretto a terzi*”¹²; sicché “*la estensibilità degli effetti dell’accordo di ristrutturazione ai creditori rimasti estranei allo stesso è concettualmente incompatibile con la categoria contrattuale*”¹³.

Sottoposto al principio di relatività, l’accordo non potrebbe rivolgere gli effetti sfavorevoli di là delle parti. Ad ammettere una simile efficacia, si giungerebbe a contraddire l’intrinseca natura della categoria.

4. *La tesi che rannoda gli effetti degli accordi di ristrutturazione dei debiti al provvedimento di omologazione. Critica.*

Rilevata la difficoltà di conciliare gli effetti degli atti di ristrutturazione del debito e l’efficacia caratteristica degli atti di autonomia privata, si è variamente ipotizzato che quegli effetti siano da attribuire a qualcosa di diverso dall’accordo. Quella efficacia svantaggiosa per i terzi dovrebbe, più precisamente, essere collegata al provvedimento del tribunale di omologazione dell’accordo: la peculiare efficacia *ultra partes* - efficacia, si è scritto, “*anomala e pericolosa*”¹⁴ – avrebbe titolo in un atto tipicamente giudiziale e non in uno convenzionale.

¹¹ Ove è frequente l’affermazione che essi sarebbero inidonei a produrre effetti nei confronti dei terzi: LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in Di Marzio e Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, Milano, 2010, p. 379; INZITARI, *Accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. impr.*, 2011, 6, p. 1312; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 25.

¹² STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 311.

¹³ Così DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del “diritto fallimentare”*, in *Giustizia Civile.com*, editoriale del 26 giugno 2015, p. 5 dell’estratto. Cfr. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell’imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore “estraneo ... ma non troppo”*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 825, ove osserva che la natura negoziale di tali accordi impedisce di vincolare i terzi.

¹⁴ CARNELUTTI, *Sui poteri del Tribunale in sede di omologazione del concordato*, cit., p. 62-63.

Sacrificando l'ampia serie di obiezioni che sono state da tempo opposte alla tesi in esame¹⁵, possiamo limitarci a svolgere quella che, all'apparenza, risulta più calzante di tutte.

È vero che gli effetti nei confronti dei terzi sono preceduti da una vasta catena di atti in successione diacronica (accordo, omologazione, atti precedenti e successivi nell'ambito della procedura concorsuale). Alla regolazione della crisi e, più precisamente, alla riforma delle obbligazioni non basta la semplice volontà delle parti né la pronuncia del giudice¹⁶. Quegli effetti implicano un procedimento, che comprende varie fasi e si chiude col provvedimento di omologazione. Con riferimento alla disciplina degli accordi di ristrutturazione, si evoca perciò la categoria del fatto complesso o della fattispecie a formazione progressiva¹⁷. Categoria utile ad illustrare come alla produzione degli effetti *ultra partes* concorrono

¹⁵ Che la sentenza di omologazione configura una mera condizione di efficacia (ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, p. 150; FERRARA, *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 484); che non può esserci una funzione giurisdizionale dispositiva e, meno, una volontà giurisdizionale dispositiva ove la legge contempra una semplice omologazione (FERRARA, *op. loc. ult. cit.*); che l'intervento giudiziale si restringe in una verifica intorno ai requisiti del concordato (CARNELUTTI, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato*, cit., p. 62-63), essendo il Giudice chiamato esclusivamente a vigilare sulle prescrizioni legali (ASCARELLI, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, p. 229).

¹⁶ FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Il dir. fall.*, 3-4, p. 728.

¹⁷ FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Il fall.*, 2005, 12, p. 1447-1448; GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in Di Marzio e Macario (a cura di), *Autonomia negoziale*, cit., p. 277; NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1145; TUCCILLO, *Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi*, in Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, II, p. 539; FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 214.

vari atti, l'ultimo dei quali, in ordine cronologico, è costituito da un provvedimento giudiziale¹⁸.

È altrettanto vero, tuttavia, che tali effetti, pur essendo successivi a vari fatti costitutivi, sono congegnati esclusivamente dalle parti e, dunque, descritti esclusivamente nell'accordo¹⁹.

Si pensi alla riduzione dell'importo nominale dei crediti o all'attribuzione di una prestazione diversa da quella pecuniaria o, semplicemente, alla dilazione di pagamento; effetti che solo debitore e creditori possono programmare e che l'autorità giudiziaria non può rimuovere né modificare ma, unicamente, omologare o non omologare. A dispetto del provvedimento di omologazione, il contenuto degli effetti rimane conforme alla volontà dei privati, secondo il caratteristico nesso di derivazione che lega i negozi giuridici alla loro efficacia e che fa dei primi la fonte della seconda²⁰. La circostanza che la produzione degli effetti attenda la pronuncia del decreto di omologazione non basta per escludere che i nostri siano ti-

¹⁸ L'art. 49, sesto comma, del codice della crisi d'impresa e della insolvenza stabilisce che "gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione nel registro delle imprese".

¹⁹ Indicativa al riguardo la sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila del 5 ottobre 2020, la quale ha riformato una decisione del Tribunale di Lanciano che aveva prorogato giudizialmente il termine di esecuzione del concordato; la decisione è annotata da BARONCINI, *Sulla prorogabilità del termine per l'esecuzione del concordato preventivo*, in *Il fall.*, 2021, 3, p. 371 ss.

²⁰ Potremmo distinguere tra l'insieme dei fatti costitutivi e la fonte degli effetti. La fattispecie alla quale la legge collega l'efficacia degli accordi di ristrutturazione comprende senza dubbio una serie di fatti. Ciò, tuttavia, non toglie che gli effetti caratteristici siano programmati dalla volontà delle parti, configurando tale volontà la così detta fonte secondaria degli effetti. Assunto che ogni effetto giuridico deriva sempre dalla legge (N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 90 e ss.), la norma attributiva dell'autonomia privata ha di singolare che rinvia all'atto dei privati per la determinazione degli effetti, in modo che il contenuto di questi sia corrispondente al contenuto dell'atto deliberato dalle parti (cfr. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito concorrenziale*, in Gitti e Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 139). Gli accordi di ristrutturazione sono quindi fonte degli effetti in ragione del rinvio che la norma di legge compie al contenuto elaborato dalle parti.

picamente negoziali, giacché è possibile isolare la fonte degli effetti dalla ulteriore congerie dei fatti che li precedono²¹.

Gli effetti dell'accordo possono scaturire al momento della sua conclusione oppure al verificarsi di fatti successivi a cui la legge connetta la genesi dell'efficacia. La presenza di una fattispecie complessa, entro cui la decisione delle parti sia seguita da altri fatti costitutivi, non impedisce di classificare come negoziali gli effetti giuridici ogni volta che a programmarli siano debitore e creditori. Se poi essi presuppongano l'accadere di altri fatti, come ad esempio la omologazione, non vale a mutarne la natura²²: il contenuto degli effetti, anche dopo la omologazione, rimane corrispondente al contenuto che le parti hanno deciso²³.

Dunque, se la questione sta nel determinare la “*efficienza causale del provvedimento del giudice e della volontà delle parti nella produzione degli effetti obbligatori*”²⁴, si può senz'altro rilevare che codesti effetti si realizzano secondo le modalità stabilite da debitore e creditori, modalità che il provvedimento del tribunale non è in grado di elaborare o alterare²⁵.

Ciò è palese con riguardo all'effetto solitamente agitato contro la teoria negoziale, ossia la falciatura dei debiti nei confronti dei creditori estranei. Una simile efficacia, prevista dalla legge fallimentare per i soli accordi di ristrutturazione finanziaria (art. 182 *septies*), è adesso associata agli accordi di ristrutturazione *tout court* ai sensi

²¹ Sui rapporti tra accordo e processo nell'ambito delle procedure concorsuali si sofferma e AZZARO, *Causa illecita e accordi concorsuali*, in *Giust. civ.*, 2019, 1, p. 121 e ss.

²² Non vi è nulla di strano, osserva FERRARA, *Concordato fallimentare*, cit., p. 478, che gli effetti del contratto siano subordinati a una valutazione dell'autorità giudiziaria successiva alla sua conclusione.

²³ Così, in tema di accordi di ristrutturazione, TUCCILLO, *Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi*, cit., p. 530, il quale, peraltro, dà conto di un costante orientamento giurisprudenziale volto ad applicare la comune disciplina del contratto nell'ipotesi di altri accordi sottoposti ad omologazione. In tema di concordato, FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Milano, 2009, p. 189.

²⁴ MICHELI, *Amministrazione controllata concordato preventivo e fallimento (per la nozione di processo concorsuale)*, cit., p. 1416.

²⁵ Cfr. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 190.

dell'art. 61, primo comma, del codice della crisi d'impresa e della insolvenza (*supra* § 2)

Ora, se la *falcidie* discendesse dall'esercizio di un potere giudiziario e non da una privata autonomia²⁶, essa dovrebbe allo stesso modo realizzarsi in quelle altre procedure concorsuali in cui si dia l'intervento dell'autorità giudiziaria e, soprattutto, nelle procedure in cui tale intervento sia più rilevante che negli accordi di ristrutturazione.

Il dato positivo rivela, all'inverso, che questo effetto non è contemplato nelle procedure concorsuali diverse dagli accordi di ristrutturazione e dai concordati²⁷.

Fallimento e liquidazione giudiziale – ma lo stesso vale per liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria – non incidono sul valore nominale delle obbligazioni. All'esito di tali procedure, i creditori conservano il diritto al pagamento dell'eventuale porzione del credito che non sia stata soddisfatta mediante la distribuzione della massa.

Laddove derivasse da un potere giudiziale, la *falcidie* si produrrebbe anche (e specialmente) in tali ulteriori procedure, considerato che in esse il ruolo del giudice è assai più ampio. In altri termini, se la *falcidie* davvero procedesse dall'esercizio di una funzione giurisdizionale, sarebbe difficile spiegare perché essa sia esclusiva di concordati e accordi di ristrutturazione, cioè di procedure di consueto classificate come *negoziali* in contrapposizione alle altre di natura *giudiziale*.

Essendo solo i concordati e gli accordi di ristrutturazione idonei a determinare una modificazione dell'obbligazione, è evidente che

²⁶ AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2016, p. 24 dell'estratto.

²⁷ Come noto, è prevista una forma di esdebitazione all'esito della procedura di fallimento ma, come noto, si tratta di esdebitazione affatto diversa da quella collegata ai concordati e agli accordi di ristrutturazione, perché circoscritta all'ipotesi del fallimento dell'imprenditore persona fisica e condizionata a certi predeterminati requisiti di meritevolezza del soggetto.

questi recano una nota distintiva rispetto alle altre discipline concorsuali²⁸.

A ben vedere, l'elemento di specificità sta nella circostanza che la disciplina degli accordi di ristrutturazione (e dei concordati) ruota intorno a una scelta o, meglio, intorno a un *accordo*. È tale accordo a concepire lo scambio tra il parziale pagamento del debito e la liberazione dell'imprenditore in crisi. Il debito subisce una vicenda modificativa soltanto quando imprenditore e creditori lo abbiano convenuto e soltanto nella misura che essi abbiano convenuto.

Che la falci die conseguente a concordati e accordi di ristrutturazione dipenda da una funzione giurisdizionale è quindi una affermazione da respingere. Sono le parti, e non l'autorità giudiziaria, a determinare le sorti della obbligazione.

Del resto, non si capisce perché sarebbe ammissibile il potere dell'autorità giudiziaria di influire sulla sfera giuridica dei terzi, mentre non sarebbe ammissibile un analogo potere da parte della maggioranza dei creditori²⁹.

Questa opinione tradisce una premessa apodittica, vale a dire che la modificazione delle obbligazioni nei confronti dei creditori non consenzienti, radicalmente preclusa nel caso di una decisione

²⁸ Si direbbe, con le parole di CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, I, p. 258 e ss., che le altre procedure concorsuali siano essenzialmente rivolte alla *distribuzione* del patrimonio del debitore, mentre quelle in esame siano essenzialmente rivolte alla *liberazione* del debitore. Siamo costretti a mettere da parte la questione se tali accordi siano sussumibili nell'ambito delle procedure concorsuali. Anche qui si deve rinviare a ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., p. 75, con due sole e rapide osservazioni: da un lato, la dicotomia tra accordi e procedure concorsuali sembrerebbe fuorviante, in quanto non si tratta di termini alternativi ma di istituti giuridici perfettamente compatibili; dall'altro, la supposta estraneità degli accordi di ristrutturazione al novero delle procedure concorsuali parrebbe dipendere, esclusivamente, dalla nozione che si accolga di procedura concorsuale. Come noto, per l'idea pienamente condivisibile che gli accordi di ristrutturazione integrino una procedura concorsuale si è orientato il Supremo Collegio (Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182)

²⁹ L'equivoco è ben segnalato F. FERRARA, *Concordato fallimentare*, cit., p. 477; cfr. BUCCARELLA, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, p. 11.

negoziale, potrebbe senza problemi discendere da una decisione giudiziaria.

Per dimostrare tale premessa non basterebbe affermare, come è stato fatto, che il potere della funzione giurisdizionale di costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici è espressamente contemplato nell'art. 2908 cod. civ.³⁰.

Sarebbe facile osservare che tale potere non è originario né generalizzato ma, appunto, limitato ai “*casi previsti dalla legge*” ai sensi dell'art. 2908 cod. civ.; formula che, non a caso, è identica a quella utilizzata per annunciare la capacità del contratto di incidere sulla sfera giuridica dei terzi, capacità anch'essa circoscritta ai “*casi previsti dalla legge*” ai sensi dell'art. 1372 cod. civ., secondo comma.

5. *Teorie anti-negoziali e dogma della relatività.*

Escluso che l'effetto della falcidia nei confronti dei terzi implichi l'esercizio di un potere giudiziale e si debba bensì ricondurre direttamente all'accordo tra i privati che lo concepisce e descrive, sembra ormai palese come le tesi, per così dire, anti-negoziali siano in fondo dovute alla difficoltà di conciliare gli effetti *ultra partes* e il concetto di autonomia privata³¹. Ove la legge preveda un'efficacia orientata verso soggetti che non l'abbiano voluta o, addirittura, che l'abbiano disapprovata, lì entrerebbe in crisi il paradigma dell'accordo³².

Messa così, la questione finisce col risolversi nel problema, concettuale più che giuridico, di separare l'espressione del consenso dalla imputazione degli effetti.

Pertanto, si potrebbe agevolmente replicare che nulla impedisce alla legge di rannodare ai negozi giuridici gli effetti più vari e, per

³⁰ Al punto che non vi sarebbe “*bisogno di ulteriori spiegazioni per comprendere come si produca la dilazione o la parziale esdebitazione*”, ossia per comprendere come il provvedimento giudiziale riesca a generare degli effetti sfavorevoli nel patrimonio dei creditori assenti o dissenzienti: così BONSIGNORI, *Della cessazione della procedura fallimentare*, cit., p. 138.

³¹ In questi termini, ma a proposito del concordato, FERRARA, *Concordato fallimentare*, cit., p. 477.

³² Cfr., per la illustrazione critica di tale ragionamento, MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 4, p. 358-359.

questa via, di rivolgerli anche verso gli estranei³³. In una prospettiva rigorosamente positivista, la legge non incontra che i limiti dati dalle fonti sovraordinate o prevalenti. Non vi sono *concezioni* i quali vietino al legislatore di scegliere questo o quello statuto degli effetti, quasi che vi sia un ordine naturale a fissare anzitempo il perimetro delle opzioni legislative.

La relatività della efficacia negoziale si restringe in una regola giuridica. E, come ogni altra regola, essa appare niente di più che la storica espressione di una volontà politica³⁴.

Il che è confermato dalla circostanza che le deroghe alla relatività degli effetti si vanno storicamente moltiplicando in tutti gli ordinamenti e latitudini³⁵. Al punto che, nei manuali e nei trattati, ad una rapida illustrazione della regola segue una diffusa analisi delle deroghe correnti³⁶.

L'intangibilità della sfera giuridica dei terzi agli effetti dell'accordo sembrerebbe configurare un principio pre-supposto più che posto³⁷.

³³ Si veda CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, p. 55 ss., il quale sembrerebbe pervenire a una radicale confutazione del principio di relatività, osservando come “*non è indispensabile, come ognuno sa, che gli autori della regola, soggetti manifestanti il proprio consenso ad un determinato assetto di interessi, coincidano con i destinatari della regola medesima, né può essere omologata l'antica idea che il contratto inter alios sia irrilevante per i cosiddetti terzi, nel senso che ad essi, come tendenzialmente non giova, così non può nuocere*”.

³⁴ BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 205; GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, p. 341-342.

³⁵ Tanto che le deroghe al principio di relatività si considerano ormai parte del sistema generale (GIORGIANNI, *La partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio. Parte prima. Principio di relatività e partecipazione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, p. 1084).

³⁶ MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, cit., *ivi* osserva che “non vi è forse giurista, il quale, dopo avere illustrato il principio vigente nel proprio ordinamento, non si affretti subito a evidenziarne le smagliature, quasi che l'intento comune fosse quello di cancellare il principio dal sistema”.

³⁷ ALPA e FUSARO, *Relazione introduttiva*, in Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 2.

Sembra cioè intuitivo se non ovvio che nessuno negozi sull'altrui sfera perché ognuno è deputato esclusivamente alla propria³⁸. L'immediato rifiuto³⁹ che genera la produzione di effetti negoziali contro la volontà del soggetto porta a reputare la invulnerabilità dei terzi agli effetti dell'accordo stipulato *inter alios*. Che l'accordo possa imporsi agli estranei appare qualcosa di incompatibile rispetto alla rappresentazione autentica dell'autonomia privata e, quindi, inaccettabile⁴⁰.

Ma questo, si badi, appare come un ragionare per dogmi⁴¹, il quale rischia di collocare i concetti davanti al dato positivo, le idee sopra le norme⁴².

6. La prospettiva di Giuseppe Vettori.

Giuseppe Vettori sembrerebbe avvedersi di tale insidia in un saggio di circa dieci anni fa, ove conclude che “*il paradigma del contratto sulla crisi d'impresa non va tratto usando le tradizionali*

³⁸ ALPA e FUSARO, *Relazione introduttiva*, cit., p. 1 e sss., hanno ben ricostruito come la moderna enunciazione del principio di relatività sia riconducibile al Domat e come tale enunciazione risulti intimamente connessa alla mentalità giansenista e, soprattutto, giusnaturalista dell'Autore.

³⁹ Lo “scandalo” diremmo con D'ALESSANDRO, *Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti*, cit., p. 189; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 161-162.

⁴⁰ “L'assunto secondo il quale la novella avrebbe coniato una sorta di contratto “a sfavore” del terzo – così ancora nella letteratura specialistica - non sembra potersi condividere, in quanto foriero di criticità. Accedendo a tale impostazione si sarebbe infatti costretti ad ammettere, in deroga ai principi comunemente accettati, che la libera volontà delle parti possa incidere sulla sfera del terzo per pregiudicarla” (così AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 24 dell'estratto).

⁴¹ GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, cit., p. 339 e ss. Una profonda critica al dogma della relatività si legge anche, come accennato, in CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, cit., p. 55 e ss., il quale svela la sua diretta derivazione dalla tradizionale concezione volontaristica dell'autonomia privata.

⁴² Per la critica a un siffatto metodo. Si veda FROSINI, *Scienza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, XVI, p. 696 ss.; LIPARI, *Proligomeni a uno studio sulle categorie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 5, p. 515 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Una riflessione sul metodo giuridico*, in *Resp. civ. danno*, Torino, 2010, p. 2

*categorie privatistiche o settoriali ma utilizzando tutte le potenzialità del nuovo sistema delle fonti, da cui trarre regole e principi*⁴³.

L'Autore parrebbe rovesciare il metodo di anteporre le categorie dogmatiche alle fonti positive, preferendo il percorso inverso che risale da queste a quelle.

Al fine di spiegare il dato legislativo, non tanto si dovrebbe adattare lo statuto normativo degli accordi di ristrutturazione alla griglia mentale dell'*accordo* quanto, piuttosto, elaborare l'una tenendo conto anche dell'altro. Le innumerevoli leggi speciali in materia di contratto chiedono di ripensare costantemente i paradigmi, rimodulandoli, ampliandoli o restringendoli in modo che riescano coerenti alle norme sopravvenute⁴⁴.

Del resto, è lo stesso codice civile a preconizzare una efficacia diversa da quella relativa. Dopo avere stabilito che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, l'art. 1372, secondo comma, cod. civ. fa salvi "*i casi previsti dalla legge*".

Anche questo rilievo non è sfuggito al Vettori, il quale osserva come "*dall'art. 1372 c.c. e dal principio di relatività degli effetti negoziali non si ricava affatto l'impossibilità giuridica che il contratto produca effetti nei confronti dei terzi*"⁴⁵, rilevando, con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti, "*che la propagazione degli effetti [nei confronti dei terzi, n.d.r.] è possibile*".

Più precisamente, l'art. 1372 cod. civ. parrebbe indicare due modalità dell'efficacia: una che lega l'uno l'altro gli autori dell'atto; una ulteriore che si espande ai soggetti estranei all'accordo. La prima è direttamente posta nella disposizione, a modo di norma generale; la seconda è solo annunciata, rinviando la disposizione ad altre norme di legge.

Sicché la regola della relatività appare essa stessa *relativa*: nello stabilire che l'accordo vale esclusivamente per i contraenti, è proprio il legislatore a prevedere che in alcuni casi la regola *non vale*.

Né sembra da condividere l'opinione – tanto radicata quanto, probabilmente, priva di una valida dimostrazione – secondo cui i

⁴³ VETTORI, *op. cit.*, p. 494.

⁴⁴ Recentemente, in proposito, BALESTRA, *Il contratto tra unità e frammentazione*, in *Giust. civ.*, 2020, 2, p. 222 e ss.

⁴⁵ VETTORI, *op. cit.*, p. 491.

casi previsti dalla legge sarebbero solo quelli in cui l'atto programmi un'efficacia favorevole per i terzi⁴⁶.

Opinione cui è contigua quella secondo cui le ipotesi in cui il contratto produca effetti *ultra partes* si dovrebbero reputare delle eccezioni⁴⁷.

Ambedue le tesi suscitano delle perplessità.

La tesi in base a cui il contratto potrebbe generare per i terzi soltanto una efficacia favorevole non è deducibile dal testo dell'art. 1372, secondo comma, cod. civ. La disposizione non specifica af-

⁴⁶ MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, sub artt. 1411-1413, p. 8; conforme BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1998, p. 536. Sulla possibilità che il contratto a favore di terzo, assieme ad effetti favorevoli, tragga con sé anche effetti sfavorevoli, si veda MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?*, in *Contratti*, 2006, p. 1151 ss.; TAMPONI, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, p. 1323. La tesi della inidoneità dell'atto a produrre conseguenze svantaggiose per i terzi è argomentata ora dalla disciplina dell'art. 1333 cod. civ., riguardante la conclusione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 569), ora dalla disciplina dell'art. 1381 cod. civ., riguardante la promessa della obbligazione o del fatto del terzo (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist. corr. 2^a ed.), p. 262; CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 670; GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, 2, p. 1651).

⁴⁷ CARRESI, *op. ult. cit.*, p. 679; ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 568-569; FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in Gabrielli (a cura di) *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1183; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 484-485. Si veda tuttavia VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, in Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 273 ss., ove l'Autore, svolgendo una indagine storica dell'efficacia contrattuale in favore dei terzi, ipotizza che tale stipulazione "sia in realtà una figura generale dell'ordinamento, idonea a svolgere potenzialità applicative ben maggiori di una semplice eccezione al principio per cui il contratto svolge effetti solo per le parti che lo stipulano". Tuttavia, a ben vedere la tesi secondo cui sarebbero eccezionali le ipotesi nelle quali il contratto produce effetti giuridici nella sfera dei terzi non sembra sostenuta da una precisa argomentazione e appare, piuttosto, come una petizione di principio. Di "assioma" discorre CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, cit., p. 59 ed infatti la tesi sembra intrinsecamente connessa al dogma della intangibilità della altrui sfera, come se ogni deroga a tale intangibilità tragga con sé una problematica eccezione.

fatto quale tipo di efficacia, se favorevole o sfavorevole, possa determinarsi nei confronti degli estranei. L'ipotesi di una efficacia sfavorevole non è esclusa dalla disposizione ed è bensì pienamente compatibile rispetto alla formulazione della legge⁴⁸.

Inoltre, passando alla seconda affermazione, le disposizioni che attribuiscono al contratto la idoneità a produrre effetti verso i terzi non segnano, tecnicamente, una deroga all'art. 1372, secondo comma, cod. civ. per cui si debbano reputare eccezionali. Piuttosto, tali disposizioni ne svolgono la logica interna. Siccome è l'art. 1372 a prevedere casi in cui la legge riconnetta all'accordo effetti *ultra partes*, le ulteriori norme che descrivano simili effetti non fanno eccezione alla prima ma, anzi, procedono esattamente nel suo circuito⁴⁹.

Evidente è allora l'ingenuità del legislatore del codice della crisi d'impresa e della insolvenza laddove, nel descrivere gli effetti degli accordi di ristrutturazione dei debiti, avverte l'esigenza di annunciare che si tratta di effetti "*in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile*" (art. 61, primo comma): l'efficacia esterna, come appena osservato, non configura una deroga al codice civile e, finanche lo fosse, la legge non avrebbe bisogno di precisare né di giustificare le eventuali deroghe che faccia ad altra legge.

Sembra di essere giunti al rilievo centrale.

Anche ad ipotizzare che il limite della vantaggiosità degli effetti sia dato dalla interpretazione sistematica della disciplina contenuta

⁴⁸ Nota acutamente PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 2, p. 668, come l'art. 1372 cod. civ., mentre prevede che il contratto costituisce un vincolo tra le parti, non afferma la non vincolatività del contratto per i terzi.

⁴⁹ Cfr. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in Di Marzio e Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, cit., p. 306-307, il quale, nel criticare l'affermazione in base a cui l'accordo di ristrutturazione non potrebbe produrre effetti sfavorevoli per i terzi, siccome retto dal principio di intangibilità della sfera del terzo ex art. 1372, secondo comma, cod. civ., osserva retoricamente che gli effetti verso i terzi descritti nell'art. 182 bis l. fall. potrebbero ben configurare uno dei casi preannunciati dalla disposizione codicistica in cui il contratto spiega efficacia *inter alios*. Conformi CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1234; NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Il dir. fall.*, 2016, 5, p. 1108.

nel codice civile, una o più leggi speciali potrebbero derogare a questo statuto. Codeste leggi contrasterebbero una fonte pari-ordinata e non una prevalente. La antinomia tra le due disposizioni deporrebbe per la applicazione di quella speciale in luogo della norma codicistica⁵⁰.

Lo statuto degli effetti contrattuali non è riservato in via esclusiva al codice. Altre leggi possono ri-determinare tale statuto, associando al contratto un'efficacia differente. Rispetto a tali leggi il codice civile non è idoneo a porre dei limiti normativi, a meno che non si assegni ad esso una specie di primato costituzionale⁵¹ e, coerentemente, si affermi che le norme in esso contenute siano resistenti alle innovazioni legislative.

Per essere brevi, l'art. 1372 cod. civ. non esclude che l'accordo orienti i suoi effetti verso l'esterno e, in realtà, contempla chiaramente tale ipotesi, senza circoscrivere l'efficacia *ultra partes* a quella che riesca vantaggiosa per i terzi. E se pure il codice prevedesse simili limitazioni, esso non determinerebbe un vincolo per il legislatore successivo che intendesse ristabilire il regime della efficacia⁵².

⁵⁰ Sulla soluzione delle antinomie attraverso il criterio di specialità, si vedano GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*², Torino, 1984, p. 46; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 220 ss.; MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria oggettiva del diritto*, Torino, 1994 (rist. emen.), p. 179 e ss.

⁵¹ Diversa la prospettiva di FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Il fall.*, 2015, 12, p. 1275, secondo cui l'art. 1372 cod. civ., sebbene pari-ordinato all'art. 182 *septies* l. fall., sarebbe tuttavia "declinazione del principio costituzionale di autonomia negoziale" (conforme SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo. Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1028).

⁵² Giova notare che la superfetazione della regola della relatività sembra essere alla base dell'orientamento che, con riferimento al concordato, ha elaborato la teoria del gruppo. Non riuscendo a conciliare l'efficacia *ultra partes* di tale atto e la supposta invulnerabilità dei terzi agli effetti negoziali programmati dagli altri privati, si è ipotizzato che i creditori non votanti o dissenzianti non siano terzi, ma parte di un gruppo che obbedirebbe al principio maggioritario. Riuniti i creditori all'interno del gruppo, il concordato non produrrebbe effetti esterni, poiché questi si dirigerebbero verso la medesima compagine (cioè il gruppo) che li ha deliberati: sarebbe così (apparentemente) recuperata la piena corrispondenza tra

7. Il (falso) problema della compatibilità costituzionale

Respinta l'idea che l'idoneità a produrre effetti sfavorevoli per i terzi sia preclusa dalle categorie dogmatiche ovvero abbia innanzi a sé dei limiti derivanti dal codice civile, il discorso giunge così all'interrogativo essenziale: occorre chiedersi se le norme di legge che pongano tale efficacia siano contrarie alla Costituzione.

L'ambigua legittimità delle norme sugli accordi di ristrutturazione è stata segnalata da molti studiosi della materia, come pure adombrata nelle pagine del Vettori⁵³. La palese struttura contrattuale di tali atti non soltanto genera la difficoltà di spiegare una efficacia negoziale indirizzata verso i terzi, ma specialmente il sospetto che la direzione legislativamente impressa a tale efficacia sia contraddittoria rispetto al dettato costituzionale.

Sebbene il tema sia ricorrente negli studi dedicati agli accordi di ristrutturazione, il profilo della illegittimità costituzionale non sembra formulato in termini univoci né netti. A tentare una sintesi tra le diverse opinioni, parrebbe che l'aspetto avvertito come più delicato riguardi questa singolare capacità dell'accordo di modificare una situazione giuridica appartenente ad altri. La produzione di effetti *ultra partes*, "nella misura in cui sostanzialmente "espropria" i creditori non aderenti dell'asset costituito appunto dal loro credito", sarebbe incompatibile rispetto all'art. 42 della Costituzione⁵⁴.

autori della volizione e destinatari della efficacia. Per la critica alla tesi del gruppo e al processo di ipostatizzazione dei creditori si deve, ancora una volta, rinviare per mere esigenze di esposizione a ONORATO, *Gli accordi concorsuali*, cit., p. 120 e ss. Basti qui osservare che tale teoria trascura che il gruppo dei creditori non è titolare di alcuna situazione giuridica, non essendo ad esso riconducibile il patrimonio del debitore né i crediti verso quest'ultimo. Tali crediti sono nella esclusiva titolarità dei singoli creditori ed è soltanto nel patrimonio di tali creditori che si indirizzano gli effetti del concordato tra i quali, specialmente, la falcidia. Dunque, la tesi del gruppo finisce col contraddire essa stessa la regola della relatività, in quanto vuole che gli effetti programmati da un certo soggetto (il gruppo) si producano nella sfera giuridica di altri (i singoli creditori).

⁵³ VETTORI, *op. cit.*, p. 490.

⁵⁴ ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Il dir. fall.*, 2008, 3-4, p. 386 e, conforme, D'ATTORRE, *La ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli adr e nel concordato preventivo*, cit., p. 161. Un ipotetico motivo di illegit-

La incostituzionalità delle norme che rannodino effetti *ultra partes* agli accordi di ristrutturazione starebbe nel consentire la modificazione del credito dal di fuori e, quindi, la lesione di un diritto soggettivo che, al pari della proprietà, risulterebbe costituzionalmente garantito.

Non è necessario accertare in questa sede se il credito abbia effettivamente guadagnato una tutela costituzionale⁵⁵. Il dubbio della illegittimità costituzionale può forse essere sciolto a monte⁵⁶, verificando se la falcidia derivante dagli accordi di ristrutturazione implichi davvero una *lesione* del credito.

timità costituzionale deriverebbe inoltre dalla incompatibilità rispetto all'art. 24 della Costituzione, essendo precluso ai creditori di agire in giudizio per la piena tutela dei propri diritti (cfr. AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2016, p. 113). Si è inoltre avanzato il dubbio, quantunque in tono retorico, che sarebbe incostituzionale la disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 *septies* l. fall. non tanto nell'estendere ai terzi gli effetti sfavorevoli del contratto quanto nel circoscrivere codesta estensione ai soli accordi conclusi con banche o intermediari finanziari (NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 4, p. 554-555).

⁵⁵ In senso affermativo ancora ROPPO, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, p. 3, secondo cui, in un'epoca di "smaterializzazione" della ricchezza", la tutela della proprietà, fissata nell'art. 42 Cost., dovrebbe estendersi anche al credito; sul punto anche PORTALE, *Dalla "Pietra del Vituperio" al "bail-in"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 22 ss. Cfr. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 56 ss. e, spec., p. 60 ss; cfr. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il fall.*, 2009, 9, p. 1030.

⁵⁶ Per completezza si segnalano le opinioni, secondo cui il dubbio di costituzionalità sarebbe superato dalla previsione della legittimazione dei creditori a promuovere l'opposizione (AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 26) oppure dal rilievo che il sacrificio richiesto ai creditori, nell'ipotesi di dilazione del termine, sarebbe lieve (NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1109) oppure, infine, dalla circostanza che la proprietà privata possa essere espropriata nei casi previsti dalla legge e che gli effetti rivolti verso i terzi si giustificano in funzione dell'esigenza legislativa di costituire "un mercato di *c.d. distressed debts*" (SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo. Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1038).

L'esame della disciplina legislativa sembra rivelare che agli accordi di ristrutturazione non tanto è demandata la disposizione di una situazione giuridica, quanto l'adeguamento della pretesa falcidiata all'effettivo valore del credito. L'accordo *non toglie qualcosa*, ma si limita ad allineare il valore nominale del credito al valore dei beni presenti e futuri del debitore.

Affinché l'effetto della falcidie si produca nei confronti degli estranei è necessario che essi risultino “*soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale*” (art. 61, secondo comma, lett. d, codice della crisi d'impresa e della insolvenza) o, secondo la formula corrente dell'art. 182 *septies* l. fall., “*in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*” (secondo comma, lett. d)

Alla base della falcidie vi è una comparazione tra ciò che l'accordo programma di destinare ai terzi e ciò che essi percepirebbero mediante la liquidazione giudiziale, ossia mediante l'attuazione coattiva della garanzia patrimoniale. L'accordo deve procurare almeno quanto si riceverebbe nell'ipotesi di tale attuazione coattiva, cioè almeno quanto i creditori ricaverebbero attraverso l'esecuzione concorsuale sul patrimonio del debitore⁵⁷.

Insomma, la disciplina positiva sembra calibrare la misura della falcidie in funzione della garanzia patrimoniale.

8. Credito e garanzia patrimoniale. Soluzione del dubbio di costituzionalità e confutazione del titolo.

Potremmo pensare alla garanzia patrimoniale come a una forma di appartenenza. I beni del debitore sono in certo senso dei creditori poiché questi, attraverso l'azione esecutiva (singolare o collettiva), possono ottenere una utilità commisurata alla prestazione che il debitore non ha procurato. Al fine di realizzare l'aspettativa di soddi-

⁵⁷ Una disposizione di contenuto analogo è contenuta nell'art. 182 *septies* l. fall., dedicato agli accordi di ristrutturazione finanziaria, il quale pone come termine di confronto le “alternative concretamente praticabili” (quarto comma, lett. c).

sfazione, i creditori possono attingere direttamente dal patrimonio del debitore⁵⁸.

Da questo punto di vista, la pretesa del creditore appare così indissolubilmente connessa alla propria garanzia patrimoniale che quasi potrebbe risolversi in essa. Il credito configura un valore per il titolare sino a quando sia capiente la garanzia che lo assiste. Ove questa comprenda pochi beni oppure non ne comprenda alcuno, il credito si converte in un mero numero che è privo di un reale valore.

Quando, in conseguenza della crisi dell'impresa, sia perduta o divenuta insufficiente la garanzia, il credito non è, appunto, che

⁵⁸ Come noto, intorno al concetto di responsabilità patrimoniale si confrontano due linee di pensiero: quella che vuole una sostanziale identificazione del diritto di credito nel diritto di aggressione del patrimonio del debitore (tra gli studiosi del diritto fallimentare, si veda FERRARA JR. e BORGIOI, *Il fallimento*⁵, Milano, 1995, p. 13); quella secondo cui il diritto del creditore non avrebbe ad oggetto il patrimonio del debitore, essendo bensì questo il termine su cui si esercita l'azione esecutiva (sempre tra gli studiosi del diritto fallimentare, si veda SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1954, p. 33). Strettamente connessa a tale contrapposizione è la disputa storica in ordine struttura della obbligazione: per un verso, i fautori della tesi prevalente, secondo cui la responsabilità è immanente o, comunque, strettamente connessa alla obbligazione (RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*², in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1949, XIV, I, p. 6 ss.; CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 120 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, in vari luoghi e spec. p. 19 ss.; SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 33; più recentemente, si veda DI SABATO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 7 ss.); per altro verso, i fautori della separazione tra il piano della obbligazione e quello della responsabilità che dovrebbe essere collegata al fatto dell'inadempimento (per tutti, GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, *La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, p. 160 e ss. e NICOLÒ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna – Roma, 1955, sub artt. 2740-2899, p. 3 e ss., con adesione, più di recente, di ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997, p. 485 ss.). Il dibattito è, più di recente, illustrato in MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Milano, 2017, p. 1 ss. Sugli abusi del creditore nel far valere la garanzia patrimoniale si veda LAZZARELLI, *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli, 2013, *passim*.

nominale⁵⁹. Il diritto del creditore di ricevere 100 è, in pendenza della crisi, sciolto da una corrispondente garanzia, poiché il debitore è incapace di adempiere regolarmente alle sue obbligazioni. La crisi ha diminuito il valore reale del credito poiché ha consumato i beni suscettibili di esecuzione forzata. I beni che erano del debitore non ci sono più o sono meno o sono di gran lunga sopravanzati dai debiti; la possibilità di soddisfarsi su quei beni è drasticamente compromessa o, come frequentemente accade, ha cessato di essere.

È in questo quadro che viene in rilievo l'effetto della falcidie. La legge degli accordi di ristrutturazione pone una stretta relazione tra l'entità di tale falcidie e il valore dei beni del debitore. L'efficacia dell'accordo può sì prescindere dal consenso e dirigersi verso i creditori che non siano d'accordo; ma essa non deve pregiudicare la garanzia patrimoniale che è riservata a quei creditori. Come ricordato prima, ai creditori che non abbiano partecipato all'accordo deve essere attribuito almeno quanto essi otterrebbero nella liquidazione giudiziale⁶⁰.

La modificazione dell'obbligazione collegata agli accordi di ristrutturazione non è quindi un *prendere qualcosa* dagli estranei, bensì un ristabilire il rapporto di equivalenza tra le pretese dei creditori e la garanzia patrimoniale. Si stima quanto si otterrebbe mediante l'escussione di tale garanzia e si determina il limite massimo della falcidie cui i crediti possono essere sottoposti: il valore dei crediti falcidiati è così commisurato al valore del patrimonio.

Che la disciplina risulti incostituzionale a causa di una lesione non consentita del credito sembra quindi da escludere. Gli accordi di ristrutturazione non dispongono di ciò che il creditore ha; bensì

⁵⁹ DI SABATO, *I privilegi*, cit., p. 3, osserva come la consistenza del credito non possa che essere determinata in funzione della consistenza della garanzia patrimoniale. Si discorre non a caso di *valore relativo* del credito: VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, p. 353.

⁶⁰ Correttamente CAZZETTA, *Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 2, p. 512 ss., osserva che la disciplina degli accordi di ristrutturazione implica una riflessione sulla evoluzione del sistema, entro cui la aspettativa di soddisfazione non va commisurata al valore originario della prestazione ma alle concrete possibilità di realizzo.

di ciò che, per effetto della crisi, egli non ha più⁶¹. La parte del credito sulla quale cade il trattamento dell'accordo non configura *una cosa sottratta al creditore*⁶². È, piuttosto, un mero numero che è ormai privo di valore⁶³.

Il problema della incostituzionalità appare quindi superato. La eventuale lesione del credito non è data dall'accordo di ristrutturazione; è data invece dalla diminuzione della garanzia patrimoniale che ne configura il presupposto⁶⁴.

⁶¹ Per STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2007, p. 378 ss., l'accordo concorsuale e suoi effetti sono il prezzo che i creditori devono pagare per evitare danni più gravi.

⁶² Cfr. LA MALFA, *Il concordato fallimentare. L'ammissione alla procedura*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia, Piccinini e Severini, IV, Milano, 2011, p. 60.

⁶³ Né si può ipotizzare che ai creditori siano tolti i beni futuri, beni espressamente compresi nella garanzia patrimoniale ai sensi dell'art. 2740, primo comma, cod. civ. Non varrebbe cioè replicare che, mediante la *falcidia*, è sacrificata l'aspettativa del creditore di ottenere l'integrale soddisfazione della pretesa mediante i beni che, in un momento successivo, perverranno nel patrimonio del debitore. La valutazione comparativa tra il tasso di soddisfazione programmato dall'accordo di ristrutturazione e quello conseguibile negli scenari alternativi, sembra riguardare anche gli ipotetici beni che, all'interno di tali scenari, pervenissero nella disponibilità del debitore. Si pensi che il codice della crisi d'impresa e della insolvenza prevede espressamente la prosecuzione dell'impresa in seguito all'avvio della liquidazione giudiziale (cfr. art. 211). Dunque, la valutazione comparativa deve essere svolta non soltanto con riferimento ai beni presenti nel patrimonio dell'impresa al momento della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, ma anche con riferimento ai beni futuri, ponendo come termine di riferimento l'eventuale *continuazione liquidatoria* dell'impresa dichiarata insolvente (eloquente sul punto T. Roma, sez. fall., 21 marzo 2018 [decreto]), ossia una insolvenza la quale preservi l'esercizio aziendale e assicuri i flussi che da essa discendono. In questi casi, la comparazione coinvolge la stima dei beni futuri ed esige una prognosi su quante risorse l'impresa riuscirà a generare dopo la dichiarazione di insolvenza e prima della cessione del complesso aziendale.

⁶⁴ La capacità dell'accordo di ristabilire il credito e, per questa via, di determinare il superamento della crisi sembrerebbe del resto coerente al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, tesi che negli ultimi anni ha guadagnato un certo consenso nella dottrina (NUZZO, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, II, p. XIII, nonché, nello stesso volume, PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori*

Se le considerazioni svolte sino ad ora fossero corrette, dovremmo fatalmente giungere alla confutazione del titolo. Quelli stipulati nell'ambito della crisi d'impresa non possono correttamente designarsi *accordi a sfavore di terzo*.

Non perché essi siano irriducibili negli accordi. A tale classificazione non è di ostacolo il principio di relatività degli effetti, il quale è regola tra le regole giuridiche e, come tale, sempre esposta a una successiva destituzione per mano di una rinnovata volontà legislativa.

Né perché siano di ostacolo le categorie. Mettendosi da una visuale positivista, non vi sono *idee* che precludano le scelte del legislatore. All'interprete spetta di riformulare costantemente le griglie dogmatiche in ragione delle mutazioni legislative. E tali mutazioni possono ben associare agli accordi di diritto privato una schiera di effetti orientati verso i terzi.

Ad escludere che i nostri siano *a sfavore di terzo* è soltanto il rilievo che da essi non discende alcun sacrificio, alcuna perdita pa-

non aderenti, p. 570 ss.; ONORATO, *Principio di sussidiarietà e natura degli accordi di ristrutturazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 3, p. 690 ss.; FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica, I contratti*, 2015, 12, p. 1168 ss.; FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l. fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Il fallimento*, 2016, 8-9, p. 928; SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile*, cit., p. 1039; CAZZETTA, *Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa*, cit., p. 527-528). In questo quadro vale la pena ricordare l'idea che, nel prevedere interventi diretti alla rimozione di ostacoli all'ottimale funzionamento del mercato, anche l'art. 41 della Costituzione potrebbe giustificare la previsione legislativa di atti di autonomia privata i quali superino i tradizionali limiti esterni al fine di rendere più efficienti gli scambi (cfr. IAMICELI, *L'esclusione dal contratto*, Torino, 2012, p. 99 ss.). Non vi è infatti dubbio che alle procedure concorsuali è stato tradizionalmente assegnato l'ufficio, di rilevanza pubblicistica, di ristabilire il normale funzionamento del mercato alterato dalla crisi della impresa. Guardando invece dalla angolazione delle fonti sovraordinate di origine unionale, la capacità degli accordi di indirizzare la falciatura verso i terzi è espressamente contemplata dalla direttiva UE n. 1023/2019: sul punto si rimanda a D'ATTORRE, *La ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli adr e nel concordato preventivo*, cit., p. 161 ss.

trimoniale⁶⁵. In quanto programmano la falcidia di una porzione del credito ormai separata dalla garanzia patrimoniale, gli accordi di ristrutturazione non recano alcuno sfavore agli estranei poiché nulla sottraggono a loro.

Il credito falcidiato dall'accordo di ristrutturazione è, in altre parole, un credito già perduto.

Si è scritto che il credito commerciale ha dentro di sé l'insidia della falcidia⁶⁶ e che la crisi pone tale credito in un regime particolare, in una situazione *di pericolo*⁶⁷. L'accordo di ristrutturazione ha ad oggetto codesta specie di credito e ha per scopo di distribuire le risorse residue nel patrimonio del debitore. Quando ciò che resta non consenta di pagare i crediti per il loro valore nominale, l'accordo rimodula il valore delle obbligazioni, diminuendole in misura corrispondente a quello che è rimasto⁶⁸. La parte del credito falcidiato non è *tolta* dall'accordo, ma dalla crisi che lo precede.

⁶⁵ In questi termini, NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in *Il dir. fall.*, 2016, 5, p. 1110, osserva che non si può discorrere di un effetto svantaggioso se quel che si ottiene è pari o superiore a quello che si otterrebbe nelle ipotesi alternative all'accordo; analogamente NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare se stessa?*, in *Il fall.*, 2015, 11, p. 1184 e FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti*, cit., p. 928.

⁶⁶ GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 50. Nota NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001, p. 73, che l'imprenditore è un debitore "consustanziale", il quale stabilmente contrae obbligazioni e, pertanto, è costantemente esposto al rischio di non adempierle. Nella stessa prospettiva SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo*, cit., p. 1036, osserva come la garanzia patrimoniale dell'imprenditore sia naturalmente provvisoria.

⁶⁷ DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p. 247; D'ATTORRE, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 760.

⁶⁸ Facendo sì – diremmo con CAZZETTA, *Autonomia privata e autorità nei procedimenti di regolazione della crisi di impresa*, cit., p. 513 – che il credito sia "parametrato alla realtà e non alla finzione".

MAURO ORLANDI
Professore ordinario di diritto privato
Università Cattolica del Sacro Cuore

SILENTIUM LEGIS

SOMMARIO. 1. Relatività del silenzio. – 2. Silenzio ermeneutico. – 3. *Segue* Silenzio semantico. – 4. Dal generale al particolare. – 5. Il silenzio della clausola generale. – 6. *Silentium legis*. Un caso. – 7. *Segue*. Sistematica della prossimità. – 8. Il problema della lacuna assiologica. – 9. *Segue*. La c.d. disapplicazione assiologica. – 10. Primato della parola.

1. Relatività del silenzio.

Nella cittadella del diritto il silenzio deve concepirsi come un ente: un fatto; non già un nulla. Si direbbe come il *vacuum*, che chiamiamo silenzio, sia costituito dalla propria negazione; e così dalle parole o dai segni che ad esso si oppongono. Lo spazio del silenzio è de-finito dallo spazio del percepibile (suono; immagine; tutto ciò che cade sotto i sensi). Potremmo ragionare come ‘silenzio’ sia il luogo dell’assenza; stretto entro i confini dei presenti.

Sotto questa luce, il silenzio è un fatto come gli altri; empiricamente accertabile. E come ogni altro fatto, esso reclama una domanda di senso. Che significa?

Se ci fermiamo a riflettere, la parola «senso» sembra evocare un dirigersi verso altro-da-sé. Il senso dei fatti e delle cose è la direzione che l’osservatore traccia; sicché all’apparire di A egli è condotto verso B. Significare come farsi segno; il fatto o la cosa assume ‘senso’, perché non permane chiuso in sé ma implica una direzione fuori di sé. Il significato è appunto questa direzione, che istituisce una relazione tra fatto e fatto; universalmente, tra ente ed ente.

La logica del senso implica il passaggio dal materiale all’immateriale. Uscire da sé è materialmente impossibile; ed è

postulabile solo nel mondo spirituale del pensiero. Il significato è una categoria razionale, con cui l'osservatore riduce in concetto l'empirica apparenza delle cose. E così edifica relazioni di senso.

Il dato, che sembra offrirsi ai nostri sensi immediatamente, carico della propria naturale e banale evidenza, si dimostra in verità una immagine mentale; *speculum intellecti*, sollevato alla coscienza sistematica. La coscienza fa dell'appercezione un concetto; e rende il fatto memorabile (suscettibile di memoria, ossia di riproduzione intellettuale¹), e perciò comparabile con altri concetti; e ordinabile in sistema di senso. Non si offrono al nostro sguardo meri fatti. Prima di essere concepito, il fatto o la cosa è un nulla. Allo sguardo del giurista si offrono non fatti ma soltanto fattispecie; ossia concetti.

2. Segue. *Silenzio ermeneutico.*

Il mondo appare ai nostri occhi come un cosmo *significante*; e non come *caos*. Il significare implica una *relazione tra due termini*: il termine *significante*, ossia il dato materialmente percepibile all'osservazione; il termine *significato*, ossia il concetto associato al primo. Qui interessa notare come la intelligenza delle cose, senso che l'uomo è capace di attribuire a fatti o a fenomeni della realtà, si vale di due criteri fondamentali. Da un lato il nesso causale, con cui spieghiamo il divenire; d'altro lato, il linguaggio.

Ogni fatto appare alla nostra mente non come chiuso e isolato in sé stesso; bensì come dipendente da un altro fatto, in una relazione condizionale. Ragioniamo come la causalità si riveli una rappresentazione del divenire; e come anch'essa implichi il porre in

¹ Con chiarezza lo ZHOK, *Breve introduzione al pensiero di Hegel*, inedito, consultato grazie alla cortesia dell'autore: «Anche la meno esigente delle categorie, la più vuota, come 'qui' od 'ora', era già una nozione di valore universale; e categorie simili sono necessarie per identificare alcunché di sensibile. Ma questa osservazione ha un valore generale. Ogni contenuto di cui abbiamo conoscenza, di cui siamo in grado di parlare e di avere scienza, è già un contenuto universale; se così non fosse, ogni sua occorrenza sarebbe una singolarità senza niente in comune con altre singolarità, e non potremmo perciò pensarlo o dirlo in momenti diversi come lo stesso contenuto». 'Identificare' significa annientare la 'singolarità'; rendere identico; ossia ripetibile come medesimo, infinite volte. L'identità è un universale. Senza identità ogni relazione sarebbe impensabile. Le identità giuridiche non fanno eccezione a questa legge.

concetto la mera e materiale percezione, e così l'erigere l'idea della relazione.

Tra realtà materiale e pensiero parrebbe scavato un abisso², giacché nessun fatto e nessuna cosa del mondo empirico sono pensabili senza *rappresentazione*, ossia senza la *posizione in concetto*. Tutto il mondo è una rappresentazione concettuale³; e postula la edificazione *in mente hominis* di una *forma rappresentativa*⁴.

Se il significare istituisce relazioni di corrispondenza, allora anche la ermeneutica dei fatti è una *significazione*, ossia la costruzione concettuale di relazioni tra termini che si tengono insieme. Qui il giurista colloca il concetto di *concludenza*. «*Il contegno – insegna Emilio Betti – si qualifica concludente in quanto impone una conclusione, una illazione logica fondata...sullo spirito*

² «*Opposizione insuperabile*» scrive il CACCIARI, *Filosofia e tragedia. Sulle tracce di Carlo Diano introduzione a C. Diano*, in *Il pensiero greco da Anassimandro agli Stoici*, Torino, 2007, pp. 23, 24 - quella tra forma ed evento, soggiungendo che, se tale paradossale relazione «*si presentasse in una forma logicamente definibile, entrambi i suoi membri si ridurrebbero ad essa e vi sarebbe Forma soltanto*».

³ «*La logica — osserva il CACCIARI, Krisis. Saggio sulla crisi del potere negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano, 1976, p. 64 — non scopre la logicità del mondo, ma definisce gli strumenti e i modi del nostro impossessarci del mondo».

⁴ Anche il sintagma 'forma rappresentativa' è da attribuire al BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, p. 62; già annunciato in *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, ora in *Riv. it. scienze giur.*, 5, 2014, p. 13; celebre prolusione, detta il 15 maggio 1948 presso la facoltà giuridica romana. La prolusione fu data in stampa sulla *Rivista italiana per le scienze giuridiche* del 1948, pp. 31 ss. Il corso di diritto civile, svolto dal 25 novembre 1948 al 28 maggio 1949, fu pubblicato nello stesso 1949 sotto il titolo '*Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*'.

Da leggere la recensione di MENGONI alla *Teoria generale dell'interpretazione*, nella edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990, in *Studia et documenta historiae et juris*, 1991, p. 326. M. considera il Betti «l'ultimo grande dotto di una generazione di studiosi irripetibile».

Non credo che il concetto del testo coincida perfettamente con quello del Betti: qui forma sta per fattispecie; idea del fatto. Non è peraltro un caso che ancora al Betti – secondo una corrente filologica – sia da ascrivere, almeno nella nostra letteratura, anche la paternità di quest'ultimo *nomen*.

di coerenza cui, secondo le comuni vedute, deve informarsi ogni comportamento tra consociati»⁵.

Lo spirito di coerenza svolge la forza trascendentale della ragione, e interpreta il mondo traendone un ordine razionale, ossia una relazione di logica dipendenza tra fatto e fatto⁶. La rappresentazione dei fatti, quale ricostruzione razionale di ciò che accade o che ci appare, si dimostra in primo luogo un esito ermeneutico, ossia una costruzione ideale tratta per *concludenza razionale*.

Si può dunque ordinare la dinamica della significazione in due fasi: *fase ermeneutica*, volta alla rappresentazione causale del divenire⁷; *fase semantica*, volta alla costruzione di codici di significazione: ordine formale di corrispondenza tra segno e concetto. Da un lato l'ermeneutica, pre- ed a-linguistica; d'altro lato il linguaggio, quale forma codificata. La *ratio* ermeneutica si vale della concludenza; la *ratio* semantica della codificazione. Diremo "ermeneutica" la rappresentazione dei fatti che *prescinde dal linguaggio*, ossia dalla forma linguistica dei concetti⁸.

Con la formula 'silenzio ermeneutico' possiamo in astratto

⁵ BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 138.

⁶ «Mediante la categoria di causalità, un termine viene posto in relazione con un altro termine. [...] la categoria della causalità, [...] è una funzione del nostro intelletto, una maniera di conoscere i fenomeni». Così IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, pp. 55 ss.; ora in Id., *Norme e fatti*, Milano, 1984 (dove le citazioni), p. 31.

⁷ Ad essere più precisi, la conoscenza ermeneutica, ossia la forza trascendentale che suscita oggetti ideali nella mente degli uomini, si vale di congetture; ed elabora così una conoscenza del verosimile.

⁸ Si deve con il Mengoni distinguere la logica della causalità in due ordini valutativi: «le coppie causa-effetto e mezzo-scopo rappresentano la medesima relazione, valutata in modo diverso. A differenza della valutazione in senso aitiologico, la quale procede dal primo termine della serie contemplando due termini alla volta, la valutazione in senso teleologico prende costantemente di mira l'ultimo termine, che assurge perciò a valore di principio (causa finale), e in funzione di esso tutti i termini intermedi sono *complessivamente* valutati come mezzi» (enfasi nel t). Così MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, pp. 156-186, prolusione al corso di diritto civile, detta nell'Università di Trieste il 14 dicembre 1951; e in *Obbligazioni e negozio*, *Scritti II*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011 (da cui le citazioni), p. 71. Per una trattazione v. ora il mio *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, p. 66 ss.

indicare due concetti. La banale insignificanza, ossia l'impossibilità di inferire dal fatto una qualche conclusione; la sapida significanza, e così il senso che il fatto esibisce, nel proprio presentarsi in determinate circostanze di luogo e di tempo. Vedere un uomo camminare sulla strada non lascia inferire significati degni di nota, almeno agli occhi dell'osservatore-giurista. Diversamente, vedere Tizio che, depositata una moneta presso una edicola, ritira il quotidiano parrebbe lasciare concludere per un contratto di vendita.

Ermeneutica è l'assenza delle parole. Più precisamente, la mancanza di morfemi⁹, ossia di segni conformi a un codice, tale che "Se segno A allora significato B".

3. Segue. *Silenzio semantico.*

Qui si colloca la nozione di codice linguistico.

Il segno in sé, come empirica alterazione del reale, è impenetrabile. Esso è in grado di suscitare nel percipiente una idea secondo una duplice modalità.

In primo luogo, con l'*applicazione di un codice linguistico*, che consenta di de-codificare i segni percepiti e di isolarne il significato artificialmente prestabilito. Ad esempio: se percepisco (nel senso materiale: odo il suono o vedo lo scritto) la parola 'bicchiere' la mia mente si volge al concetto di una cosa, denotata da determinate forma e funzione. La parola è qui un dato (appunto, un segno) percepibile, al quale è convenzionalmente associato l'enunciato del concetto.

In secondo luogo, con l'*applicazione di un criterio di esperienza*, sicché la posizione contingente del fatto, l'essere esso avvenuto in determinate circostanze di tempo e di spazio, lasci inferire *ex post* un

⁹ Viene utile la distinzione tra *fonema* e *morfema*, spiegata dal SIMONE, *Fondamenti di linguistica*², Bari, 1992, p. 130: «solitamente il morfema viene definito come l'*unità linguistica minima dotata di significato*. Le due specificazioni "minima" e "dotata di significato" devono essere prese congiuntamente, perché esistono altre unità linguistiche delle quali si può, sì, dire che siano "minime", ma che sono prive di significato (come i fonemi); e all'inverso esistono unità dotate di significato che però non sono minime in nessun senso (come i sintagmi)» (enfasi nell'originale).

qualche senso¹⁰. Il Tizio che lascia appunto una moneta e prende un giornale.

Il *codice linguistico* implica una stipulazione (espressa o consuetudinaria) sul significato dei segni¹¹. Il codice è una legge di corrispondenza o dipendenza, pensabile secondo lo schema logico del Se>Allora (If/Then). La comunità linguistica dei dialoganti istituisce la legge del segno e così codifica la *disciplina formale del segnare*¹². Sul piano giuridico, queste categorie giustificano l'istituzionale dicotomia dichiarazione espressa - fatto concludente.

La dichiarazione si vale di *simboli*, che *esprimono* significati secondo un codice linguistico. Diremo qui che *il significato preesiste al simbolo*. Il fatto concludente si vale di *segni*¹³, che *lasciano inferire* per illazione un senso dalle circostanze, secondo una concludenza ermeneutica e non attraverso un codice linguistico. Diremo qui che *il significato non preesiste al segno*.

Soccorre la distinzione tra segni convenzionali o artificiali, esposti al senso semantico; e segni naturali, esposti al senso

¹⁰ V. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, pp. 10 ss. V. anche GENTILI, *Senso e consenso*, I, Torino, 2015, pp. 190 ss.

¹¹ Si tratta di fenomeni ampiamente studiati sul piano linguistico. Per tutti cfr. SIMONE, *op. cit.*, p. 31: «le lingue sono codici (un termine equivalente a sistemi di segni, ma molto più comodo nell'uso), cioè sistemi di corrispondenze tra l'ordine dell'espressione e l'ordine del contenuto». Per il giurista, il mero segno costituisce un fatto concludente, il quale non esprime un significato secondo un codice linguistico, ma lascia inferire una conclusione secondo una regola d'esperienza.

¹² «La lingua come forma è forma del parlante e di chi ascolta, cioè di due soggetti della comunicazione»: DE MAURO, *La forma linguistica*, Milano, 1972, p. 74.

¹³ Meri segni; non simboli. Il segno non è codificato; il simbolo è un segno codificato. Per questi svolgimenti v. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 105 ss.; PAGLIARO, *Il segno vivente. Saggi sulla lingua ed altri simboli*, Napoli, 1952, p. 265 ss.; DE MAURO, *Introduzione e commento all'ed. italiana di Saussure* (1916), Bari, 1967, p. 13; HAGÈGE, *L'homme de paroles. Contribution linguistique aux sciences humaines*, trad. it. *L'uomo di parole*, Torino, 1989, pp. 55 ss.

ermeneutico. I primi sono decodificabili; i secondi, argomentabili¹⁴. È da notare come la significazione ermeneutica e la significazione semantica si spieghino entro l'universale della relazione: sicché ogni senso si svolge nel nesso tra due termini, sicché Se A allora B. La significazione ermeneutica e la significazione semantica condividono codesto rinviare ad altro da sé; uscire dal singolare e svolgere appunto un senso, una direzione esterna.

Esprimere implica la forza stipulativa e funzionale (nel senso proprio di corrispondenza necessaria tra due termini) del codice espressivo, ossia la legge formale del significare. Per il giurista non tanto è vero che i significati debbano estrarsi esclusivamente per via semantica (codificazione-decodificazione); quanto piuttosto che sia necessario costruire un *ordine giuridico dei significanti*, delle fonti materiali capaci di restituire il significato; e così l'idea, ossia la fattispecie, applicabile al caso.

E dunque avremo – nella semplificazione di queste pagine – da un lato il testo simbolico e il correlativo plesso dei significati espressi; dall'altro, il contesto situazionale¹⁵ con il corrispondente novero dei sensi inespressi. La relazione tra tali fonti materiali suscita appunto il problema della disciplina e dell'ordine di priorità. La decodificazione e interpretazione testuali e co-testuali della fonte materiale precedono contesto e circostanze, perché i generatori della fonte (legislatore, in senso stretto; giudice; parti del contratto) hanno affidato il senso all'espressione simbolica¹⁶.

Come ogni fattispecie, anche il silenzio può assumere – se mal non ragiono – senso ermeneutico e senso semantico. Ermeneutico, quale silenzio concludente; semantico, quale silenzio espressivo o codificato.

Abbiamo visto sopra l'immagine del Tizio che lasci la moneta

¹⁴ Per dirla con l'IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 75, «l'interpretazione dei segni convenzionali è volta ad accertare il loro *contenuto significativo* (ciò che sta, per così dire, *dentro* cli essi); e che l'interpretazione dei segni naturali è volta ad *argomentare* un altro fatto (ciò che, necessariamente presupposto o necessariamente escluso dal loro accadere, sta *fuori* di essi)».

¹⁵ IRTI, *Testo e contesto*, cit., pp. 23 ss.

¹⁶ Per una trattazione v. ancora il mio *Introduzione alla logica giuridica*, cit., spec. pp. 81 ss.

presso l'edicola e prenda un giornale: esempio di silenzio concludente. Pensiamo d'altro lato al silenzio espressivo o semantico. «Anche il silenzio – nota l'Irti¹⁷, – può assumere la funzione di segno convenzionale e, dunque, di dichiarazione espressa: sempre che le parti ne abbiano previamente stabilito il significato. Interpretare i segni convenzionali è applicare ad essi le *regole d'uso*, gli accordi collettivi o individuali, che istituiscono il legame tra significante e significato». Molte disposizioni parrebbero codificare il silenzio: ad esempio l'art. 1236 c.c. sulla remissione del credito, secondo la quale in mancanza di un rifiuto espresso, si determina l'effetto estintivo della remissione. Oppure l'art. 1333, secondo comma, c.c., che (secondo i più) attribuisce al silenzio del destinatario il valore di accettazione della proposta¹⁸.

L'espressione 'silenzio semantico' esibisce anch'essa un doppio valore. Da un lato la mera assenza di qualsiasi codificazione; dall'altro, la presenza di un morfema analfabetico, ossia non letterale (senza alfabeto), che si dimostri codificato e così rinvii al concetto formalmente corrispondente.

Se il giurista è alla ricerca della fattispecie, egli è chiamato a dimostrarne la posizione. Questa è ricerca di significato: ossia del modo con cui estrarre dal dato, che chiamiamo fonte materiale¹⁹, il concetto della fattispecie, applicabile al caso. Il silenzio può darsi come fonte, si potrebbe pur dire: così convocando il problema di senso; il quale si converte e risolve in posizione di fattispecie. Tutto il diritto, e tutto il nostro sguardo sul mondo, si svolge nella dinamica della significazione; e nel metodo, con cui è all'osservatore dato di dimostrare senso giuridico; e con esso la costruzione delle

¹⁷ IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 73.

¹⁸ Si prescinde qui dalle varie e diverse linee di letteratura intorno al carattere negoziale o non negoziale di tali silenzi. Qui rileva la relazione semantica di codificazione: ossia che anche il silenzio, nella propria natura di ente, è logicamente suscettibile di codificazione.

¹⁹ L'intelligenza del fenomeno sembra apprezzarsi appieno soltanto attraverso la dinamica del significare. Nella quale è dato distinguere due figure: fonte *materiale*, entro la categoria dei significanti, ossia dei modi percettivi da cui ricavare significati giuridicamente rilevanti; fonte *immateriale*, entro la categoria dei significati, ossia delle fattispecie applicabili. Cfr. ORLANDI, *Del significare*, Torino, 2020, p. 7 ss.

fattispecie.

4. *Dal generale al particolare.*

La posizione della fattispecie è logicamente inevitabile. Non si può uscire dal concetto in cui il fatto è pensato: prima di essere formato in concetto, il fatto è razionalmente ineffabile. Dirlo tale, e collocarlo in uno spazio estraneo al pensiero, ossia alla fattispecie, è già aver ridotto l'ente (fatto o cosa) a concetto. Non si esce dall'idea del fatto.

La logica del fatto si risolve in logica della fattispecie. La coppia reale-ideale appare allo scrutinio razionale spuria e contraddittoria. "Reale" è una nota del concepito, non già della materia in sé e per sé. Il fatto non è reale o ideale; bensì astratto o concreto; che equivale a generale o particolare. Ossia più o meno connotato da caratteri specifici di luogo e di tempo, che lo comprendano con maggiore o minore precisione in un paradigma spaziale e temporale. Anche l'esistenza qui, in questo specifico luogo e questo specifico tempo, è un giudizio; che colloca la percezione entro uno schema spazio-temporale.

Si possono ordinare tre fattispecie, e così isolare tre schemi logici del fatto. La fattispecie «astratta», in genere ricavabile dalla disposizione di legge (e testi omologhi), che descrive una classe di fatti possibili; la fattispecie «concreta», ricavabile (in genere) per via ermeneutica, ossia per concludenza²⁰, che indica il particolare schema o paradigma, applicabile nella congiuntura storica; il «caso», ossia il fatto materiale pensato in riguardo di conformità o difformità

²⁰ Può essere utile un esempio. Muoviamo dal «fatto colposo» dell'art. 2043 c.c. La formula «fatto colposo» esprime una astratta classe di possibili. Le circostanze storiche, ossia l'accadere nel tempo X e nel luogo Y, potranno esibire (secondo un processo logico che chiamiamo «concludenza»: v. *infra*, § successivo) una connotazione concreta; che diventerà – esemplificheremo – uno schema particolare, adeguato alla congiuntura: non superare una certa velocità; adottare determinate misure; e così via. È rispetto a questo schema concreto che valuteremo la condotta di Tizio: diremo colposa la condotta difforme dallo schema concreto; non colposa, quella conforme. Uno scendere dal generale al particolare.

Non sembra che la tecnica semantica o ermeneutica di incida sul grado di astrazione; il quale appare governato dal principio di *prossimità al fatto storico*, connotato dall'*hic et nunc*.

alla fattispecie concreta.

Come si passa dalla materialità del fatto storico all'immaterialità della fattispecie? Il lettore subito storcerà il naso per la «fattispecie concreta», elevata nella categoria del concetto; e soprattutto per quel «caso», incluso persino esso nella logica della fattispecie e così espunto dalla fisicità degli accadimenti.

Il nesso che intercede fra le tre fattispecie – fattispecie astratta, fattispecie concreta, caso – ha indole meramente logica. Il pensiero riduce il fatto a «caso particolare»; e così lo schema del fatto *esistente* si rivela adeguato, ossia conforme allo schema del fatto *eventuale*.

Specularmente, dalla fattispecie astratta si volve per gradi di approssimazione verso il caso; un avvicinarsi, nella progressiva definizione dello schema logico applicabile allo spazio-tempo rilevante²¹. Perdendo la propria empirica concretezza e individualità, ossia i connotati che lo rendono singolare, irripetibile, irrelato e irriducibile, l'esistente si semplifica a « caso » del possibile; il nesso che congiunge l'uno all'altro è legame logico di particolare a generale; ossia di concetto a concetto²².

Il problema diventa allora di studiare le *tecniche di posizione* della fattispecie; processi, con cui il pensiero costruisce l'idea; forma logica del fatto. Le tecniche di posizione della fattispecie si risolvono in *modi della significazione*.

Questa prospettiva conduce il discorso verso due problemi

²¹ Sono da richiamare su questa linea gli studi di FREGE, *Senso e significato* (1892), in ID., *Logica e aritmetica*, Torino, Boringhieri, 1965, p. 374-404, intorno alla cosiddetta logica referenziale. La fattispecie astratta si risolve nel significato estensionale (o estensione), la quale denota la classe degli individui indicati dal termine; la fattispecie concreta connota gli individui della classe attraverso proprietà congiunturali e particolari. Da leggere le considerazioni di FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, n. 4, §5, nt. 63 e testo corrispondente.

²² «Per il giudice giurista — avverte con speculativa potenza lo HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*³, Milano, Bompiani, 2016, §226, p. 385 — in quanto organo della legge, il caso deve essere stato preparato per la possibilità della sussunzione, vale a dire: il caso deve essere stato estratto dai suoi *caratteri empirico-fenomenici* ed elevato a fatto riconosciuto e a *qualificazione universale* » (enfasi aggiunta).

ermeneutici (nel senso lato di attribuzione di senso), sui quali parrebbe utile ragionare. Da un lato il silenzio della vaghezza; dall'altro, il silenzio normativo. Come estrarre dalla vaghezza della clausola generale la fattispecie concreta? Anche la vaghezza a ben riflettere è una forma del silenzio; giacché tace sulla fattispecie, ossia non esprime il paradigma applicabile. Parimente, come interpretare il silenzio di norme 'strette'? Si pensi al problema, così vivacemente discusso, dell'art. 1385 c.c. sulla c.d. 'caparra risarcitoria'. La disposizione tace sul caso – giunto a più riprese sui tavoli giudiziari – della eccedenza, tale che (ad esempio) il doppio della caparra superi di gran lunga il danno effettivo. Anche questo è trattato in letteratura come *silentium legis*: potrebbe applicarsi analogicamente la disciplina della penale eccessiva? Che senso attribuire al silenzio dell'art. 1385 c.c.?

5. *Il silenzio della clausola generale.*

Tutto il diritto è attraversato e anzi costituito dalla necessità del *giudizio*. Il diritto è una tecnica di posizione dei termini, entro cui svolgere il sillogismo applicativo²³.

Notiamo come la necessità del giudizio conformativo implichi la correlativa necessità della fattispecie concreta, ossia di un grado di prossimità tale da rendere possibile il confronto fatto esistente/fattispecie. «Obbligo di buona fede» che si legge nell'art. 1337 c.c. si rivela una espressione spuria, siccome incompleta: essa esige un processo di specificazione, con il passare dal *genus* «buona fede» alla *species* «comportamento X».

Questo è il senso di buona fede come «clausola generale»: uno stadio preliminare e orientativo del conoscere, il quale reclama il ricorso a mezzi di specificazione capaci di determinare la fattispecie concreta applicabile alla congiuntura storica²⁴. Allo sguardo analitico, la buona fede finisce per ridursi a clausola di rinvio, ossia a concetto preliminare e insufficiente; il quale convoca altre fonti materiali (significanti)²⁵, attraverso cui fondare la posizione della

²³ Per tutti, ovviamente IRTI, *Rilevanza*, cit., spec. 42 ss.

²⁴ Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 29 ss.

²⁵ *Supra*, § 3, nt. 15 e testo.

fattispecie concreta. Il silenzio della clausola generale si risolve allora in mancanza di parole; sicché la fattispecie concreta, ossia il modello prossimo al caso, sembra – in difetto di disposizioni specificanti – convocare la concludenza entro la quale svolgere per illazione la congettura della fattispecie concreta, congiunturalmente applicabile al caso.

Esemplifichiamo, ragionando nella logica dell'art. 1337 c.c. Siamo alla ricerca della fattispecie «condotta di mala fede» al «verificarsi» della quale si costituisce l'obbligazione risarcitoria. Iniziata la trattativa per la formazione del contratto, le circostanze (i fatti e le cose intorno) potrebbero lasciar evincere la esigenza di una determinata informazione: se ad esempio sia stata presentata una «domanda di sanatoria urbanistica» con riguardo al bene di cui si tratta la vendita (ognuno formuli esempi adeguati).

La clausola generale reclama fonti determinative. E poiché la fase semantica prevale logicamente su quella ermeneutica²⁶, il rinvio sarà soddisfatto primariamente attraverso le parole delle disposizioni collegate; secondariamente, attraverso la concludenza delle circostanze. Pensiamo ancora al rapporto tra gli art. 1337 e 1338 c.c.: nel secondo, il *genus* buona fede è specificato nella *species* «dare notizia della causa di invalidità». La quale potrà ulteriormente precisarsi in (eventuali) altre norme applicabili; e secondo le circostanze, fino a giungere alla posizione della «fattispecie concreta del caso». Ossia al paradigma, con cui giudicare conforme o difforme il concreto comportamento di Tizio.

Nessuna clausola generale è autosufficiente. Sempre essa esibisce un silenzio in cerca di fattispecie concreta. E postula l'applicazione di una tecnica di significazione, attraverso la quale raggiungere la dimostrazione della fattispecie concreta ricavabile e applicabile. Come passare dalla vaga «buona fede» al preciso obbligo di offrire a Tizio la informazione X? *Nihil sub sole novum*: dapprima convocando sistematicamente le disposizioni specificanti; di poi (ma se ne può dubitare) applicando *standards* esterni, variamente fruibili. Per tale via, parrebbe cogliere nel segno la c.d. 'teoria della norma

²⁶ *Supra*, § prec.

secondaria²⁷: tutte le norme sono secondarie. Tutte le disposizioni debbono essere coniugate con le altre prossime, saggiate nella reciproca coerenza semantica e sistematica. Soltanto ove permanga uno spazio da colmare, potrebbe ricorrersi alla determinazione ermeneutica, ossia alla conclusione dei fatti e dei criteri di esperienza.

La legge formale della lingua precede l'informe conclusione dei fatti.

6. *Silentium legis. Un caso.*

Quid se, in applicazione dell'art. 1385, secondo comma, c.c., il doppio della caparra ecceda 'manifestamente' il danno? Com'è noto, il caso ha suscitato vivace dibattito; eccitando la convinta adesione dei fautori della clausola generale di buona fede: qui coniugata con il principio di solidarietà ricavabile dall'art. 2 Cost. e declinata quale causa di nullità della clausola di caparra, che implichi un risarcimento manifestamente eccessivo rispetto alla misura del danno effettivo.

Se non ragiono male, il problema risiede nel silenzio dell'art. 1385 c.c.; il quale tace sulla disciplina del caso, e non prevede l'ipotesi che la caparra risarcitoria, destinata a risarcire forfetariamente il danno, ecceda largamente il pregiudizio obiettivamente sofferto.

Che significato attribuire a tale silenzio? Si tratta di una lacuna? o di una disciplina? Tacendo la legge *non ha regolato*, così espellendo dal dominio dei casi sussumibili²⁸ la caparra risarcitoria eccessiva? o *ha* essa invece *regolato*, imponendo comunque il

²⁷ Disputa, resa annosa dalla clausola 'danno ingiusto' dell'art. 2043 c.c.: norma primaria, autosufficiente, la quale rinvia a criteri di determinazione meramente ermeneutici? o norma secondaria, che esige di essere coniugata con altre disposizioni vigenti, dalle quali formalmente ricavare il diritto suscettibile di lesione? Su questo dibattito v. le belle pagine del MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 72 ss. Primo tra i fautori della teoria della 'norma primaria' o 'clausola generale' RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, pp. 84, 86, 116. Per svolgimenti critici, v. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 1218, spec. pp. 129 ss.

²⁸ Dominio dei casi sussumibili o sfera di applicazione diretta della fattispecie: v. il mio *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, p. 174 ss.

risarcimento forfetario, e così escludendo l'applicazione dell'art. 1384 c.c., che prevede la riducibilità della penale eccessiva?

Il silenzio della legge, intesa come fonte descrittiva di fattispecie, convoca un duplice problema: da un lato la lacuna e il ricorso alla tecnica analogica; dall'altro, l'antinomia, ossia il contrasto tra gli artt. 1384 e 1385 c.c. Potremmo qui distinguere tra silenzio negativo, il quale non rechi una disciplina del caso e si limiti alla lacuna; e silenzio positivo, il quale includa il caso tra quelli suscettibili di risarcimento forfetario, nella non riducibile misura dell'art. 1385 c.c.

Muoviamo dal silenzio negativo.

Possiamo associare i concetti di silenzio e di lacuna. Se non ragione male, essi potrebbero considerarsi contigui; e forse sinonimi. La lacuna è il silenzio della fonte: stabilendo il dominio del sussumibile, l'interprete stabilisce il confine semantico del significato; e dunque, necessariamente, l'oltreconfine. Lacuna non è tuttavia un 'oltre' *sconfinato*. Appare piuttosto l'area de-terminabile del simile; che pone all'osservatore il *problema dell'assimilazione*.

L'interprete ha dinnanzi il singolo enunciato (la legge) dal quale ricavare la norma e applicarla al caso. Ossia *ricavare semanticamente il dominio dei casi sussumibili*.

Si direbbe che l'esclusione del caso dal dominio della 'precisa' (art. 12, primo comma,) sussunzione convochi la *positiva necessità dell'assimilazione*; ossia l'estensione della fattispecie ai casi simili. Se il caso giace in uno spazio senza dominio, ossia non direttamente descritto da altre norme, allora esso appare sempre assimilabile alla fattispecie prossima (più simile).

Il lemma 'lacuna' esprime allora il *dominio dell'assimilabile*. Ossia dei casi simili, non sussumibili in nessuna fattispecie. La lacuna *coincide con il dominio esterno o area dell'analogia*²⁹.

Sotto questa luce, delle due l'una: o l'art. 1385 esibisce una lacuna, e allora potremmo pensare di applicare analogicamente – e, forse meglio, direttamente³⁰ – l'art. 1384 c.c.; o l'art. 1385 c.c. non esibisce una lacuna, ed esclude la riduzione della caparra risarcitoria eccessiva, e allora non potremmo far luogo ad analogia. Si porrà a

²⁹ ORLANDI, *op. loc. ult. cit.*

³⁰ *Infra*, § succ., fig. 2.

quel punto il problema della c.d. disapplicazione. Ne tratteremo oltre. Muoviamo dal fenomeno della lacuna.

7. *Segue. Sistematica della prossimità.*

La vicenda giudiziaria della caparra appare un laboratorio ideale del silenzio normativo. Il Tribunale di Tivoli ha com'è noto sollevato la questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'irragionevolezza, declinata come «intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità dell'art. 1385, secondo comma, del codice civile. «L'automatismo della disciplina recata dalla disposizione denunciata non lascerebbe spazio al giudice per alcun rimedio ripristinatorio dell'equità oggettiva e del complessivo equilibrio contrattuale in fattispecie – come quella al suo esame – in cui sussista una «evidente sproporzione che porterebbe ad una restituzione complessiva di somme, addirittura superiori al valore stesso dell'affare»³¹.

Con ordinanza n. 77 del 2014, la Corte Costituzionale dichiarò la questione manifestamente inammissibile per difetto di motivazione. Non avrebbe il Tribunale «tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte»³².

«E ciò in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità (totale o parziale), *ex art.* 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*, "funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale

³¹ Trib. Tivoli, Ordinanza 10 ottobre 2012, in GU 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n.5 del 30 gennaio 2013.

³² Si legge in Ordinanza 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, c. 2036, con nota di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*. Ordinanza 22 aprile 2014, n. 77, cit.

nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»³³

Io credo che l'ordinanza della Corte Costituzionale scelga una via inutile; ed epistemologicamente eversiva. Decisione *per saltum*, la quale omette verificare la sintassi delle fattispecie prossime (artt. 1384 e 1385 cod. civ.), le relazioni di genere a specie, le lacune (o silenzi) rilevanti, i sensi letterali del testo e la sistematica del contesto.

Occorre primariamente stabilire se possa – attraverso il calcolo ermeneutico testuale, co-testuale e contestuale (quando ammesso) – estrarre un significato dalle norme prossime al caso: ossia dagli artt. 1384, 1385, 1218, 1225, 1418 c.c.

A tacere di ogni altro argomento, clausole generali come quella di 'grave iniquità' o di 'buona fede' (prive di senso indicativo o referenziale, e connotate da vaghezza semantica³⁴) non possono non andare congiunte al vaglio determinativo delle fattispecie applicabili; attraverso la interpretazione delle fonti materiali

³³ L'ordinanza ha raccolto ampî consensi. V. da ultimo VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 172, il quale – se non erro - addita la pronuncia ad esempio di corretta applicazione della clausola generale di buona fede. V. su questa linea ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. Mazzamuto e L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 241-242, il quale rintraccia nell'eccedenza della caparra il carattere della grave iniquità. Titolo di nullità – in ossequio al principio positivamente ricavabile dell'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; o d'immeritevolezza, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. Queste pagine vorrebbero invece ricorrere una sistematica di prossimità, attraverso lo scrutinio delle fattispecie simili.

³⁴ Un'espressione linguistica si dice vaga – scrive LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, 1999, p. 3 – allorché i confini della sua area di applicazione, attuale o meramente possibile (a seconda che si tratti di vaghezza estensionale oppure di vaghezza intensionale), non sono delineati in modo netto. A causa di tali fluttuazioni dell'uso, accanto a una serie di ipotesi applicative non particolarmente controverse e relativamente chiare, o paradigmatiche, si verificano anche alcuni casi-limite (*borderline cases*), detti altresì casi marginali o di penombra. Quando i membri di una comunità linguistica si trovano di fronte a un caso-limite sono intrinsecamente incerti se l'espressione considerata si applichi o non si applichi alla situazione in esame. L'incertezza e "intrinseca" in quanto dipende dalle regole di significato e, pertanto, non può venire ridotta accrescendo le informazioni sul mondo esterno». Del medesimo autore da leggere il classico *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

primarie e secondarie applicabili. Del pari, la parola ‘solidarietà’ dell’art. 2 Cost. appare non la soluzione ma il problema.

Come si passa dalla vaghezza di ‘solidarietà’ alla misura della riduzione? Giova segnalare il rigore sotteso al lemma ‘passaggio’. Non un banale trascorrere, come metafora del muoversi; ma la elementare *stazione concettuale*, legata in vincolo di ‘immediata e diretta’ coerenza con la stazione precedente e con quella successiva. Ogni passaggio esige dimostrazione, ossia coerenza razionale. In questo modo il discorso; ogni discorso, anche quello giuridico, si fa teoremativo; e così suscettibile di (verificazione /) falsificazione razionale.

La scienza del diritto non sfugge al bisogno di dimostrazione; sicché ogni significato, anche il più umile e (apparentemente) banale è tale se dimostrato. La dimostrazione è un esito razionale analitico. Fondato sulla coerenza dei passaggi: processo logico che conduce dalla vaghezza del puro astratto, privo di referente ontico o esistenziale, ossia privo di fattispecie; alla concretezza della fattispecie applicabile al caso. Anche questo si può studiare come processo interpretativo

Il giudice non sarà diverso da qualsiasi altro osservatore esterno che, posto dinanzi a un importo (ad esempio) di 100, deve stabilire la misura dell’eccesso: ossia determinare il confine tra eccedente e non eccedente. Poniamo 80. Stabilito 80 – in un modo che il giudice-giurista-osservatore dovrà dimostrare con *ratio* confutabile, ossia coerente, ossia falsificabile – l’eccedenza sarà 20. E la sentenza pronuncerà i correlativi accertamento o condanna.

Dove trovare il criterio di tale misurazione? La soluzione non può che passare dallo scrutinio analitico delle norme prossime; vagliando connessioni sistematiche e nessi analogici³⁵. Il ricorso al principio vago o indeterminato è risorsa remota e ultima; sempre essa incontra il limite del testo, ossia della sistematica delle fonti prossime. La logica della prossimità³⁶ esige di muovere dalle norme simili, in cui si svolge una vicinanza tale da rendere possibile la sussunzione o

³⁵ V. sul punto il bel volume di PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, spec. 150 ss.

³⁶ Per questa nozione sia ancora consentito il rinvio al mio *Introduzione alla logica giuridica*, cit., p. 28 ss.

l'assimilazione del caso alla fattispecie concreta. E cioè dall'art. 1384 c.c., che prevede la 'riduzione della penale' manifestamente eccessiva.

In primo luogo, l'osservatore si chiederà la *ratio* sistematica dell'art. 1384 c.c.; che a me parrebbe riposare in una declinazione del principio di causalità dell'attribuzione patrimoniale, normativamente ricavabile (artt. 2033 e 2041 c.c.). Superando 'manifestamente' il valore del danno risarcibile, la penale eccessiva parrebbe priva di titolo. Se questa fosse la *ratio*, la norma sembra qualificabile non come eccezionale³⁷; bensì come regolare. La regolarità della norma starebbe in ciò: che essa non deroga all'art. 1322 c.c.³⁸ ma applica il principio normativo generale della causalità delle attribuzioni patrimoniali. La libertà delle parti di prevedere il contenuto del contratto è dall'art. 1322 c.c. ristretta nei limiti della legge; sicché non si tratta a rigore di deroga ma di coerente applicazione della disciplina normativa delle attribuzioni patrimoniali: qualsiasi attribuzione non giustificata dal titolo, ossia dalla fattispecie di danno applicabile, dovrebbe qualificarsi indebita, ai sensi dell'art. 2033 c.c.; e dunque ripetibile.

Giova considerare come il titolo del risarcimento sia la fattispecie di danno, calcolata nei modi previsti dagli art. 1223 (criterio universale) e 1225 (per l'insecuzione della prestazione). Superando manifestamente tale *misura normativa del danno*, la somma eccedente convenuta quale penale o caparra risarcitoria si dimostra per definizione priva di titolo; ossia di *causa solvendi*. E dunque nulla, ai sensi degli art. 1418, secondo comma, e 2033 c.c. In difetto di *causa solvendi*, la clausola risulta parzialmente invalida; ai sensi dell'art. 1421 c.c. l'invalidità appare rilevabile d'ufficio³⁹.

Questa analisi si lascia così schematizzare:

- a. Connessione sistematica co-testuale dell'art. 1385

³⁷ Per il carattere eccezionale dell'art. 1384 c.c. v. *ex multis*, Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, 3, c. 1044 ss., con nota di MACARIO, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti* (Nota a Cass. 30 giugno 2014, n.14776, e Trib. Foggia, ord. 1° dicembre 2014).

³⁸ Così invece Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, cit.

³⁹ Così risolvendosi in modo semplice e sistematico anche il faticoso dibattito sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale, in difetto di domanda.

c.c.;

b. *Ratio* sistematica degli art. 1384-1385 c.c.: analoga o identica funzione risarcitoria della caparra;

c. Titolo del risarcimento: art. 1218-1223-1225;

d. Disciplina del difetto del titolo: art. 1418, secondo comma, e 2033 c.c.;

e. La riducibilità si spiega con la nullità parziale della clausola per difetto del titolo;

f. Sotto questa luce, la riducibilità appare rilevabile d'ufficio, anche in difetto di domanda di parte, ai sensi dell'art. 1421 c.c.

Non soltanto l'art. 1384 c.c. parrebbe applicabile analogicamente, alla lacuna dell'effetto esibita dall'art. 1385 c.c. Ma si potrebbe ragionare anche dell'applicabilità diretta, assimilando la caparra e la penale in una unica fattispecie: quella delle clausole di predeterminazione del danno⁴⁰.

Possiamo esprimere schematicamente le applicazioni analogica e diretta dell'art. 1384 c.c.

L'applicazione analogica appare così schematizzabile:

Fig. 1 Applicazione analogica dell'art. 1384 c.c.

Nella figura n. 1 si osserva la lacuna dell'art. 1385 c.c. Esso non prevede il caso della caparra manifestamente eccessiva (per comodità grafica rappresentiamo in un unico campo entrambe le fattispecie (indipendente e dipendente)).

Si nota in particolare che il caso della caparra eccessiva è esterno al *Dominio dei Casi Sussumibili* dell'art. 1385 c.c.

Il caso è allora attirato nel *Dominio dei Casi assimilabili* dell'art. 1384 c.c.

(Per comodità grafica non sono segnate le sfumature *fuzzy* dei campi).

⁴⁰ V. PATTI, *Le clausole di determinazione*, op. loc. cit.

L'applicazione diretta sembra a sua volta così rappresentabile.

Fig. 2 Applicazione diretta dell'art. 1384 c.c.

Nella figura n. 2 si osserva il fenomeno della c.d. 'interferenza normativa' (per comodità grafica rappresentiamo in un unico campo entrambe le fattispecie (indipendente e dipendente).

In particolare. L'art. 1225 c.c. prevede la misura del danno come titolo dell'obbligazione risarcitoria (*area del titolo risarcitorio*).

L'area dell'art. 1225 è inclusa in quella dell'art. 1384 c.c.

L'area dell'art. 1384 c.c. è più ampia, perché prevede clausole risarcitorie *eccedenti* la misura, stabilita dall'art. 1225 c.c. (*area del titolo ultra-risarcitorio*).

L'area dell'art. 1384 c.c. in cui tale eccedenza è qualificata 'manifestamente eccessiva' è inclusa nell'area della nullità per difetto del titolo, prevista dall'art. 1418, secondo comma, c.c. (*area di assenza del titolo risarcitorio*).

La *ratio* sistematica delle norme coniugabili dimostra (in questa lettura) un *statuto giuridico comune* a tutte le clausole di determinazione convenzionale del danno. Tale che 'SE clausola manifestamente eccessiva, ALLORA nullità parziale' (*Dominio delle clausole risarcitorie manifestamente eccessive*).

(Per comodità grafica non sono segnate le sfumature *fuzzy* dei campi).

A ben ragionare, la soluzione sistematicamente più razionale parrebbe proprio l'applicazione diretta. Anche qui non si sfugge all'alternativa: o il silenzio dell'art. 1385 c.c. è positivo, ossia porta con sé una disciplina diversa e incompatibile del risarcimento eccedente, per il caso di caparra risarcitoria, e allora si tratterà propriamente di una deroga alla disciplina generale dell'art. 1384

c.c., così precludendone l'estensione alla caparra; o il silenzio è negativo, ossia vale come mera lacuna, e allora l'art. 1384 non sarebbe derogato e il risarcimento convenzionale chiamato 'caparra' potrebbe sul piano logico rifluire nel suo dominio applicativo. Che si chiami penale o caparra, si tratterebbe di una obbligazione risarcitoria, il cui titolo è per definizione il (ristoro del) danno. In assenza del danno, il debito si dimostrerebbe universalmente privo di titolo.

8. *Il problema della lacuna c.d. 'assiologica'.*

È emersa in dottrina una diversa soluzione, che giunge a teorizzare la disapplicazione dell'art. 1385 c.c., muovendo dal concetto 'lacuna assiologica'.

Com'è noto, l'espressione 'lacuna assiologica' indica una irrazionalità di trattamento tra casi simili⁴¹. Nella collocazione sistematica, ossia nella comparazione con 'norme simili', il testo risulterebbe «assiologicamente inadeguato [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto»⁴². Se avesse correttamente valutato la razionalità teleologica e sistematica, il legislatore «avrebbe dettato una disciplina differente»⁴³.

In altre parole, una lacuna assiologica «non è un caso privo di soluzione [una fattispecie priva di disciplina], ma piuttosto un caso con una cattiva soluzione»⁴⁴.

La lacuna non consiste qui nel difetto *tout court* di una norma. Manca, non una norma *tout court*; ma una norma teleologicamente 'giusta'. La quale distingue, prevedendo effetti diversi per casi

⁴¹ TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 25 ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 13 ss.; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004; CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007. Cfr. anche DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

⁴² Così ALCHOURRON e BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974.

⁴³ GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche e interpretazione*, in *Revus*, 2010, 14, p. 57-58.

⁴⁴ NAVARRO e RODRÍGUEZ, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, in *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 2000, p. 76.

dissimili; oppure unifichi, disciplinando allo stesso modo casi teleologicamente (razionalmente) assimilabili.

Il concetto di lacuna assiologica parrebbe implicare un'incoerenza tra 'dispositivo' e scopo della norma. Sicché ogni norma andrebbe misurata nella propria interna corrispondenza tra effetto e *ratio*, in modo da vagliarne simmetria e asimmetria.

Ove la norma risulti teleologicamente asimmetrica, ossia preveda un effetto incoerente, per difetto o per eccesso, con la propria *ratio*, allora essa sarebbe suscettibile di correzione analogica. Si tratterebbe di un'analogia *sui generis*, giacché essa avrebbe riguardo:

a) a una *ratio* simile, e non a un caso simile;

b) si applicherebbe a prescindere da una lacuna, ed anzi proprio e per definizione in difetto di lacune tautologiche; ossia di mancanza di una fattispecie che preveda il caso⁴⁵.

Non assiologia dunque. Ma teleologia razionale.

L'art. 1385 c.c., secondo comma, c.c. prevede nella caparra o nel suo doppio la misura del risarcimento, dovuto alla parte adempiente. Tale disposizione *non prevede* la riducibilità giudiziale della caparra, che risulti manifestamente eccessiva.

L'art. 1384 c.c. prevede *invece* la riducibilità della 'penale' manifestamente eccessiva, ossia della clausola che predetermini la misura del risarcimento in modo manifestamente superiore al danno effettivo.

Perché il legislatore tace sulla caparra? Coerenza non vorrebbe che, al pari della penale eccessiva, anche la caparra risarcitoria eccessiva debba essere ridotta?

Si dimostrerebbe una lacuna assiologica (teleologica) nell'art. 1385 c.c., nella parte in cui esso non prevede la riducibilità giudiziale della caparra risarcitoria eccessiva; in questo senso, la norma può designarsi come ipo-estesa, ossia mancante di un effetto (di una fattispecie dipendente) coerente con la *ratio*.

Si applicherebbe l'effetto teleologicamente assimilabile, ossia si

⁴⁵ GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ., prev.*, 2010, 2, pp. 354 ss.; spec. 362-363. Anche in ID., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 459 ss.

estenderebbe l'effetto della norma con medesima *ratio* (art. 1384 c.c.) al caso regolato dalla norma silente (1385, secondo comma, c.c.).

Questi passaggi postulano che il silenzio dell'art. 1385 possa qualificarsi come lacuna; e non come 'volontà' della legge (*ubi lex tacuit, noluit*). Ossia non come silenzio positivo⁴⁶. Il Gentili⁴⁷ parrebbe ammettere la correzione della norma ipo-estesa, con applicazione analogica dell'effetto, previsto dalla norma simile. Dunque, *analogamente* alla penale, anche la caparra con funzione risarcitoria sarebbe riducibile.

Il ragionamento muove dalla postulazione di una lacuna dell'effetto. Ma questo è appunto il problema; non la soluzione. Il problema è in ciò: si tratta di 'riscrivere' la norma ipo-estesa (art. 1385 c.c.)? o di estendere analogicamente la norma iso-estesa (art. 1384 c.c.)? Decidendo di ridurre equitativamente la caparra eccessiva, il giudice aggiunge un comma alla disposizione dell'art. 1385? O registra un vuoto, colmandolo analogicamente? Il silenzio dell'art. 1385 (ossia: il non esprimere esso la riducibilità della caparra) è una *lacuna legis*? o una disciplina, ossia un divieto: non potere il giudice ridurre la caparra?

Giova ragionare secondo la legge semantica del testo. Sul piano semantico, delle due l'una: o si dà un silenzio semantico o ermeneutico, ossia tale che al silenzio sia formalmente associato⁴⁸ o congetturalmente associabile⁴⁹ l'effetto "pagare il doppio, anche se eccessivo", e allora il silenzio sarà significante; oppure non si rintraccia un codice o una significazione congetturale, e allora il silenzio è un nulla. Appunto, un vuoto; una lacuna. La norma risulta *tacitamente* ipo-estesa.

Il silenzio dell'art. 1385 c.c. sembra *non esprimere né postulare un divieto di ridurre*; esso non significa nulla. Dunque, è un vuoto; e deve essere colmato. Tale lacuna, convoca allora le norme (e

⁴⁶ *Supra*, § prec.

⁴⁷ GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit. pp. 354 ss.; spec. 362-363. I lemmi iso-estesa, ipo-estesa e simili ricalcano il lessico di SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000.

⁴⁸ *Supra*, § 3, nt. 17 e testo. Il silenzio è qui in rilievo quale ente codificato

⁴⁹ *Supra*, § 2.

segnatamente gli effetti, ossia le fattispecie dipendenti) *assimilabili*. Non si tratta di modificare il testo dell'art. 1385; ma di estendere l'effetto dell'art. 1384 a un caso simile, non previsto dall'art. 1385. Si tratta di determinare il *dominio analogico esterno dell'effetto*, previsto per la penale. Secondo questo schema grafico:

Fig. 3. Lacuna assiologica. Analogia

Nella figura n. 3 si osserva la lacuna dell'art. 1385 c.c. Esso non prevede il caso della caparra manifestamente eccessiva.

Si nota in particolare che il caso della caparra eccessiva è esterno al Dominio dei Casi Sussumibili dell'art. 1385 c.c. Il caso è allora attirato nel Dominio dei Casi assimilabili dell'art. 1384 c.c.

9. Segue. *La c.d. 'disapplicazione assiologica'*

Quid iuris se, anziché tacere, la legge avesse espressamente escluso la riduzione della caparra? Se non erro, secondo questa dottrina si farebbe luogo alla *disapplicazione* della norma ipo-estesa a favore della norma iso-estesa. Vediamo di capire.

Il ragionamento si svolge nei seguenti passaggi.

a. Poniamo che l'art. 1385 vieti espressamente (ipotesi che formuliamo qui a scopo didattico) la riduzione della caparra risarcitoria; o che il silenzio sia così interpretato. Il divieto sembra teleologicamente irrazionale, poiché urta contro la *ratio* ricavabile sistematicamente. Se la *ratio* della riduzione (art. 1384 c.c.) è adeguare la misura del risarcimento alla misura effettiva del danno, non si comprenderebbe perché per la caparra risarcitoria (art. 1385 c.c.) non dovrebbe valere la medesima *ratio*. La norma risulterebbe positivamente ipo-estesa, per scelta della legge.

b. La pretesa del doppio della caparra, che si dimostri manifestamente eccessiva rispetto al danno effettivo, integrerebbe un 'abuso del diritto'; poiché essa sarebbe teleologicamente eccentrica, ossia contrasterebbe con la *ratio* sistematica co-testuale (artt. 1384-1385 c.c.).

c. Il carattere abusivo della pretesa abiliterebbe l'interprete a correggere la disposizione con significato

abusivo, *disapplicando* l'effetto irrazionale (il divieto di riduzione della caparra); e applicando l'effetto analogo-assimilabile, in quanto razionale (la riducibilità della penale).

Se non m'inganno, si farebbe qui luogo ad un'antinomia, in senso tecnico. La disapplicazione della disposizione irrazionale parrebbe l'esito di un conflitto tra due norme: in tale conflitto, la norma ipo-estesa rimarrebbe perdente; e cederebbe dinanzi alla confliggente disposizione iso-estesa.

L'antinomia fa appello al concetto d'incompatibilità e postula la coincidenza (parziale o totale) delle fattispecie indipendenti; e la contrarietà degli effetti. L'effetto della norma ipo-estesa risulta logicamente alternativo, ossia inconciliabile con quello della norma iso-estesa.

Nell'idea del Gentili, l'abuso si dimostra allora un argomento per sciogliere antinomie. Sicché delle due l'una: o si registra un'antinomia in senso stretto, ossia il caso è regolato contraddittoriamente tra due norme di pari rango, ed allora potrà invocarsi l'abuso come argomento, ossia propriamente come titolo di prevalenza; oppure non si dà antinomia, ed allora nessun abuso sarebbe configurabile⁵⁰.

⁵⁰ GENTILI, *Abuso del diritto*, cit., p. 362-363: l'argomento dell'abuso «afferma che la funzione dell'atto non va d'accordo con la sua forma, e poiché' la sostanza deve prevalere, l'atto ricade sotto una differente *ratio legis*, congruente invece a quella funzione, ma espressa da un'altra norma, «elusa», che assoggetta l'atto ad un diverso effetto giuridico. Si arriva così a ricondurre il caso ad una diversa regola derivabile da un'altra disposizione. Non si fatica a riconoscere il procedimento sopra descritto in quello dell'analogia. L'argomento dell'abuso rientra dunque sia pure in senso lato nel genere dei ragionamenti per analogia, che operano riconducendo i casi sotto disposizioni che a prima vista non li concernono. Quel che in esso c'è di specificamente diverso è che mentre con l'analogia, invocando l'identità di *ratio* si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, *che non è regolato*, con l'abuso, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, *che è regolato*. Regolato da una diversa disposizione, che grazie all'argomento dell'abuso viene disapplicata. L'atto dichiarato abusivo ha infatti la sua (diversa) regola, e l'argomento dell'abuso serve appunto a sottrarlo a quella altrimenti normale» (enfasi originaria). V. Per una vivace critica, v. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 117-118.

Questa, che chiameremo disapplicazione assiologica, appare così schematizzabile:

Fig. 4 Antinomia assiologica. Disapplicazione

Nella figura n. 4 si osserva la disapplicazione dell'art. 1385 c.c.

Si muove dalla antinomia: l'art. 1384 prevede la riducibilità della penale manifestamente eccessiva; l'art. 1385 prevede (nella ipotesi qui formulata) la *non* riducibilità della caparra manifestamente eccessiva. Le due norme sono incompatibili.

Nella tesi qui rappresentata, la disapplicazione sottrae all'art. 1385 la fattispecie dipendente (*allora non* si riduce)

Si nota in particolare che il caso della caparra eccessiva è interno al Dominio dei Casi Sussumibili dell'art. 1385 c.c. L'effetto risulterebbe tuttavia 'assiologicamente sovra-esteso', siccome teleologicamente irrazionale.

Si procederebbe allora alla disapplicazione. Essa non si limita a colmare una lacuna; ma sottrae dall'art. 1385 c.c. l'area normativa compresa tra A - A1 - A2 e il correlativo Dominio.

La caparra eccessiva è così esclusa dal Dominio dei Casi *Sussumibili* dell'art. 1385 c.c. e inclusa nel Dominio dei Casi *Assimilabili* dell'art. 1384 c.c.

10. *Primato della parola.*

Abbiamo al postutto isolato due processi logici.

Da un lato, la *lacuna assiologica* (*melius*: teleologica), che ammette l'estensione analogica (o diretta?⁵¹) dell'effetto previsto per una fattispecie analoga. Qui l'analogia *legis* appare conforme alla disciplina dell'art. 12, secondo comma, disp. prel.

Dall'altro lato, l'*antinomia assiologica* (*melius*: teleologica), che pretenderebbe la disapplicazione dell'effetto (fattispecie dipendente) ipo-esteso, da considerare abusivo; e la sua sostituzione con l'effetto iso-esteso, previsto per una fattispecie analoga.

L'antinomia assiologica autorizzerebbe tale sorta – diremo pure con qualche caduta di stile – di smontaggio e rimontaggio di pezzi

⁵¹ *Supra*, § 7, fig. 2.

normativi, a prescindere e financo contro la fonte semantica. Siamo dinanzi alla radicale domanda: è dato al giudice-giurista il potere di sindacare la nomologia, ossia la positiva combinazione di protasi e apodosi nel congegno normativo?

La disapplicazione della norma parrebbe preclusa al giudice ordinario. In primo luogo, in ragione dell'indisponibilità del significante, ossia del testo vigente. Chi decide sulla 'legge della lingua', ossia sulla generale validità linguistica dei testi? È declinabile un limite, oltre il quale non è dato di disporre delle fonti?

Deve ragionarsi intorno al carattere obiettivo, pubblico e tecnico del linguaggio. Nulla impedisce una stipulazione interindividuale o addirittura solitaria della significazione: sicché a chiunque potrebbe essere dato di inventare una tavola di nuovi codici di significazione, e nascondere in essa pochi o molti neologismi.

'Lingua della legge' appare tuttavia concetto logico-sistematico. È vero che la '*parole*'⁵² muta senso nel corso dell'uso sociale. Qui viene tuttavia in rilievo la radice logica del processo linguistico come codificazione sistematica, secondo cui gli uomini di una data comunità *risiedono nella medesima legge di significazione*. La quale consente di riconoscere i significanti; e di definire i significati estraibili. L'ignoranza individuale non è ammessa nel sistema della significazione giuridica.

Tra i molti corollari della forma linguistica del diritto, vorrei qui isolarne due.

L'art. 101 della Costituzione, secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge. Su questa linea, potremmo pur dire essere la Costituzione tavola formale delle soggezioni, ossia della rigorosa delimitazione dei poteri e della opponibilità *in alios* di ogni decisione⁵³. La Costituzione istituisce il giudice, non già quale decidente totipotente, ma quale ufficio applicativo della legge. *Subiectus*, che trova sopra di sé la semantica dei testi legislativi; e

⁵² Per la differenza tra *langue* e *parole* da ricordare nuovamente DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, cit., p. 30 ss.

⁵³ Sul principio costituzionale della divisione dei poteri v. ancora PERLINGIERI e FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 55. E ora anche LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano, 2016, IX, spec. p. 427 ss.

dinanzi a sé l'esistenza dei fatti: soggetto, al quale è demandato il ben misurato compito di valutare questi per mezzo di quella. La c.d. 'giurisdizione' è appunto costituita in amministrazione istituzionale, ossia delimitata e commisurata rispetto ad altri poteri, positivamente istituiti. Potremmo dunque discorrere di 'istituzione giudiziaria'; e di 'potere giurisdizionale', il quale trova limite nella sfera di competenza formalmente stagliata dalla Carta.

In secondo luogo, la logica della vigenza, fatta propria dalla dottrina della legalità costituzionale, muove dal concetto di positività come previsione linguistica del principio entro una disposizione costituzionale⁵⁴; 'norma' appunto come tutte le altre; enunciato vigente come ogni altro. Lo stesso fondamento logico, che traduce il valore naturale in principio positivo, implica dunque il limite linguistico⁵⁵ della sua 'applicazione'.

Stabilita la razionalità sistematica dei significati e la loro coerenza rispetto al testo della Costituzione; e istituito dalla stessa Costituzione il giudice competente al controllo di coerenza tra fonti Costituzionale e ordinaria, la legalità costituzionale non sembra poter concettualmente ammettere alcuna disapplicazione *ultra vires*, ossia oltre la positiva e istituzionale competenza della Corte costituzionale⁵⁶.

Giova riflettere come la positività sia una categoria linguistica, e come essa si traduca in *vigenza di una fonte materiale*. Sicché delle due l'una: o la positivizzazione dei valori in principî si converte in vigenza formale della relativa fonte materiale; oppure non si dà

⁵⁴ Di «fedeltà al testo della Costituzione» si legge in PERLINGIERI e FEMIA, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵ L'art. 122 del codice di procedura civile prevede che «in tutto il processo è prescritto l'uso della lingua italiana». Il processo, luogo della (provvisoria e limitata) verità giuridica, è uno spazio linguistico.

⁵⁶ V. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., p. 468-471. Il L. (nt. 582, p. 470) censura la indebita sovrapposizione tra «il paradigma del sindacato accentrato e quello della necessaria penetrazione della Costituzione a tutti i livelli ordinamentali (sta a dire: che i giudici comuni siano tenuti ad applicare la Costituzione non significa che il sindacato di costituzionalità sia diffuso). Per la medesima ragione – specularmente – non ci sembra affatto che il principio dell'interpretazione conforme comporti l'attenuazione del monopolio del sindacato di costituzionalità in capo alla Consulta».

alcuna positività costituzionale.

La posizione di un testo è per definizione (relativamente) indisponibile e istituzionalmente riservata a precise sfere di competenza. L'indisponibilità del testo è la logica premessa del primato costituzionale e del giudizio di costituzionalità. Donde il corollario: la 'vigenza', intesa quale forza espressiva della fonte (di ogni fonte positiva), è costituzionalmente indisponibile.

Altro è interpretare il silenzio come assenza, e dunque come lacuna; altro, modificare la significazione espressa o tacita. Nel primo caso, la lacuna implica l'assimilazione alla norma prossima e il ricorso all'analogia *legis*. Nel secondo caso, se il testo esibisce – attraverso il proprio silenzio o il proprio enunciato – un significato diverso e incompatibile rispetto a quello dell'art. 1384 c.c., il giudizio intorno alla razionalità positiva della fattispecie, ossia della conformità all'art. 3 Cost. dell'art. 1385 c.c., è affidato appunto al giudice delle leggi; ossia dei testi vigenti. Al quale solo è demandato il compito di toccare il significante, modificando le parti incompatibili con la Carta.

Delle due l'una: o si interpreta il silenzio come lacuna (silenzio negativo), e allora si farà luogo all'applicazione analogica o diretta dell'art. 1384 c.c.; o si interpreta il silenzio come disciplina (silenzio positivo), per la quale il doppio della caparra è dovuto sempre, anche se manifestamente eccessivo, e allora non rimane che la questione di costituzionalità. *Tertium non datur*.

In ogni caso, applicare direttamente l'art. 2 Cost. senza passare dalle norme (con fattispecie) si dimostra un salto logico. Un errore. Al postutto, l'argomento: 'lo ha affermato la Corte costituzionale' è nullo. Avrebbe ben potuto la Corte modificare il significante dell'art. 1385 c.c. in ragione di una dimostrata illegittimità costituzionale. Essa si è invece ristretta a declinare il mero 'principio di solidarietà', in purezza e vaghezza. Il quale si svela in sé uno stato provvisorio ed embrionale di conoscenza; che per logica necessità rinvia a gradi successivi di precisazione attraverso altri significanti determinativi, così da giungere alla razionale posizione della fattispecie. Non è dato all'interprete di sottrarsi alle parole vigenti, nella sistematica testuale, co-testuale e teleologica. Egli è dal proprio ufficio chiamato all'analitica, coerente e falsificabile dimostrazione della fattispecie

MAURO ORLANDI

concreta, applicabile al caso.

Fig. 1. Applicazione analogica dell'art. 1384 c.c.

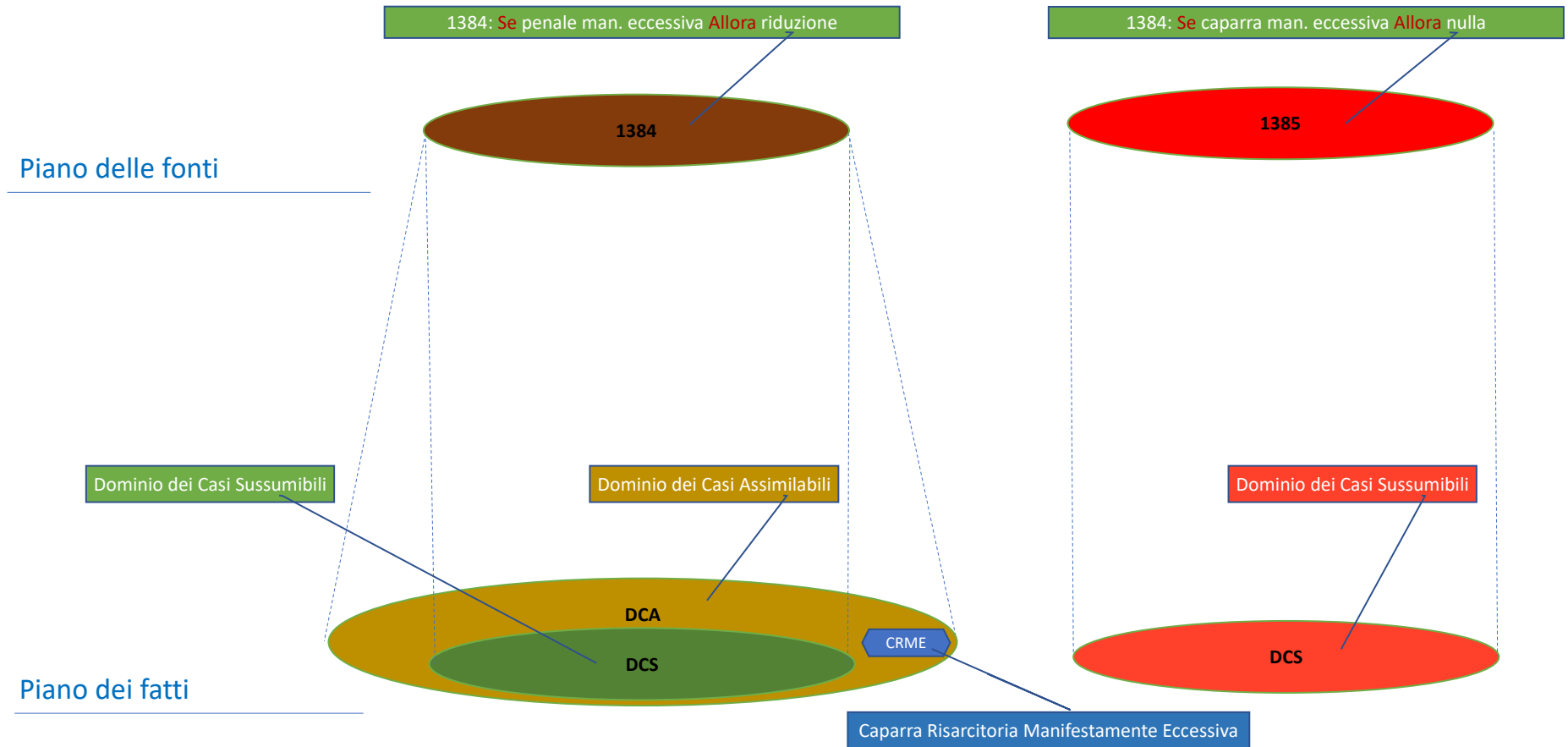


Fig. 2. Applicazione diretta dell'art. 1384 c.c.

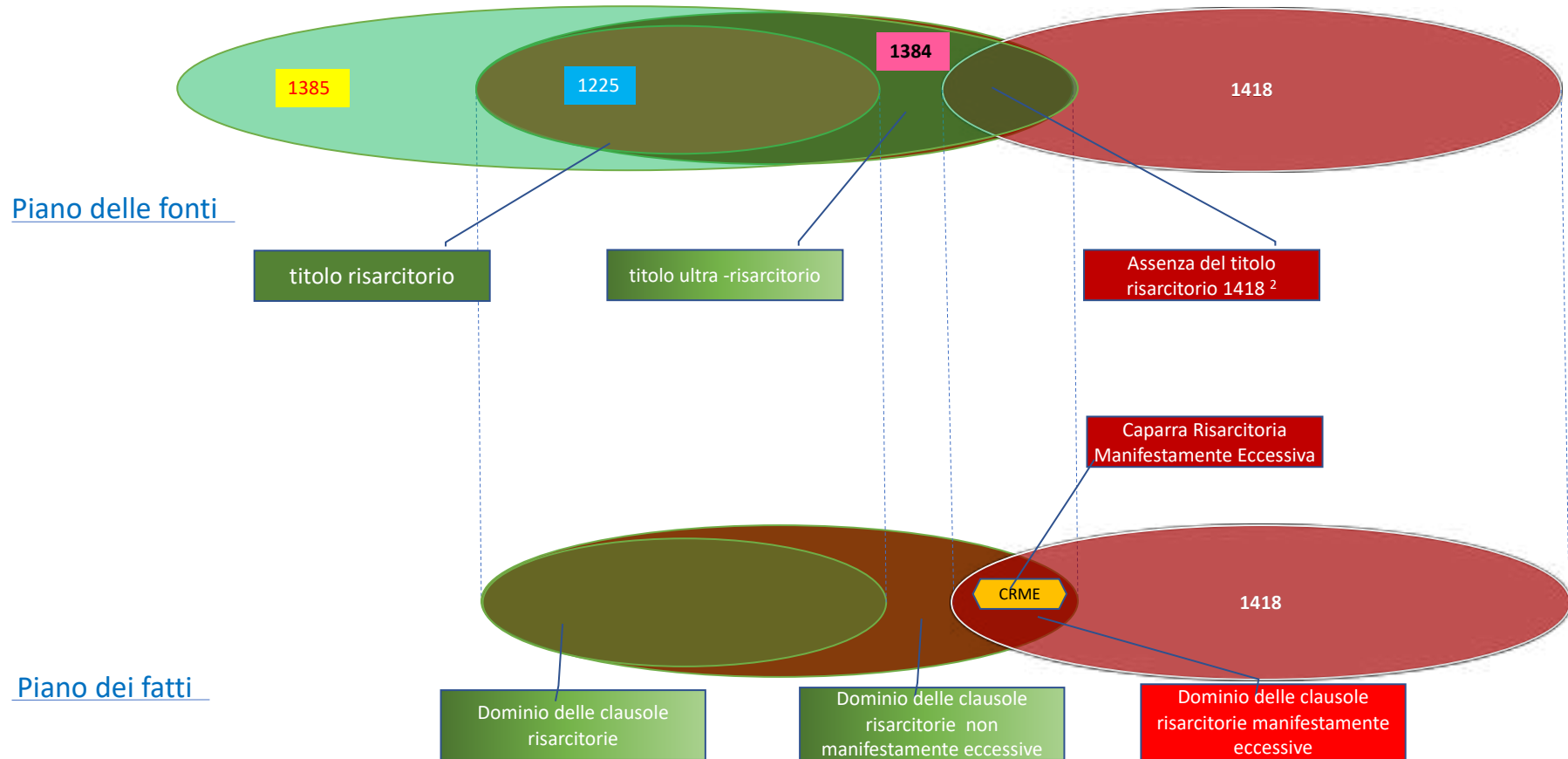


Fig. 3. Lacuna assiologica. Analogia

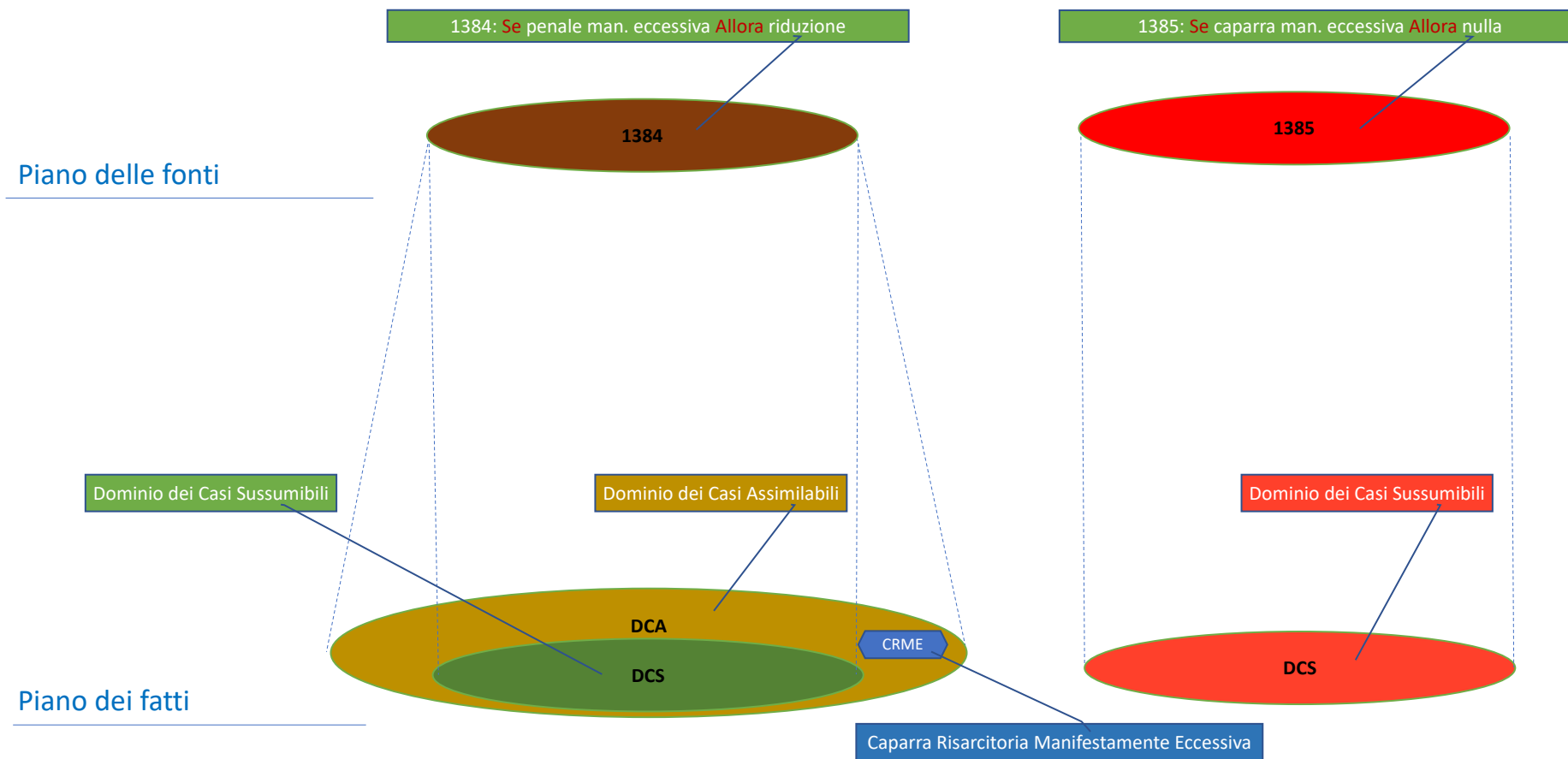
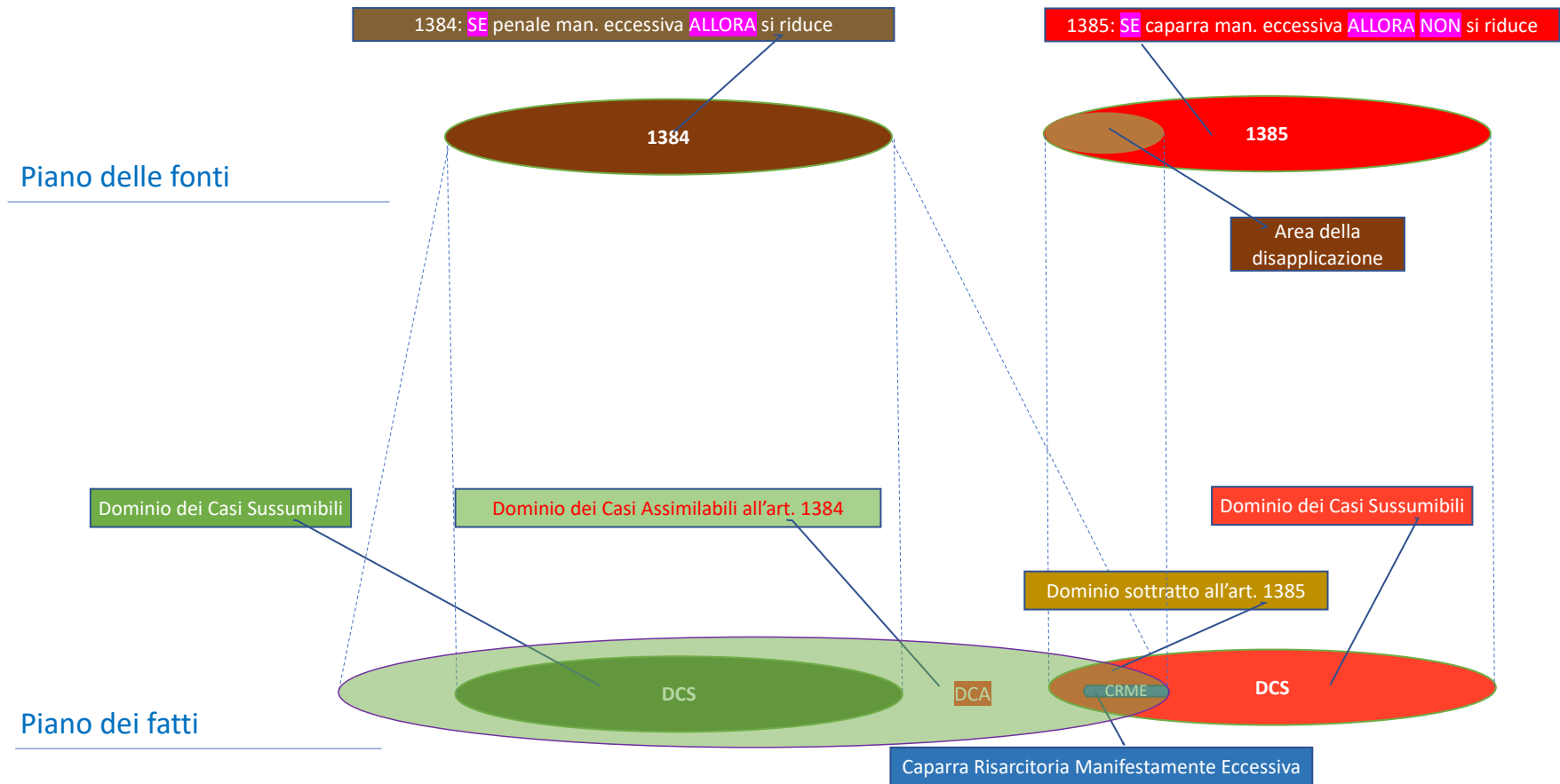


Fig. 4. Antinomia assiologica. Disapplicazione



SALVATORE ORLANDO
Professore ordinario di diritto privato
Università di Roma “La Sapienza”

LE FIGURE SINTOMATICHE NEL DIRITTO PRIVATO*

SOMMARIO: 1 Introduzione. – 2. Le figure sintomatiche nella dottrina e nella giurisprudenza. – 3. Le figure sintomatiche nella legge. – 4. Figure sintomatiche e fattispecie. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione.*

Dietro il titolo ci sono due proposte, una di indagine, l'altra di riflessione.

Indagare se effettivamente esista, ossia se sia riscontrabile, nel diritto privato, un ragionamento per figure sintomatiche, come avviene in altri settori (es. diritto amministrativo)¹; e, in caso

* Il presente scritto costituisce una versione rivista e corredata di note dell'intervento svolto al Convegno “*Il diritto privato tra leggi e sentenze*”, organizzato da Giuseppe Vettori, svoltosi a Firenze il 18 novembre 2016.

¹ Come si legge in CASSESE, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 777, “Se non si considera il giudice come arbitro o solutore di conflitti, ma come autore di norme, occorre chiedersi quale significato abbia l'espressione, tante volte adoperata, che il giudice amministrativo è un giudice di legittimità. Ora, il giudice amministrativo è stato un giudice di legittimità, in Italia, nel senso che ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare, specialmente tramite quell'istituto fondamentale che è l'eccesso di potere: con le figure sintomatiche ha costruito la cattedrale in cui consiste il diritto amministrativo”. Sul punto, si veda, almeno, FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 61.

affermativo, riflettere sul nesso che corre o che può instaurarsi nello studio del diritto privato tra fattispecie e figure sintomatiche².

Per quanto attrae alla proposta di indagine, possiamo individuare il suo oggetto e una articolazione critica.

L'oggetto è costituito dal campo o dai campi di indagine. Trattandosi di stabilire se possa riscontrarsi nel diritto privato un ragionamento per figure sintomatiche, due ovvii campi di indagine sono la giurisprudenza e la dottrina, i.e. il ragionamento della

² D'altronde, la dottrina civilistica ha già più volte affrontato le questioni essenziali sottese al tema qui proposto, ora da una prospettiva rimediale (cfr. anche per un primo orientamento bibliografico, *ex multis*: DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 703; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, 13 s.; ID., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 363 ss.; SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 159 ss.; TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013; SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359 ss.; VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, spec. p. 249 e pp. 255-256; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009; ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033; MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 605 s.; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, p. 209 ss.; P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 585 s.; ID., *I rimedi*, in Mazzamuto e Castronovo (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 748 s.; MATTEI, *I rimedi*, in ALPA - GRAZIADEI - GUARNIERI - MATTEI - MONATERI - SACCO, *La parte generale del diritto civile. 2. Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 105 s.), ora con riferimento alla buona fede oggettiva (*ex multis*: BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 241; DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, p. 147; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, Art. 1173-1176*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 305; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8).

giurisprudenza e quello della dottrina. Un terzo campo, meno ovvio, è quello della legge: ci si può chiedere se anche i legislatori utilizzino figure sintomatiche.

Dicevo che l'indagine ha una articolazione critica. Nei campi di indagine della giurisprudenza e della dottrina, non ci si può limitare alla verifica dell'uso dell'espressione linguistica "figure sintomatiche", mentre bisogna criticamente interrogarsi sull'esistenza di un concetto unitario, senza di che il risultato dell'indagine rimarrebbe nominalistico. Si tratta, per l'appunto, di stabilire se esista un ragionamento per figure sintomatiche, identificabile per certi tratti unitari, e dunque di comprendere in cosa questo ragionamento consista, indipendentemente dalla verifica dell'eventuale impiego di tale espressione. Allo stesso modo ci si deve interrogare nel campo della legge, dove l'espressione non è letteralmente utilizzata, ossia stabilire se esista una tecnica normativa per figure sintomatiche (ragionamento del legislatore).

2. *Le figure sintomatiche nella dottrina e nella giurisprudenza*

Nel diritto privato, giurisprudenza e dottrina impiegano non di rado l'espressione "*figura sintomatica*" al singolare o al plurale, o espressioni equivalenti, es. "*modelli*" o "*casi sintomatici*"³.

³ *Ex multis*, C. App. Firenze, 16 aprile 2015 in www.lanuovaproceduracivile.com e Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1538 in *Giur. it.*, 2010, 1795, in relazione alla previsione generale sulla diligenza professionale contenuta nell'art. 1176, co. 2 c.c.

Si tratta di epifanie note, massimamente a proposito della buona fede oggettiva⁴ e del c.d. abuso del diritto⁵ in materia contrattuale⁶.

⁴ Sulla distinzione della buona fede, in senso oggettivo e soggettivo, si vedano, *ex multis*, SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 6; GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, 335; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 3; BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto"*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 427; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 188; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 170 e, più di recente, UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004; WHITTAKER- ZIMMERMANN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in ZIMMERMANN –WHITTAKER (eds), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2008, p. 30; HESSELINK, *The concept of Good Faith*, in HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, MAK, DU PERRON (eds), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, IV, pp. 619-620; RANIERI, *Good faith*, in Basedow, Hopt, Zimmermann, Stier (eds), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, 790; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 1. In senso contrario, cfr. MONTEL, *Buona fede*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 599.

⁵ Sulla figura dell'abuso del diritto la bibliografia è così ampia che non è possibile darne contezza in modo esauriente o completo. Si vedano, almeno, JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905; ROTONDI, *L'abuso del diritto*, *RDC*, 1923, p. 105; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 206; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1958, p. 18; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. Priv.*, 1997, p. 5; MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di comparative Law and Economics)*, in *ivi*, p. 89; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in Alpa, Graziadei, Guarneri, Mattei, Monateri, Sacco (a cura di), *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 281; PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 75. Per la giurisprudenza, si veda Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, 2010, I, c. 95 con nota critica di PALMIERI e PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto* (in margine a Cass., 18.9.2009, n. 20106), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 129; SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *ivi*, p. 139 e GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354.

⁶ Su cui, da ultimo, AMENDOLAGINE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2760.

In giurisprudenza, esempi ricorrenti sono rinvenibili a proposito della responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) e dell'obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.). Nell'ambito della responsabilità precontrattuale⁷, le corti hanno da tempo costruito la figura sintomatica del c.d. recesso ingiustificato dalle trattative⁸ (altrimenti detta rottura ingiustificata delle trattative)⁹ e della mancata informazione da parte di uno dei contraenti circa il reale intento di concludere il contratto¹⁰. In questi casi, la giurisprudenza individua *a contrario* un divieto generale corrispondente all'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede: il divieto di comportarsi in modo contrario alla buona fede, ovvero in mala fede, e ricava – a partire da tale divieto generale – figure sintomatiche di comportamenti vietati. Le figure sintomatiche relative alla fase precontrattuale e di esecuzione del contratto non si esauriscono in comportamenti contrari al divieto generale, nel senso detto, ma ricomprendono anche comportamenti posti in essere in violazione di specifici obblighi di informazione¹¹ e di

⁷ Ai riferimenti classici (tra i quali: MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 20; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 998) vanno aggiunti gli importanti contributi apparsi da metà anni 90 del secolo scorso in poi (cfr. in particolare MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedi risarcitori, Torino, 1995; D'AMICO, «*Regole di validità*» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1999; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Discipline e forme di tutela*, Milano, 2004).

⁸ Trib. Milano, 4 maggio 2017, n. 4927 in *Contratti*, 2018, p. 449 con nota di TOSCHI VESPASIANI e GUOLI, *Responsabilità precontrattuale e danno risarcibile*.

⁹ Cass. civ., 2 febbraio 2015, n. 1786 in *Società*, 2015, 503.

¹⁰ Cass. civ., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420.

¹¹ In giurisprudenza, *ex multis*, in Cass. civ., 10 giugno 2016, n. 11914, in *Foro it.*, 2017, I, c. 274. In dottrina, in luogo di tanti, e anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 611; ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012; ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto*

cooperazione¹², nonché figure di c.d. preclusioni. Gli obblighi di informazione e di cooperazione sono ricavati dalla giurisprudenza per specificazione¹³ dall'obbligo generale di buona fede, mentre le figure delle preclusioni rispondono logicamente al divieto generale, nel senso già sopra delineato. Un esempio di preclusioni si individua nella c.d. regola di tolleranza, ossia la regola che preclude al titolare l'esercizio di un diritto potestativo previsto dalla legge o validamente pattuito per l'inadempimento tutte le volte in cui il suo comportamento complessivo abbia generato, nelle circostanze date, un ragionevole affidamento circa il suo mancato utilizzo¹⁴. Oltre che con riferimento alla clausola risolutiva espressa¹⁵, tale paralisi del rimedio\diritto potestativo del creditore viene riscontrata anche rispetto all'esercizio da parte del datore di lavoro del diritto di recesso per giusta causa, che, in certe ipotesi di tardività, si ritiene essere precluso¹⁶.

Ancora e in modo analogo alla buona fede oggettiva, sia pure in un ambito affatto diverso dalla formazione ed esecuzione del

contrattuale europeo uniforme e opzionale, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1 ss.; MAURO, *Prescrizione ed effettività, nel dialogo tra Cassazione e corti europee*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 2; ID., *Prescrizione e certezza: ragioni del debitore e del creditore a confronto*, in *ivi*, 2016, p. 4.

¹² Si pensi alla massima tratteggiata in tema di pegno che afferma "l'assunzione, da parte del creditore garantito, di un ruolo attivo, e propositivo di una cooperazione con il datore, in ordine a una tempestiva ed efficiente liquidazione del bene che mostri un sensibile rischio di deterioramento" (Cass. civ., 14 maggio 2019, n. 12863, in www.italgiure.giustizia.it), e cfr. per tutti, STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.

¹³ Sulla contrapposizione tra la specificazione di norme generali e la creazione di norme speciali, cfr. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1060 ss.

¹⁴ IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 75.

¹⁵ *Ex multis*, Cass. civ., 6 giugno 2018, n. 14508 in *Imm. prop.*, 2018, p. 639 con nota di TUNESI, *I risvolti della tolleranza nell'ambito della clausola risolutiva espressa* e Cass., 17 settembre 2016, n. 18991, in *Arch. Locazioni*, 2017, p. 56.

¹⁶ Sul punto, PISANI, *Sul principio di tempestività del licenziamento disciplinare*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 149 e Cass., 7 novembre 2003, n. 16754, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 390.

contratto, sono state individuate figure sintomatiche di preclusioni con riferimento all'esercizio dei poteri sottostanti all'azione giudiziale. Oltre all'ipotesi di preclusione del c.d. frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento¹⁷, le Sezioni Unite hanno risolto il conflitto giurisprudenziale sull'ammissibilità¹⁸ o meno¹⁹ della c.d. nullità selettiva²⁰, ammettendone il ricorso e costruendo al contempo una serie di figure sintomatiche intese a chiarire i limiti della c.d. eccezione di buona fede stabilendo il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, con ciò escludendo il rimedio della nullità quando gli ordini non coinvolti nell'azione abbiano prodotto utilità pari o superiori al *petitum*²¹. In materia bancaria (per portare un ulteriore esempio, tra i tanti che si

¹⁷ Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514, con note di PALMIERI e PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile? Sulla figura dell'abuso processuale*, TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 435.

¹⁸ Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8395 in *Corr. giur.*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110 con nota di TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*.

¹⁹ Cass. civ., 16 marzo 2018, n. 6664 in *Foro it.*, 2018, I, c. 3249.

²⁰ L'ordinanza di rimessione (2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, I, c. 975 con osservazioni di PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*) ha posto il problema della legittimità dell'azione con cui l'investitore limita le conseguenze della sentenza di nullità ai singoli ordini di attuazione del contratto-quadro privo della forma scritta, escludendo che la patologia si estenda a colpire tutti gli altri ordini emessi nel corso del rapporto negoziale. Sulla questione si vedano i commenti all'ordinanza di remissione di MAFFEIS, *Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti* in *Corriere giur.*, 2019, p. 177; in SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, p. 765, nonché MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 12390/17*, in *Banca, borsa*, 2017, p. 828. E v. anche POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001.

²¹ Cass. civ. Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.italgiure.giustizia.it. Tra i primi commenti, si v. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in www.dirittobancario.it.

possono proporre), la giurisprudenza di merito ha recentemente escluso che l'*acquirer* possa agire per la restituzione del prezzo pagato, contestando al convenzionato la violazione della disciplina contrattuale in punto di invio di ordini di pagamento dopo averne tollerato la trasmissione per una via diversa da quella pattuita²².

In tutti questi casi, la giurisprudenza “tipizza” comportamenti nei quali si riscontrano indici di violazione della buona fede. La dottrina effettivamente riconosce nell’elaborazione giurisprudenziale in questione il carattere di modelli o casi sintomatici (*Fallgruppe*) della violazione del precetto della buona fede²³. Lo fa, ormai da decenni, a proposito della buona fede oggettiva nelle vicende contrattuali, con due finalità: per comprendere in quali direzioni si muovono i Tribunali, e, almeno per opera di alcuni Autori, per contribuire alla specificazione di queste figure²⁴.

Né la materia contrattuale esaurisce la casistica rilevante. In materia di concorrenza sleale, è ben nota la creazione di figure sintomatiche, quali la concorrenza parassitaria, lo storno di clientela e lo storno di dipendenti, ed è risaputo che i comportamenti integranti ipotesi di illeciti concorrenziali vadano apprezzati nella cornice delle circostanze concrete, ritenute qualificanti per confermare o negare la violazione del divieto generale di

²² Trib. Milano, 9 febbraio 2015, in *Banca borsa*, 2017, p. 243 con nota adesiva di ABU AWWAD, *Clausole di chargeback e “tolleranza”*.

²³ Per riferimenti essenziali, si v. la nota 4.

²⁴ Cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981 (rist.), p. 171; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, p. 9; D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 43; IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell’atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, c. 2765. In senso variamente contrario alla distinzione tra regole di validità e di comportamento: ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit.; G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, cit. Per la giurisprudenza, si veda ovviamente Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784, con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*.

concorrenza sleale²⁵. In ambito familiare, la giurisprudenza afferma ora un dovere di coerenza (*venire contra factum proprium*)²⁶, riconoscendo la preclusione all'azione di disconoscimento della paternità da parte di chi aveva in precedenza acconsentito alla fecondazione eterologa della moglie²⁷, ora un obbligo di correttezza²⁸, imponendo, una volta cessata la libera convivenza, al partner proprietario di concedere un termine per reperire una diversa sistemazione all'ex convivente²⁹.

In modo simile, anche in ambito societario si assiste all'emersione di figure sintomatiche. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza sul c.d. abuso della maggioranza laddove, richiamandosi in ultima istanza alla buona fede oggettiva, i Tribunali

²⁵ Per un esempio della considerazione prestata dalla giurisprudenza alle circostanze del caso, in questa materia, cfr. ord. Trib. Milano, 2 luglio 2015, che, pur in assenza di patti di non concorrenza tra ex dipendenti di una società e la medesima società, ha ritenuto sleale, nelle circostanze considerate, la condotta di una seconda società concorrente con la prima, che abbia assunto in un periodo di tempo concentrato un numero significativo di personale della prima società e abbia attraverso questo personale contattato la clientela della prima società, in questo modo sfruttando illecitamente il temporaneo disagio organizzativo subito dalla prima società a cagione della fuoriuscita del medesimo personale.

²⁶ In argomento, *ex multis*, PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 440; FESTI, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007; ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; WIELING, *Venire contra factum proprium e colpa verso sé stesso*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 409; BEHAR-TOUCHAIS, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris, 2001.

²⁷ Cass., 19 marzo 1999 n. 2315, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1317 con nota di C.M. BIANCA, *Disconoscimento del figlio nato da procreazione assistita: la parola della Cassazione*; Cass., 18 dicembre 2017 n. 30294, in *Giur. it.*, 2018, p. 1.

²⁸ Su cui da ultimo, M. BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, in Sirena e Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, p. 159; EAD., *La buona fede nei rapporti familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 910.

²⁹ In tal senso, Cass., 14 giugno 2012, n. 9786 in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2318 e Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, in *Giur. it.*, 2013, p. 2491, con commento di FERRETTI, *Convivenza more uxorio e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto*; in *Fam. dir.*, 2013, p. 649, con commento di GABBANELLI, *Il convivente more uxorio non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*.

non di rado instaurano ed esplicitano in tutte lettere un parallelismo con l'elaborazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, propria del diritto amministrativo³⁰.

3. *Le figure sintomatiche nella legge*

Venendo alla legge, può osservarsi come la tecnica normativa delle c.d. liste grigie proceda, a ben vedere, nello stesso modo. Può farsi l'esempio della lunga lista delle clausole che “*si presumono vessatorie fino a prova contraria*” di cui all'art. 33 cod. cons.³¹, la cui previsione, come noto, promana dall'importante dir. CE\93\13³². Il legislatore dà qui, al primo comma, una definizione generale di vessatorietà³³ – il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a sfavore del consumatore, contrario alla buona fede³⁴ – e la prova

³⁰ In giurisprudenza, Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387 in *Foro it.*, 2006, I, c. 3455 e Cass. Civ., 12 dicembre 2017, n. 29792 in *Foro. it.*, 2018, I, c. 1316. In dottrina, almeno, GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 25 e PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni Colombo-Portale*, Torino, 1993.

³¹ Per la distinzione tra clausole vessatorie tipiche e clausole vessatorie atipiche, si veda, in giurisprudenza, Cass. civ., 20 agosto 2015, n. 17024 in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 215 con nota di PALMENTOLA, *Clausole abusive nell'assicurazione sulla vita*.

³² Sul sindacato di vessatorietà si vedano, almeno, MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 2001; ID., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014; VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004; D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir., civ.*, 2005, p. 625; PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; PATTI, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1062; DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contratti*, 2013, p. 1059; ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 669; ORLANDO, *La formazione di patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 736-737.

³³ Si veda il cons. 15, dir. CE\93\13.

³⁴ Come noto, sino alla recente modifica dell'art. 33 cod. cons. (su cui si veda FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la*

contraria è ammessa tenendo conto della “natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle *circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto*, alle altre clausole del contratto o di altri contratti ad esso collegati” (art. 34 cod. cons.). La prova contraria consiste nel dimostrare che, nonostante la rispondenza di una clausola di un contratto standard ad una delle previsioni generali ed astratte della cosiddetta lista grigia, nelle circostanze concrete non possa dirsi che la clausola sia vessatoria, ossia non possa dirsi che nel caso concreto vi sia un significativo squilibrio giuridico contrario alla buona fede.

A fronte della “sintomaticità” di vessatorietà, per vincere la relativa “presunzione”, le circostanze del caso concreto devono condurre a stabilire che non c’è uno squilibrio giuridico “significativo” o che, pur essendoci uno squilibrio giuridico significativo, esso non è contrario alla buona fede.

Né si tratta di un caso isolato e di una tecnica poco utilizzata. Per fare altri importanti esempi, si può osservare come, in modo consonante con la tecnica normativa sopra individuata, gli artt. 7 co. 4 e 7-bis co. 4 del D.Lgs. 231/2002 (recante l’attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) stabiliscono una “presunzione” di “grave iniquità” delle clausole e delle prassi che escludono il risarcimento dei costi di recupero previsti dal co. 6 del medesimo decreto; e l’art. 7 co. 2 del provvedimento in esame prescrive che la grave iniquità debba asseverarsi “*avuto riguardo a tutte le*

rettifica della dir. Ce 13/93, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 541), la versione italiana della direttiva CE\13\93, prima della relativa rettifica, prevedeva l’inciso “malgrado il requisito della buona fede”, che non esprimeva chiaramente il concetto di contrarietà (alla buona fede), espresso dalle versioni nelle altre lingue della medesima direttiva: sul punto, si vedano, almeno, BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 438; DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell’abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1994, p. 693; TROIANO, *La formula “significativo squilibrio malgrado la buona fede” quindici anni dopo: dalla Direttiva 93/13/CEE alla Proposta di Direttiva c.d. “orizzontale” sui diritti dei consumatori*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2009, p. 383.

circostanze del caso tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero"³⁵. Si tratta pertanto di una tecnica identica a quella della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, dove, come ricordato, determinate clausole (previste dalle c.d. liste grigie) si presumono vessatorie salvo la prova contraria da offrirsi sulla base delle circostanze concrete. Ancora, l'art. 4, comma 2, dello stesso D.Lgs. 231/2002 prevede che nelle transazioni commerciali tra imprese, le parti possano pattuire espressamente termini di pagamento superiori a sessanta giorni purché essi non risultino gravemente iniqui ai sensi del citato art. 7 comma 2. In questo caso, pur non essendoci una presunzione di grave iniquità, è pur sempre ammesso il relativo sindacato, nel senso ricordato, e dunque può pur sempre dirsi che si tratta di una clausola "grigia" (proprio perché soggetta a tale sindacato³⁶), a ciò non ostando il diverso regime dell'onere probatorio.

Si può altresì notare come tale modo di procedere si manifesti con riferimento a norme anche non provenienti o sollecitate dall'Unione

³⁵ E cfr. art. 3, co. 3 della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: "Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2 non possa essere fatto valere e non dia diritto a un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto inter alia se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere da b) a d), e 2. Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità".

³⁶ Che comprende generalmente tutte le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero.

Europea. Se prendiamo ad esempio l'art. 9 della legge sulla subfornitura (L. 192/1998), vediamo che qui il legislatore italiano ha dapprima definito il concetto di dipendenza economica e statuito il divieto di abuso di dipendenza economica (comma 1)³⁷, e ha poi indicato tra le altre figure in cui "può consistere l'abuso" quella della "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali" (co. 2). A loro volta, dottrina e giurisprudenza si sono fatte carico di interpretare il concetto di "arbitrarietà" in questa norma, opportunamente indicando che in questo contesto esso debba desumersi dalle circostanze del caso concreto, in relazione alla quali va verificata l'assenza di una giusta causa o di un congruo preavviso, sicché è ritenuta abusiva una interruzione delle relazioni commerciali improvvisa e ingiustificata secondo le circostanze³⁸. Di recente, è stato ritenuto abusivo il recesso dato simultaneamente e in un unico atto per tutti i contratti in essere con il recedente (c.d. recesso *omnibus*) inidoneo a consentire alla controparte contrattuale di reperire alternative sul mercato idonee a sopperire al progressivo cessare del rapporto³⁹.

Il richiamo a questa norma sembra particolarmente significativo sia per la già richiamata matrice esclusivamente interna della disciplina sulla subfornitura, sia per il fatto che dottrine autorevoli hanno da essa ricavato *rationes* per il diritto generale dei contratti⁴⁰.

³⁷ Per la qualifica del divieto in esame nei termini di una clausola generale, si v. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, p. 238-239. Sulla figura, adde, almeno DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 451; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 10; BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 297; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.

³⁸ Trib. Milano 17 giugno 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3636.

³⁹ Trib. Monza, 27 dicembre 2018, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2965.

⁴⁰ Si vedano, PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: tipici e atipici*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 137 e MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova*

Per terminare questa rassegna di legislazione speciale, può osservarsi infine come il disegno delle c.d. liste grigie possa essere combinato dal legislatore con la previsione di una esenzione dal trattamento sanzionatorio in presenza di uno specifico accordo⁴¹. È, notoriamente, il caso della trattativa individuale ai sensi della già richiamata dir. CE\93\13 (art. 34, comma 4, cod. cons.), ma anche della recente direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette nell'ambito della filiera agroalimentare (dir. UE/2019/633) che entrerà in vigore nel 2021⁴². Al fine di impedire alle grandi imprese di sfruttare i fornitori di piccole e medie dimensioni a causa della loro posizione di contrattazione più debole e di evitare che i costi di tali pratiche vengano trasferiti ai produttori primari, il legislatore europeo ha stabilito un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare, prevedendo altresì norme minime concernenti la loro applicazione. Mentre determinate pratiche commerciali sono vietate in qualunque circostanza⁴³, il legislatore europeo prevede anche un divieto di

clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica, in *Giust. Civ.*, 2016, p. 509.

⁴¹ ORLANDO, *La formazione di patti vessatori nella novella sui contratti dei consumatori*, cit., *passim* e spec. pp. 736-737.

⁴² Sulla Direttiva UE/2019/633 si veda, tra i primi commenti, quello di MONGIELLO, *Pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agroalimentare europea: un decennio di studi e rilevazioni e la lista nera della direttiva 2019/633/UE*, in www.ilcaso.it, (2019).

⁴³ Si tratta delle pratiche previste all'art. 3, para 1, lett -a)-i) dir. UE/2019/633 e che prevedono pagamenti a più di 30 giorni per prodotti agricoli e alimentari deperibili; pagamenti a più di 60 giorni per altri prodotti agricoli e alimentari; annullamenti con preavviso breve di ordini di prodotti agricoli e alimentari deperibili; modifiche unilaterali delle condizioni dell'accordo di fornitura da parte dell'acquirente; pagamenti richiesti dall'acquirente non connessi alla vendita dei prodotti agricoli e alimentari; pagamenti richiesti dall'acquirente per il deterioramento o la perdita di prodotti agricoli e alimentari quando tale deterioramento o perdita non siano stati causati dalla negligenza o colpa del fornitore; rifiuto dell'acquirente di confermare per iscritto un accordo di fornitura, nonostante il fornitore abbia richiesto una conferma scritta; uso improprio dei segreti commerciali del fornitore da parte dell'acquirente; azioni di ritorsione commerciale da parte dell'acquirente nei confronti del fornitore se il fornitore esercita i propri diritti contrattuali o legali; trasferimento dei costi per l'esame dei

determinate pratiche commerciali subordinato al non essere state dette pratiche concordate in termini chiari ed univoci nell'accordo di fornitura⁴⁴.

Dopo aver fatto alcuni esempi tratti dalla legislazione speciale, mi sembra, sommessamente, anche conferente segnalare che non si tratta affatto di rinvenire una tecnica nuova, bensì, soltanto, di valorizzare ed espandere una tecnica richiesta già dalle norme codicistiche – prima ancora che dalle più o meno recenti normative speciali – acquisendo, piuttosto – questo sì – una più piena consapevolezza di tale tecnica.

Per fare un esempio, ho provato a dimostrare in un altro scritto⁴⁵ che la norma sull'errore riconoscibile di cui all'art. 1431 c.c. ben ammette di essere ricostruita in termini di divieto, e di individuare una figura sintomatica di comportamento vietato nel comportamento di colui che conclude un contratto sapendo o dovendo conoscere, usando una normale diligenza, che l'altro contraente era incorso in errore essenziale, tenuto conto della qualità dei contraenti, nonché del contenuto e delle circostanze del contratto.

L'art. 1431 c.c. stabilisce che l'errore è riconoscibile quando «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe

reclami dei clienti ai prodotti del fornitore nonostante l'assenza di negligenza o colpa da parte del fornitore.

⁴⁴ Si tratta delle seguenti pratiche previste all'art. 3, para 2, dir. UE/2019/633: l'acquirente restituisce al fornitore prodotti agricoli e alimentari rimasti invenduti, senza corrispondere alcun pagamento per tali prodotti invenduti o senza corrispondere alcun pagamento per il loro smaltimento, o entrambi; al fornitore è richiesto un pagamento come condizione per l'immagazzinamento, l'esposizione, l'inserimento in listino dei suoi prodotti agricoli e alimentari, o per la messa a disposizione sul mercato; l'acquirente richiede al fornitore di farsi carico, in toto o in parte, del costo degli sconti sui prodotti agricoli e alimentari venduti dall'acquirente come parte di una promozione; l'acquirente richiede al fornitore di pagare i costi della pubblicità o del marketing effettuati dall'acquirente, dei prodotti agricoli e alimentari; l'acquirente richiede al fornitore di pagare i costi del personale incaricato di organizzare gli spazi destinati alla vendita dei prodotti del fornitore.

⁴⁵ ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1060 ss.

potuto rilevarlo». Questa norma, insieme a quella dell'art. 1428 c.c. («l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente»), può interpretarsi individuando un divieto, al quale è collegato il rimedio dell'annullamento (e salva la concorrente valutazione di responsabilità precontrattuale ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.): è vietato concludere un contratto sapendo o dovendo conoscere, usando una normale diligenza, che l'altro contraente era incorso in errore essenziale, tenuto conto della qualità dei contraenti, nonché del contenuto e delle circostanze del contratto.

Appare corretto osservare come si tratti di un divieto il cui contenuto deve essere specificato in relazione a criteri soggettivi ed oggettivi, che offrono all'interprete tutto lo spazio di cui c'è bisogno per individuare ed articolare il tema dell'approfittamento dell'errore altrui nel caso concreto, ossia e precisamente «in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti».

4. *Figure sintomatiche e fattispecie.*

Sul piano della proposta della riflessione, può individuarsi il tema del nesso che corre tra le figure sintomatiche e la fattispecie. Il disegno della figura sintomatica non sembra differenziarsi dal disegno della fattispecie per il tratto estrinseco della sua fonte. Abbiamo visto infatti che anche il legislatore può disegnare figure sintomatiche (v. *retro* sub § 3). Sembra piuttosto che il tratto distintivo risieda altrove.

Sembra corretto innanzitutto osservarsi che il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza che il giudizio definitivo circa il loro trattamento giuridico attende sempre una conferma da desumersi sulla base di elementi ulteriori.

Dovendosi dire in cosa consistano tali elementi, può osservarsi come la dottrina e la giurisprudenza predichino unanimemente che tale giudizio definitivo debba essere sempre desunto sulla base delle

circostanze del caso concreto⁴⁶, e aggiungersi che ciò è confermato anche dall'esame delle discipline delle figure sintomatiche disegnate dal legislatore, nei casi sopra esemplificati sub § 3. Pertanto, il disegno delle figure sintomatiche risulta caratterizzato per la circostanza di tipizzare comportamenti rispetto ai quali il giudizio definitivo, o se si vuole la “diagnosi” – funzionale all'attribuzione di un determinato trattamento giuridico: la sanzione, la reazione, il rimedio – attende e richiede sempre una conferma da attingersi sulla base di altri fatti⁴⁷, ovvero le circostanze del caso concreto – che possono anche negare il trattamento giuridico in questione – nonché di determinati standard valutativi⁴⁸ adeguati a quel giudizio, il più affermato dei quali è quello della ragionevolezza⁴⁹.

⁴⁶ Con riferimento alla giurisprudenza in materia di convivenza, ben sottolinea questo aspetto GRONDONA, *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, in Brunetta D'Usseaux e D'Angelo, *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, p. 355-356. Sul punto, si v. anche IMBRUGLIA, *op. cit.*, p. 85-86.

⁴⁷ Su questa dinamica delle clausole generali, BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631. Sulla figura, riferimenti minimi: RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345; D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

⁴⁸ La teoria degli *standard* valutativi è nota in tutte le esperienze giuridiche europee da decenni e non è necessario qui ripercorrerne la storia; ricordiamo solo, per tutti, FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro attuazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 1, e TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, Frankfurt am Mainz, 1971.

⁴⁹ Cfr. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; ID., *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, 2013, p. 763 ss.; DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23; ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; G. PERLINGIERI e FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427. V. anche, di recente, TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 313.

Se si riconosce questo modo di operare delle figure sintomatiche nel ragionamento del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza, si potrà anche riconoscere che le figure sintomatiche servono a dare corpo ai principî. L'elaborazione delle figure sintomatiche contribuisce ad affinare la stessa comprensione dei principî, con un movimento chiarificatore bidirezionale: dai principî alle figure sintomatiche e viceversa⁵⁰. Tale dinamica porta alla evoluzione storica del contenuto dei principî nella dimensione ermeneutica⁵¹ attraverso l'emersione esemplificativa dei concetti che disegnano le *rationes* di tutela e di affermazione storica dei principî. Si tratta di una notazione che fa appello alla necessità di affermare una consapevolezza circa il tratto della storicità dei principî, tanto spesso ignorato nel dibattito e nelle critiche rivolte al c.d. ritorno del giusnaturalismo⁵².

5. Conclusioni.

⁵⁰ Con specifico riguardo alla buona fede, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, *passim.*, e SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 45.

⁵¹ Come noto, alla visione tradizionale che – non senza contraddizioni interne – relegava il *neminem laedere* al sistema del fatto illecito, si è sostituita una concezione generale dell'*alterum non laedere*, che valorizza il precetto di Ulpiano nei rapporti obbligatori (D. 1.1.10pr.). Cfr., in dottrina, SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 342-343; per la giurisprudenza, Corte Cass., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, c. 569.

⁵² ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 202; ZACCHEO, *Valori e principi*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 86 ss., spec p. 90; IRTI, *I cancelli delle parole*, in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 63; GENTILI, *Senso e consenso*, vol. I, p. 51 s.; ROPPO, *Il racconto della legge*, Milano 2019, p. 178 ss. Per riferimenti essenziali all'attuale ampio dibattito sui principi, cfr. NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo delle corti*, in Ricci (a cura di), *Principi e clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 89 ss.; ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 1019; MAZZAMUTO e NIVARRA, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016; RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali – nel diritto dei contratti – rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 912.

Come ampiamente noto, l'attuale scenario del diritto privato è dominato dalle sfide che la (nuova) complessità pone all'interprete e alle certezze passate⁵³. La pluralità di legislatori e fonti, anche sovraordinate alle fonti nazionali⁵⁴, l'applicabilità diretta del dettato della Carta costituzionale⁵⁵ e di principi, desunti o espressamente posti da fonti, di nuovo, anche sovraordinate alle fonti nazionali⁵⁶, la

⁵³ Complessità che si traduce naturalmente in un acceso dibattito e in diversità di posizioni, cfr. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 764; GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 601 ss.; BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 5; D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 1; SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1249; ID., *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto 'giusto'*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 449 ss., spec. p. 471 ss.; ID., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147 ss., spec. p. 177 ss.; ID., *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 413 ss., spec. p. 434 ss.; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 282 ss., spec. p. 303 ss.; P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss., spec. p. 331 ss.; SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 1155 ss.; ZACCHEO, *Valori e principi*, cit.; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.

⁵⁴ In luogo di tanti, CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295.

⁵⁵ Si vedano le ordinanze Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248 in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e in *Contratti*, 2014, p. 926, con commento di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*; Corte Cost. 02 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 con commento di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*.

⁵⁶ In luogo di tanti, si ricordano quanto meno gli importanti contributi di NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*,

circolazione di modelli e *rules* provenienti da sistemi diversi⁵⁷, la prepotente emersione dei diritti della persona nell'ambito dei rapporti economici tra i privati⁵⁸, segnano un mutato assetto normativo, presentando un ambiente di lavoro oggi largamente popolato da norme che sono state definite "senza fattispecie"⁵⁹.

III, Napoli, 2006, p. 543; VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *ivi*, p. 443; IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 555.

⁵⁷ In luogo di tanti, GALGANO, *Lex mercatoria e globalizzazione*, in *Vita not.*, 2005, p. 1253; IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 867; IRTI, *Norma e luoghi - Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2007; FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Encicl. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 547; SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Pers. Merc.*, 2011, p. 245; SERIO, *Sistemi di integrazione giuridica e tecniche di armonizzazione, uniformazione ed unificazione per influsso del diritto comunitario*, in *Contr. impr. – Eur.*, 2006, p. 162; FALZEA, *Unità del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005 pp. 218-219. Di recente, v. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in questa rivista, 2009, p. 7 ss.; BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 413 ss. (anche in Sandulli e Faioli (a cura di), *Attività transnazionali, sapere giuridico e scienza della traduzione*, Roma, 2011, p. 41 ss.); RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Bari, 2013, *passim*, spec. p. 34 ss e 235 ss.

⁵⁸ SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio 'personalista' in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 145 ss.; LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss. Per una proposta di analisi delle numerosissime norme, oggi non più confinate al diritto dei contratti, intese a proteggere la vulnerabilità decisionale dei privati, cfr. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 190 ss., spec. p. 196 ss.

⁵⁹ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 124. E cfr. anche ID., *Oltre il consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, p. 86 ss. Sulla crisi della fattispecie, si v. altresì, *ex multis*, IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 687; *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11; *Un contratto incalcolabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17; *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801.

Altrove⁶⁰ ho provato a dimostrare come anche nelle norme, per così dire, tradizionali, ovvero “dotate” di fattispecie, l’interprete non possa davvero appagarsi della contemplazione delle serie effettuali, e che l’interprete debba anche a cospetto di esse rappresentarsi i “fatti dovuti” a partire dagli statuti delle situazioni giuridiche soggettive generate dalla fattispecie, declinando i contenuti delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive in figure di comportamenti permessi, doverosi e vietati. In questo senso, anche di fronte a norme dotate di una “prima” fattispecie, ossia la fattispecie del “fatto che accade” o “fatto trovato” (i.e. i fatti previsti dal legislatore per l’eventualità che possano verificarsi) all’interprete è sempre richiesto di costruire una “seconda” fattispecie, ossia la fattispecie del “fatto che deve accadere” o “fatto dovuto” (i.e. i fatti che debbono verificarsi per la legge, in conseguenza dei primi, e ricavabili dal contenuto delle situazioni soggettive da questi generati, ad es. l’esecuzione di una prestazione, il rispetto del bene altrui) con ciò raffigurandosi in definitiva i comportamenti permessi, quelli doverosi e quelli vietati⁶¹. La costruzione della “seconda fattispecie” (e con essa la raffigurazione di comportamenti permessi, doverosi e vietati) costituisce pertanto, sul piano ricostruttivo generale, l’approdo necessario dell’analisi di ogni norma.

Non dissimilmente, l’elaborazione delle figure sintomatiche, quando non poste direttamente dal legislatore, richiede all’interprete di raffigurarsi comportamenti doverosi (tanto di fare che di non fare) a partire dall’interpretazione di clausole generali e principî. Le figure sintomatiche infatti consistono in figure di comportamenti che presentano indici di violazione di divieti o di specifici obblighi desunti in via interpretativa da clausole generali e principî, e il cui giudizio definitivo circa l’effettiva violazione e il conseguente

⁶⁰ ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit.; ID., *Sul tempo dei fatti e degli effetti*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1273 ss.

⁶¹ Nello schema della norma “tradizionale”, la serie completa è pertanto fattispecie-diritti-fattispecie, dove i diritti costituiscono il medio logico tra il fatto trovato e il fatto dovuto: ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, cit., p. 1063.

preciso trattamento giuridico dipende dall'apprezzamento di ulteriori circostanze di fatto e dall'impiego di standard valutativi adeguati, nel senso sopra esposto.

Orbene, se, come incisivamente osservato, “la crisi della fattispecie non è crisi della decisione” e il lavoro del giurista “non si interrompe, ma continua in un nuovo orizzonte”⁶², in cui il “vuoto della [prima] fattispecie” accresce nel nostro mestiere il ruolo dell'interpretazione “caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza”⁶³, può non essere inutile la proposta di interrogarsi circa i vantaggi e i limiti del ragionare per figure sintomatiche.

⁶² IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; e v. anche ID., *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 17 ss.

⁶³ BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1108.

STEFANO PAGLIANTINI
Professore ordinario di diritto privato
Università degli studi di Siena

IN MEMORIAM DEL CONSUMATORE MEDIO

SOMMARIO: 1. Premessa: il nominalismo del consumatore medio. – 2. Punti, spunti e contrappunti sul consumatore negligente. – 3. Sul canone dell'interpretazione più favorevole: dal caso *Wathelet* alla... – 4. ... epifania, in *Van Hove*, del *vulnerable consumer*. – 5. La postura epistemologica della Corte: spigolature sul consumatore *désincarnée*: e sul "più favorevole" quale *vestimentum* europeo di un'interpretazione *ex fide bona*. – 6. Epilogo.

1. Premessa: il nominalismo del consumatore medio.

Il titolo di uno dei saggi più succosi apparsi nell'ultimo decennio è di un'evidenza che parla da sé: *Oltre il consumatore*¹. E tuttavia, se si spigola tra le recentissime tanto della Corte di giustizia che della Cassazione, il sospetto di un navigare errabondo in mare aperto è tutt'altro che capzioso: e, pure a volerne fare una questione di *nuovi* punti di vista², a motivo di un diritto contrattuale europeo *im werden*³, perché va da sé scomponibile in un policentrismo regolatorio ramificato a sua volta in un'articolazione reticolare⁴, tale sospetto,

¹ In *Pers. merc.*, 2011, p. 318 ss.

² V., succosamente, CALDERAI, *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti*, manoscritto letto in anteprima grazie alla cortesia dell'autrice.

³ Così RIESENHUBER, *Die Auslegung*, in *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrecht*, 2016, 315-348, Rn. 43.

⁴ Secondo una cadenza che, muovendo dall'autonomia passa ad un «*functionalism in competition and regulation*», se siamo alla ormai classica prospettiva di MICKLITZ, *The visible hand of European regulatory Private Law. The transformation of European private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, *Yearbook of European Law*, 2009, p. 3.

già antiveduto da chi subito ammonì che uno *status* non si concettualizza su di una negazione⁵, diviene lampante. È, in realtà, l'assunto consolidato di una *debolezza* del consumatore, quale contraente persona fisica, che segna il passo, alle curvature classiche di un'asimmetria informativa o di un'irrazionalità comportamentale associandosi ormai la nozione separata di una "vulnerabilità" tutta ancora da processare se conveniamo sul fatto che, in quanto *multidimensionale*, il suo *principium individuationis* non può ridursi all'unità minima di una disparità di potere contrattuale rispetto al professionista.

La vischiosità, lo notiamo subito, è così fitta che alberga pure in Cassazione. Se infatti Cass. 10673/2020, archiviato l'ibrido di un professionista c.d. di rimbalzo⁶, rinnova l'assunto del fideiussore di una società quale consumatore nel caso abbia agito per scopi privati e senza che sussista un qualche collegamento funzionale con la società altrui⁷, per Cass. 14257/2020⁸, decisivo è invece un *principio di autoresponsabilità* del consumatore che, se ha ricevuto un opuscolo informativo scritto ma non lo ha utilizzato, non può dolersi di una conseguenza pregiudizievole "suscettibile di essere risarcitoriamente compensata": segno questo che, se l'interesse al consumo è da appurarsi in concreto, le questioni del c.d. consumatore esperto od informato, ma *negligente*, divengono un problema ormai da scandagliare con maggiore acribia. Affiora così da subito il problema:

⁵ V. le classiche pagine di IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1998, p. 50 e di MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020, p. 172.

⁶ Per una lucida messa a punto della figura v. BARBA, *Professionista di riflesso*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Milano, 2018, III, p. 1251 ss., spec. p. 1268 ss. che, in un fitto dialogo con la dottrina tedesca, si sofferma sul collegamento negoziale quale *tipo* di operazione economica che rileverebbe da fatto impeditivo ad una rilevanza efficiente della qualità soggettiva di consumatore.

⁷ V. Cass., 5 giugno 2020, n. 10673, per altro denegante, nello specifico, la qualifica di consumatore, con annesso rigetto di un'applicazione del foro del consumatore. In precedenza, il *revirement* si legge in Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225 che abbandona il parametro identificativo legato alla natura dell'obbligazione garantita. Adesiva Cass., 8 maggio 2020, n. 8662 e, sui c.d. atti strumentali in senso proprio, v. Cass., 16 gennaio 2020, n. 742.

⁸ Cass., 8 luglio 2020, n. 14257.

nulla quaestio che l'autonomia dal diritto comune nazionale faccia assurgere la normativa europea, spesso compartimentalizzata, ad un fattore di ibridazione dei concetti giuridici; ma è vero pure che il tipizzare, come avviene nell'art. 35, comma 2, cod. cons., un canone interpretativo pur sempre introduce ad una «legalità dell'agire ermeneutico»: che, se la si bypassa, importa come risultato di accreditare un significato del testo contrattuale diverso da quello *positum*, cioè in linea con un «dover essere secondo la legge»⁹. Meglio del nostro art. 34, comma 1, cod. cons., recita, in realtà, l'art. L. 212-1, comma 2, *Cod. consom.*, statuente di un'abusività della clausola apprezzata sì in ragione del suo contesto ma “*sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 e 1192 du code civil*”: un elenco, questo, nel quale non è casuale che spicchi il canone secondo cui “*on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation*”. Quindi, ed alla lettera, se una valutazione sulla qualità della clausola *precede* un'interpretatio *in favorem*, è, senza cadere in una fallacia logica, il canone della “persona ragionevole” ad indicarci quand'è che il senso di una clausola sarà limpido?

Ma v'è di più.

In *apicibus* ci si dovrebbe infatti piuttosto domandare se quella del *buon consumatore* sia una figura normativa oppure una metafigura coniata dal discorso di interpreti che tendono ormai a ragionare sempre più in termini sistemici che sistematici. Non è infatti vero, ecco il quesito, che se i contratti telematici *sospendono*, come è stato sostenuto¹⁰, l'operatività delle regole ermeneutiche di cui agli artt. 1362 – 1370 c.c., giacché sottinteso la «scrittura telematica non rimanda alla parola fonica, ma è, essa stessa, mezzo e messaggio»¹¹, allora il modello medio del *diligens et bonus* consumatore già incappa, diremmo, in un luogo dischiudente una cospicua sacca ove il

⁹ Così IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in AA. VV., *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000, p. 610.

¹⁰ V., in special modo, CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, In *Contr. impr.*, 2001, p. 557 ss.

¹¹ Così IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., p. 638.

concepirlo sa di pura ridondanza giuridica? Quale senso, ci domandiamo, può invero avere congetturare di un *consumatore – tipo se*, come si scrive, il linguaggio della rete rifugge, a motivo di una sua asettica univocità, da «divergenze interpretative giuridicamente rilevanti sui simboli e sui segni» adoperati via computer? Se la contrattazione telematica viene assunta quale fatto implicante «soltanto un *calcolo formale*», e quindi alla maniera, come pure si è elegantemente scritto, di una «ricognizione di univocità prestabile»¹², questa univocità mercatizzata evidentemente *sta* tanto che il consumatore sia avveduto che colpevolmente sprovvisto. In altri termini, a ragionare, nei contratti *online*, di una *specialità escludente*, perché l'immagine che la rete ci restituirebbe è quella di un'operazione «personalizzat[a e] decontestualizzat[a] rispetto al tempo e allo spazio»¹³, la sagoma di un consumatore protetto in quanto *meritevole* di tutela è poco più che un orpello. Vero che, al pari di ogni altra *lex contractus*, pure quella *on line* deve verificarsi se riceva una puntuale esecuzione *ex fide bona* (art. 1375 c.c.)¹⁴: e tuttavia, se quella telematica la riguardiamo come un'operazione munita di una rilevanza effettuale oggettiva, siccome ivi una conoscibilità oggettiva *si sostituisce* all'aspettativa presunta di un consumatore ragionevolmente critico, dovrebbe pure mostrarsi scopertamente inutile discutere sull'esistenza di un *errore scusabile* opponibile da *quel* consumatore. Qui, insomma, non si dà un errore ragionevolmente prevedibile nell'azione di consumo.

Al netto della circostanza che lo stilizzare un soggetto – tipo da elevare a prototipo di protezione è sempre una scelta di politica del diritto, incidente va da sé sul livello di tutela somministrabile, dobbiamo allora pensare al consumatore medio come una *formula vuota* richiamata soltanto per prestare un formale ossequio ad un dato di legge? Chi, come fanno in molti pur se spesso con dire apodittico,

¹² Così IRTI, *op. loc. ult. cit.* (c. vo nel testo).

¹³ Così CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, cit., p. 570.

¹⁴ V. *amplius* SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra "realtà virtuale" ed "interessi dei contraenti"*, in Ricciuto e Zorzi (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir comm.*, Padova, 2002, p. 160.

vorrà confutarlo, indugerà va da sé sull'argomento che tra l'obiettivo, garantito dall'art. 38 CDFUE, di un livello elevato di protezione e la tutela di *ogni* consumatore non esiste un nesso di corrispondenza biunivoca posto che, come in effetti è, l'art. 5, comma 4 del TCE pur sempre recita che, "in virtù del principio di proporzionalità", le politiche dell'Unione "si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati": *ergo* uno standard di protezione che implicasse un livello di tutela inclusivo di *tutti* i consumatori verrebbe a sporgere in quanto caricherebbe le imprese di oneri *sproporzionati*, perché eccessivamente gravosi, convertendosi nell'opposto di una variabile comportamentale *market oriented*. Ridotto all'essenziale, questo argomento, instaurante una relazione di complementarità tra *reasonable consumer* ed efficienza del mercato¹⁵, si atteggia perciò scopertamente a specchio dell'idea per cui, se le regole consumeristiche incarnano un diritto regolatorio, è loro coesenziale quella *Interessenabwägung* che una garanzia estesa a *qualsiasi* consumatore verrebbe invece ad elidere *in toto*. Il "consumatore vulnerabile", in quest'ottica, non è una nozione alternativa bensì una *species* del *genus average consumer*, quale cioè tipo di *medietas* deducibile dall'adattamento del *genus* ad una sottoclasse di consumatori, meritevoli di una tutela differenziata.

Ora, siccome qui non intendiamo revocare in dubbio l'ovvio, *nulla quaestio* che lo standard del consumatore medio assicuri un'oggettività valutativa funzionale ad una protezione più collettiva che individuale¹⁶, nell'ottica di una lotta ai *behavioral market failures*. Ma se le premesse reggono, non è detto, notiamo, che la definizione tipizzata corrisponda, come subito vedremo, alla regola maneggiata dall'ermeneutica integrativa di un diritto applicato artefice di un *sostanziale disallineamento* dalla nomenclatura ufficialmente officiata dal legislatore come *meritevole*. Se infatti, come evidenzie-

¹⁵ V., criticamente, WEATHERILL, *Who is the "Average Consumer"?* in WEATHERILL – BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices Under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, p. 115.

¹⁶ V., lucidamente, ROSSI CARLEO, *Diritto dei consumi (soggetti, contratti, ri-medi)*, Torino, 2015, p. 33.

remo, si dà per presupposto che *ogni* agire scorretto del professionista legittima l'insorgere di un "diritto di difesa", sarebbe ben più acconcio iniziare a riconoscere che la soglia di tutelabilità è invero attestata su di un livello il cui marcatore si colloca *ben al di sotto* della piega che dovrebbe contrassegnare uno stato di vigile consapevolezza critica. Il diritto ad essere trattato *come un* consumatore (art. 2, comma 2, c. cons.), questa la nostra idea, possiede insomma un'esistenza indipendente, il cui svilupparsi non integra ma compenetra il consumatore medio facendogli perdere il proprio *Eigenleben* di personificazione normativa del soggetto "sovrano" se informato.

2. Punti, spunti e contrappunti sul consumatore negligente.

La tutela del consumatore, secondo uno stilema della CGUE¹⁷, non è un "assoluto" (§ 82). Al tempo stesso, però, l'*informazione doverosa* è quella che ci si può attendere ispiri l'*agere* di "un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento" (§ 68): il che, se da un lato conosce i precedenti illustri di *Matei* (§ 75), *Andriciuc* (§§ 46 e 47) e *Gomez del Moral Guasch* (§ 46)¹⁸, dall'altro complica alquanto giacché dovrebbe comportare un accertamento discrezionale la cui vischiosità è molto più marcata di quanto si possa di primo acchito credere. Non è un caso se in *MN DN JN ZN c. X Bank S.A.*(C-198/20), una vicenda polacca allo stato pendente, il quesito posto sia così sintetizzabile: pur dando per buono, nonostante il contrario precedente di *Costea c. Volksbank România SA* (C-110/14, §§ 16 e 21)¹⁹, che la tutela della direttiva 93/13 non sia di pertinenza di *ogni* consumatore ma soltanto di quello medio (*Árpád Kásler*, § 74), può reputarsi *tale* un consumatore che, prima di procedere alla sottoscrizione, non abbia letto un contratto di mutuo indicizzato in valuta estera della durata di trent'anni ? E che dire con riguardo ad un consumatore, che abbia

¹⁷ CGUE, 16 luglio 2020, cause riunite C-224/19 (*CY c. Caixabank SA*) e C-259/19 (*LG e PK c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*).

¹⁸ CGUE, 26 febbraio 2015, causa C-143/13, *Matei c. SC Volksbank România SA*; CGUE, 20 settembre 2017, causa C-186/16, *Andriciuc e altri c. Banca Românească SA*; CGUE, Grande Sezione, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA*.

¹⁹ CGUE, 3 settembre 2015, C-110/14.

letto la bozza di un mutuo senza comprenderla, il quale nel contempo ometta di domandare alla banca un chiarimento sul senso complessivo dell'operazione economica o di alcune sue clausole? Se viene istintivo notare che quella di *consumatore medio* è una figura che sempre si individua *per relationem*, essendo valutabile non *in astratto* ma in funzione della condizione specifica in cui costui versa rispetto ad una singola operazione, non è men vero che il riguardarla a guisa di una nozione *situazionale*, in quanto strettamente connessa al contesto circostanziale, può non mostrarsi risolutivo: dobbiamo supporre, nella logica di un *distingue frequenter*, che rispetto alla natura od all'oggetto del contratto, l'*an* della tutela dipenda dalle *conoscenze concrete* che quel consumatore si trovi ad avere o dalle informazioni di cui costui realmente disponga?²⁰

Pur rifuggendo da generalizzazioni asettiche, se stiamo ad una logica di *autoresponsabilità*, un argomentare siffatto si espone invero al contrappunto che, quando il contratto da stipulare esuli da quelli normalmente sottoscritti, un consumatore dovrebbe semmai prestare un'attenzione *maggiore* rispetto al solito, tutelando i propri interessi con una *diligenza superiore* a quella che impiega mediamente (*diligentia quam in suis*)²¹. Dunque non un *favor* nei suoi confronti bensì un inasprimento dell'autoresponsabilità quale riflesso di un aggravio dell'errore che *scusi*²². Epperò, nella cornice di una contrattazione seriale, quanto ha senso ragionare, se non in un'accezione "punitiva", di un affidamento incolpevole o di un'ignoranza inescusabile

²⁰ Cioè del consumatore esperto che, come leggiamo in MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore e il sovra indebitato/esdebitato*, in *Europa dir. priv.* 2020, p. 619, vanta un «grado di preparazione tecnica pressappoco simile a quella del venditore/fornitore».

²¹ V. adesso SANTUCCI, *Diligentia quam in suis (Profili di storia e dogmatica)*, *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli, 2018, I, p. 537 ss.

²² In perfetta linea con l'idea, ben sunteggiata da PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 340 che il diritto del mercato sia il diritto dell'autoresponsabilità: di conseguenza, siccome chi viene informato decide consapevolmente, per effetto di un siffatto decidere ci si viene ad accollare «il rischio della propria preferenza».

del *consumatore distratto* ? C'è da dubitare che, ad imprimere al quadro l'ennesima curvatura tormentata, il dibattito ne tragga, come direbbe Roberto Pardolesi²³, un qualche, se non occasionale, giovamento. Se infatti il consumatore ragionevolmente attento è un *fatto costitutivo* della tutela europea, il giudice nazionale *non* potrebbe dichiarare abusive le clausole di un contratto stipulato senza che il suddetto *fatto* ricorra. Non è tanto un problema se la dir. 93/13 distingue il *consumatore ingenuo* da quello *prudente*: il punto è se può immaginarsi che l'abusività *non* sia dichiarabile quando al consumatore, nonostante il rilievo officioso di *Faber*²⁴, sia contestabile che il proprio affidamento è *ingiustificabile* perché scaturente da una «mancata normale diligenza»²⁵. Di conseguenza *non tutelabilità* per il consumatore che versi in una condizione di colpevole ignoranza ?²⁶ Perché, è bene rammentarlo, pure il considerando 18 della direttiva 2005/29/CE assume, iscrivendolo per di più nella cornice di un'armonizzazione massima (artt. 5 – 9), come parametro il consumatore medio (art. 20 c. cons.).

Distinguere, come pure potrebbe farsi, tra una *quaestio facti* (esistenza di un affidamento) ed una *quaestio iuris* (se l'affidamento esistente sia giustificabile) ha il pregio di escludere il problema quando, come si evince dall'art. 48, comma 1, c. cons., la verità è così palese che un *affidamento diverso* non ha da darsi. E tuttavia penalizzare la fiducia ingenua del consumatore finisce per premiare, contro la lettera dell'art. 2, lettera b), la condotta *di chi abusa*: e tanto dovrebbe bastare ai fini di una declaratoria di vessatorietà che reagisce ad una condotta del professionista censurabile perché ha mancato ai suoi più

²³ Sulle orme di OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 669 ss. È sempre MAZZAMUTO, *Una pièce di teatro trasformista nello scenario europeo*, cit. 619, a bollare una siffatta lettura come «troppo rigorosa».

²⁴ CGUE, 4 giugno 2015, C-497/13, § 48.

²⁵ Così TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1387.

²⁶ Se dovesse avallarsi una siffatta curvatura argomentativa, allora dovremmo riconoscere, come scrive lucidamente TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 1388, che pure l'area consumeristica fa registrare un'interferenza tra «la questione dell'accertamento in fatto dell'affidamento e la questione del carattere giustificabile, o non giustificabile, dell'affidamento stesso».

elementari doveri di correttezza: o, come recita adesso la versione italiana rettificata della dir. 93/13, “in contrasto con il requisito della buona fede”²⁷. Intuitiva, se così fosse, la deduzione: irrilevanza della scusabilità ai fini di un *Inhaltskontrolle* perché la negligenza, alla maniera dell’art. 1338 c.c., è ostativa soltanto ad una responsabilità per il danno precontrattuale, con una nullità unilaterale, perché imputabile ad una parte, rescata dal comportamento della controparte?²⁸

Quindi, come ricaviamo dalle *Conclusioni* dell’AG Cruz Vilalòn, l’oggettività della nozione di consumatore accantona la fattualità del possesso di un’informazione *sufficiente* per autotutelarsi (§ 22)? Diversamente, diremmo, tutta una serie di circostanze, dagli studi al grado di esperienza passando per la professione esercitata dal consumatore se non anche per la sua intelligenza, verrebbero per riflesso a premiare, qui sta il punto, il predisponente. Se leggiamo l’art. 129, comma 1, lett. c) c. cons., la fiducia del consumatore, maturata in conseguenza di un’espressa dichiarazione d’impegno del professionista su di un determinato stato di fatto, *vincola*. Oppure dobbiamo pensare ad un’asimmetria che si immunizza, prendendo spunto dall’art. 1491 c.c., ma sino alla soglia della *negligenza grave* giacché è pur sempre vero che l’art. 4, § 1 della dir. 93/13 riconnette il giudizio di abusività all’esame di *tutte* le circostanze precedenti e coeve alla stipula del contratto?²⁹ In *Costea*, notiamo, il fatto che un avvocato stipuli con un professionista un contratto non connesso

²⁷ Sicché, e lo sappiamo, è stata archiviata la teoria soggettivistica stante il vincolo, nonostante il “malgrado” dell’art. 33, comma 1, non sia stato a cascata emendato, di un’interpretazione conforme alla direttiva. Dopo di che, siccome continua ad essere sfuggente la ragione per cui una buona fede oggettiva dovrebbe innervare una vessatorietà già stilizzata dal significativo squilibrio, c’è del giusto nel rilevare che la rettifica europea, pur se ineccepibile, tende a mostrarsi come «inessenziale»: così FERRANTE, *Alcune considerazioni “malgrado” o “contro” la buona fede dopo la rettifica della dir. 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 557.

²⁸ V. TRIMARCHI, *op. ult. cit.* p. 1391, ed *amplius*, con riferimento all’art. 1338, CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 47 s.

²⁹ Potrebbe, di nuovo estrapoliamo da TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, p. 1394, rivelarsi utile «graduare opportunamente la diligenza richiesta».

all'esercizio della professione legale, è stato reputato, rispetto al suddetto professionista, indice qualificato di una situazione di inferiorità quanto al suo *potere di trattativa*: e, come viene aggiunto, la circostanza che codesto consumatore disponga di un bagaglio elevato di competenze tecniche, non legittima la presunzione che costui non sarebbe una parte debole rispetto alla controparte (§ 27). Se poi consideriamo che, nel dispositivo di *Schrems*³⁰, neanche una conoscenza sopravvenuta è valsa da *fatto impeditivo*, viene agevole la deduzione che, nell'interpretazione autentica della Corte di giustizia, non v'è traccia alcuna di un consumatore protetto, direbbero i nostri fautori della teoria della competenza³¹, perché *profano*. È la teoria dello scopo, come notiamo altrove³², che monopolizza la scena.

Ma v'è di più.

Se infatti, nei recitativi della Corte, è scritto ricorsivamente “consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avvertito”, non ci si deve far sviare: quell'enunciato si legge, in realtà, *consumatore tout court*, quale nozione di carattere *oggettivo e funzionale*, perché, come recita la dottrina *Aziz*³³, il requisito della buona fede è integrato laddove il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi, così leggiamo, che quest'ultimo “aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale”. Diversamente, ammettendo cioè che la qualifica sia *contestabile* sulla base di dati tratti dall'esperienza o dal grado intellettuale del consumatore, dovremmo ricavarne che, nel pensiero della Corte, l'effetto utile della direttiva, non essendo più rapportato soltanto all'asimmetria di *potere contrattuale*, sarebbe compromesso? Il dubitativo, notiamo, è più di circostanza che autentico.

Bene, è innegabile, come abbiamo scritto altrove³⁴, che una tutela

³⁰ CGUE, 25 gennaio 2018, C-498/16.

³¹ V., in special modo, GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, I, p. 1166 – 1168.

³² In PAGLIANTINI, *Aspettando Godot: il consumatore in cerca d'autore*, in corso di stampa.

³³ CGUE, 14 marzo 2013, C-405/11.

³⁴ In PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in ID., *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, p. 13 s.

a largo spettro in pari tempo più *include* e *dissuade* scopertamente i professionisti da una predisposizione abusiva. Il punto però è se una siffatta regola rappresenti una ragionevole forma di bilanciamento tra *consumer protection*, da un lato, ed i principi concorrenti, dall'altro, della certezza del diritto e del *pacta sunt servanda*. Se stiamo infatti alla dottrina *Naranjo*³⁵, allo stato neanche si dà un margine per un qualche legittimo affidamento del professionista sulla validità della clausola, motivo, come testimoniato dalla vicenda delle clausole *floor*, di una nullità decretata soltanto *per il futuro*. Ora, il “malgrado la buona fede” della versione italiana, anziché un'esornativa inconsapevolezza di vessare del professionista, era un siffatto affidamento che tirava in ballo: non è infatti che la teoria soggettivistica, a prenderla sul serio naturalmente, rigettasse il senso avversativo dell'esservi, in caso di un abuso *in contrahendo*, di una condotta del professionista predisponente contraria a buona fede. Semplicemente, ed il dettato dell'art. 212-1, comma 1, *Cod. consumm.*, adesso lo attesta apertamente, quel senso affermativo allora lo si reputava implicito nell'esserci fattualmente una clausola causativa di un significativo squilibrio in danno del consumatore³⁶. Il professionista è *responsabile oggettivamente* per l'esistenza di una clausola abusiva: ora, se la suddetta responsabilità non postula che la dir. 93/13 formalizzi una *presunzione di dolo* del professionista predisponente, non dandosi un art. 6 adombrante una colpevolezza del professionista e/o che lo abiliti a confutare la presunzione di una sua condotta decettiva, è inconfutabile che il confezionare uno squilibrio contrattuale rileva *di per sé*. Semmai il fatto è che un sottinteso di tal tenore, se può in effetti presumersi quando la vessatorietà presenti una sua *tipicità sociale*, diventa ben più opaco allorché si versi in una fattispecie *atipica* carente di un pregresso giurisprudenziale.

³⁵ CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C-, *Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez c. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*

³⁶ V. BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in in BIANCA – BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 765 ss.

Messa da parte una nozione statistica di consumatore medio³⁷, adesso Cass. 14257/2020 imbastisce, come notavamo in apertura, tutt'altro tipo di discorso: anziché “anteporre formalisticamente il c.d. dogma consumeristico che vuole il consumatore in una presunzione assoluta di debolezza, sempre e comunque meritevole di protezione, e che [poi] ragiona degli obblighi di informazione come di obblighi funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico”, deve privilegiarsi un principio di autoresponsabilità. È una voce isolata o l'epifania di un *trend* che vorrebbe ripensare i confini della tutela consumeristica? Un principio di autoresponsabilità che, leggiamo, corregge “le conseguenze” che deriverebbero “dall'applicazione dello *strictum ius*” consumeristico tutto è, *ictu oculi*, fuorché minutaglia, per almeno due ordini di motivi: primo, un'autoresponsabilità a geometria variabile è un *vulnus* alla contrattazione transfrontaliera e, secondo, introduce alle varianti di diritti derivati nazionali oscillanti tra un *massimo* ed un *minimo* di tutela. C'è da dubitare che una Corte di giustizia, avvalorante persino l'idea che rimanga un consumatore chi, nel tempo, si è trasformato in un professionista delle controversie consumeristiche³⁸, reputerebbe *eurocompatibile* una siffatta revisione.

3. *Sul canone dell'interpretazione più favorevole: dal caso Wathelet alla ...*

Un altro luogo nel quale l'istantanea del consumatore medio è tutta ancora da verbalizzare si annida in quella *benigna interpretatio* dell'art. 35, comma 2, cod. cons. che, quale calco dell'art. 5 dir. 93/13, continua in realtà a rimanere una delle disposizioni più enigmatiche consegnateci da un diritto europeo che, se è nitido nel catalogare l'interpretazione più favorevole come *uno* dei rimedi presi-

³⁷ Ottenuta, va da sé, facendo la media tra tutti i gradi di conoscenza riscontrabili tra i soggetti appartenenti ad un dato gruppo: v. *amplius* ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, p. 549.

³⁸ Schrems, per la cronaca, era specializzato in diritto delle tecnologie informatiche e stava scrivendo, come si apprende dalla narrativa del fatto, una tesi di dottorato sugli aspetti giuridici inerenti la tutela dei dati personali.

dianti la violazione dell'obbligo di trasparenza, è viceversa scopertamente incompleto nel sancire *quando e come* questa norma dovrebbe trovare applicazione. Lo segnalavamo nell'*incipit*: se anche il codice del consumo prescrive, detto alla Irti maniera³⁹, una *metodologia dell'interpretazione*, cioè un canone riguardabile come un dover essere inderogabile, deve allora riconoscersi che il *più favorevole* consentito dall'art. 35, comma 2 è soltanto quello «praticato e conseguito attraverso i metodi [ivi] prescritti».

Orbene, al netto della circostanza che il reputare l'*interpretatio in favorem* come un'eresia semantica⁴⁰, perché ritualizzerebbe piuttosto una regola oggettiva di imputazione del rischio dell'ambiguità, non è la sola qualificazione compatibile con il riconoscere, com'è fin troppo pacifico in dottrina⁴¹, che l'art. 5, 2 cpv., anzitutto formalizza

³⁹ IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit. 609 s.

⁴⁰ Secondo l'espressiva locuzione di SIMLER, *Propos introductifs. À la recherche des frontières de l'interprétation*, in *RDC*, 2015, p. 146 ripresa, recentemente da SAUPHANOR-BROUILLAUD, AUBERT DE VINCELLES, BRUNAUX e USUNIER, *Les contrats de consommation. Règles communes*, in *Traité de droit civil* diretto da J. GHESTIN, Paris, 2018, p. 772 s.

⁴¹ A motivo del fatto che l'art. 5, insieme ad i suoi omologhi derivati, postula sì un dubbio ma non mira a risolverlo, semplicemente imputando al professionista un senso, più favorevole al consumatore, che lo penalizza. V., nel dibattito italiano, SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, Roma, 1997, I, p. 525 ss.; MARTUCELLI, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, II, p. 1018 ss. e PENNASILICO, *Contratto del consumatore e interpretazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1041 ss. In quello francese, ben più copioso, in luogo di tanti, ROCHFELD, *Les clairs-obscur de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 981 ss. e LAMOUREUX, *L'interprétation des contrats de consommation*, in *D.*, 2006, p. 2848. In quello tedesco, rispetto al § 305c, Abs. 2, BGB, è da vedersi almeno, partendo dalla pagina di MICKLITZ, *Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur*, in *La directive "clauses abusives", cinq ans après*, Bruxelles, Commission européenne, 1999, p. 159 ss., STAUDINGER-SCHLOSSER (2013), § 305c, BGB, Rn. 25 e GSELL, *Verbraucherschutz*, §§ 305 – 310, Rn 19 ff, in *Staudinger BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2012/2013, Berlin, 2012, 630 s.

una *sanzione*⁴², anche se, nell'ordine

⁴² Perché, con una succosa consonanza di intonazioni, tanto MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.* 2005, I, p. 113 ss., che la ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999, n. 373, felicemente si distaccano da una *communis opinio* corrente scopertamente incline ad espungere l'art. 5, secondo cpv, della direttiva fuori dal perimetro dell'interpretazione: v. GRIMALDI, *Paradoxes autour de l'interprétation des contrats*, in *RDC*, 2008, 2007 p. 222, convinto fautore che la norma europea si spieghi come l'immagine di un professionista responsabile della qualità stilistica delle clausole predisposte.

È tutto infatti fuorché implausibile sostenere che, nell'art. 5, sta invece una regola interpretativa in senso stretto se ragioniamo di un canone che «*réintègre au contrat la base contractuelle sur laquelle [avrebbe potuto] réellement se nouer l'accord*». Quale sia la precomprensione di un siffatto discorso è, invero, intuibile: anziché pensare ad un'interpretazione soggettiva bandita, perché una predisposizione unilaterale implicherebbe la carenza di un'intenzione comune da ricostruire, questa lettura muove invero dall'assunto per cui, siccome nessun scambio può realizzarsi senza che vi sia stato «un accordo di scambio» (così MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, cit., p. 129), cioè senza un'*intesa* su quella causa e su quell'oggetto che ne individuano il contenuto essenziale, neanche l'art. 1341 c.c. opacizza in realtà l'immagine di un'essenzialità dell'accordo perché possa aversi un *contratto*. Come scrive Majello, «le modifiche [o le integrazioni] della disciplina dispositiva» non figurano «tra i punti essenziali di riferimento dell'accordo», costituendone piuttosto la parte "accessoria", donde il corollario che, al ricorrere di tutte le condizioni richieste dall'art. 1341 c.c., «tali modifiche prescind[ono] dall'accordo» (*op. ult. cit.* 126). Norma funzionale all'efficienza dell'attività d'impresa, in questa versione l'art. 1341 ha sì per soggetto un potere di predisposizione del professionista, *potere* che la legge mette in forma sganciandolo dal *negoziato*, ma per la ragione che, nella sua trama, non *uno* bensì *due* atti distinti vengono a figurarvi, alla predisposizione unilaterale facendo invero seguito (pure temporalmente) un accordo integrato *ex iure* alla prima «per effetto della conoscibilità (art. 1341, comma 1) o [...] della sottoscrizione di moduli o formulari predisposti (art. 1342, comma 2)» (*op. ult. cit.* 129). Orbene, non è un caso se la Rochfeld adesso discorre di una *benigna interpretatio* che recupera quanto l'aderente avrebbe potuto «*raisonnablement considérer comme contenu dans l'accord, au vu du type de contrat passé et de sa cause*». Pure nella nostra versione domestica l'art. 1341 verrebbe sì ad istituzionalizzare una superfluità dell'accordo ma là dove il tematizzarlo, infeudato com'è questo interesse del professionista fuori dall'ambito della causa e dell'oggetto, avrebbe dell'antieconomico. Ergo è un'illusione ottica, se così stanno le cose, vedere nell'art. 1341 c.c. un atto unilaterale di eteronomia, «estraneo alla sfera di applicazione dell'art. 1322 c.c.» (v. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in

ammettiamo che la specialità dell'art. 35, comma 2, non sterilizza un primo momento del processo interpretativo per, va da sé, l'ovvietà che uno scegliere tra due significati sempre implica l'esistenza di un *dubbio giuridico*⁴³, dando pure per buono che l'art. 35, comma 2, ritualizzi, per dirlo alla tedesca⁴⁴, una *kundenfreundlichere Auslegung*, non foss'altro diremmo perché la lettera del terzo comma imprigiona la variante di una *kundenfeindlichere* testualmente legalizzata nel perimetro esclusivo del controllo collettivo di cui all'art. 37 c. cons.⁴⁵, il dedurne, per conseguenza, che lo standard di tutela europeo segue un modello a *due velocità*⁴⁶, ciò nondimeno non ci si

Macario e Miletta (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 370).

⁴³ V., come nota più persuasivamente di altri, MARTUCCELLI, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, cit., p. 1030. Quindi quel che si dà è una specialità pretermisiva dell'art. 1370 (e dell'art. 1368, comma 2, c.c.), non una specialità nella versione di un primato esclusivo dell'art. 35, comma 2 sostituyente tutte le altre regole interpretative.

⁴⁴ Ben esemplificata, nel nostro panorama dottrinale, da DE CRISTOFARO, *Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al Capo XIV-bis del titolo II del libro IV del codice civile. Ultimo capitolo della tormentata vicenda dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE ?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 395 ss.

⁴⁵ Quindi, come ormai sembra mostrarsi pacifico in dottrina, un'interpretazione *kundenfeindlichste* che vince sì, nel *Verbandprozess*, ma per l'intima connessione che questa ha con la peculiare struttura di questo tipo di giudizio inibitorio, tutto rinserrato nel solo contesto *verbalizzato* di condizioni contrattuali standard. È *ius receptum*, diremmo, che, in un procedimento semplificato incentrato su di una valutazione prognostica delle c.g. c., non c'è posto per la variabile molteplice dei singoli equilibri, registrabili viceversa in un contratto individuale.

⁴⁶ Il che smonta la replica, opposta da CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in Vettori (a cura di) *Regolamento*, II, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2006, p. 363 s., incentrata sull'aporia che veicolerebbe una *Unklarheitenregel* a doppio statuto, se è vero che il c.d. controllo individuale postula una valutazione *ex post* esaltante quell'art. 34, comma 1 c. cons. del tutto avulso, invece, dalla logica generale – preventiva propria del controllo collettivo. D'altro canto, l'art. 4 della direttiva fa precedere la declinazione dei criteri di accertamento della vessatorietà da un "fatto salvo l'art. 7", relativo proprio all'ambito della tutela collettiva: nel segno così di un'interpretazione protettiva diversamente *modulata* che, per quanto il legislatore italiano non abbia riprodotto l'eccezione, prelude ad un'esegesi comunitariamente orientata dell'art. 37 c. cons. Quindi, come talora invece si opina,

libera dalla sensazione che tutto questo castello interpretativo stilizzi un dire sì sofisticato ma che rimane inappagante. Non è soltanto, quantunque il dato sia di quelli che sparigliano, per la ragione che l'elezione del *dubbio giuridico* a presupposto costitutivo di *ogni* interpretazione c.d. partigiana ha comunque dell'interlocutorio se prima non si provvede a chiarire quanto l'*in claris* faccia in realtà da schermo paralizzando un potere del giudice di riquilibrare il significato di un contratto *b2c* soltanto perché *asimmetrico*. Se dovessimo infatti stare alla "dottrina" della *Court de cassation*, il "dubbio" lo si può pure reputare esistente per deduzione dal fatto che il giudice valuti *officiosamente* possibile, estraendola dagli atti di causa, un'altra interpretazione più favorevole⁴⁷. Qui, se la questione interpretativa *mai* è stata processualmente dibattuta, *quel* dubbio finisce così per venire ricavato dall'astratta polisemia del testo contrattuale, con un'ambiguità che quindi spunta quantunque "*personne ne discutait*", portando con sé il risultato di una facoltà dell'art. R. 632-1, comma 1, *cod. consomm.*, che slitta, come si fa notare⁴⁸, in una *obligation de relever d'office*. Nel dibattito francese, in altre parole, è perciò nitida la percezione che, se un canone di legge comanda un *certo rapporto* tra interprete e testo contrattuale, *quel* canone va osservato perché positivamente confezionato tanto da «criteri[o] di metodo [che] [...] di controllo, quindi principi[o] del fare e [...] del verificare»⁴⁹: a dividere è semmai l'ampiezza riconosciuta alla sindacabilità di una qualità (redazionale) della clausola che, quantunque non sia affidata ad un'eccezione in senso stretto, pur sempre presidia la *controllabilità* del risultato interpretativo. Un'*inventio* giudiziale del

nessuna enigmatica eccezione è verbalizzata nel disposto dell'art. 35, comma 3, c. cons.

⁴⁷ È quanto, a chiare lettere, ha statuito, innescando un vivace dibattito dottrinale, Cass., Sez. civ. 1, 22 maggio 2008, n. 05-21822, in *RDC* 2008, con obs. di MAZEAUD (p. 1135 ss.), DESHAYES (p. 1155 ss.) e BRUSCHI (p. 1214 ss.). Utili spunti pure in GOLDIE-GÉNICON, *L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives*, in *D.*, 2008, *chron.*, 2447 ss. Il suo dispositivo è stato poi ripreso da Cass. 1^{re} civ., 1 giugno 2011, n. 09-72552, in *D.*, 2011, p. 1612.

⁴⁸ V. MILLET, *Le sorte du principe de l'interprétation dans le sens le plus favorable au consommateur*, in *D.*, 2020, p. 1280, a commento di Cass. 1^{re} civ., 26 febbraio 2020.

⁴⁹ Così IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., p. 612.

dubbio trasforma infatti il punto di vista del consumatore medio in un accidente.

Proseguendo.

Ma, dando pure per assodato che lo schema a due velocità corrisponde, nella *ratio* legislativa europea, a due diversi tipi di valutazione⁵⁰, tutto da decifrare rimane il tipo di *legalità del processo interpretativo*, direbbe Irti⁵¹, ivi comandato onde i risultati dedotti risultino «conformi alla legge». Anche infatti a riconoscere che nessuna *europäische Verschiebung der Gesichtspunkte*, per succosa che sia, può legittimare un giudice a snaturare un contratto⁵², sospeso rimane il quesito che tutto tiene: in base a quale, per dirlo con Stuyck⁵³, *verbraucherleitbild* il giudice deve pronunciarsi? Deve oppure no ragionarsi di un’*Unklarheitenregel* con il limite impeditivo del consumatore furbo o ingenuo oppure va esaltato il ruolo profilattico dell’art. 5? Quesito che il dispositivo di *Van Hove* (C-96/14)⁵⁴, come già ci è capitato di accennare altrove⁵⁵, ha sì sciolto ma con qualche ambiguità dottrinale di troppo.

È vero, il *dictum* della CGUE, “non si può pretendere dal consumatore”, al momento della stipula di contratti connessi, la *stessa vigilanza*, quanto all’estensione del rischio assicurato, esigibile in caso di conclusione *separata* degli stessi contratti, mostra un sottinteso corposo. Parrebbe infatti che il mutuatario assicurato abbia qui prevalso perché l’anfibologia del sintagma “inabilità totale”, diversamente inteso dal professionista e dal consumatore ai fini della presa

⁵⁰ *In concreto*, quando il contratto sia stato già concluso, *in astratto*, viceversa, allorché sia da accertarsi l’abusività di una clausola suscettibile di essere inclusa in contratti che *non* sono ancora stati stipulati.

⁵¹ IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit. 612 s.

⁵² *Dénaturation*, come sappiamo, è il sostantivo invalso in un dibattito francese che lo ha pure adesso incluso nel discorso del legislatore: v. art. 1192 *Code civil*.

⁵³ STUYCK, *Consumer concepts in EU Secondary Law*, in Klink e Riesenhuber (hesg), *Verbraucherleitbilder*, Berlin, 2015, p. 115.

⁵⁴ CGUE, 23 aprile 2015, *Van Hove c. CNP Assurances SA*. Per più di un utile spunto v. il commento di LANGHEID, *Missbrauchskontrolle von Leistungsbeschreibungen nur bei Intransparenz*, in *Versicherungsrecht* 2015, p. 1071 – 1075.

⁵⁵ PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*, in *Contratti*, 2015, p. 762 ss.

in carico delle rate dovute⁵⁶, nella specie ragionevolmente *si dava*, in quanto dubbio, oggettivamente apprezzabile, rampollante dal tipo di *Vertraganbahnung*, secondo la calzante formula tedesca, che il professionista aveva sperimentato nell'occasione. Il che, e per riflesso, se operativamente implica un'interpretazione più favorevole al consumatore annoverante, onde possa esplicitarsi, non *uno* bensì *due* presupposti, vero che ivi l'ambivalenza semantica della clausola predisposta *da sola* non basta senza il concorso di una buona fede scusabile che la illumini, ma questa, nell'assiologia della Corte, è pur sempre presunta *iuris et de iure* al materializzarsi di un determinato *contesto contrattuale* elevato ad *Erkenntnishorizont*. Quindi parrebbe esserci una CGUE che, in luogo di un consumatore razionale quando la sua libertà di scelta sia informata, avvalora l'automatismo di una *vulnerabilità* consustanziale alla tecnica di conclusione adottata, riguardata come causativa di un'insopprimibile debolezza *qualificata*: il tutto sul sottinteso che, siccome ogni interpretazione fa corpo con la *lex contractus* interpretanda, visto che la cifra di ogni contrattazione asimmetrica notoriamente si sostanzia in un'uniformità di regole riprodotte in esemplari multipli, se il solo dubbio rilevante fosse quello eccezionale da un consumatore incolpevole, il *gage di efficacité*, per dirlo alla francese⁵⁷, premierebbe sempre sì un significato standard ragionevole ma orientato a vantaggio di un'impresa il cui rischio, se viene ad essere temperato dalla scusabilità

⁵⁶ E di conseguenza, nella prima accezione, giudicata rilevante in termini assoluti, *ergo* l'accollo si avrebbe soltanto al verificarsi di un impedimento ostativo allo svolgimento di una *qualsiasi* attività professionale (financo retribuita) mentre, nella seconda versione, più favorevole evidentemente al consumatore, inabilità totale diviene sinonimo di un aggravarsi (delle condizioni di salute) preclusivo alla percezione di un reddito *adeguato* a restituire la somma mutuata. Quindi una nozione, se declinata in termini relativi, che non verrebbe ad esonerare il professionista dal rischio negoziato *tutte* le volte in cui il mutuatario assicurato fosse riconosciuto idoneo, come nel caso di specie, a compiere un'attività professionale provvista di un reddito minimo.

⁵⁷ V. REVET, *L'uniformisation de l'interprétation: contrats types et contrats d'adhésion*, in *RDC*, 2015, p. 203 e MARTIAL – BRAZ, *L'objectivation des méthodes de l'interprétation: la référence à la "personne raisonnable" e l'interprétation in favorem*, in *ivi*, p. 193 ss., spec. p. 196.

dell'errore interpretativo, *recta via* basculerebbe sempre tra un minimo ed un massimo parametrato sulla corrispondente gradazione impressa ad un *dovere di capire* del consumatore⁵⁸. C'è quindi una precomprensione, ci verrebbe da dire, che lega una post-vessorietà imprevedibile ed una vulnerabilità dedotta *per relationem* dal contesto contrattuale di riferimento, con un'*individualizzazione* del punto di vista tarato sulla *specificità* del contratto stipulato. Se non è propriamente una situazione di "sorpresa tipizzata", inconfutabilmente *Van Hove* assevera che esistono dei "contesti contrattuali" conducenti ad un rischio di opaca autodeterminazione negoziale del consumatore, un cd. *framing effect* – effetto di contesto – o una posizione di rilevanza – *saliency* – che vanno ad impattare sulla libertà di contrarre. In *Wathelet c. Garage Bietheres & Fils SPRL*⁵⁹, ove si discuteva sulla responsabilità per i vizi occulti di una vettura d'occasione, la Corte è stata del resto lapidaria nello statuire che un consumatore può venire indotto in errore dalle *modalità* che presiedono alla suddetta vendita, donde la necessità di conferirgli una *tutela rafforzata* affidata nello specifico al ritenere che la responsabilità del venditore, ai sensi della direttiva 99/44, *gravi* sull'intermediario che, presentandosi al consumatore, alimenta il rischio di confonderlo, "inducendolo a confidare nella sua qualità di proprietario del bene venduto". Qui, com'è facile notare, la buona fede dell'acquirente viene presunta portando con sé l'instaurazione di un rapporto *b2c* quando invece la vendita *era* del genere *c2c* visto che la proprietà del veicolo era pacifico che fosse di un privato. Il periodare che si legge nel § 42, un'interpretazione contraria, valorizzante quella qualifica di intermediario escludente l'applicazione dell'art. 1, § 2, lett. c), dir. 99/44, produrrebbe l'effetto di pregiudicare "un livello elevato di protezione dei consumatori e, di conseguenza, la [loro] fiducia", se da un lato si automunisce dello scudo di un'effettività della protezione, dall'altro non oblitera la circostanza che qui la tutela è

⁵⁸ Come, non a caso, sostiene GAMBARO, in Candian, Gambaro, Gordley e Nanni, *Linee e tendenze in tema di leggibilità e trasparenza dei testi contrattuali assicurativi*, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 253 s.

⁵⁹ CGUE, 9 novembre 2016, causa C-149/15.

somministrata non andando preliminarmente a scandagliare se ricorresse un'apparenza affidante quanto e piuttosto per il fatto oggettivo che sia stata creata un'apparenza. Addossando all'intermediario l'onere di provare di aver debitamente informato l'acquirente di non essere il proprietario del bene, la Corte *tipizza* in realtà una presunzione *iuris tantum* di venditore di un bene di consumo in capo a *quel* professionista che alieni invece per conto di un privato. Ebbene, vien fatto di chiedersi se un'impressione di agire in qualità di venditore che rileva di *per sé*, in quanto dedotta dall'attività professionale svolta, non finisca per mettere tra parentesi un dovere di conoscere dell'acquirente anche se incauto.

4. ... *epifania*, in Van Hove, *del vulnerable consumer*.

Quand'è così, il sostenere allora che l'art. 35, comma 2, rappresenta l'evidenza di una *norma-principio* nell'interpretazione del contratto predisposto⁶⁰, non è risolutivo. Quantunque infatti fosse vero che qualsiasi contratto asimmetrico, in quanto espressione di un potere eteronomo, va inteso (non ai sensi dell'art. 1362 bensì) sulla scorta di un art. 12, comma 1, disp. prel. c.c., dovendosi ivi ricostruire non una fittizia intenzione comune quanto e piuttosto la sola volontà del predisponente⁶¹, se diamo per buono che la *negligenza* del consumatore *non scusa*, va da sé che poi ci si avvia lungo un percorso che non è collimante con quello messo in forma dalla Corte.

In dottrina leggiamo che l'art. 35, comma 2, si applica con il contrappunto dell'ordinaria diligenza, dovendosi ritenere che il consumatore sia protetto dai rischi «di oscurità e ambiguità, non dalla pigrizia o dalla ingenuità»⁶². Il che, se fosse vero, contribuirebbe ad

⁶⁰ È questa, notoriamente, la lettura di ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, cit., p. 306, alla quale aderiscono tanto GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, p. 52 ss. ed ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità delle clausole nel contratto stipulato col consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 601 ss.

⁶¹ Il che, come si sa, e è alquanto controverso in dottrina. Semmai è vero che l'*interpretatio in favorem* rappresenta il contrappunto normativo di una *presunzione* che vuole il contratto predisposto espressivo di una *lex contractus* unilateralmente orientata a favore del predisponente.

⁶² Così GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, II, p. 635 s.

anestetizzare vieppiù però la caratura operativa della disposizione. Gli è, infatti, che il sottinteso di un *affidamento scusabile* scopertamente traduce questa norma in una tecnica di disciplina nella quale *l'errore inescusabile* del consumatore di nuovo verrebbe a fungere da criterio per una sua *autoresponsabilità*, idonea ad esimere il professionista che pure abbia contravvenuto all'obbligo di una *totale chiarezza*. Beninteso, è vero che l'idea del diritto ad una *benigna interpretatio* sagomata dall'onere di una concorrente conoscibilità fa da *proprium* ad un art. 1370 c.c. la cui vocazione protettiva è reputata inoperante laddove l'aderente non la *meriti*⁶³: epperò pensare ad un *continuo* tra le due disposizioni, con un *confident consumer* che soppianta un *vulnerable consumer*, mal si concilia con il ritenere che la direttiva 93/13 protegga un soggetto irrazionale che, *Aziz* (§ 58), *Duarte Hueros* (§ 38) e *Banco Popular Español SA* (§ 53) *docent*⁶⁴, è pur sempre una persona fisica che “ignora o non comprende la portata dei suoi diritti”. Da questo punto di vista anche tutto il dibattito francese⁶⁵, se succoso quanto all'estensione del canone al *non professionnel* (art. 212-5 *cod. consomm.*), non è granché costruttivo là dove invece esalta un'imperatività del canone europeo, che adesso si vorrebbe partecipasse pure il disposto di un art. 1190 *Code civil* ruotante a sua volta intorno all'immagine di un *dubbio incolposo*: l'inderogabilità blinda, è vero, la disposizione, evitando così che il professionista possa bypassarla, ma non interferisce sul computo di *quanti* davvero siano gli elementi costitutivi della fattispecie legale. Le discussioni suscitate dal nuovo art. 1190, *Code civil*, il cui *incipit*

⁶³ V., per tutti, GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, rist. Padova, 1983, 204 e, nonostante taluni equivoci degli interpreti, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa corretta della II ed. (1960), a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, p. 355.

⁶⁴ CGUE, 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa*; CGUE, 3 ottobre 2013, causa C-32/12, *Soledad Duarte Hueros c. Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*, e CGUE, 14 novembre 2013, cause riunite C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español SA c. María Teodolinda Rivas Quichimbo, Wilmar Edgar Cun Pérez* (C-537/12), e *Banco de Valencia SA c. Joaquín Valldeperas Tortosa, María Ángeles Miret Jaume* (C-116/13).

⁶⁵ Da vedersi in DESHAYES, *L'interprétation des contrats*, in *JCP*, G, 2015, suppl. au n. 21, p. 39 ss. e MAZEAUD, *L'encadrement des pouvoirs du juge: l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation*, in *RDC*, 2015, p. 187 ss.

“*dans le doute*”, si nota, anziché come asseverativo di una sussidiarietà dell’*interpretatio contra stipulatorem*⁶⁶, potrebbe ben leggersi alla stregua di un *rappel* alla condizione di un’oscurità ragionevole⁶⁷, sono la attestazione sintomatica di come una buona fede inescusabile *divori* lo spazio del dubbio rilevante: se è vero che, unitamente ai significati scartati, non potranno non cadere pure *tutti* i dubbi che vi si correlano in quanto *irragionevoli*. Nell’epistemologia europea, il problema, insomma, non è tanto quello di capire se un art. 35, comma 2, cod. cons. rilevi oppure no da norma primaria ma *se*, nella sua minima unità effettuale, oscurità e ragionevolezza procedano *oppure no* appaiate. Chi avvalora il binomio, sul presupposto che il contratto *b2c* si interpreta come *ogni altro* contratto⁶⁸, sterilizza l’enunciato europeo degradandolo al rango di una norma residuale: quando invece *se*, nel segno della Corte, la vulnerabilità viene estratta da un contesto circostanziale nel quale si aggregano singole tipologie di mercato e rispettivi bisogni, si matura nitidamente la percezione che il diritto contrattuale europeo esternalizza in realtà, contrariamente all’opinione corrente, delle «esplicite novità ermeneutiche»⁶⁹. Se il giurista tedesco, assai avvezzo a praticare delle restrizioni teleologiche, parlerà di *eine Auslegung am Schutzzweck orientiert*, quello italiano lo imita se prenda contezza che una *vulnerabilità situazionale* è nozione che meglio razionalizza un bisogno di protezione.

Dopo di che, può, naturalmente, agitarsi il contrappunto che l’espunzione della diligenza dal *common core* dell’interpretazione più favorevole preluda a confezionare un «*commodus discessus*

⁶⁶ Rispetto alla regola generale sulla ricostruzione di un’intenzione comune.

⁶⁷ V. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, *Les principes, les directives et les clauses relatives à l’interprétation*, in *RDC*, 2016, p. 384 ss.

⁶⁸ V. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 635 che, non a caso, derubrica la *novitas* europea ad una modifica “quantitativa” e non “qualitativa”, essendo incontestato che il diritto derivato italiano conosca un’*interpretatio contra stipulatorem* che vanta adesso una maggior *vis expansiva* irradiandosi oltre il limite codicistico della contrattazione standardizzata.

⁶⁹ V. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*, in adesione a COSTANZA, *Interpretazione del contratto e diritto comunitario*, in Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *Diritto privato comunitario*, Camerino – Napoli, 2008, I, p. 570.

all'aderente opportunista»⁷⁰, con il rischio che proliferi un agire opportunistico idoneo ad interrompere il circolo virtuoso tra tutela della concorrenza e protezione consumeristica. Come scrive Gentili⁷¹, niente osta a che l'art. 35 venga reinterpretato ma, allo stato, non si dà una *benigna interpretatio* che non sia rinserrata nella gabbia del c.d. grado di resistenza del testo contrattuale, eletta a limite di una traslazione del rischio ermeneutico su chi può evitarlo con minor spesa (*superior risk bearer*). La replica che può farsi ha però altrettanto dell'intuitivo: suonerà evidente, a rifletterci su appena un po', che la Corte da un lato è solita gestire l'abuso con il medio di un *fair dealing*, che già la direttiva 93/13, del resto, designa come principio ottimizzante una valutazione complessiva degli interessi in conflitto⁷², senza trascurare dall'altro che, se quello standard è pur sempre un contratto, con l'interpretazione più favorevole non si conia un significato dischiudendosi piuttosto *quel* significato rimasto *oculto* a motivo di un consenso prestato *in blocco*. Stiamo dicendo, lo si sarà intuito, che il richiamo della Corte al principio del *fair dealing* cela, in realtà, il retropensiero di una predisposizione unilaterale quale tecnica che *non* scaccia un *accordo* degradandolo semmai ad un' *intesa* che non è sul *contrat concret* bensì su di un tipo di contratto e la sua annessa causa: il più favorevole, in un contesto siffatto, non manipola perciò, recuperando semmai all'accordo una porzione di contenuto (del contratto) collocata *fuori*, perché contenuto (all'origine) *non negoziato* «ma solo “conosciuto” e cioè, nel segno del § 308 del BGB, «fatto oggetto di conoscenza»⁷³. D'altro canto se, nel quadro delle azioni collettive, «l'*éviction de l'interprétation in favorem*», sostituita da una *kundenfeindlichere Auslegung*⁷⁴, è

⁷⁰ V., con felice espressività, CALDERAI, *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti*, cit.

⁷¹ GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 637.

⁷² V. Considerando 16.

⁷³ Così, con dire esemplare, DI MAJO, *L'accordo*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da Orestano, Torino, 2009, p. 10.

⁷⁴ Che comunque, è bene rimarcarlo, non esclude *a valle* l'operare del significato più favorevole quando, avendo la clausola contestata superato un sindacato di vessatorietà, ne sia stata acclarata una liceità.

funzionale ad un fine di effettività *preventiva* (della tutela) per la *totalità* dei consumatori⁷⁵, il preferire, nelle azioni individuali, la figura del consumatore sì “vulnerabile”, epperò pur sempre osservante il dovere di un *honeste intelligere*, smorza il sospetto di un art. 5, 2 cpv. destinato a rilevare come una norma preposta in realtà a «*servir systématiquement les intérêts du professionnel qui en a commandé l'élaboration*»⁷⁶: un sospetto, ci vien fatto di osservare, tutt'altro che sfocato giacché più elevata è la qualità redazionale di un contratto standard, minore in effetti è la possibilità che «*adhésion*» faccia davvero rima con «*ambiguité*»⁷⁷. Quando, ricorrendo alla felice metafora di un' *interpretatio in favorem* trasformata da *secret weapon* ad una *sabre de bois*, ne evidenzia la qualifica di una sanzione afflitta da un alto tasso di ineffettività, Fenouillet non conduce un discorso la cui tonalità sia diversa⁷⁸: e, notiamo, il diritto vivente francese pratica il “più favorevole” con una costanza applicativa che non trova certo un equipollente nel marginalismo rapsodico di una giurisprudenza italiana pressoché afona.

Quindi, ritorniamo alla domanda: si scrive *ambiguità ragionevole* ma con il *caveat*, onde pervenire ad una tutela *più estesa* dei consumatori, che va letto come un' *ambiguità neutra* perché le condizioni

⁷⁵ Sul presupposto (incontestabile) che una *kundenfreundlichere Auslegung* estesa all'area del controllo collettivo non svilupperebbe alcun effetto deterrente in quanto il professionista, al fine di far rigettare l'inibizione della clausola idonea ad essere intesa come abusiva, potrebbe optare per una sua *ambiguità*, donde l'ingresso a quell'interpretazione più favorevole che, pur mitigando il suo vantaggio, non lo azzerava come nell'ipotesi di una soppressione della clausola in quanto *abusiva*. V., *funditus*, MICKLITZ, *Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur*, cit., p. 159 s. e, a seguire, SAUPHANOR-BROUILLAUD ed altri, *Les contrats de consommation. Règles communes*, cit., p. 785. Nella giurisprudenza della CGUE, v. Commissione c. Regno di Spagna (-causa C-70/03, del 9 settembre 2004 § 16, ove il testuale riferimento ad una *kundenfreundlichere Auslegung* quale tecnica bypassante il rischio che la *benigna interpretatio* sia strumentalmente invocata dal professionista.

⁷⁶ Così STOFFEL-MUNCK, *La qualité de la norme contractuelle: approche civiliste et commercialiste*, in *Autour de la qualité des normes. Acte du colloque d'Aix-en-Provence* (24 e 25 ottobre 2008), Bruxelles, 2010, p. 197 ss., spec. p. 203.

⁷⁷ Cfr. STOFFEL-MUNCK, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in *RDC*, 2016, p. 359.

amministranti la prevalenza del *contra stipulatorem* vanno comunque improntate a quell'effetto di *deterrenza preventiva* che dovrebbe servire, nella strategia della Corte, a rendere proattiva la condotta del professionista, inducendolo a correggere, nei moduli standard, le clausole incorse, a seguito di giudizi individuali, in un'interpretazione sfavorevole. È questa, se vogliamo, una lettura dell'art. 5, 2 cpv. condotta, come accaduto per il post-vessatorietà dell'art. 6, sotto l'impero dell'art. 7 (*Abschreckungseffekt*): ma d'altronde, se il rimedio reagisce ad un «fatto dovuto mancato»⁷⁹, come il fine di una tutela più estesa può talora passare per il medio di *non* intendere una clausola oscura come se si conservasse soltanto perché può produrre un qualche effetto favorevole, così l'immagine del “consumatore vulnerabile” torna utile a rendere *imprevedibile* per il professionista inadempiente il costo di un'ambiguità lecita. Poi, e *Van Hove* al riguardo è paradigmatica, è vero che un approccio siffatto, nell'itinerario interpretativo della Corte, serve altresì a settorializzare il controllo giudiziale, graduando «la responsabilità all'interno di ciascun settore anche in relazione a particolari tipologie di clausole»⁸⁰. Non c'è, in questo, nulla di stupefacente: se infatti il contesto circostanziale dell'art. 4, § 1 è ben diverso da quello che si incontra nell'art. 1362, comma 2 c.c., non può destar sorpresa che ogni regola consumeristica abbia degli effetti *pluralizzati*, trasformandosi nell'epifania di una norma d'azione *ragionevole se ragionevoli*, viene da sé, sono, in termini di inclusione macroeconomica, le conseguenze derivanti dalla sua applicazione. La *novitas* che si legge nel combinato disposto degli artt. 9, comma 1-*bis* e 16, comma 2 della dir. 2011/83, per come modificata dall'art. 6-*bis* della direttiva 2019/2161 UE, contemplanti rispettivamente la facoltà per gli Stati membri di prorogare a 30 giorni il diritto di recesso nel caso di contratti stipulati “nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore oppure di escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l'effetto di promuovere o vendere

⁷⁹ Così ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1044.

⁸⁰ Così, espressivamente, CALDERAI, *Una questione di punti di vista. Interpretazione dei contratti asimmetrici e teoria delle fonti*, cit.

prodotti ai consumatori” ovvero di derogare, in ambedue le fattispecie, a talune eccezioni di irrecidibilità, attesta ci sembra quanto l’aversi uno specifico “contesto contrattuale” sia ormai divenuto un fattore di differenziazione della disciplina. Tra l’altro all’interprete avveduto non dovrebbe sfuggire la circostanza che un ritagliarsi della disciplina, nel senso di un’esclusione dalla tutela per il *business traveller*, torna pure nell’art. 32, comma 2, lett. c) c. tur., sempre a motivo del *procedimento* che introduce alla stipula del contratto.

5. La postura epistemologica della Corte: spigolature sul consumatore désincarnée: e sul “più favorevole” quale vestimentum europeo di un’interpretazione ex fide bona.

Qualche anno fa, in una pagina largamente nota⁸¹, Micklitz ha distinto tra il consumatore responsabile (*verantwortlich*), quello confidente (*vertrauensvoll*) ed il consumatore vulnerabile (*verletzlich*), non escludendo, come leggiamo, che il suddetto trittico si infittisca in ragione della frammentazione dei mercati, portando così al conio di tanti paradigmi quanti sono i diversi pezzi di economie (compartimentalizzate) che l’Unione abbia reputato efficiente armonizzare⁸². Nella sua scia, Valentina Calderai adesso ci rammenta che è alle “circostanze” che la Corte di giustizia dà sempre più saliente rilievo, ottimizzando così delle tecniche di tutela la cui trasversalità le fa talora accedere, come nel caso dell’*interpretatio in favorem*, al rango di regole comuni a tutti i contratti *b2c*⁸³. In questa versione, com’è facile intuire, il consumatore medio non è soltanto una figura che si dà *al plurale*, è anzitutto una nozione *désincarnée*, sciolta così da quell’onere della prova disincentivante il ricorso ai vizi del consenso, che si fregia precipuamente del presidio di una garanzia costituzionale.

Ora, in un sistema ordinamentale nel quale la regola consumeri-

⁸¹ MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 875 s.

⁸² Sul moltiplicarsi delle discipline verticali v. ROSSI CARLEO, *Il turista viaggiatore*, in *Europa dir. priv.* 2020, p. 631 s.

⁸³ Abbiamo provato ad abbozzarne un quadro in PAGLIANTINI, *Contratto (diritto europeo)*, in *Enc. dir., Tematici Il contratto* – Milano, 2021, p. 130.

stica controbilancia i *costs of dishonesty*, *nulla quaestio* che un interesse collettivizzato dimensioni il *legislate by contract* di kesleriana memoria ma con l'ausilio di un *caveat*: se dubbi infatti non residuano sull'esistenza di una tutela consumeristica munita di uno scudo costituzionale (artt. 2 e 41 Cost), difetta viceversa un qualsiasi dato normativo, europeo o nazionale, che possa asseverare il darsi di un *diritto fondamentale* ad essere trattato come un consumatore, quale versione postmoderna di quella posizione situazionale, detto sempre *à la Kesler*, comandata a schermare un «*legislate in a substantially authoritarian manner without using the appearance of authoritarian forms*»⁸⁴. Non è un caso se, persino il suo teorico più sofisticato⁸⁵, lo ha ipotizzato in una forma interrogativa.

Per lo meno allo stato, la via di fuga ci sembra che risieda perciò altrove: e, segnatamente, nella circostanza che, se l'*interpretatio in favorem* rischiera, (ri)detto *à la Majello*, un significato occulto, dovrebbe riconoscersi che una trasparenza interpretativa corregge sì il contratto ma, lo ribadiamo, in vista di *reintegrare* quell'interesse che, stante l'asimmetria di potere, non è affiorato all'atto della stipula. Ridotto all'essenziale, un siffatto dire evoca, e *recta via*, l'idea di un'autointegrazione condotta sì ricercando nel contratto un interesse delle parti, ma nell'art. 5, 2 cpv. considerato *atomisticamente* onde mobilitare una tutela compensativa riequilibrante il contratto⁸⁶.

Dunque, nessun senso autoritativo, quale vistosa espressione di un «*recul de la sacralisation de la volonté des parties*»⁸⁷. Se il dubbio giuridico si scioglie per il medio di una «comprensione giustificata dal testo visto nel contesto»⁸⁸, siccome nei rapporti asimmetrici l'interesse delle parti non è un *prius* bensì un *posterius* inverato per

⁸⁴ Così KESSLER, *Contracts of Adhesion. Some Thoughts about freedom of contract*, in *43 Colum. L. Rev.*, 1943, p. 640.

⁸⁵ L'allusione, va da sé, è a Micklitz.

⁸⁶ L'intuizione è già nella pagina di OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 101, valorizzante l'idea di un art. 1370 c.c. che corregge secondo un senso modellato sulla condizione socio – economica della parte preferita.

⁸⁷ Così ETIENNEY DE SAINTE MARIE, *Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation*, cit., p. 390.

⁸⁸ Così GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 437.

via giudiziale, la netta sensazione che si ha è piuttosto quella che, interpretando la clausola ambigua nel modo in cui non fa decadere il consumatore dall'esercizio di un diritto o da una pretesa, quel che il diritto europeo e la Corte etichettano come il canone del "più favorevole" pare, in realtà, null'altro che il diverso appellativo riservato ad un'interpretazione *ex fide bona* del contratto: che, nell'impianto della direttiva, è vero, *non figura*. Il fatto è che non esiste una valutazione di buona fede conducente ad un risultato diverso da un significato *in favorem* di chi, per l'aver il professionista forzatamente privilegiato il proprio interesse, ha visto conculcata la sua libertà. Il tipo di situazione legale protetta, insistiamo, è la medesima. Senza dirlo, l'ermeneutica integrativa della Corte di giustizia sembra aver così istituzionalizzato il retropensiero per cui il significato che disapplicherebbe la disciplina di protezione è, in pari tempo, pure quello *non conforme* a buona fede: mentre lo è quello che restaura l'effettività del consenso prestato.

Sic stantibus rebus, ecco allora la domanda: se *ne bis in idem*, l'art. 35, comma 2, è da riguardarsi come la versione europea dell'art. 1366 c.c. onde evitare il prosperare di un «*new feudal order*» imposto su di una «*vast host of vassals*»?⁸⁹ *Profit Credit Polska*⁹⁰, in un contesto siffatto, non contraddice ad alcuna legalità argomentativa: pur se il richiamo al consumatore medio è ivi testuale, nella specie la Corte ha infatti stornato il discorso dall'art. 5 per farlo refluire direttamente nell'art. 3, § 1, non potendo passare per *principali* delle clausole, imputanti al consumatore delle spese diverse dal rimborso del credito per capitale e interessi, se formulate in modo tale da creare *confusione* rispetto al costo economico del contratto.

⁸⁹ Volendo ivi riprodurre la celebre immagine di Kessler, *op. loc. ult. cit.* La *vicinitas* tra le due disposizioni, destinata a stingere in una sovrapposizione, è già in BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362 – 1371*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, ristampa con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di Calderai, Milano, 2013, p. 362 s., dove leggiamo che l'apprezzamento «secondo buona fede della fattispecie come uscita, ex art. 1370, dalla fase del dubbio potrebbe concretamente risultare (anche) a buona fede conforme».

⁹⁰ CGUE, 3 settembre 2020, *Profi Credit Polska S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej e a. c. QJ e a.*, cause riunite C-84/19, C-222/19 e C-252/19.

6. *Epilogo.*

Siccome è vero che la Corte tende ad interpretare la nozione di consumatore a seconda della direttiva o del regolamento che si trova a maneggiare⁹¹, ci sembra abbia del plausibile osservare che l'alternarsi di queste interpretazioni, nella misura in cui finiscono per «*fissurer*» una nozione unitaria, dovrebbero indurre la dottrina europea a ripensare criticamente tanto la nozione di consumatore quanto quella di professionista⁹². Se soltanto una definizione unitaria può, in effetti, avvalorare un'estensione del concetto di professionista dalla dir. 99/44 alla dir. 93/13, è illusorio pensare che il proliferare di nozioni *atipiche* permettano di distillare un concetto di consumatore intorno al quale polarizzare la disciplina del c.d. secondo contratto. Epperò se, al netto dell'incidenza conformativa che possono all'uopo svolgere le circostanze del caso concreto, laddove quella di consumatore continui a darsi come una nozione a *geometrie variabili*, riaffiora prepotentemente il sospetto che, nonostante siano trascorsi molti lustri, forse siamo ancora a metà del guado. Vero infatti è che qualsiasi tassonomia teorico – classificatoria ha da essere servente tanto all'individuazione degli interessi protetti che ad un loro ponderato bilanciamento: allo stato però queste geometrie variabili, appiattendosi su di una galassia di discipline verticali, stanno confezionando un vestito di Arlecchino. E la logica di un semplice *restyling*, che traspare da un dibattito in corso assai critico verso la nozione di consumatore *puro*⁹³, sa tanto di un *de minimis*. Gli è infatti che una normativa come quella degli artt. 33 e ss. cod. cons., *generale* sappiamo in quanto si applica a prescindere dal tipo contrattuale

⁹¹ V. ROSSI CARLEO, *Il turista viaggiatore*, cit., p. 632.

⁹² V. AUBERT DE VINCELLES, *Repenser les notions de consommateur et de professionnel*, in *40 ans du Centre de droit de la consommation et du marché*, Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Paris, 2017, p. 65 ss.

⁹³ V., per una prima informazione dettagliata, INTRAVAIA, *Il restyling della nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 385 ss. nonché le interessanti pagine di BASSAN – RABITTI, *I consumatori nella social economy, tra big data e fake news*, in *Astrid Rassegna* 2017.

adottato dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto⁹⁴, postula indefettibilmente una nozione di consumatore che non sia *délabrée*.

È, diremmo, una questione di pulizia concettuale: e chi, ciò nondimeno, reputasse inutile ripensare la nozione di consumatore, ci sembra che si attarderebbe, detto senza tante *nuances*, in un'operazione di retroguardia: se *omnis interpretatio est applicatio*, in mancanza «di standard costituzionali minimi [europei]»⁹⁵, è il giudice poi, e lo si sa, che colma la lacuna. Un polverizzarsi degli statuti persino «all'interno di ciascun silos» rappresenta, come lucidamente leggiamo, «un punto di non ritorno»⁹⁶: e siccome *simplex sigillum veri*, è doveroso, prima ancora che auspicabile, ritornare «alla semplificazione della regolazione». Delle unità segniche non necessarie, come ci ricorda Wittgenstein, non significano nulla.

⁹⁴ V. Cass. 20 marzo 2010, n. 6802, preceduta da Cass. 24 novembre 2008, n. 27911. Ambedue sono consultabili in *Dejure*.

⁹⁵ Così MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, cit., p. 886.

⁹⁶ Così ROSSI CARLEO, *Il turista viaggiatore*, cit., p. 634.

MAURO PALADINI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Brescia

I CONTRATTI INFETTATI DAL COVID: RUOLO E IMPLICAZIONI DELLA “BUONA FEDE”

SOMMARIO: 1. Una breve premessa storica. – 2. Il quadro delle norme di emergenza. – 3. Il principio di buona fede nella dottrina e nella giurisprudenza. – 4. La peculiarità dell'emergenza pandemica e la scelta legislativa di attribuire rilevanza al *sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi* a fondamento della pattuizione contrattuale. – 5. I diritti del contraente debitore per l'inesigibilità sopravvenuta della prestazione. – 6. La valutazione secondo buona fede dell'esercizio dei diritti derivanti delle originarie pattuizioni contrattuali. – 7. Buona fede e rinegoziazione del contenuto del contratto. – 8. Conclusioni.

1. Una breve premessa storica.

Tra le tante novità giuridiche, che la tragedia della pandemia da Covid-19 ha costretto a introdurre nell'ordinamento italiano, non pare che abbia precedenti nella Storia l'intervento diretto e profondo sulle norme che regolano i rapporti contrattuali e, in particolare, l'adempimento delle obbligazioni. Le pandemie – per quanto se ne fosse perduta la memoria – hanno colpito, infatti, le società moderne anche nel corso degli ultimi due secoli, seminando lutti in Europa e nel Mondo. Le pandemie di colera¹, in particolare, giunsero in Europa e in Italia, funestando molti Stati preunitari negli anni '30 del XIX secolo (Giacomo Leopardi ne fu, a Napoli, una delle vittime illustri) e nel 1848-49, in concomitanza con la prima guerra di indipendenza. Del problema della diffusione del colera presero

¹ TOGNOTTI, *Il mostro asiatico. Storia del colera in Italia*, Bari, 2000.

coscienza i Governi di buona parte del mondo, al punto che fu organizzata la prima Conferenza sanitaria internazionale, che si svolse a Parigi nel 1851. Anche in seguito all'unità d'Italia, il colera colpì ripetutamente il nostro Paese, in particolare negli anni 1884-87 e, meno gravemente, tra il 1893 e il 1897. Proprio in occasione dell'epidemia di colera del 1884, fu emanata la legge 15 gennaio 1885 n. 2892 (*Pel risanamento della città di Napoli*) che – nota ai giuristi soprattutto per le modifiche introdotte in punto di calcolo dell'indennità di espropriazione² – ha rappresentato il modello poi esteso a numerosi successivi interventi legislativi speciali³ ed è stata abrogata soltanto con l'emanazione del vigente Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità⁴.

Ebbene, non consta che i (pur rari) interventi legislativi speciali, stimolati da epidemie o altre calamità naturali, abbiano mai derogato a istituti generali del diritto privato, rispetto ai quali gli eventi di questa natura sono stati fatti genericamente rientrare nelle nozioni di caso fortuito o di forza maggiore (e, dunque, nelle ipotesi di esclusione di responsabilità per inadempimento dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1226, c.c. 1865, e dell'art. 1218 c.c.)⁵.

Il legislatore del passato è intervenuto, invece, sulle norme di diritto privato in caso di guerra. Deve rammentarsi, a tal proposito, il Decreto Legislativo 27 maggio 1915 n. 739, il quale, all'indomani dello scoppio della prima guerra mondiale, stabilì che “a tutti gli

² A differenza della legge 25 giugno 1865, n. 2359, che stabiliva il criterio del valore venale del bene per il calcolo dell'indennità di espropriazione, la legge per il risanamento della città di Napoli consentiva alle amministrazioni di calcolare l'indennità «sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio» (art. 13, c. 3°).

³ Per un'analitica disamina di tali leggi speciali, LANDI, *Espropriazione per pubblica utilità (principi)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1966, XV, p. 822.

⁴ Art. 58, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

⁵ Per tale qualificazione, sotto il vigore del precedente Codice, CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Torino, 1897, p. 686 ss.; dopo l'entrata in vigore del Codice vigente, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, Milano, 1959, vol III, p. 305.

effetti dell'articolo 1226 c.c.⁶, la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la rende eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima del decreto di mobilitazione generale", e, poiché l'articolo 1226 c.c. del Codice Civile del 1865 era la norma che esonerava il debitore dall'obbligo di risarcimento del danno per inadempimento in caso di forza maggiore o caso fortuito, anche quella normativa di emergenza pose agli interpreti il problema della sorte del rapporto contrattuale e della possibilità di ritenere in via interpretativa che, oltre all'esonero dall'obbligo risarcitorio, potesse inferirsi la risoluzione del contratto, almeno con riferimento ai contratti ad esecuzione istantanea. Sul punto, dottrina e giurisprudenza si espressero in senso affermativo; viceversa, per i contratti di durata, si affermò che le conseguenze della forza maggiore dovessero essere limitate alle singole prestazioni in scadenza durante il periodo di guerra, con esclusione, quindi, del diritto di ottenere la risoluzione del contratto. Peraltro, anche al legislatore del 1915 si rimproverò parzialità e limiti dell'intervento⁷, osservando, in particolare, come nulla venisse previsto per i rapporti contrattuali disciplinati dal Codice del Commercio, ma la dottrina (Polacco) sostenne la tesi estensiva dell'applicazione della norma di emergenza, arrivando ad affermare – a proposito della vendita commerciale (art. 61) – che «il genere che pure sussiste in rerum natura sarà considerato giuridicamente come mancante, se non sia dato valersene per l'esecuzione del contratto, in causa di un impedimento di indole generale, cioè inerente alla prestazione nella sua obiettività, epperò tale da renderla in quel dato momento inattuabile per quella qualsiasi azienda patrimoniale che non se ne trovi debitrice».

2. Il quadro delle norme di emergenza

⁶ Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato.

⁷ Per un quadro analitico delle posizioni di dottrina e giurisprudenza, PEZZELLA, *Guerra (debiti di)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1938, VI, p. 585-586.

Questo breve squarcio di retrospettiva storica consente di rovesciare, almeno in parte, la nota affermazione di Tacito, secondo cui *tutte le cose che ora si credono antichissime furono nuove*, e a ritenere che i problemi, con i quali si dibattono i giuristi in seguito all'emergenza Covid, non costituiscono una novità assoluta neppure nella storia del diritto occidentale dell'età dei codici. Non può sfuggire, addirittura, la lata assonanza normativa tra quanto previsto dal legislatore del 1915 e il noto comma 6-*bis* dell'art. 3, D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, che ha stabilito che *«Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»*: in entrambi in casi, infatti, l'esito applicativo della norma consiste, in pratica, nell'esclusione dell'obbligo risarcitorio per condotte oggettivamente qualificabili come inadempimento di obbligazioni. Nell'unica norma di carattere generale, il legislatore dell'emergenza, quindi, non ha ritenuto di attribuire alla situazione pandemica la valenza di automatica causa di *impossibilità* o di *eccessiva onerosità sopravvenuta* della prestazione dovuta dal debitore, preferendo escludere le sole conseguenze risarcitorie del mancato adempimento.

Diversa l'impostazione accolta, invece, nell'art. 216, comma 3, D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto rilancio), convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77, che – con riferimento a un settore specifico – ha stabilito che *«La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la*

prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito». In tale ipotesi, infatti, le norme menzionate (sia pure in maniera affastellata) impongono all'interprete di virare decisamente dall'inadempimento verso la direzione della non imputabilità della mancata esecuzione della prestazione, sebbene il richiamo alle medesime norme sia privo di qualsivoglia rilevanza concreta, tenuto conto, da un lato, dell'espressa qualificazione dei provvedimenti di sospensione delle attività sportive alla stregua di un «*fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione*» e, dall'altro, della tipizzazione quantitativa delle conseguenze di tale fattore sul rapporto sinallagmatico tra le prestazioni (*riduzione cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020*). Se il legislatore avesse voluto perseguire un obiettivo di certezza del diritto, sarebbe intervenuto anche in altri settori parimenti colpiti dalla situazione di emergenza, colmando, ad esempio, l'illogica disparità di trattamento tra le locazioni di palestre, piscine e impianti sportivi, e le altre (numerossime) ipotesi di locazioni commerciali. Non soltanto ciò non è avvenuto, ma – circostanza ancor più grave – il legislatore è rimasto del tutto inerte nonostante la recrudescenza della pandemia e l'imposizione di analoghe misure restrittive delle attività economiche a far tempo da ottobre 2020.

Per completare il frammentario e disorganico quadro normativo, occorre rammentare l'art. 88 *bis*, legge n. 27/2020, che ha espressamente qualificato come «*sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile*», in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario e marittimo, nonché ai contratti di soggiorno e di pacchetto turistico, la condizione dei soggetti impediti alla circolazione o comunque alla fruizione del servizio a causa dell'emergenza Covid. Il richiamo diretto dell'art. 1463 c.c. presenta, allo stesso tempo, profili di interesse e di perplessità⁸. Da un lato, infatti, il legislatore rivela una

⁸ Per una rilettura degli artt. 1467 e 1463 in seguito ai problemi emersi a causa della pandemia, VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2021, p. 66 ss.

netta adesione all'interpretazione – ormai invalsa nella giurisprudenza⁹ – dell'«impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile» nell'estensivo significato di “*impossibilità di fruizione, per un fatto obiettivo, della prestazione dovuta dalla controparte*”. Da altro punto di vista, tuttavia, l'art. 1463 risulta richiamato in modo del tutto eccentrico, posto che, in luogo dell'estinzione del rapporto contrattuale e del conseguente obbligo di restituzione della controprestazione economica eventualmente già percepita dal soggetto tenuto all'esecuzione del servizio, l'art. 88 *bis* attribuisce al soggetto erogatore del servizio l'obbligazione alternativa tra il rimborso (*id est*, restituzione del corrispettivo già percepito) e il rilascio di un *voucher*, ovvero – per le strutture ricettive che abbiano sospeso l'attività a causa dell'emergenza – l'offerta all'acquirente di «*un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore, con restituzione della differenza di prezzo*» (comma 6): un ventaglio di alternative con facoltà di scelta in capo al soggetto tenuto al servizio, che non ha alcun fondamento, quindi, nella previsione dell'art. 1463 c.c.

Un quadro normativo così frastagliato e, a tratti, contraddittorio non poteva che provocare sia la riflessione degli studiosi¹⁰ sia la ricerca di autonome soluzioni giurisprudenziali nei variegati ambiti contrattuali non attinti, direttamente o indirettamente, dalle norme sopra descritte. In questo senso, era prevedibile che, tra i vari percorsi ermeneutici, assumessero significativa rilevanza le clausole generali e, in particolare, in ambito contrattuale, il dovere di buona fede (artt. 1375, 1366, 1460 c.c.).

3. *Il principio di buona fede nella dottrina e nella giurisprudenza.*

Fino agli anni '70, invero, la buona fede ha assunto un ruolo sostanzialmente marginale nella sistematica complessiva del

⁹ Cass., Sez. III, 24 luglio 2007 n. 16315; Cass., Sez. III, 20 dicembre 2007, n.26958; Cass., Sez. III, 10 luglio 2018, n.18047.

¹⁰ Nonostante il lasso di tempo relativamente breve, la letteratura sul tema dell'influenza dell'emergenza Covid sui rapporti contrattuali può dirsi amplissima, se non sterminata.

rapporto contrattuale. La giurisprudenza¹¹ la considerava soprattutto un criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'adempimento del contratto e, in generale, del rapporto obbligatorio, ma senza una specifica incidenza sul piano di effetti eventualmente risarcitori o addirittura estintivi. Questa tiepida considerazione del ruolo della buona fede era diffusa anche nella più autorevole dottrina tradizionale e trovava il proprio fondamento nel timore di eccessi di discrezionalità giudiziale. Autori come Rubino parlarono di "*Stato ficcanaso*" con riferimento alla formulazione dell'attuale art. 1366 c.c. e non può ritenersi, peraltro, che il predetto timore fosse ingenuo o eccessivo in coloro che ricordavano come il principio di buona fede avesse indotto la giurisprudenza tedesca ad ammettere la risoluzione della locazione stipulata con un conduttore ebreo.

Tra gli anni '60 e gli anni '70, in dottrina si formarono due correnti di pensiero:

a) secondo una prima tesi (RODOTÀ), la buona fede oggettiva doveva assumere una funzione *integrativa* degli obblighi *del creditore e del debitore*, nel senso che, nell'ambito di ciascun rapporto obbligatorio, il debitore ed il creditore sarebbero obbligati non soltanto a tutte quelle condotte specifiche attinenti al particolare rapporto obbligatorio, ma ad una serie indeterminata di condotte accessorie dettate appunto dal dovere di correttezza (ad esempio, la buona fede potrebbe imporre al creditore di informare il debitore di essere impedito a ricevere l'adempimento, ecc.);

b) secondo una tesi minoritaria (NATOLI), invece, la buona fede nel rapporto obbligatorio costituirebbe una sorta di *parametro di valutazione del comportamento del creditore*, volto a prevenire e impedire che il creditore, pur mantenendosi formalmente nell'ambito delle sue facoltà, abusi del suo diritto: gli autori che sostengono questa teoria negano che valga il brocardo romano, secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit* ed affermano, al contrario, la possibilità che anche il c.d. abuso del diritto faccia sorgere una responsabilità in capo al titolare del diritto stesso.

¹¹ Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; Cass., 23 marzo 1979, n. 1690; Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610 e prima Cass., 16 febbraio 1963, n. 357.

Nello stesso tempo, la giurisprudenza tedesca inaugurava l'interpretazione del § 242 BGB – concernente l'obbligo di buona fede – quale norma idonea alla configurazione di istituti neppure previsti dal legislatore, come i doveri di protezione, le clausole vessatorie, la *Verwirkung*, l'abuso del diritto, la revisione del contratto, che tanta influenza hanno avuto sia nell'ordinamento italiano sia, in generale, nel diritto privato europeo.

Negli anni successivi, si può dire che entrambe le suddette ricostruzioni siano state accolte nella giurisprudenza che, da un lato, ha valorizzato la “bilateralità” della buona fede e, dall'altro, ha riconosciuto la figura dell'abuso del diritto. La buona fede è assurta, così, a criterio oggettivo affidato al giudice per verificare nel caso concreto se *debitore e creditore si siano comportati lealmente cooperando reciprocamente l'uno per soddisfare l'interesse dell'altro*. Un appiglio sistematico alla c.d. bilateralità dell'obbligo di buona fede è presente nella Relazione al Re, ove si legge che il principio di correttezza e di buona fede «*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*» (ivi, § 558). La concezione “bilaterale” della buona fede ha consentito, quindi, di stabilire un legame di diretta emanazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. dal principio di solidarietà sancito dall'art 2 Cost.¹²

Nella sua accezione di fonte di integrazione degli obblighi contrattuali, la buona fede ha indotto all'affermazione in

¹² VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 4, p. 915 ss. La Suprema Corte ha affermato che “la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico” (Cass., 30 luglio 2004, n. 14605). In dottrina, con specifico riferimento al profilo dell'esecuzione del contratto, *ex plurimis*, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 879 ss.

giurisprudenza di obblighi accessori di informazione o di collaborazione con la controparte contrattuale, come, ad es., l'obbligo dell'impresa esercente servizi di telefonia di comunicare tempestivamente al proprio cliente l'impossibilità di eseguire la prestazione e di adottare gli opportuni provvedimenti al fine del contenimento dei danni¹³, oppure l'obbligo del fornitore di consegnare la documentazione relativa al bene oggetto del contratto di leasing¹⁴. Intesa, invece, come *parametro per la valutazione del comportamento del creditore*, la giurisprudenza ha configurato ipotesi di abuso del diritto nel frazionamento ingiustificato della pretesa creditoria¹⁵ e nel recesso *ad nutum* inopinato nei contratti di durata¹⁶.

Non mancano casi, invero, nei quali il richiamo al principio di buona fede, come limite all'operatività di una regola contestualmente affermata, appare alla stregua di un cedimento retorico o di stile, come è dimostrato dalla totale assenza di applicazioni giurisprudenziali di eccezioni alla regola, che soltanto la buona fede, secondo la proclamazione teorica, potrebbe giustificare. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione dell'art. 1277 c.c. accolta dalle Sezioni Unite nel 2007¹⁷ e all'affermazione per cui – a fronte dell'affermata “regola” dell'ammissibilità dell'estinzione dei debiti pecuniari mediante versamento della somma in denaro contante oppure con la consegna di assegno circolare – il rifiuto di quest'ultima modalità di pagamento potrebbe essere ritenuto legittimo «*solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva*»: non consta, infatti – com'era del tutto prevedibile – una sola pronuncia giurisprudenziale, nella quale si rinvenga la legittimità del rifiuto di un assegno circolare per una asserita conformità del rifiuto stesso al parametro di buona fede. Si pensi, altresì, all'eventualità – parimenti adombrata dalle Sezioni Unite in una nota pronuncia in tema di c.d. “usurarietà sopravvenuta” – che la pretesa di interessi superiori al tasso soglia,

¹³ Cass., 10 giugno 2016, n. 11914.

¹⁴ Cass., 30 luglio 2004, n. 14605.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726.

¹⁶ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁷ Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617

sebbene legittima stante la non usurarietà del tasso pattuito al momento della stipulazione del contratto, possa risultare «*in presenza di particolari modalità o circostanze ... scorretta ai sensi dell'art. 1375 c.c.*»: anche in tal caso, la fantasia si affatica invano nella ricerca di ipotesi in cui l'esercizio di tale pretesa, fondata sulla validità della pattuizione contrattuale, possa risultare in concreto lesiva dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede.

La giurisprudenza si è spinta, poi, talvolta, fino a sanzionare con la nullità determinate pattuizioni, il cui contenuto risultasse in contrasto col principio di buona fede. Si è realizzata, così, talvolta, quella trasformazione delle *regole di condotta* in *regole di validità*, che le Sezioni Unite¹⁸, in materia di responsabilità precontrattuale dell'intermediario finanziario, avevano affermato, invece, di voler tenere nettamente distinte. Sennonché – oltre al noto “caso Fiuggi”¹⁹ – in alcuni specifici ambiti, la stessa Suprema Corte ha qualificato come “nulle” alcune clausole contrattuali ritenute in contrasto con il principio di buona fede. Si pensi, ad esempio, alle operazioni di *leasing*, con riguardo alle quali un consolidato orientamento giurisprudenziale²⁰ ha dichiarato la contrarietà a buona fede – e,

¹⁸ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 26724, sulle quali cfr. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, pp. 104-108.

¹⁹ Cass., 20 aprile 1994 n. 3775, che sancì la nullità per contrarietà a buona fede della clausola, inserita nei contratti per l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale e per la locazione degli stabilimenti termali conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che attribuivano al concessionario “la piena libertà” di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, commisurando ad esso il canone pagato al Comune. Avvalendosi di tale clausola, infatti, l'Ente Fiuggi aveva conseguito il vantaggio di corrispondere al Comune un canone basso perché proporzionato al prezzo di vendita delle bottiglie ad altra società partecipata, la quale vendeva, invece, sul mercato a prezzo decuplicato, riversando poi un tale sproporzionato vantaggio in favore della società concessionaria. La S.C. affermò che una tale clausola è «contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la “*regula iuris*” del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione».

²⁰ Cass., 2 novembre 1998, n. 10926; Cass., 6 giugno 2002 n. 8222; Cass., 29 aprile 2004 n. 8218; Cass., 25 maggio 2004 n. 10032; Cass., 5 luglio 2004 n. 12279;

quindi, la nullità – delle clausole che sancivano l’esonero del concedente da ogni responsabilità per la mancata consegna o per i vizi del bene fornito: orientamento, poi, confermato dalle Sezioni Unite²¹, secondo le quali, in caso di mancata consegna del bene, il principio di buona fede impone rispettivamente all’utilizzatore il dovere di immediata informazione nei riguardi del concedente e, al concedente, l’obbligo di solidarietà e di protezione dell’utilizzatore, che si estrinseca nella sospensione del pagamento del corrispettivo dovuto al fornitore.

A fronte, dunque, di un orientamento che spinge la buona fede verso l’area della validità delle pattuizioni contrattuali al di là delle ipotesi espressamente previste dal legislatore e pretende, quindi, di far discendere la nullità dalla violazione di un principio generale, si assiste, tuttavia, all’affermazione del medesimo principio in funzione limitativa degli effetti della nullità derivante dalla mancanza o illiceità dei tradizionali elementi essenziali del contratto. È ciò che è avvenuto con riguardo alle conseguenze della c.d. nullità “selettiva” di alcuni ordini di investimento, derivante dalla nullità per difetto di forma del contratto quadro di investimento. Secondo le Sezioni Unite²², infatti, a fronte della domanda dell’investitore diretta a ottenere la declaratoria di nullità soltanto di alcuni ordini di acquisto, l’intermediario può opporre l’eccezione di buona fede, consistente, in concreto, nella possibilità di “compensare” il danno lamentato dall’investitore con i vantaggi dal medesimo conseguiti

Cass., 8 marzo 2005 n. 5003; Cass. 27 luglio /2006, n. 17145; Cass., 20 luglio 2007 n. 16158; Cass., 12 ottobre 2007 n. 20592.

²¹ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19785

²² Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314. Tra i commenti alla pronuncia, GIROLAMI, *L’uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 154 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 176 ss.; MONTICELLI, *Le nullità selettive secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *ivi*, 2020, II, p. 163 ss.; PAGLIANTINI, *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, in *ivi*, 2020, II, p. 169 ss.; ID., *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all’integralità delle restituzioni: l’investitore è come il contraente debole?*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 123 ss.

dall'esecuzione dei diversi ordini che, sebbene eseguiti in attuazione dello stesso contratto quadro, abbiano generato utili e non siano stati, pertanto, oggetto di alcuna domanda di nullità derivata: «*può accertarsi – affermano i Supremi Giudici – che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluente nel petitum. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede*». In definitiva, si attribuisce alla buona fede il ruolo di eccezione limitativa degli effetti economici della declaratoria di nullità, con un'originale operazione ermeneutica, i cui esiti applicativi si sarebbero probabilmente conseguiti anche ricorrendo alla mera regola della *compensatio lucri cum damno*²³.

Dall'evoluzione giurisprudenziale appena sinteticamente illustrata si desume l'impressione di un uso talvolta incontrollato del principio di buona fede, affidato al giudice come strumento apparentemente normativo, ma in concreto extragiuridico, per determinare, di volta in volta, alla luce di un indeterminato parametro di valori appartenenti alla c.d. "coscienza sociale", la validità, il contenuto e gli effetti delle pattuizioni contrattuali, con il rischio di preoccupanti arretramenti sul terreno della certezza del diritto. Una tale sussunzione della coscienza sociale al ruolo di parametro normativo è stata addirittura teorizzata e tradotta in una

²³ Sulla quale è intervenuta recentemente un'attenta e analitica rivisitazione da parte delle stesse Sezioni Unite: Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567.

recente massima della Suprema Corte²⁴, secondo la quale – espressamente – «*la correttezza (art. 1175 c.c.) e l’obbligo di fedeltà, lealtà e buona fede (art. 1375 c.c.) costituiscono disposizioni caratterizzate dalla presenza di elementi “normativi” e di clausole generali (Generalklauseln), il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la “spirale ermeneutica” (tra fatto e diritto), di essere integrato, colmato, sia sul piano della quaestio facti che della quaestio iuris, attraverso il contributo dell’interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall’ordinamento giuridico o da regole proprie di determinate cerchie sociali o di particolari discipline o arti o professioni, alla cui stregua poter adeguatamente individuare e deliberare, altresì, le circostanze più concludenti e più pertinenti rispetto a quelle regole, a quelle valutazioni, a quei giudizi di valore, e tali non solo da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della tota res (realtà fattuale e regulae iuris), ma da consentire inoltre al giudice di pervenire, sulla scorta di detta complessa realtà, alla soluzione più conforme al diritto, oltre che più ragionevole e consona. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura di norma giuridica, la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli “standards” conformi ai valori dell’ordinamento esistenti nella realtà sociale».*

4. *La peculiarità dell’emergenza pandemica e la scelta legislativa di attribuire rilevanza al sopravvenuto squilibrio dell’assetto di interessi a fondamento della pattuizione contrattuale.*

Alla luce di un’applicazione ormai così vasta del principio di buona fede nell’intero ambito del diritto privato da parte del giudice della nomofilachia, si può intuire e comprendere come tale principio

²⁴ Cass. 25 giugno 2020, n. 12714, in una vicenda nella quale era stato domandato l’accertamento della illegittimità del recesso, per assenza di giusta causa, da un contratto di produzione discografica.

possa essere invocato per la soluzione di molti dei casi insorti per l'esecuzione di contratti in tempo di pandemia. Preliminarmente, tuttavia, occorre affrontare il punto fondamentale della questione, consistente nella qualificazione (o nelle qualificazioni) della sopravvenuta emergenza pandemica nella vicenda contrattuale. La declinazione al plurale dipende dalla possibilità che la sopravvenienza pandemica assuma diversa rilevanza nelle varie figure contrattuali e, soprattutto, nella dicotomia tra contratti a esecuzione istantanea e contratti di durata. Altra distinzione deve essere compiuta a seconda che la sopravvenienza debba essere identificata con le conseguenze socio-economiche dell'emergenza oppure con gli interventi governativi sulla possibilità di svolgimento di alcune attività.

In questo variegato panorama, volendo metodologicamente partire dal dato normativo testuale, non v'è dubbio che occorra prendere in primaria considerazione l'art. 216, co. 3°, Decreto Rilancio, che espressamente definisce la sospensione delle attività sportive, disposta coi DPCM dell'emergenza, come «*fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati*». Si è già detto che – considerata la tipizzazione dell'effetto di tale fattore sul rapporto contrattuale, consistente nella riduzione percentuale dei canoni di locazione per determinate mensilità – l'indiscriminato richiamo degli artt. 1463, 1464, 1467 e 1468 costituisce soltanto un inutile inquadramento del precetto nell'ambito dei tradizionali istituti codicistici. Esaminando, invece, la definizione adottata dal legislatore, occorre domandarsi come mai si sia ritenuto di attribuire rilevanza modificativa del contenuto contrattuale ad un “*fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi*” e la risposta deve essere agevolmente trovata nella portata sconvolgente e planetaria dell'emergenza pandemica, la quale si è rivelata in grado di incidere sui presupposti e sugli obiettivi economici non soltanto di alcune categorie, ma della quasi totalità dei contratti.

Tale caratteristica generale ed economicamente dirompente dell'emergenza pandemica ha comprensibilmente indotto il legislatore ad attribuire rilevanza allo “*squilibrio dell'assetto di*

interessi”, oggetto dell’originaria pattuizione dei contraenti. Occorre rammentare, infatti, che, nel nostro ordinamento, non vige un principio di necessaria proporzionalità oggettiva delle corrispettive prestazioni contrattuali e, proprio l’assenza di tale principio comporta, del resto, che il Codice Civile abbia limitato le previsioni di rescissione o risoluzione alle sole ipotesi di lesione *ultra dimidium* (art. 1448 c.c.) o di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), senza attribuire, invece, alcuna rilevanza a sproporzioni che non assurgano al divario indicato da dette norme. Al contrario, per i contratti commutativi vale il principio generale, secondo cui, entro i limiti rientranti nell’alea normale del contratto, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi imprevedibili che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni²⁵. Ciò comporta, ad esempio, la validità di compravendite, nelle quali il prezzo risulti oggettivamente sproporzionato all’effettivo valore del bene acquistato.

Nella contingenza del Covid-19, invece, il legislatore – per perseguire l’obiettivo di un’equilibrata distribuzione delle perdite economiche connesse alla pandemia – ha ritenuto di attribuire eccezionalmente rilevanza al mero “squilibrio dell’assetto di interessi”, a prescindere, quindi, dalla ricorrenza dei requisiti previsti per la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta: da un lato, infatti, lo squilibrio dell’assetto di interessi può riguardare anche contratti ad esecuzione istantanea, ai quali non si applicherebbe quindi l’articolo 1467 c.c.; dall’altro, lo squilibrio consente l’adozione di rimedi anche in assenza del requisito dell’onerosità “eccessiva”. A ciò si aggiunga, non ultimo, il rilievo della frequente inidoneità del rimedio risolutivo del rapporto contrattuale per la tutela dell’interesse della parte svantaggiata.

La qualificazione in termini di “squilibrio dell’assetto di interessi” è significativa anche per escludere che i problemi dell’emergenza pandemica nel settore dei contratti possano essere risolti in ogni caso *sic et simpliciter* facendo ricorso alle norme sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile (art. 1463-1464 c.c.). Salve le ipotesi, a cui si è accennato, di impossibilità

²⁵ *Ex plurimis*, Cass., 23 novembre 1999 n. 12989.

(definitiva o temporanea) di fruizione dell'altrui prestazione, infatti, le più frequenti ipotesi, emerse nella prassi, di "difficoltà" a far fronte ad obbligazioni pecuniarie in conseguenza o delle chiusure disposte dal Governo o della crisi generale del settore economico di riferimento non possono essere tecnicamente qualificate in termini di "impossibilità". Inoltre, l'inidoneità del rimedio dell'impossibilità sopravvenuta emerge con evidenza là dove si consideri che la parte contrattuale tenuta all'adempimento potrebbe farvi fronte con risorse proprie accumulate in passato e tali da escludere anche quella condizione di "difficoltà", che soltanto un'acrobazia interpretativa potrebbe tentare di qualificare in termini di "impossibilità". In altri termini, lo squilibrio dell'assetto di interessi assume rilevanza anche a prescindere dalla specifica capacità economica della singola parte del rapporto contrattuale, che sia in grado di far fronte, dal punto di vista strettamente economico, all'adempimento della prestazione.

5. I diritti del contraente debitore per l'inesigibilità sopravvenuta della prestazione.

Esclusa, almeno nella generalità dei casi, per le ragioni dette, la possibilità di fare ricorso agli istituti dell'impossibilità (artt. 1463-1464 c.c.) o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467-1468 c.c.), appare opportuno il riferimento a un'azione generale di riduzione – *rectius*, di rimodulazione – delle reciproche prestazioni, fondata sull'*inesigibilità sopravvenuta* della prestazione nei tempi o nel contenuto pattuiti al momento della stipulazione del contratto. Ed è proprio con riguardo a tale inesigibilità che assume rilevanza il principio di buona fede, non potendo il contraente creditore esercitare legittimamente la pretesa di una prestazione, il cui adempimento, nella dinamica degli interessi economici delle parti, risulti privato di quella proporzionalità che le parti si erano ragionevolmente prospettate all'atto della stipulazione. La stessa Corte di Cassazione, del resto, ha già affermato che «*la buona fede oggettiva o correttezza la quale, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte,*

nei limiti dell'apprezzabile sacrificio»²⁶. Ecco, dunque, che la buona fede torna ad assumere il ruolo di criterio di valutazione del comportamento del creditore, in grado di attribuire natura abusiva alla pretesa di esercitare i diritti derivanti dal contratto, nei tempi e coi contenuti a suo tempo pattuiti.

Una simile impostazione del problema non appare né nuova né priva di base normativa.

Non è nuova, perché del principio di inesigibilità della prestazione già dottrina e giurisprudenza hanno avuto modo di occuparsi e di valutare la compatibilità con l'ordinamento.

Il principio di inesigibilità è stato invocato, ad esempio, dalle Sezioni Unite²⁷ per giustificare il potere giudiziale di riduzione *ex officio* della penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.), ma ha trova riscontro anche in talune pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali espressamente si afferma l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie²⁸.

²⁶ Cass., 6 maggio 2020, n. 8494

²⁷ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005 n. 18128.

²⁸ L'art. 2 del d.l. 25 settembre 1987, n. 393, convertito nella legge 25 novembre 1987, n. 478, disponeva l'esonero dall'obbligo risarcitorio di cui all'art.1591 c.c. in favore del conduttore di immobile non abitativo nell'ipotesi di comprovata sussistenza della difficoltà di reperire altro immobile idoneo". La C. Cost. (sentenza n. 22 del 1989) aveva qualificato tale previsione come una figura di temporanea inesigibilità della prestazione restitutoria, disposta dalla legge impugnata in esito a un bilanciamento degli interessi in gioco commisurato alla "grave difficoltà per il conduttore, dipendente da circostanze estranee alla sua volontà, di trovare un altro immobile adatto alle sue necessità di lavoro". In considerazione di tale stato di fatto e limitatamente al periodo definito dalla data fissata giudizialmente per il rilascio, infatti, la legge – secondo C. Cost. 1 aprile 1992 n. 149 – giudicava più meritevole di tutela l'interesse del conduttore - costituzionalmente rilevante ai sensi dell'art. 41 Cost. - a non interrompere l'esercizio dell'impresa per il tempo occorrente a reperire un'altra sede, rispetto all'interesse antagonistico del locatore protetto dall'art. 42 Cost.

L'art. 2, d.l. n. 393 del 1987 sanciva, quindi, l'inesigibilità della restituzione dell'immobile per il periodo corrispondente alla difficoltà di reperire altro immobile idoneo, la quale esonerava il debitore da responsabilità per mora, salvo l'obbligo di continuare a corrispondere il canone vigente alla scadenza del contratto.

La Corte, peraltro, aveva ritenuto la norma costituzionalmente illegittima, nella parte in cui non consentiva al locatore di dare la prova dell'insussistenza dei

Secondo il Giudice delle leggi²⁹, infatti, quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o comunque superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato.

Soccorrono, altresì, univoci dati normativi a fondamento di tale tesi, ove non dovesse essere ritenuto già di per sé sufficiente la (indubbiamente timida) previsione dell'art. 216, co. 3°, decreto rilancio. Si pensi al profondo significato sistematico di una norma negletta all'interno del Codice Civile, ma che esprime una logica del tutto consonante ai problemi di cui si dibatte in questi tempi.

Si allude all' art. 1635 c.c. (*Perdita fortuita dei frutti negli affitti pluriennali*)³⁰, che regola, nell'ambito del contratto di affitto di fondi rustici, le conseguenze del perimento dei frutti di un anno per caso fortuito, come ad esempio, un evento atmosferico che abbia distrutto il raccolto.

Invero, nella locazione commerciale (artt. 27 ss.. L. n. 392/78) la legge non prende in considerazione l'eventuale mancanza di utili nell'arco di uno o più esercizi di bilancio aziendale: il rischio dei risultati dell'attività imprenditoriale grava, com'è ovvio, sul solo

presupposti per l'esonero dal risarcimento, consistente nella dimostrazione che il conduttore avrebbe potuto acquisire la disponibilità di un altro immobile con l'ordinaria diligenza.

²⁹ Cfr. anche C. Cost. 3 febbraio 1994 n. 19

³⁰ *Se, durante l'affitto convenuto per più anni, almeno la metà dei frutti di un anno non ancora separati perisce per caso fortuito, l'affittuario può domandare una riduzione del fitto, salvo che la perdita trovi compenso nei precedenti raccolti.*

Qualora la perdita non trovi compenso nei precedenti raccolti, la riduzione è determinata alla fine dell'affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi. Il giudice può dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione della perdita sofferta.

La riduzione non può mai eccedere la metà del fitto.

In ogni caso si deve tener conto degli indennizzi che l'affittuario abbia conseguiti o possa conseguire in relazione alla perdita sofferta.

Al perimento è equiparata la mancata produzione dei frutti.

conduttore imprenditore, né potrebbe quest'ultimo invocare una presunta inesigibilità del credito al pagamento del canone da parte del locatore in conseguenza di una congiuntura di mercato o di fattori che abbiano impedito di conseguire la prevedibile produttività dell'impresa. Tale irrilevanza dell'andamento del mercato sui diritti economici del locatore si giustifica in base alla presunzione che i risultati dell'attività imprenditoriali dipendano, in tutto o in parte, dalle abilità dell'imprenditore conduttore. Viceversa, nel caso di imprenditore agricolo, sin dall'antichità è fatto notorio che l'opera prestata nei campi può essere dissolta in un baleno dalla grandine, da un'alluvione o da una neve fuori stagione. Ecco, quindi, che il legislatore disciplina le conseguenze di quello che a ragione può essere definito come un sopravvenuto "squilibrio dell'assetto di interessi", che appare iniquo far gravare esclusivamente sulla parte affittuaria. Pertanto, l'affittuario ha diritto a una «riduzione del fitto», che tuttavia «è determinata alla fine dell'affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi [e] il giudice può dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione alla perdita sofferta, [ma] la riduzione non può mai eccedere la metà del fitto». Per quanto possa destare stupore, dall'art. 1635 c.c. potrebbero essere proficuamente desunte analogicamente le più opportune regole per risolvere molte delle controversie che, nel settore delle locazioni, affliggono i tribunali in questi tempi di pandemia³¹.

Volendo riassumere, si può affermare, quindi, che l'emergenza pandemica, quale *fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito*, là dove renda inesigibile l'adempimento della prestazione secondo le caratteristiche originarie, può fondare un'azione di riduzione del corrispettivo, ovvero – nei contratti ad esecuzione continuata o periodica – una sospensione dell'obbligo di pagamento, in applicazione analogica delle norme dettate in materia tanto dal legislatore codicistico quanto da quello dell'emergenza. Si tratta, pertanto, di un rimedio conservativo, che meglio risponde al

³¹ La norma impone altresì al giudice di tenere conto degli indennizzi che l'affittuario abbia conseguito o possa conseguire in relazione alla perdita sofferta (art. 1635, co. 4°, c.c.)

contemperamento degli interessi delle parti e che la giurisprudenza³², sulla base di plurimi indici normativi (artt. 1464, 1492, 1584, 1668) da lungo tempo considera un rimedio di carattere generale.

Non può escludersi, peraltro, che la parte danneggiata dalla situazione di emergenza preferisca il rimedio del recesso: si pensi al promissario acquirente, che – persa la propria opportunità di trasferimento in altra città per ragioni di lavoro – intenda recedere dal contratto preliminare di compravendita immobiliare. In tal caso, può trovare applicazione il rimedio del recesso, che è ormai preferito, nell'ipotesi di mancanza sopravvenuta dell'evento presupposto (consistente, nell'esempio, nella situazione di normalità dell'economia e del mercato del lavoro), al tradizionale ricorso all'azione giudiziale di risoluzione. Con riguardo, infatti, a quel “*presupposto imprescindibile della volontà negoziale*”³³, la giurisprudenza – dopo aver lungamente inquadrato l'istituto nell'ambito della risoluzione giudiziale³⁴ – ha successivamente

³² Cass., S.U., 27 febbraio 1985 n. 1720.

³³ Questa è una delle più sintetiche definizioni adottate in giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2009 n. 20245). L'istituto della presupposizione risale, com'è noto, alla dottrina tedesca (sul punto, *ex plurimis*, WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850, rist. Napoli 1982, con nota di lettura di SIMSHÄUSER) e, dopo un iniziale sfavore (RESCIGNO, *Condizione, Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 788; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 194; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Giuffrè, Milano 1975, p. 144; Cass., 29 luglio 1938 n. 3088, *Foro it.* 1939, I, c. 83, con nota di FERRARA; Cass., 25 luglio 1949 n. 1976, *Foro it. Mass.* 1949; in senso favorevole, Cass., 8 giugno 1948 n. 864, *Giur. it.* 1949, I, 1, c. 174, con nota di BIGIAMI), fu accolto, a partire dagli anni '60, dalla giurisprudenza (Cass., 14 giugno 1966 n. 1544, *Foro pad.* 1967, I, p. 790; Cass. 18 maggio 1967 n. 1051, in *ivi* 1968, I, c. 667; Cass., 17 settembre 1970 n. 1512, *ivi* 1972, I, c. 266, con nota di BESSONE; *Giur. it.* 1972, I, 1, p. 211, con nota di ROPPO; *Foro it.* 1971, I, c. 3028; Cass. 6 luglio 1971 n. 2104, *Giur. it.* 1973, I, 1, p. 282; Cass. 3 ottobre 1972 n. 2828, in *ivi* 1974, I, 1, p. 835; Cass. 6 ottobre 1972 n. 2878, *Foro pad.* 1973, I, p. 361; Cass. 19 aprile 1974 n. 1080, *Foro it.* 1975, I, c. 968). Per una complessiva analisi della problematica, PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013.

³⁴ Secondo l'orientamento prevalente, infatti, il fondamento normativo della presupposizione deve essere rinvenuto nell'art. 1467 cod. civ., che sarebbe a sua volta espressione del principio generale *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che la presupposizione costituisce un'ipotesi di risoluzione giudiziale del contratto *ex tunc* (ad esempio, Cass., 29 settembre 2004 n. 19563).

affermato³⁵ che «*il difetto di quei fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale (...) legittima le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, né a chiederne la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì all'esercizio del potere di recesso (anche qualora il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi)*».

6. *La valutazione secondo buona fede dell'esercizio dei diritti derivanti delle originarie pattuizioni contrattuali.*

Se, dal lato della parte debitrice il parametro dell'inesigibilità, definitiva o temporanea, totale o parziale, della prestazione, può consentire una domanda di riduzione del contenuto dell'obbligazione, *a latere creditoris* il principio di buona fede costituisce il canone di valutazione dell'esercizio dei diritti derivanti dal contratto.

La giurisprudenza già da tempo ha utilizzato il canone di buona fede per sindacare l'esercizio di diritti di fonte contrattuale e affermarne talvolta la natura abusiva. Si pensi – oltre che alle note ipotesi del recesso *ad nutum* dai contratti di apertura di credito o di concessione di vendita – all'esercizio del diritto di risoluzione del contratto, per il quale il richiamo al concetto di *buona fede*, avuto riguardo all'art. 1455 c.c., già si legge nella Relazione al Codice Civile (p. 432): «*il principio [di importanza dell'inadempimento], nonostante il silenzio del Codice del 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica comune quale criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale*». Anche per l'esercizio del diritto di risoluzione automatica mediante clausola risolutiva espressa (art.

³⁵ Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1134, con nota di PENNAZIO; *Contr. impr.*, 2008, 1, p. 11, con nota di RICCIO, *La presupposizione è, dunque, una causa di recesso dal contratto*. Per un ampio commento alla pronuncia e alle sue implicazioni sistematiche, AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutivo al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 305 ss.

1456 c.c.) – ipotesi nella quale, com'è noto, non si applica il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento – la Suprema Corte³⁶ ha affermato che il diritto di avvalersi della clausola è necessariamente governato dal principio di buona fede, che consente di valutare l'agire dei contraenti in ogni fase del rapporto.

Posto che la conformità a buona fede della condotta contrattuale deve essere valutata nel caso concreto e nella dimensione storica della vicenda, può ritenersi, quindi, che una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento non debba essere accolta ove ritenuta la sua natura abusiva, consistente nella strumentalizzazione di un mancato o inesatto adempimento di una prestazione la quale, per la situazione di emergenza, non può considerarsi esigibile.

Alla stessa stregua deve svolgersi la valutazione dell'esercizio di altri diritti contrattuali e, in particolare:

a) il recesso per caparra confirmatoria, ad esempio, nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, esercitato dal promissario acquirente, a causa del ritardo nell'esecuzione dei lavori e nonostante le difficoltà del costruttore di approvvigionarsi dei materiali o di disporre delle maestranze al completo;

b) l'escussione della fideiussione o della garanzia autonoma, prestata per l'adempimento di obbligazioni contrattuali (ad esempio, l'obbligazione di pagamento del canone da parte del conduttore);

c) il recesso del conduttore, che esponga il locatore a non poter stipulare un nuovo contratto a causa della situazione di emergenza.

7. *Buona fede e rinegoziazione del contenuto del contratto.*

Un ultimo problema da affrontare riguarda la possibilità di rinvenire nell'obbligo di buona fede contrattuale la fonte del c.d. diritto alla rinegoziazione.

Un obiettivo dato di partenza per la soluzione del problema è costituito certamente dalla considerazione per cui l'eventuale risultato della rinegoziazione consiste, a sua volta, in una pattuizione contrattuale. Si può affermare, cioè, che l'accordo di rinegoziazione rientri nella seconda delle tre figure di contratto evocate dall'art. 1321 c.c. («*constituire, regolare o estinguere*»). Orbene, se l'accordo

³⁶ Cass. 23 novembre 2015 n 23868.

è (come non potrebbe non essere) un contratto, appare difficile affermare che la sua stipulazione possa sottrarsi alle ordinarie norme che presiedono alla negoziazione e, in particolare, all'obbligo di comportarsi secondo buona fede *nelle trattative*, ma certamente senza che si possa ipotizzare addirittura l'obbligo di stipulazione del contratto.

In secondo luogo, occorre tenere presente che i vincoli legali prodromici alla stipulazione del contratto sono di carattere eccezionale. Su ciò la giurisprudenza è pacifica. Si pensi alle ripetute pronunce che, in tema di prelazione legale del conduttore ad uso non abitativo, escludono il diritto del conduttore nel caso in cui l'alienazione abbia ad oggetto soltanto una mera quota di comproprietà, piuttosto che l'intera proprietà del bene. «*Nella materia delle prelazioni – hanno affermato le Sezioni Unite³⁷ – il relativo diritto si sovrappone all'autonomia contrattuale e la limitazione del potere dispositivo del proprietario trova giustificazione nella funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), sicché il sacrificio imposto in funzione dell'interesse superindividuale conferisce alla norma che lo prevede l'inevitabile carattere della eccezionalità*». Orbene, se l'eccezionalità è affermata per un vincolo relativamente blando come quello derivante dalla prelazione, che presuppone in ogni caso una manifestazione iniziale di volontà negoziale di una delle parti del contratto, *a fortiori* deve ritenersi eccezionale l'obbligo a contrarre.

La natura eccezionale dell'obbligo a contrarre è stata ribadita dalla giurisprudenza anche con riguardo alla norma dell'art. 2597 c.c., che espressamente si riferisce alla stipulazione, cioè al momento genetico del contratto. Le Sezioni Unite hanno affermato che tale norma «*...introduce una deroga al canone dell'autonomia negoziale ed alla connessa libertà di scegliere l'altro contraente, concordando le clausole contrattuali alle quali s'intenda subordinare la costituzione del rapporto (art. 1322 c.c.)*» e, nel ritenere la possibilità del monopolista di sollevare l'eccezione di insolvenza di cui all'art. 1461 c.c., hanno sottolineato che «*della fase di esecuzione del contratto, non si occupa l'art. 2597 cod. civ., sicché la fase*

³⁷ Cass., Sez. Un., 14 giugno 2007, n. 13886

funzionale del rapporto rimane regolata dalle norme generali sui contratti a prestazioni corrispettive, anche con riguardo alla protezione del contraente adempiente o pronto all'adempimento». In altri termini, se l'obbligo a contrarre è eccezionalmente previsto per la stipulazione del contratto, tuttavia il medesimo obbligo non può essere esteso alla fase dell'esecuzione del contratto stesso, come avverrebbe, invece, se dall'art. 1375 c.c. si volesse evincere la fonte di tale obbligo.

Anche gli interventi legislativi in tema di mediazione obbligatoria o facoltativa sembrano indirettamente smentire che si possa inferire sul piano interpretativo un obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali. Non soltanto, infatti, le ipotesi di mediazione obbligatoria sono ritenute tassative, ma il procedimento è presidiato, poi, da stretti vincoli di riservatezza, volti a preservare l'autonomia delle parti e, in generale, l'autodeterminazione dei loro interessi. Parrebbe addirittura paradossale, a fronte di ciò, prevedere, nella diversa sede giudiziaria, l'obbligo di rinegoziazione, a cui si accompagnerebbe necessariamente un obbligo di *disclosure* in ordine alle rispettive posizioni di parte, affinché il giudice possa valutare, eventualmente sanzionare sul piano risarcitorio o imporre mediante sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.

In definitiva, anche a voler aderire all'interpretazione più estensiva del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, appare difficile che il medesimo principio si estenda fino all'obbligo di addivenire a modifiche del regolamento contrattuale che – se non concordate – possano essere giudiziariamente imposte.

8. Conclusioni

In estrema sintesi – e sperando di aver fornito un pur esile contributo al fecondo dibattito sul tema – possiamo affermare che:

a) nella qualificazione dell'emergenza pandemica e nell'individuazione dei rimedi occorre, come sempre, prendere le mosse dal dato normativo, che, sul punto, propone, nel Codice Civile, la trascurata norma dell'art. 1635 c.c. e, nella legislazione dell'emergenza, le tre norme illustrate nel § 2, tra le quali si segnala, in particolare, l'art. 216, co. 3°, *decreto rilancio*, che fornisce la

definizione della sospensione di alcune attività economiche come *fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito*;

b) pertanto – ponendo un'eccezione alla regola dell'irrelevanza dello squilibrio sinallagmatico delle prestazioni – il legislatore dell'emergenza ha ritenuto tale fattore idoneo a fondare l'inesigibilità (totale o parziale) della prestazione e a giustificare la proposizione di “rimedi”, conseguenti al mutamento delle circostanze di fatto poste alla base dell'originaria stipulazione;

c) tali rimedi consistono, da un lato – nell'ipotesi in cui la parte danneggiata perda ogni interesse all'esecuzione del contratto – nel “recesso per presupposizione”, e, dall'altro, nell'azione di riduzione del corrispettivo, qualora il contraente prediliga la conservazione del rapporto contrattuale, con l'ulteriore possibilità di avvalersi, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, del rimedio cautelare della sospensione dell'obbligo di adempimento (in applicazione analogica dell'art. 1635 c.c.);

d) l'esercizio dei diritti della parte contrattuale creditrice (es. diritto di risoluzione; escussione di garanzie, etc.) può essere paralizzato (anche in via cautelare), ove si rinvenga un abuso del diritto;

e) i rimedi dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile (artt. 1463-1464 c.c.) o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1468 c.c.) non risultano idonei in via generale, ma possono trovare applicazione soltanto in ipotesi specifiche;

f) l'obbligo di rinegoziazione non può essere imposto alle parti contrattuali, in difetto di una norma fonte dell'obbligo e in ossequio al principio fondamentale di libertà negoziale.

FERDINANDO PARENTE
Professore ordinario di diritto privato
Università degli studi di Bari Aldo Moro

RICERCA SCIENTIFICA, SPERIMENTAZIONE E BREVETTO BIOTECNOLOGICO: LE RAGIONI DI UNA TUTELA

SOMMARIO: 1. La persona umana come valore prioritario dell'ordinamento. – 2. I diritti della personalità e l'intangibilità della persona. – 3. La categoria della dignità quale presidio giuridico dell'umano. – 4. I diritti umani e l'ordine giuridico. – 5. La tutela della persona e la promozione della ricerca scientifica: i criteri di bilanciamento. – 6. La composizione intima della corporeità e l'intangibilità del corpo. – 7. Le biotecnologie e la brevettazione di parti del corpo. – 8. I limiti alla brevettabilità dei dati biologici: la medicina predittiva, le indagini prenatali e la sperimentazione embrionale. – 9. La sperimentazione sull'embrione umano e i limiti del brevetto biotecnologico.

1. La persona umana come valore prioritario dell'ordinamento

La mutevolezza delle esigenze della quotidianità, il dinamismo dei costumi, le patologie della società del benessere e le scoperte scientifiche migliorative della condizione umana generano incessantemente nuovi interessi e nuovi bisogni¹.

¹ In uno dei suoi saggi, Norberto Bobbio, tracciando il percorso storico-politico-culturale che ha condotto all'affermazione dei diritti fondamentali della persona e alla loro moltiplicazione, ha attribuito all'uomo l'accezione di «uomo storico», influenzato dagli sviluppi della tecnica, dalla trasformazione delle condizioni economiche e sociali, dall'ampliamento delle conoscenze e dalla intensificazione dei mezzi di comunicazione, capaci di produrre importanti e considerevoli cambiamenti nella vita umana e nei rapporti sociali tali «da creare occasioni favorevoli alla nascita di nuovi bisogni e quindi alle nuove richieste di libertà e di poteri» (BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 28).

Nella cultura giuridica italo-europea e negli studi sui diritti umani individuali e sociali, il fenomeno ha portato a rigettare la prospettiva patrimoniale della tutela della persona² e a potenziare i regimi che presiedono alla salvaguardia dell'uomo come valore fondamentale dell'ordinamento (artt. 2, 3, 13 ss., 32, 36 cost.)³.

In questo contesto, si è sempre più consolidata una duplice idea: in senso atomistico e pluralistico, l'idea della persona come sintesi di diritti espressamente riconosciuti dal legislatore a tutela degli interessi connaturati all'individuo umano; in senso unitario e globale, l'idea della persona come espressione del complesso di norme finalizzate alla conservazione e allo sviluppo dell'uomo⁴.

Sul piano giuridico, ne è derivato un incremento del fenomeno della «funzionalizzazione degli istituti giuridici» alla persona⁵, che

² Cfr. PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, Napoli, 2018, p. 36 ss.; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, 2006, p. 714 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 8-9. La proprietà, che in passato ha ricoperto un ruolo preminente tra gli istituti privatistici, ha costituito il cardine intorno al quale hanno ruotato le nuove esigenze di tutela della persona e la causa del ritardo dell'affermazione dei diritti soggettivi della persona stessa [cfr. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 357; VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, p. 13]. Con l'evoluzione dei tempi, si è affermata la necessità di tutelare gli interessi a contenuto non patrimoniale della persona (D'ARRIGO, *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, IV, *Aggiornamento*, Milano, 2000, p. 712; BESSONE e FERRANDO, *Persona fisica*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 198).

³ PARENTE, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in Lisella e Parente (a cura di), *Persona fisica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, II, 1, Napoli, 2012, p. 1 ss. «La persona umana non dev'essere tutelata solamente in quanto "ha" ma in quanto "è"» (PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 9); perciò, la proprietà e tutti gli istituti d'iniziativa economica e di protezione del patrimonio sono «funzionalizzati» alla tutela della persona quale valore sociale primario.

⁴ Cfr. MESSINETTI, *op. cit.*, p. 356; PARENTE, *La staticità normativa e la soggettività della persona fisica*, in LISSELLA e PARENTE, *Persona fisica*, cit., p. 8 ss.

⁵ PARENTE, *op. ult. cit.*, p. 9. L'interpretazione degli istituti giuridici dev'essere «funzionalizzata» alla persona. Da un'impostazione meramente produttivistica si

ha portato ad una produzione legislativa antropocentrica, a beneficio della persona stessa, ma soprattutto non lesiva dei suoi diritti.

La persona, perciò, in simbiosi con il contingente storico, politico, culturale ed economico, si conferma ancora una volta il valore fondante dell'ordinamento giuridico, protagonista di situazioni esistenziali non determinate né determinabili, a cui corrispondono forme di protezione tipiche ed atipiche, «fondate sull'interesse all'esistenza e sul libero svolgimento della vita di relazione»⁶.

2. I diritti della personalità e l'intangibilità della persona.

Nella prospettiva di privilegiare l'individuo, nelle sue peculiarità e nella sua individualità, seguendo l'evoluzione economica e culturale del tessuto sociale, il legislatore ha individuato profili d'intangibilità della persona che hanno assunto la veste di diritti fondamentali, strumento di protezione dei singoli dall'ingerenza dei poteri pubblici e dei terzi⁷.

In Italia, la carta costituzionale ha introdotto nuovi parametri valutativi per l'interpretazione del sistema generale del diritto, recepiti da norme che assolvono alla tutela della persona come valore e che sono contenute tra le fonti primarie del diritto interno (artt. 2 e 3 Cost.), a cui si affiancano le fonti sovranazionali⁸.

passa, quindi, ad una concezione che mira a realizzare migliori condizioni di vita per ciascun individuo, a cui è attribuita la libertà di sviluppare la propria personalità (PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 7).

⁶ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 720.

⁷ F. PARENTE, *La staticità*, cit., p. 10 ss.

⁸ L'art. 2 cost. ha una rilevanza preminente nella tutela di tutte le situazioni soggettive che, in mancanza di un esplicito riferimento normativo, si configurano come proiezione della personalità dell'individuo nel contesto sociale (Cass. 9 giugno 1998, n. 5658, in *Foro it.* 1998, I, c. 2387). Esso ha funzione precettiva e delinea una «clausola generale aperta» all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile di apprestare copertura costituzionale a tutti i valori emergenti della persona, «in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana" di cui al successivo art. 3 cpv». (Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.* 1996, I, c. 1317; Cass. 10 maggio 2001, n. 6507, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2644; in dottrina cfr. BESSONE e FERRANDO, *Persona fisica (dir. priv.)*, cit., p. 197).

L'art. 2 Cost., nel riconoscere i diritti inviolabili della persona, si pone nella prospettiva giusnaturalistica dei diritti innati⁹: l'ordinamento, infatti, non attribuisce i diritti, ma li riconosce in quanto preesistenti all'uomo.

Nella visuale costituzionale, dunque, l'uomo è di per sé un valore preminente dell'ordinamento, che gli garantisce il rispetto dei diritti esistenziali¹⁰.

3. La categoria della dignità quale presidio giuridico dell'umano.

Il principio d'invulnerabilità del valore-uomo e dei diritti della persona è modellato su un valore preminente nell'ordine legale-costituzionale: la categoria della dignità umana (artt. 3, comma 1, e 36, comma 1, Cost.)¹¹, alla quale sono correlati i parametri della

⁹ In quanto diritti fondamentali della persona, i diritti inviolabili devono considerarsi intrinseci, caratterizzanti la persona umana in quanto tale, e, pertanto, inalienabili, indisponibili, imprescrittibili e irrinunciabili (BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 10; PARENTE, *La staticità*, cit., pp. 112-13; NEGRO, *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico*, in *Foro it.*, 1956, IV, c. 213-214). Infatti, i diritti della personalità tutelano i modi d'essere della persona: «l'ordinamento giuridico assicura al soggetto i beni fondamentali della vita, dell'integrità fisica e della libertà di fronte a tutti gli altri consociati, i quali cioè, come nei diritti reali, hanno il dovere negativo dell'astensione» (NEGRO, *op. loc. ult. cit.*).

¹⁰ Cfr. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 12 ss. Sebbene le norme costituzionali spesso non utilizzino il lessema «persona», ma quello di «uomo», non può essere sostenuta l'esistenza di una frattura tra il concetto di uomo e quello di persona in senso giuridico, né una differenza tra i diritti incardinati in capo al primo e quelli attribuiti alla seconda (cfr. Corte Cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176 ss., con nota di BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione penitenziaria?*).

¹¹ Il valore della dignità assume rilevanza in tutti i rapporti giuridici: esso si pone come limite alle attività che condizionano lo sviluppo della persona o la sua integrità psico-fisica. La dignità è tutelata non solo dai precetti costituzionali, ma anche dall'ordinamento comunitario che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dispone «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata» (art. II – 61) [cfr. PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, cit., p. 39; RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato*].

(famiglia, proprietà, lavoro), in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 325; PARENTE, *La staticità*, cit., p. 22 ss.; DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della «Carta dei diritti fondamentali»)*, in Zagrebelski (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, p. 258 ss.]. La dignità, come valore condiviso da altri ordinamenti e codificato dai rispettivi testi normativi [RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 819 ss.], è un principio cardine del sistema italo-comunitario delle fonti e assurge a valore normativo sopranazionale (TAFARO, *La clausola generale di dignità umana e l'età nel sistema italo-comunitario*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, p. 312). Sui risvolti applicativi del principio di dignità, cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 436 ss.; PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 43 ss.; TONIATTI, *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, 2002, p. 7 ss.; CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, p. 52 ss.; GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 174 ss.

vita¹², dell'integrità¹³, della salute¹⁴, dell'identità¹⁵ e della libertà della persona¹⁶.

¹² Il diritto alla vita è uno dei diritti fondamentali della persona, che le attribuisce la capacità di esistere e d'integrarsi nel tessuto sociale, di relazionarsi e di evolversi. Esso è strettamente legato al valore della dignità ed è riferibile non solo alle relazioni orizzontali, ma pure a quelle verticali, perché la vita è un forma di manifestazione della dignità un diritto innato. Laddove non si tuteli la vita, non è possibile tutelare la persona, né la sua dignità. Alla vita è correlata la morte, ma pure il diritto alla salute, alle cure, all'utilizzo della scienza e delle tecnologie, purchè non intacchino il principio di dignità della persona (PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 39 ss.).

¹³ L'integrità va considerata sia sotto il profilo fisico che psichico, entrambi componenti della struttura unitaria della persona (art. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). La persona, quindi, deve essere tutelata nella sua complessità e unitarietà (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 730-731). L'art. 3 della Carta di Nizza – "Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica" – riecheggia il diritto alla salute (art. 32 cost.). Nell'art. 3 della Carta di Nizza, il legislatore utilizza il termine «individuo», non quello di «persona» o «nato»: nell'ermeneutica della norma sembra ragionevole estendere la tutela ad ogni appartenente alla specie umana, anche in via di formazione. Questo profilo permette di estendere al non nato i diritti tendenzialmente riconosciuti al nato. Sul piano dei valori giuridici, è significativa la locuzione «vita nascente», che esprime non soltanto la condizione postatale del «vivente-uomo», che, a seguito del distacco «per nascita» dal corpo materno, nella «continuità» della fisiologia della «crescita individuale», ha conseguito la qualificazione normativa di «persona fisica» ed acquisito la «capacità giuridica» generale (art. 1, comma 1, c.c.) (D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Napoli, 2003, p. 21 ss.), ma anche la posizione prenatale del «concepito-embrione», entità vivente non indipendente, ancora in «potenziale evoluzione» verso il perseguimento dell'autonomia della vita biologica (cfr. PARENTE, *La «biogiuridicità» della vita nascente tra «libertà» della ricerca biomedica e «dinamismo» della tutela dei valori esistenziali dell'uomo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 447, sub nota 9).

¹⁴ Connessa alla tutela della dignità è la tutela della salute (art. 32 cost.), principio della personalità e presupposto per il libero sviluppo della persona, che riassume sia l'integrità biofisica che la sanità psichica [PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 103 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, Napoli, 1972, p. 183; ID., *La tutela giuridica della «integrità psichica» (A proposito delle psicoterapie)*, in *Riv. trim.*, 1972, p. 768 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 728 ss.; DE PALMA RAINONE, *La tutela della salute come diritto pubblico soggettivo*, in *Pol. Sic. Soc.*, 1968, p. 17]. Strettamente

La Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata dall'Italia con la l. 28 marzo 2001 n. 145¹⁷, nel «Preambolo», fa espresso riferimento alla «dignità

legato al diritto alla salute è ormai univocamente considerato il diritto all'ambiente, alla vita in un ambiente salubre (PARENTE, *La protezione giuridica dall'esposizione a campi elettro-magnetici*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, I, Bari, 2008, p. 179 ss.; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 751 ss.).

¹⁵ La disciplina dei diritti della persona suole attribuire tutela all'identità personale, a cui tradizionalmente si associa il diritto al nome [cfr. PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 39; CAROTA, *Il diritto al nome e all'immagine*, in Perlingieri e Sesta (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, I, Napoli, 2007, p. 181 ss.], elemento identificativo della persona nell'ambito delle relazioni sociali [cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 783 ss. e p. 800 ss.; VALLE, *Il diritto all'identità personale*, in Perlingieri e Sesta (a cura di), *op. cit.*, p. 181 ss.]. La dottrina ha cominciato a riflettere su altri elementi d'identificazione e, tra essi, annovera il genoma umano che identifica la persona dal punto di vista biologico. Nell'individuazione dei segni distintivi della persona, quindi, possiamo declinare tre categorie: a) il segno distintivo di carattere socio-giuridico, costituito da un elemento dativo, quasi artificioso, creato dall'ordinamento, il cognome e il nome con data e luogo di nascita, oppure, in passato, il nome dei genitori (art. 29, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396); b) il genoma individuale, segno identificativo immodificabile dell'individuo; c) i connotati morfologici, di regola modificabili (cfr. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 30 ss.; LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 140 ss.).

¹⁶ PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 28 ss.

¹⁷ La Convenzione di Oviedo assicura un'elevata protezione ai diritti umani. Infatti, già nel «Preambolo» essa declina la tutela dell'essere umano nella sua individualità e nella sua appartenenza alla specie umana, nonché nella sua integrità e dignità di essere vivente (D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., pp. 29-30). Sul contenuto della convenzione, cfr. CATALDI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 267 ss.; PICIOCCHI, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pubb. comp. europeo*, 2001, p. 1301 ss.; GITTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedicina*, *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 720 ss.; BOMPIANI, *Aspetti rilevanti per la trasposizione nell'ordinamento italiano della Convenzione sui diritti dell'uomo*

dell'essere umano» e alle «libertà fondamentali della persona» nel campo delle applicazioni della biologia e della medicina all'uomo.

L'art. 3 Cost., tradizionalmente inteso come norma-manifesto del principio di uguaglianza formale e sostanziale, obbliga la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la realizzazione della parità effettiva dei soggetti dell'ordinamento, in funzione della tutela della loro dignità.

Tra le fonti che assegnano preminenza alla categoria della dignità assume rilevanza la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre del 2000, espressamente richiamata dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007: la Carta dedica il capo primo al valore della dignità, che colloca al vertice del catalogo dei diritti fondamentali dell'uomo. La collocazione prioritaria conferisce alla dignità un rilievo assoluto, non soggetto a limiti e prescrizioni, non suscettibile di bilanciamento e sottratto a qualsiasi riserva di legge¹⁸.

e della biomedicina, in MAZZONI, *Un quadro europeo per la bioetica?*, Perugia, 1998, p. 209 ss.

¹⁸ Cfr. PARENTE, *La staticità*, cit., p. 26 ss.; PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pp. 7-8; SACCO, *Note sulla dignità umana nel «diritto costituzionale europeo»*, in Panunzio (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 583-561; PARENTE, *Il ripensamento dei diritti fondamentali della persona nell'Area dell'Unione Europea*, in *Corti pugliesi*, 2007, p. 774 ss.; TAFARO, *La clausola generale della dignità umana e l'età nel sistema italo-comunitario*, in *Il diritto civile oggi*, cit., p. 312; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 819 ss. Sulla tutela della dignità nell'ordinamento comunitario, cfr. OLIVETTI, art. 1, in Bifulco, Cartabia e Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 38; POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006, p. 43 ss.; COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in Costanzo, Mezzetti e Ruggieri (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 371 ss.; CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 42 ss. La dignità, come definita dalla Carta di Nizza, assume la fisionomia di un modello europeo in contrasto con quello "americano" [BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 5; ID., *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, in Vettori (a cura di), *Contratto*

La dignità rafforza gli altri diritti costituzionalmente protetti, atteggiandosi a loro criterio d'interpretazione e favorendone la definizione dei contenuti¹⁹.

Perciò, la dignità ha assunto nel tempo il ruolo di clausola ermeneutica evolutiva delle norme che definiscono l'oggetto dei diritti umani individuali²⁰ e ha garantito una continua correlazione tra i precetti relativi ai diritti umani e la concezione sociale della persona, in base al comune sentire della comunità di un determinato momento storico, per selezionare gli elementi costitutivi del patrimonio culturale e delle prerogative imprescindibili della persona meritevoli di una tutela assoluta²¹.

In questa chiave di lettura, all'espressione «dignità umana» non è possibile conferire uno specifico significato, né una definizione statica, dal momento che la nozione è destinata ad assumere

e costituzione in Europa. Convegno di studi in onore del Prof. Giuseppe Benedetti, Padova, 2005, p. 59 ss.]. Anche la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, approvata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, colloca la dignità tra i fondamenti della libertà, della giustizia e della pace nel mondo quando dispone: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» (art. 1). La Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e della dignità dell'essere umano con riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, adottata ad Oviedo il 4 aprile 1997, già citata, garantisce la tutela dell'essere umano «nella sua dignità e nella sua integrità». Il Protocollo addizionale alla convenzione, sul divieto di colonazione degli esseri viventi, in data 12 gennaio 1998, n. 168, vieta la clonazione degli esseri viventi in quanto «contraria alla dignità dell'uomo e costituisce un uso improprio della biologia e della medicina». La Dichiarazione Universale sul genoma umano e sui diritti dell'uomo, nel suo primo articolo, qualifica il genoma umano come elemento caratterizzante la dignità e la diversità di ciascun membro della specie umana. Sugli ordinamenti stranieri che recepiscono nei loro testi costituzionali il principio della dignità umana e sull'applicazione giurisprudenziale del principio in ambito internazionale e comunitario, cfr. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 48 ss.; RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, cit., p.801 ss.; MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 67 ss.

¹⁹ MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 378

²⁰ OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008, p. 32.

²¹ OCCHIPINTI, *op. loc. ult. cit.*

mutevole valenza a seconda dell'evolversi dei rapporti civili, economici e culturali della società²².

4. *I diritti umani e l'ordine giuridico*

L'emersione del valore della persona negli ordinamenti giuridici e l'affermarsi di tecnologie capaci d'incidere sulla vita dell'uomo e di dominare la natura hanno sollecitato da tempo l'individuazione di più efficaci strumenti normativi di salvaguardia della persona, nella sua unitarietà ed essenza, al di là di ogni vincolo territoriale, culturale e di razza²³.

Numerosi testi normativi sopranazionali hanno codificato principi che indirizzano la produzione dei singoli ordinamenti nazionali per conformarla ai diritti fondamentali dell'uomo, a carattere universale e generale²⁴.

²² «L'enunciazione dei diritti inviolabili non si esaurisce, quindi, nel richiamo ad una serie di diritti indicati e tipizzati dalle altre norme costituzionali, ma è una formula che impone comunque la tutela della dignità umana secondo le esigenze avvertite dalla società del tempo» (BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1984, p. 147). Sulla mutevolezza del concetto di dignità, sul suo adeguamento ai valori etici, religiosi, culturali e filosofici del contingente, cfr. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025; Cass. 9 giugno 1998, n. 5658, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2387; Cass. pen., 28 febbraio 1995, n. 3247, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2535. Considerando la molteplicità dei significati che la dignità assume nei diversi ordinamenti giuridici, nonché le origini filosofiche del principio, a loro volta sfaccettate e complesse (cfr. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, p. 620), parte della dottrina ha riportato il concetto di dignità a due nozioni-base: «la dignità in senso sociale, concepita come diritto ad un'esistenza dignitosa in termini di condizioni materiali di vita, sostanzialmente un obbligo dello Stato, un impegno a realizzare politiche redistributive; la dignità umana oggi imperante, per lo più presentata come principio di diritto naturale e volta ad esprimere l'irriducibilità dell'essenza umana, in ciò assumendo la veste di "valore universale"» (MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 70).

²³ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. XV.

²⁴ BOBBIO, *op. ult. cit.*, p.46 ss. Le fasi che hanno contraddistinto il processo di affermazione dei diritti universali sono: la positivizzazione, la generalizzazione e l'internazionalizzazione. Per un approfondimento sulla vincolatività delle disposizioni comunitarie ed internazionali e sulla funzione di adattamento al diritto

A seconda dei contesti storici e dell'evolversi del tessuto culturale, scientifico e tecnologico, l'uomo ha avvertito l'esigenza di proteggersi ulteriormente e, accanto ai diritti sociali, al riconoscimento delle libertà civili e del diritto al lavoro, ha rivendicato il diritto a vivere in un ambiente non inquinato (i c.d. diritti umani di terza generazione)²⁵ e, in tempi più recenti, il diritto all'integrità della corporeità e della struttura genetica, alla sua inviolabilità e individualità, alla naturalità dei processi di vita, rifiutando pratiche di manipolazione genetica sull'individuo umano (i c.d. diritti umani di quarta generazione)²⁶.

internazionale, cfr. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 582 e p. 267 ss.

²⁵ BOBBIO, *op. ult cit.*, p. XIV. La tutela ambientale ingloba la tutela della salute dell'uomo. Il legislatore, nel tentativo di contemperare le esigenze dello sviluppo tecnologico con la tutela della salute, deve indirizzare la ricerca a «dimensione d'uomo», tale da essere «funzionalizzata» alle esigenze della persona e non lesiva dei suoi diritti (D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 73). Sulla tutela ambientale, cfr. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, 2006, p. 169 ss.; ID., *La responsabilità civile per danni cagionati alla fauna selvatica omeoterma*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 111 ss.; ID., *La protezione giuridica dall'esposizione a campi elettro-magnetici*, cit., p. 179 ss.

²⁶ Sul punto, v. *sub* § 5. Cfr. BOBBIO, *op. cit.*, p. XIV. La scoperta di strumenti di ricerca d'avanguardia, capaci d'incidere sulla persona, dal concepimento al termine della vita, le tecniche di selezione genetica che consentono la riproduzione dell'essere vivente per clonazione, le nuove tecniche di fecondazione e procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40), la tutela della salute della persona e il diritto a morire senza accanimento terapeutico infruttuoso, sono temi attuali che coinvolgono tanto la scienza e la tecnica, quanto il diritto e la morale, che individuano limiti all'evoluzione dello sviluppo scientifico e tecnologico al fine di escludere l'applicazione di tecniche che possano arrecare pericolo alla sopravvivenza della persona e alla specie umana (D'ADDINO SERRAVALLE, *o.c.*, *passim*; N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società*, in *Sociol. dir.*, 1989, p. 15 ss.; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, *passim*; BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, cit., *passim*).

Il percorso che ha portato alla codificazione dei diritti dell'uomo è assai complesso²⁷, ha radici antiche²⁸ e ha coinvolto l'intero continente europeo che si è fatto promotore della internazionalizzazione della tutela dei diritti umani²⁹.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, è stato il primo testo normativo a positivizzare i diritti fondamentali dell'uomo e, lungi dall'essere un mero contenitore di norme, si pone come «ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le nazioni»³⁰. Tale testo normativo, a carattere internazionale, generale ed universale³¹, ne ha ispirato altri che stigmatizzano ulteriori diritti fondamentali dell'uomo, aventi un'efficacia limitata per territorio³² o indirizzata a specifiche fasi della vita della persona o a peculiari *status*³³.

L'assetto normativo a tutela dei diritti umani si presenta, perciò, assai complesso e ai diritti costituzionalmente garantiti si affiancano

²⁷ Sul percorso storico e politico che ha portato all'approvazione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, cfr. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, 2006, p. 28 ss.

²⁸ CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 9 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 89 ss.

²⁹ CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 32 ss.

³⁰ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., p. 24; PARENTE, *La staticità*, cit., p. 21.

³¹ BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 46 ss.

³² Ad esempio, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (per una valutazione critica, cfr. PERLINGIERI, *A margine della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 65 ss.), la Convenzione americana sui diritti umani (1969), la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981), la Carta araba dei diritti umani (1994). I diritti dell'uomo, infatti, sono in stretta sinergia con il sostrato sociale, culturale e di sviluppo dei vari paesi. E', dunque, più agevole predisporre meccanismi di attuazione dei diritti umani a livello regionale che non a livello universale (CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit., p. 50 ss.).

³³ Si pensi alla Dichiarazione dei diritti del fanciullo (1959), alla Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione nei riguardi della donna (1967), alla Dichiarazione dei diritti del minorato mentale (1971); alla Convenzione sullo *status* dei rifugiati (1951), alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1965).

quelli dettati dalle istituzioni comunitarie ed internazionali³⁴. Ciascun individuo, quindi, può essere, al contempo, beneficiario di tre distinti sistemi normativi di diversa origine e forza: il sistema costituzionale nazionale, quello comunitario e quello internazionale³⁵.

Nonostante la diversa natura dei testi sui diritti inviolabili dell'uomo, nell'applicare il diritto vigente, l'interprete non può prescindere da una lettura sistematica e assiologica delle varie norme e da una loro reciproca integrazione³⁶, per realizzare uno «spazio

³⁴ Sui diritti umani, sul loro fondamento e contenuto, cfr. OLLERO TASSARA, *Diritto positivo e diritti umani*, a cura di I. Trujillo Pérez, Torino, 1998; VIOLA, *Diritti dell'uomo: diritto naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989; BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società*, cit., p. 15 ss.; CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1990, p. 189 ss.; ID., *Protezione costituzionale e protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1993, p. 589 ss.; MASSINI CORREAS, *Diritti umani «deboli» e diritti umani «assoluti»*, in *Iustitia*, 1991, p. 211; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., p. 84; ID., *A margine della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 65 ss.; ID., *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 73 ss.; ID., *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: verso il duemila*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 81 ss.; SAULLE, *Diritti umani, familiari e sociali: principi giuridici fondamentali*, *Dir. fam. pers.*, 1992, pt. 2, p. 1117; CASAVOLA, *Diritti umani*, Padova, 1997; ZICCARDI CAPALDO, *Legittimità democratica, tutela dei diritti umani e produzione giuridica primaria nell'ordinamento internazionale*, in *Jus*, 1999, p. 639 ss.; ALPA, *L'applicazione della Convenzione europea sui diritti dell'Uomo ai rapporti privati*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 873; RIZZO, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 59.

³⁵ CASSESE, *op. cit.*, p. 77.

³⁶ Infatti, «la teoria delle fonti non ha più il suo esclusivo punto di riferimento nello Stato, che perde la sua centralità sia al suo interno, con un'articolazione legislativa decentrata autonoma, sia per il riconoscimento istituzionale, di rilevanza costituzionale, di fonti esterne, internazionali e comunitarie» (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 284). Sull'interpretazione e ricostruzione del sistema delle fonti, cfr. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 284 ss. e p. 580 ss.; CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 543 ss.; IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 10.

comune» dei diritti della persona³⁷ nel cui ambito i diritti umani individuali e sociali, posti a fondamento dell'ordine giuridico, possano trovare un'adeguata integrazione e un'omogenea conformazione³⁸.

5. *La tutela della persona e la promozione della ricerca scientifica: i criteri di bilanciamento.*

I progressi della biologia e della medicina suscitano nell'uomo la speranza di vincere le malattie, di prolungare la vita e di migliorarne la qualità. Gli strumenti d'informazione, sempre più spesso, danno notizia di nuove tecniche biomediche applicate all'umano o della riproduzione in laboratorio di organi e tessuti in sostituzione di quelli naturali affetti da patologie.

Le sperimentazioni, sebbene destino entusiasmi, preoccupano quanti intravedono nelle nuove applicazioni sperimentali il rischio della trasformazione dell'uomo in un assemblaggio di elementi surrogabili³⁹, spesso costituiti da prodotti sintetici o da cellule e materiali biologici provenienti da terzi.

Difatti, le nuove tecnologie, se apportano miglioramenti significativi alla salute, non di rado comportano una lesione irreversibile dell'integrità e della naturalità della persona e il mutamento della sua irripetibile individualità biologica e genetica.

Una parte della dottrina riflette ormai da tempo sul rischio che taluni interventi manipolativi possano incidere sulla composizione intima della corporeità⁴⁰, provocando un'alterazione della stessa

³⁷ PARENTE, *Il ripensamento dei diritti fondamentali della persona nell'Area dell'Unione Europea*, cit., p. 776.

³⁸ PARENTE, *op. ult. cit.*, pp. 776-777.

³⁹ Sul rischio di dover «riprogettare gli esseri umani», a seguito delle scoperte scientifiche applicate all'uomo, e sulle implicazioni della ricerca sul corpo, cfr. STOCK, *Riprogettare gli esseri umani. L'impatto della ingegneria genetica sul destino biologico della nostra specie* (2002), Milano, 2004, *passim*; RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2007, p. 151.

⁴⁰ La persona, infatti, è costituita sia dal corpo, dall'elemento materiale, sia dalla psiche, dallo spirito, che lo anime, gli attribuisce identità e individualità [SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 379 ss.; FERRANDO, *Diritto e scienza della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, cit., p. 417.]. «È

identità umana, individuale e specifica, e un pericolo per la sopravvivenza dell'umanità e per la continuazione della vita sulla terra⁴¹.

L'individuazione di regole giuridiche e di strumenti normativi appare necessaria non solo per tutelare la ricerca scientifica e biomedica sull'uomo⁴², ma anche per conformare l'ambito della stessa ricerca e delle invenzioni biotecnologiche a parametri non lesivi dell'integrità e della dignità dell'individuo (l. 22 febbraio 2006, n. 78)⁴³.

dunque l'insieme corpo/cervello/mente a costituire, nella sua unità, il sistema coordinato che denominiamo, quale soggetto di esperienze, «persona» (SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, p. 381). Introdurre in un organismo umano così definito un materiale costituito da cellule e patrimonio genetico esterne significa depauperarlo della sua individualità e del proprio patrimonio biologico (LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, pp. 140-141).

⁴¹ Parere del COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004.

⁴² Sulla tutela della scienza e della ricerca scientifica, cfr. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 761 ss.; ID., *Diritto e scienza della vita. Cellule e tessuti nelle recenti direttive europee*, cit., p. 714 ss.; MASTROPAOLO, *Diritto alla vita e all'integrità corporea tra biotecnica e bioetica*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, II, 2, Milano, 1991, p. 599 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e questioni normative*, cit., p. 85 ss.; PARENTE, *La protezione giuridica della persona dall'esposizione a campi elettro-magnetici*, cit., pp. 416-417.

⁴³ Il legislatore italiano si è occupato di brevettazione con notevole ritardo rispetto alle prescrizioni degli organi comunitari, che, con la dir. n. 98/44/CE, avevano invitato gli stati nazionali ad intervenire sulla protezione giuridica delle invenzioni tecnologiche. Solo in seguito ad una sentenza di condanna della Corte di giustizia europea per il mancato recepimento della direttiva comunitaria (sent. 13 giugno 2005, causa C-456/03, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 408, con commento di CASABURI, *Le biotecnologie tra diritto comunitario, Corte di giustizia e inadempimento italiano*), l'Italia è intervenuta in materia di brevettazione biotecnologica con la l. 22 febbraio 2006, n.78 (legge di conversione del d.l. 10 gennaio 2006, n. 3, emanato con urgenza dopo la condanna della Corte di giustizia europea). Sulla dir. n. 98/44/CE, cfr. CAMPIGLIO, *Brevetti biotecnologici: da Lussemburgo a Strasburgo?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 187 ss.; GRATANI, *La Corte di giustizia Ce sulla brevettabilità delle specie biotecnologiche*, in *Ambiente*, 2002, p. 381; ID., *Sulla legittimità della direttiva comunitaria per la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in *Riv. giur. ambiente*,

Trattandosi di ricostruire il sistema normativo e le sue tutele, è opportuno operare un giusto bilanciamento dei valori giuridici coinvolti⁴⁴: da un lato, l'esigenza di non compromettere la ricerca scientifica e tecnica e la libertà della scienza (artt. 9, comma 1, e 33, comma 1, Cost.)⁴⁵; dall'altro, la necessità di tutelare la vita prenatale

2002, p. 259; CAVASINO, *Il «sistema» di protezione dei diritti di proprietà intellettuale delle «invenzioni» biotecnologiche al vaglio della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Nuove autonomie*, 2002, p. 178 ss.; MORELLI GRADI, *La legittimità comunitaria della direttiva sulle invenzioni biotecnologiche*, in *Dir. ind.*, 2001, p. 321; ROSSI DAL POZZO, *Legittimità della direttiva 98/44/Ce sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in *Riv. giur. agr.*, 2002, II, p. 144; LOSANNO, *Per un riequilibrio tra la brevettabilità di elementi isolati del corpo umano e la tutela dei diritti fondamentali della persona umana*, in *Dir. eccles.*, 2003, II, p. 170 ss.; D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e questioni normative*, cit., p. 97 ss. Sull'attuazione della direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano, cfr. CASABURI, *Attuazione italiana della direttiva sulle biotecnologie*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 386 ss.; A. PALMIERI, *Brevetto e biotecnologie: ritardo incolmabile o rincorsa affannosa*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 390 ss.

⁴⁴ La tecnica del bilanciamento dei valori presuppone il rispetto del canone di ragionevolezza. Per un approfondimento sul principio del bilanciamento tra i valori della persona, cfr. PARENTE, *La protezione giuridica della persona dall'esposizione a campi elettro-magnetici*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno I, vol. 1, Bari, 2008, p. 194; PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 110; CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, p. 133; D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., pp. 70-71.

⁴⁵ La ricerca scientifica e l'applicazione trovano nella persona e nei suoi valori fondamentali il limite al loro riconoscimento; l'attività economica, la ricerca, il mercato non possono, infatti, che essere «funzionalizzati» allo sviluppo della persona, al rispetto dei suoi valori, della sua dignità, del suo sviluppo. Sulla «funzionalizzazione degli istituti giuridici» alla persona, cfr. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 7-8. Sui limiti che la ricerca scientifica deve rispettare per la tutela del valore-uomo, cfr. D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 71; ID., *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1988, p. 14; CHIEFFI, *op. ult. cit.*, p. 112 ss. Il principio della libertà della scienza (artt. 9 e 33 Cost.) esprime un valore che deve essere necessariamente coordinato con gli altri valori costituzionali e interpretato seguendo la gerarchia tra essi esistente. Non vi è dubbio, quindi, che la scienza debba essere letta in funzione strumentale alla realizzazione dell'uomo (art. 2 Cost.) e nel rispetto della persona

e postnatale, la salute, l'integrità biofisica e la dignità della persona (artt. 2, 3 e 32 Cost.)⁴⁶.

In applicazione del principio di precauzione⁴⁷, nella stima della congruità di un nuovo prodotto scientifico riferito alla persona, è necessario verificarne preventivamente il rischio, ossia valutare il dato epidemiologico sul piano etico, politico e sociale, per predisporre le misure idonee a tutelare la vita, l'integrità e la salute dei singoli e per salvaguardare la specie umana nel suo complesso.

La Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, titolata «Protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina», è un modello emblematico dell'esigenza di predisporre regole e limitazioni all'attività scientifica sul corpo.

La prospettiva è confermata dalla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, che, nell'art. 3, comma 2, detta precisi parametri comportamentali per l'esercizio dell'attività medica, e dalle disposizioni della legge sulla procreazione medicalmente assistita,

umana (cfr. D'ADDINO SERRAVALLE, *o.c.*, p. 92). Sui rapporti tra scienza ed etica, v. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in ID., *La persona e suoi diritti*, cit., pp. 169-170; LABRIOLA, *Libertà della scienza e promozione della ricerca*, Padova, 1999; NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 740 ss.

⁴⁶ La scienza deve arretrare dinanzi ai valori fondamentali della persona e, anzi, può essere solo funzionale allo sviluppo e al miglioramento della persona (cfr. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 103 ss.; ID., *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, cit., p. 172; D'ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, p. 92; PARENTE, *La protezione giuridica della persona dall'esposizione a campi elettro-magnetici*, cit., pp. 194-195).

⁴⁷ PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, cit., p. 45; BUTTI, *The precautionary principle in environmental law: neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, Milano, 2007; MARINI, *OGM, precauzione e coesistenza: verso un approccio (bio)politicamente corretto?*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2007, p. 1 ss.; GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 9 ss.; NANNA, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti*, Napoli, 2003; GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, 2001, p. 38 ss.; AMIRANTE, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. e gestione dell'ambiente*, n. 2001, p. 16 ss.

in materia di limiti alle tecniche di sperimentazione sugli embrioni umani (art. 13 ss., l. 19 febbraio 2004, n. 40).

Le restrizioni hanno reso imprescindibile, per qualsiasi intervento biomedico sull'uomo, la protezione della dignità e dell'identità dell'essere umano, per garantire a ciascuno il rispetto dell'integrità psicofisica e delle libertà fondamentali.

L'interesse e il benessere dell'essere umano che partecipa alla ricerca, quindi, devono prevalere sull'interesse allo sviluppo della società e alla sperimentazione della scienza⁴⁸.

In forza del principio di dignità, appaiono inaccettabili le pratiche eugenetiche che tendono alla pianificazione della persona umana prima del suo concepimento, attraverso una selezione genetica in grado di generare un esemplare di uomo conforme ai desideri e alle aspirazioni culturali dei generanti o di alterare, sul piano biologico, l'identità naturale della corporeità⁴⁹.

6. La composizione intima della corporeità e l'intangibilità del corpo

Il corpo umano si compone di innumerevoli elementi (organi, tessuti, cellule, liquidi), tra i quali assume rilevanza il cervello che caratterizza l'individuo nella sua razionalità ed emotività: corpo, cervello e mente costituiscono un sistema coordinato e interagente qualificato "persona"⁵⁰.

Nel definire il corpo umano, la dottrina e la giurisprudenza più risalenti ricorrevano all'analisi linguistica di termini contrapposti: persona e cosa; essere e avere; tutto e parte. Nella riflessione giuridica tradizionale e nelle prime teorizzazioni dei diritti della

⁴⁸ COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Scopi, limiti e rischi della medicina*. 14 dicembre 2001, Roma, 2003, p. 33. La ricerca biomedica «non deve comportare rischi sproporzionati rispetto ai suoi benefici potenziali; infine, deve essere scientificamente giustificata secondo criteri di qualità scientifica, ed eseguita secondo le regole e gli *standars* della professione, sotto la supervisione di un qualificato esperto» (COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *op. loc. ult. cit.*).

⁴⁹ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 152.

⁵⁰ PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, cit., pp. 51-53; SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, cit., p. 379 ss.

persona⁵¹, ricorreva l'idea di un rapporto di alterità tra il soggetto e il suo corpo, simile all'immagine filosofica e religiosa dell'uomo quale sintesi di materia e di spirito.

Questa concezione dualistica è stata in seguito superata da una nuova dimensione che ha individuato un legame inscindibile tra la persona e il suo corpo⁵² e ha considerato il corpo come la rappresentazione esterna, l'elemento materiale che costituisce l'unità inscindibile della persona vivente⁵³: l'unità viene meno soltanto con la morte, che determina una radicale trasformazione del corpo, il quale trasmigra nella categoria delle *res*⁵⁴.

La dottrina più moderna, quindi, considera il corpo come l'espressione tangibile della persona nella sua proiezione verso gli altri consociati⁵⁵, momento d'incidenza di valori e d'interessi personali⁵⁶, «unità funzionale» comprendente entità fisicamente

⁵¹ In epoca moderna, si è sviluppata un'attenta riflessione sui diritti della personalità, definiti come diritti sulla persona propria. In passato, lo studio sui diritti della personalità subiva l'influenza della visione patrimonial-proprietaria dei diritti soggettivi, tanto che l'affermazione della libertà di agire dei privati veniva non soltanto modellata, ma addirittura assimilata al diritto di proprietà (cfr. FADDA e BENZA, *Note e riferimenti al diritto civile italiano* a B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, Libro I – *Del diritto in genere* e Libro II – *Dei diritti in generale*, IV, Torino, 1926, p. 131).

⁵² PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, cit., p. 69; DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, II, 1, Torino, 1939, p. 188. Parte della dottrina ha definito il corpo come «demanio privato», in quanto necessario a ciascuna persona per raggiungere gli «scopi ai quali è destinata» (CARNELUTTI, *Problemi giuridici della trasfusione del sangue*, in *Jus*, 1954, p. 510).

⁵³ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 51.

⁵⁴ PESANTE, *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 769; DE CUPIS, *Cadavere (diritto sul)*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 658; ID., *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, IV, Milano, 1982, p. 185 ss.).

⁵⁵ MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Milano, 1999, p. 527 ss.

⁵⁶ In particolare, il corpo, nel suo aspetto statico, è inseparabilmente legato alla persona e per questo insuscettibile di essere equiparato, nel suo complesso, ai beni economici (Corte cost., 30 gennaio 1986, n. 18, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1783 ss.);

collegate, orientata alla realizzazione del diritto all'autodeterminazione⁵⁷.

In passato, l'uso del corpo dipendeva unicamente da leggi naturali, che consentivano limitati interventi di modifica della struttura corporea e non necessitavano di elaborate regole giuridiche. Negli ultimi tempi, a seguito degli sviluppi biotecnologici, degli studi scientifici diretti al miglioramento della qualità della vita e di nuove esigenze terapeutiche, il corpo è stato oggetto di numerosi interventi legislativi che gli hanno riconosciuto diverse funzioni, in relazione alle finalità perseguite dalla legge⁵⁸.

Partendo da questa rivoluzione scientifica, che ha inciso sull'unitarietà della configurazione del corpo, si è giunti ad una notevole attenuazione del principio d'inscindibilità, progressivamente sostituito dal principio di scomponibilità corporea⁵⁹.

L'abbandono dell'idea dell'intangibilità ha consolidato il fenomeno della giuridificazione del corpo⁶⁰, che, tuttavia, non deve escludere una rinnovata visione unitaria della persona, ricostruita sulla base dei valori e dei principi fondamentali dell'ordinamento: il principio di uguaglianza; il principio di dignità; il diritto all'integrità; il diritto alla salute; l'incommerciabilità del corpo, delle sue parti e dei suoi prodotti⁶¹.

sotto l'aspetto dinamico, invece, il corpo è una dimensione della libertà della persona (Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1990, I, c. 14 ss.).

⁵⁷ RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 80.

⁵⁸ A seconda degli obiettivi perseguiti dagli interventi legislativi, il corpo può essere così classificato: «a) il corpo dell'uomo e quello della donna; b) il corpo vivo e il corpo morto; c) il corpo dei maggiori e dei minori di età, dei capaci e degli incapaci, dei giovani e degli anziani; d) il corpo dei familiari e degli estranei; e) il corpo malato e il corpo sano; f) il corpo prima e dopo la nascita (una volta ammessa la possibilità di riferire la nozione di corpo al non nato), il corpo «potenziale» o «progettato» (embrione creato in vitro) e attuale; g) il corpo «terminale» e quello «recuperabile»; h) il corpo degli organi singoli o doppi; i) il corpo dei tessuti rigenerabili e non rigenerabili; l) il corpo dei tessuti fetali e non; m) il corpo delle cellule somatiche o germinali» (RODOTÀ, *op. ult. cit.*, pp. 477-478).

⁵⁹ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 478.

⁶⁰ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 477.

⁶¹ RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 478.

7. Le biotecnologie e la brevettazione di parti del corpo.

Le tecnologie in campo medico e biologico consentono di utilizzare parti del corpo in ambiti in passato sconosciuti: i progressi della ricerca scientifica hanno reso possibili nuove conoscenze, nuovi interventi terapeutici, nuove forme di fruizione di parti o elementi del corpo.

Le tecnologie genetiche e riproduttive aprono scelte inedite, nuovi spazi di autonomia e di responsabilità⁶², nuovi orizzonti di significato e cambiano la percezione della corporeità, il senso dell'identità personale e la linea di confine dei diritti umani⁶³.

L'utilizzo sempre più intenso di cellule, tessuti e organi non solo dischiude inconsueti panorami terapeutici, ma apre enormi spazi al mercato, ingenti prospettive di profitto per le industrie nella produzione di nuovi farmaci, di metodi diagnostici o terapeutici d'avanguardia e di derivati organici per la coltivazione in laboratorio di cellule e tessuti⁶⁴.

Nascono, quindi, nuovi diritti ed emergono nuovi conflitti: tra la libertà di ricerca e la tutela dei diritti essenziali della persona; tra il diritto alla procreazione e la protezione dei diritti del nascituro e del nato; tra il diritto all'esclusività nello sfruttamento delle conoscenze genetiche e i diritti dell'umanità sul «patrimonio genetico».

Il sistema ordinamentale è chiamato ad individuare più sofisticati strumenti di tutela dei nuovi diritti, a trovare soluzioni per i nuovi conflitti e a dettare regole d'uso delle nuove tecnologie.

L'art. 4, lett. a), l. n. 78/2006 esclude dalla brevettabilità «il corpo umano sin dal momento del concepimento e nei vari stadi del suo sviluppo, la mera scoperta di uno degli elementi del corpo stesso, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, al fine di garantire che il diritto brevettuale sia esercitato nel rispetto dei diritti fondamentali sulla dignità e l'integrità dell'essere umano e dell'ambiente».

⁶² RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 144.

⁶³ FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, cit., p. 762.

⁶⁴ FERRANDO, *op. ult. cit.*, p. 762.

L'esclusione è in linea con i parametri di selezione di due testi normativi sovranazionali: la Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, che, nell'art. 2, sancisce la preminenza dell'essere umano sull'interesse della società e della scienza; la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, che, negli artt. 1 e 3, tutela la dignità umana e l'integrità della persona.

La valutazione della meritevolezza di tutela dell'attività di utilizzazione delle invenzioni biotecnologiche, perciò, deve essere effettuata con riferimento a ciascuna tecnica e alle differenti applicazioni e in relazione ai diversi effetti biologici, etici, sociali⁶⁵.

Già la direttiva n. 44/1998 CE si faceva carico dell'esigenza di non perdere mai di vista il rispetto della vita e della salute, la tutela della dignità e della sicurezza umana, la conservazione dell'equilibrio tra le specie viventi e l'uso accorto della biodiversità nell'implementazione della ricerca⁶⁶.

Tale attenzione è stata dimostrata pure dal Comitato Nazionale per la Bioetica⁶⁷, che, nel declinare i criteri di valutazione della legittimità dell'impiego di biotecnologie sul corpo umano⁶⁸, ha individuato nella dignità umana un principio etico-giuridico di primaria importanza riguardo alle applicazioni biotecnologiche che abbiano ad oggetto diretto o indiretto il corpo e la vita umana.

⁶⁵ D'ADDINO SERRAVALLE, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., p. 104.

⁶⁶ D'ADDINO SERRAVALLE, *op. ult. cit.*, p. 105.

⁶⁷ V. il documento approvato dal Comitato Nazionale per la Bioetica il 30 novembre 2001 sul tema "Considerazioni etiche e giuridiche sull'impiego delle biotecnologie". Con il parere in materia di "Biobanche e ricerca sul materiale biologico umano", approvato dal Comitato Nazionale di Bioetica in seduta Plenaria il 9 giugno 2006, sono stati fissati i criteri con cui procedere all'applicazione delle tecniche biotecnologiche al corpo umano. Nella stessa data, il Comitato Nazionale di Bioetica ha approvato, in seduta Plenaria, il parere in materia di "nanoscienze e nanotecnologie" e sulle modalità e limiti da considerare nella loro applicazione all'uomo.

⁶⁸ Un primo livello di valutazione è riscontrabile nel rapporto rischio/beneficio dell'applicazione biotecnologica che ha come principale destinatario l'uomo, ma che si estende agli altri organismi viventi e all'ambiente nel suo complesso; un secondo criterio è dato dal principio della conservazione degli equilibri biologici basati sulla biodiversità.

Appare, quindi, necessario individuare nella persona e nei suoi diritti il criterio di valutazione della meritevolezza nell'applicazione di tecniche scientifiche sul corpo e di risoluzione del conflitto tra la tutela dell'attività scientifica e la protezione della vita, della dignità, della salute e dell'integrità fisica⁶⁹.

Difatti, la brevettabilità indiscriminata delle scoperte scientifiche sul corpo umano comporterebbe il depotenziamento del valore-persona nella sua individualità e unità e la trasformazione del corpo in bene surrogabile, modificabile in tutte le sue parti ed eventualmente riproducibile.

8. I limiti alla brevettabilità dei dati biologici: la medicina predittiva, le indagini prenatali e la sperimentazione embrionale.

La direttiva CE n. 44/1998, pur informandosi ad un generale principio di brevettabilità del vivente, conosce esclusioni e limitazioni in relazione a singole fattispecie di brevetto per invenzioni biotecnologiche, fondate sulla contrarietà al principio d'identità, alla dignità umana, all'ordine pubblico e al buon costume.

La direttiva è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia europea, che, nel respingere il ricorso per il suo annullamento in ragione della violazione della persona umana, ha così motivato: «la direttiva delimita il diritto dei brevetti in modo sufficientemente rigoroso affinché il corpo umano resti effettivamente indisponibile ed inalienabile e che venga così salvaguardata la dignità umana»⁷⁰.

Per la Corte, il rispetto della dignità umana va garantito in forza dell'art. 5, n. 1, della direttiva, il quale vieta che il corpo umano, nei vari stadi del suo sviluppo, possa essere oggetto di invenzioni brevettabili. Pure le singole parti del corpo non sono brevettabili e la loro scoperta non può costituire oggetto di protezione. Per contro, possono essere oggetto di brevetto le invenzioni che associano un elemento naturale a un processo tecnico che consenta di isolarlo o produrlo ai fini dello sfruttamento industriale.

Perciò, un elemento del corpo umano può far parte di un prodotto tutelabile mediante brevetto, ma non può essere oggetto di

⁶⁹ PARENTE, *o.c.*, pp. 452-453; D'ADDINO SERRAVALLE, *op. ult. cit.*, p.125 ss.

⁷⁰ CGUE, 9 ottobre 2001, n. C-377/98, in www.Curia.eu.int/jurispr.

protezione nel suo ambiente naturale: la protezione prevista dalla direttiva riguarda soltanto il risultato di un'attività scientifica o tecnica e si estende ai dati biologici esistenti allo stato di natura nell'essere umano, qualora necessari alla realizzazione e allo sfruttamento di una specifica applicazione industriale.

Un'ulteriore protezione è prevista dall'art. 6 della direttiva, che reputa contrari all'ordine pubblico e al buon costume e, per tale ragione esclusi dal brevetto, i procedimenti di clonazione di esseri umani, i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano e l'utilizzo di embrioni umani a fini industriali e commerciali.

9. La sperimentazione sull'embrione umano e i limiti del brevetto biotecnologico.

La Corte di giustizia europea, chiamata a pronunciarsi sulla brevettabilità di cellule staminali embrionali umane, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. c), direttiva CE n. 44/1998, nella sentenza *Bruestle* del 18 ottobre 2011⁷¹, ha definito embrione «qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso patogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi» e ne ha escluso l'utilizzo, ai fini della ricerca scientifica, per lesione della dignità⁷².

Difatti, posto che la fecondazione dell'ovulo è un fenomeno indispensabile per l'avvio del processo di sviluppo dell'essere umano, la formazione dell'embrione non potrebbe non godere di tutti

⁷¹ CGUE, 18 ottobre 2011, procedimento C-34/10, in *Foro it.*, 2012, I, 4, c. 26 ss.

⁷² Sulla scorta di quanto deciso con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 18 ottobre 2011, il Giudice Tutelare del Trib. Spoleto (ord. 3.01.2012, n. 60, in *G.U.* n. 16 del 18 aprile 2012) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, l. 22 maggio 1978, n. 194, nella parte in cui prevede la facoltà della donna, in presenza delle condizioni ivi stabilite, di procedere volontariamente all'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni dal concepimento, per contrasto con gli artt. 2, 32, comma 1, 11 e 17 Cost. Su tale eccezione si è pronunciata la Corte Costituzionale (ord. n. 196 del 20 giugno 2012, in *Fam. dir.*, 2012, p. 939 ss., con nota di SCALERA, *La legge 104 ancora una volta al vaglio della Consulta*), che ne ha dichiarato la manifesta inammissibilità.

gli strumenti di protezione da interventi manipolativi, soppressivi, speculativi e lucrativi e non potrebbe essere sottratta ai regimi di tutela della vita, dell'integrità e della dignità della persona.

La sentenza accoglie una nozione aperta di embrione umano, che abbraccia non solo qualsiasi ovulo fin dal momento della fecondazione, ma anche tutti gli ovuli ottenuti con tecniche di patogenesi e di clonazione terapeutica, a conferma che ciò che rileva, ai fini del riconoscimento della condizione di essere umano, è l'inizio dello sviluppo biologico.

La nozione di embrione umano è stata rivisitata dalla Corte di giustizia europea, che, tornata a pronunciarsi sul tema⁷³, ha formulato un'ermeneutica parzialmente diversa. Per la Corte, l'esclusione della brevettabilità ex art. 6, direttiva CE n. 44/1998, è subordinata alla definizione dell'embrione come organismo potenzialmente in grado di formare un essere umano. La nozione preclude che un ovulo non fecondato possa generare un individuo umano per mancanza delle componenti essenziali allo sviluppo.

Il legislatore italiano, prima ancora degli interventi della Corte di giustizia europea, aveva dato puntuale attuazione ai principi della direttiva CE n. 44/1998, dettando un regime di vincoli alle tecniche di medicina predittiva⁷⁴, alle indagini prenatali sul concepito⁷⁵ e alla

⁷³ CGUE, 18 dicembre 2014, n. 364, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 5, p. 10412.

⁷⁴ Accanto alla diagnosi pre-impianto che, nelle pratiche di inseminazione artificiale, precede l'impianto dell'embrione nell'utero materno, la scienza medica ha da tempo studiato tecniche di verifica dello stato di salute dell'embrione durante il suo sviluppo nel grembo materno: si tratta di tecniche che permettono di conoscere le condizioni del concepito prima che venga alla luce. Sul punto, cfr. COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Diagnosi prenatali*, documento del 18 luglio 1992; G. BALDINI, *Libertà procreativa e fecondazione artificiale. Riflessioni a margine delle prime applicazioni giurisprudenziali*, Napoli, 2006, p. 132; PARENTE, *La staticità*, cit., p. 112.

⁷⁵ F. PARENTE, *op. ult. cit.*, p. 112. In particolare, l'art. 13 vieta la diagnosi pre-impianto, che, nelle pratiche d'inseminazione artificiale, precede l'impianto dell'embrione nell'utero materno. Sull'ammissibilità di tale strumento d'indagine è sorto in dottrina un vivace dibattito che vede tra i suoi sostenitori quanti rivendicano il diritto "ad avere un figlio sano" (cfr. RAZZANO, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: incostituzionale o costituzionalmente necessaria*, in *Atti del Convegno "La procreazione assistita: problemi e*

prospettive”, Roma, 31 gennaio, 2005, p. 505). Seguendo tale orientamento, una parte della giurisprudenza (Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, n. 3336, in *Giust. civ.*, 2008, p. 217 ss.; Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Med. mor.*, 2008, p. 166 ss.) ha ritenuto plausibile il ricorso alla diagnosi medica pre-impianto e ha sottolineato che la negazione di tale possibilità costringerebbe la donna a prendere una decisione inconsapevole e non informata in ordine al trasferimento in utero degli embrioni con il rischio di mettere in pericolo la propria salute (Trib. Bologna, 29 giugno 2009, in *Corr. merito*, 2009, p. 1061). Queste pronunce hanno ribadito l’illegittimità della previsione contraria delle Linee Guida, limitativa dell’indagine sull’embrione a quella meramente osservazionale, al contrario di quanto prevede l’art. 13, l. n. 40/2004, che attribuisce liceità alla ricerca clinica e sperimentale sull’embrione qualora persegua finalità terapeutiche e diagnostiche volte «alla tutela della salute e dello sviluppo dell’embrione stesso» (T.A.R. Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Foro it.*, 2008, *Anticipazioni e novità*, n. 2, c. 17 ss.). Contro la liceità delle tecniche di diagnosi pre-impianto dirette a selezionare gli embrioni sani da quelli malati, cfr. Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2447, con nota di GIACOBBE, *Tre “banalità” e una verità: brevi osservazioni su una prima applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; in *Fam. dir.*, 2004, p. 372 ss., con nota di FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l’impianto di embrioni ammalati?* e di DOGLIOTTI, *Una prima pronuncia sulla procreazione assistita: tutte infondate le questioni di legittimità costituzionale?*; in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 75 ss., con note di MOROZZO DELLA ROCCA, *Procreazione medicalmente assistita e beta-talassemia* e di D’AVACK, *L’ordinanza di Catania: una decisione motivata attraverso una lettura testuale della l. n. 40/2004*. La sentenza è stata criticata dalla dottrina perché, pur escludendo la legittimità della diagnosi pre-impianto, in applicazione dell’art. 14, comma 2, l. n. 40/2004, che obbliga all’impianto di tutti gli embrioni creati *in vitro*, per l’ampiezza della nozione di salute adottata dalla l. n. 194/1978, non può impedire il ricorso all’aborto, da parte della donna sottoposta alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, come riconosciuto dalla l. n. 40/2004 (art. 14, comma 1). Sui risvolti critici della pronuncia e sulle contraddizioni della legge, cfr. CASONATO, *La legge 40 e principio di non contraddizione d’impatto normativo*, in CAMASSA e CASONATO, *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 21 ss.; BIN, *Sussidiarietà, privacy e libertà della scienza: profili costituzionali della procreazione assistita*, in *ivi*, p. 41 ss.; BALESTRA, *Tutela del nascituro nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *ivi*, p. 63 ss.; BALLARINI, *Procreazione medicalmente assistita e diagnosi pre-impianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 228; BANCHETTI, *Procreazione medicalmente assistita, diagnosi reimpianto e (fantasmi dell’) eugenetica*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1176. Le critiche mosse dalla dottrina all’interpretazione restrittiva della legge sulla procreazione medicalmente assistita hanno portato alla revisione dell’orientamento giurisprudenziale, che ha

gradualmente legittimato le tecniche di diagnosi pre-impianto. Infatti, già Trib Cagliari, 29 giugno 2004, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1734 ss., con nota di CHIARELLA, *Gravidanza plurigemellare e riduzione embrionaria d'urgenza: la tutela della salute come stato di necessità ex lege n. 40 del 2004*, ha ammesso la riduzione embrionaria d'urgenza d'impianto plurigemellare, «limitatamente ad uno dei tre feti, nessuno dei quali affetto da malformazioni, anomalie o malattie genetiche, allorché dalla prosecuzione della gravidanza derivi, per la conformazione fisica della gestante, un pericolo serio per la salute fisica o psichica della stessa, conformemente a quanto previsto dall'art. 4, l. n. 194 del 1978, non derogato né abrogato dalla l. 40 del 2004». In senso conforme, in ordine alle pratiche di aborto parziale, cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 18 aprile 2007, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 396, con nota di SPERTI, *La Corte suprema statunitense ed il tema dell'aborto: una pronuncia restrittiva in vista di un futuro ripensamento del caso "Roe v. Wade"?*. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, l. n. 40/2004, sollevata con riferimento agli artt. 2, 3 e 32 cost., nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto dell'embrione (Corte cost., 9 novembre 2007, n. 369, in *Fam. dir.*, 2007, p. 545 ss., con nota di FIGONE, *La corte costituzionale interviene in tema di diagnosi reimpianto sull'embrione*; e in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 21 ss., con nota di D'AVACK, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte Costituzionale del 9 novembre 2006, in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*). Il dibattito giurisprudenziale non ha subito battute d'arresto, perché, nonostante il rigetto della giurisprudenza costituzionale, in tempi più recenti, i Tribunali si sono espressi a favore della liceità della diagnosi pre-impianto «quando la stessa risponda alle seguenti caratteristiche: sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 15, comma 5, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare» (Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Fam. dir.*, 2007, p. 1141, con note di DOGLIOTTI, *Diagnosi preimpianto, accertamento dello stato di salute dell'embrione e diritti della persona*; e di BELLINA, *Il divieto di diagnosi preimpianto: profili penali*). Favorevole alla liceità della diagnosi pre-impianto è pure il Trib. Firenze (ord. 17 dicembre 2007, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 829 ss., con nota di BALDINI, *Procreazione assistita: l'ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine della c.d. «ordinanza Mariani»*). Per un approfondimento, cfr. DELLA BELLA, *La svolta: il Tribunale di Cagliari e il Tribunale di Firenze ammettono la diagnosi preimpianto*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 423 ss. Anche la giurisprudenza comunitaria si è pronunciata contro le limitazioni alla diagnosi reimpianto (cfr. Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 28 agosto 2012 – Ric. n. 54270/10, in *Giur. it.*, 2012, p. 1993, con nota di VENTURI, *Sulla legittimità della*

sperimentazione sull'embrione umano (artt. 13 e 14, l. 19 febbraio 2004, n. 40)⁷⁶, pur recependo il generale principio di libertà della ricerca scientifica (art. 33 cost.), in presenza di attività orientate ad utilità sociali compatibili con i valori costituzionali di tutela della vita e della dignità umana⁷⁷ e con i regimi di autonomia e responsabilità del medico⁷⁸.

legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu, che ha statuito: «È una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il divieto di ricorso alle tecniche di procreazione assistita e alla diagnosi reimpianto dell'embrione fissato dalla legge n. 40 del 2004 nei confronti di coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche. Tale diniego non è una misura necessaria a salvaguardare la donna e l'embrione perché la legge italiana, ammettendo la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico nel caso di feto affetto da malattia genetica, non è coerente con le esigenze invocate dallo Stato per impedire il ricorso alla diagnosi preimpianto»). Su questa scia, più recentemente, v. Trib. Milano, 18 aprile 2017, in *Altalex.com.*; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Altalex.com.*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche.

⁷⁶ Il divieto di pratiche eugenetiche è un principio che tende a prevenire che l'embrione, da considerarsi uomo e persona sin dal momento del suo concepimento, possa essere trattato come cosa e sottoposto a un processo di «reificazione». L'art. 13, l. n. 40/2004, vieta espressamente qualsiasi tipologia di sperimentazione su ciascun embrione umano e vieta la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o, comunque, a fini diversi da quelli previsti dalla legge. Inoltre, nell'ottica della tutela dell'embrione nella sua identità biologica e genetica, e nella dignità di essere vivente e persona, la legge sulla procreazione medicalmente assistita vieta la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa, nonché la produzione di ibridi e di chimere (art. 13, comma 3, lett. d). L'art. 14, comma 1, l. 19 febbraio 2004, n. 40, infine, vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni, pur restando ferma e pienamente applicabile la normativa in materia di aborto (l. 194/1978). Sul punto, PARENTE, *La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo*, cit., p. 460.

⁷⁷ PENASA, *La procreazione medicalmente assistita: due modelli a confronto*, in Camassa e Casonato (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, cit., p. 125.

⁷⁸ Corte cost., 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, c. 394 ss., la quale riconosce che la pratica dell'arte medica si fonda su acquisizioni scientifiche e

In questo quadro, i limiti alla libertà della scienza e alla produzione di embrioni umani da destinare alla ricerca devono essere particolarmente rigidi, soprattutto nelle ipotesi di utilizzazione per fini diversi da quelli diagnostico-terapeutici di embrioni esistenti e crioconservati, nelle quali lo scopo perseguito dall'attività scientifica è meramente sperimentale⁷⁹.

Nella visuale del legislatore italiano, perciò, l'attività di disposizione di embrioni umani, parti del corpo e corpo essi stessi, non può che essere vincolata: a fronte della legittimità della ricerca scientifica a scopo terapeutico e diagnostico su embrioni affetti da patologie, va esclusa qualsiasi ricerca a scopo meramente sperimentale, che presuppone un'attività potenzialmente lesiva dell'integrità, della salute e della dignità dell'embrione, da considerare «persona *in fieri*»⁸⁰.

Tuttavia, è da sottolineare che altro è sperimentare utilizzando materiale di origine umana, altro è brevettare i risultati dell'attività di sperimentazione. Agli effetti della brevettabilità, infatti, il materiale per la sperimentazione dovrà soddisfare le condizioni richieste dai diversi sistemi di brevettazione in termini di novità del prodotto o in termini di novità delle funzioni di un prodotto già noto.

Per concludere, in riferimento ai diritti umani di quarta generazione, il giudizio di liceità e di meritevolezza della ricerca scientifica richiede la verifica del rispetto dei diritti della persona. Questo giudizio deve essere condotto caso per caso, per ogni singola tecnica utilizzata, in considerazione delle finalità perseguite e dei rischi connessi alla sua applicazione⁸¹.

sperimentali in continua evoluzione, che presuppongono l'autonomia e la responsabilità del medico.

⁷⁹ La Convenzione di Oviedo vieta la creazione di embrioni a fini di ricerca (art. 18) e ribadisce che, negli ordinamenti che ammettono la ricerca sugli embrioni *in vitro*, deve essere garantita un'adeguata tutela dell'embrione.

⁸⁰ PARENTE, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, cit., p. 17 ss.

⁸¹ Cfr. PAESANO, *Clonazione umana e diritto all'identità*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, pp. 559-560. In particolare, «le tecniche di manipolazione con finalità terapeutiche» trovano «un fondamento di liceità proprio nella meritevolezza dell'interesse perseguito, cioè la realizzazione e la tutela del diritto alla salute,

purché siano rispettati i limiti della necessità ed utilità del trattamento, della libertà del consenso qualificato, del rispetto della dignità umana» (*ivi*, p. 560).

TERESA PASQUINO
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università di Trento

**I RITARDI NEI PAGAMENTI DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE AL VAGLIO DELLA CORTE
DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

(Corte di Giustizia - Grande Sezione - Sentenza 28 gennaio 2020 C-122/18)

SOMMARIO: 0. Premessa – 1. Il caso davanti la Corte di Giustizia – 1.1 Il giudizio della Corte - 2. La disciplina di recepimento: il D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – 3. L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina speciale: profili problematici – 3.1. *segue* L'ambito di applicazione: il profilo soggettivo – 4. I ritardi di pagamento da parte della Pubblica Amministrazione – 5. La determinazione del tempo dell'adempimento solutorio – 6. Sulla natura dell'obbligo della PA di far osservare i termini di pagamento

0. *Premessa.*

Sui rapporti tra diritto europeo e diritto privato italiano molti sono i luoghi in cui l'Onorato è stato tra i primi a tracciare le coordinate ed a fornire i criteri sistematici attraverso i quali procedere a tale non facile impegno¹.

¹ Basterebbe qui rinviare a VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, dove è raccolto un itinerario sugli sviluppi della ricerca che l'Autore portava avanti da tempo sull'incidenza del diritto europeo sui principali istituti del diritto privato italiano.

Attraverso un percorso storicamente ancorato alle diverse fasi del diritto civile – contrassegnate e riconducibili alla transizione da un lato ed all’oscillazione tra nichilismo e storicismo dall’altro² – l’ineludibile approdo conduce all’ordinamento comunitario che nel Trattato di Lisbona ha definitivamente sancito la c.d. primazia del diritto europeo sul diritto degli Stati membri.

Il pensiero dell’Onorato al riguardo non si limita a rilevare una questione di gerarchia delle fonti ma pone la tematica come “[...] un bisogno di Europa come stanza di compensazione dei conflitti legati ai processi di globalizzazione e come luogo di mediazione fra oriente e occidente³, ove poter comporre le discrasie che potrebbero crearsi in ordine al riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone e dare vita ad un modello di economia sociale del mercato capace di fronteggiare crisi ed attuare il principio della solidarietà che è alla base delle Costituzioni del novecento : “Il ruolo e la disciplina del contratto e della responsabilità, della proprietà e dei diritti, debbono essere ripensati con questa consapevolezza”⁴.

È alla luce di questo monito che si vuole qui prendere in esame una decisione della Corte europea di Giustizia in materia di ritardo nei pagamenti della PA e che è ricaduta su un nervo del sistema del diritto interno delle obbligazioni rimasto scoperto nonostante diversi interventi normativi *ad hoc*.

1. *Il caso davanti alla Corte di Giustizia*

Nella causa C-122/18, avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell’art. 258 TFUE, proposto nel 2018, la Commissione europea ricorreva contro la Repubblica italiana, per sentirla dichiarare inadempiente agli obblighi derivanti dalla direttiva 2011/7/UE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle

² E sul punto, ineludibile il rinvio a IRTI, *L’età della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 11 ss.; ID., *Nichilismo giuridico*, Roma, 2004.

³ Così, testualmente, VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 16

⁴ Ancora, testualmente, VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 18

transazioni commerciali e, in particolare, a quelli di cui all'art. 4, avendo omesso lo Stato italiano di assicurare che le sue pubbliche amministrazioni non superassero i termini di 30 o 60 giorni per il pagamento dei loro debiti commerciali⁵.

Il procedimento prendeva le mosse dopo una serie di denunce, presentate da operatori economici e associazioni di categoria, a seguito delle quali la Commissione aveva inviato allo Stato italiano una lettera di messa in mora, contestando l'inadempimento degli obblighi derivanti dall'attuazione dell'art. 4 della direttiva 2011/7.

A fronte delle repliche da parte dello Stato italiano, la Commissione chiedeva l'invio di relazioni bimestrali relative alla durata effettiva dei tempi di pagamento delle pubbliche amministrazioni. E, tuttavia, la Commissione medesima, ritenendo che la situazione risultante dall'insieme delle relazioni presentate non fosse conforme all'art. 4, emetteva un parere motivato, ai sensi dell'art. 258 TFUE, ed invitava l'Italia a conformarvisi entro il termine di due mesi.

Nella sua risposta al parere motivato, lo Stato italiano indicava che i tempi medi di pagamento delle pubbliche amministrazioni erano stati di 51 giorni per l'intero anno 2016, ossia 44 giorni per le amministrazioni statali, 67 giorni per il servizio sanitario nazionale, 36 giorni per le regioni e le province autonome, 43 giorni per gli enti pubblici locali, 30 giorni per gli enti pubblici nazionali e 38 giorni per le altre pubbliche amministrazioni. Tuttavia, la Commissione, ritenendo che lo Stato italiano non avesse ancora posto rimedio alle violazioni contestate, proponeva ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia

Secondo la Commissione, il superamento continuato e sistematico, da parte delle pubbliche amministrazioni italiane, dei termini di

⁵ Anche la Corte costituzionale con la pronuncia del 24 aprile 2020, n. 78 ha rilevato che il rispetto dei tempi di pagamento da parte dei soggetti pubblici ha, soprattutto in tempi di crisi, una notevole incidenza sul sistema economico e che le riforme introdotte in precedenza nonché le risorse stanziare non sono state sufficienti a riportare a dimensioni fisiologiche il fenomeno dei ritardi nei pagamenti, richiamando la sentenza della Corte di giustizia.

pagamento previsti dall'art. 4, parr. 3 e 4, della direttiva 2011/7 costituisce di per sé una violazione censurabile. Ad avviso della Commissione, infatti, dopo l'entrata in vigore di tale direttiva, gli Stati membri sono tenuti a prevedere, nella loro normativa di recepimento, non solo termini massimi di pagamento conformi a tali disposizioni, ma, altresì, ad assicurarne il rispetto effettivo.

Nell'articolare le sue contestazioni, la Commissione rilevava, in primo luogo, che la nozione di «periodo di pagamento» ai sensi dell'art. 4, par. 3, lett. a), della direttiva 2011/7, si riferisce al periodo entro il quale le autorità pubbliche sono tenute al pagamento effettivo dei loro debiti commerciali, periodo che decorre dal verificarsi di circostanze fattuali concrete, quali il ricevimento della fattura, il ricevimento delle merci o la prestazione dei servizi. La Commissione precisava anche che, per integrare gli estremi del “ritardo”, sarebbe sufficiente che il «pagamento non sia effettuato» durante il periodo contrattuale o legale e che siffatta interpretazione della nozione di «periodo di pagamento» sarebbe “la sola che consentirebbe di perseguire efficacemente l'obiettivo della direttiva 2011/7, che consiste nella lotta effettiva ai ritardi di pagamento nel mercato interno”.

La Commissione ha, poi, ritenuto che, dal momento che la violazione dei termini di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni è idonea a far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato, la questione se tali amministrazioni esercitino prerogative dei pubblici poteri ovvero operino *iure privatorum* appaia irrilevante in tale contesto; ciò troverebbe conferma nel fatto che la nozione di «amministrazione aggiudicatrice», alla quale l'art. 2, n. 2, di tale direttiva rinvia per definire la nozione di «pubblica amministrazione», sarebbe indipendente dall'esistenza di prerogative dei pubblici poteri.

Le controdeduzioni avanzate dallo Stato italiano sono state tutte incentrate sulla portata dell'art. 4, parr 3 e 4, la cui *ratio* mirerebbe ad uniformare non i tempi entro i quali le pubbliche amministrazioni devono effettivamente procedere al pagamento degli importi dovuti a titolo di corrispettivo delle loro transazioni commerciali, ma unicamente

i tempi entro i quali esse devono adempiere alle loro obbligazioni senza incorrere nelle penalità automatiche di mora. Ed infatti, nella prospettiva italiana, l'art. 4, par. 6, della direttiva 2011/7 si limiterebbe ad imporre il rispetto del termine di pagamento «stabilito nel contratto», dall'art. 4, parr.3 e 4, mentre non risulterebbe che le pubbliche amministrazioni siano tenute a pagare i propri debiti nel termine da esso previsto. La mancanza di scadenza precisa entro cui l'obbligo imposto all'art. 4 deve essere eseguito metterebbe in evidenza il fatto che, per quanto riguarda il rispetto dei termini di pagamento, la direttiva assoggetta lo Stato membro interessato non ad obblighi di risultato ma, tutt'al più, ad obblighi di mezzi, la cui violazione potrebbe essere accertata solo se la situazione dello Stato membro si discostasse notevolmente da quella prevista dalla direttiva.

Ad avviso dello Stato italiano, dalle relazioni inviate alla Commissione si poteva evincere, da un lato, una diminuzione considerevole e costante dei ritardi di pagamento dei debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni e, dall'altro, al più, un ritardo modesto, che ha superato solo di pochi giorni il termine di pagamento previsto all'art. 4, par. 4, della medesima direttiva.

Infine, lo Stato italiano ha dedotto, altresì, che esso non potesse essere ritenuto responsabile del superamento dei termini di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni, poiché, quando la PA agisce su un piano di parità con un operatore privato, essa risponde unicamente dinanzi ai giudici nazionali di un'eventuale violazione del diritto dell'Unione, allo stesso titolo di un operatore privato. E, difatti, al fine di garantire il rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri devono solo recepire correttamente le disposizioni che tali pubbliche amministrazioni devono rispettare e prevedere sanzioni in caso di mancato rispetto di tali disposizioni; il che è ciò che è avvenuto con il recepimento della direttiva 2011/7.

1.1. *Il giudizio della Corte.*

Il giudizio della Corte di Giustizia si è fondato anzitutto sulla natura dell'art. 4 della direttiva 2011/7, cui viene attribuito carattere imperativo; di modo che si è ritenuto che le disposizioni in cui esso si articola impongano agli Stati membri obblighi non alternativi, bensì complementari.

Operando una lettura congiunta dei Considerando 3, 9 e 23 della direttiva 2011/7, la Corte di Giustizia ha rilevato che “le pubbliche amministrazioni, alle quali fa capo un volume considerevole di pagamenti alle imprese, godono di flussi di entrate più certi, prevedibili e continui rispetto alle imprese, possono ottenere finanziamenti a condizioni più interessanti rispetto a queste ultime e, per raggiungere i loro obiettivi, dipendono meno delle imprese dall'instaurazione di relazioni commerciali stabili. Orbene, per quanto riguarda dette imprese, i ritardi di pagamento da parte di tali amministrazioni determinano costi ingiustificati per queste ultime, aggravando i loro problemi di liquidità e rendendo più complessa la loro gestione finanziaria. Tali ritardi di pagamento compromettono anche la loro competitività e redditività quando tali imprese debbano ricorrere ad un finanziamento esterno a causa di detti ritardi nei pagamenti”. A parere della Corte, non è difficile desumere che il legislatore dell'Unione abbia inteso imporre agli Stati membri *obblighi rafforzati* per quanto riguarda le transazioni tra imprese e pubbliche amministrazioni; sicché l'art. 4, parr. 3 e 4, della direttiva 2011/7 deve essere interpretato nel senso che esso imponga agli Stati membri di *assicurare* che le amministrazioni effettuino i pagamenti a titolo di corrispettivo delle transazioni commerciali con le imprese nel rispetto dei termini previsti da tali disposizioni.

A parere della Corte, dunque, non è sembrata condivisibile l'interpretazione data dallo Stato italiano, secondo cui l'art. 4, impone agli Stati membri unicamente l'obbligo di garantire che i termini legali e contrattuali di pagamento applicabili alle transazioni commerciali che coinvolgono pubbliche amministrazioni siano conformi a tali disposizioni e di prevedere, in caso di mancato rispetto di tali termini, il

diritto, per un creditore che ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge, alla corresponsione di interessi, ma non l'obbligo di assicurare il rispetto effettivo di tali termini da parte delle suddette pubbliche amministrazioni. Di modo che, alla luce dell'insieme delle considerazioni illustrate nella motivazione, la Corte di Giustizia ha dichiarato che, "non assicurando che le sue pubbliche amministrazioni rispettino effettivamente i termini di pagamento stabiliti all'art. 4, parr. 3 e 4, della direttiva 2011/7, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni".

2. La disciplina di recepimento: il D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231.

Sull'annoso tema dei ritardi di pagamento nei rapporti commerciali tra imprese e tra imprese e PA, può essere utile ripercorrere l'evoluzione normativa che ha costituito il quadro attuale delle regole destinate a disciplinare l'intero fenomeno.

Com'è noto, il D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231⁶ ha recepito la Direttiva 2000/35/CE, relativa alla "lotta contro i ritardati pagamenti nelle

⁶ In argomento cfr.: MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.; G. DE NOVA e S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali - D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231*, Milano, 2003; BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. privato*, 2003, p. 715 ss.; CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, II, p. 57 ss.; BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003; MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banc.*, 2003, I, p. 189 ss.; PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003; ID. *La nullità degli accordi «gravemente iniqui» nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, p. 501 ss.; ID. *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 d.leg. n. 231/2002)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2414 ss.; BASTIANON, *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del d.leg. n. 231/2002*, in *Dir. Unione europea*, 2003, p. 395 ss.; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in

transazioni commerciali”, con la quale gli organi comunitari, perseguendo lo scopo di uniformare le legislazioni nazionali sul tema dei ritardi nell’esecuzione delle obbligazioni pecuniarie derivanti da transazioni commerciali, hanno voluto introdurre misure e strumenti idonei a contrastare una prassi che si era trasformata in un vero e proprio fattore di distorsione del mercato⁷.

Contratti, 2003, p. 623 ss.; ZACCARIA, *Il coordinamento fra la recente disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.leg. 9 ottobre 2002 n. 231, di attuazione della direttiva 2000/35/Ce) e la precedente disciplina in materia*, in *Studium iuris*, 2004, p. 305 ss.; DE CRISTOFARO (a cura di), *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.leg. 9 ottobre 2002 n. 231)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 461 ss.; VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto - Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004; CUFFARO (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004; *L’attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti*: SPOTO, Italia; COLOMBI CIACCHI, Germania, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 161ss.; ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1272 ss.; CONTI e DE MARZO, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.leg. n. 231/2002*, Padova, 2004; RUSSO, *Le transazioni commerciali, commento teorico-pratico al d.leg. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005; MENGOZZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Padova, 2007; PADIGLIONI, *I poteri giudiziali nella disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 539 ss.; Pagliantini e Benedetti (a cura di), *I ritardi di pagamento*, Milano, 2015; FRIGNANI, *Le nuove norme sui ritardi nei pagamenti e sui crediti delle imprese verso la Pubblica Amministrazione (dalla direttiva europea alla legge italiana)*, in *Dir. com. scambi intern.*, 2013, 1-2, p. 189 ss.; SOLURI, *Il ritardo nei pagamenti della P.A. tra urgenza delle riforme e risposte del legislatore nei confronti dell’Unione europea*, in *federalismi.it*, 2014, 7, p. 15 ss.; FIORENZA, *Transazioni commerciali e ritardi di pagamento nel prisma della comparazione giuridica*, in *Ann. di dir. comp. e di studi legisl.*, 2019, pt. 3, p. 783 ss.

⁷ Si vedano, al riguardo, i Considerando nn. 7- 10 della Direttiva 2000/35/CE, in merito alla quale si rinvia a LIVI, *La direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la sua attuazione*, in CUFFARO (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, cit., p. 1 ss.

Nel 1997 la Commissione europea aveva diffuso i risultati raggiunti in uno studio, portato avanti dopo una sua Raccomandazione del 12 maggio 1995, dal quale era emerso anzitutto come i termini di pagamento previsti nei contratti in cui fossero parti imprese e liberi professionisti variassero tra i sistemi giuridici dei Paesi membri e come il ritardo patologico nell'esecuzione di tali pagamenti imponesse ai creditori, imprese di piccole e medie dimensioni, pesanti oneri finanziari ed amministrativi, causandone in molti casi anche l'insolvenza e compromettendo la realizzazione del mercato unico, l'integrazione economica ed il commercio transfrontaliero.

Si trattava, infatti, di fare fronte alla esigenza – che imprenditori e liberi professionisti avvertivano come urgente ed improcrastinabile – di ovviare al problema creato dal ritardo eccessivo e senza giusto motivo con cui detti soggetti ricevevano i pagamenti loro dovuti a titolo di corrispettivo per la prestazione di servizi e per la fornitura di beni ad altre imprese o a pubbliche amministrazioni.

L'affermazione di comportamenti dilatori *ex latere debitoris* a danno di tali soggetti creditori era supportata oltre che dal carattere sostanzialmente derogatorio della disciplina codicistica in materia di termini di pagamento e dalla scarsa rilevanza dell'entità degli interessi moratori, anche e soprattutto dalla inefficienza e dalle lungaggini dei procedimenti preordinati al recupero dei crediti insoluti; si era sostanzialmente creato un effetto distorsivo oltre che per il mercato anche per il sistema normativo, tale per cui il diritto processuale non era più in grado di fornire le giuste risposte alle fondate pretese che si palesavano sul piano sostanziale⁸.

⁸ V., DE CRISTOFARO, *Note introduttive* in, ID., *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, op. cit., p. 461, ove si legge: “Approfittando della natura dispositiva della disciplina legale, le imprese (o le p.a.) committenti/acquirenti solevano, infatti, inserire nei loro moduli contrattuali clausole volte a differire, spesso di molto, il termine di esigibilità del pagamento dei corrispettivi rispetto alla data fissata per l'esecuzione del servizio o per la consegna del bene; il tasso “legale” degli interessi moratori non elevato (soprattutto se posto a confronto con i tassi praticati dagli istituti di credito per la concessione di

La portata innovativa e la valenza della disciplina di derivazione comunitaria sono subito apparse tendenzialmente di carattere trasversale, riguardando quella particolare categoria di obbligazioni - appunto, le obbligazioni pecuniarie - che trovano la loro fonte in una "transazione commerciale" e che hanno per oggetto il corrispettivo di un bene o di un servizio fornito da un imprenditore ad altro imprenditore ovvero alla pubblica amministrazione.

Le finalità perseguite dal legislatore comunitario prima e nazionale dopo con il decreto legislativo n. 231 del 2002 sono state ulteriormente precisate e ribadite in una seconda Direttiva in materia, la Direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011⁹, con la quale i Governi degli Stati membri sono stati invitati a recepire le nuove disposizioni comunitarie e ad armonizzarle con quelle attualmente vigenti in tema di ritardi dei pagamenti.

Il riferimento normativo esplicito all'onere di recepire la nuova normativa dell'Unione europea si trova nella legge 11 novembre 2011, n. 180¹⁰, recante "*Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto*

finanziamenti) e, in genere, lo scarso grado di afflittività delle conseguenze ricollegate dalle legislazioni nazionali al tardivo adempimento finivano poi per indurre molte imprese e pubbliche amministrazioni ad incorrere (in modo consapevole e, per così dire, calcolato) in ritardi molto pesanti nel pagamento dei propri debiti, e ciò per la semplice ragione che, di fatto, i costi implicati dalle sanzioni conseguenti al tardivo adempimento delle relative obbligazioni finivano per risultare di gran lunga inferiori a quelli che avrebbero dovuto essere sopportati per pagare tempestivamente".

⁹ Pubblicata in G.U.U.E. L48/1 del 23 febbraio 2011. In dottrina, per i primi commenti cfr. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della PA*, in *Contr. impr.*, 2012, 449 ss.; AMBROSI, *Direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali del 16/2/2011*, in *Fam. Pers. e succ.*, 2011, p. 477 ss.; DI MARZIO, *Direttiva europea 2011/7/UE sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Riv. amm. della Repubbl. it.*, 2011, 3-4, p. 177 ss.

¹⁰ Pubblicata in G.U.R.I. n. 265 del 14 novembre 2011, sulla quale ci si soffermerà anche nel prosieguo della trattazione.

delle imprese”, laddove, all’art. 10 è espressamente prevista una delega al Governo per l’attuazione delle nuove norme.

In considerazione della situazione economica e finanziaria in cui versava il mercato, soprattutto delle piccole e medie imprese in carenza di liquidità finanziaria ed operanti in un sistema europeo di pagamenti frammentato, il legislatore nazionale ha recepito la nuova Direttiva in materia con il D. lgs. 9 novembre 2012, n. 192, il quale ha in parte modificato ed in parte integrato le norme contenute nel D. Lgs. n. 231 del 2002; ad esso è seguita la l. 30 ottobre 2014, n. 161 che, operando soprattutto sul piano dei pagamenti della PA, è stata emanata con il preciso intento di preordinarla ad un ampliamento ed al rafforzamento dei meccanismi di tutela già operanti nell’ordinamento interno.

3. *L’ambito oggettivo di applicazione della disciplina speciale: profili problematici*

Per delineare l’ambito oggettivo di applicazione della nuova disciplina speciale, è apparso necessario fare esplicito riferimento al dato testuale di cui all’art. 2 della normativa in esame, laddove il legislatore nazionale ha adoperato la locuzione “*transazione commerciale*” senza, peraltro, fornirne una definizione precisa, lasciando, così, all’interprete il compito di ricostruirne il significato alla luce dello spirito della legge.

Nella nozione di “*transazione commerciale*” rientrano tutti quei contratti – “comunque denominati”, secondo la precisazione voluta dal legislatore italiano ma non da quello comunitario¹¹ – tra imprese o liberi

¹¹ Già l’art. 2 della Direttiva 2000/35/CE disponeva che: “Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) “transazioni commerciali”: contratti tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro pagamento di un prezzo”, laddove non era presente alcun riferimento all’inciso posto, invece, dal legislatore italiano. Rileva, al riguardo, PANDOLFINI, *op. ult. cit.*, p. 19 “[...] il legislatore, conformemente al criterio generalmente adottato in sede comunitaria, ha optato per una definizione incentrata, anziché sull’individuazione di una determinata tipologia di contratti, sulla prestazione che li caratterizza, consistente in questo caso sia un *dare* (nella specie, la consegna di

professionisti ovvero tra imprese e Pubblica Amministrazione aventi ad oggetto, “in via esclusiva o prevalente”, la consegna di merci o la prestazione di servizi verso il pagamento del corrispettivo di un prezzo.

E' stato già rilevato da più parti in dottrina¹² che, nel delineare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in commento, il legislatore non si sia minimamente preoccupato di individuare nella “transazione commerciale” un nuovo “tipo” contrattuale, volendo, invece, attestare la sua attenzione sul profilo funzionale dell'operazione contrattuale; da qui l'utilizzo della locuzione “transazione commerciale”, con l'intento di includere in tale nozione tutti quegli accordi da cui, fermi restando i requisiti soggettivi, nascono obbligazioni pecuniarie a fronte della consegna di merci o della fornitura di servizi. Si spiega, altresì, sulla base della stessa *ratio*, l'opzione fatta dal legislatore nel senso di non fornire una elencazione dettagliata e puntuale dei contratti che sarebbe possibile sussumere sotto tale categoria, lasciando, così, all'interprete il compito di ricondurre a tale *genus* tutte quelle operazioni contrattuali in cui si sia previsto, quale funzione sinallagmatica, lo scambio di un bene o la fornitura di un servizio a fronte del pagamento di un prezzo¹³.

merci) che in un'obbligazione di *facere* (nella specie, la prestazione di servizi), entrambe a titolo oneroso”.

¹² Efficacemente, cfr. per tutti DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 5 : “E dobbiamo osservare come, anche in questo caso, la normativa comunitaria eviti espressamente di vincolarsi ad uno o più tipi contrattuale, e scelga di disciplinare il fenomeno che giustifica l'intervento di tutela : il pagamento del corrispettivo a chi ha fornito merci o servizi”. Di recente, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5803 ha stabilito che “in tema di interessi da ritardo di pagamento, la nozione di “transazione commerciale” di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 231 del 2002, in assenza di espresse limitazioni, deve essere intesa, in senso lato, come ricomprendente tutte le prestazioni di servizio e, pertanto, anche i contratti di utilizzazione di beni connessi a un rapporto commerciale. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva ritenuto applicabile il saggio d'interessi di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 231 del 2002 al credito per il pagamento dei canoni di un contratto di locazione immobiliare per uso ufficio, stipulato tra due imprese)”.

¹³ Ma per una interessante e variegata rassegna v. BOLOGNINI, in De Cristofaro (a cura di), *La disciplina*, cit., p. 474 ss.

A conferma di quanto sopra detto, sembra potersi richiamare anche l'inciso, presente nel successivo art. 2 "in via esclusiva o prevalente", il quale sembrerebbe giustificare una interpretazione volta ad ammettere un ampliamento della tipologia di figure contrattuali che sarebbe possibile far rientrare nella nozione di "transazione commerciale". Introducendo il criterio della prevalenza, infatti, il legislatore italiano ha voluto agevolare il compito dell'interprete consentendo al medesimo, di fronte alla fattispecie negoziale in cui sia presente il contenuto minimo dello scambio consegna di merci ovvero fornitura di un servizio verso il pagamento di un prezzo, di ricondurre la fattispecie alla disciplina speciale di cui al decreto legislativo in esame. Ciò sembrerebbe possibile anche quando il sinallagma della fattispecie negoziale che si sta in concreto interpretando, accanto alle prestazioni qualificanti – scambio di bene o fornitura di un servizio verso il pagamento di un prezzo – fosse caratterizzata anche da altra funzione o prevedesse altre prestazioni accessorie, secondo l'assetto degli interessi concreti che le parti hanno voluto con quell'accordo raggiungere. Sarà possibile, così procedendo, sussumere nel concetto di "transazione commerciale" tutti quei contratti tipici o atipici in cui sia *esclusiva o prevalente* la funzione dello scambio di merci o della fornitura di servizi verso il pagamento di un prezzo, a prescindere dalla denominazione di essi o dalla presenza nel loro contenuto anche di prestazioni di diversa natura ¹⁴.

Perché un "pagamento" si possa qualificare come tale da essere ricondotto alle nuove norme speciali anziché a quella codicistica, è necessario che esso rappresenti il *corrispettivo* della consegna di una merce o della fornitura di un servizio (v. art. 1, comma 1 e art. 2 lett. a)). Il requisito della *corrispettività* è stato un elemento introdotto nel testo normativo della Direttiva in un momento successivo alla sua prima

¹⁴ Su tale aspetto, si vedano diffusamente BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 25, nt. 17 e PANDOLFINI, *op. ult. cit.*, p. 19. Di recente, per un'applicazione della disciplina ad un contratto d'opera professionale tra un professionista ed un ente pubblico territoriale v. Cass. 31 ottobre 2019, n. 28151.

elaborazione ed è stato frutto di una Posizione comune del Consiglio¹⁵ che ha inteso con esso enfatizzare come, in ogni rapporto in cui sia sotteso un vincolo di reciprocità tra la consegna di merce o la prestazione di servizi a fronte del pagamento di un prezzo, debba rinvenirsi il carattere della corrispettività¹⁶, utile per poter ricondurre la fattispecie sotto la disciplina in esame. In forza di tale precisazione, devono ritenersi escluse dall'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 231 del 2002 le obbligazioni pecuniarie aventi ad oggetto il rimborso delle spese ovvero le somme da restituire in conseguenza dell'eventuale scioglimento del rapporto contrattuale.

Sempre al fine di cogliere precisamente l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame, può essere rilevante soffermarsi sul termine "merci", usato dal legislatore per individuare il bene, oggetto dello scambio da assoggettare alle norme speciali. Al riguardo, è stato già rilevato in dottrina¹⁷ come il riferimento a tale termine derivi dall'uso che di esso fa il diritto comunitario già nei Trattati e come, dunque, sia opportuno riferirsi alla nozione che di esso ha dato la Corte

¹⁵ Cfr. Posizione comune CE n. 36/99 del 29 luglio 1999, in G.U.C.E., n. C 284 del 6 ottobre 1999, 2.

¹⁶ Di contrario avviso BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 26 secondo cui: "La formula della legge, benché idonea a comprendere in sé un gran numero di contratti, ha contorni ben precisi, o, comunque, tali da giustificarne un'applicazione conforme alla sua lettera: essa isola – all'interno dell'ampia classe dei "contratti a prestazioni corrispettive" – quei negozi nei quali la dazione di una somma di denaro sta in rapporto di reciprocità-interdipendenza con una prestazione che consiste nella "consegna di merci o nella prestazione di servizi". Solo questa sotto-categoria di contratti a prestazioni corrispettive, dunque, è soggetta alla disciplina del decreto in commento". Sembra discostarsi da tale impostazione BOLOGNINI, *op. ult. cit.*, 492. Cfr. anche RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 454, secondo cui "La legge, insomma, ha inteso privilegiare lo scambio, e cioè il compenso delle prestazioni effettuate, in altre parole la circolazione della ricchezza cui è preordinato il contratto".

¹⁷ Cfr. la puntuale ricognizione che riporta BOLOGNINI, *op. ult. cit.*, p. 476 ss. e la dottrina *ivi* citata.

di giustizia europea¹⁸ interpellata di fornirne una nozione idonea per ricondurre ad essa l'applicazione degli attuali artt. 28 ss. del Trattato di Lisbona. Secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia europea devono ritenersi rientrare nel concetto di "merci" "tutti quei prodotti pecuniariamente valutabili, come tali idonei a costituire l'oggetto di negozi commerciali"; di modo che, si possono far rientrare nelle previsioni del decreto legislativo in esame tutti quei beni mobili, ad eccezione del denaro, "registrati e non, materiali e immateriali, già prodotti o, eventualmente, ancora da produrre, indirizzati al mercato. Andrebbero, quindi, qualificati come "merci" anche il gas, l'energia elettrica e il *software*. Al contrario, non rientrerebbero nella nozione comunitaria di "merci", rimanendo conseguentemente esclusi anche dall'ambito di applicazione della nuova normativa sui ritardi di pagamento, i beni immobili¹⁹, i quali, seguendo una consolidata tradizione, in forza della quale il diritto comunitario non si è mai occupato di questa categoria di beni, non sono attratti nell'ambito di applicazione della disciplina che qui si sta esaminando.

Il riferimento al diritto comunitario giova anche al fine di dare un contenuto più dettagliato al concetto di "fornitura di servizi", per il quale è utile il riferimento all'attuale art. 57 del Trattato di Lisbona, secondo cui "sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone"; anche a tal proposito, seguendo l'opinione unanime della dottrina²⁰, sembra possibile ritenere che, nel recepire tale concetto, l'intenzione del legislatore nazionale sia stata nel senso di riferirsi alla locuzione "servizi" nel suo significato più ampio, in cui far rientrare qualsiasi prestazione avente ad oggetto un *facere*.

¹⁸ Corte di giustizia CEE, 10 dicembre 1968, causa n. 7/68, in *Raccolta*, 1968, p. 561 ss.

¹⁹ Testualmente, BOLOGNINI, *op. ult. cit.*, p. 477, sulla scia della migliore dottrina *ivi* citata.

²⁰ Cfr. la dottrina richiamata nelle note che precedono.

Resta fuori dalla sfera di applicazione del decreto legislativo in esame una serie di prestazioni, esplicitamente contemplate nel comma 2 dell'art. 1, ovvero ritenute non riconducibili ad esso.

L' esclusione della fattispecie di cui alla lett. a) del 2° comma dell'art. 1 – *debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito* – trova il suo fondamento, oltre che nell'esplicita facoltà in tal senso riconosciuta al legislatore nazionale, nella volontà del legislatore comunitario di consentire ai legislatori nazionali di mantenere impregiudicate le norme speciali vigenti in materia di procedure concorsuali nei singoli ordinamenti²¹; mentre, l'esclusione delle *richieste di interessi inferiori a cinque euro* di cui alla lett. b) del testo previgente – che era già apparsa quella più sibillina quanto a fondamento, tanto che si era parlato in dottrina di una previsione che il legislatore, comunitario prima e nazionale dopo, aveva voluto introdurre in considerazione dello scarso valore economico dei rapporti contrattuali da cui sarebbe potuta derivare – è ora scomparsa dal nuovo testo dell'art. 1²².

A parte le ipotesi testualmente previste dall'art. 1, la dottrina è unanimemente concorde nel ritenere che debbono considerarsi escluse dall'ambito di applicazione della disciplina in esame tutte le obbligazioni pecuniarie sorte a titolo risarcitorio, sia in via contrattuale che extracontrattuale, nonché quelle derivanti dalle altre fonti delle obbligazioni come la gestione di affari, l'ingiustificato arricchimento o il pagamento dell'indebito²³.

²¹ È quanto emerge dalla citata Posizione comune del Consiglio europeo n. 36/99 del 29 luglio 1999.

²² Tutti gli Autori già citati che si sono occupati dell'argomento convergono su questa posizione. Per un'efficace sintesi delle posizioni della dottrina, cfr. BOLOGNINI, *op. ult. cit.*, p. 495 ss.

²³ Cfr. per tutti MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, *op. cit.*, p. 75, secondo cui devono ritenersi escluse : “[...] le obbligazioni secondarie prodotte dall'inadempimento o dal ritardo : pagamento di penali previste dal contratto, restituzione del prezzo e rimborso delle spese al

Una ipotesi di esclusione è anche quella di cui alla lett. *b*) dell'art. 1, che sottrae all'applicazione della disciplina speciale i pagamenti di somme dovute a titolo risarcitorio anche quando ad effettuare tali pagamenti sia un assicuratore.

Tale previsione ha sempre suscitato l'interesse della dottrina che si è occupata dell'argomento essendosi posto il problema se nella sfera di applicabilità di essa dovessero rientrare solamente le somme dovute per il risarcimento dei danni causati dall'assicurato ovvero qualsiasi somma dovuta nell'ambito del rapporto assicurativo.

Altra ipotesi di esclusione è emersa nel corso del tempo ad opera della giurisprudenza in occasione della trattazione di controversie particolari in cui è stata coinvolta una categoria professionale la cui attività di fornitura di beni e di recupero dei crediti era disciplinata da normativa speciale; così, è stato escluso dall'applicazione del regime degli interessi moratori nelle transazioni commerciali introdotto dal d.lgs. n. 231 del 2002, il contratto (collettivo), di cui al d.p.r. n. 371 dell'8 luglio 1998 con il quale il servizio sanitario nazionale ed i farmacisti hanno inteso liberamente regolare il settore delle prestazioni farmaceutiche e dei relativi pagamenti attraverso una disciplina convenzionale del tutto specifica ed autonoma. A parere degli organi giudicanti, il richiamato decreto presidenziale recherebbe, infatti, un sistema di puntuale determinazione di tutte le regole attraverso le quali la parte pubblica e le rappresentanze dei farmacisti hanno liberamente convenuto, fra l'altro, l'entità e le concrete modalità di erogazione delle somme spettanti ai farmacisti a titolo di recupero della complessiva perdita economica eventualmente subita in conseguenza dell'eventuale ritardato pagamento delle ricette spedite mensilmente²⁴.

compratore in caso di risoluzione del contratto (cfr. art. 1493 c.c.), in generale l'obbligazione di risarcimento dei danni per equivalente"; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 6 ss. il quale esclude anche tutte le obbligazioni aventi una fonte diversa dal contratto.

²⁴ T.A.R. Calabria, sez. Reggio Calabria, 12.9.2008, n. 471, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2009, 547. Nello stesso senso, cfr., T.a.r. Lazio, sez. III, 12.2.2004, n.

Sulla base dei precedenti sopra indicati, è ragionevole presumere che, in questa ottica, altri potrebbero essere i settori in cui la disciplina in esame potrebbe essere esclusa dall'ambito di applicazione ad opera degli organi giudicanti; anche se, allo stato, le scarse pronunce rinvenibili sull'intera materia, non consentono di rendere conto di quali potrebbero essere gli altri settori che potrebbero essere esclusi, tuttavia, appare agevole ritenere che, applicando i criteri ermeneutici seguiti per il settore farmaceutico – esistenza di un contratto collettivo ed opzione per una disciplina dei pagamenti convenzionale ed autonoma – molti altri potrebbero essere i settori esclusi su impulso giurisprudenziale.

3.1. *segue. L'ambito di applicazione: il profilo soggettivo.*

Anche per l'individuazione dell'ambito di applicazione delle nuove norme sotto il profilo soggettivo, non sembra possibile fare a meno di considerare, in combinato disposto, il dettato normativo dei novellati artt. 1 e 2 del D.lgs. n. 231 del 2002; dal quale si desume che le norme in esso contemplate si applicano in tutte quelle fattispecie in cui i pagamenti siano esecuzione di obblighi derivanti da una "transazione commerciale", da intendersi, ai sensi dell'art. 2, lett. a) come quel contratto, in cui siano parti imprese ovvero imprese e pubblica amministrazione, con il quale si realizzi, in via prevalente od esclusiva,

1362, in *Foro amm.-Tar.*, 2004, 442, secondo cui "Il d.leg. 9 ottobre 2002 n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, non si applica al caso di ritardo delle asl nei pagamenti ai farmacisti, perché la materia è compiutamente disciplinata nell'accordo collettivo recepito con d.p.r. 8 luglio 1998 n. 371" e Trib. Nocera Inferiore, 14.10.2004, in *Corriere merito*, 2005, p. 393, con nota di CHINÉ, dove si è ribadito che: "Alle prestazioni sanitarie erogate in regime di accreditamento in favore di assistiti del ssn non si applica la disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali di cui all'art. 5 d.leg. 9 ottobre 2002 n. 231, tenuto conto della natura di concessione *ex lege* di pubblico servizio del rapporto instaurato tra soggetto accreditato ed asl nonché della natura diversa da quella di corrispettivo contrattuale della obbligazione di rimborso delle prestazioni sanitarie gravante sull'ente pubblico". In senso contrario, v., però T.A.R. Piemonte, 26.10.2007, n. 3292, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, II, 1965.

lo scambio di merci o la prestazione di servizi verso il corrispettivo del pagamento di un prezzo²⁵.

Due sono, dunque, i profili determinanti per poter qualificare come transazione commerciale un rapporto vincolante tra imprese o tra imprese e pubblica amministrazione: quello relativo, per l'appunto, alla qualità delle parti contrattuali; quello relativo al contenuto della prestazione dovuta, dovendo, al riguardo, trattarsi di obbligazioni pecuniarie che siano corrispettivo di scambio a fronte della consegna di beni o della prestazione di servizi²⁶.

In ordine alla qualità delle parti, viene in considerazione l'art. 2 del decreto in esame che, contenendo le definizioni rilevanti per l'applicazione delle nuove norme in materia, fornisce sia la nozione di Pubblica Amministrazione che quella di imprenditore.

Nel nuovo testo dell'art. 2, lett. *b*), nella nozione di Pubblica amministrazione sono fatte rientrare tutte le amministrazioni di cui al D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche ed integrazioni (il c.d. *Codice dei contratti pubblici*), nonché tutti i soggetti che, in ragione dell'attività svolta, siano tenuti all'osservanza della disciplina in esso contenuta.

²⁵ Rilevavano già la necessità di una lettura combinata delle norme in esame G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 5 ss. In linea con tale posizione dottrinale anche BOLOGNINI, *op. ult. cit.*, p. 466 ss. Sull'ambito di applicazione della normativa in esame v. anche CHINÉ, *I confini oggettivi e soggettivi di applicazione della disciplina sui pagamenti nelle transazioni commerciali*, in CUFFARO (a cura di), *La disciplina dei pagamenti commerciali*, cit., 55 ss.

²⁶ È da escludere che in tale fattispecie il termine "pagamento" possa essere concepito come è inteso nel IV° Libro del Codice civile, ossia quale equipollente di adempimento di qualsiasi obbligazione, dovendo, invece, essere interpretato come adempimento di una obbligazione pecuniaria. In tal senso, cfr. G. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*; BENEDETTI, *op. cit.*, p. 24 ss; DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 5 ss. Per taluni importanti rilievi al riguardo, v. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione*, *op. cit.*, 1272 ss.

Al concetto di Pubblica Amministrazione possono, dunque, essere ricondotti oltre che i soggetti tradizionalmente considerati tali – lo Stato, le Regioni, gli enti pubblici territoriali, comprese le province autonome di Trento e Bolzano e gli enti pubblici economici – anche tutti quegli enti di diritto pubblico che, pur non essendo qualificati come Pubblica Amministrazione, siano, tuttavia, potenzialmente amministrazioni aggiudicatrici di appalti pubblici, indipendentemente dall’oggetto e dal valore di esso²⁷.

È lo stesso art. 2, lett. b) che individua nel ricorso di tali requisiti la possibilità di assimilare tale tipologia di enti a quelli tradizionalmente ricondotti alla Pubblica Amministrazione; in questo mostrando il legislatore italiano di aver voluto accogliere la nozione di soggetto pubblico derivante dal diritto comunitario²⁸.

Per quanto riguarda la nozione di imprenditore, nella lett. c) dell’art. 2 essa è data come comprensiva di tutti coloro i quali esercitano un’attività organizzata ovvero una libera professione.

²⁷ Per una nozione in senso ampio di Pubblica amministrazione già nel testo previgente, cfr., BENEDETTI, *op. cit.*, 41 ss.; CONTI e DE MARZO, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.leg. n. 231/2002*, Padova, 2004, 100 ss.

²⁸ È quanto rilevava già PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *op. cit.*, 17 ss. secondo cui : “L’art. 2, lett. b), del decreto recepisce, dunque, l’ampia definizione di soggetto pubblico di origine comunitaria, la quale abbraccia, oltre allo Stato ed agli enti pubblici, gli “organismi di diritto pubblico”, i quali, com’è noto, alla luce delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici, sono identificati in base alla contemporanea presenza dei seguenti tre requisiti : a) la sussistenza in capo all’organismo della personalità giuridica (anche di diritto privato); b) lo svolgimento di un’attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da altri soggetti pubblici, ovvero sottoposta a poteri di interferenza da parte di questi soggetti; c) l’istituzione dell’organismo per il perseguimento di specifiche finalità di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale”. Nel testo novellato dell’art. 2, lett. b) è stata sostanzialmente recepita la nozione di Pubblica amministrazione contenuta nelle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE sugli appalti pubblici di lavori.

Emerge immediata e di tutta evidenza l'ampiezza della definizione data dal legislatore speciale in questa norma rispetto a quella contenuta nell'art. 2082 c.c.; nell'art. 2 del decreto in esame, infatti, la nozione di imprenditore comprende non solo qualsiasi soggetto, visto come singolo o in forma collettiva, che svolga un'attività economica organizzata agricola o commerciale, ma anche i lavoratori autonomi che esercitino abitualmente una libera professione²⁹. Nulla è detto circa lo scopo per il quale l'attività di impresa deve essere esercitata; dal che si desume come, anche sotto tale profilo, la nozione di imprenditore, introdotta dal legislatore nella disciplina speciale, sia molto ampia, potendosi ricomprendere in essa non solo le imprese che perseguono finalità lucrative ma anche tutti quegli enti che, riconosciuti o no, stipulino transazioni commerciali nell'esercizio della loro attività non lucrativa.

L'inclusione nel concetto di parte di una "transazione commerciale" dei liberi professionisti è apparsa significativa della volontà del legislatore di voler comprendere in esso anche tutti quei soggetti che, in totale autonomia, svolgano un'attività professionale; ossia, un'attività che, secondo l'opinione di una qualificata dottrina, è quella di "chi esercita – al di fuori di qualsiasi rapporto di subordinazione o di parasubordinazione – un'attività di tipo professionale, senza che abbia alcun rilievo la sua iscrizione ad un albo, ad un ordine, ovvero il possesso di una partita IVA o l'adempimento di altre formalità previste

²⁹ Già a commento della Direttiva 2000/35/CE rilevava, al riguardo, MENGONI, *op. cit.*, p. 74: "Il concetto di imprenditore è molto ampio : comprende non solo gli imprenditori, collettivi o individuali, inclusi i piccoli imprenditori e gli imprenditori agricoli, ma anche i lavoratori autonomi e gli esercenti una libera professione, sia o no il suo esercizio subordinato all'iscrizione in un albo o elenco". Il disposto in esame ha suscitato vivo interesse già nella dottrina che si è occupata del decreto attuativo della Direttiva ed è stato salutato come "una delle più significative novità introdotte dalla disciplina in commento", così BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 38; DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 5; CONTI-DE MARZO, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.leg. n. 231/2002*, cit., p. 100 ss.

dalle leggi, ovvero, ancora, la presenza o l'assenza dell'"organizzazione" di beni, capitali o lavoro"³⁰.

Sempre sotto il profilo soggettivo, recependo quanto già contemplato dal 13° Considerando della Direttiva 2000/35/CE, il legislatore nazionale aveva previsto che non possono beneficiare delle nuove norme speciali i creditori imprese o liberi professionisti che abbiano come debitori i consumatori³¹. Tale esclusione si spiega richiamando, ancora una volta, la *ratio* dell'intera normativa; scopo della nuova disciplina è stato, infatti, quello di porre rimedio ed ovviare alle conseguenze derivanti a carico dei soggetti creditori dai ritardi nei pagamenti e consistenti in adempimenti e in oneri finanziari che ricadevano sulle piccole e medie imprese e sui liberi professionisti a seguito delle lungaggini che essi subivano nei pagamenti. L'intervento legislativo era stato necessario in quanto oggetto di tali pagamenti erano spesso importi consistenti o quanto meno tali da pregiudicare la stabilità economico-finanziaria dell'impresa o del libero professionista creditori; ciò che, invece, non si verifica negli acquisti compiuti dai consumatori, laddove difficilmente gli importi sono tali da giustificare una simile preoccupazione.

4. *I ritardi di pagamento da parte della Pubblica amministrazione*

Come si è già rilevato, quando in una "transazione commerciale" è parte la Pubblica amministrazione – intesa non solo nell'accezione tradizionale come comprensiva dello Stato, regioni, province e comuni, nonché tutti gli enti pubblici economici ma anche come tutti quegli enti di diritto pubblico che, pur non essendo qualificati come pubblica

³⁰ Così, testualmente, BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 40; V. anche DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 5; PANDOLFINI, *op. ult. cit.*, 25

³¹ 13° Considerando: "La presente direttiva dovrebbe essere limitata ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per una transazione commerciale e non disciplina i contratti con consumatori, gli interessi relativi ad altri pagamenti, ad esempio pagamenti a norma di legge per assegni o titoli di credito o pagamenti effettuati a titolo risarcimento danni ivi compresi i pagamenti effettuati da un assicuratore".

amministrazione, siano, tuttavia, assoggettati, come amministrazioni aggiudicatrici, al citato *Codice dei contratti pubblici* – ed essa è in ritardo nei pagamenti da effettuare ad imprese o a liberi professionisti, trova applicazione la disciplina speciale che si sta esaminando.

Allo stato attuale, la normativa vigente si rivolge a due ambiti diversi: la tutela dei creditori della Pubblica Amministrazione per crediti derivanti da *contratti pubblici di servizi e forniture* e la tutela di quei creditori della Pubblica Amministrazione in forza di *contratti di lavori pubblici*; tenendo presente, comunque, che la materia dei contratti della PA è oggi affidata al D. Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, come di recente modificato dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157.

Per i *contratti pubblici di servizi e forniture* trova integrale applicazione la disciplina contenuta nel novellato decreto legislativo n. 231 del 2002; diversamente, per i *contratti di lavori pubblici*, la normativa richiamabile in caso di ritardo nei pagamenti da parte della Pubblica Amministrazione verso l'impresa appaltatrice è contenuta nel Capitolato generale delle opere pubbliche di cui al D.M. n. 145 del 19 aprile 2000, oggi in gran parte confluita nel D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, contenente il Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006.

Com'è noto, il D.M. 145 del 2000, all'art. 29 ha previsto una dettagliata scansione dei termini per il pagamento di acconti e saldo maturati nell'esecuzione dei lavori pubblici ed ha fissato, altresì, l'entità degli interessi da corrispondere in caso di ritardato pagamento (art. 30).

In particolare, è stabilito che, ad ogni stato di avanzamento dei lavori, il termine per l'emissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non possa superare i quarantacinque giorni; da tale momento, entro i trenta giorni successivi deve essere eseguito il pagamento su esplicito mandato. Qualora il certificato venga emesso oltre i quarantacinque giorni, l'appaltatore ha diritto agli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme a lui dovute; mentre, se il ritardo supera i sessanta giorni, dovranno essere riconosciuti e corrisposti anche gli interessi moratori a decorrere dal giorno successivo. Con riguardo al

pagamento della rata di saldo, il Capitolato Generale prevede, invece, un termine di novanta giorni successivi all'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione, che devono essere emessi rispettivamente entro sei mesi ed entro tre mesi dall'ultimazione dei lavori.

Anche tali disposizioni – al pari di quelle operanti nel settore forniture e servizi – sono considerate norme di ordine pubblico e, come tali, non derogabili in danno dell'appaltatore. È, infatti, previsto all'art. 29, comma 3, del d.m. n. 145 del 2000, che i capitolati speciali e i contratti possano stabilire termini di pagamento solamente “inferiori” a quelli prescritti dalle norme, e, dunque, più favorevoli per il contraente privato.

Emerge in tutta evidenza come la disciplina normativa in tema di ritardato pagamento nei *contratti di lavori pubblici* – dettata dai richiamati artt. 29 e 30 del d.m. n.145 del 2000 – sia meno favorevole per l'appaltatore rispetto a quella che il novellato d.lgs. n. 231 del 2002 riserva ai *contratti pubblici di servizi e forniture*; il che ha posto all'attenzione degli interpreti la questione inerente alla possibilità di sussumere, per via interpretativa, anche i *contratti di lavori pubblici* alla disciplina di quest'ultimo.

Al riguardo, occorre subito rendere conto dell'orientamento negativo manifestato sul punto dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici che, con la Determinazione n. 5 del 27 marzo 2002, aveva respinto la possibilità di ritenere applicabile, agli appalti di lavori pubblici, la direttiva 2000/35/CE, “dato che il suo ambito è limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali fra imprese e fra imprese e pubblica amministrazione, laddove per transazioni commerciali si intendono i contratti che “comportano la consegna di merci o la prestazione di servizi contro pagamento di un prezzo”. Si riteneva, in buona sostanza, che l'ipotesi di

una applicazione estensiva della Direttiva agli art. 29 e 30 del DM 145/2000 non fosse percorribile³².

In considerazione della diversità di disciplina che se ne ricavava, era stata proposta in dottrina³³ una ricostruzione ermeneutica che, tenendo conto della *ratio* sottostante al complessivo apparato normativo in materia, consentisse all'interprete di ricondurre alla normativa in esame anche il sistema dei pagamenti nei *contratti pubblici*. Partendo dalla constatazione, fondata sulla valutazione delle norme comunitarie che hanno preceduto il decreto in esame, che l'intenzione del legislatore comunitario, anche in ragione del concetto comunitario ampio ed omnicomprensivo di Pubblica Amministrazione, sia stata nel senso di "includere nella sfera di operatività della nuova disciplina l'intero settore degli appalti pubblici, comprensivo, dunque, anche dei contratti d'appalto aventi ad oggetto l'espletamento di lavori pubblici", la dottrina cui si fa riferimento rilevava come già nella proposta originaria della Direttiva 2000/31/CE il legislatore avesse ricondotto gli appalti pubblici nell'ambito di applicazione della nuova disciplina e come il fatto che nella versione definitiva non se ne sia reiterata la menzione non implicasse necessariamente volontà di escluderli; tanto anche e soprattutto sulla base dell'assenza di una esplicita esclusione laddove avrebbe potuto e dovuto essere espressa, ossia nell'art. 6, n. 3 della Direttiva medesima.

Verso questa direzione è andato il legislatore comunitario con la nuova Direttiva 2011/7/UE, la quale sembra potersi ritenere applicabile anche ai *contratti di lavori pubblici*. È quanto sembra emergere dall'11° Considerando, dove viene esplicitamente posto in rilievo che "La fornitura di merci e la prestazione di servizi dietro corrispettivo a cui si applica la presente direttiva dovrebbero anche includere la progettazione e l'esecuzione di opere e edifici pubblici, nonché i lavori di ingegneria civile".

³² In G.U. n. 95 del 23 aprile 2002.

³³ Cfr. la circostanziata e documentata ricostruzione operata da BOLOGNINI, *op. ult. cit.*, p. 485 ss.

Ora che il legislatore nazionale, in sede di recepimento, sembra aver aderito alle indicazioni date dal legislatore comunitario, le modifiche normative che dovranno essere operate saranno di non poco rilievo posto che la vigente disciplina dei ritardati pagamenti nei *lavori pubblici* è certamente meno favorevole per l'appaltatore rispetto a quella operante nei settori dei *servizi e delle forniture*³⁴. Si realizzerebbe, di conseguenza, quella auspicata parità di trattamento in ordine al regime di tutela approntata in favore del creditore della Pubblica Amministrazione, ed il superamento del doppio ambito normativo di riferimento che ancora caratterizzava la disciplina dei ritardi di pagamento nei diversi tipi contrattuali in cui è parte la Pubblica amministrazione.

Tale *modus interpretandi* sarebbe, altresì, in linea con le modalità con cui si è sempre proceduto in sede comunitaria a trattare la materia dei contratti pubblici, operando non più per settori³⁵, bensì con un'azione unitaria e coordinata³⁶. Significativo in questo senso è anche quanto previsto nella nuova Direttiva 2011/7/UE in materia, all'art. 4, co. 4°, ove è stato consentito ai legislatori nazionali di prorogare, fino ad un massimo di sessanta giorni di calendario, i termini di pagamento per : “ a) qualsiasi amministrazione pubblica che svolga attività economiche di natura industriale o commerciale offrendo merci o servizi sul mercato e che sia soggetta, come impresa pubblica, ai requisiti di trasparenza di cui alla direttiva 2006/111/CE della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle

³⁴ Gli artt. 143 e 144 del nuovo Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici, D.P.R. n. 207 del 2010, prevedono termini più lunghi ed interessi moratori ad un tasso di gran lunga inferiore rispetto a quello già oggi riconosciuto dal d.lgs. n. 231 del 2002.

³⁵ Vi era, infatti, la direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, la direttiva 93/36/CEE in materia di appalti pubblici di forniture e la direttiva 93/37/CEE in materia di appalti pubblici di lavori.

³⁶ L'Unione Europea, con le direttive europee 2004/18/CE e 2004/17/CE ha unitariamente coordinato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori – rispettivamente – ordinari e speciali.

relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese; b) enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che siano stati debitamente riconosciuti a tal fine”.

5. *La determinazione del tempo dell'adempimento solutorio.*

Le ragioni per le quali si è dovuto provvedere in sede comunitaria alla previsione di veri e propri criteri legali di determinazione del termine di pagamento nelle transazioni commerciali erano emerse chiaramente già nei “considerando” della direttiva 2000/35/CE, laddove si era espressamente rilevato che le differenze tra le diverse disposizioni normative degli Stati membri vigenti in materia costituivano un vero e proprio «ostacolo al buon funzionamento del mercato interno» e, al 10° considerando, che: «Tale situazione limita notevolmente le transazioni commerciali tra gli Stati membri, ciò contrasta con l'articolo 14 del trattato, secondo il quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. L'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni della concorrenza»³⁷.

Le preoccupazioni di cui si è fatto carico il legislatore europeo – preoccupazioni che lo hanno spinto ad intervenire in maniera così incisiva sulla scansione temporale della esecuzione della prestazione di pagamento nelle transazioni commerciali – erano, dunque, già ben

³⁷ Si tratta del 9° considerando. Per un'approfondita disamina sulle ragioni dell'intervento del legislatore comunitario, indagine condotta sulla base dei documenti che hanno supportato l'azione comunitaria, si rinvia a FINESSI, *Sub art. 4*, d.lg. n. 231/2002, in De Cristofaro (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (D.lgs 9 ottobre 2002, n. 231)*, cit., p. 529-532. Anche questa norma non potrà non essere letta in combinato disposto con la disciplina dei termini contenuta nel d.lg. 27 gennaio 2010, n. 11, che regola il quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento.

chiare nelle premesse alla direttiva 2000/35/CE, laddove si rendeva conto della prassi, invalsa nella maggior parte dei paesi europei, di dilazionare in modo smisurato i termini di pagamento e delle conseguenze che, incidendo tale prassi sui costi amministrativi e finanziari dell'impresa, derivavano sulla concorrenza, sugli scambi commerciali e sul fronte occupazionale.

Ne è derivata la previsione di cui all'art. 4, d.lgs. n. 231 del 2002, interamente dedicata alla dettagliata scansione del tempo entro cui eseguire il pagamento.

Come si diceva, il dettato normativo di cui al già novellato art. 4, d.lgs. n. 231/2002, è stato in parte riformulato per effetto dell'art. 24, l. n. 161 del 2014.

L'attuale testo dell'art. 4, nel suo 1° co., rimasto inalterato pur dopo l'ultima modifica, statuisce la decorrenza automatica del computo degli interessi a partire dal giorno successivo alla scadenza del termine previsto per il pagamento³⁸; tanto sia che detto termine sia stato convenzionalmente stabilito dalle parti sia che per esso debba farsi riferimento ai criteri legali di determinazione contemplati nei comma successivi.

³⁸ Il secondo comma dell'art. 4 così dispone: "2. Salvo quanto previsto dai commi 3, 4 e 5, ai fini della decorrenza degli interessi moratori si applicano i seguenti termini: a) trenta giorni dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Non hanno effetto sulla decorrenza del termine le richieste di integrazione o modifica formali della fattura o di altra richiesta equivalente di pagamento; b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento; c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi; d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data". Ma per un caso di deroga, in base a riserva esercitata dalla PA, v. Cass. 14 febbraio 2017, n. 3845.

Appena recepita nel nostro sistema, si era subito rilevato³⁹ come la norma contenuta nel 1° co. dell'art. 4, avesse introdotto una nuova ipotesi di mora *ex re* che si era così aggiunta a quelle già contemplate nell'art. 1219, 2° co., n. 3, c.c. Non era mancato, tuttavia, chi aveva sottolineato come la qualificazione di mora *ex re* avrebbe potuto essere messa in dubbio per questa fattispecie, posto che la stessa norma richiede esplicitamente la ricezione da parte del debitore di una fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente; si è ritenuto⁴⁰, dunque, che fosse più consono inquadrare l'istituto come mora *ex persona*, precisando, peraltro, che essa si distinguerebbe da quella contemplata nel codice civile per il fatto che l'intimazione richiesta dall'art. 1219 c.c. non è, invece, necessaria per quella contemplata nella norma in esame, potendo essere sufficiente anche il semplice invio della fattura o di richiesta equivalente.

Anche nella Direttiva 2011/7/UE, all'art. 3 il legislatore comunitario ha ribadito che il legislatore nazionale, in sede di recepimento, avrebbe dovuto assicurare che nelle transazioni commerciali tra imprese il creditore avesse diritto agli interessi di mora senza che fosse necessario alcun sollecito; condizione, questa, che si sarebbe potuta realizzare qualora il creditore medesimo avesse adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge, non avesse ricevuto nei termini il pagamento a

³⁹ Cfr. in tal senso tutti gli Autori citati nelle note che precedono. Di recente, v. anche Cass. 27 febbraio 2019, n. 5734, ove si legge: “La disciplina relativa alla decorrenza automatica degli interessi moratori senza che sia necessaria la costituzione in mora del debitore, dettata dal d.lgs. n. 231 del 2002 in attuazione della direttiva 2000/35/CE, risulta applicabile a tutti i contratti tra imprese o tra queste e pubbliche amministrazioni, comunque denominati, che comportino, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi ed è, pertanto, compatibile anche con il contratto d'appalto, come definito dall'art. 1655 c.c., atteso che l'espressione “prestazione di servizi”, adottata dall'art. 2 del d.lgs. citato, è riferibile a tutte le prestazioni di fare, e di non fare, che trovino il proprio corrispettivo nel pagamento di un prezzo in denaro”.

⁴⁰ In tal senso si esprime ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione*, in *Studium iuris*, 2005, p. 266.

lui dovuto ed il ritardo non fosse a lui imputabile. Nella stessa disciplina comunitaria veniva, altresì, confermato che la decorrenza dei termini di pagamento dovesse essere computata dalla data di ricevimento della fattura o di altra richiesta equivalente; principi, questi, tutti accolti nel nuovo testo della norma in esame.

L'impostazione in questi termini della costituzione in mora del debitore consente di sottolineare la portata innovativa che ha avuto, già sotto il vigore del testo previgente, la normativa di derivazione comunitaria per essere stata essa estesa alla p.a., la quale, in forza delle norme sulla contabilità generale dello Stato⁴¹, ha, invece, sempre goduto del principio per cui i pagamenti delle somme di denaro, di cui le amministrazioni fossero debitrice, dovessero essere eseguiti nelle tesorerie delle amministrazioni medesime. Poiché l'ipotesi di mora, introdotta dalla norma in esame, prescinde dal luogo in cui i pagamenti devono essere effettuati, se ne potrebbe desumere che anche quando debitrice è la p.a. non dovrebbe essere più necessaria alcuna intimazione scritta per la costituzione in mora della medesima; del resto, in questo senso deponiva già anche quanto previsto nella citata seconda direttiva 2011/7/UE all'art. 4, comma 1.

Nel nuovo testo dell'art. 4, d.lg. n. 231/2002 è stata, comunque, salvaguardata la libertà per le parti contraenti di esercitare la loro autonomia contrattuale con il potere ad esse riconosciuto di accordarsi diversamente sui tempi dell'adempimento.

In linea con quanto previsto nell'art. 1183 c.c.⁴², infatti, anche nella disciplina speciale resta salva la priorità riconosciuta alla volontà delle parti, quando esse siano imprese private, in ordine alla determinazione

⁴¹ R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, in *Gazzetta Uff.*, 23.11.1923, n. 275 e r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *ivi*, 3 giugno 1924, n. 130.

⁴² Parte della dottrina ha ritenuto che l'art. 4, d.lgs. n. 231/2002 abbia posto una deroga al principio della immediata esigibilità della prestazione, quando non sia previsto alcun termine, di cui all'art. 1183 c.c.; cfr. in tal senso v. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, p. 34; CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della Direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corriere giur.*, 2003, 1, p. 107.

del tempo dell'adempimento; peraltro, in mancanza di termini convenzionali, come si vedrà, trovano applicazione i criteri legali individuati nel novellato 2° co. dell'art. 4, d.lg. n. 231/2002, di modo che le parti siano sempre nella condizione di scandire la fase esecutiva della prestazione pecuniaria entro limiti certi e definiti⁴³.

Diversamente, quando parti di una transazione commerciale siano una impresa privata e la p.a., l'autonomia contrattuale incontra un vero e proprio limite nel disposto della norma essendosi prevista, in tali fattispecie, una sostanziale inderogabilità dei termini legali previsti per il pagamento.

Più precisamente, con l'attuale assetto normativo, si viene a delineare un doppio sistema di possibili accordi sui termini dei pagamenti nelle transazioni commerciali: nelle transazioni commerciali tra imprese

⁴³ Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2002, la giurisprudenza amministrativa ha dovuto affrontare il problema di numerosi casi in cui alcune imprese hanno impugnato la loro esclusione da una gara di appalto per non aver voluto accettare, dopo il bando, talune clausole in quanto contrastanti con la nuova disciplina speciale sui termini di pagamento. In tutti i casi di cui si è a conoscenza, il giudice amministrativo ha sempre ritenuto che l'esclusione da una gara di un'impresa per avere essa contestato pattuizioni, imposte *a posteriori* e contrastanti con la disciplina legale, deve essere considerata illegittima, posto che i termini fissati dagli artt. 4 e 5 della disciplina in esame sono derogabili solo previo accordo liberamente sottoscritto dalle parti. Cfr.: C. St., sez. V, 1 aprile 2010, n. 1885, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 2010, 449 (m); C. St., sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 469, in *Foro it.*, 2010, III, 245; T.A.R. Liguria, sez. I, 25 giugno 2007, n. 1227, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2624; C. St., sez. V, 28 settembre 2007, n. 4996, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2494 (m.); C. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 384, *ivi*, 2006, 507; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 26 ottobre 2006, n. 1349, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, II, 1700; T.A.R. Piemonte, sez. II, 14 febbraio 2004, n. 250, in *Giust. amm.*, 2004, 165, con nota di ROSTAGNO, *Capitolati della P.A. e accordo delle parti in deroga alla disciplina di cui al D.lgs. n. 231/02*, secondo cui: «In tema di appalti di forniture, la violazione del d. lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, da parte di un'asl che imponga, a pena di esclusione, la rinuncia ai termini di pagamento e al tasso di interessi moratori previsti da tale disciplina, dà ai concorrenti illegittimamente esclusi dalla gara il diritto al risarcimento dei danni subiti per effetto dell'esclusione e della mancata aggiudicazione della fornitura, ai sensi dell'art. 35 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80».

private, le parti possono derogare ai termini legali per stabilirne altri superiori; tuttavia, se la deroga avrà ad oggetto termini superiori a sessanta giorni, l'accordo deve essere stipulato in forma scritta – richiesta *ad probationem* – ed il suo contenuto potrebbe essere sottoposto al giudizio di “grave iniquità” per il creditore, mediante il ricorso ai criteri di valutazione di cui all’art. 7 e 7 bis ora introdotto dalla l. n. 161 del 2014 nel già novellato d.lgs. n. 231 del 2002.

Nelle transazioni commerciali in cui è debitore una p.a., il patto in deroga alla previsione dei termini legali è pure ammesso purché sia sempre stipulato in forma espressa, *ad probationem actus*, e purché «sia giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche)⁴⁴». In ogni caso, il limite massimo entro il quale è consentita la deroga non può superare i sessanta giorni; innovazione, questa, di non poco rilievo attraverso la quale si è inteso ovviare alla prassi, largamente diffusa nella p.a. e determinante il sostanziale fallimento del grado di effettività in questo ambito delle norme speciali previgenti, di inserire nei bandi di gara di appalti clausole con termini di pagamento superiori a quelli previsti dal d.lgs. n. 231/2002 in forza della posizione di maggiore forza contrattuale che in quel tipo di procedure assume la stessa p.a.

A norma del 5° co. del novellato art. 4, d.lgs. n. 231/2002, i termini così come previsti nel 2° co. dello stesso articolo sono raddoppiati se si tratta di imprese pubbliche, sottoposte all’osservanza dei requisiti di trasparenza di cui al d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333, e di enti pubblici che svolgono attività di assistenza sanitaria in forza di esplicito riconoscimento.

⁴⁴ Questo è il nuovo testo dopo la modifica del 2014; il testo precedente così recitava: “[...] quando ciò sia giustificato dalla natura o dall’oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione”. In tema, cfr. PAGLIANTINI, *Spigolature sull’art. 7, commi 1 e 2 del D. Lgs. 231/02*, in PAGLIANTINI e BENEDETTI, *I ritardi nei pagamenti*, Milano, 2016, p. 188 ss.; BENEDETTI, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento in Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 1094.

Occorre, infine, rilevare che il criterio legale della «data di scadenza», di cui al 1° co. dell'art. 4, d.lgs. n. 231/2002, è apparso essere adeguato e sufficientemente generico, tanto da poter essere applicato ad ogni tipo di transazione commerciale, sia che si tratti di una transazione ad esecuzione istantanea sia che si tratti di una transazione ad esecuzione differita⁴⁵. La stessa norma in commento, al 6° e 7° co. prevede, infatti, la fattispecie in cui sia prevista una procedura diretta ad accertare la conformità al contratto della merce o del servizio, nel qual caso è stabilito che essa non può durare più di trenta giorni, salva la possibilità per le parti di accordi espressi ma nei limiti di forma e di sostanza di cui si è detto; e l'ipotesi in cui sia concordato un pagamento del prezzo a rate, laddove è precisato che qualora una delle rate non sia pagata alla sua scadenza, gli interessi ed il risarcimento sono computati sulla base dei soli importi scaduti. Del resto, scopo principale della disposizione è stato quello di colpire il ritardo dei pagamenti giunti a scadenza, a prescindere dalla unicità o dalla ripetitività delle prestazioni. Di modo che ancora di più si comprende l'importanza dell'inciso, presente nel dettato della norma in esame, secondo cui l'obbligo degli interessi opera «senza che sia necessaria la costituzione in mora» del debitore ed anche quando la data di scadenza del pagamento abbia origine in una previsione convenzionale.

⁴⁵ In dottrina si era posto il problema di un possibile riferimento ai diversi «parametri temporali» a seconda che si tratti di contratti ad esecuzione istantanea o ad esecuzione periodica, questione posta dalla previsione nella direttiva 2000/35/CE di un «periodo di pagamento», previsione poi non recepita in sede di attuazione. A tal proposito, v. ZACCARIA, *op. cit.*, 266. Particolare attenzione merita, al riguardo, la decisione della C. giust. CE, 3.4.2008, n. 306/06, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1029, con nota di VENUTI, secondo la quale: «L'art. 3, n. 1, lett. c), ii), direttiva 2000/35, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, dev'essere interpretato nel senso che richiede, affinché il pagamento mediante bonifico bancario escluda l'applicazione degli interessi moratori o ponga fine alla stessa, che la somma dovuta sia accreditata sul conto del creditore alla scadenza».

6. *Sulla natura dell'obbligo della PA di far osservare i termini di pagamento*

Nella decisione da cui si sono prese le mosse per questo contributo singolare è apparsa la posizione della Corte di Giustizia in ordine alla qualificazione dell'obbligo dello Stato italiano di assicurare che i tempi dei pagamenti da parte della PA vengano rispettati; esso è stato qualificato come obbligazione di risultato e non di mezzi, quasi che della distinzione tra queste tipologie di obblighi se ne sia mai dimostrata la consistenza teorica.

Com'è noto, sul punto, autorevole dottrina⁴⁶, già a metà del secolo scorso, aveva posto in evidenza la “relatività dei concetti di mezzo e di risultato”; tanto, sulla base del fatto che lo stesso art. 1218 c.c. non distingue affatto tra obbligazioni per le quali la responsabilità sorga *tout cour* (obbligazioni di risultato) ed obbligazioni in cui la responsabilità deriverebbe dalla negligenza del debitore e sarebbero, dunque, fondate sulla sua colpa (obbligazione di mezzi), ma indica, invece, la regola in forza della quale si risponde sempre per l'inadempimento, potendo esso consistere anche solamente nell'assenza di diligenza da parte del debitore.

La distinzione era stata ormai definitivamente respinta anche dalla giurisprudenza, seppure a distanza di più di mezzo secolo⁴⁷, quando si stabilì definitivamente che la specificazione dei due tipi di obbligazione potesse avere solo funzione esclusivamente descrittiva e non concettuale. Vederla, dunque, riproporre nel contesto di un orientamento giurisprudenziale sovranazionale, poco incline alle concettualizzazioni categoriali, desta non poche curiosità, soprattutto

⁴⁶ Ci si riferisce a MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 5-6, 1954, p. 185 ss.

⁴⁷ Cass. S.U. 28 luglio 2005, n. 15781, annotata da NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 781 ss. e Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, sempre con nota di ID., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871 ss.

perché incerta e di difficile qualificazione è la natura della responsabilità riconosciuta in capo ad uno Stato in simili circostanze.

Infatti, nonostante le perplessità anche in ordine alla natura di simile responsabilità sollevate da autorevole dottrina⁴⁸, la responsabilità dello Stato membro per inadempimento dell'obbligo di attuazione o di non conforme attuazione al diritto europeo quando ciò si traduca in un pregiudizio per i destinatari i cui interessi si vogliono tutelare è ormai da tempo costantemente affermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁹. Tuttavia, trattandosi di una regola creata in sede giurisprudenziale, non appare facile trovare il suo fondamento.

La questione era stata affrontata da tempo da parte della dottrina⁵⁰, la quale aveva inquadrato la posizione del cittadino, che attende dallo Stato l'attuazione piena e conforme del diritto europeo, come interesse legittimo visto che “[...] Nei rapporti tra cittadino e p.a., niente impedisce di parlare di interesse legittimo quando, invece che un provvedimento amministrativo, l'aspettativa riguardi un atto legislativo, pur esso vincolato da una fonte superiore in questo caso extrastatale (europea)”⁵¹.

Simile ricostruzione deriva anche dalla posizione chiarita dalla stessa Corte di Giustizia che ha stabilito i presupposti necessari per l'individuazione di una ipotesi di responsabilità dello Stato inadempiente sono da rinvenire : a) nel contenuto della norma europea, volto ad attribuire diritti ai singoli in modo specifico, e b) nel nesso di causalità tra l'inadempimento dell'obbligo dello Stato e il danno patito dal privato; il che sarebbe già sufficiente a generare una vera e propria aspettativa giuridicamente rilevante, come tale, idonea a far sorgere una relazione di affidamento vincolante che obbliga lo Stato ad assumere un comportamento che non sia fonte di danni. Così, “nel caso

⁴⁸ Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 235 ss.

⁴⁹ A partire da C. Giust. 5 marzo 1996, in *Foro it.*, IV, c. 185 ss.

⁵⁰ Cfr. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 757

⁵¹ Così, CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 257-258

dell'attuazione delle direttive l'aspettativa non ha come contenuto soltanto la protezione della sfera giuridica del cittadino ma, come per gli interessi legittimi c.d. pretensivi, di promozione della sfera giuridica stessa"⁵².

In ordine alla natura della responsabilità per violazione del diritto europeo, dunque, se si accoglie tale ricostruzione di recente operata dalla dottrina ed anche alla luce delle più recenti pronunce della Suprema Corte, essa non può che ricondursi alla responsabilità di natura contrattuale.

A Sezioni Unite, infatti, la Cassazione ha precisato che, in caso di dichiarato inadempimento dello Stato per mancata o non conforme attuazione del diritto europeo, viene violato un obbligo di legge di natura indennitaria⁵³; dal che, determinandosi la lesione di un legittimo affidamento del cittadino, questi ha diritto ad essere soddisfatto.

Ricostruita in questi termini la fattispecie di responsabilità dello Stato membro dell'UE per mancata o non conforme attuazione al diritto europeo, occorre verificare se essa sia sempre idonea ad essere calata sul caso concreto da cui si sono prese le mosse per queste pagine, posto che, in questa ipotesi, la normativa di recepimento esiste e, anzi, è stata sempre puntuale più che in altri casi.

Come si è visto in esordio, nel caso *de quo*, la censura mossa allo Stato italiano non è stata quella di non aver attuato o di aver attuato in maniera difforme il diritto europeo emanato con le Direttive 200/35/CE e 2011/7/UE; piuttosto, è stata quella di non aver assicurato l'osservanza da parte delle sue PA dei termini stabiliti per i pagamenti nelle transazioni commerciali. Un simile inadempimento si sarebbe potuto

⁵² Così, testualmente, CASTRONOVO, *op. loc. cit.*, p. 258

⁵³ Cass. S.U. 17 aprile 2009, n. 9147; 17 maggio 2011, n. 10813, ove espressamente si è qualificata tale responsabilità come "responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica". Sul tema, v. CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 945 ss.

rinvenire qualora nella legge attuativa delle direttive sopra richiamate non si potesse riscontrare un apparato di sanzioni, invalidanti e non, operanti nel caso di inosservanza dei termini.

E, tuttavia, così non è visto che la disciplina recepita, come è stato rilevato, prevede espressamente sia le sanzioni di cui agli artt. 7 e 7 *bis*, con comminatoria di invalidità degli atti, sia ipotesi di responsabilità da inadempimento ad obblighi derivanti dalla legge; nel qual caso, la PA, come qualunque parte inadempiente ad un contratto, avrebbe potuto, semmai, essere sottoposta a giudizio ordinario di inadempimento davanti al giudice nazionale e subire l'eventuale condanna all'attuazione delle specifiche sanzioni previste dalla disciplina speciale in materia.

GIOVANNI PASSAGNOLI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Firenze

LIBERALITÀ INDIRETTE E PATTO DI FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Le liberalità indirette nel patto di famiglia. – 2. Gli orientamenti di legittimità circa la liquidazione “orizzontale” dei non assegnatari. – 3. Segue: Cassazione 24 dicembre 2020, n. 29506.

1. *Le liberalità indirette nel patto di famiglia.*

Perdura l’esigenza di sistemazione delle disparate liberalità indirette¹ cui può dar luogo il patto di famiglia; ed i dubbi sui loro effetti alimentano le molte incertezze generate dalla formulazione dell’art. 768 *quater*, concorrendo a limitare un più diffuso impiego del patto. Sono almeno tre le principali ipotesi cui occorre guardare.

La prima – sulla quale sola concentrerò l’attenzione in questo scritto – concerne la configurabilità di una donazione indiretta del

¹ La materia delle liberalità non donative, indirette o atipiche, è da tempo al centro dell’interesse. Per un primissimo inquadramento: CLARIZIA, *La donazione “liberatoria”*, Napoli, 2019; FUSARO, *Le Sezioni Unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica*, in *Riv. dir. civ.* 2017, 2, p. 1336 ss.; PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Le donazioni*, VI, *Tratt. dir. succ.*, diretto da Bonilini, Milano, 2009; ROPPO, *Liberalità fra disciplina civilistica e norme fiscali: una sfida per il ceto notarile*, in *Notariato*, 2002, 4, pp. 247 ss.; GATT, *La liberalità*, in *Studi di diritto privato*, Torino, I, 2002; VECCHIO, *Le liberalità atipiche*, Torino, 2000. Amplessima la produzione giurisprudenziale, tra cui, solo per citare alcune significative pronunzie recenti, Cass. 18 settembre 2019, n. 23260, in *Foro it. on line*; Cass. 2 luglio 2019, n. 17881, in *Guida al dir.*, 2019, 32,57; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4682, in *Riv. Not.*, 2018, 4, II, p.787; Cass. S.U. 27 luglio 2017, n. 18725, in *Riv. Not.*, 2018,1, II, p. 142.

disponente nel quadro di disciplina posto dall'art. 768 *quater*, secondo comma: ovvero la prescrizione che gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni debbano liquidare gli altri potenziali legittimari partecipanti al contratto con una somma corrispondente al valore delle rispettive quote di legittima, salvo che vi provvedano in natura.

La seconda ipotesi rilevante – collegata in negativo alla prima – è proprio la rinuncia, totale o parziale, alla suddetta liquidazione, che i potenziali legittimari possono esprimere ai sensi dell'art. 768 *quater*, secondo comma, c.c. Si tratta della fattispecie che maggiormente, per quanto non pacificamente², consente di cogliere il profilo derogatorio della disciplina in questione rispetto al divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., sotto il profilo della irrinunciabilità, in vita, alla azione di riduzione, sancito dall'art. 557 secondo comma, c.c. La qualificazione di questa rinuncia – gravida di riflessi successori, nella misura in cui possa apprezzarsi come liberalità del rinunziante a favore dell'assegnatario³ – non ha ricevuto ancora una plausibile sistemazione che orienti la prassi. Nella quale, peraltro, essa si rende sovente indispensabile per rendere concretamente attuabile il patto di famiglia. E la ragione è

² Cfr. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 290; RIVA, *Patto di famiglia (Artt. 768 bis-768 octies)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova., Bologna, 2021, p. 183 ss.

³ Per un inquadramento, per tutti, MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, Milano, 2000, p. 335 ss. In tema di patto di famiglia: FIETTA, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2005, p. 88; PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not.*, 2006, p. 432 ss.; MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contr.impr.*, 2006, p. 539 ss.; BARALIS, *Attribuzioni ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali*, in *Atti del Convegno della Fondazione Italiana del Notariato sul tema Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006; CACCAVALE, *Il patto di famiglia, Contratto e successioni*, Roppo (a cura di), *Interferenze*, in *Trattato del contratto*, dir. Roppo, VI, Milano, 2006, p. 563 ss.; MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, cit., p. 100 ss.

nota: la normale mancanza, nel patrimonio del discendente assegnatario, di mezzi adeguati per far luogo alla liquidazione, cui si tenta con vari strumenti di ovviare.

Ciò ci conduce alla terza ipotesi rilevante, che per l'appunto è volta a risolvere il problema della mancanza di provvista, creandone, però, di nuovi e complessi: la liquidazione diretta del non assegnatario da parte dello stesso disponente, mediante l'attribuzione "verticale" di beni diversi dall'azienda o dalle partecipazioni, conformemente al comma terzo dell'art. 768 *quater*. Fattispecie, quest'ultima, connotata da pressoché totale incertezza circa le proprie conseguenze, peraltro variabili a seconda della configurazione che assuma in concreto: principalmente, accollo, oppure adempimento del terzo, rispetto agli obblighi di liquidazione orizzontale gravanti sull'assegnatario dei beni d'impresa. Sicché la qualificazione di simili atti come liberalità indirette sarà normalmente collegata⁴ alla sussistenza, o meno, dell'intento abdicativo del *solvens* al regresso nei confronti di quest'ultimo.

2. *Gli orientamenti di legittimità circa la liquidazione "orizzontale" dei non assegnatari.*

Spetta alla sezione tributaria della Corte di Cassazione il primato dei tentativi qualificatori del patto di famiglia e in particolare della liquidazione dei legittimari non assegnatari disposta dall'art. 768 *quater* secondo comma, c.c..

Con un primo orientamento, del 2018⁵, la Corte, al fine di definirne il regime fiscale⁶, giunge ad affermare la natura donativa

⁴ Di recente, v. ancora Cass. 18 settembre 2019, n. 23260, cit.

⁵ Cass., Sez. trib., 19 dicembre 2018, n. 32823, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 1140 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 474 ss.

⁶ Per un approfondimento sui profili fiscali della disciplina del patto di famiglia si vedano: MANENTE, *I patti di famiglia. Profili fiscali del nuovo passaggio generazionale d'azienda*, in *Fisco*, 2006, p. 2951 ss.; BEGHIN, *La disciplina fiscale del patto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 107 ss.; GAFFURI, *Aspetti tributari del patto di famiglia*, in *Boll. Trib.*, 2006, 13, p. 1081 ss.; CIPOLLINI, *Profili fiscali del patto di famiglia*, in U. La Porta (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007; STEVANATO, *L'agevolazione delle trasmissioni d'impresa nel tributo successorio*, in *Dialoghi di dir. trib.*, 2007, p.

tanto del trasferimento dal disponente al discendente assegnatario⁷, quanto della liquidazione da parte di quest'ultimo ai legittimari non assegnatari.

In particolare essa reputa che quest'ultima attribuzione configuri una donazione tra fratelli; con la conseguenza di assoggettarla ad imposta in base all'aliquota ed alla franchigia relative, non al rapporto tra disponente ed assegnatario, e nemmeno a quello tra disponente e legittimario, bensì a quello tra assegnatario e legittimario.

3. *Segue: Cass. 24 dicembre 2020, n. 29506.*

Sul finire del 2020 la Corte torna sui suoi passi⁸, ripensando la

587 ss.; BELTRAMELLI, *Aspetti fiscali del patto di famiglia*, in *Dir. e pratica trib.*, 2008, p. 529 ss.; CERNIGLIARO DINI, *Il trattamento fiscale del patto di famiglia*, *ivi*, p. 562 ss.; TRAVAGLIONE, *La disciplina tributaria dei patti di famiglia alla luce delle recenti modifiche normative*, *ivi*, p. 607 ss.; PURI, *Prime riflessioni sul trattamento fiscale del patto di famiglia*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, p. 565 ss.; BENNI DE SENA, *Patto di famiglia e rilevanza fiscale dell'atto di liquidazione a favore dei legittimari non assegnatari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 477 ss.

⁷ Cui pertanto si applicherebbe astrattamente l'imposta sulle donazioni, salva l'esenzione di cui all'art. 3, comma 4 *ter*, del d.lgs. n. 346/1990, al ricorrere delle condizioni di legge, con l'obiettivo di facilitare il passaggio generazionale delle piccole e medie imprese.

⁸ Cass., sez. trib., 24 dicembre 2020, n. 29506, in *Giust. civ. Mass.*, 2021; in *Corr. giur.*, 2021, 7, p. 910 ss., con nota di RIVA, *Un auspicato revirement sul trattamento fiscale del patto di famiglia*; in *Not.*, 2021, 2, p. 211 ss., con nota di PETA, *Il nuovo orientamento della Cassazione in tema di trattamento fiscale del patto di famiglia*; in *Jus civile*, 2021 2, p. 584 ss., con nota di TANTILLO, *Sulla natura del patto di famiglia: breve rassegna di dottrina alla luce di un recente arresto della Cassazione*; in *Riv. giurispr. trib.*, 2021, 5, p. 419 ss., con nota di LOCONTE, *Ridefinito dalla Cassazione un nuovo trattamento fiscale per il patto di famiglia*. La vicenda origina da un avviso di rettifica e di liquidazione emesso dalla Agenzia delle Entrate in relazione a un patto di famiglia con il quale un imprenditore trasferisce a uno dei figli la partecipazione di controllo di una società di diritto rumeno, mentre quest'ultimo provvede a liquidare alla sorella la somma corrispondente al valore di quella partecipazione. L'Agenzia delle Entrate ritiene che al pagamento effettuato dal figlio assegnatario in favore della sorella si debba applicare l'aliquota del 6% prevista per le donazioni tra fratello e sorella, con la franchigia di 100.000 euro. A fronte del ricorso proposto dai contribuenti, che annulla l'avviso di liquidazione, l'Agenzia delle Entrate vede accolto l'appello da essa proposto davanti alla CTR dell'Abruzzo. Contro la

qualificazione civilistica dell'istituto⁹. Questo, in estrema sintesi e

sentenza della CTR i contribuenti propongono ricorso per Cassazione formulando tre motivi di impugnazione. Il primo motivo concerne un aspetto procedurale e, segnatamente, viene lamentato il vizio di ultrapetizione in quanto la CTR avrebbe mutato le circostanze di fatto alla base dell'avviso di liquidazione, nella parte in cui reputa che il pagamento effettuato dal beneficiario sia da qualificare come donazione indiretta. Con il secondo e il terzo motivo, i ricorrenti contestano la qualificazione della liquidazione del legittimario non assegnatario come una liberalità indiretta. A loro avviso, infatti, non sarebbe stata considerata «la causa unitaria del patto o comunque il collegamento funzionale tra le attribuzioni ivi effettuate»; tanto nell'idea che queste ultime «impongono un unico trattamento fiscale o, almeno, l'esclusione della qualificazione in termini di donazione della menzionata liquidazione, costituendo l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge». La Corte di Cassazione reputa il primo motivo infondato, non ravvisando alcuna violazione dell'art. 112 c.p.c. Anche nel contenzioso tributario, infatti, l'applicazione del principio *iura novit curia* fa salva la possibilità, per il giudice, di dare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti. Inoltre, nella specie, non è possibile sostenere che la CTR avrebbe statuito considerando elementi di fatto non dedotti dalle parti, in quanto la CTR ha condiviso la tesi sostenuta dall'Agenzia delle Entrate, secondo la quale nei patti di famiglia le somme corrisposte dal beneficiario ai coeredi legittimari costituiscono donazioni indirette. Dunque, nessun nuovo elemento di fatto può dirsi introdotto dal giudice del gravame. La Corte di Cassazione accoglie, invece, gli altri due motivi di ricorso, reputando applicabile alla fattispecie in esame l'art. 58 del d.lgs. n. 346/1990, secondo cui «gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari». Ciò in considerazione della natura non corrispettiva dell'obbligo dell'assegnatario di procedere alla liquidazione in denaro dei legittimari non assegnatari: tale obbligo viene ricostruito, infatti, come un onere gravante sulla operata attribuzione dell'azienda o della partecipazione societaria. Conseguentemente, la Corte conclude per l'applicabilità al patto di famiglia della disciplina fiscale prevista per la donazione modale: in particolare, l'imposta sulla donazione trova attuazione sia per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni operato dall'imprenditore a favore del discendente assegnatario, sia per la liquidazione del conguaglio di cui all'art. 768 *quater* c.c. operato dall'assegnatario a favore degli altri legittimari non assegnatari.

⁹ Per tutti, in ampio arco temporale: OPPO, *Patto di famiglia e "diritti della famiglia"*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss.; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 220 ss.; CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strumentali e funzionali della fattispecie*, in *Not.*, 2006, p. 297 ss.; PETRELLI, *La nuova disciplina*, cit., p. 432 ss.; TASSINARI, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giur. comm.*, 2006,

per quanto qui rileva, il punto controverso: se – a fronte di un patto di famiglia, con il quale l'imprenditore trasferisca la partecipazione di controllo di una società a uno dei figli, il quale a sua volta provveda a liquidare ad altro figlio non assegnatario un importo corrispondente alla di lui potenziale quota di legittima – la liquidazione anzidetta debba esser trattata, per i suoi riflessi fiscali, come una liberalità tra fratelli¹⁰, ovvero e più favorevolmente come una liberalità indiretta dello stesso disponente.

La Corte di Cassazione tenta preliminarmente di mettere a fuoco la *ratio* della disciplina. Muove, così, dalla ricognizione del suo *excursus* storico¹¹ e dal substrato economico del passaggio

5, p. 808 ss.; BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, II, p. 369 ss.; ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, p. 31 ss.; MANES, *Prime considerazioni*, cit., p. 539 ss.; LANDINI, *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità?*, in *Fam.*, 2006, p. 839 ss.; PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 263 ss.; DELLE MONACHE, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio: dagli istituti classici al patto di famiglia*, in Padova, 2007, p. 323 ss.; BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 390 ss.; PALERMO, *Patto di famiglia*, Milano, 2009; IEVA, *Il patto di famiglia*, in *Trattato breve delle successioni e delle donazioni*, diretto da P. Rescigno, II, Padova, 2010, p. 327 ss.; VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, in *Giust. civ.*, 2010, 9, c. 1903; VOLPE, *Patto di famiglia*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, a cura di F.D. Busnelli, *Artt. 768 bis -768 octies*, Milano, 2012; MATERA, *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2012, p. 29 ss.; RIVA, *Patto di famiglia (Artt. 768 bis-768 octies)*, cit.

¹⁰ Questo, appunto, il precedente orientamento della Corte (Cass., sez. trib., 19 dicembre 2018, n. 32823, cit.): “Il patto di famiglia di cui agli artt. 768 *bis* c.c. e ss. è assoggettato all'imposta sulle donazioni per quanto concerne sia il trasferimento dell'azienda o della partecipazione dal disponente al discendente (fatto salvo il ricorso delle condizioni di esenzione di cui al D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter), sia la corresponsione di somma compensativa della quota di legittima dall'assegnatario dell'azienda o della partecipazione ai legittimari non assegnatari; quest'ultima corresponsione è assoggettata ad imposta in base all'aliquota ed alla franchigia relative non al rapporto tra disponente ed assegnatario, e nemmeno a quello tra disponente e legittimario, bensì a quello tra assegnatario e legittimario”.

¹¹ Ricorda la Corte in qual modo il patto di famiglia sia stato introdotto all'interno del codice civile (artt. 768 *bis* ss. c.c.) con la legge n. 55/2006, che ha

generazionale nell'impresa¹²; e sottolinea – ma sono cose note – l'acuirsi dell'attenzione, specie delle istituzioni europee, per la rimozione dei vincoli, ancora diffusamente operanti negli Stati membri, con riferimento ai patti successori¹³.

recepito la Raccomandazione n. 94/1069/CE, del 7 dicembre 1994: con essa gli Stati membri, in cui vigeva ancora il divieto di patti successori (Italia, Francia, Belgio, Portogallo, Spagna, Lussemburgo), venivano invitati ad abrogarlo o a ridurne l'ambito di operatività; con l'obiettivo di rafforzare la tutela del patrimonio aziendale in occasione del passaggio generazionale dell'impresa.

¹² OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 366 ss.; SCHLESINGER, *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995; TONON, *L'azienda da una generazione all'altra. Padri e figli a confronto. Una sfida tra tradizione e rinnovamento*, Milano, 1996; CALÒ, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 220 ss.; BUCELLI e GALLI, *La successione generazionale nell'impresa*, in *Studi in onore di Pietro Schlesinger*, IV, Milano, 2004, p. 2379 ss.; PISCITELLO, *Passaggi generazionali e gestione dell'impresa nelle società di persone*, in *Riv. dir. soc.*, 2004, p. 36 ss.; CANESSA, *Family governance. La continuità d'impresa. Il passaggio generazionale*, Milano, 2006; DELL'ATTI, *Il passaggio generazionale nelle imprese familiari*, Bari, 2007; SALVATORE, *Il trapasso generazionale nell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in *Not.*, 2007, p. 553 ss.; BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009; VALLONE, *Il passaggio generazionale nel family business e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale. Analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna*, Milano, 2009; BUCELLI e BENCINI (a cura di), *Imprese a base familiare. Strumenti di successione*, Padova, 2015; GIULIANO, *Diritti successori, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 929 ss.

¹³ Sul rapporto tra divieto di patti successori e successione di impresa si vedano: ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5 ss.; IEVA, *Il trasferimento di beni produttivi in funzione successoria*, in *Riv. not.*, 1997, 6, p. 1371 ss.; ID., *Il profilo giuridico della trasmissione dell'attività imprenditoriale in funzione successoria: i limiti all'autonomia privata e le prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2000, p. 2343 ss.; CACCAVALE e TASSINARI, *Il divieto di patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 94 ss.; DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, p. 625 ss.; AMADIO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *AA.VV.*, *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2006; BOLANO, *I patti successori e l'impresa alla luce di una recente proposta di legge*, in *Contr.*, 2006, 1, p. 90 ss.; FIETTA, *Divieto dei*

Il patto di famiglia, secondo la Corte, pur non abrogando il divieto di questi ultimi, vi apporta una deroga esplicita; si da consentire all'imprenditore di operare una sorta di successione anticipata nell'impresa¹⁴, purché ciò avvenga con l'accordo di tutti coloro che, in caso di apertura della successione al momento della stipula del patto, assumerebbero la qualifica di legittimari.

Dal punto di vista funzionale, il patto di famiglia realizzerebbe "da un lato, [...] una liberalità nei confronti del discendente

patti successori, cit., p. 88 ss.; INZITARI, DAGNA, FERRARI, PICCININI, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*, n. 55, Torino, 2006; MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006, p. 100 ss.; RESTUCCIA, *Divieto dei patti successori, successione nell'impresa e tutela dei legittimari: esigenze di protezione a confronto*, in La Porta (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2007; MAZZÙ, *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari*, in *Not.*, 2008, p. 419 ss.; ROSSI CARLEO, *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, in *Not.*, 2008, p. 434 ss.

¹⁴ Già nella sentenza n. 32823/2018 la Corte di Cassazione aveva affermato il carattere anticipatorio della successione: tale carattere «risulta particolarmente evidente nella disciplina dell'art. 768 *quater*, là dove stabilisce che quanto ricevuto dai legittimari non assegnatari venga appunto imputato "alle quote di legittima loro spettanti"; e che, a garanzia della definitività e stabilità dell'assegnazione anticipata, quanto da costoro così ricevuto non sia suscettibile né di collazione né di riduzione» (così Cass., 19 dicembre 2018, n. 23823, cit.). Sulla c.d. successione anticipata: AMADIO, *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 653 ss.; ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, cit., p. 290 ss.; ID., *L'emersione della categoria della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 287 ss., a parere del quale: «Sul piano causale, il patto di famiglia realizza un trasferimento in funzione successoria avente struttura divisionale, ciò che giustifica la collocazione topografica nel codice»; CAROTA, *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*, Padova, 2008, secondo il quale, il patto di famiglia costituisce «un patto successorio anticipatorio, eccezionalmente ammesso per scongiurare relativamente ai beni produttivi il rischio di crisi normalmente collegato al naturale momento successorio *mortis causa*»; MOSCATI, *Il patto di famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, II, *Successioni, Donazioni, Beni*, I, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, p. 368; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, p. 1453 ss.

assegnatario e, da un altro lato, [...] una funzione solutoria, per quanto attiene alla liquidazione della quota dei legittimari non destinatari dell'assegnazione, anticipando gli effetti non solo dell'apertura della successione, ma anche della divisione tra legittimari"¹⁵. Alla base del patto, dunque, non vi sarebbe la sola l'esigenza di tutela dell'interesse a favorire il passaggio generazionale dell'impresa, ma anche ulteriori interessi rilevanti: quello dell'imprenditore a rendere stabile l'attribuzione operata a favore del beneficiario, mediante la liquidazione del conguaglio agli altri legittimari non assegnatari; quello di questi ultimi a ottenere da subito la liquidazione della quota di potenziale riserva sul valore di tale attribuzione.

Una *ratio* composita pertanto, nella quale l'interesse *generale* a favorire la continuità dell'attività d'impresa si coniuga a quelli *particolari* anzidetti.

Siffatta *ratio* giustifica la deroga al divieto dei patti successori e appare coerente col limitato ambito soggettivo del contratto: col fatto quindi che destinatari dell'attribuzione dei beni d'impresa possano essere solo i discendenti, con esclusione del coniuge e degli ascendenti. Riflessamente coerenti risultano a tal punto le regole poste per i legittimari non assegnatari: da un lato, il loro consenso è essenziale, dall'altro, essi maturano un diritto di credito, nei confronti dell'assegnatario, che salvo dilazioni concordate è immediatamente esigibile¹⁶.

Su queste premesse la Corte prende posizione rispetto alla dibattuta natura giuridica dell'istituto.

Ricorda, così, l'orientamento che vi scorge un contratto a favore di terzo¹⁷: lo stipulante sarebbe l'imprenditore, interessato alla

¹⁵ Così, Cass., n. 29506/2020, cit. in motivazione, § 7.

¹⁶ Con la precisazione che la somma spettante ai non assegnatari non soddisfa l'intera legittima, ma solo la porzione di essa che a ciascun legittimario spetterebbe sul singolo bene o sul complesso di beni oggetto di trasferimento col patto di famiglia, fermo restando che quanto ricevuto da tali legittimari non è soggetto a collazione o riduzione. Una volta aperta la successione, nei rapporti tra i legittimari, i beni trasferiti con il patto di famiglia non entrano a far parte del *relictum*, né vengono considerati ai fini della ricostruzione del *donatum*.

¹⁷ Cfr. LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, cit.; ANDREINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in *Vita not.*, 2006, p. 39 ss.

prosecuzione dell'impresa, promittente sarebbe il legittimario assegnatario e terzi sarebbero i virtuali legittimari non assegnatari¹⁸.

Menziona, ancora, la Corte la tesi di quanti valorizzano la funzione divisionale¹⁹ del contratto. Con esso si realizzerebbe un'assegnazione del patrimonio produttivo dell'imprenditore a un solo discendente, ma al contempo si soddisferebbero le aspettative divisorie degli altri potenziali legittimari con denaro o altri beni. Tuttavia, come la stessa Corte rileva ed è stato osservato²⁰, non pare che l'intento primario del disponente sia quello di realizzare una divisione tra i legittimari, bensì quello di assegnare l'azienda o le partecipazioni a uno di essi. Tanto che, per alcuni, sarebbe vano tentare di ricondurre l'istituto in esame a figure già tipizzate dal legislatore, dovendosi piuttosto considerare il patto di famiglia come un contratto del tutto nuovo, con causa legale tipica e complessa, derogatorio del divieto dei patti successori²¹.

¹⁸ La tesi in esame è criticata da quanti osservano che la liquidazione a favore dei legittimari non assegnatari non rappresenta un effetto esclusivamente favorevole, ma comporta la trasformazione del diritto di legittima e la perdita del diritto alla collazione e all'azione di riduzione: cfr. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Vita not.*, 2006, p. 868 e, *ivi*, nota 3; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, cit., p. 222; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 188 ss.; ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, p. 189 ss.

¹⁹ Cfr. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, cit., p. 867 ss.; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, p. 356 ss.; INZITARI, *Il patto di famiglia. Negozialità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Torino, 2006, p. 71 ss.; ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, cit., p. 290 ss.

²⁰ Cfr. TASSINARI, *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 826 ss.; DI MAURO, sub *Art. 768 bis*, in Minervini, Verdicchio (a cura di), *Il patto di famiglia*, in *Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, 2006, p. 54 ss.

²¹ Cfr. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 440, secondo il quale occorre «rinunciare ad "incasellare" il patto di famiglia in uno degli schemi tipici preesistenti alla novella: semplicemente si tratta di un ulteriore contratto, avente una sua funzione tipica di natura complessa, irriducibile a quella dei tipi contrattuali precedentemente disciplinati dal codice

La Corte, pur con qualche ambiguità lessicale, si schiera con quell'ampia parte della dottrina che qualifica il patto di famiglia come una ipotesi di donazione speciale: benché la legge non rechi alcun riferimento esplicito alla donazione, la natura donativa del patto di famiglia trarrebbe sostegno da due principali argomenti. Per un verso, vi sarebbe l'assunto logico-sistematico che la testuale esclusione da collazione e riduzione di quanto ricevuto dai contraenti (art. 768 *quater*, quarto comma, c.c.) abbia senso solo se la fattispecie integri una liberalità. Per altro verso, la natura donativa riposerebbe sugli effetti del patto: l'arricchimento dell'assegnatario, a fronte dell'impoverimento del disponente, *nullo iure cogente*.

Giunta a tanto, la Cassazione opta per la insussistenza di qualsivoglia *animus donandi* in capo all'assegnatario. Questi, evidentemente, è obbligato *ex lege* alla liquidazione dei non assegnatari, che non vi rinunzino in tutto o in parte.

Né la sussistenza di un tale obbligo contraddice la unitaria funzione donativa del patto di famiglia: si tratterebbe pur sempre di donazione, per quanto modale²².

Certo – è la stessa Cassazione a prospettarsi l'obiezione – mentre il *modus* è elemento accidentale del negozio, l'obbligo liquidatorio nel patto di famiglia costituisce un effetto legale tipico, essenziale per la qualificazione della fattispecie²³. Sicché

civile»: P. PERLINGIERI, RECINTO, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 942 ss.; AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. not.*, 2007, I, p.14 ss.

²² CACCAVALE, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati: appunti per uno studio sul patto di famiglia*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2006, 2/3, p. 32 ss.; MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del patto di famiglia*, cit., p. 106 ss.; PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 263 ss.

²³ Cfr. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, cit., p. 442, il quale esclude la qualificazione del patto di famiglia come una donazione modale in quanto «l'eventuale obbligazione dell'assegnatario rappresenta "elemento necessario della fattispecie" ai fini della sua "qualificazione" (mentre il *modus* donativo è sempre un elemento puramente accidentale, la cui presenza non è necessaria ai fini della qualificazione del negozio giuridico)». Nello stesso senso: OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 412-413, che respinge la tesi della donazione modale argomentando «non solo e non tanto dal fatto che

l'assimilazione alla donazione modale potrebbe operarsi solo dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, non anche da quello genetico, giacché il *modus* non avrebbe qui fonte negoziale, né carattere accidentale, come invece può dirsi nella donazione modale *ex art. 793 c.c.*

E, tuttavia, secondo la Corte, “*la necessità che il beneficiario liquidi ai legittimari non assegnatari la quota di riserva non snatura il carattere liberale del trasferimento a lui fatto dall'imprenditore. Tuttavia, per il tramite di tale liquidazione, viene dato spazio alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli legati al mero passaggio generazionale dell'impresa, anch'essi ritenuti rilevanti dal legislatore, quale è quello dello stesso imprenditore di rendere stabile l'attribuzione operata*”.

Vi sarebbe, quindi, una operazione negoziale complessa, caratterizzata da una innegabile causa di liberalità, ma connotata al contempo dalla necessaria – per quanto dispensabile dall'avente diritto – presenza del conguaglio a favore degli altri legittimari non assegnatari²⁴.

Ciò consentirebbe di equiparare il patto di famiglia alla liberalità

l'adempimento dell'onere sia contestuale alla conclusione del contratto (ciò che potrebbe spiegarsi in base al fatto che gli stessi beneficiari del modo sono presenti in atto), quanto dalla considerazione che, se i legittimari non rinunciano in tutto o in parte ai loro diritti, la liquidazione della quota di costoro è elemento costitutivo *ad validitatem* (e non già meramente accidentale) del patto: ciò che appare evidentemente incompatibile con il concetto di modo»; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 123: «il modo della donazione è elemento accidentale dipendente dalla volontà dei contraenti, mentre nel patto di famiglia l'obbligo della liquidazione a carico dell'assegnatario o degli assegnatari è un effetto tipico imposto dalla legge (effetto legale; art. *ex art. 768 quater*, comma 2, c.c.)».

²⁴ Proprio la presenza dell'obbligo legale di effettuare il conguaglio in favore dei potenziali legittimari, come è stato notato, finirebbe così col far assumere alla fattispecie i tratti del *negotium mixtum cum donationem*. Cfr., DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, cit., p. 635 ss.; LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in C.N.N. Notizie 14 febbraio 2006; OBERTO, *Il patto di famiglia*, cit., p. 52 ss.. Altri osserva che “la necessaria presenza di un fine di liquidazione dei legittimari – salva la facoltà di rinuncia da parte di questi ultimi – qualifica causalmente il contratto come patto di famiglia” (PETRELLI, *La nuova disciplina del “patto di famiglia”*, cit., p. 440).

gravata da un onere, almeno *quoad effectum*.

Appare così alla Corte – ed a chi scrive – che sia coerente col sistema e con la *ratio* dell’istituto scorgere nell’unitaria operazione anche una liberalità indiretta, attuata dal disponente verso il non assegnatario, onerando l’assegnatario della relativa prestazione²⁵.

Immediato, a tal punto, il riflesso fiscale della qualificazione civilistica, con riferimento alla fattispecie prevista dall’art. 58, comma 1, del d.lgs. n. 346/1990, secondo cui: «*gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari*»²⁶. In tal modo, l’attribuzione effettuata dal legittimario assegnatario a favore degli altri assegnatari, lungi dal poter essere considerata come una donazione del primo a favore questi ultimi, costituisce, appunto, una liberalità indiretta del disponente²⁷. Da ciò, il più favorevole trattamento sul piano

²⁵ Tale impostazione trova, peraltro, autorevole riscontro in dottrina. Cfr. RIZZI, *Compatibilità con le disposizioni in tema di impresa familiare e con le differenti tipologie societari*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l’impresa*, Milano, 2006, p. 245 ss.; LA PORTA (a cura di), *Il patto di famiglia*, cit., p. 7 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, cit., p. 156 ss.; COLLURA, *Patto di famiglia e compatibilità con l’impresa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, p. 104 ss.

²⁶ Secondo la sentenza in esame, «non pare ostativa all’applicazione nella specie dell’art. 58 in esame la circostanza che quest’ultimo si riferisca alle prestazioni attribuite a soggetti “terzi” (quali di regola non sono, per le indicate ragioni di necessaria partecipazione al contratto, i legittimari non assegnatari), dal momento che tale qualifica va nella norma fiscale riferita ai soggetti non destinatari degli effetti della donazione diretta (nei cui confronti sono considerati, appunto, terzi), e non alla necessaria estraneità dei medesimi al contratto ed alla sua unitarietà di causa».

²⁷ In tal senso, v. già GHINASSI, *La Suprema Corte interviene sulla tassazione del patto di famiglia*, in *Riv. dir. trib.*, 10 gennaio 2019; FEDELE, *La Cassazione e il patto di famiglia*, in *Riv. dir. trib.*, 22 gennaio 2019; RIVA, *Patto di famiglia (Artt. 768 bis-768 octies)*, cit., p. 173-174: «L’atto è a titolo gratuito e integra, piuttosto, una liberalità successoria indiretta eseguita dal disponente in conto di legittima per il tramite dell’assegnatario, imponendo cioè a quest’ultimo un’obbligazione di dare. Non può pertanto condividersi la recente presa di posizione della sezione tributaria della Corte di Cassazione la quale, ai fini dell’imposizione fiscale, ha qualificato l’attribuzione quale atto liberale

GIOVANNI PASSAGNOLI

tributario enunciato dalla Corte, destinato, auspicabilmente, ad accrescere l'*appeal* tributario dell'istituto, lungamente negletto nella prassi, benché potenzialmente assai rilevante per la regolazione della successione d'impresa.

dell'assegnatario a favore del legittimario (con conseguente applicazione, nel caso di specie, delle aliquote per le donazioni tra fratelli), trattandosi di una lettura che non coglie il significato reale dell'operazione giuridico patrimoniale posta in essere».

FRANCESCO PAOLO PATTI
Professore associato di diritto privato
Università Bocconi di Milano

CONCORRENZA TRA ORDINAMENTI E RICODIFICAZIONE NEL CONTESTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'*acquis* comunitario e l'esigenza di coerenza interna dei sistemi nazionali. – 3. *Segue*. Sistema unitario o diversi sottosistemi? – 4. Il diritto dell'Unione europea come veicolo per la competizione tra ordinamenti europei: il caso della 'Brexit'. – 5. I progetti di armonizzazione del diritto. – 6. Il superamento dei confini nazionali – 7. Il ruolo della scienza giuridica e dell'insegnamento.

1. *Introduzione.*

La duplice prospettiva della concorrenza tra ordinamenti e dell'armonizzazione del diritto rappresenta una prospettiva privilegiata per valutare l'adeguatezza delle soluzioni normative del codice civile nel processo di europeizzazione del diritto privato¹. In questo senso, il diritto privato europeo sembra porsi in contrasto con i benefici, in termini di efficienza, connessi alla concorrenza tra ordinamenti, poiché evoca immediatamente l'idea dell'armonizzazione del diritto e quella del superamento delle

¹ Cfr. ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law. The 'Europeanization' of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, in *Colum. J. Eur. L.*, 1994, p. 63 ss.; ID., *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in Reimann e Zimmermann (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*², Oxford 2019, p. 557 ss.; nella nostra dottrina, SIRENA, *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2014, p. 3 ss.

differenze esistenti tra i diritti nazionali². Tuttavia, alla luce del suo stato attuale³, il diritto europeo nel contesto della competizione tra ordinamenti giuridici può anche promuovere una innovazione delle codificazioni nazionali⁴.

Il sintagma ‘diritto privato europeo’ si presta a diverse definizioni, che sottendono approcci metodologici differenziati⁵. In questa sede, interessa in primo luogo il diritto privato europeo adottato dal legislatore di Bruxelles. Le direttive, i regolamenti e le decisioni della Corte di giustizia formano ormai parte integrante del diritto privato degli Stati membri. Con riferimento a tali atti normativi, e alla relativa interpretazione della Corte del Lussemburgo, discorrere di competizione tra ordinamenti potrebbe apparire errato. In effetti, l’Unione europea ha l’obiettivo di armonizzare il diritto degli Stati membri e non quello di competere

² Cfr. KIENINGER, *Competition between Legal Systems*, in Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, Oxford, 2012, p. 637 ss.

³ Cfr. ZIMMERMANN, *The Present State of European Private Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2009, p. 479 ss., il quale prende in esame sia l’*acquis commun*, che l’*acquis communautaire*, concludendo la propria disamina con l’affermazione che in nessuno dei settori del diritto privato esaminati sussistono le condizioni necessarie per una codificazione delle regole a livello europeo. V. anche i contributi raccolti in ALPA (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo. New borders of European Private Law*, Milano, 2016.

⁴ Inoltre, l’armonizzazione del diritto privato europeo non esclude una competizione con esperienze giuridiche di altri continenti. In prospettiva futura, ad esempio, l’esistenza di un diritto europeo armonizzato non dovrebbe escludere il confronto con il diritto nordamericano e la possibilità di sperimentare nuove soluzioni in ambito europeo: cfr. GOMEZ, *Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law*, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak e Du Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*⁴, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 401 ss., spec. p. 416.

⁵ V. ad esempio ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 25 ss.; nonché JANSEN, *European Private Law*, in Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, cit., p. 637 ss., il quale osserva che è impossibile «to use the term ‘European Private Law’ in a purely descriptive way; rather, every concept of European private law can be found in present discussions».

con gli ordinamenti nazionali⁶. Tuttavia, tenendo conto delle modalità con le quali il diritto di fonte comunitaria viene attuato a livello interno⁷, sembra che anch'esso possa costituire un fattore rilevante nella prospettiva della competizione tra gli ordinamenti giuridici⁸. In particolare, l'attuazione del diritto interno negli Stati membri richiede un coordinamento con il diritto nazionale e una riconsiderazione del suo impianto sistematico⁹. Inoltre, nello stato in cui attualmente versa, il diritto dell'Unione europea può favorire una maggiore circolazione di 'prodotti' giuridici nazionali¹⁰, soprattutto in virtù del riconoscimento delle libertà fondamentali¹¹. Questa circolazione può portare a un recepimento di un modello di disciplina adottato a livello nazionale da parte del legislatore di Bruxelles o da parte di diversi sistemi giuridici nazionali. Da ultimo, il diritto dell'Unione europea può porsi come un argine virtuoso rispetto a una competizione tra gli ordinamenti giuridici nazionali

⁶ Di competizione del diritto dell'Unione europea potrebbe certamente parlarsi con riferimento al diritto riconducibile ad aree geopolitiche diverse dall'Europa, come ad esempio quella degli Stati Uniti d'America. Non mancano in proposito, anche in ambito privatistico, studi che si interrogano in merito all'efficacia delle politiche europee dalla prospettiva nord americana: v., in relazione al diritto dei consumatori, BAR-GILL e BEN-SHAHAR, *Regulatory Techniques of Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2013, p. 109 ss.; HELLERINGER e SIBONY, *European Consumer Protection through the Behavioral Lens*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2016, p. 607 ss.

⁷ Su questi profili si è di recente concentrata l'approfondita opera di LOHSE, *Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, Tübingen, 2017.

⁸ Per uno sguardo d'insieme, v. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

⁹ V. fin d'ora, tra i lavori più significativi in ambito contrattuale, RIESENHUBER, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin., 2003, p. 146 ss.

¹⁰ V. per tutti SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 365 ss. V. anche *infra*, n. 4.

¹¹ V. i contributi raccolti in MEZZANOTTE (a cura di), *Le 'libertà fondamentali' dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, e *ivi*, in particolare, ZOPPINI, *Il diritto privato e le 'libertà fondamentali' dell'Unione europea. (Principi e problemi della 'Drittwirkung' nel mercato unico)*, p. 3 ss.; NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, p. 41 ss.; SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, p. 121 ss.

volta a trarre benefici in termini economici a discapito di diritti e valori considerati ormai acquisiti dagli Stati membri. Una delle caratteristiche negative della competizione tra ordinamenti giuridici, come è stato efficacemente argomentato, può infatti rappresentare l'affievolimento o la cancellazione di norme imperative o comunque ricognitive di interessi politici degli stati nazionali¹². La maggiore efficienza del sistema potrebbe ripercuotersi negativamente sul piano dei valori e delle norme imperative poste a presidio di interessi della società nel suo complesso. Il diritto dell'Unione europea, in questa prospettiva, restringe l'ambito di manovra degli Stati membri e assicura determinati strumenti di tutela ai cittadini.

L'ulteriore profilo del diritto europeo che merita attenzione concerne i progetti di armonizzazione, i quali, frutto del lavoro di gruppi di studio internazionali, si estendono a tutte le principali aree del diritto privato (v. in particolare, i *Principles of European Contract Law*, il *Draft Common Frame of Reference*, i *Principles of European Tort Law*, i *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* e i *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*)¹³. Essi rappresentano dei modelli per i legislatori nazionali e competono con questi ultimi nel senso di indicare soluzioni normative moderne, elaborate sulla base di studi comparatistici che si estendono al diritto giurisprudenziale. La circostanza che i citati progetti non siano diritto vigente non esclude che essi possano influire sulle scelte dei legislatori di diversi ordinamenti giuridici nazionali. In anni lontani, Emilio Betti, nel criticare il Progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, affermava che è «ingenuo, invero, pensare che un

¹² V. le intense riflessioni di STARK, *Law for Sale. A Philosophical Critique of Regulatory Competition*, Oxford, 2019, spec. p. 71 ss., la quale mette in luce che la competizione tra ordinamenti giuridici presta il fianco alle medesime critiche tipicamente rivolte a concezioni utilitaristiche del governo della società, e potrebbe financo incidere sull'autonomia degli Stati e le relative scelte basate sul principio democratico.

¹³ Le indicate normative modello sono riportate in SIRENA, F.P. PATTI, SCHULZE e ZIMMERMANN, *Diritto privato europeo. Testi di riferimento*³, Torino, 2020.

codice di questa specie, per il solo fatto di essere adottato da due grandi Stati, possa esercitare particolari attrattive sugli altri e possedere maggior forza di diffusione che il codice di uno stato solo. La storia delle recezioni legislative insegna che viene preso a modello quel codice che in un dato momento storico appare il migliore per la sostanza e la forma»¹⁴. Ovviamente, l'insigne giurista scriveva in un periodo in cui non esistevano i progetti di armonizzazione, ma l'osservazione può ancora ritenersi attuale, posto che i modelli di normativa potrebbero affermarsi per la loro qualità. D'altra parte, tornando ai giorni nostri, si segnala con crescente insistenza la formazione di un diritto privato del tutto indipendente rispetto a quello degli Stati nazionali¹⁵ e l'avvento di un diritto privato 'globalizzato'¹⁶. Di questi fenomeni, gli ordinamenti giuridici devono tenere conto nell'elaborazione delle nuove regole giuridiche.

Si tratta quindi di due modi diversi di concepire il diritto europeo che necessariamente devono essere presi in considerazione nel

¹⁴ BETTI, *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 665.

¹⁵ Cfr. FAUVARQUE-COSSON, *Réforme du droit des contrats: l'approche comparatiste, européenne et transnationale*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, Paris, 2018, p. 305, spec. p. 307: «*Le droit privé européen est bien plus qu'une nouvelle discipline. C'est une nouvelle manière de penser le droit privé, hors de frontières du droit national ou même du droit positif, en mettant en avant un nouvel impératif, comparatiste, européen et transnational*». Da una diversa prospettiva, v. MICHAELS e JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *54 Am. J. Comp. Law*, 2006, p. 843 ss.

¹⁶ Cfr. VAN DEN BERGH, *Private Law in a globalizing world: economic criteria for choosing the optimal regulatory level in a multi-level government system*, e EISELEN, *Globalization and harmonization of international trade law*, in Faure e van der Walt (eds.), *Globalization and Private Law*, Cheltenham-Northampton (Mass.), 2010, rispettivamente, p. 57 ss. e p. 97 ss.; ZUMBANSEN, *Die Lehren der Lex Mercatoria: Notizen zur Emergenz und Methodologie privater Normsetzung in der Globalisierung*, in Bumke e Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, Tübingen, 2012, p. 135 ss.; TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009, p. 3 ss. Nella nostra dottrina, v. IUDICA, *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 143 ss.

contesto di discussioni concentrate su una possibile ricodificazione del diritto civile italiano che, alternativamente, si posizionano sulla linea dell'armonizzazione o su quella della competizione¹⁷.

2. *L'acquis comunitario e l'esigenza di coerenza interna dei sistemi nazionali.*

In relazione alle materie sulle quali si sono concentrati gli interventi normativi, il diritto dell'Unione europea, che forma il c.d. *acquis communautaire*, ha determinato ovviamente un processo di avvicinamento tra gli ordinamenti. In base al confronto con l'esperienza giuridica tedesca e quella francese, sembra tuttavia errato ritenere che il problema del recepimento del diritto sovranazionale non possa essere affrontato muovendo dalla prospettiva della concorrenza tra ordinamenti. Il diritto sostanziale si presenta armonizzato, ma le diverse tecniche di 'sistemazione' delle norme di attuazione delle direttive europee (nel codice civile o in un apposito codice di settore) si ripercuotono sulla conoscenza delle regole e, dunque, sul livello di effettività del diritto di fonte europea. Ancora, tenuto conto dell'esigenza di elevare il livello di certezza negli scambi giuridici attraverso un assorbimento delle soluzioni della giurisprudenza, la capacità di plasmare norme che riprendono gli orientamenti consolidati della Corte di giustizia, anch'essi parte dell'*acquis communautaire*, potrebbe costituire un valore aggiunto ai fini della conoscibilità del diritto vivente. Infine, appare indispensabile verificare in quale misura il diritto dell'Unione europea, attento alle situazioni di squilibrio tra le posizioni dei contraenti, abbia influenzato il diritto contrattuale interno e renda ipotizzabile una generalizzazione di alcune norme poste a tutela del consumatore¹⁸.

¹⁷ Nell'accezione, adottata da ALPA, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., p. 43 ss., spec. p. 55, di 'competizione' tra le modalità di intervento legislativo.

¹⁸ V. i saggi raccolti in LECZYKIEWICZ e WEATHERILL (eds.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford-Portland (Oregon), 2013, e *ivi*, in particolare, TWIGG-FLESNER, *EU Law and Consumer Transactions without an*

In definitiva, anche in settori del diritto armonizzati a livello europeo la tecnica legislativa privilegiata dagli Stati membri può avere un impatto sul problema della pertinenza. La valutazione della rispondenza di una norma agli interessi delle parti non può prescindere dalla sua conoscibilità e dal contesto sistematico in cui si colloca. Proprio in questa prospettiva si sono mosse le riforme che hanno investito l'ordinamento tedesco. La coerenza è ritenuta un valore essenziale che garantisce un elevato livello qualitativo del tessuto normativo e maggiore sicurezza per i traffici commerciali¹⁹.

Da questo punto di vista, anche se appare difficile – ma non del tutto da escludere – che possa essere rimessa in discussione la scelta di far confluire le norme di derivazione europea in un codice del consumo, non sembra errato affrontare nuovamente il problema delle regole di coordinamento tra codice civile e codice del consumo, e tra quest'ultimo e altri codici di settore, al fine di rendere edotti professionisti e consumatori in merito a quale sia la regola da applicare a un determinato rapporto. Alla questione sono stati di recente dedicati significativi contributi, con i quali si sono messe in luce le difficoltà di rinvenire interpretazioni univoche delle norme che coordinano la disciplina del codice civile con quella degli altri codici di settore²⁰.

Internal Market Dimension, p. 317 ss.; MAK, *The 'Average Consumer' of EU Law in Domestic and European Litigation*, p. 333 ss.

¹⁹ Con specifico riguardo al diritto dei consumatori, v. ZIMMERMANN, *Consumer Contract Law and General Contract Law: the German Experience*, in *Current Legal Problems*, 2005, p. 415 ss.; per un confronto con l'ordinamento francese, v. da ultimo POILLOT, *Les codes de l'intégration du droit de la consommation*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, cit., p. 671 ss., la quale esprime valutazioni critiche in merito ad alcune scelte del legislatore francese (spec. p. 682 ss.).

²⁰ V. soprattutto, in termini generali, GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1479 ss.; DALLA MASSARA, *La 'maggior tutela' del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della dir. 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 743 ss.; con riferimento a specifici codici di settore, ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (lo 'ius variandi' nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p.

Un esempio di agevole comprensione è offerto dalla normativa sulla vendita dei beni di consumo, di cui alla direttiva 99/44/CE²¹, contenuta nel codice del consumo agli artt. 128 ss.²² Secondo una delle disposizioni più significative, oggetto di molteplici approfondimenti in dottrina, «Salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data» (art. 132, comma 3, cod. cons.). Ci si è ad esempio chiesti se il consumatore, il quale invochi l'applicazione di uno dei rimedi speciali previsti dall'art. 128 cod. cons., possa usufruire dell'inversione relativa all'onere della prova stabilita dal noto intervento della Cassazione a Sezioni unite del 2001²³. Seguendo questo ordine di idee, il consumatore avrebbe

136 ss. Sul problema specifico della disciplina dei rimedi della vendita, v. MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, Pisa, 2018, p. 166 ss.

²¹ Con riferimento alla suddetta disciplina, individua un «conflitto tra innovazione e sistema», AMADIO, *Diritto europeo dei contratti e disciplina della garanzia per vizi*, in Cafaggi (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, p. 45. Nel senso che la disciplina europea della vendita ha determinato una modernizzazione del diritto contrattuale, v. DE ELIZALDE, *The Sources and Effects of Contractual Terms: Towards an Approximation of Common Law and Civil Law*, in ID. (ed.), *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2018, p. 178 ss. Nella stessa direzione, con riferimento al diritto italiano, v. FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I 'modelli' italo-europei e internazionali*, Napoli, 2018, p. 93 ss.

²² La direttiva 99/44/CE è stata abrogata a decorrere dal 1° gennaio 2022 dalla direttiva 2019/771/UE (su cui v. per una prima ricognizione FERRANTE, *La direttiva 19/771UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in D'Angelo e Roppo (a cura di), *Annuario del contratto 2018*, Torino 2019, p. 23 ss.).

²³ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*. In alcuni casi tale orientamento è stato tenuto altresì applicabile alla vendita di diritto comune in riferimento all'onere della prova dei vizi del bene venduto (cfr. soprattutto Cass., 2 settembre 2013, n. 20110, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Vendita*, n. 50; e, in senso conforme, Cass., 21 settembre 2017, n. 21927, *ivi*, 2017, voce cit., n. 18); ma v. ora Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Contratti*, 2019, con nota di DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, secondo cui «In materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'art. 1490 c.c., il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui

soltanto l'onere provare la fonte negoziale del suo diritto e di allegare la sussistenza di un difetto di conformità: la presunzione relativa all'esistenza del difetto di conformità al momento della consegna, prevista dall'art. 132, comma 3, cod. cons., perderebbe di rilievo²⁴.

La risposta al quesito dovrebbe rinvenirsi nella norma di coordinamento dettata dall'art. 135 cod. cons. in base alla quale: «Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico». Gli articoli degli autori sopra citati dimostrano che quest'ultima disposizione si presta a diverse interpretazioni, che non necessariamente conducono alla soluzione più favorevole per il consumatore²⁵. Ad esempio, sulla base del testo normativo è sostenibile che il consumatore ha la possibilità di scegliere tra i rimedi di diritto comune e quelli previsti dal codice del consumo, ma che una volta effettuata la scelta i regimi non si integrano vicendevolmente. Adottando una interpretazione di questo genere, il consumatore che intenda esercitare i rimedi previsti dall'art. 128 cod. cons. avrebbe l'onere di dimostrare la sussistenza del difetto di conformità e potrebbe soltanto avvalersi della presunzione prevista in suo favore dall'art. 132, comma 3, cod. cons. Diversamente, la norma potrebbe essere letta nel senso di ammettere in ogni caso la soluzione più favorevole per il consumatore anche nei casi in cui ciò implichi una applicazione congiunta (o una vera e propria

all'articolo 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi».

²⁴ La tesi è sostenuta, ad esempio, da ZACCARIA e DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1591-bis-1519-nonies del codice civile*, Padova, 2002, p. 119 s.

²⁵ Ai contributi sopra citati, adde DALLA MASSARA, *Art. 135 cod. consumo per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 123 ss. Il problema dei rapporti tra la disciplina del diritto dell'Unione europea e quella generale in materia di vendita è stato invece analizzato con riferimento a diverse esperienze giuridiche in De Cristofaro e De Franceschi (eds.), *Consumer Sales in Europe. After the Implementation of the Consumer Rights Directive*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016.

commistione) delle regole di diritto comune e di quelle del codice del consumo.

L'esempio dimostra quanto possa risultare difficile per la giurisprudenza rendere operative norme di coordinamento che si prestano a diverse possibili interpretazioni²⁶. Maggiore certezza in merito al diritto applicabile si ottiene attraverso una soluzione unitarista come quella del codice civile tedesco. Si corre tuttavia il rischio di una eccessiva 'consumerizzazione' della disciplina generale²⁷. Quest'ultima propensione dell'ordinamento talvolta ha lo specifico obiettivo di tutelare le piccole e medie imprese²⁸. In ogni caso, appare confermato che la (parziale) armonizzazione del diritto attuata dal legislatore europeo, anche con riferimento alle materie di volta in volta toccate dall'intervento legislativo, non esclude la competizione tra ordinamenti giuridici nel tentativo di rinvenire normative idonee a fornire un quadro coerente, certo e fruibile nell'interesse dei consociati²⁹.

²⁶ Nella giurisprudenza di merito, v. sulla specifica questione App. Roma, 9 ottobre 2017, n. 6338, in *Contratti*, 2018, p. 581 ss., con nota di D'ONOFRIO, 'Gerarchia' dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo.

²⁷ Cfr. WENDEHORST, *Privatrechtsdogmatik und Verbraucherschutz*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, Berlin-Boston, 2017, p. 681 ss. Per approfondimenti, v. DE FRANCESCHI, *Una proficua 'Wahlverwandschaft': 'Schuldrechtsmodernisierung' e diritto privato europeo*, in Sirena (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Milano, 2019, p. 351 ss.

²⁸ Nel settore delle condizioni generali di contratto, v. LEHMANN e UNGERER, *Save the 'Mittelstand': How German Courts Protect Small and Medium-Sized Enterprises from Unfair Terms*, in 25 *ERPL*, 2017, p. 313 ss.

²⁹ Peraltro, con riferimento alla disciplina della vendita di beni di consumo, i problemi potrebbero essere presto risolti dalla normativa di attuazione della nuova direttiva (Ue) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE. Infatti, la nuova normativa, che entrerà in vigore il 1° gennaio 2022, all'art. 4 prevede: «Salvo altrimenti disposto dalla presente direttiva, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

3. Segue. *Sistema unitario o diversi sottosistemi?*

Nell'affrontare brevemente il problema della coerenza interna dei sistemi, che si ripercuote inevitabilmente sul livello di certezza che le norme giuridiche assicurano ai consociati, si è fatto riferimento all'ordinamento giuridico privatistico, il cui perno è ancora indubbiamente costituito dal codice civile. In questa prospettiva, si pone l'esigenza di coordinare il diritto privato interno con il diritto di provenienza europea³⁰. Come si è visto, le soluzioni adottate negli Stati membri sono diverse tra loro, potendosi distinguere tra la soluzione unitarista, accolta dal *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), e quella separatista, propria del nostro ordinamento e di quello francese³¹. Di certo, la soluzione unitarista richiede uno sforzo sistematico maggiore e un costante adattamento ai frequenti mutamenti del diritto europeo, talvolta dettati da sentenze della Corte di giustizia. Lo scopo alla base del tentativo di mantenere un quadro normativo coerente è soprattutto quello di assicurare la certezza del diritto e rispecchia un certo modo di pensare del giurista tedesco, da sempre abituato a operare con l'obiettivo di ricostruire un sistema formato da concetti generali e speciali³². La scelta di creare un

³⁰ Sul potere 'politico' esercitato dalla Corte di giustizia, v. i saggi raccolti in ALTER, *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford, 2009. Nella nostra dottrina, cfr. da ultimo S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in RESCIGNO e S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, p. 157 ss.; PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in D'AMICO e PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 35 ss.

³¹ Il problema è dibattuto da molti anni: cfr. SCHULTE-NÖLKE e SCHULZE (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, e ivi in particolare i contributi di ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Consumer Contracts in Italian and Community Law – Patterns of Integrations and Disintegration*, p. 119 ss.; DUMOLLARD, *L'Intégration des Directives Communautaires relatives à la Protection des Consommateurs en Droit Privé Français*, 321 ss.; JOERGES, *Desintegrative Folgen legislativer Harmonisierung: ein komplexes Problem und ein unscheinbares Exempel*, p. 205 ss.

³² Per una impostazione tradizionale della questione dei rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo, cfr. BASEDOW, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, in ID. (Hrsg.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, 2000, p. 1 ss.;

apposito codice del consumo permette di evitare il continuo lavoro di adattamento del codice civile, ma può porre – come visto – problemi nel disciplinare il rapporto tra codice civile e codici di settore³³.

Il paradigma seguito dal legislatore tedesco è stato di recente messo in discussione mediante argomenti dotati di una certa carica eversiva rispetto all'operato dei civilisti tedeschi degli ultimi anni³⁴. Si sostiene che il compito della moderna civilistica non dovrebbe essere la tormentata ricerca di una coerenza interna del sistema privatistico. L'aspetto negativo di questo approccio metodologico sarebbe l'isolamento del diritto privato rispetto alle altre aree dell'ordinamento giuridico. Si tratta di un rischio che gli ordinamenti nazionali non possono correre, in considerazione delle caratteristiche e degli obiettivi del diritto europeo. Le finalità indicate dai trattati vengono infatti perseguite non soltanto con misure privatistiche, ma anche con interventi pubblicistici. Il diritto privato non dovrebbe chiudersi in se stesso, ma comunicare con le altre aree dell'ordinamento giuridico nel tentativo di offrire regole coordinate,

RIESENHUBER, *Privates Recht, wissenschaftliches Recht, Systembildung*, in Bumke e Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, cit., p. 49 ss., il quale estende la prospettiva metodologica anche ai progetti di armonizzazione del diritto e al c.d. problema della 'governance' contrattuale (spec. p. 62 ss.). V., in ogni caso, per una panoramica sui diversi approcci metodologici dei giuristi tedeschi, GRUNDMANN e RIESENHUBER (eds.), *Private Law Development in Context. German Private Law and Scholarship in the 20th Century*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2018. In prospettiva storica, per un confronto relativo al metodo adottato nel *civil law* e nel *common law*, v. SWAIN, *The Common law and the Code civil: the curious case of the law of contract*, in Moréteau, Masferrer e Modéer (eds.), *Comparative Legal History*, Cheltenham-Northampton (Mass.), 2019, p. 379 ss., spec. p. 382 ss.

³³ In relazione alla recente riforma del codice civile francese, v. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo 'Code Napoléon'*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 19 ss., spec. p. 36.

³⁴ Cfr. ACKERMANN, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, in *ZEuP*, 2018, p. 742 ss., il quale nella prima parte dello scritto critica soprattutto l'approccio metodologico del gruppo *Acquis*. Per una presentazione del diritto contrattuale europeo elaborata in base ai canoni metodologici del gruppo *Acquis*, v. SCHULZE e ZOLL, *European Contract Law*, Baden-Baden-München-Oxford, 2016.

utili per il raggiungimento degli obiettivi³⁵. In definitiva, si mette in luce un'esigenza già avvertita da tempo negli studi dedicati al c.d. diritto privato regolatorio³⁶, di coniugare rimedi pubblicistici e rimedi privatistici allo scopo di rafforzare l'efficacia del diritto europeo. La descritta esigenza non deve indurre a tralasciare le specifiche problematiche esclusivamente afferenti ai rimedi civilistici, che possono arrecare notevoli difficoltà agli interpreti³⁷. Ad avviso della tesi in esame, quest'ultimo problema – riconducibile a un bisogno di coerenza tra norme giuridiche interne e sovranazionali – non deve tuttavia essere confuso con quello della creazione di un sistema giuridico di diritto privato. Mettendo da parte l'idea difficilmente realizzabile della costruzione di un sistema generale coerente³⁸, è possibile procedere in modo pragmatico garantendo di volta in volta che nel settore preso in considerazione l'attuazione e l'applicazione sul piano interno delle norme europee rispetti gli obiettivi che esse si pongono. La coerenza non assurge dunque a un valore da assicurare in sé, bensì a un carattere che il settore giuridico in cui interviene il legislatore europeo deve avere allo scopo di garantire un elevato livello di effettività del diritto

³⁵ Sul significato da attribuire alla interpretazione teleologica nell'ambito del diritto europeo, v. MARTENS, *Methodenlehre des Unionsrechts*, Tübingen, 2013, p. 456 ss. Sulla questione, v. anche HENNINGER, *Europäisches Privatrecht und Methode*, Tübingen, 2009, p. 389 ss.

³⁶ V. soprattutto CAFAGGI, *A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities*, in ID. (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, 2006, p. 191 ss. In termini generali, sul tema del diritto privato regolatorio, v. da ultimo GRUNDMANN, *Privatrecht und Regulierung*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, cit., p. 907 ss.

³⁷ Ci si riferisce a problemi interpretativi simili a quello, in materia di vendita di beni di consumo, descritto nel precedente paragrafo e altresì a questioni concernenti le modalità con le quali coordinare diversi interventi del legislatore europeo nel contesto del mercato comune: cfr. già GRUNDMANN (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, 2000.

³⁸ Ma v., per un esame della problematica, ancora GRUNDMANN, *Systemdenken und Systembildung*, in RIESENHUBER (ed.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*³, Berlin-München-Boston, 2015, p. 172 ss.

europeo³⁹. Il perseguimento di quest'ultimo obiettivo, richiede dunque un approccio interdisciplinare dello studioso del diritto privato, il quale deve essere in grado di mettere in luce i profili di complementarietà tra le diverse aree dell'ordinamento giuridico.

L'indicazione metodologica sembra invitare il civilista a guardare al sistema in maniera diversa rispetto al passato. Le grandi opere di codificazione, costruzioni coerenti e sistematiche, le cui basi in gran parte nascevano nella mente di singoli giuristi del calibro di Portalis, von Zeiller e Windscheid sembrano operazioni da considerare ormai irrealistiche⁴⁰. Ciò non significa che il modello del codice civile debba essere abbandonato⁴¹. L'impatto del diritto dell'Unione europea in alcuni settori rende necessaria l'elaborazione di regole in grado di garantire la complementarietà tra obiettivi europei e rimedi civilistici, ma ciò non determina necessariamente il superamento del modello del codice civile⁴². La sistematica interna del codice civile può essere preservata mediante una soluzione 'unitarista' o

³⁹ ACKERMANN, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, cit., p. 780. Sul principio di effettività in ambito europeo, v. N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in Rutgers e Sirena (eds.), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 46 ss., spec. p. 49; ID., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 89 ss.; nella nostra dottrina, PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 804 ss., spec. p. 811; VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 381 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.

⁴⁰ In questo senso, BASEDOW, *Sektorielle Politiken und allgemeine Privatrechtssystematik*, in *ZEuP*, 2018, p. 785.

⁴¹ In merito alla persistente 'centralità' del codice civile, v. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 18: «Il dibattito sulla c.d. decodificazione ha infine chiarito in maniera inoppugnabile che il moltiplicarsi di modelli e di fonti non ha messo fuori gioco il codice, che anzi è rimasto la fonte fondamentale di disciplina dei rapporti privati».

⁴² V. soprattutto SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 378 ss., ove gli autori nella parte finale svolgono anche considerazioni de iure condendo concentrate sul libro sesto del codice civile.

‘separatista’. Nei settori in cui ha inciso il diritto privato europeo, le norme interne devono però essere ‘pensate’ e redatte anche nella prospettiva dell’attuazione degli obiettivi politici del legislatore di Bruxelles.

Un esempio molto discusso nella nostra letteratura ha riguardato la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dei rapporti con i rimedi civilistici. Alcuni autori hanno affrontato il problema dell’applicabilità dei rimedi civilistici, in particolare della disciplina del dolo ai sensi dell’art. 1439 c.c., in caso di pratica commerciale ingannevole⁴³. La lettera della norma del codice civile, nel riferirsi a «raggiri usati da uno dei contraenti», rende difficile l’applicazione del rimedio dell’annullamento del contratto a casi in cui un soggetto decida di concludere il contratto sulla base di una mera informazione ingannevole. Diversamente, i PECL e il DCFR presentano in proposito soluzioni fruibili⁴⁴.

4. *Il diritto dell’Unione europea come veicolo per la competizione tra ordinamenti europei: il caso della ‘Brexit’.*

Il diritto dell’Unione europea assume importanza per lo sviluppo del diritto interno anche per un ulteriore motivo. Le libertà

⁴³ Cfr. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in ID. (ed.), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 36 ss.; ID., *Infringement of the Prohibition of Unfair Commercial Practices and Tort Law*, in Schulze (ed.), *Compensation of Private Losses: The Evolution of Torts in European Business Law*, Munich, 2011, 115 s.; ID., *Unfair commercial Practices and Italian Private Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, p. 251, spec. p. 254; F.P. PATTI, ‘*Fraud*’ and ‘*Misleading Commercial Practices*’: *Modernising the Law of Defects in Consent*, in *ERCL*, 2016, p. 307 ss.; DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, I, Napoli, 2018, p. 759 ss. Per un’applicazione della teoria da parte dell’Arbitro per le controversie finanziarie, v. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell’Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1516 ss.

⁴⁴ F.P. PATTI, ‘*Fraud*’ and ‘*Misleading Commercial Practices*’, cit., pp. 325-328. V. in particolare le norme sul dolo contrattuale previste dagli artt. 4:107 PECL e II.-7:205(1) DCFR. Su cui cfr. gli approfonditi riferimenti di LOHSSE, *Art. 4:107: Fraud*, in Jansen e Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, p. 689 ss.

fondamentali e altri principi di diritto europeo permettono la circolazione delle soluzioni giuridiche nell'ambito degli Stati membri⁴⁵. Un esempio molto noto riguarda i tipi societari, ma un'analoga 'circolazione' potrebbe attenere al diritto contrattuale scelto dai contraenti per regolare il proprio rapporto⁴⁶. In questo senso, il diritto dell'Unione europea mediante il Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I) – nello specifico in virtù dell'ampio margine di autonomia riconosciuto dall'art. 3 – permette ai contraenti di selezionare il diritto nazionale applicabile al contratto⁴⁷.

La fortuna di un modello giuridico nazionale all'estero può quindi determinare il recepimento da parte del legislatore dello stato straniero. Questo ovviamente deve indurre ad assegnare alla comparazione un ruolo molto significativo per lo sviluppo del diritto nazionale ed europeo⁴⁸. L'esperienza di altri Paesi rappresenta una

⁴⁵ V. per tutti KIENINGER, *Competition between Legal Systems*, cit., p. 637.

⁴⁶ In termini critici, v. tuttavia VOGENAUER, *Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence*, 21 *ERPL*, 2013, p. 13 ss.

⁴⁷ L'aspetto più significativo sembra attenere alla possibilità di sottoporre al diritto di un determinato Stato membro un contratto esclusivamente riconducibile a un diverso Stato membro: cfr. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I*, in ID. (a cura di), *La nuova legge comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, 67, 70-5; RÜHL, *Choice of Law by the Parties*, in Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, cit., p. 194; ALPA, *Autonomia delle parti e scelta della legge applicabile al contratto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 581. Peraltro, con riferimento ai limiti derivanti dall'applicazione delle norme imperative dello Stato al quale il contratto si riferisce, di recente si è proposto di considerare quale elemento di internazionalità, utile a rendere inapplicabile il disposto di cui all'art. 3, comma 3, Regolamento (CE) n. 593/2008 (Roma I), la mera utilizzazione di contratti standard in uso nella prassi internazionale: v. BÖHLE, *Abwahl zwingenden Rechts in Inlandsfällen*, in *ZEuP*, 2019, p. 72, spec. pp. 87-89.

⁴⁸ Sul punto, v. da ultimo MOCCIA, *De la comparaison a l'intégration juridique: le chemin de la citoyenneté européenne*, in *Studi in onore di Antonio Gambaro*, I, Milano, 2017, p. 273 ss.

sorta di banco di prova e deve essere analizzata con attenzione nelle ipotesi in cui si avverte la necessità di una riforma⁴⁹.

Movendo dalle vicende della c.d. 'Brexit', si è di recente osservato che la competizione tra gli ordinamenti nazionali è altresì prodromica all'adozione di soluzioni efficaci da parte del legislatore dell'Unione europea⁵⁰. Queste ultime spesso non sono create *ex novo* dal legislatore sovranazionale, ma sono il frutto di veri e propri trapianti giuridici che hanno l'effetto di proiettare una disciplina nazionale nell'ambito del processo di armonizzazione del diritto e farla recepire da altri ordinamenti nazionali⁵¹. Proprio con riferimento alla Gran Bretagna sono stati messi in luce dei casi in cui le normative britanniche hanno indotto l'adozione di normative innovative in altri ordinamenti nazionali e al livello europeo⁵². Tra gli esempi menzionati figurano, tra l'altro, il tipo societario della *English private company limited*, che ha spinto il legislatore tedesco alla predisposizione del nuovo tipo societario della *Unternehmergeellschaft*, e le normative britanniche in tema di contratti stipulati in caso di crisi dell'impresa, idonee a influenzare le regole dell'Unione europea concernenti l'insolvenza. Si prevede che l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea determinerà il venir meno o comunque renderà meno efficace questa concorrenza virtuosa, assicurata dalla esperienza giuridica del *common law*⁵³, in

⁴⁹ Con riferimento all'esperienza giuridica francese, v. ANCEL, FAUVARQUE-COSSON e GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, 2017, p. 189 ss.; FAUVARQUE-COSSON, *Réforme du droit des contrats: l'approche comparatiste, européenne et transnationale*, cit., p. 305 ss.

⁵⁰ Cfr. EIDENMÜLLER, *Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, in *ZEuP*, 2018, p. 868 ss.

⁵¹ Con riferimento all'ordinamento giuridico tedesco, v. JANSSEN e SCHULZE, *Legal Cultures and Legal Transplants in Germany*, in *19 ERPL*, 2011, p. 225 ss.; con riguardo all'ordinamento dei Paesi Bassi, v. SMITS, *Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience*, in *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 2003, p. 551 ss.

⁵² EIDENMÜLLER, *Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*, cit., p. 872 ss.

⁵³ EIDENMÜLLER, *Collateral Damage*, cit., p. 889 ss.

quanto i ‘prodotti’ giuridici britannici saranno più difficilmente esportabili all’estero.

Pur apparendo difficile valutare il reale impatto della c.d. ‘Brexit’ sul diritto privato europeo, non sembra revocabile in dubbio che i dati raccolti permettono di affermare che le norme dell’Unione europea, in settori del diritto non armonizzati, agevolano la circolazione delle soluzioni giuridiche e possono sollevare l’esigenza pratica di un intervento legislativo interno nel caso in cui una normativa straniera si profili qualitativamente superiore o più efficiente. Dall’esame compiuto risulta confermato che il diritto dell’Unione europea, nel riconoscere le libertà fondamentali, non costituisce un ostacolo, bensì promuove la concorrenza tra gli ordinamenti giuridici⁵⁴. Da un lato, l’obiettivo della coerenza interna può essere raggiunto in diverse maniere; dall’altro, il diritto dell’Unione europea, garantendo la circolazione dei modelli giuridici, rappresenta un fattore idoneo a indurre i legislatori a competere tra loro.

5. I progetti di armonizzazione del diritto.

Come è emerso nel corso dei lavori preparatori che hanno portato alla riforma di importanti codificazioni, sembra inoltre indispensabile prendere in considerazione le normative di *soft law*⁵⁵. Da un punto di vista teorico, quantomeno in materia contrattuale, secondo parte della dottrina esse concorrono con quelle nazionali potendo essere scelte dalle parti come *lex contractus*. In effetti, non è escluso, sebbene si abbiano pochi riscontri nell’ambito della prassi,

⁵⁴ Così SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 113 s.

⁵⁵ Per uno sguardo d’insieme, v. SIRENA, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *ZEuP*, 2018, p. 839 ss., spec. p. 851 ss. Con riferimento all’esperienza giuridica tedesca, cfr. ACKERMANN, *Uniform Rules as Guidelines for National Courts and Legislatures: The German Experience*, in De Elizalde (ed.), *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, cit., p. 91 ss.

che tali progetti possano fungere da diritto applicabile al contratto⁵⁶. In questo senso sembra ora orientato l'art. 3 dei Principi de l'Aja in materia di diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali⁵⁷, secondo cui le parti possono sottoporre il proprio contratto a regole di diritto generalmente accettate a livello internazionale, sovranazionale o regionale come un sistema di regole neutrale e bilanciato, salvo che il diritto del foro preveda diversamente⁵⁸. Tale norma, dal contenuto ambiguo, si riferisce alle normative di *soft law*, elevandole a diritto applicabile al contratto nei casi in cui siano rispettati determinati requisiti⁵⁹.

La significativa novità è potenzialmente idonea ad avere ripercussioni nel mondo della prassi, ma allo stato nella prospettiva della concorrenza tra gli ordinamenti, si profila più adeguato – ed in linea con le intenzioni manifestate dagli studiosi che li hanno concepiti – considerare i progetti di armonizzazione del diritto europeo una ‘cassetta degli attrezzi’ (*tool box*), utile a reperire principi, definizioni e regole per una riforma del diritto nazionale⁶⁰.

⁵⁶ V. da ultimo DERYA TARMAN, *Non-national Rules in the Arbitration of Commercial Contracts*, in De Elizalde (ed.), *Uniform Rules for European Contract Law? A Critical Assessment*, cit., p. 71 ss., spec. p. 73 ss.

⁵⁷ Cfr. Hague Conference on Private International Law, *The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Per uno sguardo d'insieme, v. FAUVARQUE-COSSON, *New Principles in the Legal World: The Hague Principles on the Choice of Law in International Commercial Contracts*, in Gullifer e Vogenauer (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law*, Oxford-Portland (Oregon), 2017, p. 455 ss.

⁵⁸ Art. 3: «*The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise*».

⁵⁹ V. spec. MARSHALL, *The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law*, in 66 *Am. J. Comp. L.*, 2018, p. 175 ss. e, nella nostra dottrina, SIRENA, *La scelta dei Principles of European Contract Law (PECL) come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 608.

⁶⁰ In proposito, v., tra gli altri, MEYER, *Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht*, Baden-Baden, 2007; GILKER, *The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the 'academic' to the 'political'*, in Devenney e Kenny (eds.), *The Transformation of European Private Law*, Cambridge, 2013, p. 23, spec. pp. 40-42. Con riguardo ai Principi Unidroit, v. anche MICHAELS, *The UNIDROIT Principles as Global Background*

Peraltro, la recezione di soluzioni accolte nei progetti di armonizzazione del diritto non determina necessariamente la rinuncia alla competizione con gli ordinamenti giuridici stranieri⁶¹. Tenuto conto delle notevoli differenze che tuttora sussistono tra le legislazioni nazionali e il periodo di crisi dell'Unione europea, l'accoglimento da parte di un legislatore statale di regole contenute nelle normative di *soft law* non verrebbe considerato un passo significativo verso l'armonizzazione del diritto europeo. Inoltre, il legislatore ha la facoltà di selezionare tra le diverse regole quelle più consone a innovare il diritto interno. In questa maniera, è possibile mettere a punto soluzioni originali orientate verso l'europeizzazione, ma caratterizzate dal permanere di un'impronta nazionale.

Al di là delle soluzioni accolte nel merito, interessa il metodo con il quale i gruppi di studio hanno predisposto le normative modello. I principi e le regole sono il frutto di una ricerca comparatistica e spesso rappresentano un compromesso, non essendo sempre possibile trarre dalla ricerca negli ordinamenti statali risposte sicure in ordine alla disciplina da prediligere nel contesto europeo (soprattutto nel confronto tra gli ordinamenti di *civil law* e *common law*). In molti casi, le difficoltà hanno spinto alla utilizzazione nei testi normativi di clausole generali o concetti giuridici indeterminati⁶² che, in ambito nazionale, richiederebbero – ad avviso di alcuni studiosi – un'opera di concretizzazione. In ogni caso, un elemento che potrebbe assumere rilievo in senso positivo è il tentativo di elaborare una disciplina semplice, agevolmente comprensibile al livello internazionale (sotto questo profilo, in relazione al suddetto problema della recezione del diritto dell'Unione europea, è necessario valutare la sistemazione delle regole dell'*acquis communautaire* nel contesto del *Draft Common Frame of Reference*). Inoltre, la natura accademica dei progetti di

Law, in 19 *Unif. L. Rev.*, 2014, p. 643 ss.; RUEDA, *Incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats en Europe*, Paris, 2015.

⁶¹ In questo senso, v. SMITS, *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory*, in *Georgia J. Int'l & Comp. L.*, 2002, p. 79, spec. p. 80: «the mere drafting and enacting of “principles” of European private law does not in itself lead to uniformity».

⁶² Cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*², Milano, 2013.

armonizzazione del diritto dovrebbe assicurare alle norme un carattere 'moderno' e garantire che esse siano al passo con le attuali esigenze della società, poiché sono state redatte da studiosi esperti della materia nel contesto europeo, in grado di valutare i problemi della prassi interna (alle diverse esperienze giuridiche) e di quella internazionale.

6. Il superamento dei confini nazionali.

Il rapporto tra normative modello e codificazioni evoca l'antico rapporto tra codificazione e diritto comune⁶³. Sotto questo profilo, giova ricordare il titolo di un lontano convegno nel quale si discuteva di nuove prospettive per un diritto comune europeo⁶⁴. Vi fu un'epoca storica in cui i codici e il diritto comune concorsero, per poi alternarsi. Innegabilmente, negli ultimi decenni si è a lungo discusso del fatto che una concorrenza che sfocia in un'alternanza potrebbe immaginarsi anche nel futuro, ma all'inverso, nel senso che un codice civile europeo potrebbe sostituirsi ai codici civili nazionali⁶⁵. Allo stato attuale interessa però maggiormente l'esame del rapporto tra i codici nazionali e i progetti di armonizzazione del diritto.

Nel discutere in merito al rapporto tra il diritto comune e il diritto statale, la differenza più rilevante atteneva al 'modo di guardare al diritto'. La fonte giuridica del diritto comune si rinveniva nella storia, quella della codificazione in un'autorità sovrana. Questa problematica ovviamente non ricorre nel rapporto tra codici nazionali e progetti di armonizzazione, non essendo questi ultimi mai stati diritto positivo⁶⁶. Ma sussistono anche delle affinità: il

⁶³ V. *amplius* CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998, p. 38 ss.

⁶⁴ V. i contributi raccolti in CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leiden-London-Boston, 1978.

⁶⁵ Per una panoramica relativa alle principali problematiche, v. SCHMIDT-KESSEL, *European Civil Code*, in Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, cit., p. 553 ss.

⁶⁶ Non sembra attribuire un peso significativo ai progetti di codificazione JANSEN, *Ius Commune*, in Basedow, Hopt, Zimmermann e Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, II, cit., p. 1006 ss., spec. p. 1010, ove l'autore, pur dando atto dell'esistenza di una scienza giuridica europea,

diritto comune, alla stessa stregua degli odierni progetti di armonizzazione del diritto, era connotato dal primato della scienza, alla quale veniva sostanzialmente delegata la produzione di regole giuridiche⁶⁷. Somiglianze ancora più rilevanti attengono al possibile contenuto di una codificazione del futuro. Pio Caroni riscontra che «i codici pullulano letteralmente di disposizioni tolte di peso dal diritto comune, o che in quelle hanno un ascendente dogmatico»⁶⁸. Alcuni romanisti hanno studiato le codificazioni alla ricerca di regole che traevano origine nel diritto romano⁶⁹. Oggi, ad esempio, nel commentare le normative di nuovo conio del legislatore francese generalmente si presenta un confronto con i progetti di armonizzazione del diritto⁷⁰. In futuro, probabilmente, essi saranno considerati dei contenitori di storia del diritto occidentale dai quali i legislatori nazionali hanno attinto nelle opere di ricodificazione. Questi tentativi di proporre un quadro di regole armonizzato non

afferma che rispetto alla tradizione del *ius commune* sono assenti un testo di riferimento e un sufficiente livello di autonomia della scienza giuridica rispetto al diritto usato nella prassi e applicato dalle Corti. V. anche WESEL, *Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*, München, 2010, pp. 337-340.

⁶⁷ ZIMMERMANN, *'Ius Commune' and the Principles of European Contract Law: Contemporary Renewal of an Old Idea*, in MACQUEEN e ZIMMERMANN (eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh, 2006, p. 1 ss., spec., sul ruolo della dottrina, pp. 38-41.

⁶⁸ CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 43: «si verifica una (non troppo sorprendente) coesistenza fra il rifiuto del valore sussidiario del diritto comune, e la valorizzazione puntuale di concetti, istituti e regole in esso radicate». Con riferimento all'ordinamento spagnolo, v. MASFERRER e OBARRIO, *The 'ius commune' as the 'ratio scripta' in the civil law tradition: a comparative approach to the Spanish case*, in MORÉTEAU, MASFERRER e MODÉER (eds.), *Comparative Legal History*, cit., p. 212 ss.

⁶⁹ V. in proposito le considerazioni di ZIMMERMANN, *Roman Law*, in BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN e STIER (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, II, cit., p. 1490: «The codifications of continental Europe have brought the 'second life' of Roman law to an end».

⁷⁰ Per un confronto tra la riforma del diritto contrattuale francese e le regole del commercio internazionale, v. ad esempio JOURDAIN-FORTIER e MIGNOT, *Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international*, Paris, 2016.

esauriscono certamente il ruolo della dottrina nel contesto del diritto privato europeo e non eliminano la fisiologica concorrenza tra gli ordinamenti giuridici. Come è avvenuto in passato con il *ius commune*, alcune regole modello sono riutilizzabili nelle opere di ricodificazione, ma la spinta propulsiva del diritto privato, che nasce da esigenze sociali ed economiche sempre nuove, di certo determinerà l'elaborazione di soluzioni e teorie innovative.

Nell'ottica di uno studio sulla 'pertinenza', come è avvenuto nell'esperienza giuridica francese, sembra dunque necessario estendere l'indagine comparatistica ai progetti di armonizzazione del diritto ed agli studi dottrinali che hanno espresso considerazioni critiche sulle soluzioni accolte⁷¹. Non è escluso che norme dei progetti di armonizzazione del diritto, da un punto di vista legislativo, risultino 'pertinenti' per l'ordinamento giuridico italiano. Nel decidere circa l'eventuale recezione del modello sovranazionale si porrà l'esigenza di valutare le peculiarità dell'ordinamento interno e le ragioni storiche sottese alle scelte del legislatore, in particolare nei casi in cui le differenze tra la disciplina interna e quella sovranazionale si presentino accentuate. In ogni caso, come è dimostrato dalle più recenti opere di ricodificazione⁷², le scelte di un legislatore che intende modernizzare il proprio diritto non devono necessariamente portare all'adozione di regole modello sovranazionali. Sembra tuttavia indispensabile che queste ultime siano attentamente considerate nell'ambito dei lavori che precedono l'elaborazione di una proposta di riforma del codice civile.

7. Il ruolo della scienza giuridica e dell'insegnamento.

Un discorso sul diritto privato europeo e sull'evoluzione degli ordinamenti giuridici nazionali non potrebbe essere svolto in assenza di un riferimento all'importante ruolo svolto dal formante

⁷¹ ANTONIOLLI, FIORENTINI e GORDLEY, *Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, in *Am. J. Comp. L.*, 2010, p. 343 ss.; JANSEN e ZIMMERMANN, *A European Civil Code in All but Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge L.J.*, 2010, p. 98 ss.

⁷² Cfr. S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 435 ss.

dottrinale⁷³. Il diritto privato europeo, formato dai progetti di armonizzazione del diritto, può infatti definirsi ‘scientifico’ poiché è il risultato dell’elaborazione di gruppi di studiosi provenienti da diverse esperienze giuridiche, basata su riscontri comparatistici⁷⁴. Tali progetti rappresentano un punto di riferimento importante nel contesto europeo e sono stati di recente riordinati sistematicamente e presentati in una veste unitaria nell’ambito di un progetto di ricerca sfociato in una pubblicazione di notevole rilevanza⁷⁵. I curatori dell’opera da ultimo citata osservano esattamente che il periodo di stallo che negli ultimi tempi ha investito le attività delle Istituzioni europee nel campo del diritto contrattuale non costituisce la fine di un percorso. Il diritto contrattuale europeo continuerà ad esistere e il compito della dottrina è sfruttare il periodo di inattività del legislatore europeo per cercare di sviluppare dottrine comuni, riscoprire i fondamenti dei diversi ordinamenti giuridici e cercare di rinvenire punti di contatto⁷⁶. Nel complesso quadro descritto, i giuristi europei non dovrebbero occuparsi soltanto di problemi di coordinamento tra norme interne e norme sovranazionali, ma esprimere valutazioni critiche sul diritto dell’Unione europea, mettendone in luce le carenze e proponendone modifiche⁷⁷.

⁷³ Cfr. MACARIO, *Le forme del diritto nella storia presente: il nuovo diritto europeo dei contratti tra ordine, ragione e decisione*, in *Quaderni fiorentini*, XLI, 2012, p. 441, spec. p. 473 ss.

⁷⁴ Sul concetto di ‘diritto scientifico’, v. ZIMMERMANN, *‘Wissenschaftliches Recht’ am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts*, in BUMKE e RÖTHEL (Hrsg.), *Privates Recht*, cit., p. 21 ss.

⁷⁵ JANSEN e ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, cit. V. già JANSEN, *Im Labyrinth der Regelwerke*, in *ZEuP*, 2017, p. 761 ss.

⁷⁶ JANSEN e ZIMMERMANN, *General Introduction*, in ID. (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, cit., p. 13 ss.

⁷⁷ V., ad esempio, EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER e ZIMMERMANN, *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011, che si propone di fornire un contributo costruttivo alla revisione dell’*acquis* comunitario. Da ultimo, v. anche LOOS, *The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?*, in *27 ERPL*, 2019, pp. 113-134, nonché per delle considerazioni rivolte non solo al diritto dell’Unione europea, WILLETT, *Re-Theorising Consumer Law*, in *77 Cambridge L.J.*, 2018, p. 179 ss.

D'altra parte, la dottrina deve anche avviare un confronto tra studiosi a livello internazionale, che coinvolga teorie e soluzioni sviluppate al livello interno. Queste ultime costituiscono un bagaglio culturale indispensabile nella prospettiva della riforma dei codici nazionali e della creazione di un diritto privato europeo plasmato da studiosi provenienti da diverse parti d'Europa⁷⁸. Risulta quindi necessario promuovere con più vigore rispetto al passato lo svolgimento di studi comparatistici, di ausilio non soltanto per un'eventuale ricodificazione del diritto nazionale, ma anche per il rafforzamento della cultura giuridica europea⁷⁹. Come scriveva Vincenzo Scalisi, quasi quindici anni or sono, il pensiero giuridico ha il compito di «fornire quell'indispensabile contributo di proposte e di idee in grado di portare a compimento il processo di costruzione di un *commune ius* civile europeo»⁸⁰. In questa prospettiva, i giuristi devono concorrere con contributi critici e proposte costruttive, mentre l'obiettivo dell'armonizzazione è soltanto raggiungibile attraverso lo sviluppo di un pensiero giuridico comune, basato sulla conoscenza delle differenze tra gli ordinamenti nazionali e sulla promozione di un piano di studi autenticamente internazionale. Non si tratta certamente di un compito facile e, tuttavia, per valutare la 'pertinenza' di una norma in un contesto internazionale occorre avere le competenze per farlo. In proposito, sembra opportuno ricordare l'avvertimento di Rodolfo Sacco, secondo cui occorre muovere dall'insegnamento per formare 'il giurista europeo'⁸¹. Un insegnamento esclusivamente orientato alla conoscenza del diritto

⁷⁸ In questo senso, v. SIRENA, *Die Rolle wissenschaftlicher Entwürfe*, cit., 858 ss.

⁷⁹ V. già KÖTZ, *Compiti antichi e nuovi del diritto comparato*, in S. Patti (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, 2001, Milano, 2002, p. 12 ss.

⁸⁰ SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in ID. (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa. Convegno internazionale di studio nel Cinquantenario della Conferenza Europea di Messina per l'inaugurazione del Centro Eurodip S. Pugliatti*, Milano, 2007, p. 4.

⁸¹ SACCO, *Il compito della dottrina tra uniformità e diversità delle norme*, in Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., p. 98: «La dottrina è due cose. Da un lato: la dottrina pensa. Dall'altro lato: la dottrina trasmette il suo sapere, cioè insegna».

FRANCESCO PAOLO PATTI

nazionale appare destinato a condurre all'isolamento della nostra scienza giuridica⁸². Ciò renderebbe certamente ardua la competizione con altri ordinamenti giuridici e ridurrebbe notevolmente il ruolo dei giuristi italiani nel processo di edificazione del diritto privato europeo.

⁸² Per una nuova impostazione metodologica, v. ora SIRENA, *Introduction to Private Law*², Bologna, 2019, p. 68 s.: «*Studying Italian law would mean to ascertain the acts adopted by the Italian state while creating its own law, and the same would apply to German law, French law, etc. This stance led to an exasperated nationalism of legal education, which is nowadays the most dreadful threat to the future of law and of legal knowledge. In fact, any law (seeking justice as such) and any science (seeking truth as such) are hardly conceivable on a national scale*».

SALVATORE PATTI
Professore emerito di diritto privato
Università di Roma la Sapienza

NOTE IN TEMA DI PRESUNZIONI SEMPLICI

SOMMARIO: 1. Il frequente ricorso alle presunzioni semplici nella giurisprudenza in tema di risarcimento del danno. – 2. Il ragionamento della Corte di cassazione. – 3. Prova mediante presunzione semplice e possibilità di prova contraria. – 4. Presunzioni semplici e presunzioni legali *iuris tantum*. – 5. Presunzioni semplici, prova *prima facie* e argomenti di prova. – 6. La «costruzione» della presunzione semplice e il rapporto tra presunzione semplice e onere della prova. – 7. Presunzioni semplici, principio del contraddittorio e prova contraria. – 8. I requisiti richiesti dell'art. 2729 c.c.: gravità, precisione e concordanza. – 9. Le presunzioni semplici basate su un unico indizio e la c.d. *praesumptio de praesumpto*. – 10. Presunzioni semplici e presunzioni giurisprudenziali. – 11. La presunzione semplice come strumento di prova «oltre il diritto».

1. *Il frequente ricorso alle presunzioni semplici nella giurisprudenza in tema di risarcimento del danno.*

Le presunzioni semplici, di recente definite «sconosciute»¹, a volte trattate soltanto in alcune pagine nei volumi dedicati alle prove²

¹ Lo scritto costituisce la rielaborazione di una relazione svolta al Convegno di studi su “*Le presunzioni semplici, queste sconosciute*”, organizzato dal Consiglio dell’ordine degli avvocati e dalla Fondazione dell’avvocatura di Treviso (30 novembre 2018).

² Ad esempio, nel celebre libro di CARNELUTTI, *La prova civile*², Roma, 1947, p. 107, 113 – 118. Alcune pagine si rinvengono inoltre nell’Appendice curata da Augenti, per la 2° edizione, 286, 303-305. Così anche nella dottrina francese: cfr. VERGÈS, VIAL, LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, 2015, p. 244-249; AYNÈS, VUITTON, *Droit de la preuve*², Paris, 2017, p. 345-352.

e persino in quelli in tema di presunzioni³, o in poche righe nei manuali di diritto privato⁴, hanno acquistato negli ultimi anni un ruolo di primo piano nella giurisprudenza e, in particolare, nelle sentenze in materia di risarcimento del danno, nonostante da tempo sia stato osservato che esse «*constituent un procédé de preuve dangereux*»⁵.

Uno dei motivi del frequente ricorso alle presunzioni semplici viene individuato nell'affermazione della risarcibilità di alcune fattispecie di danno, in genere non patrimoniale, che non può essere provato – o può essere provato con grande difficoltà – mediante prova diretta. Ciò anche perché la Corte di cassazione rimane quasi sempre fedele alla tesi secondo cui il danneggiato deve allegare e provare non soltanto il danno evento ma anche il danno conseguenza, non ammettendosi il danno *in re ipsa*, ma nel contempo facilita la posizione dell'onerato richiedendo soltanto un'allegazione dettagliata e «costruendo» una presunzione semplice per quanto concerne la dimostrazione del secondo⁶.

³ Cfr. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere della prova*, Torino, 2014, p. 189 ss. Nella dottrina meno recente v. RAMPONI, *La teoria delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, p. 309. Anche nel libro di PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935, l'attenzione è rivolta quasi esclusivamente alle massime di esperienza e alla prova *prima facie*. Parimenti, soltanto brevi cenni si rinvengono nei saggi raccolti in *Les présomptions et les fictions en droit*, Etudes publiées par Perelman et Forières, Bruxelles, 1974.

⁴ V., ad es., BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*², Milano, 2018, p. 666; TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*²⁴, Milano, 2019, p. 258.

⁵ Così CHABAS, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1996, p. 596. Nel senso che la legge ammette le presunzioni semplici «non senza una certa ombra di diffidenza», v. REDENTI, *Diritto processuale civile*³, 2, Milano, 1985, p. 61. Per analoghe considerazioni v. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in questa *Rivista*, 1986, p. 853 s., il quale ritiene che la previsione di requisiti legali per la valutazione delle prove critiche evidenzia palesemente il sospetto che il legislatore nutre nei loro confronti come prove meno «sicure» rispetto alle prove dirette o storico-rappresentative (p. 855).

⁶ Giurisprudenza costante in materia di danno non patrimoniale: v. tra le altre, Cass., 10 maggio 2018, n. 11269; Cass., 28 febbraio 2019, n. 5807. In particolare, nel senso che la lesione del rapporto parentale non costituisce un'ipotesi di danno *in re ipsa*, v. Cass., 23 giugno 2016, n. 12985, in *D&G*, 2016, con nota di SAVOIA. Altre decisioni si rinvengono, ad esempio, in materia di immissioni di rumore

Risulta inoltre costante l'affermazione secondo cui non è necessario che i fatti sui quali la presunzione (semplice) si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile, purché l'inferenza sia effettuata alla stregua di un canone di ragionevole probabilità, con riferimento alla connessione degli accadimenti la cui normale sequenza e ricorrenza può verificarsi in base a regole di esperienza, alla luce di un criterio di normalità, basato sull'*id quod plerumque accidit*⁷.

Ricordato, quindi, che la prova presuntiva non è «più debole» degli altri mezzi di prova, si considera sufficiente, ad esempio, che il danneggiato abbia allegato il fatto base della normale e pacifica convivenza del proprio nucleo familiare nonché le lesioni subite dal

superiori alla normale tollerabilità: tra le più recenti Cass., 18 luglio 2019, n. 19434. In materia di danno da occupazione *sine titulo*, v. Cass. 25 maggio 2018, n. 13071, in *Giur. it.*, 2018, p. 1555; e in *Gazzetta forense*, 2018, p. 454 ss. con nota di SORRENTINO.

Peraltro, l'orientamento all'interno della Corte suprema non è uniforme: v., in particolare, Cass., 31 luglio 2019, n. 20708 e Cass., 28 agosto 2018, n. 21239, in *Danno e resp.*, 2019, p. 401 che affermano il danno *in re ipsa* nel caso di ritardata consegna di un bene immobile. Ma in senso contrario (diversa sezione), Cass., 24 aprile 2019, n. 11203, secondo la quale «nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente “in re ipsa”».

Ambigua Cass., 15 dicembre 2016, n. 25898, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Danni civili*, n. 114, secondo cui il danno può definirsi *in re ipsa*, ma non viene meno «l'onere per l'attore quantomeno di allegare, e anche di provare, con l'ausilio delle presunzioni, il fatto da cui discende il lamentato pregiudizio». V. anche Cons. Stato, 27 maggio 2019, n. 3428, in *Giur. it.*, 2019, p. 1517 che considera *in re ipsa* il danno per mancato godimento del bene a causa di occupazione illegittima.

⁷ Afferma che «perché il giudice possa dedurre dal fatto noto il fatto ignorato, non occorre che quest'ultimo sia la necessaria conseguenza dei fatti accertati, ma basta che sussista la probabilità del fatto supposto», già Cass., 15 novembre 1977, n. 4965, in *Giur. it.*, 1978, c. 1037 ss. Tra le decisioni più recenti, Cass., 2 maggio 2017, n. 5374; Cass., 5 dicembre 2017, n. 28995; Cass., 15 marzo 2018, n. 6387, in *Foro it.*, 2018, p. 3656, con nota di PATTI, *Restituzione dell'immobile locato e prova del danno da deterioramento*, da cui è tratta la citazione. Deve pertanto considerarsi superato l'orientamento più rigido, alla luce del quale il fatto ignoto dovrebbe desumersi con assoluta certezza del fatto noto: in argomento v. D'ANGELO, *Il controllo della Cassazione sui requisiti delle presunzioni semplici*, in *Foro it.*, 1973, I, c. 149 ss.

proprio congiunto all'esito del fatto/evento lesivo, tali da comportare una sofferenza interiore idonea a determinare un'alterazione del proprio modo di relazionarsi con il mondo esterno, inducendo a scelte di vita diverse⁸. Si legge, ancora, che «il fatto illecito costituito dalla uccisione di uno stretto congiunto [...] dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nella sofferenza morale che solitamente si accompagna alla morte di una persona cara»⁹.

In altri termini, per l'attore è di regola sufficiente allegare la sofferenza interiore e «il fatto base della normale e pacifica convivenza del proprio nucleo familiare»; la suddetta allegazione risulta determinante nella misura in cui non vi sia contestazione specifica, evento ben raro alla luce del carattere chiuso delle relazioni attinenti al nucleo familiare (31950, 2018 – 29830, 2018 – 10527, 2011, cit.). Nulla, in genere, si aggiunge circa la prova contraria, che finisce per acquistare i contorni di una astratta possibilità¹⁰, in quanto, a ben vedere, viene presa in considerazione (solo) se già sussiste nel materiale istruttorio, poiché impedisce la costruzione della presunzione¹¹, né un'adeguata riflessione si

⁸ Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1802.

⁹ Cass., 11 dicembre 2018, n. 31950, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 1647 ss., con nota di SALOMONI. In senso analogo Cass., 31 gennaio 2019, n. 2788, in *Foro it.*, 2019, I, c. 782 (s.m.), con nota di PONZANELLI. Con riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale, problematica non oggetto della presente indagine, v., per tutti, NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010; SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013, spec. p. 133 ss.

¹⁰ V. però Cass., 11 dicembre 2018, n. 31950, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 438 s., con nota di DE PAMPILIS, *Danno da uccisione del familiare: niente risarcimento al coniuge "infedele"*, che supera la suddetta presunzione semplice sulla base della esistenza di una relazione extraconiugale.

¹¹ Cfr. Cass., 8 giugno 1983, n. 3937: anche per la revocatoria ordinaria è ammissibile la prova per presunzioni semplici della *scienza danni* da parte dell'acquirente, senza che, in mancanza di limitazioni stabilite dalla legge, sia al riguardo da richiedere un particolare rigore o da adottare un diverso concetto di presunzione semplice, che, costituendo un mezzo di prova sussidiario, utilizzabile in assenza di prove contrarie e rimesso al prudente apprezzamento del giudice, può fornire una certezza relativa, idonea a colmare le lacune istruttorie, specialmente in materia nella quale è difficile o impossibile acquisire la prova diretta.

riscontra con riguardo alla mancata contestazione dei fatti allegati, rilevante per la costruzione della presunzione¹², dovuta spesso alla impossibilità, per il convenuto, di conoscere circostanze che riguardano la vita privata e familiare del (presunto) danneggiato.

Particolarmente significativa, la statuizione di chiusura di una delle sentenze prese in esame, secondo cui «in presenza dell'allegazione del fatto base delle gravi lesioni subite dal figlio convivente, il giudice deve ritenere in particolare provata la sofferenza interiore (o patema d'animo) e lo sconvolgimento dell'esistenza che (anche) per la madre ne derivano»¹³.

Lo schema probatorio è pertanto il seguente: allegazione circostanziata del fatto (o dei fatti) base e costruzione della presunzione semplice, che – secondo la Corte suprema – determina l'onere della controparte di fornire prova contraria¹⁴, e in mancanza conduce a ritenere provato il danno esistenziale. Emerge, in definitiva, una (sostanziale) contraddizione tra l'affermazione iniziale, secondo cui il danno alla persona non può considerarsi *in re ipsa* e l'*iter* argomentativo sopra descritto, che conduce all'affermazione della sussistenza del danno senza che alcuna prova – neppure quella del fatto base della presunzione, in particolare la «normale e pacifica convivenza» – sia stata fornita dall'attore.

Inoltre, nella sentenza prima ricordata e in altre recenti decisioni si legge che «il danno, anche in caso di lesione di valori della persona, non può considerarsi *in re ipsa*, in quanto ne risulterebbe snaturata la funzione del risarcimento che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno ma «quale pena privata per un comportamento lesivo»¹⁵.

Per quanto concerne l'accertamento del danno – come detto – questo non sempre ha luogo, posto che in molte ipotesi la Corte finisce per ritenere sufficiente l'allegazione del pregiudizio nonché

¹² In senso critico sulla possibilità di costruire una presunzione semplice basata sulla non contestazione del fatto allegato, v. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, 2016, p. 506 ss.

¹³ Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228, cit.

¹⁴ Sul punto v. *infra*.

¹⁵ Cfr. ad es., Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giur. it.*, 2008, p. 68; Cass., 25 maggio 2018, n. 13071, *ivi*, 2018, p. 1555 s.

di «tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto»¹⁶, mentre, invero, qualsiasi allegazione, perfino la più dettagliata, non può considerarsi equivalente ad una prova e quindi all'accertamento del fatto. Ma, soprattutto, sembra criticabile il riferimento alla pena privata, poiché comunque la condanna non sarebbe collegata ad un atto di autonomia privata (come, ad es., avviene nel caso della clausola penale), cosicché non si vede in che cosa consisterebbe il carattere «privato» della sanzione, dovendosi semmai configurarsi la diversa figura dei c.d. «danni punitivi»¹⁷.

In definitiva, nella materia in esame è divenuto almeno in parte obsoleto l'antico insegnamento secondo cui la presunzione semplice – descritta come «*operation de l'esprit*» – determina (soltanto) uno «spostamento» dell'oggetto della prova, idoneo a facilitare la posizione dell'attore poiché la prova del fatto «base» è più agevole di quella di fatto ignoto¹⁸.

2. Il ragionamento della Corte di cassazione.

Esaminiamo meglio il ragionamento usualmente seguito dalla Corte suprema relativamente alla prova del danno mediante presunzioni.

In molte decisioni si afferma che la prova del danno non patrimoniale da uccisione o da lesione dello stretto congiunto può essere data anche a mezzo di presunzioni, e si precisa che esse servono a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi ne è onerato, trasferendo sulla controparte l'onere della prova

¹⁶ Così Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., p. 69.

¹⁷ Sulla distinzione cfr. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 531 ss.; PATTI, *Pena privata*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1996, p. 349 e ss. Con riferimento alla materia in esame, nella vasta letteratura, v. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 289 ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 352 ss. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1999, p. 353 ss.

¹⁸ Cfr., tra gli altri, CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris, 2007, p. 110 ss.

contraria¹⁹. Pertanto, vengono indicate due diverse funzioni: rendere agevole (non eliminare) l'onere della prova in capo al soggetto che ne è gravato; spostare l'onere, sotto forma di prova contraria, sulla controparte.

Vedremo più avanti se all'affermazione della regola segue effettivamente la sua applicazione nel caso concreto.

La Corte spiega la differenza tra presunzione semplice o *hominis* e presunzione legale: la prima – sono parole della Corte – «si caratterizza perché il fatto che la fonda va provato in giudizio, mentre nella presunzione legale è stabilito dalla legge che, attraverso lo schema logico della presunzione, non vuole imporre conclusioni indefettibili, ma introduce uno strumento di accertamento dei fatti di causa che può anche presentare qualche margine di opinabilità nell'operata riconduzione, in base a regole (elastiche) di esperienza, del fatto ignoto da quello noto, mentre, quando queste regole si irrigidiscono, assumendo consistenza di normazione positiva, si ha un fenomeno qualitativamente diverso e dalla *praesumptio hominis* si trapassa nel campo della presunzione legale»²⁰.

Con parole più semplici, la dottrina individua la distinzione nella circostanza che le prime sono «lasciate alla prudenza del giudice» (art. 2729 c.c.) mentre le seconde sono previste dalla legge²¹. Ma dalla massima sopra riportata si evince altresì il passaggio – di cui quindi la giurisprudenza ha piena consapevolezza – dalla presunzione semplice, costruita caso per caso secondo quanto prescritto dall'art. 2729 c.c., alla presunzione legale o, più precisamente (alla luce della mancanza di un dato testuale normativo), alla c.d. presunzione giurisprudenziale, cioè – come si vedrà – ad una presunzione equiparabile alla presunzione *iuris*

¹⁹ V., tra le tante, Cass., 13 maggio 2011, n. 10527, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1092 con nota di PONZANELLI.

²⁰ Cass., 13 maggio 2011, n. 10527 cit.; v. anche Cass., 27 novembre 1999, n. 13291, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Prova civile in genere*, n. 33, secondo cui, a differenza della presunzione semplice, la presunzione legale *iuris tantum*, essendo stabilita dalla legge, «non abbisogna della prova di un fatto sul quale possa fondarsi e giustificarsi».

²¹ Riferimenti in PATTI, *Prove*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja, Branca, Galgano* a cura di De Nova, Bologna, 2015, p. 632 ss.

tantum, non prevista dalla legge bensì espressione del diritto vivente, quale conseguenza dell'affermata «consistenza di normazione positiva»²².

Inoltre, rispetto a quanto sovente sostenuto in giurisprudenza, conviene precisare che (anche) nella presunzione legale il fatto noto, stabilito dalla legge, deve essere provato. La differenza, per quanto concerne il fatto noto, consiste piuttosto nella sua individuazione, essendo esso fissato dal legislatore nelle presunzioni legali, mentre viene indicato di volta in volta dal giudice nelle presunzioni semplici²³. In entrambi i casi, non soltanto in quello della presunzione semplice, esso deve essere provato (o considerato pacifico secondo le regole generali).

Con riferimento alle presunzioni semplici occorre ancora verificare, come si vedrà, se – formata la presunzione – sia in effetti consentito alla parte che ne risulta svantaggiata la possibilità di fornire prova contraria. In altri termini, ci si chiede se nel concreto svolgimento del processo, l'utilizzazione della presunzione semplice da parte del giudice non emerga spesso in una fase in cui la parte da essa svantaggiata non ha più la possibilità – in astratto concessa – di fornire la prova contraria, favorendosi in tal modo le c.d. sentenze «a sorpresa»²⁴.

Esatta, infine, la regola di fonte giurisprudenziale, invero non sempre rispettata, secondo cui occorre in primo luogo una valutazione analitica degli elementi indiziari disponibili, per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e conservare quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale e almeno potenziale di efficacia probatoria. Dopo questa selezione, si richiede

²² V., ancora, Cass., 13 maggio 2011, n. 10527 cit.; Cass., 16 gennaio 2019, n. 966, in *Fam. dir.*, 2019, p. 204; e in *Notariato*, 2019, 2, p. 162, che, in materia di possesso del coerede, dichiara la sussistenza di una presunzione *iuris tantum* che il coerede abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse degli altri coeredi (orientamento consolidato).

²³ Sulla grande varietà di fatti che possono essere considerati «base» per la costruzione della presunzione, v. AYNÈS, VUITTON, *Droit de la preuve*², cit., p. 346 s.

²⁴ Afferma correttamente che il giudice «non può decidere la questione sulla base della presunzione (semplice) senza prima aver dato corso alla prova del contrario», Cass., 24 maggio 1979, n. 2994, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 1934.

una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che non potrebbe considerarsi raggiunta valutando atomisticamente uno o alcuni di essi²⁵.

3. *Prova mediante presunzione semplice e possibilità di prova contraria.*

Come si è osservato, le presunzioni semplici, se utilizzate ripetutamente in una determinata fattispecie, vengono accostate dalla giurisprudenza alle presunzioni legali *iuris tantum*. Tuttavia, la presunzione semplice rappresenta un fenomeno ben diverso rispetto alle presunzioni legali che ammettono la prova contraria²⁶.

Si consideri che la teoria e la disciplina delle prove riguardano i mezzi mediante i quali si dimostrano i fatti che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere in giudizio (o dell'eccezione). Poiché la verità di un fatto si dimostra procedendo dal noto all'ignoto per via di induzione, si deve mettere in evidenza il rapporto tra un fatto noto e un fatto ignoto. Se il rapporto tra i due fatti è immediato e diretto ricorre la prova: es. la quietanza prova il pagamento. Se, invece, il rapporto tra i due fatti è indiretto, affinché il fatto ignoto possa considerarsi provato, occorre fare ricorso al ragionamento presuntivo. In tal senso si precisa che la presunzione (semplice) è la supposizione della verità di un fatto come conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto²⁷.

Il ragionamento di tipo inferenziale si riscontra pertanto sia nel caso della prova che in quello della presunzione. Significativa al

²⁵ Così, ad es., Cass., 7 febbraio 2019, n. 3643, in *Giur. it.*, 2019, p. 746.

²⁶ Sull'«errore concettuale» consistente nel disciplinare nella stessa norma (art. 2727 c.c.) due fenomeni del tutto diversi, v. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1167 s. Viceversa, nella ricostruzione del pensiero di Carnelutti effettuata da Augenti, nell'*Appendice de La prova civile*, cit., p. 304, si sostiene «l'unità fondamentale delle presunzioni semplici e delle presunzioni legali».

²⁷ Cfr. RAMPONI, *La teoria delle presunzioni*, cit., p. 6. V. anche CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 107: «si chiamano fonti di presunzione i fatti serventi alla deduzione del fatto da provare, che non sono costituiti per la rappresentazione di questo».

riguardo la definizione offerta in tempi ormai lontani da un noto studioso del diritto probatorio, secondo cui la prova è «una induzione naturale e legale, risultante da un rapporto che passi tra un fatto sottoposto alla nostra osservazione immediata e un altro fatto non sottoposto a tale osservazione, il quale rapporto fa sì che la cognizione del primo indica per via di conseguenza la cognizione del secondo»²⁸.

Anche da un altro autorevole studioso la prova è stata definita come relazione inferenziale che, movendo da un fatto noto consente di pervenire alla conoscenza in termini di probabilità di un fatto ignoto²⁹. Il ragionamento seguito dal giudice per ritenere conseguita la prova e quello utilizzato per presumere un fatto sono quindi molto simili.

Una ulteriore conferma può trarsi da un recente contributo in tema di standard di prova, poiché cercando di individuare nel dettato legislativo i parametri per considerare raggiunto il requisito del «più probabile che non», si è suggerito di fare riferimento all'art. 2729 c.c., dettato in tema di presunzioni semplici, osservando che «nel ragionamento presuntivo l'inferenza utilizzata deve condurre alla conclusione affermata con un alto grado di credibilità razionale (altro non sembra il significato ricavabile della necessità delle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza degli indizi ivi prevista [...])»³⁰.

²⁸ PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, p. 187 s.

²⁹ Cfr. GIULIANI, *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 565, 569; Id., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, p. 165: «La presunzione è legata all'*idea del normale*: è un principio di economia della ricerca che non si debba provare tutto; in quanto l'idea del normale ci permette dei punti di riferimento, ci offre delle *verità probabili* che sono al di sopra di semplici congetture».

³⁰ POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2529. Per una visione dell'acceso dibattito, riscontrabile in diversi paesi, sugli standard di prova v. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in *Am. J. Comp. L.*, 2003, p. 659 ss.; J. C. SCHERPE, *Alleviations of Proof in German and English Civil Evidence*, in *RabelsZ* 80 (2016), p. 888 ss., la quale osserva che più alto è lo standard di prova richiesto maggiore è la necessità di facilitazioni se non si vuole irragionevolmente privare la parte dei propri diritti (890).

La distinzione tra prova (diretta) e presunzione semplice si declina peraltro sotto il profilo della forza probante e soprattutto del collegamento tra fatti accertati e fatti rilevanti: diretto nel primo caso e indiretto nel secondo, in cui il giudice muove da «indizi» - i quali, comunque, devono presentare una certa forza probante e precisamente il suddetto alto grado di credibilità razionale - e perviene alla conclusione a seguito di un ragionamento di tipo probabilistico, che tuttavia non prescinde dalle caratteristiche del caso concreto. Per quanto riguarda la forza probante conviene rilevare che anche nel caso della prova diretta – come è noto – in molti settori dell'esperienza, ed in particolare per quanto concerne la prova del nesso causale, si considera sufficiente una ragionevole probabilità³¹, per cui il fatto dotato di forza probante tende ad avvicinarsi agli indizi, per definizione non dotati di sufficiente forza probante. In altri termini, il giudice perviene alla conclusione in entrambe le ipotesi sulla base di un ragionamento probabilistico. Tuttavia, come detto, la differenza tra le due fattispecie consiste soprattutto nel rapporto diretto che sussiste nel caso della prova tra il fatto che costituisce il mezzo di prova e il fatto da provare, mentre il fatto denominato indizio solo indirettamente supporta il ragionamento probabilistico nella costruzione della presunzione.

Ciò posto, la parte sfavorita dalla presunzione, che costituisce il mezzo di prova del fatto, ha il diritto di fornire prova contraria, ma non può esercitarlo quando in mancanza di contraddittorio, il giudice perviene alla decisione senza avere concesso alla parte svantaggiata dalla presunzione la possibilità di contrastarla. In questo caso, la parte su cui non grava l'onere della prova, e che risulta sfavorita dalla costruzione della presunzione, non può tentare di dimostrare che

³¹ In argomento si rinvia a PATTI, *Der Beweis des Kausalzusammenhangs: Beweislastumkehr und Vermutung im italienischen Recht*, in *Liber amicorum Brüggemeier*, Baden-Baden, 2009, p. 181 ss.; e, anche per i riferimenti bibliografici, alla recente trattazione di PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss., a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche. Nel senso che la prova del nesso di causalità non abbia ad oggetto un fatto bensì il collegamento logico tra due fatti, v. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 601 ss.

l'effettivo svolgimento dei fatti è diverso da quello ipotizzato dal giudice per «trarre» la presunzione, con evidente violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Diverso, per alcuni profili, il dibattito riscontrabile nell'esperienza tedesca, poiché un diffuso orientamento dottrinale afferma che la presunzione semplice determina una inversione dell'onere della prova. Occorre peraltro ricordare che in base alla disciplina della *Zivilprozessordnung* si svolge di regola un vero e proprio «dialogo» tra il giudice e le parti, anche perché essendo il giudice tenuto ad esprimere il proprio convincimento provvisorio (§ 278, Abs. 2, ZPO), emerge in genere il ragionamento presuntivo che conduce ad una conclusione sfavorevole alla parte su cui non grava l'onere della prova ma che viene chiamata a fornire prova contraria³².

La suddetta utilizzazione delle presunzioni semplici è peraltro da lungo tempo criticata da chi denuncia inversioni dell'onere della prova non previste dalla legge e quindi prive di base giuridica³³. Si osserva in particolare che ogni ricostruzione di un avvenimento si basa sull'esperienza e pertanto non si considera ammissibile che le presunzioni semplici, giustificate alla luce dell'esperienza, vengano utilizzate non ai fini della valutazione delle prove – ambito al quale vengono ricondotte³⁴ – ma per stabilire la ripartizione dell'onere della prova. Ritenuto, infatti, che le regole di ripartizione dell'onere della prova appartengono al diritto sostanziale, la inversione dell'onere della prova può trovare fondamento unicamente in una norma, come nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*. La presunzione semplice, viceversa, in base all'art. 2729 c.c., consente al giudice, che muove dai dati forniti dall'esperienza relativa ad un accadimento della vita (e quindi spesso alla luce di leggi statistiche), di ritenere vero un fatto in mancanza di elementi di segno contrario.

³² Per una ricostruzione del dibattito, in senso critico, BAUMGÄRTEL, *Die Bedeutung der sog. «tatsächlichen Vermutung» im Zivilprozeß*, in *Festschrift für Schwab*, München, 1990, p. 43 ss.

³³ TIETGEN, *Die Beweislast*, in *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, in *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1966, p. 55 ss.

³⁴ TIETGEN, *Die Beweislast.*, cit., p. 64 s.

Si tratta quindi di un'operazione logica che in linea di principio non riguarda l'inversione dell'onere della prova bensì esclusivamente la prova.

In senso analogo si orienta la dottrina di lingua inglese, secondo cui, a differenza di quanto accade nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*, la presunzione semplice non ha l'effetto di collocare l'onere della prova... «*presumptions of fact amount to nothing more than examples of circumstantial evidence*»³⁵. In altri termini, mediante la presunzione semplice il giudice «assiste» la parte onerata, chiamata soltanto ad allegare con precisione i fatti rilevanti. Si afferma, comunque, che «*The party relying on the presumption bears the burden of establishing the basic fact*»³⁶. L'altra parte, in ogni caso, e la precisazione appare di grande rilievo, deve avere la possibilità di fornire prova contraria.

4. Presunzioni semplici e presunzioni legali *iuris tantum*.

La materia delle presunzioni è disciplinata soltanto nel codice civile ed appartiene al diritto sostanziale³⁷. Essa viene di solito studiata in termini unitari e la dottrina si limita spesso ad indicare la differenza tra presunzioni legali e presunzioni semplici ricordando che le prime sono stabilite dal legislatore mentre le seconde, non previste dalla legge, sono affidate alla prudenza del giudice. Si ripercorre in tal modo il dettato dei tre articoli del codice civile (artt. 2727-2729) che disciplinano la materia³⁸, osservando altresì che le presunzioni legali sono di due tipi, *iuris et de iure* e *iuris tantum*,

³⁵ Così KEANE, *The modern law of evidence*, London, 1985, p. 470 ss. In argomento v. anche SCHWERING, *System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozeß*, Karlsruhe, 1969, p. 141 s.

³⁶ V. ancora KEANE, *The modern law of evidence*, cit.

³⁷ Cfr. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, cit., p. 11. Nel senso che tale affermazione vada limitata alle presunzioni legali assolute, in quanto esse non disciplinano l'attività del giudice nell'accertamento del fatto, v. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, I, 1966, p. 24.

³⁸ I corrispondenti articoli erano cinque nel codice civile del 1865, secondo il modello del *Code civil* prima della riforma del 2008, su cui v. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contracts, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, p. 833 ss.

differenziandosi in quanto le prime non consentono prova contraria, e per questo motivo si avvicinano concettualmente alle finzioni³⁹, mentre le seconde l'ammettono e, a ben vedere, hanno la funzione di invertire l'onere della prova⁴⁰.

La parte interessata ad avvalersi della presunzione legale deve comunque provare il fatto «base», tranne i casi in cui – secondo le regole generali – esso sia «notorio» o «pacifico». La differenza, rispetto alle presunzioni semplici, per quanto concerne il fatto base (o fatto noto) consiste – come detto – nella sua individuazione, essendo esso fissato dal legislatore nelle presunzioni legali, mentre viene indicato di volta in volta dal giudice nelle presunzioni semplici. In entrambi i casi, conviene ribadire, e non soltanto in quello della presunzione semplice, esso deve essere provato.

Provato il fatto base, si considera vero quello indicato dalla legge come presunto, cioè il fatto rilevante per la decisione. La parte, che in base alla regola generale sull'onere della prova non sarebbe onerata, è chiamata a fornire prova contraria, poiché altrimenti il fatto presunto si considera vero⁴¹. La materia delle presunzioni legali *iuris tantum* si inquadra pertanto nell'ambito della problematica relativa alla ripartizione dell'onere della prova.

All'interno dello schema sopra brevemente descritto vengono spesso collocate anche le presunzioni semplici, attribuendo loro la stessa natura delle presunzioni legali che ammettono prova contraria, con la precisazione che esse, non previste dal legislatore, vengono create, di volta in volta, dal giudice, il quale in tal modo determinerebbe una inversione dell'onere della prova analoga a quella stabilita dalle norme che disciplinano presunzioni legali *iuris tantum*. Pertanto, la natura delle presunzioni sarebbe unitaria, mentre

³⁹ Cfr. FORTIERS, *Présomptions et fictions*, in *Les présomptions et les fictions en droit*, cit., p. 7 ss.; WROBLEWSKI, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, ivi, p. 67 ss.

⁴⁰ In argomento, anche per i riferimenti bibliografici, si rinvia a PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 475 ss.

⁴¹ SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 407 ss.: la presunzione legale non serve a convincere il giudice.

una differenza viene comunque ravvisata nella circostanza che le presunzioni legali sono «tipiche», mentre quelle «semplici», costruite dal giudice, sono «atipiche»⁴².

In realtà, le presunzioni semplici rappresentano un fenomeno diverso e più complesso di quello delle presunzioni legali *iuris tantum*, poiché il ragionamento del giudice che «trae» la presunzione non mira a ripartire l'onere della prova ma ha ad oggetto la formazione e la sussistenza della prova, avvicinandosi sensibilmente a quello che il giudice stesso compie per valutare la prova e pervenire al convincimento circa la verità del fatto rilevante per la decisione⁴³.

Cercando di approfondire la distinzione tra i due fenomeni, è stato precisato che le presunzioni legali *iuris tantum* spostano l'oggetto della prova, posto che la parte onerata non deve provare il fatto presunto ma quello «base»⁴⁴. La previsione legislativa serve comunque a facilitare la posizione della parte chiamata a dimostrare il fatto base poiché la suddetta prova è di regola più agevole o addirittura il fatto costituisce notorio.

In dottrina è stato peraltro osservato che alcune delle presunzioni *iuris tantum*, non spostano l'oggetto della prova ma, alla luce della formulazione legislativa, determinano delle «verità interinali», come ad esempio accade nella presunzione di buona fede, cosicché un fatto si considera provato fino a prova contraria. Queste presunzioni vengono, in tal senso, definite «improprie» e si spiegano perché è molto (più) agevole il compito della parte chiamata a provare, come accade, nel caso della mala fede⁴⁵.

Già da quanto esposto emerge che le presunzioni legali *iuris tantum* costituiscono regole di ripartizione dell'onere della prova. Esse dispensano dalla prova del fatto rilevante per la decisione e

⁴² Sulla questione, anche per i riferimenti bibliografici, si rinvia a PATTI, *Prove*, cit., p. 624 ss.; ID., *Probatio e praesumptio*, cit., p. 479 ss.

⁴³ Nel senso che «*c'est seulement d'un point de vue sociologique et non juridique qu'on peut faire apparaître l'unité de la notion*», v. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, 1994, p. 355 ss.

⁴⁴ Sul «*déplacement de l'object de la preuve*», posto «*au coeur de la théorie des présomptions*», v. VERGÈS, VIAL, LECLERC, *Droit de la preuve*, cit., p. 240 s.

⁴⁵ In questo caso, infatti, la legge non presume un fatto sulla base di un altro fatto (noto), bensì considera provato un fatto finché non sia provato il contrario: cfr. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, p. 353.

impongono al giudice di considerare provato il fatto presunto in mancanza di prova contraria, ponendosi pertanto al di fuori della libera valutazione delle prove e del convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.). Il primo comma dell'art. 2728 c.c., secondo cui «Le presunzioni legali dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite», pone il principio della sufficienza delle presunzioni legali (sia *iuris et de iure* che *iuris tantum*) per ritenere provato il fatto presunto. Il giudice deve, quindi, considerare provato il fatto presunto e il suo libero convincimento si esplica soltanto nella eventuale valutazione della prova contraria, ammessa nel caso delle presunzioni *iuris tantum*.

Inoltre, le presunzioni *iuris tantum*, e ciò rappresenta un altro tratto distintivo rispetto alle presunzioni semplici, non sempre rispondono ad un calcolo di probabilità, bensì ad una scelta del legislatore basata su esigenze pratiche di semplificazione⁴⁶. Ad esempio, nel caso della presunzione di commorienza (art. 4 c.c.) in alcune ipotesi (es. naufragio), è invero improbabile che tutti i soggetti abbiano cessato di vivere nello stesso momento⁴⁷.

Anche le presunzioni semplici, come ricordato, vengono a volte inquadrate dalla giurisprudenza tra le regole di ripartizione dell'onere della prova. La differenza, rispetto alle presunzioni legali, viene individuata soltanto nella circostanza di non essere state previste dal legislatore, ma «costruite» di volta in volta dal giudice⁴⁸.

Tuttavia, in genere le presunzioni semplici non vengono utilizzate per ripartire l'onere della prova bensì per facilitare e conseguire il soddisfacimento dell'onere, già attribuito ad una delle parti sulla base delle regole generali. In alcuni settori dell'esperienza può parlarsi addirittura di un esonero da qualsiasi prova, poiché il giudice – come si è visto – considera fornita la prova sulla base di mere allegazioni, sia pure circostanziate, che conducono ad un giudizio di

⁴⁶ GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1921, III, p. 260 ss.

⁴⁷ Osserva esattamente VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 247 che, in tal caso, ricorre «una *relevatio ab onere probandi* per quel soggetto che dalla commorienza derivi vantaggi». Analogamente nel caso della c.d. presunzione di eguaglianza delle quote dei partecipanti alla comunione (art. 1101 c.c.).

⁴⁸ Così Cass., 27 novembre 1999, n. 13291, cit.

probabilità, a volte senza concedere alla parte svantaggiata la possibilità di provare il contrario⁴⁹.

La qualificazione della fattispecie si sposta pertanto dal piano della ripartizione dell'onere della prova a quello della prova, e in tal senso si spiega l'affermazione secondo cui il giudice utilizza le presunzioni semplici per conseguire la prova movendo da indizi di per sé non dotati di sufficiente forza probante⁵⁰. Si tratta quindi di mezzi indiretti di prova o, secondo diversa terminologia, di prova «logica», poiché il giudice perviene al convincimento circa la verità del fatto alla luce di «circostanze»⁵¹ e di regole di esperienza, in quanto si fa riferimento a ciò che accade normalmente. Di conseguenza, non ricorre una prova diretta, basata su fatti dotati di sufficiente forza probante, ma una prova indiretta, che consente un avvicinamento alla verità in termini di probabilità⁵². Anch'essa, peraltro, risponde al principio generale del diritto alla prova, secondo cui la parte chiamata a dimostrare i fatti posti a fondamento della sua

⁴⁹ In argomento, osserva CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*², Padova, 1964, p. 45; «Nel caso della prova del fatto, l'eliminazione dell'arbitrio della probabilità sarebbe data dalla certezza delle norme processuali, regolanti l'onere della prova».

⁵⁰ Nella dottrina francese v. PUIGELIER, *Vrai véridique et vraisemblable*, in *La preuve*, sous la direction de Puigelier, Paris, 2004, p. 219: «*les présomptions de fait ne sont que de simple modes de preuve qui permettent au juge de bénéficier d'une grande liberté d'appréciation à leur égard*».

⁵¹ Di «*circumstances*» parlano gli autori (e i giudici) di lingua inglese. Sul punto, anche per riferimenti bibliografici, si rinvia soprattutto a CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto*, cit., p. 852.

⁵² BURCKHARD, *Die civilistischen Präsumtionen*, Weimar, 1866, p. 11 ss.; e, nella nostra dottrina, TARUFFO, *Certeza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 83 ss., spec. 97 s. In giurisprudenza, nel senso che «la relazione fra il fatto noto e quello ignoto non deve avere carattere di necessità, essendo sufficiente che l'esistenza di quest'ultimo derivi dal primo come conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile secondo un criterio di normalità», v. già Cass., 12 novembre 1988, n. 6142, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 308. Cass., SS. UU., 13 novembre 1966, n. 9961, in *Giur. it.*, 1997, c. 1564. Nel senso che «basta la probabilità del fatto supporto», v. Cass., 15 novembre 1977, n. 4965, in *Giur. it.*, 1978, c. 1037.

pretesa può provarli con tutti i mezzi idonei ad ingenerare nel giudice il convincimento della verità⁵³.

5. *Presunzioni semplici, prova prima facie e argomenti di prova.*

Considerato che le presunzioni semplici non servono ad invertire l'onere della prova ma sono mezzi di prova, appare evidente la loro vicinanza concettuale con la c.d. prova *prima facie*⁵⁴ e con l'*Anscheinsbeweis* dell'esperienza tedesca⁵⁵.

Entrambi i suddetti istituti si basano infatti su regole di esperienza che consentono al giudice la formazione del convincimento e quindi il conseguimento della prova del fatto. Tuttavia, nel caso della prova *prima facie* e dell'*Anscheinsbeweis* pur se non si determina una inversione dell'onere della prova, ma piuttosto un «abbassamento» del livello probatorio della parte onerata, che deve limitarsi a dimostrare le «circostanze tipiche» idonee a determinare l'apparenza del fatto, si impone alla controparte di fornire elementi di prova idonei a far venire meno la situazione di apparenza⁵⁶.

⁵³ Sul diritto alla prova v. tra gli altri, COMOGLIO, *Rapporti civili*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, p. 63 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 74 ss.

⁵⁴ In argomento v. soprattutto MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, rist., 1966, p. 204 ss. Su una risalente utilizzazione della prova *prima facie* nel caso di scontro di navi, v. RAMELLA, *La prova prima facie nella più recente giurisprudenza*, in *Mon. trib.*, 1936, p. 130. Nel senso che la prova *prima facie* rappresenta uno strumento per "alleviare" la parte onerata se sussistono oggettive difficoltà che rendono praticamente impossibile l'attuazione del diritto, circostanza che lo renderebbe privo di valore, v. SCHERPE, *Alleviations of Proof*, cit., p. 889.

⁵⁵ V. tra gli altri, KOLLHOSSER, *Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung*, in *AcP*, 165, 1965, p. 50 ss.; KEGEL, *Die Individualanscheinsbeweis*, in *Festgabe für Kronstein*, Karlsruhe, 1967, p. 333 ss.

⁵⁶ Per questo motivo l'*Anscheinsbeweis* è valutato criticamente dalla dottrina italiana che avverte il rischio di manipolazioni giurisprudenziali della ripartizione dell'onere della prova: cfr. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 740 ss.; ID. *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1992, p. 483 ss. Perplesità sulla prova *prima facie* sono state espresse anche da TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, p. 165.

Una delle materie in cui, sia pure con variegata terminologia, si ricorre alla prova *prima facie* è quella del nesso di causalità, poiché si afferma che il collegamento tra il comportamento dell'agente e l'evento dannoso deve ammettersi in base alla tipicità dello svolgimento dei fatti secondo regole di esperienza. In questi casi, se la controparte non fornisce prove sufficienti per dimostrare un diverso svolgimento dei fatti, il giudice ritiene provato il nesso di causalità⁵⁷.

Un'ultima precisazione riguarda infine il rapporto tra presunzioni semplici e argomenti di prova. Questi ultimi sono disciplinati nell'art. 116, comma 2, c.p.c., secondo cui il giudice «può desumere argomenti di prova» dalle risposte fornite dalle parti in occasione di interrogatorio non formale, dal loro rifiuto a consentire le ispezioni ordinate e dal contegno delle parti stesse nel processo.

Alla luce della suddetta disposizione, in dottrina è stato osservato che gli «argomenti di prova» rappresentano un *quid* diverso dalla prova⁵⁸, e che essi devono svolgere soltanto una funzione sussidiaria, potendo servire a valutare e quindi eventualmente a rafforzare una prova ma non a costituire mezzi di prova⁵⁹.

Il problema si è posto in particolare alla luce di orientamenti giurisprudenziali favorevoli a considerare il comportamento processuale della parte (unica e) sufficiente fonte di convincimento⁶⁰. L'argomento di prova viene quindi equiparato ad

⁵⁷ Cfr. GREGER, *Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises*, in *VersR*, 1980, p. 1092 ss. e, nella nostra dottrina, PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni*, cit., p. 42. Ben diverso il ragionamento seguito di recente dalla Corte di cassazione in materia di responsabilità medica: cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28991.

⁵⁸ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1956, p. 338; *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 288. Per una valutazione critica delle diverse tesi proposte in dottrina v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 453 ss.

⁵⁹ GORLA, *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 24 s.; VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 601 ss. Per ulteriori riferimenti si rinvia a TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009, p. 166; e a PATTI, *Prove*, cit., p. 120 ss.

⁶⁰ V. ad es., Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Prova civile in genere*, n. 30; Cass., 16 luglio 2002, n. 11268, *ivi*, 2002, voce cit., n. 36); Cass., 28 luglio 1953, n. 2539, in *Giust. civ.*, 1953, II, p. 2619. Alcune sentenze

una prova piena o, più precisamente, ad un fatto provato⁶¹. Evidente, inoltre, sotto diversi profili, l'analogia con l'orientamento giurisprudenziale che – come si vedrà – considera sufficiente un unico indizio per la costruzione di una presunzione semplice e quindi per considerare provato un fatto. In entrambe le ipotesi si ravvisa una enorme dilatazione della discrezionalità del giudice nell'accertamento del fatto, puntellata con tenui fondamenti normativi.

6. La «costruzione» della presunzione semplice e il rapporto tra presunzione semplice e onere della prova.

La parte su cui grava l'onere di dimostrare un fatto in mancanza di prove dirette, può fornire al giudice indizi, cercando di dimostrare la loro concluzione per la dimostrazione del fatto, e invocare quindi la «costruzione» di una presunzione semplice.

La Corte di cassazione ha avuto occasione di censurare il giudice di merito che ha ignorato la presenza di fatti che avrebbero dovuto indurlo al ricorso alla presunzione semplice⁶².

La fattispecie della parte che richiede al giudice di «trarre» una presunzione semplice potrebbe essere considerata quella usuale o addirittura l'unica ipotesi di «costruzione» della presunzione semplice, in quanto rimessa all'iniziativa processuale della parte interessata. La realtà del processo ha messo tuttavia in luce che la presunzione semplice viene sovente «tratta» dal giudice di propria iniziativa, sulla base di elementi di fatto riscontrati nel materiale probatorio. Così, ad esempio, da una recente sentenza d'appello risulta che il collegio, da un lato ha censurato la sentenza di primo grado che erroneamente aveva ritenuto non contestati i fatti allegati

sembrano affermare il principio dell'autosufficienza del comportamento processuale delle parti, ma in realtà dalla lettura della motivazione risulta che si tratta di *obiter dictum*: ad es., Cass., 10 gennaio 1964, n. 54, in *Giur. it.*, 1965, I, I, c. 311.

⁶¹ In senso critico, v. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 57 ss., il quale considera scorretto inferire dal contegno processuale elementi di giudizio sulla veridicità delle allegazioni in fatto.

⁶² Cfr. ad es., Cass., 15 giugno 2018, n. 15766, in *Giur. it.*, 2018, p. 1807 s.

dall'attore, dall'altro ha utilizzato di propria iniziativa come elementi indiziari alcune testimonianze, rese in un precedente processo penale che aveva visto coinvolte le parti, e (nonostante la contraddittorietà dei suddetti elementi indiziari) ha costruito una presunzione rendendo una sentenza «a sorpresa», data la mancanza di una istanza (e perfino di una argomentazione) in tal senso della parte favorita dalla presunzione, e di qualsiasi discussione o contraddittorio sul punto⁶³. Evidente, quindi, la violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c.

Questa evenienza, nonostante la sua frequenza, non viene adeguatamente censurata dalla dottrina, che trascura pertanto un aspetto del fenomeno di grande rilevanza teorica e pratica sotto molteplici profili.

Infatti, pur se la costruzione di una presunzione non sia stata richiesta dalla parte interessata, il giudice considera a volte provato il fatto movendo da indizi, senza che sulla loro valenza probatoria si sia svolto alcun contraddittorio. Gli indizi servono quindi da base argomentativa per considerare conseguita la prova a seguito di una iniziativa del giudice – come detto, a volte, ignorata dalle parti – e alla sua «libera» valutazione degli elementi di fatto qualificati come indizi (concordanti e univoci).

In definitiva, alla luce di quanto esposto, possono configurarsi tre ipotesi, utili anche a chiarire i rapporti tra presunzioni semplici e onere della prova:

⁶³ App. Roma, sez. II, 14 aprile 2019, n. 2573.

In senso critico sulla costruzione di presunzioni basate su fonti di raccolte in un diverso processo, senza un contraddittorio delle parti, nel processo in cui la presunzione viene utilizzata, v. tra gli altri CAVALLONE, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 728; MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, *ivi*, 1980, p. 231 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, *ivi*, 1984, p. 74 ss.; DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile fra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 732; VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 16, il quale ritiene «strano che la dottrina, la quale da sempre ammonisce che il giudice non deve percorrere la "terza via" sulla questione di diritto senza avere provocato il contraddittorio tra le parti, non abbia sentito la gravità del problema quando, tramite gli indizi, il giudice voglia percorrere una "terza via" per risolvere la questione di fatto».

i. La presunzione semplice viene costruita dal giudice alla stregua di una presunzione legale *iuris tantum* e determina quindi una inversione dell'onere della prova non prevista dalla legge⁶⁴.

ii. La presunzione semplice viene di volta in volta elaborata dal giudice per considerare provato il fatto e costituisce la premessa logica della decisione. In alcuni casi la presunzione viene costruita senza alcun contraddittorio e in tal senso si può parlare di sentenza «a sorpresa»⁶⁵. Né al riguardo potrebbe sostenersi, che la parte svantaggiata non ha motivo di lamentarsi poiché la costruzione della presunzione si verifica in genere durante il primo grado del giudizio ed è quindi possibile ricorrere in appello⁶⁶. Quasi superfluo osservare che la suddetta argomentazione non appare soddisfacente poiché il ricordato orientamento giurisprudenziale determina una violazione del diritto alla prova nonché di quello al contraddittorio, e impone alla parte di svolgere un secondo grado di giudizio, dovendo comunque subire le conseguenze della sentenza (esecutiva) di primo grado. Inoltre, non mancano i casi in cui la presunzione semplice

⁶⁴ Così, in materia di utilizzazione (esclusiva) di un bene ereditario da parte di un coerede, si afferma la sussistenza di una presunzione *iuris tantum* che «abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse degli altri coeredi»: da ultimo, Cass., 18 aprile 2018, n. 9556, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2444, 2452, con nota di NATALE.

⁶⁵ In argomento v. soprattutto TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in Glendi, Patti e Picozza (a cura di), *Le prove nel diritto civile amministrativo e tributario*, Torino, 1986, p. 123 ss., spec. p. 139 ss.; e già COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 577 ss.; MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, cit., p. 233 ss. Ma v. anche TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., p. 74 ss., spec. 104 ss.

⁶⁶ Sulla necessità che sia garantito alle parti il diritto «a partecipare alla formazione delle prove costituenti; a conoscere tutte le prove valutande; il diritto alla discussione (scritta e orale sulle prove)», v. per tutti, CONSOLO e GODIO, in *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, p. 25 ss., i quali ricordano, nel commento all'art. 101 c.p.c., l'esemplare formulazione dell'art. 16 c.p.c. francese, secondo cui «*le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*».

viene costruita soltanto in grado di appello e sulla base di prove assunte altrove⁶⁷.

iii. Il giudice non ritiene sufficienti gli indizi: di conseguenza, non costruisce alcuna presunzione e decide applicando la regola (di giudizio) dell'onere della prova. La fattispecie appare particolarmente interessante dal punto di vista della discrezionalità del giudice poiché, da un lato, il presupposto della costruzione di una presunzione semplice è la mancanza di prova, e quindi il ricorso alla regola dell'onere della prova potrebbe sembrare senz'altro corretto; dall'altro – se si vuole limitare la discrezionalità del giudice e garantire il rispetto di tutte le norme in tema di prova – può ritenersi che il giudice sia tenuto a costruire la presunzione semplice in presenza di indizi adeguati. In tal senso – come detto – si è pronunciata la Corte di cassazione⁶⁸.

I presupposti per la corretta costruzione della presunzione semplice sono indicati dal codice civile. L'art. 2729, comma 1, stabilisce infatti che «Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti»⁶⁹.

Come è noto, la giurisprudenza ha interpretato la suddetta disposizione in modo contrastante con la lettera della legge. Ma prima di soffermarsi sul significato della norma effettivamente vigente, conviene ricordare che nelle presunzioni semplici sono stati individuati due elementi:

i. Dal punto di vista psicologico, si afferma che esse implicano una decisione, poiché il giudice stabilisce di utilizzare determinati elementi di fatto per costruire la presunzione e si ravvisa pertanto di

⁶⁷ Così in App. Roma, 11 aprile 2019, cit. In senso critico, oltre agli autori citati, v. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 426 s.

⁶⁸ Cass., 15 giugno 2018, n. 15766, cit.

⁶⁹ Afferma chiaramente che la norma «fissa i limiti entro i quali ci si può avvalere della prova critica», PIRAS, *Brevi note sulla posizione del giudice nell'istruzione*, in *Jus*, 1956, p. 514.

un elemento volontaristico⁷⁰. Sotto questo profilo – a nostro avviso – potrebbe altresì richiamarsi il concetto della precomprensione⁷¹.

ii. Dal punto di vista logico, le presunzioni semplici suppongono un ragionamento, alla stregua del quale è possibile affermare che il fatto probabilmente è accaduto. In altri termini, chi si serve della presunzione si riferisce alla probabilità per prendere la sua decisione in modo conforme al corso «normale» degli avvenimenti⁷².

Evidente, quindi, il distacco rispetto alle presunzioni legali, che il giudice *deve* applicare e che – come si è visto – non sono sempre legate al concetto di probabilità, essendo piuttosto giustificate da motivi di politica legislativa.

7. Presunzioni semplici, principio del contraddittorio e prova contraria.

La costruzione della presunzione semplice ad opera del giudice nel corso del processo impone di trattare la problematica sotto il profilo del (rispetto del) principio del contraddittorio, come previsto dall'art. 101, comma 2, c.p.c. Esso può infatti considerarsi osservato nel caso in cui il giudice «trae» la presunzione a seguito del dibattito con le parti, quando queste hanno avuto la possibilità di discutere sulla esistenza, sulla forza probante e sulla concludenza degli elementi di fatto aventi valore indiziario. Deve invece dubitarsi del rispetto del suddetto principio quando la costruzione della presunzione si manifesta soltanto al momento della decisione⁷³.

⁷⁰ DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris, 1950, p. 9 ss. V. anche WEIMAR, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Bern, 1996, p. 29 ss.

⁷¹ ESSER, *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, Karlsruhe, 1965; Id, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., di Patti e Zaccaria, Napoli, 1983. In argomento v., anche RESCIGNO e PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016.

⁷² In giurisprudenza si fa da tempo riferimento ad un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit*: cfr. Cass., 29 ottobre 1983, n. 6444, in *Mass. Giur. it.*, 1983, c. 1660.

⁷³ Nella dottrina francese si afferma che la presunzione «*du fait de l'homme*» può costituirsi sulla base degli indizi raccolti «*à condition seulement que les parties aient été en mesure de les discuter*»: GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de Droit civil. Introduction générale*⁴, Paris, 1994, p. 701.

Come si è visto, la giurisprudenza ammette anche la seconda possibilità, che anzi rappresenta un'ipotesi non rara, nonostante si determinino spesso delle vere e proprie sentenze «a sorpresa», ritenendosi sufficiente che la prova del fatto base venga «desunta da elementi obiettivi acquisiti al compendio probatorio»⁷⁴.

Esemplare, in senso critico, una ordinanza della III sezione civile della Corte di cassazione, che censura, sotto il profilo della motivazione, il giudice di merito il quale, «in contrasto con i principi della disponibilità e del contraddittorio delle parti sulle prove» dia ingresso a prove relative a fatti dalle parti «non vagliati né discussi»⁷⁵.

In definitiva, le presunzioni semplici, affidate alla «prudenza» del giudice, senza un rigoroso rispetto dell'art. 101, comma 2, c.p.c., presentano il rischio di determinare violazioni del principio del contraddittorio. Soprattutto quando la presunzione viene «tratta» al momento della decisione appaiono evidenti i rischi di arbitrio e di violazione del diritto di difesa. Una parte potrebbe infatti impostare la propria difesa alla luce della regola sull'onere della prova, che imporrebbe alla controparte di provare un determinato fatto, e poi risultare soccombente perché il giudice, violando il principio del contraddittorio, ha supplito alla mancanza di prova considerando il fatto presunto, movendo da elementi di fatto, aventi valore indiziario, che non hanno costituito oggetto di dibattito⁷⁶.

Le parti devono avere anzitutto la possibilità di contestare la «probabilità» inerente al rapporto tra fatto noto e fatto ignoto⁷⁷, posto

⁷⁴ Cass., 20 novembre 2018, n. 29830, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Danni civili*, n. 171, che cita Cass., 11 maggio 2010, n. 11353.

⁷⁵ Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3227 ss., 3231.

⁷⁶ In argomento, v. la decisa precisazione di GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de Droit civil*, cit., p. 701: «[...] à condition seulement que les parties aient été en mesure de le discuter». V. anche TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 755.

⁷⁷ Non può configurarsi una presunzione quando il rapporto tra i due fatti è «naturalmente» necessario: ad esempio, chi si trova in un luogo non può essere nello stesso momento in un altro luogo.

che il fatto ignoto deve essere «razionalmente»⁷⁸ (o come si legge in alcune sentenze, ragionevolmente) probabile⁷⁹.

La necessità di garantire il contraddittorio emerge anche per quanto riguarda la possibilità di fornire la prova contraria.

Se si prende in esame una materia in cui la giurisprudenza ricorre di frequente alle presunzioni semplici, quella del risarcimento del danno, si legge ad esempio, che il danno patrimoniale da mancato guadagno configura un danno futuro, da valutarsi con criteri probabilistici in via presuntiva, e si aggiunge: «atteso che la presunzione solleva la parte che ex art. 2697 c.c. è onerata di provare il fatto previsto, quando ammessa, essa – in assenza di prova contraria – impone al giudice di ritenere il medesimo provato, senza consentirgli la valutazione ai sensi dell’art. 116 c.p.c.»⁸⁰.

Al riguardo si impongono alcune considerazioni. La sentenza sembra sovrapporre il piano relativo alla presunzione quale mezzo di prova e quello che attiene alla ripartizione dell’onere della prova. Se sussistono gli elementi per ritenere formata la presunzione, la parte onerata ha fornito la prova e ha quindi soddisfatto l’onere su di essa gravante. Alla controparte deve essere concessa la possibilità di fornire la prova contraria, e per questo motivo è essenziale che la presunzione venga costruita nel contraddittorio delle parti. Viceversa, l’espressione adoperata nella sentenza, secondo cui la presunzione «solleva la parte» onerata, indica una certa confusione della corte con la presunzione (non come mezzo di prova ma) quale regola di ripartizione dell’onere della prova e, di conseguenza, quale regola di giudizio. Una conferma della criticata visione si ricava dall’affermazione finale secondo cui al giudice sarebbe preclusa la valutazione ai sensi dell’art. 116 c.p.c., che invece – ovviamente – deve compiersi nell’apprezzare gli elementi di fatto che consentono di considerare formata la presunzione (e quindi fornita la prova).

⁷⁸ RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni*, cit., p. 13.

⁷⁹ V., ad es., Cass., 10 ottobre 2019, n. 11884.

⁸⁰ Cass., 20 novembre 2018, n. 29830, cit.

8. *I requisiti richiesti dell'art. 2729 c.c.: gravità, precisione e concordanza.*

Posto che la presunzione si basa su un ragionamento di tipo logico-induttivo, la legge stabilisce precisi requisiti, idonei a giustificare l'inferenza presuntiva e quindi a fondare l'accertamento del fatto controverso⁸¹.

Nonostante il plurale adoperato nella formula legislativa, secondo cui il giudice «non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti», un risalente e costante orientamento giurisprudenziale afferma che il convincimento circa la probabilità di sussistenza e la compatibilità del fatto supposto con quello accertato può essere sorretto anche da una sola presunzione, grave e precisa, anche se in contrasto con altre prove acquisite, ove si ritenga, per precisione e gravità, che sono inattendibili gli elementi di giudizio contrari⁸².

Peraltro, al riguardo conviene anzitutto rilevare che i requisiti della gravità, precisione e concordanza, contrariamente a quanto risulta dalla lettera dell'art. 2729 c.c., non devono riferirsi alle presunzioni, ma piuttosto agli elementi o indizi in base ai quali è possibile pervenire alla presunzione. In altri termini, ciò che la legge richiede non è la possibilità di costruire una molteplicità di presunzioni ma la univocità di conclusioni a cui spingono elementi indiziari gravi, precisi e concordanti⁸³. Se infatti si muove dal

⁸¹ Rileva, correttamente, TARUFFO, *Delle presunzioni*, in *Commentario diretto da Cendon*, VI, Torino, 1991, p. 213, che nel caso in esame non si tratta di una «ammissione» in senso tecnico, non essendo previsto per le presunzioni il giudizio preliminare di ammissibilità e rilevanza del mezzo di prova ex art. 178, 4° comma, c.p.c. Sul procedimento logico che il giudice deve eseguire, v. Cass., 6 giugno 2012, n. 9108, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Presunzione*, n. 2. Con riguardo ai requisiti di gravità, precisione e concordanza, v. anche Cass., 15 gennaio 2014, n. 656, *ivi*, 2014, voce *cit.*, n. 3; Cass., 14 dicembre 2012, n. 23096, *ivi*, 2012, voce *cit.*, n. 3.

⁸² In tal senso anche il Trib. Sup. acque, 28 gennaio 1999, n. 23, in *Cons. Stato*, 1999, II, p. 90.

⁸³ In argomento v. ANDRIOLI, *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, *cit.*, p. 771; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto*, *cit.*, p. 846, il quale sottolinea che il giudizio sull'esistenza dei requisiti non può che nascere da un esame dell'indizio e che tali requisiti, quindi, ben possono essere pensati – in ultima analisi – come attributi di esso. Già il CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 811, precisava che la formula della legge

presupposto, invero pacifico, secondo cui la presunzione, intesa in senso dinamico, non è altro che un ragionamento, cioè un'argomentazione, risulta evidente che la forza della conclusione a cui il giudice perviene dipende dalle basi del ragionamento stesso, e quindi dalla presenza di elementi che presentino le caratteristiche richieste, mentre sarebbe illogico prospettare la necessità di una molteplicità di ragionamenti⁸⁴.

Con queste precisazioni può accogliersi il suddetto orientamento giurisprudenziale che ritiene sufficiente una sola presunzione, nonché condividersi il testo dell'art. 179 del Progetto Liebman (1978), che parla soltanto di «univocità» e «concludenza» della conseguenza che il giudice può trarre «dall'esistenza di un fatto noto per accertare un fatto ignorato». L'orientamento della giurisprudenza appare invece criticabile – perché in contrasto con il dettato legislativo – quando il ragionamento del giudice si basa su un unico indizio⁸⁵.

Sembra inoltre corretto il rilievo secondo cui la «gravità» della presunzione non deve essere necessariamente valutata in assoluto, cioè senza bisogno di tener conto del contesto probatorio nel quale essa deve essere inserita, bensì in modo «relazionale» alla situazione istruttoria, in modo che la medesima presunzione possa essere ritenuta «leggera» e quindi non utilizzabile ai fini della formazione

non rappresenta un vincolo ma un ammonimento poiché «vuole che il giudice sia cauto nella scelta delle regole di esperienza che gli servono per la valutazione della prova critica». In giurisprudenza, una chiara indicazione dei casi in cui si può prospettare la violazione o falsa applicazione (ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.) dell'art. 2729 c.c. si rinviene in Cass., SS.UU., 24 gennaio 2018, n. 1785, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Processo civile*, n. 250.

⁸⁴ In questo senso HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches*, Jena, 1904, p. 45 ss. avvicina il procedimento logico che conduce alla costruzione di una presunzione semplice al giudizio di verosimiglianza abitualmente compiuto dal giudice tenendo conto delle circostanze del caso e delle regole di esperienza.

⁸⁵ In argomento v. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, IV, c. 107, secondo il quale soltanto in poche ipotesi è possibile che una sola presunzione fornisca al fatto un grado di attendibilità idoneo a fondare l'accertamento. V. anche CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 426 s.

del convincimento in un determinato caso, e invece «pesante» e pertanto utilizzabile in una diversa fattispecie⁸⁶.

9. *Le presunzioni semplici basate su un unico indizio e la c.d. praesumptio de praesumpto.*

Ai fini della costruzione della presunzione, il ragionamento del giudice si muove esclusivamente sul terreno probatorio e del libero convincimento (art. 116 c.p.c.). Il giudice deve essere convinto, in base al ragionamento presuntivo, della esistenza del fatto. A differenza di quanto accade nel caso della prova diretta, gli elementi probatori di cui il giudice dispone non conducono di per sé alla conclusione della verità del fatto e pertanto, sotto questo profilo, nel caso della presunzione semplice si estende al massimo la nozione di fatto pertinente e rilevante.

Per il motivo suddetto potrebbe considerarsi essenziale il rispetto della formula letterale dell'art. 2729 c.c. che – come detto – impone al giudice di ammettere soltanto (presunzioni basate su) indizi precisi, gravi e concordanti⁸⁷. Al riguardo conviene ricordare che il termine «indizio» appartiene al processo penale, pur se viene spesso adoperato nell'ambito del processo civile, ove – pur non avendo un'accezione precisa – viene considerato equivalente al «fatto noto», fonte di presunzione semplice oppure alle circostanze da cui il giudice trae argomenti di prova⁸⁸.

Da lungo tempo oggetto di discussione è la possibilità di costruire una presunzione sulla base di un fatto secondario non provato (o comunque ritenuto accertato in quanto notorio o non contestato) bensì a sua volta costruito mediante presunzione: c.d. *praesumptio de presunto*.

⁸⁶ Così CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto*, cit., p. 863 s. Nel senso che la prova presuntiva richiede che il giudice prenda in esame tutti i fatti noti emersi nel corso dell'istruzione, valutandoli tutti insieme e gli uni per mezzo degli altri, v. Cass., 13 marzo 2014, n. 5787, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Presunzione*, n. 1; Cass., 9 marzo 2012, n. 3703, *ivi*, 2012, voce cit., n. 2.

⁸⁷ Cfr. Cass., 20 novembre 2018, n. 29830, cit., secondo cui le presunzioni devono soddisfare il requisito della gravità, della precisione e della concordanza.

⁸⁸ Così TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit., p. 1167.

La Corte di cassazione⁸⁹ e una parte della dottrina ritengono che la c.d. *praesumptio de praesumpto* non sia consentita nel nostro ordinamento giuridico, «non potendosi valorizzare una presunzione come fatto noto, per derivare un'altra presunzione»⁹⁰.

In senso contrario è stato tuttavia osservato che «se si giunge a stabilire – anche per mezzo di presunzioni semplici – che un fatto secondario è vero, non vi è nessuna ragione per escludere che il relativo enunciato possa costituire la premessa di una ulteriore inferenza presuntiva, questa volta destinata a confermare l'ipotesi che riguarda un fatto principale»⁹¹.

In senso adesivo può osservarsi che il divieto enunciato nella sentenza sopra citata non trova alcuna espressa base normativa. D'altra parte, come precisa la dottrina in esame, il problema consiste piuttosto nel verificare che ogni singola inferenza abbia stabilito, secondo i criteri di precisione e gravità richiesti dall'art. 2729 c.c., che il fatto noto sia in grado di attribuire «un grado adeguato di attendibilità al fatto ignorato»⁹².

10. *Presunzioni semplici e presunzioni giurisprudenziali.*

Come si è accennato, dalle presunzioni semplici devono essere distinte le c.d. presunzioni giurisprudenziali, definite così da un noto studioso del processo civile⁹³. Invero, la confusione potrebbe essere determinata dalla circostanza che entrambe sono opera del giudice:

⁸⁹ Così Cass., 21 novembre 1995, n. 12023, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 372; Cass., 20 novembre 2018, n. 29828, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Responsabilità civile*, n. 126.

⁹⁰ V., tra le altre, Cass., 20 novembre 2018, n. 29828, cit.

⁹¹ TARUFFO, *Le prove per induzione*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 1113 ss.

⁹² Così TARUFFO, *Le prove per induzione*, cit., p. 1144.

⁹³ VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali* (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova), in *Foro it.*, 1997, V, c. 177 ss. Tra gli studi che hanno utilizzato la fortunata espressione v. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 153 ss.; TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p. 733 ss.; LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano, 1999, p. 292 ss.; FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 79 ss.; BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, cit.

con l'espressione «presunzioni giurisprudenziali» si indicano infatti le ipotesi in cui la giurisprudenza introduce presunzioni (a volte in assenza dei requisiti previsti dall'art. 2729 c.c.) dettando una regola di ripartizione dell'onere della prova che, diversa da quella prevista dall'art. 2697 c.c., prescinde dalle caratteristiche della singola fattispecie concreta⁹⁴, e sfugge ai limiti previsti per le presunzioni semplici, assimilate alla prova testimoniale (art. 2729, comma 2, c.c.). Il fenomeno, pertanto, si colloca non sul piano della prova ma su quello delle presunzioni *iuris tantum* e si riscontra anche in Francia, ove la giurisprudenza ha creato delle presunzioni che producono gli stessi effetti di quelle legali *iuris tantum*, definite «quasi *légales*»: così, ad es., la presunzione di conoscenza del difetto da parte del venditore professionista per quanto concerne i vizi «cachés»⁹⁵.

In effetti, queste presunzioni, che in alcuni casi sono state successivamente disciplinate dal legislatore, come ad esempio è avvenuto in materia di danno da prodotto, presentano elementi in comune con le presunzioni legali, non riscontrandosi un accertamento, caso per caso, dalla sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 2729 c.c.

La presunzione di cui si tratta serve infatti a colmare una lacuna nella ricostruzione dello svolgimento dei fatti. Mediante un ragionamento di tipo logico-induttivo, movendo da un fatto di cui si considera certa l'esistenza, si perviene ad affermare l'esistenza di un altro fatto non provato. Quando invece – come è avvenuto nel caso delle presunzioni di colpa – si afferma l'esistenza dell'elemento psicologico non c'è un passaggio logico da un fatto ad un altro fatto, ma semplicemente l'affermazione (non fondata sulla dimostrazione di un fatto-base) di un elemento richiesto dalla legge per la produzione di effetti giuridici. D'altra parte, mediante il

⁹⁴ Cass., 30 ottobre 2018, n. 27680, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 483, in cui si afferma che la natura ripristinatoria delle rimesse in conto corrente è presunta, con conseguente onere sulla parte convenuta di dimostrare la natura solutoria delle rimesse.

⁹⁵ Cfr. GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de Droit civil*, cit., p. 699 e seg., i quali fanno l'esempio della presunzione di conoscenza del difetto da parte del venditore professionista per quanto concerne la garanzia per i vizi occulti.

ragionamento presuntivo disciplinato dall'art. 2729 c.c. sarebbe possibile soltanto pervenire all'affermazione di un fatto idoneo, eventualmente, a caratterizzare il comportamento dell'agente come colposo.

Così facendo, non soltanto si elude la verifica della gravità, precisione e concordanza delle presunzioni, ma altresì il limite di valore previsto per la prova testimoniale e richiamato dall'art. 2729, 2° comma, c.c. Il fenomeno determina perplessità anche perché, mediante la «creazione» delle suddette presunzioni, la giurisprudenza si è allontanata dal campo della prova compiendo delle scelte tra contrapposti interessi analoghe a quelle che possono rinvenirsi come *ratio* di molte presunzioni legali. Queste ultime, infatti, non sempre si basano sulla probabilità del fatto presunto, essendo giustificabili – come detto – alla luce di motivi di politica legislativa⁹⁶.

In altri termini, mentre con riguardo alle presunzioni semplici deve pervenirsi al convincimento, con riferimento al caso concreto, della esistenza del fatto presunto, nelle c.d. presunzioni giurisprudenziali può scorgersi la «creazione» di una regola di distribuzione dell'onere della prova, fondata su considerazioni che attengono alla tutela di interessi sostanziali. Per questo motivo, anche con specifico riferimento alla materia in esame, non sono mancati interventi critici, in quanto il giudice si sarebbe sostituito al legislatore⁹⁷.

11. *La presunzione semplice come strumento di prova «oltre il diritto».*

Nella dottrina di lingua inglese si discute da tempo della «*presumption beyond the Law*», osservando che la presunzione è emigrata dalle aule di giustizia nell'area della «*disputation*», che ha rappresentato un importante aspetto del metodo di insegnamento già nelle università medioevali⁹⁸. Chi sosteneva una determinata tesi

⁹⁶ In senso analogo GHESTIN et GOBEAUX, *Traité de Droit civil*, cit., p. 699 ss.

⁹⁷ Cfr. FREZZA, *La prova del danno non patrimoniale: i "paradossi" della dottrina e le "verità giurisprudenziali"*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, II, p. 654 ss.

⁹⁸ RESCHER, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, Cambridge, 2006, p. 9 ss.

doveva infatti supportare le proprie asserzioni con argomenti appropriati e il ricorso alle presunzioni aveva pertanto acquistato una notevole risonanza nell'esercizio della discussione ed ha continuato ad essere popolare nei *colleges* e in diverse facoltà universitarie⁹⁹.

L'idea di fondo, anche in questi diversi contesti, è quella secondo cui il fatto base deve essere altamente plausibile in modo da rappresentare un forte argomento per chi fa ricorso a tale tipo di ragionamento. La presunzione viene pertanto utilizzata in una varietà di settori cognitivi ed è divenuta strumento metodologico dell'indagine scientifica. Come nel caso delle presunzioni semplici utilizzate per provare il fatto nel processo, anche negli altri settori si fa riferimento a ciò che risulta usuale, al normale svolgimento degli accadimenti. In tal modo, attraverso la presunzione si considera esistente ciò che non può essere stabilito in un altro modo¹⁰⁰.

In questa materia può quindi segnalarsi un fenomeno di segno inverso rispetto al modello di prova caratteristico del diritto comune dell'Europa continentale, che non si poneva «oltre il diritto» ma all'interno di esso, sussistendo – come è noto – un sistema di regole giuridiche in grado di disciplinare ogni aspetto dell'assunzione e della valutazione delle prove.

L'abbandono, sia pure parziale, del sistema della prova legale in favore di quello della libera valutazione delle prove significa quindi sottrazione delle prove all'influenza delle regole giuridiche e sua collocazione in ambiti diversi della conoscenza e della riflessione. In tal senso, con felice formulazione, è stato scritto che il tema della prova ha «la peculiare caratteristica di rinviare immediatamente e senza scampo fuori del processo, ed anche fuori del diritto, chi di esso voglia avere una visione non ridotta a pochi e non molto significativi frammenti»¹⁰¹.

Una conferma può trarsi ricordando ancora la tradizionale affermazione secondo cui una sola presunzione, sia pure «grave e precisa», può costituire il fondamento del convincimento del giudice, addirittura quando sono state acquisite al processo prove

⁹⁹ RESCHER, *Presumption*, cit., p. 10.

¹⁰⁰ RESCHER, *ivi*, p.11

¹⁰¹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 3.

contrarie. Sembra quindi inevitabile che in materia di prove, e in particolare di presunzioni, l'analisi del giudice non si esaurisca nella dimensione giuridica, tendendo invece «a proiettarsi al di fuori di essa e a penetrare in altri campi, della logica, dell'epistemologia e della psicologia»¹⁰².

Al riguardo si impone una valutazione in termini di progresso e civiltà, ma occorre tuttavia avvertire che la valutazione delle prove e soprattutto la costruzione di presunzioni «oltre il diritto», in particolare senza un'adeguata compenetrazione di regole scientifiche e giuridiche, può condurre ad eccessi di discrezionalità giudiziale e quindi all'arbitrio.

¹⁰² Così TARUFFO, *ivi*, p. 2.

MAURO PENNASILICO
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

DAL “CONTROLLO” ALLA “CONFORMAZIONE” DEI CONTRATTI: ITINERARI DELLA MERITEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. Premessa: delimitazione del discorso e opzione di metodo. – 2. La radice bettiana della meritevolezza tra “liceità” e “idoneità” degli atti di autonomia. – 3. La “modernizzazione” della concezione bettiana di meritevolezza: il problema dell’oggetto del controllo. – 4. *Segue*: il problema del rapporto tra liceità e meritevolezza. – 5. Le declinazioni della meritevolezza: “controllo”, “conformazione” e “sostenibilità” dei contratti. – 6. Ripensare la meritevolezza alla luce dell’interesse ambientale: dalla funzione economico-sociale alla funzione ecologico-sociale.

1. Premessa: delimitazione del discorso e opzione di metodo.

Il mio discorso, muovendo dalla radice bettiana della meritevolezza, tenterà di mostrare che il concetto di meritevolezza, nella materia contrattuale, indica un controllo generale, che non può non estendersi a tutti i contratti, tipici o atipici che siano, in quanto momento imprescindibile dell’unitario procedimento ermeneutico di interpretazione e qualificazione dei contratti, non potendosi assicurare la tutela giuridica a un atto di autonomia che non meriti di essere protetto¹.

¹ Al punto che la meritevolezza di tutela, nell’interpretazione della Corte di Cassazione, «si è evoluta fino ad acquisire un ruolo determinante come *ratio decidendi* della controversia; nel senso che non può essere accordata protezione ad una pretesa priva di meritorietà» (Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contr.*, 2012, p. 993 ss., spec. p. 995, con nota di CARADONNA, *Rilevanza del*

Alla base del discorso è, quindi, una precisa opzione di metodo, che non soltanto segna il passaggio dalla struttura alla funzione del contratto e l'insufficienza del nudo consenso a determinare una valutazione positiva delle prestazioni programmate, ma soprattutto consentirà di adeguare il concetto di meritevolezza alla "complessità" del sistema ordinamentale italo-europeo e di coglierne la valenza attuale, in particolare con riguardo alla prepotente emersione, nelle contrattazioni pubbliche e private, di interessi sociali e ambientali e alla conseguente meritevolezza di contratti "sostenibili" ed "ecologici".

2. *La radice bettiana della meritevolezza tra "liceità" e "idoneità" degli atti di autonomia.*

La giovane storia del concetto giuridico di "meritevolezza", codificato in Italia dall'art. 1322, comma 2, c.c., è la narrazione di un caso più unico che raro, «un *unicum* nel panorama europeo»².

Il concetto risale, com'è noto, all'impostazione sociale di Emilio Betti³, che lo concepì come limite generale dell'autonomia

collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo).

² GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in Conte e Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, III, Mantova, 2017, p. 57, il quale osserva che il solo controllo dell'autonomia negoziale previsto al di fuori dei nostri confini si riferisce alla liceità (v. anche ID., *Il contratto*, Torino, 2017, p. 138 ss.; ID., *Introduzione al diritto comparato*³, II, *Istituti giuridici*, Torino, 2018, p. 41 ss.); coglie la novità e l'ambiguità del termine meritevolezza, COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 3.

³ Sulla quale si veda, anche per ulteriori riferimenti, MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in Macario e Miletto (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, Roma, 2017, p. 9 ss.; CREA, *Negozio giuridico e autonomia privata: Emilio Betti e la ridondanza non tautologica del sociale*, in *Comp. dir. civ.*, 2019, 1, p. 281 ss.; EAD., *Emilio Betti: riflessioni sul negozio giuridico*, in G. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Scuola estiva dell'ADP, 5-8 settembre 2018, Università degli Studi di Camerino, II, Napoli, 2019, p. 519 ss., spec. p. 529 ss.; PENNASILICO, *La causa negoziale oltre il pensiero di Emilio Betti*, *ivi*, p. 781 ss.

negoziale, ben distinto da quello della liceità: il contratto doveva essere non soltanto lecito, cioè non dannoso per la società, ma anche meritevole di tutela, ossia socialmente utile, con conseguente esclusione della possibilità di concludere contratti futili o socialmente inutili⁴.

Più che di meritevolezza, Betti parlava sia di *idoneità*, intesa come rispondenza alle esigenze fondamentali dell'economia nazionale o del regime corporativo, sia di «causa *idonea* di per sé a giustificare la tutela del diritto, oltre che realizzabile in concreto»⁵. E aggiungeva che il «difetto di causa idonea» alla tutela giuridica è configurabile anche quando il contratto risponda a taluno dei tipi astratti, «senza tuttavia adempiere in concreto la sua destinazione»; sì che «non basta allargare la nozione della illiceità della causa, ma occorre richiedere la positiva rispondenza dei negozi conclusi a funzioni d'interesse sociale». Orbene, conclude Betti, «può darsi

⁴ L'impostazione bettiana muove da un presupposto essenziale: alla medesima stregua dei diritti soggettivi, anche i poteri di autonomia negoziale «non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati» (BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 33). In questa linea di pensiero, la causa è il risvolto sociale dell'autonomia privata, la funzione «economico-sociale» tipica del negozio unitario, dei cui elementi essenziali rappresenta la sintesi e la ragione giustificativa. Se questa funzione non ricorre, il negozio è nullo per difetto di causa, giacché l'ordinamento non può certo proteggere il mero capriccio fine a se stesso (ID., *op. cit.*, pp. 34, 36 e 37). La liceità – ammoniva l'Autore nell'opera maggiore «è bensì condizione *necessaria*, ma *non* condizione *sufficiente* di per sé sola a giustificare il riconoscimento del diritto. Per ottenere questo la causa deve rispondere anche a un'esigenza durevole della vita di relazione, a una funzione d'interesse sociale, che solo il diritto – attraverso l'apprezzamento interpretativo della giurisprudenza – è competente a valutare nella idoneità a giustificare positivamente la sua tutela»: ID., *Teoria generale del negozio giuridico* (1943), rist. corretta della 2^a ed. (1960), *Introduzione* di G.B. FERRI, a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, p. 193. Sulla funzionalizzazione dell'attività negoziale a interessi non soltanto leciti, ma connotati dall'utilità sociale, v. anche D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 77 ss.; più di recente, LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012, p. 152 ss.; LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Milano-Padova, 2012, p. 107 ss.

⁵ BETTI, *op. ult. cit.*, p. 389.

che in concreto si concluda un negozio non riconducibile ad alcuno dei tipi nominati e si faccia questione se esso risponda a taluna di quelle funzioni»⁶, sì che «la idoneità della causa dev'essere controllata dal giudice di volta in volta in concreto»⁷; «o può darsi che il negozio concluso, pur appartenendo ad uno dei tipi nominati, sia indirizzato ad uno scopo pratico che, senza potersi qualificare illecito, sia tuttavia [...] frivolo, futile o improduttivo dal punto di vista della generalità dei consociati»⁸.

Il legislatore del '42 ha recepito aspetti essenziali del pensiero bettiano⁹, tant'è che la Relazione al codice, al paragrafo 613, sancì che la causa non soltanto deve essere conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma deve anche rispondere «alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica»¹⁰. Le proposte avanzate da Betti per la redazione degli articoli sulla

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, p. 391.

⁸ *Ivi*, p. 389.

⁹ Il Maestro camerte, proprio durante la stesura del celebre lavoro affidatogli nel 1936 da Filippo Vassalli sulla teoria generale del negozio giuridico (BETTI, *op. ult. cit.*, spec. p. 170 ss.), fu chiamato, nell'ottobre del 1939, dal ministro Grandi a partecipare all'elaborazione del quarto libro del codice civile. Betti racconta nella sua autobiografia d'aver messo «volentieri le sue forze a servizio di questo compito [...] animato dalla convinzione che si dovesse respingere l'orientamento individualistico del vecchio codice e assoggettare l'autonomia privata a limiti ed oneri rispondenti a fondamentali esigenze d'interesse sociale, come quelle della chiarezza e della buona fede, senza tuttavia menomare l'iniziativa individuale» [BETTI, *Notazioni autobiografiche* (1953), a cura di E. Mura, Padova, 2014, p. 39]. L'A. illustrò l'obiettivo anti-individualistico, perseguito nella codificazione, nel saggio *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale (Fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *RIL*, 74, 1940-1941, p. 301 ss., spec. p. 302. Sul notevole apporto di Betti al codice del '42, v. anche CRIFÒ, *Su Betti e il codice del 1942*, in AA.VV., *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 275 ss.

¹⁰ *Relazione al codice civile*, n. 613, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, 1943, p. 132 [disponibile in consiglienzaforense.it e ora in Rossi e Vassanelli (a cura di), *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul «Valore giuridico della Carta del lavoro»*, con la prefazione di ALPA, Verona, 2018].

causa, e in particolare il suggerimento - sebbene non accolto nel testo definitivo d'inserirvi il parametro dell'*idoneità*, poi sostanzialmente recuperato sotto forma di meritevolezza¹¹, segnarono un'indubbia convergenza tra la concezione della funzione sociale e della meritevolezza del contratto e i propositi dirigistici e autarchici del legislatore fascista¹².

Qui due brevi considerazioni.

La prima è che, nella visione bettiana, l'*idoneità* (o *meritevolezza*) è un parametro "deontologico" generale, «comune a tutti i contratti»¹³, un limite immanente all'autonomia privata, imposto dal superiore interesse sociale¹⁴.

¹¹ Sul punto, v. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in Bombelli e Montanari (a cura di), *Ragionare per decidere*, Torino, 2015, p. 35 ss., spec. p. 64 ss. Per un'indagine approfondita e documentata dell'apporto bettiano alla disciplina della causa del contratto nel codice civile del 1942, ben oltre il mancato recepimento della «causa idonea» nel testo definitivo, v. BRUTTI, *Da Scialoja a Betti. Proposte e polemiche per un nuovo codice* (2012), in ID., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 163 ss.; v. anche BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 59 ss.

¹² Cfr. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale*, cit., p. 15; MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019, p. 5 ss. Sull'adesione convinta di Betti alle dottrine del fascismo, si rinvia all'accurata ricostruzione di BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in Birocchi e Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, p. 63 ss.; v. anche CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quad. fior.*, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, I, p. 175 ss. Riflette sul confronto tra la scienza giuridica e il «problema sociale o collettivo» nei primi anni del Novecento, FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in P. Perlingieri e Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 33 ss., spec. p. 38 ss.; si veda, altresì, M. MARTONE, *La dottrina civilistica e il rapporto con il corporativismo*, *ivi*, p. 135 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Le culture giuridiche nel fascismo*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1105 ss., e in Bonini, Di Maio e Tognon, *L'Italia europea. Dall'Unificazione all'Unione*, Roma, 2017, p. 177 ss.

¹³ Così Betti in una lettera a Dino Mandrioli del 31 marzo 1941, che si legge in RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, p. 481 s.; e v. anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 389. Sull'interpretazione estensiva della regola dell'art. 1322, 2° co., c.c., proposta da

La seconda è che la ricostruzione bettiana della funzione negoziale ha suscitato numerose e notissime riserve, dalla deriva dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata¹⁵

Betti, v. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 253 ss., spec. p. 254 s.; sul punto, v. anche BRUTTI, *Da Scialoja a Betti*, cit., p. 168.

¹⁴ Individua nella concezione della meritevolezza come limite al libero esplicarsi dell'autonomia negoziale il «peccato originale» della visione bettiana, M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789 ss., spec. pp. 790 e 795 s. (da cui si cita), poi in del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, I, Napoli, 2013, p. 223 ss., la quale propende per una rilettura *positiva* della meritevolezza, intesa non più come giudizio che segna il momento patologico dell'atto di autonomia, ma come *predicato* della libertà negoziale, «che consente ai privati di ampliare i propri spazi di azione» (p. 808), e altresì «di superare i limiti posti da norme ordinarie, se la posta in gioco è la realizzazione di valori [...] conformi all'assetto ordinamentale di una data società» (p. 812 s.).

¹⁵ Da tale punto di vista, la causa oggettiva è additata come un mezzo grazie al quale lo Stato fascista poteva attuare una politica dirigistica dell'economia nazionale, relegando anche l'autonomia privata nel novero delle libertà dell'individuo intese dal regime come strumenti utili non già a sviluppare la personalità umana, bensì a soddisfare i fini etici propri dell'ordinamento corporativo e a funzionalizzare il contratto, così alterando il rapporto tra ordinamento e libertà contrattuale. Cfr. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss., spec. p. 53 ss. (rist., con *Introduzione* dell'A., Vicalvi, 2017); DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss., spec. p. 7; BUSSANI, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino, 2005, p. 28, secondo il quale «il criterio della meritevolezza ancora oggi non ha incamerato forze sufficienti per distanziarsi dalla sua origine di balzello dirigista»; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁴, Torino, 2014, p. 234. Tuttavia, il tempo attuale impone di congedarsi dalle «narrazioni ideologicamente condizionate che, non più ancorate agli originari riferimenti normativi, hanno smarrito ogni giustificazione a séguito delle trasformazioni del sistema ordinamentale»; sì che, «il confronto dialettico sulla funzionalizzazione o meno del contratto appare un paradigma del mondo di ieri che oscura il reale problema, vale a dire il valore normativo dei principi generali. La funzionalizzazione del contratto, infatti, non comporta l'attuazione di interessi diversi da quelli dei contraenti ma impone la selezione delle regole contrattuali conformi ai principi generali posti a base del sistema ordinamentale». Così, FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in *comparazionediritto.civile.it*, luglio 2018, p. 1 ss., spec. p. 19 s., ora in Id. e G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, Scuola estiva dell'ADP, 6-9 settembre 2017,

all'appiattimento della causa sul tipo¹⁶, ponendosi in evidenza che la causa, intesa come funzione economico-sociale, condurrebbe l'interprete a pretermettere la valutazione della situazione concreta e degli scopi pratici che hanno indotto le parti a negoziare¹⁷.

Tuttavia, a ben vedere, e come emerge chiaramente anche dai passi dianzi citati, Betti non trascurava affatto il concetto di "causa" come «scopo pratico immediato» (ossia la causa del concreto negozio)¹⁸, ma reputava che la causa, nella sua accezione di sintesi degli elementi essenziali¹⁹, dovesse esprimere non soltanto un interesse meramente individuale (o particolare), ma altresì un interesse sociale (o generale). Si tratta, nelle limpide parole di Betti, di «due profili logicamente correlativi, non già di

Università degli Studi di Salerno, Napoli, 2019, p. 251 ss., spec. p. 275; v. anche G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 18 ss.

¹⁶ Cfr., per tutti, FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. p. 355 ss.; in sintesi, ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, pp. 402 s. e 408 s.; GUAGLIONE, *Il contratto. Sistema del diritto civile*, Torino, 2018, p. 303 ss.

¹⁷ Con la conseguenza che nessun contratto tipico potrebbe mai essere dichiarato nullo per mancanza o illiceità della sua causa, giacché essa finirebbe appunto per coincidere con quella che è stata individuata, da un giudizio svolto *a priori* dal legislatore, come funzione tipica dei contratti appartenenti a quel dato tipo. Si veda, per tutti, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1989, p. 186 s., il quale riferiva l'illiceità della causa ai soli contratti innominati, sul presupposto che «nei negozi a causa predeterminata la stessa non può essere che lecita» (p. 187); diversamente, tra gli altri, DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 6 s.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.; ID., *Diritto civile*, III, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 410 ss.; CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 237.

¹⁸ «In quanto avuta di mira dall'intento pratico delle parti, la causa caratteristica del tipo astratto cui il negozio appartiene comporta ed esige in ogni concreto negozio una specificazione o colorazione concreta, adeguata all'intento comune di esse parti». Così, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 185.

¹⁹ BETTI, *op. ult. cit.*, p. 184. Sull'idea bettiana della causa come «sintesi», «totalità e unità funzionale», nella quale si esplica l'autonomia negoziale, v. N. IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 425 ss., spec. p. 434 e nota 27.

due nozioni contrastanti»²⁰, con buona pace della *vulgata* dottrinale e giurisprudenziale, che fraintende il senso genuino del pensiero bettiano²¹.

²⁰ BETTI, *op. ult. cit.*, p. 183, ove si osserva che «l'interesse in senso oggettivo (al mutamento dello stato di fatto) in tanto opera attraverso il congegno del negozio, in quanto viene a coincidere normalmente con l'interesse soggettivo determinante la volontà privata nel caso concreto» (v. anche ID., *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 36). In effetti, «mentre l'interesse individuale alla conclusione del negozio mira naturalmente ad uno scopo di carattere variabile e contingente, che non basta punto a render ragione della tutela giuridica del negozio, viceversa l'interesse sociale a tale tutela [...] non basta a render ragione della effettiva conclusione del negozio nel caso singolo senza un concreto interesse che volta per volta la determini. Di qui la necessità di considerare la causa sotto i vari profili che il negozio presenta, evitandone appunto una visione unilaterale e atomistica» (*ivi*, p. 33).

²¹ La concezione bettiana «non può dunque postulare l'astrazione dalla concreta e particolare ragione del contratto, pena la sua insignificanza, ma pone essenzialmente i riferimenti della sua riconoscibilità sociale, secondo determinate direttrici, ai fini del favorevole vaglio e accoglimento in seno all'ordinamento» [ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in ID. (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, p. 1 ss., spec. p. 5 s.; ID., *Il problema della 'causa' tra dogmi e revisioni*, in Conte e Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione*, cit., II, p. 311 ss., spec. p. 315]. In realtà, «si è forse equivocato allorché si è identificata la *funzione sociale* attribuita alla causa con la sua astrattezza, e ciò nel senso che, essendo '*sociale*', si sarebbe superato il riferimento individuale, concreto, specifico: è dunque un fraintendimento! Socialità non è certo sinonimo di astrazione dal concreto, ma di rilevanza dal punto di vista dell'ordinamento e dei suoi canoni valutativi» (*ivi*, p. 333; v. anche MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569 ss., spec. p. 594 s.). Una lettura più attenta rivela, dunque, che la funzione economico-sociale si affranca dalla categoria del tipo per diventare sintesi di risultati empirici di rilievo economico e sociale. Coglie con puntualità il pensiero autentico di Betti sulla c.d. causa concreta, G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21 ss., spec. p. 42 s. [e in Cicero e G. Perlingieri (a cura di), *Liber amicorum per Bruno Troisi*, Napoli, 2017, p. 953 ss.], il quale giudica complice delle incomprensioni il volume di FERRI, *Causa e tipo*, cit.; nel medesimo senso, GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 838 ss., spec. p. 844 ss.; e già BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 80 ss., spec. p. 86 ss.; v. anche MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in

3. La “modernizzazione” della concezione bettiana di meritevolezza: il problema dell’oggetto del controllo.

Una volta caduto il regime, il secondo dopoguerra segnò una decisiva «svolta ordinamentale», ossia la conformazione del diritto, e in particolare del diritto civile, ai principi precettivi della Costituzione²². La “costituzionalizzazione” del diritto civile ha

Europa dir. priv., 2015, p. 469 ss., spec. pp. 477 ss., 481 ss.; A.M. GAROFALO, *Dalla cause de l’obligation alla causa del contratto*, in Amadio e L. Garofalo (a cura di), *Ius civile europaeum. Libertà e responsabilità contrattuale*, Winter School dell’Università di Padova, 22-26 febbraio 2016, Pisa, 2017, p. 237 ss., spec. p. 351 ss.; ID., *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in G. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L’attualità del pensiero di Emilio Betti*, cit., p. 681 ss., spec. p. 689 ss.; ORLANDO, *Considerazioni sulla concezione bettiana della causa, a partire dagli «atti di neutralizzazione»*, *ivi*, p. 541 ss., spec. p. 560 ss.; DI MAURO, *Emilio Betti e la causa concreta meritevole di tutela*, *ivi*, p. 575 ss.; PENNASILICO, *La causa negoziale*, cit., p. 790 s.

²² Di «svolta ordinamentale», che muove dall’avvento della Costituzione per giungere fino al diritto privato europeo, discorre GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, I, *Storia e teoria*, Torino, 2015, pp. 56 e 111 ss. Si tratta, anzi tutto, di una svolta assiologica: così, PENNASILICO, *L’interpretazione tra legge e contratto. Spigolando da «Senso e consenso» di Aurelio Gentili*, in Id. (a cura di), *L’interpretazione tra legge e contratto. Dialogando con Aurelio Gentili*, Atti del convegno, Bari, 29-30 settembre 2016, Napoli, 2019, p. 11 ss., spec. p. 21 (da cui si cita, e in *Annali SISDiC*, 2019, 4, p. 57 ss.); e già ID., *Metodo e valori nell’interpretazione dei contratti. Per un’ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 343, ove si individuano «le ragioni più profonde di questa svolta rispetto alla dogmatica del codice civile [...] nel primato del principio personalistico, che si trova alla base delle costituzioni contemporanee e che ha dato vita al pluralismo giuridico»; similmente, ora, NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018, p. 8, secondo la quale la svolta ordinamentale impone «di associare alla razionalità logica una razionalità anche assiologica». Sulla centralità e precettività nelle norme costituzionali, emblematico è il pensiero di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, spec. p. 535 ss., sul quale v. D’AMICO, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico nel prisma dell’interpretazione. Il contributo di un Maestro*, in Corti calabresi, 2008, p. 657 ss.; FEMIA, *Perlingieri, Pietro*, in Pavan (a cura di), *Enciclopedia della persona nel XX secolo*, Napoli, 2008, p. 819 ss.; MADDALENA, *Interpretazione*

indotto una parte cospicua della dottrina, seguita soltanto di recente dalla giurisprudenza, a modernizzare la concezione bettiana della funzione negoziale²³. In effetti, con l'avvento della Costituzione

sistemica e assiologica del diritto, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 65 ss.; GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 914 ss.; PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, *ivi*, 2011, p. 840 ss. [poi, con modifiche e aggiornamenti, in P. Perlingieri e Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico*, cit., p. 247 ss.].

²³ In realtà, il discorso di Betti risale a un sistema fondato, in assenza di una costituzione rigida, sulla centralità del codice civile e prescinde, anche dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, dalla considerazione della medesima come norma precettiva al vertice della gerarchia delle fonti, trovando in ciò il proprio limite insuperabile. In tal senso, PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 87; v. anche P. PERLINGIERI, «*Principi generali*» e «*interpretazione integrativa*» nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 105 ss., spec. p. 118 s.; ZARRO, *Interpretazione e Costituzione*, in G. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti*, cit., p. 1095 ss., spec. p. 1103 ss.; diversamente, MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale*, cit., p. 16 s.; RAZZANO, *Riflessioni su Emilio Betti filosofo e costituzionalista, suo malgrado*, in *nomos-leattualitaneldiritto.it*, 2017, p. 1 ss. Ammonisce che la costruzione della causa come funzione economico-sociale «non appare costituzionalmente orientata», C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto*, cit., p. 253, secondo il quale occorre giudicare come immeritevoli di tutela gli interessi che contrastino con l'utilità sociale (art. 41, comma 2, Cost.), sì che il conflitto con interessi generali della comunità «rende per ciò stesso il contratto privo di una causa meritevole di tutela e ne importa la nullità pur in assenza della violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume». Immeritevoli di tutela, chiarisce l'A. [ID., *Contratto europeo e principio causalista*, in Paradiso (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. C. Lazzara, Catania 12-14 settembre 2002, Milano, 2005, p. 387 ss., spec. p. 402], sono gli interessi *socialmente dannosi*. La dannosità sociale deve ravvisarsi ogni qual volta il contratto miri a pregiudicare beni o valori che la società riconosce come propri: l'ambiente, l'occupazione, l'eguaglianza sostanziale, l'informazione, l'educazione, ecc. Devono, così, reputarsi nulli per immeritevolezza degli interessi perseguiti «i contratti che, ad es., abbiano a programma il degrado ambientale di una determinata zona» (*ivi*, p. 403) o, comunque, «attività pregiudizievoli per l'ambiente» (ID., *Diritto civile*, III, cit., p. 413). Identificava il contratto immeritevole con quello contrario ai principi costituzionali e, segnatamente, all'utilità sociale, già NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (rist., Napoli, 2011), spec. p. 92 ss.; riconosceva nella meritevolezza la congruità dell'operazione negoziale atipica con l'ambiente nel quale s'inquadra, ossia la sua utilità sociale, BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una*

non appare più adeguato il criterio neutro della liceità, nell'ambito del quale confluiscono e si confondono contratti notevolmente meritevoli di tutela con contratti semplicemente leciti e permessi.

Specularmente, sono immeritevoli di tutela i contratti il cui assetto di interessi è difforme dai principi normativi identificativi dell'ordinamento, innanzi tutto quelli costituzionali, sì che la non conformità della "regola" contrattuale a quei principi priva l'operazione di una causa meritevole di tutela, con conseguente nullità del contratto²⁴. L'immeritevolezza deve, dunque, ravvisarsi ogni qual volta il contratto si ponga in contrasto con valori costituzionalmente protetti, all'esito di un vaglio di conformità della regola contrattuale alla legalità costituzionale²⁵.

rilettura dell'art. 1322 cod. civ., in Belvedere e Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 128 ss.; più di recente, per ulteriori svolgimenti, v. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *personaemercato.it*, 2011, 1, p. 12 ss.; PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1291 ss., e in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Atti del convegno, Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 287 ss., spec. p. 299 s. (da cui si cita).

²⁴ Lo strumento della nullità diviene, così, «indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, con la conseguenza che l'ordinamento lo utilizza per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali»: TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 876.

²⁵ Il riferimento della meritevolezza alla legalità costituzionale, ossia ai valori racchiusi nell'«ordinamento giuridico» (v., *infra*, § 4 e nota 62), fuga ogni dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 1322, comma 2, c.c. (v., *infra*, nota 26) e persuade che il fondamento dell'autonomia contrattuale non è soltanto nella disposizione dell'art. 41 cost., ma si rinviene in una pluralità di principi costituzionali [v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 326 ss., e MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 61 ss.], tanto da declinarsi al plurale il concetto stesso di autonomia contrattuale [di «autonomie contrattuali» parla ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in ID. e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss.; similmente, CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 132; ID., *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 1 ss., spec. pp. 4 e 10, da cui si cita, e in *Annuario*

In questa prospettiva, occorre rispondere ai due quesiti che, ancora oggi, solleva il problema della meritevolezza: (a) l'oggetto o punto d'incidenza del giudizio di meritevolezza, ovvero se il controllo investa soltanto i contratti atipici, come sembrerebbe deporre il capoverso dell'art. 1322 c.c.²⁶, o si estenda anche ai contratti tipici²⁷; (b) l'interferenza tra meritevolezza e liceità,

del contratto 2015, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2016, p. 64 ss.; PENNASILICO, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 163 ss., spec. p. 165 ss., da cui si cita, e in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, Napoli, 2017, p. 1475 ss.]. In tal senso, la meritevolezza vale a indicare la verifica di conformità all'ordine pubblico costituzionale, ossia un controllo che trova fondamento non tanto nella disposizione dell'art. 1322, comma 2, c.c., quanto piuttosto nel sistema ordinamentale e, in particolare, nelle disposizioni degli artt. 2, 3, 41 e 118 cost. Sul punto, si veda BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 1 ss., spec. p. 16, nota 36, il quale non esclude che, di là dal controllo di meritevolezza civil-costituzionale, che deve investire qualsiasi atto di autonomia negoziale, l'art. 1322, 2° co., c.c. preveda uno specifico controllo preventivo, per i soli contratti non aventi una disciplina particolare, da intendere come «controllo sull'idoneità del modello a comporre, astrattamente, interessi meritevoli di tutela». Sulla clausola generale dell'ordine pubblico, intesa non soltanto come limite alla libertà negoziale, ma anche come insieme dei principi identificativi dell'ordinamento con funzione promozionale, v. G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 15 ss.

²⁶ Argomenta, in tal senso, dalla lettera della legge, COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 423 ss., spec. p. 431; v. anche GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 221 ss., spec. p. 230. Il riferimento testuale ai soli contratti non tipici ha addirittura indotto a prospettare l'incostituzionalità dell'art. 1322 c.c., in quanto il giudizio di meritevolezza porrebbe i contratti atipici in una posizione deteriore rispetto a quelli tipici, i quali trovano l'unico limite nell'art. 1343 c.c., là dove i contratti atipici scontano il limite ulteriore dell'utilità sociale: così, STOLFI, *Luci ed ombre nell'interpretazione della legge*, in *Jus*, 1975, p. 133 ss., spec. p. 145.

²⁷ Nella prospettiva sistematica e assiologica, che enfatizza la rilevanza prioritaria dei valori fondamentali, «appare ragionevole e corretto sottoporre a giudizio di meritevolezza qualsiasi pattuizione privata, "tipica" o "atipica", al fine di valutarne la conformità logica e funzionale rispetto all'assetto normativo vigente», sì che tale giudizio «costituisce un controllo di coerenza dell'atto di

ovvero quale sia il rapporto (di autonomia o di sovrapposizione) tra controllo di meritevolezza e controllo di liceità²⁸.

La tesi che esclude il sindacato di meritevolezza per i contratti tipici si basa, com'è noto, sull'assunto comune, desunto da una lettura superficiale dei testi bettiani, che il legislatore, già disciplinando tali contratti, ne avrebbe sancito l'apprezzamento positivo, in coerenza con la nozione tradizionale di causa in astratto, quale funzione economico-sociale del contratto, che finisce con il sovrapporsi alla nozione di tipo contrattuale²⁹. Tuttavia, Betti, pur osservando che «il controllo circa la idoneità della causa si può ritenere già fatto dalla legge in astratto e in linea di massima nella configurazione del tipo»³⁰, non mancava di aggiungere che tale controllo deve comunque essere rinnovato dal giudice per scongiurare le ipotesi di contratti socialmente futili o improduttivi³¹.

autonomia privata con la legalità costituzionale» (LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali*, cit., p. 117, nonché p. 134 s.).

²⁸ Sul dibattito sollevato da tale duplice interrogativo, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a PENNASILICO, *Art. 1322*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*³, IV, 1, Napoli, 2010, p. 372 ss., spec. p. 386 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni*, cit., p. 795 ss.; si aggiungano, nella letteratura più recente, LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ric. giur.*, 2016, 2, p. 211 ss. (reperibile in *edizionicafoscari.unive.it*); ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 37 ss., spec. p. 42 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Primo incontro di studi dell'ADP, Napoli, 10-11 novembre 2016, Napoli, 2017, p. 391 ss.; GUARNERI, *Il contratto immeritevole*, cit., p. 253 ss.

²⁹ Si veda, sul piano dei lavori preparatori al codice del 1942, la *Relazione al codice civile*, n. 603, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice civile*, cit., p. 129 s. Ripropone, di recente, la delimitazione della meritevolezza all'ambito dei contratti atipici, FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1281 ss.

³⁰ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 391.

³¹ Cfr. BETTI, *op. ult. cit.*, pp. 54, 104, 159, 171, 179, 186 s., 193, 323, 389 ss., il quale ha insegnato che, «nell'impartire la sua tutela all'autonomia privata, l'ordine giuridico ha riguardo non già al capriccio individuale, ma solo alla

Certo, nelle stesse esemplificazioni prospettate da Betti³², si tratta di ipotesi eccezionali o marginali, sì che il controllo di meritevolezza dei contratti tipici sembra assumere una rilevanza modesta, tanto da porsi l'interesse non meritevole di tutela in uno spazio intermedio, tra il difetto di causa e l'illiceità³³; ovvero da

funzione socialmente rilevante del negozio-tipo in sé e per sé considerata» (*ivi*, p. 184); concezione, questa, recepita dalla *Relazione al codice civile*, n. 603, cit., p. 129, ove si legge, nel segno della funzionalizzazione degli interessi individuali, che l'ordine giuridico «non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto» (v. anche, *supra*, § 2 e nota 4). Si spiega, così, «l'apparente paradosso, per il quale la meritevolezza costituisce un requisito di tutti i contratti, ma assume valenza decisoria soltanto rispetto ai contratti connotati da un'elevata potenzialità di promozione di rilevanti obiettivi di politica sociale ed economica» (MAISTO, *Giudizio di meritevolezza e sindacato di ragionevolezza. Il caso dei contratti derivati*, in *lIdirittodegliaffari.it*, 17 gennaio 2018, p. 1 ss., spec. p. 16).

³² «Si pensi, p. es., a un testamento, col quale alcuno destini le proprie sostanze a scopi non illeciti, ma socialmente futili o improduttivi (mantenimento di animali, celebrazione di certe ricorrenze, costruzioni inutilmente dispendiose destinate a serbare memoria del trapassato). O si pensi ad un contratto, col quale alcuno consenta dietro corrispettivo all'astensione da un'attività produttiva, e in genere, a un abuso di patti di non concorrenza, anche all'infuori dei limiti previsti dall'art. 2125; o si pensi a un contratto, con cui taluno consenta ad una esplicazione sterile della propria attività al servizio di altri, o ad una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione (cod. pen. 50): e ciò senza una ragione socialmente plausibile, unicamente per creare alla controparte una posizione iniziale di vantaggio nella lotta per la concorrenza economica o professionale» (BETTI, *op. ult. cit.*, p. 390). Sulla possibilità d'individuare interessi non illeciti, eppure «non meritevoli di tutela», v. ampiamente BRECCIA, *Causa*, in Alpa, Breccia e Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 94 ss.

³³ Spazio intermedio nel quale inevitabili emergono, a contatto con i fatti, prossimità e sovrapposizioni: così, U. BRECCIA, *op. cit.*, pp. 97 e 110 s., con riguardo anche alla problematica distinzione tra giudizio di meritevolezza e giudizio di conformità all'ordine pubblico [v. anche ID., *Art. 1322*, in Navarretta e Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1349, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Milano-Torino, 2011, p. 59 ss., spec. p. 117 ss.; ID., *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, p. 5 ss., spec. p. 11 s.]. Sull'incerta distinzione e sui possibili margini di sovrapposizione tra meritevolezza e liceità, entrambe incentrate sulla conformità all'ordine pubblico

ridursi il giudizio di meritevolezza a un controllo sul *tipo sociale* e non sulla *causa*: meritevole sarebbe lo strumento elaborato dai contraenti, se idoneo «ad assicurare a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa»³⁴.

costituzionale, v. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1978, p. 30 ss.; ID., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Camerino-Napoli, 1993, p. 273 ss., spec. p. 341 ss.; ID., *Ordine pubblico*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 317 ss.; M.A. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 764 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Not.*, 2014, p. 11 ss.; in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss. (da cui si cita); in Gitti, Delfini e Maffei (a cura di), *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, Milano, 2015, p. 2369 ss., secondo il quale, «delle due l'una: o il controllo di liceità racchiude in sé anche quello di conformità dell'atto all'assetto valoriale dell'ordinamento, e allora il controllo di meritevolezza spesso si risolverà in quello di liceità; oppure nel controllo di liceità non si fa rientrare quello di conformità dell'atto alla legalità costituzionale, e allora il controllo di meritevolezza assume una sua autonomia e più significativa rilevanza» (p. 59, nota 8).

³⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁹, Napoli, 2019, p. 823; in tal senso, già ID., *Atipicità del contratto*, cit., pp. 57 ss. e 96 ss., secondo il quale l'art. 1322 c.c. non assolverebbe alcuna funzione autonoma, valendo al più ad accertare la volontà delle parti di giuridicizzare il vincolo pattizio; v. anche COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 24 ss.; EAD., *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3115 ss.; MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, Milano, 1991, p. 54 ss., spec. p. 56, che ripercorre la tendenza alla «de-causalizzazione» del controllo di meritevolezza; più di recente, A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 573 ss., spec. p. 580, il quale tenta di sviluppare il discorso, nel senso di individuare nell'art. 1322, 2° co., c.c. la norma sulla quale elaborare «una teoria degli indici di giuridicità», ovvero «un moderno sistema di *vestimenta*: e cioè di segnali al ricorrere dei quali un patto privato è “vestito” di giuridicità»; in giurisprudenza, tra le altre, Cass., 2 novembre 2000, n. 14330, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1897; Cass., 21 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2007, p. 867 ss.; Trib. Pavia, 10 febbraio 2009, in *ilcaso.it*; diversamente, G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 3 ss.; STEFANELLI, *La parabola della causa*, in *Persona e mercato*, 2014, 4, p. 225 ss., spec. p. 238, ove si rileva che «non è dato comprendere in qual modo possa effettuarsi (e quale utilità abbia) un'indagine

Tesi, quest'ultima, rimasta minoritaria, giacché la limitazione del controllo di meritevolezza ai soli contratti atipici è stata incisivamente avversata, riportando il discorso proprio sul piano funzionale e valorizzando una dimensione concreta della causa, che consentisse di tenere nel dovuto conto le peculiarità irripetibili del singolo regolamento d'interessi³⁵. Nella logica della causa come «funzione economico-individuale»³⁶, la distinzione tra contratti tipici e atipici perde gran parte del suo peso e il controllo di meritevolezza assume una valenza generalizzata³⁷. L'evoluzione interpretativa verso la causa in concreto³⁸, asseverata dalle più

sulla razionalità in astratto dell'atto privato atipico svincolata dall'analisi in concreto del suo contenuto».

³⁵ Si veda, più di altri, FERRI, *Causa e tipo*, cit., spec. p. 370 ss.

³⁶ FERRI, *op. ult. cit.*, spec. p. 355 ss.

³⁷ Cfr., ancora, FERRI, *op. ult. cit.*, p. 358 ss. Sul punto, in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente conformata, P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 389 ss. Nella giurisprudenza di merito, rivendica la «piena operatività» della previsione dell'art. 1322, comma 2, c.c., «altrimenti ghetizzato nell'area dei contratti atipici», Trib. Napoli, 15 aprile 2009, in *Dir. giur.*, 2009, p. 433 ss., spec. p. 442, con nota di SCOTTI, *Una problematica ipotesi di nullità di contratti collegati per insussistenza di un interesse meritevole di tutela. Una possibile alternativa: la buona fede quale strumento di controllo dell'equilibrio contrattuale nei confronti del mercato finanziario*. Sul piano fiscale, argomenta la possibilità di un giudizio di meritevolezza anche dei contratti tipici l'orientamento che fonda un generale principio antielusivo nella Carta costituzionale e nel diritto europeo (v., per es., Cass., Sez. trib., 19 maggio 2010, n. 12249, in *Giur. it.*, 2010, p. 1947 ss.); giudizio che consisterebbe nel vagliare «gli interessi concretamente perseguiti dalle parti contraenti e, in caso di verifica della natura fiscalmente elusiva dell'operazione realizzata, nel comminare la sanzione della inefficacia relativa, ossia della inopponibilità, del contratto all'amministrazione finanziaria, che potrebbe applicare la maggiore imposta elusa oppure disconoscere l'agevolazione fiscale invocata» (St. ROMANO, *Abuso fiscale dell'autonomia privata contrattuale: giudizio di meritevolezza per i contratti tipici?*, *ivi*, p. 2530).

³⁸ Si veda, più di altri, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto*, cit., p. 251 ss.; ID., *Morte della causa?*, in Cernigliaro (a cura di), *Death of contract? La giurisprudenza come storia*, Atti del Convegno internazionale di Studi, Napoli, 29-30 ottobre 2013, Napoli, 2017, p. 85 ss.

recenti tendenze giurisprudenziali³⁹, non può che sfociare nell'interpretazione evolutiva o adeguatrice dell'art. 1322, comma 2, c.c. e nel conseguente allargamento delle maglie del controllo di meritevolezza, destinato a ogni singolo contratto, tipico o atipico che sia⁴⁰.

³⁹ L'orientamento ormai consolidato, che definisce il concetto di "causa" non più come ragione "economico-sociale", ma come ragione "economico-individuale" del contratto, è inaugurato da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 564 ss., con nota di ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*. Denunziano, nella nuova tendenza giurisprudenziale, il rischio di derive "pancausaliste", che trarrebbero origine dal processo di dilatazione che ha segnato il passaggio dalla causa come mero requisito del contratto alla causa come asse centrale della regola contrattuale e «sintesi degli interessi reali» delle parti, GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 231 ss.; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; ALCARO, *Il problema della 'causa' tra dogmi e revisioni*, cit., pp. 314, 316 ss., 323, 328 e 330. Per un'analisi critica delle applicazioni giurisprudenziali della causa concreta, v. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416 ss.; MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1441 ss.; LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 35 ss.; FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in G. Perlingieri, Clarizia, Lepore e Fachechi (a cura di), *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazioni e contratti*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; A.M. GAROFALO, *La causa: una "storia di successo"? (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)*, in *juscivile.it*, 2018, p. 163 ss.

⁴⁰ Si veda, in tal senso, CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, cit., p. 49 ss., spec. p. 54; G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 459 ss., spec. p. 500 ss.; SOLIMINI, *La meritevolezza nel contratto di affidamento fiduciario: un controllo particolarmente qualificato?*, in *Riv. impr. merc. int.*, 2016, 2, p. 8 ss., spec. p. 10; PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., spec. p. 216 (da cui si cita), e in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, II, cit., p. 1635 ss.; ID., *Parole introduttive*, in Cernigliaro (a cura di), *Death of contract?*, cit., p. 93 ss., spec. p. 96; LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018, p. 163 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 410. Del resto, «il riferimento del dato della meritevolezza non più agli interessi, ma alla causa, ossia ad un "requisito"

Senonché, questa generalizzazione sembra scontare una fatale confusione o sovrapposizione, giacché il giudizio di meritevolezza viene fondato sulla conformità della regola contrattuale ai parametri delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume⁴¹, così identificandosi, come superfetazione o «inutile

editualmente imposto a qualsivoglia figura negoziale (coord. artt. 1323, 1324, 1325, n. 2) – congiunto alla [...] necessità di procedere alla valutazione della seconda (e dei suoi caratteri) in rapporto alle concrete esplicazioni d'autonomia – permette, fra l'altro, di aver ragione del comune indirizzo, orientato a circoscrivere il giudizio di meritevolezza agli atti innominati». Così, DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 243. Tuttavia, la consapevolezza che l'autonomia negoziale non trova fondamento esclusivo nell'iniziativa economica privata, ma affonda le radici in valori e principi costituzionali diversi secondo la portata e il contenuto dell'atto (v., *supra*, nota 25), preclude la possibilità di sottoporre indiscriminatamente tutti gli atti negoziali al controllo di meritevolezza e induce a riconoscere che «la valutazione costituzionale di alcuni atti negoziali è tale che la meritevolezza è *in re ipsa*» (FEDERICO, *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 27-29 marzo 2008, Napoli, 2009, p. 369 ss., spec. p. 375). Si pensi, per esempio, all'esperienza dei rapporti familiari o sportivi: il giudizio di meritevolezza, in tali ipotesi, appare pleonastico, se riferito ad atti negoziali diretti alla soddisfazione di interessi leciti, i quali, in quanto connessi in modo indissolubile all'attuazione della personalità e del suo libero sviluppo, devono essere considerati intrinsecamente meritevoli di tutela [in tal senso, ancora, FEDERICO, *op. ult. cit.*, p. 376, nonché ID., *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 614 ss., spec. p. 618, poi in Doria (a cura di), *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Torino, 2010, p. 165 ss., spec. p. 167 s.; ID., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Calvo e Ciatti (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano-Torino, 2014, p. 561 ss., spec. pp. 594 e 600; v. anche VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, in *Studium iuris*, 2008, p. 1057].

⁴¹ Riferisce, sulla scorta della Relazione al codice civile, alla meritevolezza i criteri enunciati nell'art. 1343 c.c., FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 406 ss.; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 331 ss., spec. p. 366 ss., e in Ruscello (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, Napoli, 2009, p. 55 ss. (ne segue l'opinione, Grondona, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, p. 162, nota 151). Segnala il limite di tale problematica convergenza o sovrapposizione, S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza*, cit., p. 394 s.

doppione»⁴², nel giudizio “gemello” di liceità. Occorre, dunque, verificare, sul piano sistematico e applicativo, se sia possibile coniugare l’estensione della meritevolezza a tutti i contratti con una valenza propria e distinta dal predicato della liceità⁴³.

In effetti, il controllo di meritevolezza, troppo a lungo relegato ai margini del “diritto vivente”, si apre a una progressiva “rivitalizzazione” proprio nella prassi giurisprudenziale⁴⁴, propensa a superare la distinzione tra contratti tipici e atipici⁴⁵.

⁴² ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 403, il quale, peraltro, movendo dal rilievo che le norme imperative sono riferite in prima battuta ai contratti tipici, finisce per attribuire all’art. 1322, comma 2, c.c. un senso autonomo, ossia quello di avvertire che l’osservanza delle norme imperative «non può essere elusa solo perché le parti, anziché concludere il contratto tipico di riferimento, concludono un contratto atipico produttivo di analoghi risultati giuridico-economici».

⁴³ In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 334 ss.; ID., «Controllo» e «conformazione», cit., p. 211 ss. Un’opinione isolata ha sostenuto che immeritevole sarebbe non soltanto il rapporto incoercibile (sulla immeritevolezza dei rapporti non giuridicamente vincolanti, quali i rapporti di cortesia, v. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli, 1995, p. 101 ss.), quanto piuttosto il contratto, tipico o atipico, lecitamente stipulato, ma in danno del terzo (o *abusivo* dei suoi interessi), con lesione del credito o della libertà contrattuale del medesimo, legittimato a reagire, rispettivamente, con l’azione revocatoria o con l’azione risarcitoria, in via aquiliana. Così, DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell’epoca del postmoderno*, in ID. (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell’invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, p. 119 ss. Tuttavia, non sembra utile qualificare come immeritevole un contratto, che già riceve sanzione o nell’art. 2901 c.c. o nell’art. 2043 c.c. [è il rilievo di LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss., spec. c. 227, nota 32 (da cui si cita), e in Di Ciommo e Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell’epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Roma, 2018, p. 173 ss.]. Del resto, tale tesi, «se da un lato porta a distinguere meritevolezza da liceità, dall’altro porta ad identificare il concetto di immeritevolezza con quello di abuso del diritto, spostando la sede della buona fede e della correttezza dall’ambito del rapporto tra le parti all’ambito del rapporto parti-terzi» (M. BIANCA, *Alcune riflessioni*, cit., p. 799). Ma, per l’appunto, «l’abuso diverrebbe la categoria di riferimento, per affermare la responsabilità aquiliana, e non l’immeritevolezza» (G. LENER, *op. loc. cit.*).

⁴⁴ G. LENER, *op. cit.*, cc. 221 s. e 237, il quale osserva che il nuovo filone giurisprudenziale, che riscopre la portata autonoma del giudizio di meritevolezza, sembra innestarsi all’interno di un sempre più ampio ricorso alle

Si pensi, anzi tutto, a operazioni finanziarie complesse, al collegamento tra un contratto di mutuo, concesso dalla banca all'investitore, e un contestuale mandato, che l'investitore conferisce alla banca al fine di utilizzare la somma erogata per acquistare titoli, emessi peraltro dalla banca stessa, che assume al contempo le vesti di mutuante, mandataria ed emittente, in palese

clausole generali, per assicurare la «giustizia del caso concreto», ossia il controllo sul corretto esercizio dell'autonomia negoziale e l'intervento modificativo sul contenuto del contratto iniquo. In argomento, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a PENNASILICO, *“Ménage à trois”: la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss. (e in *Correzione e integrazione del contratto*, cit., p. 43 ss.); ID., *Interpretazione e integrazione dei contratti*, cit., p. 163 ss.; ID., *Buona fede e ragionevolezza nell'interpretazione dei contratti*, in G. Perlingieri e D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 255 ss., e in G. Perlingieri e Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 851 ss.; ID., *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 3 ss.; ID., *L'interpretazione tra legge e contratto*, cit., p. 29 ss.; CIPRIANI, *Buona fede e interpretazione*, in Ricci (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 407 ss. Sull'opportunità che il giudizio *ex post* del giudice sia preceduto da un motivato giudizio precognitivo o prognostico del notaio sulla validità ed effettività dell'atto di autonomia, v. LENZI, *La funzione notarile al tempo della post verità*, in Conte e Palazzo (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in *Bibl. fond. it. not.*, 2018, 2, p. 281 ss., spec. p. 294 ss., il quale osserva che tale controllo anticipato concorre a realizzare un intervento deflattivo del contenzioso civile e correttivo dell'atto di autonomia, nell'auspicata direzione di coniugare certezza del diritto e giustizia del contratto. Il controllo di meritevolezza appare, dunque, sempre più prerogativa non soltanto dei giudici, ma anche dei notai: v., al riguardo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nello stato sociale di diritto: prospettive di controllo alternativo all'intervento penale*, in Moccia (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, I, Napoli, 2002, p. 71 ss., spec. p. 80; ID., *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, (editoriale), in *Not.*, 2011, p. 627 s.; *Notai e Costituzione*, Atti del Convegno di Assonotai Campania, Napoli, 12 dicembre 2008, Milano, 2009; LONGOBUCCO e RACCHI, *La regola contrattuale tra testo e controllo*, in P. Perlingieri (a cura di), *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Napoli, 2010, p. 225 ss., spec. p. 253 ss.; LAZZARELLI (a cura di), *Studi di diritto notarile*, Napoli, 2017.

⁴⁵ Si veda FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile tra tipicità e atipicità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1185 ss., e FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.

conflitto d'interessi⁴⁶. Qui, se la considerazione atomistica dei singoli contratti tipici difficilmente potrebbe permettere un efficace sindacato di meritevolezza, la loro combinazione dà vita a un'operazione unitaria⁴⁷, sulla quale l'ordinamento non può esprimere un apprezzamento positivo, in quanto idonea a frustrare la tutela del risparmio, garantita, nelle sue varie forme, dall'art. 47 Cost.⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. App. Napoli, 10 marzo 2013, n. 1053, in *Foro nap.*, 2015, p. 513 ss., con nota di POLIDORI, *Investimento ad alto rischio e tutela del cliente: nullità per immeritevolezza della causa dell'operazione*.

⁴⁷ La concezione della causa concreta permette ad un orientamento di legittimità di valutare la meritevolezza (non soltanto del contratto, ma) dell'operazione economica, senza necessità di ricorrere a figure quali il contratto complesso, il negozio indiretto, il collegamento negoziale (Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, in *italgiure.giustizia.it*; v. anche Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, cit., in tema di mutuo di scopo collegato ad un contratto di vendita; Cass., 5 dicembre 2017, n. 29111, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1499 ss., con nota di TRUBIANI, *Operazioni finanziarie concatenate tra unità e pluralità di negozi*, che verte tra operazioni finanziarie "a catena", ossia investimenti e disinvestimenti in successione). Sulla meritevolezza come valutazione della causa dell'operazione unitariamente considerata, v. E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti*, cit., p. 143 ss.; DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in Maffeis (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 33 ss., spec. p. 80 ss.; VILLANACCI, *Interesse lecito e interesse meritevole: i limiti sostanziali all'autonomia negoziale, in personaemercato.it*, 2016, 1, p. 13 ss., spec. p. 18 [e in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, II, cit., p. 2487 ss.]; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza*, cit., p. 395 ss.; RENNA, *Put option e divieto di patto leonino: tra meritevolezza degli interessi ed interpretazione evolutiva della norma*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 238 ss.; quanto al concetto di "operazione economica", che segna il passaggio logico e sistematico dal contratto, come atto, al contratto, come operazione negoziale unitaria e complessa, si veda, anche per ulteriori indicazioni, GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2780 ss., spec. p. 2811 ss.

⁴⁸ In tal senso, POLIDORI, *op. ult. cit.*, p. 398 s.; v. anche GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, p. 78 ss.; in giurisprudenza, oltre all'App. Napoli, 10 marzo 2013, cit., si veda già Trib. Napoli, 15 aprile 2009, cit.; più di recente, Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, p. 137 ss., con nota di TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 852 ss., con nota di VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione*

Non meno rilevante è l'ipotesi della c.d. clausola di rischio cambio, inserita in un contratto di locazione finanziaria, che sconta il giudizio di non meritevolezza «perché introduce uno strumento finanziario autonomo e con finalità eminentemente speculative, quindi non solidali né equilibrate in sé e rispetto alla funzione negoziale immaginata alla conclusione del contratto di leasing»⁴⁹.

finanziaria; App. Napoli, 16 febbraio 2017, in *Foro nap.*, 2018, p. 543 ss., con nota di GIORGINI, *Meritevolezza e conformazione degli strumenti finanziari derivati all'interesse dell'investitore ex art. 47 cost. e 21 t.u.f.*; Cass., ord., 13 dicembre 2017, n. 29985, in *rivistaianus*, 2017, 17, p. 157 ss., con nota di MONTELLA, *L'immeritevolezza dei prodotti "for you" e "my way": ancora una "sconfitta" per MPS. La nuova ordinanza n. 29985 del 13/12/2017 della Cassazione*, *ivi*, p. 139 ss.; Cass., 7 febbraio 2019, n. 3679, in *personaemercato.it*, 11 marzo 2019, con nota di SARTORIS, *Non meritevolezza del contratto e tutela dell'investitore*. Per un quadro critico e documentato delle recenti sentenze di legittimità che, nel settore dell'intermediazione finanziaria e, più in particolare, dei servizi di investimento, hanno fornito importanti precisazioni sulla nozione di (non) meritevolezza degli interessi e sulle sue conseguenze applicative, v. DOLMETTA, *«My way», «For you», «Piano visione Europa» e Corte di Cassazione*, in *ilcaso.it*, 4 luglio 2016; TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 921 ss. La Suprema Corte, al riguardo, ha chiarito che, nel valutare, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato IRS (*Interest rate swap*), il giudice non può prescindere dalle prescrizioni normative di cui all'art. 21 TUF e all'art. 26 del regolamento Consob n. 11522/1998, nonché, per i contratti IRS con funzione di copertura, dalla verifica del rispetto delle condizioni stabilite dalla Consob con la determinazione del 26 febbraio 1999. Sono questi i principi sanciti da Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, in *dirittobancario.it*, 21 agosto 2017, che ha affrontato la questione del giudizio di meritevolezza delle operazioni con strumenti finanziari derivati IRS, privi di una effettiva funzione di copertura. A commento della sentenza si veda FEBBRAJO, *Contratti di Interest Rate Swap e giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti: l'intervento chiarificatore della cassazione*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 2018. Sulla imprescindibilità del giudizio di meritevolezza in funzione correttiva della finanza derivata, v. anche NUCCIO, *Finanza derivata e meritevolezza. Il problema degli interest rate swap con funzione di copertura*, nota a Trib. Roma, 26 aprile 2018, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 952 ss.; utile, altresì, BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rates swap*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 899 ss.

⁴⁹ Così, nella massima, App. Trieste, 18 maggio 2018, n. 202, in *Contr.*, 2019, p. 42 ss., con nota di INDOLFI, *La non meritevolezza della clausola di rischio cambio, quale strumento finanziario autonomo con finalità speculative*;

Né mancano applicazioni giurisprudenziali, che posso solo ricordare, nelle quali una clausola inserita in un contratto tipico è stata autonomamente assoggettata al controllo di meritevolezza⁵⁰: dalla pattuizione *claims made* nel contratto di assicurazione⁵¹ alla

v. anche App. Trieste, 28 maggio 2018, n. 254, in *dirittobancario.it*, 19 giugno 2018.

⁵⁰ Sul vaglio di meritevolezza di una clausola atipica, inserita nel contesto di un contratto tipico, v. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1372 ss., il quale afferma, sulla scorta della recente riforma del *code civil*, che il controllo giudiziale del contratto, sempre più penetrante e incisivo, anche su singole clausole, si presenta come «una tendenza generale del diritto contrattuale contemporaneo, sia a livello transnazionale e comunitario, sia a livello dei singoli ordinamenti (in particolare, di *civil law*). Tale controllo non si limita a circoscrivere i confini all'interno dei quali l'autonomia privata può operare tramite norme imperative, ma esplica una *vis* conformativa dell'accordo; esso si configura anche come vincolo positivo, come imposizione di un determinato modo di essere dello scambio. [...] Inoltre, sotto altro profilo, lo spostamento dal giudizio di meritevolezza dell'intero accordo a quello delle singole pattuizioni permette di conservare la validità del contratto, e quindi di preservare lo scambio realizzato tramite lo stesso» (p. 1387); GIU. ROSSI, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, Milano-Padova, 2018, p. 57 ss.; MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., pp. 31 ss., 41 s., il quale argomenta che siffatto controllo finisce per avere ad oggetto la meritevolezza della deroga al diritto dispositivo; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2014 ss., con note di PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; di PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*; di B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*; in *Giust. civ.com*, 2016, 9, con nota di BIZZARRI, *Le sezioni unite sulle clausole claims made: un'indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi*.

⁵¹ Si tratta della clausola, assai diffusa con riguardo ad attività professionali idonee a generare danni “lungolatenti”, che assicura contro la richiesta risarcitoria del danneggiato, pervenuta durante la vigenza della polizza, a prescindere sia dal momento nel quale si è verificato il rischio dedotto nel contratto, sia dal momento nel quale si è prodotto un danno in capo al terzo. Al criterio dell'indagine sulla meritevolezza della clausola, da condurre di volta in volta con riferimento alla fattispecie concreta, promosso da un precedente orientamento (Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.; Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 619 ss., con nota di FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*), si sostituisce ora, avendo la clausola perduto la sua atipicità per

talune normative sopravvenute, che regolano clausole *claims made*, il criterio del controllo sulla causa in concreto come adeguatezza del contratto agli interessi perseguiti dai contraenti (Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Contr.*, 2018, p. 639 ss., con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite*: bis in idem; in *Corr. giur.*, 2019, p. 20 ss., con note di D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, e FACCI, *Le Sezioni Unite e le claims made: ultimo atto?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 78 ss., con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, *ivi*, p. 70 ss.; in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1327 ss., con nota di PERNICE, *La meritevolezza delle clausole claims made*). Tuttavia, il test sull'adeguatezza non può prescindere, come riconoscono i medesimi giudici, «dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza» (Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., § 16); sì che il nuovo criterio «pecca di astrattezza e non rappresenta un sostanziale progresso rispetto al precedente criterio della meritevolezza in termini di indicazioni empiriche fornite ai giudici di merito per valutare le clausole sottoposte al loro vaglio» (CARNEVALI, *op. cit.*, p. 654). Perplessità manifestano anche CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 147 ss., spec. p. 153, il quale reputa che «non vi siano ragioni plausibili per non sottoporre tutti i contratti, siano essi tipici o atipici, alla valutazione fondata sullo stesso criterio – sia esso denominato di accertamento della causa in concreto, di meritevolezza o in altro modo – di conformità degli interessi perseguiti dalle parti con la tavola fondamentale dei valori espressi dal nostro ordinamento»; MINERVINI, *op. cit.*, p. 37 s., ove ulteriori riferimenti.

La S.C., in precedenza, ha classificato le varie ipotesi in tre categorie, secondo che il patto abbia per effetto di: (a) «attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra»; (b) «porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra»; (c) «costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti»; sì che, l'immeritevolezza discenderebbe «dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati» (così, Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1919 ss., con nota di PARDOLESI e PALMIERI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, e in *personaemercato.it*, 2017, 2, p. 15 ss., spec. p. 17 s.). In argomento, v. LANDINI, *The worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contract*, in *ItaLJ*, 2016, p. 509 ss.; DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale (d.m. Giustizia 22 settembre 2016)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 893 ss.; ID., *Claims-Made Insurance Policies in Italy: The Domestic Story and Suggestions from UK, Canada and Australia*, in *ItaLJ*, 2018, p. 117 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e le*

clausola di indicizzazione nel mutuo⁵², fino all'accordo, accessorio a comodato senza determinazione di limiti temporali, finalizzato a consentire al comodante di domandare la restituzione del bene in qualsiasi momento, qualora ne abbia necessità⁵³.

claims made: *l'ultima sentenza e la "Big Picture"*, in *Giur. it.*, 2019, p. 30 ss.; PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 746 ss.; VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *personaemercato*, 2017, 2, p. 73 ss., spec. p. 81 s.; ID., *L'evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice*, in *questionegiustizia.it*, 2017, 3, p. 159 ss., spec. p. 161 ss.; BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra primo, secondo e terzo contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 538 ss.; ID., *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)*, in *Annuario del contratto 2018*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2019, p. 155 ss.; CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 685 ss.; GIU. ROSSI, *op. cit.*, spec. p. 108 ss.; EAD., *Clausole claims made*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, XII, Milano-Torino, 2019, p. 39 ss.; ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made "tipizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 142 ss.; BOSA, *Istanze sociali e logiche di mercato nel modello assicurativo claims made*, Torino, 2019, p. 65 ss.; FEBBRAJO, *Clausole claims made e controllo di meritevolezza*, Napoli, 2019, p. 7 ss.; M. FRANZONI, *Clausola claims made*, in Confortini, *Clausole negoziali*, II, Milano, 2019, p. 688 ss.; A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1039 ss.; LEMBO, *La clausola claims made nell'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione*, in *dirittobancario.it*, giugno 2019; I. MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2019, p. 53 ss.; MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 155 ss.; RIVA, *L'ultima parola delle sezioni unite della Cassazione in materia di clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 9 ss.

⁵² Ne riconosce la meritevolezza Cass., 22 luglio 2015, n. 15370, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratto in genere*, n. 294, con riguardo a un finanziamento bancario in *yen*, effettuato poco prima dell'uscita dell'Italia dallo S.m.e.

⁵³ Per l'atipicità e meritevolezza dell'ipotesi, Cass., 12 marzo 2008, n. 6678, in *Giur. it.*, 2008, p. 2455 s., con nota di FERORELLI, *Sulla durata del rapporto di godimento derivante da un contratto di comodato. Comodato «vita natural durante» e comodato «atipico»*, e in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1152 ss., con nota di CIPRIANI, *Il comodato «senza determinazione di tempo»: un tertium genus?*; più di recente, Cass., 9 aprile 2019, n. 9676, in *eclegal.it*, 7 maggio 2019, con nota di MAZZEI, *Comodato atipico: alcuni chiarimenti della Corte*.

Notevole interesse riveste altresì l'ipotesi del preliminare di preliminare, meritevole ogni qual volta sia configurabile l'interesse delle parti alla formazione progressiva del contratto⁵⁴; o di un

⁵⁴ La Corte di Cassazione, in un primo tempo, ha rigidamente argomentato l'assoluta inutilità del preliminare di preliminare, nullo per difetto di causa, giacché l'interesse di obbligarsi a obbligarsi «darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente» [Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Not.*, 2010, p. 48 ss., con nota di LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, seguita da Cass., 10 settembre 2009, n. 19557, in *dejure.it*]. Tuttavia, lo sviluppo della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionale ha rilanciato l'interesse delle parti a scindere la contrattazione preparatoria del contratto definitivo in due fasi: una prima intesa sui punti essenziali dell'affare (c.d. «pre-preliminare»), cui segue un preliminare più dettagliato. La complessità della problematica e i contrasti interpretativi hanno richiesto l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione. I giudici di legittimità, valorizzando la concezione della “causa concreta”, hanno chiarito che è meritevole di tutela e produttivo di effetti il preliminare di preliminare, «soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare» (Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069 ss., con note di DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, e di PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*; conf., Cass., 21 maggio 2018, n. 12527, in *personaedanno.it*, 10 aprile 2019, con nota di GENTILINI, *Il cd contratto preliminare di preliminare*, *Cassazione civile del 6 marzo 2015, n. 4628 e Cassazione civile del 21 maggio 2018, n. 12527*; Cass., ord., 20 marzo 2019, n. 7868, in *eclegal.it*, 16 luglio 2019, con nota di CAGLIARI, *Invalide il preliminare di preliminare se vi è identità di contenuto dei contratti*). Per una più ampia riflessione sulla portata sistematica del nuovo orientamento, PLAIA, *Da “inconcludente superfetazione” a quasi contratto: la parabola ascendente del “preliminare di preliminare”*, in *dirittocivilecontemporaneo.com*, 2015, 2; CARAPEZZA FIGLIA e CLARIZIA, *Puntuazione vincolante o preliminare di preliminare? (a proposito di una pronuncia delle Sezioni Unite)*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 874 ss.; ALAMANNI, *Preliminare di preliminare e causa concreta*, in Alcaro (a cura di), *Causa del contratto*, cit., p. 81 ss.; D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 40 ss., e in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina*, cit., p. 189 ss.; SEMERARO, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 333 ss.; BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. dir. priv.*, p. 379 ss.; FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 210

contratto atipico di trasferimento di un giocatore di calcio, che non avendo osservato le regole stabilite dalle federazioni sportive nazionali, sia dichiarato nullo non già per violazione di norme imperative di legge, bensì per difetto di meritevolezza⁵⁵.

Un'altra questione emblematica riguarda la validità di una clausola, apposta a un contratto tipico di locazione abitativa, mediante la quale s'imponeva al conduttore il divieto, sotto pena di risoluzione automatica, di ospitare per un periodo di tempo non

ss.; ID., *Preliminare di preliminare e genesi del vincolo contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1281 ss.; TORRESANI, *Il preliminare di preliminare: spunti per una riflessione in prospettiva ermeneutica sugli atti preparatori del contratto*, in *personaemercato.it*, 2017, 4, p. 33 ss.; COSCO, *La complessità del preliminare e la causa "in concreto"*, in *comparazionedirittocivile.it*, maggio 2019.

⁵⁵ In tal senso, Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Rass. dir. ec. sport*, 2006, p. 203 ss., con nota di INDRACCOLO, *La cessione di calciatori tra legge dello Stato e disposizioni federali*, secondo la quale «le violazioni di norme dell'ordinamento sportivo non possono non riflettersi sulla validità di un contratto concluso tra soggetti assoggettati alle regole del detto ordinamento anche per l'ordinamento dello Stato, poiché se esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative (art. 1418 c.c.), incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo, vale a dire sulla sua idoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (p. 215); similmente, Trib. Mantova, 27 maggio 2003, *ivi*, p. 237 ss., con nota critica di CACCIAMANI, *Violazione delle norme dell'"ordinamento sportivo" e invalidità del contratto*; Trib. Udine, 16 gennaio 2006, in *Contr.*, 2007, p. 31 ss., con nota critica di TRAVERSA, *Ordinamento sportivo e contratto «immeritevole» di tutela*; Cass., 20 settembre 2012, n. 15934, in *Rass. dir. ec. sport*, 2013, p. 217 ss.; Cass., 17 marzo 2015, n. 5216, in *rivistadirittosportivo.coni.it*, 5 giugno 2017. In argomento, si rinvia, anche per ulteriori indicazioni, a SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 545 ss., spec. p. 547 ss.; FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, *ivi*, 2013, p. 645 ss.; SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, in Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, p. 235 ss., spec. pp. 250 ss. e 254 ss.; DI SANTO, *La immeritevolezza del contratto concluso in violazione delle c.dd. regole sportive*, nota a Cass., 17 marzo 2015, n. 5216, in *Foro nap.*, 2017, p. 153 ss. Con puntuale riguardo al controllo di meritevolezza sulla clausola compromissoria sportiva, v. MAIO, *Clausola compromissoria e meritevolezza nel sistema della giustizia sportiva*, Napoli, 2020.

breve persone estranee al nucleo familiare. La Corte Suprema⁵⁶ ha individuato la soluzione non già nella disciplina del tipo contrattuale, bensì nell'unitario sistema ordinamentale, al cui vertice si pongono le norme sui diritti inviolabili della persona, «direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi»⁵⁷. Pertanto, prosegue la Corte, i «fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di “meritevolezza di tutela degli interessi” (art. 1322 c.c.) e di “liceità” (spec. art. 1343 c.c.) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua dell'art. 2 Cost., il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà»⁵⁸. Ed è proprio il conflitto insanabile con il principio di solidarietà a

⁵⁶ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, p. 1440 ss. (da cui si cita) e in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., con nota di CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia contrattuale*.

⁵⁷ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit., p. 1441.

⁵⁸ *Ibidem*. Le formulazioni della S.C. sono testualmente ispirate alle argomentazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 329. Anche la sentenza n. 7557 del 2011, tradendo a sua volta l'influenza della migliore dottrina “civil-costituzionale” (P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, pp. 289 ss., 535 ss.), afferma che i controlli di liceità e di meritevolezza «devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti»: Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Foro pad.*, 2012, I, c. 358 ss., spec. c. 365, con nota di QUAGLIERI, *Causa concreta ed equo contemperamento degli interessi*, dalla quale emerge il nesso tra meritevolezza e interpretazione del contratto funzionale all'equo contemperamento degli interessi delle parti; conf., Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it* (per un commento, v. R. LANDI, in *Foro nap.*, 2015, p. 565 ss.); Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1214 ss., spec. p. 1216, con nota di A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, *ivi*, p. 1205 ss.; Cass., 14 marzo 2018, n. 6252, in *dejure.it*; in senso critico, ID., *La causa del contratto*, cit., p. 573 ss.; MORANDINI, *Molte ombre e poche luci intorno al sindacato giudiziale sul contratto ex art. 1322, comma 2, c.c.*, in *Contr.*, 2016, p. 300 ss.

indurre la Corte a considerare non meritevole e, dunque, priva di effetto la clausola risolutiva espressa.

4. Segue: *il problema del rapporto tra liceità e meritevolezza*.

Quest'ultima sentenza giova anche a risolvere il secondo problema segnalato, ossia il rapporto tra meritevolezza e liceità. Come appena notato, la motivazione riferisce entrambi i controlli alla conformità della regola negoziale alle «coordinate» personalistica e solidaristica dell'ordinamento costituzionale, chiarendo che il richiamo ai principi identificativi dell'ordinamento la cui complessità impone di considerare anche i principi di matrice europea, come quelli che tutelano la concorrenza o l'ambiente, e le convenzioni internazionali (art. 117, comma 1, Cost.) è tratto comune, e non distintivo, dei giudizi di liceità e meritevolezza⁵⁹.

Eppure, la comunanza dei due giudizi non vale a segnare la sovrapposizione, poiché continua a sussistere una differenza qualitativa tra i due tipi di controllo⁶⁰: mentre la liceità individua un

⁵⁹ In tal senso, anche POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza*, cit., p. 400. Il richiamo ai principi costituzionali, contenuto nella clausola generale di meritevolezza, «si iscrive in quell'orientamento che è portato ad accantonare la tecnica della fattispecie e a sostituirla con valori o principi, intesi come regole senza fattispecie, con, tra l'altro, una conseguente “mutazione genetica della giurisdizione”, destinata, una volta sganciata dal vincolo della fattispecie legale e del sillogismo giudiziale, ad acquisire una “posizione pariordinata a quella del legislatore” e in particolare “un superpotere, sin qui ignoto”: quello di inficiare di nullità il contratto o la sua clausola che appaia affetta da iniquità in forma di grave sbilanciamento in danno di una parte». Così, GUARNERI, *Il contratto immeritevole*, cit., p. 259, con riferimento a PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, nota a Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2039 ss.; v. anche MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., p. 46 (e per ulteriori indicazioni v., *supra*, nota 44).

⁶⁰ Fin dagli inizi degli anni Settanta la giurisprudenza di merito sottolinea che, per essere dichiarati immeritevoli di tutela, non occorre che gli interessi dedotti in contratto siano «contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, o comunque illeciti, ma basta che non si prestino ad essere armonicamente integrati nella tavola dei valori dell'ordinamento» (App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 277, e in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81, con nota critica di FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*;

limite esterno che, *in negativo*, l'autonomia negoziale non può oltrepassare, la meritevolezza colora dall'interno la regola pattizia, attribuendo ad essa una valutazione favorevole se, *in positivo*, realizzi una funzione conforme a quei principi⁶¹, che della regola negoziale sono il parametro di giustificazione⁶².

similmente, Trib. Torino, 27 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1184 s., spec. p. 1185, con nota di R. W.).

⁶¹ Cfr. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata* (1971), in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 161 ss., spec. p. 165, ove la distinzione tra controllo in negativo e controllo in positivo dell'autonomia negoziale vale a diversificare i concetti di ordine pubblico e di meritevolezza; ID., *I contratti*, cit., p. 234; ID., *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747 ss., spec. p. 748; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. pp. 322, 346 ss., 354 e 382 s., per la proposta di un controllo di meritevolezza basato su una valutazione *quantitativa*, espressa dal principio di proporzionalità, e *qualitativa*, espressa dai principi di ragionevolezza e adeguatezza, movendo dall'assunto che l'autonomia privata non costituisce un valore in sé, ma trova tutela in quanto permetta l'attuazione dei principi e valori fondamentali, consacrati nella Costituzione; ID., «Controllo» e «conformazione», cit., p. 213; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 189; RIZZO, *Fonti delle obbligazioni fra tipicità, atipicità e giudizio di meritevolezza*, in Ruscello (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 797 ss., spec. p. 819; M. BIANCA, *Alcune riflessioni*, cit., p. 792; PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 153 ss., spec. p. 156; BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 47 ss.; I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, p. 23 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza*, cit., p. 402; CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, 2018, p. 123 ss.; DI MAURO, *Rent to buy e tipo contrattuale*, Napoli, 2018, p. 73; GUAGLIONE, *Il contratto*, cit., p. 337; RIZZO, *L'evoluzione dell'integrazione del contratto secondo buona fede ed equità*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, p. 455 ss., spec. p. 471; GALGANO, *Il contratto*³, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2020, p. 145; diversamente, tra gli altri, SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, V, Milano-Torino, 2010, p. 781 ss. In giurisprudenza, considera la meritevolezza «una valutazione positiva circa l'utilità sociale dell'intesa», Trib. Ivrea, 28 luglio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3357 ss., spec. c. 3360.

⁶² Giova rammentare che nel secondo comma dell'art. 1322 c.c. «non ci si limita a discorrere di meritevolezza in chiave del tutto generica e perciò inqualificante, ma si provvede ad ancorare quest'ultima al parametro

Con una duplice conseguenza: da un lato, il giudizio di meritevolezza non può aprioristicamente desumersi dalla «uniformità internazionale del modello contrattuale», paventando l'isolamento economico che discenderebbe dal diniego di meritevolezza a una pratica contrattuale diffusa all'estero⁶³, ma che

dell'«ordinamento giuridico». Al quale, pertanto, e segnatamente *ai valori in esso racchiusi*, dovrà farsi capo, oltre che per individuare il concetto in esame, per specificarne il contenuto» [così, DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 229 s.; v. anche TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 579; ID., *Revisione del rapporto (diritto privato)*, ivi, XL, Milano, 1989, p. 127]; sì che, «la nozione di meritevolezza non potrà non assumere colorazione “sociale” laddove [...] nell'ordinamento – ossia nel sistema giuridico nella sua integralità, ed in primo luogo nei principi costituzionali – emerg[a]no (come nel presente ordinamento) valori che in modo inequivocabile sospingono in quella direzione»: DONISI, *op. cit.*, p. 230, il quale coglie, magistralmente, «l'intrinseca *relatività* della valutazione di meritevolezza e l'esigenza che essa venga operata *in concreto*, ossia sulla scorta dell'analisi dello specifico atto d'autoregolamento predisposto dalle parti» (p. 234 s.). L'A. registra l'*assorbimento* degli interessi negoziali nella causa «in concreto» (p. 236), alla quale riferisce i connotati attribuiti agli interessi, «con l'evidente corollario che meritevole di tutela va qualificato non l'interesse, ma la causa» (p. 239 s.). In questa prospettiva, l'ulteriore constatazione che il giudizio di liceità non si esaurisce sul piano causale (art. 1343 c.c.), ma si estende al piano dell'oggetto (art. 1346 c.c.) nonché a quello “subbiettivo” (art. 1345 c.c.) e delle c.d. modalità degli effetti (art. 1354 c.c.), induce a respingere l'idea «di un'integrale riduzione del suddetto controllo a quello di meritevolezza della causa» (p. 248). Per il riferimento della meritevolezza alla causa concreta, senza sovrapposizione con il giudizio di liceità, v. anche LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti*, cit., p. 142 ss.; FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *personaemercato.it*, 2018, 1, p. 54 ss., spec. p. 58 s. (e già in *juscivile*, 2017, p. 410 ss.); nella più recente giurisprudenza di legittimità, Cass., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *sentenze.laleggepertutti.it*; Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, cit.; Cass., ord., 20 marzo 2019, n. 7868, cit.

⁶³ Così, GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 363; ID., *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Soc. dir.*, 1990, p. 159; ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 202; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 97; v. anche BIN, *La circolazione internazionale dei modelli contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 478; V. BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, p. 68 ss.; VINCI, *La «modernizzazione» della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle*

potrebbe, in concreto, non essere conforme ai principi costituzionali ed europei⁶⁴; dall'altro, «il controllo di legittimità degli atti aventi forza di legge e il controllo di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale finiscono con l'avere le stesse radici, le

obbligazioni contrattuali: la scelta del diritto applicabile, in *Contr. impr.*, 2007, p. 1258 s.; PERCHINUNNO, *Trusts e meritevolezza*, *ivi*, 2019, p. 1246 ss., spec. p. 1254; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 17 ss., spec. p. 21, con *Nota di commento* di VIALE. Per una severa critica a tale impostazione, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 338 s. e 503 s.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164 ss., spec. p. 192; in linea, LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, *ivi*, 2004, p. 95 s.; IMBRENDA, *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli, 2005, p. 170 ss.; FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*², Padova, 2006, p. 115 s.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale*, cit., p. 190; PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 168 s.; PRISCO, *Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto*, in G. Perlingieri e Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 345 ss., spec. p. 353 s.; RUSSO, *Contrattazione Shari'a compliant e meritevolezza degli interessi. Prime riflessioni su un differente approccio al mercato finanziario*, in *dirittobancario.it*, 2014, 4, p. 1 ss., spec. p. 17 (più ampie riflessioni sulla meritevolezza nell'ordinamento italo-europeo degli interessi perseguiti con contratti rispettosi del Corano, in ID., *I contratti Shari'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Napoli, 2014, spec. p. 119 ss.); MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., p. 42 s., ove si richiama, a sostegno, l'ordinanza di Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *dirittobancario.it*, 26 gennaio 2018, la quale, all'argomento di chi sostiene che la clausola *claims made* è diffusa in tutti i paesi del mondo, si che vietarla nuocerebbe all'economia nazionale, ribatte seccamente che l'argomento stesso ha ben poco di giuridico, ed è perciò irrilevante.

⁶⁴ Il diritto privato, in realtà, «riposa su una formula che ha rilevanza pubblicistica: è l'ordinamento che seleziona gli interessi meritevoli di tutela, non il titolare. La *lex mercatoria* e l'ansia di lucrosi affari non hanno riconoscimento giuridico se non corrispondono a interessi ed esigenze meritevoli di tutela» (così, COSTANTINO, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee – I Parte*, in *Trusts*, 2003, p. 15 ss., spec. p. 22). In tal senso, la formula dell'art. 1322, 2° co., c.c. appare «illuminante, poiché essa riserva al diritto la scelta delle funzioni meritevoli di tutela, e demanda alle parti soltanto l'ulteriore e interno svolgimento di tale scelta» N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 49, che così coglie il nesso tra norme conformative e formalismo del mercato).

stesse motivazioni, gli stessi principi normativi di riferimento»⁶⁵, al punto da prospettarsi, in dottrina, una convergenza tra il giudizio di meritevolezza e il sindacato di ragionevolezza costituzionale⁶⁶.

In questa prospettiva, occorre chiarire il differente ruolo che svolgono il controllo di meritevolezza e l'interpretazione secondo

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *Prefazione*, in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. VIII (similmente, ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss., spec. p. 326 s.). In altri termini, «il controllo di validità investe tanto la regola di provenienza statale tanto quella privata. La validità normativa e la validità contrattuale, nella sostanza, si identificano»: così, FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 189 ss., spec. p. 195; in linea, I. PRISCO, *Squilibrio del regolamento*, cit., p. 353; BERTI DE MARINIS, *L'«incostituzionalità» del contratto immeritevole*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, II, p. 563 ss.; ID., *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, p. 165 ss. Trae spunto dall'assimilazione dei criteri di legittimità e di meritevolezza per avvalorare la «comunione ermeneutica» tra legge e contratto, PENNASILICO, *L'interpretazione tra legge e contratto*, cit., p. 22.

⁶⁶ Pone in evidenza, con riguardo agli atti di autonomia, il ruolo complementare rivestito dal principio di ragionevolezza rispetto al giudizio di meritevolezza, GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 206 ss., sì che il primo avrebbe un duplice ambito di operatività: «seleziona gli interessi meritevoli nella fase del controllo della causa; valuta l'atto nella fase esecutiva in ragione dell'idoneità dello stesso a condurre all'equilibrio delle posizioni contrattuali» (p. 216). In tal senso, la ragionevolezza lascia intendere che, nella determinazione della meritevolezza, il bilanciamento di interessi «rappresenta la procedura da seguire al fine di valutare la possibilità per l'atto negoziale di realizzare in pratica i valori espressi dall'ordinamento giuridico» (p. 204). Fa riferimento al «principio di ragione» al fine di valutare la meritevolezza dell'atto di esercizio dell'autonomia privata, PALERMO, *L'autonomia negoziale*³, Torino, 2015, pp. 40 ss., 44 ss. Stigmatizza, invece, la confusione concettuale, che tenderebbe a sovrapporre i concetti di meritevolezza e ragionevolezza, M. BIANCA, *Alcune riflessioni*, cit., p. 800 s.; v. anche CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, cit., p. 758 ss.; ma, per la «osmosi» o «convergenza» tra la clausola generale di meritevolezza della causa, recepita nel codice, e il sindacato di ragionevolezza delle utilità sociali in gioco, di matrice costituzionalistica, v. ora MAISTO, *Giudizio di meritevolezza*, cit., p. 14 ss.; ID., *Di nuovo, sull'assimilazione della meritevolezza alla ragionevolezza: il caso delle clausole claims made*, in *Ildirittodegliaffari.it*, 5 settembre 2018, p. 1 ss.

buona fede (art. 1366 c.c.)⁶⁷. Se è vero che entrambi gli strumenti si caratterizzano come tecniche di raccordo e di conformazione della regola negoziale ai principi fondamentali, ciò nonostante si muovono su piani parzialmente diversi. Si potrebbe dire che l'attività dell'interprete, nel formulare il giudizio di meritevolezza, «conduce a un risultato paragonabile a quello che, in relazione a una norma di legge, svolge una sentenza della Corte costituzionale di accoglimento (se il contratto è reputato non meritevole, quindi sanzionato con l'invalidità) o di rigetto (se il contratto è reputato meritevole, quindi valido). Diversamente, l'operare della buona fede interpretativa produce un risultato più simile a quello ottenuto, sempre in relazione alla norma di legge, mediante una sentenza interpretativa o mediante una sentenza additiva: il regolamento incompatibile con i principi viene, nei limiti del possibile, parzialmente riletto, o se si preferisce riscritto, in una formulazione che ne preservi la compatibilità con il sistema costituzionale»⁶⁸.

⁶⁷ Sul punto, v. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), rist. integrata, Milano, 2004, p. 175 ss., secondo il quale si tratta di valutazioni che stanno su piani distinti e hanno una diversa funzione: l'art. 1322 si riferisce alla validità della fattispecie, mentre la (buona fede oggettiva o) correttezza ha riguardo unicamente alla «costruzione» della norma contrattuale e incide direttamente sul contenuto dell'atto.

⁶⁸ CIPRIANI, *Buona fede e interpretazione*, cit., p. 413 s. Potrebbe aggiungersi che, mentre il giudizio di immeritevolezza conduce all'invalidità, la buona fede correttiva (o conformativa a Costituzione) opera in sinergia con il principio di conservazione (su tale interazione v., anche per ulteriori riferimenti, PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 337 s. e nota 620). D'altra parte, quando l'art. 1367 c.c. risolve l'alternativa tra una interpretazione che ascrive al contratto o a singole clausole «qualche effetto» e una interpretazione secondo la quale «non ne avrebbero alcuno», l'interprete deve valersi del giudizio di meritevolezza per cogliere quale sia l'effetto migliore in relazione al caso concreto. Il principio di conservazione presuppone la serietà degli intenti negoziali, sì che non opera là dove tali intenti si rivelino non soltanto illeciti, ma anche futili o irrilevanti e, comunque, non in linea con i valori normativi dell'ordinamento. Ecco, allora, che il controllo di meritevolezza diviene il limite del principio di conservazione: se gli interessi non sono meritevoli di tutela, non potrà mai esserci conservazione del contratto (o di singole clausole). Così, PENNASILICO, *op. ult. cit.*, p. 80 ss.; v. anche Cass., 14 luglio 1954, n. 2479, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Obbligazioni e contratti*, c. 1807, n. 172, secondo la quale il principio di conservazione degli effetti utili di un contratto o di una

È evidente, allora, che se l'immeritevolezza fosse desumibile, al pari dell'illiceità, dal contrasto con i principi costituzionali ed europei, anziché dalla loro inadeguata attuazione, sarebbe insuperabile il rilievo che la reazione dell'ordinamento ai contratti socialmente dannosi si esaurisce nel sindacato di liceità previsto dall'art. 1343 c.c.⁶⁹. In realtà, la scelta tra fermarsi al controllo di non illiceità o procedere al controllo di meritevolezza del contratto, tipico o atipico che sia, si rivela una *methodenstreit*, una controversia sul metodo, che, in un ordinamento costituzionale e sociale di diritto, non può che risolversi nella inadeguatezza del nudo patto alla vincolatività del programma negoziale e nella conseguente conformazione dei contratti ai principi identificativi di quell'ordinamento⁷⁰.

clausola presuppone «l'esistenza di una volontà, almeno parzialmente efficace sotto il profilo giuridico e come tale meritevole di protezione; ma quando fa interamente difetto una volontà meritevole di protezione giuridica, allora si è fuori della sfera di applicazione dell'art. 1367».

⁶⁹ V., tra gli altri, GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, pp. 199 ss., 213 ss.; FERRI, *Causa e tipo*, cit., pp. 129 ss., 406 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 8 ss.; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 324 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss., spec. p. 814, ove si propende per una «lettura abrogativa» del secondo comma dell'art. 1322 c.c.; ID., *Il contratto immeritevole*, cit., p. 263; BELLANTUONO, *Le regole di default nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 427 ss., il quale discorre di «abrogazione di fatto del giudizio di meritevolezza» (p. 459); GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.; GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, cit., p. 1521 ss.; NUZZO, *La causa*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Convegno di Studio Siena, 22-24 settembre 2004, Milano, 2006, p. 199 s.; SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Vettori (a cura di), *Regolamento*, II, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 202 ss.; BENEDETTI e GUERRINI, *Meritevolezza e arricchimenti (in)giustificati: il "contratto di rivelazione di diritti successori"*, nota a Trib. Genova, 7 novembre 2008, in *Contr.*, 2010, spec. p. 366 s.

⁷⁰ A ben guardare, la metafora della meritevolezza di tutela «non esprime altro che la rappresentazione dell'insufficienza del mero consenso per determinare una valutazione positiva della vincolatività delle utilità e delle

Ciò chiarito – e tralascio ogni cenno alla meritevolezza degli atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.), anch'essa oltre la liceità, nel segno della solidarietà⁷¹, è possibile ora replicare all'insigne

restrizioni personali e/o patrimoniali programmate dalle parti. [...] Dovendosi giustificare la scelta dell'ordinamento di riservare la tutela dell'apparato coercitivo soltanto a autoregolamenti selezionati, il sindacato di meritevolezza finisce per consistere nell'accertamento della conformità dei "prescelti" ad un interesse generale. Tecnicamente, una volta assunta l'immeritevolezza degli interessi a vizio della causa, la predisposizione di un simile giudizio a motivare la statuizione della nullità del contratto (potenzialmente qualsiasi contratto) diviene riconducibile alla manifestazione di sovranità del secondo comma dell'art. 1418 c.c. In questo senso, si delinea un apparato valutativo, il quale costituisce uno sviluppo "in positivo" del giudizio di liceità». Così, MAISTO, *Giudizio di meritevolezza*, cit., p. 3; per l'insufficienza delle teoriche del nudo patto, v. anche MEO, *Impresa e contratto*, cit., p. 31; BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli, 2019, p. 212; considera, invece, nell'ottica mercantile, la ragione dello scambio ormai insita nel consenso consapevole e non condizionato delle parti, TENELLA SILLANI, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in Conte, Fusaro, Somma e Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma, 2018, p. 537 ss., spec. p. 546.

⁷¹ L'atto di destinazione deve realizzare interessi meritevoli di tutela (riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, ad altri enti o persone fisiche), ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., «e non vi è dubbio che l'art. 2645-ter c.c. ha avuto il pregio di evidenziare il ruolo autonomo che l'art. 1322, comma 2, c.c. svolge nel sistema, quale clausola generale sulla quale si "misura" l'autonomia privata» (MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., p. 4). Il riferimento espresso alla meritevolezza «rappresenta una precisa indicazione del legislatore in ordine alla necessità che tale strumento non sia utilizzato al solo fine di realizzare una limitazione della responsabilità patrimoniale dell'autore della destinazione, ma risponda ad una finalità selezionata» (M. BIANCA, D'ERRICO, DE DONATO e PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, p. VI), oltre la liceità, nel segno della solidarietà (SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, p. 126). In tal modo, l'opinione neoliberale, che contesta la "funzionalizzazione" degli atti di autonomia negoziale, subisce un'eloquente svalutazione: anche gli studiosi che hanno sempre criticato la necessità di controllare l'idoneità degli atti negoziali all'attuazione dei valori fondanti l'ordinamento, espressi nei principi costituzionali, «hanno subordinato la validità della destinazione ex art. 2645 ter all'utilità sociale espressamente considerata quale sinonimo di meritevolezza». Così, P. PERLINGIERI e FEDERICO, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁹,

studioso che ha negato l'autonomia del controllo di meritevolezza, lamentando l'impossibilità di addurre un esempio, reale o anche soltanto immaginario, di contratti immeritevoli che siano nulli non perché illeciti o altrimenti viziati⁷².

Decisiva, a tal proposito, è l'iniziativa privata che, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, attua il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4,

Napoli, 2018, p. 500, e già FEDERICO, *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza*, cit., p. 374, con puntuale riferimento alla posizione di GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici minori*, II, Vicalvi, 2016, p. 911 ss.); per la discussione sul punto, v. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010, p. 204 ss., spec. p. 210 ss., secondo il quale gli interessi meritevoli di tutela non coincidono con quelli semplicemente non-illeciti, non possono essere futili o capricciosi e richiedono un giudizio di comparazione con l'interesse dei creditori inciso dall'effetto di separazione; INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010, p. 180 ss., spec. p. 205 ss., ove si argomenta la piena autonomia del giudizio di meritevolezza rispetto a quello di liceità; MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011, p. 80 ss.; MAGNELLI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e la meritevolezza degli interessi*, Napoli, 2014, spec. p. 224 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza»*, cit., p. 54 ss.; CORRIERO, *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli, 2015, p. 48 ss.; EAD., *I negozi «atipici» di destinazione a uno scopo*, in A. Federico e G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, cit., p. 649 ss., spec. p. 668 ss.; FRANCISSETTI BROLIN, *L'interesse non patrimoniale del creditore. Rileggendo Emilio Betti*, Napoli, 2019, p. 83 ss.

Nella giurisprudenza di merito reputa che il controllo di meritevolezza sia da intendere come mero giudizio di liceità, Giud. tav. Trib. Trieste, decr. 7 aprile 2006, in *Not.*, 2006, p. 539 ss., con nota critica di ALESSANDRINI CALISTI, *L'atto di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. non esiste? Brevi considerazioni a margine della pronuncia del tribunale di Trieste in data 7 aprile 2006*; riconosce, al contrario, nella meritevolezza degli interessi perseguiti un *quid pluris* rispetto alla semplice liceità, Trib. Trieste, decr. 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 687 ss., spec. p. 689 ss., con nota di CINQUE, *L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645 ter cod. civ.*

⁷² Il riferimento è a SACCO, in ID. e DE NOVA, *Il contratto*³, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 850.

Cost.)⁷³. Si pensi, per esempio, all'emissione dei c.dd. *social impact bond*, titoli di investimento mediante i quali i privati finanziano servizi sociali in funzione di un guadagno che dipende dall'effettivo miglioramento di determinate variabili sociali, traducibili in un risparmio di spesa pubblica (riduzione della recidiva criminale, della dipendenza da droghe o alcol, delle visite mediche, ecc.)⁷⁴. In quanto strumento di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione, che abbraccia interessi ulteriori rispetto a quelli economici dei contraenti, il *social impact bond* «travalica

⁷³ L'indagine più ampia e documentata in materia si deve a NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I-II, cit., a commento della quale si veda P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; v. anche DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss., e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 771 ss.; MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016; CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 447 ss.; AGOSTINELLI, *L'«autonoma iniziativa» dei privati nell'economia solidale. Nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018, spec. p. 207 ss.

⁷⁴ Sul *social impact bond* e gli schemi contrattuali *payment-by-result*, si veda BLASINI, *Nuove forme di amministrazione pubblica per negozio: i «Social Impact Bond»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 69 ss.; DEL GIUDICE, *I social impact bond*, Milano, 2015; MIGNONE, *Finanza alternativa e innovazione sociale: prolegomeni ad una teoria dell'«impact investing»*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 343 ss.; ID., *Investimento a impatto sociale: etica, tecnica e rischio finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 924 ss.; ID., *Meritevolezza dell'iniziativa, monetizzazione del benessere e nuovi modelli di welfare sussidiario*, *ivi*, 2017, p. 115 ss.; ID., *Struttura e funzione dei social impact bond*, in Cicognani e F. Quarta (a cura di), *Regolazione, attività e finanziamento delle imprese sociali. Studi sulla riforma del terzo settore in Italia*, Torino, 2018, p. 107 ss.; DI RAIMO e MIGNONE, *Strumenti di finanziamento al terzo settore e politiche di intervento locale nella «società inclusiva» europea. (Dalla filantropia alla finanza alternativa)*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 139 ss., spec. p. 165 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza*, cit., p. 403 ss.; NAPOLITANO, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in *Nuove auton.*, 2018, p. 565 ss.; M. RENNA, *Strumenti finanziari e terzo settore*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 289 ss., spec. p. 306 ss.

la semplice dimensione dell'autoregolamento, con efficacia tra le parti, ed accede alla dimensione della regolamentazione – con rilevanza esterna – di attività che sono destinate ad incidere sui terzi nella misura in cui rivestono una funzione attuativa dei diritti fondamentali degli utenti»⁷⁵.

5. *Le declinazioni della meritevolezza: “controllo”, “conformazione” e “sostenibilità” dei contratti.*

La meritevolezza si evolve, dunque, da strumento di controllo esterno, finalizzato alla mera attuazione degli interessi individuali perseguiti dai privati, a strumento di controllo e conformazione dall'interno della regola contrattuale ai principi apicali dell'ordinamento italo-europeo⁷⁶, per lo svolgimento positivo di attività negoziali d'interesse generale, giustificate dal principio di sussidiarietà⁷⁷.

⁷⁵ MIGNONE, *Meritevolezza dell'iniziativa*, cit., p. 132.

⁷⁶ Si afferma, in questa prospettiva, che la buona fede integrativa «permette al giudice di ridurre d'ufficio il compenso professionale dell'avvocato pattuito con il cliente quando risulti manifestamente eccessivo, potere che trova il suo fondamento nella tutela dell'interesse generale dell'ordinamento all'equità contrattuale, al fine di evitare che l'autonomia negoziale travalichi i limiti entro i quali appare meritevole di tutela. Deve reputarsi, pertanto, che sia immanente al nostro ordinamento il principio in virtù del quale, pur nel rispetto dell'art. 1322 c.c., è attribuito al giudice un potere di controllo sulle pattuizioni delle parti mediante la clausola generale della buona fede integrativa, che si concreta in una duplice direzione, ossia nell'obbligo per entrambe le parti di salvaguardare l'utilità della controparte nel limite dell'apprezzabile sacrificio». Così, nella massima, Trib. Treviso, 8 ottobre 2018, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 697, con nota di PERILLO, *Il potere conformativo del giudice e la buona fede oggettiva come veicoli di giustizia contrattuale*. Ipotizza che tale potere sia espressione di un principio *immanente* al nostro ordinamento, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 574 s.; ampia argomentazione in PENNASILICO, “*Ménage à trois*”, cit., p. 208 ss.; in linea, ZARRO, *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung tra Italia e Germania*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 997 ss., spec. p. 1020.

⁷⁷ Appare, così, preferibile ragionare, più che in termini di limiti, di “conformazione” dell'autonomia negoziale a finalità di ordine generale e, quindi, ai valori del sistema ordinamentale, come conferma il dettato dell'art. 41 cost. In tal senso, almeno nella letteratura più recente, RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe*

In questa direzione, occorre chiedersi quale sia l'incidenza sulla categoria contrattuale dell'interesse ambientale, ossia dell'uso razionale e responsabile delle risorse naturali⁷⁸, in attuazione del

Benedetti, III, Napoli, 2008, p. 1611 ss., spec. p. 1628 s.; PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 392 ss.; ID., *Interpretazione e integrazione dei contratti*, cit., p. 188 ss.; CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, cit., p. 123 ss.; ID., *Integrazione e correzione del contratto*, cit., p. 3 s.; GIORGINI, *Equità e bagaglio culturale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 849 ss., spec. p. 868; MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., p. 123 ss., il quale propone una tassonomia degli «atti meritevoli di tutela secondo la gerarchia delle fonti (e dei valori) dell'ordinamento», elevata a categoria ordinante autonoma; PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione», cit., p. 204 ss.; RIZZO, *L'evoluzione dell'integrazione del contratto*, cit., p. 470 ss.; SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018, spec. pp. 83 ss., 200 ss.; BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati*, cit., spec. p. 199 ss. Secondo SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 292 ss., spec. p. 294, il diritto europeo dei contratti «privilegia la strategia della conformazione, ma nella prospettiva di realizzazione di una autonomia di tipo nuovo, c.d. *efficiente*, in grado cioè non soltanto di adempiere a finalità solidaristiche ma soprattutto di dar vita a regole adeguate all'operazione contrattuale perseguita, nonché ispirate a principi di equità negli scambi». Sembra, dunque, ormai acquisita la consapevolezza che l'interpretazione giuridica «non è soltanto un mezzo per individuare il significato di una norma, ma ha una funzione di “controllo” e “conformazione” degli atti (legislativi o convenzionali) con valenza normativa» (G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss., spec. p. 735, e in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 283 ss.; e già P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 216). In questa linea, il criterio della meritevolezza «costituisce un elemento ontologico del procedimento ermeneutico e si traduce nel dovere di interpretazione adeguatrice degli atti di autonomia negoziale, attraverso la quale l'interprete non si limita a “conoscere”, ma ricerca un significato dell'atto che sia conforme al sistema» [FERRARI, *Sostenibilità dei parametri della meritevolezza, oltre i confini dell'art. 1322 c.c.*, in Benítez e Fava (a cura di), *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, Milano, 2019, p. 121 ss., spec. p. 125].

⁷⁸ Negli ultimi anni, l'attenzione per l'uso razionale e responsabile delle risorse naturali e ambientali si è accentuata, ma l'*approccio* è tuttora «drammaticamente inadeguato». Nuoce, al riguardo, «una concezione mercantilistica che riduce tutto a valori commerciali, peraltro non attribuendo il giusto peso agli stessi aspetti patrimoniali, e trascura di considerare adeguatamente il profilo non patrimoniale». Così, FRANCIOSI, *Uso collettivo di*

principio dello sviluppo sostenibile (artt. 3 e 21, Tratt. UE, 11 Tratt. FUE e 37 Carta UE), che implica un giudizio di valore sull'attività economica, considerata meritevole soltanto se rispetti l'ambiente, gli ecosistemi e le esigenze anche delle generazioni future⁷⁹. Si assiste, così, a un processo di conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale⁸⁰, che trova fondamento nel codice

beni deperibili ed esauribili e sostenibilità, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 123 ss., spec. p. 154, il quale denuncia la riduzione costante dei valori d'uso in valori di scambio per effetto della moderna società capitalistica e della concezione della tutela giuridica come tutela patrimoniale, basata sulla disciplina delle obbligazioni (artt. 1174 e 2740 c.c.) e sull'asservimento originario della disciplina dei beni a quella della proprietà (art. 810 c.c.). Sul piano sociale, invece, il modello partecipativo e inclusivo, fondato sulla nozione di bene comune, «appare come quello che potrà coniugare centralità della persona (anche con riferimento alle generazioni future) e rispetto di sani principi gestionali (delle risorse in generale, da quelle economiche a quelle naturali)» (MONE, *Servizi di interesse economico generale e beni comuni tra diritto comunitario e Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 1, p. 63 ss., spec. p. 82; sull'intima connessione tra il sociale e il comune, v. DENOZZA, *Il sociale come bene comune*, in *Cardozo Electr. L. Bull.*, 2019, 1, p. 1 ss., disponibile in jus.unitn.it/cardozo/).

⁷⁹ In argomento, v. PENNASILICO, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., p. 249 ss., e ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 294 ss. Con puntuale riguardo al contratto tra produttore e gruppo di acquisto solidale (G.A.S.), reputa che il vaglio ex art. 1322, 2° co., c.c. «dovrebbe essere facilmente superato per una sorta di meritevolezza "intrinseca" del negozio, naturalmente legata alle istanze etiche perseguite dalle parti e notoriamente protette dall'ordinamento», AGOSTINELLI, *«Gruppi di acquisto solidale»: un nuovo modo di negoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1200 ss., spec. p. 1222; così anche EAD., *L'«autonoma iniziativa» dei privati nell'economia solidale*, cit., p. 78, ove si aggiunge che un simile contratto "solidale" «sarà destinatario non solo della tutela ex art. 1322 c.c. ma altresì della promozione ex art. 118, comma 4, Cost.» (p. 219).

⁸⁰ In tal senso, PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., spec. p. 300 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 809 ss., spec. p. 812 ss. (da cui si cita), e in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 1, p. 4 ss.; v. anche JANNARELLI, *Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali*, in Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 19 ss.; ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove auton.*, 2017, p. 441 ss.,

dell'ambiente, là dove stabilisce, in attuazione dei principi ambientali europei e di una serie di norme costituzionali, che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali è un principio di azione, che vincola l'attività dei soggetti pubblici e privati (art. 3-ter c.a.), e che ogni attività umana, giuridicamente rilevante ai sensi del medesimo codice, «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile» (art. 3-*quater*, comma 1, c.a.).

Questa “funzionalizzazione” di tutte le attività, private e pubbliche, vale a individuare un rapporto equilibrato tra risorse da risparmiare e da trasmettere, «affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro» (art. 3-*quater*, comma 3, c.a.). Emerge, così, la correlazione o il rapporto dialettico tra i principi dello sviluppo sostenibile e della solidarietà sociale e ambientale (artt. 2 e 9 cost.), che si traduce in una “endiadi”, espressiva di una funzione e di una competenza statale unitaria (art. 117, comma 2, lett. s, cost.)⁸¹.

L'interesse ambientale può, dunque, considerarsi oggi un *vincolo positivo e intrinseco* all'attività di operatori pubblici e privati: non già un *mero limite esterno* all'autonomia negoziale, bensì un *fattore trainante* dello sviluppo⁸², che indirizza la

spec. p. 448 e nota 43, ora in Federico e G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, cit., p. 89 ss.; LONGOBUCCO, *La contrattazione ecologicamente conformata nell'ottica del diritto civile: brevi note*, in *AmbienteDiritto.it*, 2019, 3, p. 89 ss.

⁸¹ Coglie l'emersione dell'endiadi “sostenibilità-solidarietà” PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *personaemercato.it*, 2015, 1, p. 37 ss., e in Pollice (a cura di), *Liber Amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, p. 473 ss. (e v. anche ID., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”*, cit., p. 287 ss.), endiadi valorizzata ora da MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giust. civ.com*, 2020, 5, p. 1 ss., i quali propongono una rilettura, alla luce dell'emergenza sanitaria da coronavirus, del principio di solidarietà come strumento di conformazione (della causa) del contratto a nuovi valori, quali la cura dell'ambiente, del territorio e il consumo critico, in nome di una produzione sostenibile (c.d. solidarietà proattiva).

⁸² Così, PENNASILICO, *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello “sviluppo ecologico”*, in Gia. Rossi e Monteduro (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed*

produzione verso i dettami dell'economia "circolare" e rende meritevoli di tutela i contratti idonei a realizzare una funzione "ecologico-sociale"⁸³. La sostenibilità ambientale assurge, quindi, a parametro del giudizio di meritevolezza di atti, rapporti e dello stesso sviluppo economico⁸⁴, sì che occorre sottoporre i contratti alla valutazione di sostenibilità, che attiene non all'utile ma al

economici, Torino, 2020, p. 17 ss., spec. p. 20; e v. F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, *ivi*, p. 25 ss., che ravvisa la base normativa della «conformazione ecologica della politica industriale» nella formula del terzo comma dell'art. 41 cost.; Gia. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, *ivi*, p. 3 ss., secondo il quale lo sviluppo «è un valore tutelato e promosso dall'ordinamento, ma trova un limite nel valore ambientale, che è preminente» (ID., *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2015, 2, p. 2 ss., spec. p. 4; sul punto, già PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 753 ss., spec. p. 763). Emblematico, al riguardo, è l'orientamento della Corte di Cassazione in materia di immissioni. I giudici di legittimità hanno chiarito che la disciplina contenuta nell'art. 844 c.c., «nel prevedere la valutazione, da parte del giudice, del contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, [...] deve essere interpretata, tenendo conto che il limite della tutela della salute e dell'ambiente è da considerarsi ormai intrinseco nell'attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dei beni protetti dall'art. 844 c.c., dovendo considerarsi prevalente rispetto alle esigenze della produzione il soddisfacimento del diritto ad una normale qualità della vita» (Cass., 8 marzo 2010, n. 5564, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 815 ss., spec. p. 820).

⁸³ In tal senso, PENNASILICO, *Contratto e promozione*, *cit.*, p. 265 s.; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, *cit.*, pp. 291 e 299 s.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, *cit.*, pp. 812 ss. e 820; ID., *"Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Arch. Scialoja-Bolla*, 2018, 2, p. 67 ss., e in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1261 ss., spec. p. 1287 ss. (da cui si cita); ID., *La causa negoziale*, *cit.*, p. 798 ss. Reputa immeritevoli di tutela i negozi che ostacolano il pieno sviluppo della persona umana, in quanto diretti alla produzione di beni superflui o alla troppo rapida obsolescenza di beni ancora utili, oppure capaci di provocare dissesti ecologici o socioambientali, A. LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in Lipari (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, p. 333 ss., spec. pp. 339 s. e 342 ss.

⁸⁴ Cfr. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 33, il quale osserva che «l'insostenibile lede la persona e la comunità ma anche l'economia sociale di mercato»; v. anche ID., *Non si nasce per essere poveri*, Pisa, 2019, spec. p. 63 ss.

giusto, ossia alla migliore soddisfazione qualitativa dei bisogni sociali e ambientali della persona⁸⁵.

Nel contratto, che ho definito altrove “ecologico”⁸⁶, le parti intendono collaborare non tanto per ottenere un vantaggio personale, quanto piuttosto per perseguire l’interesse generale⁸⁷. In

⁸⁵ Così, PENNASILICO, *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale*, cit., p. 19; nonché ID., *Recensione a E. CATERINI, Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1511 ss., spec. p. 1514.

⁸⁶ PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 767 s.; ID., *L’uso responsabile delle risorse naturali e il “contratto ecologico”*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, cit., p. 161 ss.; ID., *Contratto e promozione*, cit., p. 268 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”*, cit., p. 287 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell’autonomia negoziale*, cit., p. 809 ss.; ID., *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio*, cit., p. 23 ss.; ID., *“Proprietà ambientale” e “contratto ecologico”*, cit., p. 1281 ss.

⁸⁷ Nell’esperienza giuridica attuale, nella quale la «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato è ormai destituita di fondamento [cfr. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in Roppo e Sirena (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, p. 371 ss.; BENACCHIO e GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015, Trento, 2016 (disponibile in iris.unitn.it); ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte prima - La “grande dicotomia” e la revisione della concezione tradizionale*, Modena, 2017; ID., *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte seconda - Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, Modena, 2017; GRONDONA, *Poteri privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in Sirena e Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant’anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, 2018, p. 5 ss.] e un gran numero di attività dei privati (in particolare, delle grandi aziende) influisce direttamente o indirettamente sull’interesse generale, il contratto ecologico inaugura un nuovo paradigma: un accordo in virtù del quale le parti, spesso su un piano di effettiva parità, regolano interessi non già antagonisti, bensì concorrenti. Il contratto ecologico vale soltanto finché le parti condividono il medesimo obiettivo primario, ossia la protezione delle risorse naturali nell’interesse anche e soprattutto delle generazioni venture, al punto da potersi configurare come contratto stipulato a favore e a protezione di terzi indeterminati. La nozione tradizionale di contratto va, dunque, riconcettualizzata: nel contratto ecologico, le parti collaborano in una relazione tesa al perseguimento di un interesse comune (la gestione e conservazione delle risorse naturali e la conseguente cura delle comunità di

questa forma di contrattazione, le motivazioni sociali e ambientali sono pienamente rilevanti, almeno quanto gli interessi patrimoniali⁸⁸. Il contratto ecologico tende a coordinare interessi convergenti intorno al godimento inclusivo delle risorse naturali e ambientali: un accordo fonte di rapporti non esclusivamente patrimoniali, ma comunque sostenibili⁸⁹; sì che il principio di

appartenenza e delle generazioni future) e, al contempo, dei propri interessi privati, purché compatibili con l'interesse generale.

⁸⁸ Si pensi agli «appalti pubblici verdi», obbligatoriamente conformati, nella scelta del partner privato, a criteri ambientali minimi (artt. 34 e 71 d.lg. n. 50 del 2016), sì che le autorità pubbliche devono escludere gli offerenti di prodotti e servizi ecologicamente non sostenibili e che non includano nel prezzo finale i costi di riciclaggio (v., nella letteratura più recente, GOBBATO, *Il nuovo Codice degli appalti rilancia i CAM*, in *Amb. svil.*, 2016, p. 481 ss.; VIVANI, *Appalti sostenibili*, green public procurement e socially responsible public procurement, in *Urb. app.*, 2016, p. 993 ss.; C. IRTI, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. Europa*, 2017, p. 183 ss.; CREPALDI, *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo Codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul life cycle costing*, in *Rev. diritto*, 2018, 1, p. 86 ss., e disponibile in *online.unisc.br*; QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 1, p. 1 ss.); oppure ai «contratti di rendimento energetico», che realizzano, in funzione promozionale dell'ambiente, lo scambio tra il miglioramento energetico attuato da una ESCo (*Energy Saving Company*) e la cessione di una parte dei risparmi energetici futuri (sul punto v., anche per ulteriori riferimenti, BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, Napoli, 2018, p. 18 ss.; CAPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2018, 2, p. 34 ss.; M. RENNA, *Strumenti finanziari*, cit., p. 309 ss.).

⁸⁹ In questi termini, PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 768; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., p. 302; ID., *"Proprietà ambientale" e "contratto ecologico"*, cit., p. 1285 ss. Conviene che «i nascenti doveri ecologici rafforzano lo spazio che lo sviluppo sostenibile guadagna nei rapporti di diritto privato, cioè lo spazio che acquisisce quel "diverso modo di soddisfare i bisogni, ispirato tanto all'integrazione virtuosa dell'interesse ambientale nelle dinamiche della concorrenza e del mercato, quanto alla c.d. responsabilità intergenerazionale", per cui il contratto si configura sempre di più come fonte di "rapporti giuridici patrimoniali sostenibili"», MÍGUEZ NÚÑEZ, *Sul nuovo derecho de conservación ambiental nel diritto cileno*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 986 ss., spec. p. 991 s.; in linea anche PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile "sostenibile"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2018, 1, p. 4 ss., spec. p. 11; TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, con prefazione di

sostenibilità, che si colloca alla radice della tutela dell'ambiente, presiede all'esercizio dell'attività negoziale ecologicamente conformata, costituendone un parametro di giustificazione e, dunque, di meritevolezza⁹⁰, con la conseguenza che un contratto

DEL PUNTA, Bergamo, 2018, p. 101 ss., spec. p. 104; ROBLES, *Meritevolezza «ambientale» del contratto e transigibilità degli interessi*, Napoli, 2019, p. 90 ss., spec. p. 94 s. Diversamente, ma in una logica di segno mercantile, che patrimonializza “a cascata” l'ambiente, sovrapponendo il mezzo (la valutazione di convenienza economica) al fine (la tutela ambientale), PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 337 ss., e in Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente*, cit., p. 367 ss. (da cui si cita). L'A. intravede nel “contratto ecologico”, inteso come fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali ecosostenibili, «una (lodevole) provocazione argomentativa più che l'avvio di una riconcettualizzazione categoriale» (p. 372 s.), «un'espressione raffinata ma predicata di un valore soltanto descrittivo» (p. 381), che si presta, al più, «ad un esercizio di *dépoussiérage* delle categorie tradizionali» (p. 382; similmente, TAMPONI, *Proprietà e green economy: diritto dominicale, ambiente e risorse naturali*, in *Dir. agroalim.*, 2016, p. 431 ss., spec. p. 435 ss.; C. IRTI, *op. cit.*, p. 204 ss.). In effetti, se è vero che il contratto ecologico non è ancora una categoria normativa, pienamente e propriamente inquadrata dal legislatore, nondimeno è corretto configurare la figura non già come un'allegoria meramente descrittiva, bensì come una *categoria euristica*, in grado di cogliere e favorire nuovi sviluppi interpretativi, applicativi e sistematici, tali da segnare un autentico mutamento di paradigma (così, PENNASILICO, “*Proprietà ambientale*” e “*contratto ecologico*”, cit., p. 1289; condivide, autorevolmente, l'esigenza di «riconcettualizzazione delle categorie civilistiche», LIPARI, *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 28 ss., spec. p. 31, nota 17, ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 83 ss.).

⁹⁰ L'ordinamento integrato italo-europeo ha fatto della sostenibilità «un caposaldo che innerva ogni piccola parte di sé, compresi gli atti di autonomia, pervasi dall'istanza di meritevolezza» (CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 146). Ed è proprio la sostenibilità, insieme ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, «a delimitare il significato concreto della meritevolezza degli atti di diritto civile, quale giudizio di valore che assicura la migliore realizzazione dei principi fondamentali» (PENNASILICO, *Recensione* a E. CATERINI, *op. cit.*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1511 ss., spec. p. 1516; v. anche M. ROBLES, *op. cit.*, p. 8, il quale declina la sostenibilità in termini di «sussidiarietà sostenibile»: pp. 155, 162 e 172 ss.). In tal senso, la sostenibilità, tra i criteri valutativi del giudice, rileva come «strumento di selezione degli interessi che richiedono prioritaria attenzione» e «mezzo capace di affermare la continuità tra libertà individuali e diritti sociali». Così, LASSO, *Sostenibilità sociale e diritti fondamentali della persona*, in Benítez e Fava (a cura di), *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, cit., p. 91 ss., spec. p. 113, la quale configura la sostenibilità come

(reputato) ecologico, «pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela là dove non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale»⁹¹.

6. *Ripensare la meritevolezza alla luce dell'interesse ambientale: dalla funzione economico-sociale alla funzione ecologico-sociale.*

Sembra, allora, possibile, tirando le somme del discorso svolto, osservare come le linee evolutive del sistema ordinamentale, della prassi applicativa e del tessuto economico, sociale e ambientale consentano di recuperare alla meritevolezza un ruolo autonomo e ben più rilevante che in passato⁹². La giurisprudenza, in particolare, tende sempre più a discostarsi dalla falsa opposizione “tipico-atipico”, per calibrare il sindacato di meritevolezza sulla causa concreta ora di operazioni complesse, ora di singole clausole, ma sempre a prescindere dalla meccanica sussunzione entro i modelli normativi predeterminati dei contratti che a monte sono coinvolti⁹³.

principio di ordine pubblico, che va ben oltre la semplice identificazione con l'equilibrio ambientale, «ponendosi come clausola che si riempie di contenuto attraverso il richiamo ai primari interessi della collettività» (p. 114, nota 65). Individua nella meritevolezza «un giudizio di sostenibilità politico-sociale» delle pattuizioni private, BARTOLINI, *Strutture contrattuali complesse*, cit., p. 215. Per l'inquadramento della sostenibilità tra i parametri del giudizio di legittimità costituzionale, v. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, spec. pp. 286 ss., 308.

⁹¹ PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., p. 765; similmente, PERSIA, *Proprietà e contratto*, cit., p. 18.

⁹² In tal senso, reputa imprescindibile il vaglio di meritevolezza della causa dei contratti della *sharing economy* (o economia della condivisione), caratterizzati dall'attuazione degli interessi alla economicità e alla solidarietà, CIOCIA, *L'economicità e la solidarietà nei contratti della sharing economy*, in Di Sabato e Lepore (a cura di), *Sharing Economy. Profili giuridici*, Napoli, 2018, p. 29 ss., spec. p. 50 ss.

⁹³ Non sfugga, in argomento, l'acuta analisi di P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, cit., p. 391 ss.; v. anche PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 181 ss., ove si desume il superamento della dicotomia tipicità/atipicità «dalla imprescindibilità del controllo di meritevolezza su qualsiasi contratto, tipico o atipico, e dall'auspicato ridimensionamento del ruolo della struttura negoziale: la struttura non concorre all'individuazione del tipo,

È altresì riduttivo esaurire il problema della meritevolezza nella consueta dinamica del rapporto giuridico patrimoniale, giacché il controllo di meritevolezza investe anche i contratti con i quali si dispone di valori non patrimoniali⁹⁴, come il pieno sviluppo della persona umana, la qualità della vita, l'integrità e la salubrità dell'ambiente⁹⁵. Proprio in questi ambiti, relativamente nuovi, di autonomia contrattuale ecologicamente conformata, cui si

giacché la medesima funzione può essere realizzata mediante strutture diverse, secondo il principio di economia degli atti e delle dichiarazioni» (p. 184); G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.; FACHECHI, *Il problema della disciplina applicabile*, cit., p. 1185 ss.; FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 165 ss.; CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico*, cit., p. 39 ss.; CRISCUOLO, *Tipicità e atipicità del negozio*, in G. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti*, cit., p. 593 ss., spec. p. 600 s.

⁹⁴ Cfr. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012, spec. p. 132 ss.; FRANCISETTI BROLIN, *L'interesse non patrimoniale del creditore*, cit., pp. 57 ss., 71 ss., il quale avvalorà «un'interpretazione armonizzata» degli artt. 1174 e 1322 c.c.; ID., *L'interesse non patrimoniale nella teoria dell'obbligazione. Rileggendo Emilio Betti*, in G. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *op. cit.*, p. 225 ss. Sulla meritevolezza degli atti di autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale e, in particolare, degli atti di disposizione del corpo, v. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in Di Marzio (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, cit., p. 149 ss., e in *Familia*, 2005, p. 777 ss.; POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza*, cit., p. 406 s., il quale, a riprova della distinzione tra liceità e meritevolezza, nota che «la legislazione in materia di trapianti sta a dimostrare come il fine solidaristico perseguito dall'atto possa renderlo meritevole, e perciò positivamente apprezzato, anche quando la lesione permanente dell'integrità fisica lo porrebbe, astrattamente, in contrasto con i dettami di liceità posti dall'art. 5 c.c.». Per un più generale approccio alla meritevolezza, che trascende i profili patrimoniali per incidere su quelli esistenziali, v. FERRARI, *Sostenibilità dei parametri della meritevolezza*, cit., p. 121 ss.; v. anche ID., *Dignità della persona e «meritevolezza» della prestazione assistenziale*, nota a Cass., ord. 20 novembre 2018, n. 29919, in *Foro it.*, 2019, I, c. 904 ss.

⁹⁵ La rilevanza costituzionale del valore della conservazione dell'ambiente osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 413, nota 13 – attesta «la meritevolezza della causa dei contratti finalizzati alla salvaguardia della natura nei suoi molteplici aspetti»; v. anche MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto*, cit., p. 13 s.

aggiungono le manifestazioni di iniziativa privata per l'attuazione di ulteriori finalità d'interesse generale, si percepisce appieno la diversa funzione che la meritevolezza svolge, sul piano qualitativo, rispetto alla liceità: non già limite esterno cui i privati devono attenersi, bensì giudizio di valore idoneo a indirizzarne in positivo le iniziative verso finalità suscettibili di apprezzamento favorevole.

In tal senso, ciascun contratto si caratterizza per una «conclamata funzione sociale»⁹⁶, che rappresenta il parametro di riferimento per apprezzarne la meritevolezza, e che può declinarsi, secondo il “peso” dell'interesse ambientale eventualmente coinvolto, come “funzione ecologico-sociale”⁹⁷. Funzione, quest'ultima, che appare come l'autentica bussola che oggi deve orientare, nel grado più elevato, l'interprete in materia di autonomia negoziale.

⁹⁶ È la formula ricorrente in giurisprudenza: Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Corr. giur.*, 1993, p. 174 ss., con nota di MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, e in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506 ss., con nota di CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*; App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836, in G. Perlingieri e Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, II, cit., p. 347 (e in *ilcaso.it*, 17 novembre 2009, p. 3); Trib. Pisa, 4 marzo 2015, in *pluriscedam.utetgiuridica.it*; Cass., 23 dicembre 2016, n. 26948, *ivi*; Cass., 3 gennaio 2017, n. 37, *ivi*.

⁹⁷ Sulla necessaria transizione dalla funzione economico-sociale alla funzione ecologico-sociale, v. PENNASILICO, *La causa negoziale*, cit., p. 798 ss., spec. p. 801, ove si osserva che la «cooperazione operosa delle parti per il perseguimento degli interessi ambientali e per il godimento condiviso e inclusivo dei beni comuni diventa, così, la giustificazione fondamentale del contratto, la sua causa intesa come *funzione ecologico-sociale*, che trova nella solidarietà, unitamente alla sussidiarietà e alla sostenibilità, il suo nucleo valoriale profondo». Sullo stretto intreccio valoriale tra sussidiarietà e ambiente, v. ROTA, *Sussidiarietà e Ambiente: la centralità dell'uomo*, in *astrid-online.it*, 22 giugno 2007, p. 1 ss., spec. p. 2, ove si reputa che «il principio di sussidiarietà, come nuovo criterio ordinatore per le attività di interesse generale, dunque riguardato nella sua dimensione orizzontale che ponendo al centro la “persona” è tesa a ridefinire paritariamente i rapporti tra Stato e Società civile, possa costituire lo snodo concettuale per la ricerca di soluzioni giuridiche adeguate ai problemi derivanti dalle dinamiche ambientali».

GIOVANNI PERLINGIERI
Professore ordinario di diritto privato
Università di Roma La Sapienza

RILEVABILITÀ D'UFFICIO E SANABILITÀ DELL'ATTO NULLO, DIECI ANNI DOPO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. Nuovi sviluppi in tema di rilevabilità d'ufficio e dichiarazione della nullità. – 2. Legittimazione relativa, rilevabilità d'ufficio e dichiarazione della nullità 'modulata' in relazione agli interessi protetti. La discussa sanabilità delle nullità di protezione. – 3. Le posizioni della dottrina: dalla generale convalidabilità/sanabilità al diniego assoluto di recupero dell'atto nullo. Profili critici. – 4. L'impossibilità di accogliere soluzioni generalizzanti a fronte della complessità strutturale e funzionale delle singole fattispecie di nullità. – 5. Una diversa proposta ricostruttiva, dieci anni dopo. La convalida/sanatoria per mancato rispetto della procedura cronologicamente richiesta e per vizi di forma. L'interesse tutelato quale criterio guida per l'interprete. Derogabilità della prescrizione formale e inderogabilità dell'interesse protetto dalla prescrizione legislativa. – 6. *Segue*. Il caso dei contratti c.d. «monofirma». – 7. *Segue*. La sanatoria ad opera di terzi nell'interesse delle parti. – 8. *Segue*. Limiti alla convalida e alla sanabilità degli atti nulli, di là dalle ipotesi espressamente previste dalla legge: una possibile sintesi. – 9. Ipotesi di esclusione della sanabilità dell'atto nullo: casistica. Sanabilità, bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi. – 10. *Segue*. Conclusioni: interpretazione sistematica e assiologica della locuzione «se la legge non dispone diversamente» e valorizzazione degli artt. 1421, 1423 c.c. – 11. Sanabilità e responsabilità notarile *ex art. 28 l. not.*

1. *Considerazioni introduttive. Nuovi sviluppi in tema di rilevabilità d'ufficio e dichiarazione della nullità.*

La vera sfida per i giuristi che intendano concorrere «al progresso materiale e spirituale della società» (dovere imposto dall'art. 4 Cost. ad «ogni cittadino») è seminare il dubbio, in modo da consentire di ripensare ciò che tutti o i più danno per vero. Soltanto così la dottrina – nonostante l'art. 118 disp. att. c.p.c., che, in modo costituzionalmente illegittimo, fa divieto ai giudici di citare autori giuridici¹ – potrà continuare a incidere sulla prassi svolgendo una delle proprie essenziali, e spesso poco riconosciute, funzioni. Una chiara prova di questa influenza è riscontrabile in tema di rilevabilità d'ufficio delle nullità e di convalida o sanatoria del contratto nullo oltre i casi espressamente previsti dalla legge².

Le Sezioni unite nel 2014³ hanno finalmente accolto l'idea secondo la quale occorre distinguere tra *rilevazione* della nullità

* Lo scritto, con l'aggiunta delle note, rielabora la lezione tenuta il 28 giugno 2018 al Dottorato di Diritto Comparato, Privato, Processuale Civile e dell'Impresa dell'Università degli Studi di Milano, nonché la relazione tenuta al Convegno su «Il contratto nullo», organizzato, tra gli altri, dall'Università degli Studi di Padova e dall'Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, il 7 e 8 giugno 2019, presso il Teatro comunale di Treviso «Mariano del Monaco».

¹ V. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, spec. p. 59 ss., ove si propone un'interpretazione abrogante dell'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. (al lavoro si rinvia anche per i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

² G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*², Napoli, 2011, *passim*, al quale scritto si rinvia per ulteriori approfondimenti; ID., *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, in De Giorgi, Delle Monache e De Cristofaro (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1901 ss. Per un invito al superamento del principio dell'insanabilità del negozio nullo, v. già P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 122 ss.

³ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Giur. comm.*, 2015, p. 970 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss., con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*; conf. Cass., 23 giugno 2016, n. 12996, *ivi*, 2016, I, p. 1467 ss., con nota di PELLEGRINI, *Responsabilità del professionista non iscritto all'albo: l'onda lunga delle Sezioni unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*; Cass., 17 gennaio

(che è un «obbligo» del giudice, di là dalla domanda in concreto proposta e dal tipo di nullità⁴, in quanto, tra l'altro, il mancato rilievo d'ufficio di una nullità condurrebbe a conseguenze irragionevoli, come il rischio di stabilizzare un contratto totalmente o parzialmente nullo e di riconoscere ad esso, senza l'intervento di una sanatoria, effetti equivalenti a un contratto valido) e *dichiarazione* della nullità (che, invece, non è necessariamente dovuta, essendo rimessa – come sarà chiarito di séguito – a una valutazione secondo ragionevolezza). Il giudice, ove *rileva* la nullità, sottopone la questione al contraddittorio delle parti e, qualora nessuna di esse ne domandi l'accertamento, la dichiara in motivazione, ma non nel dispositivo, il quale contiene il rigetto della domanda di impugnativa originariamente promossa in ragione della nullità; diversamente, il giudice *dichiara* la nullità nel dispositivo se le parti ne domandano espressamente l'accertamento⁵. Di là da alcune problematiche più prettamente

2017, n. 923, *ivi*, 2017, I, p. 949 ss., con nota di CAPECCHI, *La provvigione del mediatore in caso di stipulazione del preliminare di preliminare. Una decisione che non convince*.

⁴ La Cassazione, con le citate sentenze del 2014, si colloca sulla scia del precedente del 2012 (Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 563 ss., con nota di PRISCO, *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni unite*), confermando l'abbandono dell'orientamento, a lungo sostenuto dalla giurisprudenza, secondo il quale il giudice poteva rilevare la nullità soltanto a fronte di una domanda di adempimento del contratto, non anche di una domanda di risoluzione, rescissione e annullamento (per tale superato orientamento v. Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, c. 1907, nonché, più di recente, Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632, *ivi*, 2007, c. 430; Cass., 19 giugno 2008, n. 16621, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 979; Cass., 11 luglio 2012, n. 11651, in *Guida dir.*, 2012, 39, p. 70). Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 27 e, in particolare, alle considerazioni presenti alla nota 46. Le Sezioni unite correttamente si soffermano anche sulla irrilevanza, in merito al rilievo d'ufficio, del tipo di nullità di diritto comune oggetto del giudizio; in tema cfr. anche N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, cit., p. 317.

⁵ Secondo le Sezioni unite, anche la nullità rilevata, ma non dichiarata, ha effetto di giudicato. Tuttavia, la declaratoria di nullità, nel dispositivo (se domandata) o in motivazione (se non domandata), determina effetti differenti in punto di opponibilità: «il regime di opponibilità varia a seconda che un vizio del

processuali e dalla questione del giudicato implicito, l'obbligatorietà del *rilievo* officioso si conferma anche in tema di nullità di protezione. Esso, infatti, «appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti», tra i quali si richiamano «il corretto funzionamento del mercato, ex articolo 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica»⁶. Nell'ipotesi di nullità protettive, tuttavia, il rilievo officioso è modulato per lo più rispetto all'interesse del contraente legittimato a domandare la nullità, «in tal modo evitando che la controparte possa [...] sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela»⁷.

contratto sia fatto valere mediante la proposizione di una domanda (anche riconvenzionale) ovvero in via di eccezione o d'ufficio. L'art. 2652 cod. civ., nel disciplinare la trascrizione delle domande giudiziali, prevede l'operare della efficacia del meccanismo pubblicitario c.d. prenotativo nel solo caso della sentenza che accoglie la domanda, mentre le dichiarazioni giudiziali di nullità, annullamento, risoluzione, rescissione o revoca sono soggette, ai sensi dell'art. 2655 cod. civ., a semplice annotazione in margine alla trascrizione o iscrizione dell'atto, con effetto a valere dal momento della formalità. Pertanto, se l'attore abbia domandato la risoluzione/rescissione/annullamento del negozio, ma il giudice, accertata d'ufficio la nullità del contratto, rigetti la domanda, il conflitto fra l'attore e i terzi aventi causa dalla parte convenuta (che *medio tempore* abbiano acquistato un diritto incompatibile con quello dell'attore), quand'anche abbiano trascritto il loro titolo dopo la trascrizione della domanda originaria, viene risolto a favore degli aventi causa dal convenuto, a differenza di quanto accadrebbe in caso di sentenza di accoglimento. L'accertamento d'ufficio della nullità, pur ammettendone la "annotabilità" ex art. 2655 cod. civ. (la norma discorre, difatti, genericamente, di sentenza dichiarativa di atto nullo) non sarà comunque loro opponibile» (Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., p. 308).

⁶ Così Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. it.*, 2014, I, p. 70 ss., con nota di PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*.

⁷ Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, cit. L'obbligatorietà del rilievo, del resto, era già stata affermata dalla Corte di giustizia UE, nell'ottica di garantire l'effettività della tutela accordata al contraente debole. Cfr. CGUE, 26 ottobre 2006, c. 168/05, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, in *Rep.*

In definitiva, il rilievo officioso della nullità, sebbene si atteggi diversamente a seconda della condotta processuale delle parti ovvero della natura protettiva o no della nullità, è sempre un obbligo per il giudice, senza che la rilevabilità sia in qualche modo condizionata dal tipo di domanda proposta dalle parti. Ciò in coerenza sia con i principi processuali della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (artt. 99 e 112 c.p.c.)⁸, sia con il principio dell'inefficacia del negozio nullo⁹.

Foro it., 2006, voce *Unione Europea e Consiglio d'Europa*, n. 1638; CGUE., 4 giugno 2009, c. 243/08, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyórfi*; e CGUE, 6 ottobre 2009, c. 40/08, *Asturcom c. Cristina Rodríguez Nogueira*, entrambe in *Rass. dir. civ.*, 2010, rispettivamente pp. 491 ss. e 498 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, *ivi*, p. 507 ss.

⁸ Nella prospettiva seguita dalle Sezioni unite, infatti, il rilievo (e l'eventuale dichiarazione) della nullità, anche a fronte delle diverse domande di annullamento, risoluzione e rescissione, non contrasta con il *principio della domanda* (art. 99 c.p.c.) e con il *principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato* (112 c.p.c.). Sulla scia del precedente di legittimità in tema di rilievo della nullità nell'ambito di un giudizio di risoluzione per inadempimento, si chiarisce come tutte le impugnative negoziali presuppongano pur sempre la validità del contratto impugnato. Con la conseguenza che il rilievo della nullità non travalica i confini del *petitum* tracciato dalle parti. La *quaestio nullitatis* presuppone sempre in primo luogo (sul piano logico) l'accertamento dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale (sí che la *causa petendi*, intesa come ragione giuridica del domandare, è sempre la stessa): in tal senso, v. sempre Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, *cit.*, p. 299 ss.

⁹ Da tempo la dottrina evidenzia che il mancato rilievo d'ufficio, a fronte di una domanda di impugnativa negoziale, rischia di stabilizzare il contratto nullo e riconoscere a esso, senza l'intervento di una sanatoria, effetti equivalenti a quelli di un contratto valido. Ecco che, ad esempio, in un giudizio di rescissione relativo ad un contratto nullo, il contraente convenuto potrebbe stabilizzare il contratto attraverso l'offerta di riduzione ad equità (art. 1450 c.c.); analogamente, a fronte di una domanda di annullamento, la stabilizzazione del vincolo potrebbe aversi per il tramite sia della rettifica (art. 1432 c.c.) sia della convalida (art. 1444 c.c.). Inoltre, l'idea della non rilevabilità della nullità anche in un giudizio di risoluzione per inadempimento avrebbe potuto condurre alla risoluzione di un contratto e, per ipotesi, anche alla condanna al risarcimento del danno per inadempimento di un obbligo mai sorto. Né, infine, sono apparsi trascurabili i diversi effetti nei confronti dei terzi legati alle differenti ipotesi di caducazione del contratto. A titolo esemplificativo basti il riferimento all'art. 1445 c.c. ove si dispone che l'annullamento (salvo non dipenda da incapacità)

Al contrario, tuttavia, l'*accertamento* della nullità, comune e di protezione, richiede un giudice attento a valutare in concreto, nel contraddittorio tra le parti, non soltanto l'*incidenza* del vizio sulla fattispecie (al fine di decidere, ad esempio, in merito alla configurabilità di una nullità parziale o totale), ma anche, con particolare riguardo alle nullità protettive, l'*opportunità* di una *dichiarazione* di nullità; il giudice potrebbe *rilevare* la nullità, ma non *dichiararla* qualora consideri ciò irragionevole (o non opportuno) a séguito di un attento bilanciamento degli interessi e dei valori normativi coinvolti. Tanto trova conferma nel novellato art. 101, comma 2, c.p.c., che impone al giudice, in costanza di «una questione rilevata d'ufficio», di *riservare la decisione*: non di *dichiarare* immediatamente la nullità, ma di dare notizia della questione alle parti, assegnando alle stesse un termine per il deposito di eventuali memorie che consentiranno di analizzare l'adeguatezza di una eventuale pronuncia di nullità.

Sul piano applicativo, si pensi, come rilevato anche dalla Corte di giustizia, a una nullità di protezione la declaratoria della quale potrebbe, in pratica, essere svantaggiosa per il contraente debole (con lesione del principio espresso dall'art. 36 c. cons.); alla dichiarazione di nullità cui il consumatore potrebbe opporsi o non avere interesse¹⁰; oppure a quella giurisprudenza particolarmente

non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede (salvi soltanto gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento). Le criticità legate al mancato rilievo d'ufficio sono evidenziate sin da epoca risalente: [cfr. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, c. 151 s.; nonché SACCO, *Nullità e annullabilità (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 467; più di recente, anche per una ricognizione critica degli orientamenti giurisprudenziali precedenti al citato intervento delle Sezioni unite del 2012: CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 676; CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in *Riv. trim.*, 2011, suppl., p. 7]. Da ultimo, sull'evoluzione della giurisprudenza in tema, SALVI, *Il rilievo officioso della nullità in grado di appello: brevi note di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1136 ss.

¹⁰ Sul rapporto tra rilievo officioso delle nullità di protezione e opposizione del contraente legittimato all'azione si tornerà in séguito.

attenta nel valutare l'incidenza in concreto della clausola sospetta di nullità sull'equilibrio negoziale¹¹.

Tali rilievi si estendono, peraltro, oltre i confini dell'autonomia contrattuale, posto che, nella stessa prospettiva, la Suprema Corte non ha esitato a stabilire che, anche in caso di testamento, è sempre ammessa la rilevabilità d'ufficio anche in appello, salvo poi poter escludere la dichiarazione di nullità in ipotesi di conferma (art. 590 c.c.)¹².

2. Legittimazione relativa, rilevabilità d'ufficio e dichiarazione della nullità 'modulata' in relazione agli interessi protetti. La discussa sanabilità delle nullità di protezione.

Gli sviluppi in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità, brevemente sintetizzati, riportano al centro del dibattito il problema della convalidabilità/sanabilità delle nullità¹³, di là dai casi espressamente previsti dalla legge: questione interessante (non più soltanto per qualche estroso e isolato giurista) e di estrema attualità¹⁴, oltre che essenziale per comprendere lo statuto della nullità sul piano funzionale e teleologico¹⁵.

¹¹ Cfr. Cass., 26 luglio 2016, n. 15408, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 32 ss., con nota di GUADAGNO, "Default" dell'emittente e corresponsione degli interessi bancari, che dichiara la nullità di una clausola, unilateralmente predisposta da un istituto bancario, che prevedeva la possibilità di cessare il pagamento degli interessi in caso di *default* dell'emittente delle obbligazioni. Ciò in ragione della particolare incidenza della clausola medesima sull'equilibrio del regolamento negoziale predisposto dalle parti.

¹² Così Cass., ord., 5 aprile 2017, n. 8841, in *Familia*, 2017, p. 596 ss., con nota di PATTI, *Invalidità del testamento olografo e rilievo d'ufficio*, sulla rilevabilità d'ufficio della nullità del negozio testamentario.

¹³ Sui concetti di sanatoria e di convalida, si rinvia a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 9 ss.

¹⁴ Il quesito della convalida delle nullità di protezione è stato sollevato anche di recente con specifico riguardo ai contratti «monofirma», per i quali la giurisprudenza si interroga sulla configurabilità della nullità e sulla possibilità di ipotizzare una convalida della medesima; cfr. l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite Cass., ord., 27 aprile 2017, n. 10447, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2731. La soluzione della convalida è stata, tuttavia, disattesa dal Supremo consesso che, investito della questione, ha optato per la validità *ab origine* del contratto «monofirma» (Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contratti*, 2018,

Si è già precisato, infatti, che il rilievo d'ufficio, soprattutto delle nullità protettive, postula la valutazione dell'opportunità della declaratoria di nullità in relazione agli interessi dedotti nella vicenda. Ci si chiede ora se detto rilievo possa essere precluso in ragione di un atto di convalida realizzato tramite una dichiarazione o un'attività successiva capace di rendere il vincolo inoppugnabile, non più caducabile né dalla parte (contrante debole) né dal giudice. Ancora, e correlativamente, ci si chiede se e a quali condizioni il giudice possa non dichiarare la nullità: se la mera opposizione del contraente legittimato all'azione possa ostare alla dichiarazione di nullità o se il giudice debba andare oltre i confini della volontà, espressa o tacita, del medesimo. Il discorso, tuttavia, sarà esteso al più generale problema del recupero del negozio nullo alla dinamica giuridica.

p. 138 ss., con nota di D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*; in *Giur. it.*, 2018, p. 569 ss., con nota di DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*; *ivi*, p. 572 ss., con nota di COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite*; *ivi*, p. 579 ss., con nota di TICOZZI, *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 741 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*; *ivi*, p. 734 ss., con nota di SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"*; in *Società*, 2018, p. 485 ss., con nota di NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*; in *Foro it.*, 2018, I, c. 937 ss., con nota di MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*; *ivi*, V, c. 249 ss., con nota di DI CIOMMO, *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, p. 275 ss., con nota di MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*; *ivi*, p. 292 ss., con nota di CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l'assenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*. Sul tema, cfr. anche DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto «monofirma»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 658 ss. Per una riflessione critica sulla soluzione prescelta dalla Corte, v. *infra* § 6.

¹⁵ In senso contrario DALMARTELLO, *op. ult. cit.*, p. 660, nota 13, nel considerare che l'orientamento delle Sezioni unite, in tema di rilevanza d'ufficio, abbia «notevolmente ristretto le possibilità di ipotizzare un meccanismo sanante».

I quesiti posti, come sarà meglio chiarito innanzi, pongono un problema non di applicazione analogica dell'art. 1444 c.c., come pure in questi anni ci è stato attribuito¹⁶, bensì di interpretazione sistematica dell'art. 1423 c.c., là dove si vieta la convalida della nullità, salvo che la legge non disponga diversamente. Si tratta, infatti, di valutare se il peculiare profilo funzionale di talune ipotesi di nullità possa soddisfare la citata riserva di legge, con la conseguenza di ammettere un recupero del negozio nullo anche in mancanza di espressa previsione di legge.

Tra gli aspetti caratterizzanti le c.dd. nullità di protezione – di là dal carattere necessariamente parziale, in grado di escludere l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. – deve annoverarsi la tendenziale restrizione della legittimazione attiva al solo contraente debole, la quale spesso convive con la rilevabilità d'ufficio¹⁷ (invero già prefigurata dall'art. 1421 c.c.¹⁸).

Dunque, in via approssimativa, le nullità di protezione, di regola, possono essere fatte valere esclusivamente da una parte, operano soltanto a suo vantaggio (artt. 36 c. cons.; 127 t.u.b.; anche sul piano della restituzione *ex art. 125 bis*, comma 9, t.u.b.) e possono essere dichiarate d'ufficio, ma prevalentemente

¹⁶ Nel criticare la nostra tesi ed escludere la convalida o la sanatoria delle nullità di protezione, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*⁵, Torino, 2019, p. 419, nota 88, reputa decisivo l'argomento dell'inapplicabilità dell'art. 1444 c.c. a fattispecie patologiche diverse dall'annullabilità.

¹⁷ Si pensi, tra gli altri: *a*) all'art. 36, comma 3, c. cons., sulle clausole vessatorie; *b*) all'art. 134, comma 1, c. cons., in materia di vendita di beni di consumo; *c*) agli artt. 117, comma 1 e 3, e 127, comma 2 e 4, t.u.b., in tema di contratti bancari; *d*) agli artt. 23, comma 3, 24, comma 2, e 30, comma 7, t.u.f., sui contratti di intermediazione finanziaria; *e*) all'art. 2, comma 1, d.lg. 20 giugno 2005, n. 122, in materia di immobili da costruire. Di là dall'espressa previsione, la dottrina tende – nel contesto delle nullità di protezione – ad applicare analogicamente la regola generale della legittimazione *ex uno latere* (accompagnata dalla rilevabilità d'ufficio) [cfr. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio* (Studio n. 271-2008/C), in *Studi mat.*, 2009, p. 104 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 176 ss.; GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1332 ss.].

¹⁸ La norma codicistica prevede, infatti, che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, «salvo diverse disposizioni di legge».

nell'interesse del contraente protetto¹⁹, sí che il giudice non potrebbe caducare l'atto (o la sua clausola) a fronte di un interesse contrario (concreto) del contraente debole²⁰.

Del resto, la stessa Corte di giustizia²¹, pur non cogliendo sempre la distinzione tra *volontà* e *interesse* del consumatore²²,

¹⁹ Il rilievo d'ufficio non può avvenire in contrasto con la *ratio* protettiva della comminatoria anche ad avviso di POLIDORI, *Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria*, in *Ann. Fac. econ. Benevento*, Napoli, 2012, p. 56 s. Per altro verso, il rilievo del giudice non può forzare la volontà del legittimato attivo, sí che esso deve essere subordinato alla «dimostrazione che l'inerzia del contraente legittimato non sia dipesa da scelta consapevole, bensí da carenze difensive manifestatesi sul piano processuale» (POLIDORI, *op. loc. ult. cit.*). L'ampliamento dei poteri officiosi del giudice non si risolve nel recupero della concezione autoritativa del processo, in quanto è controbilanciato da una sostanziale collaborazione tra le parti (CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, I, p. 385; e CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 3 ss.).

²⁰ Si reputa, infatti, che la dichiarazione d'ufficio dipenda, piú che dalla mera volontà (casomai tacita o pretestuosamente invocata dall'imprenditore) del contraente debole, dal suo interesse, il quale non necessariamente coincide con il volere (soprattutto se tacito o presunto). In questa prospettiva, ad esempio, in caso di sovraindebitamento e di rinegoziazione dei debiti del consumatore (l. 27 gennaio 2012, n. 3), si è rilevato che il giudice può omologare il piano di ristrutturazione contro la volontà dei creditori, ma non anche contro i loro interessi. Pertanto, alla luce della non necessaria coincidenza tra volontà e interesse, ogni valutazione in ordine alla omologazione deve essere parametrata non tanto alla *voluntas* del creditore, ma al ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti dalla disciplina e sottesi alla concreta operazione negoziale. Sulla distinzione tra volontà e interesse la dottrina da tempo riconosce, ad esempio, che l'art. 1180, comma 1, c.c. «pone come limite determinante all'accettazione della prestazione eseguita *spontaneamente e consapevolmente* dal terzo (non la sola volontà del creditore ma) l'*interesse* di quest'ultimo a che il debitore esegua la prestazione *personalmente*»; in tema v. FRANCISSETTI BROLIN, *L'interesse non patrimoniale del creditore. Rileggendo Emilio Betti*, Napoli, 2019, p. 137 ss. Per ulteriori rilievi sul punto, v. *infra*, nel testo, e il § 3.

²¹ La Corte del Lussemburgo ha chiarito a piú riprese la rilevanza del poterdovere di rilievo officioso delle nullità a protezione della parte debole del rapporto. Tra le tappe principali del percorso tracciato dalla giurisprudenza

punta molto l'attenzione sull'importanza per il giudice, in sede di dichiarazione di nullità, di perseguire il miglior risultato utile per il contraente debole e l'effettività della tutela giurisdizionale.

Nell'indagare sulla convalidabilità e, più in generale, sulla sanabilità delle nullità di protezione, dunque, l'interprete si confronta, da un lato, con la regola della legittimazione relativa all'azione, la quale sembra suggerire la 'disponibilità' della tutela accordata²³, e, dall'altro, con la regola della rilevabilità d'ufficio,

europea: CGUE, 26 giugno 2000, c. riunite 240/98-244/98, *Oceano Grupo Editorial SA c. Rociò Murciano Quintero e altri*, in *Racc.*, 2000-1, p. 4941; CGUE, 21 novembre 2002, c. 473/00, *Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout*, *ivi*, 2002-1, p. 10875; CGUE, 26 ottobre 2006, c. 168/05, *Mostaza Claro*, cit.

²² V., tuttavia, CGUE, 21 febbraio 2013, c. 472/11, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba e Viktória Csipai*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 5, la quale pone l'accento sulla necessità del contraddittorio nella fase del rilievo d'ufficio della nullità. Si precisa, quindi, che l'obbligo del giudice di sottoporre la questione alle parti, consentendo al consumatore di presentare osservazioni in merito, «risponde altresì all'obbligo del giudice nazionale di tener conto, se necessario, della volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi». La citata pronuncia mitiga, così, il tenore della precedente «Pannon» (Corte giust., 4 giugno 2009, c. 243/08, cit., p. 498), nella quale il rilievo della nullità appare subordinato alla circostanza che il consumatore non si opponga. Sul punto v. anche ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni unite della Corte di cassazione, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.

²³ La questione del «se le nullità di protezione siano o no convalidabili» non viene meno anche qualora si dovesse condividere una dottrina minoritaria la quale afferma che: le nullità di protezione sono nullità assolute poiché la legittimazione ad agire non è da riservare al solo consumatore (cfr. VENOSTA, *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 206 s.). La legittimazione assoluta, infatti, non escluderebbe comunque il fatto che la nullità opera pur sempre a solo vantaggio del contraente protetto, con la conseguenza che la stessa potrà essere dichiarata nei limiti nei quali avvantaggi il medesimo. Sí che il consumatore potrebbe, ad esempio, avere un interesse alla conservazione della clausola e, dunque, determinare la convalida (tra più interessi in conflitto prevale sempre quello del consumatore: «la nullità opera solo a vantaggio del consumatore»). Al contempo, la tesi della legittimazione assoluta non è sostenibile a fronte di altre ipotesi di nullità protettive per le quali si prevede espressamente sia la legittimazione relativa sia la rilevabilità d'ufficio (art. 134 c. cons.).

che, per contro, potrebbe indurre ad escludere in radice la sanabilità delle nullità in esame²⁴.

Il problema è rilevante e non sembra possibile escluderlo in poche battute, anche perché impone di rileggere in una prospettiva nuova lo statuto normativo della nullità.

Per richiamare categorie già note e a soli fini esemplificativi (essendo invero un modo di argomentare più pericoloso che utile), le nullità di protezione accomunano connotati propri della nullità tradizionale (rilevabilità d'ufficio e imprescrittibilità dell'azione) e dell'annullabilità (legittimazione relativa; preordinazione alla tutela d'interessi "principalmente" di parte²⁵; efficacia, sia pure parziale). Ciò non deve sbalordire, perché «ogni tecnica è al servizio di una ideologia»²⁶ ed ogni tecnica deve essere adeguata alle esigenze che deve soddisfare. Al contempo, non può trascurarsi che le differenze tra nullità e annullabilità non sono mai state così nette come spesso si è affermato. Basti pensare alle previsioni sulla legittimazione assoluta dell'azione di annullabilità (cfr. gli artt. 119, 624 e 1441, comma 2, c.c.). Tra l'altro, in tema di nullità di protezione manca una esplicita disposizione che neghi la convalida o, al contrario, l'ammetta, analogamente a quanto disposto in tema di rescissione e

²⁴ MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2003, I, p. 199 s., è scettico sulla compatibilità tra i due caratteri. Sul tema, v. anche MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 295 ss., e, per ulteriori sviluppi, ID., *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia* (nota a Corte giust., 4 giugno 2009, c. 243/08), in *Contratti*, 2009, p. 1119, e POLIDORI, *Nullità protettive*, cit., p. 56 s.

²⁵ Alla nullità relativa il legislatore ricorre al fine di dare tutela a chi versa in una situazione di squilibrio strutturale rispetto alla controparte (per la differenza con il carattere contingente dello squilibrio che sta alla base della disciplina dell'annullabilità, v. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 20 ss.). Nelle nullità di protezione, in particolare, tale esigenza di tutela si presenta fortemente intrecciata con l'interesse ad una regolamentazione perequativa dei meccanismi di mercato: per uno sguardo d'insieme v. LO SURDO, *Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, p. 175 ss.

²⁶ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 133.

di annullamento rispettivamente dagli artt. 1451 e 1444 c.c. Né, nei codici di settore, esistono indicazioni normative che possono costituire di per sé un ostacolo alla convalidabilità o alla sanabilità in genere.

L'art. 143 c. cons., sebbene disponga l'irrinunciabilità/inderogabilità dei diritti attribuiti ai consumatori²⁷, non rappresenta, di per sé, un ostacolo alla convalida o al recupero delle nullità protettive. È pacifico, infatti, che la disposizione impedisce soltanto al consumatore di rinunciare, *ex ante*, all'acquisto dei diritti, ma non vieta che questi possa *ex post* disporre dei diritti acquistati²⁸. Diversamente, non soltanto si dovrebbe vietare il ricorso a procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, espressamente previste dall'art. 141 c. cons.²⁹, ma si giungerebbe a letture contrarie allo stesso interesse del contraente debole che potrebbe desiderare di rinunciare a un diritto acquisito in cambio di una contropartita. Non a caso, esistono alcune norme speciali del codice del consumo che inequivocabilmente limitano il divieto di rinuncia ai propri diritti alla fase preventiva o contestuale dell'accordo³⁰. Ciò in linea con quanto disposto in tema di annullabilità, ove il contraente può convalidare (art. 1444 c.c.) ma non rinunciare *ex ante* ad avvalersi della relativa eccezione (art. 1462 c.c.).

²⁷ Sulla valenza dell'art. 143 c. cons., cfr. POLIDORI, *Sub art. 143*, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*², Napoli, 2018, pp. 853 ss., 856.

²⁸ *Ex multis* DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 815; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, p. 81; MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, p. 697 ss.; ID., *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, spec. p. 1053 ss.; ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 183; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, pp. 159 ss., 163 e 171. Di recente, in questa direzione, anche BOTTONI, *La transazione lesiva*, Napoli, 2018, p. 160 ss.

²⁹ FARINA, *Sub art. 141*, in Capobianco, Mezzasoma e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 793 ss.

³⁰ V., in particolare, gli artt. 124 e 134, comma 1, c. cons., in tema di responsabilità da prodotti difettosi e acquisto di beni di consumo.

3. *Le posizioni della dottrina: dalla generale convalidabilità/sanabilità al diniego assoluto di recupero dell'atto nullo. Profili critici.*

In merito al quesito della convalidabilità/sanabilità delle nullità di protezione, la letteratura si divide giungendo a soluzioni opposte.

Parte della dottrina ammette la convalida di *tutte* le nullità di protezione, senza eccezioni, osservando che, se è riconosciuta a una sola parte la possibilità di decidere se liberarsi o no dalla pattuizione lesiva, deve specularmente riconoscersi alla stessa la possibilità di non agire e di convalidare (o sanare) definitivamente il contratto o la clausola nulla³¹.

Questa osservazione appare semplicistica e, in sé e per sé, non condivisibile, sia perché non tiene conto della differenza tra rinuncia all'azione di una parte e sanatoria del negozio (la quale emerge chiaramente, ad esempio, nell'ambito dei contratti plurilaterali), sia perché confonde due piani logicamente e sostanzialmente distinti. Altro è lasciare in perpetuo, vista l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, alla parte protetta la possibilità di decidere se (caducare o no, se) liberarsi o no della pattuizione lesiva, altro è consentire alla parte di privarsi una volta per tutte di tale possibilità e, dunque, di procedere alla convalida³².

La circostanza che il legislatore abbia riconosciuto a una sola parte la possibilità di scelta (senza termine) non significa affatto che abbia attribuito alla stessa anche il potere di privarsi irrevocabilmente di questa facoltà o addirittura di convalidare, con la conseguenza, quindi, di perdere ogni possibilità di ripensamento. Rinunziare, non esercitare o dismettere un diritto non produce

³¹ PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 242. V. anche PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 153.

³² VENOSTA, *Nuovi profili della nullità: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 218: «una cosa è lasciare in perpetuo alla parte protetta la possibilità di decidere se liberarsi dalla pattuizione lesiva; ed altra cosa, non legata alla prima, sarebbe consentire alla parte di privarsi una volta per tutte di tale possibilità».

l'effetto estintivo³³, ancor piú se l'azione di nullità è imprescrittibile, in quanto l'imprescrittibilità esprime un interesse prioritario da tutelare che ammette la mera dismissione, la rinuncia, il non esercizio di un diritto, ma non la sua perdita o estinzione, salvo ovviamente gli effetti dell'usucapione o la prescrizione dell'azione di restituzione. Se la nullità è relativa, non per questo è riconosciuto automaticamente al contraente debole (titolare del diritto) il potere di privarsi una volta per tutte dell'azione. Mentre la legittimazione relativa è una tecnica di politica del diritto, finalizzata a evitare abusi del contraente forte³⁴, la disponibilità dell'interesse è un aspetto che va valutato sul piano del valore. Soltanto talvolta i due piani coincidono. D'altronde, la convalida non si risolve nella mera dismissione di un diritto. La minima unità effettuale della convalida non si esaurisce nella rinuncia al potere di azione (che potrebbe essere oggetto di ripensamento), ma implica l'attribuzione all'atto del connotato dell'inoppugnabilità, con effetti *erga omnes*³⁵.

³³ Basti pensare alla rinuncia all'eredità, che può essere oggetto di revoca, *ex* artt. 519 e 525 c.c., o alla distinzione tra rinuncia al credito, il quale, ad esempio, può essere ceduto, e remissione del debito, che comporta come effetto diretto l'estinzione del rapporto obbligatorio. Sul punto si rinvia a P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, *passim*; ID., *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, p. 346 ss.; G. PERLINGIERI, *L'acquisto dell'eredità*², in Calvo e G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, I, Napoli, 2013, p. 364 ss.

³⁴ La legittimazione relativa, piú che prova della natura individuale e disponibile dell'interesse, è prova della esigenza «di evitare un utilizzo strumentale della patologia da parte del contraente (forte) che, dopo aver dato causa alla nullità durante la formazione del regolamento con la propria condotta prevaricatrice, pretenda di avvalersene per sottrarsi ad un vincolo non piú gradito» (P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁹, Napoli, 2018, p. 575). La relatività della legittimazione, tuttavia, può anche configurare in alcuni casi degli abusi del contraente debole. Sul punto, v. *infra* la nota 72.

³⁵ Il potere di convalidare un atto invalido comporterebbe, ad esempio, anche l'impossibilità per il cessionario, in caso di cessione del contratto, di azionare il rimedio della nullità. Si pensi al trasferimento a terzi di un rapporto contrattuale e, al contempo, ora al subfornitore che dichiari espressamente di non voler azionare la nullità del patto che realizzi un abuso di dipendenza economica, ora al promissario acquirente dell'immobile da costruire che emette analoga

Pertanto, riservare la legittimazione processuale attiva al solo contraente debole non vuol dire affidargli anche il potere di convalidare o di sanare l'atto nullo. Relatività della legittimazione non è sinonimo di disponibilità del diritto, né attribuisce in sé la titolarità del potere di convalidare e di estinguere il potere di azione, *a fortiori* se tale relatività concorre con la rilevabilità d'ufficio.

Tali rilievi trovano più d'una conferma nello statuto delle nullità di protezione, dal quale emerge l'indisponibilità della tutela accordata al contraente protetto. In particolare, si è già fatto riferimento alla rilevabilità d'ufficio della nullità, la quale – nella prospettiva seguita – potrebbe essere dichiarata dal giudice nell'interesse del contraente debole anche contro la sua (casomai presunta o ipotetica) volontà (pretestuosamente invocata dall'imprenditore). Tra l'altro, la sanzione della nullità relativa, in alcune ipotesi, è preordinata a tutelare in via immediata interessi superindividuali, tra i quali l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato. Basti pensare all'art. 167 c. ass. che sancisce la nullità relativa in caso di contratti conclusi con imprese non autorizzate: con la convalida si pregiudicherebbe definitivamente l'interesse pubblico ad evitare abusi nel mercato assicurativo e a salvaguardare l'utenza e il risparmio.

In definitiva, possono così sintetizzarsi le ragioni che inducono a disattendere l'idea di una convalidabilità o, più in generale, sanabilità delle nullità in esame:

a) ammettendo la convalida in via assoluta, si confonderebbero due piani che invece occorre tenere distinti: altro è la legittimazione ad agire di chi detiene il potere di perseguire la caducazione, altro è il potere di sanare un contratto nullo, con conseguente irrevocabile rinuncia al potere di esercitare e ottenere la nullità;

dichiarazione in ordine alla mancata prestazione della garanzia fideiussoria, ora al consumatore che manifesti la stessa volontà con riferimento ad una determinata clausola vessatoria. La configurabilità di una convalida in senso tecnico sottrarrebbe anche al successore nel medesimo rapporto (ancora inesequito) la possibilità di avvalersi del rimedio, finendo per tradursi in una decisione in ordine alla tutelabilità degli interessi coinvolti.

b) in linea con quanto previsto dall'art. 36, comma 3, c. cons., e di altre norme a tutela del contraente debole, in presenza di un contrasto tra interesse e volontà deve prevalere il primo. Configurare la convalida, o altra forma di sanatoria, potrebbe risolversi in concreto in una soluzione sfavorevole per il c.d. contraente debole, una soluzione contraria al suo interesse o, se si preferisce, a svantaggio del cliente o del consumatore, in spregio a quanto disposto dagli artt. 35 e 36, comma 3, c. cons.³⁶;

c) la convalidabilità si scontra con l'*imprescrittibilità dell'azione*, che non consente di ammettere *sic et simpliciter* la rinuncia irrevocabile all'azione e, più in generale, l'estinzione del diritto;

d) ammettere in via generalizzata la convalida potrebbe favorire, in alcuni casi, approfittamenti ingiusti e pressioni psicologiche³⁷.

Taluni di questi argomenti sono all'opposto utilizzati da altra parte della dottrina per negare, senza alcuna eccezione, la convalida³⁸.

Si osserva, infatti, che, se fosse ammessa la convalida, il condizionamento psicologico derivante dalla debolezza contrattuale

³⁶ Analogamente cfr. l'art. 127, comma 1, t.u.b. in forza del quale «le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente».

³⁷ «La stessa debolezza contrattuale, che ha indotto a concludere il negozio, può portare, dietro pressione della controparte, a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo»: GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato del contratto*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 1593.

³⁸ PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pp. 189 ss. e 202; GENTILI, *op. loc. ult. cit.*; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, pp. 226 ss. e 231 s.; RUSSO, *Profili evolutivi sulla nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 214 ss.; BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim.*, 2011, pp. 495 s. e 499. Anche a parere di ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 723 ss., la tutela assicurata dalla nullità di protezione è sottratta al potere di disposizione del singolo ed è idonea a operare contro la sua volontà, sull'idea che il rimedio operi soltanto «a vantaggio» del contraente protetto e in nessun caso possa arrecargli un pregiudizio. Di recente, resiste all'idea della sanabilità delle nullità protettive anche CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 418 s.

(connaturale ai contratti del consumatore, del cliente e dell'imprenditore debole) rischierebbe di essere fonte di pressioni della controparte. Una tale affermazione non convince, perché le pressioni psicologiche della controparte a convalidare il contratto possono caratterizzare anche numerose fattispecie di annullabilità (si pensi, a titolo esemplificativo, all'annullabilità per violenza morale). La *spontaneità* e la *consapevolezza del vizio* sono sempre requisiti essenziali di una convalida (basti pensare alla fattispecie prevista nell'art. 1444 c.c.), sí che non possono mai mancare, anche nel caso di una eventuale convalida di una nullità di protezione. Senza contare poi che il recupero di un contratto nullo può prescindere, come si vedrà, da un atto di convalida.

Il secondo argomento utilizzato per escludere *in toto* la convalida è fondato sul dogmatismo e sull'idea che i concetti e le categorie siano assoluti. Si sostiene che, se fosse ammessa la convalida, la nullità di protezione finirebbe per coincidere con l'annullabilità³⁹. Anche siffatto rilievo non persuade, perché, pur ammettendo la convalida o altra forma di sanatoria, la nullità relativa non verrebbe giammai a confondersi con l'annullabilità, conservando sul piano della disciplina, di regola, la *rilevabilità d'ufficio* e l'*imprescrittibilità*. Né pare corretto ragionare per categorie poiché, ad esempio, la preordinazione alla esclusiva tutela di *interessi pubblici*, la *legittimazione assoluta*, il *difetto di un elemento essenziale* non sono aspetti indefettibili, ben potendo anche non caratterizzare la nullità. Si pensi proprio alle c.dd. nullità di protezione che tutelano in molti casi prevalentemente (non esclusivamente) interessi di parte; non riguardano necessariamente la mancanza di un elemento essenziale del contratto (clausole vessatorie); sono tendenzialmente parziali (nel senso che non inficiano l'efficacia dell'intero contratto). Anche l'*inefficacia totale e definitiva* dell'atto nullo è un dogma smentito ora dalla *nullità parziale* ora da *diverse forme espresse (o, come si metterà in evidenza, inesprese) di sanatoria*, che tra l'altro fondano una delle principali differenze tra inesistenza e nullità. Persino l'*imprescrittibilità dell'azione*, che caratterizza anche le nullità di

³⁹ GENTILI, *op. loc. ult. cit.*

protezione e le differenza dall'annullabilità, può essere in casi particolari superata sempre per ragioni funzionali e assiologiche: si pensi all'art. 2379, comma 1, c.c., là dove si prevede che l'azione volta a far dichiarare la nullità di deliberazioni di assemblee di società per azioni è soggetta a decadenza al fine di far acquistare a tali delibere certezze indispensabili per l'attività di impresa.

Infine, l'argomento piú significativo per escludere la convalidabilità, o altra forma di recupero del negozio affetto da una nullità di protezione, è espressione di un sillogismo del tutto avulso dall'analisi funzionale e assiologica degli interessi coinvolti. Un sillogismo che caratterizzerebbe la lettera apparentemente chiara dell'art. 1423 c.c. Si afferma infatti che: la nullità non è convalidabile, *se la legge non prevede diversamente* (premessa maggiore); la nullità di protezione fa parte della categoria della nullità (premessa minore); la nullità di protezione non è convalidabile, *poiché la legge non prevede espressamente la possibilità di convalida* (soluzione)⁴⁰.

A parte la circostanza, come si preciserà, che l'art. 1423 c.c. contempla, in una prospettiva necessariamente sistematica, non tanto una riserva espressa di convalida quanto piuttosto una semplice riserva di legge (da poter integrare, come accade normalmente, con leggi ordinarie o con principi espressi o impliciti del sistema giuridico vigente), giova chiarire che la dottrina che fonda la propria opinione su questo sillogismo dimentica che la pura *logica* – come insegnato da Cartesio⁴¹ – nulla aggiunge in merito alla *bontà*, alla *verità*, alla *ragionevolezza*, al *fondamento* delle premesse e delle soluzioni e non considera le differenze tra i singoli vizi di nullità, né le differenze funzionali tra nullità tradizionali e nullità di protezione, né tantomeno gli interessi tutelati dalla legislazione speciale e dalle singole nullità di protezione⁴².

⁴⁰ Così argomenta anche BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 505 s.

⁴¹ DESCARTES, *Discorso sul metodo*, Milano, 2011, pp. 6 ss., 28, 89, nota 13; il passo di Cartesio è già riportato in G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 36, nota 66.

⁴² La dottrina, già da tempo, ha messo in evidenza i rischi legati al ricorso al sillogismo deduttivo, rischi che ben si evidenziano nella disamina di alcuni

orientamenti giurisprudenziali. A titolo esemplificativo, si pensi a quella giurisprudenza che ha sostenuto, ad esempio, la trasposizione automatica dei diritti della personalità agli enti sulla base del sillogismo: la persona fisica è soggetto che ha tutela (premessa maggiore); la persona giuridica è soggetto (premessa minore); *ergo*, alla persona giuridica si deve applicare la medesima tutela (soluzione), nonché, in particolare, il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale. Con ciò dimenticando che il valore del soggetto persona fisica è diverso dal valore del soggetto persona giuridica (e dagli interessi che tali enti perseguono). Il riferimento è a Cass., 4 giugno 2007, n. 12929, in G. Perlingieri e Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, Napoli, 2012, p. 149 ss., con nota critica di VIRGADAMO, *Enti e risarcibilità del danno non patrimoniale*, la quale ha esteso la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale per lesione dei diritti della personalità alle persone giuridiche; nella stessa direzione Trib. Torino, 20 febbraio 2012, in *Corr. giur.*, 2012, p. 808 ss., con nota di AMENDOLAGINE, *Il risarcimento del danno alla persona (giuridica) causato dalla “non corretta” informazione televisiva*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 665 ss., con nota di FUSARO, *Discredito dell'impresa mediante prove comparative tra prodotti: il caso Fiat contro Annozero*; in *Danno resp.*, 2012, p. 649 ss., con nota di MAUCERI, *Denigrazione dei prodotti di un'impresa e risarcibilità della “sofferenza” patita dai dipendenti*; e in *Giur. cost.*, 2012, p. 2379 ss., con nota di DIOTALLEVI, *Spunti in materia di reputazione economica dell'impresa, libertà di informare e diritto ad essere informati nella sentenza del Tribunale civile di Torino relativa al caso Fiat-Annozero*, riguardante il celebre caso che ha visto contrapposti la trasmissione televisiva «Annozero» e il giornalista Corrado Formigli alla Fiat (sul punto, cfr. altresì RIMOLI, *Il caso Formigli: le derive irrazionali del danno non patrimoniale*, in *Corti salernitane*, 2015, p. 461 ss.). L'orientamento indicato non è condivisibile poiché trascura di considerare che le persone fisiche e le persone giuridiche sono soggetti portatori di interessi e valori diversi. Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Il riserbo e la notizia*, in AA.VV., *Atti del Convegno di studi*, Napoli, 1983, p. 267 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 254; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, p. 727, e *ivi*, la nota 50, là dove si chiarisce che «non è [...] possibile applicare, per analogia o persino in maniera diretta, le situazioni esistenziali, che trovano giustificazione nello sviluppo della persona fisica, alle persone giuridiche»; nello stesso senso, GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, Bologna, 2010, p. 25 ss.; e C. PERLINGIERI, *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, p. 198, la quale critica la «semplicitistica trasposizione dei diritti della personalità in capo agli enti al solo scopo, in realtà, di invocare per la loro lesione il ‘famigerato’ danno non patrimoniale». Si scaglia contro l'esegesi, l'«idolatria» della legge, il positivismo estremizzato e il deduttivismo anche CARUSI, *La legge e il tempo: eccezionalità*

4. *L'impossibilità di accogliere soluzioni generalizzanti a fronte della complessità strutturale e funzionale delle singole fattispecie di nullità.*

Entrambe le posizioni sopra richiamate, pur pervenendo a soluzioni opposte, scontano il comune limite di essere espressione di generalizzazioni insensibili alle peculiarità del caso concreto, nonché alle caratteristiche funzionali e assiologiche delle singole ipotesi di nullità presenti nell'ordinamento vigente.

Per risolvere il problema non bisogna negare in ogni caso la convalida (o altra forma di sanatoria), ragionando come automi per concetti e categorie, né ammetterla in via assoluta, facendo leva sulla mera legittimazione relativa, la quale non presuppone di per sé la disponibilità dell'interesse protetto. Come spesso accade, le ricostruzioni assolute colgono una verità, che, in quanto tale, è parziale e espressione di una generalizzazione⁴³. Coloro che negano in via assoluta la convalida, o altra forma di sanatoria, sono legati al dogma dell'insanabilità della nullità; coloro che ammettono la convalida senza eccezioni danno per scontata una correlazione necessaria e costante tra legittimazione relativa e disponibilità dell'interesse.

La nullità è un «“prodotto” del diritto positivo che non segue astratte geometrie logiche, ma detta regole variabili in relazione alle specifiche esigenze di protezione degli interessi in gioco»⁴⁴ e alle peculiarità strutturali e funzionali dei singoli vizi di nullità. Sì che la questione della convalidabilità/sanabilità si gioca interamente sul piano funzionale, sistematico e assiologico, con

e transitorietà, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 327 ss., il quale chiarisce che è ancora molto attuale il «luogo comune della *iuris-dictio* come attività puramente ricognitiva e anzi servile, mera bocca della legge». In termini più generali sui rischi legati al ricorso al metodo del sillogismo deduttivo: P. PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*², Napoli, 2004, p. 172 s.

⁴³ Tale atteggiamento assoluto e generalizzante si era già rilevato, ad esempio, in tema di patto di famiglia. Sul punto v. G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 147 ss.

⁴⁴ NUZZO, *Nullità speciali*, cit., p. 103.

l'obbligo di procedere non per concetti e categorie⁴⁵, ma analizzando la specificità dei singoli vizi che determinano la nullità.

Altro è la nullità, parziale o totale, per vizio funzionale (si pensi a un contratto con causa o oggetto illeciti o contenente una clausola vessatoria, dove per eliminare il vizio non v'è alternativa che stipulare nuovamente il negozio, con una causa o un oggetto diversi, oppure stralciare la clausola iniqua), altro è la nullità per vizio strutturale (si pensi ad una nullità per mancata allegazione di un certificato o altra documentazione, come un permesso di costruire, una fideiussione bancaria, una polizza assicurativa indennitaria, ecc.)⁴⁶.

Le nullità, anche di protezione, non sono tutte uguali. Pur identificandosi sul piano della disciplina (relatività della legittimazione, rilevabilità d'ufficio, imprescrittibilità), si differenziano in base al tipo di vizio (strutturale e funzionale) e alle esigenze che intendono soddisfare; del pari, nell'ambito della categoria della nullità tradizionale non poco rileva la differenza tra negozio illecito e negozio illegale⁴⁷. In particolare, la distinzione tra illegalità e illiceità del negozio testimonia che la peculiare natura della nullità può incidere sul relativo statuto normativo e, più nello specifico, sulla sanabilità o il recupero del negozio⁴⁸.

⁴⁵ «La contrapposizione risiede non più tra concetti rigidi e flessibili, ma tra concetti adeguati o inadeguati alla corretta interpretazione ed applicazione della normativa vigente. Sì che diviene basilare individuare strumenti idonei a far cogliere la normativa da applicare al caso concreto»: così P. PERLINGIERI, *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, in *Ann. Fac. econ. Benevento*, 9, 2003, p. 211.

⁴⁶ V., *infra*, §§ 5 ss.

⁴⁷ Sulla distinzione tra negozio illecito e negozio illegale, da ricondurre non alla distinzione tra i diversi commi dell'art. 1418 c.c., ma alla differenza tra vizi strutturali e funzionali, cfr. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, *passim*.

⁴⁸ Si afferma, infatti, generalmente che: *a*) il negozio illecito non può essere convertito; *b*) la trascrizione c.d. sanante (*ex art. 2652, n. 6, c.c.*) si produrrebbe soltanto in presenza di un negozio illegale e non già se l'atto è illecito; *c*) la «conferma» del contratto di lavoro nullo è ammessa soltanto nell'ipotesi di negozio illegale (art. 2126, comma 1, c.c.); *d*) la transazione su titolo nullo sarebbe ammessa se si tratta di «titolo» illegale, non nel caso di «titolo» illecito

Non è, dunque, pensabile trattare la nullità in termini di ‘categoria’ monolitica a statuto normativo invariabile; né, nella prospettiva seguita, i quesiti sopra prospettati sono risolvibili facendo riferimento alla natura quantitativa degli interessi coinvolti e alla mera distinzione tra interessi generali e individuali, sí da negare *a priori* qualsiasi forma di convalida se l’interesse riscontrato fosse *generale* – oppure «seriale» o «di categoria» – e, al contrario, ammettere la convalida qualora l’interesse accertato fosse soltanto *individuale*. Una tale impostazione rischia di condurre a pericolose generalizzazioni, poiché non sempre l’interesse generale è un interesse prioritario rispetto a quello individuale. Come da tempo si sottolinea in dottrina, «la generalità dell’interesse non va confusa con la gerarchia dei valori»⁴⁹, sí che a rilevare, secondo l’interpretazione sistematica e assiologica, non è tanto se l’interesse è generale, «seriale» o individuale (impostazione fuorviante e pericolosa), quanto piuttosto se l’interesse è piú o meno attuativo di valori normativi fondamentali (come la salute, la famiglia, l’impresa, il lavoro, la dignità umana, il risparmio)⁵⁰. Ciò che importa, nel bilanciamento tra interessi, è

(art. 1972 c.c.); e) secondo alcuni, addirittura, la conferma della donazione e del testamento nulli (artt. 590 e 799 c.c.) sarebbe ammessa soltanto nel caso di atto illegale non già nel caso di disposizione illecita; f) l’illiceità non consentirebbe la conservazione del contratto *ex art.* 1367 c.c. Sul punto, anche per i necessari riferimenti, G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, spec. p. 22 ss.

⁴⁹ P. PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., p. 70 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 704 ss.

⁵⁰ P. PERLINGIERI e FEMIA, *op. cit.*, p. 67 ss.; P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 164; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 49; rifugge dalla distinzione interessi generali e individuali, di recente, anche N. RIZZO, *Il rilievo d’ufficio della nullità preso sul serio*, cit., p. 316 s. Ragiona diversamente quella dottrina intenta a distinguere le nullità a seconda se si pongano a tutela di interessi della comunità o di interessi particolari, seppure rilevanti: in questa prospettiva cfr., tra gli altri, IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 99 ss.; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 130 ss.; PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell’azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 761 ss. Similmente la dottrina che con riferimento alle nullità di protezione discorre di interessi non individuali, ma «seriali» o «di

non la natura quantitativa dell'interesse (privato o pubblico), ma il profilo qualitativo dell'interesse tutelato. L'interesse di molti, sia pure se pubblico, non sempre, nella gerarchia dei valori normativi, merita di prevalere rispetto all'interesse individuale, di pochi o del singolo.

Il discorso trova conferma nelle nullità di protezione, le quali, oltre che interessi c.d. «seriali» o «di categoria» (il che poco rileva), tutelano anche gli interessi generali al buon funzionamento del mercato e alla libera e sana concorrenza⁵¹. Di ciò ha preso atto anche la giurisprudenza della Corte di giustizia⁵², nel chiarire che le norme in materia di clausole vessatorie (come, ad esempio, quelle in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali o di abuso di dipendenza economica) «sono poste anche a tutela dell'ordine pubblico economico e di interessi generali come il corretto funzionamento del mercato [...], quale garanzia di un libero e leale competere fra imprese e la solidarietà costituzionale e comunitaria»⁵³. In altri termini, l'interesse tutelato dalle nullità di protezione «non si presta ad essere classificato secondo la dicotomia pubblico-privato, poiché è pubblico e privato al tempo stesso: pubblico, in quanto la repressione di forme di squilibrio

categoria», al fine di escludere la disponibilità della tutela. Tra gli altri cfr. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 201 ss.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 842; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in Gentili (a cura di), *Rimedi – I*, in *Tratt. contr.* Roppo, IV, Milano, 2006, p. 170; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità*, Padova, 2008, p. 427 ss.; AMADIO, *Lezioni di diritto civile*², Torino, 2016, p. 335.

⁵¹ Del resto, come insegna Portalis, «non esistono questioni private nelle quali non entri qualche spiraglio di pubblica amministrazione» e «non vi è alcuna materia pubblica che non si riverberi sugli interessi privati»; PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di R. Calvo, Napoli, 2013, p. 44.

⁵² G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 830 ss.; Corte giust., 26 ottobre 2006, c. 168/05, cit.

⁵³ G. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.* Sulla stretta relazione tra tutela del consumatore e tutela del mercato, cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel trattato di Amsterdam*, in Id. e Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende-Napoli, 2004, p. 9 ss.

abusivo crea le condizioni per promuovere un modello di mercato pienamente concorrenziale, ispirato alla lealtà delle contrattazioni e al principio di proporzionalità; privato, in quanto il ripristino di un equilibrato assetto negoziale genera, nella prospettiva del singolo scambio, un vantaggio per il contraente considerato meritevole di tutela»⁵⁴.

⁵⁴ Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 53; nonché a ID., *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 830 s., ove si chiarisce che la «tutela della concorrenza e del mercato [...] non può che dipendere sia dal divieto di abuso di posizione dominante, sia dal divieto di abuso di dominio contrattuale», poiché il «diritto della concorrenza si riflette sul contratto e il diritto del contratto si riflette sul mercato e la concorrenza, sì che la tutela del bene comune passa necessariamente anche attraverso la tutela incrociata dei protagonisti del mercato e del generale divieto di abuso del diritto (tali norme speciali sono direttamente attuative degli artt. 41 Cost.; 54 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 17 della CEDU e 81, 82 e 153 Tratt.)». In questa prospettiva, le nullità di protezione sono espressione dell'idea secondo la quale il mercato è statuto normativo (come dimostrato, tra l'altro, dall'attuale crisi finanziaria), ha bisogno di regole che lo controllino e garantiscano la lealtà, la correttezza dei comportamenti e la giustizia degli scambi. Mercato libero ma, al contempo, non in contrasto con l'utilità sociale (41 Cost.). Ne deriva che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento gravemente iniquo in danno del creditore (nullo ex art. 7, d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, s.m.i., in materia di ritardi di pagamento) è lesivo del buon funzionamento del mercato e della concorrenza tra le imprese dei singoli Stati membri dell'UE (palese è l'intento di scoraggiare i ritardi di pagamento quali strumenti abusivi di ricorso al credito). L'acquisizione di vantaggi ingiustificati a danno dei consumatori (anche attraverso clausole vessatorie) può anche comportare una diminuzione di costi illegittima e lesiva degli interessi dei concorrenti leali. Allo stesso modo di come l'abuso di dipendenza economica da parte di una impresa può incidere sulla tutela della concorrenza e del mercato (ovvero sulla sua struttura). Di ciò è prova l'art. 9, comma 3 *bis*, l. 18 giugno 1998, n. 192 (v. anche *infra* nel testo). Per queste ragioni la dottrina non ha esitato a sostenere che l'utilizzo di clausole abusive, anche nei contratti tra imprese e consumatori, può configurare una pratica commerciale (ex art. 18, comma 1, c. cons.) scorretta e, come tale, vietata (ex art. 20, comma 1, c. cons.) e suscettibile di inibizione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 27, comma 2, c. cons.). Una clausola vessatoria (ma anche semplicemente non chiara e trasparente: pratica commerciale ingannevole ex art. 22, comma 2 e 4, c. cons.) è da considerare una pratica commerciale scorretta perché contraria alla buona fede (artt. 1337, 1366, 1375, 1338 c.c.), alla diligenza professionale, alla concorrenza leale, nonché idonea a falsare in misura apprezzabile il

In altre parole, la protezione del contraente debole assicura anche la salvaguardia dell'ordine pubblico economico e la tutela del mercato e della concorrenza leale tra imprese garantisce la protezione del contraente debole⁵⁵. D'altronde, anche il *divieto di abuso di dipendenza economica*, come confermato dall'art. 9, comma 3 *bis*, l. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di subfornitura, può richiedere l'intervento dell'*Antitrust* qualora incida sulla concorrenza e sul mercato. Di conseguenza, la prospettiva che tende a considerare il contratto non più una *res inter alios acta*, irrilevante nei confronti dei terzi, non è nuova, è soltanto confermata nella Costituzione (è sufficiente leggere per intero l'art. 41 Cost.) e fatta propria anche dal «diritto europeo dei contratti»: la sua principale caratteristica è proprio quella di aver incorporato «la regolazione del mercato nella disciplina del contratto, intendendo così quest'ultimo non più soltanto come un affare individuale delle parti contraenti, ma anche come un fatto che interessa la società nel

comportamento economico del consumatore medio (art. 20, comma 2, c. cons.). Così se, per un verso, le norme a tutela del consumatore garantiscono anche la concorrenza ed il mercato (da qui la nullità e la possibilità di intervento dell'*Antitrust* con poteri inibitori e sanzioni amministrative – artt. 20-27 *ter* c. cons. –), per altro verso, la legge stessa *antitrust* (l. 10 ottobre 1990, n. 287), come dimostrato anche dalla Cassazione, a Sezioni unite, nel dettare norme a tutela della concorrenza ha come destinatari anche i consumatori i quali avrebbero, almeno potenzialmente, l'azione di nullità nei confronti dell'intesa lesiva della concorrenza e il diritto al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) *ex* art. 33, comma 2, l. n. 287 del 1990 (in questi termini G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 834 s.; il riferimento giurisprudenziale è a Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur. comm.*, 2005, p. 721). Del resto, l'intreccio di interessi privati e pubblici (nelle nullità di protezione) si riflette sul loro regime giuridico e sulla loro disciplina che combina i caratteri propri della nullità e dell'annullabilità (SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2014, p. 4): si pensi, appunto, alla rilevabilità d'ufficio, all'imprescrittibilità dell'azione e – al contempo – alla relatività della legittimazione all'azione.

⁵⁵ Diffusamente, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, cit., p. 49 ss.; sul concetto di ordine pubblico cfr. ID. e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 4 ss.

suo complesso»⁵⁶ e che non può risolversi in uno strumento lesivo della persona⁵⁷.

5. Una diversa proposta ricostruttiva, dieci anni dopo. La convalida/sanatoria per mancato rispetto della procedura cronologicamente richiesta e per vizi di forma. L'interesse tutelato quale criterio guida per l'interprete. Derogabilità della prescrizione formale e inderogabilità dell'interesse protetto dalla prescrizione legislativa.

Preso atto che anche le nullità di protezione tutelano *interessi inderogabili* (e di natura generale, oltre che «seriali» o «di categoria»)⁵⁸, il problema può essere risolto soltanto se ci si concentra sul tipo di vizio (strutturale o funzionale) e sugli strumenti diretti a soddisfare o attuare, in via alternativa, l'interesse protetto. Infatti, può ben accadere che l'interesse inderogabile posto a fondamento della norma che prescrive la nullità non sia pregiudicato o addirittura venga soddisfatto da un atto di convalida, oppure da una dichiarazione o un'attività successiva realizzata dalle parti o da terzi⁵⁹. Questo modo di ragionare non è asistemico perché, ad esempio, esistono diverse ipotesi dove, conformemente al principio di sussidiarietà (artt. 118 Cost., 5, comma 3, Tratt. UE e 352 Tratt. FUE), sono i privati a porre rimedio al vizio attuando l'interesse inderogabile protetto. La sussidiarietà consente che un risultato, se meritevole e conforme ai principi fondamentali, possa essere perseguito anche direttamente dai privati e pur in mancanza

⁵⁶ SIRENA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ Testualmente v. G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 18.

⁵⁸ Richiama, invece, la dottrina attenta a dimostrare la natura «seriale» o «di categoria» degli interessi tutelati dalle nullità di protezione, AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, cit., p. 334 s., il quale così esclude ogni forma di sanabilità e disponibilità della tutela. Ulteriori riferimenti, *retro*, alla nota 50.

⁵⁹ Similmente alla procedura prevista dagli artt. 30 e 46, comma 4, t.u. edil. o, come si dirà, alla normativa in tema di conformità catastale. Sul tema si rinvia a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., *passim*.

di una espressa previsione di legge⁶⁰. Si pensi all'accordo di integrazione della legittima, che attua l'interesse inderogabile protetto consentendo di evitare che siano inficiate le disposizioni del *de cuius*⁶¹, oppure ai diversi casi di transazione su titolo nullo dove, a prescindere dal problema della qualificazione della transazione come «novativa», non è detto che l'anomalia del titolo, anche se illecito, debba necessariamente ripercuotersi sulla transazione, visto che è lo stesso atto di autonomia che potrebbe rimuovere il vizio di invalidità dell'atto preesistente e soddisfare l'interesse inderogabile protetto dalla norma imperativa statuente la nullità⁶². Tra gli esempi più evidenti, si pensi alla transazione su patto commissorio (art. 2744 c.c.), là dove tramite la transazione si realizzi un patto marciano funzionale a porre rimedio al vizio di invalidità, oppure alla transazione su patto successorio (art. 458 c.c.), ancor più ovviamente qualora la transazione intervenga dopo l'apertura della successione.

Pertanto, in una prospettiva funzionale e assiologica, attenta agli interessi in concreto richiamati e al tipo di vizio di nullità, appare preferibile ammettere la convalida, o altra forma di recupero dell'atto totalmente o parzialmente nullo, allorquando l'interesse finale (inderogabile) protetto da qualsiasi norma imperativa statuente la nullità sia stato soddisfatto o comunque non sia pregiudicato dall'eventuale attività successiva o dalla dichiarazione (espressa o tacita) di convalida.

Sono i casi nei quali, ad esempio, pur essendosi violata la forma richiesta o la procedura cronologicamente richiesta a pena di

⁶⁰ Sulla sussidiarietà, quale «esplicita ragione giustificatrice [...] a fondamento dell'iniziativa e dell'autonomia negoziale», P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, *ivi*, 2017, p. 208 ss. Più di recente, in tema di arbitrato, ID., *Arbitrato e giurisdizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 11.

⁶¹ Sul punto cfr., tra gli altri, TATARANO, *I c.dd. «accordi di reintegrazione della legittima» tra interessi e principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 121 ss.; LA FATA, *Accordi di integrazione della legittima e disposizioni testamentarie lesive*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 455 ss.

⁶² Sulla validità della transazione anche su titolo illecito, cfr. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, cit., p. 50 ss.

nullità, questa violazione non ha determinato per il contraente debole pregiudizi sostanziali o svantaggi concreti, sí che il vizio non ha cagionato alcun tipo di disvalore del regolamento di interessi, né alcuno squilibrio⁶³. In particolare, nella convalida per vizi di procedura possono rientrare tutte le ipotesi nelle quali sia stata violata (non la forma, ma) la procedura cronologicamente richiesta, pur rimanendo soddisfatto l'interesse finale protetto dalla norma imperativa; in altre parole, ogni qualvolta l'interesse tutelato è perseguito (soddisfatto) tramite un atto, una attività o un comportamento rispettoso delle forme, ma realizzato in tempi diversi da quelli imposti dal legislatore. È il caso, ad esempio, dell'informazione fornita per iscritto ma successivamente alla conclusione del contratto, senza che ciò abbia determinato uno squilibrio significativo del regolamento di interessi o un vizio dell'area del valore. Si pensi anche, in particolare, al caso nel quale, sempre dopo la sottoscrizione del contratto, venga allegata una certificazione/documentazione richiesta dalla legge a pena di nullità al momento della stipulazione⁶⁴. Per giunta, l'idea di

⁶³ In aperta critica alla soluzione proposta si pongono CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 419, nota 88, e, piú diffusamente, BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit., p. 170 ss., il quale, tuttavia, un po' frettolosamente, paventa una inammissibile «svalutazione» del margine di autoregolamentazione del contraente debole, riflessi sanzionatori esorbitanti rispetto alla *ratio* della tutela consumeristica e potenziali abusi da parte del consumatore.

⁶⁴ A titolo esemplificativo può richiamarsi: *a*) la normativa sui contratti aventi ad oggetto l'acquisto di immobili da costruire, per i quali potrebbe profilarsi il rilascio della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa indennitaria – richieste, a pena di nullità (relativa), «all'atto» della stipula del preliminare dagli artt. 2, 3 e 4, d.lg. n. 122 del 2005, come da modifiche apportate con d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14 – successivamente alla conclusione del contratto (conviene, da ultimo, con tale impostazione anche MONTICELLI, *Autonomia privata*, cit., p. 1050 s.); *b*) la disciplina vigente per i contratti stipulati nel periodo 2005-2008, che richiedeva, a pena di nullità, l'allegazione al momento della compravendita o della locazione dell'attestato di certificazione energetica in originale o copia autenticata la nullità (art. 15, comma 8 e 9, d.lg. 19 agosto 2005, n. 192), sí che si ipotizza la convalida del negozio attraverso l'allegazione successiva della certificazione [il citato art. 15 è stato abrogato dall'art. 35, comma 2 *bis*, l. n. 133 del 2008, che comunque non elimina il problema della convalida dei contratti stipulati nel periodo di vigenza della normativa (2005-2008)]; *c*) il caso sottoposto, da ultimo, alla Cass., 28 novembre

ammettere una sanatoria del contratto mediante una condotta attuativa degli interessi tutelati dalla normativa violata e, per contro, di negarla ove inidonea a soddisfare detti interessi trova più d'un riscontro sul piano positivo.

Utile, tra gli altri, è il riferimento all'art. 29, comma 1 *ter*, introdotto dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, in tema di conformità catastale. Al comma 1, si prevede che «[g]li atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali relativi ad edifici sono nulli qualora non contengano per dichiarazione dell'alienante gli estremi del permesso di costruire» e, al comma 4, che «[l]e parti possono “confermare” [o meglio convalidare]⁶⁵ il contratto allegando anche successivamente gli estremi del permesso di costruire». Similmente

2018, n. 30703, in *Dejure online* (ma v. già Cass., 20 aprile 2016, n. 7961, *ivi*, e diffusa giurisprudenza di merito), che considera nullo, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c., il contratto di appalto avente a oggetto la costruzione di immobili eseguiti senza rispettare il permesso di costruire o in totale difetto dello stesso. Anche in questo caso potrebbe configurarsi, nella prospettiva indicata, una sanatoria qualora il permesso sopravvenga alla stipulazione entro i termini di realizzazione dell'opera. Occorrerebbe, tuttavia, chiarire che altro è se la costruzione dell'immobile avvenga in difformità totale o parziale di un pur esistente permesso ed altro è se manca il permesso di costruire. Nel primo caso, a differenza di quanto sostiene la giurisprudenza citata, è più discutibile discorrere di nullità del contratto di appalto poiché si è nell'ambito dell'inadempimento: non si tratta, infatti, di mancanza di un elemento (il permesso di costruire) richiesto dalla legge a pena di nullità del contratto di appalto, ma, più semplicemente, di difformità totale o parziale dell'immobile realizzato al permesso di costruire. Nel secondo caso, invece, è senz'altro configurabile una sanatoria in caso di permesso sopravvenuto alla stipulazione entro i termini di realizzazione dell'opera, in quanto l'interesse inderogabile è comunque soddisfatto in via «alternativa». Tra l'altro, l'art. 2, comma 57, l. 23 dicembre 1996, n. 662, che ha integrato la disciplina sul condono edilizio, già prevede, quanto meno per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà, una forma di sanatoria non soltanto per gli «atti tra vivi la cui nullità [...] non sia stata ancora dichiarata», ma anche per quelli già dichiarati nulli «con sentenza passata in giudicato e trascritta». In quest'ultima ipotesi la legge dispone una «sanatoria retroattiva su accordo delle parti [...], sempreché non siano nel frattempo intervenute altre trascrizioni a favore di terzi».

⁶⁵ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 67; Cass., Sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, in *CED online*, § 7.1. Più in generale, sulle peculiarità della patologia in oggetto, DONISI, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986, *passim*.

si richiama l'art. 30 t.u. edil. (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), che, al comma 2, dispone che «[g]li atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali relativi a terreni sono nulli qualora non venga allegato il certificato di destinazione urbanistica», e, al comma 4 *bis*, consente la conferma (*rectius*, convalida) mediante un successivo atto che abbia gli stessi requisiti di forma del pregresso e che riporti la documentazione mancante. Tra l'altro, l'art. 2, comma 57, l. 23 dicembre 1996, n. 662, che ha integrato la disciplina sul condono edilizio, prevede, per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà, una forma di sanatoria non soltanto degli «atti tra vivi la cui nullità [...] non sia stata ancora dichiarata», ma anche di quelli già dichiarati nulli «con sentenza passata in giudicato e trascritta». In quest'ultimo caso la normativa dispone una «sanatoria retroattiva su accordo delle parti [...], sempreché non siano nel frattempo intervenute altre trascrizioni a favore di terzi».

Rinsalda la prospettiva accolta anche la disciplina in tema di rescissione. L'art. 1451 c.c. stabilisce che il contratto rescindibile non è convalidabile; eppure l'art. 1450 c.c. prevede il recupero del contratto mediante un'offerta di modificazione che lo riconduca ad equità. Ciò a conferma del fatto che il recupero del negozio può configurarsi soltanto con una concreta rimozione del vizio dal quale deriva la patologia. Ancóra, significativo appare l'art. 2332, comma 5, c.c., ai sensi del quale la nullità delle società non può essere dichiarata se è stata eliminata la «causa di essa».

Interessanti spunti di riflessione si rinvengono anche nella normativa e nella giurisprudenza in tema di invalidità per mancata registrazione, entro il termine legale, del contratto di locazione non soltanto perché legislativamente si contempla un chiaro esempio di nullità testuale che si ricollega al disvalore di una condotta (omissiva del locatore) successiva alla conclusione del contratto – confermando che non esiste una ontologica distinzione tra regole di comportamento e di validità e che spesso l'atto in sé non esaurisce

il fenomeno negoziale⁶⁶ –, ma perché è una questione che consente di ribadire il superamento del dogma dell'insanabilità del negozio nullo, oltre i casi espressamente previsti dalla legge. L'art. 1, comma 346, della legge finanziaria del 2005 (l. 30 dicembre 2004, n. 311), dispone che «[i] contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati». La giurisprudenza, di merito e di legittimità⁶⁷, anche alla luce dell'art. 3, comma 8, d.lg. 14 marzo 2011, n. 23, ha rilevato, accogliendo la prospettiva indicata, che, per garantire la continuità della locazione (non soltanto abitativa), è possibile, pur in difetto di normativa espressa,

⁶⁶ Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*.

⁶⁷ Cass., 24 settembre 2019, n. 23637, in *Dejure online*; Cass., 16 luglio 2019, n. 18942, *ivi*; Cass., 6 settembre 2017, n. 20858, in *Arch. loc. cond.*, 2017, p. 671; Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, *ivi*, 2018, p. 485 ss., con nota di MASONI, *L'omessa registrazione della locazione al cospetto delle Sezioni Unite...che però deludono*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1098 ss., con nota di CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: "si peccas, pecca fortiter"*; in *Contr.*, 2018, p. 34 ss., con nota di GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*. In precedenza, nella giurisprudenza di merito, la questione è stata affrontata da Trib. Bari, Sez. Monopoli, 24 ottobre 2011, in *Corr. merito*, 2012, p. 254; Trib. Modena, ord., 12 giugno 2006, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 482 ss.; Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, in *Notariato*, 2010, p. 170 ss.; Trib. Lecce, 8 gennaio 2014, in *Dejure online*. Diversamente, fino alla metà del secolo scorso, vigente una normativa analoga (poi abrogata), la giurisprudenza tendeva a negare ogni forma di sanatoria nonostante la registrazione tardiva: v. Cass., 13 maggio 1946, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, c. 289 ss., con nota critica di REDENTI, *Sugli effetti del decreto legislativo 20 marzo 1945, n. 212, abrogante l'obbligo di registrazione "a pena di nullità" delle alienazioni immobiliari*. In dottrina, sulle evoluzioni soprattutto giurisprudenziali in tema, v. i rilievi di F. QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, in *Contr. impr.*, 2016, spec. p. 1081 ss. Da ultimo, anche per una ricognizione critica della dottrina e della giurisprudenza, BARBARO, *Forma, registrazione e sanabilità del contratto di locazione ad uso abitativo*, Napoli, 2018, *passim*; Buset, *La locazione non registrata fra definitività e provvisorietà dell'inefficacia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 363 ss.

sanare (*ex tunc*)⁶⁸ la nullità del contratto di locazione tramite una registrazione tardiva; in questo modo si elimina il vizio di nullità e sono soddisfatti, ad un tempo, l'interesse dei contraenti (locatore e conduttore) alla conservazione del contratto e l'interesse inderogabile a contrastare l'evasione fiscale, protetto dalla norma imperativa tributaria. Una soluzione opposta non supererebbe il controllo di ragionevolezza. Tale prospettiva è stata confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, nel ribadire il principio secondo il quale «il riconoscimento di una sanatoria per adempimento appare coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) per inadempimento (entrambi i termini da intendersi, come ovvio, in senso diverso da quello tradizionalmente riservato al momento esecutivo del rapporto negoziale)»⁶⁹.

D'altro canto, potrebbe profilarsi anche una convalida per vizi di forma. La forma, nei contratti asimmetrici, è spesso funzionale a preservare il contraente inesperto o poco avveduto da potenziali squilibri⁷⁰. Non può tuttavia escludersi *a priori* che il mancato rispetto del vincolo formale non abbia determinato, in concreto, uno squilibrio contrattuale, sì che anche in tali ipotesi potrebbe

⁶⁸ Sul punto, tuttavia, anche con riferimento al patto occulto di maggiorazione del canone, si rinvia alle condivisibili osservazioni di Buset, *Dogmi, Rechtsforbildung e sistema nella «nullità» della locazione non registrata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1351 ss., il quale, non senza ragione, pone anche dei dubbi sulla natura retroattiva della sanatoria in esame (comunque recisamente esclusa da Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, cit.), la quale, se così intesa, azzererebbe, tra l'altro, il potenziale deterrente delle disposizioni legislative coinvolte.

⁶⁹ In tal senso, Cass., 20 dicembre 2018, n. 32934, in *Arch. loc. cond.*, 2019, p. 156, la quale chiarisce altresì che «la sanatoria per intervenuta registrazione, sia pure successiva, non può all'evidenza sanare la nullità del contratto di locazione anche per il periodo di durata dello stesso non indicato nel contratto di locazione successivamente registrato».

⁷⁰ *Ex multis*, cfr. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 74; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395 ss.; VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, cit., p. 872 ss.

profilarsi la convalidabilità del negozio. In altre parole, un contratto, sebbene nullo per difetto di informazione⁷¹ o per mancanza di forma scritta, potrebbe risultare vantaggioso per il contraente tutelato, il quale perciò potrebbe avere interesse a convalidare o sanare il negozio, senza alcun detrimento per gli interessi tutelati dalla normativa statuente la nullità⁷². Sono ipotesi,

⁷¹ Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 30, comma 7, t.u.f., in materia di informazione sul diritto di recesso. Il tal caso non può negarsi che, sebbene non sia stata data informazione al contraente debole circa detto diritto, il contratto sia in concreto vantaggioso per la parte legittimata all'azione di nullità. Il discorso potrebbe riguardare molteplici ipotesi sempre più frequenti nel diritto europeo dei contratti orientato a «contrattualizzare gli obblighi di informazione» tradizionalmente considerati «precontrattuali». Per un'analisi di questo fenomeno, oggi sempre più evidente, v. già G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., *passim*. Il riferimento, tra gli altri, è agli artt. 117, comma 3, t.u.b., 125 *bis*, comma 8, t.u.b., 72 c. cons. (forma *ad substantiam* imposta per la validità dei contratti aventi per oggetto la c.d. multiproprietà), 23, comma 1, t.u.f. (sul punto, v., *infra*, la nota successiva).

⁷² Ovviamente sarà il giudice a dover valutare l'opportunità di configurare o meno una convalida o altra forma di sanatoria, anche al fine di evitare un uso abusivo della domanda di nullità da parte del contraente protetto. In questa direzione, v. Trib. Verona, 23 marzo 2010, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1276 ss., con nota di PRISCO, *Funzioni delle prescrizioni sulla forma e convalida*, che ammette la convalida nel caso di specie dopo aver appurato, tuttavia, che dalla «complessiva operazione» finanziaria il contraente debole aveva tratto dei guadagni ingenti. Da un lato, il giudice considera astrattamente 'convalidante' la condotta assunta da un investitore che aveva impugnato talune operazioni di investimento non andate a buon fine, attuative di un contratto quadro nullo per difetto di forma scritta *ex art.* 23, comma 1, t.u.f.; dall'altro analizza anche il concreto assetto di interessi al fine di configurare una convalidabilità. In questa prospettiva è reputata abusiva la condotta dell'investitore che seleziona gli ordini di investimento da impugnare (quelli in perdita) senza invocare anche la nullità delle altre operazioni andate a buon fine ma realizzate in attuazione del medesimo contratto quadro. Forse anche al fine – non dichiarato esplicitamente – di evitare un utilizzo abusivo della nullità, si afferma l'intervenuta convalida delle nullità invocate, là dove il contraente legittimato abbia dimostrato con la propria condotta di volere gli effetti del contratto quadro privo della forma scritta. In altra direzione e con riferimento ad analoga controversia, Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *ilcaso.it*, considera abusivo l'uso selettivo della nullità da parte dell'investitore (che sarebbe «operazione opportunistica e maliziosa»), riportando l'attenzione sulla potenziale esuberanza dell'effetto sanzionatorio a carico dell'intermediario rispetto alle finalità protettive del particolare strumento

queste, nelle quali si configura una deroga (violazione) alla volontà del legislatore sul piano formale, ma se ne rispetta l'intenzione sostanziale e l'interesse finale (come, ad esempio, l'equilibrio contrattuale). Il mero vizio strutturale di nullità non determina necessariamente un disvalore del regolamento di interessi. I casi richiamati contemplano una nullità senza squilibrio, sí che non dovrebbe trovare spazio la logica che impedisce il recupero mediante convalida dei contratti sperequati (logica sottesa, tra gli altri, all'art. 1451 c.c.).

In definitiva, salvo le ipotesi di uso abusivo dell'azione di nullità⁷³, la convalida andrebbe esclusa prevalentemente allorché si configuri una nullità relativa a tutela dell'equilibrio

rimediale. Proprio, sulla problematica in parola sono di recente intervenute le Sezioni unite statuendo che – una volta accertata la nullità del contratto quadro viziato per difetto di forma ex dall'art. 23 t.u.f. (peraltro «[t]ale accertamento ha valore di giudicato ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.») – all'investitore non è in via generale precluso scegliere di invalidare soltanto gli ordini di investimento a valle rivelatisi svantaggiosi e, correlatamente, conservare quelli rivelatisi redditizi; tale scelta «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede» onde evitare, in un'ottica solidaristica, che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di protezione è stato introdotto come accade quando l'azione di nullità, utilizzata come nella specie in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Ecco allora che, secondo il Supremo Consesso, «[l]imitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L'eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*» (Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Dejure online*).

⁷³ Sul punto, v. la nota precedente.

delle condizioni, ma tale equilibrio nel caso concreto appare perseguito. Esistono, infatti, nullità di protezione che presuppongono necessariamente lo squilibrio contrattuale (come per la disciplina delle clausole vessatorie) e nullità di protezione (ad esempio, in tema di forma o di informazione) che, invece, pur essendo funzionali in molti casi a garantire l'equilibrio contrattuale, non necessariamente presuppongono una sproporzione del regolamento di interessi. Il difetto di trasparenza o la mancanza di informazione, pur potendo rilevare come vizio strutturale (tra gli altri v., ad esempio, l'art. 125 *bis*, comma 8, t.u.b.; gli artt. 21, comma 1, lett. *a* e *b*, t.u.f.; artt. 49, comma 1 e 5, 51, comma 1, 71-73 c. cons.; l'art. 34 c. tur.), non si ripercuote per forza sull'equilibrio contrattuale, né comporta automaticamente un disvalore funzionale del regolamento negoziale⁷⁴. Ciò perché la previsione formale e, più in generale, il dovere di informare e di formulare le clausole in modo dettagliato e trasparente valgono a prevenire lo squilibrio, ma non lo presuppongono; consentono soltanto di rimuovere alla radice o, più semplicemente, diminuire le occasioni d'abuso e gli ostacoli alla libertà della contrattazione⁷⁵. Pertanto, la loro violazione non integra necessariamente un abuso, causa di iniquità del regolamento negoziale o di pregiudizio sostanziale per il contraente da proteggere. Se tali interessi finali appaiono in concreto preservati, non v'è motivo per negare la sanabilità. Del resto, si è osservato⁷⁶ che, nelle ipotesi di nullità di protezione per difetto di forma, soltanto il contraente protetto che

⁷⁴ Cfr. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss. Con riferimento alla disciplina trasfusa nella novella al codice civile sui contratti del consumatore, l'eventualità che la trasparenza possa assurgere a criterio autonomo, dal quale inferire la vessatorietà della clausola, è vagliata, sulla scorta di una puntuale indagine condotta anche in chiave comparatistica, da V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 59 ss., nonché ID., *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, *passim*. Cfr. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, pp. 220 ss., 244 ss., 252 ss.

⁷⁵ DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 46 ss.

⁷⁶ NUZZO, *Nullità speciali*, cit., p. 103 ss.

ha dato esecuzione all'accordo può fornire la prova dell'esistenza e del contenuto dell'accordo (non d'obbligo mediante l'esibizione del documento scritto, ma) anche mediante testimoni, presunzioni, giuramento o confessione (in deroga agli artt. 2725, 2729, 2739 c.c.). Ciò in quanto la nullità di protezione per difetto di forma non è radicale, non determina l'assoluta irrilevanza del contratto né tantomeno l'incapacità di produrre effetti e, soprattutto, a differenza della nullità delle clausole vessatorie, non comporta necessariamente un disvalore del regolamento di interessi⁷⁷.

6. Segue. *Il caso dei contratti c.d. «monofirma».*

Nella prospettiva indicata, un altro caso interessante è quello del contratto c.d. «monofirma», inteso, nell'ipotesi più elementare, come il contratto di intermediazione finanziaria sottoscritto soltanto dall'investitore e non anche dalla banca intermediaria. Di là dalle ipotesi nelle quali si pone un problema squisitamente probatorio, il quesito è se la mancata sottoscrizione da parte della banca sia o no causa di nullità. Le Sezioni unite⁷⁸, sul presupposto che la forma c.d. informativa avrebbe «una esclusiva funzione di protezione e di tutela dell'investitore» (contraente debole), affermano che la mancata sottoscrizione della sola banca intermediaria non potrebbe essere causa di nullità, dato che con la sola firma del cliente la c.d. forma informativa sarebbe stata rispettata; del pari l'interesse alla conoscenza e alla trasparenza cui essa è preordinata⁷⁹.

⁷⁷ Ciò conferma la prospettiva secondo la quale la forma non ha un'unica funzione, ma diverse *funzioni* in relazione agli interessi e ai valori tutelati e che, quindi, ogni strumento è al servizio di una finalità. Sul tema, cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 133.

⁷⁸ Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit., p. 134; conf. Cass., Sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1653, in *Dejure online*; nonché Cass., ord., 4 giugno 2018, n. 14243, in *Guida dir.*, 2018, 27, p. 34, la quale estende ai contratti bancari la soluzione patrocinata dalle Sezioni unite. Quanto ai precedenti, cfr. Cass., Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, in *Corr. giur.*, 2016, p. 462 ss. Riflette criticamente su tale orientamento PAGLIANTINI, *Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 729 ss.

⁷⁹ Secondo FAVALE, *Il processo di deformalizzazione dei contratti di investimento mobiliare. «Das Richterrecht bleibt unser Schicksal»*, in *Rass. dir.*

Di là dal problema, in questo caso irrilevante, che la c.d. forma informativa talvolta è preordinata anche a scongiurare squilibri, giova chiarire che non v'è dubbio che il requisito della forma, *ex* art. 1325, n. 4, c.c., vada inteso, come afferma da tempo la migliore dottrina, non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa e agli interessi tutelati⁸⁰. Tuttavia, proprio in considerazione di tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto, pare semplicistico sostenere che la mancata sottoscrizione della banca sia un requisito superfluo o non necessario ai fini della validità. La forma scritta e, in particolare, la sottoscrizione della banca servono, soprattutto se si tratta moduli e formulari, a tutelare non soltanto l'interesse individuale del cliente all'esecuzione, ma anche, per un verso, l'esigenza di imputabilità della dichiarazione (d'altronde, l'art. 2702 c.c. tutt'oggi richiede la sottoscrizione quando discorre di scrittura privata) e, per altro verso, le esigenze di buona ed efficiente «organizzazione e trasparenza bancaria» e dei mercati finanziari.

Invero, per tutelare in modo più efficace gli interessi in gioco, pare opportuno spostare il problema dal piano della validità/invalidità a quello della convalidabilità/sanabilità, nella prospettiva di garantire la migliore tutela di *tutti* gli interessi coinvolti, e non soltanto di quelli relativi alla sfera individuale del contraente debole. Tra l'altro, per un verso, la sottoscrizione della

civ., 2019, p. 808 ss., ragionando in questi termini la Suprema Corte compie una vera e propria opera di «deformalizzazione» del contratto-quadro di intermediazione finanziaria (e del contratto bancario), lasciando intendere che il fulcro della disciplina normativa (ossia dell'art. 23 t.u.f.) va rintracciato nella redazione di un documento scritto e, soprattutto, nella consegna al cliente di un esemplare del contratto, così che anche la sottoscrizione dell'investitore degrada a semplice «firma per ricevuta», quale prova a favore della banca dell'avvenuta consegna, non potendo essere qualificata alla stregua di elemento essenziale espressivo del suo consenso alla conclusione del contratto.

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 11 ss.; in merito, v. ancora Cass., Sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, cit., p. 464 s.; nonché Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit., p. 136, ove si riconosce testualmente che «il vincolo di forma imposto dal legislatore [...], nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità».

banca è diretta a garantire con maggiore certezza ora la formazione del consenso, ora l'imputabilità della dichiarazione, ora la trasparenza dei mercati finanziari e, per altro verso, è proprio la Cassazione a chiarire che il contratto firmato soltanto dal cliente non deve essere dichiarato nullo *a condizione* che sussistano dei «comportamenti concludenti» dell'intermediario o, se si preferisce, dei «contegni»⁸¹ *ulteriori* idonei a confermare il consenso prestato, rinvenibili nella «consegna del documento negoziale», nella «raccolta della firma del cliente» e, soprattutto, «nell'esecuzione del contratto». Se la sottoscrizione non fosse un requisito di validità, che bisogno ci sarebbe di questi comportamenti concludenti che le stesse Sezioni unite richiedono necessariamente per escludere la nullità? Forse sarebbe preferibile discorrere di atto nullo sanabile in presenza di comportamenti concludenti delle parti ora idonei ad attestare e soddisfare gli interessi meritevoli lesi dalla mancata sottoscrizione, ora suscettibili di evitare, anche sul piano probatorio, comportamenti abusivi delle parti o di terzi.

La circostanza che il contratto bancario, stipulato su moduli o formulari e recante la sola firma del cliente, non si possa considerare *ex se* valido trova conferma nella circostanza che l'intermediario, in mancanza della propria sottoscrizione, potrebbe non sentirsi obbligato a eseguire l'ordine ricevuto. Varrebbe chiedersi quale tutela abbia a disposizione il cliente in questi casi. Seguendo l'*iter* argomentativo della Suprema Corte, riunita nel suo massimo consesso, per rispondere al quesito si dovrebbe valutare la configurabilità della nullità del contratto, ovverosia verificare se l'intermediario abbia (o no) assunto quelle condotte *ulteriori* valutate necessarie ai fini della validità del contratto monofirma⁸², per poi concludere che, in difetto di queste, il giudice dovrebbe rigettare la domanda di adempimento formulata dall'investitore e dichiarare la nullità del contratto.

Diversamente ragionando, e spostando il discorso sulla sanabilità del contratto, occorrerebbe indagare in concreto se la convalida, espressa o tacita, del contratto sia compatibile con la

⁸¹ DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento*, cit., p. 665.

⁸² Così Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit., p. 137.

piena soddisfazione degli interessi tutelati dalla specifica disposizione imperativa. L'art. 23 t.u.f., tra l'altro, richiede non soltanto che questi contratti siano «redatti per iscritto», ma anche che «un esemplare» sia «consegnato ai clienti». Si vuole realmente sostenere che il legislatore, imponendo la «consegna», non abbia richiesto implicitamente anche la sottoscrizione? A prescindere dal considerare la consegna del documento un «obbligo legale di fattispecie»⁸³, è senz'altro più ragionevole optare per la nullità del contratto unilateralmente predisposto, ma firmato soltanto dal cliente, in particolare se stipulato su astratti moduli o formulari, senza escludere, tuttavia, la convalidabilità⁸⁴ allorquando il contratto non risulti portatore di altri vizi (come, ad esempio, le clausole vessatorie) e qualora il cliente e la banca ne abbiano dato volontaria e consapevole esecuzione.

Nelle ipotesi precedentemente analizzate si è profilata la convalida ogni qualvolta il vizio strutturale (assenza di informazione, informazione comunicata solo oralmente, mancata sottoscrizione, fideiussione bancaria o polizza assicurativa indennitaria allegate successivamente alla conclusione del contratto) sia stato sanato da una attività successiva, senza che tale vicenda abbia comportato uno svantaggio, un pregiudizio per il contraente protetto, uno squilibrio o una sproporzione del regolamento di interessi complessivamente considerato. Dunque, è un vizio che non è penetrato nell'area del valore e non ha caricato di disvalore il regolamento contrattuale o l'operazione complessiva. Tali considerazioni ben possono essere estese all'ipotesi del contratto monofirma, senza che si debba escludere a monte la configurabilità della nullità.

⁸³ In tema DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento*, cit., p. 665 ss.

⁸⁴ Va pertanto disattesa anche la posizione manifestata da Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1117, che senza operare distinzioni basate sul caso concreto giunge a statuire che il contratto quadro con la sola firma del cliente è nullo «stante il principio dell'*inammissibilità della convalida* del contratto nullo ex art. 1423 c.c.» e non è in grado di convalidarlo la «documentazione [...] depositata dalla banca (contabili, attestati di seguito, eccetera), indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture» (corsivo aggiunto).

Al contempo, l'*iter* argomentativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità non convince là dove dapprima si afferma che la sottoscrizione della banca non è requisito necessario ai fini della validità e poi si sostiene la necessità di valutare l'esistenza di comportamenti concludenti dell'istituto bancario intermediario. Più coerente e più funzionale ad assicurare un mercato leale e trasparente è sostenere che la sottoscrizione della banca è un requisito di validità (ciò anche per favorire un maggior rigore della prassi bancaria e quella «sana e prudente gestione»⁸⁵ posta come regola generale del mercato finanziario); tuttavia l'eventuale «consegna del documento negoziale», la «raccolta della firma del cliente» e, soprattutto, «l'esecuzione del contratto» da parte di chi non ha sottoscritto – facilmente dimostrabile in un rapporto bancario – rappresentano comportamenti concludenti non soltanto idonei a provare in via alternativa, rispetto alla sola produzione dell'esemplare originale del documento contrattuale, il consenso dell'intermediario, ma altresì capaci di eliminare un vizio strutturale e soddisfare quegli interessi meritevoli lesi dalla mancata sottoscrizione.

Più che rilevare, come affermano le Sezioni unite, che il «consenso della banca che non ha sottoscritto si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dalla stessa tenuti», sembra preferibile sostenere che tali comportamenti concludenti siano di per sé idonei a sanare un vizio e a soddisfare interessi meritevoli di tutela lesi dalla mancata sottoscrizione. Altro è l'esistenza di un vizio (il quale, in questi casi, non sembra potersi escludere), altro è la sua eliminazione o il suo superamento tramite accadimenti contestuali o successivi. In costanza di un contratto monofirma, la convalida rappresenta un rimedio proporzionato e ragionevole rispetto agli interessi coinvolti, anche perché idonea, similmente alla tesi della validità del contratto, ad ovviare ad esiti devastanti sul complesso dei rapporti bancari e finanziari.

⁸⁵ SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 138 ss.

7. Segue. *La sanatoria ad opera di terzi nell'interesse delle parti.*

La sanatoria, tuttavia, potrebbe essere realizzata anche ad opera di terzi nell'interesse delle parti.

Un esempio riguarda la sanatoria posta in essere da un notaio che sottoscriva personalmente un atto pubblico successivamente, e non contestualmente, alla stipulazione (come sembrano richiedere gli artt. 51, comma 2, n. 10, e 137, comma 2, l. 16 febbraio 1913, n. 89, d'ora in poi l. not.). In tal caso, qualora si tratti di donazione, dovrà discorrersi di nullità sia per via delle prescrizioni formali dell'art. 769 c.c., sia perché l'art. 2701 c.c. stabilisce che un atto pubblico senza le «formalità prescritte» si converte in scrittura privata «se è stato sottoscritto dalle parti».

Nella prospettiva indicata e alla luce della distinzione tra contenitore e contenuto, ossia tra documento e negozio giuridico in esso versato, pare potersi configurare una conversione della scrittura privata in atto pubblico, e quindi la sanatoria della donazione, qualora la sottoscrizione del notaio sia stata apposta non contestualmente, ma pochi giorni dopo la stipulazione, *a condizione* che l'atto contenga tutti gli altri requisiti richiesti dall'art. 51 l. not. per la redazione di un atto pubblico.

Infatti, la sottoscrizione successiva del notaio, in mancanza di altri vizi, omissioni o inesattezze e in assenza di altre alterazioni, rettifiche o modifiche sostanziali del contenuto delle dichiarazioni delle parti, colma una mera lacuna strutturale, non funzionale, e consente la conservazione delle liberalità in linea con lo spirito dell'intera disciplina sulle donazioni⁸⁶.

Né pare possibile trascurare che la sottoscrizione del notaio, realizzata semmai entro il termine di trenta giorni per la

⁸⁶ Si pensi all'art. 799 c.c., relativo alla conferma della donazione, e alle altre disposizioni in tema di invalidità che, come noto, sono simili a quelle del testamento e particolarmente attente alla conservazione dell'atto di liberalità e dell'intento liberale del donante; cfr. G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.; ID., *L'«errore sul motivo» nel testamento. Ancora sulla rilevanza del testo per l'individuazione dei vizi di invalidità negli atti di liberalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 867 ss.

registrazione e la trascrizione dell'atto, tutela interessi meritevoli di protezione come l'affidamento delle parti nell'efficacia del negozio, il pagamento delle relative imposte (mediante la registrazione) e la certezza nella circolazione degli immobili (in quanto la trascrizione della donazione non può avvenire senza la firma del notaio).

Del resto, l'art. 42, comma 1, lett. *e*, dei «Principi di deontologia professionale dei notai» (approvati con deliberazione del Consiglio Nazionale del Notariato 5 aprile 2008, n. 2/56) stabilisce che il notaio, anche per una *funzione antiprocedurale*, è tenuto ad «adoperarsi per la rettifica di errori, inesattezze od omissioni nei propri atti». Ovviamente, in caso di mancata sottoscrizione contestuale dell'atto pubblico da parte del notaio, opererà a suo carico una «sanzione pecuniaria da 30 a 240 euro» (artt. 51, comma 2, n. 10, e 137, comma 2, l. not.) e in caso di recidiva è prevista anche la «sospensione da uno a sei mesi» (art. 138, comma 1, lett. *e*, l. not.).

8. *Limiti alla convalida e alla sanabilità degli atti nulli, di là dalle ipotesi espressamente previste dalla legge: una possibile sintesi.*

In tutte le ipotesi indicate sussiste un mero vizio strutturale (*assenza* di informazione, informazione comunicata solo oralmente; *mancata* sottoscrizione; fideiussione bancaria o polizza assicurativa indennitaria *non allegata* al momento della conclusione del contratto; *mancata* registrazione del contratto di locazione, *assenza* dell'indicazione del permesso di costruire, *mancata* allegazione del certificato di destinazione urbanistica o dell'attestazione di conformità catastale) eliminato da una attività successiva, senza conseguenze pregiudizievoli. E poco importa se questa possibilità sia o no puntualmente prevista dalla legge perché a consentirlo sono, tra gli altri, il principio di *sussidiarietà* e il controllo di *ragionevolezza*. Se la volontà del legislatore non è pregiudicata, se l'interesse protetto dalla norma imperativa è soddisfatto per il tramite di procedure diverse da quelle tipicamente o fisiologicamente previste dal legislatore, non v'è motivo logico e assiologico per negare la convalida, poiché l'atto in sé (o

l'operazione complessiva) non è portatore di alcun disvalore strutturale o funzionale. La sanatoria, tuttavia, dipenderà non dalla mera volontà (espressa o tacita) del contraente debole, ma dalla soddisfazione o meno dell'interesse finale protetto dalla norma imperativa. Se l'interesse inderogabile protetto non è soddisfatto (nel senso che l'atto continua ad essere portatore di un disvalore strutturale o funzionale), il contraente leso (consumatore, cliente, compratore, conduttore) deve conservare il potere di impugnare e il giudice di dichiarare la nullità. Diversamente si realizzerebbe una elusione della lettera e della *ratio* dell'art. 1423 c.c., sul quale si tornerà più avanti al fine di proporre una ragionevole interpretazione⁸⁷.

In definitiva, non si possono escludere forme di sanatoria, anche diverse dalla convalida, là dove non sussistono lesioni o pregiudizi degli interessi protetti nel caso concreto dall'ordinamento. In molti casi, tra l'altro, l'attività dei privati non soltanto non pregiudica l'intento del legislatore, ma addirittura consente di meglio realizzare, anche alla luce del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), l'interesse protetto.

9. Ipotesi di esclusione della sanabilità dell'atto nullo: casistica. Sanabilità, bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi.

In mancanza di una espressa previsione di legge, è da escludere una convalida, o altra forma di sanabilità, qualora l'interesse inderogabile protetto dalla norma imperativa sia stato leso e/o non sia stato in concreto soddisfatto. Si tratta, per lo più, di ipotesi nelle quali la nullità deriva da un vizio funzionale che, di regola, può essere rimosso soltanto, ad esempio, mediante rinegoziazione o riduzione ad equità. Oltre ai casi di illiceità della causa o dell'oggetto (non a caso l'art. 1972 c.c. vieta la transazione su titolo «illecito» ma non su titolo illegale)⁸⁸, un esempio può essere dato

⁸⁷ V., *infra*, § 10.

⁸⁸ Giova chiarire, tuttavia, che non si può escludere anche la validità della transazione su titolo illecito; sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Negoziio illecito e negozio illegale*, cit., p. 50 ss., ove si rileva che, a prescindere dalla natura illecita o illegale del titolo e a prescindere dalla qualificazione della

da una clausola vessatoria (prevista a danno di un consumatore, subfornitore, imprenditore debole)⁸⁹ che rimanga tale anche dopo

transazione come novativa o no, non si può escludere che le parti, proprio tramite una transazione, rimuovano il vizio di invalidità e soddisfino l'interesse inderogabile protetto dalla norma imperativa statuente la nullità. In tal caso verrebbe meno la ragione per considerare nulla anche la transazione. Propone di «concretizzare la nozione di negozio illecito», rilevante ex art. 1972 c.c., anche BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit., p. 141 ss., spec. p. 144 ss.

⁸⁹ Sull'idea secondo la quale l'art. 9 della legge sulla subfornitura, in quanto attuazione del principio di solidarietà, sia espressione di un principio generale applicabile a ogni modello contrattuale e a tutti i rapporti strutturalmente squilibrati tra imprese, v., tra gli altri, PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 649 ss.; ID., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistemati*, Napoli, 2002, pp. 11, 104 e 322 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss. (ora anche in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 417 ss.); ID., *La tutela del contraente debole*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2011, p. 101; ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 220 e ivi la nota 67; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 227; MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2004, p. 317 ss.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 39 ss.; ID., *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 832; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, pp. 59 ss., 125 ss., 229 ss.; LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una «ragionevole» interpretazione della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 101 ss.; CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* Galgano, Padova, 2005, p. 102; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 91 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 281 ss.; MALOMO, *Patologie degli atti "esterni" d'impresa e diritto comunitario*, Napoli, 2008, p. 134 ss.; VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Napoli, 2009, p. 108 ss.; FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 548; CREA, *Dipendenza economica, potere di controllo esterno e contrattazione tra imprese*, in *Corti salernitane*, 2012, p. 543 ss.; CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Conc. merc.*, 2012, p. 619 ss. In questa prospettiva la nullità potrebbe essere invocata, ovviamente, da qualsiasi imprenditore non subfornitore anche inserito in un gruppo di imprese e verso la controllante, purché in condizioni di dipendenza economica: sul punto, cfr. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Riv. dir. impr.*,

l'esecuzione più o meno consapevole del contraente protetto o l'eventuale dichiarazione espressa di convalida.

Si pensi, fra gli altri, alle clausole di deroga del foro competente (vietate *ex art. 33, comma 2, lett. u, c. cons.*)⁹⁰ o all'art. 36, comma

2012, p. 7. In giurisprudenza, numerose decisioni di merito optano per la soluzione interpretativa descritta: Trib. Ascoli Piceno, 21 gennaio 2019, n. 27, in *Dejure online*; Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3344; Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1471 ss.; Trib. Catania, 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2813; Trib. Parma, 15 ottobre 2008, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 77; Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149; Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262 ss.; Trib. Roma, 5 novembre 2003, *ivi*, 2003, I, c. 3440; come pure Trib. Trieste, ord., 21 settembre 2006 (in *Contratti*, 2007, p. 112 ss.) e Trib. Bari, ord., 6 maggio 2002 (in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178), entrambe commentate da LONGOBUCCO, *Art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192: oltre la subfornitura industriale?*, in G. Perlingieri e Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, II, cit., p. 465 ss., e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici. In senso opposto, tra gli altri, MAUGERI, *L'abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 211 s.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 138; SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, I, p. 27 ss.; in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, c. 255, ove si nega che la disciplina dell'abuso di dipendenza economica sia riferibile a rapporti contrattuali diversi dalla subfornitura produttiva; Trib. Bari, 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208; Trib. Roma, 20 maggio 2002, *ivi*, 2002, I, c. 3207; Trib. Torino, 19 novembre 1999, *ivi*, 2000, I, c. 624.

⁹⁰ Al riguardo, alcuni hanno affermato che, se il consumatore in esecuzione della clausola instaura il giudizio nel luogo stabilito nel contratto (non quello di residenza), vi può essere convalida, perché la nullità della clausola «non esisterebbe più». Tale soluzione non è condivisibile innanzitutto perché l'interesse tutelato dalla norma è ancora attuale. La ragione posta a fondamento della nullità della clausola di deroga del foro competente è l'esigenza di tutela del contraente protetto e questa non si esaurisce di certo al momento dell'instaurazione del giudizio (anzi, proprio dalla instaurazione e dal proseguimento della causa lontano dal luogo di residenza o domicilio del consumatore possono derivare quegli svantaggi economici per il consumatore che la stessa norma di nullità intende evitare). Inoltre, quella del foro competente è una *competenza territoriale inderogabile* (art. 66 *bis* c. cons.) e rientra nelle ipotesi rilevabili d'ufficio *ex artt. 28 e 38 c.p.c.* Dunque, al riguardo è difficile configurare una convalida espressa o tacita di una eventuale clausola derogatoria del foro del consumatore. Per un approfondimento del tema si rinvia a G.

2, lett. *a*, c. cons., che fa riferimento alla clausola che «esclude o limita la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista». In tale ipotesi, l'atto di convalida pregiudicherebbe definitivamente l'intento del legislatore di dare protezione al contraente debole e di favorire un mercato leale. Parimenti si può asserire dei contratti stipulati con imprese non autorizzate – per i quali la convalida pregiudicherebbe fortemente l'intento di tutelare il mercato assicurativo e il risparmio (art. 167 c. ass.)⁹¹ – o delle clausole penali (art. 120 *ter*, comma 1, t.u.b.), anche apposte dopo la conclusione del contratto, che prevedono particolari prestazioni a carico del mutuatario in caso di estinzione anticipata dei mutui immobiliari. In casi del genere, lo squilibrio, determinato dall'inserimento di una clausola penale per la estinzione anticipata del mutuo, non verrebbe sanato o eliminato da una esecuzione successiva.

Valga anche l'esempio dell'art. 23, comma 2, t.u.f.: è improbabile che un rinvio agli usi risulti più favorevole rispetto al rimedio della gratuità contemplato dalla medesima norma. La convalida sarebbe contraria agli interessi protetti trovando spazio, ad esempio, la logica in tema di rescissione che impedisce il recupero di un contratto sperequato (art. 1451 c.c.), salvo che non venga ricondotto ad equità (art. 1450 c.c.). Finché non v'è l'eliminazione del vizio, dello squilibrio negoziale (o della natura vessatoria della clausola), il contraente protetto difficilmente potrà convalidare con la conseguenza di precludere una eventuale dichiarazione di nullità. Al più sarebbe possibile ridurre ad equità o rinegoziare. Similmente il contratto rescindibile non è

PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 73 ss.

⁹¹ Non a caso l'art. 167 c. ass., pur contemplando una nullità di protezione, è definita in genere una norma «gius-pubblicistica», CERINI, sub *art. 167*, in Candian e Carriero (a cura di), *Codice delle assicurazioni private annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2014, p. 726. Di conseguenza, anche in caso di nullità di protezione, è discutibile rimettere in via generalizzata, come spesso si afferma, la dichiarazione di nullità alla volontà o all'interesse di una sola parte; in questa direzione v., invece, N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, cit., p. 317, il quale richiama altra letteratura conforme.

convalidabile (art. 1451 c.c.), perché la rescissione presuppone sempre uno squilibrio o una lesione del principio di proporzionalità e, finché lo squilibrio non viene rimosso (tramite *reductio ad aequitatem*), l'atto rimane viziato, salvo ovviamente il *termine di prescrizione breve* che consente una forma alternativa di «sanatoria»⁹².

A prescindere dalle espresse previsioni di recupero previste dalla legge, la sanabilità dell'atto nullo, come la dichiarazione d'ufficio della nullità, non dipende, anche sotto forma di convalida, soltanto dalla volontà, ma dalla soddisfazione o meno dell'interesse inderogabile di volta in volta protetto dall'ordinamento. Di là da ogni dogmatismo, a guidare l'interprete, specialmente in mancanza di specifiche disposizioni di legge, deve essere l'analisi degli interessi e dei valori normativi coinvolti. Negare la convalida, là dove non pregiudichi le istanze considerate dal legislatore o addirittura risulti idonea a soddisfare l'interesse tutelato, sarebbe una mera petizione di principio. Questo modo di ragionare risulterebbe lesivo: a) del principio di conservazione dei negozi⁹³; b) del principio di economia degli atti e delle dichiarazioni, che invita a rifuggire, per perseguire un assetto di interessi, da fattispecie inutilmente più complesse qualora non ve ne sia particolare necessità o utilità⁹⁴; c) del principio di sussidiarietà, quando l'iniziativa dei privati è idonea a soddisfare interessi

⁹² POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 947.

⁹³ Sulla configurabilità del principio, cfr. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 414 ss., che vi riconduce, tra gli altri, gli artt. 1432, in tema di errore; 1450, sull'offerta di modificazione del contratto rescindibile; 1467, comma 3, sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; 1464, a proposito dei limiti alla risoluzione per impossibilità parziale; 1446, sull'annullabilità del contratto plurilaterale; e 1449, comma 2, c.c., sui termini di prescrizione del contratto rescindibile.

⁹⁴ Sí che, ad esempio, se un effetto essenziale può essere raggiunto mediante atto unilaterale non è necessario – nel senso che è inutile – ricorrere ad una fattispecie più complessa. Sul punto si rinvia a P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., *passim*; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 20; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 160.

prioritari e inderogabili in modo piú efficiente rispetto allo stesso intervento – semmai caducatorio – dell'autorità giudiziaria; *d*) dell'insegnamento secondo il quale «ogni tecnica è al servizio di un'ideologia»⁹⁵. Se l'ideologia è stata perseguita o soddisfatta, *id est* se l'interesse protetto dalla norma imperativa è preservato, la tecnica (della nullità) diventa sovrabbondante, inutile, inefficace, costosa e, quindi, disponibile, diventa non proporzionata rispetto all'interesse tutelato⁹⁶.

Diversamente, la mancata eccezione di nullità, seguita semmai da un comportamento concludente (esecuzione), non può determinare una convalida quando l'interesse inderogabile protetto dalla norma imperativa è stato leso, è ancora attuale e non è stato soddisfatto. In questi casi, un eventuale atto di convalida ne pregiudicherebbe definitivamente la soddisfazione. Ove, ad esempio, il contraente abbia subito un effettivo pregiudizio dalla violazione di una norma imperativa e nessuna attività successiva abbia soddisfatto l'interesse leso, la tecnica della nullità non può diventare disponibile, perché conserva la sua ragione giustificativa o, detto altrimenti, rimane una tecnica proporzionata, non superflua, rispetto all'interesse tutelato.

Al di fuori di questo ambito, e pur prescindendo dalla circostanza che nel caso concreto manchi una espressa disposizione di legge che ammette la convalida o altra forma di sanatoria, si configurerebbe un contrasto non soltanto con gli artt. 36, comma 3, c. cons. e 127, comma 1, t.u.b. («le disposizioni del presente titolo [ivi compresa quella sulla nullità], sono derogabili solo in senso piú favorevole al cliente»), ma anche con la regola generale *ex art.* 143 c. cons., che sicuramente non può giustificare, in mancanza di una

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 133.

⁹⁶ Sono soltanto alcuni dei parametri-guida dell'attività interpretativa. Vale aggiungere il principio fondamentale di eguaglianza sostanziale, in virtù del quale la giustizia può credersi tale soltanto se 'giustizia del caso concreto' (in merito v., *infra*, nel testo). Non sembra riuscire a superare gli argini del rigore formalistico CATAUDELLA, *I contratti*, cit., p. 419, nota 88, che invece incontra difficoltà nel rintracciare un «sicuro principio» idoneo a legittimare valutazioni operate «distinguendo caso per caso».

diversa previsione di legge, una rinuncia, una convalida o altra forma di sanatoria là dove non sia stato soddisfatto l'interesse inderogabile di volta in volta protetto.

La prospettiva indicata, in coerenza con il pluralismo funzionale delle nullità, rifugge da una soluzione sempre uguale a sé stessa (nullità speciali sempre sanabili; nullità speciali sempre insanabili) e propone di trovare la soluzione più ragionevole che risulti dal bilanciamento degli interessi concretamente coinvolti.

È lampante l'esigenza di penetrare nel *proprium* delle singole figure di nullità senza dimenticare che alla base delle relazioni sociali esistono interessi, non concetti e categorie⁹⁷. Anche il tema della convalidabilità, e più in generale del recupero dell'atto nullo, non attinge semplicemente alla tecnica e, quindi, anche il tema della sanabilità va risolto sul piano funzionale e assiologico, mediante il bilanciamento dei principi e la valutazione comparativa degli interessi coinvolti. Soltanto un interprete attento agli interessi ed ai valori richiamati in concreto è in grado di conoscere e governare un fenomeno giuridico⁹⁸. Le regole (anche di nullità) sono sempre calibrate sul tipo di vizio e sulle specifiche istanze di protezione al fine di rispondere in modo adeguato alle esigenze del caso.

Chi, a qualunque titolo, è chiamato ad applicare le norme deve garantire non già che la soluzione sia sempre la stessa⁹⁹ (eguaglianza formale), ma, piuttosto, che la soluzione sia sempre adeguata e congrua alle esigenze del caso concreto ed ai valori normativi richiamati (eguaglianza sostanziale). Il compito del

⁹⁷ G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., pp. 149 e 199 ss.

⁹⁸ G. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁹ In più di una occasione (ma si veda, in special modo, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 35 ss., anche per i riferimenti bibliografici) si è avuto modo di chiarire che la certezza del diritto non è un valore in sé da preservare, ma soprattutto che non è data – come spesso si crede – dalla ripetitività e dalla perpetuità delle soluzioni, quanto piuttosto dalla «prevedibilità», dalla «controllabilità» degli atteggiamenti giudiziari e delle decisioni assunte alla luce non tanto della fattispecie (la quale, pure se prefissata minuziosamente dal legislatore sarà sempre incompleta, non esaustiva e suscettibile di integrazione), ma del sistema giuridico vigente e dei valori normativi che lo connotano.

giurista, di fronte ad una disposizione legislativa o a una nuova disciplina, consiste nell'individuare le relazioni di senso tra regole e tra regole e princípi, in modo da condurre il testo legislativo nel contesto, ovvero le soluzioni proposte nel sistema secondo l'interpretazione sistematico-assiologica, la quale, ovviamente, è anche necessariamente sempre funzionale e storico-evolutiva¹⁰⁰. Diversamente si rischia non soltanto di proporre soluzioni *sub specie aeternitatis*, senza provare a comprendere la volontà dell'ordinamento vigente, ma di non perseguire il «progresso materiale» e «spirituale della società» (art. 4, comma 2, Cost.), il quale passa anche e necessariamente attraverso interpretazioni (dunque «attività» *ex* art. 4, comma 2, Cost.) che devono essere «fedeli» alla gerarchia delle fonti ed ai valori normativi vigenti (artt. 54, comma 1, 101, comma 2, 117 Cost.).

Il dibattito sulla sanabilità o sul recupero dei negozi nulli non si può risolvere su un piano meramente tecnico (come se la tecnica fosse di là dall'ideologia), ma si spiega appieno sul piano del bilanciamento dei princípi e della valutazione comparativa degli interessi. L'analisi va spostata dall'area del fatto all'area del valore in modo da valutare volta per volta se, in conseguenza del vizio o del comportamento scorretto, il regolamento di interessi sia divenuto o no portatore di quel disvalore che la stessa norma di nullità intende evitare.

10. Segue. *Conclusioni: interpretazione sistematica e assiologica della locuzione «se la legge non dispone diversamente» e valorizzazione degli artt. 1421, 1423 c.c.*

Alla luce delle considerazioni esposte, quando il codice civile discorre di «inammissibilità della convalida» del negozio nullo, salvo che «la legge non dispone diversamente» (art. 1423 c.c.), è

¹⁰⁰ Si è dinanzi ad una pluralità e relatività di soluzioni: così P. PERLINGIERI, *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, cit., pp. 210 e 214; CRISCUOLO, *La nullità del contratto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993, spec. pp. 364 e 371; MALOMO, *Patologie degli atti*, cit., p. 56 ss. In maniera conforme, nel solco tracciato dieci anni orsono e ripercorso nel testo, MIGNONE, *La disponibilità dell'azione di nullità nel sistema italo-comunitario delle patologie negoziali*, in *Corti umbre*, 2013, p. 365 ss.

possibile valutare questa espressione idonea a contemplare non soltanto una *riserva espressa* ma anche una *riserva di legge*.

Quindi, nei casi previsti dalla «legge», rientrano sia le «espresse previsioni di legge» o le «espresse previsioni di un atto avente forza di legge» (semmai di derivazione europea), sia le conseguenze dell'ordinamento, ossia le conseguenze derivanti dal bilanciamento dei principi e dalla valutazione comparativa degli interessi e dei valori normativi vigenti¹⁰¹, sí da risultare ragionevole convalidare o sanare un contratto nullo qualora l'interesse finale protetto dalla norma imperativa – idonea a condurre alla nullità virtuale o testuale – venga soddisfatto o non pregiudicato da un'attività successiva. In tal caso, anche alla luce del principio di conservazione dei negozi, non v'è motivo logico e assiologico per negare la convalida o altra forma di sanatoria. Questione diversa è la salvezza dei diritti dei terzi in costanza di negozi totalmente o parzialmente nulli¹⁰².

Il principio di legalità impone al giudice di rispettare non soltanto la *legge*, ma l'*ordinamento* e la legalità costituzionale ed europea (artt. 101, 54, 117, comma 1, Cost., e 18 disp. trans. fin. Cost.). Sí che il termine *legge* (che si ritrova non soltanto nell'art. 1423 c.c., ma anche, ad esempio, nell'art. 1374 c.c., in tema di integrazione del contratto, oppure nell'art. 1418, comma, 1 c.c., a proposito di c.d. nullità virtuale o nell'art. 587, comma 2, c.c. in

¹⁰¹ D'altronde, una particolare attenzione del giurista al bilanciamento dei principi e alla valutazione comparativa degli interessi si rivela piú efficace di tante riforme, talvolta inutili: G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 146. Sull'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale ben lungi da un'interpretazione letterale dell'art. 134 Cost., v. P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 217 ss.

¹⁰² Non a caso, come si è avuto modo di precisare, l'art. 2, comma 57, l. 23 dicembre 1996, n. 662, che ha integrato la disciplina sul condono edilizio, prevede, quanto meno per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà, una forma di sanatoria non soltanto per gli «atti tra vivi la cui nullità [...] non sia stata ancora dichiarata», ma anche per quelli già dichiarati nulli «con sentenza passata in giudicato e trascritta». In quest'ultimo caso la legge dispone una «sanatoria retroattiva su accordo delle parti [...], sempreché non siano nel frattempo intervenute altre trascrizioni a favore di terzi».

tema di disposizioni testamentarie non patrimoniali)¹⁰³ non può non identificarsi con il sistema ordinamentale e i suoi principi fondamentali, i quali possono giustificare ora l'integrazione o la sostituzione, ora la demolizione o il recupero di un atto di autonomia, ora la configurabilità di una disposizione testamentaria non patrimoniale, di là dalle ipotesi espressamente previste dalla legge¹⁰⁴.

¹⁰³ A proposito di queste ultime disposizioni e nella ricostruzione indicata nel testo, cfr. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 182 ss. In tema di «giusto» rimedio e sulla necessità di ammettere la c.d. nullità virtuale soltanto qualora sia superato il controllo di ragionevolezza imposto dall'art. 1418, comma 1, c.c., v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., p. 84 ss., e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰⁴ Per una interpretazione sistematica ed assiologica dell'art. 587 c.c., il quale non vieta affatto di inserire nel testamento disposizioni di ultima volontà non attributive o non patrimoniali, anche se non espressamente previste dalla legge, si rinvia a G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 459 ss.; ID., *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss., ove, in sostanza, si propone un'interpretazione ampia dell'art. 587 c.c., il quale, al comma 1, riconosce al testamento natura *dispositivo-regolamentare* e non soltanto meramente *attributiva* e, al comma 2, non pone affatto un limite alla facoltà del *de cuius* di inserire nel testamento disposizioni non patrimoniali. Infatti, l'art. 587, comma 2, c.c., ha carattere permissivo, sì che l'espressione «disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento», va letta come «disposizioni di carattere non patrimoniale, che l'ordinamento permette (purché lecite e meritevoli) siano contenute in un testamento». In questo senso, nel testamento possono essere contemplate anche disposizioni non espressamente previste dalla legge nei limiti, ovviamente, del necessario e costante controllo di liceità e di meritevolezza previsto anche in tema di contratti. Nel rispetto di tali limiti, il *de cuius* è dunque libero di pianificare i propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, disponendo per testamento, o tramite altri atti di ultima volontà, oltre i casi espressamente previsti dalla legge, in modo da superare, anche in ambito successorio, l'inutile dicotomia tra tipicità e atipicità. Sul punto v. anche ID., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri»*. *Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.; ID., *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, p. 21 ss.

In questa prospettiva diventa interessante chiedersi, secondo un *metodo induttivo*, quale ruolo acquisti l'art. 1423 c.c. La dottrina maggioritaria, pur non negando la possibilità di recuperare un atto nullo, ha sempre sostenuto che la clausola di salvezza, ex art. 1423 c.c., sarebbe una mera formula di rinvio priva di reale contenuto precettivo. Tra l'altro molte delle ipotesi legislativamente previste di 'sanatoria' del negozio nullo, e in genere ricondotte all'art. 1423 c.c. (conferma di testamento e donazione ex artt. 590 e 799 c.c.; recupero previsto per tutelare il diritto al corrispettivo del lavoratore ex art. 2126, comma 2, c.c., o del subfornitore ex art. 2, comma 1, l n. 192 del 1998; trascrizione c.d. sanante ex artt. 2652, n. 6, e 2690, n. 3, c.c.; transazione su titolo nullo ex art. 1972; conversione ex art. 1424 c.c., ecc.), mancherebbero dei requisiti propri della convalida, assurgendo ad ipotesi assai diverse fra loro di recupero di un atto nullo alla dinamica giuridica¹⁰⁵. Non v'è dubbio, tuttavia, che anche molte delle ipotesi indicate in questa sede non sono da ricondurre al negozio unilaterale di convalida, in quanto rappresentano forme diverse di recupero di un contratto totalmente o parzialmente nullo. Del resto, anche l'allegazione *successiva* di un certificato, richiesto in molti casi dalla legge a pena di nullità al momento della conclusione del contratto, potrebbe nel caso concreto non possedere i caratteri propri di un atto di autonomia negoziale, ma ciò non farebbe comunque perdere alla vicenda una funzione sanante. Allo stesso modo non pare possa venire meno la funzione sanante qualora l'allegazione successiva di un documento sia realizzata da un incapace tramite atto unilaterale, dato che l'atto in esame sarebbe comunque idoneo a rimuovere il vizio e soddisfare l'interesse inderogabile protetto.

Tuttavia si potrà discorrere di «convalida» in senso proprio soltanto qualora sussistano, oltre alla natura negoziale, anche: a) l'identità tra l'autore dell'atto invalido e l'autore della convalida,

¹⁰⁵ Nell'affrontare il problema della transigibilità dei diritti oggetto di nullità di protezione, anche BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit., p. 157, ha occasione di rilevare il difetto dei caratteri della sanatoria nell'ambito del negozio transattivo; tuttavia l'argomento consente all'a. proprio di prescindere, nell'indagine, dai dubbi di operatività dell'art. 1423 c.c.

esclusivo titolare dell'interesse ad agire¹⁰⁶; b) l'eliminazione del vizio, atteso che la convalida ha, di regola, una efficacia sanante in senso stretto perché consente la consolidazione definitiva degli effetti dell'atto e determina, a differenza della conferma, l'inoppugnabilità da parte di terzi (*erga omnes*). Diversamente saremo in presenza di fattispecie diverse, ma pur sempre riconducibili all'ampio e complesso fenomeno del recupero del negozio nullo.

Di conseguenza, preso atto che le ipotesi di sanatoria, anche tramite convalida, non devono essere previste espressamente dalla legge e che, da sempre, il termine convalida, ai sensi dell'art. 1423 c.c., è inteso in senso lato, richiamando a sé ipotesi diverse di recupero di un negozio nullo (la stessa trascrizione c.d. sanante, ex art. 2652, n. 6, c.c., spesso ricondotta all'art. 1423 c.c., in realtà è semplicemente una tecnica con la quale si evita che la dichiarazione di nullità si ripercuota sui terzi di buona fede), senz'altro nella prospettiva indicata la clausola di salvezza contemplata dall'art. 1423 c.c. («se la legge non dispone diversamente») acquista nuova linfa, poiché – si tratti o no di una convalida in senso proprio – non assurge più a mera formula di rinvio ad altre norme assumendo una propria portata precettiva, del tutto autonoma dalle singole disposizioni di legge che ne danno eventualmente attuazione. Tra l'altro, con le nullità di protezione ha già acquisito nuova linfa anche la clausola di salvezza contenuta nell'art. 1421 c.c. («salvo diverse disposizioni di legge»).

In questo quadro, gli artt. 1421 e 1423 c.c. assumerebbero una posizione di primo piano nel sistema delle invalidità, non avendo più una valenza soltanto descrittiva. Assurgerebbero a regole maggiormente rilevanti e utili a favorire una risistemizzazione generale dell'intera disciplina della nullità, la quale come ogni categoria è unitaria, relativa e prescinde dalla collocazione topografica codice civile-legislazione speciale o collegata.

¹⁰⁶ Per tutti, MONTICELLI, *Autonomia privata*, cit., p. 1052; nonché RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, p. 163 ss., ma spec. p. 165, secondo il quale non sarebbe corretto ragionare di «convalida», bensì *rectius* di «conferma», nelle ipotesi legislative nelle quali è indifferente che sia l'uno o l'altro contraente a porre in essere la sanatoria.

La centralità del sistema è garantita non dal codice civile, ma dalla legalità costituzionale e ogni processo giuridico-sociale, non essendo statico ma dinamico, impone uno sforzo organico di *concettualizzazione, deconcettualizzazione e riconcettualizzazione*. Le categorie tradizionali devono essere ripensate e non necessariamente abbandonate (secondo una prospettiva di categorie e sottocategorie non comunicanti: nullità codicistiche – nullità di protezione), né devono essere difese strenuamente secondo un atteggiamento di retroguardia.

In questa prospettiva è possibile superare la distinzione tra nullità codicistica e nullità speciali di derivazione europea (c.d. «teoria del doppio binario») e configurare una categoria unitaria della nullità (invalidità), pur variabile e relativa, che prescindendo dalla centralità del codice civile e si fondi sulla natura e sulla consistenza dell'interesse protetto. Per risolvere le questioni concrete, l'interprete non dovrà rifuggire dal concetto di nullità, né applicarlo astrattamente o acriticamente, ma dovrà, piuttosto, ragionare sulle peculiarità del vizio e sugli interessi concretamente coinvolti dalla singola fattispecie. Questo auspicio già proposto alcuni anni fa¹⁰⁷ sembra trovare oggi significativi e variegati riscontri.

11. *Sanabilità e responsabilità notarile ex art. 28 l. not.*

Ammettere in taluni casi la sanabilità o il recupero delle nullità di protezione non esclude aprioristicamente, come pure affermato¹⁰⁸, la responsabilità notarile *ex art. 28 l. not.* Infatti, premesso che il notaio, prestando il proprio ministero (art. 27 l. not.), non può disinteressarsi dell'attuazione di interessi meritevoli – come la tutela del mercato, del contraente debole e, più in generale, il rispetto della legalità costituzionale ed europea –, giova ricordare che questa forma di responsabilità¹⁰⁹ prescinde non

¹⁰⁷ G. PERLINGIERI, *Negozi illeciti e negozi illegali*, cit., *passim*; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 103 s.

¹⁰⁸ Cfr., tra gli altri, NUZZO, *Nullità speciali*, cit., p. 118 ss.; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 187.

¹⁰⁹ Per maggiori approfondimenti si rinvia a: G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 111 ss.; ID.,

soltanto dal tipo di vizio (strutturale o funzionale) e di sanzione o rimedio (nullità relativa¹¹⁰, assoluta, parziale, totale, testuale,

Sanatoria e responsabilità del notaio ex art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89, in Pagliantini (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare informato*², Torino, 2002, p. 182 ss.; e, più di recente, ID., *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 78 ss. In questa direzione, tra gli altri, RUGGIERO, *Intorno agli atti "espressamente proibiti" al notaio*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1187 ss.; CARRABBA, *Nullità, funzione nomofilattica e sanzioni disciplinari. Gli atti «espressamente proibiti dalla legge» di cui all'art. 28 l. n. 89/1913. Colloqui con la giurisprudenza*, Napoli, 2018, *passim*; CACCAVALE, *L'esercizio della funzione notarile: appunti a margine della controversa questione della rinuncia anticipata all'azione di restituzione*, in *Notariato*, 2015, p. 8 ss.; ID., *Sulla funzione fidefacente del notaio*, in *Riv. not.*, 2019, in corso di pubblicazione. Anche la giurisprudenza sembra procedere nella direzione indicata: v., tra le altre, Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 228, con nota di PRISCO, *'Incertezze' interpretative e responsabilità disciplinare del notaio ex art. 28 l. not.*; Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1528.

¹¹⁰ Come evidenziato altrove, la relatività della legittimazione o la natura parziale della nullità non sono prova di un interesse meno significativo per l'ordinamento, ma rispondono soltanto all'esigenza di tutelare in modo più adeguato il contraente debole ed evitare che la controparte approfitti del vizio utilizzando la nullità quale strumento di abuso e approfittamento (cfr. G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 804 ss.). Né potrebbe affermarsi che, poiché «l'obiettivo del consumatore è mantenere in essere il contratto», avendo difficoltà a reperire sul mercato alternative soddisfacenti, in queste ipotesi il notaio stipulante il contratto nullo non può mai essere considerato responsabile (CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, p. 56; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 186 ss.; ID., *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, in *Studi mat.*, 2009, p. 586 ss., il quale osserva che gli svantaggi per il contraente debole sarebbero maggiori qualora il notaio si rifiutasse di stipulare. Il consumatore, ad esempio, verrebbe privato di beni e servizi spesso indispensabili). Queste considerazioni non sembrano determinanti: *a*) perché il notaio è un pubblico ufficiale, quindi ha un ministero sull'atto e sulla sua validità e non sulla vita delle persone e su ciò che economicamente può maggiormente convenire ad una delle parti, è un garante della legalità, più che un consulente economico, sí che nel bilanciamento degli interessi, la prima funzione (legalità) non può soccombere rispetto alla seconda (consulente economico); *b*) perché l'alternativa non è tra stipulare e non stipulare (vale a dire, tra stipulare e denegare il proprio ministero ex art. 27 l. not.), ma tra stipulare un contratto (totalmente o parzialmente) nullo e stipulare un contratto, sia pure nullo, ma

virtuale, annullabilità assoluta, relativa, ecc.), ma anche dall'efficacia totale o parziale e dagli accadimenti successivi (convalida, conferma, conversione, trascrizione sanante, validità sopravvenuta, ripetizione, rinegoziazione). Di conseguenza, la responsabilità notarile *ex art. 28 l. not.* dipende esclusivamente dalla buona fede e dalla diligenza (quindi dalla negligenza e dall'imperizia) nell'adempimento della prestazione professionale (art. 1176, comma 2, c.c.)¹¹¹, in quanto è condizionata dalla

dopo aver tentato di proporre concretamente soluzioni differenti o, quanto meno, dopo aver informato adeguatamente (non tramite clausole di stile) il contraente debole sulla nullità in modo da far ricadere su di lui i rischi dell'operazione e dunque la responsabilità della decisione. In altri termini, il notaio deve rogare (art. 27 l. not.), ma possibilmente a condizioni eque. In caso contrario non è responsabile se stipula non già senza paura e cognizione, ma sollecitando la trattativa o, quanto meno, rendendo edotto il contraente debole dei rischi economico-giuridici dell'operazione. In tal modo, di là dal giudizio sulla validità della singola operazione, avrà rispettato la propria funzione e il proprio ruolo con buona fede e diligenza (art. 1176 c.c.). Pertanto, si tratta non di «spingere il controllo di legalità del notaio fino a precludere la stipula del contratto» (così, criticamente, MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, cit., p. 187), ma di evitare che quella notarile si risolva in una attività di mera documentazione e, come tale, disinteressata al progresso materiale e spirituale della società. Sul punto si rinvia a G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 804 ss., ove, peraltro, si sottolinea la necessità che il notaio si faccia custode del contratto e della trattativa, proponendo strade più conformi alla volontà dell'ordinamento, attivandosi nei casi più difficili (ad esempio, là dove la mancata stipulazione creerebbe al contraente debole più danni che vantaggi) ad informare adeguatamente il contraente bisognoso sui rischi dell'operazione.

¹¹¹ In merito, cfr. G. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*: la responsabilità *ex art. 28 l. not.* «non si gioca soltanto sul piano della validità, ma anche su quello della diligenza e della buona fede, ancor più in presenza di casi dubbi che impongono all'interprete un particolare bilanciamento degli interessi e dei valori». V. altresì ID., *Il patto di famiglia*, cit., p. 202; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 111 ss.; ID., *Sanatoria e responsabilità del notaio ex art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit., p. 182 ss. Nella direzione indicata sembra porsi, di recente, anche RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, cit., p. 105 ss., secondo il quale il giudizio di responsabilità notarile «andrebbe allora condott[o] in concreto, in relazione alla specifica gravità soggettiva del comportamento del notaio, che sarebbe esso solo, e non già il vizio dell'atto nella sua oggettività, elemento decisivo» per l'applicazione dell'art. 28 l. not., non rilevando a tal fine neppure la praticabilità nelle singole ipotesi di forme di convalida. Sulla circostanza che il tema della responsabilità

sussistenza di un vizio (tanto di annullabilità, quanto di nullità, a prescindere se relativa o assoluta, totale o parziale, testuale o virtuale, formale o sostanziale, strutturale o funzionale) *inequivocabile*, ovvero dalla sua *manifesta o palese* riconoscibilità sul piano «normativo» e «fattuale»¹¹². Non a caso, l'art. 28 l. not. discorre non di atti nulli, annullabili, ecc., ma di atti «*espressamente* proibiti dalla legge» o «*manifestamente* contrari al buon costume o all'ordine pubblico»¹¹³. Né il comportamento del notaio può considerarsi automaticamente degno di sanzione, ex art. 28 l. not., là dove egli abbia scelto con cognizione e

notarile, ex art. 28 l. not., imponga un particolare bilanciamento degli interessi e dei valori normativi coinvolti, al fine di abbandonare «un ragionamento per categorie» (nullità/annullabilità) ed evitare conseguenze irragionevoli per le parti, il mercato e la stessa professione notarile, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 78 ss., ove si richiama la necessità di un «ragionevole bilanciamento tra la funzione del notaio, quale garante della legalità, e l'esigenza altrettanto importante di non precludere, purché argomentate, interpretazioni coraggiose (o controcorrente), ma spesso fondate e utili alla stessa evoluzione del diritto e al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.)».

¹¹² Per un approfondimento di questi concetti si rinvia a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 122; ID., *Sanatoria e responsabilità del notaio ex art. 28, l. 16 febbraio 1913*, n. 89, cit., p. 182 ss.; cfr. anche ID., *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 80, in particolare nota 197, ove si chiarisce, tramite alcune esemplificazioni, che l'*inequivocabilità* può mancare sia perché il vizio non è, nel caso concreto, agilmente individuabile sul piano fattuale (così qualora il vizio dipenda, ad esempio, da circostanze o presupposti di fatto del tutto esterni all'atto e non facilmente rilevabili dal notaio; ovvero si è dinanzi ai vizi della volontà in genere o alle clausole per le quali sussistono dubbi di vessatorietà o la vessatorietà delle quali dipenda da contratti collegati non conoscibili dal notaio diligente), sia perché la lesione del precetto, in relazione ad uno specifico caso, non è manifesta o palese (si pensi ai casi dubbi di nullità virtuale o alle ipotesi di nullità sia pure testuali, ma di incerta interpretazione e applicazione o non corroborati da una dottrina convincente). Né si può escludere che il notaio diligente possa scegliere una soluzione *prima facie* contraria alla legge, ma che ad una più attenta e consapevole valutazione, palesata da una adeguata motivazione o argomentazione, risulti rispettosa di principi fondamentali e di interessi meritevoli di tutela.

¹¹³ Sul concetto di ordine pubblico, cfr. G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., *passim*.

consapevolezza, tramite uno studio diligente ed una motivazione adeguata, di proporre una soluzione originale, distante dalla opinione maggioritaria o consolidata, dato che il progresso della scienza giuridica, e della stessa società (artt. 4, 54 Cost.), passa necessariamente anche da interpretazioni coraggiose o controcorrente¹¹⁴.

Del resto, occorre ricordare che spesso la prassi si risolve nella «ripetizione statistica di un errore»¹¹⁵ e l'art. 28 l. not. non sanziona

¹¹⁴ Al riguardo è opportuno rievocare una celebre frase di J.F. Kennedy «non bisogna aver paura di negoziare, né negoziare per paura» menzionata in G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia*, cit., p. 203. Sull'importanza del notaio e degli operatori del diritto per il progresso della scienza giuridica, cfr. anche: ID., *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss., e, per ulteriori approfondimenti, ID., *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 79, ove ci si sofferma anche sulla «funzione promozionale del diritto» e dell'attività notarile; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 122 ss.; ID., *Sanatoria e responsabilità del notaio ex art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89*, cit., p. 182 ss.

¹¹⁵ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 150. Cfr. anche DI PORTO, *Avvocato-Robot nel «nostro stare decisis». Verso una consulenza legale «difensiva»*, in Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, p. 239 ss., il quale, pur richiamando opportunamente l'art. 360 bis, n. 1, c.p.c. che senza dubbio attribuisce rilevanza ai precedenti consolidati che costituiscono la «giurisprudenza della Corte», non esita a evidenziare il pericolo di una giurisprudenza «per precedenti» o, peggio, per massime; nella stessa direzione, cfr. G. PERLINGIERI e GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *Introduzione*, in IID. (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, I, cit., p. 28, nota 49, ove si pone l'accento sul pericolo del precedente e di un «diritto per massime». Il discorso, tuttavia, può essere esteso anche alla responsabilità dei magistrati [sul punto cfr. FERRI e TEDOLDI (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, 2019, *passim*]. Tra l'altro, la prospettiva proposta sembra condivisa anche dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, ined.), che opportunamente hanno arginato l'idea che il magistrato, ai fini di non incorrere in responsabilità, debba essere vincolato al precedente consolidato. Diversamente si rischierebbe di minare, come per l'attività notarile – la quale com'è noto ha, tra l'altro, una funzione antiprocessuale –, l'interesse generale al progresso della scienza giuridica che trova fondamento non nella continuità ma nella discontinuità. Ovviamente, come rilevano le Sezioni unite citate, «l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale,

il notaio che «“sbaglia”», bensì quello che «tradisce» la sua funzione e «il suo ruolo»¹¹⁶.

ossia comprensibile, e ciò avviene più facilmente se esplicitata a mezzo della motivazione». Sì che la «grave violazione di legge, fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2, lett. a) della l. n. 117 del 1988, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18 del 2015, va individuata nelle ipotesi in cui la decisione appaia non essere frutto di un consapevole processo interpretativo, ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili perché sconfinanti nel provvedimento abnorme o nel diritto libero, e pertanto caratterizzate da una negligenza inesplicabile, prima ancora che inescusabile, restando pertanto sottratta alla operatività della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2 della legge citata (“*nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove*”)). Queste osservazioni sono senz'altro condivisibili allorché si prenda atto che altro è il diritto libero, altro è l'interpretazione assiologica e che la creatività del giurista è un fattore ineliminabile. Per l'approfondimento di queste considerazioni, cfr. già G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., *passim*, ove si osserva che «creatività» non può significare «libertà», ma necessità di un costante controllo di ragionevolezza e di conformità, nel momento applicativo, alla legalità costituzionale ed europea. In questo contesto, diventa centrale la motivazione, la quale, tuttavia, non deve risolversi, come pure da più parti auspicato, nella pura retorica, in quanto l'argomentazione senza fondamenti ha poco senso e l'interpretazione è sempre valutazione, non potendo mai prescindere, tra l'altro, dall'applicazione; diversamente si trasforma in precomprensione. Da qui l'importanza della formazione del giurista, di un giudice «sensibile» e «consapevole» delle proprie scelte e della sua funzione: in merito, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 77 ss.

¹¹⁶ Sul tema, *amplius*, v. G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie*, cit., p. 804 ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 122; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 78 ss. In questa direzione, di recente, cfr. altresì CARRABBA, *Nullità, funzione nomofilattica e sanzioni disciplinari*, cit., *passim*.

VALERIO PESCATORE
Professore ordinario di diritto privato
Università di Brescia

DIRITTO ALL'IDENTITÀ PERSONALE E DIVIETO DEI 'TRATTAMENTI DI CONVERSIONE'

SOMMARIO: 1. Dedicà. – 2. La KonvBG tedesca. – 3. Un possibile inquadramento nella prospettiva italiana. – 4. Identità personale e 'auto-percezione' di sé. – 5. Riflessi di diritto europeo.

1. Dedicà.

La vita – ricordò Natalino Irti nel corso di una memorabile lezione bresciana del 2015 sotto forma di 'intervista ad uso degli studenti' – è una 'trama di incontri', più o meno positivi, dai quali ciascuno deve saper trarre insegnamenti.

Più volte ho potuto ascoltare da Giuseppe Benedetti il racconto di come fece la conoscenza di un giovane fiorentino irrequieto, dall'intelligenza curiosa, ficcante e vivacissima: un incontro destinato a cambiare la vita di due persone, l'Allievo ed il Maestro. In questo gioco di specchi nel quale chi, per età ed esperienza, si pensa debba soltanto insegnare e invece continua ad imparare; e chi, più giovane ed acerbo, in realtà contribuisce al cammino del più anziano, al quale dona energie e prospettive nuove; ecco, in questo ininterrotto scambio circolare, umano e culturale, sta ancora oggi un momento essenziale dell'Università.

Con la sua devozione – al Maestro che ha incontrato, giovane studioso, a Firenze; e agli allievi e agli studenti teramani e fiorentini, ai quali ha dedicato lezioni appassionate alla ricerca costante del più profondo spirito del tempo giuridico – Giuseppe

Vettori incarna, nel solco della scuola di Francesco Santoro-Passarelli, la tradizione alta del professore universitario.

E questa tradizione egli manifestò in un modo assai particolare anche a chi scrive. Perché il primo, vero incontro con Giuseppe Vettori fu concluso, dopo la rituale consegna della monografia d'esordio, non da un rapido congedo, ma da un invito che sorprese non poco il giovane dottore di ricerca in gita a Firenze. L'invito ad una breve passeggiata per visitare insieme la splendida Cappella dei Magi di Palazzo Medici Riccardi, affrescata dai vivi colori di Benozzo Gozzoli, anch'egli allievo (di Beato Angelico).

Lì per lì, colpito dal fascino del luogo unico, mi rimase la sensazione (per usare un'altra espressione di Benedetti) delle 'belle cose capite a metà'. Soltanto col passare degli anni avrei inteso quanto profondo fosse quell'invito, rimasto per me *insegnamento* capace di riemergere a distanza di tempo.

Riferiscono gli esperti che l'intento che anima l'affresco ha indotto Benozzo Gozzoli a concentrare l'attenzione sul movimento del corteo che accompagna i Magi, più che sull'Adorazione vera e propria. Collocate in un paesaggio fiabesco di derivazione tardogotica, le figure della 'Cavalcata', riccamente decorate, si connotano per il realismo, reso esplicito nella accentuata ricerca della più fedele rappresentazione delle caratteristiche fisiche dei volti. Un affresco celebrativo, dunque: il cui messaggio latamente politico era affidato all'identificazione, da parte dello spettatore coevo, dei personaggi pubblici, ritratti anche in ragione della posizione e del ruolo nella società dell'epoca.

Dai tratti fisici, quindi, alla rappresentazione sociale della persona: in un movimento che può essere usato per spiegare, in chiave giuridica, uno dei molteplici aspetti nei quali si lascia intendere, oggi, il significato di *identità personale*: il profilo legato alla proiezione del soggetto verso l'esterno, al suo essere, ed essere rappresentato, appunto, per gli altri.

Senonché da varie parti, e in ragione di molteplici indici, risulta ormai evidente come questo non sia più l'unico modo di intendere il *concetto giuridico* di identità.

La costante riflessione di Beppe Vettori sul tema della *persona* giustifica allora, almeno ai miei occhi, la scelta di dedicargli – con

una sorta di ringraziamento tardivo, ma per certi versi in forma specifica – alcune riflessioni a margine di un recente provvedimento normativo tedesco. Il quale, vietando i trattamenti di conversione dell'orientamento sessuale, offre un'immagine nuova dell'identità personale.

Mi piace così pensare che, seguendo i fili immaginari che legano le persone, i luoghi e gli incontri, si comprenda meglio anche ciò che le parole non osano dire.

2. La KonvBG tedesca.

Sette articoli. Un linguaggio chiaro, sobrio, essenziale. La «legge per la protezione dai trattamenti di conversione» («Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen» – KonvBG), in vigore in Germania dal 24 giugno 2020¹, si pone nel panorama europeo, se non come un modello, di certo come un riferimento. Al quale ogni interprete, compreso quello italiano, è inevitabilmente portato a guardare², auspicabilmente con sguardo scevro da pregiudizi e preconcetti ideologizzanti.

¹ Il testo della legge è ora pubblicato in appendice al volume Pescatore (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, Torino, 2021, p. 248 ss. Di esso offre un primo commento BERTELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in Germania: la legge «zum Schutz vor Konversionsbehandlungen»*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 263 ss.

² Innegabile l'attenzione che gli interpreti italiani continuano a dedicare alle scelte di politica legislativa e al modo di legiferare tedeschi: cfr. CIAN, *L'evoluzione del sistema privatistico italiano e l'influsso tedesco: spunti per una riflessione generale*, in P. Perlingieri e Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 19 ss.; e, per rimanere ai temi qui affrontati, AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 1105 ss.; ID., *Diritti della persona e interventi delle Corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche*, in Navarretta (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2017, p. 36 ss.; ID., «Ehe für Alle»: ragioni e tecnica della legge tedesca sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 795 ss.; FONTANAROSA, *Il diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 709 ss., i quali sottolineano lo stretto legame tra le decisioni della Corte costituzionale tedesca circa la sorte del matrimonio a seguito del

Il legislatore tedesco non propone una definizione descrittiva, ontologica o strutturale del ‘trattamento’ o della ‘terapia di conversione’; né ne offre un elenco, che finirebbe per rimanere incompleto o divenire nel tempo superato. La nota comune e caratterizzante di queste ‘pratiche’ viene identificata con la finalità che esse perseguono. Così il § 1, nel fissare l’«ambito di applicazione della legge», individua al comma (1) un punto di rilevanza che è teleologico: l’essere i trattamenti «finalizzati a modificare o reprimere l’orientamento sessuale o l’identità di genere auto-percepita».

Annotando per ora (ma ci si tornerà *infra*, § 4) che il ‘modificare’ o il ‘reprimere’ indicano un agire su qualcosa che *già* è, la fattispecie, per quanto ampia, descrive dunque qualsiasi pratica – di natura o contenuto psicologico, comportamentale ovvero fisico³ – che miri, direttamente o anche soltanto indirettamente, a quell’obiettivo: il quale, di per sé, fissa il perimetro di applicazione della disciplina.

mutamento di sesso di un coniuge e la possibilità per il transessuale di accedere ad un’unione registrata anche prima della realizzazione dell’intervento chirurgico modificativo di sesso (BVerfG, 27 maggio 2008, n. 1 BvL 10/05, e BVerfG, 11 gennaio 2011, n. 1 BvR 3295/07, entrambe in *GenIus*, 1/2014, p. 184 ss.) e la pronuncia italiana di Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2674 ss., con note di ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*; e PATI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*; in *Fam. dir.*, 2014, p. 861 ss., con nota di V. BARBA, *Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale*; e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 235 ss., con nota di BARTOLINI, *Divorzio del transessuale e «conversione» del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, che ha dichiarato l’illegittimità degli artt. 1 e 4 l. 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi consenta, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata.

³ La relazione acclusa all’originario disegno di legge tedesco (19/17278) – consultabile, nella versione del 19 febbraio 2020, in appendice al volume *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 250, e sulla quale si sofferma anche BERTELLI, *op. cit.*, p. 265 s. – cita espressamente «coercizioni psicologiche», «sedute di psicoterapia», «conversazioni con guide religiose», nonché «interventi fisici quali elettroshock o somministrazione di farmaci».

Ma tale perimetro è subito delimitato, con maggiore precisione, per sottrazione: perché i commi successivi del medesimo § 1 escludono, il (2), l'applicazione della legge al «trattamento dei disturbi di preferenza sessuale», quando siano «riconosciuti a livello medico»; il (3), la stessa sussistenza di un trattamento di conversione nel caso di «interventi chirurgici o trattamenti ormonali volti a consentire di esprimere l'identità sessuale percepita da una persona o a rispondere al desiderio di una persona per un aspetto fisico più maschile o femminile».

Se ne traggono due indicazioni sistematiche ben precise, e una ragione di perplessità.

La prima è che, quando intervenga un medico, o almeno vi siano i presupposti perché ciò accada, ci si trova *al di fuori* dell'area di rilevanza che l'ordinamento tedesco assegna ai trattamenti di conversione. Di più, verrebbe da dire che lo 'spazio' logico e giuridico dei trattamenti di conversione *finisce* laddove inizia quello della necessità, o anche soltanto dell'opportunità di un intervento, del controllo ovvero di una gestione professionale della situazione da parte del medico⁴.

La seconda indicazione, meno netta, più sottile e sfuggevole, aiuta a comprendere come in tanto può ricorrere la fattispecie 'trattamento di conversione', in quanto l'identità sessuale del soggetto che lo subisce sia ancora incerta o in divenire. A questo corollario si perviene se si considera che, al di là del fatto che l'intervento chirurgico o il trattamento ormonale non possono prescindere da un contributo del medico, essi comunque non rilevano quali terapie di conversione qualora consentano ad una persona di esprimere la propria identità sessuale: che tuttavia, per essere 'espressa', deve essere «percepita» con i caratteri della definitività o, almeno, della stabilità.

La perplessità è, invece, riconducibile al frammento della stessa disposizione [§ 1, comma (3)] che – come anticipato – esclude la configurabilità della terapia di conversione qualora l'intervento

⁴ Cfr. VENTURELLI, «Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso, in *Pers. merc.*, 2021, p. 323 ss.; ID., *Trattamenti di conversione e «interventive modificazioni dei caratteri sessuali»*, in Pescatore (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 175 ss.

chirurgico o il trattamento ormonale rispondano al «desiderio» di un aspetto fisico più maschile o femminile. Sennonché la disposizione nulla dice circa la stabilità e, per così dire, la serietà del desiderio: così ponendo, innanzitutto, il problema della relativa manifestazione e della connessa percezione esteriore. È un problema, questo, che, nell'impostazione sistematica della legge, parrebbe voler essere risolto dalla presenza del medico, comunque necessaria tanto per l'intervento chirurgico quanto per il trattamento ormonale: ciò che, peraltro, quasi attribuisce al professionista un peculiare ruolo di 'interprete' delle aspirazioni più intime del paziente.

Il § 2 KonvBG stabilisce, poi, il divieto dei trattamenti di conversione.

Il divieto è doppio: posto innanzitutto dal comma (1), in modo assoluto ed inequivoco, per i minori; e dal comma (2), per le persone che hanno raggiunto i 18 anni di età, se il loro consenso a ricevere il trattamento sia «viziato».

Il tenore letterale delle due disposizioni, con la ripetizione della formula «È vietato», rende conto della precisa scelta legislativa; ripetuta anche rispetto ai maggiorenni, benché il senso sostanziale della norma che li riguarda sia opposto: e cioè che essi sono *liberi* di sottoporsi a trattamenti di conversione, *purché* la loro volontà di riceverle si sia formata con piena consapevolezza circa la portata (e quindi sulla «dubbia scientificità») e l'efficacia del trattamento (e quindi sull'«incertezza riguardo ai benefici» e sui possibili «pregiudizi che possono derivarne»)⁵. È innegabile che il cuore del provvedimento vada individuato proprio nel § 2, che rappresenta la principale manifestazione della opzione di fondo cui s'ispira l'intera legge, tra il rispetto all'autodeterminazione del privato cittadino e il divieto di pratiche considerate estranee al campo della medicina e, come tali, valutate con sfavore.

⁵ Cfr. CACACE, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, in Pescatore (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 151 ss.

Lo sfavore è del resto confermato – oltre che, evidentemente, dalla introduzione, al § 5, di uno specifico reato⁶ – dal § 3, che prevede un ulteriore, assai ampio divieto (peraltro presidiato dall’illecito amministrativo e dalla multa previsti dal § 6): quello di pubblicizzare o offrire trattamenti di conversione, o comunque svolgere attività di intermediazione in relazione ad essi. Ma mentre il § 2 attiene alla sfera interna e alla tutela diretta del possibile interessato al trattamento, la *ratio* del § 3 riguarda soprattutto la diffusione e la percezione, per così dire sociale, del fenomeno disciplinato. Qui si avverte la profonda cautela con cui il legislatore ha affrontato la materia: non lasciando che le finalità economiche o speculative di terzi possano in alcun modo incidere sulla formazione della volontà del cittadino maggiorenne di sottoporsi ai trattamenti di conversione⁷. D’altro canto, almeno indirettamente, col divieto imposto dal § 3 si è inteso altresì evitare che qualsiasi forma di promozione o di offerta commerciale, nonché di intermediazione, possa indurre il pubblico a confidare in una qualche utilità dei trattamenti: invece ormai apertamente esclusa dall’Organizzazione Mondiale della Sanità. Sul piano schiettamente civilistico, lo specifico divieto è destinato ad incidere sulla nullità degli atti attraverso i quali si svolga l’attività promozionale o di intermediazione (§ 134 BGB). Ma è agevole comprendere come questo profilo della nuova disciplina tocchi, su un piano ancor più generale, un altro snodo sensibile del discorso: quello legato alla libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

⁶ Su cui v. SCAROINA, *Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione sessuale*, in *Dir. pen. contemp.*, 4/2020, p. 33 ss.; e in Pescatore (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 117 ss.

⁷ L’assolutezza della preclusione, e dunque il disvalore che la giustifica, si apprezza meglio se si considera che, come riportato al link <https://ecigintelligence.com/regulatory-report-germany>, soltanto nel settembre 2020, quindi più tardi rispetto a tutti gli altri Stati europei, il Parlamento federale ha introdotto in Germania, peraltro con l’imposizione di un’entrata in vigore graduale tra il 2021 e il 2024, il divieto di pubblicizzare i tradizionali prodotti del tabacco e le sigarette, nonché i più recenti strumenti e prodotti del c.d. *vamping* (le ‘sigarette elettroniche’), mediante cartellonistica o al cinema.

L'esame complessivo della legge restituisce, dunque, una sensazione netta: trattarsi di materia assai delicata, rispetto alla quale il legislatore tedesco mostra di essersi mosso con cautela e oculatezza. Il principale fine è la tutela dell'interesse del minore a *non* subire il genere di trattamento in esame; e di quello del maggiore dei 18 anni a scegliere *se* sottoporvisi nella piena consapevolezza del contenuto e dei possibili effetti. Ma è innegabile che, insieme con questi obiettivi, il provvedimento legislativo ne persegua, per quanto indirettamente, altri. In definitiva, se si considera anche l'istituzione, in forza del § 5, di un apposito servizio di consulenza, telefonica e *on line*, a beneficio di tutti i soggetti che possano trovarsi coinvolti in una decisione sui trattamenti di conversione, la protezione dei molteplici, menzionati interessi risulta garantita da un ricco apparato di strumenti e rimedi, di diritto privato, penale e amministrativo. Ciò che, se non altro, dimostra la pluralità delle prospettive e la serietà dell'approccio adottato dal legislatore.

3. *Un possibile inquadramento nella prospettiva italiana.*

Le soluzioni adottate dalla disciplina appena richiamata suscitano nell'interprete italiano molteplici interrogativi, che non si esauriscono nell'individuazione della rilevanza giuridica che potrebbe assumere, *de iure condendo*, la fattispecie che il legislatore tedesco ha regolato sotto il nome di 'trattamento di conversione'⁸.

Problematica appare, infatti, la stessa collocazione sistematica di una normativa dedicata al divieto di tali trattamenti, essendo anzitutto necessario chiarire se e in che misura siano oggetto di disciplina giuridica l'orientamento sessuale e il potere di autodeterminazione su di esso, avuto specifico riguardo alla condizione del minore, alla responsabilità genitoriale e all'ingerenza del controllo giudiziale nelle relative decisioni.

⁸ Cfr. BERTELLI, *op. cit.*, p. 273, la quale ricorda che, ad oggi, esiste un solo disegno di legge in materia che è stato comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica italiana il 17 maggio 2016 e che è pubblicato in appendice al volume *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 281 ss.

Più ampiamente, dubbio appare il grado di maturità dell'opinione pubblica su questi temi⁹ e, per quanto si tratti di una domanda da rivolgere non al giurista positivo, ma al sociologo e al filosofo del diritto, il recente dibattito sul disegno di legge in materia di omotransfobia¹⁰ è di per sé certamente indicativo delle posizioni che le diverse forze politiche potrebbero assumere su un tema, per molti versi vicino, com'è quello dei trattamenti di conversione: anche se l'immediata sensazione è che tali posizioni risentano, inevitabilmente, di trattezie convinzioni ideologiche.

Ma tornando alla prospettiva più squisitamente tecnica, la verità è che – studiata dalla angolatura dell'ordinamento italiano – la disciplina giuridica sui trattamenti di conversione dell'orientamento

⁹ Cfr. GRISI, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, pp. 256 ss., spec. 288-291 e 298 s. (da cui le successive citazioni; lo scritto è altresì edito, con marginali modifiche e il medesimo titolo, in Anastasia e Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, Roma, 2019, pp. 79 ss., spec. 118-120 e 122), il quale offre un'efficace ricostruzione del «moto carsico, lento e sotterraneo» con cui si determinano, sul tema dell'identità di genere, «il cambiamento e l'evoluzione della civiltà», e della necessità che tale cambiamento «proced[a] per gradi», nella consapevolezza che «[l]a società, ... superata la fase dell'accettazione del diverso dal normale, sta imparando ad apprezzare la diversità quale fattore di progresso civile e culturale della collettività».

¹⁰ Il riferimento è al disegno di legge recante «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità» approvato dalla Camera dei Deputati il 4 novembre 2020 e disponibile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/356433.pdf>. L'art. 1 di tale disegno di legge presenta, in particolare, una serie di «definizioni» che, benché elencate soltanto «[a]i fini della presente legge», sarebbero destinate ad incidere in modo significativo sul discorso giuridico in materia: basti pensare alla nozione di «sesso», con cui «si intende il sesso biologico o anagrafico»; a quella di «genere», con cui «si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso»; a quella, ancora, di «orientamento sessuale», con cui «si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi»; a quella, infine, di «identità di genere», con cui «si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione».

sessuale è destinata a collocarsi in una *area di rilevanza giuridica* piuttosto peculiare.

Sul piano costituzionale¹¹, essa risente di almeno *cinque nuclei logico-normativi*, in parte autonomi tra loro, ma le cui interferenze – tanto più in un ordinamento complesso come l’attuale, e alla luce della evoluzione degli ultimi anni – sono suscettibili di determinare conseguenze, anche applicative, decisamente nuove.

La più ampia cornice, nella quale s’inscrive il tema in esame, è dunque tratteggiata e al contempo delimitata da un complesso di disposizioni di rango costituzionale¹². Senz’altro, innanzitutto, quelle che stabiliscono il rilievo fondamentale dei diritti inviolabili del singolo e della sua personalità (art. 2 Cost.)¹³, innervati dalla insopprimibile ed irriducibile dignità della persona (artt. 3, comma 1, Cost. e 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione

¹¹ Su ‘fondamento’ e ‘dimensione costituzionale’ del diritto all’identità personale, cfr. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell’identità personale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, p. 15 ss.; nonché, più di recente, AZZARRI, *Identità sessuale e stato civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 446-449; TAMPIERI, *L’identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 1195 ss.; IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell’identità*, in *Jus civ.*, 2020, p. 379 ss.; MARTONI, *Identità personale anagrafica (autorizzata) vs identità personale autorappresentativa (manifestata)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 194-196; ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021, pp. 227-229; nonché, con specifico riferimento alla condizione giuridica del minore, TROIANO, *Cognome del minore e identità personale*, in *Jus civ.*, 2020, p. 559 ss. Un inquadramento più ampio, con particolare attenzione ai problemi del mutamento di sesso, è offerto da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, p. 43 ss.

¹² Cfr. APOSTOLI, *Trattamenti di conversione sessuale e principi costituzionali*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 97 ss.

¹³ Il rapporto tra art. 2 Cost. e diritto all’identità personale è ricostruito da Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1668 ss.; in *Giur. cost.*, 1994, p. 95 ss., con nota di PACE, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*; in *Giust. civ.*, 1994, I, pp. 867 ss. e 2435 ss., con nota di BONAMORE, *Il diritto al nome, patrimonio irrettabile della persona umana e segno distintivo della personalità*; e in *Dir. fam.*, 1994, p. 526 ss.; e da Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1253 ss.; e in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1317 ss.

Europea)¹⁴. L'eguaglianza (artt. 3, comma 1 e 2, Cost. e 20 Carta U.E.) è, così, fine e al contempo strumento concettuale per evitare distinzioni e discriminazioni concrete: che qui, com'è fin troppo ovvio, rischiano di essere quelle fondate sul sesso (artt. 3, comma 1, Cost. e 23 Carta U.E. per la 'parità tra donne e uomini') o, in modo più sottile, sull'orientamento sessuale (testualmente richiamato dall'art. 21 Carta U.E.); ma anche – come subito si dirà – sulle caratteristiche genetiche, sulla religione o sulle convinzioni personali (artt. 3, comma 1, Cost. e 21 Carta U.E.).

Questo primo nucleo si interseca chiaramente con un altro: che coniuga l'impegno programmatico (di cui all'art. 3, comma 2, Cost.) alla rimozione di ogni forma di impedimento alla realizzazione del pieno sviluppo dell'individuo¹⁵, con la tutela della

¹⁴ In una letteratura ormai ampia, è sufficiente rinviare, in prospettiva schiettamente civilistica, ai contributi di LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 847 ss.; CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Torino, 2019, p. 8 ss.; P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Ann. SISDIC*, (5) 2020, p. 1 ss.; G. RESTA, *Tre funzioni della dignità della persona*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2020, p. 525 ss.; CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in *Jus civ.*, 2020, p. 687 ss.; LAMORGESE, *Il giudice è garante della dignità umana nelle scelte di fine vita (e non solo)?*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 181 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato delle persone*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 38 ss.; SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2020, spec. p. 85 ss. (su cui v. anche SILVESTRI, ALPA e MAZZAMUTO, *L'«ermeneutica della dignità»*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 476 ss.).

¹⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela giuridica della «integrità psichica» (a proposito delle psicoterapie)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 763 ss.; e, senza le indicazioni in nota, in ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 225 ss.; e in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 133 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*⁴, II, *Fonti e interpretazione*, cit., p. 125 ss.; CERRI, voce *Identità personale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1995, p. 6; STANZIONE, *Dal soggetto alle persone*, in *Iustitia*, 2005, p. 257 ss.; MANETTI, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 635 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 950 ss.; GIUFFRÉ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Riv. AIC*, 2019, p. 555 ss.; NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 23 ss.

salute (art. 32, comma 1, Cost.)¹⁶. Salute, che l'art. 3 della Carta U.E. intende tra l'altro come pienezza della «integrità fisica e psichica»¹⁷. Anche alla luce di questa integrità, pertanto, acquista

¹⁶ GRISI, *op. cit.*, p. 291, nota 143, segnala che «sono in gioco», su temi come l'identità sessuale e di genere, «il diritto di ogni individuo alla costruzione della propria identità, la tutela del benessere psico-fisico della persona e, forse, la sua libertà; e, su tutto, il rispetto che ad ogni membro della collettività è dovuto, quali che siano le sue scelte di vita, e la pari dignità sociale di tutti i cittadini, che è riconosciuta ed, anche in senso dinamico, protetta dall'art. 3 Cost.». Il legame tra identità sessuale e diritto alla salute è evidente nel ragionamento di PATTI, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 644 ss.; in giurisprudenza, esso è già in Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2162 ss., con nota di MOCCIA; in *Giur. cost.*, 1985, p. 1173 ss.; in *Dir. fam.*, 1985, p. 420 ss.; in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 806 ss., con nota di DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, *ivi*, 1987, I, 1, c. 235 ss.; e in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 349 ss., con nota di PATTI, *Identità sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito?* (riprodotta in PATTI e WILL, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986, p. 123 ss.); ed è stato, da ultimo, ribadito in Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3758 ss.; in *Giur. cost.*, 2015, p. 2041 ss., con note di FERRARO, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*; e TOMBA, *Il «depotenziamento» dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un «nuovo» riflesso sulle tecniche decisorie?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 582 ss., con nota di CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*; in *Fam. dir.*, 2016, p. 637 ss., con nota di SPANGARO, *Anche la consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico*; in *Dir. fam.*, 2016, p. 20 ss.; in *Genlus*, 1/2016, p. 105 ss., con note di PATTI, *La Corte costituzionale e la «necessità» di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso*; e di COVACCI, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*; e in *BioLaw Journal*, 2016, p. 283 ss., con nota di REALE, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*.

¹⁷ Per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 30 – ed è considerazione di rilievo ai fini del discorso qui svolto sui 'trattamenti di conversione' – «[l']integrità psichica è un aspetto del più ampio valore che è la personalità [...]. Non diversamente dall'intervento sul corpo del soggetto, quello destinato a modificare considerevolmente e permanentemente la psiche, come atto in sé, si giustifica esclusivamente sul fondamento di una complessiva valutazione dello

significato il comma 2 dell'art. 32 Cost. ed il divieto di trattamenti sanitari obbligatori se non per legge, comunque nel rispetto della persona. Ma questa disposizione si arricchisce di ulteriori sfumature di senso, quando è letta in correlazione con il divieto o, meglio, con la 'proibizione' (così la rubrica dell'art. 4 della Carta U.E.) di ogni trattamento 'inumano o degradante'.

Di qui l'opportunità di ribadire – traendo spunto proprio dal dettato legislativo tedesco – che le terapie di conversione sono dalla scienza considerate inutili, se non nocive, e come tali vanno tenute distinte da qualsiasi trattamento medico, cui anzi idealmente si contrappongono.

Il terzo nucleo attorno al quale deve essere intesa una disciplina come quella tedesca si incentra sulla posizione del minore nell'ordinamento e sul suo rapporto coi genitori. Se la Costituzione italiana assicura una ampia quanto generica protezione alla gioventù (art. 31, comma 2, Cost.); e se riconosce ai genitori il diritto-dovere di istruire ed educare i figli (art. 30 Cost.); la posizione giuridica del minore è oggi tutta ispirata al principio della netta preminenza del suo 'interesse superiore'¹⁸, al servizio del suo 'benessere' (art. 24, comma 1 e 2, Carta U.E.). Sennonché, in linea con orientamenti medici, psicologici e antropologici ormai consolidati, il minore non è più un destinatario passivo di tutela: l'esigenza che sia garantito, quanto più possibile, il suo ascolto

stato di salute della persona. Restano fuori da questa prospettiva le attività volte ad incidere sulla formazione socio-culturale, che non abbiano finalità curative e non assumano obiettivamente il valore di trattamento medico. Questi atti e interventi, benché siano nella libera disponibilità e di chi li compie e di chi è destinato a riceverli, per essere giuridicamente meritevoli, devono pur sempre essere rispettosi della persona».

¹⁸ Anche qui la letteratura è ampia e la giurisprudenza, dopo le riforme del biennio 2012-2013, costantemente guidata da tale criterio: cfr., anche per aggiornati riferimenti, SCALISI, *Il superiore interesse del minore, ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.; VALENTE, *Interesse del minore e bigenitorialità vs. legislazione emergenziale: riflessioni sui recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Jus civ.*, 2020, p. 1324 ss.; RENNA, *Affidamento del minore, bigenitorialità e alienazione parentale*, in *Famiglia*, 2020, p. 438 ss.; DEL PRATO, *«Status» di figlio: autoreponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 742 ss.; AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *ivi*, 2021, p. 155 ss.

sulle questioni che lo riguardano ha ora recato con sé l'affermazione inequivoca della necessità che egli, sempre ove possibile, esprima liberamente la propria opinione (artt. 24, comma 1 e 2, Carta U.E. e 315-*bis*, comma 3, c.c.)¹⁹.

Di qui l'esigenza di stabilire, attraverso una valutazione inevitabilmente casistica legata alla concreta situazione fattuale, se un minore possa essere considerato sufficientemente maturo per avviare un percorso di transizione volto alla modifica dei caratteri sessuali, primari o secondari; pur essendo al contempo bisognoso di tutela quando, al contrario, intenda provare a modificare – sia pure ricorrendo a ‘trattamenti’ privi di valore scientifico – una percezione individuale della sessualità che diverge da quella più immediatamente ricollegabile ai propri connotati fisici²⁰.

¹⁹ Torna da ultimo sul tema, con esiti originali, SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, spec. p. 75 ss., il quale rimedita sull'incapacità di agire del minore e sulla sua possibilità di disporre di diritti non patrimoniali, anche alla luce della più recente normativa di derivazione comunitaria.

²⁰ Il tema è stato finora affrontato nella specifica prospettiva della possibilità per il minore di agire giudizialmente per la rettificazione della propria indicazione anagrafica di sesso e per l'autorizzazione al relativo intervento medico-chirurgico: cfr., con varietà di accenti specie in ordine alla necessità del consenso dei genitori, LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, p. 105 ss.; GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 607 ss.; ANGIOLINI, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione di sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 279 ss.; CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, p. 227 s., testo e nota 76; EAD., *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, pp. 1168 s. e 1175 s.; STEFANELLI, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in *Genlus*, 1/2018, p. 17 ss.; GUARINI, *Appunti su «terzo sesso» e identità di genere*, in *Dirittifondamentali.it*, 11 giugno 2019, p. 7 ss.; P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 45 s.; VALONGO, *Transgenderism and Minor Age in Italy*, in *It. Law Journ.*, 2020, p. 285 ss.; Trib. minorenni Potenza, 29 luglio 1993, in *Dir. fam.*, 1993, p. 1199 ss.; in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 299 ss.; e in SCIANCALEPORE e STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002, p. 149 ss.; Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1107 ss., con nota di FAMULARO, *I minori e i diritti della personalità*; Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 253 ss., con nota di SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*; e

Ed è proprio sulla libertà di opinione, tanto del minore quanto del genitore, che s'innesta un altro snodo di riflessione: che attiene alla magmatica rilevanza della più ampia libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e di espressione (art. 11, comma 1, Carta U.E.). Da declinare nella più specifica libertà 'di ricevere o di comunicare [...] idee senza che vi possa essere ingerenza delle autorità pubbliche' (di nuovo art. 11, comma 1, Carta U.E.); e rannodare anche alle libertà di confessione religiosa (art. 8 Cost.), e al diritto di professare qualsiasi fede e di farne propaganda (art. 19 Cost., con il limite segnato dal buon costume). Sicché è del tutto coerente che, per l'art. 10 Carta U.E., 'il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione' sia oggi espresso congiuntamente e al singolare, quasi a mo' di endiadi, e includa 'la libertà di cambiare' non soltanto la religione, ma anche la 'convinzione' personale. Essendo l'Unione Europea impegnata anche al rispetto della diversità culturale e religiosa (art. 22 Carta U.E.)²¹.

Qui gli interrogativi si moltiplicano. E riguardano il punto fino al quale l'ordinamento può consentire che le opinioni personali sfidino i risultati, ancorché fallibili per definizione e dunque sempre rivedibili, conseguiti dalla conoscenza scientifica; in

in *Fam. dir.*, 2012, p. 499 ss., con nota di RUO, *Personae minores di età e cambiamento di identità sessuale*; Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 136 ss.

²¹ Cfr. EVOLA, *Divieto di discriminazione per motivi di religione o di convinzioni personali e Chiesa: la Corte di giustizia tra garanzia di effettività della parità di trattamento e rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri*, in *Dir. fam.*, 2019, p. 1750 ss.; FERRARESI, *Aporie del diritto antidiscriminatorio: il conflitto tra libertà religiosa e manifestazione dell'orientamento sessuale nei rapporti di lavoro*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2019, p. 1177 ss.; COCCO, «*Ius effugendi sepulchrum*». *Disposizioni in favore (della dispersione) dell'anima*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 533 ss.; BRIZZOLARI, *L'educazione religiosa del figlio tra libertà personale del genitore e interesse del minore*, in *Familia*, 2020, p. 241 ss.; MATERA, *L'interazione fra esenzioni religiose e diritti «LGBT» sul luogo di lavoro: nuove traiettorie giudiziarie al crocevia fra narrative plurali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, p. 26 ss.; COLAIANNI, *Trent'anni di laicità (rileggendo la sentenza n. 203 del 1989 e la successiva giurisprudenza costituzionale)*, *ivi*, p. 52 ss.

società, come quelle occidentali, nelle quali oroscopi e cartomanti costituiscono appuntamenti quotidiani per un impensabile numero di cittadini. Anche qualora si assuma che la libertà di opinione non significhi, su questa linea, libertà di convincersi (e farsi convincere) di qualsiasi cosa, resterebbe comunque da chiarire se la libertà di ricerca scientifica non rechi con sé il diritto di offrire ‘trattamenti’ dei quali s’ignora o, peggio, dei quali è già stata esclusa, l’efficacia terapeutica²². E pure pensando all’attuale pandemia e a un dibattito

²² L’assenza di fondamento scientifico vale a segnare un evidente motivo di somiglianza con il caso della «multiterapia Di Bella» e con la vicenda «Stamina», sui quali cfr., tra molti, GLINIANSKI, *Il diritto alla libertà terapeutica negli orientamenti delle magistrature civile, amministrativa e costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 132 ss.; GIUNTA, *Il caso Di Bella: libera sperimentazione terapeutica e responsabilità penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1135 ss.; PICCOCCHI, *Libertà terapeutica e «medicine non convenzionali»: definizione e confini*, in Lenti, Palermo Fabris e Zatti (a cura di), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, p. 289 ss.; FERRARI, *Il diritto alla speranza del paziente legittima la disapplicazione della legge? Principi e responsabilità a confronto in tema di «cure compassionevoli»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1019 ss.; PICCINNI, *Tutela della salute versus libertà di cura? Il «caso Stamina» nella lente deformante dell’urgenza*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 607 ss.; PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *ivi*, 2015, p. 271 ss.; VERONESI, *Al crocevia del «caso Stamina» e dei suoi «problemi costituzionali»*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, p. 91 ss.; BUFFONI, *La «validità» della legge scientifica nel «caso» Stamina*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1549 ss.; CACACE, *A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s’arresta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 109 ss.; CARUSI, *Ippocrate e la «polis». Note in margine al disegno di legge 2801 detto «sul testamento biologico»*, in *Ann. SISDIC*, (1) 2017, p. 219 ss.; Corte cost., 26 maggio 1998, n. 185, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1713 ss.; in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2101 ss.; e in *Giur. it.*, 1999, p. 160 ss., con nota di COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l’effettività della sua tutela nella sperimentazione del «multitrattamento Di Bella»*; Corte cost., 2 aprile 1999, n. 121, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1369 ss.; in *Giur. cost.*, 1999, p. 1015 ss.; e in *Corr. giur.*, 1999, p. 962 ss., con nota di BERTOLISSI, *La Corte costituzionale chiude il «caso Di Bella»?*; Corte cost., 13 giugno 2000, n. 188, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2767 ss.; e in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2518 ss.; Corte cost., 24 luglio 2003, n. 279, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2302 ss.; e in *Foro it.*, 2004, I, c. 371 ss.; Cass., 13 gennaio 2006, n. 520, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 232 ss.; Cass., 22 novembre 2011, n. 24569, in *Foro it.*, 2012, I, c. 810 ss.; e in *Rass. dir. farm.*,

pubblico mai sopito, viene da chiedersi se e fin dove lo Stato debba ‘persuadere’ il cittadino, imponendogli trattamenti sanitari quali i vaccini²³; e, di lì, se debba ‘preservarlo’ da terapie che tali, a livello scientifico, non sono considerate.

Da ultimo, più sullo sfondo ma non privo di corollari sistematici, emerge il tema della libertà di iniziativa economica, che non può svolgersi in contrasto con la libertà e la dignità umana (art. 41, comma 1 e 2, Cost.). Un tema, alla cui luce andrebbe indagato il menzionato divieto tedesco di pubblicizzare, offrire o eseguire attività di intermediazione per i trattamenti di conversione²⁴.

2012, p. 1181 ss.; Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4670 ss., con nota di MANFRELLOTTI, *La disapplicazione in sede cautelare delle norme legislative incostituzionali nel processo amministrativo*; e in *Foro it.*, 2015, I, c. 784 ss.; Cass. pen., 21 aprile 2015, n. 24244, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1523 ss.; Cass. pen., 20 ottobre 2015, n. 46119, in *Foro it.*, 2016, II, c. 255 ss.; e in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 373 ss.

²³ Una prima analisi in GRISI, *Note a caldo sull'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 272 ss.

²⁴ E su ciò spunti di riflessione in Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2622 ss., con nota di ROMBOLI, *In tema di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione*; e *ivi*, 2020, I, c. 466 ss., con nota di PARISI, *La legittimità costituzionale dei reati di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione*; in *Giur. cost.*, 2019, p. 1582 ss., con note di PACE, *Le «escort» di S.B., ma Aspasia e Pericle*; e di MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 1349 ss., con nota di FOLLA, *Legge Merlin: favoreggiamento e reclutamento della prostituzione costituiscono reato anche quando vendere sesso è una scelta libera e consapevole*; in *Giust. pen.*, 2019, I, p. 193 ss.; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1670 ss., con nota di LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*; in *Cass. pen.*, 2019, p. 3845 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1553 ss., con nota di CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?*; e in *Dir. fam.*, 2020, p. 44 ss., con nota di DISALVO, *Attività di prostituzione tra mercato e controllo ordinamentale*. La Corte, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, nn. 4 e 8, l. 20 febbraio 1958, n. 75, nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, osserva che, avuto specifico riguardo all'art. 41, comma 2, Cost., «la

È così che il catalogo di principi, disposizioni e problemi – sin qui tentato senza pretesa di completezza e, soprattutto, di specifico approfondimento – spiega l'interesse dello studioso italiano per la tedesca «Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen»: che riguarda, dunque, una 'materia' davvero magmatica e sensibile. Il provvedimento coglie, evidentemente, un vissuto presente nella società che, al di là del numero dei soggetti da esso toccati in modo diretto, il legislatore tedesco ha avvertito come bisognevole di disciplina. E tale disciplina finisce allora col trovarsi in una *area normativa* peculiare, ubicata com'è *al crocevia* di più ambiti: nei quali rilevano opinioni personali e scienza; religione e credenze; libertà di manifestazione del pensiero e rapporto tra salute e sviluppo autentico dell'individuo; diritto del singolo all'autodeterminazione e potere dello Stato di incidere sulla vita del cittadino; diritto del minore ad autodeterminarsi e diritto dei genitori ad educarlo.

Se anche l'algida neutralità del linguaggio tecnico utilizzato dal legislatore tedesco non lo enfatizza, l'interprete italiano – educato

compressione delle possibilità di sviluppo dell'attività di prostituzione che deriva dalle norme censurate è strumentale al perseguimento di obiettivi che [...] si identificano [...] tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana [...]. Anche nell'attuale momento storico, quando pure non si sia al cospetto di vere e proprie forme di prostituzione forzata, la scelta di "vendere sesso" trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali [...]. In questa materia, la linea di confine tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida già sul piano teorico ... e, correlativamente, di problematica verifica sul piano processuale, tramite un accertamento *ex post* affidato alla giurisdizione penale [...]. Riguardo, poi, alla concorrente finalità di tutela della dignità umana, è incontestabile che, nella cornice della previsione dell'art. 41, comma 2, Cost., il concetto di "dignità" vada inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della "dignità soggettiva", quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore. E, dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, un'attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente».

da anni di intenso dibattito²⁵ – individua agevolmente nella persona il *concetto forte*, sul quale s’impernia questa disciplina.

4. *Identità personale e ‘auto-percezione’ di sé.*

In un caleidoscopio tanto ricco di riferimenti, uno dei còmpiti del civilista che voglia dirsi europeo – assunta la categoria del *dialogo*, quale ‘struttura privilegiata del *comprendere*’, ad approccio metodico – è ricercare soluzioni ricostruttive che assecondino il progressivo indebolimento della nazionalità del diritto civile²⁶. Anche in questo senso si può guardare al

²⁵ Per l’«affermarsi di un concetto forte di Persona» è sufficiente rinviare a VETTORI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, p. 15, il quale (p. 3) espone altresì l’idea per la quale, nella seconda metà del ‘900, con «l’espandersi progressivo dei diritti politici», si sia andata costruendo «una concezione nuova, secondo la quale la persona, come tale, deve essere depositaria di alcuni diritti fondamentali» e «l’uomo acquisisce una centralità che l’ordinamento deve riconoscere e garantire con grado superiore alle stesse leggi ordinarie». Che la persona costituisca un «valore giuridico» fondante dell’ordinamento, e che esso abbia «carattere di generalità», è affermazione diffusa già da MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, spec. p. 366 ss. Tanto che, appunto in ragione di tale ruolo di «valore», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 7, sottolinea la necessità di attribuire alla persona «rilevanza non soltanto nel momento processuale – cioè nei rimedi ai quali ricorrere per la cessazione dell’attività lesiva, per la reintegrazione in forma specifica, per l’accertamento, per il risarcimento –, quanto soprattutto nella valutazione sostanziale dell’interesse destinato a modificare, dall’interno, la funzione degli istituti giuridici».

²⁶ Così, quasi alla lettera, BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, Messina, 4-7 giugno 2002, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1294 s.; e ora in ID., *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, pp. 76-77, il quale aggiunge che è necessario assumere «la categoria del *dialogo* non come cultura *politica*, oggi assai diffusa, assunta a civile strumento di soluzione di conflitti sociali, etnici, ideologici, ma più tecnicamente come approccio metodico dello studioso, in specie del civilista attuale». Con specifico riferimento all’impiego di tale approccio per comprendere il diritto privato europeo, cfr. anche ID., *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1 ss.; e in Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova*

provvedimento legislativo tedesco in materia di trattamenti di conversione: il quale suggerisce una precisa chiave di lettura.

In esso torna, e più volte [nel § 1.(1), nel § 1.(3) e nel § 4.(2)], il testuale riferimento alla «identità di genere auto-percepita» e alla «identità sessuale percepita»²⁷. Dove gli aggettivi, qualificando in misura decisiva e caratterizzante il sostantivo, ne indicano una accezione feconda.

Europa, Atti del Convegno internazionale di studio, Messina, 28-30 settembre 2005, Milano, 2007, p. 187 ss.

²⁷ Non si tratta di una novità nella cultura e nel linguaggio giuridici tedeschi. Il riferimento alla percezione di sé ha infatti condotto la Corte costituzionale tedesca a riconoscere la necessità di proteggere dalle discriminazioni anche l'identità di genere di coloro che non possono essere assegnati in modo permanente al sesso maschile o femminile: cfr. BVerfG, 10 ottobre 2017, n. 1 BvR 2019/16, in *FamRZ*, 2017, p. 2046 ss., con nota di HELMS; in *NZFam*, 2017, p. 1141 ss., con nota di B. FRIE; *ivi*, 2018, p. 1 ss., con nota di MÄRKER, *Drittes Geschlecht? Quo vadis Bundesverfassungsgericht?*; in *BverfGE*, (147) 2018, p. 1 ss.; e in *Jura*, 2018, p. 154 ss., con nota di MUCKEL, *Beschränkung des Geschlechtseintrags auf «männlich» oder «weiblich» im Personenstandsregister verfassungswidrig*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del § 22, ult. co., della «legge sullo stato civile» del 19 febbraio 2007 («Personenstandsgesetz» - PStG), nella parte in cui consentiva l'iscrizione nel registro delle nascite senza l'indicazione di sesso o con l'indicazione «diverso» esclusivamente quando «il bambino non può essere assegnato né al sesso femminile né al sesso maschile» («Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe "divers" in das Geburtenregister eingetragen werden»). Tale previsione è stata considerata contraria al principio di eguaglianza, perché non consentiva analoghe possibilità a qualunque individuo, nonostante chi lo desidera debba poter accedere ad uno spazio anagrafico neutrale non riconducibile al binomio uomo/donna. In Italia, la decisione è stata ampiamente analizzata da BRUNETTA D'USSEAUX, *La Corte costituzionale tedesca dichiara l'illegittimità della legge sullo stato civile*, in *www.articolo29.it*, 27 novembre 2017, p. 1 ss.; BRUNETTA D'USSEAUX e FERRARI, *La condizione intersessuale dalla «normalizzazione» alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca*, in *GenLus*, 2/2018, p. 125 ss.; AZZARRI, *Identità sessuale e stato civile*, cit., pp. 429-437; GRISI, *Sesso e genere*, cit., p. 256 s.; GUARINI, *op. cit.*, p. 1 ss.; RIZZUTI, *Soggettività e identità di genere*, in Bilotta e Raimondi (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, p. 151, nota 34.

La storia del modo in cui è stato inteso il diritto della personalità²⁸, che si designa tradizionalmente come *diritto all'identità personale*, lascia individuare una doppia direttrice. La prima²⁹ distingue un'accezione pubblicistica, che evoca il complesso delle risultanze anagrafiche, o contenute in pubblici registri, necessarie per distinguere il soggetto dagli altri nei rapporti con la pubblica amministrazione; da un'accezione che del soggetto offre una rappresentazione diversa e più ampia, in grado di cogliere il complesso delle idee, delle attività e delle posizioni professionali, e prima ancora delle convinzioni culturali, ideologiche, religiose, sociali³⁰.

Ma in quest'ultima accezione, che è ovviamente quella che qui interessa, un'altra, più sottile direttrice di indagine consente di

²⁸ Cfr. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, IV, Milano, 1982, p. 1 ss.; MESSINETTI, *op. cit.*, p. 355 ss.; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, p. 35 ss.; RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1993, p. 2 s.; COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2000, p. 15 ss.; C. PERLINGIERI, *I diritti della personalità nel fenomeno associativo*, Napoli, 2002, p. 1 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 75 ss.; THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 513 ss.; ID., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, p. 15 ss.; P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 1 ss.; ALPA, *op. cit.*, p. 11 ss.

²⁹ Cfr. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, p. 17 ss.; NATOLI, *Sul diritto all'identità personale. Riflessioni introduttive*, in *Dir. inf.*, 1985, p. 561 ss.; e in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, p. 421 ss.; ZENOVICH, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 294-303; PINO, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, p. 44 ss.; ID., *L'identità personale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e P. Zatti, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di Rodotà e Tallacchini, Milano, 2010, pp. 297 ss., spec. 300 s.; LIVI, *Il diritto al nome nel prisma dell'identità personale*, Torino, 2012, p. 1 ss.; COCUCCIO, *Il diritto all'identità personale e l'identità digitale*, in *Dir. fam.*, 2016, p. 949 ss.; MARTONI, *op. cit.*, p. 180.

³⁰ MARTONI, *op. cit.*, pp. 180 e 185, sulla scia di Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, cit.

disgiungere e isolare l'identità personale, intesa quale proiezione del soggetto nella rappresentazione che altri ne facciano o ne abbiano³¹, dall'identità personale intesa come percezione di sé³².

Senza andare alla ricerca di *slogan* o motti efficaci, si può dire che il diritto all'identità personale sia nato – nella giurisprudenza e negli studiosi che per primi lo hanno censito – come diritto *di essere visti quali si è*: a tutela dell'interesse della persona, in una società che si apriva sempre più esponenzialmente alla

³¹ Visione compendiata nell'insegnamento istituzionale: cfr., a titolo meramente esemplificativo, TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*²⁴, a cura di Anelli e Granelli, Milano, 2019, p. 148; NIVARRA, RICCIUTO e SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*⁵, Torino, 2019, p. 171; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*¹⁰, ed., Napoli, 2021, p. 205 ss. In giurisprudenza, non si discosta da questa concezione, quando sottolinea che il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini è funzionale all'affermazione della sua identità personale, collegandola al modo con il quale egli si proietta nella rappresentazione altrui, Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477 ss., con note di CASABURI; LIPARI, *Giudice legislatore*; e AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 618 ss., con nota di BUGETTI, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni unite*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 740 ss., con nota di DI MARZIO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*; e in *Dir. fam.*, 2018, p. 413 ss., con nota di MINEO, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale*.

³² Per CERRI, *op. cit.*, p. 6, vi sono «pretese di tutela della identità personale» che «attengono allo svolgimento della personalità da un punto di vista più intrinseco ed a prescindere dall'opinione dei terzi». Similmente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁹, Napoli, 2019, p. 179 s.; A. BARBA, *I soggetti di diritto*, in *Diritto privato*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2020, p. 148 s.; nonché MARTONI, *op. cit.*, p. 182, che parla di «identità personale autorappresentativa», quale «insieme delle tracce o testimonianze che il soggetto lascia di sé nella [nelle] società in cui compare». «L'identità» – segnala da ultimo ALPA, *op. cit.*, p. 20, pur invertendo l'ordine dell'affermazione storica dei profili – «è un io sfaccettato, che si presenta uno e triplice: l'io in quanto tale, cioè l'individuo come si percepisce e come si pone nell'essere se stesso; l'io come si proietta all'esterno e come si costruisce per gli altri; l'io come viene percepito all'esterno, dagli altri, che costruiscono la sua identità sulla base della loro cultura e delle regole sociali». E sottolinea (p. 297) che l'uomo è destinato ad essere identificato «per quel che sente di essere, per quel che vuole apparire, per quel che la società gli impone di essere».

rappresentazione e all'immagine dell'individuo, ad essere ritratto e, appunto, percepito in un modo corrispondente al proprio modo di essere. Si può forse dire che in questa fase l'accento del diritto all'identità personale cadesse sul momento della rappresentazione esteriore che si proponeva del soggetto: quella 'proiezione' nel rapporto con gli altri che, inevitabilmente, finiva con l'annettere rilevanza più alla sfera esterna del modo di apparire, che non al contenuto intrinseco del modo di essere. Ulteriormente semplificando, più all'apparire per gli altri, e all'essere percepiti dagli altri, che non all'essere per se stessi.

In una seconda fase, più matura, e che forse è già logicamente, oltre che cronologicamente, successiva, l'accento della riflessione si è spostato sul contenuto del modo di essere della persona. Dal diritto di essere visti dagli altri quali si è, dunque, al diritto del singolo, di ciascun singolo nella sua unicità, *ad essere considerato come sente di essere*.

La legge tedesca compie, in questa parabola, un passo inequivoco. Perché attribuisce rilevanza positiva proprio alla *autopercezione* del modo di essere del singolo.

Se – come detto (*retro*, § 2) – 'di conversione' è definito il trattamento che persegua l'obiettivo della modifica o della repressione di un orientamento sessuale e, più in generale, dell'identità di genere, la specificazione dell'aggettivo, che tale identità qualifica come 'auto-percepita', diviene decisiva. Tanto che il prefisso 'auto-', che compare nei §§ 1.(1) e 4.(1), si scioglie poi, anche semanticamente, nella 'identità sessuale percepita da una persona' del § 1.(3): dove quella persona è, come ovvio, il titolare del diritto.

In questo modo, continua senz'altro a rilevare la proiezione esterna della personalità: ma l'attenzione si sposta sulla sfera interna, cioè sul modo di essere del soggetto rappresentato; il quale, anzi, diviene l'unico legittimato a fissare il parametro alla stregua del quale valutare e stabilire se vi sia coerenza tra ciò che del singolo viene proiettato all'esterno, e così colto nella dimensione

sociale del suo essere, e ciò che il singolo davvero è³³. Come altrimenti intendere la rilevanza del percepirsi da sé?

Il mutamento, per quanto sottile, rischia di essere per il mondo del diritto – che per definizione scandisce e definisce, vivendo di e nella oggettività³⁴ – epocale.

Non è un caso che tale processo si lasci cogliere con evidenza con riferimento all'identità di genere e sessuale: perché gli ultimi decenni, e in particolare quelli del nuovo millennio, hanno portato, proprio nella sfera della sessualità, una mutevolezza ed una fluidità – fermata, per quanto possibile, dal nascere e dal progressivo arricchirsi degli acronimi, da 'LGBT' a 'LGBTQ', 'LGBTQI' e 'LGBT+'³⁵ – che il secolo breve, se non ignorava, con ogni probabilità non aveva gli strumenti (sociali, culturali, in parte scientifici e psicologici, ma anche giuridici e amministrativi) per categorizzare in modo compiuto.

L'ulteriore tappa di questo percorso, e i delicati problemi che essa pone al diritto, in specie al diritto civile, sono stati preannunciati dagli studiosi più sensibili e precursori³⁶.

³³ Cfr. PINO, *Il diritto all'identità personale*, cit., p. 15 ss.; ID., *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali, in Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, I, Milano, 2006, p. 257 ss.; ALPA, *op. cit.*, p. 155 ss.

³⁴ Cfr. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, spec. p. 129 ss.; ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, p. 1 ss.

³⁵ Cfr. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 292; ALPA, *op. cit.*, p. 79 ss. Sulla «LGBT society», aggiornati riferimenti sono offerti da GRISI, *op. ult. cit.*, p. 290, testo e nota 138; DI BARI, *Democrazia diretta e diritti delle persone LGBT. Una prospettiva comparata*, in *GenIus*, 1/2020, p. 12 ss.; e ora, in chiave più generale, da DE LEO, *Queer. Storia culturale della comunità LGBT+*, Torino, 2021, *passim*, che tra l'altro sottolinea (p. IX) «la consapevolezza del carattere precario e artificiale delle nostre convenzioni in materia di genere e sessualità» e, al contempo, «la complessità delle esperienze che sfuggono e resistono a queste convinzioni»; nonché la «pluralità degli elementi, delle pressioni, degli sguardi che tracciano i perimetri sempre instabili della comunità LGBT+».

³⁶ Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 298 ss., spec. 310, che segnala «il rapporto che si istituisce tra integrità della persona e articolazione dell'identità».

La sfera della rappresentazione sociale, da cui l'identità proviene, è destinata a rimanere sullo sfondo del discorso. Il cui nucleo principale non ruota più, soltanto, intorno alla aspirazione del soggetto ad essere considerato dagli altri quale egli sente di essere; ma si incentra sul diritto della persona *ad essere ciò che sente di essere*.

Si riempie così di significato una formula affascinante che, altrimenti, rischia di rimanere evocativa: quella del diritto di essere se stessi³⁷.

Se ragionando d'identità, infatti, si attribuisce rilevanza principale alla sfera interna, cioè a quella che dipende dal sentire del titolare del diritto, è coerente ed inevitabile affermare la centralità della scelta del singolo. Anche l'identità, così, diviene un «fatto di decisioni» del soggetto³⁸.

³⁷ L'espressione, che dà il titolo e conclude il recente studio di ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, cit., p. 298, è diffusa ed è utilizzata, ad esempio, da Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3137 ss., con nota di CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafroditismo?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1068 s., con note di AMRAM e PATTI, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 1349 ss., con nota di BARTOLINI, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione «costituzionalmente orientata»*; in *Dir. fam.*, 2015, p. 1261 ss., con nota di CAVANA, *Mutamento di sesso o di genere? Gli equivoci di una sentenza*; in *Giur. it.*, 2016, pp. 68 ss., con nota di ATTADEMO, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*; in *Famiglia*, 2016, p. 135 ss.; con nota di ANGIOLINI, *La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei giudici di legittimità*; e in *Not.*, 2016, p. 129 ss., con nota di MARMOCCHI, *Identità di genere, identità personale e identificabilità*, al fine di consentire la rettificazione dell'indicazione anagrafica di sesso anche in assenza di un intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari. È significativo che *Il diritto d'essere se stessi* sia altresì il titolo di un saggio monografico di BELLINI, il cui sottotitolo (*Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, 2007) mostra tuttavia il diverso ambito in cui si svolge quella riflessione, rivelando, contestualmente, che l'affermazione della identità personale è ormai sempre più collegata alla percezione individuale e non alla rappresentazione esteriore di sé.

³⁸ È la nota prospettiva – ripresa da RODOTÀ, *op. cit.*, *passim*, specie p. 299, nota 2 – proposta da REMOTTI, *Contro l'identità*⁶, Roma-Bari, 2012, p. 6, per la quale l'identità «non inerisce all'essenza di un oggetto; dipende invece dalle nostre decisioni. L'identità è un fatto di decisioni. E se è un fatto di decisioni,

E pure in questo delicato campo del diritto privato, che nella logica ottocentesca e di buona parte del '900 era tutto incentrato sulla oggettività di un dato anagrafico pressoché imm modificabile, il concetto di autodeterminazione si sviluppa e diviene decisivo³⁹.

I corollari di questa impostazione possono essere dirompenti.

Perché nel momento in cui il diritto all'identità viene fatto dipendere dalla scelta del singolo, e quindi dal suo più profondo sentire, l'ulteriore sviluppo del percorso si coglie considerando una caratteristica non a caso messa sempre più in evidenza: che attiene alla intrinseca, fisiologica mutevolezza di quel sentire, e dunque delle convinzioni, delle opinioni e degli orientamenti personali, suscettibili di evolversi nel tempo. Sicché davvero l'identità diverrebbe «un processo»⁴⁰ in continuo, ininterrotto divenire.

occorrerà abbandonare la visione essenzialista e fissista dell'identità, per adottarne invece una di tipo convenzionalistico».

³⁹ Di una sessualità intesa come «libera scelta di vivere e sentire la propria vita secondo il modo in cui ogni uomo intende e costruisce se stesso» discorre MESSINETTI, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 200. Dedicando un ampio capitolo alla «Autodeterminazione», RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 250 ss., spec. 292, fa riferimento al «modo in cui ciascuno costruisce liberamente la propria personalità, definendo autonomamente la propria identità sessuale, con un esercizio di autodeterminazione che investe le relazioni personali e affettive, definendo anche la posizione sociale». SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, p. 123, registra la diffusione della «idea di un diritto all'identità sessuale fondato sull'autodeterminazione personale». Sulle ragioni della «esaltazione dell'autodeterminazione», e sulle relative ripercussioni nel mondo giuridico, v. GRISI, *op. ult. cit.*, pp. 285 ss., spec. 286, ove anche la ponderata riflessione sulla «via esclusivamente privatistica» – come ha proposto di definirla BILOTTA, *Transsessualismo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, VIII, Torino, 2013, p. 738 – all'identità sessuale, cioè ad una «via alla sovranità dell'autodeterminazione nella sfera sessuale»: che tuttavia, «quale espressione di assolutismo individualista, con l'ordito costituzionale non è in sintonia».

⁴⁰ Per RODOTÀ, *op. cit.*, p. 306, «l'identità si conferma come un processo, che tuttavia non opera solo per accumulazione, ma pure per selezione, per eliminazioni o per un provvisorio mettere tra parentesi dati che ci riguardano». E in *Id.*, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, p. 128, scrive che il «carattere costitutivo dell'identità» è «il mutamento, la sua costruzione continua, la compresenza di identità molteplici».

Di qui l'idea della identità, e della identità di genere in particolare, come di un diritto *a divenire ciò che la persona sente di essere*.

Al di là – lo si ripete – degli *slogan*, ad una simile ricostruzione si accompagnano, com'è evidente, molteplici interrogativi. Ma il problema di fondo può dirsi unico: ed è verificare se, e stabilire come, il diritto possa o debba inseguire tale mutevolezza, se del caso indirizzandola, eventualmente catalogandola.

Una volta riconosciuto un ruolo nodale, nel sistema, al principio di autodeterminazione (che nella legge tedesca sui trattamenti di conversione è espresso nella richiamata 'autopercezione'), l'ordinamento si trova dinanzi ad un bivio: dotarsi degli strumenti concettuali e pratici per regolare e registrare tali cambiamenti; oppure abdicare al ruolo di censire sempre e comunque, specie nei registri dello stato civile, alcune caratteristiche della persona⁴¹.

È esattamente in questa prospettiva che si è già posto, ed è stato affrontato anche dalla giurisprudenza, il tema dell'«interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nell'identificazione dei generi sessuali»⁴². L'autodeterminazione del singolo, in altre parole, se consentita e garantita in modo pieno ed assoluto, tanto da non essere subordinata ad alcun vaglio giudiziale⁴³, entrerebbe inevitabilmente in conflitto con le esigenze di certezza circa lo stato

⁴¹ L'interrogativo è posto, in riferimento ad una «società “post-sessuale”», in RIZZUTI, *op. cit.*, p. 152, testo e nota 36, con il riferimento ad alcune opzioni proposte dal BVerfG, 10 ottobre 2017, n. 1 BvR 2019/16, cit., tra le quali «la cancellazione *tout court* del sesso dallo stato civile». AZZARRI, *Diritti della persona e interventi delle Corti*, cit., p. 32, si limita, invece, ad evidenziare che un'integrale affermazione del principio personalista imporrebbe di concedere la rettificazione dell'indicazione anagrafica di sesso anche in assenza di modificazioni ai caratteri sessuali secondari, posto che l'imposizione di queste ultime potrebbe tradursi in una violazione del diritto alla salute del richiedente.

⁴² Così Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, cit.; sul tema, diffusamente, GRISI, *op. ult. cit.*, p. 293 ss., con attenzione particolare all'esigenza di «bilanciamento degli interessi in gioco».

⁴³ Ma per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., p. 34, «anche la libertà di autodeterminarsi in materia di salute non può non conformarsi a un controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti».

civile dei soggetti ed i rapporti giuridici, e di lì con la tutela dei terzi⁴⁴.

Di modo che desideri e aspirazioni dell'individuo finiscono per contrapporsi alle esigenze della collettività; e ove una scelta politica decida di tutelare gli uni, le altre simmetricamente arretrano.

In una prospettiva più ampia, allora, anche la legge tedesca che disciplina, per lo più vietandoli, i trattamenti di conversione si inserisce a pieno nella riflessione su di un tema, ed è anzi manifestazione di un dubbio di fondo, reso ancora più chiaro dal tempo della pandemia. Un interrogativo che, proprio per questo, non può dirsi limitato entro i confini di uno Stato o di un ordinamento, ma attraversa l'Europa e la sua cultura giuridica comune perché caratterizza l'intera nostra epoca: «se la vita appartenga soltanto all'individuo o anche alla comunità»⁴⁵.

A proposito del dibattito sulla possibilità di rendere obbligatorio per legge un trattamento sanitario quale la vaccinazione anti-Covid 19, è di nuovo emerso il contrasto tra le scelte individuali ed il bene della collettività: e così, «se la vita appartiene solo all'individuo, è questi che decide se osservare o meno le misure restrittive, o se vaccinarsi oppure no. Ma se la vita appartiene anche alla comunità, si possono introdurre degli obblighi»⁴⁶.

Allo stesso modo, sebbene forse in termini meno drammaticamente urgenti, quella contrapposizione e l'interrogativo che la traduce si pongono con riguardo al tema dell'identità di genere⁴⁷. Se la vita, o dovrebbe soltanto aggiungersi se *il modo di vivere* di ciascuno, e dunque *di essere nella propria vita*, appartiene soltanto al singolo, allora l'ordinamento è chiamato a fare tutto quanto possibile per assecondarlo. Ma se il modo di vivere e di essere nel mondo del singolo è, in una qualche misura, anche della

⁴⁴ Cfr. AZZARRI, *Identità sessuale e stato civile*, cit., p. 419 ss.; RIZZUTI, *op. cit.*, specie pp. 147, 149 e 151.

⁴⁵ Il tema è suggerito in una risposta resa da Natalino Irti nell'intervista pubblicata da *La verità* il 20 aprile 2021, p. 8.

⁴⁶ Così, ancora, su *La verità* del 20 aprile 2021, p. 8.

⁴⁷ L'interrogativo in ALPA, *op. cit.*, p. 17, è: «Ogni individuo è padrone della sua identità?».

società in cui il singolo vive, allora l'ordinamento, e il diritto in generale, sono chiamati al bilanciamento degli interessi.

Un bilanciamento di certo non semplice, ma al quale né il legislatore, né tanto meno il giudice possono sottrarsi.

5. *Riflessi di diritto europeo.*

Poiché dà risposta ad un problema che può dirsi universale, viene da chiedersi la ragione per la quale sia stata la Germania a dotarsi, prima tra i Paesi europei, di una legge sui trattamenti di conversione⁴⁸.

Una risposta – in parte la si è anticipata – è che la sensibilità di quel sistema per il tema era evidentemente pronta e matura: come dimostrano altri interventi legislativi e i menzionati, significativi arresti giurisprudenziali costituzionali⁴⁹. Ed è una risposta che attiene alla storia della cultura giuridica.

⁴⁸ Sebbene cronologicamente anteriore alla KonvBG, la «Legge per l'affermazione dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere e dell'espressione di genere» («*Affirmation of Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression Act*» - Act LV/2016), approvata a Malta il 9 dicembre 2016 (e ora reperibile anche in appendice al volume *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 279 s.), non può essere con la prima posta utilmente a confronto. Pur vietando, infatti, i trattamenti di conversione, il provvedimento normativo maltese esclude dal proprio ambito di operatività: «eventuali servizi e/o interventi relativi all'esplorazione e/o al libero sviluppo di una persona e/o all'affermazione della propria identità ... tramite consulenza, servizi psicoterapeutici e/o servizi simili» («*any services and, or interventions related to the exploration and, or free development of a person and, or affirmation of one's identity ... through counselling, psychotherapeutic services and, or similar services*»); «qualsiasi servizio sanitario relativo al libero sviluppo e/o all'affermazione della propria identità di genere e/o espressione di genere di una persona» («*any healthcare service related to the free development and, or affirmation of one's gender identity and, or gender expression of a person*»); nonché «qualsiasi servizio sanitario legato alla cura di un disturbo mentale» («*any healthcare service related to the treatment of a mental disorder*»). La legislazione maltese, quindi, lascia piena libertà di ricorrere a trattamenti che, in Germania, sono senz'altro vietati o che comunque, se eseguiti su un maggiorenne, sono subordinati alla manifestazione di un consenso informato, che esige una preliminare valutazione di effettiva opportunità.

⁴⁹ Per un panorama completo v. F. AZZARRI, *op. ult. cit.*, pp. 420 e 429, testo e nota 38. Tra gli interventi legislativi si segnala, per la vicinanza col tema qui

Un'altra, che si può solo ipotizzare e prudentemente proporre soltanto a mo' di suggestione, tocca invece la Storia, di quel Paese e della sua società. *Vergangenheitsbewältigung* è parola, nata negli anni '50 del secolo scorso e il cui uso si è diffuso un ventennio più tardi, che indica, alla lettera, il confronto con il passato; ma che nel significato ha con sé l'aspettativa di andare oltre il passato, e superarlo⁵⁰.

Nella profonda e dolente rilettura del nazionalsocialismo, com'è noto, tale confronto e la connessa «memoria delle responsabilità storiche» sono divenuti «parte della vita di ogni giorno», «onnipresent[i] nei programmi scolastici, nelle terze pagine dei giornali, nei dibattiti televisivi» tedeschi, addirittura accentuati dopo la riunificazione con la Germania Orientale⁵¹.

E allora non si può escludere che la legge entrata in vigore il 24 giugno 2020 sia stata, non soltanto metaforicamente, il modo di una Nazione di fare i conti con uno specifico aspetto del proprio più tragico passato. Quello che ha consentito agli storici di parlare di un «ordine sessuale» del nazionalsocialismo⁵²: ispirato al principio della fertilità al servizio dell'accrescimento numerico della famiglia tedesca; volgendo a tale obiettivo la lotta all'aborto e al lavoro femminile, l'adozione di misure incentivanti la gravidanza e di sanzioni per combattere l'assenza di fecondità; giungendo perfino a promuovere, qualcuno, l'abolizione della monogamia⁵³. Ed è superfluo spiegare come in tale disegno rientrasse anche la lotta all'omosessualità⁵⁴.

trattato, la riforma dello stato civile del 7 maggio 2013 [«*Gesetz zur Änderung personenstandrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG)*»], introdotta per offrire tutela ai neonati con caratteri sessuali sia maschili sia femminili (gli «*intersexuelle Kinder*»).

⁵⁰ Cfr. VANNUCCINI e PEDRAZZI, *Piccolo viaggio nell'anima tedesca* (2004), Milano, 2021, p. 64.

⁵¹ VANNUCCINI e PEDRAZZI, *op. loc. cit.*

⁵² CHAPETOUT, *La rivoluzione culturale nazista*, Roma-Bari, 2017, *passim* e soprattutto, per quel che qui interessa, il cap. 8 su «L'ordine sessuale. Riproduzione, monogamia e poligamia sotto il Terzo Reich».

⁵³ CHAPETOUT, *op. loc. cit.*

⁵⁴ CHAPETOUT, *op. loc. cit.*

Ma quale che sia la ragione storico-sociale, anche inespressa o inconsapevole, che sta dietro l'innovativo intervento del legislatore tedesco, non v'è dubbio che esso sia tra quelli in grado di caratterizzare in senso più ampio l'ordinamento. Non, come ovvio e come sarebbe banale ragionare, per la quantità di applicazioni delle disposizioni di cui si tratta, ma per il significato sistematico che la relativa vigenza è destinata ad assumere.

Al di là, quindi, di alcune mirate critiche, che pure al tenore letterale e alle scelte tecniche adottate dal legislatore tedesco possono essere indirizzate⁵⁵, l'interprete italiano ed europeo ha il compito di ricercare il senso di fondo e più profondo dell'introduzione di una disciplina come questa.

A chi scrive queste pagine, la «*Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen*» pare, in generale, un apprezzabile esempio di come un legislatore del primo scorcio del terzo millennio possa e debba legiferare in ordine ad un tema delicato, che tocca trasversalmente tutti gli «esseri umani» (così menzionati nel § 1), involgendo scelte tra le più intime. Ciò che il Parlamento tedesco ha fatto con un linguaggio tecnico, che evidentemente traduce una lettura del fenomeno e una impostazione teorica, scevri, per un verso, da pregiudizi e preconcetti; per l'altro, dal facile e dannoso paternalismo di certi interventi italiani ed europei.

L'insieme, pur eterogeneo, degli strumenti giuridici utilizzati ha finito col dare vita ad un intervento che mostra di perseguire una specifica finalità: che, al di là delle diverse impostazioni culturali e dei pur vari angoli di osservazione, risulta condivisibile. Intesa nel suo complesso, e dunque considerando la duplice disciplina riservata ai minori ed ai maggiorenni (§ 2), insieme con le disposizioni per così dire di corredo (§§ 3-6), inquadrate nel preciso ambito applicativo (§ 1) di cui s'è detto, la legge sui trattamenti di conversione risulta chiaramente volta a *conservare* all'individuo *un preciso potere di scelta e di autodeterminazione*: quello sulla propria più matura identità sessuale. Tale tutela, in altre parole, intende garantire al maggiorenne la persistente, ininterrotta

⁵⁵ Cfr. VENTURELLI, «Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso, cit., p. 324 s.; CACACE, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, cit., pp. 154-156.

possibilità di scegliere, in piena autonomia ed in ogni momento, il proprio orientamento sessuale. Ma nel rispetto della più ampia libertà – di opinione, di espressione, di maturazione delle idee – al cittadino consapevole non è impedito, in assoluto, di sottoporsi anche a pratiche inutili, o anche potenzialmente nocive, qualora egli lo desideri. Ed in ciò sta l'apprezzata astensione da ogni paternalismo.

Per il minore, la finalità, per così dire, conservativa voluta dalla disciplina pare ancora più evidente. Perché con il divieto, qui sì assoluto, di eseguire i trattamenti in esame l'obiettivo è, appunto, preservare, nel soggetto non ancora maturo, la possibilità di scegliere. Il divieto intende, cioè, conservare al minore – per il momento in cui si sarà dotato di strumenti più adeguati di comprensione della realtà e di se stesso, ed avrà quindi acquisito una maggiore consapevolezza – una significativa *potenzialità*: la possibilità di costruire, o forse sarebbe da dire di impostare, liberamente, il proprio futuro percorso⁵⁶. In modo che, al riparo da coercizioni fisiche, da coazioni psicologiche, da condizionamenti ambientali, familiari o socio-culturali, lo sviluppo della persona, in specie sotto i profili della integrità psichica e della percezione della sfera sessuale, possa davvero assecondare il più autentico e genuino modo di essere di ciascuno⁵⁷.

⁵⁶ Pare così generalizzabile la posizione espressa, con riferimento ai problemi che il diritto è chiamato a fronteggiare con riguardo al «corpo» umano, da E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari 2008, p. 79: «nelle scelte fondamentali dove la vita ritorna con la sua insopprimibilità, con la sua libertà, se proprio bisogna regolare, il diritto non potrà escludere possibilità. Dove si tratta di scelta dovrà consentire che la scelta sia possibile». E poco oltre: «Il codice del diritto è quello del *saving chances*, del salvare ogni possibilità non tanto in nome di un'astratta libertà, ma in nome di un *perseverare in esse suo*». E v. ora G. ALPA, *op. cit.*, p. 15, secondo cui «l'identità non è più costruita nel passato di ciascun uomo, ma guarda il presente e il futuro, e diventa una *scelta* e un'opportunità».

⁵⁷ Ricostruita in tal modo, la KonvBG si pone in chiara continuità con la già menzionata PStRÄndG del 2013 e, soprattutto, con l'intervento chiarificatore di BVerfG, 10 ottobre 2017, n. 1 BvR 2019/16, cit. Qualora, infatti, si ammetta che alcuni individui non possano essere associati con certezza né al sesso maschile né a quello femminile e debbano, per questo motivo, avere un'indicazione sessuale «neutra», è ragionevole chiedersi – come fa AZZARRI, *op. ult. cit.*, p. 420 – se non sia giunto il momento per escludere *tout court* che gli atti di stato

In questa prospettiva, la conservazione dell'integrità della sfera di autonomia, valutativa e decisionale, mira evidentemente a proteggere un'identità in divenire⁵⁸, e con essa l'autenticità del patrimonio di pensieri, opinioni e convincimenti personali. E in tal senso può quindi dirsi che la legge abbia un fine strumentale e propedeutico all'esercizio pieno, da parte del cittadino, dei propri diritti della personalità⁵⁹.

civile indichino il sesso o, comunque, per consentirne una rettificazione indipendentemente dalle modifiche dei caratteri sessuali primari o secondari, in ragione dell'esigenza di «preservare sia il diritto all'integrità fisica sia il diritto all'autodeterminazione e al libero sviluppo della personalità». La KonvBG e la PStRÄndG, in altri termini, mirerebbero entrambe a garantire all'individuo *la possibilità di assumere decisioni su aspetti fondamentali della propria personalità*, rinviandole al momento in cui egli abbia conseguito un'autonomia consapevole. Ciò che corrisponde, di nuovo, alla ricostruzione che lo stesso AZZARRI, *op. ult. cit.*, p. 447 s., propone (sulla scia di RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007, p. 22): «[s]olo il contatto con la giuridicità ... consente all'autonomia individuale di estendersi a tutte le aree rilevanti per la costruzione della personalità, preservandola, allo stesso tempo, dagli ostacoli che potrebbero impedirne o renderne difficile l'esercizio».

⁵⁸ In questo senso CACACE, *op. ult. cit.*, p. 169, per la quale «la potenziale nocività» dei trattamenti di conversione «è acuita in un momento in cui la personalità e l'identità sessuale sono ancora in fase di definizione ed evoluzione».

⁵⁹ Di qui una significativa differenza rispetto alla «*Proposition de loi interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne*», approvata dall'*Assemblée nationale* francese il 25 gennaio 2022, quando questo scritto era già in bozze. Mi limito qui a segnalare che la sua portata precettiva si esaurisce nell'introduzione di un nuovo art. 225-4-13 *code pénal*, volto a reprimere «*les pratiques, les comportements ou les propos répétés visant à modifier ou à réprimer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, vraie ou supposée, d'une personne et ayant pour effet une altération de sa santé physique ou mentale*». Ma la responsabilità penale è comunque esclusa «*lorsque les propos répétés invitent seulement à la prudence et à la réflexion, eu égard notamment à son jeune âge, la personne qui s'interroge sur son identité de genre et qui envisage un parcours médical tendant au changement de sexe*». Se, dunque, è senz'altro interessante, nella prospettiva indagata in queste pagine, il riferimento ad una identità di genere «vera o supposta», il provvedimento normativo francese pare tuttavia più cauto, e per certi versi legato ad un'idea di identità stabile: sicché esso, pur confermando la pervasiva attualità del tema, non si può dire destinato ad assumere il medesimo rilievo sistematico della KonvBG tedesca.

Un'intensa difesa, dunque, dell'identità; che merita di essere intesa, tuttavia, non tanto quale pur importante forma di tutela di una minoranza o di una comunità; ma, di più, quale riaffermazione indistinta e universale, in chiave laica⁶⁰, della rilevanza della personalità umana in tutta la sua pienezza.

⁶⁰ È, questo, un punto sul quale occorre soffermarsi. È infatti significativo, e per chi scrive apprezzabile, che la legge tedesca – in ciò discostandosi da alcune diffuse definizioni offerte delle 'terapie di conversione' e riportate, ad esempio, da F. BERTELLI, *op. cit.*, p. 264, nota 3 – non disciplini i 'trattamenti' mostrando di dare per scontato o presupposto che essi siano volti a modificare l'orientamento da omosessuale a eterosessuale. Il § 1 della KonvBG è su ciò assai chiaro, ed attento nel descrivere, rispetto a tale profilo, una fattispecie per così dire *neutra*. Ma è appunto ciò che attribuisce alla disposizione, e alla disciplina tutta, quel carattere di assoluta generalità ed astrattezza che non la rende meno importante, nella prospettiva sistematica e neppure in chiave simbolica. Intanto perché non può escludersi – e non necessariamente in un futuro lontano o meramente ipotetico – il caso di genitori omosessuali che, dinanzi alla eterosessualità del figlio, tentino di orientarlo in senso opposto. Ma anche al di là di ciò, è l'impostazione 'neutra' che si sta qui rimarcando a rendere la legge tedesca una disciplina laica, perché ispirata ad una logica indipendente da impostazioni o convinzioni aprioristiche, al pari che da dogmi religiosi, etici o ideologici.

CARLO PILIA
Professore associato di diritto privato
Università degli studi di Cagliari

LA RESPONSABILITÀ SOCIALE NELLA CRISI PANDEMICA COVID-19

SOMMARIO: 1. La pandemia Covid-19. – 2. La legislazione emergenziale. – 3. La coesione economica e sociale. – 4. I principi generali di solidarietà e buona fede. – 5. L'obbligo della rinegoziazione. – 6. Le tutele collaborative. – 7. La mediazione finalizzata alla conciliazione. – 8. I sistemi ADR e ODR in materia di consumo. – 9. La negoziazione assistita tramite avvocati. – 10. La salvaguardia della tutela giudiziale. – 11. L'attuazione della responsabilità sociale. – 12. La democraticità dei processi partecipativi di riforma.

1. La pandemia Covid-19.

La normalità della vita quotidiana, delle relazioni e dell'attività delle organizzazioni, sia pubbliche che private, è stata stravolta dall'irrompere improvviso della pandemia Covid-19. I suoi effetti devastanti si sono abbattuti violentemente sulla salute delle popolazioni colpite e, quindi, sui sistemi giuridici, economici e sociali, compromettendone la funzionalità. La rapidità, l'intensità e l'ampiezza della diffusione dell'infezione virulenta hanno sorpreso le istituzioni nazionali e internazionali. Tutte sono state colte impreparate, senza alcuna esclusione, né sostanziali distinzioni tra i vari Paesi coinvolti. Ovunque il contagio sia giunto, infatti, si sono registrate infezioni e morti che le cronache hanno rilevato, spesso con

gravi ritardi e ampie sottostime dei numeri esatti delle vittime¹, specie tra le persone più anziane e di salute cagionevole.

Per salvaguardare la salute e la vita delle popolazioni, le autorità sono state costrette ad imporre in via d'urgenza misure emergenziali² riferite anzitutto al settore sanitario, mediante l'adeguamento infrastrutturale, tecnologico e organizzativo dei presidi ospedalieri e il reclutamento straordinario di personale medico e infermieristico. Tutti i settori dell'ordinamento, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato, inoltre, sono stati direttamente o indirettamente coinvolti e, per tanti aspetti, stravolti dall'attuazione della scelta politica di dare ovunque preminenza assoluta all'obiettivo del contrasto alla pandemia³. L'imposizione generalizzata del distanziamento sociale, quale misura sanitaria necessaria a limitare il contagio del virus, ha costretto le persone a rimanere a casa per lungo tempo e, quindi, a limitare lo svolgimento della maggioranza delle interazioni personali, sociali ed economiche. L'applicazione delle misure sanitarie di contrasto alla pandemia, pertanto, ha determinato una generale serrata (c.d. *lockdown*) di tantissime attività lavorative sia pubbliche che private, tranne quelle ritenute essenziali⁴.

¹ Per la consultazione delle principali informazioni, anche statistiche, sulla diffusione della pandemia nei vari continenti, si rimanda alle pagine dedicate al Covid-19 nel sito web istituzionale dell'Organizzazione mondiale della sanità: <https://www.who.int/home>.

² Sul territorio italiano, il Consiglio dei Ministri del 31 gennaio del 2020 ha inizialmente dichiarato lo stato di emergenza per sei mesi, prorogato per la prima volta fino al 15 ottobre 2020 nella riunione del 29 luglio 2020 e per la seconda volta fino al 31 gennaio 2021 nella riunione del 7 ottobre 2020. Sulle varie misure governative collegate alla dichiarazione dello stato di emergenza, <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>.

³ In generale, con riguardo all'impatto dell'emergenza pandemica sull'ordinamento giuridico, AA. VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>; AA. VV., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>.

⁴ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020, recante "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

La profonda crisi sistemica provocata dall'irrompere della pandemia e dall'applicazione delle conseguenti prescrizioni restrittive di tipo sanitario ha costretto le autorità a bilanciarne gli effetti negativi sulla funzionalità del sistema mediante l'adozione di una serie di misure straordinarie di tipo giuridico, economico e sociale⁵. In generale, durante la fase della pandemia si è intervenuti con la sospensione, il differimento o la limitazione dei rapporti giuridici esistenti⁶, oltre che mediante l'esonero da responsabilità per l'inattuazione delle prestazioni dovuta al rispetto delle prescrizioni sanitarie⁷. Inoltre, sono state previste straordinarie misure di sostegno economico e socio-assistenziale per aiutare le persone, le famiglie, i lavoratori e

⁵ AA. VV., *Coronavirus*, in *El Cronista*, n. 86-87, 2020; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Aspectos jurídico del coronavirus*, Madrid, 2020.

⁶ MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 11 ss.; IERVOLINO, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il Covid-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, *ivi*, p. 135 ss.

⁷ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 207 ss.; VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, *ivi*, p. 213 ss.; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, p. 227 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, p. 233 ss.; GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, p. 237 ss.

le imprese durante la situazione emergenziale⁸ e pure nelle fasi successive di graduale ripresa⁹ e finalmente ritorno alla normalità.

2. *La legislazione emergenziale.*

Le normative approvate durante l'emergenza, per loro natura, si connotano in termini di straordinarietà, dovendo affrontare situazioni di estrema gravità che non sono gestibili con gli strumenti ordinari¹⁰. Per questa ragione, in conformità al principio di stretta necessità¹¹, si ammette l'applicazione di misure emergenziali che introducono altrettante regole derogatorie, tanto nel procedimento quanto nei contenuti, rispetto a quelle ordinarie. Le due specie di regole sono da ritenere compatibili e, nell'insieme, coerenti con l'unitarietà dinamica dell'ordinamento che nell'evoluzione contempla il susseguirsi delle fasi ordinarie e di quelle d'emergenza.

Le disposizioni emergenziali, pertanto, esprimono la risposta normativa c.d. "a caldo" per una situazione straordinaria sopraggiunta

⁸ Cfr. SCARPELLI, SORDI, MARAZZA, *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 51 ss.; CAVALLINI, *Emergenza COVID e contratto di lavoro autonomo*, *ivi*, p. 93 ss.; TOMASSETTI, *Emergenza COVID-19 e conseguenze sulla somministrazione di lavoro*, *ivi*, p. 101 ss.; VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, *ivi*, p. 133 ss.; D'ACUNTO, *La politica fiscale in Italia ai tempi del Covid-19: dall'austerità espansiva al mega-moltiplicatore*, *ivi*, p. 153 ss.; RICCOBONO, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, *ivi*, p. 177 ss.; MARAZZA, *Procedure sindacali e CIGD causale "COVID-19": la commedia degli equivoci*, *ivi*, p. 187 ss.; MARRUCCI, *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, *ivi*, p. 191 ss.;

⁹ CARCHIO, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell'emergenza Covid-19: un'ennesima conferma*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, p. 454 ss.; GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, p. 432 ss.; AMITRANO ZINGALE, *Emergenza da Covid-19 in ambito socio-assistenziale: garanzie dei servizi anche in deroga al codice appalti?*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2020, p. 329 ss.

¹⁰ CELOTTO, *Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 25 ss.;

¹¹ CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*; ZUCHELLI, *La sospensione della Costituzione, senza un perché. L'analisi di Zucchelli*, in www.formiche.net;

che impone una reazione immediata che si connota in termini di tendenziale provvisorietà e temporaneità. Solo per affrontare l'emergenza e per il tempo necessario al suo superamento, pertanto, si giustificano misure derogatorie rispetto a quelle ordinarie che, quindi, rimangono in vigore e riprendono la normale e piena applicazione con il superamento della crisi.

Per l'urgenza di intervenire sui vari fronti critici, la legislazione emergenziale soffre anche di limiti redazionali e contenutistici¹². Siccome sono introdotte in maniera impellente, mediante speciali procedimenti accelerati, le disposizioni non risultano adeguatamente curate nel lessico, né precise nella stesura contenutistica dei precetti giuridici. Scarso, se non assente, è pure il raccordo organico delle norme emergenziali con le fonti che contengono le discipline oggetto di deroga, manca altresì una visione sistematica rispetto ai principi generali della materia e dell'intero ordinamento. All'attività interpretativa compiuta dallo stesso legislatore e dagli operatori del diritto, pertanto, spetta un ruolo fondamentale al fine di assicurare una coerente ricostruzione del significato, della portata e dei contenuti delle disposizioni emergenziali. Nel tentativo di superare le difficoltà e incertezze applicative, l'attività interpretativa autentica, dottrinale e giurisprudenziale sovente è costretta ad attribuire significati giuridici differenti rispetto a quelli fatti palesi dal tenore letterale, dalla terminologia approssimativa e dalla formulazione frammentaria e lacunosa delle disposizioni.

In Italia, le prescrizioni emergenziali sono state adottate in maniera alluvionale, con una pluralità di fonti multilivello, mediante una moltitudine di provvedimenti e collegati documenti tecnici¹³. È

¹² MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 210.

¹³ LUCIANI, *"Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza"*, in *Rivista AIC*, 2, 10 aprile 2020, 2020; TRIPODINA, *"La Costituzione al tempo del Coronavirus"*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020; CAVANNA, *La "fluidità" del rapporto tra fonti: poteri di Sindaci e Presidenti delle Regioni ai tempi del Covid-19*, in *Ambiente & sviluppo*, 5/2020, p. 373 ss.; DI CAPUA e FORGIONE, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2020, p. 330 ss.; PAGANO, *"Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19"*, in

stata introdotta una miriade di nuove disposizioni, alcune più volte reiterate e modificate, altre anticipatamente ritirate, che nell'insieme risultano assai eterogenee per natura, portata e contenuti¹⁴. Tanto si spiega per l'impellenza di intervenire e di modulare costantemente le disposizioni straordinarie rispetto all'imprevedibile evolvere della pandemia e al manifestarsi dei plurimi fronti di crisi nei vari ambiti e settori dell'ordinamento.

La legislazione emergenziale, pertanto, presenta dei limiti che non permettono di dare una risposta completa ed esauriente alle diverse situazioni critiche che sono state provocate dalla pandemia Covid-19 e dall'applicazione delle misure straordinarie di contrasto ai contagi. Pur essendo originata dalla pandemia, la straordinarietà non è circoscritta alle situazioni emergenziali durante il *lockdown*, ma si trascina nelle fasi successive e si irradia sull'intero ordinamento. Lo stesso, per tanti aspetti, subisce gli effetti delle misure emergenziali che si manifestano sul sistema nel breve, medio e lungo termine. Comunque, le modifiche normative apportate in ragione dell'emergenza sospingono l'evoluzione dell'ordinamento in senso maggiormente resiliente rispetto ai nuovi fattori di crisi¹⁵.

Per la novità, la gravità e la profondità della pandemia Covid-19 non sono ancora immaginabili i tempi e le modalità di rientro alla piena normalità. Sul piano sanitario, fintanto che non scompaia il virus, in attesa della scoperta e applicazione del vaccino, si impone

www.biodiritto.org, 18 marzo 2020; SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, 4/2020.

¹⁴ NERI, *Diritto amministrativo dell'emergenza: tra unità e indivisibilità della Repubblica e autonomia regionale e locale*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2020, p. 346 ss.; CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 2020; TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 2020; PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, p. 318 ss.; DI GIULIO, *L'emergenza Covid-19, i rapporti centroperiferia e le lezioni che dovremmo apprendere. Per non sprecare una crisi*, in www.rivistaital-mulino.it; SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, p. 305 ss.

¹⁵ FIMMANÒ, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 31 ss.

la continuazione delle politiche di contrasto mediante l'imposizione di limitazioni ai comportamenti, di misure di sicurezza nello svolgimento delle varie attività, di controlli e monitoraggi dei contagi¹⁶. Sul piano economico e sociale, con il superamento del *lockdown*, si assiste alla graduale ripresa delle varie attività non solo produttive ma più in generale relazionali, ancorché con modalità organizzative e di svolgimento assai differenti e innovative rispetto al passato.

Si prende consapevolezza, pertanto, che il ritorno alla normalità non è affatto immediato, né significa l'automatico e integrale ripristino della situazione antecedente, neppure sul piano giuridico, con la semplice cancellazione di tutte le norme emergenziali. Piuttosto, si assiste a un processo di interferenza e compenetrazione tra le nuove disposizioni emergenziali, c.d. "diritto straordinario", e le restanti norme vigenti, c.d. "diritto ordinario", che favorisce il rinnovamento complessivo dell'ordinamento. Da un lato, per intendere e applicare correttamente le disposizioni emergenziali del Covid-19 non può prescindere dalle restanti discipline e dai principi generali dell'ordinamento in cui si innestano. Dall'altro lato, nell'affrontare situazioni nuove che hanno sconvolto il sistema, le stesse norme emergenziali approntano una disciplina innovativa che confluisce nell'ordinamento generale e lo integra. In esso, alcune delle disposizioni emergenziali tendono a svilupparsi nel tempo e stabilizzarsi, cosicché dal fronte della straordinarietà passano a quello dell'ordinarietà, nel continuo moto evolutivo del diritto vivente.

¹⁶ DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 61 ss.; PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, *ivi*, p. 73 ss.; INGRAO, *C'è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, *ivi*, p. 107 ss.; BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, *ivi*, p. 115 ss.; TURRIN, *La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, *ivi*, p. 147 ss.; GAMBINO, *Accordo sindacale telematico. Decalogo di emergenza*, *ivi*, p. 163 ss.; FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 4, p. 332 ss.; ROSSI, *L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5, 2020, p. 446 ss.; CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione Giustizia*, 2020.

L'interazione tra diritto straordinario e diritto ordinario, per gli aspetti non affrontati direttamente dai singoli interventi legislativi di modifica e raccordo delle fonti, è rimessa principalmente all'attività ermeneutica degli operatori del diritto¹⁷. Costoro, nell'affrontare le situazioni conflittuali, sono chiamati a gestire norme riconducibili ai due canoni della straordinarietà e dell'ordinarietà, all'interno dell'unitarietà dinamica dell'ordinamento. Le potenzialità innovative e trasformative del diritto emergenziale, peraltro, si colgono con riferimento sia alle disposizioni di natura sostanziale¹⁸, per dare una

¹⁷ Tra i tanti, SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 159 ss.; DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 61 ss.

¹⁸ Sulle discipline emergenziali del diritto civile sostanziale, v. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 207 ss.; VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, *ivi*, p. 213 ss.; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, p. 227 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, p. 233 ss.; GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, p. 237 ss.; CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, p. 253 ss.; RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, *ivi*, p. 259 ss.; ATELLI, *Privato sociale alla prova della videoconferenza*, *ivi*, p. 267 ss.; MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 3 ss.; MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, *ivi*, p. 11 ss.; BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, p. 143 ss.; DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, p. 151 ss.; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, di Claudio Scognamiglio, *ivi*, p. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, *ivi*, p. 169 ss.; SANTA-GATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, *ivi*, p. 225 ss.; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *ivi*, p. 235 ss.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, p. 245 ss.; R. RIZZO, *La gestione delle rate condominiali all'epoca del Covid-19: tra obblighi reali e fittizie sospensioni*, in *Immobili & proprietà*, 6, 2020, p.

diversa regolamentazione dei rapporti civili e commerciali, sia a quelle di natura procedimentale¹⁹, tanto giudiziale quanto extragiudiziale, che hanno registrato approcci assai innovativi.

Per entrambi i piani giuridici, nella legislazione emergenziale, sono ravvisabili significative novità che offrono l'opportunità di ripensare le discipline previgenti e di superare alcune gravi arretratezze normative e organizzative del sistema delle tutele, tanto nei risalenti contenuti codicistici quanto nella scarsa utilizzazione delle soluzioni tecnologiche e collaborative. A tal proposito, la fase emergenziale ha costretto alla sperimentazione di soluzioni straordinarie

377 ss.; TROTTA, *Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid-19*, in *Fam. dir.*, 5, 2020, p. 442 ss.; PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto Rilancio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 6, 2020, p. 578 ss.; PUTATURO DONATI, *Covid-19 e decadenza dall'impugnazione del licenziamento*, *ivi*, p. 591 ss.; CIRLA, *Il Covid-19 tocca anche i contratti di locazione e cambia il modo di vivere in condominio*, in *Immobili & proprietà*, 5, 2020, p. 318 ss.; TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Notariato*, 3/2020, p. 235 ss.; PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 3, 2020, p. 308 ss.; CRISPINO e SANNINO, *L'impatto delle misure di contenimento del coronavirus sulle locazioni commerciali e gli strumenti a disposizione del conduttore*, in *Studium Iuris*, 6, 2020, p. 675 ss.; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Supplemento Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, p. 102 ss.

¹⁹ Con riguardo alle disposizioni emergenziali sul processo civile e le procedure ADR, v. PANZAROLA, FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 3 ss.; GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, *ivi*, p. 133 ss.; DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Fam. dir.*, 2020, p. 431 ss.; BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 2020, p. 391 ss.; CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere [...] all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 2020, p. 364 ss.; TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it.*, 13 marzo 2020; MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, p. 697 ss.; DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, p. 612 ss.; BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, p. 737 ss.

che, in quanto si avvalgono di modalità agili, a distanza e partecipate²⁰, possono tornare utili anche successivamente.

3. *La coesione economica e sociale.*

L'uscita dalla fase emergenziale, con il ritorno alla nuova normalità post pandemica Covid-19, non è una vicenda istantanea, tanto meno semplice da raggiungere. Si prevede un processo lungo e tormentato, di continua rimodulazione delle prescrizioni straordinarie che si prorogano, estendono e attenuano, finché non si riescono a superare in ragione dell'imprevedibile andamento della situazione dei contagi. La priorità resta la tutela della salute²¹, sia collettiva che individuale, da salvaguardare anche mediante la reiterazione di vincoli alla libertà dei comportamenti, l'adozione di misure di sicurezza e il monitoraggio della diffusione del virus, in modo da ridurne progressivamente l'impatto, fino a neutralizzarlo. In tal senso, malgrado le insidie della "convivenza" con il virus, si procede alla graduale riapertura delle attività produttive, oltre che alla riorganizzazione in sicurezza delle relazioni economiche e sociali che ripartono nei vari campi²².

Nella fase di uscita dall'emergenza rimane assai complicato realizzare il bilanciamento tra una pluralità di confliggenti esigenze che sottendono altrettanti valori di rango costituzionale collegati a diritti

²⁰ GAMBINO, *Accordo sindacale telematico. Decalogo di emergenza*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 163 ss.; ATELLI, *Privato sociale alla prova della videoconferenza*, *ivi*, p. 267 ss.; PALAZZO, *Ex facto oritur ius. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 255 ss.; MAGLIULO, *La (non) necessaria compresenza del presidente e del segretario degli organi societari*, in *Rivista del Notariato*, 2020, p. 3 ss.; ID., *Quel che resterà del verbale assembleare dopo il Covid-19*, in *Notariato*, 3/2020, p. 249 ss.; BUSANI, *Assemblee e cda in audiovideo conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Società*, 2020, p. 393 ss.

²¹ CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 113 ss.

²² DI NOIA, *Covid-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo 2020 e oltre*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 125 ss.

inviolabili aventi copertura costituzionale²³. L'assoluta preminenza della tutela della salute, infatti, deve conciliarsi con la salvaguardia degli altri diritti della persona e dei valori economici e sociali che sono riferibili sia ai singoli che alle collettività. Un grande contributo, rispetto al passato, è offerto dall'utilizzo di tecnologie e modalità agili di svolgimento delle attività, a cominciare da quelle lavorative prestate a distanza e in c.d. *smartworking* che, applicate in via straordinaria durante la fase acuta della pandemia, si stanno stabilizzando e "normalizzando" non solo in ambito privato, ma anche in quello pubblico²⁴.

Per riuscire a realizzare un equilibrato bilanciamento dei valori, tuttavia, occorre passare attraverso un complessivo ripensamento del

²³ BALESTRA, *Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 45 ss.; SILVESTRI, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 79 ss.; TIRA, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, in *Giustiziainsieme.it*; DI CIOMMO, *Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: le responsabilità della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2020, p. 309 ss.

²⁴ Sull'applicazione dello *smartworking* a seguito della crisi pandemica, v. BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020; RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 55 ss.; BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, *ivi*, p. 67 ss.; CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID19: prime osservazioni*, *ivi*, p. 87 ss.; SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e dei poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, *ivi*, p. 169 ss.; ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 101 ss.; MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, p. 107 ss.; FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 511 ss.; DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 2020, p. 1 ss.

previgente sistema normativo dei diritti, degli obblighi, delle responsabilità e delle tutele privatistiche²⁵. La pandemia, infatti, ha segnato un momento di brusca frattura, di netta cesura fra un prima e un dopo²⁶, che impone la necessità di una riflessione profonda sull'evoluzione dell'ordinamento e sulle modalità più appropriate di perseguire le finalità individuali e quelle generali. L'applicazione delle prescrizioni del distanziamento sociale e, in specie, dei limiti alla circolazione, dei divieti di assembramenti, della restrizione in casa delle persone con la sospensione coattiva delle relazioni e delle attività presenziali esterne, per tanti aspetti, hanno messo in discussione l'idea stessa della socialità e dell'appartenenza degli individui alla Comunità²⁷. L'isolamento domestico, infatti, ha reso a tutti percepibili i limiti della sfera privata e dell'esistenza individuale in mancanza della dimensione relazionale, sociale e pubblica, indispensabile per la pienezza dello sviluppo della personalità nei diversi campi affettivi, economici e sociali. L'imposizione delle restrizioni alla libertà dei comportamenti individuali e collettivi, pertanto, ha assunto il significato solidaristico della soggezione a un sacrificio indispensabile per la salvaguardia dei diritti relazionali, propri, altrui e dell'intera comunità²⁸. In tal senso, l'attesa per la graduale cessazione delle norme restrittive, da sostituire con altre misure di sicurezza e da comportamenti responsabili a tutela del prossimo, esprime una tensione ancora una volta solidaristica verso il recupero pieno

²⁵ NATOLI, *Covid-19 e crisi dei contratti. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza giuridica*, in <http://magazine.cisp.unipi.it/covid-19-e-crisi-dei-contratti-dallemergenza-sanitaria-allemergenza-giuridica/>.

²⁶ DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 151 ss.

²⁷ FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 359 ss.

²⁸ DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. VII ss.; BALDUZZI, *Solidarietà cardine costituzionale delle eccezionali misure anti-virus*, in *Avvenire*, 14 marzo 2020; MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

della dimensione relazionale e sociale, che costituisce il segno immediato e tangibile dell'appartenenza alla comunità²⁹.

Sul piano normativo, anche nella fase di uscita dalla pandemia s'impongono altre prescrizioni per riuscire a conciliare le varie esigenze individuali e collettive attraverso l'osservanza di nuove modalità responsabili di interazione tra le persone e, quindi, una diversa conformazione delle posizioni giuridiche riferibili a ciascuno dei soggetti. Tuttavia, l'intervento legislativo non sarà sufficiente, in quanto le situazioni e le vicende oggetto della disciplina transitoria non esauriranno tutte quelle che risultano effettivamente coinvolte e che, quindi, sono meritevoli di essere tutelate³⁰.

Le numerose disposizioni straordinarie che sono state finora approvate, sia durante la fase più acuta dell'emergenza sanitaria che successivamente, hanno profondamente alterato i contenuti dei previgenti modelli relazionali. Pertanto, occorre intervenire anche in via ermeneutica per rendere compatibili le vecchie situazioni giuridiche e le nuove, all'interno dell'unica cornice ordinamentale.

L'obiettivo fondamentale da garantire è il mantenimento della coesione economica e sociale³¹, così gravemente minacciata dall'emergenza pandemica e dalle conseguenze negative dell'applicazione delle misure restrittive. In tal senso, le autorità stanno facendo ricorso a piani economici straordinari che proiettano il loro orizzonte ben oltre la fase pandemica³², per abbracciare un rilevante arco temporale, di almeno un quindicennio se non un ventennio. Nel sistema si immettono ingenti flussi di risorse pubbliche, attinte prevalentemente dall'indebitamento *extra ordinem* degli Stati e delle

²⁹ MATTEI e QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti, Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 333 ss.

³⁰ BERTI, *Il «fatto storico» Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'«atto» e del «rapporto»*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2020, p. 578 ss.

³¹ PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 77 ss.

³² DI GIROLAMO, *Rilancio e rafforzamento patrimoniale delle imprese in crisi Covid*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 437 ss.; RORDORF, *È privilegiato il credito di regresso spettante Sace in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?*, *ivi*, p. 453 ss.

organizzazioni sovranazionali, cui dovranno fare fronte in futuro cittadini e imprese contribuenti. Tanto esprime la condivisa necessità di approvare una coraggiosa scelta di politica solidale di portata intergenerazionale con la quale le istituzioni riaffermano il valore fondamentale della coesione economica e sociale per la sopravvivenza delle comunità interne e internazionali.

Si sono avviate politiche attive di tipo solidaristico per contenere gli effetti negativi della crisi pandemica e, al contempo, sostenere la graduale ripresa delle attività produttive. Mediante l'elargizione straordinaria di sostegni economici pubblici si intende facilitare il ripristino della normale dinamica relazionale sul mercato. In senso solidaristico, possono leggersi sia le manovre economiche e sia le disposizioni normative e riorganizzative pubbliche di sostegno post pandemia finalizzate al rilancio del Paese. L'approccio solidaristico, tuttavia, non è di breve periodo, né circoscritto alle sole politiche pubbliche, ma tende a stabilizzarsi e strutturarsi per coinvolgere tutti i soggetti economici e sociali e, di conseguenza, a riconformare l'intero ordinamento anche in ambito privatistico³³.

A tal proposito, si apre un confronto multilivello per orientare al meglio la destinazione delle risorse, per garantire una società più inclusiva, solidale e resiliente, meno individualistica, egoista e fragile. Si tenta di cogliere l'occasione drammatica della pandemia Covid-19 per avviare una stagione di riforme strutturali all'insegna dello sviluppo più equo e sostenibile del Paese che permetta di superare le tante criticità e diseguaglianze del passato, nella prospettiva della costruzione condivisa di un futuro migliore³⁴.

4. *I principi generali di solidarietà e buona fede.*

Nei rapporti privatistici, siano essi di diritto familiare, civile o commerciale, si impone una complessiva rivisitazione delle posizioni giuridiche e delle corrispondenti tutele alla luce dei nuovi scenari originati dalla pandemia sanitaria Covid-19. Molteplici sono i

³³ MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 39 ss.

³⁴ GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, p. 429 ss.

meccanismi di intervento, normativi, interpretativi e negoziali utilizzabili per realizzare assetti più equilibrati e solidali, che garantiscano la coesione economica e sociale interna e internazionale³⁵.

In primo luogo, occorre prestare attenzione alle disposizioni legislative straordinarie, emergenziali e post emergenziali, per verificare come il legislatore abbia inteso ripartire il rischio inerente alla sopravvenuta crisi pandemica Covid-19, anche attraverso la combinazione di una pluralità di misure di natura eterogenea. Sul piano sostanziale, assumono rilievo primario le disposizioni generali che stabiliscono l'esonero o la limitazione di responsabilità per l'inattuazione delle prestazioni³⁶ e quelle settoriali di natura conservativa del rapporto³⁷. Parimenti rilevanti sono le misure indirette di sostegno

³⁵ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 207 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 583 ss.

³⁶ All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, il seguente: "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti". Al riguardo, v. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 213 ss.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 245 ss.; GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 345 ss.

³⁷ PEPE, *L'emergenza sanitaria da Coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero (artt. 88 e 88 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 596 ss.; SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit., p. 225 ss.; VILLANOVA, *I viaggi e gli spostamenti al tempo del Covid-19: qualche riflessione sullo scioglimento del contratto e sulla tutela di passeggeri e viaggiatori*, in Lucchini Guastalla (a cura di), *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020, p. 71 ss.; VERZARO, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia"*, p. 277 ss.; ILIAS VIGLIOTTI, *Note sulla Cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 251 ss.; IERVOLINO, *Sospensione (rectius nullità) dei*

economico³⁸, che attribuiscono agevolazioni fiscali, finanziamenti e contributi al reddito e alle attività per i tanti soggetti pregiudicati. L'azione combinata, infatti, permette di intervenire sia all'interno dei singoli rapporti, dettando una diversa regolamentazione tra le parti, sia all'esterno mediante la concessione di sostegni economici che permettono ai beneficiari di continuare a tenere in piedi le relazioni nei contesti di più grave criticità.

Le disposizioni straordinarie di recente approvate tracciano il nuovo ordine legislativo che, nell'essenza, declina il principio solidaristico per le situazioni giuridiche più gravemente colpite dalle prescrizioni sanitarie restrittive e per quelle ad esse in vario modo collegate. Dagli interventi straordinari, specie quelli rivolti alle fasi post pandemiche, traspare un'esplicita finalizzazione al perseguimento di ambiziosi obiettivi di sviluppo sostenibile, economico, sociale e ambientale, non già verso il semplice ripristino della situazione anteriore³⁹. La destinazione delle risorse economiche, infatti,

licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale, *ivi*, p. 293; MASSA, *Oltre la Crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, *ivi*, p. 309; FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, *ivi*, p. 315 ss.

³⁸ FALSONE, *Emergenza Covid e benefici dedicati al "settore privato": chi ne resta escluso?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., p. 95 ss.; VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Le Società*, 2020, p. 525 ss.; FAIOLI, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. COVID-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/index.html>.; TESSAROLI, *Coronavirus Response Investment Initiative (CRII)*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto-del-lavoro/Tessaroli-tutela-del-lavoro-e-emergenza-da-COVID-19-Coronavirus-Response-Investment-Initiative.html>.; ROSSI, *Il Fondo di integrazione salariale al tempo del Covid-19*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, p. 471 ss.; CAFFIO, *Questioni in tema di finanziamento (e) di prestazioni (accessorie) dei fondi di solidarietà bilaterali*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, p. 488 ss.; BELLÉ e RUSSO, *Lavoro e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 6, 2020, p. 717 ss.; MISCIONE, *Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020, p. 327 ss.; DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, I, p. 253 ss.

³⁹ MATTEI e QUARTA, *op. cit.*, p. 341 ss.

esprime una notevole carica riformatrice che vorrebbe favorire la costruzione di una nuova situazione di normalità, con assetti giuridici, economici e sociali per tanti aspetti diversi e da migliorare rispetto al passato.

Per quanto non sia stato contemplato, in maniera diretta o indiretta, dalla legislazione straordinaria si pone il problema di quale disciplina sia applicabile ove la relazione giuridica abbia comunque risentito degli effetti negativi riflessi della pandemia e dell'applicazione delle prescrizioni sanitarie. In termini schematici, in chiave ricostruttiva, è prospettabile l'alternativa essenziale tra i canoni contrapposti della conservazione o dell'evoluzione⁴⁰. Per un verso, se a prevalere fosse il primo canone conservativo, si continuerebbe ad applicare esclusivamente la disciplina previgente, in quanto non sia stata, espressamente o tacitamente, derogata/abrogata dalla legislazione straordinaria. Per altro verso, se si ritenesse prevalente il secondo canone evolutivo, la nuova normativa sarebbe da estendere anche alle altre relazioni pregresse che siano state incise in maniera significativa dalla crisi pandemica.

Il primo orientamento, seguendo un approccio interpretativo più formale e conservatore, appare sostenitore dell'opinione che le nuove disposizioni straordinarie, per loro natura, hanno carattere eccezionale o derogatorio rispetto a quelle ordinarie. Pertanto, ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c., sarebbe da escludere l'applicazione analogica delle nuove disposizioni, se del caso, ammettendosene al più un'interpretazione estensiva. Siffatto approccio, in fondo, ritiene che le norme emergenziali abbiano natura meramente provvisoria e temporanea, esaurendo la loro efficacia con la cessazione della crisi pandemica. Perlomeno per le disposizioni privatistiche, tuttavia, è da

⁴⁰ Sulle diverse chiavi interpretative della legislazione emergenziale, v. BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 2020; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, cit., p. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza*, cit., p. 169 ss.; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit., p. 235 ss.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali*, cit., p. 245 ss.; BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, p. 123 ss.

dubitare che tali siano la natura e la portata effettive delle disposizioni emergenziali del Covid-19 che, invero, potrebbero anche avere un'ultrattività temporale e del campo applicativo.

Il secondo orientamento, conseguentemente, potrebbe sostenere l'ultrattività delle disposizioni privatistiche emergenziali facendo leva anzitutto sulla reiterazione ed estensione delle stesse operata dal legislatore a fronte del manifestarsi di plurime criticità nel sistema, anche fuori dai più gravi e limitati casi inizialmente contemplati. Si assiste, infatti, al consolidarsi delle disposizioni privatistiche emergenziali, in ragione della gravità e profondità della crisi pandemica e degli effetti devastanti sul sistema economico e sociale, a livello sia nazionale che internazionale. Non si è in presenza di provvedimenti estemporanei, destinati a dissolversi in breve tempo, né di impatto limitato, ma di interventi più incisivi e idonei a consolidarsi se non anche a strutturarsi nelle discipline settoriali e in quelle generali. Una riprova in tal senso è offerta dalla circostanza che sostanzialmente le medesime politiche e disposizioni emergenziali risultano approvate dalla maggioranza degli Stati che hanno affrontato la pandemia Covid-19⁴¹. Perciò, potrebbe accadere che sia lo stesso legislatore ad estendere l'applicazione delle disposizioni emergenziali mediante l'approvazione di successivi interventi di riordino organico delle varie fonti straordinarie succedutesi. Con tali disposizioni, invero, si dovrà convivere ancora a lungo, fino alla ripresa della nuova normalità, che non sarà quella dell'ordinamento previgente allo scoppio dell'epidemia.

L'ultrattività delle disposizioni straordinarie, peraltro, è sostenibile e realizzabile anche a prescindere dall'intervento legislativo che ne consolidi in maniera espressa la portata. Potrebbe invocarsi l'attività ermeneutica, quale leva fondamentale per ricostruire l'esatto significato e l'effettiva portata delle disposizioni emergenziali. L'interpretazione, specie se occasionata dalla gestione pratica, in sede extragiudiziale e giudiziale, delle vicende conflittuali originate dalla pandemia, infatti, potrebbe condurre all'estensione dell'ambito ap-

⁴¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 586 ss.

plicativo delle nuove disposizioni anche a situazioni giuridiche diverse e ulteriori rispetto a quelle considerate dal legislatore, magari ad esse collegate, ovvero simili e analoghe. In via interpretativa, inoltre, sarebbero superabili intollerabili vuoti di tutela o trattamenti discriminatori originati dalla frammentaria e disordinata legislazione emergenziale. L'interpretazione sistematica, in primo luogo, dovrebbe scongiurare proprio il grave rischio che l'applicazione letterale delle nuove norme protettive integri la violazione dei principi generali di eguaglianza, ragionevolezza e non discriminazione nella tutela dei diritti dei soggetti pregiudicati dalla pandemia. L'interpretazione sistematica, inoltre, attribuirebbe alle soluzioni emergenziali la più corretta collocazione tra le fonti dell'ordinamento per garantire l'effettività dei diritti tutelati.

L'estensione applicativa delle disposizioni emergenziali potrebbe svilupparsi anche attraverso una qualificazione diversa e, perciò, un inquadramento sistematico alternativo delle stesse all'interno dell'ordinamento. Piuttosto che considerarle semplicemente eccezionali o derogatorie rispetto alle discipline ordinarie (pre)vigenti, le disposizioni emergenziali sono da ritenere esplicative dei contenuti di principi generali dell'ordinamento che contribuiscono ad attuare, a cominciare da quelli di solidarietà e buona fede⁴². In tal senso, le nuove disposizioni emergenziali, con riferimento al rischio di sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, potrebbero esprimere l'assetto giuridico aggiornato e più appropriato agli scenari di crisi. La legislazione emergenziale, quindi, sarebbe applicabile oltre le situazioni direttamente contemplate, per estendersi a quelle ad esse collegate, oltre che ai casi simili e alle materie analoghe (art. 12 disp. prel. c.c.), che risultino parimenti interessate dalla crisi.

L'applicazione dei principi generali di solidarietà e buona fede, in altri termini, potrebbe favorire l'evoluzione in via interpretativa

⁴² MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., p. 3 ss.; MAGGIOLIO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus*, cit., p. 39 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 207 ss.; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., p. 227 ss.

dell'intera vigente disciplina dei rapporti contrattuali di durata⁴³. L'introduzione delle nuove disposizioni, infatti, se risponde direttamente alle esigenze emergenziali originate dal Covid-19, soddisfa pure un'esigenza di tutela più ampia e già da tanto tempo avvertita nell'ordinamento, proprio con riferimento all'inadeguatezza del risalente regime delle sopravvenienze contrattuali⁴⁴. La crisi Covid-19 e la legislazione emergenziale, in sostanza, potrebbero facilitare il processo di adeguamento della disciplina codicistica, in via interpretativa, oltre che legislativa.

L'evoluzione in senso solidaristico della disciplina privatistica, con particolare riguardo ai rapporti contrattuali di durata, è stata sostenuta autorevolmente in dottrina, che la ritiene realizzabile proprio attraverso i principi generali di solidarietà e buona, attuabili con l'obbligo di rinegoziazione delle parti e il controllo giudiziale, secondo modelli da tempo sperimentati in altri ordinamenti⁴⁵. In tal senso, nel progetto di legge governativo sulla revisione del codice civile portato all'attenzione del Parlamento⁴⁶, tra i vari punti da ri-

⁴³ ROPPO e NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *Giustiziainsieme.it*; VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, cit., p. 222 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 233 ss.

⁴⁴ In relazione alle valutazioni critiche del regime codicistico delle sopravvenienze contrattuali, VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, p. 3 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; SACCO, in ID. e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1708 ss.; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presunzione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

⁴⁵ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 207 ss.; DEL PRATO, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, I, p. 174 ss.

⁴⁶ Una proposta in tal senso è contenuta nel disegno di legge governativo per la revisione del codice civile (DDL Senato n. 1151. Al riguardo, v. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impresa*, 2019, n. 2, p. 571 ss.; BALESTRA, CUFFARO, SCOGNAMIGLIO, VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime*

formare, prevede proprio quello della disciplina vigente delle sopravvenienze contrattuali. Il criterio di delega legislativa al Governo sul punto, infatti, menziona espressamente l'applicazione dei principi di solidarietà e buona fede e il congegno rimediale dell'obbligo di rinegoziazione⁴⁷. L'emergenza Covid-19, pertanto, ha dato nuovo impulso alle riflessioni dei giuristi sia sulle migliori modalità di formulazione del contenuto della novella e sia sulla necessità dell'approvazione immediata dell'attesa riforma codicistica⁴⁸.

Un contributo decisivo, inoltre, dovrebbe essere offerto dalla pratica applicativa, dalla sperimentazione delle soluzioni concrete che saranno raggiunte nel comporre le innumerevoli situazioni conflittuali conciliando le esigenze di tutela delle parti, sia individuali che collettive, volta a volta coinvolte. L'elaborazione delle soluzioni che incontreranno il maggiore gradimento, infatti, sostanzierà il contenuto del diritto effettivamente vivente durante la crisi Covid-19, al di là delle astratte dispute sull'inquadramento sistematico delle disposizioni emergenziali. Le stesse, infatti, sono strumenti che intendono dare risposte adeguate alla nuova situazione di crisi e che an-

riflessioni, in *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 589 ss.; nonché i contributi di GENTILI, *Il drafting legislativo (per una revisione del codice civile) – Introduzione*; AINIS, *Il buon legislatore e il codice civile*; BELVEDERE, *Alcuni aspetti del drafting legislativo*; ROPPO, *Note minime in tema di drafting legislativo e revisione del codice*; SIMONETTI, *Il drafting legislativo e la riforma del codice civile*, contenuti negli *Atti del Convegno “Il Drafting Legislativo (per una revisione del codice civile)”* organizzato dalla Associazione dei Civilisti italiani a Roma il 25 gennaio 2019 e resi disponibili online all'indirizzo: <https://www.civilistiitaliani.eu/>.

⁴⁷ Più precisamente, tra i criteri delega, si prevede testualmente il “*diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti*”.

⁴⁸ L'Associazione dei Civilisti italiani ha proposto l'inserimento di un nuovo art. 1468-bis all'interno della disciplina generale dei contratti del codice civile (https://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Una_riflessione_ed_una_proposta_per_la_migliore_tutela_dei_soggetti_pregiudicati_dagli_effetti_della_pandemia.pdf). In proposito, DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 330 ss.

dranno valutate e riconsiderate alla prova concreta dei fatti. Si rimanda, in buona sostanza, alla verifica dell'effettiva idoneità delle norme ad essere d'ausilio per le parti nella ricerca dialettica della rapida e soddisfacente composizione delle situazioni conflittuali e, quindi, capaci di garantire la coesione economica e sociale del Paese.

L'affermazione dell'istanza solidaristica nel diritto privato, in ogni caso, richiede degli appositi strumenti tecnico-giuridici per intervenire sui rapporti di durata pregressi, in modo da fornire le risposte più adeguate alle esigenze di tutela. La copertura dei principi generali, oltre che della rinnovata cornice legislativa e valoriale, infatti, permette di intervenire sul contenuto del rapporto giuridico adeguandolo alle sopravvenienze del Covid-19. A tal fine, un ruolo fondamentale possono assumere alcune tutele collaborative, attivabili anzitutto in sede stragiudiziale e poi giudiziale⁴⁹.

5. *L'obbligo della rinegoziazione.*

Nell'ordinamento giuridico, il piano delle tutele ha assunto una crescente importanza, l'attenzione si è spostata dal momento costitutivo dei diritti a quello attuativo, al fine di garantirne l'effettività⁵⁰. La tendenza si è accentuata nella gestione dei conflitti conseguenti all'emergenza pandemica Covid-19. Qualora le sopravvenienze fossero assoggettate unicamente alla rigida disciplina generale del codice civile vigente, che attribuisce rilevanza quasi esclusivamente alle fattispecie patologiche tipizzate dell'impossibilità (artt. 1256 e

⁴⁹ Sul nuovo approccio collaborativo nella gestione dei conflitti, v. LAUROBA, *El derecho colaborativo como ADR y herramienta de la abogacía del futuro*, in Cerdeira Bravo de Mansilla e Pilia (a cura di), *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, cit., p. 43 ss.

⁵⁰ Con riguardo alle declinazioni civilistiche del principio di effettività delle tutele, v. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2018, p. 1071 ss.; VETTORI, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, 2017, in *Juscivile*, 2, 2017, p. 133 ss.; ALPA, *Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 610 ss.; PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2016, p. 401 ss.; BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 715 ss.

1463 c.c.)⁵¹ e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) della prestazione dovuta⁵², con la conseguente estinzione del rapporto obbligatorio e risoluzione del contratto sinallagmatico, infatti, si avrebbero risultati in larga misura insoddisfacenti e assai pericolosi per la salvaguardia della coesione economica e sociale tra le parti e nell'intero Paese⁵³.

La prospettiva rimediale, a questo proposito, sarebbe la più appropriata in quanto permetterebbe di verificare la perdurante meritevolezza di tutela delle originarie posizioni giuridiche, da rivalutare alla luce delle vicende critiche innescate dalla sopravvenienza pandemica. La tutela dei diritti, quindi, diventerebbe il momento decisivo per saggiare l'effettiva rispondenza ai precetti normativi delle posizioni giuridiche delle parti in conflitto. L'attivazione delle tutele, inoltre, potrebbe costituire l'occasione affinché siano le stesse parti a valutare dialetticamente l'opportunità di rimodulare consensualmente il contenuto e le modalità attuative del proprio rapporto, al fine di adeguarlo in base al concreto manifestarsi delle sopravvenienze, secondo l'atteggiarsi delle loro rispettive esigenze.

La rivalutazione del rapporto, infatti, consentirebbe alle parti di aprire un confronto sull'effettiva incidenza della pandemia sulle reciproche posizioni. In particolare, oltre all'impossibilità e all'eccessiva onerosità sopravvenute, già contemplate dalla disciplina generale del codice civile, potrebbero assumere rilievo altre situazioni

⁵¹ Sulla disciplina codicistica dell'impossibilità sopravvenuta, MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2008; CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; DE MAURO, *Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea, sub art. 1256*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011.

⁵² Sulla disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, v. RICCIO, *Eccessiva onerosità (1447-1469)*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2010; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti (artt. 1467-1469)*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995.

⁵³ In tal senso, cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 581 ss.; BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 2020.

critiche, a cominciare da quelle specificamente normate dalla legislazione emergenziale⁵⁴. Più in generale, le parti potrebbero condividere la significatività di ulteriori situazioni critiche che, sebbene non tipizzate dalle discipline generali e settoriali del diritto ordinario, né da quello straordinario, siano suscettibili di ripercuotersi negativamente sul rapporto, alterando in maniera significativa l'iniziale equilibrio tra le loro posizioni.

L'avviato confronto, peraltro, è suscettibile di condurre a valutazioni di segno differente, concordanti o discordanti tra le parti, in ordine tanto all'incidenza delle sopravvenienze pandemiche sulle posizioni di ciascuna di esse, quanto sull'applicabilità dei rimedi a tutela dell'iniziale equilibrio del rapporto. La dialettica tra le parti, inoltre, si spinge a valutare la preferibile natura, conservativa o caducatoria, delle tutele e, in specie, dello specifico rimedio ritenuto più efficiente a contrastare gli effetti patologici delle sopravvenienze.

Anzitutto, le parti potrebbero concordare che il rapporto non è stato in alcun modo scalfito dalle sopravvenienze e, quindi, escludere la necessità di modificarlo. Probabilmente, se si considera l'intera massa dei rapporti giuridici in corso all'affacciarsi del Covid-19, questa sarà l'ipotesi fisiologica più frequente, ravvisabile allorché il rapporto non subisca alterazioni significative e permanga perciò vincolante tra le parti, che passano indenni la crisi pandemica. Resta ferma, anche in questi casi, la possibilità per le stesse parti di concordare liberamente eventuali integrazioni e modifiche del contenuto e delle modalità attuative del rapporto, compresa l'estinzione anticipata, in base alle scelte di convenienza compiute nell'esercizio della loro autonomia contrattuale (art. 1372, comma 2, c.c.)⁵⁵.

⁵⁴ Al riguardo, v. STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, cit., p. 169 ss.; GUERRINI, *op. cit.*, p. 345 ss.

⁵⁵ ORLANDO, *Mutuo dissenso. Contributo per una teoria della causa di "neutralizzazione" degli atti giuridici*, Napoli, 2016; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980; FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Tratt. dir. priv. dir. M. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino, 2002, 66 ss.; ORESTANO, in *Commentario del codice civile dir. E. Gabrielli*, in A. Orestano, E. Navarretta *Dei contratti in generale (artt. 1387 - 1424)*, 3, Torino, 2012,

Le parti, in altri casi, potrebbero condividere che stante la ritenuta incidenza negativa della sopravvenienza pandemica, sia necessario intervenire sul loro rapporto. Al tal riguardo, l'accordo rimediabile potrebbe essere di tipo sia caducatorio che manutentivo-correttivo, a seconda delle circostanze e della valutazione di convenienza espressa dalle parti, nel rispetto delle posizioni dei terzi⁵⁶. Sono le stesse, infatti, a scegliere se avvalersi dei rimedi legalmente tipizzati della risoluzione e riduzione ad equità, della prestazione sostitutiva (c.d. *voucher*)⁵⁷, ovvero se preferiscono dare un diverso contenuto atipico all'accordo rimediabile. In tal senso, nei limiti dell'autonomia contrattuale, le parti possono liberamente rimodulare il loro rapporto, apportando tutte le integrazioni e modifiche che ritengano utili a mantenerlo in equilibrio e renderlo più adeguato alle loro nuove esigenze.

L'atteggiamento delle parti, tuttavia, potrebbe non essere collaborativo, qualora le stesse non siano effettivamente disponibili a compiere la valutazione congiunta, non condividano il percorso di revisione ovvero il relativo esito. Al riguardo, occorre verificare che la disponibilità al negoziato non sia meramente formale e apparente, né strumentale e inconcludente. In tali situazioni, l'atteggiamento discordante delle parti segnala una situazione latente di conflittualità che è suscettibile di degenerare se non tempestivamente gestita attraverso l'attivazione delle tutele stragiudiziali e giudiziali, a cominciare da quelle di natura collaborativa che si basano sull'accordo bonario delle parti.

p. 411 ss.; SIRENA, *Effetti e vincolo*, in Costanza (a cura di), *Effetti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, III 2006, p. 1 ss.

⁵⁶ VERDICCHIO, *Il mutuo dissenso di contratto ad effetti reali (con particolare riferimento alla donazione)*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 830 ss.; MAGLIULO, *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, in *Il Not.*, 2012, p. 4 ss.

⁵⁷ Con riferimento alla disciplina del recesso ex art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020, che prevede espressamente il riconoscimento di *voucher* a favore dei viaggiatori che non abbiano potuto fruire dei pacchetti turistici a causa delle prescrizioni sanitarie anticoronavirus (rimedio esteso ai contratti di soggiorno ex art. 88, d.l. n. 9 del 2020), v. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit., p. 225 ss; CAPRINO e MARRAFFINO, *Coronavirus e vacanze annullate: voucher o rimborso? Ecco cosa dice la legge*, in *Il Sole-24 Ore*, 4 aprile 2020.

L'obbligo di rinegoziazione, in difetto di un'espressa previsione nella vigente disciplina codicistica dei contratti in generale, si vorrebbe introdurre mediante l'approvazione della novella sulle sopravvenienze contrattuali⁵⁸, che è stata sollecitata durante la crisi pandemica⁵⁹. Nel frattempo, l'obbligo suddetto è stato fondato direttamente sui principi generali di solidarietà e buona fede, mediante un'interpretazione sistematico-evolutiva delle discipline in vigore⁶⁰. A tal stregua, le parti sarebbero tenute a rinegoziare in maniera effettiva, leale e corretta allorquando le sopravvenienze abbiano alterato in maniera significativa il loro rapporto, in modo da ripristinare convenzionalmente l'iniziale equilibrio delle posizioni. L'imposizione della rinegoziazione attraverso i principi generali è stata riproposta con riferimento alle sopravvenienze della pandemia Covid-19, in una prospettiva evolutiva in senso solidaristico dell'intero ordinamento⁶¹. In mancanza di puntuali indicazioni normative, sono le prassi negoziali e giurisprudenziali che permettono di precisare gli aspetti applicativi della rinegoziazione, quanto ai presupposti, alle modalità di svolgimento, al controllo giudiziale dei comportamenti abusivi e scorretti.

Per la concreta declinazione dell'obbligo generale di rinegoziazione e per l'elaborazione delle migliori prassi applicative, peraltro, interessanti spunti ricostruttivi sono forniti dall'esame delle vigenti discipline, collocate all'esterno della sistematica del codice civile, che si occupano delle nuove forme collaborative di tutela dei diritti. L'attività di negoziazione, specie nei contesti di crisi e nei rapporti squilibrati, per un verso, richiede delle specifiche garanzie procedurali che ne favoriscano il successo nel rispetto della legalità,

⁵⁸ V. *retro* note 46 e 47

⁵⁹ V. *retro* nota 48.

⁶⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996,

⁶¹ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 209 ss.; VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 9 ss.; VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, cit., p. 222 ss.; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., p. 227 ss.

quali indici di effettività dei diritti tutelati. Prima dell'intervento autoritativo giudiziale che imponga la decisione della controversia, per altro verso, occorre che le parti siano assistite nella consapevole scelta e corretta utilizzazione delle tutele collaborative che si basano sull'assunzione responsabile dell'obbligo di trovare una soluzione consensuale mediante un'effettiva rinegoziazione delle posizioni in conflitto.

6. *Le tutele collaborative.*

La gestione delle sopravvenienze contrattuali e, più in generale, della conflittualità nelle situazioni crisi, specialmente quelle emergenziali, qual è stata generata dalla pandemia Covid-19, richiede strumenti compositivi che assicurino l'effettività⁶² delle tutele dei diritti contestati e garantiscano la coesione tra le parti e la pacificazione dei contesti economici e sociali⁶³. Sono perciò da preferire le tutele immediatamente attivabili, che siano semplici da gestire e conducano rapidamente a risultati soddisfacenti per entrambe le parti, che le coinvolgano e responsabilizzino nei procedimenti di costruzione delle soluzioni compositive consensuali e nella relativa attuazione⁶⁴. Sono evidenti, perciò, i limiti della tradizionale tutela giudiziale incentrata sul litigio, sulla dialettica avversariale che contrappone le pretese avanzate dalle parti in conflitto e viene composta in maniera autoritativa dal giudice con la tecnica aggiudicativa dell'imposizione della decisione. Di regola, all'esito del processo, la sentenza stabilisce chi sia il vincitore, ossia abbia il diritto, e chi sia lo sconfitto, ossia abbia torto.

⁶² VETTORI, *Effettività delle tutele* (diritto civile), in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 387 ss.

⁶³ GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 283 ss.

⁶⁴ DALMOTTO, *L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita e gli altri ADR durante il COVID-19*, in *Il caso.it*, 29/07/2020, in https://blog.il-caso.it/news_980/29-07-20/L%E2%80%99arbitrato_la_mediazione_la_negoziazione_assistita_e_gli_altri_ADR_durante_il_COVID-19; PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, cit., p. 77 ss.

Alle croniche difficoltà del sistema giurisdizionale, risultanti dall'enorme carico di arretrato pendente, dalle intollerabili lungaggini dei processi e dai risultati largamente insoddisfacenti delle soluzioni aggiudicative ottenute, si uniscono le sopraggiunte criticità scatenate dalla pandemia Covid-19. Il *lockdown* ha colpito anche l'attività giurisdizionale che è stata costretta all'osservanza delle prescrizioni restrittive sanitarie, con divieto delle udienze e degli incombenzi presenziali dentro gli uffici giudiziari⁶⁵. Sono state assicurate soltanto le decisioni urgenti ed indifferibili, mediante l'applicazione di soluzioni processuali derogatorie rispetto a quelle ordinarie, con una diversa attuazione a distanza del contraddittorio tra i giudici e gli avvocati delle parti⁶⁶. Il rallentamento, se non la sostanziale paralisi dell'attività giurisdizionale, oltre ad aggravare l'arretrato, porta a dubitare che per la fase della ripresa si riesca ad assicurare l'adeguata tutela rispetto alla nuova ondata di accesa conflittualità originata dalla pandemia Covid-19.

Più alla radice, sarebbe da scongiurare che la conflittualità pandemica finisca direttamente nei Tribunali, così si accentuerebbero le

⁶⁵ Sulle disposizioni emergenziali relative a processi e ADR, v. DALMOTTO, *I termini sostanziali e processuali civili nello sperabile crepuscolo del coronavirus. Tecniche della sospensione e altri rimedi*, in *Il caso.it*, 4/5/20, in https://blog.il-caso.it/news_937; GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, cit., p. 133 ss.; DANOVI, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 2020, p. 431 ss.; BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 2020, p. 391 ss.; CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere [...] all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 2020, p. 364 ss.; TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it*, 13 marzo 2020; MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5, 2020, p. 697 ss.; DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, p. 612 ss.; BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, p. 737 ss.

⁶⁶ Al riguardo, v. PANZAROLA, M. FARINA, *op. cit.*, p. 3 ss.

già gravi difficoltà nello svolgimento dei processi e si esaspererebbero gli animi dei contendenti⁶⁷. Le contrapposizioni dei lunghi litigi, inoltre, metterebbe a repentaglio la coesione economica e sociale del Paese. Perciò, la priorità dovrebbe essere agevolare la ricerca delle soluzioni amichevoli, a cominciare dalla rinegoziazione, con le quali siano le stesse parti a impegnarsi a comporre amichevolmente i propri conflitti⁶⁸. In caso di insuccesso del negoziato diretto, invece, sarebbero da sperimentare le tutele collaborative che permettono alle parti di raggiungere accordi avvalendosi di qualificati servizi compositivi che offrono assistenza e danno garanzie di effettività, qualità e legalità del negoziato⁶⁹. Lo sfogo giudiziale della lite, pertanto, opererebbe solo in via residuale, quale *extrema ratio*, nella tutela dei diritti disponibili. Nell'adozione della decisione, i giudici dovrebbero tenere in particolare considerazione del comportamento tenuto dalle parti nella ricerca di una soluzione amichevole.

La cultura dominante del litigio, purtroppo, ha finito per delegare quasi per intero all'autorità giudiziaria la gestione contenziosa delle controversie, in tal modo deresponsabilizzando sostanzialmente le parti, che dovrebbero essere le principali artefici della costruzione delle soluzioni compositive. In relazione alle controversie sui diritti disponibili, pertanto, si sviluppa anche in Italia un processo di degiurisdizionalizzazione volto a ridurre il contenzioso giudiziario a favore di meccanismi compositivi alternativi, sia preventivi che successivi all'attivazione del giudizio⁷⁰. Si sono delineati percorsi riso-

⁶⁷ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 585 ss.

⁶⁸ ANIBALLI, *Emergenza sanitaria e piattaforme conciliative: una proposta per gestire le transazioni da remoto*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., p. 245 ss.; GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, cit., p. 358.

⁶⁹ RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, in www.diritto.bancario.it.

⁷⁰ PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 13 ss.; PUNZI, *La c.d. «degiurisdizionalizzazione della giustizia civile»*, in ID. (a cura di), *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2014*, Torino 2015, p. 2 ss.; CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla*

lutivi che, per lo più, strutturano dei procedimenti dialettici di assistenza delle parti nella composizione consensuale delle controversie, secondo una logica collaborativa, anziché oppositiva.

Le vigenti discipline delle tutele extragiudiziali e giudiziali prevedono i procedimenti strutturati delle principali tutele collaborative che si incentrano sul dialogo tra le parti finalizzato al raggiungimento di una soluzione consensuale delle controversie⁷¹. Gli indici normativi sono rilevanti ai fini dell'individuazione delle modalità di attivazione e corretta gestione di un'effettiva negoziazione da svolgere in maniera leale e che conduca ad accordi rispettosi delle norme imperative e dell'ordine pubblico.

Le discipline trasversali e settoriali sulle tutele collaborative, sulle quali si sposterà l'indagine, rispondono ad alcuni principi generali di buona fede, solidarietà, effettività e inviolabilità dei diritti⁷², che dovrebbero sostanziare il fisiologico utilizzo della negoziazione nella gestione delle situazioni conflittuali. In particolare, nella segnalata prospettiva rimediabile, anzitutto, l'analisi si sofferma sul fondamento normativo degli obblighi di negoziazione da attuare attraverso le tutele collaborative, come soluzioni che responsabilizzano le parti a trovare soluzioni consensuali che preservano la relazione, scongiurando l'exasperazione della conflittualità determinata dallo schieramento su fronti contrapposti nell'agone giudiziale. Le tutele collaborative, infatti, sono governate da proprie regole di funzionamento, che si distinguono rispetto a quelle del successivo processo giudiziale aggiudicativo. La dialettica del negoziato, nelle tutele collaborative, inoltre, è scandita in precise sequenze, che garantiscono il pieno e libero confronto, con l'assistenza e le garanzie per la migliore ricerca di un accordo risolutivo del conflitto.

giurisdizione, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 811 ss.; DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADD per i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2016, p. 1793 ss.;

⁷¹ Per un quadro generale dell'evoluzione in Italia e all'estero degli strumenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie, v. PILIA (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, Cagliari, 2010-2020;

⁷² Cfr. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 5 ss.

Di fondamentale importanza, tra le tutele collaborative sono i meccanismi A.D.R. (*alternative dispute resolution*) e, in questa fase di emergenza pandemica, soprattutto O.D.R. (*online dispute resolution*) che già dispongono a livello europeo e nazionale di una disciplina legislativa, oltre che di una capillare organizzazione del servizio compositivo, sia trasversale che settoriale⁷³. Dietro impulso delle

⁷³ CUOMO ULLOA, *Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli. I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 297 ss.; BOVE, *Responsabilità sanitaria ed esperimento di ADR come condizione di procedibilità: su alcune questioni aperte*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 587 ss.; DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, p. 919 ss.; DONATO, *Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdiction*, in *Giust. civ.*, 4, 2019, p. 871 ss.; DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, *Il processo*, 1, 2019, p. 27 ss.; CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. arb.*, 1, 2017, p. 21 ss.; DALMOTTO, *Per la semplificazione del quadro normativo in tema di arbitrato nelle società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2015, p. 981 ss.; D'ANGIOLELLA, *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti alternativi per la soluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre*, in *Riv. arb.*, 2, 2018, p. 345 ss.; TUCCI, *L'arbitro bancario finanziario tra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 5, 2019, p. 623 ss.; DOLMETTA e MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR CONSOB»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2016, p. 251 ss.; MARONE, *Favor arbitratus e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 1, 2018, p. 1 ss.; DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *ivi*, 2017, p. 521 ss. CORAPI, *"Arbitrato societario"* *Convegno A.I.A. - Rivista dell'Arbitrato Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2 dicembre 2016*, in *ivi*, 2017, p. 213 ss.; MAZZA, *L'arbitrato per l'accesso al Fondo di solidarietà istituito con l. 208/2015: natura e funzionamento*, in *ivi*, 2019, p. 407 ss.; CORSINI, *La procedura di natura arbitrale per accedere al fondo di solidarietà istituito dalla L. n. 208/2015*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, p. 491 ss.; DE NOVA, *L'arbitrato e i contratti dell'arte*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 593 ss.; DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 783 ss.; LOMBARDINI, *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 4, 2016, p. 715 ss.; MAGGIO, *La conciliazione e l'arbitrato nel diritto del lavoro: lo stato dell'arte*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 2017, p. 98 ss.; DE MARI, *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Giuris. comm.*, 2, 2018, p. 275 ss.; MIRRA, *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 615 ss.; RAGNI,

istituzioni europee, i sistemi compositivi extragiudiziali hanno avuto un notevole sviluppo nella più recente legislazione che, per numerose controversie civili e commerciali, ne impone il previo esperimento come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁴.

L'emergenza pandemica, per tanti aspetti, offre nuove opportunità di utilizzo delle tutele consensuali extragiudiziali per comporre le controversie, sia interne che transfrontaliere, originate dall'impossibilità o difficoltà di dare attuazione agli impegni assunti. A questo riguardo, la legislazione emergenziale non è intervenuta solamente sul piano sostanziale, ma anche su quello delle tutele extragiudiziali, prima che giudiziali, con soluzioni innovative che probabilmente torneranno utili anche dopo la pandemia, per la costruzione di una nuova e migliorata normalità delle tutele⁷⁵.

7. La mediazione finalizzata alla conciliazione.

La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 269 ss.; NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'ANAC: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro amm.*, 2019, p. 1131 ss.; RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 481 ss.; SANTAGADA, *Meccanismi deflativi e acceleratori per le controversie di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria: note a prima lettura sull'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1123 ss.; DOMINICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Rivista trim. dir. pubb.*, 1, 2020, p. 55 ss.; GRISI, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2020, p. 1 ss.

⁷⁴ In proposito, PILIA, *Le obbligatorietà della mediazione al tempo del Covid-19*, in ID. (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, 2020, p. 343 ss.

⁷⁵ MARINARO, *Semplificato l'iter per la mediazione, videoconferenza e accordo «a distanza»*, in *Guida al diritto* del 30 maggio 2020, p. 89 ss.; ID., *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile*, in www.judicium.it, 1° giugno 2020, p. 1 ss.; DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, in *Il caso.it*, 27/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_971; MAGLIONE, *Il lockdown toglie spazio alla mediazione. Ma intanto l'arretrato civile cresce*, in *Il Sole24ore*, 23 novembre 2020; TERZI, *I giudici del lavoro, l'udienza da remoto e la conciliazione giudiziale*, in *Questione giustizia*, 7 luglio 2020.

Tra le tutele collaborative, un ruolo primario e una portata generale spettano alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali su diritti disponibili, ai sensi della direttiva europea 2008/52/CE⁷⁶, recepita in Italia con il d.lgs. 28/2010⁷⁷. La mediazione⁷⁸ è un procedimento strutturato con il

⁷⁶ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Sullo statuto europeo della mediazione, v. IGLESIAS CANLE (a cura di), *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Valencia, 2014; BONET NAVARRO (dir.), *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Aranzadi, 2013; FERNÁNDEZ CANALES (coord.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, 2012; STICCHI DAMIANI (a cura di), *ADR e mediazione*, Torino, 2012; AA. VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, p. 11 ss.; CENNI, FABIANI, LEO (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* Napoli, 2012; ESPLUGUES, IGLESIAS, PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

⁷⁷ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante “Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”. Sulla disciplina italiana, tra gli altri, v. GALLETTO (a cura di), “La nuova mediazione civile e commerciale”, Roma, 2014; BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; SASSANI e SANTAGATA (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Roma, 2010; BANDINI e SOLDATI (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Milano, 2010; PILIA, *Quaderni di conciliazione*, cit.

⁷⁸ Sull’istituto giuridico della mediazione, v. GARCÍA MAYO (dir.), *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia e sucesiones*, Madrid, 2020; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA e PILIA (dirr.), *La mediación en las diversas disciplina jurídicas*, Santiago de Chile, 2020; GARCÍA MAYO (dir.), *La mediación por el mundo: un camino hacia la paz*, Santiago de Chile, 2020; GARCÍA VILLALUENGA, VÁSQUEZ DE CASTRO (dirr.), *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Madrid, 2020; ALPA e CÓRDOBA (dirr.), *La mediación. Las nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, dir. Buenos Aires, 2015; DANOVI e FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano 2013; CONTE, *Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di A.D.R.*, in *Mediazione e progresso*, Milano, 2012, p. 235 ss.

quale su base volontaria le parti, con l'assistenza del mediatore, cercano esse stesse di raggiungere un accordo amichevole che risolva la controversia⁷⁹. Nel meccanismo compositivo non aggiudicativo, il mediatore opera in maniera imparziale, indipendente ed efficace per favorire la comunicazione tra le parti mediante l'utilizzo delle tecniche facilitative e valutative, senza però imporre decisioni o esprimere giudizi vincolanti⁸⁰. Sono le parti che condividono la soluzione amichevole, anche mediante l'adesione alla proposta risolutiva scritta formulata per loro dal mediatore⁸¹.

Quanto alle modalità di accesso⁸², la mediazione può essere promossa volontariamente da ciascuna parte (mediazione c.d. facoltativa)⁸³, oppure in attuazione di un'apposita clausola inserita negli atti costitutivi e negli statuti degli enti ovvero nei contratti le parti possono obbligarsi a utilizzarla per tentare di dirimere consensualmente le conseguenti controversie prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria (mediazione c.d. concordata)⁸⁴. L'esperimento della mediazione è però imposto per legge come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per un ampio ventaglio di controversie civili e commerciali, comprese quelle contrattuali e dei rapporti di durata

⁷⁹ Art. 3, lett. a), direttiva 2008/52/CE; art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁰ Art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE; art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 28/2010.

⁸¹ Art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

⁸² Sui vari sistemi di accesso alla mediazione, cfr. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., p. 125 ss.; SPINA, *Singole mediazioni civili obbligatorie*, in FALCO e SPINA (a cura di), *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)*, Milano, 2014, p. 235 ss.; DELL'ANNA, GASBARRINI, LEO, PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 212 ss.; BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., p. 873 ss.

⁸³ Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁴ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

(mediazione c.d. obbligatoria)⁸⁵. In ogni caso, fino al grado d'appello, il giudice può ordinare alle parti di una lite pendente di esperire la mediazione allorquando lo reputi appropriato (c.d. mediazione delegata)⁸⁶. Il procedimento di mediazione, pertanto, può essere una sede appropriata per svolgere la negoziazione del rapporto, sia prima dell'avvio che durante la pendenza della lite giudiziale, restando impregiudicato il diritto fondamentale delle parti, in caso di mancata conciliazione, di insistere per ottenere la tutela giudiziaria⁸⁷.

Sul piano della legalità, si osserva come lo statuto comune europeo della mediazione⁸⁸, così come attuato in Italia, salvaguarda il

⁸⁵ Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, che si riferisce alle controversie in materia di “condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari”. Al riguardo, v. PILIA, *El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad*, in Argudo Pérez (dir.), *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI*, cit., p. 175 ss.; GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014 n. 2, p. 247 ss.; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, p. 109 ss.; DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Milano, 2011, p. 89 ss.; GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 326 ss.; ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in www.judicium.it; SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in *ivi*; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *ivi*; CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in *ivi*; MINERVINI, *La “storia infinita” della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, p. 1153 ss.; REALI, *La mediazione obbligatoria e delegata: riflessi sul processo civile*, in *Annali facoltà giurisprudenza Taranto*, 2011, p. 531 ss.; BATTAGLIA, *La nuova mediazione obbligatoria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 1, p. 126; BUGIOLACCHI, *La mediazione obbligatoria nelle controversie civili e commerciali dopo la conversione in legge del “Decreto Letta”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1, p. 349 ss.

⁸⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁷ Art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

⁸⁸ Sullo statuto europeo della mediazione, PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012.

diritto delle parti alla tutela giudiziale, anche scongiurandone la decadenza e la prescrizione durante il procedimento della mediazione⁸⁹, che deve svolgersi nel rispetto della riservatezza⁹⁰ e tendere a raggiungere un accordo suscettibile di acquisire forza esecutiva⁹¹, in quanto sia rispettoso delle norme imperative e dell'ordine pubblico⁹². In questa cornice di legalità, pertanto, le parti esercitano la loro autonomia per raggiungere un accordo compositivo, dispositivo dei propri diritti, con l'assistenza del mediatore. La legislazione italiana, sempre sul piano del controllo della legalità, impone pure che per l'intero procedimento di mediazione le parti siano assistite dagli avvocati⁹³. Affinché si attribuisca forza esecutiva all'accordo di conciliazione che non sia contrario a norme imperative e all'ordine pubblico, inoltre, occorrono la sottoscrizione e la certificazione in tal senso degli stessi avvocati⁹⁴ o in difetto la positiva verifica condotta dal presidente del tribunale in sede di omologa⁹⁵. Se l'accordo concluso rientra tra quelli soggetti a trascrizione *ex art.* 2643 c.c., per eseguire la pubblicità immobiliare le sottoscrizioni devono essere autenticate da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, inoltre, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento⁹⁶.

Il successo della mediazione, per tanti versi, si basa sulla qualità del servizio compositivo e, in particolare, sulla capacità professionale del mediatore di condurre in maniera imparziale, indipendente ed efficace il procedimento finalizzato all'accordo delle parti⁹⁷. In base ai principi europei, la qualità della mediazione è affidata all'elaborazione e adozione di appositi codici etici ad opera dei centri di

⁸⁹ Art. 8 direttiva 2008/52/CE.

⁹⁰ Art. 7 direttiva 2008/52/CE.

⁹¹ Art. 6 direttiva 2008/52/CE.

⁹² Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

⁹³ Art. 8, comma 1 d.lgs. 28/2010.

⁹⁴ Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁵ Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁶ Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁷ Artt. 3, lett. b), e 4, direttiva 2008/52/CE.

mediazione e dei mediatori⁹⁸, oltre all'efficacia dei meccanismi pubblici e privati di controllo⁹⁹. Un ruolo decisivo, ancora, assumono i percorsi formativi e di specializzazione dei mediatori¹⁰⁰, che non corrispondono a quelli delle altre tradizionali professionali legali¹⁰¹. Tanto esprime l'importanza della preparazione del mediatore affinché egli riesca a condurre professionalmente le parti attraverso il dialogo al superamento del conflitto e, quindi, a raggiungere un accordo che permetta loro di condividere una soluzione amichevole che sia conveniente per entrambe. In base alle finalità dichiarate della direttiva europea¹⁰², la mediazione costituisce uno strumento di accesso semplificato alla giustizia che si dimostra utile per garantire la coesione economica e sociale tra le parti in conflitto, specie nei rapporti di durata e di portata transfrontaliera¹⁰³. Per questa ragione se ne promuove la diffusione, con misure non soltanto positive di incentivazione economica e fiscale, ma anche negative di tipo costringitivo e sanzionatorio¹⁰⁴.

Sotto il profilo sanzionatorio, i comportamenti sleali o non collaborativi della parte che in mediazione senza giustificato motivo non partecipi al procedimento, ovvero non accetti la proposta risolutiva formulata per iscritto dal mediatore, sono valutati dal giudice come elemento di prova contrario ed espone la stessa parte a conseguenze negative di tipo economico e processuale. Quando la mediazione è obbligatoria per legge¹⁰⁵ o per ordine del giudice¹⁰⁶, il mancato espe-

⁹⁸ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

⁹⁹ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁰ Art. 4, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰¹ Art. 16 d.lgs. n. 28/2010, art. 4, comma 3, lett. b), Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 “*Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ss.mm.*”.

¹⁰² Art. 1, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰³ Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁴ Art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁵ Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

rimento del procedimento non permette alla parte onerata di soddisfare la condizione di procedibilità/proseguibilità dell'azione giudiziale, che il giudice rileva anche d'ufficio¹⁰⁷. La mancata partecipazione alla mediazione della controparte, invece, costituisce un argomento di prova a suo carico (ai sensi dell'art. 112, comma 2, c.p.c.)¹⁰⁸e, nelle mediazioni obbligatorie, la espone alla condanna al pagamento di una sanzione economica a favore dello Stato¹⁰⁹. La parte che non abbia accettato la proposta risolutiva scritta del mediatore avente un contenuto nella sostanza corrispondente a quello della successiva sentenza che definisce il giudizio, anche se risultasse accolta la sua domanda, è condannata dal giudice al pagamento delle spese mediazione, processuali ed eventualmente di somme aggiuntive a favore dello Stato¹¹⁰, oltre che dei danni per responsabilità processuale aggravata qualora abbia agito con dolo o in mala fede¹¹¹.

In altri termini, il comportamento sleale e non collaborativo della parte che nella mediazione obbligatoria si sottragga alla negoziazione del rapporto conflittuale finisce per incidere negativamente sulla tutela giudiziale della sua posizione. In tal senso, qualora non realizzi l'effettivo e leale negoziato, si attenuano la consistenza giuridica e la meritevolezza di tutela della sua posizione giuridica nei riguardi della controparte che, invece, tenga un comportamento collaborativo. La corretta gestione in mediazione del rapporto conflittuale, quindi, è vicenda giuridica che assume rilievo decisivo ai fini della piena tutelabilità dei diritti oggetto della controversia.

8. *I sistemi ADR e ODR in materia di consumo.*

Le istituzioni europee hanno pure introdotto un'organica disciplina dei sistemi ADR e ODR per i consumatori che si applica trasversalmente alla composizione stragiudiziale delle controversie na-

¹⁰⁷ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁸ Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁹ Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁰ Art. 13, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹¹ Art. 96 c.p.c.

zionali e transfrontaliere derivanti dai rapporti contrattuali con i professionisti, senza limitazioni settoriali, né geografiche¹¹². La direttiva 2013/11/UE¹¹³ garantisce che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie¹¹⁴. È fatta salva la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario. Per garantire il diritto dei consumatori di accedere ai sistemi ADR di qualità, la direttiva impone l'osservanza di requisiti minimi armonizzati sia per gli organismi che per le procedure ADR, che gli Stati membri possono integrare e rafforzare¹¹⁵.

¹¹² Sulla disciplina europea in materia di ADR e ODR di consumo, HODGES, BENÖHR, CREUTZFELDT-BANDA (eds), *Consumer ADR in Europe*, Oxford, 2012; AA. VV., *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, a cura di P. Cortés, Oxford, 2016; GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 409 ss.; STORSKRUBB, *Alternative dispute resolution in the Eu: regulatory challenges*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2016, p. 9 ss.; CORTÉS, *A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward*, in *Legal studies*, 2015, p. 114 ss.; THÉOCHARIDI, *Effectiveness of the adr directive: standard of average consumer and exceptions*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2016, p. 103 ss.; LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie tra i consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1299 ss.; CREUTZFELD, *Implementation of the consumer ADR directive*, in *Jour. Eur. Consumer and Mark. Law*, 2016, p. 169 ss.; BATTELLI, *Esperienze e modelli europei di ADR. Una giustizia a misura di impresa?*, in *Riv. dir. impresa*, 3/2015, p. 563 ss.; VALSECCHI, *I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, p. 101 ss.; STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; SOLDATI, *L'evoluzione delle procedure ADR in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'Unione europea*, in *Dir. comm. intern.*, 2016, p. 943 ss.;

¹¹³ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori).

¹¹⁴ Art. 1, direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁵ Art. 2, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

Anzitutto, gli organismi ADR, quali entità istituite su base permanente per gestire le procedure ADR¹¹⁶, sono tenuti a rispettare tutti i requisiti di qualità imposti dalla disciplina europea e da quella attuativa nazionale del Paese dove si sono stabiliti e devono essere iscritti nell'apposito elenco tenuto dall'Autorità nazionale competente¹¹⁷, che ha il compito della vigilanza e del monitoraggio¹¹⁸. I requisiti europei di qualità degli organismi ADR, in particolare, concernono l'accessibilità¹¹⁹ e la trasparenza¹²⁰ per il pubblico delle informazioni rilevanti e del servizio compositivo, che si realizzano principalmente a distanza attraverso il sito *web*. Sono parimenti significativi i requisiti di imparzialità, indipendenza e competenza¹²¹, che si riferiscono essenzialmente alla necessità di una qualificata collaborazione degli organismi con le persone incaricate di gestire professionalmente le procedure compositive. Tra i possibili limiti procedurali all'accesso al servizio compositivo, in particolare, sono da segnalare quelli relativi al mancato esperimento da parte del consumatore del tentativo di risoluzione diretta della controversia con la controparte professionale¹²² ovvero al trascorre di oltre un anno di tempo dall'infruttuoso esperimento del tentativo stesso¹²³. In tal senso, l'avvenuto esperimento del tentativo di negoziato diretto tra le parti costituisce uno dei presupposti per l'attivazione della procedura di risoluzione extragiudiziale davanti agli organismi ADR.

La direttiva 2013/11/UE fissa pure i requisiti minimi di qualità delle procedure ADR modulati tra le diverse tipologie, a seconda che gli organismi si limitino a riunire le parti affinché raggiungano una soluzione amichevole, formulino una proposta risolutiva ovvero impongano una decisione¹²⁴. Mentre le prime due tipologie di procedure che, rispettivamente, utilizzano le tecniche facilitative e quelle

¹¹⁶ Art. 4, par. 1, lett. h), direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁷ Art. 20, par. 2, direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁸ Art. 20 direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁹ Art. 5 direttiva 2013/11/UE.

¹²⁰ Art. 7 direttiva 2013/11/UE.

¹²¹ Art. 6 direttiva 2013/11/UE.

¹²² Art. 5, par. 4, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

¹²³ Art. 5, par. 4, lett. e), direttiva 2013/11/UE.

¹²⁴ Art. 2, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

valutative, hanno portata generale e sono automaticamente applicabili in tutti gli Stati dell'Unione, le procedure aggiudicative devono essere espressamente ammesse dai singoli Stati¹²⁵. Quanto all'ambito applicativo, inoltre, la direttiva 2013/11/UE si riferisce direttamente alle procedure avviate dai consumatori nei confronti dei professionisti¹²⁶, prevedendo che gli Stati possano includere anche quelle promosse dai professionisti¹²⁷. I requisiti europei di qualità delle procedure ADR sono espressi attraverso dei principi accompagnati all'esemplificazione delle principali declinazioni che riguardano le fasi di scelta, avvio, svolgimento e conclusione. Così, nell'ordine, si impone il rispetto dei requisiti di trasparenza¹²⁸, efficacia¹²⁹, equità¹³⁰, libertà¹³¹, legalità¹³². Si deve segnalare che tutte le procedure sono accessibili e gestibili sia *online* che *offline*¹³³, non possono superare una durata temporale massima prestabilita¹³⁴, lasciano libere le parti di avvalersi dell'assistenza legale¹³⁵ e per il consumatore sono gratuite¹³⁶.

Agli Stati membri è lasciata ampia autonomia nel rafforzare i requisiti di qualità e scegliere se la partecipazione alle procedure sia solamente volontaria ovvero imposta per legge o suggerita dal giudice¹³⁷. L'Italia ha recepito la direttiva novellando il codice del consumo nella parte V sull'accesso alla giustizia, mediante l'inserimento di un apposito titolo *II-bis* dedicato ai sistemi extragiudiziali di risoluzione delle controversie¹³⁸. Quanto all'ambito applicativo,

¹²⁵ Art. 2, par. 4, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁶ Art. 2, par. 1, lett. g), direttiva 2013/11/UE.

¹²⁷ Art. 2, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁸ Art. 7 direttiva 2013/11/UE.

¹²⁹ Art. 8 direttiva 2013/11/UE.

¹³⁰ Art. 9 direttiva 2013/11/UE.

¹³¹ Art. 10 direttiva 2013/11/UE.

¹³² Art. 11 direttiva 2013/11/UE.

¹³³ Art. 8, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁴ Art. 8, lett. e), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁵ Art. 8, lett. b), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁶ Art. 8, lett. c), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁷ Art. 1, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

¹³⁸ Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130, recante “Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori,

non sono state ammesse le procedure ADR di tipo aggiudicativo¹³⁹, né quelle promosse dai professionisti verso i consumatori¹⁴⁰. Il codice del consumo ha però introdotto un'apposita disciplina per la negoziazione paritetica¹⁴¹, quale procedura ADR di elaborazione italiana che si affida a una commissione paritetica composta dai rappresentanti delle associazioni dei consumatori e dei professionisti. In quanto cofinanziata dalle associazioni e organizzazioni dei profes-

che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)". In proposito, v. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 494 ss.; TROSI, *Composizione extragiudiziale delle controversie tra consumatori e professionisti. Il titolo II bis del codice del consumo*, in *Saggi in tema di controversie civilistiche e rimedi stragiudiziali*, Napoli, 2017, p. 25 ss.; GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. e imp.*, 2016, p. 504 ss.; MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1064 ss.; MANCALEONI e ZOPPINI, *La formazione del contratto elettronico e le ADR in rete*, in ZOPPINI e AZZALI (a cura di), *Commercio elettronico, autodisciplina e risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Milano, 2004, p. 51 ss.; BARTOLOMUCCI, *sub art. 141*, in Alpa e Rossi Carleo (a cura di) *Commentario al codice del consumo*, Napoli, 2005, p. 486 ss.; BOTTINO, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, *Contr. imp. Eur.*, 2014, p. 396 ss.; PILIA-CORTÉS-VARGIU, *The Implementation of the Consumer ADR Directive in Italy*, in *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, cit., p. 209 ss.; GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *Judicium*; MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo «Arbitro per le Controversie Finanziarie»*, in *Riv. arb.*, 4, 2016, p. 693 ss.; MARINARO, *Spunti di riflessione per l'armonizzazione e la razionalizzazione dei sistemi di ADR per le liti dei consumatori*, in *Judicium*.

¹³⁹ Art. 141, comma 4, cod. cons. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1213 ss.; ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *ivi*, 2017, p. 793 ss.

¹⁴⁰ Art. 141, comma 8, lett. f), cod. cons.

¹⁴¹ Art. 141-ter, cod. cons.

sionisti, la negoziazione paritetica è stata sottoposta a specifici requisiti di indipendenza e trasparenza, aggiuntivi rispetto a quelli generali, in conformità alle prescrizioni europee¹⁴².

L'esperimento delle procedure ADR, seppur di regola volontario¹⁴³, è stato imposto obbligatoriamente per legge come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale in numerosi casi¹⁴⁴. Anzitutto, l'obbligatorietà è prevista con riferimento alla mediazione in materia di consumo¹⁴⁵, alla conciliazione nelle controversie relative alle comunicazioni elettroniche¹⁴⁶ e in quelle relative all'energia elettrica, al gas e al servizio idrico integrato¹⁴⁷. In tali casi, per l'accesso alla tutela giudiziale occorre lo svolgimento della procedura ADR che, a sua volta, presuppone che nell'anno precedente sia avvenuto l'esperimento del negoziato diretto tra il consumatore il professionista¹⁴⁸. L'inosservanza della sequenza negoziale, quindi, finisce per limitare l'accesso alla tutela giudiziale¹⁴⁹.

Con riferimento al mercato europeo digitale, il regolamento (UE) n. 524/2013¹⁵⁰ ha istituito la piattaforma europea ODR¹⁵¹ che costituisce un'infrastruttura informatica, accessibile liberamente e gratuitamente attraverso la rete, con servizio di traduzione in tutte le lingue ufficiali degli Stati membri, che fornisce informazioni e permette l'interazione tra consumatori, professionisti e organismi ADR¹⁵². La

¹⁴² Artt. 2, par 2, lett. a), e 6, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

¹⁴³ Art. 141, comma 4, cod. cons.

¹⁴⁴ Art. 141, comma 6, cod. cons.

¹⁴⁵ Art. 141, comma 6, lett. a), cod. cons.

¹⁴⁶ Art. 141, comma 6, lett. b), cod. cons.

¹⁴⁷ Art. 141, comma 6, lett. c), cod. cons.

¹⁴⁸ Art. 141-*bis*, comma 2, lett. b) ed e), cod. cons.

¹⁴⁹ Art. 141, comma 10, cod. cons.

¹⁵⁰ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori).

¹⁵¹ Art. 5 regolamento 524/2013.

¹⁵² In base al considerando n. 19 del regolamento 524/2013: "La piattaforma ODR dovrebbe essere un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online. La piattaforma ODR dovrebbe for-

piattaforma costituisce il punto unico di accesso per l'avvio delle procedure ADR relative alle controversie scaturenti da rapporti contrattuali *online* tra consumatori e professionisti degli Stati membri dell'UE¹⁵³. La piattaforma ODR, peraltro, non è utilizzabile solo per la presentazione della domanda introduttiva della procedura ADR mediante la compilazione del modulo elettronico *online*¹⁵⁴, ma vi possono anche essere gestite le procedure con gli organismi ADR che si siano registrati elettronicamente¹⁵⁵. La piattaforma ODR, inoltre, permette al consumatore di contattare direttamente il professionista per tentare il negoziato risolvente della controversia, prima di procedere all'instaurazione di una procedura ADR e poi dell'eventuale giudizio¹⁵⁶.

Il richiamato pacchetto legislativo europeo, con le norme attuative nazionali, in sintesi, ha infrastrutturato il sistema normativo, amministrativo e tecnologico della giustizia alternativa nell'Unione europea¹⁵⁷. Tanto ha facilitato la conoscenza e l'applicazione della mediazione e delle procedure ADR di consumo in base a principi e requisiti minimi comuni, che hanno però lasciato ampia autonomia sia agli Stati membri e sia a ciascun organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Funzionali a costruire un sistema europeo

nire informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali tra professionisti e consumatori derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi online. Essa dovrebbe consentire ai consumatori e ai professionisti di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere i documenti pertinenti. Essa dovrebbe trasmettere i reclami all'organismo ADR competente. La piattaforma ODR dovrebbe inoltre mettere a disposizione gratuitamente uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta agli organismi ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia con le parti mediante la piattaforma ODR stessa. Gli organismi ADR non dovrebbero essere tenuti a utilizzare lo strumento di gestione dei casi”.

¹⁵³ Art. 5, par. 2, regolamento 524/2013.

¹⁵⁴ Art. 8 regolamento 524/2013.

¹⁵⁵ Artt. 5, comma 4, lett. d), e 10, lett. d), regolamento 524/2013.

¹⁵⁶ V. Relazione 13.12.2017 della Commissione al parlamento europeo e al Consiglio sul funzionamento della piattaforma europea per la risoluzione delle controversie *online* istituita ai sensi del regolamento (UE) n. 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori.

¹⁵⁷ PILIA, *Aspectos de la mediación en el ámbito europeo*, Madrid, 2019

della giustizia alternativa di qualità sono i processi partecipativi di autodisciplina che coinvolgono gli organismi ADR, le autorità competenti, i punti di contatto ODR e la stessa Commissione, che condividono informazioni sulle criticità e le migliori prassi applicative¹⁵⁸.

La cooperazione istituzionale nello scambio di informazioni¹⁵⁹ e nell'assistenza¹⁶⁰ e adozione delle migliori prassi compositive¹⁶¹. In tal modo, si sviluppa la costruzione di un sistema davvero europeo della giustizia alternativa che sia capace di gestire non solo le controversie interne ai singoli Stati membri, ma anche quelle transfrontaliere con parti provenienti da tutti gli Stati dell'Unione. Il richiamato processo evolutivo, peraltro, trova nella crisi pandemica una straordinaria occasione di sperimentazione delle migliori soluzioni compositive extragiudiziali, che permettano di ridurre la conflittualità sia interna e sia tra gli Stati membri e, al contempo, riaffermare la coesione economica e sociale dell'intera Unione europea.

Le istituzioni europee, infatti, si accingono ad approvare piani economici straordinari di finanziamento per mitigare gli effetti negativi della crisi pandemica e per sostenere il rilancio dell'economia¹⁶². Il principio di solidarietà che ispira gli interventi europei, peraltro, viene realizzato mediante il finanziamento di programmi di riforme e innovazioni che pongano rimedio a strutturali criticità del passato, a cominciare da quelle dell'inefficiente funzionamento della giustizia¹⁶³. Siffatte criticità, invero, sono destinate ad accentuarsi con la conflittualità interna e transfrontaliera originata dalla pandemia Covid-19.

9. *La negoziazione assistita tramite avvocati.*

¹⁵⁸ Artt. 5 e 14 regolamento 524/2013.

¹⁵⁹ Art. 6 regolamento 524/2013.

¹⁶⁰ Art. 7 regolamento 524/2013.

¹⁶¹ Art. 7, par. 6, regolamento 524/2013

¹⁶² In particolare, il *Recovery and resilience fund* e il Meccanismo europeo di stabilità (*MES*). Con riferimento ai sistemi di finanziamento della crisi in Europa, v. AA. VV., *Andamento congiunturale*, in *Riv. dott. comm.*, 3, 2020, p. 525 ss.; VILLAGRAFRANCA, *MES: cos'è e come funziona*, in *ISPI*, 16 marzo 2020, in [MES: ecco cos'è e come funziona il fondo salva-stati \(ispionline.it\)](https://www.ispionline.it/it/analisi/2020/03/16/mes-cos-e-come-funziona).

¹⁶³ MAGLIONE e MAZZEI, *La giustizia civile punta sui fondi Ue*, in *Il sole24ore*, 5 Agosto 2020.

La legislazione italiana sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso¹⁶⁴, inoltre, ha introdotto un nuovo meccanismo extragiudiziale di risoluzione consensuale delle controversie, la negoziazione assistita tramite avvocati¹⁶⁵, che ha assunto un ruolo fondamentale e una portata generale nel contenzioso privatistico, interessando trasversalmente gli ambiti civile e commerciale¹⁶⁶ e quello familiare¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione, con modificazioni, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 recante «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*». Al riguardo, v. LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Torino, 2014; SANTANGELI (a cura di), *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel D.L. 132/2014 convertito in L. 162/2014*, Roma, 2015; AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 17 ss.; CHIARLONI (a cura di), *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, p. 1257 ss.; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo*, Messina, 2014; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173 ss.; ANSALDI, *Il crescente ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Contratti*, 2015, p. 203 ss.; UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della "degiurisdizionalizzazione" (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014)*, in *Contratto e impresa*, 1, 2015, p. 231 ss.; CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 221 ss.

¹⁶⁵ Artt. 2 - 11 d.l. n. 132/2014. DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2014; FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad litem ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 514 ss.

¹⁶⁶ Art. 2 d.l. n. 132/2014.

¹⁶⁷ Art. 6 d.l. n. 132/2014. Sulla degiurisdizionalizzazione dei conflitti familiari, v. DANOVÌ, *L. 10 novembre 2014, n. 162. I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1141 ss.; ID., *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *ivi*, 2015, p. 1043 ss.; GABASSI, *Separazione e divorzio semplificato o complicati? Prime note agli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in L. 10 novembre 2014, n. 162*, in *Studium Iuris*, 2015, p. 132 ss.; SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295 ss.; CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *Quale giustizia*, 2015, www.qualegiustizia.it; BUGETTI,

Il nuovo tipo di negoziato si caratterizza per la necessaria presenza dei legali delle parti¹⁶⁸, che le assistono nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole della controversia. L'esperimento del procedimento è stato imposto obbligatoriamente per legge quale condizione di procedibilità dell'azioni per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, e per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro¹⁶⁹. Più in generale, il procedimento può essere volontariamente utilizzato per tutte le controversie sui diritti disponibili in materia civile e commerciale¹⁷⁰, oltre per quelle di separazione, divorzio, scioglimento delle unioni civili¹⁷¹ e di modifica delle relative condizioni¹⁷².

La disciplina legale, per un verso, prevede che le parti debbano cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati, entro un termine concordato nell'osservanza dei limiti temporali prestabiliti¹⁷³. Il mancato esperimento della negoziazione assistita obbligatoria impedisce

Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco, in *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.; CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 711 ss.; PARINI, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 602 ss.; TRINCHI, *La negoziazione assistita nei procedimenti di famiglia*, in *Studium Juris*, 2016, pp. 135 ss., 284 ss.; BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 891 ss.; SESTA, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Fam. dir.*, 12/2017, p. 1145 ss.

¹⁶⁸ In base al d.l. n. 132/2014, la convenzione di negoziazione assistita nelle controversie civili e commerciali può essere sottoscritta da uno o più avvocati (art. 2, commi 1 e 5), mentre nelle controversie familiari occorre la sottoscrizione di almeno un avvocato per ciascuna parte (art. 6, comma 1).

¹⁶⁹ Art. 3, comma 1, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁰ Art. 2, comma 2, lett. b), d.l. n. 132/2014, che esclude dall'ambito applicativo delle controversie civili e commerciali quelle riguardanti diritti indisponibili e vertenti in materia di lavoro.

¹⁷¹ Art. 1, comma 25, legge 20 maggio 2016, n. 76 recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

¹⁷² Art. 6 d.l. n. 132/2014.

¹⁷³ Ai sensi dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 132/2014, il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso, non può essere non inferiore

l'avverarsi della condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, rilevabile anche d'ufficio dal giudice¹⁷⁴. L'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita, inoltre, deve contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio¹⁷⁵, della responsabilità processuale aggravata della parte che agisca con dolo o in mala fede¹⁷⁶ e della concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo¹⁷⁷. Costituiscono illeciti disciplinari per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato¹⁷⁸, ovvero tenere comportamenti contrari agli obblighi di lealtà e riservatezza¹⁷⁹.

L'accordo di negoziazione raggiunto dalle parti con l'assistenza degli avvocati, inoltre, acquisisce forza esecutiva allorquando gli stessi avvocati lo sottoscrivano e certifichino che non è contrario a norme imperative e all'ordine pubblico¹⁸⁰. Se l'accordo concluso dalle parti rientra tra quelli soggetti a trascrizione, per dare pubblicità occorre che le sottoscrizioni siano autenticate da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato¹⁸¹.

a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le stesse parti.

¹⁷⁴ Art. 3, comma 1, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁵ Art. 4, comma 1, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁶ Art. 96 c.p.c.

¹⁷⁷ Art. 642, comma 1, c.p.c.

¹⁷⁸ Art. 5, comma 4, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁹ Art. 9, comma 4-bis, d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁰ Art. 5 d.l. 132/2014. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati circa la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, p. 536 ss.; SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1287 ss.

¹⁸¹ Art. 5, comma 3, d.l. 132/2014. Al riguardo, FREZZA, «Degiurisdizionalizzazione», *negoziazione assistita e trascrizione (l. 10 novembre 2014, n. 162, di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1-2015, p. 18 ss.; KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, in www.notariato.it; AULETTA, *Notariato e giurisdizione. La trascrizione dell'accordo di negoziazione per nulla osta del P.M.: il caso*

Con riferimento alle controversie familiari, l'accordo di negoziazione assistita tramite gli avvocati produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di definizione dei giudizi di separazione, divorzio e modificazione delle relative condizioni¹⁸². In presenza di figli, a tutela dei loro interessi¹⁸³, l'accordo raggiunto dai genitori deve essere sottoposto al vaglio di legalità del procuratore della Repubblica che si atteggia diversamente a seconda che la prole sia maggiorenne¹⁸⁴ ovvero minorenni e, comunque, in situazioni di

Pordenone, in *Notariato*, 2017, p. 237 ss.; CARDINALE, *Sulla trascrizione di accordi di negoziazione assistita contenenti trasferimenti immobiliari*, in *Giur. It.*, 2017, p. 1603 ss.; CARDOSI, «*Sulla trascrizione degli accordi di negoziazione assistita in materia familiare*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2017, p. 1167 ss.; TODESCHINI PREMUDA, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 124 ss.; FABIANI e LEO, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, p. 50 ss.

¹⁸² Art. 6, comma 3, d.l. n. 132/2014.

¹⁸³ Sulla tutela degli interessi dei minori, v. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 157 ss.; ID., *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 390 ss.; RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1400 ss.; NASCOSI, *I poteri del Presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 695 ss.; DANOVÌ, *Negoziazione assistita e figli nati fuori del matrimonio: il tribunale può sanare l'erroneo utilizzo dello strumento?*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 687 ss.; ID., *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Famiglia e diritto*, 2017, p. 69 ss.; CALOGERO, *Negoziazione assistita familiare: poteri del Procuratore della Repubblica e del Presidente del Tribunale*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2110 ss.; LAI, *La negoziazione assistita nella crisi familiare: un mosaico in via di composizione?*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 782 ss.

¹⁸⁴ Più precisamente, ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014: "In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3".

debolezza economica o di salute¹⁸⁵. In caso di accordo, l'avvocato è tenuto a curarne la tempestiva pubblicità nei registri dello stato civile del comune competente¹⁸⁶, a pena dell'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie¹⁸⁷. In mancanza di prole minorenni o, comunque, in situazioni di debolezza, l'accordo di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni può essere raggiunto dai coniugi davanti all'ufficiale di stato civile, senza necessità dell'assistenza dei legali¹⁸⁸.

La negoziazione assistita tramite avvocati, quindi, costituisce un importante meccanismo compositivo collaborativo che permette lo svolgimento di un effettivo negoziato tra le parti per dirimere consensualmente le controversie privatistiche, utilizzabile dalle parti allorquando direttamente non riescano a trovare un accordo rimediabile anche rispetto alle sopravvenienze pandemiche. In tal senso, infine, possono operare altri procedimenti conciliativi davanti agli organismi delle camere di commercio istituiti per la risoluzione delle controversie tra professionisti¹⁸⁹, tra professionisti e consumatori e

¹⁸⁵ Ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014: "In presenza di fi gli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei fi gli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei fi gli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. All'accordo autorizzato si applica il comma 3".

¹⁸⁶ Art. 6, comma 3, d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁷ Art. 6, comma 4, d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁸ Art. 12 d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁹ Legge 18 giugno 1998, n. 192 "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive", art. 10 (Conciliazione e arbitrato): "1. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 5, comma 4, le controversie relative ai contratti di sub-fornitura di cui alla presente legge sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. 2. Qualora non si pervenga ad una conciliazione fra le parti entro trenta giorni, su richiesta di entrambi i contraenti la controversia è rimessa alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio di cui al comma 1 o, in mancanza, alla commissione arbitrale

utenti¹⁹⁰, ovvero davanti agli organismi di gestione del sovraindebitamento previsti dal codice della crisi d'impresa¹⁹¹.

10. *La salvaguardia della tutela giudiziale.*

Negli evocati meccanismi compositivi stragiudiziali, l'attivazione dei procedimenti vale a interrompere la prescrizione e impedisce per una volta la decadenza dei diritti¹⁹². Tanto scongiura il rischio che il tempo occorrente all'espletamento del procedimento compositivo, avente una prestabilita durata massima¹⁹³, possa pregiudicare la tutela giudiziale. In ogni caso, la tutela giudiziale può essere immediatamente azionata nei casi di urgenza per chiedere la necessaria adozione delle misure cautelari¹⁹⁴. Così come i provvedimenti giudiziali, inoltre, gli accordi compositivi sono suscettibili di acquisire

istituita presso la camera di commercio scelta dai contraenti. 3. Il procedimento arbitrale, disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile, si conclude entro il termine massimo di sessanta giorni a decorrere dal primo tentativo di conciliazione, salvo che le parti si accordino per un termine inferiore”.

¹⁹⁰ Legge 580/1993 “Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”, art. 2 (Compiti e funzioni), comma 2, lett. g): costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti.

¹⁹¹ CERRATO, *Il mosaico dell'arbitrato al tempo del Codice della crisi: nuove vaghe o antiche aporie*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 66 ss.; BENVENUTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dott. comm.*, 3, 2019, p. 537 ss.

¹⁹² Per la mediazione civile e commerciale ex art. 5, comma 6, d.lgs. 20/2010; per ADR di consumo art. 141-*quinquies* cod. cons.; per la negoziazione assistita tramite avvocati ex art. 8 d.l. 132/2014.

¹⁹³ La durata massima di 90 giorni per la mediazione ex e per ADR di consumo ex art. 141-*quater*, comma 3, lett. e), mentre per la negoziazione assistita tramite avvocati la durata concordata tra le parti non può essere inferiore termine minimo di un mese e massimo di tre mesi ex art. comma 2, d.l. 132/2014.

¹⁹⁴ Per la mediazione art. 5, comma 4, d.lgs. 28/2010, per la negoziazione assistita tramite avvocato art. 3, comma 3, d.l. 132/2014.

forza esecutiva¹⁹⁵ e, altresì, di essere trascritti nei registri immobiliari¹⁹⁶. Le richiamate discipline dei sistemi compositivi extragiudiziali, più in generale, contengono precise garanzie procedurali e sostanziali di effettività e legalità dell'attività di negoziato che sono gestibili anche attraverso i mezzi elettronici di comunicazione a distanza e sfruttano gli ampi spazi dell'autonomia negoziale di cui godono le parti.

I procedimenti ADR e ODR costituiscono un'opportunità per gestire la conflittualità collegata alla crisi pandemica Covid-19, senza dover ricorrere all'autorità giudiziaria che in questa fase soffre ancora più gravi limiti di operatività. L'applicazione generalizzata delle prescrizioni sanitarie di contrasto dei contagi e delle misure di sicurezza, infatti, hanno comportato per mesi la chiusura forzata degli uffici giudiziari e la sospensione delle attività processuali anche nelle controversie privatistiche, in materia civile, commerciale, di consumo e familiare¹⁹⁷. Solo le cause urgenti e indifferibili sono state trattate grazie all'adozione di soluzioni emergenziali a distanza, sia mediante lo scambio di memorie scritte difensive fuori udienza e sia attraverso la convocazione di udienze celebrate in videoconferenza dai giudici con gli avvocati¹⁹⁸. Tutte le altre udienze sono state differite, per dare la possibilità al sistema giudiziario di adeguarsi

¹⁹⁵ Per la mediazione art. 12 d.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita art. 5 d.l. 132/2014. Al riguardo, v. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 390 ss.

¹⁹⁶ Per la mediazione art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita art. 5, comma 3, d.l. 132/2014.

¹⁹⁷ PANZAROLA, e FARINA, *op. cit.*, p. 3 ss.;

¹⁹⁸ RICCIULLI, *Il contraddittorio e il principio di oralità nel processo "emergenziale"*, nota a Consiglio di Stato 21 aprile 2020, n. 2539, sez. VI, in *Il processocivile.it*; STERLICCHIO DE CARLI, *Giusto processo e oralità: il "contraddittorio cartolare coatto" nell'emergenza da COVID-19*, nota a T.A.R. Napoli, 29 maggio 2020, n. 2074, sez. I, in *Ilprocessotelematico.it*; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Separazioni e divorzi: prosegue anche a Brescia la trattazione a distanza*, nota al decreto 17 aprile 2020 del Presidente del Tribunale di Brescia, in *Il familista.it*

alle nuove modalità di lavoro del personale amministrativo, dei magistrati e degli avvocati¹⁹⁹. Sono perciò prevedibili l'incremento dei carichi giudiziari arretrati e l'allungamento dei tempi processuali che contribuiranno all'accentuazione della crisi cronica della giurisdizione. Già prima dell'emergenza pandemica, infatti, il sistema giudiziario italiano soffriva di un sovraccarico di contenzioso e versava in una situazione di grave e strutturale inefficienza. La pandemia ha messo a nudo le criticità della tradizionale gestione presenziale della giurisdizione contenziosa e costringe all'immediata adozione di profonde riforme delle tutele giudiziali ed extragiudiziali, che siano capaci di dare adeguate risposte alle rinnovate esigenze di giustizia²⁰⁰.

L'insostituibile ruolo dei giudici nel sistema di tutela dei diritti, in ogni caso, deve salvaguardarsi anche in questa situazione straordinaria, ancorché sia da declinare con modalità differenti. Con le attese riforme, le tutele giudiziali contempleranno nuove e più efficaci modalità di intervento rispetto a quelle ordinarie affidate all'emissione della decisione con sentenza all'esito del processo²⁰¹. In particolare, nella gestione del contenzioso, sia quello pregresso che il nuovo, occorre considerare l'impatto delle sopravvenienze emergenziali e delle novità normative che hanno profondamente modificato anche il quadro di diritto sostanziale e processuale. Pure nelle tutele giudiziali, pertanto, assumono un ruolo strategico le pratiche collaborative che portano a privilegiare le soluzioni consensuali raggiunte con l'accordo delle parti su sollecitazione del giudice. In tal senso, il giudice potrebbe tentare direttamente di fare conciliare le parti²⁰²,

¹⁹⁹ Art. 83 (*Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*), Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

²⁰⁰ RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 259 ss.

²⁰¹ Libro secondo (Del processo di cognizione), Titolo I (Del procedimento davanti al tribunale), Capo III (Della decisione della causa), artt. 275 ss., c.p.c.

²⁰² Art. 185 (Tentativo di conciliazione) c.p.c.: "Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di in-

anche mediante la formulazione di un'apposita proposta transattiva²⁰³, ovvero impartire alle parti l'ordine di esperire la mediazione finalizzata alla conciliazione²⁰⁴.

Le pratiche collaborative, anche per le liti pendenti, potrebbero attivarsi in via immediata e gestirsi anche da remoto, tanto mediante scambio di atti e documenti, quanto attraverso l'utilizzo di sistemi di videoconferenza. Quest'ultima modalità permetterebbe la partecipazione diretta e personale delle stesse parti, oltre che degli avvocati, per sostenere il negoziato finalizzato al raggiungimento di un accordo compositivo. Sarebbe opportuno, infatti, che ai fini dell'effettività del negoziato sia assicurata la partecipazione personale delle parti, non ritenendosi sufficiente la rappresentanza dell'avvocato che

terrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.

Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.

Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo”.

²⁰³ Art. 185-*bis* (Proposta di conciliazione del giudice) c.p.c.: “Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice”. RUVOLO, *La mediazione ex officio judicis e la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 1001 ss.

²⁰⁴ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

le assiste²⁰⁵, come ha già affermato della giurisprudenza con riguardo alla mediazione²⁰⁶. La decisione di intraprendere il negoziato, le modalità di conduzione del procedimento compositivo e la costruzione dell'eventuale accordo risolutivo esprimono altrettante scelte partecipative delle parti che dispongono dei propri diritti, compiendo valutazioni personali di natura non solo economica, ma anche solidaristica.

Alla prima occasione processuale, perciò, i giudici dovrebbero sollecitare, tramite gli avvocati, l'individuazione di soluzioni conciliative nelle quali siano le stesse parti a valutare l'incidenza delle sopravvenienze sul rapporto controverso, prima di dare ulteriore corso all'attività processuale e, comunque, di adottare la decisione della lite. La negoziazione condotta attraverso i molteplici procedi-

²⁰⁵ L'art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010 prevede che: "Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento". La questione controversa attiene alla necessità della partecipazione personale delle parti, oltre che degli avvocati che le assistono, all'incontro programmatico del procedimento di mediazione, per esprimersi sulla possibilità di iniziare la mediazione. Per contrastare la prassi applicativa nella quale l'avvocato difensore in rappresentanza del cliente si limitava a riferire dell'indisponibilità a iniziare la mediazione, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che solo la partecipazione personale della parte (o di un procuratore speciale diverso dall'avvocato) all'incontro programmatico, in caso di mancato accordo, permette di realizzare la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale (art. 5, comma 2-bis, d.lgs. n. 28/2010).

²⁰⁶ Cass. n. 18068/2019 e Cass. n. 8473/2019, in RUVOLO, *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione e sull'effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 1533 ss.; MELUCCO, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento - della condizione di procedibilità nella mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 434 ss.; LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2128; FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: verso una eterogenesi dei fini?*, in *Contratti*, 2019, p. 2128 ss.; FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: - verso una eterogenesi dei fini?*, in *Contr.*, 2019, p. 273 ss.

menti conciliativi costituisce un passaggio fondamentale per l'efficiente gestione delle sopravvenienze anche in sede giudiziale, attraverso la ricerca delle soluzioni preferibili che sono quelle condivise dalle stesse parti in lite. La soluzione conciliativa permette una composizione rapida e amichevole del conflitto, che preserva la buona relazione tra le parti e contribuisce alla coesione economica e sociale del Paese. Non meno significativa, inoltre, è la funzione deflativa del contenzioso giudiziario esistente, che sarebbe definito senza necessità di attendere l'integrale svolgimento delle fasi del litigio processuale. La soluzione aggiudicativa imposta dal giudice, pertanto, dovrebbe costituire l'approdo residuale per il fallimentare esperimento delle tutele collaborative sia prima che durante il processo. La decisione del giudice, inoltre, dovrebbe muovere dalla valutazione delle condotte collaborative tenute dalle parti, prima di affrontare il merito della questione controversa vertente su diritti disponibili²⁰⁷.

In caso di insuccesso della conciliazione, infatti, i giudici dovrebbero valutare negativamente i comportamenti non collaborativi tenuti dalle parti che, ad esempio, senza giustificato motivo si siano sottratte all'attività di effettiva negoziazione ovvero abbiano rifiutato la proposta conciliativa del giudice o del mediatore. Siffatti comportamenti, già sanzionati dalle richiamate discipline delle procedure compositive extragiudiziali²⁰⁸ e giudiziali²⁰⁹, si pongono in diretto contrasto con i principi generali di solidarietà e buona fede che si impongono in maniera cogente sia nell'esercizio dell'autonomia compositiva delle parti e sia nella decisione aggiudicativa del giudice.

²⁰⁷ L'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, individua alcuni fattori significativi ai fini dell'esercizio discrezione del potere del giudice di ordinare la mediazione, prevedendo che "il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione". BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. Arb.*, 2018, p. 459 ss.; SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it; GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2019, p. 37 ss.;

²⁰⁸ Per la mediazione: art. 8, comma 4-bis, e 13 d.lgs. n. 28/2010; per la negoziazione assistita: art. 4, comma 1, d.l. n. 132/2014.

²⁰⁹ Per la conciliazione giudiziale art. 185, comma 1, c.p.c.

In ogni caso, qualora manchi l'effettiva rinegoziazione dei rapporti e, comunque, non si raggiungano accordi conciliativi mediante i meccanismi compositivi consensuali extragiudiziali e giudiziali, ciascuna parte potrà invocare il diritto alla tutela aggiudicativa giudiziale. Con riguardo alle sopravvenienze collegate alla pandemia Covid-19, il giudice dovrà valutare se l'iniziale equilibrio delle posizioni sia stato alterato in maniera significativa per effetto della pandemia e, in caso positivo, adottare i provvedimenti necessari a ripristinarlo. Pur restando controversi sia l'ammissibilità che i limiti di siffatto potere giudiziale correttivo del contenuto del rapporto, invero, se ne afferma la necessità per garantire che la tutela dei diritti si realizzi nel rispetto della cornice di legalità e dei principi generali che governano l'intero ordinamento.

In attesa di un intervento legislativo organico che, sul piano sostanziale delle tutele, adegui la vigente disciplina delle sopravvenienze contrattuali ai paradigmi generali della buona fede e della solidarietà, saranno i giudici a dover valutare in concreto se e in quali termini le situazioni giuridiche invocate dalle parti in conflitto restino meritevoli di tutela. Sarebbe perciò da promuovere e in qualsiasi modo favorire l'effettiva rinegoziazione dei rapporti tra le parti, da realizzare anche mediante i procedimenti extragiudiziali e giudiziali di composizione amichevole delle controversie. In tal senso, dalla pratica negoziale potrebbero scaturire ulteriori elementi utili a concretizzare il nuovo paradigma della solidarietà che passa anche attraverso un'assunzione di responsabilità verso gli altri, che superi i testuali obblighi legali o convenzionali che vincolano e responsabilizzano ciascun soggetto in un contesto comunitario.

11. *L'attuazione della responsabilità sociale.*

Nel prospettare i nuovi scenari delle tutele post Covid-19, anzitutto, si auspica che i percorsi collaborativi si sviluppino in maniera generalizzata, tanto nelle sedi extragiudiziali quanto in quelle giudiziali, al fine di scongiurare gli effetti devastanti dell'accumularsi dell'enorme contenzioso giudiziario che finirebbe per paralizzare le

relazioni e minacciare la coesione economica e sociale del Paese²¹⁰. Un siffatto rischio di implosione del sistema, in quanto foriero di effetti addirittura peggiori di quelli finora provocati dalla pandemia, dovrebbe essere disinnescato con il contributo di tutti: dai decisori politici preposti all'approvazione delle necessarie riforme, ai giudici che hanno il compito di controllare la corretta applicazione dei principi e delle norme vigenti, ai centri di risoluzione extragiudiziale delle controversie che favoriscono le soluzioni conciliative tra contendenti, ai professionisti incaricati di assistere le parti nella risoluzione amichevole dei conflitti, ai titolari delle posizioni giuridiche in conflitto che dovrebbero procedere responsabilmente alla rinegoziazione dei rapporti per ripristinare la situazione di equilibrio che sia sostenibile.

Se sui vantaggi delle soluzioni conciliative per le parti in conflitto e per l'intero sistema non occorre soffermarsi, rimane aperta la questione più delicata attinente all'individuazione del fondamento giuridico che giustifica l'obbligo generalizzato di avvalersi delle tutele collaborative²¹¹. In altri termini, occorre verificare per quali ragioni le parti sarebbero tenute a ripristinare l'equilibrio dei loro rapporti, perché dovrebbero procedere all'effettiva rinegoziazione in modo che siano esse stesse a individuare la soluzione conciliativa più appropriata che prevenga o definisca la loro controversia²¹². Al riguardo, in estrema sintesi, possono prospettarsi almeno due fondamenti giuridici, l'uno di tipo normativo-prescrittivo, ancorato alle norme e ai principi generali che impongono alle parti l'obbligo di rinegoziare; l'altro di tipo volontaristico-solidale, scaturente dalla spontaneità della scelta di assumersi una responsabilità sociale e impegnarsi su base volontaria ad attuare comportamenti collaborativi e solidali verso il prossimo e la collettività.

²¹⁰ PILIA, *Las reformas en sentido solidario*, in Cerdeira Bravo de Mansilla e Pilia (dir.), *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección de la familia en tiempos de crisis*, Santiago, 2020, p. 17 ss.

²¹¹ Al riguardo, con riferimento all'emergenza pandemica, v. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., p. 583 ss.

²¹² BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2, 2020, p. 198 ss.

Sul primo versante, quanto al fondamento prescrittivo, sono stati già richiamati i principali indici normativi che, di regola prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria, impongono alle parti l'obbligo di avvalersi dei sistemi extragiudiziali di composizione consensuale delle controversie civili e commerciali²¹³, oltre che per quelle di consumo²¹⁴. Le corrispondenti discipline, peraltro, ricollegano effetti diversi, positivi e negativi, ai comportamenti delle parti a seconda che siano collaborativi e portino all'accordo²¹⁵ ovvero siano improntati all'indisponibilità al negoziato²¹⁶. Pure le normative processuali, come detto, contengono disposizioni che obbligano le parti a tentare la conciliazione, sia essa imposta per legge²¹⁷ ovvero disposta dal giudice²¹⁸, per trovare una soluzione consensuale della lite, ancora una volta, con la previsione degli effetti positivi e negativi in ragione della diversa natura dei loro comportamenti.

L'obbligo di trovare una soluzione amichevole mediante la rinegoziazione, sempre sul versante prescrittivo, con particolare riferimento alle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, in attesa dell'approvazione della novella del codice civile²¹⁹, è stato fondato sui principi generali di solidarietà e buona fede²²⁰. L'applicazione di siffatti principi, per un verso, imporrebbe alle parti l'obbligo generalizzato della rinegoziazione dei loro rapporti e, per altro verso, attribuirebbe ai loro comportamenti effetti di segno opposto, positivi e negativi, a seconda dei casi, in conformità alle specifiche discipline

²¹³ Per la mediazione, l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 e per la negoziazione assistita tramite avvocati l'art. 2, comma 1, d.l. n. 132/2010.

²¹⁴ Per le ADR di consumo, l'art. 141, comma 6, cod. cons.

²¹⁵ Per la mediazione, gli artt. 11, 12, 17 e 20, d.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita tramite avvocati gli artt. 5 e 6 d.l. n. 132/2010.

²¹⁶ Per la mediazione, gli artt. 8 e 13, d.lgs. n. 28/2010 e per la negoziazione assistita tramite avvocati l'art. 4 d.l. 132/2010.

²¹⁷ Nelle controversie familiari, art. 708 (Tentativo di conciliazione e provvedimenti del presidente) c.p.c.: "All'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione".

²¹⁸ Artt. 185 e 185-*bis* c.p.c.

²¹⁹ Con riguardo al disegno di legge governativo per la riforma della disciplina del codice civile in materia di sopravvenienze contrattuali, v.

²²⁰ In tal senso, v. nota 47.

dettate in materia di procedimenti compositivi extragiudiziali e giudiziali di natura consensuale. Tanto gli strumenti ADR/ODR, quanto la rinegoziazione, peraltro, possono essere esperiti anche volontariamente, pur in assenza di una prescrizione legale o di un ordine giudiziale, allorquando siano le stesse parti ad essersi impegnate convenzionalmente in tal senso²²¹, ovvero a scegliere di farlo, esercitando la loro autonomia a tutela non solo dei propri interessi²²².

Sul piano delle fonti normative, in occasione dell'approvazione della legislazione finalizzata al rilancio dell'Italia, è stata inserita una nuova prescrizione d'obbligatorietà della mediazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, per tutte le controversie contrattuali scaturenti dalla crisi pandemica²²³. L'obbligatorietà della mediazione, pertanto, si affianca alle altre disposizioni emergenziali che attribuiscono rilevanza esimente della responsabilità all'inattuazione delle prestazioni dovuta al rispetto delle prescrizioni sanitarie²²⁴. In tal modo, le disposizioni sostanziali e quelle

²²¹ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

²²² Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

²²³ L'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, ha introdotto il comma 6-*bis*, del citato art. 3, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, che dispone "6-*bis*. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti". L'art. 1, comma 1, della legge 25 giugno 2020, nel convertire con modifiche il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, ha disposto che "All'art.3 del d.l. 23.2.20 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n.13 dopo il comma 6-*bis* è inserito il seguente: 6-*ter* nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi dell'art.6 bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1 bis dell'articolo 5 del Decreto Legislativo 28/10, costituisce condizione di procedibilità della domanda".

²²⁴ Sulla nuova fattispecie di mediazione obbligatoria introdotta dalla legislazione emergenziale, v. MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto*, 25 luglio 2020, p. 79 ss.; FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2020; NARDONE, *La nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le cause per inadempimento da COVID-19 e le procedure di*

sulle tutele collaborative si saldano e indicano una precisa tendenza evolutiva che dovrebbe permeare l'intero ordinamento, quanto allo svolgimento dell'attività giudiziaria, di quella extragiudiziaria degli organismi ADR e dell'attività di rinegoziazione delle stesse parti in conflitto che dovrebbero cercare una soluzione amichevole.

Sul secondo versante giuridico, quanto al fondamento volontaristico-solidale dell'obbligo di rinegoziazione, potrebbe invocarsi in generale la responsabilità sociale. A tale stregua, i soggetti si impegnerebbero su base volontaria ad attuare comportamenti collaborativi e solidali verso il prossimo e la collettività. Pur in assenza di una prescrizione normativa vincolante o di un ordine perentorio del giudice, e superando l'approccio egoistico dell'immediata tutela del proprio esclusivo interesse, il soggetto che fosse disponibile a negoziare contribuirebbe anche alla tutela degli interessi altrui e, più in generale, della comunità economica e sociale in cui vive.

Il concetto di responsabilità sociale²²⁵ è stato elaborato oramai da tempo a livello internazionale, con particolare riferimento alle imprese. Esso esprime l'applicazione dell'etica all'attività commerciale allorquando non sia finalizzata esclusivamente al perseguimento dell'utile immediato degli azionisti, ma si preoccupa anche degli *stakeholders*, delle esigenze ambientali e sociali della comunità. Il vantaggio dell'assunzione della responsabilità sociale per l'impresa non è però soltanto ideale, in quanto si manifesta in esternalità positive di tipo immateriale, quali sono la maggiore conside-

sfratto, in *Il processo civile*, 9 Settembre 2020; VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19*, in *Diritto e giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 26 Giugno 2020; SPEDICATO, *Mediazione obbligatoria nelle controversie causate dal covid-19. Sì, ma restano i dubbi sui casi concreti*, in *Consulenza*, 1 luglio 2020.

²²⁵ Sulla responsabilità sociale, MALAGUTI e SALVATI (a cura di), *Responsabilità sociale d'impresa* a cura di, Padova, 2017; PERULLI (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, 2013; ACCONCI (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in Europa*, Napoli, 2009; CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, 2008; MOLTENI e TODISCO (a cura di), *Responsabilità sociale d'impresa. Come le PMI possono migliorare le performance aziendali mediante politiche di CSR. Logiche, strumenti, benefici*, A. Todisco, Milano, 2008.

razione sociale e il gradimento durevole tra i dipendenti, i finanziatori, i fornitori e i clienti. Insomma, i comportamenti socialmente responsabili delle imprese si concretizzano in vantaggi competitivi nel medio e lungo termine che contribuiscono a rafforzare la posizione sul mercato, facendo scalare gli indici di successo nei contesti nei quali si opera.

Inizialmente riferita alle grandi imprese, soprattutto del settore finanziario, la responsabilità sociale si è diffusa anche tra quelle di piccole e medie dimensioni che, individualmente ovvero attraverso l'adesione ad organizzazioni hanno assunto su base volontaria l'impegno di farsi carico di interessi altruistici e generali²²⁶. Dall'ambito delle imprese, tuttavia, la responsabilità sociale si è diffusa anche in altre organizzazioni pubbliche e private nei vari contesti internazionali, nazionali e locali, per preservare interessi solidaristici di carattere generale²²⁷. Si tratta di una prospettiva importante e in continuo sviluppo che dalla dimensione individuale tende a radicarsi tra i vari soggetti che operano nei singoli contesti, anche di crisi, che scelgono di adottare su base volontaria comportamenti maggiormente solidali e altruistici per il bene comune.

Gli strumenti giuridici che si utilizzano per assumere siffatti impegni sono vari, quali l'adozione volontaria di codici etici e di comportamento, prassi virtuose e solidali, protocolli e linee guida di rispetto, agende programmatiche, bilanci ecologici e ambientali²²⁸. In pratica, i soggetti condividono e assumono volontariamente l'impegno ad attuare comportamenti ascrivibili alla responsabilità sociale, nei vari campi e con riguardo a specifici valori generali da tutelare.

L'invito generalizzato rivolto alle persone e alle imprese a tenere comportamenti responsabili durante e dopo la pandemia Covid-19 è

²²⁶ CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018.

²²⁷ In tal senso, v. MORRI, *Storia e teorie della responsabilità sociale d'impresa. Un profilo interpretativo*, Milano, 2008; BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007.

²²⁸ In proposito, v. BALLUCHI e FURLOTTI, *La responsabilità sociale delle imprese: un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e accountability*, Torino, 2019; GANGI e MUSTILLI, *La responsabilità sociale impresa. Principi e pratiche*, Milano, 2018; CASTELLANI, *Responsabilità sociale d'impresa. Ragioni, azioni e reporting*, Milano, 2015.

stato inteso, anzitutto, come riferito al rispetto delle prescrizioni sanitarie e delle misure di sicurezza per la salvaguardia della salute altrui e di quella collettiva. In tal modo, si evidenzia la necessità che ciascuno contribuisca a realizzare una tutela di portata più ampia e generale, che comporta dei limiti alla posizione individuale di ciascuno nello svolgimento delle proprie attività. L'assunzione della responsabilità, peraltro, assume particolare rilievo nella misura in cui supera i contenuti delle prescrizioni normative o dell'imposizione giudiziale di natura vincolante, per aprirsi alla volontaria assunzione di comportamenti ulteriori, sia più restrittivi e sia attivi, che preservino maggiormente i valori coinvolti a tutela degli altri e della collettività.

Soprattutto in prospettiva, per la gestione delle fasi di uscita dalla pandemia e di rilancio, occorre un rinnovato impegno di tutti per l'osservanza delle prescrizioni sanitarie e delle misure di sicurezza, non solo quelle imposte autoritativamente, ma anche quelle ulteriori che nascono dall'avvertita esigenza di maggiore rispetto della salute altrui. In tal senso, si stanno sviluppando linee guida, protocolli di intesa e buone prassi sulla sicurezza anzitutto nei settori produttivi e nelle varie attività economiche e sociali, al fine di conciliare la tutela della salute e degli altri valori coinvolti, sia individuali che collettivi²²⁹.

La medesima soluzione incentrata sull'assunzione generalizzata della responsabilità sociale per la ripresa dopo la crisi pandemica, probabilmente, si dovrebbe applicare anche per le altre misure di salvaguardia economica e sociale del Paese. Ciascun soggetto, anche non professionale, quindi, dovrebbe assumersi la responsabilità sociale per salvaguardare gli interessi e i diritti altrui, compresi quelli

²²⁹ Sul bilanciamento dei valori durante la pandemia, v. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit., p. 12 ss.; GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna*, in *ivi*, p. 42 ss.; TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, *ivi*, p. 69 ss.; OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, in *Quotidiano giuridico*, di *Leggitaliaprofessionale*, 10 aprile 2020.

economici, sopportando una corrispondente limitazione della propria posizione giuridica. Comportamenti di questo tenore, peraltro, dovrebbero essere positivamente valutati e premiati nell'erogazione delle risorse pubbliche per il rilancio del Paese in attuazione del principio generale di solidarietà²³⁰.

La solidarietà perciò dovrebbe intervenire in maniera reciproca e generalizzata, così da rinsaldare la coesione economica e sociale tra i vari soggetti, evitando gli atteggiamenti opportunistici di quanti pretendono di invocarla in senso unilaterale per ricevere il contributo economico pubblico, ma ad essa si sottraggono nei rapporti privati, asserendo di non esservi giuridicamente obbligati. L'assunzione diffusa di comportamenti socialmente responsabili potrebbe rendere più resiliente l'ordinamento rispetto alle situazioni di crisi.

La promozione della responsabilità sociale, in sintesi, sarebbe una delle chiavi di sostegno delle riforme in senso più equo, giusto e solidale che scaturiranno dalla crisi pandemica del Covid-19. Sempre sulla responsabilità sociale, ancora, poggiano i meccanismi partecipativi che, muovendo dalle prassi compositive dei conflitti, alimentano dal basso la democraticità dei processi riformatori della giustizia alternativa.

12. *La democraticità dei processi partecipativi di riforma.*

I processi partecipativi di negoziazione e composizione amichevole delle controversie sono suscettibili di assumere un rilievo importante anche in vista dell'approvazione delle sollecitate riforme che dovrebbero caratterizzare la "nuova normalità" dell'ordinamento post pandemia. Pur scaturendo dalla gestione dei singoli conflitti, con riferimento alle parti che negoziano, le soluzioni condivise esprimono dei nuovi assetti giuridici. Il valore di questi accordi rimediali, invero, non è circoscrivibile alla definizione del singolo

²³⁰ Sull'applicazione del principio di solidarietà nella gestione dei conflitti e la costruzione delle riforme post pandemia, v. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 39 ss.; DOLMETTA, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art.91 comma 1 D.L. n. 18/2020), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p.151 ss.

caso e della concreta vicenda conflittuale. Le soluzioni consensuali, proprio in quanto riescano a soddisfare le esigenze protettive delle parti che patiscono le sopravvenienze della pandemia, proiettano la loro rilevanza all'esterno, contribuiscono ad elaborare criteri compositivi utilizzabili da altre parti che si trovano in analoghe situazioni di crisi.

Le soluzioni conciliative, infatti, sono apprezzabili tanto nei contenuti, quanto nei metodi compositivi. È importante considerare l'oggetto sia della negoziazione e sia dell'accordo rimediabile. Del pari, l'attenzione deve tracciare sia il tipo di tutela collaborativa e sia le modalità di gestione efficace del corrispondente procedimento compositivo. Per tutti i segnalati aspetti, le soluzioni conciliative possono costituire delle *best practices* verso le quali si orientano anche altri contendenti. Costoro, prendendo esempio dalle altrui esperienze positive, hanno possibilità di condividere il percorso e, se adeguato, l'esito compositivo. La gestione dei conflitti, infatti, costituisce un momento di straordinaria importanza non solo per cogliere le criticità del sistema ed elaborare le soluzioni più appropriate a risolverle, ma anche per la prospettazione di possibili percorsi di riforma normativa²³¹.

A tal riguardo, con particolare riferimento al più avanzato sistema ADR/ODR di consumo costruito dall'Unione europea, sono stati compiutamente disciplinati i processi partecipativi multilivello che si incentrano proprio sui meccanismi compositivi. Anzitutto, sono gli organismi ADR a dover rendere trasparenti le proprie regole di

²³¹ Una proposta di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitratori è stata formulata dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa, nominata dal Ministro della Giustizia con d.m. 7 marzo 2016, AA. VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017; ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 793 ss.; ID., *Arbitration adr ADR reforms in Italy*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2, 2017, p. 259 ss.; RAVENNA, *ADR: le proposte della Commissione Alpa ed un'analisi dei risultati più recenti*, in *Immobili & proprietà*, 2017, p. 239 ss.; CERIZZI, *Commenti alla relazione della Commissione di studio Alpa per la riforma della mediazione*, in *Contratti*, 2017, p. 243 ss.

funzionamento²³², nel rispetto dei requisiti di qualità, al fine di permettere agli utenti di compiere scelte consapevoli in merito al servizio compositivo al quale rivolgersi²³³. Parimenti importanti, in base al principio di trasparenza, sono le informazioni sulle performance, con segnalazione non solo dei dati statistici, ma anche delle valutazioni di criticità da superare e delle positività da condividere²³⁴. Gli stessi organismi ADR, peraltro, collaborano tra di essi e con le autorità nazionali competenti²³⁵, che sono tenute al controllo del corretto funzionamento del sistema compositivo, con funzioni anche di intervento correttivo e formulazione di proposte migliorative²³⁶. Le relazioni periodiche redatte dalle autorità nazionali competenti²³⁷, peraltro, sono comunicate alla Commissione europea che è anch'essa impegnata sia nella valutazione del funzionamento del sistema compositivo²³⁸ e sia nella formulazione delle proposte di riforme da approvare, per quanto attiene non solo alla disciplina del sistema ADR/ODR, ma anche di quelle sostanziali dei rapporti contrattuali di consumo²³⁹. A tal fine, prima di riferire con periodicità al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale²⁴⁰, la Commissione ha svolto anche consultazioni pubbliche tra i componenti della comunità della giustizia alternativa, che riunisce tutti gli operatori e interessati alla materia²⁴¹.

²³² Artt. 4 e 9 direttiva 2008/52/CE e artt. 7, 15 e 19 direttiva 2013/11/UE.

²³³ Artt. 1 e 5 direttiva 2008/52/CE, artt. 1, 5 e 13 direttiva 2013/11/UE.

²³⁴ Artt. 7, par. 2, e 19, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

²³⁵ Art. 17 direttiva 2013/11/UE.

²³⁶ Art. 20 direttiva 2013/11/UE.

²³⁷ Art. 20, par. 6, direttiva 2013/11/UE.

²³⁸ Art. 20 direttiva 2013/11/UE.

²³⁹ Art. 26 direttiva 2013/11/UE, art. 21 regolamento 524/2013.

²⁴⁰ Art. 26 direttiva 2013/11/UE.

²⁴¹ Relazione 25.09.2019 della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato Economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, accessibile in <https://ec.europa.eu/transparency/reg-doc/rep/1/2019/IT/COM-2019-425-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

Sulla scorta di tali indicazioni, i processi partecipativi legati alla negoziazione e alle tutele collaborative nella gestione delle sopravvenienze della pandemia Covid-19 possono assumere una importante valenza strategica, tanto a livello nazionale quanto europeo, nell'elaborazione più democratica delle riforme. Al riguardo, da più parti, tra le criticità della legislazione emergenziale sono state segnalate proprio quelle relative all'ampia utilizzazione di meccanismi urgenti e straordinari di decisione, principalmente affidati alle autorità governative, con una costrizione degli spazi di confronto democratico degli organi parlamentari²⁴². Per le riforme post pandemia, il ripristino della normale dialettica parlamentare potrebbe non essere sufficiente, dovendosi garantire la maggiore condivisione ed effettività delle soluzioni che si approvano.

In tal senso, si è aperta una stagione di confronti aperti, non solo tra il Governo e le diverse forze politiche parlamentari, di maggioranza ed opposizione, ma anche con le forze economiche, sociali e intellettuali, nazionali, europee e internazionali²⁴³. Si intendono raccogliere quante più informazioni utili per l'approvazione di una riforma che risponda effettivamente alle avvertite esigenze di rilancio del Paese, che permetta una svolta in senso autenticamente solidale dell'ordinamento.

L'attenzione verso i processi partecipativi di composizione dei conflitti, pertanto, favorirebbe l'acquisizione di ulteriori informazioni e dati esperienziali che, nella condivisione degli accordi risolutivi dei conflitti originati dalla pandemia, esprimono un contributo fondamentale per una riforma che sia improntata all'effettività e alla

²⁴² In tal senso, v. CELOTTO, *Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento*, cit., p. 25 ss.; ALEO, *Democrazia, comunicazione e diritti nel tempo del Coronavirus*, in *Giutiziainsieme.it*

²⁴³ In particolare, si richiama l'incontro ("Stati generali dell'economia") convocato il 13 giugno 2020 dal Premier italiano Giuseppe Conte nella sede di Villa Pamphili a Roma fra rappresentanti del Governo, dell'opposizione parlamentare (che però ha rifiutato di partecipare), rappresentanti delle parti sociali e alcuni intellettuali, per definire in modo condiviso le linee di intervento economico per il rilancio del paese dopo la crisi causata dalla pandemia di Covid-19, https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2020/06/07/conte-lavora-al-piano-per-gli-stati-general-e-riapre-il-confronto_60d5ec78-1fdd-4324-8952-e8d0dca0c5ae.html.

democraticità²⁴⁴. Siffatti elementi, peraltro, si apprezzano particolarmente se si considera che i principi ispiratori della riforma, la solidarietà e la buona fede, per tanti versi esprimono formule valoriali aperte che, ancorché in maniera esemplificativa, richiedono delle concrete declinazioni delle soluzioni praticabili²⁴⁵.

La crisi pandemica, in conclusione, offre uno scenario straordinariamente interessante per analizzare i processi partecipativi di composizione dei conflitti e, quindi, di declinazione pratica dei principi generali sui quali si intendono costruire le attese riforme. I dati esperienziali, pertanto, sono oggetto di vaglio critico da parte degli operatori del diritto e degli studiosi che si intendono confrontare su questi temi. Una dialettica partecipativa che, per tanti versi, la crisi pandemica favorisce oltre i ristretti confini nazionali e, in prospettiva, suggerisce di strutturare in maniera stabile ed efficiente per rendere più giusti e resilienti gli ordinamenti post-Covid²⁴⁶.

²⁴⁴ PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid - 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* cit., p. 77 ss.

²⁴⁵ VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 5 s.

²⁴⁶ Sul versante dell'elaborazione di proposte di riforma per la giustizia post Covid-19 sono parimenti importanti i lavori di ricerca e confronto che si svolgono tra docenti ed esperti della materia che sono stati pubblicati durante la pandemia. Tra le tante opere collettanee, si segnalano CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA e PILIA (dirr.), *El renacer de la tecnología tras la pandemia: una justicia alternativa de futuro*, Santiago, 2020; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA e PILIA (dirr.), *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, Santiago, 2020; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA e PILIA (dirr.), *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección familiar en tiempos de crisis*, Santiago, 2020; PILIA (a cura di), *Quaderni di conciliazione*, 12, 13 e 14, Cagliari, 2020.

FABRIZIO PIRAINO
Professore ordinario di diritto privato
Università di Palermo

GARANZIA PER I VIZI NELLA VENDITA E TEMPO: IL NODO DELLA DURATA E DELLA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 18672 del 2019 delle Sezioni unite della Cassazione – 2. La questione dell'efficacia interruttiva del termine annuale *ex art. 1495 c.c.* degli atti stragiudiziali nella prospettiva tradizionale della prescrizione – 3. La riformulazione del problema alla luce del dibattito sulla natura del vincolo di garanzia – 4. La corretta configurazione della garanzia – 5. Gli equivoci sulla prescrizione: il termine di durata dalla garanzia – 6. La soluzione del problema degli atti interruttivi del termine prescrizione di cui all'art. 1495 c.c.

1. *La sentenza n. 18672 del 2019 delle Sezioni unite della Cassazione.*

La garanzia nella vendita ha di recente riconquistato la ribalta del dibattito e non già nella variante europea contenuta nella disciplina della vendita di beni di consumo, che negli anni passati ha monopolizzato l'attenzione degli studiosi¹, ma nella sua configurazione classica: quella edilizia regolata dagli art. 1490 ss. c.c. Il venerando edificio delle garanzie edilizie è scosso, infatti, dall'esigenza di assicurare anche nella vendita codicistica

¹ Per limitarci ai contributi più recenti e significativi cfr. MOSCATI, *La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 346 ss., in part. p. 373 ss.; FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I «modelli» italo-europei e internazionali*, Napoli, 2018, *passim*, in part. p. 221 ss.

l'effettività della tutela del compratore², tanto più sotto la pressione del confronto con la disciplina europea ad appannaggio dei soli consumatori, il quale fa emergere, in maniera ancora più eclatante, i limiti dell'apparato rimediabile tradizionale e la sua inadeguatezza ai problemi della contemporaneità. Per allentare la morsa di un sistema di tutela oggettivamente troppo restrittivo per il compratore, la giurisprudenza ha avviato l'ennesima operazione di supplenza del legislatore³ e negli anni ha tentato di erodere l'ambito di applicazione delle azioni edilizie: dapprima, distinguendo i vizi dalla mancanza di qualità essenziali e promesse, poi elaborando la figura dell'*aliud pro alio datum* e infine autonomizzando il risarcimento del danno ex art. 1494 c.c. dalle azioni edilizie. Le recenti pronunce sui versanti dell'onere della prova in capo al compratore che agisce in redibitoria o in

² La questione dell'effettività delle tutele e, in termini più specifici, del sistema dei rimedi è divenuto centrale nel dibattito attuale e ha sollecitato interventi pregevoli, tra i quali spiccano quelli di VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.; ID., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 101 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.; ma v. altresì A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, p. 825 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 55-56, p. 231 ss.; PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 355 ss., ma già EAD., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, *passim*, in part. p. 54 ss.; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, p. 375 ss.; PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 112 ss.; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, *passim*; IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, p. 62 ss.

³ Il punto è sottolineato da DE CRISTOFARO, *L'interruzione del termine prescrizione del diritto del compratore "alla garanzia per vizi"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 902 ss.

estimatoria e dell'interruzione del termine prescrizione di tali azioni rappresentano soltanto l'ultimo capitolo in ordine di tempo di questa strenua, ma insufficiente⁴, manipolazione pretoria della disciplina generale della garanzia per i vizi, finalizzata a «riequilibrare in via equitativa a vantaggio dei compratori – quale che sia il prezzo che si renda necessario pagare a tal fine in termini di coerenza sistematica e aderenza alla formulazione testuale delle disposizioni del codice civile – l'intero apparato delle regole codicistiche, ritenute, a torto o a ragione, immotivatamente e sproporzionatamente favorevoli ai venditori»⁵. E, una volta di più, le vie imboccate dalla giurisprudenza non appaiono né adeguate né tra di loro convergenti. Concentrare lo sguardo sulla natura e sul meccanismo di funzionamento della garanzia per i vizi nella vendita consente di dimostrare l'esistenza di una via al perseguimento dell'effettività della tutela che passa attraverso l'interpretazione sistematica e l'analisi dogmatica.

Due recenti sentenze della Corte di Cassazione hanno affrontato due aspetti centrali dell'istituto della garanzia per i vizi: l'individuazione dei fatti costitutivi delle azioni edilizie

⁴ Duro è il giudizio formulato da DE CRISTOFARO, *L'interruzione del termine prescrizione del diritto del compratore "alla garanzia per vizi"*, cit., p. 904 su tali tentativi di riscrittura della tutela del compratore comune: «la giurisprudenza italiana ha avviato e condotto sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore del c.c. del 1942 un'opera di graduale e profonda riscrittura della disciplina codicistica, effettuata primariamente (ma non sempre coerentemente) al fine di riequilibrare l'assetto dei reciproci diritti ed obblighi delle parti, assicurando al compratore una protezione assai più ampia ed incisiva rispetto a quella testualmente prevista dalle disposizioni del codice civile: un fine che sembra costituire l'unico principio ispiratore autenticamente comune alla stragrande maggioranza delle soluzioni ermeneutiche integrativo-correttive volta per volta elaborate ed adottate dalla Suprema Corte, a sostegno delle quali sono state via via adottate le più variegata ed eterogenee argomentazioni tecniche e sistematiche, non di rado contraddittorie ed ambigue e certamente inidonee a fornire un fondamento solido e sicuro ad una ipotetica ricostruzione del regime normativo della responsabilità del venditore per difetti materiali della cosa alienata in termini diversi e innovativi rispetto a quelli che connotavano il disegno ordito dal legislatore codicistico del 1942».

⁵ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 913.

contemplate come effetti secondari della garanzia per i vizi e, di conseguenza, la determinazione dei temi di prova che gravano sul venditore⁶; e l'idoneità degli atti stragiudiziali muniti della veste formale per la costituzione in mora a interrompere il termine annuale di cui all'art. 1495, comma 3, c.c.⁷. Come si è avuto modo

⁶ Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Contr.*, 2019, 373 ss., con nota di DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*; in *Giur. it.*, 2019, p. 1527 ss., con nota di CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 744 ss., con nota di VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1055 ss., con commento di REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*; in *Foro it.*, 2019, I, c. 2707 ss., con nota di MAGLIULO, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova*; in *Notariato*, 2019, p. 413 ss., con nota di VENTURA, *L'onere della prova in tema di garanzia per vizi della cosa venduta ex art. 1490 c.c. ed eventuali riflessi sulla vendita consumeristica*. Sulla pronuncia cfr. anche i commenti di LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1861 ss. PAGLIANTINI, *Redibitoria ed onere della prova nel canone delle S.U. 1748/2018: ritorniamo ad Ascarelli!*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, nonché ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione. Dalla direttiva 771/2019/UE alla direttiva 633/2019/UE e dintorni*, Torino, 2020, p. 65 ss.; IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 647 ss.; PORTONERA, *Le Sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, in *ivi*, 2020, p. 693 ss.; MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto de riparto probatorio del momento genetico del vizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 442 ss.; PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 117 ss.

⁷ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3116 ss., con nota di PARDOLESI-MAGLIULO, *Sull'interruzione della prescrizione della garanzia per vizi nella compravendita*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 1025 ss., con nota di CALVO, *Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*; in *Contratti*, 2019, p. 501 ss., con nota di D'ONOFRIO, *Le Sezioni unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale e con chiosa di DALLA MASSARA, Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia*

di rilevare in altra sede, i due provvedimenti creano un curioso chiasmo giudiziario: la prima è pregevole per la motivazione provveduta sul versante dell'analisi dogmatica della garanzia⁸, ma approda a una *regula iuris* non soddisfacente, anche a causa di una *ratio decidendi* disallineata dalla pur approfondita concettualizzazione della garanzia per i vizi; mentre la seconda si caratterizza per una motivazione carente sul piano teorico e a tratti addirittura contraddittoria, ma ciononostante perviene a una conclusione condivisibile, anche se inserita in un quadro dogmatico che necessita di una profonda revisione⁹.

Volendo affidare il riferimento alla prima delle due pronunzie a pochi e veloci cenni, va rimarcato che le Sezioni unite, chiamate a sciogliere il nodo dell'applicazione o meno alle azioni edilizie delle regole di ripartizione dei temi di prova inaugurate dalla sentenza

di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita; in *Giur. it.*, 2020, p. 39 ss., con nota di TRAVAGLINO, *Garanzia per i vizi e prescrizione: una difficile pronuncia delle Sezioni Unite* e di e di CIATTI CÀIMI, *L'interruzione della prescrizione per i rimedi edilizi nella vendita*. Sulla sentenza v. anche gli approfondimenti di LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1870 ss.; PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 146 ss. e ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 87 ss.; D'ONOFRIO, *Interruzione della prescrizione in caso di vizi della cosa venduta: occorre la domanda giudiziale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1021 ss.; DALLA MASSARA, *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 969 ss.; PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, cit., p. 1117 ss.; FERRARA, *La natura giuridica della garanzia per vizi nella vendita e la prescrizione*, in *ivi*, 2020, p. 1095 ss.; PORTONERA, *Le Sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, cit., p. 708 ss.

⁸ Un giudizio positivo analogo si registra in LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1986 ss.

⁹ PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, cit., p. 1118.

delle Sezioni unite n. 13533 del 2001¹⁰, hanno sposato la linea tradizionale che addossa la prova dell'esistenza dei vizi e della loro anteriorità al compratore che invoca le azioni edilizie in primo luogo, e soprattutto, contestando la qualificazione della prestazione del venditore relativa all'assenza dei vizi o alla presenza di determinate qualità come obbligazione, e per di più «di risultato»¹¹ secondo una distinzione che la Suprema corte ha peraltro ripudiato¹² ma che ciclicamente si tenta di riesumare¹³, a volte

¹⁰ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss., con nota di LAGHEZZA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento*; in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565 ss., con commento di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con commento di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349 ss., con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*. Su tale pronuncia cfr. altresì VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707 ss.; VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di materia di onere probatorio del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 903 ss.; CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 115 nt. 105; MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2006, p. 66 ss.; MAGGIOLO, *Inadempimento ed oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 165 ss.; BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, *passim*, in part. p. 47 ss.

¹¹ Stigmatizza il ricorso alla categoria fallace delle obbligazioni «di risultato» anche REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, cit., p. 1056; molto perplesso anche DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, cit., p. 381.

¹² Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Professioni intellettuali*, n. 185, per esteso in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 781 ss., con nota di NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; nonché Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 451 ss., con nota di richiami di PALMIERI; in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 ss., con commento di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; in *ivi*, p. 871 ss., di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; in *ivi*, p. 1002 ss., di GAZZARRA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *ivi*, p. 1265 ss. di BREDI, *Contenuto del rapporto*

anche in maniera surrettizia¹⁴. Il rifiuto della riconduzione del vincolo del venditore rispetto alle caratteristiche del bene nell'alveo dell'obbligazione è dei più netti e inequivocabile è l'adesione della Suprema corte alla linea di pensiero che inquadra la prestazione del venditore in ordine all'assenza dei vizi e alla presenza delle qualità

obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica; in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 612 ss., con nota di commento di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 856 ss., con commento di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Giur. it.*, 2008, p. 1653 ss., con nota di CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; *ivi*, 2008, p. 2197 ss., di CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *La resp. civ.*, 2008, p. 397 ss. con nota di CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *ivi*, p. 687, di DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*; in *ivi*, 2009, p. 221 ss., con nota di MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*. Sulla posizione delle Sezioni unite cfr. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 83 ss., nonché ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 522 ss.; VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 393 ss.; PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno resp.*, 2009, p. 703 ss., e FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e Patti, Padova, 2010, p. 209 ss.

¹³ Ho stigmatizzato questi tentativi in PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014, p. 907 ss. e in ID., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709 ss.

¹⁴ Cass, 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, in *Foro it.*, 2020, I, c. 129 ss., con note di PARDOLESI e SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazione di facere professionale: paziente in castigo*; G. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*; MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*; PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*; IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*.

del bene nella garanzia pura, distinguendola nettamente dall'obbligazione. Aderendo all'insegnamento di Luigi Mengoni¹⁵, la Cassazione qualifica il manifestarsi di vizi o di difformità nel bene come un inadempimento contrattuale, che però non coincide con l'inadempimento di un'obbligazione, sul presupposto che non ogni violazione della *lex contractus* consiste, per l'appunto, nell'inadempimento di un'obbligazione¹⁶. E, tentando una sintesi con la costruzione di Domenico Rubino, le Sezioni unite identificano la consegna di cosa viziata con un'imperfetta attuazione del risultato traslativo¹⁷ e, dunque, sul presupposto che la garanzia rappresenti una sanzione¹⁸, esse la qualificano sistematicamente come effetto di una responsabilità contrattuale speciale¹⁹, che prescinde da qualunque giudizio sulla colpa e trova fondamento, invece, nel dato obiettivo dell'esistenza dei vizi²⁰. Le ricadute sul terreno delle regole probatorie consistono nella preclusione che alla materia dei vizi e dei difetti di qualità possano estendersi delle regole probatorie relative ai giudizi fondati sull'inadempimento delle obbligazioni così come delineate dalle Sezioni unite n. 13533 del 2001²¹. Nessuna delle *rationes* che ha ispirato questa ripartizione dei temi di prova è per le Sezioni unite esportabile alla materia dei vizi redibitori, sicché in base all'art. 2967 c.c.²² non si può pervenire a una conclusione diversa da

¹⁵ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 3 ss., in part. p. 15 ss., ora anche in Castronovo, Albanese e Nicolussi (a cura di), *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 385 ss.

¹⁶ Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit., n. 23.

¹⁷ RUBINO, *La compravendita*², in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 629 ss., in part., p. 637 ss.

¹⁸ Sempre RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 633 ss.

¹⁹ Qui il riferimento dottrinale è LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p.383 ss.; mentre RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 640 ss. discorre di responsabilità oggettiva di carattere eccezionale.

²⁰ Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit., n. 24.

²¹ Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit., n. 26.

²² Le Sezioni unite trascurano che la c.d. regola dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. è una disposizione ben più complessa di quanto non la si voglia fare apparire e di per sé non fornisce elementi per distinguere i fatti costitutivi da

quella per cui il fatto costitutivo delle azioni edilizie va rintracciato nell'imperfetta attuazione del risultato traslativo, la quale emerge dal fatto che si siano manifestati i vizi nel bene, la cui prova incombe, allora, sul compratore²³.

La sentenza sulla quale ci si soffermerà in questa sede è, però, la seconda, ossia la pronuncia delle Sezioni unite n. 18672 del 2019. Essa attiene, invece, alla questione dell'idoneità o meno dell'atto stragiudiziale rivestito della forma per la costituzione in mora a interrompere il termine di prescrizione di un anno dalla consegna del bene, di cui all'art. 1495, comma 3, c.c.²⁴. Qui il contrasto deriva da un orientamento in seno alla Cassazione che, sul presupposto che la legittimazione ad agire in redibitoria e in estimatoria rivesta natura di diritto potestativo, e non già di diritto di credito, reputa necessario il ricorso alla domanda giudiziale per interrompere il termine prescrizione²⁵, in linea con una posizione dottrinale oramai minoritaria²⁶. A tale impostazione si contrappone quella tradizionale che reputa sufficiente la manifestazione stragiudiziale al venditore della volontà del compratore di avvalersi della tutela giurisdizionale, anche se si riservi l'esperimento

quelli impeditivi, estintivi e modificativi, dovendosi a tal fine volger lo sguardo alla disposizione sostanziale da cui scaturisce la posizione azionata: sul punto cfr. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1987, p. 83 ss.

²³ Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit., n. 28.

²⁴ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit.

²⁵ Cass., 3 dicembre 2003, n. 18477; Cass., 27 settembre 2007, n. 20332; Cass., 27 aprile 2016, n. 8417; Cass., 4 settembre 2017, n. 20705.

²⁶ GRECO-COTTINO, *Della vendita*², Art. 1470-1547, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 293; CALVO, *Diritto civile*, III, t. 1, *La vendita*, Bologna, 2016, p. 308-309; ma v. il sostanziale ripensamento compiuto in ID., *Diffformità inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*, cit., p. 1033-1034; D'ONOFRIO, *Le Sezioni unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, cit., p. 511 ss.; ID., *Interruzione della prescrizione in caso di vizi della cosa venduta: occorre la domanda giudiziale?*, cit., p. 1025 ss.

dell'azione per un momento diverso²⁷. Per sciogliere il nodo, le Sezioni unite esprimono prima piena adesione alla posizione espressa sulla natura della garanzia dalla sentenza n. 11748 del 2019²⁸; ma poi, incredibilmente, al fine di escludere la natura potestativa del diritto di esperire le azioni edilizie affermano che «quando si avvale della “garanzia” il compratore fa valere l'inadempimento di una precisa obbligazione del venditore (contemplata dall'art. 1476 c.c., n. 3) e, conseguentemente, sul piano generale, deve ammettersi che lo possa fare attraverso una manifestazione di volontà extraprocessuale e ciò si inferisce anche da quanto stabilisce l'art. 1492 c.c., comma 2, il quale, prevedendo che “la scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale”, significativamente la prefigura, riconnettendo, invero, alla domanda in sede processuale la sola impossibilità di rimeditare l'opzione tra risoluzione e riduzione del prezzo»²⁹. In buona sostanza, le Sezioni unite tendono a ridimensionare il riferimento testuale della prescrizione alle azioni compiuto dall'art. 1495, comma 3, c.c.³⁰, prospettando una dimensione sostanziale della garanzia, però inopinatamente ricondotta, smentendo le proprie premesse, nell'alveo del vincolo obbligatorio, così eludendo tutti gli ostacoli che in passato hanno impedito alla giurisprudenza di riconoscere efficacia interruttiva agli atti di intimazione del compratore.

La *regula iuris* individuata è condivisibile³¹, a condizione della radicale rilettura del quadro generale della materia che verrà

²⁷ Cass., 6 giugno 1977, n. 2322; Cass., 10 settembre 1999, n. 9630; Cass., 8 luglio 2010, n. 18035; Cass., 10 novembre 2015, n. 22903.

²⁸ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit., n. 2.4.

²⁹ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit., n. 2.7.

³⁰ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit., n. 2.7.

³¹ Si esprimono in senso favorevole D'ONOFRIO, *Le Sezioni unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, cit., p. 513; DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita*, cit., p. 515, p. 517-518; ID., *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., p. 972 ss.; PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, cit., p. 1143-1144; G.P. TRAVAGLINO, *Garanzia per i vizi e prescrizione: una*

proposta nel prosieguo; ma l'argomento addotto a sostegno è contraddittorio³² e palesa le difficoltà della Suprema corte di applicare i propri precedenti in maniera coerente³³. Al notevole approfondimento della sentenza del maggio 2019 fa seguito il travisamento della sentenza del luglio successivo³⁴, il che rende opportuno sviscerare il problema e offrirne una diversa soluzione.

2. La questione dell'efficacia interruttiva del termine annuale ex art. 1495 c.c. degli atti stragiudiziali nella prospettiva tradizionale della prescrizione.

La sentenza n. 18672 del 2019 ha subito destato l'interesse della dottrina nonostante la qualità del provvedimento non giustificasse un particolare risalto. Il tema affrontato dalla pronuncia è, però, a

difficile pronuncia delle Sezioni Unite, cit., p. 51-52; PORTONERA, Le Sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione, cit., p. 716 ss.

³² Colgono correttamente e sottolineano la contraddizione di Cass. 18672/2019 D'ONOFRIO, *Le Sezioni unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, cit., p. 510-511; DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita*, cit., p. 516; FERRARA, *La natura giuridica della garanzia per vizi nella vendita e la prescrizione*, cit., p. 1107. La divergenza tra le due sentenze del maggio e del luglio 2019 non è invece registrata da CALVO, *Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*, cit., p. 1034 a causa dell'infatuazione per l'idea che Cass. 11748/2019 si caratterizzi per il congedo dalla concezione tradizionale della garanzia. In un analogo equivoco cade CIATTI CÀIMI, *L'interruzione della prescrizione per i rimedi edilizi nella vendita*, cit., p. 1345.

³³ Per di più c'è il problema delle possibili ricadute della posizione assunta da Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, cit. sulle altre forme di garanzia e di tutela nella vendita, nella vendita di beni di consumo e finanche nell'appalto, sulle quali v. G. DE CRISTOFARO, *L'interruzione del termine prescrizione del diritto del compratore "alla garanzia per vizi"*, cit., p. 917 ss.

³⁴ LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., 1863 reputa che la pronuncia n. 18672/2019 «anche a voler tralasciare le svariate imprecisioni formali e sostanziali che in essa si riscontrano, è incorsa in una evidente contraddizione proprio in relazione alla configurazione della natura della garanzia nella vendita».

dir poco cruciale nel complessivo sistema della garanzia per i vizi e, secondo una parte della dottrina, consente anche di reimpostare il problema dell'esercizio dei diritti potestativi destinati ad ottenere una pronunzia giudiziale costitutiva, ammettendo una loro fase stragiudiziale che renderebbe plausibile l'applicazione estensiva dell'art. 2943, comma 4, c.c. I commenti sin qui pubblicati si muovono nell'orizzonte tradizionale che, in ossequio al tenore letterale dell'art. 1495, comma 3, c.c., ravvisa nel termine annuale dalla consegna una prescrizione. Le Sezioni unite hanno dato seguito a un orientamento consolidato³⁵, per di più suffragato dalla migliore dottrina³⁶, che reputa idonea a interrompere il termine prescrizionale di un anno anche una semplice intimazione stragiudiziale scritta con la quale il compratore manifesta al venditore in maniera inequivocabile l'intenzione di avvalersi della garanzia. Alla base di tale orientamento poggia la valorizzazione dell'ampio e generico tenore dell'art. 2943, comma 4, c.c., che individua come atto stragiudiziale dotato di effetto interruttivo della prescrizione «ogni atto che valga a costituire in mora il debitore»³⁷. La formula autorizza ad attribuire efficacia interruttiva a qualunque atto formale di invocazione del proprio diritto, vale a dire a un atto che abbia i requisiti formali e sostanziali per costituire in mora il debitore senza però la necessità che ne produca anche gli effetti: un atto che abbia la forma della costituzione in mora e non anche necessariamente l'efficacia³⁸. Questi ultimi sono radicalmente

³⁵ Cass., 6 giugno 1977, n. 2322; Cass., 10 settembre 1999, n. 9630; Cass., 8 luglio 2010, n. 18035; Cass., 10 novembre 2015, n. 22903.

³⁶ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 652 e nt. 151; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 501, nt. 506.

³⁷ COSTANTINI, *Interruzione della prescrizione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, 526; PANZA, *Prescrizione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 233.

³⁸ Così ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1976, p. 205 e nt. 70; CALVO, «*In facultativis non datur praescriptio*»: *vincoli preparatori, circolazione giuridica ed estinzione dei diritti potestativi*, in Dalla Torre (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Jacobbe*, I, Milano, 2010, p. 507 ss.; PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 149; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 96.

esclusi quando il diritto invocato riveste natura potestativa, giacché la posizione passiva del rapporto istaurato da tale diritto non consiste in un obbligo, suscettibile di essere sollecitato mediante l'istituto della *mora debendi*, bensì in una mera soggezione. Proprio in quanto situazione soggettiva inattiva, quest'ultima non prescrive un contegno finalizzato ad apportare un mutamento alla situazione fattuale o giuridica preesistente e, pertanto, si sottrae all'ambito di applicazione della *mora debendi*, la quale invece mira proprio a esercitare una pressione psicologica sul debitore per indurlo ad agire, grazie alla coercizione indiretta prodotta dagli effetti pregiudizievoli connessi dall'art. 1221 c.c. alla costituzione in mora.

Per puntellare la soluzione favorevole al riconoscimento dell'effetto interruttivo alla mera intimazione fatta per iscritto dal compratore, le Sezioni unite hanno sciaguratamente ritenuto di dover allora qualificare la posizione del venditore che garantisce l'assenza di vizi occulti nel bene come un'obbligazione³⁹, a costo della plateale contraddizione che ne deriva rispetto alla precedente⁴⁰ – e a questo punto soltanto di maniera – adesione all'inquadramento del vincolo del venditore rispetto ai vizi come garanzia pura operato dalla sentenza n. 11748 del 2019. La scelta è quasi unanimemente censurata in dottrina, anche da chi è favorevole a riconoscere all'atto di intimazione del compratore

³⁹ Il riferimento dottrinale pare essere BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, p. 1054, il quale non esita a ritenere la costituzione in mora idonea a interrompere il termine prescrizione *ex art. 1495, comma 3, c.c.* alla luce della qualificazione dall'a. proposta della garanzia come sanzione dell'inadempimento di un'obbligazione all'esatta esecuzione del contratto. Si allinea AGOSTINIS, *La garanzia pe i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, Artt. 1490-1499, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 168-169; MASTRORILLI, *La garanzia per vizi nella vendita*. Disciplina codicistica e nuova normativa europea, Milano, 2004, p. 244.

⁴⁰ Cfr. anche LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1872.

portata interruttiva della prescrizione⁴¹. In questa prospettiva, il nodo della portata interruttiva o meno dell'intimazione scritta con la quale il compratore invoca la garanzia va risolto o sul piano dell'interpretazione estensiva dell'art. 2943, comma 4, c.c. o sul versante del riconoscimento di una dimensione stragiudiziale dei diritti potestativi c.d. ad esercizio giudiziale, ossia finalizzati all'ottenimento di un provvedimento giudiziale di natura costitutiva.

Per quanto concerne il primo scenario, riallacciandosi a una posizione autorevole⁴², si argomenta che la previsione dell'art. 2943, comma 4, c.c. può essere disancorata dal riferimento alle obbligazioni⁴³, il quale è frutto di un retaggio storico legato alla formulazione del suo antecedente sotto il codice civile del 1865, ossia l'art. 2125 c.c., e soprattutto all'ancoraggio della prescrizione estintiva alle obbligazioni realizzato dall'art. 2105 c.c. 1865⁴⁴. Affrancato dal collegamento all'obbligazione, l'art. 2943, comma 4, c.c. riemerge come disposizione che riconosce l'effetto interruttivo della prescrizione a qualsiasi manifestazione della volontà di avvalersi di un diritto soggettivo, quale che ne sia la natura, e dunque finanche dei diritti potestativi⁴⁵. E, altro canto, non si manca di osservare che «se un ravvedimento operoso del

⁴¹ Cfr. la dura posizione espressa da PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 148 ss.; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 91 ss.; e la critica di LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1874 ss.

⁴² AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 98 e sulla sia v. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 83.

⁴³ PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 149, p. 153; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 96-97, p. 105 ss.

⁴⁴ Sul punto cfr. da ultimo ROSELLI, sub art. 2943, in DI LORENZO, A. GAMBINO-LA PIETRA-E. MINERVINI-ROSELLI-S. RUPERTO, *La prescrizione*, II², a cura di Vitucci, II ed. a cura di S. Ruperto, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 2014, p. 41 ss.

⁴⁵ PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 153; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 105 ss.

venditore estingue l'eventuale processo, perché mai un'intimazione del compratore, denunziante il vizio, non dovrebbe almeno valere ad innescare il solo effetto di una vicenda interruttiva? Ampliare le maglie dell'art. 2943, comma 4°, significa implementare, quando si faccia questione di azioni costitutive, il novero degli *atti di esercizio* del diritto rilevanti quali *atti interruttivi*»⁴⁶. Sulla stessa linea si pone chi, sempre sulle orme della dottrina che ha contestato la natura tassativa degli atti interruttivi di cui all'art. 2943 c.c.⁴⁷, rileva che la chiara intenzione del legislatore di ampliare e unificare la disciplina della prescrizione si estende anche all'istituto dell'interruzione, rendendo, per lo meno in chiave analogica, applicabile l'art. 2943 c.c. anche in presenza di atti formali che, al pari della costituzione in mora, siano idonei a manifestare la volontà di avvalersi di un diritto⁴⁸. Nulla allora si frappone «ad attribuire la stessa efficacia della costituzione in mora ad ogni dichiarazione scritta, rivolta dal titolare del diritto alla controparte, intesa a far valere il proprio diritto. Non solo quindi i diritti di credito ma anche i diritti potestativi ad esercizio giudiziale, la cui prescrizione può essere perciò interrotta anche da atti stragiudiziali con i quali venga resa esplicita dal titolare l'affermazione del proprio diritto o la volontà di avvalersi degli strumenti di tutela del medesimo»⁴⁹. La soluzione appare particolarmente appropriata alla garanzia per i vizi nella vendita perché riesce ad alleviare la gravosità della posizione del compratore, resa tale da un termine assai breve e dalla necessità per l'acquirente, in caso dell'inefficienza interruttiva degli atti stragiudiziali, di agire con

⁴⁶ PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 150; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 98.

⁴⁷ AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 96 ss.

⁴⁸ LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1876; e così anche PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, cit., p. 715.

⁴⁹ LUMINOSO, *op. cit.*, p. 1877.

immediatezza in giudizio⁵⁰. Se ne ricava che l'atto stragiudiziale scritto di manifestazione della volontà di avvalersi della garanzia, anche se genericamente formulato senza specificare la predilezione per una dei due rimedi, interrompe il termine prescrizione nei confronti tanto del diritto alla risoluzione quanto di quello alla riduzione del prezzo quanto ancora del diritto al risarcimento del danno⁵¹.

Nello stesso senso si orienta chi riconosce l'effetto interruttivo del termine di prescrizione delle azioni edilizie all'atto del compratore di contestazione al venditore dei presupposti di queste ultime⁵². Secondo questa costruzione, va considerato idoneo a produrre effetti interruttivi della prescrizione «l'atto stragiudiziale nel quale venga a esprimersi l'interesse del garantito a invocare la responsabilità del garante. Attraverso quel medesimo atto il garantito, formalizzando il superamento della soglia che separa l'assoggettamento dalla responsabilità, manifesta la volontà di non accettare su di sé le conseguenze della sua inerzia»⁵³.

L'idoneità interruttiva del termine di cui all'art. 1495, comma 3, c.c. viene sostenuta – come si è anticipato – anche con una mossa tutta interna alla categoria dei diritti potestativi. In continuità con alcuni studi processualistici⁵⁴, una parte della dottrina ritiene che anche i diritti potestativi c.d. a esercizio giudiziale conoscano una dimensione stragiudiziale, come attesta l'effetto satisfattivo del diritto da riconoscere allo spontaneo compimento di un

⁵⁰ LUMINOSO, *op. cit.*, p. 1877-1878 rintraccia due conferme testuali nelle disposizioni degli artt. 1492, comma 2, e 1495, comma 1, c.c., le quali presuppongono entrambe la possibilità di atti stragiudiziali idonei a interrompere la prescrizione.

⁵¹ LUMINOSO, *op. cit.*, p. 1878.

⁵² DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita*, cit., 517-518 e approfondita in ID., *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., §§ 5 e 6.

⁵³ DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita*, cit., p. 517.

⁵⁴ ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, cit., p. 204.

comportamento materiale del soggetto passivo idoneo a realizzarne il contenuto, segno che non sussiste un collegamento biunivoco tra il soddisfacimento dell'interesse oggetto del diritto potestativo a esercizio giudiziale e l'esperimento dell'azione in giudizio⁵⁵. Se pertanto lo spontaneo comportamento materiale del soggetto che versa in stato di soggezione è idoneo a soddisfare l'interesse oggetto del diritto potestativo, sostituendosi alla pronuncia giudiziale e rendendola inutile, dovrebbe coerentemente ricavarsene l'effetto per lo meno interruttivo dell'atto stragiudiziale con il quale il titolare del diritto sollecita la condotta operosa del soggetto passivo (nel caso in esame la riparazione o la sostituzione del bene, ove possibili, oppure la restituzione di tutto o parte del prezzo). Annodare all'atto stragiudiziale di contestazione del vizio e di invocazione della garanzia l'interruzione del termine annuale di prescrizione assume la funzione di «un “minimo risultato premiale” per un soggetto attivo già intestatario del grave onere, nel caso la controparte non si risolva ad una condotta “volontaria” di esatto adempimento (o di correzione del contratto), di agire in giudizio»⁵⁶. Per di più, si segnala che la posizione potestativa connessa al verificarsi dei presupposti della garanzia, delineati dall'art. 1490 c.c., accorpa un duplice ordine di diritti: quello potestativo all'ottenimento di una pronuncia costitutiva e – al pari delle fattispecie dell'annullamento e della risoluzione ordinaria – il diritto alla ripetizione di quanto prestato, sicché, una volta accettato che la costituzione in mora *ex art. 1219 c.c.* non rappresenta l'unico atto stragiudiziale con effetto interruttivo *ex art. 2943, comma, 3, c.c.*, dovrebbe cessare di apparire come un'inversione logica prospettare che l'intimazione di restituire tutto o parte del prezzo possa interrompere il termine prescrizione della risoluzione totale

⁵⁵ PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 151; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 99 ss.

⁵⁶ PAGLIANTINI, *op. cit.*, 148; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 93-94.

o parziale⁵⁷ che del credito restitutorio rappresenta l'indispensabile premessa⁵⁸.

Due tra i più autorevoli commentatori della sentenza in esame convergono sulla convinzione che la preliminare presa di posizione sulla natura del vincolo del venditore rispetto ai vizi o alla mancanza di qualità del bene non sia indispensabile per districare la matassa sull'efficacia interruttiva degli atti stragiudiziali di invocazione della garanzia per i vizi⁵⁹. Vi sono ragioni profonde per sostenere l'esatto contrario con riguardo tanto alla ripartizione dei temi di prova relativi ai vizi quanto al problema dell'interruzione del termine sancito dall'art. 1495, comma 3, c.c.

⁵⁷ La comunicazione tra diritto di credito alla restituzione e diritto potestativo è stata prospettata da TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 230 ss., il quale ritiene che l'interruzione del termine prescrizione dell'azione di annullamento possa discendere anche dalla richiesta stragiudiziale di ripetizione di quanto prestato in forza del contratto annullabile.

⁵⁸ PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 149-150, il quale così replica alle obiezioni di GALLO, *L'impresa e le società, la tutela dei diritti, la prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, VIII, Torino, 2018, p. 648 secondo cui le restituzioni sono un *posterius* rispetto alla caducazione del contratto e di D'ONOFRIO, *Le Sezioni unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, *cit.*, p. 512 secondo la quale le restituzioni non rientrano nel contenuto della garanzia perché, per l'appunto, meramente eventuali e conseguenti alla pronuncia costitutiva del giudice, sicché «fuorviante risulterebbe inoltre l'obiezione secondo cui il comportamento oggetto dell'intimazione consisterebbe nelle restituzioni dovute e seguito dell'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo».

⁵⁹ LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, *cit.*, p. 1863; PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, *cit.*, p. 150; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, *cit.*, p. 96-97, il quale bolla come un *ὑστερον πρότερον* la pretesa di far dipendere la soluzione del problema dell'idoneità interruttiva degli atti stragiudiziali dalle scelte qualificatorie della garanzia: «ma quale senso mai ha far dipendere un problema di pur esegesi dell'art. 2943, ult. comma, dalla disamina di un problema *diverso* quale è quello sulla natura giuridica della garanzia per i vizi occulti? Gli antichi retori, notiamo, avrebbero etichettato il tutto come un esempio di isterologia perché quello delle sez. un. È un tipico periodare ribaltante l'ordine logico degli argomenti».

Alla prima questione è stato dedicato un apposito studio⁶⁰ e pertanto, in questa sede, si affronterà il nodo relativo alla natura del termine annuale dalla consegna, proponendo una rivisitazione complessiva del problema. È necessario, dunque, muovere dalla natura giuridica della garanzia nella vendita e l'esigenza risiede nella parzialità di un'indagine che tenti di rintracciare le regole probatorie e prescrizionali più acconce alle azioni edilizie senza analizzarne il contesto, il quale, invece, offre l'orizzonte di senso alle disposizioni degli artt. 1492 e 1495 c.c. Come si tenterà di dimostrare, tanto la configurazione dell'onere della prova del compratore che agisce in garanzia quanto – ed è quello che qui maggiormente interessa – la definizione della portata temporale del sistema edilizio, con la connessa individuazione degli atti interruttivi della prescrizione, dipendono direttamente dal tipo di attribuzione realizzata mediante la garanzia. Le due questioni sono consustanziali alla natura di quest'ultima. Opinare diversamente è come pretendere di stabilire se un ornitottero sarà capace di librarsi senza conoscere la natura dei materiali da cui è composto.

3. *La riformulazione del problema alla luce del dibattito sulla natura del vincolo di garanzia.*

In dottrina va registrata la tendenza diffusa a definire la garanzia in funzione del suo effetto ed è soltanto così che si spiega il sorgere di figure scarsamente attendibili, come l'obbligazione di garanzia⁶¹, o oltremodo generiche, come l'assunzione del rischio contrattuale⁶². Non di rado, poi, si assiste alla raffigurazione della garanzia come situazione giuridica per sua natura strumentale al

⁶⁰ PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, cit.

⁶¹ V. per tutti nella letteratura specialistica, BO, *Garanzia*, in *Nuovo Digesto it.*, VI, Torino, 1938, p. 192 ss.; TUCCI, *Garanzia*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 581; *contra* FRAGALI, *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 449 ss.

⁶² TUCCI, *Garanzia*, cit., p. 581 e, in una certa misura, anche PIAZZA, *Garanzia I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 3; *contra* FRAGALI, *Garanzia (dir. priv.)*, cit., p. 451.

rafforzamento del diritto di credito⁶³, il che ne restringe drasticamente i contorni⁶⁴. Al riguardo si è soliti distinguere la garanzia c.d. in senso tecnico, quale mezzo di rafforzamento delle possibilità di soddisfacimento del credito, dalla garanzia pura, che è un concetto più ampio⁶⁵, perché idoneo ad abbracciare anche forme

⁶³ Così FRAGALI, *Garanzia (dir. priv.)*, cit., p. 453 ss., il quale procede a distinguere la garanzia in senso proprio dalla c.d. garanzia generica di cui all'art. 2740 c.c. e ne fornisce una nozione tecnica così congegnata: «non è perciò destinazione o soggezione potenziale all'esecuzione come la cosiddetta garanzia generica, ma è una colorazione di tale destinazione o di tale soggezione; non è a favore di tutti i creditori indistintamente, ma a favore di uno solo nominativamente; non concerne tutto il patrimonio del debitore, ma beni determinati; talvolta non si estingue con l'alienazione del bene, in tal caso, perseguibile presso il terzo. La garanzia sta allora nell'accrescere o rafforzare, per un dato creditore, la probabilità di essere soddisfatto, quindi, il vigore normale di una singola obbligazione o del potere di aggressione che questa obbligazione attribuisce»; nonché PIAZZA, *Garanzia I Diritto civile*, cit., p. 1 e p. 3, ove le c.d. garanzie specifiche o aggiuntive (così da distinguerle dalla c.d. garanzia generica) vengono descritte come «elementi posti ad integrare e rafforzare un apparato di sicurezza del credito già presente nel rapporto obbligatorio. [...] Le singole figure di garanzia specifica o aggiuntiva, infatti, non vanno intese come istituti che assolvono a funzioni diverse da quelle che in qualsiasi obbligazione sono assicurate dalla fiducia e dalla responsabilità patrimoniale; esse non si affiancano o giustappongono a queste ultime, ma bensì agiscono al loro interno, accrescendone la consistenza, corroborandole, sì che non è, in definitiva e dal punto di vista logico, corretto tenerle distinte da quelle».

⁶⁴ La nozione lata della garanzia come rafforzamento della posizione creditoria e, ancora più in generale, della sanzione è alla base anche delle ricostruzioni volte ad assegnare alla clausola penale una funzione, per l'appunto, "di garanzia" rispetto alla prestazione principale per la sua attitudine a diminuire le probabilità dell'inadempimento da parte del debitore: cfr. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 156; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Il Codice Civile. Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 128, nt. 132; TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006, p. 229-230; ma già VON JHERING, *Zwei Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des großen Tunnels*, Luzern, 1884, p. 6.

⁶⁵ Si sofferma sull'esigenza di rielaborare in senso più ampio il concetto di garanzia GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 11 ss., suggerendo un modello di garanzia meno legato alla finalità satisfattoria (rafforzamento della probabilità dell'adempimento) e più incentrato sulla funzione indennitaria (neutralizzazione dei rischi). E cfr. anche CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 3 ss.

di gestione del rischio relativo all'eventualità che un interesse resti insoddisfatto⁶⁶. Com'è evidente, il pericolo della confusione delle lingue si rivela concreto.

Il punto che dovrebbe considerarsi acquisito⁶⁷, e che invece continua a essere messo in discussione, è la sottrazione della garanzia all'area della responsabilità contrattuale⁶⁸, la quale presuppone l'inadempimento di un'obbligazione⁶⁹, la cui sussistenza va, invece, *per tabulas* esclusa in presenza della

⁶⁶ Di recente, si sofferma su entrambe le nozioni di garanzia con riflessioni di estremo interesse CONFORTINI, *Garanzia per insolvenza e contratti di massa*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 677 ss., muovendo dalla recente modifica della disciplina dei contratti di pacchetto turistico recata dalla dir. 2015/2302 e dal d.lgs. 62/2018 di recepimento, dove le due epifanie della garanzia convivono per di più accostandosi l'una all'altra in maniera significativa all'interno di un processo che C. indica come «un profondo rivolgimento nel sistema della teoria generale delle obbligazioni e della responsabilità patrimoniale del debitore» (*ibidem*, 692-693).

⁶⁷ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 4 sottolinea che «il distacco della garanzia dal concetto di obbligazione dove considerarsi un punto di partenza della teoria dei vizi redibitori».

⁶⁸ Di recente, la nozione di obblighi di garanzia è adoperata, con ciò avallandola, da TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, p. 343, con riferimento a quei contratti nei quali una parte si impegna a tenere indenne l'altra da determinati rischi, non vincolandosi, dunque, ad adoperarsi per evitare l'evento dannoso perché anzi il vincolo sorge soltanto dopo che il sinistro si sia verificato ed ha come oggetto il pagamento di un indennizzo. È il caso dei contratti di assicurazione e di fideiussione. Come si chiarirà successivamente nel testo, il concetto di obbligazione di garanzia è scarsamente credibile ed anzi si rivela inconsistente dal punto di vista dogmatico.

⁶⁹ Trascurano l'aspetto segnalato *supra* nel testo ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2009, p. 7-8, il quale definisce la garanzia come l'«assunzione di una responsabilità con riferimento ad un elemento perturbatore del contratto inteso quale regolamento tra le parti (*lex contractus*), elemento sul quale il debitore non può intervenire con il proprio comportamento». L'a. precisa poi che la garanzia è fonte di responsabilità dalla quale non è possibile esonerarsi per l'assenza di prova liberatoria e MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009, p. 272-273.

garanzia⁷⁰. Nell'erronea ricostruzione della garanzia come un vincolo obbligatorio è incorsa, probabilmente sulla scia dell'insegnamento di Pothier⁷¹, anche una parte della dottrina francese, la quale ha ritenuto di ravvisare nell'*obligation de garantie* ora un'*obligation de résultat absolue*⁷² ora una terza specie di obbligazione che va ad affiancarsi alle obbligazioni di mezzi e a quelle di risultato⁷³. Non sono però mancate voci autorevoli impegnate ad escludere che la garanzia sia riconducibile allo schema dell'obbligazione, e in particolare a quello dell'obbligazione di risultato, per l'indifferenza della prima al limite del caso fortuito contro il quale si infrange invece la seconda, sicché non si può fare altro che negare alla garanzia la natura di vincolo obbligatorio rafforzato⁷⁴.

In Italia l'equivoca sovrapposizione della garanzia all'obbligazione, frutto della convinzione errata che la prima possa costituire uno dei contenuti della seconda, è stata svelata e contrasta dagli studi di Domenico Rubino⁷⁵ e Luigi Mengoni⁷⁶, il cui insegnamento è stato in tempi recenti ripreso e attualizzato a seguito del recepimento della direttiva europea sulla vendita di beni

⁷⁰ Così REMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *RTDCiv*, 1997, p. 326-327, secondo cui «lorsque le contrat porte sur le transfert d'un droit ou la fourniture d'une chose (vente, louage de choses) les principales actions ouvertes au créancier sont les actions en garantie, qui n'ont aucun trait commun avec l'action en responsabilité. [...] Ni l'action réhabilitaire ni l'action *quanti minoris* ne ressemblent à des actions en responsabilité».

⁷¹ POTHIER, *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, I, Paris, 1830, n. 203, p. 333.

⁷² STARCK-ROLAND-BOYER, *Droit civil. Les Obligations. 2. Contrat*⁶, Paris, 1998, p. 425 ss.

⁷³ H. e L. MAZEAUD-A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*⁶, I, Paris, 1965, p. 123; DELEBECQUE, *L'évolution de la responsabilité en France*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 390 ss.

⁷⁴ LE TOURNEAU e CADDIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 1998, n. 1500, p. 448.

⁷⁵ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 629 ss., in part. p. 637 ss., p. 758-759 (la prima edizione del volume è del 1952).

⁷⁶ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 3 ss.

di consumo⁷⁷. L'idea che sovrappone garanzia e obbligazione è potuta penetrare nel codice civile del 1942, forse proprio per influsso del diritto francese, e si è incistata nel corpo dell'art. 1476, n. 3, c.c., che – com'è noto – fa menzione di un'obbligazione «di garantire il compratore dall'evizione e dei vizi della cosa». La formula legislativa è stata ben presto svalutata come un'operazione di pessima dogmatica da parte del legislatore e spogliata di qualunque valore precettivo⁷⁸ sul versante della qualificazione come vincolo obbligatorio. La portata precettiva della norma va allora circoscritta all'individuazione della garanzia come effetto primario della vendita⁷⁹. L'idea di Pothier dell'«*obligation de faire avoir la chose utilement*» è respinta come una “figura balzana”⁸⁰ o, per usare le parole di Jhering riferite all'obbligazione correa⁸¹, come una “ributtante figura”: un “mostricciattolo”, vista l'impossibilità logica di ascrivere il modo di essere della cosa a un impegno obbligatorio del venditore⁸². E la ragione dell'incongruità dell'obbligazione a dare forma all'impegno di garantire l'assenza dei vizi o la presenza delle qualità nel bene non risiede tanto nell'immediatezza dell'effetto reale dovuto al principio

⁷⁷ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 530 ss.; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1060 ss., in part. 1106; ID., *Il contratto di diritto europeo*⁴, Torino, 2020, p. 501 ss.; CASTRONOVO, *Il diritto di recesso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 965 ss.; PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 543 ss.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 391 ss.; NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 188 ss.

⁷⁸ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 634; MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 8; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 368; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 531.

⁷⁹ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 8.

⁸⁰ MENGONI, *op. cit.*, p. 3.

⁸¹ VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1885, p. 8.

⁸² MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 22.

consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., che prescinde dall'intermediazione di un'obbligazione⁸³. Altrimenti sarebbe del tutto inspiegabile la ragione per cui il legislatore conferisca la forma della garanzia anche al vincolo del venditore di beni di genere nonostante che nella vendita generica l'intermediazione dell'obbligazione sia invece necessaria visto che il trasferimento del diritto non è governato dal principio consensualistico (art. 1378 c.c.)⁸⁴. In altri termini, il problema non risiede nell'assenza di uno spazio logico per concepire l'obbligazione di far conseguire un bene dotato di determinate caratteristiche, visto che nonostante l'immediato effetto reale v'è pur sempre l'obbligazione strumentale di consegna, che tuttavia obbliga il venditore a mettere a disposizione del compratore il bene nello stato in cui si trovava al momento della vendita (art. 1477, comma 1, c.c.). La ragione profonda a sostegno dell'esclusione di un'obbligazione del venditore di trasferire un bene esente da vizi o munito di determinate caratteristiche va ricercata, dunque, nell'inidoneità di quest'ultimo risultato a essere concepito e regolato con il termine finale di un'attività realizzativa del venditore⁸⁵.

⁸³ MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, p. 25; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 703 ss., 712; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 369.

⁸⁴ Dissentono dall'inquadramento nella garanzia del vincolo del venditore in ordine all'assenza dei vizi o alla presenza di determinate qualità nel bene per lo meno nelle vendite di genere GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, p. 135 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 382-383; ID., *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1866 nt. 13; CALVO, *Diritto civile*, III, t. 1, cit., p. 264-265; ID., *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, cit., p. 1533 nt. 10, il quale, a dirla tutta, è incline a ricondurre in ogni caso il vincolo del venditore in ordine allo stato materiale e giuridico del bene alla categoria dell'obbligazione di conformità (ID., *Diritto civile*, III, t. 1, cit., p. 262); FERRANTE, *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale*, cit., 317 ss., in part. p. 321 ss.

⁸⁵ Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 633 ss.; MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 14, p. 22; MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 55; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 703; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 294 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 369; G.

A ben vedere, le esigenze materiali che inducono a conferire ad un interesse da proteggere la veste giuridica della garanzia pura possono essere, in buona sostanza, due: l'impossibilità di costringere un risultato utile nella forma dell'obbligazione per la sua inidoneità a costituire l'epilogo di una dinamica teleologia interamente dominata dal soggetto impegnatosi a far conseguire tale utilità; ovvero, qualora il risultato sia in effetti conseguibile mediante un *facere* di per sé non tendente oltre il limite del possibile, l'obiettivo – alimentato da ragioni di efficienza rimesse a valutazioni di politica del diritto – di attribuire tale interesse finale al beneficiario in termini assoluti, ossia senza la mediazione necessaria del contegno cooperativo del soggetto che ne ha promesso il soddisfacimento, sostituito dall'esclusiva imposizione a suo carico del rischio integrale della mancata realizzazione⁸⁶.

Il rifiuto di qualsivoglia impronta naturalistica nel concetto di rischio a tutto vantaggio di una sua concezione più ampia e articolata, tale da includere tra gli effetti secondari non soltanto quelli indennitari ma anche quelli di prestare, rappresenta la differenza più significativa tra la nozione di garanzia pura qui adottata⁸⁷ e quella più elaborata ed approfondita fino ad ora predisposta in dottrina⁸⁸. Quest'ultima è il frutto di un'operazione di pulizia concettuale assai rigorosa che sgombera il campo da equivoci come, ad esempio, la sovrapposizione tra garanzia e obbligazione di *praestare* o ancora la riduzione della prima ad un mero problema di gestione del rischio senza indagare il meccanismo tecnico di realizzazione di tale esito, specie sul

D'AMICO, *La compravendita*, I, in *Trattato di diritto civile CNN*, Napoli, 2013, p. 372.

⁸⁶ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 285. La garanzia pura è puntualmente messa a fuoco sia da REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, cit., p. 1057-1058 sia da CONFORTINI, *Garanzia per insolvenza e contratti di massa*, cit., p. 693-695 e nt. 46.

⁸⁷ Per una più ampia messa a fuoco v. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 282 ss.

⁸⁸ CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 23 ss., p. 253 ss., p. 317 ss.

versante della tipologia e sul contenuto degli effetti in cui la garanzia prende corpo. Sotto quest'ultimo profilo, locuzioni quali "copertura", "assunzione", "trasferimento", o "deviazione" del rischio non offrono alcun guadagno costruttivo a causa del loro carattere generico e descrittivo⁸⁹; mentre l'innesto della garanzia nel ceppo dell'obbligazione non consente di individuarne la specificità che consiste nella sua natura di vincolo giuridico di tipo non obbligatorio, a struttura relazionale⁹⁰, nel quale si fronteggiano due posizioni sostantive: la soggezione del garante alle conseguenze previste nell'eventualità che si verifichi l'evento dedotto in garanzia e l'aspettativa del garantito alla preservazione della propria sfera giuridica dalle conseguenze negative di tale evento. La totale convergenza tra la concezione qui suggerita e quella fatta propria dalla dottrina in esame investe la netta distinzione della garanzia pura dall'obbligazione e il riconoscimento che la prima non dà luogo, a differenza della seconda, ad una forma di attribuzione giuridica mediata dalla condotta del soggetto passivo preordinata alla soddisfazione dell'interesse del soggetto attivo. Determinante al riguardo è la circostanza che la realizzazione delle ragioni del garantito non passa necessariamente dalla messa in campo della prestazione del garante volta a neutralizzare le conseguenze negative legate al verificarsi dell'evento dedotto in garanzia. La soddisfazione del garantito si produce, infatti, anche nell'ipotesi in cui l'evento non abbia luogo e, dunque, la prestazione del garante non sorga, sicché la conclusione da trarre è che l'interesse del primo non va identificato nel beneficio prodotto dalla prestazione del secondo ma nella situazione di sicurezza in ordine alla preservazione della sfera giuridica del garantito dagli effetti negativi eventualmente prodotti dall'evento incerto dedotto in garanzia⁹¹.

⁸⁹ CORRIAS, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁰ Il carattere relativo del vincolo in cui si traduce la garanzia, destinato com'è ad intercorrere tra soggetti determinati, induce a qualificare la relazione che ne scaturisce come un rapporto giuridico: CORRIAS, *op. cit.*, p. 254.

⁹¹ CORRIAS, *op. cit.*, p. 253-258.

Che tutto ciò possa essere rappresentato con il ricorso al meccanismo condizionale⁹² applicato all'obbligazione va del tutto escluso e le ragioni sono molteplici. L'idea non è peraltro nuova, ma è stata già sperimentata nel dibattito sulla natura della prestazione dell'assicuratore⁹³, nel cui contesto la si è fatta segno di

⁹² È la scelta dogmatica di ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 7 ss., il quale riconduce alla figura della promessa con funzione di garanzia il vincolo dell'assicuratore o del promissario del fatto del terzo, distinguendo tale promessa – nella quale rientrerebbe anche il vincolo del garante autonomo – dalla garanzia in senso tecnico, quale ad es. quella che grava sul venditore o sul professionista nella vendita di beni di consumo. Dal ragionamento svolto nel testo emerge l'inconsistenza di tale distinzione, che poggia, con ogni probabilità, sulla non adeguata comprensione del fenomeno della garanzia e dell'assetto di interessi cui essa presiede. La garanzia viene ridotta infatti, senza sufficienti motivazioni, alla «assunzione di una responsabilità con riferimento ad un elemento perturbatore» sul quale «il debitore [*rectius* il garante] non può intervenire con il proprio comportamento». Questa concezione esangue si espone a diversi rilievi critici: 1) il collegamento tra garanzia e responsabilità è apodittico, come dimostra la migliore dottrina non a caso di opinione opposta (CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 20 ss.); 2) è errato instaurare una corrispondenza biunivoca tra garanzia ed esatto adempimento (ROCCHIO, *op. ult. cit.*, p. 16-17), perché anzi le due nozioni si escludono a vicenda per essere la seconda esclusiva delle obbligazioni, da cui pure la dottrina in esame correttamente distingue la garanzia (*ibidem*, p. 7-8); 3) è riduttivo fissare il momento a partire dal quale la garanzia opera nella violazione del contratto (*ibidem*, p. 16) perché così si trascura l'effetto antecedente, per così dire sostanziale ed immediato, della garanzia rappresentato dalla sicurezza di non dover sopportare le conseguenze negative di un dato evento.

⁹³ ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 11 nt. 16 accomuna sotto le insegne dell'obbligazione condizionate opinioni diverse non tutte riconducibili a tale concezione, come ad esempio BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*. II. *Le fonti*, Milano, 1964, p. 292 ss., che è invece esponente della c.d. teoria della prestazione indennitaria, la quale pure fa ricorso alla figura della condizione ma con implicazioni diverse rispetto alla vera e propria teoria dell'obbligazione condizionate. Vanno correttamente ricondotte alla teoria dell'obbligazione condizionate, pur con diversità di accenti, le concezioni di HAYMANN, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1938, I, p. 142 ss., in part. 150; DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *ivi*, 1937, I, p. 407 ss., in part. p. 412-413; OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943 I, p. 163. Sulla distinzione tra teoria della prestazione indennitaria e

una confutazione pienamente convincente⁹⁴, alla quale hanno fatto seguito ulteriori rilievi critici⁹⁵.

In altri termini, l'interesse protetto dalla garanzia va identificato sia nella condizione di perdurante assenza di determinati effetti pregiudizievoli o di specifici difetti dei beni o servizi dovuti sia nella certezza che un tale assetto verrà preservato o ripristinato e non invece nei successivi esiti rimediali della preservazione o del ripristino mediante la cancellazione totale o parziale degli accadimenti negativi una volta verificatisi, perché qui si è già nel contesto della tutela dell'interesse insoddisfatto. Dalla garanzia pura non discende un'aspettativa di qualcosa che sarà⁹⁶, ma un effetto attuale che consiste nell'attribuzione di un determinato stato di fatto o giuridico non dipendente dalla cooperazione del garante e che configura quindi un'utilità immediata⁹⁷. Questo aspetto racchiude il tratto più caratterizzante del vincolo di garanzia, certamente più di quanto non lo sia lo stato di incertezza⁹⁸ che in effetti connota la posizione del garante ma che non si può estendere a quella del garantito cui anzi è attribuito uno stato di sicurezza che scaturisce dall'annullamento o dall'attenuazione del rischio

teoria dell'obbligazione condizionata, v. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 26 ss.

⁹⁴ CORRIAS, *op. cit.*, p. 27 ss., in part. p. 74 ss. e gli autori *ivi* richiamati.

⁹⁵ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 293 ss.

⁹⁶ Questo è l'equivoco in cui cade ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 13 e nt. 19, il quale replica al rilievo del carattere attuale dell'effetto che scaturisce dalla garanzia o meglio – per adottare il lessico dell'a. – dalla promessa in funzione di garanzia sostenendone la piena compatibilità con lo schema dell'obbligazione condizionata: il vantaggio di poter contare sull'indennizzo eventuale «si addice perfettamente alla situazione di aspettativa che sorge in capo all'acquirente sotto condizione sospensiva, il quale non è ancora titolare del diritto, ma *eventualmente* – in caso, cioè, di avveramento della condizione – lo sarà».

⁹⁷ È quanto, in maniera certo meno argomentata, si è tentato di affermare in PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 568-570 e poi si è approfondito in ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 292 ss.

⁹⁸ Sulla centralità dello stato di incertezza/attesa si sofferma a lungo invece CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 72 ss., p. 257 e ciò induce C. a qualificare la garanzia pura come una fattispecie *lato sensu* condizionale.

dell'evento temuto tramite la predisposizione di un automatismo tra l'insorgere dell'evento garantito e la nascita del diritto soggettivo volto a rimuoverne, per quanto possibile, gli effetti⁹⁹. Volendo tralasciare le tesi minori che riconducono la garanzia, in particolare quella per i vizi, ora all'area dell'errore¹⁰⁰ ora, sulla scia di una parte della dottrina tedesca¹⁰¹, a quella della presupposizione¹⁰² ora alla responsabilità precontrattuale¹⁰³, è necessario affrontare il nodo del rapporto tra garanzia e responsabilità. Già in Rubino, primo critico in Italia della riconduzione della garanzia quale figura generale all'obbligazione, è presente l'idea che la prima costituisca una sanzione di carattere rafforzato, perché destinata ad operare a

⁹⁹ Lo evidenzia molto bene CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 79 il quale ritiene che l'effetto di vincolatività che sorge dalla garanzia attribuisce «rilevanza giuridica ad un fattore del tutto estraneo alla dinamica del contratto, quale l'evento dannoso, il quale, dal momento della manifestazione della volontà negoziale, assume irreversibilmente l'idoneità a determinare automaticamente la nascita di ulteriori effetti giuridici e, segnatamente, di un diritto soggettivo di credito in capo all'assicurato e della corrispondente obbligazione pecuniaria in capo all'assicuratore». Questo congegno tecnico-giuridico «costituisce, a nostro modo di vedere, il fulcro del fenomeno assicurativo in quanto realizza pienamente l'interesse al c.d. trasferimento del rischio dalla sfera giuridica dell'assicurato a quella dell'assicuratore; ossia al conseguimento da parte del primo della sicurezza psicologica per la quale ha stipulato il contratto».

¹⁰⁰ G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*², in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Libro IV, t. 3, Torino, 1991, p. 68, p. 90 ss.; GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996, p. 83.

¹⁰¹ LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München-Berlin, 1951, p. 117 ss., sulle orme di LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *AcP*, 121, 1923, p. 98 ss.

¹⁰² MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, p. 117 ss.; ID., *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 81 ss.

¹⁰³ VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 173 ss.; M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, p. 171 ss. e in un quadro dogmatico diverso e assai articolato ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1960, 84 ss., p. 217 ss., p. 255 ss.

prescindere dalla colpa¹⁰⁴. In particolare, la garanzia è concepita come sanzione dell'irregolarità dell'attribuzione patrimoniale: quest'ultima consiste nel trasferimento del diritto ed essa «non è compiuta affatto quando la cosa è altrui; è compiuta inesattamente così quando il diritto è affetto da vincoli di espropriabilità o limitato da altri diritti, come quando ha per oggetto una cosa materialmente viziata. Appunto, la garanzia è una sanzione perché non è stata compiuta, o non esattamente compiuta, l'attribuzione patrimoniale fondamentale e principalissima a carico del venditore, cioè il fare acquistare al compratore il diritto venduto, e con quei requisiti»¹⁰⁵. Già Mengoni, pur plaudendo alla presa di coscienza di Rubino dell'inafferrabilità di un'obbligazione di fare acquistare il bene esente da vizi e alla riconduzione della garanzia nell'area dell'inadempimento del contratto, contestava la qualificazione della garanzia come sanzione, sottolineando che, in tal modo, la si riduce a una norma secondaria mentre «la garanzia è essa stessa una norma primaria»¹⁰⁶. La critica è fondata e va sviluppata ulteriormente. In effetti, già in Rubino si registra la tendenza a fare coincidere la garanzia con le sue conseguenze rimediali e dunque, nel caso della garanzia per i vizi, con le azioni edilizie. Così, però, si perde di mira, se non addirittura si cancella, l'effetto primario della garanzia: quell'effetto che in precedenza si è indicato come situazione di sicurezza in ordine a un determinato stato di fatto o di diritto e che persegue una peculiare funzione attributiva, come si tenterà di dimostrare nel prosieguo.

La linea di pensiero inaugurata da Rubino è stata seguita e alimentata in tempi recenti da Angelo Luminoso ed è allora necessario confrontarsi anche con questa ultima epifania della teoria della garanzia come vincolo di responsabilità contrattuale speciale¹⁰⁷. Secondo questa tesi, la garanzia, per quanto non riconducibile allo schema dell'obbligazione – salva l'ipotesi della

¹⁰⁴ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 635.

¹⁰⁵ RUBINO, *op. cit.*, p. 639.

¹⁰⁶ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 17.

¹⁰⁷ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 383 ss.; ID., *La compravendita*⁹, Torino, 2018, p. 266 ss.

vendita c.d. obbligatoria, ma si tratta di una conclusione contestabile – dà comunque vita ad un vincolo la cui violazione genera responsabilità¹⁰⁸. Si tratta di un vincolo incluso nell'impegno traslativo¹⁰⁹ il cui contenuto non consiste in un programma di azione doverosa e non presuppone, quindi, un comportamento futuro preordinato al conseguimento di un risultato, ma ciononostante si allinea alla stessa logica di quest'ultimo poiché anche tale vincolo, al pari dell'obbligazione, esprime un dover essere giuridico volto ad ottenere un risultato¹¹⁰. In altri termini l'impegno traslativo si rivela sul piano funzionale, ma non anche su quello strutturale, equivalente all'obbligazione, in quanto vincolo giuridico a raggiungere un dato risultato¹¹¹. Più nel dettaglio, si tratterebbe di un vincolo che consiste nell'impegno ad un risultato che rientra nella sfera di controllo del soggetto passivo sebbene non sia ricollegabile causalmente alla sua condotta¹¹². Nel caso della vendita, la violazione di tale impegno si traduce nel solco dell'insegnamento mengoniano in una violazione della *lex contractus*; ma, discostandosi da quest'ultimo, essa viene concepita come fonte di una responsabilità speciale¹¹³, la quale si distingue dalla responsabilità ordinaria di cui agli artt. 1218 ss. c.c. e può essere etichettata come responsabilità da contratto¹¹⁴. Si tratta,

¹⁰⁸ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 383 ss.; ID., *La compravendita*, cit., p. 266 ss.

¹⁰⁹ La figura dell'impegno traslativo è stata coniata e impiegata per primo da BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 709-710, che lo intende come «impegno negoziale circa l'alienazione del bene conforme al contenuto esplicito e implicito della sua offerta».

¹¹⁰ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 383; ID., *La compravendita*, cit., p. 266.

¹¹¹ LUMINOSO, *La vendita*, cit. p. 384.

¹¹² LUMINOSO, *op. cit.*, p. 385.

¹¹³ LUMINOSO, *loc. ult. cit.*: «i rimedi della garanzia (ex artt. 1478-1497 c.c.) si traducono in una responsabilità contrattuale che non è quella ordinaria regolata dagli artt. 1218 ss. e 1453 ss. c.c., ma neppure una responsabilità con caratteri eccezionali (o anomali) rispetto a quella ordinaria. Essa concreta una *responsabilità speciale*. Disciplinata dalle norme appositamente dettate in sede di vendita».

¹¹⁴ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 386; ID., LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 267.

infatti, di una specie di responsabilità correlata al contratto e consistente nell'assoggettamento a tutti i rimedi caratteristici della tutela contrattuale (risoluzione del contratto, riduzione del prezzo, risarcimento del danno: v. artt. 1479, 1480, 1482, 1492, 1493, 1494, 1497 c.c.), il cui connotato di specialità va rintracciato proprio nel fatto che il suo presupposto non consiste nell'inadempimento di un'obbligazione, ma nell'oggettiva inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa¹¹⁵ dipendente da cause anteriori al trasferimento della titolarità del bene¹¹⁶. La specialità si traduce in una disciplina divergente rispetto a quella degli artt. 1218 ss. c.c. che non contempla un sindacato sull'eventuale causa di esonero dalla responsabilità collegata all'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile e consente il ricorso alla risoluzione, totale (*rehabitoria*) e parziale (*quanti minoris*), anche quando sia ancora possibile recuperare il risultato traslativo¹¹⁷. La *ratio* va individuata nella messa a disposizione del compratore di misure più agili e snelle rispetto ai rimedi ordinari, disegnate come misure di pura e semplice reazione all'inattuazione (o imperfetta attuazione) dello scambio, ossia all'oggettivo squilibrio del sinallagma contrattuale¹¹⁸. Il risarcimento del danno presuppone, invece, l'inadempimento dell'obbligo – preesistente alla conclusione della vendita – di verificare la propria concreta attitudine a realizzare il risultato traslativo promesso: un inadempimento di cui non si rende

¹¹⁵ In linea con una corrente di pensiero consolidata, anche se all'interno assai articolata, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 629 ss.; AMORTH, *Errore e inadempimento del contratto*, Milano, 1967, *passim*; LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 163 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 708 ss.; CUBEDDU, *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 167; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 207; nonché con un orientamento giurisprudenziale altrettanto consolidato: Cass., 10 ottobre 2011, n. 20877; Cass., 21 gennaio 2000, n. 639; Cass., 18 ottobre 2005, n. 20165; Cass., 28 luglio 2004, n. 14193; Cass., 2 aprile 1996, n. 3020, in *Arch. loc.*, 1997, 94; Cass., 19 novembre 1985, n. 5686; Cass., 6 novembre 1986, n. 6491, in *Giur. it.*, 1998, I, 108; Cass., 14-03-1975, n. 987.

¹¹⁶ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 386; ID., *La compravendita*, cit., p. 267.

¹¹⁷ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 387; ID., *La compravendita*, cit., p. 268.

¹¹⁸ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 387.

necessario fornire la prova poiché la legge muove dalla premessa che il venditore conoscesse o avrebbe dovuto conoscere il difetto o il vizio giuridico o l'altruità del bene e da ciò fa discendere la presunzione legale della violazione dell'obbligo, la quale può essere vinta dal venditore fornendo la prova di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa (art. 1494, comma 1)¹¹⁹.

La prima obiezione investe la natura oggettiva ed assoluta che una responsabilità contrattuale siffatta esibirebbe, il che la renderebbe altro da ciò che la responsabilità è e non può non essere, trasformandola, contro ogni intenzione dell'autore, in una garanzia pura. Se invece si volesse circoscrivere il concetto di responsabilità alla mera soggezione a tutti i rimedi contro l'inesecuzione della vendita, non si può non rilevare l'estrema genericità di un tale tentativo, destinato a offrire una nozione di responsabilità talmente ampia da perdere qualsiasi specificità, sostanzialmente coincidendo con quella di sanzione in senso lato¹²⁰. Inoltre, l'impegno traslativo è configurato come un vincolo al conseguimento di un risultato che però non dipende causalmente dalla condotta del venditore¹²¹, ma non è concepibile una responsabilità che prescindendo dal nesso causale tra il pregiudizio da riparare e la condotta del soggetto da rendere responsabile oppure tra il primo e il bene o l'attività altrui di cui egli sia chiamato a rispondere in termini oggettivi. Sul piano strutturale, questa presunta responsabilità speciale da inattuazione o inesatta attuazione dell'impegno traslativo presenta tutti i caratteri degli effetti secondari della tanto criticata garanzia pura¹²².

La critica è però più profonda, investendo la stessa premessa della tesi in esame: l'equivalenza funzionale rispetto

¹¹⁹ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 390-391; ID., *La compravendita*, cit., p. 269-270.

¹²⁰ Queste critiche sono già in PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 297 ss.

¹²¹ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 385.

¹²² LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 375 contesta infatti che il vincolo del venditore in ordine allo stato materiale e giuridico dei beni possa essere qualificato come una garanzia pura; e sulla stessa linea CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 346 ss.

all'obbligazione della categoria dell'impegno traslativo all'insegna della comune natura vincolante. L'obbligazione non è, infatti, semplicemente un vincolo al conseguimento di un risultato¹²³ ma coincide con un vincolo di condotta e ciò non è certo irrilevante poiché incide sulla conformazione di un tale vincolo specificando in cosa esso consista e, in particolare, quale sia il percorso per la realizzazione del risultato dovuto, cosa che invece la categoria dell'impegno traslativo non è in grado di chiarire, limitandosi a segnalare che un'utilità va attribuita a controparte senza illustrare come ciò debba accadere. Questo rilievo è sufficiente a revocare in dubbio che si sia al cospetto di una categoria e non piuttosto di una figura atecnica giacché l'impegno traslativo non rappresenta né un effetto contrattuale né una fonte di effetti. Non è effetto poiché non presenta alcun elemento tipico di quell'ipostatizzazione della valutazione/qualificazione di atti o di fatti in cui l'effetto si traduce proprio perché manca l'indicazione della sostanza di tale valutazione/qualificazione¹²⁴, ossia del contenuto della conseguenza, e neppure è fonte di effetti perché, se così fosse, si sovrapporrebbe al regolamento contrattuale senza nulla aggiungervi. Il sintagma "impegno traslativo" sembra infatti l'espressione breviloqua per designare il programma contrattuale che investe il venditore, evidenziandone il carattere della coattività, il quale si esaurisce nella limitazione della libertà del venditore e nell'attitudine del programma ad essergli imposto, se recalcitrante o non puntuale nell'esecuzione.

La coattività è però soltanto uno dei profili dell'obbligatorietà che da solo ne rende un'immagine sfocata e sembra davvero eccessivo, pertanto, ogni tentativo di assimilazione. Bisogna

¹²³ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 383-384; LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 266. Per la corretta prospettiva cfr., per tutti, MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss., in part. 168 ss., ora in ora in Castronovo, Albanese e Nicolussi (a cura di), *Scritti*. II, cit., p. 53 ss.

¹²⁴ È emblematico della considerazione svolta nel testo il passaggio in cui LUMINOSO, *La vendita*, cit., 284 precisa che l'impegno traslativo si riferisce ad un risultato «che si raggiunge mediante un effetto di tipo "finale"», di cui peraltro non si chiarisce il contenuto; ma, se l'impegno traslativo si avvale di un effetto finale, non può essere esso stesso effetto.

domandarsi se intercorra una differenza tra la situazione soggettiva di chi è tenuto ad eseguire una prestazione di fare, di non fare o di dare e la situazione di chi è semplicemente vincolato al rispetto di una determinazione assunta. Vi sono margini di accostamento tra l'obbligazione ed il vincolo che sorge, ad esempio, dalla promessa al pubblico a seguito della sua diffusione *ex art. 1989, comma 1, c.c.*? O ancora, tra l'obbligazione ed il vincolo che sorge in conseguenza della formalizzazione di una proposta irrevocabile *ex art. 1329, comma 1, c.c.*? La risposta è chiaramente negativa poiché nelle ipotesi prospettate, pur nella diversa ampiezza di contenuti¹²⁵, il vincolo esprime una posizione statica che coincide con una limitazione della libertà di azione nel segno dell'irretrattabilità e non già con un'azione predeterminata, mentre l'obbligazione designa una posizione dinamica che condiziona un comportamento futuro del debitore imprimendogli il carattere dell'obbligatorietà, il che la rende una conseguenza ben più costringente della mera rinuncia ad una porzione di autonomia qual è la perdita della possibilità di agire in senso contrario all'impegno assunto. Il tratto che distingue l'obbligatorietà dalla vincolatività non è soltanto di struttura, ma investe anche l'ampiezza e l'intensità dell'impegno: l'obbligazione presenta un tasso di vincolatività assai più consistente del generico vincolo perché impone regole di azione e incorpora la possibilità di conseguire in natura l'esito della condotta del debitore, vincendone la resistenza, segno della coesenzialità di adempimento coattivo e obbligazione. Tutto ciò vale anche quando il vincolo non obbligatorio indica un assetto di interessi da realizzare senza entrare però nel merito degli strumenti necessari a tal fine, come accade nella vendita con la formula "impegno traslativo", poiché, pur trovandosi al cospetto di un vincolo in vista di un mutamento giuridico, non c'è predeterminazione né del contegno del soggetto vincolato né del meccanismo destinato a produrre tale mutamento¹²⁶.

¹²⁵ D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 719-710.

¹²⁶ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 298-299.

A tali critiche si è replicato che la violazione dell'impegno traslativo coglie soltanto il profilo statico della violazione della *lex contractus*, ma, se si valorizza invece il risvolto per cui essa dà luogo all'inattuazione o all'inesatta attuazione dell'attribuzione traslativa, la figura della responsabilità speciale acquista reale consistenza¹²⁷. L'obiezione non è però capace di scalfire la critica, in quanto la categoria dell'inattuazione dell'attribuzione traslativa presenta un valore squisitamente descrittivo ed equivale alla formula "violazione della *lex contractus*", ma nulla è in grado di dire sulla forma e sulle modalità di tale inadempimento del contratto. È, infatti, pacifico che la manifestazione di vizi occulti o il mancato riscontro di determinate qualità rappresentino un'inesatta esecuzione del rapporto di vendita. La questione è un'altra e riguarda l'individuazione dell'effetto contrattuale idoneo ad attribuire rilievo a un risultato (l'assenza di vizi o la presenza di qualità) che, però, non viene realizzato dal venditore ma la cui mancanza giustifica il riconoscimento al compratore di una serie di rimedi. A questo interrogativo la garanzia pura offre una risposta che l'impegno traslativo non è in grado di fornire, neppure se letta nella luce dell'inattuazione dell'attribuzione traslativa. E per riuscire a contestare la teoria della garanzia pura non è certo sufficiente rilevare che l'assenza di titolarità del diritto o l'esistenza di vizi materiali o giuridici del bene rientrano nella sfera di controllo e di influenza del venditore, con la conseguenza che questi gode della possibilità e ha dunque l'obbligo «prima di concludere il contratto o di eseguire l'individuazione della cosa generica, di compiere le opportune verifiche sulla situazione giuridica che si accinge ad alienare e sullo stato materiale del bene che ne forma oggetto, e quindi di astenersi – se necessario – dalla stipulazione del contratto (o dall'offerta e consegna della cosa di genere)»¹²⁸. Al di là del rilievo che si può fondatamente revocare in dubbio che tanto la titolarità del diritto quanto lo stato materiale o giuridico del bene siano sotto il controllo del venditore, visti l'assenza di strumenti certi di conoscenza della reale titolarità dei

¹²⁷ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 386 nt. 73.

¹²⁸ LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 375-376.

diritti, anche immobiliari – non garantendo tale obiettivo neppure la trascrizione – e la natura sovente occulta dei vizi, rimane l’ulteriore decisiva obiezione che un impegno contrattuale relativo all’acquisto della titolarità del bene o alla sua conservazione oppure al modo di essere del bene, se non ha la forma dell’effetto reale o quella della obbligazione, deve rivestire un’altra forma ed essa non può certo essere quella di un impegno negoziale in ordine all’alienazione conforme al contenuto del contratto¹²⁹ perché questa categoria descrittiva non chiarisce il meccanismo grazie al quale determinate qualità o caratteristiche del bene sono attribuite pur non essendo conseguenza immediata del consenso legittimamente manifestato né procurate dal venditore con una propria condotta strumentale. Chi critica l’inquadramento del vincolo del venditore in ordine alle qualità dell’attribuzione traslativa nella garanzia cade probabilmente nel pregiudizio di ritenere quest’ultima inidonea a conferire forma a un impegno contrattuale a un determinato risultato traslativo¹³⁰, sottovalutando invece l’attitudine della garanzia pura ad assolvere una funzione attributiva di utilità finali mediante lo schema della rilevanza giuridica di un determinato risultato, della sicurezza in ordine alla sua sussistenza e della previsione di eventuali effetti secondari nel caso di sua mancanza o inesattezza, da cui dipende l’effetto primario di sicurezza.

Né argomenti contro la garanzia pura si possono ricavare dalla previsione del risarcimento del danno (artt. 1479, 1480, 1482, 1483, 1484, 1489, 1494 c.c.)¹³¹, che invece – come si chiarirà nel prosieguo con specifico riferimento alla fattispecie dell’art. 1494, comma 1, c.c. – costituisce effetto non già di responsabilità, ma per l’appunto di garanzia. Quanto, poi, all’obbligo del venditore di

¹²⁹ LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 375 sulla scia di BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 708-709.

¹³⁰ Cfr. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 377, che infatti osserva che «l’alienante, lungi dal rivestire il ruolo di mero “assicuratore” riguardo agli eventi patologici che posso colpire l’attribuzione traslativa, assume un impegno in ordine al risultato traslativo il cui significato non è alterato dall’immediatezza dell’effetto reale».

¹³¹ LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 376 ss.; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 346 ss.

verificare la propria attitudine a realizzare il risultato traslativo su cui si dovrebbe incardinare il risarcimento del danno, basta segnalare quanto già in passato è stato obiettato al tentativo di giustificare l'art. 1494 c.c. come continuazione nel diritto moderno della responsabilità per mala fede del *ius civile* rappresentando la norma come sanzione della violazione dell'obbligo di dichiarare i vizi al compratore¹³². La violazione di tale presunto obbligo da parte del venditore non risulta eziologicamente collegato alla mancata realizzazione della sua prestazione e, dunque, non si rivela in grado di sorreggere il risarcimento dell'interesse positivo previsto dall'art. 1494 c.c.: «forse che il compratore avrebbe avuto una cosa esente da vizi, se il creditore avesse parlato?»¹³³. Il medesimo rilievo critico resta valido per l'obbligo di verificare la propria attitudine a realizzare il risultato traslativo, anche se al riguardo andrebbero premessi i dubbi sul fondamento di un tale obbligo, che certo non riceve appigli dall'art. 1494, comma 1, dal quale, al limite, si potrebbe inferire – peraltro errando, come si è appurato – l'obbligo di conoscenza e di comunicazione dei vizi o delle irregolarità del bene. In ogni caso, anche prospettando l'obbligo di verificare la propria attitudine all'esecuzione del contratto, difetterebbe il collegamento tra la sua violazione e la frustrazione dell'interesse positivo del compratore perché, se il venditore avesse attuato l'obbligo e accertato la propria inadeguatezza, la vendita non avrebbe dovuto essere conclusa e, dunque, l'interesse positivo non sarebbe dovuto sorgere, giacché non tutte le condizioni del bene idonee ad impedire la piena realizzazione dell'interesse del compratore sono suscettibili di modifica o di eliminazione ad opera del venditore e, dunque, il discorso ripiega sul problema dell'impossibilità logica di un'obbligazione relativa al modo di essere della cosa. Tanto l'obbligo di comunicare i vizi quanto l'obbligo di mettersi in condizione di eseguire il contratto possono al più giustificare il

¹³² CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 346-347 ritiene che proprio nell'art. 1494, comma 1, c.c. si rintracci il dato positivo che impedisce di qualificare il vincolo del venditore in ordine all'assenza di vizi nel bene come una garanzia pura.

¹³³ Così MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., p. 18.

risarcimento dell'interesse negativo¹³⁴; ma risulta comunque decisivo il rilievo secondo cui la conoscenza dei vizi, o almeno la loro ignoranza inescusabile, da parte del venditore presupposta dall'art. 1494, comma 1, c.c. come condizione del risarcimento dell'interesse positivo è presa in considerazione come stato puramente psicologico, come condizione intellettuale di scienza, e ciò esclude che vi possa ricollegare quel giudizio di riprovazione legato alla trasgressione di un dovere¹³⁵. Non si è dunque al cospetto di un criterio di imputazione della responsabilità.

La costruzione dogmatica che conferire al vincolo del venditore in ordine alle caratteristiche materiali e giuridiche del bene la forma della garanzia pura è stata oggetto di una vivace critica proprio nei termini qui riproposti da parte di chi, invece, ritiene che siano maturi i tempi per congedarsi dalla garanzia e per inquadrare la prestazione del venditore nello schema dell'obbligazione: di un'obbligazione di conformità¹³⁶. La critica è fiacca ma lo scrupolo scientifico impone di tenerne comunque conto. L'obiezione principale mossa alla tesi della garanzia si appunta sulle presunte difficoltà che essa incontrerebbe nello spiegare come mai la consegna di cosa diversa sia assoggettata alle regole di diritto comune sull'inadempimento¹³⁷. In primo luogo, è opportuno rilevare che in diritto le differenze sono rilevanti e comportano addirittura il ricorso a discipline differenziate. La consegna di un bene privo delle caratteristiche e dei requisiti minimali tipologicamente propri del genere merceologico nel quale è iscritto il bene identificato nel contenuto del contratto integra un'ipotesi di violazione del contratto radicalmente distinta dalla consegna di un bene in effetti appartenente alla categoria merceologica indicata in

¹³⁴ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 18 con riguardo al primo dei due obblighi.

¹³⁵ MENGONI, *Profili di una revisione*, cit., p. 19-20.

¹³⁶ CALVO, *Diritto civile*, III, t. 1, cit., p. 262, p. 265, il quale reputa la posizione da me espressa in *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 282 ss., in part. p. 325 e quella di PLAIA, *Risoluzione per mancanza di qualità e colpa del venditore*, in *Contr.*, 2010, p. 627 ss. anacronistiche: «letture retrive, spesso intrise di pregiudizi, che continuano a idealizzare la tesi della “garanzia”» e che «si ripiegano su se stesse – come una costruzione sulla sabbia».

¹³⁷ CALVO, *Diritto civile*, III, t. 1, cit., p. 266.

contratto ma affetto da vizi occulti, tali da rendere il bene consegnato non altro da quello atteso ma soltanto di qualità inferiore. In secondo luogo, sarebbe opportuno ricordare che l'art. 1453 c.c., al quale usualmente si rinvia per reagire alla consegna dell'*aliud pro alio datum*, non esaurisce affatto la disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione, recata piuttosto dagli artt. 1218 ss. c.c. Ed anzi vi sono fondate ragioni di ordine sistematico per ritenere che la disciplina della risoluzione possa applicarsi sia quando la violazione del contratto con prestazioni corrispettive consista nell'inadempimento di un'obbligazione sia quando essa assuma, invece, la veste del verificarsi dell'evento lesivo e dannoso dedotto in garanzia. Ecco svelato anche il mistero per cui l'art. 1497, comma 1, c.c. rinvia alla disciplina comune in caso di consegna di un bene privo delle qualità promesse o essenziali, pur essendo queste ultime oggetto di garanzia e non già di obbligazione¹³⁸.

4. *La corretta configurazione della garanzia.*

I nodi relativi all'individuazione dei fatti costitutivi delle azioni edilizie e al riconoscimento o meno di efficacia interruttiva della prescrizione agli atti stragiudiziali di carattere formale non possono in effetti essere sciolti se non prendendo le mosse dalla corretta concettualizzazione della prestazione contrattuale di garanzia, ma non nei termini prospettati dalla Corte di cassazione e condivisi dalla maggioranza dei commentatori¹³⁹, salva un'interessante e

¹³⁸ CALVO, *op. loc. ult. cit.*, imputa, infatti, alla tesi della garanzia di non riuscire «spiegare il rinvio alla disciplina di diritto comune fatto dall'art. 1497, 1° co., c.c.».

¹³⁹ VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, cit., p. 751; REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, cit., p. 1058 ss.; CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, cit., p. 1533, pur con qualche oscillazione in chiusura (1537-1538); DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, cit., p. 383.

acuta voce contraria¹⁴⁰. Non devono, però, essere mosse critiche troppo aspre ai giudici di legittimità in considerazione della particolare complessità dogmatica del tema e delle oggettive incertezze sollevate da un dibattito dottrinario particolarmente diviso sul punto. Tutt'al contrario, va rivolto un plauso alla sentenza n. 11748/2019 per l'intuizione, già di per sé rilevante, di ancorare alla conformazione del vincolo di garanzia la soluzione della questione relativa all'individuazione dei fatti costitutivi delle azioni edilizie e, di conseguenza, alla distribuzione dei temi di prova tra venditore e compratore¹⁴¹. Plauso che non può estendersi invece alla sentenza n. 18772/2019.

Anche da parte dei commentatori più attenti delle recenti sentenze non è stato considerato adeguatamente che l'equiparazione o la distinzione della garanzia dall'obbligazione sul terreno dei fatti costitutivi dei rimedi connessi a tali posizioni soggettive e degli atti interruttivi della prescrizione non può prescindere dall'identificazione del risultato attribuito mediante la prestazione di garanzia. Se lo si identifica con l'assenza dei vizi, inteso come fatto garantito¹⁴², è giocoforza ravvisare nella sua mancanza l'evento che conferisce al compratore il diritto a domandare la risoluzione e la restituzione del prezzo oppure di una sua parte¹⁴³. In questo quadro diviene difficile negare che il fatto costitutivo delle azioni edilizie consista allora nella presenza dei vizi e, pertanto, è giocoforza addossarne la prova al compratore,

¹⁴⁰ IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 647 ss. Cfr. anche la posizione di PORTONERA, *Le Sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onore probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, cit., p. 705 ss., il quale perviene alla stessa conclusione delle Sezioni unite, ma per la diversa via dell'inquadramento del manifestarsi dei vizi nel bene come inesatta esecuzione del contratto di vendita e del successivo rifiuto di applicare il *dictum* di Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 anche all'inesatto adempimento.

¹⁴¹ Tema indagato di recente nell'ottica dell'effettività della tutela e con spunti di grande interesse da MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, Pisa, 2018, *passim*, in part. p. 102 ss.

¹⁴² IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, cit. p. 654, p. 657-658.

¹⁴³ IULIANI, *op. ult. cit.*, p. 655 ss.

come, d'altro canto, finisce per riconoscere implicitamente, anche se in contrasto con le proprie conclusioni, l'opinione in esame quando afferma che «il risultato dedotto nel contratto (*i.e.* l'assenza di vizi) invece di impegnare il comportamento di un soggetto in termini di doverosità è assunto quale “*fatto garantito*” la cui mancanza (*i.e.* la presenza dei vizi) attribuisce – in modo analogo alla condizione, senza cioè alcuna indagine sulla possibilità di eseguire la prestazione promessa – il diritto del compratore di ottenere, a seconda di come il contenuto sia plasmato dalla legge, ora l'esatta prestazione, ora un suo surrogato monetario»¹⁴⁴. Né aiuta in qualche modo a puntellare la tesi dell'identificazione del fatto costitutivo delle azioni edilizie nell'allegazione da parte del compratore del titolo e dei vizi, al posto della ben più gravosa prova di quest'ultimi, sostenere che la garanzia e l'obbligazione siano accumulate dalla caratteristica di rappresentare «stati di cose finali o compiuti, sicché la reazione all'interferenza illecita consiste nel ripristinare la sfera di inviolabilità preesistente»¹⁴⁵.

L'inquadramento dogmatico della garanzia tra le situazioni finali, lungi dal fondare l'esonero del compratore dalla prova della presenza dei vizi, milita esattamente in senso contrario. Basta, infatti, riflettere sulla circostanza che, se così fosse, si dovrebbe allora coerentemente escludere che il proprietario debba fornire la prova del possesso o della detenzione del proprio bene da parte di terzi non legittimati in sede di rivendicazione. Al di là di altri analoghi rilievi, l'argomento decisivo per contestare l'idoneità della costruzione della garanzia come situazione finale a sostenere la conclusione dell'estraneità del manifestarsi dei vizi ai fatti costitutivi delle azioni edilizie va ravvisato nelle ragioni che, pur tra varie polemiche, hanno indotto la Suprema corte ad alleggerire l'onere della prova del creditore. L'approfondimento di tale *ratio* fa emergere l'assoluta incompatibilità tra l'inquadramento della garanzia come situazione giuridica finale e l'esclusione della manifestazione dei vizi dai fatti costitutivi delle azioni edilizie. Il creditore viene sollevato dalla prova dell'inadempimento,

¹⁴⁴ IULIANI, *op. ult. cit.*, p. 658.

¹⁴⁵ IULIANI, *op. ult. cit.*, cit., p. 654.

reputando sufficiente la prova del titolo e della scadenza del termine per adempiere e la mera allegazione della violazione del rapporto, in considerazione del fatto che l'obbligazione costituisce una situazione giuridica strumentale, nella quale una determinata condotta, i c.d. mezzi, diviene dovuta per poter procurare al creditore un'utilità finale, il c.d. risultato. Di conseguenza, la prova del titolo dell'obbligazione da parte del creditore comporta la dimostrazione dell'esistenza di un diritto di credito che, proprio in considerazione della sua natura di figura giuridica della cooperazione, che sorge inattuata ed è preordinata a essere realizzata, esonera il titolare dalla prova della mancata o inesatta realizzazione. Una tale condizione viene designata in dottrina¹⁴⁶ e in giurisprudenza come "principio della presunzione di persistenza del diritto", ma più correttamente andrebbe indicata come "principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo"¹⁴⁷. È evidente che una tale regola probatoria poggia proprio sulla naturale strumentalità dell'obbligazione e, dunque, sulla vocazione del diritto di credito alla realizzazione, sicché l'identificazione della garanzia con un vincolo finale all'integrità e al corretto funzionamento del bene venduto – si discorre di "prestazione promessa a un risultato" – finisce per fare venire meno il terreno sul quale una tale regola trova giustificazione. Pure a voler concepire il diritto di credito come una situazione giuridica anch'essa finale, per lo meno sotto il profilo patrimoniale, il che è discutibile nonostante autorevoli prese di posizione in tal senso, resta il dato, difficile da confutare, per cui di fronte dell'inadempimento il diritto di credito palesa la propria struttura di pretesa, ossia di situazione giuridica di attesa della prestazione del debitore. È proprio per questa ragione che la prova del titolo dell'obbligazione rende plausibile il ricorso alla regola probatoria di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la

¹⁴⁶BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², Art. 1218-1229, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 174 ss.

¹⁴⁷MENGGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1095, ora in *Scritti*, II, cit., p. 299 ss.

titolarità attuale del medesimo: provato il titolo risulta provata anche la sussistenza di una situazione giuridica di attesa dell'altrui cooperazione sicché è onere del debitore provare di avervi assolto oppure provare l'impossibilità di procedervi. Nulla di tutto ciò si riscontra nella garanzia pura la quale non conferisce alcuna pretesa alla conformità o al corretto funzionamento del bene né dà per assunto che il bene possieda queste caratteristiche, attuando una forma di attribuzione dell'utilità costituita dal corretto funzionamento del bene piuttosto sofisticata. La vendita include nell'area delle utilità conferite dal contratto anche le caratteristiche del bene, ma, esulando queste ultime dalla sfera di controllo e di incidenza del venditore, le assegna grazie al ricorso a una forma attributiva diversa dall'obbligazione e scandita in due tempi: il primo è contrassegnato dall'effetto primario di garanzia che consiste nella sicurezza in ordine all'assenza di vizi nel bene o alla presenza di determinate qualità, la quale opera riconoscendo al compratore la legittimazione a ricorrere a determinati rimedi (le azioni edilizie) o ad esercitare determinati diritti (la richiesta stragiudiziale di ripristino della conformità nella vendita di beni di consumo) qualora tali utilità non risultino sussistenti o vengano meno entro un arco temporale di durata della garanzia. L'eventuale ricorso ai rimedi o ai diritti riconosciuti al compratore fa segnare il quel secondo tempo della garanzia e tali rimedi e diritti rappresentano effetti secondari.

Se si vuole, dunque, ancorare a un presupposto solido sul piano dogmatico tanto la regola probatoria che esclude dagli oneri del compratore la prova del vizio quanto il riconoscimento di efficacia interruttiva della prescrizione agli atti stragiudiziali formali, è necessario ricostruire la garanzia come prestazione che lascia impregiudicata la questione se il bene sia o meno affetto da vizi, visto che si tratta di connotati dell'utilità finale conferita dal contratto che non dipendono dal venditore. Proprio grazie alla garanzia, la vendita si limita ad attribuire al compratore un effetto primario di natura sostanziale: la sicurezza dell'immunità dai costi dell'eventuale insorgenza di vizi entro il periodo di rilevanza, i quali, pertanto, vengono così sottratti all'area dei rischi inclusi nell'alea normale del contratto per il compratore e ascritti invece al

novero di quelli addossati al venditore. E, d'altro canto, a questa conclusione conduce il rilievo – condiviso da chiunque sia disposto a riconoscere l'alterità tra garanzia e obbligazione¹⁴⁸ – secondo cui il modo di essere della cosa è sottratto al potere di incidenza del venditore¹⁴⁹: se così è, l'assenza di vizi o la presenza di determinate qualità devono essere concepiti non come un risultato dovuto, bensì come un risultato rilevante sul piano contrattuale. E tale rilevanza non assume i contorni di un risultato (l'assenza di vizi o la presenza di determinate qualità) che il venditore si impegna a procurare, per di più non per il tramite di una propria condotta strumentale, ma di

¹⁴⁸ In tal senso ed esplicitamente, oltre ovviamente a MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 12 ss., cfr. GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., p. 62, p. 91; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 294 ss.; CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 418, p. 424 ss.; ID., *Il diritto di recesso del venditore finale nella tutela del consumatore*, cit., p. 965 ss.; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 530 ss.; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, cit., p. 1060 ss., in part. p. 1106; ID., *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 501 ss.; FERRI, *Garanzia, rischio e responsabilità oggettiva*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 871 nt. 28; CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 18 ss., p. 316 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 282 ss.; NIVARRA, *I rimedi in forma specifica*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 188 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 373 ss.; D'AMICO, *La compravendita*, cit., p. 372: «"garanzia" e "obbligazione" [...] sono termini antitetici: si "garantisce" ciò che non può formare oggetto di impegno obbligatorio, e dunque di responsabilità per inadempimento (di una obbligazione)»; PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, cit., p. 697-698.

¹⁴⁹ In senso contrario v. LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 375-376, per il quale «l'alienità del diritto venduto e l'esistenza di vizi nella cosa, anche se non derivano causalmente da una condotta del venditore esecutiva del contratto (in quanto preesistenti al trasferimento) rientrano nella sfera di influenza di quest'ultimo avendo egli la possibilità e quindi il dovere, prima di concludere il contratto o di eseguire l'individuazione della cosa generica, di compiere le opportune verifiche sulla situazione giuridica che si accinge ad alienare e sullo stato materiale del bene che ne forma oggetto, e quindi di astenersi – se necessario – dalla stipulazione del contratto (o dall'offerta e consegna della cosa di genere)».

un risultato idoneo a influire sul rapporto contrattuale – e sotto tale profilo rilevante – attivando i rimedi di riequilibrio economico previsti dall’art. 1492 c.c.: i congegni edilizi dell’*actio redhibitoria* e *quanti minoris*. La garanzia non si esaurisce tuttavia – come troppo diffusamente si ritiene¹⁵⁰ – nella legittimazione all’esercizio delle due azioni¹⁵¹, ma riveste una propria dimensione sostanziale che risiede in quello che si è identificato come effetto primario e che consiste nella situazione di sicurezza per il compratore in ordine al fatto che l’eventuale insorgenza di vizi o il manifestarsi dell’assenza delle qualità c.d. promesse non resteranno a proprio carico, sottraendoli così al perimetro dell’alea normale addossata al compratore. Va respinta, allora, la configurazione della garanzia come dispositivo di natura rimediale, destinato a esplicitare i suoi effetti soltanto in presenza della violazione del contratto o del suo “inadempimento” inteso in senso lato. Disconoscere la duplicità di effetti della garanzia, primari e secondari, determina un impoverimento della sua raffigurazione concettuale¹⁵². Nonostante l’indiscutibile complessità teorica del tema¹⁵³, va rimarcato con decisione che la garanzia presenta una primaria portata sostanziale che determina un’attribuzione di utilità che poggia su presupposti diversi da quelli sottesi all’obbligazione ma che, al pari di quest’ultima, consente di includere nel perimetro del contenuto dell’impegno contrattuale i vantaggi che essa rende rilevante, assicurandone la sussistenza.

I riflessi sostanziali di tale forma giuridica dell’attribuzione dell’utilità, rappresentata dalla sicurezza relativa alle caratteristiche del bene, consistono nell’esonero del compratore da complessi, e in

¹⁵⁰ Così D’AMICO, *La compravendita*, cit., p. 379 ss. Privilegia la configurazione rimediale della garanzia anche CIATTI CÀIMI, *L’interruzione della prescrizione per i rimedi edilizi nella vendita*, cit., p. 1346 e 1347.

¹⁵¹ Anche RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 637 ss. finisce per esaurire la garanzia nei rimedi da questa previsti, come attesta la scelta di qualificarla come sanzione contro l’inesattezza dell’attribuzione patrimoniale.

¹⁵² Nello stesso senso cfr. il pregevole commento di REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l’onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, cit., p. 1061.

¹⁵³ D’AMICO, *op. cit.*, p. 384.

molti casi inutili¹⁵⁴, accertamenti preliminari in ordine alle caratteristiche materiali o giuridiche del bene, tanto più che una delle specificità dei vizi o dei difetti del bene consiste nella possibile manifestazione successiva rispetto al momento in cui se ne origina la causa. In altri termini, in tutti i casi in cui la legge – mediante il diritto dispositivo e, in particolare, tramite la figura del *naturale negotii* – o le parti nell'esercizio della loro autonomia includono nel contenuto del contratto utilità che travalicano le possibilità di realizzazione, o anche soltanto di controllo, della parte nella cui prestazione esse assumono rilievo oppure utilità che, pur dominabili, viene reputato opportuno, per ragioni di celerità ed efficienza dei traffici¹⁵⁵, non includere nella sfera delle attività dovute della parte nella cui prestazione esse incidono, ecco che la forma giuridica chiamata in causa non può che essere la garanzia pura. Il principio *impossibilium nulla obligatio*, corollario del principio logico di non contraddizione, opera come limite invalicabile dell'obbligazione, la cui curva vitale non si può estendere oltre il limite della possibilità, in quanto quest'ultima costituisce il presupposto dell'azione umana, la quale, a sua volta, è l'essenza dell'obbligazione, che infatti proietta il contegno dell'uomo nella dimensione della condotta giuridicamente necessaria: *necessitas iuris*. Il limite della possibilità di

¹⁵⁴ Non dà peso a questo argomento LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 375 ss.

¹⁵⁵ Una buona parte delle ragioni alla base del disaccordo tra l'inquadramento dogmatico da me adottato in passato (PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 285), e ora ulteriormente approfondito e argomentato, e la posizione espressa da LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 373 ss. risiede nella convinzione di quest'ultimo che il presupposto del ricorso alla garanzia pura sia, per così dire, di tipo naturalistico, collegato alla soddisfazione di un interesse sottratto al potere di controllo del garante, che, pertanto, non può divenire oggetto di un obbligo di cooperazione ma soltanto integrare un rischio che il garante si accolla. Ciò impedisce a L. di prendere in considerazione la possibilità – in più punti ventilata dal legislatore tanto nella disciplina della vendita quanto in quella dell'appalto e del contratto d'opera – che la ragione che conduce ad affidare il soddisfacimento di un interesse della forma giuridica della garanzia risieda in esigenze di rafforzamento della posizione della parte che esprime questo interesse, che si collegano anche a ragione di efficienza e celerità dei traffici.

realizzazione non opera, però, anche con riguardo ad altri effetti contrattuali – tali per integrazione ad opera della legge o per espressa previsione pattizia – e, in particolare, non determina la nullità del contratto con riferimento tanto all’effetto reale, come testimonia la validità della vendita di cosa altrui – cui vengono dall’art. 1478 c.c. riconosciuti soli effetti obbligatori – quanto all’effetto della stabilità della titolarità del bene (v. l’evizione) quanto ancora con riguardo alle specifiche qualità del medesimo (v. vizi occulti o mancanza di qualità). Se l’altruità della cosa venduta o la perdita della titolarità del bene o ancora la presenza di vizi oppure l’assenza delle qualità promesse non determinano la nullità del contratto per impossibilità dell’oggetto (art. 1346 c.c.) è proprio grazie al ricorso alla figura giuridica della garanzia pura, che strutturalmente spinge il vincolo contrattuale oltre la linea della possibilità d’azione. È, questo, uno degli insegnamenti di Gustav Hartmann, il quale ha chiarito che il principio *impossibilium nulla obligatio* «nulla [...] è in grado di dirci sulla ulteriore e grave questione se e in quanto subentri un dovere di prestazione per l’impossibilità»¹⁵⁶. Una linea proseguita e affinata da Mengoni che, sulla scia di Werner Flume¹⁵⁷, ha adoperato la formula più precisa di «una garanzia (*praestare*) per l’impossibilità» e così «il legislatore può [...] considerare valido il negozio per farne derivare un rapporto di garanzia, che prenderà il posto della mancata obbligazione»¹⁵⁸. Ed è in questa cornice concettuale che va collocata l’ulteriore precisazione che assegna alla garanzia il ruolo di “surrogato dell’adempimento”, lungo la via tracciata da Paul Krückmann¹⁵⁹. Con tale formula non si intende in alcun modo equiparare la garanzia all’obbligazione né il regime giuridico della prima a quello della seconda, ma indicare piuttosto che la garanzia,

¹⁵⁶ HARTMANN, *Die Obligation*. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen, 1875, p. 173.

¹⁵⁷ FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf*, München, 1948, *passim*.

¹⁵⁸ MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 14.

¹⁵⁹ KRÜCKMANN, *Wandelung und Minderung als Anerkenntnis*, in *Zeit. für Handelsrecht*, 1920, p. 363; ID., *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *AcP*, 1929, p. 93.

al pari dell'obbligazione, assolve a una funzione attributiva e, dunque, concorre a delineare l'oggetto del contratto. Più in particolare, mentre l'obbligazione programma un'attribuzione che è poi attuata grazie all'adempimento, la garanzia la realizza *recta via*, rendendo rilevante come contenuto del contratto uno stato di fatto o di diritto e così riconnettendo in via automatica¹⁶⁰ alla loro mancanza conseguenze sul piano del contratto. Se l'automatismo della produzione degli effetti secondari della garanzia opera è soltanto perché, mediante l'effetto sostantivo di natura primaria, la garanzia ha incluso nell'oggetto della vendita anche le qualità materiali e giuridiche del bene, attribuendole in via diretta. E proprio perché direttamente attributiva, la garanzia si pone su un piano di alternatività rispetto all'adempimento dell'obbligazione e, difatti, in dottrina, per distinguere la garanzia dall'obbligazione, è stato correttamente osservato che la prima prescinde del tutto dal *medium* logico-giuridico del dovere e dunque dell'adempimento¹⁶¹.

La garanzia pura consente di includere nell'oggetto del contratto elementi che non rientrano nella sfera di controllo o di determinazione della parte che vi si impegna, ma non per questo bisogna cadere nel condizionamento della forma di pensiero

¹⁶⁰ Questo è il senso che va riconosciuto nell'affermazione di MENGONI (*Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 16) secondo cui «anziché *in obligatione* l'adempimento del contratto può essere dedotto, in tutto o in parte, *in condicione*, nel senso che il promittente non è obbligato a eseguire la prestazione promessa ma assume *invece* la garanzia dell'adempimento (garanzia pura). Allora l'inadempimento non è presupposto di responsabilità in senso tecnico, bensì una *condicio iuris* di efficacia della garanzia ricollegata al contratto. Questo è appunto il trattamento giuridico del contratto di vendita per quanto riguarda il riferimento dell'accordo alle qualità della cosa. Sotto tale aspetto il sorgere di una specifica obbligazione è logicamente impossibile: in luogo dell'obbligazione subentra la garanzia». Segnala acutamente NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in Alessi (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, p. 82 nt. 22, che il paragone suggerito da M. della violazione del contratto con la condizione «vale soltanto ad indicare l'automatismo che caratterizza la garanzia».

¹⁶¹ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 528.

ricalcata sull'obbligazione e concepire tali contenuti negoziali (l'acquisto immediato della titolarità, la sua conservazione¹⁶² o la presenza di determinate caratteristiche del bene) come risultati attesi. La garanzia pura conferisce a tali effetti rilevanza nel particolare senso per cui la loro eventuale assenza produce effetti secondari, per lo più di natura rimediale, destinati a neutralizzare in tutto o in parte le conseguenze negative della mancanza o della perdita degli effetti primari promessi. In tal modo, tali effetti sono conferiti senza essere anche dovuti, nei termini dell'assunzione dell'impegno di procurarli. In altre parole, l'inclusione di un'utilità finale, come l'assenza dei vizi nel bene, nel contenuto del contratto mediante il ricorso alla figura della garanzia pura comporta una duplice conseguenza: in primo luogo, l'utilità finale può assumere rilievo anche se essa travalica la possibilità materiale della parte contrattuale di procurarla o, comunque, se ne prescinde; e, in secondo luogo, la sua mancanza viene giuridicamente assunta come un'evenienza fisiologica al punto da assumere la consistenza di un rischio tipico da traslare da una parte contraente all'altra. Che poi la traslazione del rischio avvenga riconoscendo al compratore il potere di risolvere il contratto e domandare la restituzione del prezzo pagato o, in alternativa, di ottenere una riduzione del prezzo (art. 1492 c.c.) oppure conferendogli il diritto primario di ottenere il ripristino della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione (artt. 1512 c.c. e 130 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. codice del consumo: cod. cons.) è questione irrilevante ai fini della configurazione dei caratteri strutturali e funzionali della garanzia¹⁶³, attenendo piuttosto all'ampiezza della promessa

¹⁶² Un discorso a parte va fatto per la vendita forzata e il problema dell'evizione: sul punto cfr., da ultimo, l'accurata trattazione di CAPORUSSO, *La vendita e l'assegnazione*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, t. III, Milano, 2019, p. 3627 ss., in part. p. 3660 ss.

¹⁶³ In senso opposto cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 5 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *ivi*, 2005, p. 361-362; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *ivi*, 2007, p. 10-12 e nt. 18; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 144 ss.; ID., *L'adempimento «in natura» quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1165 ss.; ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 163 ss. La posizione del prof. di Majò è

contrattuale e, dunque, della sicurezza accordata mediante la garanzia pura. La natura di dispositivo del rischio rivestita dalla garanzia è, peraltro, testualmente riconosciuto dall'art. 1488, comma 2, c.c., con riferimento all'evizione, quando la norma prevede, nonostante l'esclusione della garanzia, il diritto del compratore evitto di domandare la ripetizione del prezzo pagato e delle spese sostenute, per evidenti ragioni di contrasto dell'arricchimento *sine causa*, a meno che la vendita non sia stata convenuta «a rischio e pericolo del compratore».

In parte perché non procurata direttamente dal paciscente che se ne assume il rischio, in parte perché, anche ove la sua realizzazione rientri nel dominio di quest'ultimo, è comunque preferibile riconoscerla in termini oggettivi ed assoluti, l'utilità dedotta in garanzia diviene oggetto di un'attribuzione senza realizzazione, alla quale la legge o le parti ricorrono quando intendono compiere una

ben sintetizzata nel seguente brano: «la tecnica della garanzia, come noto, non porta alla soddisfazione dell'interesse (primario) dell'acquirente, ad avere cosa idonea all'uso per il quale la cosa si è acquistata, bensì al mero ri-equilibrio dei termini di scambio (tramite la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo). Talune dottrine, scarsamente consapevoli di ciò, rifiutando il nesso assai stretto tra rimedio specifico e ricostruzione, in base ad esso, della relazione contrattuale, continuano a ragionare in termini risarcitori e/o restitutori della tutela, non avvertendo che, così argomentando, essi relegano quest'ultima sulla cinta "esterna" al contratto (e cioè in termini di garanzia, pur specifica). In conclusione, una volta liberato il diritto all'adempimento da quella posizione "ancillare" cui una secolare tradizione l'aveva relegato, e ciò col privilegiare la tutela per equivalente, esso è destinato ad arricchirsi di tutte quelle variazioni e declinazioni delle quali l'adempimento, sul terreno rimediale, è suscettibile. Esso dunque esce da un'area indistinta che fondamentalmente ne rinnega la disciplina, per acquisire natura e funzione di "rimedio", alla pari di quello risarcitorio. Il c.d. *Erfüllungsinteresse* assume pari dignità rispetto a quello risarcitorio. Con ciò si viene anche a risolvere l'antica querelle riguardante la carenza nel contratto di vendita di obblighi di fare, del riparare-sostituire la cosa viziata, giacché quegli obblighi, aventi natura di rimedio, non debbono essere edittalmente declamati né previsti nella causa del contratto. Anche in tal caso, se si vuole, il "rimedio" sembra pre-cedere il diritto» (ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, cit., p. 11-12). Sulla posizione espressa da di M., sia concesso il rinvio a PIRAINO, *Il diritto delle obbligazioni nel pensiero di Adolfo di Majo. A margine di Obbligazioni e tutele*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 826 ss.

sorta di conferimento di utilità rafforzato. Non può stupire, quindi, se le conseguenze della garanzia, i c.d. effetti secondari (ad es., le azioni edilizie delineate nell'art. 1492 c.c. e il diritto al ripristino della conformità di cui all'art. 130 cod. cons.), si producono anche qualora alla parte che ha assunto la prestazione di garanzia pura non sia possibile formulare alcun appunto di negligenza, imprudenza e imperizia o, più in generale, di censurabilità della condotta rispetto a parametri più specifici di azione. Grazie al rilievo in termini di garanzia, il difetto dell'utilità finale è sottratto a un qualsivoglia giudizio di imputabilità, il quale presupporrebbe infatti, per lo meno, la possibilità di prevedere ed evitare il difetto. E, tuttavia, la rilevanza giuridica dell'utilità al di là della possibilità di procurarla o di evitarne la mancata verifica oppure a prescindere da essa, proietta tale risultato finale in una dimensione nella quale la sua mancanza determina le conseguenze previste dal vincolo di garanzia, anche se nulla può essere contestato alla parte-garante. In altri termini, gli effetti secondari della garanzia scattano in presenza di violazioni oggettive del contratto, di cui è irrilevante determinare la causa e, in particolare, se essa coincida con un evento imputabile al venditore o comunque riconducibile alla sua sfera di controllo. Non che sia priva di riflessi sul piano della disciplina l'eventuale riconducibilità al fatto proprio del venditore dei presupposti che determinano il venire meno dell'utilità assicurata dalla garanzia, oppure la sua difformità rispetto alle previsioni contrattuali. Se la vanificazione dell'utilità attribuita a controparte mediante la prestazione di garanzia dipende dalla condotta del venditore, la legge preclude la possibilità, viceversa riconosciuta, di escludere o di limitare la garanzia, tanto nel caso di evizione (art. 1487, comma 2, c.c.) quanto in quello di vizi materiali del bene (art. 1490, comma 2, c.c.).

5. Gli equivoci sulla prescrizione: il termine di durata dalla garanzia.

Sulla base della configurazione dogmatica della garanzia pura come forma di attribuzione, non intermediata e rafforzata, di un'utilità è ora possibile affrontare con maggiore consapevolezza il tema del c.d. termine di prescrizione e di offrirne una sistemazione

più consona¹⁶⁴. La lettura generalmente accolta dell'art. 1495 c.c., tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, rintraccia nella norma la previsione di due termini: uno decadenziale e uno prescrizione¹⁶⁵. La formulazione linguistica dell'art. 1495 c.c. risente dell'incerta messa a fuoco della garanzia al momento della codificazione, che a dire il vero continua a condizionare larga parte della dottrina e della giurisprudenza. Sul piano normativo se ne ha un'eco nel già ricordato art. 1476 c.c. che, al n. 3, impropriamente qualifica le garanzie per i vizi e per l'evizione come obbligazioni invece che – come correttamente dovrebbe dirsi – come prestazioni principali del venditore. Questa difficoltà di percepire la specificità della garanzia e di coglierne i tratti di irriducibile diversità dall'obbligazione hanno condotto, tra le altre cose, a designare come prescrizione quel che invece va considerato con tutta evidenza un termine di durata della garanzia. L'art. 1495, comma 3, c.c. fissa in un anno dalla consegna un termine che la disposizione nomina come prescrizione, ma che tale non può in alcun modo essere per contrarietà con l'art. 2935 c.c. sulla decorrenza della

¹⁶⁴ Al tema dei termini nella garanzia, alla luce della disciplina della vendita di beni di consumo, ha dedicato un'accurata riflessione FACCIOLO, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 250 ss.

¹⁶⁵ Cfr., *ex multis*, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 830 ss.; MENGONI, *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivanti dai vizi della cosa*, cit., p. 415 ss.; LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 290 ss.; BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1019 ss.; GRECO-COTTINO, *Della vendita*, cit., p. 230 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 498 ss.; CALVO, *Diritto civile*, III, t. 1, p. 306 ss.; AGOSTINIS, *La garanzia pe i vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, cit., p. 145 ss. e ancora di recente D'ONOFRIO, *Interruzione della prescrizione in caso di vizi della cosa venduta: occorre la domanda giudiziale?*, cit., p. 1021 ss.; PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizione*, cit., p. 710-711. In giurisprudenza, oltre Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18762, cit., cfr. Cass., ord., 4 settembre 2017, n. 20705; Cass., 27 aprile, 2016, n. 8418; Cass., 10 novembre 2015, n. 22903; Cass., 3 agosto 2010, n. 18035; Cass., 27 settembre 2007, n. 20332; Cass., 3 dicembre, 2003, n. 18477; Cass., 10 settembre 1999, n. 9630.

prescrizione¹⁶⁶. Com'è noto, il decorso del tempo ai fini della prescrizione è collegato al giorno in cui il diritto può essere fatto valere, con ciò intendendo il momento in cui astrattamente e non già effettivamente il titolare della situazione soggettiva può compiere il primo atto di esercizio. Per quanto il tema sia molto delicato e oggetto di continue oscillazioni¹⁶⁷ tra perseguimento del massimo grado di certezza e invocazione del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*¹⁶⁸, l'opinione consolidata in dottrina e in giurisprudenza identifica il "giorno in cui il diritto può essere fatto valere" nel momento in cui si sono verificati i presupposti formali per l'esercizio del diritto, ossia «le condizioni necessarie e sufficienti perché un diritto possa essere fatto valere» che, dunque, non includono gli impedimenti di fatto, compreso lo stato di ignoranza del titolare in ordine all'esistenza del diritto o alla sua pertinenza¹⁶⁹. Per quanto concerne le azioni edilizie non può, con tutta evidenza, essere considerato come "giorno in cui il diritto può essere fatto valere" il momento della consegna, in primo luogo, perché tali azioni possono astrattamente essere esperite soltanto a partire dal giorno in cui il vizio o il difetto si

¹⁶⁶ Appare, quindi, incomprensibile la convinzione di AGOSTINIS, *La garanzia pe i vizi della cosa venduta*, cit., p. 166 che l'individuazione del *dies a quo* del termine prescrizione nella consegna del bene, oltre a garantire la certezza del rapporto di vendita, «si pone in linea con i principi generali in materia di prescrizione, i quali, mirando a sanzionare l'inerzia del titolare, presuppongono la sua possibilità di attivare». Per di più, si tratterebbe di una possibilità di attivazione da parte del compratore soltanto figurativa visto che per B. la scelta di fare decorrere la prescrizione dalla consegna si giustifica alla luce del fatto che il compratore, «conseguendo la disponibilità materiale della *res*, [ha] la possibilità di verificarne l'integrità».

¹⁶⁷ V. la panoramico offerta da GALLO, sub art. 2935, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, artt. 2907-2969, Torino, 2016, p. 552 ss.

¹⁶⁸ Cfr. sul punto lo studio di TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità*. La rilevanza civilistica del principio *contra non valentem non agere non currit praescriptio*, Padova, 2006, p. 27 ss.

¹⁶⁹ AZZARITI-SCARPELLO, *Della prescrizione e decadenza*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, *Della tutela dei diritti*, art. 2910-2969², Bologna-Roma, 1977, p. 221.

manifestano¹⁷⁰. La raffigurazione della garanzia in precedenza offerta rivela che le azioni edilizie sono soltanto effetti secondari: è vero che la garanzia è una prestazione immediata del perfezionamento della vendita, ma dal giorno della conclusione del contratto e della consegna del bene scatta soltanto l'effetto primario, che consiste nella sicurezza in ordine all'assenza di vizi e alla presenza di determinate qualità nel bene; mentre soltanto a seguito della manifestazione dei primi o dell'emersione dell'assenza delle seconde sorge anche il diritto ad agire in redibitoria o in estimatoria. In secondo luogo, se per davvero il termine annuale dalla consegna fosse di prescrizione, l'art. 1495 c.c. decreterebbe che quest'ultimo scatti, e possa anche completarsi, prima che sia decorso il termine decadenziale, il cui *dies a quo* coincide col giorno della scoperta, realizzando un inspiegabile *ὑστερον πρότερον*. Sebbene anche questo punto sia controverso, l'atto impeditivo della decadenza non sembra rientrare tecnicamente nell'ambito degli atti di esercizio del diritto o dell'azione, collocandosi piuttosto in una fase prodromica finalizzata ad assicurare la pienezza dell'acquisizione subordinata a un contegno preliminare strumentale alla realizzazione di un interesse di controparte o di un interesse generale. Sotto questo profilo, la denuncia si pone come adempimento preliminare all'esperimento delle azioni edilizie, sicché diviene incoerente e in definitiva insostenibile identificare il *dies a quo* della prescrizione in un momento anteriore al decorso del termine di decadenza, dovendo i due momenti iniziali per lo meno coincidere¹⁷¹.

¹⁷⁰ Per analoghe valutazioni v. MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, cit., p. 106: «ai fini della decorrenza della prescrizione, il decorso del relativo termine di un anno, che rappresenta il termine ultimo in cui si consuma la garanzia (*arg. ex art. 1495, comma 3, cod. civ.*), dovrebbe presupporre che il vizio o il difetto sia stato scoperto (fatta salva, ovviamente, l'ipotesi della sospensione per occultamento *ex art. 2941, n. 8, cod. civ.*)».

¹⁷¹ E infatti GALLO, sub *art. 2964*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 838 segnala che, salve diverse indicazioni legislative, per determinare l'inizio del decorso del termine decadenziale bisogna ricorrere all'art. 2935 c.c. Nello stesso senso si orienta Cass., 27 agosto 1991, n. 9151.

Il termine annuale di cui all'art. 1495, comma 3, c.c. presenta necessariamente la diversa natura di termine di durata, che, per di più, si pone in assoluta consustanzialità con la struttura della garanzia. In quanto forma di attribuzione di utilità non intermediata, il cui fine è quello di fornire sicurezza in ordine alla sussistenza di uno stato di fatto o di diritto che però non compete al venditore di procurare, la garanzia è collegata a fattori che sfuggono al controllo delle parti per ragioni naturali oppure anche soltanto per previsione legale o pattizia, pur essendo in astratto dominabili. Ecco allora l'esigenza di individuare un arco temporale entro il quale il verificarsi di uno di quei fattori idonei a fare venire meno lo stato di fatto o di diritto garantito è rilevante sul piano contrattuale. Nella disciplina generale della vendita, tale misura temporale è stata individuata nell'anno dalla consegna, sicché tutti i vizi o le mancanze di qualità che si manifestano entro tale termine sono a carico del venditore perché incidono su un'utilità (l'integrità o la conformità del bene) già conferita al compratore. Di contro, i vizi e la mancanza di qualità che si dovessero manifestare dopo l'anno dalla consegna sono posti a carico dell'acquirente, perché considerati inclusi nell'alea ordinaria dell'acquisto e, quindi, appare eccessivo ed iniquo addossarli al venditore, salva l'assunzione di una garanzia convenzionale di durata maggiore. È, dunque, connaturata alla garanzia l'esigenza di tracciare i confini della sua durata, al fine di individuare le perdite di utilità o le inesattezze qualitative rilevanti da quelle irrilevanti¹⁷². In tale

¹⁷² Questa proposta ricostruttiva è stata già abbozzata in PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 256. Una valutazione analoga, anche se in un quadro concettuale meno netto, è già in RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 842, il che è particolarmente significativo visto che R. riconosce nel termine di cui all'art. 1495, comma 3, c.c. una prescrizione. Osserva R. che «a differenza del termine di otto giorni per la denuncia, la brevità di questo secondo termine, rispetto a quello normale di dieci anni, si giustifica, oltre che colle maggiori difficoltà della prova dopo un certo tempo, anche per l'esigenza di non tenere troppo a lungo sospese le sorti del contratto e la libera circolabilità della cosa, specie se si tratta di merci. [...] Il termine decorre dal giorno della consegna, anche se il vizio non è stato scoperto, o se ne è stata fatta tempestivamente la denuncia, o se questa non era necessaria: è questo il significato dell'inciso "in ogni caso", che appunto si riporta ai primi due comma

orizzonte dogmatico ricomposto, acquisterebbe un significato più coerente anche la regola di cui all'art. 1495, comma 3, secondo periodo, c.c., per la quale «il compratore, che sia convenuto per l'esecuzione del contratto, può sempre far valere la garanzia, purché il vizio della cosa sia stato denunciato entro otto giorni dalla scoperta e prima del decorso dell'anno dalla consegna». La disposizione è ricondotta generalmente al principio "*quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*"¹⁷³, della cui effettiva configurazione e portata però giustamente si dubita¹⁷⁴, ma assume invece pienezza di significato e un fondamento più saldo come coerente conseguenza della natura di durata della garanzia del termine di un anno dalla consegna.

Contrariamente a quanto comunemente ritenuto, anche di recente dalle Sezioni unite¹⁷⁵, il termine di un anno dalla consegna, in quanto termine di durata, non è suscettibile né di sospensione né di interruzione¹⁷⁶, sicché è del tutto improprio andare alla ricerca degli atti giudiziari o stragiudiziali idonei a prolungarlo¹⁷⁷. La

del medesimo articolo. Stante ciò, esso è, prima ancora che un termine di prescrizione dell'azione, un termine finale di durata dello stesso rapporto sostanziale di responsabilità».

¹⁷³ LUZZATTO, *La compravendita*, cit., p. 263; CALVO, *Diritto civile*, III, t. 1, cit., p. 308.

¹⁷⁴ RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 850.

¹⁷⁵ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18762, cit., n. 2.7.

¹⁷⁶ Per un diverso ordine di valutazioni cfr., proprio muovendo da Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18762, cit., DALLA MASSARA, *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., p. 969 ss.

¹⁷⁷ Per una diversa valutazione, assai articolata e incentrata sulla natura dell'azione di risoluzione, cfr. IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 664 ss. La tesi qui proposta (e anticipata in PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, cit., p. 1139 ss.) non persuade PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizionale*, cit., p. 710-711 e nt. 58, il quale è pronto a riconoscere le difficoltà di inquadramento dell'art. 1495, comma 3, c.c., specie a causa della fissazione del *dies a quo* del termine annuale nel giorno della consegna; ma, nonostante l'eccentricità di tale previsione rispetto alla disciplina della prescrizione, ritiene preferibile non forzare la lettera della norma e rimanere nell'alveo della prescrizione. A supporto di tale qualificazione, P. invoca il confronto con il § 438 BGB, nel

durata della garanzia prescinde dall'iniziativa del venditore e dal compimento di atti formali di invocazione degli effetti secondari della medesima. Sorge allora l'interrogativo se l'interpretazione sistematico-correctiva dell'art. 1495 c.c. qui proposta lasci impregiudicata la questione della prescrizione delle azioni edilizie, determinando l'applicazione dell'art. 2946 c.c. e, dunque, il ricorso al termine ordinario decennale. Una tale conclusione sarebbe immotivata e, per di più, irragionevole, perché è evidente che la *ratio* della norma è quella di circoscrivere a un breve lasso di tempo l'eventuale coda rimediabile del contratto di vendita con riguardo ai vizi e ai difetti di qualità. La concettualizzazione molto approssimativa della garanzia ha reso la mano del legislatore piuttosto incerta e ha determinato la sovrapposizione tra durata e prescrizione: una sorta di crasi nel quale il *dies a quo* editale appartiene alla durata mentre l'estensione annuale del termine si riferisce tanto a quest'ultima quanto alla prescrizione. La contrazione va però sciolta sul piano interpretativo e in assenza di indicazioni ulteriori non si può fare a meno di ritenere che la

quale la dottrina tedesca rinviene una "prescrizione oggettivata" perché ancorata a un *dies a quo* «rien objectiv» e, dunque, rigido, che tuttavia pare ai commentatori tedeschi giustificato dall'effettiva possibilità di ispezionare e provare il bene di cui gode il compratore a partire dalla consegna (JACOBY-VON HINDEN, sub § 438, in *Bürgerliches Gesetzbuch. Studienkommentar*¹⁶, München, 2018, Rn. 4.). Ora, anche a voler sorvolare sulla circostanza che il vizio o il difetto potrebbero non essere ancora manifesti al momento della consegna, è legittimo domandarsi quale sia il vantaggio dogmatico nel qualificare il termine di cui all'art. 1495, comma 3, c.c. come prescrizione, se poi è necessario stracchiare il concetto di prescrizione sino al punto di deformarlo e di farlo divenire altro da ciò che la prescrizione è. Le resistenze opposte alla lettura che propone di ignorare la lettera dell'art. 1495, comma 3, c.c., a dispetto dei plurimi indizi di una sua gestazione confusa, stride se confrontata con la consolidata disponibilità a trascurare il tenore letterale dell'art. 1476, n. 3, c.c. (cfr., *ex multis*, MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, cit., p. 8, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 634; CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 424-425; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 368; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 531; e lo stesso PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite*, cit., p. 709), che pure rappresenta una disposizione non meno significativa dell'art. 1495 c.c. nel quadro della sistemazione della materia delle garanzie nella vendita.

misura di un anno operi – come si è anticipato – anche con riferimento alla prescrizione, integrando una di quelle deroghe espresse previste dall'art. 2946 c.c. Il *dies a quo* del termine annuale di prescrizione non può assolutamente coincidere, però, con il momento della consegna, che invece attiene esclusivamente alla durata della garanzia, ma va individuato nell'oggettiva manifestazione del vizio. Il quadro complessivo va così ricomposto. La garanzia per i vizi e per la mancanza di qualità presuppone tre diversi termini: uno di durata, che scatta dalla consegna del bene e che spira dopo un anno; uno di decadenza, che decorre dalla scoperta del vizio o del difetto e che spira dopo otto giorni; e infine uno di prescrizione, che inizia a correre dall'emersione del vizio o del difetto e che spira dopo un anno.

In tal modo, si conseguirebbe peraltro l'armonia del sistema grazie alla rilettura dell'art. 1512 c.c. nel quadro dell'art. 1495, comma 3, c.c. L'art. 1512 c.c. disciplina, infatti, la garanzia di buon funzionamento nella vendita di beni mobili, come garanzia supplementare rispetto a quella generale degli artt. 1490-1497 c.c., recependo una prassi diffusa sotto il codice previgente, specie nel commercio di prodotti meccanici ed elettrici. La figura ha attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza più che altro per l'ampliamento del contenuto della garanzia alla sostituzione e alla riparazione del bene¹⁷⁸, inteso dalla dottrina maggioritaria come conseguenza dell'assunzione da parte del venditore dell'impegno non già a trasferire un bene esente da vizi ma al funzionamento del bene per un tempo determinato¹⁷⁹, presentandosi dunque come vincolo consustanziale alla garanzia per i vizi e la mancanza di qualità¹⁸⁰. È rimasta, invece, abbastanza negletta la distinzione, pur chiarissima, operata dalla norma tra la durata della garanzia,

¹⁷⁸ F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, Artt. 1510-1536², in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2004, p. 165 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 518 ss.; D'AMICO, *La compravendita*, cit., p. 461 ss.

¹⁷⁹ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 519.

¹⁸⁰ LUMINOSO, *op. cit.*, p. 520.

rimessa all'autonomia privata (art. 1512, comma 1, c.c.)¹⁸¹ o agli usi (art. 1512, comma 3, c.c.)¹⁸², e la prescrizione dei rimedi ripristinatori¹⁸³ e dell'azione di risarcimento del danno, il cui termine è fissato in sei mesi a decorrere non già dalla consegna ma dalla scoperta: soluzione non ideale ma prossima a quella ottimale che individua il *dies a quo* della prescrizione nel momento dell'oggettiva manifestazione del vizio o del difetto. Di conseguenza, il termine prescrizionale previsto dall'art. 1512 c.c. andrebbe letto nella cornice della norma generale contenuta nell'art. 1495 c.c. nel senso offerto dall'interpretazione qui proposta ed entrambi i momenti iniziali del termine prescrizionale andrebbero fatti coincidere con l'oggettiva manifestazione del vizio o del cattivo funzionamento¹⁸⁴.

A dire il vero la discussione sul *dies a quo* della prescrizione dei diritti nascenti dalla garanzia si era di recente accesa, ma nel contesto del dibattito sul recepimento della dir. 99/44 sulla vendita di beni di consumo. Alla proposta di fissare il decorso della prescrizione nel giorno della scoperta¹⁸⁵, è stata contrapposta l'alternativa del momento della consegna, infine accolta dall'art. 132, comma 4, cod. cons., perché ritenuta più confacente

¹⁸¹ Sul punto v. però l'approfondimento di CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, in *Contratti*, 2013, p. 1037 ss., in part. 1040 ss. con riferimento alle *business warranties*.

¹⁸² In giurisprudenza e in dottrina è discussa quale sia la conseguenza della mancata determinazione della durata della garanzia di buon funzionamento e la tesi prevalente, per lo meno in giurisprudenza, è quella della nullità o dell'inefficacia della clausola: cfr. MIRAGLIA, sub *art. 1512*, in *Codice della vendita*³, a cura di Buonocore, Luminoso e Miraglia, Milano, 2012, p. 842 ss., in part. 848.

¹⁸³ Configurano i vincoli di riparazione o di sostituzione nascenti dalla garanzia di buon funzionamento come obbligazioni succedanee di natura rimediale e non già come fattispecie di esatto adempimento sia BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 183 ss. sia LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 520.

¹⁸⁴ Valorizza invece la diversità tra le previsioni degli artt. 1495 e 1512 c.c. CHERTI, *Cessione di pacchetti azionari e garanzie convenzionali*, cit., p. 1041.

¹⁸⁵ LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, p. 126; PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, p. 532 ss.

all'esigenza di certezza perseguita dalla prescrizione, invece non pienamente assicurata da soluzioni diverse che facessero dipendere la decorrenza del termine da circostanze variabili caso per caso¹⁸⁶. La conclusione appare, tuttavia, troppo restrittiva e, se può anche essere giudicata condivisibile in un contesto normativo diverso dalla garanzia e dominato dal solo termine prescrizionale, essa perde di fondamento in un quadro nel quale la prescrizione si associa alla durata, la quale è posta a presidio proprio della certezza sulle sorti del contratto di vendita, addossando al venditore – generico o professionale poco conta – soltanto i vizi o i difetti di conformità manifestatisi nel periodo coperto dalla garanzia. Alla prescrizione rimane allora riservata l'altra grande finalità ad essa connaturata: quella di scongiurare la possibilità che la controversia sulla condizione del bene venga incardinata a tale distanza di tempo dall'insorgere del rapporto contrattuale da rendere ardua la difesa in giudizio del venditore. Tale *ratio* è però assicurata non tanto dalla decorrenza del termine prescrizionale a partire da un momento fisso e predeterminato, qual è quello della consegna, ma dal connubio di prescrizione e decadenza. Quest'ultima impone al compratore la denuncia del vizio o del difetto entro otto o due mesi dalla scoperta, a seconda che si tratti di vendita comune o di vendita di beni di consumo, così consentendo al venditore di esaminare il bene e di procurarsi elementi probatori a sostegno della propria difesa. E nel frattempo inizia a decorrere il termine breve di prescrizione – uno anno (art. 1495, comma 3, c.c.) o due anni e due mesi (art. 132, comma 4, cod. cons.) – così assicurando che l'eventuale giudizio sia incardinato entro un lasso temporale idoneo a non ostacolare la tutela dei diritti e ad assicurare una pronta definizione del contenzioso, preordinata, a sua volta, a non inceppare il sistema della circolazione dei diritti sui beni.

¹⁸⁶ ZACCARIA e DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*. Commento agli artt. 1519 bis - 1519 nonies del Codice Civile, Padova, 2002, p. 132 e ora FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 265.

Una conferma della sistemazione qui proposta proviene anche dal campo limitrofo della garanzia nell'appalto per difformità e vizi, delineata negli artt. 1667 e 1668 c.c. Disposizioni queste ultime dal valore non meno tormentato di quello della garanzia per i vizi nella vendita, tenuto conto che la dottrina maggioritaria si ostina a considerarle norme sulla responsabilità per inadempimento¹⁸⁷, come conseguenza della riconduzione del vincolo dell'appaltatore esclusivamente all'interno dell'obbligazione¹⁸⁸; mentre risulta più coerente in chiave sistematica qualificare anch'esse come norme sulla garanzia¹⁸⁹. Il

¹⁸⁷ RUBINO, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Art. 1655-1677, Bologna-Roma, 1961, p. 222-224; STOLFI, *Appalto-Trasporto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso, Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 70 ss.; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu e Messineo, XXIV, t. 2, Milano, 1967, p. 191 ss.; MOSCARINI, *L'appalto*, in *Obbligazioni e contratti*, t. 3, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 23, Torino, 1984, 738 ss.; CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 173; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*³, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 356-358, p. 368 ss.; MUSOLINO, *La responsabilità dell'appaltatore*, Rimini, 1992, p. 42 ss.; PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1996, p. 286, p. 288 ss.; POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti tra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, Napoli, 2004, p. 56 ss.

¹⁸⁸ CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011, p. 93 ss. propende invece per la natura duplice della garanzia: espressione di responsabilità per inesatto adempimento ove i difetti dell'opera siano imputabili e del rischio dell'inesatta attuazione dello scambio programmato ove essi non siano imputabili.

¹⁸⁹ Cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*. III. *L'attuazione*, Milano, 1946, p. 1089; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 205 e nt. 75, ora in Castronovo, Albanese e Nicolussi (a cura di), *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 167-168 e nt. 75; MARINELLI, *In tema di garanzia per le difformità e i vizi dell'opera nel contratto d'appalto*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 274 ss.; TUCCI, *Garanzia*, cit., p. 586; CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 194; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 554; ID., *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione*

vincolo dell'appaltatore si presenta, infatti, inquadrato, in parte, nell'obbligazione per quanto concerne l'attività realizzativa dell'opera e del servizio, con il corollario dei relativi rimedi: adempimento in natura e risarcimento del danno; e, in parte, nella garanzia per quanto riguarda invece le difformità e i vizi che si manifestino dopo il collaudo, o comunque dopo la consegna¹⁹⁰. Ne consegue che l'eliminazione dei difetti e dei vizi, la riduzione del corrispettivo, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno di cui all'art. 1668 rappresentano effetti secondari della garanzia pura che incombe sull'appaltatore in ordine ai profili qualitativi dell'opera¹⁹¹. Di recente la Suprema corte ha avuto modo di pronunciarsi sul *dies a quo* del termine prescrizione di due anni che l'art. 1667, comma 3, c.c., al pari di quanto accade nell'art. 1495 c.c., sovrappone a quello di durata, senza operare la necessaria distinzione. Forzando il tenore letterale dell'art. 1667, comma 3, c.c., la Cassazione ha ritenuto che la prescrizione inizia a correre non già dal giorno della consegna dell'opera bensì da quello della scoperta, qualora l'opera appaltata sia affetta da vizi occulti o non conoscibili, perché non apparenti all'esterno, e che la conoscenza può ritenersi comunque acquisita, senza la necessità di una verifica tecnica dei vizi stessi, secondo l'accertamento del giudice di merito¹⁹².

L'articolazione su tre livelli è presente nella disciplina della vendita di beni di consumo, la quale si rivela più provveduta sul

tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 819 ss.; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 148, p. 188, p. 286 ss.

¹⁹⁰ Nel senso della garanzia v. anche Cass., 9 luglio 1953, n. 2206, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce «appalto», n. 23; Cass., 14 aprile 1956, n. 1104, *ivi*, 1956, voce «appalto», n. 40; Cass., 22 febbraio 1958, n. 1781, *ivi*, 1958, voce «appalto», n. 67.

¹⁹¹ Ho sostenuto questa tesi in PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 148-149 nt. 443, 286 ss.

¹⁹² Cass. 7 giugno 2017, n. 14199; Cass., 22 novembre 2013, n. 26233; Cass., 19 agosto 2009, n. 18402.

punto¹⁹³, anche se il disegno complessivo non va esente da critiche, visto che l'art. 132, comma 4, cod. cons. fissa il momento di decorrenza del termine prescrizione di ventisei mesi al momento della consegna del bene, con una previsione affetta dalla medesima illogicità che percorre la formulazione letterale dall'art. 1495 c.c.¹⁹⁴. Soltanto che qui la maggiore analiticità del dettato normativo riduce la possibilità di un'interpretazione correttiva analoga a quella proposta con riferimento alla disciplina generale della vendita, sicché non resta altra via che sollevare la questione di legittimità costituzionale della previsione per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. L'imprescindibilità della durata è confermata tanto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹⁵ quanto dall'evoluzione del diritto europeo della vendita¹⁹⁶: la direttiva 2019/771/UE, che abroga la dir. 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita di beni di consumo, nel perseguire il livello massimo di armonizzazione (art. 4 dir. 2019/771/UE)¹⁹⁷, traccia il periodo di durata della garanzia, che il testo europeo indica con la formula atecnica di responsabilità¹⁹⁸, fissandolo in due anni dalla consegna del bene, con previsione che ricalca quella dell'art. 5, par. 1, dir. 1999/44. Questo arco temporale è preordinato a selezionare quali difetti di conformità vanno posti a carico del venditore e quali, invece, a carico del compratore. L'art. 10, par. 1, dir. 2019/771 sancisce che i difetti che si manifestano nel biennio e che

¹⁹³ Cfr. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 250 ss.

¹⁹⁴ Plaude invece al meccanismo elaborato dall'art. 132, comma 4, c.c. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, p. 126.

¹⁹⁵ Corte giust., 13 luglio 2017, causa C - 133/16, *Ferenschild*.

¹⁹⁶ Per una prima informazione cfr. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 825 ss.

¹⁹⁷ Ma v., al riguardo, l'approfondimento di PAGLIANTINI, *L'armonizzazione massima, parziale e temperata, della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, p. 217 ss.; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., 1 ss.; nonché BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 953 ss.

¹⁹⁸ Il testo europeo discorre di responsabilità, ma non in senso tecnico bensì in quello lato di imputazione al venditore del difetto di conformità e di rispondenza sulla base del sistema rimediabile appositamente predisposto.

sussistono al momento della consegna sono imputati al venditore, mentre quelli che si manifestano successivamente restano a carico del compratore. È incontrovertibile che il termine biennale dalla consegna segni la durata dalla garanzia e non già il lasso di tempo entro il quale vanno esercitati i rimedi di cui agli artt. 13-16 dir. 2019/771¹⁹⁹. La familiarità con la fisionomia della garanzia non ancora piena al tempo dell'entrata in vigore della dir. 1999/44 ha costretto la dottrina più accurata ad interrogarsi sulla natura di tale termine e a proporre un inquadramento come decadenza "materiale"²⁰⁰, in un quadro generale per lo più dominato da una sostanziale acriticità rispetto al problema oppure dalla riproposizione della coincidenza tra durata e prescrizione sul modello dell'art. 1495, comma 3, c.c.²⁰¹. La migliore messa a fuoco della garanzia che proprio l'introduzione della disciplina della vendita di beni di consumo ha sollecitato grazie al

¹⁹⁹ Così anche FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 254. Distingue correttamente la durata dalla prescrizione DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 125, sebbene questa giusta differenziazione male si concilia con la preferenza manifestata dall'a. per la qualificazione del vincolo del venditore rispetto alla conformità del bene al contratto come un'obbligazione (*ivi*, p. 127-128). È misterioso, infatti, come possa predicarsi una durata dell'inadempimento. La possibilità che la violazione del contratto possa verificarsi a distanza di tempo dall'adempimento dell'obbligazione di consegna del bene – come avviene con il difetto di conformità – non si adatta, infatti, all'istituto dell'inadempimento, il quale è per lo più verificabile al compimento della condotta del debitore, mentre costituisce la specificità della garanzia. Sul punto v. quanto sostenuto in PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 361.

²⁰⁰ STAUDENMAYER, *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, p. 2396, e in Italia DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, p. 162; ZACCARIA e DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 118; F. RICCI, sub art. 1519-sexies (*Termini*), in Patti (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004, p. 331-333.

²⁰¹ CORSO, *Della vendita di beni di consumo*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005, p. 148-149.

ricongiungimento col pensiero di Mengoni²⁰² ha reso possibile offrire un inquadramento più consono del termine biennale come periodo di durata della garanzia²⁰³, così facendo chiarezza sui rapporti tra durata e prescrizione²⁰⁴. Tale impostazione pare ora acquisire consenso²⁰⁵ e anche la dottrina più autorevole propende per l'inquadramento dogmatico come la combinazione tra un termine di durata del rapporto e una *condicio iuris* (negativa) estintiva, in forza della quale, scaduto il termine senza il manifestarsi del difetto di conformità, si estingue automaticamente il rapporto di garanzia²⁰⁶.

²⁰² Il merito è soprattutto di NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 530 ss.; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, cit., p. 1060 ss.

²⁰³ PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 256, p. 360 ss., p. 391 ss.

²⁰⁴ Ancora all'indomani dell'entrata in vigore della normativa di recepimento della dir. 1999/44/CE, un autore che pure ha da subito correttamente inquadrato il termine biennale come periodo di durata della garanzia come BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, cit., p. 525-526, poteva interrogarsi su cosa accadrebbe se il difetto si manifestasse dopo la scadenza dei due anni dalla consegna ma prima dello spirare del termine prescrizione di ventisei mesi, sempre dalla consegna, stigmatizzando la scelta del legislatore per aver creato una sorta di bimestre bianco, «in cui la garanzia non opera, ma non è prescritta l'azione per farla valere: un termine di riflessione accordato al consumatore per valutare se far valere o meno i suoi diritti, che alimenterà notevoli contrasti senza arrecare apprezzabili vantaggi» (*ivi*, p. 539). La presa di coscienza della diversità di funzione del termine di durata rispetto a quello di prescrizione non consente di porsi dubbi del genere: il difetto che si manifesta dopo i due anni dalla consegna fuoriesce dal contenuto della garanzia e, dunque, non fa sorgere la legittimazione ad avvalersi del sistema gerarchico di tutele dell'art. 130 cod. cons. Né consegue che non si può sostenere che il diritto al ripristino non si sia ancora prescritto fino allo spirare dei ventisei mesi per la semplice ragione che esso non è neppure sorto. E di conseguenza, in un'ipotesi del genere, il consumatore non si vedrebbe riconosciuto alcun periodo di riflessione per valutare di esercitare i suoi diritti.

²⁰⁵ MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, cit., p. 164; FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 253 ss.

²⁰⁶ LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 604-605, il quale sottolinea che figure analoghe al termine biennale della garanzia di conformità nella vendita di beni di

L'impossibilità di ricondurre il termine biennale dalla consegna previsto dall'art. 10, par. dir. 2019/771 nell'alveo della prescrizione è, peraltro, attestata dalla circostanza che la norma non collega il termine all'esercizio da parte del consumatore di uno dei rimedi del sistema gerarchico delineato dall'art. 13 dir. 2019/771; mentre i paragrafi 4 e 5 del medesimo art. 10 dir. 2019/771 prevedono la possibilità per gli Stati membri di mantenere, o di introdurre, un termine prescrizionale per l'esercizio dei rimedi di cui all'art. 13 dir. 2019/771, purché tale previsione non comprima in alcun modo l'arco temporale di rilevanza dei difetti di conformità sancito nel paragrafo 1, consentendo al consumatore di agire per qualunque difetto che si manifesti nei due anni dalla consegna²⁰⁷. È di tutta evidenza che la direttiva concepisce la durata come un elemento strutturale necessario, mentre la prescrizione come un elemento soltanto eventuale. Per di più, l'art. 11, par. 1, dir. 2019/771/UE collega alla manifestazione del difetto di conformità entro un anno dalla consegna, oppure entro due anni (par. 2), il sorgere della presunzione della sua preesistenza, con una previsione che si sposa più con la logica della durata piuttosto che con quella della prescrizione. L'art. 12 dir. 2019/771/UE consente agli Stati membri di confermare o di introdurre anche il termine decadenziale di due mesi dal giorno della scoperta del difetto di conformità, che va impedito con la denuncia al venditore. Una norma analoga all'art. 11 dir. 2019/771/UE è contenuta nell'art. 12 dir. 2019/770/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali²⁰⁸.

consumo, di cui all'art. 132 cod. cons., si riscontrano nell'ordinamento italiano nella responsabilità del produttore (art. 126 cod. cons.), nella rovina o difetti di beni immobili nell'appalto (art. 1669 c.c.) e nella garanzia di buon funzionamento (art. 1512 c.c.).

²⁰⁷ Sul punto cfr. FACCIOLO, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 262 ss.

²⁰⁸ Cfr. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 499 ss.

La distinzione tra termine di durata e termine prescrizione nonché il riconoscimento del carattere necessario del primo e solo eventuale del secondo sono contenute nel considerando 42 della dir. 2019/771/UE, il quale precisa che «per ragioni di coerenza con i sistemi giuridici nazionali esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere liberi di prevedere che il venditore sia responsabile per un difetto di conformità che si manifesta entro uno specifico periodo di tempo, eventualmente abbinato a un termine di prescrizione, o che i rimedi del consumatore siano soggetti soltanto a un termine di prescrizione». Il considerando aggiunge che, qualora gli Stati nazionali dovessero scegliere l'introduzione del solo termine prescrizione, quest'ultimo dovrebbe assolvere anche alla funzione di periodo di durata²⁰⁹, assicurando ai consumatori la possibilità di esperire i rimedi di cui agli artt. 13 ss. dir. 2019/771/UE in presenza di difetti di conformità manifestatisi nei due anni dalla consegna²¹⁰.

6. La soluzione del problema degli atti interruttivi del termine prescrizione di cui all'art. 1495 c.c.

²⁰⁹ Lo sottolinea anche DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., p. 126.

²¹⁰ Il considerando 42 prosegue precisando che «nel primo caso, gli Stati membri dovrebbero garantire che il periodo di responsabilità del venditore non sia eluso dal termine di prescrizione dei rimedi del consumatore. Se, da un lato, la presente direttiva non dovrebbe pertanto armonizzare l'inizio della decorrenza dei termini nazionali di prescrizione, dall'altro essa dovrebbe garantire che detti termini di prescrizione non limitino il diritto dei consumatori di esercitare i rimedi a loro disposizione in caso di difetti di conformità che si manifestano nel periodo in cui il venditore è responsabile di eventuali difetti di conformità. Nel secondo caso, gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre soltanto un termine di prescrizione applicabile ai rimedi del consumatore senza introdurre uno specifico periodo entro il quale il difetto di conformità deve manifestarsi affinché il venditore sia ritenuto responsabile. Al fine di garantire che i consumatori siano parimenti protetti anche in tali casi, gli Stati membri dovrebbero assicurare che, quando si applica soltanto un termine di prescrizione, questo consenta ai consumatori di continuare a esercitare i rimedi a loro disposizione in caso di difetti di conformità che si manifestano quantomeno durante il periodo previsto dalla presente direttiva come periodo di responsabilità».

La conclusione alla quale bisogna pervenire sul terreno della disciplina generale della vendita vede l'integrale sottrazione del termine di durata della garanzia di un anno dalla consegna agli istituti dell'interruzione e della sospensione e l'assoggettamento del termine prescrizione di un anno dalla manifestazione del vizio o della mancanza di qualità all'intera disciplina di cui agli artt. 2934 c.c.²¹¹, inclusa l'idoneità interruttiva degli atti stragiudiziali formali di esercizio, o anche soltanto di invocazione, del diritto *ex art.* 2943, comma 4, c.c.²¹², come sostenuto correttamente dalle Sezioni unite ultime²¹³, anche se nel contesto tradizionale che non distingue la durata della garanzia dalla prescrizione. E ciò vale anche nel caso dei rimedi previsti dalla legge, o dalle parti, come effetti secondari della garanzia, i quali arricchiscono il preesistente rapporto giuridico di garanzia della componente della facoltà di domandare già in sede stragiudiziale quella restituzione del prezzo, o di una sua parte, al cui ottenimento *ope iudicis* sono preordinate le azioni edilizie. La configurazione di una facoltà invocabile ancor prima di aver esperito l'azione in giudizio rende coerente il riconoscimento all'atto formale di esercizio del diritto da parte del venditore, astrattamente idoneo a costituire in mora, dell'effetto di interrompere la prescrizione delle azioni edilizie, affrancandole così dalla loro tradizionale inclusione tra i diritti potestativi a solo esercizio giudiziale²¹⁴, rispetto ai quali – com'è si è chiarito in precedenza – la costituzione in mora non è reputata idonea a

²¹¹ Così, in dottrina, BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1055 ss.; LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 501; AGOSTINIS, *La garanzia pe i vizi della cosa venduta*, cit., p. 167 ss.; TEDESCHI, *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 774.

²¹² Così anche BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1054; LUMINOSO, *La vendita*, cit., 501, nt. P. 507.

²¹³ Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18762, cit., n. 2.7.

²¹⁴ Una posizione analoga è espressa, in quadri concettuali diversi, tanto da PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 148 ss.; ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, cit., p. 91 ss.; quanto da IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, cit., p. 666-667.

produrre l'effetto interruttivo²¹⁵. Nel quadro così ricostruito, verrebbe meno anche quell'apparente disarmonia, denunciata in dottrina²¹⁶, che, in senso restrittivo nell'impostazione tradizionale e in senso estensivo in quella ora avallata dalle Sezioni unite, accomuna sul fronte prescizionale i diritti potestativi a ottenere la risoluzione o la riduzione del prezzo al diritto di credito al risarcimento del danno, sebbene le differenze siano meno marcate di quanto non si ritenga abitualmente alla luce della natura rimediale del risarcimento del danno, che lo rende un diritto di credito a necessario esercizio giudiziale.

Questa sistemazione risolve il problema a monte, non esauendo la posizione soggettiva del compratore nella legittimazione a domandare l'*actio redhibitoria* o l'*actio quanti minoris*²¹⁷, ma includendovi anche la facoltà sostanziale di invocare la garanzia con l'obiettivo di sollecitare il venditore alla restituzione di tutto o parte del prezzo²¹⁸. D'altro canto, se la garanzia costituisce una posizione sostanziale che mira ad attribuire in forma rafforzata un'utilità – nella vendita identificata nella sicurezza in ordine alla definitività dell'acquisto rispetto alle pretese di terzi e nell'assenza

²¹⁵ Per una sintesi esauriente cfr. GALLO, sub *art. 2943*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, cit., p. 681 ss.

²¹⁶ DE CRISTOFARO, *L'interruzione del termine prescizionale del diritto del compratore "alla garanzia per vizi"*, cit., p. 909 ss.

²¹⁷ Incline a concepire la garanzia come una forma di responsabilità senza debito è, di recente, DALLA MASSARA, *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., p. 970, p. 977-978, il quale, qualche passaggio dopo, riconosce nella posizione del compratore-garantito una natura "ibrida" (*ivi*, p. 980). Altrettanto di recente obietta che non sussiste responsabilità contrattuale senza un previo obbligo inadempito PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescizionale*, cit., p. 704-705, sulla scia di NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., p. 567.

²¹⁸ In tal modo viene offerto un fondamento sostantivo al termine prescizionale cui fa menzione – pur con tutte le correzioni proposte *supra* nel testo – l'art. 1495 c.c.: quel fondamento che la dottrina maggioritaria afferma ma non dimostra (RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 842 e BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., p. 1054), lasciando insoddisfatti anche i più recenti osservatori della materia (FERRARA, *La natura giuridica della garanzia per vizi nella vendita e la prescrizione*, cit., 1099, p. 1102).

di vizi nel bene o nella presenza delle qualità essenziali o promesse – da tale premessa deve trarsi la conseguenza che il conferimento rafforzato attuato dalla garanzia non può poi essere depotenziato sul piano dei rimedi invocabili, imponendo necessariamente al compratore di agire in giudizio.

Anche un diritto potestativo finalizzato ad ottenere una pronuncia costitutiva, come quello nascente dalla garanzia per i vizi occulti, include la possibilità, giuridicamente rilevante, di richiedere a controparte l'adozione di un contegno che gli consenta di conseguire per via stragiudiziale quel risultato che l'ordinamento gli assicura *iussu iudicis* in caso di rifiuto da parte dell'intimato²¹⁹. In altri termini, ogni diritto di azione include una proiezione sostanziale, che si traduce nella facoltà di anticipare a controparte, in sede stragiudiziale, la richiesta di quell'effetto finale che l'ordinamento gli consente di ottenere tramite la sentenza del giudice nel caso di rifiuto di collaborazione di controparte²²⁰. Una richiesta che, peraltro, non deve necessariamente includere la scelta di uno dei due rimedi, ma che può essere limitata all'invocazione della garanzia e alla sollecitazione del venditore a porvi rimedio²²¹. Tale prerogativa sostanziale inclusa nel diritto potestativo non ha come suo correlato l'obbligo di controparte di realizzare il risultato atteso. Quest'ultimo è tutelato, però, in forma particolarmente intensa dall'ordinamento tramite il riconoscimento al titolare del

²¹⁹ Al riguardo DALLA MASSARA, *op. cit.*, p. 981 assume una posizione non troppo lontana da quella suggerita *supra* nel testo, prospettando una sorta di invocazione stragiudiziale da parte del compratore della responsabilità del venditore, in cui si esaurisce secondo l'autore la garanzia per i vizi. L'atto stragiudiziale farebbe segnare, quindi, il passaggio del venditore dalla soggezione alla responsabilità, formalizzando in maniera chiara la contestazione di quest'ultima e determinando, quindi, l'effetto interruttivo della prescrizione del diritto ad ottenere le modificazioni prodotte dall'accoglimento delle azioni edilizie (*ivi*, p. 983).

²²⁰ Il tema è indagato in prospettiva processualistica da ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003, *passim*.

²²¹ In tal senso anche DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 916, il quale ritiene altresì necessario che la richiesta stragiudiziale di provvedere riguardo ai vizi debba, per lo meno, includere una descrizione analitica dei vizi di cui il compratore si lamenta.

diritto ad ottenerlo anche contro le resistenze di controparte, grazie alla sentenza costitutiva del giudice. L'oggetto del diritto potestativo si presenta, quindi, duplice, articolato com'è in una facoltà sostanziale a richiedere a controparte il risultato atteso e nel potere di ottenerlo anche a dispetto della cooperazione del soggetto passivo, tramite la riconosciuta possibilità di modificare la sfera giuridica di quest'ultimo. Altrettanto duplice è il contenuto della posizione soggettiva del soggetto passivo del rapporto giuridico: in prima battuta, sussiste una libertà iniziale, che si correla alla facoltà del titolare del diritto e si traduce nella possibilità, riconosciuta dall'ordinamento al soggetto passivo, di contestare la sussistenza dei presupposti del potere del titolare²²²; tale libertà è destinata poi a mutare in una soggezione in caso di esperimento dell'azione in giudizio. Proprio in quanto alla facoltà di richiedere al venditore di porre rimedio al vizio non si contrappone un obbligo di quest'ultimo di procedervi, l'eventuale rifiuto, o anche la mera renitenza, non giustifica alcuna reiterazione della sollecitazione, la quale, se effettuata, è giuridicamente irrilevante e certamente inidonea a interrompere nuovamente il termine prescrizionale²²³. Al rifiuto o all'inerzia del venditore non può che fare seguito l'esperimento in giudizio delle azioni edilizie.

Una tale costruzione è particolarmente consona a conferire forma alla garanzia per i vizi, contribuendo a ridisegnarla – secondo quanto proposto in precedenza – come una posizione sostanziale attributiva di utilità e non già come un dispositivo di natura squisitamente rimediabile²²⁴. Fino al momento della denuncia del vizio, per l'ordinamento giuridico il contratto di vendita va considerato esattamente eseguito con il prodursi dell'effetto

²²² Anche DALLA MASSARA, *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., p. 979 perviene alla conclusione che alla posizione sostanziale del compratore non si correla un comportamento dovuto del venditore.

²²³ Così correttamente DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 917. In senso contrario invece PORTONERA, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizionale*, cit., p. 717 nt. 76.

²²⁴ E così è scongiurato anche l'esito estremo di reputare non all'applicabile al termine prescrizionale delle azioni edilizie il disposto dell'art. 2943, comma 4, c.c., al quale si vede costretto FERRARA, *La natura giuridica della garanzia per vizi nella vendita e la prescrizione*, cit., p. 1108.

traslativo e con l'immissione nel possesso. L'assenza dei vizi e la presenza delle qualità nel bene sono date per assunte: l'ordinamento lascia impregiudicata la questione relativa a come tali requisiti qualitativi siano stati conseguiti, ma sul piano programmatico del contratto li considera utilità acquisite dal compratore, il quale, pertanto, gode della sicurezza che l'eventuale loro venire meno in un lasso di tempo ragionevole dopo la consegna non rimarrà a suo carico, integrando piuttosto una violazione del contratto. E allora diviene inspiegabile per quale ragione non dovrebbe essere sufficiente al compratore la formale contestazione della violazione contrattuale sotto il profilo del modo di essere della cosa, con la contestuale invocazione della garanzia e la richiesta stragiudiziale dello scioglimento consensuale del contratto e della ripetizione del prezzo oppure della sua modificazione pattizia e della conseguente ripetizione di una porzione soltanto del corrispettivo.

Il rischio che il riconoscimento dell'efficacia interruttiva agli atti stragiudiziali possa determinare l'eccessiva protrazione nel tempo della coda rimediale della garanzia, in contrasto con l'inequivocabile scelta legislativa invece di circoscriverla, assegnando termini brevi, è scongiurato, nella sistemazione qui proposta, dall'effetto contenitivo del periodo di durata. I vizi rilevanti sono, infatti, soltanto quelli manifestatisi entro l'anno dalla consegna. Per di più, l'eventuale strategia dilatoria del compratore che decida di interrompere più volte il termine prescrizione di un anno dalla scoperta del vizio, confidando nella semplicità dell'interruzione per via stragiudiziale, viene esclusa in radice, nella costruzione qui proposta, alla luce della già rimarcata preclusione a reiterare l'atto interruttivo stragiudiziale, quale diretta conseguenza della natura potestativa del diritto alle azioni edilizie. A ciò si aggiunga che l'eventuale strategia procrastinatrice del compratore non gioverebbe, peraltro, in alcun modo ad ampliare la sua tutela, rivelandosi anzi controproducente. È noto, infatti, che il compratore vede aumentare tanto più le possibilità di accoglimento dei rimedi edilizi quanto più prontamente agisce. Il trascorrere del tempo dalla manifestazione del vizio potrebbe rendere, infatti, più

agevole per il venditore metterne in discussione l'antiorità rispetto alla consegna e, soprattutto, argomentare nel senso della loro facile riconoscibilità *ex art.* 1491 c.c., avendo egli potuto esaminare il bene e documentarne lo stato al momento della denuncia, mentre non è detto che un'analogha accortezza sia stata adottata dal compratore, D'altro canto, com'è noto, la brevità del termine annuale di prescrizione si spiega non solo alla luce dell'esigenza di non tenere troppo a lungo sospese le sorti di un contratto che, per sua natura, dovrebbe esaurire gli effetti istantaneamente o in un tempo ragionevolmente contenuto, ma anche in ragione della difficoltà di reperimento delle prove sempre crescente con il progressivo passare del tempo²²⁵.

Un'indicazione nel senso dell'idoneità interruttiva della prescrizione degli atti stragiudiziali proviene dal considerando 44 dir. 2019/771, il quale suggerisce gli Stati membri, pur non essendo il punto oggetto di armonizzazione, di riconoscere efficacia interruttiva alla richiesta di riparazione o di sostituzione, che – com'è noto – sono rimedi ad esercizio stragiudiziale, oppure alla trattativa tra venditore e compratore per una composizione bonaria della controversia²²⁶. La dottrina più accorta non ha tardato a cogliere l'apertura del diritto europeo della vendita a riconoscere efficacia interruttiva agli atti stragiudiziali del compratore volti a invocare i rimedi ripristinatori della conformità, per di più con effetto esteso anche al diritto ad ottenere i rimedi secondari²²⁷,

²²⁵ Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 842.

²²⁶ Considerando n. 44: «La presente direttiva non dovrebbe disciplinare le condizioni alle quali il periodo di responsabilità previsto dalla presente direttiva o il termine di prescrizione possono essere sospesi o interrotti. Gli Stati membri dovrebbero pertanto essere in grado di prevedere la sospensione o l'interruzione del periodo di responsabilità o del termine di prescrizione, ad esempio in caso di riparazione, sostituzione o trattative tra il venditore e il consumatore ai fini di una composizione amichevole».

²²⁷ FACCIOLO, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, cit., p. 268-269, il quale osserva che «sfruttando l'opportunità concessa dal recepimento della dir. (UE) 2019/771, queste incertezze dovrebbero allora essere dissipate specificando espressamente che il consumatore può interrompere la prescrizione dei rimedi previsti in suo favore anche con un atto

confermando così l'indirizzo interpretativo prevalente della disciplina vigente²²⁸.

Nel quadro dogmatico proposto, il dubbio sull'idoneità interruttiva della promessa del venditore di eliminare i vizi del bene, di recente sollevato dalla Suprema corte²²⁹, a seguito del contrasto tra Sezioni unite sulla sostituzione dei termini brevi dell'art. 1495 c.c. con il termine ordinario di prescrizione²³⁰,

di esercizio del diritto di natura stragiudiziale: soluzione, questa, che troverebbe pure conferma nel dettato dell'art. 16, par. 1, della nuova direttiva, ove si dispone che l'acquirente può esercitare il diritto alla risoluzione anche senza esperire un'azione giudiziale, semplicemente "mediante una dichiarazione al venditore in cui esprime la sua decisione di risolvere il contratto di vendita"». Nello stesso senso cfr.

²²⁸ DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in Gabrielli e Minervini, *I contratti dei consumatori*, II, Torino, 2005, 1056; BOCCHINI, *Commento all'art. 132*, in Bianca (a cura di) *La vendita dei beni di consumo*. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Padova, 2006, p. 315; OMODEI SALÈ, sub art. 132, in De Cristofaro e Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*², Padova, 2013, p. 874, DE FRANCESCHI, *I rimedi del consumatore nelle vendite di beni di consumo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 261; DI MARCO, sub art. 1519-sexies, in Berti (a cura di), *La vendita di beni di consumo. Commentario breve agli artt. 1519-bis ss. c.c.*, 2004, p. 92; CHESSA, *I nuovi termini di prescrizione e decadenza*, in Bin e Luminoso (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2003, 500.

²²⁹ Cass., 2 marzo 2020, n. 5690.

²³⁰ Cass., Sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2424 ss., con nota di LANOTTE, *Impegno di riparare il bene difettoso come riconoscimento del debito*; in *Contratti*, 2006, p. 565 ss., con commento di CAPILLI, *Sull'assunzione dell'impegno da parte del venditore di eliminare i vizi della cosa*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1688, con nota di TRAVAGLINO, *Compravendita, vizi della cosa, azioni edilizie e novazione oggettiva*, ha ritenuto che l'impegno stragiudiziale del venditore a eliminare i vizi denunciati dal compratore affranca quest'ultimo dal soggiacere ai termini di decadenza e di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c. ai fini dell'esperimento delle azioni edilizie. Su Cass. 13294/2005 v. anche il commento di CAMILLERI, *Garanzia per vizi ed impegno del venditore alla riparazione del bene: note critiche in margine di Cass. Sez. un. n. 13294/05*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 469 ss. In senso contrario Cass., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1179 ss., con nota di GUFFANTI PESENTI, *Riconoscimento operoso del venditore e termine*

andrebbe sciolto riconoscendo a tale impegno la natura di atto di riconoscimento da parte del venditore del diritto del compratore a essere tenuto indenne dai vizi e, dunque, attribuendogli l'effetto interruttivo di cui all'art. 2944 c.c.²³¹. Sebbene un tale impegno esuli dal contenuto della posizione soggettiva del venditore, come in precedenza articolata, e sporga rispetto alla tutela soltanto di tipo economico riconosciuta dagli artt. 1492-1494 c.c.²³², ciò non lo colloca di per sé al di fuori del perimetro della garanzia²³³ come

di prescrizione; in *Studium iuris*, 2013, p. 323 ss., con nota di OLIVIERO, *Impegno all'eliminazione dei vizi nella cosa venduta*; in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 105 ss. con osservazione di D. AMOROSO, *L'obbligo che si assume il venditore di eliminare i vizi della cosa venduta* e con nota di VAGNI, *Promessa del venditore di riparare il bene e tutela dell'affidamento dell'acquirente*, ritiene che l'impegno del venditore a eliminare i vizi, accettato dal compratore, se non ha efficacia novativa della garanzia per i vizi sostituendola con una prestazione di *facere*, determina l'affiancamento di quest'ultima al vincolo di garanzia, senza alterare la disciplina, sicché l'azione redibitoria e l'azione estimatoria restano assoggettate ai termini di cui all'art. 1495 c.c. Sarà il solo diritto di credito all'eliminazione dei vizi a prescrivere nel termine ordinario decennale.

²³¹ Cass., 2 marzo 2020, n. 5690, cit. segnala che il sovvertimento delle conclusioni di Cass., Sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294 cit., da parte di Cass., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, cit. riguarda soltanto l'idoneità della promessa di eliminazione dei vizi da parte del venditore a sostituire ai termini brevi dell'art. 1495 c.c. il termine ordinario di prescrizione; mentre la seconda pronuncia non si occupa della questione dell'attitudine dell'intervento riparatore del venditore a interrompere la prescrizione annuale *ex art.* 2944 c.c. Proprio il riconoscimento dell'efficacia interruttiva degli atti stragiudiziali compiuto da Cass., Sez. un., 11 luglio 2019, n. 18762, cit., rende necessario per Cass., 2 marzo 2020, n. 5690, cit. affrontare la questione di un analogo effetto all'impegno del venditore, alla luce dell'affermata natura sostanziale e non già processuale della garanzia.

²³² Non va trascurata, tuttavia, la tesi che assegna all'impegno del venditore di eliminare i vizi il ruolo non già di fonte di un'obbligazione distinta e autonoma rispetto al vincolo di garanzia, assoggettata al termine prescrizione decennale, come invece sostenuto da Cass., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, cit., ma di accordo modificativo della garanzia, che ne modifica il contenuto includendovi la prestazione di *facere*, che però, proprio perché effetto della garanzia per i vizi, resta soggetta al termine annuale di cui all'art. 1495, comma 3, c.c., il quale è però interrotto da tale promessa: GUFFANTI PESENTI, *Riconoscimento operoso del venditore e termine di prescrizione*, cit., p. 1179 ss., in part. p. 1204 ss.

²³³ Così, correttamente, GUFFANTI PESENTI, *op. cit.*, p. 1185 nt. 6, 1190 ss.

invece reputano le Sezioni unite del 2012²³⁴, ma soprattutto – ed è l'aspetto che qui più rileva – ciò non impedisce di ricavare dall'impegno, quale che ne sia l'inquadramento dogmatico, il riconoscimento pieno²³⁵ – ancorché sottinteso – da parte del venditore della violazione del contratto sotto il profilo dei requisiti qualitativi del bene, che è, per l'appunto, il presupposto dell'insorgere della posizione soggettiva che consente al compratore, dapprima, di richiedere lo scioglimento del contratto, o la sua modifica, e la restituzione integrale o parziale del prezzo e, poi, di ottenerli per via giudiziale. Di conseguenza, non vi sono ragioni per negare efficacia interruttiva della prescrizione all'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi²³⁶. In tal senso si orienta anche la proposta di regolamento relativo al diritto comune della vendita (CESL), prescrivendo che «se il debitore riconosce il diritto del creditore mediante pagamento parziale, pagamento di interessi, dazione di garanzia, compensazione o in altra maniera, inizia a decorrere un nuovo termine breve di prescrizione» (art. 184 CESL).

Se ciò non bastasse, come segnalato dalla migliore dottrina – e in precedenza ricapitolato – l'efficacia interruttiva dell'intimazione stragiudiziale può essere ancorata, con piena plausibilità sistematica, alla rilettura in senso lato e atecnico del riferimento compiuto dall'art. 2943, comma 4, c.c. all'«atto che valga a costituire in mora il debitore», così da rompere il connubio asfittico con le obbligazioni e con l'intimazione *ex art.* 1219 c.c. e da

²³⁴ Cass., Sez. un., 13 novembre 2012, n. 19702, cit.

²³⁵ D'altro canto, la giurisprudenza è pienamente favorevole a riconoscere l'effetto interruttivo del termine prescrizione dell'art. 1495 c.c. al riconoscimento del diritto alla garanzia da parte del venditore, sia in forma espressa sia per fatti concludenti: cfr. Cass. 6 giugno 1977, n. 2322; Cass. 2 ottobre 1980, n. 5354; Cass. 25 marzo 1988, n. 2586; Cass. 13 giugno 1996, n. 5434; Cass. 12 maggio 2000, n. 6089; Cass. 21 giugno 2019, n. 16766

²³⁶ Così Cass., 29 dicembre 1994, n. 11281, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2159 ss., con nota di CEROLINI, *Sull'assunzione dell'impegno ad eliminare i vizi della cosa venduta* nonché Cass., 26 marzo 2012, n. 4844; e, in dottrina, CAMILLERI, *Garanzia per vizi ed impegno del venditore alla riparazione del bene: note critiche in margine di Cass. Sez. un. n. 13294/05*, cit., p. 485 ss.

includervi anche un formale atto stragiudiziale di esercizio del diritto²³⁷ o di contestazione a controparte dei presupposti di quest'ultimo²³⁸.

²³⁷ Così LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e di prescrizione)*, cit., p. 1876 ss.; PAGLIANTINI, *Tra equivoci dogmatici e miraggi: l'interruzione della prescrizione edilizia secondo Cass. 18672/2019*, cit., p. 148 ss., in part. 151; ID., *Il diritto privato europeo di trasformazione*, cit., p. 91 ss., in part. p. 99 ss.

²³⁸ È la proposta avanzata da DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita*, cit., p. 517-518 e approfondita in ID., *Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto*, cit., p. 984 ss. Più nel particolare, d.M. reputa idoneo a produrre effetti interruttivi della prescrizione «l'atto stragiudiziale nel quale venga a esprimersi l'interesse del garantito a invocare la responsabilità del garante. Attraverso quel medesimo atto il garantito, formalizzando il superamento della soglia che separa l'assoggettamento dalla responsabilità, manifesta la volontà di non accettare su di sé le conseguenze della sua inerzia» (DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni unite in tema di vendita*, cit., p. 517; ID., *L'interruzione del termine prescrizionale del diritto del compratore "alla garanzia per vizi"*, cit., p. 984 ss.).

DOMENICA PIRILLI
Professoressa associata di diritto privato
Università Mediterranea di Reggio Calabria

**TRA PRASSI, LEGISLAZIONE E RUOLO DEGLI
INTERPRETI: L'ESEMPIO DI ALCUNE
CLAUSOLE DEL CONTRATTO DI
ASSICURAZIONE**

SOMMARIO: 1. L'assicurazione tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti. *Ratio* di una scelta. – 2. Le clausole *claims made* tra assicurazione e sistema. – 3. Le polizze *linked*. – 4. Qualche breve osservazione di sintesi.

1. *L'assicurazione tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti. Ratio di una scelta*

Il diritto assicurativo, oggi come ieri, costituisce un «autentico laboratorio di idee, di tendenze di soluzioni concettuali e pratiche, perché appare orientato a conservare i suoi caratteri originali nell'adeguarsi alle esigenze della modernità»¹.

Ciò contribuisce a renderlo un angolo visuale privilegiato se letto alla luce degli insegnamenti del Maestro che onoriamo.

Il fenomeno assicurativo nasce dalla prassi e continua a trovare nella prassi la propria linfa vitale² fornendo risposte adeguate al bisogno di sicurezza del tempo, di *ogni* tempo.

¹ ALPA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Le assicurazioni private*, Torino, 2006, p. 13.

² Dà impulso, quale straordinario collettore di ricchezza, allo sviluppo economico, contribuisce (e ha contribuito) a quello giuridico. Sul rapporto tra assicurazione e progresso giuridico, LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, Milano, 2000, p. 266 ss.

E nell'adattarsi alle esigenze del momento storico è connotato da una *vis* espansiva difficilmente contenibile nell'alveo di un rapporto (del tutto peculiare) tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti.

Non è infrequente che le polizze precedano (o prescindano da) gli interventi normativi di settore o che vadano oltre lo stesso quadro normativo di riferimento nel tentativo (apparente o reale) di dare risposte ad istanze sociali.

Se tutto ciò da un lato risponde pienamente alle esigenze del mercato di oggi, ove peraltro sono sempre maggiori le aree di interferenza tra mercato bancario, assicurativo e finanziario³, dall'altro richiama inevitabilmente gli interpreti ad un'opera di razionalizzazione ed armonizzazione⁴, che consenta all'utenza di trarne il giusto beneficio emergendo da quella condizione di

³ L'assicurazione, incline da sempre all'interdisciplinarietà, non può non dialogare con settori affini ancorché contrassegnati da proprie specificità.

Non può invero tacersi della commistione ed «integrazione dei principali comparti del mercato finanziario in senso ampio, ossia il settore bancario, assicurativo e del mercato mobiliare (o dei capitali)», CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 617.

⁴ Non può ovviamente tacersi delle perplessità espresse con riguardo al rischio che la giurisprudenza, sostituendosi al legislatore, anticipi soluzioni in realtà non ancora assunte perché non ritenute "mature". Sul punto D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss., spec. p. 486.

Ma la discrezionalità del giudice sarà comunque "interpretativa", non potendosi mai spingere sino alla creazione della regola. Cfr. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 143. Nella presentazione al volume appena citato (XV) ammonisce GROSSI: "c'è in Italia un grande processo in atto, che non è frutto di un despota, o di una classe politica, o di una riflessione scientifica, ma è piuttosto una dinamica spontanea che la prassi giurisprudenziale, per il suo inevitabile collocarsi sulle trincee estreme dell'esperienza quotidiana, non ha potuto fare a meno di affrontare; che, piuttosto, il potere politico, pur investito di precise funzioni rappresentative in una democrazia parlamentare, non ha avuto né la forza né la volontà di assecondare, lasciando necessariamente al ceto dei giuristi la responsabilità di formare una nuova coscienza giuridica e di avviare la trama di un nuovo diritto di marchio prevalentemente giudiziario".

confusione ed incertezza nella quale spesso versa⁵, considerato che «l'odierno diritto è sempre meno legale ed è affidato in buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale, mentre a livello globale prassi e consuetudini contano sempre di più»⁶.

Sullo sfondo la consapevolezza che occorre un “metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti. La causa concreta e la contrarietà a norme imperative come strumenti di controllo della liceità e validità in un sistema articolato di fonti. I diritti e i doveri costituzionalmente garantiti, come limiti alla libertà di contratto. La buona fede come criterio di responsabilità nella valutazione dei comportamenti, precedenti e successivi alla conclusione, con funzione autonoma rispetto al giudizio di validità”⁷.

In uno ovviamente con le norme inderogabili poste dalla disciplina positiva.

Ed è proprio in questa dimensione che si collocano i temi a cui si vogliono dedicare le considerazioni che seguono⁸: i contratti di assicurazione contengono spesso clausole che, in presenza di (o talvolta a prescindere da) uno specifico dettato normativo, incidono a tal punto sulla conformazione del contratto da superare il limite dei diritti e dei doveri costituzionalmente garantiti.

O ancora: talvolta il comportamento ascrivibile all'impresa si pone al di fuori dei canoni di buona fede sostanziandosi in una strumentalizzazione della posizione di maggiore forza relativa o

⁵ È necessario, infatti, che siano conformi a criteri certi «tanto la formazione delle regole giuridiche ordinarie quanto la loro interpretazione e la loro applicazione», così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 496.

⁶ GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921.

⁷ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi, Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.* 2012, p. 1205.

⁸ Nella consapevolezza che le scelte proposte denunciano due limiti: il primo – più apparente che reale – riguarda l'assoluta eterogeneità degli esempi; il secondo – più reale che apparente – è legato invece alla non esaustività degli esempi proposti.

nella non corretta informazione o ancora nel tentativo di dare alle norme una lettura che di fatto sacrifica oltremodo la posizione del cliente.

Comincia ad emergere la *ratio* della scelta del tema: nella complessa dinamica dei rapporti tra i soggetti del contratto di assicurazione trova ampio spazio l'esigenza di un costante (ri)equilibrio; ciò anche in ragione del fatto che il legislatore non appare sempre interprete primario delle istanze sociali (vuoi perché sembra avere abdicato al proprio ruolo vuoi perché in contesti come quello che ci occupa la rapidità della prassi è tale da non consentire di stare sempre al passo); emerge pertanto l'esigenza che il *vulnus* venga colmato e che l'attività ermeneutica si ponga come momento di saldatura tra realtà e sistema⁹.

2. *Le clause claims made tra assicurazione e sistema*¹⁰.

A fronte del disposto di cui all'art. 1917 c.c. – che sancisce l'obbligo per l'assicuratore di responsabilità civile di tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto –, la clausola *claims made* prevede che l'assicuratore risponda per le conseguenze negative di fatti illeciti per i quali la richiesta di risarcimento del

⁹ Tenendo presente che “la complessità del presente rende inattuale il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono”; così VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 490.

¹⁰ PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile, metodo teoria e pratica*, Milano, 1951, p. 669 s.: “E quella che dico (e tutti diciamo, chi con debolezza idolatrica, chi con scetticismo iconoclasta) tendenza sistematica, non è altro che lo sviluppo necessario dell'altra tendenza, che pare (e non è) opposta: la tendenza esegetica (anch'essa pigramente idolatrata o con prevenzione combattuta). Poiché non si è mai data tanto ristretta esegesi che si limitasse, per spirito pratico e per metodo teorico, al tentativo di determinare il contenuto di una norma sola, gelosamente e irremissibilmente isolata» [...] «E se dunque, non si può fare a meno di tenere presenti i rapporti tra norma e norma, e da qui già si scoprono quelli tra i vari gruppi (e i legami interni si intrecciano e completano con quelli esterni), e se già attraverso la trama di quei legami si delineano i vari istituti, non vi può essere incertezza: il primo serio tentativo esegetico è già il primo passo verso il sistema”.

terzo pervenga in costanza di contratto, anche se accaduti anteriormente alla stipulazione.

Proposto (*rectius*: imposto) quale soluzione di compromesso tra la sostenibilità da parte delle imprese (poste nella difficoltà di calcolare adeguatamente le riserve tecniche necessarie a fare fronte al pagamento degli indennizzi nelle ipotesi di sinistri tardivi¹¹) e le reali esigenze dell'utenza (solo in apparenza avvantaggiata da una copertura "retroattiva"¹²), il sistema *claims made* ha di fatto soppiantato -nelle polizze di responsabilità civile¹³- quello *loss*

¹¹ A giustificare l'immissione sul mercato è stato infatti l'impatto dei sinistri tardivi in uno con l'aumento esponenziale del contenzioso, soprattutto in ambito sanitario.

L'aumento esponenziale del contenzioso in campo sanitario, determinato (anche) da una maggiore aspettativa sociale di cura, ha indotto per un verso la classe medica ad attestarsi su posizioni di medicina difensiva, per l'altro le compagnie ad introdurre le clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile medica e sanitaria.

Il tema mette in gioco (perlomeno) tre valori: la serenità (e professionalità) degli operatori del settore sanitario, nonché la correlata necessità di evitare episodi di medicina difensiva; l'esigenza di tutela dell'utenza, che deve essere messa nella possibilità di trovare ristoro per eventuali danni subiti, determinati dall'attività medica, o, in ipotesi, da carenze organizzative della struttura; l'equilibrio del sistema.

Tenendo presente che (per fortuna) la tutela della salute in misura sempre maggiore costituisce un punto di non ritorno e che il danno alla persona deve (tendenzialmente) trovare adeguato ristoro, è pur vero che ogni episodio di *medical malpractice* ha un costo sociale da ripartire; l'assicurazione stessa ha un costo sociale da ripartire.

¹² Sullo sfondo il (forse erroneo) convincimento che la copertura offerta per sinistri verificatisi anteriormente alla stipulazione del contratto si sostanzia in un indiscutibile *favor* per l'assicurato.

Basta invero riflettere su quanto disposto dagli artt. 1892 e 1893 c.c. con riferimento alle informazioni che l'assicurato deve rendere all'impresa nella fase prodromica all'instaurazione del rapporto per rendersi conto di come in effetti il vantaggio sia più apparente che reale.

¹³ Sebbene non sia questa la sede ove affrontare *funditus* il tema, non va dimenticata l'importanza che il binomio responsabilità-assicurazione ha avuto a livello sociale. Se per un verso, però, l'ampliarsi di aree di responsabilità civile e l'oggettivarsi dei criteri di imputazione sulla base dell'assunto secondo cui "il bisogno (economico) di riparare diventa più pressante dell'esigenza (morale) di rimproverare" (LA TORRE, *Responsabilità e assicurazione*, in *Dizionario di*

occurrence di cui all'art. 1917 c.c. chiamando gli interpreti (segnatamente i giudici) ad un tentativo di qualificazione della fattispecie funzionale a dare risposte concrete ad esigenze emerse a livello sociale.

L'esempio proposto¹⁴ per molti versi costituisce l'emblema – nel contesto assicurativo – del rapporto tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti.

Nate verso la fine degli anni '90 del secolo scorso, le clausole *claims made* sono state inserite nelle polizze assicurative della responsabilità civile da parte delle compagnie, senza alcun margine di negoziazione e per lunghissimo tempo hanno trovato solo nella prassi la propria regolamentazione.

pensieri intorno al diritto, Milano, 2012, p. 233; *amplius*, *Responsabilità e assicurazione: l'intreccio fra due storie parallele*, in *Cinquant'anni col diritto*, I, Milano, 2008, p. 171 ss.) è stato accompagnato da sempre più puntuali coperture assicurative, per altro verso il meccanismo assicurativo ha incontrato nel suo funzionamento talune difficoltà di rilievo, dovute principalmente all'emergere di nuove fattispecie di rischi lungolatenti, molto frequenti in campo sanitario. In tale contesto, innegabilmente, la dialettica libertà/responsabilità ha registrato la prevalenza di quest'ultima nell'ottica della realizzazione del valore perseguito.

¹⁴ La cui analisi in dettaglio sfugge alla *ratio* delle presenti riflessioni e per la quale si rinvia alla ormai copiosa letteratura esistente. Senza pretese di completezza, cfr. SANTORO, *Tutto cambia perché nulla cambi? La sorte delle claims made dopo l'ultimo arresto delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2019, p. 628 ss.; GAGLIARDI, *I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola claims made: la perdurante attualità del tema*, in *Danno resp.*, 2019, p. 228 ss.; RIVA, *L'ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 9 ss.; CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 147 ss.; DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "big picture"*, in *Giur. it.*, 2019, p. 30 ss.; MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss.; ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made "tipizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 142 ss.; CARNEVALI, *La clausola claims made e le sezioni unite: bis in idem*, in *Contr.*, 2018, p. 648 ss.; CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 685 ss.

Le molteplici articolazioni e la correlata eterogeneità delle fattispecie concrete¹⁵ ne hanno reso fin dal principio difficile una lettura unitaria in termini di validità¹⁶, complice (anche) la circostanza che l'unico riferimento normativo – l'art. 1917 c.c. – delinea(va) un sistema *loss occurrence*.

È sufficiente una disamina delle pronunce (di merito¹⁷ e di legittimità¹⁸) precedenti al 2016 per comprendere la portata dell'affermazione.

È noto come il primo intervento delle Sezioni unite¹⁹ indichi il criterio di meritevolezza²⁰ quale canone interpretativo primario da

¹⁵ La clausola *claims made* prevede che l'assicuratore risponda per le conseguenze negative di fatti illeciti per i quali la richiesta di risarcimento del terzo sia pervenuta all'assicurato in costanza di contratto, anche se i fatti sono accaduti anteriormente alla stipula (almeno nella versione c.d. "pura"), segnatamente nei dieci anni precedenti. Diversamente, la versione "mista" o "impura" della clausola prevede l'operatività della copertura assicurativa nelle ipotesi in cui tanto il sinistro quanto la richiesta di risarcimento pervengano in costanza di contratto o, al più, nei casi in cui il fatto da cui è scaturito il danno sia avvenuto in un periodo precedente alla stipulazione, ma molto ridotto (solitamente due o tre anni prima).

¹⁶ Cfr. sul punto DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "big picture"*, cit., 2019, p. 31 s.

¹⁷ Cfr. Trib. Roma 5 gennaio 2007 e 5 maggio 2007; Trib. Bologna 2 ottobre 2002, in *Dir. econ. assic.*, 2005, 711 ss.; Trib. Genova, Sez. II, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, 103 ss., con commento di CARASSALE; Trib. Crotone 8 novembre 2004, in *Assicurazioni*, 2004, II, 2, 260 ss.; Trib. Milano, Sez. V, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Assicurazioni*, 2010, II, p. 673 ss., con nota di PARTENZA; in *Giur. it.*, 2011, p. 831 ss., con nota di MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 857 ss., con nota di LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*; Trib. Catania, Sez. V, 12 ottobre 2009, in *Assicurazioni*, 2011, II, p. 309 ss., con nota di ROSSETTI; Trib. Genova 23 gennaio 2012, in *Assicurazioni*, 2012, II, p. 177 ss., con nota di RIVA.

¹⁸ Cfr. Cass. civ. Sez. III, 10/11/2015, n. 22891; Cass. civ. Sez. III, 13/02/2015, n. 2872; Cass. civ. Sez. III, 17/02/2014, n. 3622; Cass. civ. Sez. III, 15/03/2005, n. 5624.

¹⁹ Il riferimento è a Cass. Sez. Un. 6 maggio 2016 n. 9140

²⁰ VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 81 s.

applicare alle fattispecie di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*²¹.

Con la sentenza del 2016²² la Cassazione, pur suscitando perplessità per avere apparentemente minato certezza e prevedibilità e aperto le maglie a soluzioni assai differenti tra loro, tuttavia, nell'affermare che "la manipolazione dello schema tipico" non deve spingersi sino al punto da "avvelenare la causa" del contratto ha lanciato invero un preciso monito con riguardo all'(imprescindibile) esigenza che non si oltrepassi il limite oltre il quale non è più di assicurazione che si tratta. "Si esclude l'illiceità ma ci si chiede,

²¹ Il riferimento al canone valutativo della meritevolezza induce qualche ulteriore riflessione ponendosi in (precaro) equilibrio tra:

a) l'esigenza di arginare un esercizio dell'autonomia privata che contrasti con valori costituzionalmente garantiti e che veda sacrificata la posizione di chi versa in dimensione di debolezza (relativa);

b) la necessità di contemperare i diversi valori in gioco. In questa logica emerge la connotazione ulteriore che contraddistingue la meritevolezza rispetto alla liceità.

²² La Suprema Corte, nella sentenza 9140, sopendo solo in parte il dibattito, afferma i seguenti principi:

In primo luogo esclude che il contratto di assicurazione con clausola *claims made* possa essere affetto da nullità per contrarietà al disposto di cui all'art. 1895 c.c. (nel 2014, con la sentenza 3622 del 17 febbraio, la terza sezione della Suprema Corte aveva affermato la validità della *claims made* c.d. "pregressa" purchè l'assicurato fosse inconsapevole e la richiesta di risarcimento fosse pervenuta nel periodo di vigenza della polizza. A distanza di un mese, con la sentenza 5791 del 13 marzo la stessa Corte aveva espresso il principio opposto: non è consentita l'assicurazione di un rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula).

Afferma la Corte che "la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato".

Per quanto attiene all'intangibilità del modello codicistico ex art. 1917 c.c., i giudici richiamano il disposto di cui all'art. 1932 che non annovera il I comma del suddetto articolo tra le norme inderogabili; aggiungono però, non senza ingenerare qualche sussulto, che occorre valutare sino a che punto possano spingersi i paciscenti nel variare lo schema tipico, pena "l'avvelenamento della causa".

La Corte salva peraltro dalle censure la clausola "pura" concentrando l'attenzione sulla versione mista o impura.

giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione condizionando la copertura ad una barriera temporale che in certi casi appare intollerabile”²³.

Il passaggio successivo della sentenza non a caso è riservato alla distinzione (spesso sfumata) tra clausole che limitano la responsabilità e clausole che delimitano l’oggetto del contratto²⁴.

A distanza di soli due anni la Suprema Corte tornerà ad esprimersi sul tema; la clausola è stata nel frattempo tipizzata²⁵, sia pure nel contesto specifico della responsabilità sanitaria. Non si tratta più, per i Giudici di legittimità, di operare un vaglio di meritevolezza, bensì di focalizzare l’attenzione sull’assetto sinallagmatico e sulla causa in concreto²⁶.

In altre parole, la valutazione, incentrata sull’equilibrio del contratto e condotta alla luce del principio di buona fede, deve consentire di stabilire se la concreta articolazione del rapporto sacrifichi a tal punto la posizione del contraente assicurato da rendere di fatto “inutile” la stessa garanzia²⁷.

²³ VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, cit., loco cit.

²⁴ Questione sempre attuale in campo assicurativo pur nella eterogeneità delle fattispecie nelle quali viene in rilievo.

²⁵ Il riferimento è all’art. 11 della legge 8 marzo 2017 n. 24 recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie” nota come legge Gelli-Bianco. Ma l’intervento del legislatore ha riguardato anche la responsabilità professionale degli avvocati.

²⁶ Sulla causa in concreto quale “esempio particolarmente significativo di un’interazione fruttuosa, e quasi sempre virtuosa, tra dottrina e giurisprudenza”, SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2020, p. 588 ss.

Sulla causa in concreto non può non rinviarsi a BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 256 ss. Cfr. altresì ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

²⁷ Nel 2019 la Suprema Corte torna sul punto affermando (Cass. civ. Sez. VI - 3 Ord., 09/07/2019, n. 18413) che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* è soggetto “alla verifica, ai sensi dell’art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l’adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l’ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale, con indagine che riguarda la causa concreta del

E' sintomo di un'evoluzione sinergica tra attività degli interpreti ed ordinamento per la quale mi sia consentito il rinvio alle parole del Maestro a cui è dedicato il presente scritto: "il codice del 1942 era sensibile ad un controllo giudiziale della funzione sociale del contratto e non al tema dell'equilibrio e dell'equità, anche se c'erano norme che l'avrebbero consentito. Dalla buona fede al giudizio di meritevolezza, alla causa e l'ordine pubblico. Istituti a lungo disattesi dalla giurisprudenza in ossequio al principio della certezza. Questo orientamento muta con la consapevolezza che il controllo giudiziale, fondato sul nuovo sistema delle fonti, non è volto alla protezione di interessi individuali ma di un interesse pubblico, fondato sulla Costituzione e le altre fonti sovraordinate"²⁸.

Da un'attività interpretativa operata con questi strumenti potrà derivare una valutazione in termini di responsabilità precontrattuale e/o di nullità, anche parziale, per difetto di causa in concreto²⁹.

Di recente la Corte di Cassazione³⁰ – sia pure con riferimento a fattispecie diversa rispetto a quella che ci occupa – ha avuto modo di chiarire che occorre "verificare se il piano di distribuzione dei rischi soddisfi il requisito della causa in concreto" avuto riguardo all'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli interessi perseguiti dalle parti.

Ne deriva come corollario che le clausole di esclusione della copertura non possono di fatto tradursi in un sostanziale azzeramento della garanzia per l'assicurato, privando di qualunque utilità la stessa copertura assicurativa.

Emblematico il richiamo che i Giudici di legittimità fanno alla sentenza delle Sezioni unite del 2018 relativa alle clausole *claims made*.

Tale lettura è resa possibile da "un'attività ermeneutica che sappia muoversi fra Costituzione e ordinamento comunitario, legge generale e speciale, principi e clausole generali per fissare la

contratto, sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti".

²⁸ VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 885.

²⁹ DELFINI, cit., p. 31 s.

³⁰ Il riferimento è all'ordinanza del 9 luglio 2020 n. 14595.

rilevanza di interessi e bisogni nuovi e per creare rimedi efficienti e adatti ai tempi. Tutto questo conduce ad una sola consapevolezza. Si dovrà osservare i fatti e la realtà sociale, ricordare e dimenticare, decostruire le categorie del passato, ordinando anomalie e rimedi secondo ciò che indica il respiro sempre nuovo del mondo”³¹.

3. Segue. *Le polizze linked*.

Nell’ampio genus “polizze *linked*”, la moltitudine di modelli presenti sul mercato è stata ricondotta da tempo ad una bipartizione tra *index* e *unit*: le prime prevedono che la prestazione dovuta dall’assicuratore al verificarsi dell’evento attinente alla vita umana dedotto nel contratto sia collegata al valore di indici azionari o obbligazionari; il premio versato viene pertanto investito in strumenti finanziari a rendimento variabile; nelle seconde, essendo il collegamento operato con fondi interni di investimento o con quote di organismi di investimento collettivo del risparmio, l’entità della rendita verrà calcolata in ragione dei risultati di gestione del fondo.

Emblema anch’esse della capacità dell’assicurazione, nei tempi, di dare risposta alle più svariate istanze sociali, precedendo, il più delle volte, l’intervento del legislatore³², tali polizze assumono rilievo – nella dimensione che ci occupa – nella misura in cui hanno formato oggetto di interventi (di riequilibrio) da parte delle Corti sotto due diversi profili: per un verso infatti viene in risalto l’adempimento degli obblighi informativi, stante la componente marcatamente finanziaria del prodotto; per l’altro proprio la componente finanziaria ha indotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla natura di tali polizze.

Alla base dell’attività ermeneutica si pone la consapevolezza – anche in questo contesto – del limite oltre il quale non è più dato parlare di assicurazione.

In altre parole, stante la disciplina di particolare favore dettata dal legislatore del ’42 a garanzia della stipulazione di polizze vita -in considerazione della funzione previdenziale riconosciuta alle

³¹ VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., p. 491.

³² Sul punto sia consentito un rinvio a PIRILLI, *Le polizze unit linked (ancora) al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 574 ss.

stesse³³- si è inevitabilmente posto il problema di valutare se ed in che misura i prodotti misti potessero godere dello stesso “privilegio”.

Procediamo per gradi.

Con riferimento al primo profilo, dalle pronunce delle Corti emerge che gli obblighi informativi gravano sull’impresa, non solo in virtù della normativa specifica ma in ragione del rispetto di quel dovere primario fissato dagli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.

Nel 2015 la Suprema Corte, pronunciandosi su una fattispecie di prodotto misto (assicurativo-finanziario), ha affermato infatti che “il dovere di una informazione esaustiva, chiara e completa, e quello di proporre al contraente polizze assicurative realmente utili per le esigenze dell'assicurato, sono doveri primari dell'assicuratore e dei suoi intermediari o promotori. Tali doveri scaturiscono dagli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.; e la loro violazione costituisce una condotta negligente, ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2”³⁴.

L’importanza della pronuncia è resa ancora più evidente dalla circostanza che la Corte si è trovata a giudicare una condotta relativa ad un momento nel quale la normativa primaria e secondaria di riferimento non era ancora entrata in vigore; purtuttavia ne richiama implicitamente la *ratio* sottesa, complice la circostanza che la polizza sottoscritta era a contenuto finanziario, connotata pertanto da un maggiore rischio per il sottoscrittore e da un più marcato tecnicismo: circostanze che avrebbero dovuto imporre una maggiore cura nel dovere informativo al contraente professionista. Il principio, oggi, non stupisce affatto. Essendo però riferito ad un momento in cui gli unici obblighi informativi gravanti sull’impresa di assicurazione erano quelli di cui alla circolare ISVAP 249/1995 è perlomeno degno di nota e richiama all’interprete il dibattito su una giustizia contrattuale³⁵ fondata sulla buona fede, che sembrerebbe talvolta travalicare i confini degli obblighi espressamente assunti³⁶.

³³ Cfr. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione, Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, p. 37 ss.

³⁴ Cass. Civ., sez. III, 24 aprile 2015, n. 8412, in *Contr.*, 2016, p. 1007 ss.

³⁵ Sul “contratto giusto”, FEDERICO, *Profili dell’integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 17 ss.

³⁶ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 93 ove si chiarisce che la buona fede “ha precisamente la portata che è stata notata dai

In altre parole, una condotta, apparentemente non contraria a norme, né di rango primario né secondario, viene sanzionata in quanto non conforme ai più generali principi di buona fede e correttezza³⁷, desumibili però, come evidenziato dalla Corte, in primo luogo dalle norme di parte generale delle obbligazioni e dei contratti, applicabili evidentemente anche alla fattispecie in oggetto.

In questa logica, l'interprete sarebbe chiamato a svelare il significato delle norme operando una valutazione sistematica che "può ulteriormente implicare la considerazione degli interessi basilari della comunità, ossia dei valori dell'ordinamento"³⁸.

La questione che ci occupa può quindi essere valutata con la lentezza dei principi che avrebbero dovuto e potuto invocare i Giudici di legittimità, chiamati a pronunciarsi con i parametri normativi dell'epoca dei fatti, ovviamente.

Se non può essere negata l'esistenza di un generale principio di "autoresponsabilità"³⁹ – che dovrebbe indurre ciascuno a compiere scelte in modo avveduto a tutela dei propri interessi – è altrettanto vero che tale principio non può essere invocato per esimersi dal comportamento secondo buona fede, approfittando dell'altrui condizione di debolezza (relativa).

Ne deriva – ed in ciò assume particolare rilievo la posizione assunta dalla Suprema Corte in un momento nel quale non erano stati ancora formalizzati in norme gli obblighi di comportamento⁴⁰ – che una condotta, pur apparentemente non contraria a norme né di rango

giuristi tedeschi, o di ampliare gli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto od eventualmente di restringere questi obblighi nei casi e nella misura in cui farli vivere nel loro letterale tenore contrasterebbe con quel criterio".

³⁷ BETTI, *op. cit.*, p. 65, "La buona fede di cui qui si tratta è essenzialmente un atteggiamento di cooperazione, rivolto ad adempiere in modo positivo l'aspettativa dell'altra parte".

³⁸ Cfr. BIANCA, *Interpretazione e fedeltà alla norma*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano, 1978, p. 148.

³⁹ Cfr. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss. V. anche LA TORRE, *Responsabilità e autoresponsabilità nell'assicurazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 442 ss., ora in ID., *Scritti di diritto assicurativo*, II, Milano, 1979, p. 421 ss.

⁴⁰ Oggi sanciti dalla normativa primaria e secondaria di riferimento, soprattutto in ragione degli interventi che hanno riguardato la distribuzione assicurativa.

primario né secondario viene sanzionata in quanto non conforme ai più generali principi di buona fede⁴¹ e correttezza⁴².

⁴¹ Nel contesto che ci occupa, basti pensare alle vicende relative all'applicazione delle norme di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c.

L'importanza delle informazioni rese in fase precontrattuale all'assicurando è strettamente connessa con l'operazione economica sottesa al meccanismo assicurativo e basata principalmente sull'inversione del ciclo produttivo (Cfr. SELLERI, *Profili evolutivi delle dinamiche competitive del mercato assicurativo e cambiamenti nel modello di business dell'impresa di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 2007, p. 689 ss.; LANDINI, *Reticenze dell'assicurato e annullabilità del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 629 ss.; BUGIOLACCHI, *Clausola di regolazione del premio, condotta delle parti e ruolo della buona fede*, ivi, 2007, p. 1068 ss.; PICHLER, *Il sistema di controlli interni nelle compagnie di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 2003, p. 661 ss.). L'impresa incamera anticipatamente i premi e costituisce adeguate riserve tecniche per fare fronte al(l'eventuale) pagamento degli indennizzi (sul tempo in cui il premio deve essere pagato all'assicuratore cfr. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, *Il diritto del contratto di assicurazione*, Milano, 1954, p. 368 ss.).

Una corretta rappresentazione del rischio assicurato consente pertanto all'assicuratore di calcolare adeguatamente il premio e contribuisce altresì ad arginare le possibili conseguenze negative che inesattezze o reticenze potrebbero determinare nella sfera giuridica di altri assicurati, perlomeno di quelli del medesimo ramo, tra i quali, come è noto, si instaura una comunione dei rischi (Cfr. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. assic.*, 2010, p. 527 ss. L'A. rileva come "principi quali mutualità, ripartizione del rischio, assicurabilità, impongono complessi calcoli matematici attuariali per la definizione del premio che si fondano sulle dichiarazioni dell'assicurato").

Di qui la *ratio*, chiara e stringente, a fondamento delle norme che il codice civile mantiene ancora con riferimento al tema delle dichiarazioni inesatte e reticenti: l'assicurando che con dolo o colpa grave ponga l'impresa nelle condizioni di non potere valutare correttamente il rischio da assicurare (con le inevitabili conseguenze a carico di altri soggetti coinvolti) deve sostenere il costo sociale di tale condotta non conforme alle regole.

Di contro, e per lungo tempo, l'obbligo dell'assicurando non è stato controbilanciato da espressi obblighi informativi a carico delle imprese. Nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile si è assistito ad una strumentalizzazione da parte delle imprese, inclini a porre qualunque reticenza od omissione a fondamento di richieste di annullamento dei contratti. La giurisprudenza, a partire dagli anni '90, ha svolto un ruolo assolutamente significativo in questo contesto nella logica di una rilettura delle norme improntata in primo luogo a canoni di buona fede ed orientata a colmare una condizione di

Ed è qui che ancora una volta il richiamo all'insegnamento del Maestro che onoriamo consente una sintesi in termini di coerenza e consonanza: "l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati"⁴³.

Per quanto diversamente concerne il secondo profilo inizialmente delineato, l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore e la funzione previdenziale propria delle fattispecie di assicurazione sulla vita, costituiscono i due poli entro cui operare l'analisi e connotano il contratto di assicurazione.

Sebbene non sfugga a chi scrive che oggi l'assicurazione ha assunto ben altra portata rispetto ai propri esordi, tuttavia non può ignorarsi l'esplicito dettato normativo, sia pure nella logica di un'operazione ermeneutica di attualità, nonché del «riconoscimento di una duplice funzione ontologica (assicurativa e finanziaria) valevole per tutti i contratti di assicurazione sulla vita»⁴⁴.

Il collegamento con un evento attinente alla vita umana rimane presupposto indefettibile della fattispecie; la funzione previdenziale ne costituisce per certi versi il corollario.

disequilibrio. Il richiamo è al tema dei questionari ed all'affermazione da parte della S.C. di un dovere di cooperazione a carico dell'assicuratore.

Non è sufficiente sottoporre una serie di domande all'assicurato; occorre farlo in modo tale da indurlo a comprendere la reale portata dell'impegno che assume e fargli comprendere quali informazioni risultano necessarie e quali no.

Sotto altro profilo, ed è l'avvio del percorso che condurrà al sistema di obblighi informativi e comportamentali a carico dell'assicuratore di cui diremo a breve, grazie all'opera della giurisprudenza di profilo, a carico dell'impresa a partire dai primi anni 90 del secolo scorso, un dovere di cooperazione in ossequio al principio di buona fede.

⁴² Posizione richiamate da numerose pronunce di merito. Cfr. Tribunale Potenza, 20/03/2020; Tribunale Roma Sez. XIII, 26/02/2020; Tribunale Napoli Sez. II, 03/10/2019.

⁴³ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi, Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1199.

⁴⁴ Cfr. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 71.

Benché sia stato evidenziato come tale precipua funzione non si ricavi espressamente da alcuna norma⁴⁵, tuttavia non possono ignorarsi taluni indici di rilevanza della stessa. Basti pensare, a titolo esemplificativo, a quanto disposto dall'art. 1923 c.c. con riferimento all'impignorabilità delle somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario.

La *ratio* sottesa alla disposizione codicistica appena richiamata appare abbastanza chiara, anche se non unanime è la posizione della dottrina. La deroga al principio di responsabilità si giustifica infatti nella misura in cui funzione previdenziale e polizze vita risultano strettamente collegate.

In un «bilanciamento» di interessi, tra la tutela di chi, tramite uno strumento finanziario, pur emesso da una compagnia di assicurazione⁴⁶, sia disposto – sempre che abbia realmente compreso la portata dell'impegno assunto – a «perdere» il proprio capitale iniziale o una buona parte di esso, da un lato, e la tutela delle ragioni creditorie, dall'altro, sarebbe da prediligere la seconda.

Se l'affermazione è verosimile, allora il legislatore non poteva non avere in mente proprio quella funzione previdenziale individuata dalla dottrina «nell'interesse di ogni cittadino a proteggersi, tramite atti di autonomia privata, nei confronti di bisogni, riconosciuti come socialmente rilevanti, derivanti da accadimenti relativi alla vita umana»⁴⁷.

Sotto altro (ulteriore) profilo non può non rilevarsi la differenza che intercorre tra il rischio (assunto dall'assicuratore) nel contratto di assicurazione, e quello (assunto dall'investitore) concernente la *performance* del prodotto finanziario.

⁴⁵ VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, p. 407: “il postulato che il contratto di assicurazione sulla vita debba avere necessariamente una funzione “previdenziale” non trova alcun riscontro nella disciplina del codice civile” [...] “la nozione del codice civile è “neutra” per quanto riguarda la finalità del contraente”.

⁴⁶ CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 2011, p. 394 ss.

⁴⁷ Cfr. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione, Profili funzionali e strutturali*, cit., p. 39.

Il tema della differenza tra polizze vita e contratti di investimento ha formato oggetto di svariate pronunce della Suprema Corte che di recente lo ha trattato unitamente alla sottoscrizione attraverso società fiduciaria⁴⁸.

Un'ulteriore conferma dell'esigenza che l'assicurazione, per rimanere tale, non può prescindere dai propri elementi causali; una dimostrazione di come lo strumento assicurativo, sub specie di assicurazione sulla vita, non possa discostarsi dall'alveo delineato dalle norme codicistiche e dal precetto costituzionale di cui all'art. 38 *Cost.* sino al punto da divenire altro da sé, ossia uno strumento (esclusivamente) finanziario; perlomeno non può farlo invocando le tutele proprie delle fattispecie che si collocano legittimamente sotto "l'ombrello assicurativo".

Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento alle c.d. polizze *Key man*⁴⁹, immesse sul mercato assicurativo per consentire alle imprese (soprattutto di grandi proporzioni) di fare fronte alla potenziale repentina perdita dell'uomo decisivo nella gestione; anch'esse però entro quei limiti che l'ordinamento nella sua complessità impone e che consentono all'interpretazione (soprattutto giudiziale) di porsi talvolta "*extra legem ma intra jus*"⁵⁰.

4. *Qualche breve osservazione di sintesi.*

Le figure esaminate, che ovviamente non esauriscono il novero delle clausole dei contratti di assicurazione potenzialmente significative nella dimensione propria dell'indagine svolta⁵¹,

⁴⁸ Il riferimento è a Cass. Civ., sez. III, Ord., 30.4.2018, n. 10333.

⁴⁹ Si tratta di polizze relativamente recenti pensate per fronteggiare il rischio della perdita delle figure di maggiore importanza per la gestione dell'impresa.

⁵⁰ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 128.

⁵¹ Basti pensare, ad esempio, alle clausole di rinuncia al diritto di surroga, per molto tempo inserite dalle compagnie nelle polizze assicurative contro i danni, in particolare quelle contro gli infortuni. Come è noto il I comma dell'art. 1916 c.c. dispone che "*l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili*". Si tratta di una norma che, consentendo all'assicuratore di recuperare quanto corrisposto a titolo di indennità nelle ipotesi in cui il danno all'assicurato sia ascrivibile alla condotta di un terzo responsabile, delinea un

costituiscono però, per l'ampia diffusione nella prassi e per l'impatto nei settori di riferimento, esempio paradigmatico di quella duttilità

preciso equilibrio tra il principio indennitario, proprio del contesto assicurativo (in virtù del quale l'assicurazione non può tramutarsi in strumento di arricchimento per l'assicurato) ed il più generale principio di responsabilità.

Cionondimeno per lungo tempo la prassi ha registrato - soprattutto nelle polizze contro gli infortuni - l'inserimento di una clausola di rinuncia preventiva al diritto di surroga. La scelta delle compagnie era dettata dall'esigenza di incentivare la sottoscrizione di polizze in un determinato ramo, pur sacrificando (almeno apparentemente) il vantaggio derivante dalla previsione di cui all'art. 1916 c.c. Ne derivava, nella maggioranza dei casi, che l'assicurato di fatto cumulava indennità e risarcimento, stante la diversità dei titoli: per un verso infatti aveva diritto ad ottenere l'indennità dal proprio assicuratore, per l'altro il risarcimento dal responsabile civile.

Nel 2014 la sezione III della Cassazione, con la sentenza n. 13233, interviene sul punto affermando che "L'assicurazione contro gli infortuni non mortali costituisce un'assicurazione contro i danni ed è soggetta al principio indennitario, in virtù del quale l'indennizzo non può mai eccedere il danno effettivamente patito. Ne consegue che il risarcimento dovuto alla vittima di lesioni personali deve essere diminuito dell'importo percepito a titolo di indennizzo da parte del proprio assicuratore privato contro gli infortuni". Tale pronuncia ha suscitato la perplessità di alcuni tra i commentatori. Cfr. quanto affermato da PARDOLESI-SANTORO, *Indennizzo e risarcimento: di cumuli e cavoli*, in *Danno resp.*, 2014, p. 1008 ss.: "la sentenza va a collidere con la prassi, più che cinquantennale, delle compagnie assicurative che, non a caso, hanno introdotto, nei contratti di assicurazione infortuni, la clausola di rinuncia al diritto di surrogazione. Si determina così una situazione caratterizzata da incertezza e instabilità".

Come è noto la questione è stata poi affrontata *funditus* in particolare da una delle ben note pronunce sulla *compensatio lucri cum damno* rese dalle Sezioni Unite il 22 maggio 2018 la cui analisi approfondita sfugge al ruolo delle presenti riflessioni. L'esempio è però ancora una volta emblematico (anche se in logica parzialmente diversa rispetto alle altre ipotesi prospettate) del peculiare rapporto tra legislazione, prassi e ruolo degli interpreti e di come esso si articoli in maniera del tutto peculiare nel contesto che ci occupa. La prassi operata dalle compagnie sul presupposto della natura privata dell'interesse protetto dalla norma di cui all'art. 1916 c.c. e della rinunziabilità preventiva alla surroga ha di fatto consentito di pervenire a risultati che, se letti alla luce del sistema, denuncia(va)no in effetti talune incongruenze, perlomeno rispetto al principio generale che ancora gli spostamenti patrimoniali a criteri di meritevolezza, quel criterio che è a fondamento delle norme sulla ripetizione dell'indebito nonché di quelle di cui all'art. 2041 c.c. che, quale norma di chiusura, lancia un monito ed indirizza l'interprete verso soluzioni che non ne tradiscano la *ratio*.

che rende l'assicurazione inossidabile e sempre pronta a fornire risposte alle esigenze che emergono a livello sociale, riuscendo spesso ad anticiparle. Tutto ciò ovviamente coniugando le diverse istanze provenienti dal mercato e la sostenibilità da parte delle imprese.

Il dato è che non di rado il legislatore si trova a disciplinare fattispecie che il "laboratorio di idee"⁵² ha già elaborato da tempo.

Per altro verso, nonostante gli interventi normativi e l'attività regolamentare dell'IVASS – che ha, in maniera sempre più incisiva ridotto il margine di autonomia delle imprese, soprattutto con riguardo al profilo legato agli obblighi informativi e (più in generale) alle regole di condotta –, tuttavia persiste la tendenza a quelle forzature che impongono agli interpreti una necessaria opera di razionalizzazione nei termini proposti.

E se una lettura anche più "elastica" del dettato normativo può ammettersi allorquando si tratti di tutelare posizioni giuridico-soggettive legate a soggetti deboli (ad esempio disabili) o di dare attuazione a precetti di solidarietà sociale, purtuttavia il limite è dato dall'ordinamento nella sua complessità e da quella cornice di regole e principi⁵³ che orienta nei termini anzidetti l'attività dell'interprete.

Ed ecco allora che le polizze vita, sia pure nella moderna versione *unit* ed *index linked* (che sembra garantire l'ingresso nel contesto assicurativo dell'interesse meramente speculativo), se oltrepassano un determinato limite⁵⁴ non possono più essere considerate assicurazione ma strumenti finanziari *tout court*, con le conseguenze che ne derivano soprattutto con riguardo all'applicabilità del disposto di cui all'art. 1923 c.c., tutela posta a garanzia di interessi altri.

Ed ancora, se è vero che le compagnie di assicurazione impegnate nel ramo responsabilità civile, soprattutto professionale (e sanitaria), hanno adottato il correttivo delle clausole *claims made* perché versavano nella difficoltà di gestire i sinistri tardivi, è altresì vero

⁵² V. nota 1.

⁵³ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, cit., *passim*.

⁵⁴ Quel limite, già analizzato, posto dall'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore e dell'imprescindibile collegamento con un evento attinente alla vita umana.

che gli interpreti, soprattutto i giudici, hanno svolto un importante ruolo nel fissare un argine; quell'argine che non consente all'impresa di "conformare" a tal punto il contenuto della polizza da neutralizzare (non già il rischio che assume bensì) la garanzia per l'assicurato.

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi con riguardo ad alcune delle soluzioni assicurative adottate a garanzia del credito.

Gli esempi potrebbero invero proseguire ma non potrebbero che rafforzare il concetto che "l'integrazione fra legge, dogmatica e sentenze richiede uno sforzo congiunto"; se la legge "deve costruire forme flessibili senza rincorrere i fatti con improbabili tipizzazioni, "la scienza giuridica deve costruire concetti rigorosi" che siano al contempo adatti ai tempi e "le sentenze devono tendere alla ricerca del diritto e del rimedio effettivo per ogni situazione lesa".

"E' inutile avanzare primazie e teorizzare metodi astratti. Occorre solo una maggiore responsabilità comune di fronte ad un delicato momento della nostra vita democratica"⁵⁵.

⁵⁵ VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenza: quid iuris?*, cit., p. 88.

FEDERICO PISTELLI
Ricercatore di diritto privato
Università di Trento

IL CONTROLLO DEL RISCHIO FINANZIARIO NEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. I caratteri del rischio finanziario: premesse ad uno studio.
– 1.1. Una proposta di inquadramento: le clausole di gestione fra *risk sharing* e *risk transferring*. – 2. Clausole atipiche e qualificazione. – 2.1. L'approccio tradizionale e i suoi limiti. – 3. Una chiave di lettura alternativa: l'allocazione del rischio finanziario nella teoria dell'operazione economica. – 3.1 Rischio finanziario e struttura del contratto. – 3.2. Rischio finanziario e funzione del contratto. – 4. La misura del rischio finanziario e le nuove tutele. – 4.1. Il rischio trasparente. – 4.2. Il rischio adeguato. – 4.3. Il rischio proporzionato ed il problema del «contratto giusto».

1. I caratteri del rischio finanziario: premesse ad uno studio.

Da tempo, la letteratura guarda con attenzione al ruolo dell'autonomia contrattuale nella gestione del rischio. Nel macro-ambito del rischio contrattuale, termine notoriamente contraddistinto da un'accezione polisemica¹, che lo rende incline a dar luogo a possibili fraintendimenti², la civilistica si è di recente ritagliata un proprio spazio nell'analisi di una sua particolare declinazione, fino ad allora riservata in via esclusiva agli studiosi di matematica finanziaria e di economia degli intermediari: il rischio finanziario. Il suo protagonismo si lega, invero, al moto di progressiva

¹ ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, 1989, p. 1144 ss.

² S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Roma, 2002.

finanziarizzazione dell'economia, che ha coinvolto le tradizionali operazioni del comparto bancario, assicurativo e degli investimenti³.

Come ricordato da un'attenta dottrina, le operazioni sul mercato dei capitali comportano solo in via eventuale un trasferimento effettivo di denaro⁴: pensiamo, ad esempio, al contratto di swap su tasso di interesse che, pur strutturandosi proprio su flussi di pagamenti differenziali, non implica necessariamente uno scambio di denaro fra le parti, come nel caso in cui i parametri utilizzati dai contraenti presentino, alla singola scadenza, il medesimo valore.

L'elemento che qualifica la sostanza di ogni operazione sul mercato di capitali è invece ravvisabile nel trasferimento di un rischio finanziario. La centralità di questa dimensione deriva da una ragione di fondo, riconducibile alla dinamica di interazione tra tempo, denaro e valore⁵: del resto, le diverse tipologie negoziali rispondono, ciascuna a suo modo, ad altrettante forme di interazione tra questi tre elementi. Pertanto, ed indipendentemente dalle finalità che giustificano l'intervento dell'agente sul mercato - per proteggersi contro l'incertezza, per ottenere la disponibilità di una somma di denaro, ovvero per mettere a frutto un capitale accumulato nel tempo -, ciascuna attività di impiego del "risparmio" (art. 47, comma 1, Cost.)⁶ si caratterizza per una certa allocazione, fra le parti, del rischio finanziario. Quest'ultimo presenta perciò dei connotati ben precisi, che consentono di distinguerlo dal più ampio reticolo dei rischi che influenzano l'attività negoziale fra privati.

Anzitutto, il rischio finanziario risulta in linea di massima *quantificabile*, nel senso che è possibile determinare *ex ante*, con un certo grado di confidenza, una percentuale di verifica di singoli scenari, attribuendo a ciascuno di essi, attraverso modelli matematici, un grado di probabilità su di un orizzonte temporale

³ PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019; GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011.

⁴ BENJAMIN, *Financial Law*, Oxford, 2007, p. 12.

⁵ FERRO LUZZI, *Attività e "prodotti finanziari"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 2, p. 134

⁶ COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impr. soc.*, 2018, pp. 393-402.

predefinito⁷. Ciò consente, pertanto, di soppesare l'incidenza che il rischio finanziario assume su di una determinata attività, riconoscendo ad esso un peso centrale nella determinazione del valore complessivo dell'operazione⁸. Inoltre, lo sviluppo delle tecniche finanziarie ha reso possibile *isolare* il rischio dal rapporto cui esso afferisce, poiché è idoneo a configurare un valore a sé stante, che “prescinde dai beni cui si fa riferimento”⁹ e che risulta, in fin dei conti, suscettibile di un trattamento separato rispetto ad altri elementi del negozio¹⁰. Ancora, proprio il riconoscimento di un valore economico *ex se* al rischio finanziario ne rende possibile una sua *negoziabilità* fra le parti, che possono dividerlo fra loro, ovvero trasferirlo in differenti proporzioni.

Ebbene, proprio i suddetti caratteri distintivi (quantificabilità, isolabilità, negoziabilità) permettono di distinguere il rischio finanziario dal rischio contrattuale in senso lato: la dimensione dell'incertezza assume, per il primo, margini più precisi di governabilità. L'attività privata nel contesto delle operazioni sul mercato dei capitali si confronta, difatti, con cause (il tasso di interesse, il rapporto di cambio, il valore di un titolo), eventi (l'oscillazione dei suddetti parametri di mercato), danni (l'impatto percentuale delle variazioni) che sono individuati e quantificati già nello svolgimento della fase pre-negoziale, ed il cui impatto viene regolato dalle parti attraverso apposite convenzioni. Pare difatti tendenza pressoché costante nella prassi, quella di conferire al controllo del rischio finanziario un proprio rilievo ed una propria collocazione autonoma fra le disposizioni interne al contratto.

Vari studi si sono occupati dell'analisi di singole fattispecie negoziali di gestione del rischio, come i derivati o le polizze misto assicurativo-finanziarie, interrogandosi sulla loro qualificazione e sui limiti che l'ordinamento opera su di essi, tanto come strumenti finanziari che come contratti. Meno indagato pare, invece, il

⁷ HULL, *Opzioni, futures e altri derivati*, Milano, 9 ed., 2018, p. 521.

⁸ BOWLES, *Law and the economy*, Oxford, 1982, p. 138.

⁹ ANGELICI, *Alla ricerca del derivato*, Milano, 2016, p. 85.

¹⁰ SINGHER, *Regulating derivatives: does transnational regulatory cooperation offer a viable alternative to congressional action?*, in *Fordham INT'L L.J.*, 1995, p. 1397-1405.

problema della disciplina da applicarsi alle convenzioni negoziali «di gestione del rischio»¹¹ all'interno di un contratto con diversa funzione, tendenzialmente ascrivibile ai modelli dell'assicurazione, del credito, dell'investimento.

1.1. *Una proposta di inquadramento: le clausole di gestione fra risk sharing e risk transferring.*

Il valore di ogni attività finanziaria, per definizione, è destinato a mutare nel tempo e, con esso, anche quello delle prestazioni contrattuali che dalla suddetta derivino. L'equilibrio economico che, in una data situazione, caratterizza lo scambio sinallagmatico fra prestazione e contro-prestazione è suscettibile di alterarsi, in misura significativa, in costanza delle oscillazioni del mercato di riferimento. Fra la prestazione immediata di una (es. la dazione di una somma di denaro a prestito, il pagamento di un premio assicurativo iniziale) e quella differita dell'altra (es. il pagamento del tasso di interesse e la restituzione del capitale, l'erogazione di una rendita al verificarsi di un determinato evento) corre un lasso di tempo al quale si ricollegano molteplici fattori di rischio, dalla perdita del potere d'acquisto di una moneta, alla sua svalutazione rispetto a divise straniere ed, oltre ai fenomeni monetari, all'incidenza del corso azionario o del costo di *commodities* sulle prestazioni contrattuali. La prassi ha sviluppato dunque alcuni meccanismi per gestire queste tipologie di rischi, il cui effetto può ascrivere a due diversi schemi.

¹¹ Nel presente lavoro viene preferita l'espressione «clausola di gestione del rischio» a quella tradizionale di «clausola monetaria», in ragione della non coincidenza delle due categorie. Ciò non toglie che alcune delle clausole esaminate – quella di indicizzazione *in primis* – possano appartenere ad entrambe. GRECO, *Le clausole monetarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 533; CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, Milano, 1939; ROMANO-PAVONI, *Osservazioni sulle "clausole monetarie" e le obbligazioni che ne derivano*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 388; CARBONETTI, *Clausole di indicizzazione*, in Irti (a cura di), *Dizionario di diritto privato. Diritto civile*, I, Milano, 1980, p. 130. Nell'ordinamento tedesco si fa tradizionalmente riferimento a questa tipologia di clausole come di «Wertsicherungsklauseln», v., ZEHETNER, *Geldwertklauseln im Grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*, Tübingen, 1976.

Un primo è inquadrabile nella classe degli accordi di condivisione del rischio, o di «Risk sharing». Come tali, si definiscono quei patti attraverso cui le parti condividono, in posizione analoga tra loro, le conseguenze favorevoli e sfavorevoli dipendenti dal risultato di un evento incerto. Appartengono a questa prima categoria, a titolo esemplificativo, le clausole di indicizzazione al tasso di interesse, quelle di denominazione e di indicizzazione alla valuta straniera e quelle di rivalutazione. L'effetto di condivisione del rischio è percepibile con immediatezza nel caso dell'indicizzazione al tasso di interesse. L'indice più utilizzato nella prassi nazionale è l'Euribor, il quale è calcolato attraverso una media dei tassi di interesse praticati dai principali istituti di credito dell'Eurozona nelle transazioni finanziarie in Euro ed esprime, sostanzialmente, il costo del denaro sul breve periodo: detto in parole più semplici, l'Euribor rappresenta il costo dei prestiti che le banche si concedono reciprocamente a varie scadenze ed attraverso i quali esse si garantiscono la liquidità necessaria per le operazioni di impiego. Ebbene, se può dunque intuirsi che esiste una correlazione fra le oscillazioni del tasso medio ed il costo al quale le banche "acquistano" il denaro per concedere prestiti alla clientela, se ne deduce altresì che attraverso le clausole di indicizzazione entrambe le parti del rapporto (mutuante e mutuatario) condividono il rischio legato alle suddette variazioni. In uno scenario di favore dei tassi medi sul mercato, il cliente potrà pertanto profittare della corresponsione di un minor tasso di interesse sulla somma erogata col finanziamento ove, all'opposto, in esito ad un aumento dello stesso parametro, entrambe le parti saranno soggette al medesimo rischio e ne condideranno le relative conseguenze. Un effetto analogo può notarsi rispetto alla figura del prestito in valuta straniera, nelle forme della denominazione e della indicizzazione in valuta. Clausole siffatte determinano l'esposizione del valore delle prestazioni contrattuali alle variazioni che possono interessare il tasso di cambio tra due monete. In altre parole, ciascuna parte sopporta, egualmente, il rischio di oscillazione del mercato: in ipotesi di apprezzamento della valuta estera, il creditore riceverà una maggior quantità di moneta domestica, necessaria al debitore per adempiere alla propria prestazione espressa o indicizzata alla valuta

straniera e, ovviamente, viceversa. La principale caratteristica degli accordi volti alla condivisione del rischio nel contratto è, dunque, quella di allocare e distribuire il rischio finanziario dell'operazione su entrambi i contraenti, esponendo ciascuno di essi alle variazioni di valore che interessino un determinato mercato, sia esso dei tassi di interessi, dei cambi fra valute o azionario.

Il secondo gruppo di accordi appartiene alla classe del trasferimento del rischio, o «Risk transferring». Come tali, si definiscono quei patti attraverso cui le parti negoziano l'incidenza del verificarsi di un rischio già esistente, individuando chi fra loro sarà tenuto a sopportarne le relative conseguenze. Negoziare un rischio sta, dunque, a significare che la parte sulla quale ricadrebbero determinate conseguenze economiche ha facoltà di trasferirle mediante strumenti giuridici all'altra parte. Appartengono a questo secondo gruppo, fra le altre, le clausole *floor*, *cap*, *collar*, *corridor*, quelle di rischio cambio o ad indicizzazione differenziale e quelle *linked* nella forma pura, garantita e parzialmente garantita. Detta trasferibilità fra le parti del rischio finanziario assunto attraverso il contratto è resa possibile in ragione dei caratteri fondamentali del rischio, da cui siamo partiti. In linea di massima, le parti trasferiscono tra loro un rischio al fine di trarre un vantaggio da un possibile andamento di mercato (cd. *speculation*), ovvero e all'opposto, come scudo avverso le perdite prodotte da mutamenti negativi di un indice finanziario (cd. *hedging*)¹².

2. Clausole atipiche e qualificazione.

Lo studio della prassi sulle convenzioni di gestione del rischio evidenzia un dato difficilmente controvertibile: quello relativo al loro carattere di atipicità¹³. Siffatte convenzioni si sono difatti

¹² HUDSON, *The law on financial derivatives*, London, 2018, p. 133. Anche, CAPALDO, *Contratto aleatoria e alea*, Milano, 2004, p. 185 ss.; ID., *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999, p. 46. Allo stesso modo anche ANGELICI, *Alla ricerca del derivato*, cit., p. 49. Nella dottrina aziendalistica, MONTI e MESSINA, *La finanza per l'impresa*, Torino, 1996, p. 112.

¹³ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1402.; TERCIER, *Des législateurs innommés*, in *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zürich, 1998, p. 45; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano,

sviluppate in un contesto in cui, l'instabilità prodotta dallo scoppio della crisi globale ha determinato il sorgere di un'esigenza, comune alle parti, di gestire l'elemento del rischio finanziario attraverso accordi volti alla sua distribuzione e al suo trasferimento nel contratto. Sebbene i modelli convenzionali di gestione del rischio, data la matrice comune del problema, abbiano sperimentato una qualche forma di tipicità sociale attraverso la loro circolazione all'interno dei diversi ordinamenti dell'Unione Europea, tanto il legislatore nazionale quanto quello europeo non si occupano, *expressis verbis*, di fornirne una qualificazione sul piano normativo. L'assenza di una cornice di regole all'interno della quale inquadrare il fenomeno ha posto, pertanto, l'interprete di fronte al problema di definire più compiutamente i limiti cui incorrono le parti nella negoziazione sul rischio.

2.1. *L'approccio tradizionale e i suoi limiti*

L'approccio con il quale tradizionalmente si è guardato al problema delle clausole di gestione del rischio manifesta due differenti prospettive di visuale.

Per un verso, si è difatti guardato alla convenzione negoziale nella sua individualità, al fine di ricercarne un "difetto di fabbrica" nella struttura o nella funzione astrattamente e aprioristicamente perseguita, perdendone cioè il suo legame con il regolamento contrattuale di cui è parte: la vicenda che ha interessato la vessatorietà della clausola *floor*, d'altronde, è paradigmatica di questo indirizzo¹⁴. Il ruolo della clausola, come ingranaggio

1981, p. 5. Allo stesso modo, anche BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.

¹⁴ Tribunal Supremo, 9 maggio 2013, n. 241 (disponibile all'indirizzo: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>) e il successivo rinvio pregiudiziale a CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016, C-154/15 e C-307/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez c. Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*, in *I Contratti*, 2017, p. 11 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*; in *Riv. dir. banc.*, n. 2/2017, con nota di DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*. Per una posizione critica sull'equazione vessatorietà-

elementare di questo meccanismo, risulta, di conseguenza, fortemente svilito in esito a questo processo di frammentazione, così come il controllo sullo stesso. Un'analisi del patto di gestione nella sua individualità non chiarisce difatti se il rischio ed il carico economico assunto attraverso di esso sia chiaro e comprensibile per entrambe le parti. Se esso costituisca l'oggetto essenziale dell'obbligazione, o se rappresenti, piuttosto, un meccanismo accessorio rispetto alla realizzazione della prestazione principale¹⁵. Ancora, non chiarisce se le parti abbiano inteso assumere rischi equivalenti fra loro, ovvero abbiano inteso predisporre un assetto volutamente sbilanciato a favore dell'una o dell'altra: dunque, non consente neppure di verificare se l'assetto concretamente predisposto nella struttura sia conforme a quello che risultava dall'intenzione delle parti. Non chiarisce, infine, se, nei rapporti fra un intermediario ed una controparte non professionale – che rappresentano, invero, la quasi totalità dei negozi in cui compaiono siffatte convenzioni – il rischio assunto dal cliente sia adeguato al suo profilo finanziario. In una parola, l'analisi del patto di gestione come “monade” è *muta* rispetto alla definizione di una disciplina e dei rimedi in ordine alla distribuzione del rischio nel contratto¹⁶.

Per l'altro, si è proceduto nel senso opposto, identificando la disciplina e la validità della clausola con quella del tipo negoziale di appartenenza e trascurando, di conseguenza, ogni altra considerazione sulla struttura e sulla funzione individualmente perseguita dalla singola convenzione: la Corte di Giustizia ha, ad esempio, manifestato un siffatto approccio nell'esame della clausola linked, per ricavarne la qualificazione attraverso la sola analisi del contratto in cui essa è inserita¹⁷. Alla “tipicità sociale” della clausola si tiene dunque luogo attraverso la “tipicità normativa” che

intrasparenza, v., D'AMICO, *La vessatorietà delle clausole floor*, in *I Contratti*, 2017, p. 261.

¹⁵ In questo senso anche PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 150. Sul rilievo della composizione e contrapposizione dei diversi interessi, v., LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 129 ss.

¹⁶ CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 3.

¹⁷ CGUE, 1 marzo 2012, C-166/11 (*Gonzales Alonso*) e CGUE, 31 maggio 2018, C-542/16 (*Länsförsäkringar*).

caratterizza, all'opposto, il contratto o il servizio nel quale essa è convenuta. I diversi segmenti nei quali si articola il mercato finanziario sono stati difatti protagonisti, nelle ultime decadi, di un'imponente attività di regolazione che ha riguardato, fra le altre, proprio la dimensione del contratto e delle regole del diritto privato¹⁸. Nel settore bancario, in quello di investimento e in quello assicurativo la legislazione euro-unitaria ha mostrato un evidente cambio di passo rispetto alla regolazione che aveva caratterizzato i suoi primi interventi, realizzando una tendenziale spinta all'armonizzazione massima e alla standardizzazione del contenuto del contratto e del servizio offerto. Si è, pertanto, sostenuto che ove la clausola afferisca ad un determinato tipo contrattuale, la sua disciplina debba venir necessariamente ricavata dalle disposizioni previste per quella fattispecie negoziale, indipendentemente dall'effetto perseguito dalla convenzione¹⁹.

L'ipotesi di lavoro sopra suggerita non convince e non sembra, peraltro, convincere neppure il legislatore europeo il quale, nel coordinare fra loro le discipline dettate nei singoli settori, ha progressivamente abbandonato la prospettiva di frammentazione della disciplina, verso una logica di standardizzazione del "cliente retail" e del "prodotto"²⁰.

In una lezione ormai risalente a più di vent'anni fa - ma oltremodo attuale - un maestro della civilistica italiana, nel tracciare le coordinate di metodo per lo studio di un nuovo diritto dei contratti sottolinea con forza che «il nostro non è un sistema rigido, consente notevoli flessibilità; le esigenze del commercio, pure notevoli, non ne hanno impedito l'unità. Unità che ammette, ripeto, una ricchezza di discipline al suo interno»²¹. Ed è proprio nella complessità e nella

¹⁸ ALPA, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di codice civile europeo*, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 169.

¹⁹ CAMPAGNA, *Il credito strutturato. Rischio e autonomia privata nei contratti di credito*, Roma, 2020.

²⁰ LAMANDINI e MUNÖZ, *Eu Financial Law. An introduction*, Milano, 2017, p. 386 ss.

²¹ BENEDETTI, *Il nuovo diritto dei contratti*, lezione tenuta alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, nel 1995, nel contesto del Seminario organizzato e diretto dal prof. Giuseppe Vettori sul tema «Persona e mercato», ora

ricchezza che è opportuno andare alla ricerca di un metodo nuovo nell'affrontare il problema delle clausole di gestione del rischio, con uno sguardo volto alla unità del sistema e allo sforzo di astrazione concettuale.

3. *Una chiave di lettura alternativa: l'allocazione del rischio finanziario nella teoria dell'operazione economica*

In apertura, abbiamo sottolineato come il trasferimento di denaro non rappresenti l'elemento comune alle transazioni sul mercato finanziario. Invero, è nel rischio finanziario, nella sua gestione e distribuzione tra le parti che pare doversi ricercare quella prospettiva di unità in grado di valorizzare le differenze tra fattispecie e sulla cui base occorre procedere nella costruzione di nuove categorie e regole. Ebbene, si è dell'idea per cui la comprensione del meccanismo sotteso a ciascun ingranaggio non possa prescindere dall'osservazione del funzionamento della macchina nel suo complesso. Fuor di metafora, occorre guardare alla clausola non come ad una micro-frammentazione dell'autonomia contrattuale, ad una proposizione, cioè, isolata e rilevante nella sua individualità, bensì come ad un momento di un processo più ampio, fatto di regole proprie e limiti. Ed è proprio da qui che occorre muovere per ripensare alla categoria delle convenzioni di gestione e al ruolo del rischio finanziario nel contratto.

Quest'immagine fornisce lo spunto per un ripensamento dell'approccio volto alla riqualificazione delle dinamiche di interazione del rischio finanziario e della sua gestione nel contratto. La ricerca di limiti e di una disciplina delle clausole di gestione attraverso il riferimento allo *status* soggettivo dei contraenti o al *nomen contractus*, è sembrato far leva più su facili generalizzazioni e rigide posizioni formalistiche, che su di un reale intento di approfondimento del problema. In particolar modo, il peso attribuito al giudizio sulla clausola in sé, sui suoi effetti e su di una sua funzione astrattamente "tipica", in quanto estrapolata dal contesto in cui è inserita sembra aver distolto l'attenzione dal vero nodo centrale

in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, II ed., Napoli, 1997, p. 158, in corsivo nel testo originale.

della questione: il ruolo che la clausola svolge rispetto al funzionamento e alle conseguenze economiche del contratto o, meglio, dell'operazione economica realizzata dalle parti.

Muovendo da siffatte considerazioni, si è, pertanto, deciso di seguire un approccio che identifica una disciplina delle convenzioni non già attraverso la loro configurazione astratta, ma per il valore che assumono nella struttura e nella funzione complessiva del negozio²². Nel far ciò, si è inteso guardare alla collocazione del rischio all'interno del contratto o, meglio, alle modalità di interazione delle clausole con l'operazione economica come *unità formale* dell'autoregolamento privato²³.

3.1. *Rischio finanziario e struttura del negozio*

Sotto un primo angolo di visuale, la dimensione del rischio finanziario può essere, dunque, osservata in relazione alla sua interazione con il contenuto del contratto²⁴. Ciascuna delle fattispecie convenzionali interagisce con il rischio secondo modalità differenti, ma con una costante. Il rischio finanziario rappresenta per esse un accadimento futuro ed incerto, che investe la struttura stessa

²² Sulla problematica interazione fra clausola e operazione negoziale, v., CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, cit., p. 188.

²³ La posizione è quella espressa magistralmente da PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., p. 133 ss.; ID., *Contratto di alienazione e titolo di acquisto*, Milano, 1974, p. 2.

²⁴ Sul tema, salvi i richiami che saranno approfonditi nel prosieguo, si veda MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss.; GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss.; FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 365 ss.; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nuoviss. dig. it.*, XI, Torino 1965, p. 803 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; G. B. FERRI, *Capacità e oggetto del negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in G. B. Ferri (a cura di), *La anamorfose del diritto civile attuale. Saggi*, Padova 1994, p. 350 ss.; DE NOVA, *L'oggetto del "contratto di informatica": considerazioni di metodo*, in *I contratti di informatica*, Alpa – Zeno Zencovich (a cura di), Milano, 1987; ALPA, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, p. 1 ss.; GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 12 ss.; GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Milano, 2006, p. 695 ss.

del rapporto giuridico, implicando per le parti la sopportazione di fluttuazioni e variazioni economiche rispetto all'equilibrio di valore iniziale fra le prestazioni. Esso, per riprendere la casistica richiamata poco fa, può venir assunto dalle parti come modalità di adeguamento della prestazione al variare delle condizioni del mercato, può essere oggetto di trasferimento e scambio, ovvero può venir trasformato in un rischio di diversa natura, ma attiene pur sempre al piano del contenuto interno del negozio; è rischio, dunque, che potremmo definire "contrattualizzato"²⁵. Le clausole in esame assumono dunque l'effetto di attrarre nella struttura del contratto un elemento, quello del rischio finanziario, che riposerebbe altrimenti al di fuori di esso, e che coinvolgerebbe, piuttosto, il piano dell'alea normale²⁶. Operazioni siffatte si contraddistinguono, dunque, non tanto per la maggior intensità del rischio assunto dai contraenti, quanto per il ruolo che il rischio assume nella dinamica di determinazione del contenuto del negozio e della sua struttura²⁷.

L'esigenza di studiare il rischio nella dimensione del contenuto del contratto trova pertanto la sua ragion d'essere nelle ricadute, in termini di disciplina, che ha assunto l'oggetto del contratto in esito al processo di «dematerializzazione concettuale» di cui è stato protagonista²⁸. Secondo tale accezione, il rischio finanziario rappresenta una realtà esterna al negozio, descritta e disciplinata all'interno del contenuto del contrattuale, la quale si lega alle problematiche circa la sua trasparenza e determinatezza (art. 1346 c.c.)– anche in virtù del processo di determinazione *per relationem* – nonché della sua collocazione fra le disposizioni che individuano i *core terms* o gli *ancillary terms* del rapporto, ai fini della loro sottoposizione al vaglio di vessatorietà (art. 34, comma 2, cod. cons.).

3.2. *Rischio finanziario e funzione del contratto.*

²⁵ GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, cit., p. 20.

²⁶ IRTI, *Inflazione e rapporti privati*, in *Giust. civ.*, II, 1981, p. 311 ss.

²⁷ ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca Borsa e Tit. Cred.*, 1958, p. 438-439.

²⁸ GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, cit., p. 726.

A fianco dell'aspetto strutturale, il rischio finanziario assume altresì rilievo nell'ottica della funzione del contratto.

Se già abbiamo sottolineato come una prima caratteristica comune alle singole convenzioni consistesse nell'effetto di sottoporre la misura della prestazione dovuta, nell'*an* o nel *quantum*, al verificarsi di un evento incerto, è possibile altresì ravvisare, per le clausole in esame, un'identità di funzione: quella volta alla *gestione* di un *rischio* di natura *finanziaria*. Riprendendo gli esempi fatti in precedenza, indicizzare l'interesse convenuto in un contratto di credito all'andamento di un tasso interbancario realizza la funzione di neutralizzazione del rischio, condiviso da entrambe le parti, di incrementi o diminuzioni del valore del denaro nel corso di esecuzione del rapporto. Analogamente, l'apposizione di un *floor* o di un *cap*, rispettivamente, alla discesa o alla salita di un indice di mercato, consente di trasferire fra le parti i rischi relativi all'oscillazione del parametro assunto come riferimento per l'indicizzazione delle prestazioni. Ancora ed in misura più evidente, i rapporti assicurativi che prevedono un investimento del premio in valori mobiliari o panieri di titoli trasformano un rischio legato alla diminuzione di valore del capitale riscattabile con la polizza con quello conseguente all'oscillazione di valore di uno strumento finanziario sul mercato azionario.

L'emergere di tecniche finanziarie che consentono di isolare il rischio finanziario dal negozio, di attribuirgli un valore economico e di farne oggetto di gestione fra le parti ha posto al centro dei dibattiti il problema di come il rischio investa lo schema causale del contratto. Le convenzioni in esame realizzano un assetto attraverso il quale il rischio permea la struttura del contratto, sottoponendo la determinazione della misura delle prestazioni contrattuali alle variazioni di un indice esterno, ma non si limitano unicamente a far ciò. Esse adempiono ad una particolare funzione, cui sottende un preciso interesse delle parti, di gestire e distribuire fra loro un rischio che caratterizza l'operazione economica nel suo complesso. Ed è, anzi, proprio il perseguimento di siffatta funzione che contribuisce a dettare una linea di confine tra le clausole di gestione del rischio ed altre fattispecie, ad esse assimilabili sotto il profilo strutturale

(dipendenza della misura della prestazione dal verificarsi di un evento esterno), ma ispirate ad una logica del tutto differente.

L'esigenza di studiare il rischio finanziario nella dimensione causale del contratto trova, pertanto, una giustificazione, in ottica di disciplina, sotto almeno due punti di vista, fra loro intimamente legati²⁹. Da un lato, la possibilità di assegnare a detti accordi una funzione autonoma di gestione del rischio solleva il problema di valutare la loro interazione e la compatibilità con la causa "tipica" perseguita dal regolamento contrattuale su cui esse insistono. La prassi ha difatti evidenziato come il problema centrale della qualificazione non risieda tanto nella individuazione della funzione astrattamente perseguita dalle clausole, quanto nel ruolo che il rischio assume per effetto di esse all'interno del contratto, affiancandosi – financo a sovrapporsi – alla funzione che tipicamente connota quest'ultimo³⁰. Dall'altro, il loro carattere atipico solleva, al contempo, un problema di individuazione dei limiti cui va incontro l'autonomia privata nella creazione di schemi negoziali non riconducibili a quelli codificati. In altre parole, occorre interrogarsi sul se, e in che misura, l'ordinamento giuridico riconosca la meritevolezza della funzione perseguita attraverso i patti con cui i contraenti gestiscono il rischio finanziario, dal momento che «l'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata»³¹.

4. *La misura del rischio finanziario e le nuove tutele.*

Una ricerca sui limiti dell'autonomia privata nella negoziazione del rischio non può dunque che collocarsi in una prospettiva

²⁹ Questa distinzione vuole rifarsi, in particolare, alle teorie di G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., il quale parla del "problema della tipicità negoziale" e dell'"interesse meritevole di tutela".

³⁰ GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 259.

³¹ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV, § 603.

essenzialmente europea, di diritto privato regolatorio³². A questo proposito, sono illuminanti le parole del Maestro, quando afferma che «non occorrono nuove categorie costruite sulle qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) ma un metodo nuovo per la disciplina del contratto»³³.

La storia - anche drammaticamente recente - è testimone del fallimento delle politiche neoliberiste di *deregulation*, di marca thatcheriana e reaganiana³⁴. Il mercato ha bisogno di regole e fra di esse un ruolo ormai essenziale è svolto da quelle che disciplinano il modo e le forme di estrinsecazione dell'autonomia privata. L'Unione Europea ha assunto il ruolo di apripista di questo processo, introducendo una fitta rete di regole sull'istituto del contratto con le quali si è cercato, da un lato, di valorizzare le peculiarità dei diritti municipali, senza abbandonare, al contempo, lo sforzo di ricerca dell'unità («United in Diversity»). In seno a questo processo, l'accento posto dal legislatore euro-unitario sull'aspetto descrittivo nella disciplina degli atti di autonomia negoziale, ha, però, esercitato una forte influenza sull'interpretazione ed applicazione del diritto nazionale euro-derivato.

Lo sbocco di una teoria che provi ad inquadrare il fenomeno del rischio finanziario nelle categorie tradizionali del diritto dei contratti non può dunque che misurarsi sui limiti che l'ordinamento impone alla allocazione del rischio fra i privati: «di fronte al predominio dell'economia finanziaria e della potenzialità del contratto nel creare diritti e obblighi devono essere aggiornate le tutele e i rimedi contro

³² MICKLITZ, *The visible hand of European Regulatory Private Law. The transformation of European private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, in *Yearbook of European Private Law*, 2009, p. 3; GRUNDMANN, MÖSLEIN e RIESENHUBER, *Contract governance. An integrative Research Approach to Modern Contract Law*, Oxford, 2011.

³³ VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, in Id., *Contratto e responsabilità*, I, 2013, p. 15.

³⁴ ZOPPINI, *I confini del diritto privato*, Bologna, 2020.

le violazioni di interessi che la legge e l'ordine giuridico reputano meritevoli di protezione»³⁵.

4.1. *Il rischio trasparente.*

Un primo limite dell'autonomia delle parti nella negoziazione del rischio finanziario è ravvisabile nel rispetto dell'obbligo di trasparenza delle condizioni contrattuali. Il concetto di trasparenza nel contratto rappresenta una costante nella legislazione secondaria europea, tanto da aver assunto, nel tempo, il ruolo di principio cardine nei rapporti negoziali asimmetrici³⁶.

Il «plain and intelligibile language» (art. 4, § 2, Dir. 93/13) quale principio guida nella redazione di clausole trasparenti nei contratti tra una professionista ed un consumatore, appartiene dunque al più ampio ambito del *fairness test* di matrice europea, del quale costituisce tuttavia una manifestazione autonoma³⁷, tanto da essere

³⁵ Il tributo di definizione va allo scritto di G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 10 ss.

³⁶ MÖSLEIN e K. RIESENHUBER, *Transparency*, in Basedow, Hopt e R. Zimmermann (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, 2012, II, p. 1686 ss. Sulla trasparenza in ambito contrattuale, fra i più recenti, v., BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2018, II, p. 143 ss.; CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2021, p. 5 ss.; DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013; PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 1280 ss. Sul profilo della trasparenza e delle tutele contrattuali, BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013; GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2013, p. 451 ss.; RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012; ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti fra tutele civilistiche e disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, 2012, I, p. 35 ss.

³⁷ La Corte di Giustizia ha difatti definito il principio di trasparenza come «a separately prescribed criterion of unfairness under Unfair Contract Terms Directive»; CGUE, C-472/10, 26 aprile 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.* Il modello della “*geteilten Prüfungszuständigkeit*” viene difatti ordinariamente seguito dai giudici nazionali, come nel caso del rinvio alla Corte di Giustizia, CGUE, C-92/11, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*

assimilabile, secondo taluno, a «fundamental right of European Law»³⁸ e da costituire il «minimum standard EU law provides for, even in the field of core terms»³⁹.

La normativa eurounitaria – in particolare quella regolata dalle direttive sulla prestazione di servizi finanziari⁴⁰, sul credito immobiliare ai consumatori⁴¹ e IDD⁴² – sancisce chiaramente che la portata della trasparenza debba estendersi fino a ricomprendere l'informazione sul rischio finanziario, occorre ora domandarsi quale contenuto debba recare siffatta informazione affinché quest'obbligo possa dirsi effettivamente assolto. Vale, in sostanza, di chiedersi in quali casi l'informazione resa alla controparte le consenta di valutare adeguatamente le conseguenze economiche derivanti dall'assunzione di un rischio.

Ebbene, l'interpretazione pressoché unanime delle corti europee considera la trasparenza oltre ai soli profili – per così dire – “interni”, ossia legati alla formulazione e redazione delle clausole nel documento contrattuale, estendendo questo requisito alla spiegazione delle potenziali ricadute che determinati eventi “esterni” possano produrre sul contenuto della prestazione⁴³. Tuttavia, anche letta in questa logica, la regola di trasparenza dà ulteriormente spazio a più articolazioni possibili.

In un primo senso, il suo contenuto può concretizzarsi nella prospettazione, ad opera dell'intermediario, di una serie di scenari

³⁸ FERRANTE, *Transparency of standard terms as a fundamental right of European law*, in Heiderhoff, S. Lohsse e Schulze (a cura di), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, Baden Baden, 2016, p. 115 ss.

³⁹ MICKLITZ, *Reforming European Unfair Terms Regulation*, in *ERCL*, 2010, 4, p. 366.

⁴⁰ Art. 24, § 4, Direttiva 2014/65/UE (MiFID II).

⁴¹ Artt. 13, 14, 16, Direttiva 2014/17/UE (MCD).

⁴² Artt. 17 ss., Direttiva 2016/97/UE (IDD).

⁴³ MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1104; CAPUTO NASSETTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere “contratti derivati”*, in *Giust. civ. com.*, 2016, p. 79. In senso critico sull'assimilazione intrasparenza-vessatorietà, D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in D'amico e Pagliantini (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p.

possibili, conformemente al modello cd. “*what..if*”. Ciò vale a dire che, in sede di sottoscrizione del finanziamento, la banca è tenuta a fornire al consumatore un prospetto all’interno del quale vengono esposte le diverse conseguenze, in termini di aumenti o diminuzioni del costo del mutuo, in corrispondenza, rispettivamente, di un apprezzamento o di un deprezzamento della valuta straniera su quella domestica, dell’oscillazione di un tasso di mercato, ovvero di quella di un corso azionario. Il metodo si fonda, in sostanza, sull’analisi delle sole *possibilità* di andamento del mercato, selezionandone alcune - a titolo meramente esemplificativo - fra le infinite variabili ed indicando per ciascuna di esse la somma che il cliente è tenuto a corrispondere in caso di avveramento del relativo scenario. A livello normativo, il legislatore europeo è sembrato prediligere, ove chiamato a definire gli standard informativi sul rischio finanziario, l’utilizzo di siffatta tecnica, imponendo agli intermediari l’illustrazione degli scenari di performance nella redazione del “Prospetto informativo europeo standardizzato” (Pies) e del “Key Information Document” (Kid). Questa tecnica non è sconosciuta neppure alla disciplina del contratto in generale, la quale contempla l’utilizzo delle “indicazioni esemplificative” “quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto” (art. 1365 c.c.).

L’elemento che contraddistingue, però, il rischio finanziario rispetto ad ogni altra tipologia di rischio è quello legato alla sua misurabilità, tanto ad aver assunto, nella dimensione privatistica, un riconoscimento come valore economico suscettibile di costituire oggetto di scambio. Detto altrimenti, se è possibile prezzare il rischio ciò si deve soprattutto in relazione alla possibilità di attribuire, a ciascuno scenario astrattamente possibile, un certo grado di probabilità di verifica. Il progresso della matematica finanziaria ha difatti reso possibile la simulazione di traiettorie di prezzo delle attività finanziarie che determinano l’esposizione ad un rischio per mezzo delle quali risulta possibile formulare talune ipotesi circa la legge di movimento ad esse sottesa. Ebbene, su questa base si è sviluppato un secondo modello di trasparenza, fondato sulla condivisione fra le parti dei cd. “scenari probabilistici”. Rispetto a quello dei *performance scenarios*, siffatto metodo non si

limita unicamente ad illustrare un quadro asettico di possibili variazioni del tasso, ma indica altresì la griglia di probabilità con la quale il mercato seguirà un preciso andamento rappresentato nei diversi scenari: le parti, in sostanza, prima della sottoscrizione dell'accordo, conoscono *ex ante* le probabilità stimate per ciascuno scenario sulle base di un modello matematico condiviso e sono dunque consapevoli della *qualità* del rischio assunto⁴⁴.

Ebbene, vi sono ragioni per prediligere una lettura della regola di trasparenza, nel contesto della gestione del rischio finanziario, in senso economico o forte⁴⁵, adottando una posizione più rigorosa sui termini dello scambio del patrimonio informativo⁴⁶.

La finanza quantitativa insegna anzitutto che non esiste un modello univoco e non soggettivo per calcolare uno scenario in modo uniforme per i diversi mercati e per i diversi agenti sul

⁴⁴ Questa la posizione delle Sezioni Unite sui derivati stipulati da enti locali, v., Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, Rel. F.A. Genovese, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, I, p. 45 ss., con nota di PATRONI GRIFFI, *Noterelle a margine di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770: asimmetrie informative e meritevolezza dei contratti IRS*; in *Nuov. Dir. Civ.*, 2021, p. 207, con nota di CAPALDO, *Swap e gioco: venticinque anni di capitalismo finanziario e regolazione del mercato*; in *Riv. Dir. Banc.*, 2020, II, p. 123 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della P.A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2020, p. 1345 ss., con nota di GAROFALO, *Interest rate swap e causa: le Sezioni Unite prendono posizione*; in *Pers. Merc.*, 2020, p. 397 ss., con nota di PISTELLI, *La scommessa irrazionale dell'ente locale*.

⁴⁵ L'espressione è di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e ABF: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, p. 854 ss.

⁴⁶ In questo senso, MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, cit., p. 188 ss.; nonché la posizione di CAMPAGNA, *Clausole di parametrizzazione monetaria (indice-merci, cd. valuta estera, oro)*, in Confortini (a cura di), *Clausole Negoziali*, II, Torino, 2019, p. 563 ss. Nella dottrina straniera, anche JASCHINSKI, *Der Schutz des Verbrauchers in Fremdwährungsdarlehensverträgen – eine Bewertung unter Berücksichtigung von EuGH, Urt. v. 20.09.2018 (Rs. C-51/17), insbesondere mit Blick auf das Transparenzgebot*, in *VuR*, 2019 p. 20. In senso contrario, PAZOS, *Loans concluded in a foreign currency – their main subject matter and the transparency requirement*, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2018, p. 112.

mercato⁴⁷. Esistono difatti taluni approcci che fanno uso della tecnica degli scenari probabilistici unicamente al fine di attribuire un prezzo ad uno strumento finanziario (cd. *pricing*) e che si definiscono pertanto “neutrali al rischio”, in quanto non rappresentano in alcun modo né la probabilità di accadimento un evento futuro, né tantomeno la previsione di un certo andamento reale di mercato, quale la discesa o la salita di un tasso di interesse o del cambio fra due valute⁴⁸. Anche fra i modelli che fanno leva sull'utilizzo di probabilità cd. “reali” esistono tuttavia delle differenze di rilievo sostanziale, che conducono a risultati sensibilmente diversi fra loro in termini di probabilità sui singoli scenari, a seconda dei metodi matematici di riferimento.

In secondo luogo, l'accuratezza degli scenari rappresentati o – meglio - la probabilità del loro avveramento, dipende da una molteplicità di fattori, capaci di influenzare in profondo il grado di affidabilità degli stessi: “probabilità”, pare superfluo richiamarlo, non equivale difatti a “certezza” della previsione. La possibilità di individuare siffatti scenari corrisponde, come detto, alla formulazione di talune ipotesi circa i probabili andamenti dei diversi mercati di riferimento. Con buono sforzo di semplificazione, può dirsi che queste ipotesi prendono a fondamento, come fonte principale di informazione, il valore che l'attività finanziaria ha assunto nel corso del tempo. In particolare, l'intensità e la frequenza delle variazioni di valore che interessano un determinato mercato ne determinano la cd. volatilità: più i prezzi su di un mercato saranno

⁴⁷ CONSOB, *Un approccio quantitativo Risk-Based per la trasparenza dei prodotti di investimento non-equity*, a cura dell'Ufficio Analisi Quantitative, n. 63, aprile 2009; nonché il più recente, GIORDANO e SICILIANO, *Probabilità reali e probabilità neutrali al rischio nella stima del valore futuro degli strumenti derivati*, in *Quaderni di finanza. Consob*, 2013, n. 74.

⁴⁸ CASTELLANI, DE FELICE, MORICONI e MOTTURA, *Un corso sul controllo del rischio di tasso di interesse*, Bologna, 1993; HUMPHREYS e NOSS, *Estimating probability distributions of future asset prices: empirical transformations from option-implied risk-neutral to real-world density functions*, in *Bank of England working paper*, 2012 n. 455 (consultabile all'indirizzo: <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2012/estimating-probability-distributions-of-future-asset-prices-empirical-transformations>).

soggetti, nel tempo, a forti sbalzi di valore, maggiore sarà il suo grado di volatilità. Pare dunque intuitivo concludere che, ove maggiore sarà il grado di volatilità di un mercato, più complesso sarà anche misurarne in anticipo i probabili andamenti e, di conseguenza, meno affidabili saranno le previsioni che lo riguardano: questo aspetto dovrebbe pertanto essere parimenti valorizzato dal giudice in punto di esame sull'informazione fornita dall'intermediario al cliente. La fattispecie della violazione per carenza d'informazione sul rischio richiede, infine, una precisazione in ordine alla quantificazione del danno. Il modello di riferimento per la parametrizzazione della responsabilità dell'intermediario pare potersi invero ricostruire con la logica seguita fin d'ora, nel cd. *Differenz Schadenersatz* o "danno differenziale" di matrice tedesca⁴⁹. Come tale, intendiamo riferirci alla differenza sussistente fra le condizioni cui la parte predisponente ha nei fatti concluso l'accordo e quelle che avrebbe invece accettato, qualora correttamente informata sui profili di rischio effettivi. Su quest'ultima grava, dunque, l'onere di provare gli elementi di siffatto danno, ossia il peggioramento della sua situazione patrimoniale, il profilo di rischio occultato, ovvero non chiarito dall'intermediario ed, infine, l'impatto che l'informazione parziale sul rischio ha prodotto sulla formazione del suo consenso a contrarre a quelle determinate condizioni.

4.2. *Il rischio adeguato.*

⁴⁹La figura ha trovato particolare diffusione nella giurisprudenza tedesca in tema di obblighi di consulenza nella stipulazione di contratti di finanziamento con componenti speculative. Sul punto è definita anche in, BGH, Urt. 20 marzo 2007 – XI ZR 414/04, in *ZIP*, 2007, p. 954, Rz. 42 "*Ersatz der durch die gewählte Finanzierung entstandenen Mehrkosten*"; BGH, Urt. 24 aprile 2007 – XI ZR 340/05, in *ZIP*, 2007, p. 1255, Rz. 36 „*Ersatz der Mehrkosten gegenüber einer Finanzierung... durch ein herkömmliches Annuitätendarlehen*". Di recente, la Corte Federale Tedesca ha ravvisato il contenuto del danno differenziale nella "*Differenz zwischen den von ihr [Kunde] aufgewendeten und denjenigen Kreditkosten, die ihr bei Abschluss desjenigen Darlehensvertrag entstanden wären, der zwischen den Parteien im Falle einer ordnungsgemäßen Finanzierungsberatung zustande gekommen wäre*", BGH, Urt. 19 dicembre 2017, cit.

Un secondo limite che l'autonomia privata incontra nella negoziazione del rischio finanziario è quello previsto nelle norme che regolano la valutazione dell'adeguatezza dell'operazione da parte dell'intermediario. Si fa riferimento, in particolare, a quella forma di tutela consistente nell'imposizione di una relazione di congruità (cd. *suitability*) fra il bene o servizio proposto dall'intermediario e il profilo specifico del cliente cui esso è indirizzato⁵⁰. Il paradigma dell'adeguatezza mira, in sostanza, a rovesciare il paradigma per cui non sia dalla «benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che dobbiamo aspettarci il pranzo, ma dalla cura che essi hanno avuto del loro interesse egoistico»⁵¹: il professionista – non, beninteso, per benevolenza, ma per osservanza di legge – è tenuto a fornire consulenza al cliente sulle sole operazioni che risultino «adeguate», cioè in linea con l'interesse di quest'ultimo. Ciò non equivale, tuttavia, ad assicurare un'esclusione *in toto* del rischio finanziario ad esse sotteso, né tantomeno a gravare l'intermediario di un'obbligazione di risultato circa la redditività dell'investimento suggerito, bensì a garantire che dall'offerta al cliente siano esclusi i prodotti non allineati con le sue esigenze di impiego del risparmio e con il suo grado di tolleranza al rischio. Così intese, dunque, adeguatezza e trasparenza non costituiscono due paradigmi antitetici fra loro, bensì regole contrattuali che si intersecano e che mirano, entrambe, al perseguimento di una medesima finalità: l'assunzione consapevole di un rischio finanziario adeguato⁵².

La normativa eurounitaria ha attribuito un ruolo centrale alla *suitability rule*, oltre il contesto dell'investimento finanziario, per ogni altra tipologia di prodotto – *i.e.* anche quelli del segmento creditizio e assicurativo – per il quale sia reso un servizio di

⁵⁰ MUNDHEIM, *Professional Responsibilities of Broker-Dealers: The Suitability Doctrine*, in *Duke Law Journ.*, 1965, p. 449.

⁵¹ SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, in Campbell e Skinner, *The Glasgow Edition on the Works and Correspondence of Adam Smith*, Oxford, 1976, II, I.2, p. 26-27.

⁵² MUNDHEIM, *Professional Responsibilities of Broker-Dealers: The Suitability Doctrine*, cit., p. 449-450. Sul punto v., anche, IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, p. 60.

consulenza⁵³. Il problema che, di fondo, caratterizza la regola di adeguatezza è quello relativo alle conseguenze sul contratto dell'assunzione di un rischio inadeguato. La normativa delegata europea statuisce che in presenza di un'operazione giudicata inadeguata alla luce dell'esperienza, conoscenza ed obiettivi di rischio del cliente, all'intermediario è sempre fatto obbligo di astenersi dalla prestazione del servizio (art. 54, par. 10, Reg. Delegato Mifid II). Le disposizioni normative sulla regola di adeguatezza introducono dunque una fattispecie evidentemente "incompleta": in assenza di specifici rimedi ricavabili nel contesto della normativa euro-unitaria, l'attenzione non può che convogliare nuovamente verso le regole del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, pur sempre sotto l'egida del principio di effettività della tutela⁵⁴.

Il punto è sottolineato nella parte finale della nota decisione sul caso *Bankinter* (C-604/11). Il giudice del rinvio interroga difatti la Corte in ordine alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'obbligo di valutazione sull'adeguatezza in ragione della previsione di sole conseguenze di carattere amministrativo a carico delle persone responsabili (art. 51, dir. Mifid I). Non sorprendentemente, i giudici del Lussemburgo riconoscono che, di fronte al silenzio da parte del legislatore euro-unitario, spetti ai singoli Stati membri il compito di disciplinare le conseguenze contrattuali derivanti dalla violazione di siffatte regole, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Si è però dell'idea che, quantomeno con riferimento al nostro ordinamento, la modifica della regola che ammetteva l'investitore a

⁵³ NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

⁵⁴ VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 105; IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020; IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 978; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017, p. 35; REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 89; TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2011, p. 110.

confermare l'esecuzione di un'operazione inadeguata⁵⁵ renda possibile qualificare l'adeguatezza come un parametro di liceità del contratto stipulato in esito ad una consulenza sull'assunzione di un rischio finanziario⁵⁶. A ben vedere, la disposizione richiamata in apertura non si pone tanto in prospettiva di imposizione di una condotta determinata in capo all'intermediario, quanto piuttosto in quella di un vero e proprio divieto di stipulazione del contratto inadeguato. Ove, dunque, si riconosca che l'unica operazione ammissibile nell'ordinamento sia quella con la quale il cliente assume un rischio finanziario per lui adeguato, deve altresì concludersi – come, d'altra parte, sostengono persino le sentenze Rordorf - che "è la sua stessa esistenza [del contratto] a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto"⁵⁷. Il contratto che comporta l'assunzione di un rischio finanziario inadeguato difetterebbe, in questa prospettiva, non già della meritevolezza degli interessi perseguiti (art. 1322, comma 2, c.c.), ma della sua liceità (art. 1343 c.c.).

4.3. *Il rischio proporzionato ed il problema del «contratto giusto».*

Un ultimo breve commento vorrei dedicarlo al problema della proporzione fra rischi. Nell'ambito delle regole esaminate fin d'ora siamo pervenuti alla conclusione per cui il rischio finanziario nel contratto deve essere negoziato *consapevolmente* da entrambe le parti, e deve risultare altresì *adeguato* al profilo specifico del cliente, qualora la sua assunzione avvenga nel contesto di un rapporto di consulenza con un intermediario. La disciplina sulle clausole vessatorie pone, tuttavia, un quesito ulteriore rispetto a quelli esaminati fin d'ora, sintetizzabile con la seguente formula: in presenza di una contrattazione "asimmetrica", incontrano le parti il

⁵⁵ Art. 29, comma 1-3, Reg. Consob 11522/1998, modificato dagli artt. 40-41, Reg. Intermediari 20307/2018.

⁵⁶ IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, cit., p. 503 ss.,

⁵⁷ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724-26725, in *Il Foro It.*, 2008, I, c. 783; in *Contr.*, 2008, p. 221.

limite ulteriore della necessaria *proporzione* del rischio finanziario assunto da ciascuna di esse?⁵⁸.

Il problema apre difatti a due possibili scenari interpretativi.

In un primo, sarebbe possibile intendere siffatta nozione attribuendo un peso al mantenimento di un *equilibrio economico* del contratto per effetto della distribuzione del rischio finanziario attraverso le clausole – *i.e.* le parti contrattuali sopportano lo stesso rischio? Questa lettura si scontra però visibilmente con la logica da cui muove la dir. 93/13 che, indipendentemente dalla qualifica di una clausola come *core* o *ancillary*, esclude dal suddetto vaglio le convenzioni che vertano sulla «perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro» (art. 4, par. 2, Dir. 93/13). Oltre a ciò, risulta oltremodo arduo immaginare come possa modularsi un giudizio sulla sproporzione economica prodotta dalle clausole; che guardi, cioè, a come è allocato il rischio in termini di differente probabilità, andando, ad esempio, alla ricerca di una possibile corrispondenza fra la convenzione di un *cap* e quella di un *floor*⁵⁹.

Un secondo scenario pare, dunque, più coerente, non solo con la logica del discorso sviluppato fin d'ora, bensì con la *ratio* stessa delle disposizioni europee sul vaglio di abusività delle clausole. La vessatorietà guarda difatti ad uno squilibrio che è prettamente *normativo* e, come tale, si interfaccia sul modo in cui è costruito il regolamento contrattuale, attraverso le singole previsioni che lo compongono. Le diverse ipotesi contemplate dall'Allegato alla Dir. 93/13 forniscono, difatti, una prima traccia sul modo di intendere

⁵⁸ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. Impr.*, 2012, p. 1190; ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 141; MINERVINI, *Il «terzo» contratto*, in *Contr.*, 2009, p. 493; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007; DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990, p. 95.

⁵⁹ In questo senso, ancora, D'AMICO, *La vessatorietà delle clausole floor*, cit., p. 264-265. In senso contrario, v., CAMPAGNA, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (cd. floor clause)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2018, I, p. 119.

siffatta valutazione, da parte del legislatore europeo, del sintagma «squilibrio significativo fra diritti ed obblighi»: un tratto caratterizzante una pluralità di queste è ravvisabile, difatti, nell'esercizio di una facoltà unilaterale e discrezionale in capo al professionista di intervento modificativo sui termini del regolamento contrattuale. All'interno di una siffatta valutazione non possono che ricomprendersi, in conclusione, anche quelle clausole che introducono una sproporzione fra le parti, non tanto sulla misura del rischio assunto, bensì sui meccanismi che attribuiscono ad una sola di esse la facoltà di mutare il contenuto dispositivo (sul rischio finanziario) nel contratto alla luce del verificarsi di scenari ad essa sfavorevoli⁶⁰.

A ben vedere, dunque, nessuna disposizione nel panorama del diritto di derivazione euro-unitaria sembra spingersi fino ad imporre un nesso di necessaria proporzione fra i rischi assunti dalle parti, tanto per i rapporti simmetrici, quanto per quelli asimmetrici: sempre che, giova ripeterlo, l'assunzione e la distribuzione degli stessi sia fatta *consapevolmente* da entrambe e risulti *adeguata* al profilo soggettivo del cliente. Da ciò si potrebbe dunque dedurre, ragionando di conseguenza, che l'assunzione di un rischio sproporzionato non goda di alcun rilievo giuridico all'interno della disciplina del contratto. Il che parrebbe una conclusione non del tutto in linea con l'esaminata *ratio* della regolazione positiva sul rischio finanziario.

Si è, invece, dell'impressione che l'esistenza di rapporto di diversa proporzione fra rischi rilevi non già attraverso l'accertamento della natura abusiva della clausola, bensì, a monte, sul piano della qualificazione dell'operazione negoziale e, nella specie, sul vaglio di *realizzabilità* della causa (art. 1325, comma 2, c.c.)⁶¹. Il contratto che prevede un'allocazione *ab origine* sproporzionata nella misura del rischio finanziario è negozio astrattamente lecito e realizza, di per sé, interessi meritevoli di tutela o comunque non vietati dall'ordinamento giuridico (si pensi, ad esempio, all'ipotesi del giuoco e della scommessa): può però

⁶⁰ CGUE, C-186/16, 20 settembre 2017, *Andriuciuc*.

⁶¹ PERUZZI, *L'inutilizzabilità della prestazione*, Firenze, 2017.

risultare, in rapporto agli interessi delle parti, inidoneo a realizzare la funzione per la quale l'accordo è concretamente concluso⁶². Tale inidoneità non si manifesta, tuttavia, a seguito del verificarsi di fatti o circostanze sopravvenute che pregiudichino la finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto, ma per un malfunzionamento genetico che compromette fin dall'inizio la congruità fra l'interesse che muove le parti alla contrattazione ed il concreto funzionamento dell'accordo. Tale risulta, ad esempio, l'ipotesi del contratto assicurativo che allochi interamente il rischio finanziario dell'operazione sul cliente: risulta infatti del tutto inidoneo alla persecuzione di una finalità di tipo previdenziale un accordo che si connota unicamente o prevalentemente per il suo carattere speculativo.

Così intesa, la sperequazione fra rischi impone dunque un doppio giudizio da parte dell'interprete. Un primo in ordine alla qualificazione dell'operazione negoziale per come voluta dalle parti. Un secondo, invece in ordine alla corrispondenza fra l'interesse *oggettivamente* e *consapevolmente* determinato dalle parti, e l'assetto di rischi risultante dalla struttura *oggettiva* del contratto⁶³. In difetto di questa corrispondenza, l'accordo risulterà carente del requisito causale, non già sotto l'art. 1322, comma 2, c.c. (immeritevolezza degli interessi) o art. 1343 c.c. (illiceità della causa), bensì sotto l'art. 1325 comma 2 c.c. (irrealizzabilità della causa), dando pertanto adito all'invalidità totale del contratto.

⁶² GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018, p. 142-143.

⁶³ G. B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. Ferri e Angelici (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 99.

ARMANDO PLAIA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Palermo

PER UNA RESPONSABILITÀ MEDICA “RAZIONALMENTE CREDIBILE”

SOMMARIO: 1. La “contrattualizzazione” della responsabilità civile: tre ragioni di un’evoluzione. – 2. Ritorno alle obbligazioni di mezzi: l’art. 7, L. 24/2017 (c.d. Gelli- Bianco) e la giurisprudenza sul nesso di causalità. – 3. Attuazione del diritto ad una “buona cura” vs. compensazione della perdita correlata alla lesione dell’interesse (alla conservazione del proprio stato di salute).

1. *La “contrattualizzazione” della responsabilità civile: tre ragioni di un’evoluzione.*

Nella prima decade degli anni duemila si è assistito ad un imponente fenomeno di “contrattualizzazione” della responsabilità civile, sia in ragione di una espansione per così dire “esterna” dell’ambito operativo dell’art. 1218 c.c., in luoghi in precedenza appannaggio della responsabilità extracontrattuale, sia in ragione di una riespansione “interna”, e cioè di un ritorno ad un’applicazione della stessa disposizione a tutte le obbligazioni, senza più deroghe. Ci si riferisce, per un verso, alle note vicende dell’*obbligazione senza prestazione* o, se si vuole, del *contatto sociale*, e del riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (quest’ultima peraltro ritenuta compatibile con la validità del contratto); per altro verso, al declino della tradizionale distinzione tra “obbligazioni di mezzi” e “obbligazioni di risultato”.

Esattamente venti anni fa, infatti, la giurisprudenza, accogliendo la teoria dell’*obbligazione senza prestazione*, formulata nel nostro

sistema giuridico da Carlo Castronovo¹, ha assecondato un rapido processo di generalizzazione della *culpa in contrahendo* tipizzata all'art. 1337 c.c., valorizzando l'affidamento del terzo riposto sullo *status* di taluni soggetti qualificati (medico dipendente, insegnante) e l'obbligo di protezione (di tale affidamento) innescato dalla regola della buona fede e gravante su questi ultimi². In questo modo, la tutela del terzo entrato in contatto con il soggetto qualificato, e da quest'ultimo danneggiato, è divenuta contrattuale in ragione della ritenuta violazione di un obbligo di protezione, e cioè di un'obbligazione priva di prestazione (per il debitore) e di pretesa (per il creditore), avente fonte in un fatto (l'affidamento) idoneo a produrla ex art. 1173 c.c.³ Si ammette dunque che l'ipotesi archetipica della responsabilità da contatto – che genera responsabilità (soltanto) in ragione di una tipizzazione legislativa (1337 c.c.) – possa replicarsi ogni qual volta, pur non sussistendo una indicazione legislativa tipica ed esplicita, possa comunque affermarsi la sussistenza di un affidamento meritevole di protezione ingenerato da uno *status* qualificato.

La seconda ragione che induce a parlare di “contrattualizzazione” della responsabilità civile è il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.⁴, tradizionalmente ricondotta invece all'illecito aquiliano⁵. Argomentando dalla violazione del dovere di buona fede, si perviene, con un ritardo di quasi mezzo secolo rispetto alla formulazione della tesi da parte di Luigi Mengoni, all'accoglimento dell'idea che la responsabilità precontrattuale, poiché scaturente dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente al danno, non possa ritenersi una vicenda che coinvolge soggetti estranei, e debba invece considerarsi una *species*

¹ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 521.

² Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, c. 4; in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, il quale non sembra condividere, probabilmente non a torto, che l'opzione interpretativa prescelta sia quella più aderente alla realtà materiale.

³ Cfr. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, p. 955.

⁴ Cfr. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 985.

⁵ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*.

del *genus* responsabilità contrattuale. Tutto ciò, peraltro, accade negli stessi anni in cui si registra un ampliamento del perimetro operativo della responsabilità precontrattuale, ora ritenuta compatibile con la validità del contratto⁶, secondo la teorica dei “vizi incompleti”: quest’ultima generalizza⁷ il congegno normativo tipizzato all’art. 1440 c.c. (dolo incidente) e, come attesta la diffusa casistica sui contratti finanziari, apre alla risarcibilità del danno precontrattuale a favore della parte di un contratto (valido ma) svantaggioso⁸.

Nel frattempo, e siamo alla terza ragione dell’evoluzione sin qui tratteggiata, la regola dell’art. 1218 c.c. – ormai estesa anche all’ipotesi della violazione di una *obbligazione senza prestazione* e al danno da comportamento precontrattuale scorretto e risarcibile (anche soltanto se il contratto è svantaggioso) – torna ad applicarsi, senza più eccezioni, a tutte le obbligazioni, comprese a quelle che per circa cinquant’anni ad essa si erano sostanzialmente sottratte⁹. È ben noto, infatti, che tradizionalmente alle c.d. “obbligazioni di mezzi” si è applicato l’art. 1176 c.c. in luogo dell’art. 1218 c.c., sul presupposto che nelle stesse non fosse promesso e dedotto in obbligazione un risultato. In sostanza, queste obbligazioni si sono sempre sottratte al regime dell’art. 1218 c.c., in virtù del quale spetta al debitore, che voglia andare esente da responsabilità, dover provare l’impossibilità non imputabile dell’adempimento. In applicazione

⁶ Convinto assertore di tale compatibilità, sul presupposto che validità e responsabilità operano su piani diversi e non entrano in contraddizione è stato VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 100.

⁷ Cfr. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995 e BENATTI, *Culpa in Contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 298.

⁸ Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 2, c. 440, con nota di SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di un contratto valido: l’area degli obblighi di informazione*. Cfr. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 785.

⁹ Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 871, con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. Sulla posizione delle Sezioni unite cfr. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 393.

dell'art. 1176 c.c., si è invece fatto gravare sul creditore di una prestazione professionale l'onere di provare l'inadempimento del debitore e cioè la sua colpa, secondo una logica non dissimile da quella aquiliana. Con l'abbandono di questa classificazione, dunque, l'art. 1218 c.c. torna a rioccupare lo spazio in precedenza sottrattogli e la responsabilità contrattuale perde ogni contaminazione con la logica aquiliana. È questo, se si vuole, un ulteriore momento di "contrattualizzazione" della responsabilità civile, questa volta nel senso di una applicazione piena e senza deroghe del più severo regime per il danneggiante/debitore prescritto all'art. 1218 c.c.

2. *Ritorno alle obbligazioni di mezzi: l'art. 7, L. 24/2017 (c.d. Gelli- Bianco) e la giurisprudenza sul nesso di causalità.*

In questo contesto, si inseriscono due vicende, una legislativa e una giurisprudenziale, che segnano invece un arretramento o comunque un depotenziamento della regola della responsabilità contrattuale sancita all'art. 1218 c.c. Per un verso, infatti, il legislatore interviene a gamba tesa sul tema del *contatto sociale qualificato* ("obbligazione senza prestazione") e impone la qualificazione aquiliana della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera¹⁰. Per altro verso, la giurisprudenza¹¹ riscrive, a vantaggio del

¹⁰ Art. 7, L. 24/2017, c.d. Gelli- Bianco. Cfr. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018 e VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 959.

¹¹ Si veda in particolare Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1348, con nota di D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*; in *Danno e resp.*, 2018, p. 345, con nota di D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*. Su tale pronuncia cfr. anche PARDOLESI e SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 5; PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, c. 709; SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 265. Nonché Cass., ord., 15 febbraio 2018, n. 3693, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3582, con nota di R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*. Infine, Cass., 11 novembre 2019, n. 28992, commentata da PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*,

debitore/danneggiante, le regole operative sull'onere della prova del nesso di causalità in ambito contrattuale. Si consolida infatti la tesi, in precedenza piuttosto controversa, secondo cui il nesso eziologico tra condotta del debitore e danno debba essere provato dal creditore danneggiato. La logica aquiliana torna così ad aggravare nuovamente il carico probatorio del creditore, questa volta, però, non in punto di prova dell'adempimento/inadempimento – in ossequio alla teorica delle “obbligazioni di mezzi” – ma piuttosto con riferimento alla prova del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento dannoso.

Nell'ultimo ventennio, infatti, a partire da un'importante decisione delle Sezioni unite sull'onere probatorio nella tutela contrattuale¹², si è affermata l'idea – in precedenza sostenuta soltanto da un indirizzo minoritario, peraltro solo per l'inadempimento e *non per l'inesatto adempimento* - che il creditore dovesse soltanto allegare – e non provare – l'inadempimento del debitore, e che spettasse invece a quest'ultimo la prova dell'adempimento dell'obbligazione ovvero dell'impossibilità dell'adempimento per causa non imputabile. Idea giustificata, a dire delle Sezioni unite, da esigenze di uniformità di trattamento di tutte le azioni contrattuali (adempimento, risoluzione, risarcimento), di semplificazione (da qui la forzatura dell'equiparazione tra inadempimento e inesatto adempimento) e dai c.d. principi di “persistenza del diritto” e di “vicinanza della prova”, entrambi correttivi delle rigidità della norma codicistica generale sull'onere della prova (art. 2697 c.c.). Questa nuova regola, inopinatamente

e D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di PARDOLESI, Roma, 2020, pp. 150, 169.

¹² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, p. 118, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*.

estesa anche all'inesatto adempimento¹³, poco più tardi¹⁴ si è significativamente consolidata anche nell'ambito della responsabilità contrattuale medica, ove si era appunto ritenuto che il paziente (creditore) potesse semplicemente allegare l'inadempimento del sanitario o della struttura, spettando, invece, a questi ultimi (debitore) fornire la prova dell'assenza di colpa, nonché – secondo alcuni giudici – che il danno (peggioramento dello stato di salute o mancato miglioramento), pur riconducibile *in astratto* ad un inadempimento eziologicamente “qualificato”¹⁵ del medico – secondo l'allegazione del paziente/creditore - non fosse in *concreto* da ricondurre ad una condotta inadempiente (pur sussistente).

Viene così obliterata definitivamente la categoria delle “obbligazioni di mezzi” e la tradizionale deroga, a queste ultime riservata, al severo dispositivo dell'art. 1218 c.c.; in tal modo, anche nelle prestazioni sanitarie di ordinaria o particolare difficoltà (ad esito cioè non scontato) – e non più soltanto in quelle routinarie¹⁶ – l'onere

¹³ Aspetto criticato da MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565, CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 118, NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 871, D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 356. Vedi invece VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., p. 393.

¹⁴ Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*

¹⁵ Così, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

¹⁶ Considerate *quoad effectum* obbligazioni di risultato già a partire da Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 953, con un “percorso a ritroso” osserva NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 871, imposto dal peccato originale della distinzione tra mezzi e risultato. Tradizionalmente – in ragione di una presunzione “giurisprudenziale” di inadeguata esecuzione della prestazione professionale, correlata all'insuccesso di un intervento “non difficile” – si è imposto al medico la dimostrazione che l'esito infausto fosse stato causato dal “sopravvenire di un evento imprevisto e imprevedibile, oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale”. Il commiato dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato, come si è anticipato nel testo, ha recato con sé anche l'abbandono della distinzione tra prestazioni routinarie e prestazioni di (ordinaria o) particolare difficoltà. Tale classificazione ha mantenuto così una residuale valenza come criterio rilevante (non più per la distribuzione dell'onere probatorio ma) per la determinazione del

della prova dell'adempimento sarebbe ormai gravato sul medico/debitore.

Il già citato intervento legislativo e la posizione più di recente assunta dalla giurisprudenza sul nesso di causalità segnano invece una battuta d'arresto e anzi un ritorno, per qualcuno condivisibile¹⁷, alle "obbligazioni di mezzi" e cioè ad un regime meno severo (questa volta in punto di prova del nesso di causalità) per il medico.

3. Attuazione del diritto ad una "buona cura" vs. compensazione della perdita correlata alla lesione dell'interesse (alla conservazione del proprio stato di salute).

Dopo essere giunta, al crepuscolo del secolo scorso, a qualificare come contrattuale la responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera – in un momento storico in cui si riteneva ancora che spettasse al paziente l'onere di provare l'imperizia e la negligenza - la giurisprudenza aveva, per la verità, continuato a ragionare in termini "aquiliani", come dimostra l'affermazione, mai messa da parte, secondo cui il nesso di causalità sarebbe requisito di fattispecie (come appunto accade nella responsabilità *ex art. 2043 c.c.*). Poco più in là, si perviene però alla creazione di una *presunzione giurisprudenziale*¹⁸ di inadempimento e, coerentemente con tale approdo, si opta per una sorta di "terza via" in punto di nesso di causa: sul paziente si fa gravare un mero onere di allegazione di un inadempimento "qualificato", mentre sul medico la ben più gravosa prova dei fatti a fondamento della insussistenza del nesso. Si è trattato, a dirla tutta, di un tentativo di rimodulazione dei temi di prova

grado della colpa (art. 2236 c.c.): il medico che provi la difficoltà della prestazione può invocare a suo favore la regola dell'art. 2236 c.c. ed essere esonerato da responsabilità per imperizia lieve.

¹⁷ D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit. , p. 358, nota 46, per il quale potrebbe anche mantenersi «ferma (se si vuole) l'idea che la prova del nesso di causalità spetta (in linea di principio) al creditore, ma riconoscendo che quest'onere probatorio si inverte in presenza di prestazioni mediche "ad alta vincolatività", nelle quali il mancato conseguimento del "risultato" giustifica una "presunzione giurisprudenziale" di sussistenza del nesso di causa».

¹⁸ Tale presunzione consente, per via generale e astratta (cioè in tutte le prestazioni routinarie), di spostare sul medico la prova dell'adempimento.

in grado di conciliare la struttura sostanzialmente “aquiliana” della fattispecie con la regola ormai contrattuale e più severa per il danneggiante.

Il vero è che le tre grandi novità che hanno interessato la responsabilità contrattuale nell’ultimo ventennio, e cioè la “contrattualizzazione” della responsabilità medica (1999), l’inversione dell’onere di prova (dell’inadempimento e soprattutto) dell’inesatto adempimento (2001), e l’abbandono esplicito della categoria delle “obbligazioni di mezzi” (2008), restituiscono un sistema incoerente e, come si è osservato, eccessivamente rigido¹⁹. Il nuovo assetto conseguente allo spostamento della responsabilità medica verso la responsabilità contrattuale (1999) – in cui è comunque ancora il paziente, creditore di una prestazione di mezzi, a dover provare la colpa, *tranne che nelle prestazioni routinarie* – ha infatti retto sino al tempo in cui in quest’ultimo ambito, quello contrattuale, albergavano ancora le obbligazioni di mezzi e la relativa disciplina *sostanzialmente* aquiliana in punto di *favor debitoris* (è il creditore-danneggiato a dover provare la colpa). Quando, però, qualche anno più tardi, la giurisprudenza ha abbandonato quella distinzione – potrebbe dirsi, prima sul piano processuale (2001) e poi sostanziale (2008) – i nodi sono venuti al pettine: il medico, che aveva già indossato malvolentieri il “camice” contrattuale, non ha infatti retto la severità di un regime - in cui è *sempre* il debitore a dover provare l’assenza di colpa – tradizionalmente poco congeniale alle obbligazioni professionali, con la conseguenza che legislatore (2017) e giurisprudenza – come era forse prevedibile²⁰ – hanno dovuto venirgli in soccorso, (ri)qualificando la fattispecie in senso extracontrattuale e sgravandolo dell’onere della prova del nesso di causalità.

L’obiezione più seria che, in particolare, viene mossa all’orientamento giurisprudenziale in questione è che l’adozione di una tale re-

¹⁹ Si veda il contributo di IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica in Responsabilità sanitaria in Cassazione: tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., p. 198, in cui si auspica un ritorno ad una regola “flessibile”.

²⁰ Cfr. le considerazioni di IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro dell’evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno resp.*, 2005, p. 130.

gola di decisione del fatto incerto segnerebbe un ritorno alla distinzione tra “obbligazioni di risultato” e “obbligazioni di mezzi” e ad un regime di responsabilità contrattuale differenziato in ragione del tipo di obbligazione inadempita. Per di più, si osserva, il regime di responsabilità (meno severo) correlato all’inadempimento di un’obbligazione di “fare professionale” verrebbe a coincidere, in punto di nesso di causalità, con quello della responsabilità extracontrattuale.

Andrebbe, invece, ribadita l’unitarietà dell’obbligazione e del regime di responsabilità contrattuale, non intaccate, si aggiunge, dalla varietà “morfologica” che caratterizza talune obbligazioni, in particolare quelle in cui la prestazione dovuta e il risultato atteso dal creditore non sono “predeterminati”²¹. In queste ultime, questa la tesi sostenuta, si pone il problema dell’accertamento sia dell’inadempimento, sia della relazione eziologica tra quest’ultimo e il danno conseguente alla mancata soddisfazione dell’interesse del creditore: «si rende, quindi, necessario un ulteriore passaggio, deputato ad appurare se la modificazione subita dal creditore sia riconducibile alla condotta inesatta, commissiva od omissiva, del debitore»²². Questa indagine causale, si precisa, costituirebbe una “coda” del giudizio di inadempimento, e non sarebbe invece un giudizio di causalità in senso proprio (e cioè “in concreto”).

L’esito interpretativo cui questa dottrina²³ approda non persuade per almeno tre ragioni. Sul piano dell’ancoraggio normativo, il fatto che il codice civile non disciplini il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale è in parte giustificato dalla circostanza che il vincolo assorbe e risolve il problema dell’imputazione oggettiva, e cioè dell’individuazione del soggetto (il debitore, appunto) cui imputare il danno²⁴. Talora, invece, l’esigenza di un’indagine volta

²¹ Cfr. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, cit., pp. 720, 732.

²² PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 733.

²³ PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 735

²⁴ Lo chiarisce molto bene PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 719, secondo cui nella responsabilità contrattuale, non v’è uno spazio autonomo né per l’imputazione soggettiva, né per quella oggettiva, entrambe presiedute dall’inadempimento. Quest’ultimo, osserva acutamente l’Autore, «esibisce un’intrinseca connotazione

all'accertamento del nesso eziologico si ripropone. Questa dottrina, in tale ultimo caso, propone un giudizio causale che si arresti al piano astratto della compatibilità del tipo di danno subito con il tipo di inadempimento: la riconducibilità del primo al secondo, si dice, verrebbe confermata dalla circostanza che una certa tipologia di esito infausto è conseguenza, in un certo numero di casi, di una certa tipologia di imperizia o negligenza. Il giudizio causale viene, in tal modo, agganciato ad una frequenza meramente statistica, che qualifica l'inadempimento come eziologicamente rilevante. Il collegamento causale così instaurato, si conclude, andrebbe invece smentito dal medico, mediante l'indicazione e la prova di un evento alternativo idoneo a cagionare il danno. Si suggerisce, così, una regola di distribuzione dell'onere della prova ancorata al dispositivo normativo dell'art. 1218 c.c. sull'impossibilità non imputabile²⁵.

Tale regola, tuttavia, non ci pare possa essere applicata analogicamente al problema del nesso di causalità, come invece si sostiene²⁶, poiché il concetto di "impossibilità non imputabile" della prestazione vale a coprire soltanto talune marginali ipotesi di scuola in cui la causa sopravvenuta (non già cagioni autonomamente l'evento dannoso, ma) renda impossibile la prestazione, e dunque estingua il diritto di credito: si pensi al caso del farmaco improvvisamente non reperibile per una calamità naturale²⁷ o a quello dell'incidente stradale incolpevole che impedisca al medico di giungere in tempo per l'intervento. La disciplina che l'art. 1218 c.c. detta per la causa di esonero da responsabilità (quella dell'impossibilità) non

eziologica che rende superflua una specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale» e ciò spiega, continua PIRAINO, perché la causalità non sia elemento costitutivo distinto della fattispecie di responsabilità. Proprio per queste condivisibili ragioni, però, a nostro avviso, dovrebbe ammettersi che il nesso causale torni ad essere requisito autonomo di fattispecie quando il carattere protettivo dell'obbligazione (obblighi di protezione) rende nuovamente rilevante il problema dell'individuazione della causa del danno.

²⁵ PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 730.

²⁶ PIRAINO *op. ult. cit.*, p. 730: «la causa autonoma del danno va assoggettata per estensione analogica al trattamento giuridico riservato dagli artt. 1218 e 1256 c.c. alla causa di impossibilità».

²⁷ L'esempio è ripreso da D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., p. 349.

può allora trovare applicazione per la verifica e la ricostruzione del nesso causale²⁸. Una cosa è, infatti, la prova che il risultato promesso, la “buona cura”²⁹, non sia stato conseguito per una causa specifica che “eccezionalmente” abbia reso impossibile la prestazione (si pensi ad una epidemia che conduce all’inevitabile saturazione dei posti in terapia intensiva) e cioè abbia impedito, in tutto (non è iniziata) o in parte (si è interrotta) l’esecuzione della prestazione. Altra cosa, la dimostrazione che sia stato il mancato (e possibile) perseguimento del risultato promesso, e cioè la “cattiva cura”, e non invece una causa alternativa a cagionare il danno. In quest’ultimo caso, infatti, l’esecuzione della prestazione – che per essere qualificata come inesatta o “cattiva”, deve essere stata possibile e portata a termine – non ha consentito il soddisfacimento dell’interesse del paziente (il miglioramento dello stato di salute) per fatti estranei alla condotta del medico non già “eccezionali” e, anzi, in un certo senso, “coerenti” con la distanza eziologica che separa la conseguenza dannosa dalla condotta “protettiva” del debitore. Si pensi, a tal proposito, all’incidenza, sul verificarsi della patologia insorta, di una complicanza iatrogena prevedibile, dunque non eccezionale, e tuttavia non evitabile. Qui il soddisfacimento dell’interesse creditorio correlato al risultato promesso non dipende esclusivamente dalla condotta del debitore, ma anche da fattori esterni.

Un’altra ragione che rende scarsamente preferibile questa ricostruzione, risiede nel fatto che essa propone un’indagine eziologica che possa concludersi sul piano generale e astratto³⁰.

²⁸ Così invece PIRAINO, secondo cui il medico che non riesca a provare l’adeguatezza del proprio operato, potrebbe andare esente da responsabilità o provando la sopravvenienza di una causa che ha reso impossibile la prestazione (interruzione dell’energia elettrica non prevedibile, né evitabile, improvvisa carenza di un farmaco a causa di un terremoto ecc.) o provando che il danno è stato cagionato (più probabilmente che no) da una *causa specifica* e diversa dall’inadempimento: si tratterebbe, in quest’ultimo caso, precisa l’Autore, della prova di una causa di esonero atipica cioè non positivizzata.

²⁹ MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni di “mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185.

³⁰ L’allegazione eziologica, in altre parole, deve trovare in giudizio una conferma logica, secondo lo standard di prova del “più probabile che no”. L’ipotesi,

Si può, infatti, seriamente dubitare della bontà di una regola di distribuzione dell'onere della prova che conduca all'accoglimento della domanda anche quando risulti priva di credibilità razionale, perché fondata solo su una probabilità meramente statistica, e non logica³¹, l'ipotesi allegata dal paziente³². Questo sarebbe, invece,

cioè, che, nel caso concreto, il danno sia stato cagionato da una cattiva "protezione" del medico, deve apparire al giudice "più probabile" dell'ipotesi contraria, e cioè dell'ipotesi che la condotta sanitaria non abbia causato l'insorgenza o l'aggravamento della patologia. È questo lo "standard di prova" adottato (a partire da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619) da una giurisprudenza ormai costante. Si tratta di una regola di valutazione della prova che orienta e limita il libero convincimento del giudice e la logica inferenziale espressa dal suo prudente apprezzamento. Il ragionamento probatorio si basa, infatti, su inferenze logiche fondate su massime d'esperienza (generalizzazioni di conoscenze empiriche dell'uomo medio) o scientifiche (di tipo statistico), e la "credibilità razionale" o "probabilità logica" dell'enunciato fattuale allegato dalla parte (e poi affermato dal giudice) dipende dalle prove fornite. Poiché, però, nel processo civile non esiste un criterio legale di valutazione della prova, la giurisprudenza – posto che sarebbe irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile dell'ipotesi inversa – ha accolto e adottato la regola della prova del "più probabile che no". Sulla base di tale criterio, il nesso di causalità – e più in generale un fatto nel processo civile – può dirsi provato (o l'enunciato fattuale allegato può dirsi vero) quando si raggiunga un livello di "probabilità logica" (e cioè di "credibilità razionale") tale – non esprimibile in una percentuale – per cui l'ipotesi che nel caso concreto la condotta del medico abbia cagionato il danno sia più probabile dell'ipotesi contraria, e cioè dell'ipotesi che la condotta non abbia cagionato il danno.

³¹ La "probabilità logica" è la probabilità che un enunciato fattuale possa dirsi vero o falso sulla base di un ragionamento logico fondato sulle prove: cfr. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 2526; nonché TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 128, che parla di «grado di conferma logica che un enunciato riceve sulla base delle prove che ad esso si riferiscono».

³² Si pensi all'ipotesi di un bambino cui venga diagnosticata una lesione cerebrale, patologia che può essere genetica, o successiva al parto, ma anche possibile conseguenza di una condotta imperita del medico: il ritardo nel parto può infatti causare sofferenza (in un numero più o meno elevato di casi) e dunque una lesione cerebrale. Questa ipotesi causale, fondata su una probabilità statistica, è però astratta e nulla ci dice sul singolo caso concreto e (peraltro) già accaduto, almeno sinché non trovi conforto sul piano strettamente probatorio e cioè della "probabilità logica". Si pensi, ancora, ad un intervento chirurgico al polso in ragione di una frattura di radio cui, secondo le prospettazioni del paziente, sarebbe seguita una

l'esito inevitabile di un giudizio in cui, non essendosi raggiunta la prova dell'assenza di una relazione causale, l'azione venga accolta sulla base della mera allegazione dell'inadempimento eziologicamente "qualificato" (ad es. dalla percentuale di rischio di una complicanza iatrogena associata ad un intervento imperito) e dunque di un dato astratto e meramente statistico, non confortato da (altri) elementi di prova³³.

lesione del nervo mediano. Anche qui, la letteratura scientifica ci dice che la lesione del nervo è un "tipo" di danno che può essere conseguenza di un trattamento chirurgico imperito del polso, ancorché possa anche essere possibile "complicanza" iatrogena (cioè causata dall'intervento medico, ma) non evitabile, oppure essere conseguenza della frattura stessa (causata dalla contusione o dall'edema). L'imperizia del medico è, allora, eziologicamente rilevante in astratto, ma occorre valutare se, in concreto, il danno sia "più probabilmente che no" una complicanza inevitabile, ovvero se possa dirsi vera "più probabilmente che no" – tenendo conto anche del livello di probabilità statistica, che tuttavia è solo un argomento tra tanti – che a cagionare la lesione sia stata l'imperizia del medico. Ebbene, anche in un caso di questo tipo, la frequenza statistica della complicanza iatrogena assai poco ci dice in termini di "probabilità logica", potendo, al più, valere quale argomento di prova, certamente insufficiente a rendere credibile razionalmente l'ipotesi eziologica allegata.

³³ Ovviamente, questo discorso vale ancor di più se la probabilità statistica su cui si assesta l'inadempimento "qualificato" è molto bassa. Se, infatti, l'allegazione del paziente introduce un'ipotesi fattuale costruita su una frequenza rara (percentuale di casi in cui al verificarsi di quel tipo di patologia, si presenta anche quel tipo di violazione di una linea guida o di una pratica clinico-assistenziale), a conforto della stessa non vi sarebbe neppure il dato statistico. E, tuttavia, la critica che qui si muove vale anche se la percentuale di probabilità richiesta, perché possa considerarsi eziologicamente rilevante l'inadempimento, sia piuttosto alta (è questa la condizione opportunamente posta da PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 443). Come afferma CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 359, infatti, la scienza non riesce a fornire spiegazioni «riguardo al quesito eziologico posto dall'evento, potendo soltanto fornire statistiche relative alla ricorrenza degli eventi in presenza di uno o più fattori rilevanti nel caso concreto». E dunque, come chiarisce TARUFFO, *op. cit.*, 118, «una frequenza statistica, anche se relativamente elevata, non fornisce mai la prova che un singolo evento si è davvero verificato». Alla base dell'opinione che si critica v'è d'altronde l'idea che «la responsabilità si insedia anche in quegli spazi governati dall'incertezza» e che i fattori estranei sono «margini di alea posti ragionevolmente a carico del debitore» (PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, cit., 900 e 905).

Vi è, infine, una terza ragione che rende preferibile la soluzione adottata in giurisprudenza e correlata alla forma giuridica dell'obbligo di protezione³⁴ attribuita nell'ultimo ventennio alla vicenda del medico dipendente. Le regole processuali di imputazione della responsabilità per violazione di un obbligo di protezione sono, infatti, diverse da quelle della responsabilità contrattuale da inadempimento dell'obbligazione di prestazione. E ciò perché le conseguenze dannose correlate alla violazione di un obbligo di protezione, pongono un problema diverso da quello relativo al mancato soddisfacimento del diritto di credito. Ancorché attratto nell'orbita contrattuale, allora, il problema cui l'ordinamento è chiamato a dare una risposta permane "aquiliano": non si tratta, cioè, di rimediare al mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore, ma di eliminare le conseguenze negative correlate alla lesione di un interesse³⁵. Se gli obblighi di protezione, ivi inclusi, per quanto qui interessa, quelli c.d. "in purezza", sono la veste dogmatica dell'innesto di una vicenda aquiliana in un contesto relazionale, ciò che è lesione di un interesse (es. insorgenza della patologia) – e non mera inattuazione del diritto alla "buona cura" – permane tale, e richiede una risposta rimediale che non può che avere le cadenze di un risarcimento di tipo "aquiliano", e cioè puramente compensativo. E ciò incide, come si diceva, sulle regole di distribuzione dei temi di prova, che qui non ammettono *scorciatoie e semplificazioni* come accade per l'inadempimento dell'obbligazione di prestazione: spetterà, allora, al creditore provare, per un verso, la violazione dell'obbligo di protezione, in quanto fatto costitutivo del diritto al risarcimento³⁶, per altro verso, il nesso di causalità che lega tale violazione alla conseguenza dannosa.

³⁴ Si tratta di un obbligo di protezione non collegato ad una prestazione contrattuale, e per questo etichettato come obbligo di protezione "in purezza" o "obbligazione senza prestazione".

³⁵ Lucidissime le considerazioni svolte da NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, p. 121: «il risarcimento del danno da violazione di un obbligo di protezione non può essere la stessa cosa del risarcimento del danno quale succedaneo dell'inadempimento, essendo il primo una misura di compensazione di una perdita patrimoniale (o esistenziale) e il secondo una modalità alternativa di attuazione del diritto».

³⁶ Così, anche NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Dir. Ann.* VIII, Milano, 2015, p. 663.

Far gravare il costo di una conseguenza dannosa sul debitore di un obbligo di protezione, in assenza della prova di una concreta relazione causale – come se si trattasse di attuare un diritto e non di compensare una perdita – non sarebbe meno sbagliato di considerare il paziente alla stregua di un “mero passante”³⁷. In tal modo, rimane preservata anche l’unitarietà della disciplina dell’obbligazione, in ogni caso rimessa al dispositivo normativo racchiuso nell’art. 1218 c.c., la cui fisionomia, tuttavia, risulta ora calibrata (anche) sul risarcimento per violazione di un obbligo di protezione³⁸.

³⁷ La torsione delle regole processuali non riguarda allora le obbligazioni di “fare professionale”, come afferma la giurisprudenza: semmai, occorre distinguere tra vicende obbligatorie (e tipi di danno) che pongono un problema correlato al momento attributivo dell’utilità o satisfattivo del credito (es. soddisfacimento dell’interesse alla buona cura) e vicende obbligatorie (e tipi di danno) che, al contrario, esigono una soluzione in merito alla conservazione di un’utilità già attribuita, e dunque alla compensazione di un danno (es. lesione dell’interesse alla conservazione del proprio stato di salute).

³⁸ Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 120, che propone «una rilettura dell’art. 1218 c.c. che tenga conto della necessità di fare spazio agli obblighi di protezione “in purezza”».

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Napoli Federico II

IL DANNO “DA REATO”. VERSO UNA NUOVA SISTEMATICA DEL DANNO RISARCIBILE

SOMMARIO: 1. L’auspicato superamento della contrapposizione tra “esistenzialisti” ed “anti-esistenzialisti”. – 2. Contraddizioni e incomprensioni delle decisioni delle Sezioni unite. – 3. L’indagine sul profilo funzionale. Il danno “da reato” come modello funzionalmente autonomo rispetto alla comune responsabilità civile. L’indipendenza strutturale e funzionale dell’art. 185 c.p. dagli artt. 2043 e 2059 c.c. – 4. La partizione tra danni civili e danni “da reato” sulla base delle diverse funzioni della responsabilità civile. *Punitive damages* e *peine privée*: i rimedi avverso la c.d. *faute lucrative*. – 5. L’itinerario legislativo, dottrinale e giurisprudenziale del diritto italiano verso il riconoscimento di una funzione punitiva della responsabilità civile, che assolve anche a finalità deterrenti e satisfattorio-compensative. – 6. L’art. 185 c.p. come “regola di sistema” che disciplina tutti i danni contrattuali ed extracontrattuali, patrimoniali e non patrimoniali “da reato”. L’assolvimento del requisito della “riserva di legge”. La riparazione pecuniaria come autonoma sanzione penale che è “accessoria” rispetto alla pena edittale. – 7. *Conclusioni*. Verso una nuova sistematica fondata sulla natura polifunzionale della responsabilità civile. I parametri di valutazione e di liquidazione dei danni “da reato”.

1. *L’auspicato superamento della contrapposizione tra “esistenzialisti” ed “anti-esistenzialisti”.*

Il tema del danno risarcibile si è caratterizzato, in questi ultimi anni, per una veemente contrapposizione tra “esistenzialisti” ed “anti-esistenzialisti”, al punto che ciascun autore che giammai avrebbe voluto contribuire a questa discussione ha finito, suo

malgrado, con l'essere coinvolto, a torto o a ragione, tra i contendenti dell'asprissima tenzone. La quale ha talmente influenzato una pacata riflessione in materia, che anche chi non aveva condiviso l'originaria ricostruzione "onnicomprensiva" del danno esistenziale proposta dalla Scuola triestina¹ si è visto inserire tra coloro che, in maniera surrettizia, avevano apportato significativi argomenti a favore di tale figura.

«Singolare» era apparsa «la vicinanza» della tesi esistenzialista con le conclusioni alle quali era giunta «la dottrina che, pur criticando la figura del danno esistenziale, propone[va] di ignorare il cambiamento giurisprudenziale, ridimensionando esplicitamente la portata applicativa dell'art. 2059 c.c., con il travaso di tutti i danni non patrimoniali (dolore e sofferenza compresi) nella previsione dell'art. 2043 c.c. e la riassegnazione alla prima norma della sua originaria funzione punitiva, dipendente dall'ipotesi di fatto reato»². Invero, come si legge in questa immeritata quanto pregevole sintesi, tale dottrina, nel tentativo di fornire una ricostruzione sistematica e funzionale del sistema di responsabilità civile, aveva cercato di dimostrare come «il bipolarismo "minimale" del sistema» si giustificasse ormai «solo con riferimento alla componente sanzionatoria, l'unica contrapposibile alla predominante funzione compensativa»³. Questa dottrina, però, avrebbe esteso "eccessivamente" i confini del danno risarcibile,

¹ Cfr. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte I, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 35 ss., in riferimento a CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in ID. e ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, p. 10, e ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 863; EAD., *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in CENDON. e ZIVIZ (a cura di) *Il danno esistenziale Il danno esistenziale*, cit., p. 36 ss.

² Così, POLETTI, *Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 658 s., ove riferisce la tesi sostenuta (ma ancor prima che intervenisse il "cambiamento giurisprudenziale") da PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile. Strutture e funzioni*, Torino, 2004, p. 48.

³ Ancora POLETTI, *op. cit.*, p. 459, ove cita A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. ult. cit.*

applicando «la clausola dell'ingiustizia del danno sia ai pregiudizi patrimoniali sia a quelli non patrimoniali» e interpretando «l'art. 2059 c.c. in chiave meramente punitiva»⁴.

In questo clima manicheo di contesa, il referendum “a favore” o “contro” il danno esistenziale non aveva risparmiato né la Cassazione, né la giurisprudenza dei giudici di Pace, la quale aveva iniziato ad estendere i confini dell'area dei danni risarcibili ad ipotesi sempre più «fantasiose, ed a volte risibili»⁵.

2. Contraddizioni e incomprensioni delle decisioni delle Sezioni unite.

Era da attendere, quindi, un intervento delle Sezioni unite che, preoccupate dalla quantità delle liti già intraprese e, soprattutto, dal numero ben più alto di quelle che avrebbero potuto essere avviate, svolgesse una funzione deflattiva. Ma le rilevate incongruenze⁶ avrebbero potuto essere evitate se la Cassazione avesse rinunciato a perseverare nel “peccato originale” di proseguire nella «disinvolta “rilettura costituzionalmente orientata”»⁷ dell'art. 2059 c.c. (già intrapresa con le sentenze del 2003)⁸ e, soprattutto, se avesse inteso

⁴ Testualmente NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 17, in nt. 56, ma con riferimento, questa volta, al mio scritto *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 221.

⁵ In questi termini, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 27, con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*.

⁶ Oltre alle acute osservazioni di VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, p. 527 ss., cfr. gli innumerevoli rilievi critici mossi dagli A. che hanno contribuito a questo volume.

⁷ Così, autorevolmente, BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, p. 470.

⁸ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno resp.*, 2003, pp. 816 e 819 con i commenti di BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, di PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale. Le scelte della Corte di cassazione*, e di

trattare con maggior rigore i singoli problemi, evitando affermazioni generiche e spesso contrastanti che hanno spinto la dottrina a interpretazioni totalmente divergenti. La stessa distinzione tra «bene costituzionalmente rilevante» e «bene giuridicamente rilevante» aveva destato perplessità nella dottrina più avvertita⁹, in quanto consolidava l'idea che il danno patrimoniale potesse «essere risarcito, ai sensi dell'art. 2043, in presenza della lesione di un solo interesse giuridicamente rilevante, mentre il danno non patrimoniale [era] ammesso nelle sole ipotesi delineate da una soglia costituzionale dell'interesse protetto»¹⁰. In tal senso si proponeva una lettura della Costituzione che limitava «anziché ampliare le prerogative soggettive»¹¹, con il rischio «di leggere la Costituzione alla luce di una norma ordinaria»¹².

Se, da un lato, si era affermato che le sentenze di “San Martino”¹³ avevano disposto una riparazione integrale del danno «senza il danno esistenziale»¹⁴. Dall'altro, al contrario, si era rilevato come proprio le sentenze quadrigemine avessero sancito la nascita del pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale¹⁵. Le numerose criticità racchiuse nelle sentenze delle

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in Paradiso*. Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *ivi*, 2003, p. 939, annotata da PONZANELLI, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di cassazione*, da PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, e da TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*. Sul punto, P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775 ss.

⁹ VETTORI, *op. cit.*, p. 537 ss.

¹⁰ VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

¹² VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

¹³ Il fortunatissimo appellativo si deve alla arguta «metafora meteorologica» di BUSNELLI, *...E venne l'estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata*, cit., p. 91.

¹⁴ Ovviamente, PONZANELLI, *Riparazione integrale del danno senza il danno esistenziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata*, cit., p. 331 ss.

¹⁵ MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata*, cit., p. 247 ss. Questa idea è ripresa in ID., *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, in *Danno resp.*, 2014, p. 63, ove afferma che il danno esistenziale è stato «Espressamente

Sezioni unite avevano comunque travolto il complessivo percorso argomentativo e minato l'autorità delle decisioni anche per quel che riguardava la (eventuale) delimitazione del danno esistenziale¹⁶, consentendo di concludere che, effettivamente, si era trattato di «un'occasione mancata»¹⁷. Se era apparsa poco coerente¹⁸, e comunque «sorprendente»¹⁹, la scelta di far coesistere «l'affermato principio della tipicità del danno non patrimoniale» con l'insussistenza di un «numero chiuso» dei «diritti inviolabili della persona», in virtù «dell'apertura dell'art. 2 cost. ad un processo evolutivo» che consente all'interprete di «rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano [...] di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona»²⁰. E se era sembrata sicuramente perniciosa quell'interpretazione dottrina che imputava alle S.U. una liquidazione onnicomprensiva e globalizzante²¹ del danno non patrimoniale che, non permettendo di distinguere tra danno biologico e danno morale, aveva richiesto la modifica del sistema tabellare²². Del pari non risultava «facilmente giustificabile la

nominato» e «ritenuto risarcibile da quelle mirabili Sezioni Unite».

¹⁶ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d'autunno. Il danno non patrimoniale e le Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata*, cit., p. 369 s.

¹⁷ ZIVIZ, *Un'occasione mancata per le Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata*, cit., p. 545 ss.

¹⁸ In questi termini, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. e giur.*, 2008, p. 534 ss.

¹⁹ VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, cit., p. 537.

²⁰ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., pp. 28 e 26; e già P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 161 ss. e *passim*, il quale, più di recente, ribadisce che l'art. 2 cost. rappresenta una clausola generale di ordine pubblico costituzionale idonea a tutelare, in maniera ampia e non tassativa, il valore persona in tutte le sue molteplici manifestazioni (ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in Alpa e Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 332).

²¹ Così, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 40 ss.

²² Sul punto, PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*

rilevanza di un'offesa minima al patrimonio e la irrilevanza della stessa offesa ad un interesse personale»²³. Né, d'altra parte, convinceva l'idea che non vi fosse «ingiustizia del danno in mancanza di una gravità dell'azione, perché l'ingiustizia attiene alla valutazione degli interessi e non dell'atto dannoso»²⁴. Così si era convenuto²⁵ che l'interpretazione “costituzionalizzata” dell'art. 2059 rappresentava non soltanto «una petizione di principio, ma una forzatura assolutamente ingiustificata»²⁶, proprio in virtù della «categorica esclusione di profili sanzionatori del risarcimento dei danni non patrimoniali [...] anche alle ipotesi di reato, ossia proprio a quelle che, tramite il raccordo con l'art. 185 c.p., riflettono emblematicamente la tradizionale vocazione sanzionatoria dell'art. 2059 c.c.»²⁷.

Tuttavia le Sezioni unite avevano dovuto ammettere, come a suo tempo rilevato²⁸, che, venuto meno il riferimento necessario alla fattispecie di reato intermediata dall'art. 185 c.p., l'art. 2059 avrebbe dovuto mutuare dall'art. 2043 c.c. tutti gli elementi strutturali dell'illecito (condotta; elemento soggettivo, se richiesto; rapporto di causalità; evento di danno; conseguenze patrimoniali e non; onere della prova) e soprattutto il criterio civilistico dell'“ingiustizia”²⁹, unico parametro idoneo ad operare in ambito

tra giurisprudenza, interventi legislativi e nuove tabelle, in *Danno resp.*, 2010, p. 4 s.; ROSSETTI, *Le nuove tabelle dei Tribunali di Roma e Milano*, *ivi*, 2010, p. 29 ss.

²³ VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 543.

²⁴ VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ Con A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in Paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, p. 833 s.

²⁶ FLAMINI, *Danno biologico e danno non patrimoniale: percorsi e ricorsi*, in *ID.*, *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Napoli, 2009, p. 69.

²⁷ BUSNELLI, *La “dottrina delle Corti”*, *cit.*, p. 470. Concorde nel considerare l'art. 2043 c.c. una «norma centrale (relativa a qualsiasi danno, patrimoniale o no, purché ingiusto)» e nel «limitare la funzione dell'art. 2059 c.c. a quella sanzionatoria», G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 85.

²⁸ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 834.

²⁹ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. ult. cit.*; *ID.*, *Il sistema*, *cit.*, p. 966 ss. Discorrono, infatti, di una «ingiustizia costituzionalmente qualificata» Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, *cit.*, p. 26.

extracontrattuale la selezione degli interessi «giuridicamente rilevanti»³⁰. La dottrina era stata concorde nel ravvisare sia una «dolce morte» dell'art. 2059 c.c.³¹, sia la contestuale «resurrezione» di una teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile³² fondata, con funzione di *compensation*, sulla norma primaria³³ di cui all'art. 2043 c.c.

3. *L'indagine sul profilo funzionale. Il danno “da reato” come modello funzionalmente autonomo rispetto alla comune responsabilità civile. L'indipendenza strutturale e funzionale dell'art. 185 c.p. dagli artt. 2043 e 2059 c.c.*

Con riferimento alla morfologia dei danni non patrimoniali, le recenti decisioni della Terza Sezione civile³⁴ finalmente concludono l'annoso dibattito sulla autonoma risarcibilità dei danni morale ed esistenziale, dettando un “decalogo”³⁵, equilibrato e

³⁰ L'espressione è stata “codificata” da Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270.

³¹ BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate*, cit., p. 827; CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 385. Anche secondo P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la “tipicità” del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 523, il limitare l'art. 2059 c.c. entro una funzione meramente compensativa rappresenta «una superfetazione: se non ci fosse, il risultato per quanto attiene al danno alla persona, non cambierebbe».

³² PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Morte e resurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 621 ss.

³³ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 621; ID., *Il sistema*, cit., p. 966. Tale qualificazione è stata ribadita da Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., p. 2270.

³⁴ In particolare, Cass., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno resp.*, 2018, p. 463 ss., con nota di PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino*; Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 838 ss.; Cass., Sez. III, 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno resp.*, 2018, p. 453 ss. Conf., da ultime, Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28988, *ivi*, 2020, p. 65 ss., con nota di PONZANELLI, *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 si allontana da San Martino 2008 e conferma gli equilibri risarcitori del 2018*; Cass., Sez. III, 26 maggio 2020, n. 9865, in *DeJure*.

³⁵ Con la consueta arguzia, PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del*

convincente, sulla riparazione, con funzione di *compensation*, dei danni dinamico-relazionali biologici e non³⁶. Rimane aperto il dibattito sulle eventuali, ulteriori funzioni svolte dalla responsabilità civile nella riparazione dei danni non soltanto “non patrimoniali”, ma anche patrimoniali che siano causati da una condotta, soprattutto se dolosa, che integri gli estremi di una fattispecie di reato.

In proposito v'è da rilevare che le stesse Sezioni unite, già nel 2008, significativamente hanno affermato che «è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili», ma anche «quello conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti, ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento (secondo il criterio dell'ingiustizia *ex art.* 2043 c.c.), poiché la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato»³⁷. Le Sezioni unite riconoscono al danno “da reato” un ruolo senz'altro prioritario e preponderante, là dove affermano che il rinvio operato dall'art. 2059 c.c. riguarda «in primo luogo» l'art. 185 c.p., che dispone anche la risarcibilità del «danno patrimoniale conseguente a reato»³⁸.

L'osservazione era parsa ovvia³⁹, poiché sarebbe stato alquanto bizzarro se l'aver esteso la tutela risarcitoria oltre i limiti delle fattispecie di reato (di cui all'art. 185 c.p.) avesse significato, in assenza dell'abrogazione dell'art. 185 c.p., escludere dalla tutela delittuale proprio quei danni (non patrimoniali, ma anche

danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 838 ss.

³⁶ In proposito sia consentito rinviare a PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Danni civili e danni “da reato” nel sistema polifunzionale delle responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1180 ss.

³⁷ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., p. 25. Discorre di un «catalogo, in verità obsoleto, dei danni non patrimoniali risarcibili», VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, cit., p. 531.

³⁸ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., p. 24.

³⁹ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 43.

patrimoniali) che sono stati arrecati da condotte che integrano pure in concreto una fattispecie criminosa «in tutti i suoi elementi costitutivi»⁴⁰, anche di carattere soggettivo.

Le Sezioni unite, tuttavia, fondano la loro distinzione tra i danni non patrimoniali “da reato” e tra quelli che non sono la conseguenza di illeciti penali sulla base di un’unica, censurabile⁴¹ argomentazione di natura formale: mentre per i secondi si richiederebbe la violazione di un “diritto inviolabile”, per i primi sarebbe sufficiente la lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante. Ma, evidentemente, tale interesse è già qualificato dalla specifica fattispecie di reato.

Manca, invece, una considerazione in merito alla diversa funzione svolta dalla responsabilità: che, nel secondo caso, interessa soltanto il diritto civile, mentre nel primo coinvolge anche il diritto penale e coinvolge anche (e soprattutto) il danno patrimoniale.

Un avvertito orientamento della Cassazione ha affermato che la «presenza di un fatto reato lesivo della persona» debba rilevare «come peso, come entità da valutare ai fini della complessa valutazione» del danno risarcibile⁴². In effetti, la riparazione del danno “da reato” – a mio sommo avviso – appartiene a un modello del tutto indipendente e parallelo rispetto alla comune responsabilità civile, differenziandosi per struttura e per funzione⁴³. Il risarcimento previsto dall’art. 185 c.p., dopo la sua emancipazione dall’art. 2059 c.c., può svolgere un’autonoma funzione punitivo-deterrente nei campi del torto e del contratto, dei danni non patrimoniali e di quelli patrimoniali, limitatamente ai fatti di reato, soprattutto se dolosi.

⁴⁰ In argomento, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Morte e resurrezione*, cit., p. 626, *ivi* la giur. cit.

⁴¹ V., infatti, VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 537 s.

⁴² Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1377; e già Cass., Sez. III, 1 giugno 2004, n. 10482, in *Danno resp.*, 2004, p. 955 s., con nota di BITETTO, *All’ombra dell’ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione «punitiva»*.

⁴³ Per tale tesi, già PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 249 ss.

La funzione punitivo-preventiva della riparazione⁴⁴ del danno “da reato” trova, innanzitutto, il suo fondamento nel comma 2 dell’art. 185, il quale, nel prendere in considerazione lo specifico delitto integrato, in concreto, dalla condotta del danneggiante, impone al giudice di condannare il colpevole (e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui) al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale cagionato con la commissione di un fatto-reato. Ma oltre a tale ineludibile (e troppo spesso dimenticato) testo, come rilevai ancor prima delle sentenze gemelle del 2003⁴⁵, un opportuno ritorno alla funzione punitivo-deterrente⁴⁶ della riparazione nei danni patrimoniali e non patrimoniali “da reato” era richiesto, anche sotto un profilo sistematico, proprio a seguito dell’“estensione” dell’area del danno risarcibile alle lesioni di interessi costituzionalmente protetti della persona che non rilevano, invece, per il diritto penale. Se non si vuole che anche l’art. 185 c.p. (oltre all’art. 2059 c.c.) corra il rischio di essere implicitamente abrogato in via interpretativa, divenendo uno sterile duplicato dell’art. 2043 c.c. – ma ciò sarebbe ancor più bizzarro, poiché l’art. 185 c.p., a differenza dell’art. 2059, non ha alcun tipo d’interferenza con l’art. 2043 c.c., rinviando a compiute e “tipiche” fattispecie di reato –, è necessario riconsiderare l’autonoma e peculiare funzione che la responsabilità assolve in presenza di un danno che è causato da una condotta delittuosa, soprattutto se dolosa, e che, pertanto, «risente dell’accessorietà rispetto al singolo reato di riferimento»⁴⁷. Su tale punto si registrano, oggi, significative convergenze, anche da parte della dottrina⁴⁸ e, soprattutto, della giurisprudenza⁴⁹ che, in passato,

⁴⁴ In questi termini, BUSNELLI, ...*E venne l'estate*, cit., p. 104.

⁴⁵ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte I, cit., p. 55 s.

⁴⁶ Che «alla funzione sanzionatoria è intimamente connessa la funzione di deterrenza della responsabilità civile» è affermazione ormai del tutto pacifica in dottrina: cfr. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in Sirena (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, p. 3; VOLPE, *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi*, in Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli, 2019, p. 90 (del quale è l’espressione cit. in nota tra virgolette).

⁴⁷ BUSNELLI, ...*E venne l'estate*, cit., p. 104.

⁴⁸ Oltre a BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della*

non ha mancato di porre in evidenza la sola funzione compensativa della responsabilità civile⁵⁰.

La posizione contraria a riconoscere una pluralità di funzioni alla responsabilità civile è stata originata, probabilmente, da una approssimativa percezione della responsabilità civile nella tradizione euro-continentale nonché dalla consueta confusione che, in Italia, concerne l'istituto anglo-sassone dei *punitive damages*, i quali riguardano ipotesi che sovente travalicano le fattispecie di reato⁵¹. Qui non si tratta di comminare *punitive damages* a chi ha compiuto un illecito soltanto civile, pur riprovevole, ma si tratta di condannare l'autore di un illecito penale, soprattutto se doloso, ad una riparazione che ha una funzione di "pena privata". La finalità dichiaratamente afflittiva e non scevra da «riflessi pubblicistici»⁵², che induce a ravvisare nella riparazione «una vera e propria sanzione penale»⁵³, è sicuramente rafforzata dall'estensione della risarcibilità del danno non patrimoniale agli illeciti non costituenti reato, ma lesivi di interessi costituzionalmente rilevanti.

In tal senso deve essere rimeditata quella pretesa «funzione unitaria» della responsabilità civile, che un indimostrato stereotipo della nostra esperienza giuridica vorrebbe «valida tanto per i danni

responsabilità civile, in Sirena (a cura di), *La funzione deterrente*, cit., p. 54 ss., cfr., in vario senso, GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 216 ss.; MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, p. 109 ss.; GRONDONA, *Sull'apparente novità dei risarcimenti punitivi e sul ritorno della funzione sanzionatoria della responsabilità civile (ovvero: un altro passo nella direzione dell'effettività rimediabile)*, in *I danni punitivi*, cit., p. 63 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, p. 419 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corriere giur.*, 2007, p. 497. Cfr., altresì, pur in assenza di una qualificazione in termini di "danno punitivo", Cass., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno resp.*, 2012, p. 609 s., con nota di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*.

⁵¹ Sottolinea i vantaggi dei *punitive damages*, anche in presenza di illeciti soltanto civili, CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case of Punitive Damages*, New York, 2005, p. 333 ss.

⁵² Per tutti, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*³, Bologna, 2002, p. 796 s.

⁵³ FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 797.

che hanno natura patrimoniale, tanto per quelli che non l'hanno»⁵⁴, disinteressandosi delle connotazioni che un determinato danno assume anche per il diritto penale. Ma, soprattutto in tema di responsabilità, il diritto civile e quello penale non sono rinchiusi in compartimenti stagni. Al contrario v'è, in questa materia, una palese interferenza tra queste due branche del diritto che il giurista, a prescindere dalla sua formazione culturale, non può evidentemente ignorare.

4. *La partizione tra danni civili e danni "da reato" sulla base delle diverse funzioni della responsabilità civile. Punitive damages e peine privée: i rimedi avverso la c.d. faute lucrative.*

Diversamente ricostruita, la tassonomia del sistema delle responsabilità si fonda, quindi, non (più) sulla tradizionale contrapposizione tra il danno patrimoniale e quello non patrimoniale, che assume una valenza soltanto descrittiva e che non è idonea a qualificare la riparazione sotto i profili funzionale e normativo⁵⁵, ma sulla distinta partizione tra i danni patrimoniali e non patrimoniali soltanto civili (sia contrattuali, sia extracontrattuali), per i quali il risarcimento ha una funzione prevalentemente compensativa, e i danni patrimoniali e non patrimoniali "da reato" (sia da torto, sia da contratto), per i quali la riparazione ha finalità essenzialmente deterrenti e punitive.

Soltanto in questa prospettiva è possibile comprendere ed applicare il testo dell'art. 185 c.p., che la dottrina e le Corti civili hanno tentato di dimenticare, sulla base dell'opinabile convinzione secondo la quale sarebbe «indubbiamente una forzatura», «in virtù di tale disposto», «connotare di finalità punitive [anche] la riparazione» del danno patrimoniale (da reato)⁵⁶. Ma l'art. 185 c.p. contempla esplicitamente nel suo enunciato sia il danno

⁵⁴ Una puntuale sintesi di tali orientamenti è in MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 194 e *passim*, del quale sono le espressioni cit. nel testo.

⁵⁵ In questi termini, già PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 227 ss.

⁵⁶ MIOTTO, *op. cit.*, p. 191.

patrimoniale, sia quello non patrimoniale che siano la conseguenza di un fatto-reato, prevedendo per entrambi una riparazione che ha una primaria, identica funzione deterrente/punitiva. Anche la dottrina che perviene, sul punto, ad un'opposta conclusione non pone in dubbio che l'aver accostato, da parte del legislatore, «il risarcimento del danno non patrimoniale [...] a quello del danno patrimoniale» esprime «evidentemente» un'idea «accomunante l'uno e l'altro risarcimento in identiche natura e funzione»⁵⁷.

Del tutto infondata, poi, appare quella opinione che, confondendo l'istituto dell'arricchimento senza causa con il differente problema del “danno-conseguenza” così come predicato dalla teoria differenziale, afferma che la funzione sanzionatorio/preventiva della responsabilità civile integrerebbe un ingiustificato arricchimento⁵⁸ del danneggiato. In particolare si è autorevolmente rilevato, non senza qualche tautologia, che, «anche a volere ammettere questa molteplicità di funzioni, nella nostra tradizione il risarcimento è stato inteso in chiave di mera riparazione per la semplice ragione che un risarcimento ultrariparatorio per la parte eccedente il danno risulterebbe in un'attribuzione patrimoniale priva di causa»⁵⁹. Ma sia la premessa, sia la conclusione di questo ragionamento trovano il loro fondamento in una concezione esclusivamente compensativa della responsabilità civile, mentre è proprio questo dato che andrebbe argomentato e giuridicamente dimostrato. Infatti, pur se si prescinde dall'autorevole decisione della Corte costituzionale che ha pienamente legittimato la scelta del legislatore di porre a favore della controparte (e non dell'erario) la condanna del soccombente ad una riparazione patrimoniale che, oltre a realizzare una «concorrente finalità indennitaria», «sanziona un comportamento processuale abusivo» e funge «da deterrente al ripetersi di tale

⁵⁷ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 190.

⁵⁸ Tra gli altri, MORANO CINQUE, *L'abuso del processo come forma di stalking giudiziario: è lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 2580 ss.; e già S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in BUSNELLI e PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, p. 19.

⁵⁹ CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 791.

condotta»⁶⁰, v'è da rilevare che, per aversi arricchimento ingiustificato, questo debba essere “senza causa” o “ingiusto”⁶¹. Ma se “ingiustizia” v'è, essa riguarda il danno causato dalla condotta delittuosa del danneggiante, non certo la riparazione che trova la sua “causa” nell'esigenza di risarcire la vittima e in quella di prevenire, mediante la sanzione, la causazione di ulteriori analoghe condotte. Inoltre, l'“aggravamento” della misura della riparazione «in funzione dei più intensi patemi accertati» in conseguenza delle modalità con le quali è stato commesso il delitto, oltre a dissuadere l'agente dal commettere ulteriori analoghi reati, non rappresenta «alcun *surplus* risarcitorio» in quanto alla vittima è concessa una somma che è anche «votata a controbilanciare quel che, direttamente o indirettamente, ha sofferto»⁶². Pertanto, chi discorre di arricchimento ingiustificato o senza causa dimentica che qualsiasi riparazione con funzione punitiva assolve, oltre a scopi deterrenti, anche a finalità compensative, in una prospettiva sia individuale sia sociale⁶³, allorché, nella percezione del giudice, la *Differenztheorie* appare palesemente «insufficiente a porre il danneggiato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato senza il fatto illecito»⁶⁴.

Un'avvertita dottrina ha rilevato che, oggi, non v'è più nessuno che possa seriamente affermare che la responsabilità civile «abbia una sola funzione: quella risarcitoria»⁶⁵. Almeno «a partire dal

⁶⁰ Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Danno resp.*, 2017, p. 409, con nota di BREDI, *La Corte Costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*.

⁶¹ Così, GALLO, *L'arricchimento senza causa, La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2018, p. 46 ss.

⁶² QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2019, p. 95.

⁶³ Sul punto, GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «danni punitivi»*, Napoli, 2017, p. 156 ss.

⁶⁴ Con specifico riferimento ai *punitive damages*, BENATTI, *I danni punitivi: origine e funzioni*, in Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, cit., p. 10.

⁶⁵ MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 832 (il corsivo è nostro); e già ID., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da

celebre articolo di Calabresi del 1972» è «del tutto ovvio» che il ruolo primario della responsabilità civile «è quello di rendere *costoso* per l'agente la produzione del danno», cioè di far internalizzare all'agente i costi delle sue azioni⁶⁶. «È rendendo costose le azioni colpose o dolose che provocano un danno ingiusto che la responsabilità civile produce un ordine spontaneo delle attività umane: cioè che *consente* determinate attività purché si prendano le precauzioni necessarie a minimizzare i costi sociali»⁶⁷.

Se si inizierà a distinguere nitidamente la funzione prevalente di *compensation* del risarcimento del torto soltanto civile da quella punitivo/deterrente della riparazione (*ex art. 185 c.p.*) del delitto penale, nulla potrebbe impedire al giudice, in presenza di un evento dannoso che sia la conseguenza di una condotta delittuosa, di risarcire il danno e, nel contempo, di punire il responsabile, anche al fine di prevenire, per il futuro, la commissione di ulteriori analoghe condotte. Ciò avviene usualmente nell'esperienza statunitense, anche se con riferimento al differente istituto dei *punitive damages*: questi svolgono un'insostituibile funzione di *deterrence*, contribuendo a internalizzare le perdite causate⁶⁸, e sono normalmente comminati, qualora ne ricorrano i presupposti, in aggiunta rispetto al risarcimento con funzione di *compensation*.

Malgrado la funzione afflittiva sia la più rilevante, i *punitive damages* hanno anche una connotazione riparatorio-compensativa nonché una essenziale finalità deterrente, nella misura in cui quest'ultima si «intreccia inevitabilmente»⁶⁹ con le prime due. I *punitive damages* rappresentano una forma di «risarcimento pieno» che tende a perseguire tre obiettivi principali: «punire in modo esaustivo l'offensore per la sua condotta» antiggiuridica; «ricompensare la parte lesa con una somma che è superiore e ulteriore rispetto all'importo previsto per il solo risarcimento»; perseguire una essenziale finalità di deterrenza, «cercando di distogliere il colpevole e la collettività dal tenere comportamenti

R. Sacco, Torino, 1998, p. 19 ss.

⁶⁶ MONATERI, *La delibabilità*, cit., p. 832.

⁶⁷ MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁸ Per tutti, CALABRESI, *The Complexity*, cit., p. 333 ss.

⁶⁹ Così Francesca BENATTI, *op. ult. cit.*, pp. 10 e 12.

socialmente dannosi là dove la minaccia del solo risarcimento possa essere inadeguata rispetto all'offesa subita e alla riprovevolezza della condotta tenuta dal danneggiato»⁷⁰. Nei settori che involgono i rapporti tra il consumatore e l'impresa multinazionale, è soltanto il "timore" di *punitive damages* (e della *class action*), in assenza di un'efficiente tutela compensativa (si pensi, ad es., alle frodi, all'applicazione generalizzata di tassi usurari da parte di istituti di credito, all'inquinamento provocato in maniera concorrente da una pluralità di soggetti, alle condotte illegali tenute dagli *internet providers*, ai danni di massa provocati da meccanismi algoritmici e da altre "intelligenze artificiali"⁷¹, ecc.), a dissuadere il responsabile dal reiterare l'illecito abusando della sua evidente posizione di vantaggio. Gli interventi della Corte Suprema federale, tendenti ad evitare che l'entità dei *punitive damages* – superando un ragionevole "multiplo" del valore della riparazione compensativa – fosse «*grossly excessive*»⁷², hanno avuto il merito di ricollegare la sanzione alla compensazione⁷³ e possono indurre le esperienze continentali a rivedere le proprie convinzioni fondate sull'esclusiva finzione compensativa delle regole di responsabilità civile⁷⁴.

Pur se si prescinde da quei paesi europei che riconoscono

⁷⁰ CICERO, *Il perimetro dei "risarcimenti punitivi"*, in ID. (a cura di), *I danni punitivi*, cit., p. 50.

⁷¹ In argomento, C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1235 ss.; EAD., *Profili civilistici dei social networks*, Camerino-Napoli, 2014, *passim*.

⁷² Così, la Corte Suprema degli Stati Uniti, 20 maggio 1996, *BMW v. Gore*, anche in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421. Il limite del decuplo del valore del danno compensativo viene deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in *State Farm Mutual Auto Ins. Co. v. Campbell* 538 U.S. 408 (2003), anche in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355. V., altresì, Corte Suprema degli Stati Uniti, 20 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 178 ss., nel caso *Philip Morris Usa v. Williams*.

⁷³ *Contra*, BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema*, in Cicero (a cura di), *I danni punitivi*, cit., p. 36.

⁷⁴ Così, prima di mutare opinione, anche PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 181. Un'approfondita indagine sull'esperienza statunitense è svolta da BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, *passim*.

pacificamente alla responsabilità civile anche una funzione sanzionatoria⁷⁵, e dalla stessa Convenzione europea dei Diritti dell'uomo che esplicitamente prevede la condanna ad una «*satisfaction équitable*» (art. 41)⁷⁶, anche in Francia, paese simbolo della funzione *compensatoire* della responsabilità civile (quale corollario del principio di riparazione integrale secondo l'imperativo “*tout le dommage, rien que le dommage*”), si ravvisano significative aperture verso una concorrente finalità di «*expiation*» o di «*peine privée*»⁷⁷, soprattutto in presenza di «*condamnations prononcées au profit de la victime d'un dommage moral consécutif à une atteinte à l'intégrité corporelle*»⁷⁸. La stessa Cassazione «approva, in effetti, [...] sempre più numerose condanne al risarcimento di danni che non hanno alcuna portata realmente indennitaria o compensativa ma che tendono sia a confiscare un profitto illecito, sia a punire un comportamento giudicato repressibile»⁷⁹.

Da un lato la dottrina argomenta questa funzione sulla base delle sempre più numerose «penalità civili» previste dal legislatore⁸⁰, che inducono a prendere in considerazione la gravità della *faute*, la situazione patrimoniale del debitore e il profitto che egli ha tratto dalla sua condotta illecita⁸¹. La possibilità di ammettere *dommages-intérêts non compensatoires* dichiaratamente punitivi o tendenti alla restituzione di profitti illecitamente conseguiti concerne,

⁷⁵ Cfr. VINEY et JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*³, in *Traité dr. civ.* Ghestin, Paris, 2010, pp. 3 ss., 6 ss.

⁷⁶ Sul punto, già CEDH, 24 avril 1990, in *Dalloz*, 1990, p. 513, con nota di PRADEL.

⁷⁷ Sulla scia di HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904, e di STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, per tutti, CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995, préf. G. VINEY.

⁷⁸ Così, VINEY et JOURDAIN, *op. cit.*, p. 5, *ivi* le ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁷⁹ VINEY, JOURDAIN e CARVAL, *Les effets de la responsabilité*⁴, in *Traité dr. civ.* J. Ghestin, Paris, 2017, p. 29.

⁸⁰ Per un elenco delle quali, VINEY et JOURDAIN, *op. cit.*, 2010, p. 11 ss.

⁸¹ VINEY et JOURDAIN, *op. cit.*, p. 19.

innanzitutto, l'area della c.d. *faute lucrative* (si pensi, ad es., alla concorrenza sleale, alle pratiche restrittive della concorrenza, ecc.), allorché «il calcolo costi-benefici può indurre i soggetti meno scrupolosi»⁸² a perseverare nelle proprie condotte illecite. Dall'altro la Cassazione⁸³ ha ribaltato il proprio precedente orientamento tradizionalmente contrario, individuando nel “principio di proporzionalità”⁸⁴ un dato essenziale al fine di ammettere la legittimità delle condanne al risarcimento di danni con funzione punitiva. La sentenza straniera che condanna a *punitive damages* non è più, in sé, contraria all'ordine pubblico e può ricevere l'*exequatur* in Francia a condizione che la riparazione allocata non sia sproporzionata rispetto al danno subito ed ai *manquements* arrecati alle obbligazioni contrattuali da parte del debitore⁸⁵. Lo stesso *Avant-projet* di riforma del diritto della responsabilità civile (art. 1266-1), seguendo i più recenti indirizzi dottrinari e giurisprudenziali, introduce esplicitamente l'*amende civile* in materia di responsabilità extracontrattuale, a carico dell'autore del danno che abbia deliberatamente commesso una *faute lourde* in vista di ottenere un guadagno o un risparmio, stabilendo che essa debba essere «proporzionata alla gravità della *faute* commessa, alle facoltà contributive dell'autore o ai profitti che ne ha tratto».

5. *L'itinerario legislativo, dottrinale e giurisprudenziale del diritto italiano verso il riconoscimento di una funzione punitiva della responsabilità civile, che assolve anche a finalità deterrenti e satisfattorio-compensative.*

Un analogo itinerario riguarda anche il diritto italiano.

Innanzitutto non va dimenticato che i redattori dei codici vigenti, sposando intenzionalmente una linea di discontinuità con il codice Napoleone e con lo stesso codice italiano del 1865,

⁸² VINEY et JOURDAIN, *op. cit.*, p. 20.

⁸³ Cass., I Ch. civ., 1 décembre 2010, in *Dalloz*, 2011, p. 433, annotata da LICARI.

⁸⁴ In Italia, ha sottolineato il carattere di proporzionalità, oltre che di adeguatezza e di ragionevolezza del rimedio, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 1086 e 1087.

⁸⁵ Cass., I Ch. civ., 1 décembre 2010, cit., p. 433.

introdussero dapprima l'art. 185 c.p. e, poi, l'art. 2059 c.c. accanto all'art. 2043 c.c. allo scopo di assicurare una «più energica repressione con carattere anche preventivo»⁸⁶ delle condotte che, avendo causato un evento dannoso, integravano ipotesi di reato⁸⁷. Dimenticanza nella quale non è incorsa la Corte costituzionale⁸⁸ nella sua più avvertita decisione in materia, ove rileva che proprio «dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al codice civile è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato», ma anche «ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato». Accanto «alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed “ulteriormente” alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori»⁸⁹.

Questa opinione, espressa per il danno morale riparabile nei casi nei quali la condotta dell'agente integrasse una fattispecie di reato⁹⁰, ma da me ribadita⁹¹ al contrapposto fine di individuare nell'“ingiustizia” l'unico criterio ordinante la risarcibilità di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali causati in assenza di un fatto/reato, trova oggi conferma nella più recente dottrina la quale, pur identificando ellitticamente il danno con la sua riparazione, rileva che «quando il fatto illecito è anche reato il danno non

⁸⁶ Pone in evidenza tale finalità, anche attraverso una puntuale citazione di alcuni passaggi della Relazione al cod. civ. (n. 803), QUARTA, *Effettività dei diritti*, cit., p. 93 s.

⁸⁷ Sul punto, FERRI, *Le temps retrouvé* dell'art. 2059 c.c., in *Giur. cost.*, 2003, p. 1195, ove sottolinea come la funzione originaria dell'art. 2059 c.c. fosse quella di salvaguardare gli equilibri generali che l'ordine pubblico dello Stato esprimeva e rappresentava.

⁸⁸ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2697.

⁸⁹ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, cit., c. 2697.

⁹⁰ BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 262 s.; nel senso di una funzione soddisfattoria, già SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 300 s.

⁹¹ Da PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte I, cit., p. 53 ss.; ID., *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 249 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 466 ss.

patrimoniale viene a costituire, nel disegno originario del legislatore, un evidente *surplus* di repressione, sotto forma di un maggiore danno che l'autore dell'illecito-reato si trova a dover risarcire rispetto all'autore di un illecito non-reato»⁹². In tal senso, «la natura (anche) sanzionatoria del danno non patrimoniale assolve certamente a una funzione deterrente e preventiva, specie quando l'illecito offende i diritti della persona», in un'ottica «di supplenza del diritto e della sanzione penale»⁹³. Tuttavia, con riferimento a questa affermazione, v'è da rilevare, da un lato, che il problema della funzione sanzionatoria qualificata dall'art. 185 c.p. riguarda anche il danno patrimoniale, e non soltanto il danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*; dall'altro, che più che di una “supplenza”, sembra opportuno discorrere – come più innanzi si dirà – di una sanzione parallela e integrativa della pena edittale, in quanto destinata anche a soddisfare la vittima per i patimenti e le sofferenze conseguenti alla commissione del delitto, soprattutto se doloso.

La giurisprudenza di merito, a più riprese, ha affermato «con certezza che nel nostro ordinamento, anche in materia di danni non patrimoniali *ex art. 2059 c.c.*, sussistono rimedi prettamente civilistici, connotati da finalità afflittive e deterrenti»⁹⁴. Pure la Cassazione ha iniziato a prendere coscienza di questo problema, allorché ha considerato la commissione di un fatto-reato come un dato che il giudice deve ulteriormente valutare ai fini della liquidazione dell'entità del risarcimento⁹⁵. Così, nel cassare la decisione di merito che aveva escluso il risarcimento del danno nel caso di lesione della reputazione di un'insegnante, ha giudicato inadeguata la soluzione meramente “aritmetica” che, sulla base dell'idea patrimoniale del danno-conseguenza, non aveva consentito di individuare un danno risarcibile⁹⁶. La sentenza di

⁹² Tra i tanti, BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria*, cit., p. 23.

⁹³ Ancora, BENEDETTI, *op. cit.*, p. 27 s.

⁹⁴ Ad es., App. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 771.

⁹⁵ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1377; e già Cass., Sez. III, 1 giugno 2004, n. 10482, in *Danno resp.*, 2004, p. 955 s.

⁹⁶ Cass., Sez. III, 12 aprile 2018, n. 9059 (ord.), in *Danno resp.*, 2019, p. 88.

merito è stata considerata affetta da insanabile ed intrinseca contraddittorietà, in quanto «il giudice civile, nella valutazione e liquidazione del *quantum debeat*», non poteva e non doveva ignorare «il preoccupante clima di intolleranza e di violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il processo educativo e formativo delle giovani e giovanissime generazioni»⁹⁷. Accertamento, questo, che dovrà invece essere compiuto dal giudice del rinvio, nel «procedere alla liquidazione del danno sul piano equitativo, valutando tutte le circostanze emerse nel corso del giudizio»⁹⁸.

Anche in tema di diffamazione a mezzo stampa, la Suprema corte ha approvato la sentenza d'appello che aveva considerevolmente aumentato il risarcimento del danno liquidato in primo grado, nel rilevare che questa Corte aveva seguito i «criteri di carattere generale» nella valutazione e nella liquidazione di tale danno, avendo commisurato l'entità del risarcimento alla gravità dell'offesa, all'intensità del dolo o della colpa, al clamore suscitato dalla notizia, alla posizione sociale, al ruolo della persona offesa ed alla tiratura del quotidiano⁹⁹.

Così, il danno morale che sia conseguenza di un fatto illecito che «si configuri anche solo astrattamente come reato»¹⁰⁰ dovrà essere specificamente risarcito in aggiunta al danno biologico, ove sussistente, e la sua riparazione assumerà una funzione punitiva, quale «*sofferenza soggettiva* cagionata dal reato in sé considerata, la cui intensità e durata nel tempo rilevano non già ai fini della esistenza del danno, bensì della mera quantificazione del relativo ristoro»¹⁰¹. Il dato non è insignificante poiché, come si era già rilevato¹⁰² – e la Cassazione cita proprio questi casi –, pur in presenza di un danno biologico limitato (o del tutto assente), per le

⁹⁷ Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, cit., p. 88.

⁹⁸ Cass., 12 aprile 2018, n. 9059, cit., p. 88.

⁹⁹ Cass., Sez. III, 29 settembre 2017, n. 22806, in *sentenze.laleggepertutti.it*

¹⁰⁰ Cass., Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno resp.*, 2014, p. 369. Su tale decisione, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, *ivi*, 2014, p. 686 ss.

¹⁰¹ Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit., p. 367.

¹⁰² PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 44.

atroci modalità con cui il reato è stato commesso, il danno morale potrà essere estremamente più grave del danno dinamico-relazionale.

Per poter spiegare compiutamente, anche sotto il profilo pratico, il senso di questa conclusione, senza voler riproporre i molteplici esempi che ho avuto modo di illustrare in recenti incontri¹⁰³, prenderò spunto da un caso citato in dottrina assai opportunamente, ma per giungere a conclusioni senz'altro diverse da quelle, seppur problematicamente, ivi indicate. «Si ipotizzi il caso di un abominevole crimine di stupro da cui discendano sul piano [...] della salute [...] menomazioni fisiche minori e ben più significative conseguenze sul piano psicologico e relazionale»¹⁰⁴. «Va da sé che una personalizzazione del danno alla salute che si limitasse ad aumentare ai valori massimi quelli, per esempio, delle tabelle milanesi non sarebbe in grado di rispondere alle evidenti esigenze riparatorie»¹⁰⁵. Ebbene, in presenza di un risarcimento del danno biologico così contenuto, se non addirittura irrisorio (perché la percentuale di invalidità permanente è minima, se non addirittura pari a zero) rispetto alla gravità della condotta e alle immani sofferenze subite, soltanto un'adeguata riparazione del danno “da reato” può assolvere alle funzioni di punire il reo, di indennizzare adeguatamente la vittima e di impedire (o, quanto meno, di rendere adeguatamente costose) per il futuro simili condotte.

Tale problematica è così evidente che lo stesso Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano, nel predisporre le Tabelle aggiornate all'“Edizione 2018”, ha disposto nei “Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica e dalla perdita - grave lesione

¹⁰³ Tra questi, citerò soltanto il Convegno organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso la Suprema Corte di Cassazione su «Dialoghi tra mondo accademico e giurisprudenza: le nuove frontiere del danno alla persona» (Roma, 8-10 ottobre 2018) e il Convegno «Il danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze di “San Martino”», che si è svolto il 16 novembre 2018 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno.

¹⁰⁴ COMANDÉ, *Dal sistema bipolare al sistema biforcuto: le linee guida della Cassazione sul danno non patrimoniale a dieci anni dalle sentenze dell'Estato di San Martino*, in *Danno resp.*, 2019, p. 159.

¹⁰⁵ COMANDÉ, *op. loc. ult. cit.*

del rapporto parentale” che, «nelle fattispecie in cui l’illecito sia stato cagionato con dolo, il giudice sarà libero di valutare tutte le peculiarità del caso concreto e potrà pervenire ad una liquidazione che superi», anche in maniera consistente, «la percentuale massima prevista in tabella», perché, evidentemente, nei reati dolosi è «(di regola) maggiore l’intensità delle sofferenze psicofisiche patite dalla vittima primaria o secondaria». Affermazione, questa, di straordinaria importanza, se si pensa che il sistema tabellare è stato escogitato proprio per riparare i danni non patrimoniali secondo una logica di *compensation*.

Anche la Consulta ha preso posizione in ordine alla legittimità costituzionale della funzione punitivo-deterrente della riparazione, pur là dove essa non integri un fatto-reato: nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 96, comma 3, c.p.c., ovvero di una norma che, consentendo al giudice di condannare, anche d’ufficio, il soccombente che abbia proposto una lite temeraria al pagamento di una somma equitativamente determinata, ha considerato pienamente legittima la previsione di una misura essenzialmente sanzionatoria a favore della controparte che assicura «una maggiore effettività ed una più incisiva efficacia deterrente allo strumento deflattivo», a carico di «quanti, abusando del diritto di azione e di difesa», si servano del processo a fini dilatori, aggravando il volume del contenzioso¹⁰⁶.

Da ultimo le Sezioni unite della Cassazione¹⁰⁷ hanno ribaltato il precedente orientamento che, sulla base della «finalità esclusivamente compensativa riconosciuta alla responsabilità civile», considerava contraria all’ordine pubblico qualsiasi sentenza di condanna che, «sebbene non dichiaratamente punitiva», superasse «in modo rilevante la richiesta dell’attore senza che [fosse] dato rinvenire la causa giustificativa dell’attribuzione patrimoniale»¹⁰⁸. Accanto «alla preponderante e primaria funzione

¹⁰⁶ Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152, cit., p. 409.

¹⁰⁷ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, p. 419 ss.

¹⁰⁸ Cass., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, p. 1068, con nota di PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*; tra le tante, già Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, *ivi*, 2007, p. 497.

compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza)», è riconosciuta una natura *polifunzionale* della responsabilità civile «che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio punitiva»¹⁰⁹. Questa «curvatura deterrente/sanzionatoria» della responsabilità civile, che rappresenta la conseguenza del «panorama normativo che si è venuto componendo», richiede, però, un'«intermediazione legislativa», in forza del principio di cui all'art. 23 cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali»¹¹⁰.

Amnesso che il richiamo all'art. 23 sia generalizzabile anche di là dalla materia tributaria, il requisito della «riserva di legge» richiede che, là dove il danno sia conseguenza di un illecito soltanto civile, vi sia una norma specifica (e speciale, rispetto alla disciplina di diritto comune prevista dagli artt. 2043 e 1223 ss. c.c.) che preveda la riparazione in funzione deterrente-punitiva (oltre all'art. 96, comma 3, c.p.c., si pensi all'art. 125 del d.lg. n. 30 del 2005, all'art. 709 *ter* c.p.c., all'art. 614 *bis* c.p.c., ecc.). Ma qualora l'evento dannoso sia conseguenza di un fatto-reato, sono evidentemente l'art. 185 c.p. e la specifica fattispecie di riferimento ad integrare ampiamente il requisito richiesto, in forza dei principi di stretta legalità, di tipicità e di tassatività che informano il diritto penale.

La sentenza delle Sezioni unite è stata considerata «di estrema rilevanza sistemologica» poiché, nel riconoscere non soltanto «la funzione sanzionatoria, ma *anche quella* di deterrenza», essa afferma che «il risarcimento non deve solo tenere conto della gravità della condotta del convenuto, *ma anche* coprire un'altra quota, quella che serve a deterrenza per *il futuro* eventuali altri agenti dal commettere le stesse incurie del convenuto»¹¹¹. Quindi, se «la perfetta sovrapposizione tra l'entità del pregiudizio e il contenuto

¹⁰⁹ Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., p. 419 s.

¹¹⁰ Le espressioni tra virgolette sono tratte da Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., pp. 420 e 421.

¹¹¹ MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, p. 437.

patrimoniale del rimedio riparatorio serve soltanto a collocare il (potenziale) danneggiante su una posizione di *indifferenza* rispetto alla commissione del fatto lesivo, non già a *dissuaderlo*», qualora il responsabile intenda ricavare intenzionalmente dal torto un ingiusto profitto, la condanna ad una riparazione “aggravata” è «il solo strumento in grado di allontanare il danneggiante – ed altri potenzialmente nella sua stessa situazione – dall’area dell’indifferenza»¹¹². Soprattutto nei casi di dolo, cioè in presenza di “danni aggravati dalla condotta”¹¹³, il «risarcimento deve essere superiore al costo individuale per evitare un costo sociale positivo» dovuto alla circostanza che «il danneggiante non soltanto non investa in misure di sicurezza, ma addirittura investa negativamente in prevenzione, ovvero cominci ad investire positivamente in produzione del danno»¹¹⁴. In tal senso un risarcimento “aggravato” in funzione punitiva svolge anche l’essenziale funzione di prevenire il costo degli incidenti.

Nel caso di “danni seriali” causati nel corso di una campagna diffamatoria giornalistica o promossa via internet¹¹⁵, da soggetti che inquinano cumulativamente l’ambiente, da istituti di credito o da altri imprenditori che si appropriano indebitamente o che truffano continuativamente un numero ingente di consumatori anche per piccole cifre¹¹⁶, in modo da rendere diseconomica un’eventuale azione individuale volta a chiedere la restituzione di quanto illecitamente sottratto, soltanto il timore di una riparazione “ultracompensativa” con funzione deterrente-punitiva è in grado di impedire che l’agente possa scientemente reiterare all’infinito condotte illecite per lui “efficienti”, sulla base di un semplice calcolo tra il costo dei danni da risarcire e il complessivo beneficio

¹¹² QUARTA, *Effettività*, cit., p. 93.

¹¹³ Per tale nozione cfr. ARNONE, CALCAGNO, MONATERI, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, *passim*; MONATERI, *I “danni aggravati dalla condotta” e le “circostanze del caso” di cui all’art. 2056 c.c.*, in *Danno resp.*, 2015, p. 723 ss.

¹¹⁴ MONATERI, *La delibabilità*, cit., pp. 834 e 833.

¹¹⁵ Da ultimo, PETRUSO, *La responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a raffronto*, Torino, 2019.

¹¹⁶ Sul punto, MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 92 ss.

economico ingiustamente lucrato.

6. *L'art. 185 c.p. come "regola di sistema" che disciplina tutti i danni contrattuali ed extracontrattuali, patrimoniali e non patrimoniali "da reato". L'assolvimento del requisito della "riserva di legge". La riparazione pecuniaria come autonoma sanzione penale che è "accessoria" rispetto alla pena edittale.*

A seguito della lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c. successiva alla svolta giurisprudenziale del 2003, che estende il rimedio risarcitorio alla violazione di tutti gli interessi non patrimoniali della persona (costituzionalmente protetti) anche in assenza della commissione di un fatto-reato, l'art. 185 c.p. assume – a mio sommo avviso – una sua valenza precettiva del tutto autonoma (rispetto all'art. 2059 c.c.), quale "regola di sistema" che disciplina, in via generalissima, la riparazione di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali, contrattuali ed extracontrattuali, che derivano dalla commissione di illeciti penalmente sanzionati, soprattutto se dolosi. A rafforzare l'essenziale funzione afflittivo/deterrente dell'art. 185 c.p. v'è l'art. 198 c.p. il quale dispone che persino «L'estinzione del reato o della pena non importa la estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato» (ex art. 185 c.p.). Quindi, in presenza dell'estinzione del reato o della pena, stante l'impossibilità di condannare il responsabile alle sanzioni edittali previste dalla fattispecie incriminatrice, il legislatore demanda alla riparazione pecuniaria del danno le funzioni sia di "risarcire" la vittima, sia di sanzionare l'agente per la commissione dell'illecito, sia di prevenire, per il futuro, ulteriori analoghe condotte antiggiuridiche.

Il requisito della riserva di legge richiesto dalle Sezioni unite¹¹⁷ è ampiamente assolto¹¹⁸ sia dall'art. 185 c.p., sia dalla norma penale di riferimento che specificamente individua e disciplina la singola fattispecie di reato. Se si consulta la più autorevole dottrina penalistica, il civilista scopre che la stessa, da tempo, pacificamente

¹¹⁷ V., *retro*, la nt. 107.

¹¹⁸ *Contra*, ma trascurando l'art. 185 c.p. e la fattispecie penale di riferimento, SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 310, il quale cita il solo art. 2059 c.c.

afferma che la riparazione dei danni (previsti dall'art. 185 c.p.) «avviene mediante la corresponsione di una somma di denaro la cui funzione *non è chiaramente di reintegra del patrimonio, ma di soddisfazione per il male sofferto*»¹¹⁹. E il «*danno non patrimoniale o morale* consistente nella sofferenza fisica o psichica patita in conseguenza del reato» comprende, «come si insegna tradizionalmente, ogni forma di perturbamento psichico, dall'angoscia all'afflizione, dall'ansia al risentimento, fino a comprendervi anche il pregiudizio sociale»¹²⁰. Questa dottrina non pone in dubbio «la spiccata valenza afflittiva» di tale rimedio, giungendo a considerare la riparazione *ex art. 185 c.p.* «*come una vera e propria sanzione penale*»¹²¹. Il rinnovato interesse della dottrina penale per le “sanzioni civili” conseguenti alla commissione di un fatto-reato trova il suo fondamento sia nel «sempre più» consolidato «indirizzo politico-criminale che si preoccupa di prendere in considerazione e di dar soddisfazione agli interessi delle persone vittime del reato», sia nella «crisi dell'ideologia del trattamento penitenziario dei delinquenti», che «spinge verso la ricerca di nuove forme di reazione al delitto, capaci di fungere al tempo stesso da strumenti di efficienza repressiva e da fattori di integrazione sociale», sia nell'intento di «valorizzare al massimo un processo di maturazione della coscienza sociale, che non vede più nella sanzione afflittiva il solo – o il più idoneo – mezzo di ristabilimento dell'ordine giuridico violato»¹²².

La riparazione del danno *ex art. 185 c.p.* «come “autonoma” sanzione penale» può essere costruita «in due distinte maniere: o come pena criminale di tipo singolare, in cui conviverebbero elementi di natura civilistica e di natura penalistica», o come «”ulteriore” sanzione penale da porre accanto alla pena e/o alla

¹¹⁹ Per tutti, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 796 (il corsivo è nostro).

¹²⁰ FIANDACA e MUSCO, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è degli A.)

¹²¹ FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 797 (il corsivo è nostro), *ivi* gli ulteriori riferimenti dottr.

¹²² Le espressioni tra virgolette sono tratte da FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, pp. 797 e 798.

misura di sicurezza»¹²³. Il primo orientamento incapperebbe in obiezioni difficilmente superabili. Se «da un lato appare assai arduo sostenere che il risarcimento del danno possa assurgere ad autonomo fine della pena, dall'altro lato è assai agevole dimostrare come esso possa addirittura comprometterne le stesse finalità: e cioè sia la retribuzione (il risarcimento equivale a rinuncia alla retribuzione), sia la prevenzione generale (il risarcimento equivale ad eliminazione delle contropinte a delinquere [...]), sia la prevenzione speciale (il risarcimento elimina la dimensione specialpreventiva della pena)»¹²⁴. «Più avvertito dell'esigenza di rispettare gli scopi della pena appare, invece, il secondo modello di risarcimento del danno»: esso, da un lato, esclude che il risarcimento possa sostituire, anche in reati considerati "minori", le funzioni della pena detentiva; dall'altro, «radica la nuova sanzione nella prevenzione generale positiva ed in particolare nella prevenzione orientata alla integrazione sociale ed alla pacificazione»¹²⁵.

Una parte della dottrina privatistica e della giurisprudenza, in questi ultimi anni, si è esercitata in una superficiale "civiltà" di un istituto che appartiene, innanzitutto, al diritto penale. Ma, nell'ambito della *sedes materiae* di pertinenza, non si dubita che l'art. 185 c.p. svolga una essenziale funzione punitivo-deterrente, che è "accessoria" rispetto alla pena edittale.

7. Conclusioni. *Verso una nuova sistematica fondata sulla natura polifunzionale della responsabilità civile. I parametri di valutazione e di liquidazione dei danni "da reato"*.

Nel concludere questo itinerario dedicato alle più significative novità in tema di responsabilità civile, in presenza di un sistema che è impropriamente considerato "bipolare" (e che sarebbe divenuto addirittura "biforcuto")¹²⁶, ma che vorrebbe unificare il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali sotto una generalizzata quanto spesso fittizia funzione di *compensation*,

¹²³ FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, p. 798.

¹²⁴ FIANDACA e MUSCO, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁵ FIANDACA e MUSCO, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁶ Cfr. COMANDÉ, *Dal sistema bipolare*, cit., p. 155 ss.

sia consentito ulteriormente argomentare, anche alla luce delle citate adesioni e dei riscontri nel frattempo intervenuti in dottrina e in giurisprudenza, alcune conclusioni sistematiche pensate con riferimento ai diversi modelli d'imputazione ed alle differenti funzioni della responsabilità civile¹²⁷.

Pur nel rispetto degli essenziali tratti distintivi che caratterizzano i due modelli di responsabilità¹²⁸, un fenomeno di uniformazione può involgere sia il contratto sia il torto, quali fonti di un medesimo sistema di responsabilità civile che, come illustri autori seppero dimostrare¹²⁹, può essere ricostruito sulla consapevole individuazione dei diversi regimi di imputazione¹³⁰. Responsabilità oggettiva, «*présomption de faute*», *res ipsa loquitur*, appaiono istituti che, in modo obliquo, attraversano un unitario sistema di responsabilità civile coinvolgendo, parallelamente, sia il danno patrimoniale, sia quello non patrimoniale. Il regime della responsabilità oggettiva da torto (per cosa in custodia, ad es.) e da contratto (obbligazione determinata) tende a convergere in un modello che si rivela unitario sotto i profili delle cause di esonero (causa non imputabile, caso fortuito e forza maggiore), dell'oggetto

¹²⁷ Sui diversi aspetti, sia consentito rinviare a PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 220 ss.; ID., *La responsabilità civile*, cit., pp. 46 ss., 51 ss. e *passim*; ID., *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992; ID., *Hacia un "Derecho Común" de la Responsabilidad Civil*, in Fernández Sessarego (a cura di), *La Responsabilidad Civil*, Vol. III, Lima, 2010, p. 41 ss.

¹²⁸ Per una critica alle teorie che individuano nella colpa il fondamento della responsabilità contrattuale v. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 8. Cfr., altresì, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e FEOLA, *Inadempimento e responsabilità*, in P. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Camerino, 5-8 settembre 2018), I, Napoli, 2019, p. 131 ss.

¹²⁹ Una insuperata esposizione parallela delle regole della responsabilità civile delittuale e contrattuale è stata proposta, in Italia, da RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 148 ss. e *passim*.

¹³⁰ Questo modello sistematico, che è proprio del diritto francese, è seguito, ad es., da VINEY et JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*³, in *Traité dr. civ.* Ghestin, Paris, 2006, pp. 361 ss., 675 ss., 903 ss.

e dell'inversione della prova¹³¹. Una diversa posizione riguarda, invece, il regime per *faute prouvée*, che risulta limitato, in Italia, alla sola responsabilità delittuale per colpa, in virtù di una disciplina unitaria e generale dell'inadempimento (art. 1218 c.c.) che riguarda anche le obbligazioni di diligenza¹³². Investigando il diritto delle obbligazioni sotto il profilo dei diversi regimi di imputazione, anziché sotto l'aspetto, tradizionalmente formale, delle fonti, la *summa divisio* appare essere non più quella tra responsabilità delittuale e contrattuale, e tanto meno quella tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, bensì quella tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa, nella consapevolezza dell'esistenza di regimi intermedi che coinvolgono sia il torto, sia il contratto.

Sotto il profilo funzionale, quasi sempre trascurato in dottrina e in giurisprudenza, il sistema delle responsabilità si suddivide – a mio sommessimo avviso – essenzialmente in due modelli, del tutto distinti e indipendenti¹³³, all'interno dei quali gli stessi danni non patrimoniali assumono oggi una fisionomia più complessa di quella che caratterizzava il “vecchio” danno morale da reato, costruito sul collegamento necessario tra gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

¹³¹ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 325 ss. e *passim*. Nell'esperienza francese, LARROUMET, *Droit civil*, 3, *Les obligations. Le contrat*⁶, Paris, 1998, p. 599 ss.

¹³² Errano, quindi, Cass., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, e le ulteriori decisioni conformi: da ultime Cass., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 (e 28992), *ivi*, 2020, p. 72 ss. Sul punto, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, *ivi*, 2019, p. 248 ss.; ID., *Inadempimento e causalità “materiale”*: perseverare diabolicum, *ivi*, 2020, p. 75 ss. Precisa, altresì, che «al di là della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato», spetterà «al sanitario dimostrare che non esiste una causalità materiale fra fatto (positivo o omissivo) e l'evento», mentre «sarà a carico del danneggiato la prova del nesso di causalità giuridica fra l'evento e il danno in concreto esistente (art. 1223 e ss., c.c.)», VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 354.

¹³³ Cfr. già PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte I, cit., p. 56.

1) Il primo, soltanto civilistico, presuppone l'assenza di un fatto reato, realizza una funzione prevalentemente compensativa e si scompone in due sotto-modelli. Il danno non patrimoniale da torto, al pari del danno patrimoniale extracontrattuale, è risarcibile, sulla base del solo criterio dell'"ingiustizia", in presenza della lesione di un interesse giuridicamente rilevante della persona. Il danno non patrimoniale da contratto, così come l'analogo danno patrimoniale, prescinde dall'ingiustizia (e, a maggior ragione, dalla colorazione costituzionale dell'interesse inciso)¹³⁴ ed è risarcibile sulla base delle regole della responsabilità contrattuale. Entrambi i danni non patrimoniali si suddividono nelle voci, eventualmente concorrenti, del danno biologico dinamico-relazionale, del danno morale (liquidato in via autonoma e distinta dal primo) e dei danni dinamico-relazionali non biologici, risarcibili separatamente in tutte le ipotesi nelle quali sussista un pregiudizio altro, che non ha fondamento medico-legale e che non è, quindi, valutabile sulla base del grado percentuale d'invalidità permanente.

Malgrado la riparazione svolga una funzione prevalentemente compensativa, sembra opportuno procedere ad una ulteriore distinzione con riguardo alla tripartizione ribadita dalla più recente giurisprudenza¹³⁵ (che, poi, sostanzialmente ripercorre *lato sensu* la partizione in danno biologico, danno morale e danno esistenziale predicata dalla Corte costituzionale nel 2003, ponendo però in debita evidenza la componente "dinamico-relazionale" di questi pregiudizi). Mentre per il danno biologico un risarcimento con funzione essenzialmente compensativa trova la sua congruenza nella "oggettiva" valutazione medico-legale in termini percentuali e nel correlato sistema del *calcul au point*, per il danno morale e per alcuni danni dinamico-relazionali non biologici (che pur non conseguono alla commissione di un illecito penale: si pensi, ad es.,

¹³⁴ In critica allo specifico riferimento delle Sezioni unite, che invece richiedono la violazione del "diritto inviolabile" anche in tema di responsabilità contrattuale, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 39; e già CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 72 s.

¹³⁵ Cass., 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), cit., p. 843 ss.; Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, cit., p. 465 s.

al c.d. *préjudice sexuel par ricochet*, ovvero al danno subito dal coniuge a causa di una procurata impotenza *coeundi* o *generandi* dell'altro, al danno da ingiusta detenzione, al danno da perdita del rapporto parentale ecc.) appare prevalente una funzione soddisfattoria. Essendo insuscettibili di una valutazione economica di mercato che rispecchi i dettami della teoria differenziale¹³⁶, anche un'autorevole dottrina concorda nel ritenere questi danni «necessariamente sottratt[i] a un rimedio compensativo; e la reazione pecuniaria in cui si sostanzia l'eventuale sanzione è necessariamente ultracompensativa»¹³⁷. Fa piacere, poi, che anche la Cassazione inizi ad avvertire l'impossibilità di applicare automaticamente la *Differenztheorie* nella riparazione di danni che esulano da una aritmetica quantificazione in termini pecuniari¹³⁸, là dove afferma che, quando l'illecito «incide sui beni della persona, *il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce*, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato»¹³⁹. La stessa Suprema corte cita i suoi precedenti che individuano nella “gravità dell'offesa” non soltanto lo standard risarcitorio minimale che, eccedendo una certa soglia di offensività (e di tolleranza), rileva ai fini dell'*an debeatur*¹⁴⁰, ma soprattutto «un “requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non

¹³⁶ Sul punto, doveroso il richiamo a SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., p. 282 ss.

¹³⁷ BUSNELLI, *Tanto tuonò che... non piovve. Le Sezioni unite sigillano il sistema*, in *Corriere giur.*, 2015, p. 1213.

¹³⁸ In questi termini, ampiamente, già PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, parte II, cit., p. 220 ss. e *passim*. Per un'approfondita critica della teoria differenziale, v. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 468 ss.

¹³⁹ Cass., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978 (ord.), in *Danno resp.*, 2016, p. 831 (il corsivo è nostro). Seriamente preoccupato da questa affermazione è, invece, PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, *ivi*, 2016, p. 838.

¹⁴⁰ Così, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., p. 29.

patrimoniale”»¹⁴¹.

Quindi, se si distinguono, da un lato, i danni morali e i danni dinamico-relazionali non biologici soltanto “civili” (nel senso che sono conseguenza di una condotta che non integra una fattispecie delittuosa) dai danni patrimoniali e non patrimoniali “da reato” (ex art. 185 c.p.) è possibile concludere che nei primi è prevalente una finalità satisfattorio-compensativa, mentre negli altri prevale senz’altro una funzione punitivo-deterrente, pur in presenza di un’innegabile correlazione tra le diverse funzioni della responsabilità civile, che induce talvolta a discorrere, anche in ambiente di *Common Law*, di *punitive compensatory damages* e di *compensatory punitive damages*¹⁴².

Per i danni morali e per alcuni danni dinamico-relazionali non biologici si pone, altresì, un problema di ordine probatorio che riguarda sia l’*an* sia il *quantum*. Per quanto la Cassazione ed una parte della dottrina cerchino ancora di applicare forzatamente, anche in tale settore, i postulati del “danno-conseguenza” propri della teoria differenziale, affermando che non possa esistere nel nostro sistema un danno che sia *in re ipsa*, v’è da rilevare come nella recente letteratura si inizi finalmente a concordare con «l’evanescenza del confine tra prova presuntiva e danno *in re ipsa*»¹⁴³, tra danno-evento e danno-conseguenza¹⁴⁴, rilevandosi anzi l’illegittimità costituzionale di un unico modello compensativo che produca “illeciti senza danno”¹⁴⁵ pur nel caso di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona. Anche un’autorevole dottrina che ha assunto sul punto sovente posizioni critiche si vede costretta

¹⁴¹ Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 (ord.), cit., p. 831.

¹⁴² BENATTI, *I danni punitivi*, cit., p. 8, che condivide il pensiero di SHARKEY, *Crossing the Punitive-Compensatory Divide*, in *Civil Juries and Civil Justice*, 2008, p. 79.

¹⁴³ Cfr. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, Torino, 2018, p. 95; COMANDÉ, *Dal sistema bipolare*, cit., p. 158. E già PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, parte I, cit., pp. 18 ss., 36 ss.; FEOLA, in FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, cit., p. 460 s.

¹⁴⁴ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁵ Cfr. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1858 s.

sia ad affermare «l'inapplicabilità diretta dell'art. 1223 c.c. al risarcimento del danno non patrimoniale», essendo tale norma «tutta segnata dal riferimento esclusivo» al danno patrimoniale¹⁴⁶, sia ad osservare che «tra l'orientamento che ritiene il danno alla persona un danno *in re ipsa*, risarcibile senza che occorra la prova di una perdita che ne sia conseguenza, e coloro che affermano la possibilità di provare il danno in via presuntiva [...] non sembrano sussistere differenze rilevanti, dato che la prova per presunzione consiste nell'affermare che, secondo quello che accade normalmente, un danno si debba *in limine* ritenere quando vi sia stata la lesione»¹⁴⁷. Infatti «il danno alla persona non è il danno-conseguenza della *Differenztheorie*, ma la lesione in sé considerata»¹⁴⁸.

Tuttavia, oltre al settore del danno non patrimoniale, il superamento della mono-funzione compensativa della responsabilità civile è attestata dal legislatore perfino con riferimento a danni, anche patrimoniali, che conseguono a condotte che non integrano fattispecie di reato. Senza alcuna pretesa di completezza, e a mero titolo di esempio, sembra opportuno rammentare la “vocazione sanzionatoria” dell'art. 709 *ter* c.p.c.¹⁴⁹, che prevede la condanna a carico del genitore inadempiente al risarcimento del danno a favore del minore o dell'altro coniuge e ad una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della cassa delle Ammende. Così il codice della proprietà industriale (art. 125 d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30) e la legge sul diritto di autore (art. 158 l. 22 aprile 1941, n. 633) riconoscono al danneggiato una riparazione che è parametrata non al danno subito dalla vittima (nei consueti limiti del danno emergente e del lucro cessante), ma al profitto conseguito dall'autore dell'illecito, soprattutto allorché questo ecceda il risarcimento del danno di cui all'art. 1223 c.c. E la dottrina è concorde nel ravvisare in questa “retroversione degli

¹⁴⁶ CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 191.

¹⁴⁷ CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 914.

¹⁴⁸ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 199; e già A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 232 ss.

¹⁴⁹ PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2013, p. 409.

utili” una funzione non soltanto risarcitorio/ripristinatoria, ma anche deterrente e punitiva, nella misura in cui tende, da un lato, a privare il danneggiante dell’utile illecitamente realizzato, dall’altro, a trasferirlo interamente al titolare del diritto¹⁵⁰.

Anche le misure di coercizione indiretta, previste nel processo civile (art. 614 *bis* c.p.c.) per le obbligazioni di fare infungibile e per quelle di non fare, ma estese nel processo amministrativo (art. 114, comma 3, c.p.a.) agli obblighi fungibili ed alle obbligazioni pecuniarie, rappresentano pene civili, e non risarcimenti, che intendono sanzionare «ogni violazione o inosservanza successiva» e «ogni ritardo nell’esecuzione» del provvedimento di condanna. L’ammontare della «somma di danaro», determinata dal giudice sulla base del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile «e di ogni altra circostanza utile», deve essere corrisposta a prescindere dalla sussistenza di un danno risarcibile e, nel caso esso sussista, «si cumula con il danno cagionato dall’inosservanza del precetto giudiziale», non essendo «l’ammontare della sanzione [...] defalcabile dall’importo dovuto a titolo di riparazione»¹⁵¹.

Così sanzioni pecuniarie ad una «somma dovuta» sono disposte, dal codice della proprietà industriale (art. 124, comma 2, e 131, comma 2) e dalla legge sul diritto d’autore (art. 156) nel caso di pronuncia inibitoria, «per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento». Del pari, sanzioni pecuniarie sono previste «per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto» a carico del “professionista” che non adempia alle pronunzie rese dal giudice civile in merito a ricorsi proposti dalle associazioni di tutela degli interessi collettivi in materia consumeristica (art. 140, comma 7, d.lg. n. 206 del 2005) e in tema di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali, in caso di mancato rispetto degli obblighi imposti dalla sentenza che abbia accertato l’iniquità delle clausole contrattuali (art. 8, comma 3, d.lg.

¹⁵⁰ In argomento, PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005; PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005, *passim*.

¹⁵¹ VOLPE, *Le funzioni*, cit., p. 105.

9 ottobre 2002, n. 231).

Perfino nella legge di riforma della responsabilità sanitaria il legislatore, un po' a sorpresa, dispone che «il giudice, *nella determinazione del risarcimento, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria*», con particolare riguardo all'osservanza delle buone pratiche clinico-assistenziali ed alle raccomandazioni previste dalle linee guida (*ex art. 5*) ed all'applicazione dell'art. 590 *sexies* del codice penale (art. 7, comma 3, l. n. 24 del 2017). Tale norma è stata considerata come un esempio emblematico «di irruzione del criterio d'imputazione nella determinazione del danno risarcibile», che modifica l'idea tradizionale secondo la quale l'accertamento della colpa sia «unicamente funzionale all'accertamento della responsabilità, non alla liquidazione del danno»¹⁵².

2) Il secondo modello, che ha ad oggetto il danno “da reato”, e che si estende ai campi sia del torto sia del contratto, sia del danno patrimoniale sia di quello non patrimoniale, ha una funzione essenzialmente punitiva e consegue all'accertamento, in concreto o in astratto, di una specifica fattispecie di reato attraverso la mediazione dell'art. 185 c.p. Il giudice civile può accertare la sussistenza del fatto reato ai soli fini di condannare il responsabile ad una riparazione che ha una funzione prevalentemente punitivo-deterrente.

I danni patrimoniali e non patrimoniali “da reato” (*ex art. 185 c.p.*) possono essere riparati in ipotesi evidentemente tipiche, poiché tipici e tassativi sono i fatti di reato. Sicuramente atipici, invece, sono gli illeciti che possono causare i danni civili patrimoniali e non patrimoniali. L'atipicità permea sia il sistema di responsabilità delittuale, sia quello di responsabilità contrattuale. Ingiustizia del danno e inadempimento (o adempimento inesatto) sono le clausole generali che, come si è egregiamente scritto¹⁵³, governano il sistema di responsabilità civile da torto e da contratto, con riguardo ai fatti produttivi di danni patrimoniali e non

¹⁵² CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 914; in argomento, GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017, n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1499.

¹⁵³ FEOLA, in FEOLA e PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 451 ss.

patrimoniali. Ma nelle ipotesi di fatti-reato che abbiano causato alla vittima danni patrimoniali e non, la riparazione pecuniaria (art. 185, comma 2, c.p.) non può non avere quell'originaria funzione punitivo-deterrente che i legislatori del 1930 e del 1942 vollero esplicitamente assegnarle.

In questi casi, l'entità della riparazione può essere determinata utilizzando come "parametri" funzionalmente compatibili quelli dettati proprio dal legislatore per la commisurazione della pena pecuniaria. Oltre alla gravità del reato desunta dall'entità «del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa» (art. 133, comma 1, n. 2, c.p.), dall'intensità del dolo e dal grado della colpa (n. 3), dalla «natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione» (n. 1), il giudice potrebbe tener conto, anche in relazione al carattere di maggiore o minore antiggiuridicità della condotta, «della capacità a delinquere del colpevole» (art. 133, comma 2) e delle condizioni economiche del reo (art. 133 *bis* c.p.)¹⁵⁴. Parametro, quest'ultimo, estremamente rilevante là dove il delitto sia posto in essere da imprese multinazionali nelle quali è assai difficile (se non impossibile) individuare la persona fisica cui imputare la responsabilità penale, che abusano della propria posizione economica nell'arrecare ai cittadini danni "di massa", nella certezza che l'entità delle eventuali richieste risarcitorie sia notevolmente inferiore rispetto al vantaggio economico illecitamente lucrato.

Un significativo esempio di sinergia tra *private* e *public enforcement* è contenuto nel c.d. codice del consumo, là dove prevede l'applicazione di una pluralità di rimedi che, operando in maniera complementare¹⁵⁵, attuano sia finalità risarcitorio-compensative, sia funzioni più propriamente deterrenti e punitive: oltre alla responsabilità civile per danni cagionati dai «difetti del suo prodotto» (art. 114 ss. d.lg. n. 206 del 2005), il produttore o il distributore che immettano sul mercato prodotti pericolosi (in

¹⁵⁴ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. ult. cit.*, p. 251 s.

¹⁵⁵ Cfr. AL MUREDEN, *I punitive damages tra limiti del diritto interno e apertura delle Sezioni unite*, in *Studi in onore di P. Stanzione*, Napoli, 2018, p. 1750 s.

violazione del divieto di cui all'art. 107, comma 2, lett. e), «salvo che il fatto costituisca un reato più grave», sono puniti con l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda da 10.000 a 50.000 euro. E così, sempre che il fatto non costituisca un reato più grave, il produttore o il distributore che non ottemperino ad alcuni provvedimenti di cui all'art. 107, comma 2, sono puniti con l'ammenda da 10.000 a 25.000 euro, mentre se non assicurano «la dovuta collaborazione ai fini dello svolgimento delle attività di cui all'articolo 107, comma 2, lett. a)» sono soggetti alla sanzione amministrativa da 2.500 a 40.000 euro. Infine, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato, il produttore che violi le disposizioni di cui all'art. 104, commi 2, 3, 5, 7-9, e il distributore che violi le disposizioni dei commi 6-9 dell'art. 104 sono soggetti a una sanzione amministrativa compresa tra 1.500 e 30.000 euro.

Un'ulteriore testimonianza dei «numerosi indici normativi che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori *con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria*»¹⁵⁶ è contenuta proprio nell'ordinanza della Cassazione che ha provocato la pronunzia delle Sezioni unite. Tra le molteplici ipotesi segnalate «a titolo solo esemplificativo», nelle quali la riparazione assume una funzione sanzionatoria, preventiva e punitiva, oltre alla ben nota disciplina in tema di diffamazione a mezzo stampa, che dispone il pagamento di una somma di danaro «in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato» (art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47), particolare rilievo assumono la menzione dell'art. 187 *undecies*, comma 2, del d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, la condanna, a favore della Consob, ad una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, che tenga conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato; nonché degli artt. 3-5 d.lg. 15 gennaio 2016, n. 7, i quali, nell'abrogare alcune fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del

¹⁵⁶ Testualmente, Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 (ord.), cit., p. 830 (il corsivo è nostro).

patrimonio, dispongono, nel caso di condotta dolosa, «lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva», la cui entità deve essere determinata dal giudice sulla base dei seguenti criteri: «gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente»¹⁵⁷. Come si può notare, è lo stesso legislatore ad indicare i parametri (essenzialmente omogenei con quelli previsti, in via generale, dall'art. 133 c.p.) che il giudice deve adottare nella valutazione, anche equitativa (art. 1226 c.c.), dei danni patrimoniali e non patrimoniali “da reato”.

Sgombrato il campo dagli equivoci e dai dogmi ancora persistenti, l'auspicio è che le nostre Corti, sempre più attente ai rilievi critici ed alle proposte provenienti dalla dottrina, molto più attente di quanto non lo sia, talvolta, la stessa dottrina, siano in grado di procedere, anche su questo tema, alla ricostruzione di un sistema che, per quanto più complesso di quello fondato sulla semplificante partizione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale ispirata alla mono-funzione compensativa della responsabilità civile, sia rigoroso sotto il profilo del discorso giuridico e, nel contempo, adeguato all'incessante divenire della società.

¹⁵⁷ Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 (ord.), cit., p. 830 s.

ANDREA PROTO PISANI
Professore emerito di diritto processuale civile
Università di Firenze

**BREVI NOTE SULL'ART. 844 CC. E SUL RILIEVO
DEI VALORI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA
LEGGE* - ****

1. – Questo breve articolo muove volutamente dall'esame delle forme di tutela che il proprietario può esercitare nei confronti delle immissioni di rumore provenienti da una officina di revisioni auto situata nei pressi dell'abitazione del proprietario.

Il tema è stato oggetto di recente della sentenza 19 luglio 2019, n. 19434 è pubblicata in *Responsabilità civile e previdenza* 2020, p. 882 ss. con ampia nota ricca anche di indicazioni bibliografiche generali di Virginia Fusco.

La sentenza concerne la forma di tutela del proprietario abitante contro l'autore delle immissioni.

Sul piano strettamente processuale la vicenda è relativamente semplice. Il proprietario, abitante può chiedere:

a) domanda di risarcimento dei danni in forza dell'art. 2043 c.c., ma è appena il caso di osservare che tale forma di tutela non sarà mai in grado di assicurare all'attore il godimento della sua abitazione in modo pieno, cioè libero dalle immissioni intollerabili di rumore prodotto dall'officina riparazioni auto del convenuto. Il risarcimento dei danni, quale tipica forma di tutela solo repressiva, è idoneo solo ad eliminare solo gli effetti dannosi della violazione già avvenuta, ma non sarà mai in grado di assicurare all'attore abitante, il godimento dell'abitazione senza il turbamento provocato dalle immissioni.

b) Probabilmente perché consci di ciò la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre ammesso la possibilità per l'attore di chiedere e al giudice di disporre – ove ne sussistano i presupposti –

sentenza di condanna *inibitoria*, cioè di condanna dell'autore delle immissioni illegittime di adempimento per il futuro dell'obbligazione negativa di *non fare*, di astenersi dal continuare ad emettere rumori integranti le immissioni illegittime. Benissimo, solo che all'introduzione dell'art. 614-bis (relativo alle "misure di coercizione indirette" previsto solo nel 2009, e poi ampliato nel 2019), una simile condanna ad un non fare per sua natura infungibile (cioè non surrogabile da parte di un terzo tramite la tecnica della esecuzione forzata), finiva per essere un meno *flatus vocis* anteriormente al 2009 (che per la prima volta in Italia ha introdotto le c.d. misure di coercizione indirette: al riguardo mi permetto di rinviare al mio ultimo scritto *Note personali e no a margine dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Rass. esecuzione forzata 2019*, p. 3 ss. ove i cenni ed i rinvii per cogliere la grave responsabilità della dottrina processualcivilistica).

c) Non ha torto poi la giurisprudenza (anche nella sentenza che costituisce l'occasione di queste note) che ha ammesso l'esperibilità accanto alla inibitoria negativa (a *non fare*), anche la c.d. inibitoria *positiva*, con la quale, probabilmente a seguito di C.T.U., ordinare al convenuto il compimento delle opere necessarie (*facere positivo*) per eliminare le immissioni illegittime. Tale sentenza di condanna, in quanto avente ad oggetto un *facere positivo*, è fungibile e quindi suscettibile di essere attuata nelle forme degli art. 612 ss. c.p.c. in via surrogatoria da parte di un terzo incaricato e indicato dal giudice dell'esecuzione.

È però da aggiungere che l'attuazione della c.d. inibitoria "positiva", a seguito della riformulazione dell'art. 614-bis applicabile dal 2019, è oggi effettuabile anche tramite le c.d. misure di coercizione indirette, minacciando l'obbligo di dovere pagare una somma di denaro (a titolo di sanzione) in caso di non adempimento del provvedimento di condanna al *facere* o ritardo dell'inadempimento, *facere* di cui l'obbligato è tenuto ad anticipare – come si vedrà – le spese spesso molto ingenti (il tema è sul piano pratico delicatissimo: qui è sufficiente solo averlo richiamato).

2.1. – Detto della c.d. inibitoria positiva ritenuta esplicitamente ammissibile dalla sentenza in epigrafe, in tema di immissioni

illegittime ex art. 844, vorrei trarre spunto dalla presente nota per svolgere, sia pure in estrema sintesi, un discorso di più ampia portata.

Vorrei partire proprio dall'art. 844 c.c., per rilevare come il legislatore del 1942 ritenne opportuno prevedere una norma specifica per contemperare due "valori" contrapposti; da un lato le "ragioni" della proprietà (specie in caso di uso di abitazione, si potrebbe aggiungere), dall'altro lato le "esigenze" della produzione (cioè, direi, dell'impresa, quanto meno anche).

Il legislatore del 1942 non ebbe cioè dubbi nell'attribuire al giudice, il bilanciamento tra tali due valori, anche se ciò poteva essere fonte di "incertezze" (di non "calcolabilità", si potrebbe anche dire) soprattutto per l'imprenditore.

2.2. – Consideriamo ora un'altra disposizione: l'art. 2087 c.c. sempre del 1942, in pieno regime corporativo (o forse proprio per questo).

Disciplinando il lavoro nell'impresa si dettò una disposizione specifica sulla "tutela delle condizioni di lavoro" e si prevede testualmente che "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro".

Tradotto in termini di tecnica giuridica l'art. 2087 prevede, attraverso una norma chiarissima nell'obiettivo da perseguire, un obbligo fungibile di fare a carico dell'imprenditore: obbligo cui corrisponde una più o meno ampia serie di concreditori solidali (costituiti da lavoratori addetti al reparto ove si verifica il pericolo di lesione della loro integrità fisica o morale), ciascuno legittimato disgiuntamente ad agire in giudizio contro l'imprenditore per l'adempimento dell'obbligo.

L'art. 2087 afferma una chiara scelta di valori: alla presenza di un conflitto tra interessi dell'imprenditore e tutela (anche se suscettibile di essere molto costosa) della integrità fisica e morale dei lavoratori, va data preferenza a questa seconda esigenza. In fondo è lo stesso di quanto oggi ripete il primo comma dell'art. 41 della Costituzione. Temo però che il singolo lavoratore o gruppo di lavoratori che oggi decidessero di agire contro l'imprenditore fondandosi *solo* sul primo

comma dell'art. 41 Cost, nell'ignoranza generale correrebbero il rischio almeno di essere qualificati come "i soliti velleitari o rompiscatole". Ma come è noto il ricorso alle associazioni sindacali spesso eviterebbe risposte di questa specie.

Un'ultima osservazione tecnica sull'art. 2087 c.c. L'adozione da parte dell'imprenditore di tutte le misure necessarie per la tutela della "integrità fisica e della personalità morale" dei lavoratori addetti anche solo ad uno dei più reparti di lavoro, se talvolta può essere di modesta entità economica, poteva anche - specie se relativa a componenti centrali dell'intero ciclo produttivo - di notevole o notevolissima entità economica. Orbene solo dal 2019, anno in cui, per l'esecuzione anche degli obblighi di fare anche fungibili, è divenuto possibile utilizzare la tecnica delle misure di coercizione indiretta, (col conseguente venir meno dell'onere a carico del lavoratore di anticipazione delle spese) la previsione dell'art. 2087 ha cessato di essere un mero *flatus vocis*¹.

2.3. – L'analisi sintetizzata *retro* dovrebbe essere sufficiente a dimostrare come l'ordinamento giuridico preveda che per l'attuazione della legge, il giudice possa fare ricorso a "valori" anche nel modo più delicato del reciproco bilanciamento e valori contrapposti e ciò non determinava – almeno al momento dell'emanazione del codice civile del 1942 – alcuna incompatibilità

* Questo breve articolo – rivolto ai "deboli della terra" destinatari naturali dell'attuazione dei doveri di solidarietà "riconosciuti" posti a fondamento anche dalla nostra carta costituzionale - è destinato alla raccolta di studi dedicati a Giuseppe Vettori, civilista, amico da sempre.

** Chiedo formalmente perdono al caro amico e collega con cui ho polemizzato in questa nota, confidando nella sua affettuosa amicizia che per me costituisce un "valore" inestimabile.

¹ Quanto detto nel testo, mi sembra non possa trovare ostacoli nella esclusione – classista – della applicabilità dell'art 614-bis alle "controversie di lavoro subordinato pubblico o privato". E ciò perché l'art 2087 c.c. è posto esplicitamente a tutela dei diritti – oggi di rango costituzionale – "alla integrità fisica" e al "rispetto della personalità morale" anche "del prestatore di lavoro". Chi preferisce dovrebbe comunque pervenire alla stessa soluzione in via di ineludibile "interpretazione costituzionalmente orientata" o "sistematica" o di "combinato disposto".

di qualsiasi specie. E, si noti, tale verifica è stata svolta senza fare ricorso a disposizioni quali quelle sulla buona fede, sulla correttezza, sulla giusta causa, cioè a disposizione tutte relative – senza possibilità di dubbio alcuno – a corposissimi valori da concretizzare da parte dell'operatore giuridico.

3. – Prima di procedere oltre, sembra cosa opportuna accennare ad un tema classico dell'operatore giuridico: il tema della interpretazione della legge generale e astratta. Pochi rapidissimi cenni per descrivere come il problema è stato visto da uno studioso di oltre ottanta anni che ha trascorso la oramai lunga vita ad interpretare leggi.

Per interpretare testi di legge, l'analisi del linguaggio e la logica formale non esauriscono il compito dell'interprete; questi, prima di applicare la legge, deve innanzitutto prendere atto che da uno stesso testo di legge sono desumibili più risultati interpretativi: cioè è possibile desumere dall'unico testo più diverse "norme" (sempre a carattere generale e astratto); l'interprete pertanto è pressoché quotidianamente chiamato a scegliere quale delle più diverse norme applicare alla fattispecie concreta.

Tale scelta dipende da una serie diverse di circostanze che possono coesistere o escludersi l'una dall'altra. Cerco di indicarle:

- Innanzi tutto la norma non è isolata ma consiste con una miriade di altre norme (desunte da più testi di legge) non separate ma connesse nella disciplina del medesimo fenomeno sociale – quasi parte di un tutto. Di qui l'esigenza dell'interpretazione c.d. sistematica, volta a verificare la coerenza del sistema e a intervenire nella scelta fra le più norme derivanti dallo stesso testo di legge. Lo stesso tema può essere indicato con l'espressione "combinati disposti".

- In secondo luogo fra il momento dell'emanazione del testo di legge e quello in cui l'operatore giuridico deve farne applicazione, può esservi un più lungo passaggio di tempo, durante il quale può essersi verificato un mutamento che non potrà non incidere sulle scelte fra le più norme desumibili dallo stesso testo. Tanto almeno per un'esigenza di "realismo" da cui l'interprete non può prescindere.

- È infine possibile che fra l’emanazione del testo e quello della sua applicazione, si sia verificata l’emanazione di una legge di rango superiore, la *Costituzione*, che abbia più o meno radicalmente modificato, inciso sul sistema di valori dai quali – come già detto *retro 2* – l’interprete non può prescindere. In tale caso secondo il diritto vivente italiano, l’interprete se il mutamento se il mutamento è tale da poter determinare addirittura l’abrogazione (*rectius* la soppressione) del testo di legge ordinaria, il giudice dovrà provocare l’intervento della Corte costituzionale perché sia essa a provvedere. Se invece qualcosa del vecchio testo di legge può sopravvivere, il giudice ordinario potrà agire lui stesso per porre il testo di legge in regola con i valori costituzionali effettuando *interpretazioni c.d. costituzionalmente orientate*, senza disturbare la Corte costituzionale.

4. – E così attraverso tanti ma sinteticissimi passaggi successivi il discorso iniziato con l’art. 844 in tema di immissione, ci ha condotto – devo ammetterlo – a quanto più mi interessava riflettere in questa nota: la Costituzione del 1948.

La Costituzione è di certo una legge ancorché emanata da un’apposita assemblea, l’assemblea Costituente, che concluse i suoi lavori in tempo da farla entrare in vigore il 1° gennaio 1948, quale patto sociale per i cittadini, quale che ne fosse il partito o la ideologia².

La Costituzione italiana del 1948, fra tutte le costituzioni emanate nello stesso periodo, è – almeno per quanto concerne la parte I (art. 1 a 54) e la disciplina della magistratura (art. 101 ss.) e le garanzie costituzionali (art. 134 ss.) – è la migliore in assoluto, perché senza

² Con la sola esclusione (disp. XII att.) del partito fascista, in quanto partito a ideologia illiberale e antidemocratica, sorto a seguito del vero e proprio colpo di Stato con l’assunzione da parte del suo capo della totale responsabilità dell’assassinio del deputato Giacomo Matteotti, e, fra le tante sue infamie, dopo le ignobili avventure in Etiopia e in Spagna, dispose la discriminazione dei cittadini di origine ebraica a seguito delle leggi razziali del 1938, e, infine anche in modo “vigliacco” per il momento scelto, attaccando nel 1940 alle spalle la Francia oramai sconfitta ed entrando in guerra a fianco delle Germania nazista.

cedere di un millimetro in tema di libertà e di rappresentanza del popolo prevede sapientemente l'attuazione di uno stato sociale attraverso la tutela del lavoro, della salute, dell'istruzione. Dell'equilibrio della dignità della persona e il riconoscimento dell'iniziativa privata e della proprietà.

La Costituzione del 1948, frutto dell'accordo tra sinistra democristiana e partito comunista, si fonda soprattutto:

1) sul *riconoscimento* e sulla *garanzia* di “diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri *inderogabili* di solidarietà politica, economica e sociale³.

2) Della eguaglianza, sia a livello formale (art. 3, comma 1) che sostanziale (art. 3, comma 2) secondo cui: “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando *di fatto* la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il *peno sviluppo della persona umana* l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

³ Palese vergognosa violazione della solidarietà, è la politica in atto di fornire la Libia (ed oggi anche la Tunisia) delle disponibilità economiche (o direttamente le navi) per riportare sul territorio libico i migranti che fuggono dalle violazioni nel proprio paese di appartenenza del diritto primario ad una esistenza libera e dignitosa; e ciò nonostante che i migranti siano concentrati in veri e propri “lager” più volte denunciati dall'ONU.

Ma vi è di più, è in atto in Italia una politica mai discussa in parlamento, volta ad impedire la partenza dai porti italiani di navi delle c.d. O.N.G. allo scopo di prevenire che queste prestino assistenza umanitaria ai migranti stivati in barconi, e spesso solo gommoni, libici (ed oggi anche tunisini).

Ma vi è ancora di più e di peggio. L'Italia – anche qui senza che vi sia stata alcuna discussione in parlamento – fa silenziosamente parte della politica europea volta a compensare lautamente la Turchia per il trattenimento in territorio turco alle frontiere siriane, di circa tre o quattro milioni di rifugiati siriani, assicurando che essi non si muovano verso la civilissima Europa per trovare ivi rifugio.

Ovviamente questa nota ad una nota non pretende affatto approfondire le cause di queste nefandezze, cause che è possibile solo definire come vergognose per paesi che si riempiono la bocca della nobiltà della propria storia.

Stante i limiti di questa nota, sono sufficienti questi due articoli per comprendere la rivoluzione copernicana rispetto agli ordinamenti costituzionali persistenti.

A base dell'ordinamento è posto il riconoscimento *e la garanzia* della persona, il lavoro (art. 1, 4) visto soprattutto come dovere prima ancora che come diritto, i diritti e doveri di solidarietà, politica, economica e sociale.

L'iniziativa economica e la proprietà privata, sono sì riconosciute dagli art. 41 ss., ma subordinatamente ai diritti-doveri prima integralmente riportati, (e pertanto, a differenza delle costituzioni statuti ecc. ottocenteschi, non nei principi fondamentali nei quali si fa riferimento ai diritti fondamentali della persona, ai diritti e doveri di solidarietà, al lavoro, alla eguaglianza sostanziale) e comunque subordinatamente al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana, da un lato, e delle grosse limitazioni imponibili alla proprietà privata ai fini dell'utilità sociale.

5. – Svoltata questa lunga premessa, mi sembra un fuor d'opera stare a negare che in tale modo i valori, soprattutto della persona, non siano destinati a influenzare – se del caso in via di interpretazione sistematica o di combinati disposti – l'interpretazione delle leggi ordinarie: polemicamente è da dire che in tal modo si ha il benefico irrompere dei valori nell'interpretazione delle leggi (vecchie ma anche nuove o nuovissime) vigenti.

Dico questo con estrema chiarezza perché taluni studiosi recentemente, quasi in modo monotono, negano che tale irruzione dei valori nell'interpretazione sia opportuna o addirittura legittima in quanto in contrasto con il valore della certezza nella misura che possono determinare frequenti mutamenti e/o difformità pericolosi della giurisprudenza. Quale studioso del processo e quindi anche della Corte di cassazione, da anni ho dedicato una serie di interventi volti a contestare lo stato del funzionamento della nostra Corte di Cassazione, la quale a causa del suo abnorme numero di ricorsi e di decisioni, rischia frequentemente di divenire fonte di incertezza in quanto talvolta o spesso fonte essa stessa di interpretazioni confliggenti.

D'accordo quindi? Niente affatto, perché la nomofilachia auspicata da chi scrive e da tanti altri operatori giuridici, è una nomofilachia non statica ma *dinamica* cioè sempre pronta a mutare in caso (uso il termine in senso tecnico riassuntivo) di mutamenti della realtà sociale.

E a chi preferisca organizzare convegni sulla “calcolabilità” (prevedibilità) delle decisioni giudiziarie, mi limiterei a rispondere dicendo che la mia bussola di riferimento sono stati il pensiero di Tullio Ascarelli e di Luigi Mengoni. Forse, sul piano strettamente filosofico, è possibile discutere della incompatibilità tra legge e valori; non lo nego affatto; ma lo studioso di diritto non deve essere filosofo astratto e deve contentarsi del più modesto obiettivo della ragionevolezza. Se ciò viene meno si rischia di avallare tutto fino all'orrore dell'olocausto.

Vorrei concludere con una sia pur triste battuta.

A quanto ne so (e ragionevolezza imporrebbe di ritenere) Hans Kelsen non “poteva” accettare, condividere il c.d. decreto del marzo 1933 di conferimento dei pieni poteri a Hitler. Il trasferimento di Kelsen con tutta la famiglia all'estero (prima in Europa e poi negli Stati Uniti) non fu dovuto certo ad alcun ossequio formale della legge (come invece fu per Carl Schmitt), bensì alla necessità di sottrarre sé e la propria famiglia alle conseguenze assassine che quella legge preannunciava per chi – come Kelsen e la propria famiglia – fosse macchiato dalle proprie origini ebraiche⁴.

⁴ Nel testo ho dato per pacifico che le disposizioni della Costituzione aventi alla base “valori”, enunciati come assoluti o come limitazioni all'esercizio dell'iniziativa economica o della proprietà, per la loro piena attuazione non sono necessariamente subordinate alla intermediazione di specifici atti di legge o amministrativi, in quanto sono doverosamente applicabili nella interpretazione delle leggi ordinarie o di combinati disposti.

MASSIMO PROTO
Professore ordinario di diritto privato
Link Campus University di Roma

GARANZIA PER VIZI DELLA COSA VENDUTA: ONERE PROBATORIO E DIRITTO A UN RIMEDIO EFFETTIVO

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il contrasto di orientamenti. – 3. Il percorso logico delle Sezioni Unite. – 4. Rilievi critici. – 5. L'onere probatorio sulla (pre)esistenza dei vizi. – 6. Vicinanza della prova e diritto a un rimedio effettivo.

1. Il problema.

Con una decisione del 2019, resa a Sezioni Unite¹, la Suprema Corte ha inteso risolvere un quesito, da lungo tempo dibattuto, legato

¹ Cass., Sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Giur. it.*, 2019, p. 1527 ss., con nota di CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 744 ss., con nota di VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*; in *Contr.*, 2019, p. 373 ss., con nota di DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*. Si sono soffermati sulla decisione, altresì, REGAZZONI, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 1055 ss.; MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 443 ss.; PAGLIANTINI, *Redibitoria ed onere della prova nel canone delle S.U. 11748/2019: ritorniamo ad Ascarelli!*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 101 ss. L'orientamento ha trovato conferma in Cass., 21 giugno 2019, n. 16766, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Vendita*, n. 20; e in Cass., 21 giugno 2019, n. 16766 (in motivazione), in *Foro it.*, 2019, I, 3103 ss., con nota di MAGLIULO - PARDOLESI, *Sull'interruzione della prescrizione delle garanzie per vizi nella compravendita* (pubblicata anche in *Corr. giur.*, 2019, p. 1025 ss., con

al riparto dell'onere probatorio in relazione alla garanzia per vizi della cosa venduta: se, nelle azioni edilizie disciplinate agli artt. 1490 e 1492 cod. civ., spetti al compratore provare l'esistenza dei vizi denunciati o spetti invece al venditore dimostrare di avere consegnato una cosa da essi immune.

La lite, che ha condotto alla pronuncia della Cassazione, è tutt'altro che infrequente nella pratica degli affari. Il compratore, convenuto per il pagamento del prezzo relativo a un contratto di vendita, aveva eccepito la presenza di vizi, tali da rendere i beni acquistati inadatti all'uso cui erano destinati, e aveva chiesto la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1492 cod. civ. Il Giudice di prime cure aveva reputato l'eccezione infondata poiché, indipendentemente dall'accertamento in ordine alla tempestività della denuncia richiesta dall'art. 1495 cod. civ., le circostanze in essa dedotte erano rimaste prive di riscontro: i vizi non erano stati dimostrati dal compratore. La regola, secondo cui incomberebbe su quest'ultimo l'onere della prova, era stata poi contestata con l'appello, dichiarato tuttavia inammissibile.

Il caso è giunto così dinanzi alla Seconda Sezione della Suprema Corte, la quale, con ordinanza interlocutoria², ha rimesso gli atti al Primo Presidente perché, evidenziando un contrasto giurisprudenziale in ordine alla questione sopra riferita, ne disponesse la trasmissione alle Sezioni Unite. Le quali, con la sentenza richiamata, hanno sciolto il dubbio nel senso che l'onere probatorio circa l'esistenza dei vizi grava sul compratore; lasciando però aperto il tema, conseguente e ulteriore, relativo alla dimostrazione circa l'antiorità di tali vizi – la cui esistenza sia stata provata dal compratore – alla vendita.

nota di CALVO, *Difformità, inadempimento del venditore e denuncia del vizio occulto*; in *Contr.*, 2019, p. 501 ss., con nota di D'ONOFRIO, *Le Sezioni Unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, e di DALLA MASSARA, *Postilla. Per il ripristino di alcune linee di coerenza sistematica dopo la coppia di pronunce a Sezioni Unite in tema di vendita*).

² Si tratta di Cass. 26 settembre 2018, n. 23015, ord., in *Foro it.*, 2019, I, c. 1358 ss., con nota di MAGLIULO, *Alle Sezioni Unite la questione sul riparto degli oneri probatori nelle azioni di garanzia per vizi della cosa venduta*.

2. *Il contrasto di orientamenti.*

Per comprendere le ragioni del contrasto denunciato nell'ordinanza di rimessione, occorre muovere dalla posizione, assunta dalle medesime Sezioni Unite con la sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001³, in tema di riparto dell'onere probatorio per l'ipotesi di inadempimento e – questa tesi sì – avallata dalla conforme successiva giurisprudenza.

La regola stabilita nel 2001 – applicabile tanto alle azioni di adempimento, quanto a quelle di risoluzione e di risarcimento – esige che, in forza della disposizione generale racchiusa nell'art. 2697 cod. civ., il creditore, che promuova il giudizio lamentando l'altrui inadempimento o inesatto adempimento, debba limitarsi a dimostrare il fatto costitutivo del diritto, vale a dire il titolo in cui il diritto trova fonte; e che incomba invece sul debitore l'onere di provare il fatto positivo determinante la vicenda estintiva della correlativa obbligazione e, dunque, del rapporto. Spetta al debitore di dimostrare il corretto adempimento o, in alternativa, le circostanze, a lui non imputabili, che hanno condotto alla sopravvenuta impossibilità della prestazione⁴. L'unico caso, in cui

³ In *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con commento di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr.*, 2002, p. 113 ss., con commento di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss., con nota di LAGHEZZA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349 ss., con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*. Sulla medesima decisione, cfr., altresì, VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707 ss.; VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di materia di onere probatorio del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 903 ss.; BUSONI, *Inesatto adempimento ed onere probatorio*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 787 ss.; MAGGIOLO, *Inadempimento ed oneri probatori*, in *Atti del Convegno per il cinquantenario della rivista. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 165 ss.

⁴ La regola, secondo Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., trova applicazione anche nei casi di opposizione all'eccezione di inadempimento (potendo, il convenuto, limitarsi ad eccepire l'inadempimento dell'attore con

l'onere della prova insiste sul creditore, è quello in cui sia dedotto l'inadempimento di un'obbligazione negativa: di un'obbligazione, cioè, la cui vicenda estintiva non si compie con l'intervento di un fatto positivo (giacché di fronte a tale obbligazione sta un diritto di credito che nasce già soddisfatto); fatto positivo che, a differenza di quanto accade nelle altre obbligazioni, costituisce presupposto dell'inadempimento.

L'estensione della regola, sopra enunciata, all'area delle azioni edilizie ha indotto una parte della giurisprudenza a considerare il compratore gravato del solo onere di allegare il vizio e a reputare, per converso, spettante al suo dante causa la dimostrazione che quel vizio non esiste o è imputabile a circostanze sopravvenute, riconducibili alla sfera di rischio di chi ha acquistato il bene. Sarebbe dunque a carico del venditore, titolare dell'obbligo di consegnare una cosa priva di vizi, la prova relativa all'esatta esecuzione di tale prestazione⁵.

Un diverso orientamento ha invece inteso mantenersi fedele all'indirizzo seguito, con riguardo allo specifico tema della garanzia per vizi, anteriormente al 2001⁶; e gravare il compratore dell'onere di dimostrare il vizio materiale, ferma la possibilità, per la controparte, di eccepire che egli ne era a conoscenza al momento del contratto o che tale vizio era facilmente riconoscibile (eccezione a sua volta superabile dal compratore che offra prova della

riguardo a un'obbligazione diversa rispetto a quella in relazione alla quale è stata promossa l'azione).

⁵ Cass., ord., 21 settembre 2017, n. 21927, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Vendita*, n. 18; Cass., 2 dicembre 2016, n. 24731, in *Arch. giur. circ.*, 2017, 235 ss.; Cass., 20 settembre 2013, n. 20110, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Vendita*, n. 50; Cass., 17 maggio 2004, n. 9330, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Vendita*, n. 85 (con specifico riguardo all'onere di dimostrare che i vizi derivano da cause successive alla conclusione della vendita: cfr., *infra*, § 6).

⁶ Cass., 29 gennaio 2000, n. 1031, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Vendita*, n. 62; Cass., 10 settembre 1998, n. 8963, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Vendita*, n. 58; Cass., 19 ottobre 1994, n. 8533, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Vendita*, n. 54; Cass., 18 luglio 1991, n. 7986, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Vendita*, n. 54; Cass., 11 agosto 1990, n. 8194, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Vendita*, n. 65; Cass., 5 agosto 1985, n. 4388, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Vendita*, n. 81.

dichiarazione, proveniente dal venditore, in ordine all'assenza del vizio: art. 1491 cod. civ.)⁷.

Le Sezioni Unite del 2019 reputano che la soluzione al segnalato contrasto passi per la verifica circa la correttezza del presupposto su cui si fonda il primo dei richiamati orientamenti: vale a dire, “che la consegna di una cosa viziata costituisca inesatto adempimento ad una obbligazione del venditore”. Se tale postulato fosse da respingere – continua la Suprema Corte – “non vi sarebbe ragione di assoggettare la disciplina dell'onere della prova nelle azioni edilizie ai principi elaborati da SS.UU n. 13533/2001 con riferimento all'onere della prova dell'inadempimento delle obbligazioni” (§ 10). Se, cioè, l'obbligo di consegnare la cosa non includesse quello di presentarla immune da vizi e il venditore, nell'ipotesi in cui questi affiorassero, si trovasse in una posizione di mera soggezione rispetto ai rimedi previsti dalla legge, allora l'obbligazione di consegna e l'obbligazione di garanzia per i vizi potrebbero tollerare discipline processuali differenti.

3. *Il percorso logico delle Sezioni Unite.*

L'idea della incompatibilità logica tra l'obbligazione di consegnare la cosa al compratore (art. 1476, n. 1, cod. civ.) e quella di garantirlo dai vizi (art. 1476, n. 3, cod. civ.)⁸ muove dall'analisi del comportamento esigibile dal venditore. Diretto al trasferimento del bene e, tramite la consegna, della situazione possessoria, tale contegno non potrebbe estendersi alla realizzazione e al ripristino del modo d'essere proprio del bene alienato⁹.

Nell'alienazione di cose specifiche, compiutosi l'effetto traslativo con la manifestazione del consenso (art. 1376 cod. civ.), il

⁷ Cass., 31 luglio 2017, n. 18947, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Vendita*, n. 19; Cass., ord., 30 marzo 2017, n. 8285, non massimata; Cass., 16 febbraio 2015, n. 3042, non massimata; Cass., 25 settembre 2013, n. 21949, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Vendita*, n. 48; Cass., 26 luglio 2013, n. 18125, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Vendita*, n. 51; Cass., 12 giugno 2007, n. 13695, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Vendita*, n. 60.

⁸ Idea ispirata dalle celebri pagine di MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 3 ss.

⁹ AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 132.

venditore è tenuto sì a consegnare la cosa (art. 1476, n. 1, cod. civ.), ma “nello stato in cui si trovava al momento della vendita” (art. 1477 cod. civ.)¹⁰. Egli è tenuto a consegnare *quel* bene, che le parti hanno previsto insieme ad altri elementi come termine di produzione delle conseguenze giuridiche, e nelle condizioni in cui era al tempo in cui si è perfezionato l'accordo. La consegna deve riguardare il medesimo bene designato dalle parti nell'oggetto del contratto e nello stato in cui si trovava quando l'individuazione è avvenuta¹¹.

Date queste premesse normative, qualora il bene fosse viziato – se le parti si fossero accordate per il trasferimento di un bene che al momento della vendita risulta viziato – sarebbe illogico concepire un obbligo di consegnare quello stesso bene privo di vizi¹².

Altro dunque sarebbe la garanzia, altro la responsabilità per inadempimento: postulando, quest'ultima, un'obbligazione di comportamento; la prima, per chi percorre la linea della incompatibilità fino alle estreme conseguenze, un errore del

¹⁰ Qualora si diano ragioni – come nel caso della vendita di cosa generica o di cosa futura – che impediscono di ricondurre all'accordo immediati effetti reali e lo scambio resti fuori dall'ambito di operatività del principio del consenso traslativo, il rimedio per la presenza dei vizi tende a rinvenirsi nella responsabilità ordinaria del venditore per l'inadempimento dell'obbligazione prevista dall'art. 1476 n. 2 c.c.: cfr., sul punto, LUMINOSO, *La compravendita*⁹, Torino, 2018, p. 265 s.; CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, cit., p. 1533, testo e nota 10, e 1535 s.; PAGLIANTINI, *Redibitoria ed onere della prova nel canone delle S.U. 11748/2019: ritorniamo ad Ascarelli!*, p. 107 s. (che critica la linea seguita dalla sentenza in commento in tema di garanzia per i vizi nella vendita di cose generiche).

¹¹ Cfr. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 534; AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, cit., p. 138.

¹² MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 10. Sul tema della incompatibilità tra obbligazione e garanzia nella vendita è tornato, in tempi più recenti, PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 245 ss. e 282 ss.

compratore¹³, una presupposizione¹⁴, una *culpa in contrahendo*¹⁵, o l'assunzione di un rischio¹⁶. Chi assume posizioni più sfumate, rinviene il fondamento della garanzia per i vizi nella violazione della disciplina contrattuale¹⁷ o, più candidamente, nel fatto obiettivo dell'inadempimento e nell'alterazione che esso determina rispetto al sinallagma contrattuale¹⁸; salvo specificare che tale inadempimento – o, meglio, inesatto adempimento – concerne non già un'obbligazione, bensì il risultato traslativo, che la legge esige privo di difetti¹⁹ e che trova (inesatta) realizzazione, senza la mediazione di un obbligo, nel momento in cui il contratto è concluso²⁰. Con la conseguenza che la formula 'garanzia per vizi' designa una 'speciale' responsabilità contrattuale del venditore²¹.

¹³ MIRABELLI, *Dei singoli contratti, Artt. 1470-1765 c.c.*³, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Libro IV, 3, Torino, 1991, p. 69 e 90 s.; GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli 1996, p. 83.

¹⁴ MARTORANO, *La tutela del compratore*, Napoli, 1959, p. 177 ss. e 212 ss.

¹⁵ ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1960, 84; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 173 ss.

¹⁶ Con varietà d'accenti, GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino 1937, p. 88 ss.; DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 294 ss.; G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 583 ss.; GALGANO, *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano 1993, p. 491 s.

¹⁷ LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 119; ID., *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 843 s.; ID., *La compravendita*, cit., p. 264.

¹⁸ RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1962, p. 631.

¹⁹ Cfr. RUBINO, *op. ult. cit.*, p. 758; CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007, p. 211 ss.

²⁰ LUMINOSO, *Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per vizi nella vendita dal codice civile alla direttiva 1999/44/CE*, cit., 853; ID., *La compravendita*, cit., 266 ss.; CORRIAS, *La garanzia in generale*, in Buonocore, Luminoso, Fauceglia (a cura di), *Codice della vendita*⁴, Milano, 2018, p. 637 ss.

²¹ LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., 119 e 142; ID., *La compravendita*, cit., p. 266 ss.

La Suprema Corte mostra di seguire la tesi meno radicale. Qualora la cosa consegnata risulti affetta da vizi – si legge in Cass., Sez. Un., 11748/2019 – il venditore è inadempiente; tale inadempimento, però, non riguarda un’obbligazione di consegna, ma concerne la “attuazione del risultato traslativo promesso”: e la responsabilità, che deriva in capo al venditore, “va qualificata come responsabilità contrattuale speciale”²². Il carattere ‘speciale’ delle azioni edilizie – secondo le Sezioni Unite del 2019 – consente di sottrarre la relativa disciplina “dall’ambito concettuale dell’inadempimento delle obbligazioni” e, pertanto, “dei principi fissati dalla sentenza SS.UU. 13533/2001 in materia di prova dell’inesatto adempimento delle obbligazioni nelle ordinarie azioni contrattuali di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno”.

In effetti, riesce difficile pensare che la garanzia per vizi trovi fondamento nell’inadempimento di un’obbligazione di comportamento²³; se così fosse, tale obbligazione – essendo i vizi preesistenti alla vendita e sorgendo la relativa responsabilità nel momento stesso in cui il contratto è concluso – nascerebbe inadempita²⁴. Vi è, del resto, un preciso indice normativo dal quale è desumibile che il legislatore ha voluto costruire una responsabilità differente, rispetto a quella derivante, ad esempio, dall’inadempimento dell’obbligo di consegnare la cosa venduta munita delle qualità promesse (art. 1497 cod. civ.): la possibilità di

²² Le Sezioni Unite – osserva PAGLIANTINI, *Redibitoria ed onere della prova nel canone delle S.U. 11748/2019: ritorniamo ad Ascarelli!*, cit., p. 118 – “lasciano intravedere una ‘terra di nessuno’ contesa tra una garanzia contro un rischio ed un vincolo di risultato, scisso da un’attività del debitore, la cui forma manifestativa è spogliata dei panni canonici di una ‘obbligazione’”.

²³ Una differente lettura è offerta BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Trattato diritto civile*, diretto da Vassalli, VII, 1, Torino 1993, p. 708 ss.; CUBEDDU, *Vizio apprezzabile e garanzia della cosa venduta*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 167; MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell’acquirente*, Pisa, 2018, p. 57 ss. e 124.

²⁴ Diverso è il caso del difetto successivo alla vendita ma anteriore alla consegna: il venditore sarebbe tenuto a risponderne – come nelle ipotesi descritte *retro, sub* nota 11 – a titolo di responsabilità ordinaria, per inadempimento dell’obbligo di custodire e consegnare la cosa: cfr. RUBINO, *op. cit.*, p. 638.

esperire vittoriosamente l'azione redibitoria – diretta alla risoluzione del contratto – e l'azione estimatoria – diretta a ottenere la riduzione del prezzo – contemplate dall'art. 1492 cod. civ., prescindono dalla colpa del venditore.

Questo, però, non è sufficiente per escludere la garanzia per i vizi dall'area della responsabilità contrattuale ordinaria²⁵.

La relativa disciplina è costruita come reazione alla imperfetta attuazione del sinallagma funzionale del contratto; essa trova la propria *ratio* nell'esigenza di porre riparo alla oggettiva sovversione dell'equilibrio dell'accordo, successiva alla sua stipulazione. Così come accade, ad esempio, nell'ipotesi di impossibilità totale, alla quale è ricondotta la risoluzione del rapporto indipendentemente da ogni accertamento in ordine alla colpa del debitore (art. 1463 cod. civ.), o in quella di impossibilità parziale, dove la riduzione del prezzo è esigibile senza che assuma rilievo il contegno colposo dell'altra parte (art. 1464 cod. civ.)²⁶. Già queste considerazioni consentono di insinuare qualche perplessità sul percorso logico seguito dalla Suprema Corte.

La circostanza che la garanzia non presupponga un'obbligazione di comportamento e si atteggi a responsabilità oggettiva non escluderebbe a rigore – a differenza di quanto si legge nella decisione

²⁵ Cfr. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, cit., spec. p. 1536 s.

²⁶ Il rimedio risolutorio come conseguenza della oggettiva mancata attuazione del programma negoziale è previsto, al di fuori della disciplina dei contratti, per l'inadempimento del legato modale. La risoluzione della disposizione testamentaria modale sembra prescindere dal contegno colposo dell'onerato: essa è disposta dall'art. 649 cod. civ. come rimedio per il caso in cui il lascito in favore dell'onerato sia previsto con l'esclusivo fine che questi possa, adempiendo il modo, soddisfare l'interesse del testatore; e la mancata soddisfazione dell'interesse, qualora irreversibile, non può che consentire la risoluzione della disposizione testamentaria. Sia consentito, per l'argomentazione di questa tesi, il rinvio a PROTO, *Il modo*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, diretto da Bonilini, Milano, 2009, p. 1237, sulla scia di GIORGIANNI, *Il «modus» testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, II, p. 919 s. Diversamente, sul punto, opina la giurisprudenza, secondo la quale l'inadempimento del *modus* condurrebbe alla risoluzione soltanto ove imputabile a titolo di dolo o colpa grave (giustificandosi la gravità della colpa con la gratuità della prestazione): Cass., 9 giugno 1997, n. 5124, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 502.

del 2019 – di muoversi nel solco tracciato da Cass., Sez. Un., 13533/2001. Si tratta, pur sempre, di dimostrare che l'effetto traslativo si è realizzato in modo difforme rispetto alle attese. Su questa linea, una volta provata dal compratore l'esistenza di un diritto destinato a essere soddisfatto (il diritto di essere garantito dai vizi) e allegata la presenza di elementi (i vizi) che lo rendono attuale, il venditore sarebbe tenuto a dimostrare il fatto estintivo (in questo caso, impeditivo: idoneità della cosa, al momento della vendita, all'uso cui è destinata, o mantenimento del suo valore anche in presenza dei vizi denunciati).

Si affaccia il dubbio che la ripartizione dell'onere probatorio non trovi ragione nella natura della responsabilità, incombente sul venditore e collegata al difetto funzionale del contratto. La diversità delle conseguenze (differente disciplina dell'onere probatorio, che graverebbe sul venditore nelle azioni conseguenti all'inadempimento e sul compratore in quelle relative alla garanzia per i vizi) non appare giustificata da premesse che così diverse non sono: tanto la garanzia per i vizi, quanto la responsabilità per l'inadempimento, restano nell'alveo della responsabilità contrattuale.

4. Rilievi critici.

Il dubbio diventa certezza se si ferma l'attenzione sulla disciplina prevista per la vendita dei beni di consumo.

Qui la situazione è capovolta, perché all'effetto traslativo non si accompagna più l'irrecuperabilità del bene venduto. Il venditore è tenuto a consegnare non già la cosa “nello stato in cui si trovava al momento della vendita” (artt. 1476, n. 1, e 1477 cod. civ.), bensì “beni conformi al contratto di vendita” (art. 129, comma 1, cod.

cons.): vale a dire, idonei all'uso tipico, a quello pubblicizzato e a quello convenuto²⁷; dunque, funzionalmente adeguati²⁸.

Il corretto adempimento dell'obbligazione di consegna, nella vendita dei beni di consumo, postula l'intervento del venditore/professionista per rendere il bene conforme al contratto; e ciò anche nell'ipotesi in cui questo sia già stato perfezionato e l'effetto traslativo sia compiuto. La conclusione del contratto e l'effetto traslativo sono qui compatibili con l'obbligazione avente per oggetto la condotta (esecutiva) diretta a rendere il bene venduto conforme al contratto²⁹.

Le conseguenze che derivano dall'inadempimento di siffatta obbligazione rendono evidente il cambiamento di prospettiva. La possibilità, per il compratore/consumatore – ancor prima di domandare “una riduzione adeguata del prezzo” o la “risoluzione del contratto” – di esercitare il “diritto al ripristino” (art. 130 cod. cons.) induce a qualificare la relativa azione come di esatto adempimento. E, al contempo e a maggior ragione, a qualificare la responsabilità, gravante sul venditore/professionista, come ordinaria responsabilità contrattuale, priva del carattere ‘speciale’ proprio – secondo il diffuso orientamento di dottrina sopra richiamato e condiviso dalla Suprema Corte nel 2019 – della garanzia per i vizi nella vendita regolata dal codice civile³⁰.

²⁷ Poiché – ai sensi dell'art. 129, co. 2, cod. cons. – “idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo”, “conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello”, muniti della qualità e delle “prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura”, “idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti”.

²⁸ L'espressione è di AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, cit., p. 139.

²⁹ “Non più” – osserva AMADIO, *op. ult. cit.*, p. 140 – l'accollo del rischio di un «essere», ma l'impegno a un «dover essere».

³⁰ Cfr. ZACCARIA e DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli Artt. 1519 bis - 1519 nonies del Codice Civile introdotti con il*

Le osservazioni appena svolte dovrebbero indurre ad applicare senz'altro, nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligazione di conformità, in luogo della disciplina sull'onere probatorio ancorata alla responsabilità speciale e tratteggiata in Cass., Sez. Un., 11748/2019 per le azioni edilizie, quella indicata in Cass., Sez. Un., 13533/2001 per l'azione di esatto adempimento.

Senonché, l'art. 132, co. 3, cod. cons., dispone che “salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data”³¹.

d.legisl. 2 febbraio 2002, n. 24 in attuazione della Direttiva 1999/44/CE, Padova, 2002, 37 s.; AMADIO, Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche, in Riv. dir. civ., 2001, I, p. 880; ID., Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo, cit., p. 140; SCHLESINGER, Le garanzie nella vendita di beni di consumo, in Corr. giur., 2002, p. 561 s.; DI MAJO, Il linguaggio dei rimedi, in Europa dir. priv., 2005, p. 360 s.; CALVO, Vendita e responsabilità per vizi materiali, II, Il regime delle «garanzie» nelle vendite al consumo, Napoli 2007, p. 158 ss.; DE FRANCESCHI, La vendita di beni di consumo: difetti di conformità e responsabilità del professionista, in Roppo, Benedetti (a cura di), Trattato dei contratti, V, Mercati regolati, Milano, 2014, p. 212 ss.; LUMINOSO, La compravendita, cit., p. 379 ss. In senso contrario, NICOLUSSI, Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche, in Europa dir. priv., 2003, p. 547 s.; MAZZAMUTO, Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti, in ivi, 2004, p. 1029 s.; PIRAINO, La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia, in ivi, 2006, p. 578 ss.; ID., Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., p. 324 ss. e 343 ss.; NIVARRA, I rimedi specifici, in Europa dir. priv., 2011, p. 184 s.; ID., Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?, in Europa dir. priv., 2015, p. 584.

³¹ La disciplina relativa alla vendita dei beni di consumo è stata introdotta – prima con gli artt. 1519 *bis* cod. civ., poi con gli artt. 128 ss. cod. cons. – con il fine di dare attuazione alla dir. (CE) 1999/44. Tale direttiva sarà abrogata, dal 1° gennaio 2022, ai sensi dell'art. 23 della dir. (UE) 2019/771, la quale trova applicazione ai contratti di vendita di beni di consumo, inclusi quelli che presentino elementi digitali, e alla quale i singoli Stati sono chiamati a dare attuazione entro il 1° luglio 2021. Sulla linea dell'art. 5, par. 3, dir. (CE) 1999/44, recepito dal richiamato art. 132, comma 3, cod. cons., l'art. 11, par. 1, dir. (UE) 2019/771 dispone che il “difetto di conformità che si manifesta entro un anno dal momento in cui il bene è stato consegnato, si presume che fosse sussistente al momento della consegna del bene, salvo prova contraria o che la presunzione sia incompatibile con la natura del bene o con la natura del difetto di conformità”. In tema di onere della prova circa il difetto di conformità, dunque, la nuova direttiva innova la precedente soltanto con riguardo al tempo (portato da sei a dodici mesi) in cui opera la presunzione.

Se il difetto si manifesta entro sei mesi, il legislatore ne presume l'esistenza al momento della *traditio*, addossando così al venditore/professionista l'onere di dimostrare di avere correttamente adempiuto, consegnando un bene conforme al contratto. Ma introdurre una inversione dell'onere probatorio in favore del compratore/consumatore, significa ammettere l'esistenza di una regola – valida nel periodo intercorrente tra il sesto mese e i due anni dalla consegna (art. 132, co. 1, cod. cons.) e logicamente presupposta da tale inversione – che impone proprio a quest'ultimo di provare che fu consegnato un bene non conforme alle intese³². Una regola generale che esige dal compratore/consumatore la prova circa l'anteriorità del difetto allegato rispetto alla consegna e, *a fortiori*, quella relativa alla sua esistenza.

Nella vendita dei beni di consumo, dunque, è data la regola secondo cui il compratore/consumatore, il quale lamenti l'inadempimento dell'obbligazione di conformità, è tenuto a dimostrare il difetto denunciato e la sua anteriorità rispetto alla consegna; ed è disposta una deroga a tale regola nei sei mesi successivi alla consegna, durante i quali la prova circa l'inesistenza del difetto allegato (o meglio, circa la consegna di un bene conforme al contratto) è posta a carico del venditore/professionista.

Benché derogata per un lasso di tempo, la regola tuttavia c'è; ed essa impone al compratore di dimostrare il difetto che egli denuncia.

³² Cfr. BOCCHINI, *Art. 132*, in Bianca (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 517 s.; PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, cit., p. 583; VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, cit., p. 760 s.; FACCIOLI *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (ue) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 274 s.; PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. Ue 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, p. 222 s., testo e nota 49. In senso contrario, ZACCARIA e DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli Artt. 1519 bis - 1519 nonies del Codice Civile introdotti con il d.legisl. 2 febbraio 2002, n. 24 in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, cit., p. 119 s.; F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso "Faber"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 15; AZZARRI, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 1094.

Il corollario è ineludibile. Se anche nelle azioni conseguenti al difetto di conformità, dirette a fare valere una ordinaria responsabilità per inadempimento, l'onere probatorio grava per regola generale sul compratore/consumatore, nelle azioni edilizie regolate dal codice civile non può essere la natura 'speciale' della responsabilità a giustificare l'insistenza di tale onere in capo al compratore. La ragione per cui, nelle azioni edilizie, l'onere probatorio incombe sul compratore non è da rinvenire nella circostanza che esse sono dirette a fare valere una responsabilità 'speciale' del venditore.

A ben vedere, il dato positivo pone in crisi due indirizzi della Suprema Corte.

L'indirizzo – enunciato in Cass., Sez. Un., 11748/2019 – che, nell'ambito della vendita, fonda il criterio di ripartizione dell'onere probatorio sulla natura della responsabilità contrattuale: se 'ordinaria', poiché conseguente all'inadempimento di obbligazioni, l'onere incomberebbe sul venditore; se 'speciale', poiché traducendosi in una garanzia, l'onere incomberebbe sul compratore.

E l'indirizzo – risalente a Cass., Sez. Un., 13533/2001 – che, pure nell'ipotesi in cui sia lamentato l'inesatto adempimento³³, impone al debitore (qui il venditore) di dimostrare l'avvenuta corretta esecuzione della prestazione.

5. L'onere probatorio sulla (pre)esistenza dei vizi.

Al quesito – se, nelle azioni edilizie, gravi sul compratore l'onere di dimostrare l'esistenza dei vizi denunciati o invece sul venditore quello di dare prova di avere consegnato una cosa immune da tali vizi – è possibile offrire una soluzione coerente con le norme esaminate, mantenendo fermi i principi espressi dalla Suprema Corte nel 2001, ma escludendone l'applicabilità alle ipotesi di inesatto adempimento.

³³ Ampie riserve, con riguardo all'estensione della regola a questa ipotesi, in MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 1579; CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, cit., p. 120; VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, cit., p. 753 e 762 ss.

Secondo le Sezioni Unite del 2001 – se ne è fatto cenno – l'inadempimento costituisce il presupposto comune per l'accoglimento delle domande di adempimento, di risoluzione e di risarcimento; le quali dunque esigono la medesima disciplina con riguardo all'onere della sua dimostrazione. In virtù della presunzione di persistenza del diritto desumibile dall'art. 2697 cod. civ.³⁴, tanto al creditore che agisca per l'adempimento, quanto al creditore che agisca per la risoluzione o per il risarcimento, è sufficiente provare la fonte dell'obbligazione che egli assume inadempita e limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore convenuto, il quale sarà tenuto a provare il fatto estintivo di tale obbligazione, e cioè l'avvenuto adempimento. La regola non trova applicazione alle obbligazioni negative, rispetto alle quali non vi è una presunzione di persistenza del correlativo diritto: nascendo questo già soddisfatto, al fine di realizzare l'interesse del creditore non è richiesta alcuna attività da parte del debitore. Per converso – a differenza di quanto accade nelle obbligazioni di dare o di fare – nelle obbligazioni negative l'inadempimento integra un fatto positivo, la cui dimostrazione deve essere offerta dal creditore.

Identica distribuzione dell'onere probatorio – ha affermato la Suprema Corte nel 2001, sovvertendo un orientamento sostanzialmente incontroverso – varrebbe per l'inesatto adempimento lamentato dal creditore: non essendosi ancora perfezionato l'adempimento, dovrebbe essere sempre il debitore (nel nostro caso il venditore) a dimostrare di avere correttamente eseguito la prestazione. Opinando diversamente, il creditore (il compratore) sarebbe gravato dell'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento.

È stato adeguatamente posto in luce come, reputare il creditore tenuto alla prova circa l'inesattezza dell'adempimento, non significhi imporgli la prova di un fatto negativo. Il creditore, il quale

³⁴ È la tesi di BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, sub artt. 1218-1229², in *Comm. c.c.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 175; MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1096 s.; CARNEVALI, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, I, 1, sub artt. 1453-1454, in *Comm.cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1990, p. 74.

lamenti un inesatto adempimento, non si limita ad allegare la fonte del rapporto, ma deduce altre circostanze: e, precisamente, che il contegno osservato dal debitore non corrisponde a quello da lui atteso, che il risultato prodotto o l'attività svolta dal debitore non hanno un contenuto corrispondente a ciò cui egli aveva diritto³⁵. Il creditore lamenta non l'assenza, bensì la presenza di un comportamento, che tuttavia non è qualificabile come adempimento. Altro è la prova dell'inadempimento, che postula l'assenza di un fatto³⁶; altro la prova dell'inesatto adempimento, che di un fatto postula invece l'accadimento.

Il ragionamento svolto trova applicazione non solo alla vendita dei beni di consumo, dove il compratore/consumatore, che lamenta un difetto di conformità, per regola generale è tenuto a provare tanto il contratto, quanto il difetto del bene ricevuto. Non solo nell'appalto e nella locazione, dove il committente e il conduttore devono provare tanto il titolo, quanto i vizi dell'opera accettata (art. 1667 cod. civ.) o della cosa consegnata (artt. 1578 cod. civ.)³⁷. Trova applicazione, altresì, alle garanzie edilizie nella vendita disciplinata dal codice civile, dove il compratore, denunciando la presenza di vizi, lamenta un'antinomia tra dato e dovuto, tra quanto ricevuto e quanto spettantegli³⁸; ed è tenuto a dimostrare che la cosa consegnatagli non presenta caratteristiche corrispondenti a quelle alle quali egli aveva diritto. Questo è il motivo per cui – al di là del percorso svolto per giungervi – deve reputarsi corretta la soluzione adottata dalla Suprema Corte nel 2019, secondo cui il compratore, che eserciti

³⁵ DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 595.

³⁶ Il regime probatorio dell'inadempimento trova applicazione nell'ipotesi in cui la prestazione sia stata rifiutata dal creditore. I rischi del rifiuto sono bene illustrati da DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere*, cit., p. 597 s.

³⁷ Su questa linea, Cass., 9 agosto 2013, n. 19146, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Appalto*, n. 50 (con riguardo all'appalto) e Cass., 10 febbraio 2017, n. 3548, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Locazione*, n. 91 (con riguardo alla locazione), richiamate nella motivazione della sentenza in commento.

³⁸ Cfr. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, cit., p. 1537.

un'azione edilizia, è gravato dell'onere di dimostrare il vizio lamentato.

6. *Vicinanza della prova e diritto a un rimedio effettivo.*

Resta da verificare chi debba dimostrarne la preesistenza alla vendita³⁹. Accade sovente, infatti, che non sia in discussione il vizio, ma la sua anteriorità rispetto al contratto: del difetto successivo alla stipulazione il venditore non sarebbe tenuto a rispondere.

La disciplina sulla vendita non consumeristica – a differenza dell'art. 132 cod. cons. – non contempla una presunzione di anteriorità del vizio, la quale sposterebbe sul venditore l'incombente di dimostrare che al momento della pattuizione il bene fosse integro. Potrebbe soccorrere, al riguardo, il criterio di 'vicinanza della prova'⁴⁰, alla luce del quale la norma racchiusa nell'art. 2697 cod. civ. sull'onere probatorio andrebbe letta avuto riguardo all'effettiva possibilità, in capo a ciascuna delle parti, di adempierlo. Il tema si intreccia con quello, tanto affascinante quanto scivoloso, della effettività del diritto alla prova.

L'idea del diritto a un *rimedio effettivo* – nella prospettiva delle teorie 'rimediali', elaborate al principio del nuovo millennio sulla

³⁹ Il tema è posto da MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, cit., p. 451 ss.; PAGLIANTINI, *Redibitoria ed onere della prova nel canone delle S.U. 11748/2019: ritorniamo ad Ascarelli!*, cit., p. 108 ss.

⁴⁰ Presente in giurisprudenza sin dagli anni '50 del secolo scorso: v. già Cass., 14 febbraio 1952, n. 389, in *Rep. Foro It.*, 1952, voce *Prova civile*, n. 4, che, sebbene aderisca all'indirizzo che, nell'azione di risoluzione per inadempimento, reputa il creditore gravato dall'onere di provare l'inadempimento, distingue tra obbligazioni di fare e obbligazioni di dare, affermando che nelle seconde l'onere probatorio incomberebbe sul debitore perché "la prova è, di regola, nelle sue mani"). Tra le decisioni più recenti, v. Cass., 15 settembre 2020, n. 19103, in *Rep. Foro. it.*, 2020, voce *Comune*, n. 180; Cass. 12 maggio 2020, n. 8811, in *Rep. Foro. it.*, 2020, voce *Responsabilità civile*, n. 57; Cass., 9 gennaio 2020, n. 297, in *Rep. Foro. it.*, 2020, voce *Obbligazioni in genere*, n. 37; Cass., 17 luglio 2019, n. 19190, in *Rep. Foro. it.*, 2019, voce *Tributi in genere*, n. 938; Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Rep. Foro. it.*, 2019, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 419; Cass., 4 gennaio 2019, n. 87, in *Giur. it.*, 2020, p. 101 ss.; oltre alle sopra richiamate Cass., 10 febbraio 2017, n. 3548, cit.; Cass., 9 agosto 2013, n. 19146, cit.; Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

scia di un orientamento di dottrina che ha sollecitato uno studio del diritto privato che muovesse dall'analisi degli strumenti attuativi degli interessi tutelati⁴¹ – trova fondamento, in questo caso, non soltanto nell'art. 24 Cost., che assegna a tutti i consociati il potere “di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, ma altresì negli artt. 6 e 13 CEDU, che sanciscono il diritto “a un equo processo” e a un “ricorso effettivo”, e nell'47 Carta di Nizza, la quale pure si preoccupa di garantire il diritto “a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”. Disposizioni, quelle richiamate, che esigono siano approntati “adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse tutelato”⁴², abbreviando “le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse o al bene che si intende tutelare”⁴³.

Il ‘rimedio’ (dal latino *medere*: medicare, sanare) è strumento che mira a ristabilire un ordine giuridico violato ed è diretto a tutelare interessi che non trovano sempre adeguata protezione in norme giuridiche: di qui l'espressione, per caratterizzare il fenomeno, di

⁴¹ Cfr., con varietà d'accenti, MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; ID., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 585 s.; MAZZAMUTO (a cura di), *Forme e tecniche di tutela, Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli 1989, *passim*; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 341 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 1 ss.; ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *ivi*, 2008, p. 289 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, in *ivi*, 2015, p. 703 ss.; VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract*, Padova, 2008, *passim*; D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 103 ss. Sul tema è tornato SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, p. 149 ss.

⁴² VETTORI, *Il contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss. (e, con il titolo *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, da cui si cita: cit., p. 165).

⁴³ VETTORI, *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, cit., 165; v. anche ID., *La giurisprudenza come fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 869 ss.

distacco del rimedio dalla logica della fattispecie⁴⁴. Tale distacco, però, nella intenzione dei suoi sostenitori, non vuole condurre verso la pura fattualità e l'arbitrio interpretativo, giacché i principi – ricavati dalle norme per successive astrazioni – continuano a scegliere l'interesse cui assegnare rilevanza, mentre i rimedi costituiscono un 'piano mobile' di misure che consentono ai giudici di tutelarlo⁴⁵ nelle ipotesi in cui, in assenza di espressa protezione normativa, quell'interesse resti insoddisfatto⁴⁶.

L'area della prova si mostra sensibile a una lettura in termini rimediali; la quale esclude che l'art. 2697 cod. civ. resti confinato nella propria dimensione linguistica, indifferente a ciò che sta fuori da esso, stimolandone invece la comprensione in ragione

⁴⁴ DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 301.

⁴⁵ Cfr. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 345; VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato?*, cit., p. 876, il quale osserva come il "diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretativa, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali".

⁴⁶ L'invito a compiere la "analisi di ogni singolo principio, riconosciuto come tale, per fissare la sua origine e il suo fondamento operativo, sino a indicare come e in che modo da esso può trarsi un modello di decisione che integri o in certi casi sostituisca una regola che non c'è o non è adeguata o effettiva" è in VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 124. Cfr., sul punto, PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 72 (secondo la quale il principio di effettività incide "sui mezzi di tutela giurisdizionale per correggere in via interpretativa i difetti di previsione normativa disseminati nel sistema"); MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., p. 587 ss.; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 11 ss.; PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 6 ss.; DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 825 ss.; DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit. p. 703 ss.; PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112 ss.; ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.

dell'accaduto storico, del caso da decidere e della necessità di realizzare una tutela *effettiva*. I principi eurounitari parrebbero consentire una interpretazione della richiamata disposizione codicistica capace di garantire alle parti un effettivo diritto alla prova, imponendo la dimostrazione del fatto a quella di esse che si trovi nelle condizioni, in concreto, di provvedervi più agevolmente⁴⁷. E, su questa linea, potrebbe essere considerata più 'vicina' – piuttosto che al compratore la prova circa l'assenza di vizi – al venditore la prova circa l'integrità della cosa quando è stata venduta⁴⁸: non tanto perché questi ne è rimasto in possesso sino alla consegna (di regola contestuale o successiva al contratto), quanto perché il compratore sarebbe tenuto a offrire la prova negativa che – nel tempo tra la consegna e la scoperta – non si sia verificato alcun evento dannoso riconducibile a cause esterne alla cosa⁴⁹.

Il rischio che il ragionamento conduca a un arbitrio interpretativo è innegabile, almeno per coloro i quali continuano a misurare gli eventi attraverso la lente della fattispecie, che li prevede e ne rende calcolabili le conseguenze⁵⁰. Sotto questa diversa luce, nelle volte in cui l'applicazione di norme a casi non regolati fosse governata da criteri diversi rispetto a quello analogico previsto dall'art. 12 disp. prel. cod. civ., le controversie troverebbero soluzione con l'espressione di giudizi di valore, incalcolabili proprio

⁴⁷ È l'idea di "semplificazione" accolta da S. PATTI, *Prove, sub artt. 2697-2739*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 2015, p. 145.

⁴⁸ Cfr. MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, cit., p. 461 ss., il quale reputa sussistere una presunzione di anteriorità del vizio alla vendita alla luce dei criteri di 'vicinanza della prova' e di 'normalità'.

⁴⁹ Cfr. MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita*, cit., p. 462 s.

⁵⁰ Cfr. BESSO MARCHEIS, *La vicinanza della prova*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 16, 2015, p. 109. Il richiamo all'art. 24 Cost. per ancorarvi l'effettività della tutela è criticato da CATRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 195, nota 245: nella specie – denuncia l'a. – "si inocula nel principio della tutela giurisdizionale dei diritti una effettività che o è un truismo (la tutela è tale solo se la legge la preveda, e quando la legge la preveda va attuata nei modi e nei limiti che le legge le assegna) o è un'indebita aggiunta".

perché sciolti dalla mediazione normativa e rimessi al soggettivismo dell'interprete⁵¹. Per altro verso, non soltanto un potere discrezionale circa l'allocatione del rischio probatorio è conferito al giudice dallo stesso legislatore con l'istituto del giuramento suppletorio⁵²; ma è forse illusorio pensare che l'art. 2697 cod. civ. indichi una ripartizione dell'onere della prova suscettibile sempre di automatica applicazione: la lettura che ne ha offerto la giurisprudenza nel corso degli anni dimostra come siano numerosi i casi non immediatamente riconducibili al modello normativo⁵³.

Almeno nell'ipotesi in esame, però, è possibile immaginare una soluzione che tenga insieme la coerenza al dato positivo e la garanzia dell'interesse delle parti all'accertamento del diritto vantato. I dubbi circa l'ammissibilità del criterio di 'vicinanza della prova' non impediscono di reputare il venditore gravato dell'onere probatorio in virtù di un ragionamento più schiettamente ancorato al dato positivo.

Poiché – se ne è dato conto – la disciplina sulla vendita prevista agli artt. 1470 ss. cod. civ. non contempla una presunzione di anteriorità del vizio, il compratore che introduca un'azione edilizia è tenuto a offrire prova di ciò che allega: del titolo, del vizio attualmente gravante sulla cosa acquistata, della circostanza di averne fatto denuncia entro otto giorni dalla scoperta e prima di un

⁵¹ “I giudici” – osserva IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 68 – “salgono dalle norme legislative a gradi più alti, norme costituzionali e norme europee; e dalle norme toccano le cime dei valori. La completezza dei valori subentra alla completezza della legge” (il corsivo è dell'a.); cfr, anche ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss. (e in *Un diritto incalcolabile*, Milano, 2016, p. 3 ss., da cui si cita: p. 12 ss.); ID., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, p. 142 ss.

⁵² Osserva BESSO MARCHEIS, *La vicinanza della prova*, cit., p. 110, nota 69 – sulla linea di BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 449, nota 159 – come, conferendogli il potere di scegliere la parte cui deferire il giuramento, il legislatore consente al giudice “di non applicare, a sua discrezione, la regola di giudizio e così di mutare la situazione delle parti rispetto alla prova”.

⁵³ Cfr. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 465 ss. Di “norma in bianco”, a proposito dell'art. 2697 cod. civ., discorreva già SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 420.

anno dalla consegna, nonché della sua anteriorità rispetto al contratto. L'interprete, tuttavia, non può omettere di considerare come il legislatore abbia costruito tale disciplina in considerazione di un vizio, del quale deve potersi dimostrare l'anteriorità alla vendita: il termine prescrizione annuale per agire in giudizio è indice dell'intenzione di non tutelare il compratore nelle ipotesi in cui, secondo la comune esperienza, è ragionevole che il vizio sia successivo al contratto; il termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta per effettuare la denuncia è stabilito per consentire al venditore di controllare con sollecitudine l'origine del vizio e l'epoca in cui è sorto⁵⁴.

È allora del tutto logico che la consegna, la scoperta del vizio e la sua denuncia, secondo le relative modalità temporali, si atteggino a fonti di presunzione, idonee a consentire di desumere il fatto da provare, cioè la preesistenza alla vendita del vizio lamentato (e dimostrato)⁵⁵. Spetterà al giudice, volta per volta, compiere tale valutazione ai sensi dell'art. 2729 cod. civ. e di decidere se offrire ingresso – attraverso il meccanismo delle presunzioni – a un criterio capace di temperare il rigore della disposizione racchiusa nell'art. 2697 cod. civ.⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. MAZZARIOL, *L'onere della prova nella garanzia per vizi della vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, cit., p. 465 s. Cfr. già RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 830; GRECO, COTTINO, *Della vendita*, sub art. 1470-1547, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 286.

⁵⁵ La distinzione tra fonti di prova in senso stretto e fonti di presunzione è in CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*², Roma, 1947, p. 106 ss.

⁵⁶ Sulle modalità di conversione del fatto costitutivo in fatto presunto, al fine di garantire l'effettività del diritto alla prova, si sofferma VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 371 ss.

VINCENZO PUTORTÌ
Professore associato di diritto privato
Università degli Studi di Firenze

PATRIMONIO DIGITALE E SUCCESSIONE MORTIS CAUSA*

SOMMARIO: 1. I termini del problema – 2. Le potenzialità del testamento nella regolamentazione degli interessi non patrimoniali. – 3. Il c.d. testamento digitale. Le disposizioni sulle credenziali di accesso. – 4. Il mandato testamentario e la nomina dell'esecutore ex art. 700 c.c. – 5. Eredità digitale e strumenti di regolamentazione alternativi al testamento: gestione account inattivo, contatto erede e mandato ex art. 2-terdecies d.lgs. n. 101 del 2018.– 6. Il mandato alla cancellazione dei dati digitali e le clausole di intrasmissibilità dell'account. – 7 La recente decisione del Tribunale di Milano – 8. (Segue). La posizione della Corte Federale tedesca sull'accessibilità post mortem ai dati digitali. – 9. Considerazioni conclusive.

1. I termini del problema.

Lo spazio sempre più ampio che occupano le nuove tecnologie informatiche nella nostra vita quotidiana, le loro potenzialità e le rapide trasformazioni che esse determinano nel compimento di molteplici attività umane¹, con i conseguenti rischi che il loro utilizzo

* Il testo, a cui sono stati aggiunti le note e gli aggiornamenti, è stato oggetto della relazione tenuta nella Tavola Rotonda su “*Innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*” presieduta dal Prof. Giuseppe Vettori nell’ambito del Convegno “*Le Corti fiorentine dialogo tra Dottrina e Giurisprudenza*” svoltosi a Firenze in data 22 novembre 2019.

¹ Del tutto attuali sono le parole di Eraclito: «*πάντα ῥεῖ*», «tutto scorre, tutto è in movimento, nulla sta fermo [...], le cose sono come una corrente di un fiume». Affermazione, questa, che si manifesta attualissima, visto che il progresso informatico e tecnologico ha generato una nuova dimensione virtuale, della quale tutti

comporta², pongono l'esigenza di una regolamentazione *post mortem* degli interessi della persona legati al mondo digitale. La crescente importanza che riveste l'uso delle nuove tecnologie informatiche e l'incidenza che esse esercitano sui rapporti patrimoniali e sui diritti e le libertà fondamentali della persona, unitamente alla trasformazione che hanno subito i rapporti coinvolti nelle vicende successorie nella c.d società dell'informazione³, legati essenzialmente ai dati personali, rendono peculiare il tema relativo alla sorte di tali "beni" dopo la morte dell'utente. Tema, questo, che attira l'attenzione non solo dei giuristi, ma anche sociologi, economisti, antropologici⁴, così come dimostrano i numerosi contributi pubblicati di recente e alcune interessanti decisioni giurisprudenziali⁵.

gli individui ormai fanno parte. (ERACLITO DI EFESO, *I frammenti e le testimonianze*, Milano, 1993, p. 13 ss). La dinamicità e immanenza del mondo digitale, nel senso che esso è sempre presente dal momento che conserva una traccia di tutto ciò che accade e registra ogni mutamento (o non mutamento) nel tempo, aiutandoci a ricostruire anche visivamente ciò che era e accadeva in passato, è sottolineato da ZENO-ZENCOVICH, "La datasfera". *Regole giuridiche per il mondo digitale parallelo*, in Scaffardi (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale*, Torino, 2018, p. 99.

² VETTORI, *Quid iuris? Prima lezione di diritto alle matricole fiorentine*, in *Pers. merc.*, 2018, P. 184.

³ La formula è ripresa dalla Direttiva CE 2000/31 relativa a "Taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico", attuata in Italia con il d.lg 9 aprile 2003 n.70. Sul punto vedi P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 419, che avverte come occorra sempre tener presente che in detta locuzione "società" è il sostantivo e "l'informazione" la sua specificazione", per cui non può ammettersi che la specificazione leda "l'essenza della società" che è rappresentata dai rapporti sociali e dal rispetto della persona umana.

⁴ RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post mortale*, in *Contr. Impr.*, 2019, p. 85.

⁵ Tribunale Milano, Sez. I, ord. 10 febbraio 2021. In dottrina, vedi DELLE MONACHE, *Successione mortis causa e patrimonio digitale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 460 ss; ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. Impr.*, 2017, p. 723 ss; RESTA, *La "morte digitale"*, in *Dir. inf.*, 2014, 892 ss.; ID. *La successione nei rapporti digitali* cit; PALAZZO, *La successione nei rapporti digitali*, in *Vit. not.*, 2019, p. 1309; CINQUE, *L'"Eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv.dir. civ.*, 2020, p. 72 ss.; EAD., *La successione nel «patrimonio digitale»: prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 645 ss; DEPLANO, *La successione a causa di morte nel patrimonio digitale*, in C.

In realtà, le delicate e complesse questioni implicate dalla c.d. successione nel patrimonio digitale⁶ da un lato hanno indotto i legislatori europei a delineare un primo quadro di regole volte a disciplinare, seppur parzialmente, il fenomeno⁷; dall'altro si pongono come uno degli aspetti emergenti del diritto privato attuale⁸, inducendo a ripensare sia il ruolo e le potenzialità del testamento⁹ e degli stru-

Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 427 ss.; CAMARDI, *L'eredità digitale tra reale e virtuale*, in *Dir. Informazione informatica*, 2018, p. 65 ss; EAD., *Eredità digitale*, in AA.VV., *Le parole del diritto, Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 659 ss; MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Not.*, 2014, p. 519 ss; MOLLO, *L'eredità digitale*, in *Familia*, 2017, p. 659 ss.; CORAPI, *Successione. La trasmissione ereditaria delle c.d. «nuove proprietà»*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 379 ss.; GERBO, *Dell'eredità informatica e di altri idola ignaviae*, in *Vita Not.*, 2015, p. 589 ss.; CASOLARI, *Questioni di eredità digitale*, in *MediaLaws*, 2014; ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti: memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, Torino, 2017; BETTI e ZANETTI, *La trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'identità digitale: strumenti giuridici, operativi e prospettive de iure condendo*, in *Law and Media Working paper series*, Milano, 2016, p. 24 ss.

⁶ CINQUE, *L'eredità digitale*, cit., p. 72, che sottolinea come sia l'espressione "patrimonio digitale", sia le altre locuzioni utilizzate in dottrina vadano intese in senso atecnico, dal momento che non sempre esprimono compiutamente il fenomeno in esame. Infatti, mentre la prima espressione ricomprende anche gli *account* a contenuto non patrimoniale, la formula "successione nei rapporti digitali", include pure i casi in cui, in forza di determinate clausole contrattuali, gli eredi ottengano l'accesso ai dati degli *account* senza succedere nel rapporto facente capo al *de cuius*. Come pure la locuzione "eredità digitale", va riferita non solo alle attribuzioni dei contenuti digitali a titolo universale, ma anche a quelle a titolo particolare.

⁷ Il riferimento è al Regolamento UE 2016/679 (GDPR); al d. lgs. n. 101 del 2018; alla disciplina francese contenuta nella *Loi* n.76 del 2017; alla normativa spagnola di cui alla *Ley Organica* n.3 del 2018.

⁸ PALAZZO, *op. cit.*, p. 1311, che sottolinea come la successione nel patrimonio digitale rifletta la complessità del fenomeno giuridico contemporaneo e richieda da parte degli interpreti sensibilità e attenzione insieme ad un consapevole utilizzo degli strumenti giuridici.

⁹ PAGLIANTINI, *Motivi del testatore, struttura e attuazione dell'atto dispositivo*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016*, Napoli, 2017, p. 117 ss

menti ad esso alternativi, sia il concetto stesso di “patrimonio”, ricomprendendo in esso non soltanto beni e diritti economicamente valutabili, ma anche valori e interessi propri dell’essere persona.

L’espressione “patrimonio digitale”, infatti, in una prima generale accezione, viene normalmente riferita all’insieme di beni di origine informatica che, generati in forma materiale e tangibile, vengono poi convertiti in *file* e custoditi in appositi *account*. Si tratta quindi di beni riconducibili all’attività digitale che possono avere rilevanza sia patrimoniale che non patrimoniale, rappresentando le attitudini, i gusti, le preferenze dell’utente, nonché la proiezione della sua personalità in rete. Più precisamente, il termine «beni digitali» dall’inglese «*digital assets*» comprende tutti i documenti espressi in forma digitale che possono essere contenuti sia in dispositivi *off line*, che in sistemi di archiviazione *on line*. Mentre la nozione di *digital account* indica i sistemi informatici su piattaforme *online*¹⁰, dotati di mezzi di protezione e riconoscimento mediante l’utilizzo di credenziali d’accesso¹¹, che sono spesso richieste per produrre, conservare, scaricare e condividere dati, notizie, documenti, immagini, *e mail*, contatti *social* (c.d. “beni digitali”), nonché per

¹⁰ La bipartizione riprende quella di DOSH-BOUCHER, *E- Legacy: Estate planning for Digital Asset*, in *Wisconsin Lawyer*, 2010; vedi pure *UNIFORM FIDUCIARY ACCESS TO DIGITAL ASSETS ACT*, 2015, Section 2: “*Definition*”, disponibile all’indirizzo <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act,%20Revised%20%282015%29>; PERRONE, *What appens then we die: Esate Planning of Digital Assets*, in *CommonLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy*, 2012, p. 185 ss.

¹¹ Esse, da un lato, costituiscono un mezzo di autoidentificazione strumentale all’individuazione del soggetto i cui dati personali sono stati comunicati al *provider* al momento della sottoscrizione del contratto di utilizzo del server; dall’altro rappresentano la chiave di accesso al contenuto specifico di un sito o di un servizio *web*. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l’11 maggio 2007, reperibile all’indirizzo <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>; ; GRECO, *La disposizione mortis causa delle credenziali di accesso a risorse digitali*, in Bianca, Gambino, Messinetti (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero d diritti fondamentali. Profili applicativi nei social network*, Milano, 2016 p. 195 ss.; DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, p. 147 ss.

accedere ai conti *on line*, agli investimenti o per esercitare determinate professioni come, ad esempio, *blogger, influencer, youtuber*.

Le predette nozioni, sebbene rivestano una diversa rilevanza concettuale, concorrono entrambe a formare il c.d. patrimonio digitale, comprensivo sia degli *account*¹² e del contenuto in essi custodito, sia dei *file* archiviati in dispositivi informatici¹³. Il che spiega l'importanza di tali beni anche da un punto di vista successorio, dal momento che essi, pur potendo rimanere in rete anche oltre la vita del soggetto, non sempre sono accessibili agli eredi, anche se il *de cuius* avrebbe voluto che si trasmettessero *successionis causa* o fossero conoscibili da determinate persone¹⁴.

¹² L'*account* è costituito dall'insieme di *username* e *password* e identifica un utente registrato presso un sito *web* o presso un altro servizio che utilizza la rete *Internet* (ad esempio la posta elettronica). L'accesso a un *account* è un processo chiamato *login* ed associato ad una procedura di riconoscimento, detta autenticazione. Durante l'autenticazione, sono richieste le credenziali d'accesso, cioè il nome utente (*username*) e la relativa *password*. Tali credenziali possono essere definite manualmente da un amministratore o generate automaticamente attraverso un processo di registrazione. FAINI in EAD. e PIETROPAOLI, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, 2017, p. 67

¹³ ORLANDI, *Diritto nel mondo virtuale*, in *Enc. Treccani*, XXI. Roma, 2009, p. 492.

¹⁴ Il riferimento è al caso del compositore americano Leonard Bernstein, i cui brani e spartiti musicali custoditi nella memoria digitale "*Blue Ink*" sono rimasti ignoti proprio perché nessuno è riuscito a violare il sistema di sicurezza e a conoscere le *password*. Cfr. GUNNARSSON, *Plan for Administering Your Digital Estate*, 99, in *Illinois Bar Journal*, 2011, p. 66. Per quanto riguarda più in generale il problema delle sorti *post mortem* del patrimonio digitale è dato rilevare che esso ha dato luogo a numerose controversie che, anteriormente alla citata pronunzia del Tribunale di Milano e della Corte Federale tedesca (*Bundesgerichtshof* (BGH) 12 luglio 2018, n. 183/17, in *NJW*, 2018, 3178 ss., e nella traduzione italiana in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 693 ss. che saranno esaminate nel testo *sub par. 7 e 8*) erano state decise soprattutto da Tribunali americani, dato che i gestori dei servizi *on line* spesso hanno sede negli Stati Uniti. Si pensi, ad esempio, al "caso zero" relativo all'uccisione, in territorio iracheno, di un *marine* americano ed alla richiesta avanzata dai suoi genitori nei confronti di Yahoo per accedere all'*account* del figlio e poter recuperare le sue *mail*. Il *provider* rispose negativamente a tale richiesta, rilevando che nei "Termini di Servizio" vi era una clausola contrattuale in virtù della quale l'*account* non era trasferibile e ogni diritto ad esso relativo si estingueva con il decesso dell'utente. I genitori adirono allora la *Probate Court*

In quest'ambito, il concetto di «patrimonio» viene inteso quindi in senso ampio, comprensivo sia delle risorse digitali riconducibili a situazioni giuridiche di natura patrimoniale, sia dei dati che attengono alla sfera personale dell'utente, i quali contribuiscono a definire la sua identità digitale, la quale è oggi rappresentata anche dall'insieme di dati personali, notizie, documenti, immagini, video, conversazioni, profili *social*, *blog* immessi nel *web* che, spesso inconsapevolmente, formano una nuova e a volte contraddittoria figura di noi stessi, fornendo un 'immagine di una persona "elettronica" e "liquida"¹⁵. Ed è indubbio che in un mondo sempre più digitalizzato, in cui l'informatica incide sulle nostre attività, relazioni intersoggettive, commerciali, professionali, affettive, amicali, le quali attraverso algoritmi vengono trasformate in dati personali¹⁶, il diritto ad accedere e operare in rete debba essere riconosciuto e protetto come componente essenziale di un modello di cittadinanza digitale responsabile¹⁷.

della Contea di *Oakland* (Michigan) e chiesero che venisse riconosciuto il loro diritto di accesso all'*account e alle e-mail* del figlio. I giudici scelsero una soluzione di compromesso, in quanto negarono ai familiari del defunto il diritto di accedere alla casella di posta elettronica del figlio, a causa dell'intrasferibilità dell'*account*, ma ordinarono comunque a *Yahoo* di consegnare ai genitori del *marine* la sua corrispondenza. Di conseguenza, la richiesta attorea di trasmissione delle credenziali di accesso all'*account* fu rigettata e coniugi Ellsworth si dovettero accontentare del contenuto delle *mail* ricevute e inviate dal figlio fino al momento della sua morte. OLSEN, *Yahoo releases e-mail of deceased Marine*, in *CNET news*, 22 aprile 2005, disponibile all'indirizzo <https://www.cnet.com/news/yahoo-releases-e-mail-of-deceased-marine/>

¹⁵ L'espressione è tratta da CAMARDI, *op. cit.*, p. 73. Sulla dissociazione tra l'«io» reale, fisico, e l'«io» digitale, quale espressione dell'identità digitale della persona, v. MATTIONI, *Profili civilistici dell'identità digitale tra tutela e accertamento*, in Pollicino, Lubello, Bassini (a cura di), *Identità ed eredità digitali, Stato dell'arte e possibili soluzioni al servizio del cittadino*, Roma, 2016, p. 58 ss.; RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 323 ss. Sul tema dell'identità digitale quale specificazione dell'identità *tout court* della persona, v. TARDIA, *L'identità digitale tra memoria e oblio*, Napoli, 2017; COCUCCIO, *Il diritto all'identità personale e identità «digitale»*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 949 ss.

¹⁶ VETTORI, *op. cit.*, p. 184.

¹⁷ RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, 48 ss, che ha proposto di inserire il diritto alla Rete nella Costituzione, con un articolo 21-bis, Secondo

Muovendosi in questa logica, è opportuno leggere diversamente anche l'espressione «successione *mortis causa*»¹⁸, la quale deve oggi essere inquadrata in un'ottica capace di cogliere l'essenza del succedere nel suo complesso¹⁹, quale fenomeno che ricomprende, al suo interno, l'insieme delle vicende e dei rapporti patrimoniali e non patrimoniali del *de cuius*. Profili, questi, che trovano un espresso riconoscimento oltre che nell'art. 587, comma 2, c.c., anche nella Costituzione e nelle norme di origine sovranazionale, che hanno determinato un significativo mutamento del nostro sistema successorio, ampliando il ruolo del principio di autonomia negoziale²⁰

Del resto, il dato caratterizzante le disposizioni di natura non patrimoniale riguardanti i contenuti digitali è rappresentato dalla loro intrinseca e inscindibile attinenza alla sfera personale del *de cuius*²¹,

l'A. infatti non si tratta solo di una proposta contro il *digital divide*», poiché l'apertura verso un diritto a *Internet* rafforza anche il principio di neutralità della Rete e la considerazione della conoscenza in rete come bene comune, al quale deve essere garantito l'accesso, costituendo oggi una precondizione della cittadinanza e, dunque, della stessa democrazia.

¹⁸ BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 15, che definisce ellittica l'espressione «successione a causa di morte», in quanto «tramite la forma verbale (succedere) s'intende descrivere il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali e attraverso il complemento di causa (di morte) precisare che dette vicende si compiono e realizzano in funzione della morte di un soggetto».

¹⁹ P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione*» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss., che sottolinea da tempo la necessità di rifondare il sistema del diritto civile nel rispetto della centralità del valore della persona nell'ordinamento, che si realizza non con una riduzione o con un aumento di tutela delle situazioni patrimoniali, ma in una loro tutela qualitativamente diversa sì da non comprimere il libero e dignitoso sviluppo della persona umana mediante schemi inadeguati e superati».

²⁰ Secondo G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 15 ss è stata la Costituzione ad elevare la persona a punto centrale di riferimento, delineando una concezione di essa in cui trovano pieno riconoscimento e tutela i rapporti non patrimoniali e gli interessi che questi sono volti a perseguire anche *successionis causa*.

²¹ C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 68 ss, che sottolinea come in taluni casi vi sia un intreccio tra i beni intrinsecamente dotati di un valore patrimoniale ed i dati personali, potendo anche questi ultimi

costituendo espressione dell'esigenza del soggetto di avere una "sopravvivenza dell'io digitale"²². Tant'è vero che ci si è chiesti se alla morte della persona fisica possa sopravvivere "l'*alter ego* informatico", visto che le due figure non condividono la medesima natura e potrebbero avere sorti differenti. Di qui l'importanza degli atti aventi ad oggetto la "persona digitale", ossia i dati concernenti gli aspetti personali dell'utente, dotati essenzialmente di un valore affettivo, che, se contenuti in un negozio atto *mortis causa*, possono conformarne il contenuto e determinarne la qualificazione²³.

È proprio a tali negozi che dedicheremo l'attenzione in questa sede, tralasciando gli atti a carattere patrimoniale²⁴, dal momento che questi ultimi riguardano contesti diversi e pongono problemi differenti, non sovrapponibili a quelli concernenti le disposizioni di carattere personale²⁵. Disposizioni tra le quali rientrano anche quelle

costituire oggetto di scambio ed avere un rilevante valore economico, visto che sono proprio tali dati a costituire la maggior parte del fatturato dei *big player* della rete; MARINO, *La «successione digitale»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, p. 177-178, secondo il quale ciò che caratterizza il mondo digitale è la «natura *proteiforme* degli interessi che si intersecano, facendo sì che la sfera patrimoniale e quella non patrimoniale si combinino tra loro e rendano anche gli aspetti della vita personale, affettiva e sociale suscettibili di tramutarsi in fonti di ricchezza per il soggetto.

²² MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, Napoli, 2019, p. 40 il quale ritiene che anche l'*alter ego* digitale abbia una sua esistenza giuridica, vista la stretta vicinanza con alcuni profili della persona fisica.

²³ URCIOLI, *Situazioni esistenziali ed autodeterminazione della persona*, Napoli, 2018, p. 36 ss; DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 7 ss.

²⁴ Si pensi ad esempio all'*account Pay Pal*, *E Bay*, oppure ai file che contengono documenti che hanno una immediata rilevanza economica.

²⁵ Tuttavia si è di recente sottolineato (RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., p. 86) come la predetta distinzione – sebbene in astratto contribuisca ad una maggiore chiarezza concettuale ed a offrire una più ordinata soluzione dei problemi, vista la diversificazione di statuto e regole applicabili alle diverse fattispecie successorie – non sia in realtà così netta. Questo perché tra le due categorie può in concreto verificarsi una sovrapposizione, dal momento che la dimensione personale e quella patrimoniale delle informazioni sono spesso correlate, essendo spesso ospitate nel medesimo contenente (es *account*). È per questo che per comprendere le questioni sottese a tale fenomeno è opportuno adottare soluzioni e modelli non già rigidi e assoluti, bensì analitici e flessibili.

aventi ad oggetto le credenziali di accesso, funzionali allo svolgimento delle attività connesse ai servizi offerti dal *provider*, che il *de cuius* intende trasmettere agli eredi o a persone di sua fiducia. Queste – come si è detto – fanno parte dell’eredità digitale²⁶ e, in assenza di una diversa specifica volontà del soggetto, sono spesso regolate da clausole contrattuali, unilateralmente predisposte dal *server provider*²⁷ che non sempre appaiono conformi ai principi del nostro sistema successorio²⁸, dal momento che nel nostro ordinamento, a differenza di ciò che accade nei paesi anglosassoni, il catalogo dei diritti riconosciuto alla persona è più ampio²⁹ e più avvertita è l’esigenza di assicurare ad essi una tutela anche *post mortem*³⁰.

2. *Le potenzialità del testamento nella regolamentazione degli interessi non patrimoniali.*

Da tempo si è chiarito come la funzione riservata al testamento non sia limitata al solo aspetto devolutivo-attributivo delle proprie sostanze, ma riguardi la regolamentazione postuma di *tutti* gli interessi della persona, abbiano essi carattere patrimoniale o personale. Ciò in ossequio alla stessa nozione di successione *mortis causa*, la quale ricomprende tutte le vicende e dei rapporti facenti

²⁶ È questa un’espressione meramente descrittiva di un fenomeno che non già individua un’autonoma categoria di beni, ma che si limita a includere nella vicenda successoria una serie di dati collegati alla posizione personale o patrimoniale del *de cuius* ed espressi in formato digitale o riconducibili ad un rapporto con un *Internet server provider* (CAMARDI, *op. cit.*, p. 73)

²⁷ Sulle varie clausole predisposte dai *providers*, ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente*, in Facebook et similia. *Profili specifici dei social network*, in Aida, 2011, p. 119; LIGUORI, *Eredità digitale*, in Pollicino, Lubello, Bassini (a cura di), *Identità ed eredità digitali*, cit., p. 75 ss. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, *ivi*, p. 97ss.

²⁸ Si è sottolineato che ciò che è reso possibile dal progresso scientifico e tecnologico e le ricadute che da esso derivano, debbano comunque essere valutate alla luce dei principi fondamentali del nostro ordinamento e collocarsi all’interno di esso (PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell’Intelligenza artificiale*, in *Pers. Merc.*, 2019, p. 79 ss).

²⁹ VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 135 ss

³⁰ ZICCARDI, *op. cit.*, p. 137.

capo al *de cuius*³¹.

In quest'ottica, il testamento rappresenta lo strumento negoziale di carattere generale con funzione polivalente³², in quanto diretto alla realizzazione del complessivo assetto di interessi del testatore³³.

È in virtù del principio di autonomia negoziale, che caratterizza anche gli atti a causa di morte a contenuto non patrimoniale, che si riconosce la sua capacità a contenere anche disposizioni atipiche³⁴

In realtà, deve considerarsi ormai superato l'orientamento che riteneva giuridicamente rilevanti le sole disposizioni non patrimoniali tipiche, considerando quelle non previste da apposita disposizione normativa come mere raccomandazioni o obbligazioni morali non vincolanti per gli eredi³⁵. Infatti se si considerassero tassative le ipotesi in cui la legge prevede che un determinato atto di natura non patrimoniale potesse essere contenuto in un testamento, la

³¹ BARBA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto delle successioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 515 ss.

³² D'AMICO, *La revocazione della disposizioni testamentarie*, in Cuffaro e Delfini (a cura di), *Delle Successioni*, in *Comm cod. civ. dir.* da Gabrielli, Torino, 2010, p. 816

³³ BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, Milano, 1976, p. 160, che evidenzia come mediante il testamento venga predisposto un «determinato regolamento *post mortem* dei propri interessi»; TATARANO, *Il testamento*, in *Trattato di diritto civile del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 22., secondo la quale, in quest'ottica, «il testamento manifesta la sua potenzialità multipla di strumento di predisposizione di un regolamento di interessi *transmorte*, al di là della mera attitudine dispositiva, confermando, pure, di essere strumento principe dell'autonomia privata, in quanto in grado di dettare precetti privati, destinati ad avere effetto dopo la morte

³⁴ CUFFARO, *Il testamento in generale: caratteri e contenuto*, in Rescigno (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 763 che considera la diversa opinione "inappagante", soprattutto ove si pensi che, essendo il testamento espressione dell'autonomia riconosciuta al privato di manifestare la propria volontà, non risultano esservi ostacoli ne' sul piano logico, ne' sul piano della disciplina positiva ad ammettere la rilevanza anche di disposizioni non patrimoniali atipiche.

³⁵ G. AZZARITI, *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 821 ss.; F.S. AZZARITI e MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazione*, Padova, 1973, p. 399; TUCCILLO, *Le disposizioni aventi ad oggetto carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in Bonilini (a cura di), *Le disposizioni testamentarie*, Torino, 2012, I, p. 223;

libertà testamentaria risulterebbe compromessa e con essa la funzione stessa del testamento³⁶.

Per tale ragione, il capoverso dell'art. 587 c.c., viene letto oggi come norma di carattere non limitativo, ma «permissivo»³⁷, che, da un lato, “consente” di inserire nell'atto di ultima volontà anche disposizioni non espressamente previste dalla legge purché lecite e tese a soddisfare interessi meritevoli di tutela³⁸; dall'altro fa sì che dette disposizioni pur potendo essere contenute in un testamento siano valide ed efficaci anche se inserite in un atto diverso non soggetto alle formalità testamentarie³⁹.

È in questa luce che emergono le potenzialità del testamento quale negozio idoneo a pianificare l'intera vicenda successoria, in grado di contenere anche disposizioni atipiche, le quali, avendo una propria giustificazione causale, rimangono soggette alle regole di validità previste dalle “*norme sostanziali dettate per i singoli negozi*”⁴⁰. Si

³⁶ G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 2., secondo il quale la distinzione tra contenuto c.d. tipico – patrimoniale-attributivo – e atipico – non patrimoniale – del testamento non ha valenza determinante, giacché nel nostro ordinamento, semmai, è tipico solo ciò che riceve una precisa ed espressa disciplina di legge. In questo senso, l'Autore precisa che la tipicità (sia nel senso di «patrimonialità», sia nel senso di espressa previsione legislativa) non è di per sé idonea a garantire la liceità e la meritevolezza di tutela dell'operazione negoziale; così come, la mancanza di una previsione legislativa non determina per ciò solo l'illiceità della disposizione. L'A. prospetta, infatti, l'assunzione di un diverso metro di valutazione, che sia fondato esclusivamente sulla liceità e meritevolezza di tutela del negozio e non sulla sua tipicità o atipicità.

³⁷La «necessità di offrire il più ampio margine di libertà al testatore anche con riguardo a disposizioni di contenuto diverso da quello patrimoniale (e la giustificazione dei momenti formalistici del testamento rimane probabilmente legata all'esigenza di sottolineare anche in quei termini l'importanza dell'atto che si pone in essere)» è sottolineata da CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994, p. 163.

³⁸ G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 4

³⁹ PUTORTÌ, *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti*, dir. etto da Rescigno e Gabrielli, XIX, Torino, 2014, p. 343.

⁴⁰La *Relazione* al codice civile n. 285, specifica infatti che dette disposizioni per la loro intrinseca validità «*devono rispettare le norme sostanziali proprie dei*

tratta, infatti, di disposizioni che, anche là dove vengano veicolate attraverso il testamento e ne condividano il regime di efficacia, mantengono comunque la loro autonoma natura, di guisa che gli eventuali vizi formali del negozio testamentario non incidono sulla loro validità⁴¹, ove risulti comunque rispettato il requisito di forma per previsto per l'atto posto in essere⁴².

Come, pure, in ordine alle regole di carattere sostanziale, già la Relazione al Codice civile aveva evidenziato che si trattava di negozi diversi dal testamento ed aveva messo in luce come la peculiarità degli interessi ad essi sottesi non potesse non incidere sulla loro disciplina, la quale doveva tener conto delle norme dettate per ciascun tipo di atto e non solo delle regole dettate per l'istituzione di erede ed i legati. È la natura degli interessi coinvolti in tali disposizioni che esclude infatti il ricorso *tout court* alle norme previste per i negozi a carattere devolutivo attributivo, dal momento che ciò rischierebbe di vanificare le caratteristiche funzionali e contenutistiche di tali atti⁴³.

singoli negozi», poiché si tratta di atti autonomi, la cui natura giuridica non viene assorbita da quella del negozio che le contiene.

⁴¹ In questo senso, oltre all'ipotesi di cui all'art. 607 c.c., si possono utilmente individuare anche altri casi di surrogazione della forma testamentaria. Infatti, il testamento pubblico può valere come atto pubblico nel caso in cui manchi dei requisiti ulteriori previsti dall'art. 603 c.c. (ad esempio, la presenza dei testimoni o l'indicazione dell'ora della sottoscrizione) o come scrittura privata (sempre che sia sottoscritto dal disponente e siano presenti gli altri requisiti); mentre il testamento segreto può valere come scrittura privata, ove non possa valere come testamento olografo.

⁴² Sarà quindi necessaria una valutazione volta a individuare la possibilità di una sorta di conversione formale dell'atto, il quale non potrà dirsi invalido quando, sebbene manchi il "di più" voluto dal soggetto con l'adozione della forma testamentaria, sia presente il requisito formale minimo richiesto dalla legge per la validità del singolo negozio. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1946, p. 181

⁴³ Si pensi, ad esempio, alla disposizione concernente il riconoscimento del figlio naturale *ex art. 256 c.c.* la cui irrevocabilità si giustifica proprio in funzione della rilevanza degli interessi che vengono in gioco, quali la tutela del diritto allo *status*, all'identità personale, oltre che alla certezza dei rapporti familiari, che, essendo ritenute prevalenti rispetto alla facoltà di autodeterminazione del testatore, giustificano la deroga al principio di libera revocabilità del testamento (DELLE MONACHE, *Testamento, Disposizioni generali Artt. 587-590*, in *Il Codice civile*.

Ragionando in quest'ottica, può dunque ritenersi che, in assenza di specifiche norme, la regolamentazione di tali fattispecie vada individuata tramite un'attenta analisi degli interessi sottesi al caso concreto, in modo da assicurare la realizzazione dei *desiderata* del *de cuius*, nei limiti di ragionevolezza, adeguatezza e compatibilità con i principi fondamentali del nostro sistema⁴⁴. Il che significa, da un lato, abbandonare l'idea che i negozi tra vivi e quelli *mortis causa* appartengano a settori nettamente distinti e autonomi, che non consentono di attingere a regole proprie dell'una o dell'altra categoria; dall'altro ammettere, in base ai singoli e concreti interessi, il ricorso alle norme dettate in materia di disposizioni *mortis causa* a carattere patrimoniale⁴⁵.

3. *Il c.d. testamento digitale. Le disposizioni sulle credenziali di accesso.*

Un primo istituto al quale far ricorso per disciplinare in modo unitario la successione del patrimonio digitale è rappresentato proprio dal testamento, soprattutto là dove ciò che viene in considerazione sia l'eredità nel suo complesso, quale insieme di beni e diritti di natura patrimoniale e non patrimoniale. In questi casi, infatti, il negozio di ultima volontà si rivela essere un valido strumento per disciplinare le sorti postume dell'intero patrimonio digitale, ossia di tutti i *digital*

Commentario, fondato e già diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2005, p. 342).

⁴⁴ G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 763, il quale rileva che «i criteri di compatibilità, adeguatezza e congruenza [...] non consentono al giurista di rimanere ingessato alla distinzione tra atto *inter vivos* e *mortis causa* e tra atto unilaterale e bilaterale, ma, al contrario, di individuare la disciplina applicabile non già tramite astratte e acritiche trasposizioni normative tratte dal diritto contrattuale, bensì attraverso un attento esame delle singole e specifiche peculiarità che presentano le diverse fattispecie concrete».

⁴⁵ FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 307,.

asset. Anche perché, in presenza di un “testamento digitale”⁴⁶, il *provider* non potrà rifiutarsi di comunicare agli eredi o ai legatari le credenziali per accedere ai profili o agli *account* dell’utente⁴⁷.

L’accesso ai beni digitali è spesso condizionato infatti dalla conoscenza dell’*username* e della *password*, il cui trasferimento a terzi è necessario per operare sui contenuti dell’*account*. Cosicché occorre tener distinte le disposizioni dirette a comunicare a terzi le credenziali di accesso affinché tramite esse si provveda alla cura, conservazione, gestione o cancellazione dei *digital asset*⁴⁸, dagli atti nei quali la trasmissione delle credenziali sia strumentale per l’attribuzione a terzi delle utilità economiche che dalla commercializzazione dei beni digitali possono derivare. È la polifunzionalità della *password* che richiede di accertare quale sia l’effettiva volontà del testatore, dal momento che è da tale valutazione che deriva la qualificazione, la disciplina e la validità della disposizione.

Limitando l’esame alle disposizioni riguardanti le credenziali di accesso, è dato osservare che un primo problema che si pone riguarda la qualificazione e la disciplina delle disposizioni che le contengono e, cioè, se esse possano configurarsi come legati ed essere soggette alle regole dettate per le attribuzioni *mortis causa* a titolo particolare⁴⁹. Quesito al quale deve però darsi risposta negativa, dal momento che là dove la disposizione abbia ad oggetto soltanto le *username* e le *password*, sganciate dai contenuti che ad esse normalmente si accompagnano, si è in presenza di un atto privo del requisito

⁴⁶ MASTROBERARDINO, op. cit., p.169

⁴⁷ Sulla nullità delle clausole impeditive del diritto a succedere v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, p. 197 ss.;

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alla conservazione dell’*account* e dei documenti in esso contenuti, quali memorie di viaggi, esperienze, *e mail*, lettere, fotografie informazioni riservate, creazioni intellettuali e così via, al fine di trasmetterle poi ai suoi eredi, oppure per mantenerne la medesima destinazione o imprimerne una *ex novo*.

⁴⁹ In questo senso, invece DI LORENZO, op. cit., p 147 ss che qualifica le credenziali di accesso a un dato servizio informatico come beni in senso giuridico, giungendo a ritenere che, mediante la loro comunicazione operata a mezzo di un testamento, venga attribuita la titolarità dei beni ai quali esse danno accesso. .

di patrimonialità, tipico delle attribuzioni a titolo particolare⁵⁰. Questo perché le credenziali, in sé e per sé considerate, esauriscono la loro funzione nell'autenticazione informatica dell'utente e, come tali, non hanno alcun valore economico, acquistando importanza solo quali elementi strumentali e indispensabili per l'esercizio delle attività e dei diritti sui beni digitali che il *de cuis* intende trasferire ai beneficiari.

Esse, pertanto, non sono qualificabili come «beni immateriali» rientranti nella sfera patrimoniale del disponente, né si identificano con le utilità economiche che le risorse alle quali si accede possono produrre, ma costituiscono soltanto dei *media* necessari ai fini dell'esercizio di determinati diritti sui beni digitali⁵¹. Tant'è vero che anche allorquando l'*account* al quale le credenziali danno accesso abbia un valore economico, la loro comunicazione a un determinato soggetto mediante un atto *mortis causa* legittima il terzo a gestire l'*account* ed a conservare i dati in esso contenuti, ma non anche a trarre le utilità economiche che dalla commercializzazione dei dati possono derivare, le quali possono con un autonomo atto essere attribuite agli eredi o legatari⁵².

In questo senso, può dirsi che il valore delle *password* si determina soltanto attraverso la *relatio* con l'oggetto mediato della disposizione, ossia con i diritti sui beni digitali che le stesse custodiscono. *Relatio* che ha natura meramente formale e non sostanziale, visto che l'individuazione dell'oggetto del lascito non è rimessa (né in ordine all'*an*, né al *quantum*) alla volontà di un terzo, bensì a quella personale del testatore⁵³. Ne segue che la consistenza quantitativa e qua-

⁵⁰ BONILINI, *Dei legati, arti*, 649-673, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2006, p.235

⁵¹ DEPLANO, *op. cit.*, p. 451; GERBO, *Documento*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 77 ss.

⁵² PALAZZO, *op. cit.* p.1322.

⁵³ Sulla *relatio* formale e sostanziale nel testamento, IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano 1967, p. 234, che sottolinea l'ammissibilità della *relatio* formale, dal momento che essa, a differenza di quella sostanziale che è vietata, si caratterizza per il mero rinvio a elementi ulteriori già determinati o determinabili nel testamento, senza incidere sul principio di personalità del testamento; PESCATORE, *Il testamento per relationem*, in *La*

litativa dei beni acquistati dal soggetto a cui sono state legate le credenziali di accesso, si conoscerà solo alla data di apertura della successione. in quanto è in tale momento che si avrà cognizione del contenuto dei *digital asset*⁵⁴.

Conseguentemente, perché si possa individuare un legato di *password* è necessario che la disposizione si configuri come un'attribuzione ad oggetto complesso, caratterizzata dalla comunicazione delle credenziali di accesso e dalla devoluzione al beneficiario dei beni custoditi in rete⁵⁵. Infatti, nonostante la molteplicità di contenuti che il legato può avere⁵⁶, è solo in presenza di un atto a contenuto patrimoniale, capace di realizzare un arricchimento per il beneficiario che la disposizione potrà qualificarsi come attribuzione a titolo particolare ed essere regolata dalle norme per essa previste⁵⁷. Diversamente, là dove la comunicazione dell'*username* e della *password* sia disgiunta da una volontà attributiva di un'utilità economica e sia fina-

successione testamentaria, in *Trattato di diritto delle successioni e della donazione*, diretto da Bonilini, II, Milano, 2009, p. 60 secondo il quale nella *relatio* sostanziale vi sarebbe una determinazione volitiva indiretta e mediata del testatore, di guisa che essa funzionerebbe come fonte di determinazione esterna del contenuto del volere; mentre nella *relatio* formale l'intento negoziale sarebbe già compiutamente individuato in tutti i suoi elementi, per cui mediata sarebbe soltanto la manifestazione della volontà, nel senso che essa si manifesterebbe con riferimento ad una fonte esterna di accertamento del significato della dichiarazione.

⁵⁴ DI LORENZO, *op. cit.*, p. 153, secondo il quale si tratterebbe di una disposizione «il cui oggetto si caratterizza per componenti determinabili solo in forza di elementi estranei al testamento, ovvero al bene custodito nel luogo, fisico o virtuale, cui le *password* danno accesso».

⁵⁵ GRECO, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁶ BASINI, *L'oggetto del legato, e alcune sue specie*, in Bonilini e Basini (a cura), *I legati*, I, in *Trattato di diritto civile Cons. naz. Not.* diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, p. 165

⁵⁷ CUFFARO, *op. cit.*, p. 760; che osserva come non sia necessario che l'attribuzione patrimoniale si traduca in un arricchimento del beneficiario, potendo il valore del legato essere assorbito da un onere testamentario o da un *sub legato*.

lizzata ad accedere ai dati digitali per svolgere esclusivamente attività di natura non patrimoniale⁵⁸ si sarà in presenza di una disposizione testamentaria atipica ex art. 587 II comma c.c., qualificabile come mandato testamentario⁵⁹.

4. *Il mandato testamentario e la nomina dell'esecutore ex art. 700 c.c.*

Sull'abbrivio delle considerazioni sopra esposte, può rilevarsi come la trasmissione *post mortem* delle sole credenziali di accesso si traduca nel conferimento, in via unilaterale, di un incarico gestorio teso a soddisfare gli interessi non patrimoniali che l'ereditando vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere⁶⁰. Incarico che si differenzia sia dal mandato *post mortem exequendum*, sia da quello *mortis causa*, dal momento che questi ultimi trovano la loro fonte in un accordo *inter vivos* da eseguirsi dopo la morte del mandante e non in un atto di ultima volontà⁶¹.

Più precisamente, la disposizione in esame si configura come un atto autorizzativo, unilaterale, recettizio e liberamente revocabile, che lascia il terzo libero di decidere se esercitare o meno il potere

⁵⁸ Quale, ad esempio, distruggere i contenuti informatici, ovvero imprimere agli stessi una determinata destinazione, custodire i documenti contenuti nell'*account*, gestire il profilo *social*, valutare l'opportunità di pubblicare o meno una determinata opera dell'ingegno.

⁵⁹ DI LORENZO, *op. cit.*, p. 150.

⁶⁰ Per la validità del mandato testamentario *post mortem* vedi GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss, vedi anche Cass. 23 maggio 2006 n°12143 in *Riv. not.* 2007, p. 693, con nota di MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*;

⁶¹ La dottrina e la giurisprudenza distinguono tre diverse fattispecie di *mandato*: il mandato testamentario, il mandato *post mortem exequendum* e il mandato *mortis causa*. Il primo riguarda il trasferimento di diritti del testatore, dopo la sua morte, a favore di un terzo. Il mandato *post mortem exequendum* che si configura come un contratto la cui esecuzione deve avvenire dopo la morte del mandante ed ha per oggetto il compimento di un'attività materiale riferita ad un'attribuzione patrimoniale perfezionata in vita dal mandante. Il mandato *mortis causa* tende invece a trasmettere a terzi beni del mandante dopo la sua morte (PUTORTI, *op. ult. cit.*, p. 343).

conferitogli dal *de cuius*⁶² e che ha la caratteristica di essere contenuto in un testamento e dall'aver una finalità gestoria sostanzialmente analoga a quella del mandato⁶³. Non solo, ma siffatto negozio, nonostante la sua peculiare natura, è perfettamente conciliabile con i principi vigenti in materia successoria, poiché nel nostro sistema non solo vi sono ipotesi nelle quali viene conferito al terzo un potere gestorio in via unilaterale⁶⁴, ma anche perché – si è detto – in virtù del principio di autonomia testamentaria, possono oggi considerarsi ammissibili le disposizioni *mortis causa* atipiche a contenuto non patrimoniale⁶⁵.

Il *de cuius* per assicurarsi che le disposizioni riguardanti il suo patrimonio digitale siano esattamente eseguite, può nondimeno far ricorso anche alla nomina di un esecutore testamentario al quale comunicare le credenziali di accesso per consentirgli lo svolgimento di tutte le attività materiali e/o giuridiche con i *provider*⁶⁶. È proprio in detto ambito, infatti, che tale istituto, rimasto fino ad oggi un po' in ombra, potrebbe rivitalizzarsi e, in armonia con la *ratio* della normativa dettata dagli artt. 700 c.c., consentire al testatore di avvalersi di un soggetto che, non solo possa comporre gli eventuali dissidi nascenti tra i suoi successori, ma che abbia anche le necessarie conoscenze tecnico-informatiche necessarie per eseguire le disposizioni di ultima volontà⁶⁷.

⁶² SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 778, che spiega perché in questi casi, se si prescinde dal carattere contrattuale della fattispecie, l'atto di conferimento del potere al terzo assuma i caratteri del negozio autorizzativo, visto che il testatore con una propria dichiarazione di volontà consente al soggetto destinatario dell'atto di poter agire per conto altrui.

⁶³ In giurisprudenza vedi Cass. 4 ottobre 1962 n°2804, in *Giust. civ.*, 1962, p. 2071.

⁶⁴ Si pensi alla procura o alle ipotesi di cui agli artt. 631, 632, 733 c.c.

⁶⁵ D'AMICO, *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1989, p. 237

⁶⁶ MAGNANI, *op. cit.* p. 521.

⁶⁷ BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2005, p. 33.

D'altronde, è sufficiente pensare che il nostro patrimonio digitale non è archiviato solo su *computer, tablet, smartphone*, chiavette *usb, hard disk* periferici ecc., ma anche su *server* di società straniere specializzate nella conservazione di archivi fisici e digitali, nella gestione documentale, nell'acquisizione ottica, nei servizi di *storage on line* o di logistica avanzata⁶⁸. Ed è in questi casi che la figura dell'esecutore testamentario potrebbe rivelarsi utile, sia perché è un istituto conosciuto anche negli ordinamenti giuridici in cui hanno sede i maggiori *provider*, sia perché, ove dotato delle necessarie competenze, potrebbe rapportarsi con i *big player* della rete e promuovere anche alcune procedure particolarmente complesse, quali quelle volte alla cancellazione, eliminazione, trasmissione a terzi, conservazione o divisione dei beni digitali *ex artt 733 e 734 c.c.*⁶⁹. Non solo, ma potendo il *de cuius* limitare le funzioni alla sola gestione e amministrazione degli *account*, dei profili *social* e delle altre risorse informatiche di cui è titolare, l'esecutore testamentario garantirebbe altresì che detti beni siano utilizzati per le specifiche finalità indicate nell'atto di ultima volontà, senza interferire nell'attuazione delle altre disposizioni successorie.

Tali fugure presentano nondimeno un duplice rischio. Da un lato sia il mandatraio che l'esecutore testamentario potrebbero non accettare l'incarico oppure richiedere un compenso assai elevato; dall'altro potrebbe verificarsi che la loro nomina pregiudichi l'esigenza di segretezza insita nelle credenziali di accesso, poiché esse potrebbero essere conosciute da terzi soprattutto in occasione delle formalità richieste per la pubblicazione del testamento. Di qui l'esigenza di individuare altri e diversi negozi in grado di regolamentare in maniera più efficiente la trasmissione dell'*username* e della *password* e delle attività che la loro conoscenza consente di svolgere.

⁶⁸ MASTROBERARDINO, *op. cit.*, p. 148

⁶⁹ Da ultimo, vedi PALAZZO, *op. cit.*, p. 1331, che rileva come "l'ingegnoso mondo della rete" richieda sempre più mandatari competenti, in grado di gestire *post mortem* l'eredità digitale degli utenti e abbia fatto nascere alcune piattaforme (es. *E Memory*) funzionali proprio alla custodia e valorizzazione di detto patrimonio.

5. *Eredità digitale e strumenti di regolamentazione alternativi al testamento: gestione account inattivo, contatto erede e mandato ex art. 2-terdecies d.lg. n. 101 del 2018.*

In un contesto digitale qual è quello attuale, dotato di poche regole prive di un sufficiente grado di effettività⁷⁰, l'accesso ai contenuti informatici è spesso disciplinato dai regolamenti contrattuali, i quali contengono apposite clausole che stabiliscono le condizioni per l'estinzione, la trasmissione o la gestione *post mortem* dell'*account* e del profilo *social* degli utenti. In particolare, mentre alcune clausole prevedono l'estinzione automatica del rapporto tra il *de cuius* e il *server provider* (c.d. clausole di intrasmissibilità)⁷¹, altre consentono agli eredi di accedere ai *digital asset*, ovvero offrono agli utenti la possibilità di gestire la propria eredità digitale attraverso specifiche funzioni. Attraverso tali previsioni i *provider* attribuiscono all'utente la possibilità di disporre *post mortem* del proprio account e dei dati in esso contenuti; gli permettono, cioè, di individuare uno o più contatti di fiducia ai quali, dopo la sua morte, in caso di prolungata inattività dell'*account*⁷², il *provider* invierà una *mail* con un elenco dei dati che il *de cuius* ha scelto di condividere con loro e un *link* che gli permette di scaricarli e conoscerli (“*Gestione account inattivo*” di Google).

Si tratta, in realtà, di un meccanismo che richiama lo schema del mandato, dal momento che consente all'utente di pianificare le sorti degli spazi di memoria occupati in rete per il tempo successivo alla

⁷⁰ Sul principio di effettività, vedi gli studi di VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 787; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, p. 381 ss.

⁷¹ Le clausole di intrasmissibilità sono molto diffuse (si v., ad es., *LinkedIn*, *Google*, *Yahoo*), in quanto esonerano il *provider* dal gravoso compito di individuare quale siano i soggetti legittimati a ricevere la titolarità dell'*account* ed i beni in esso custoditi. Tra i gestori che consentono la trasmissibilità di tali risorse a causa di morte vi è Telecom Italia, *American on line Hotmail*). Relativamente al c.d. *account* inattivo e alle regole da seguire per accedere a “*deceased person's mail*”, si v. la sezione “*Help*” del sito <http://support.google.com/mail/bin/answer.py?en&answer=14300>

⁷²L'inattività potrà essere provata con un certificato di morte o con un certificato anagrafico/notarile di non esistenza in vita prodotto in originale o in copia certificata conforme su supporto informatico.

sua morte tramite il conferimento dell'incarico al *provider* di trasmettere, in modo automatico, le nuove credenziali di accesso ad un terzo preventivamente designato, che potrà accedere e conoscere i dati dell'utente deceduto e soddisfare in tal modo l'interesse dei suoi familiari, che spesso costituisce il motivo da cui traggono origine le controversie. Tale strumento è infatti particolarmente apprezzato dai gestori del servizio, i quali sono così esonerati dall'accertare la legittimazione dei successibili ad operare sui dati della persona deceduta e vedono ridursi le *querelle* giudiziarie promosse dagli eredi reclamanti diritti sull'eredità digitale, con conseguente impiego di risorse umane ed economiche⁷³.

Uno schema analogo è stato predisposto anche da *Facebook*, il quale si assume contrattualmente l'obbligo di trasmettere ad un terzo, preventivamente indicato dall'utente, dopo la sua morte, le nuove credenziali di accesso (c.d. contatto erede). In particolare, in forza del contratto stipulato con *Facebook*, il *de cuius* può nominare un soggetto di sua fiducia che, al momento dell'apertura della successione, provveda ad eliminare l'*account* in modo permanente⁷⁴ oppure a renderlo "commemorativo"⁷⁵. In quest'ultimo caso, la persona designata come contatto erede potrà esercitare le sole attività preventivamente individuate, tra le quali vi è quella di convertire le pagine della persona deceduta in uno spazio dove scrivere *post*, rispondere a nuove «richieste di amicizia», aggiornare l'«immagine del profilo e di copertina» e far sopravvivere così l'identità digitale del caro estinto, secondo le indicazioni che, al momento della nomina, gli sono state fornite dal *de cuius*. Mentre non potrà rimuovere o modificare i contenuti dell'*account* già esistenti, leggere le conversazioni

⁷³ MAGNANI, *L'eredità digitale*, cit., 524.

⁷⁴ Le regole previste da *Facebook* per il decesso dell'utente, che deve essere comunque comunicata al *provider*, unitamente al grado di parentela di chi intende procedere alla cancellazione dell'*account*, in <http://www.facebook.com/help/?id=305593649477238>.

⁷⁵ RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 897, che considera il predetto profilo una sorta di "ibernazione virtuale"; CINQUE, *L'eredità digitale*, cit., p. 78, parla invece di "mausoleo *on line*".

private che l'utente aveva intrattenuto con i propri contatti e rimuovere gli amici⁷⁶.

Il contatto erede è quindi un soggetto che ha poteri limitati, specificamente previsti nel contratto stipulato tra l'utente e il *provider* con il quale quest'ultimo si impegna a trasferire al terzo le nuove *password* ed a garantire un adeguato livello di segretezza e protezione delle stesse, in modo da evitare un eventuale illegittimo utilizzo dell'*account* o del profilo *social* da parte di soggetti non autorizzati. Il che – è evidente – contempera una duplice esigenza: permette al *de cuius* di scegliere le sorti dei propri dati per il tempo successivo alla sua morte ed assicura la segretezza dei documenti e delle informazioni personali dell'utente.

Tuttavia tra i negozi idonei a garantire la trasmissione dei propri dati digitali per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, vi è anche il contratto di mandato, che trova oggi un espresso riconoscimento normativo nel d.lgs. n. 101 del 2018, emanato in attuazione del Regolamento UE 2016/679. L'art. 2-terdecies di tale decreto prevede infatti che determinati diritti – quali, ad esempio, il diritto all'accesso, alla rettifica, alla opposizione, alla cancellazione (diritto all'oblio), alla integrazione e alla portabilità dei dati relativi a persone decedute – possano essere esercitati «da chi agisce a tutela dell'interessato in qualità di «mandatario» o per ragioni familiari meritevoli di protezione»⁷⁷. Il che significa non solo riconoscere una legittimazione ad agire in capo a coloro che sono membri della famiglia e che possono essere persone diverse dagli eredi o legatari, ma altresì ammettere la

⁷⁶ Il “*profilo commemorativo*” non può essere modificato e i suoi contenuti continueranno ad essere visibili e disponibili su *Facebook*, potendo gli “amici” del defunto *postare* dei ricordi sul diario commemorativo, senza possibilità che le credenziali di accesso all'*account* vengano fornite ai parenti del *de cuius*. Ne segue che, non potendosi cancellare il profilo del defunto, i diari commemorativi si sono trasformati in veri e propri *forum* dove *postare* ogni genere di commento; tant'è vero che essi rimanendo nel *cyberspazio* e continuando ad essere associati al nome dell'utente ha fatto sì che si dicesse: «*there is no right to die at Facebook*».

⁷⁷ L'art. 2-terdecies d.lgs. n. 101 del 2018 conferma l'ammissibilità del mandato *post mortem* anche nel nostro ordinamento così come sostenevano la dottrina e la giurisprudenza prevalenti; PUTORTI, *Il mandato post mortem*, cit., 351 ss. ed *ivi* ulteriore bibliografia.

potenzialità dei dati personali di essere oggetto di specifici negozi *mortis causa* a carattere non patrimoniale.

Tale normativa, da un lato, riprende quanto previsto dall'abrogato art. 9 del codice della *privacy*, che permetteva il trattamento dei dati delle persone decedute; dall'altro, è apprezzabile per un triplice ordine di ragioni. Essa infatti: a) sposta la normazione a un *livello* territoriale e ordinamentale suscettibile di maggior effettività rispetto a quella dei singoli Stati membri⁷⁸; b) estende la categoria dei diritti suscettibili di essere esercitati *post mortem*, includendo anche quello relativo alla portabilità dei dati, in modo che gli stessi possano essere acquisiti al patrimonio dell'interessato e non rimangano per un tempo indefinito nella disponibilità del titolare del trattamento; c) richiama espressamente lo schema del mandato *post mortem* quale negozio utilizzabile per la gestione dei dati personali dell'utente. Di qui la validità di tale contratto, sostanzialmente già diffuso e recepito dalla prassi, e la sua idoneità ad intervenire in un ambito del tutto nuovo, qual è quello della trasmissione *mortis causa* dei dati digitali⁷⁹.

Al riguardo è dato peraltro rilevare che, in assenza di uno specifico e diverso atto devolutivo-attributivo, il mandatario ha solo un potere gestorio, senza acquistare alcun potere dominicale sui dati, di guisa che, alla morte dell'interessato, si verifica una vera e propria scissione tra l'attribuzione delle utilità economiche che dai beni digitali è possibile trarre – le quali possono essere devolute agli eredi o ai legatari – e l'esercizio dell'attività gestoria su tali entità⁸⁰. Il

⁷⁸ Sulla necessaria e sempre più ampia attenzione che gli organi dell'Unione europea dedicano alle normative che investono in fenomeni legati al progresso scientifico e tecnologico, visto che rispetto ad essi risulta comunque inadeguato una regolamentazione da parte di singoli Stati, vedi VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv dir. civ.* 2017, p. 668.

⁷⁹ RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 91, che evidenzia come soltanto un "lettore frettoloso o poco avvertito" potrebbe considerare il predetto inciso come una svista del legislatore, poiché proprio il richiamo alla figura del mandato formalizza una prassi ormai consolidata nell'ambito dei rapporti *on line*.

⁸⁰ Si pensi, ad e., a tutti i servizi di *banking on line*, mediante i quali l'utente, tramite un proprio *account*, oltre a raccogliere, archiviare e consultare i dati relativi al rapporto con la banca, può compiere operazioni dispositive di somme esistenti sul suo conto corrente. Anche in questi casi, la titolarità del denaro e le operazioni

conferimento al terzo della possibilità di accedere al proprio *account* o profilo *social* non significa quindi attribuirgli anche la titolarità dei rapporti giuridici sui beni che dette risorse custodiscono.

Cosicché, quand'anche i dati digitali avessero una valenza patrimoniale, il mandato in esame è comunque valido ed efficace, in quanto diretto a soddisfare esclusivamente gli interessi personali del *de cuius* e non già a produrre un effetto di natura attributiva. Esso pertanto non solo non incontra ostacoli nella previsione di cui all'art. 1722, n. 4, c.c., visto che tale norma soffre già di numerose eccezioni ed è derogabile dalla volontà delle parti, ma neppure contrasta con il divieto dei patti successori. L'ambito di operatività di tale proibizione si definisce infatti in base a quella che è la sua *ratio*, che – è noto – è diretta a tutelare la piena libertà di testare e la sicurezza e la stabilità dei traffici giuridici⁸¹, ossia tende a proteggere interessi ricollegabili ad una logica patrimonialistica e di scambio, legata alla circolazione dei beni, che è del tutto ultronea rispetto agli accordi in esame, i quali, essendo legati alle aspirazioni personali e intime del *de cuius*, si pongono al di fuori di una vicenda devolutiva -attributiva⁸².

in conto corrente sono regolate dal contratto di deposito, per cui l'*account* serve esclusivamente per eseguire le predette operazioni. Infatti, le somme depositate costituiscono una bene diverso dall'*account*, dal momento che quest'ultimo rappresenta soltanto la modalità informatica attraverso la quale è possibile gestire il proprio conto corrente *on line e*, come tale, costituisce un'entità autonoma non dotata, di per sé, di una propria utilità economica (BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., p. 285 ss). Il che si verifica pure là dove oggetto del deposito siano criptovalute, cioè beni digitali che richiedono specifici codici cifrati e *password* per accedere ai dati, in quanto il sistema informatico rappresenta esclusivamente il mezzo attraverso il quale dette risorse sono gestite (PALAZZO, *op cit.*, p. 1321).

⁸¹ PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 202 ss.

⁸² G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 139; BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 128; CALVO, *Il divieto dei patti successori*, in Calvo e G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, Napoli, 2008, p. 21 ss; PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano 1990, p. 122; LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1216.

Tale contratto è funzionale alla realizzazione degli interessi di cui agli artt. 15-22 del Regolamento UE 2016/679 e, a differenza del contatto erede, non solo consente di *bypassare* la intermediazione del *provider*, visto che il mandante comunica, *inter vivos*, alla persona di sua fiducia le credenziali di accesso, permettendogli di opporre alla società che tratta i dati il contratto gestorio quale valido ed idoneo titolo per lo svolgimento dell'incarico conferito, ma non incontra neppure i limiti connessi alla trasformazione dell'*account* in "commemorativo", ben potendo il mandatario accedere e gestire i dati digitali attinenti alla sfera personale del *de cuius*.

6. *Il mandato alla cancellazione dei dati digitali e le clausole di intrasmissibilità dell'account.*

L'attività gestoria di cui all'art.2 *terdecies* d.lg. n. 101 del 2018 può avere ad oggetto anche la cancellazione e l'eliminazione dei propri dati personali ad opera di un terzo o dello stesso *provider*, là dove il *de cuius* – mandante intenda impedire agli eredi o ai terzi la conoscenza di ciò che è custodito nelle risorse *on line*⁸³. Soluzione, questa, che si ricollega al potere di autodeterminazione del soggetto e che risulta agevolata proprio dall'ammissibilità del mandato, quale contratto capace di assicurare la prevalenza della volontà dell'utente su quella degli eredi, i quali, ove non pregiudicati nei loro diritti patrimoniali, sono destinati a soccombere di fronte al preminente diritto dell'interessato ad ottenere la cancellazione dei suoi dati personali.

Del resto, è la stessa norma posta dal secondo comma dell'art. 2-*terdecies* d.lgs. n. 101 del 2018 che legittima un siffatto risultato, attribuendo all'interessato il potere di precludere a terzi, mediante una specifica dichiarazione «presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata», l'esercizio degli stessi diritti di cui al primo comma⁸⁴. Si tratta, in particolare, di una manifestazione di volontà unilaterale e unipersonale diretta a regolamentare gli interessi

⁸³ Sulla qualificazione dell'incarico conferito a terzi per la distruzione dei propri ricordi come *mandato post mortem exequendum*, vedi, ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, 289 ss.

⁸⁴Tale dichiarazione, analogamente a quanto previsto per il consenso al

personali del *de cuius* legati al mondo digitale, la quale deve risultare da atto scritto ed essere specifica, libera e informata⁸⁵, in modo da evitare che un così radicale intervento sui dati personali sia legittimato dalla semplice adesione dell'utente alle condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte dal titolare del trattamento⁸⁶. Anche se è dato rilevare che detta dichiarazione, avendo natura autorizzativa, non obbliga il terzo ad esercitare i poteri conferitigli dall'interessato, e dunque non garantisce al *de cuius* l'effettiva realizzazione delle sue volontà.

È proprio per evitare siffatto rischio ch l'utente potrebbe preferire il ricorso allo schema del mandato *ex art. 2-terdecies*, incaricando una persona di sua fiducia o lo stesso *provider* a provvedere alla cancellazione dell'*account* o alla "cristallizzazione" dello stesso per il tempo successivo alla sua morte. Il che dimostra come il mandato si riveli essere un utile e versatile strumento di regolazione *post mortem* degli interessi personali del *de cuius*, alternativo alla suddetta dichiarazione unilaterale di volontà. Tale contratto infatti è valido ed efficace se risulta da atto scritto, sia liberamente revocabile o modificabile e sia espressamente diretto alla eliminazione dei dati digitali dell'utente⁸⁷, in modo da rendere espressa, libera e consapevole la

trattamento dei dati personali di cui all'art. 4, comma 1, n. 11) del Regolamento n. 2016/679, deve risultare in modo non equivoco e deve essere libera, specifica e informata (*ex art. 2-terdecies*, commi 2 e 3).

⁸⁵Essa peraltro ha natura non recettizia per cui è destinata a produrre effetti indipendentemente dalla comunicazione al titolare del servizio, la quale ha la esclusiva funzione di rendere più agevole e rapida l'esecuzione della disposizione..

⁸⁶ La medesima soluzione è stata adottata anche dalla Spagna, con la *Ley Orgánica* del 05 dicembre 2018, n. 3, in materia di protezione dei dati personali e tutela dei diritti digitali, che all'art. 3, dopo aver stabilito che le persone legate al defunto in forza di relazioni di carattere familiare o di fatto e i suoi eredi possono richiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali dell'utente e, se del caso, la loro rettifica o cancellazione, stabilisce che l'accesso, la rettifica o la cancellazione dei dati da parte dei soggetti indicati non sono ammessi quando il defunto li abbia espressamente vietati.

⁸⁷ In dottrina, si è precisato (RESTA, *La morte digitale*, cit., 6.) che, in linea di principio, il singolo interessato potrebbe redigere e far pervenire al *provider* la dichiarazione scritta richiesta dalla norma anche senza osservare le procedure richieste dall'operatore, ponendo a carico del titolare del trattamento l'onere di pre-

volontà dell'interessato, così come si evince anche dalla normativa francese, la quale stabilisce espressamente che la volontà dell'interessato non può derivare dalla semplice approvazione delle condizioni predisposte dal *provider*⁸⁸.

In realtà, tale previsione normativa mira ad evitare l'estinzione automatica dell'*account* per effetto delle clausole c.d di intrasmissibilità la cui liceità in ambito comunitario è stata più volte messa in dubbio⁸⁹. Ciò sia per la grave incidenza che esse determinano sulla vicenda successoria dell'utente, spesso anche a sua insaputa, sia perché potrebbero configurarsi come una peculiare ipotesi di clausole vessatorie, visto il rilevante squilibrio contrattuale che provocano a carico dell'utente.⁹⁰ Tant'è vero che il secondo comma del citato art. 2-terdecies, ai fini della cancellazione *post mortem* dei dati personali, richiede espressamente che la stessa sia frutto di uno specifico ed esplicito atto dispositivo dell'utente. Atto -si è detto - che può avere anche natura contrattuale e che trova un suo limite negli interessi patrimoniali dei terzi legati alla vicenda successoria. Mentre non è soggetto alle prescrizioni formali previste per il negozio testamentario, dovendo risultare da atto scritto, liberamente revocabile o modificabile dal *de cuius* che va presentato al titolare del trattamento.⁹¹

disporre i mezzi necessari per assicurarsi che la volontà dell'interessato venga recepita, indipendentemente dalla modalità con cui essa è stata espressa e comunicata.

⁸⁸ DELLE MONACHE, *Successione mortis causa*, cit. p. 464

⁸⁹ Sulle clausole derogative del principio di trasmissibilità *mortis causa* delle posizioni contrattuali, vedi PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successione e donazione*, diretto da Bonilini, I, Milano, 2009, 525 ss. Cfr. art. 85 l. del 6 gennaio 1978, n. 78-17, modificata dall'ordinanza n. 1125 del 12 dicembre 2018.

⁹⁰ RESTA, *La morte digitale*, cit., p. 918

⁹¹ Si è tuttavia rilevato come la predetta disciplina non risolva in maniera espressa il problema dell'eventuale conflitto tra le clausole di intrasmissibilità, spesso inserite dai *provider* tra le condizioni generali di contratto, e la diversa volontà manifestata dall'utente, anche se, argomentando dall'esigenza normativa tesa a garantire un consenso, univoco, libero e informato del soggetto, si possa giungere ad affermare la invalidità delle predette clausole (CINQUE, *L'eredità digitale*, cit., p. 90).

7. *La recente decisione del Tribunale di Milano.*

Particolarmente significativa sul punto è la recente decisione del Tribunale di Milano che, in via cautelare e d'urgenza, ha riconosciuto ai genitori ed eredi di un giovane *chef*, morto in un sinistro stradale, la legittimazione ad agire per il recupero dagli *account* del figlio dei contenuti digitali archiviati dall'"*I phone*" nel sistema di sincronizzazione "*I cloud*"⁹². Accesso che i genitori avevano preventivamente richiesto alla *Apple* e che quest'ultima si era rifiutata di concedere sostenendo che: a) l'*account* del defunto poteva contenere dati personali di terzi; b) i richiedenti l'accesso non avevano dimostrato né che il defunto era titolare di tutti gli *account* associati all'*Id Apple*, né di essere amministratori o rappresentanti legali dei beni dell'utente deceduto; c) non possedevano i requisiti richiesti dall'"*Electronic Communication privacy acts*", e dunque non agivano quali "agenti" del patrimonio del *de cuius*, capaci di esprimere formalmente un consenso "legittimo" all'accesso dei dati personali del figlio.

I Giudici milanesi, per contro, considerando infondate tali eccezioni, dal momento che la *Apple* non poteva subordinare l'esercizio di un diritto espressamente riconosciuto dal nostro sistema alla esistenza di requisiti non contemplati da norme interne, hanno accolto la richiesta dei genitori, condannando la società a fornire l'assistenza necessaria per il recupero dei dati personali dagli *i cloud*. In particolare, hanno riconosciuto l'esistenza dei presupposti richiesti per la tutela d'urgenza, visto che la *Apple* aveva fatto presente ai familiari dell'utente deceduto che i contenuti esistenti nei propri sistemi informatici, trascorso un periodo di inattività dell'*account I cloud*, sarebbero stati automaticamente distrutti, di guisa che, ove si fosse attesa la conclusione del giudizio di merito, vi sarebbe stata una irreversibile lesione del diritto dei ricorrenti

⁹² Il telefono del ragazzo infatti si era completamente distrutto nell'incidente e non era più possibile recuperare i dati personali, quali video, foto, ricette e alcuni documenti e scritti che i familiari, distrutti dal dolore, volevano pubblicare per onorare la memoria del loro unico figlio. Nello *smartphone* era però stato inserito e attivato un dispositivo caratterizzato da un sistema di sincronizzazione *online* (*iCloud*) che permette di conservare i contenuti digitali e di renderli accessibili in tempo reale attraverso i vari dispositivi eventualmente posseduti dall'utente.

relativo alla conoscenza dei dati personali del soggetto scomparso

Inoltre, il Tribunale ha fatto leva proprio sul citato art. 2 *terdecies* del D.l. 101/2018 per affermare la legittimazione dei genitori ad accedere ai dati conservati nell'*account* del figlio. Più precisamente, da un lato ha ribadito che il considerando 27 del Reg. “2016/679 GDPR esclude l’operatività della disciplina alle persone decedute e rinvia agli Stati Membri dell’Unione l’emanazione di apposite norme che regolino il trattamento dei dati personali del defunto; dall’altro ha precisato come sia proprio in forza della normativa interna che gli eredi possono agire a tutela dell’interessato “per ragioni familiari meritevoli di protezione”, e dunque quali soggetti portatori di un “legittimo interesse” che giustifica l’accesso ai contenuti digitali del defunto⁹³. Nella sentenza si legge infatti che “è proprio il legame esistente tra genitori e figli” “e la volontà di realizzare un progetto che possa tenere in vita la memoria del giovane scomparso, unitamente alla concreta possibilità di recuperare ciò che era contenuto nel *cloud* “, che rappresentano gli elementi idonei a concretizzare quel “legittimo interesse” che consente di superare il diniego opposto da *Apple* per tutelare la sicurezza dei clienti. Anche perché nel caso specifico non vi era alcuna clausola contrattuale che vietasse la successione dei contenuti digitali dell’utente scomparso, così come è invece previsto da altri *big player del web*, che tra le condizioni generali di contratto inseriscono apposite clausole dirette a rendere intrasmissibili agli eredi e ai terzi i contenuti custoditi negli *account*.⁹⁴

Di qui la conclusione che, là dove non sussista un espresso divieto scritto dell’interessato all’esercizio *post mortem* dei diritti connessi

⁹³ Diversamente, la legge francese riconosce agli eredi solo il diritto di domandare al titolare del trattamento l’aggiornamento e l’integrazione dei dati; mentre altri ordinamenti, quali quello svedese, inglese e irlandese escludono espressamente l’applicazione della tutela dei dati personali alle informazioni riguardanti i defunti (v. RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., p. 90).

⁹⁴ Non solo, ma il Tribunale di Milano, in relazione all’applicabilità del Regolamento UE 2016/679 alle comunicazioni fornite alla controparte contrattuale ha precisato, che ai sensi dell’art. 6, par.1, lett.f) del GDPR, ove sussista un “interesse legittimo” – che nel caso di specie si poteva ravvisare nelle “*ragioni familiari meritevoli di protezione*” dei genitori – è comunque obbligatorio autorizzare il trattamento dei dati personali

ai suoi dati personali, si debba riconoscere ai genitori la possibilità di accedere alle memorie digitali del figlio. Il che non solo si configura come una legittimazione straordinaria all'esercizio dei diritti dell'interessato acquistata *iure proprio*, così come si evince dal tenore letterale dell'art 2 *terdecies* del d. l. 101/2018 e dall'ampia categoria dei soggetti ai quali detto potere viene riconosciuto⁹⁵; ma soddisfa altresì l'interesse dei congiunti, che spesso desiderano soltanto conoscere e avere copia dei dati digitali del proprio familiare e non anche succedergli nella posizione contrattuale. Cosicché secondo i giudici milanesi è solo in presenza di una espressa e consapevole dichiarazione di volontà manifestata dagli utenti di di un *account* in *cloud*, diretta a tutelare sia la propria riservatezza che quella degli soggetti che hanno intrattenuto rapporti e comunicazioni o hanno condiviso immagini e informazioni con lui, che è possibile negare ai terzi il diritto di accedere ai dati digitali della persona scomparsa.

8. (*Continua*). *La posizione della Corte Federale tedesca sull'accessibilità post mortem ai dati digitali.*

Sul tema è intervenuta anche la Corte Federale tedesca decidendo il ricorso presentato dai genitori ed eredi di una ragazza minorenne morta in circostanze sospette, diretto a ottenere da *Facebook* l'accesso al profilo della figlia per poter acquisire maggiori informazioni sulla sua scomparsa. In tal caso la Corte ha riconosciuto ai successori dell'utente il diritto di accedere ai contenuti dell'*account*, nonostante nel contratto tra il *de cuius* e il *provider* fosse presente una clausola di blocco: una clausola, cioè, che dopo la morte della ragazza aveva posto l'*account* nella modalità

⁹⁵ Si è rilevato (DELLE MONACHE, *Successione mortis causa*, cit., p. 465) come si tratti non di una eccezionale trasmissibilità *post mortem* dei diritti della personalità, bensì di una legittimazione ad agire, acquistata a titolo originario per l'esercizio dei diritti dell'interessato, che può avvenire anche a tutela di "un interesse proprio", così come espressamente prevede l'art. art.. 2 *terdecies* ; RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., p. 90, che evidenzia come il sistema italiano, a differenza di quello germanico, che propende per una legittimazione fiduciaria dei congiunti, attribuisca agli eredi un diritto nuovo e autonomo, fondato sul legame familiare che li lega alla persona deceduta.

commemorativa, di guisa che esso non era accessibile agli eredi o ai terzi, né legittimava il *server provider* a divulgare i dati contenuti nel profilo.

I giudici tedeschi hanno ritenuto infatti che i predetti contenuti digitali possano essere equiparati alla corrispondenza ed ai diari epistolari redatti in forma cartacea e, come tali, siano soggetti alle comuni regole di diritto successorio. Ne segue che anche l'*account*, in base al principio di universalità della successione, al pari delle altre posizioni contrattuali, può formare oggetto di atti dispositivi ai sensi del § 1922 BGB e può trasferirsi a coloro che subentrano nel contratto di servizio stipulato dal *de cuius* con il *social network*. Soggetti, questi, che acquistano i relativi diritti come eredi e non quali persone legittimate *iure proprio* o su base fiduciaria a tutelare la personalità del *de cuius*⁹⁶. Anche perché – afferma la Corte – le predette clausole, pur essendo in sé e per sé lecite, in quanto volte ad escludere la trasmissione *mortis causa* di determinati rapporti contrattuali⁹⁷, se valutate alla luce del concreto contesto contrattuale che le genera, non sempre sono frutto di una consapevole volontà degli utenti, per cui è necessario accertare in concreto se esse determinino un evidente squilibrio tra la posizione del *server provider* e quella dell'utente e siano, come tali, da considerarsi abusive⁹⁸.

In realtà, ove non si tenesse conto delle asimmetrie di potere

⁹⁶ RESTA, *op. ult. cit.*, p. 88.

⁹⁷ Sull'attuale vigenza del principio generale di prosecuzione dei rapporti facenti capo al *de cuius* con i suoi eredi, vedi CACCAVALE, *Contratti e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, Milano, 2006, p. 405; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, p. 17ss.

⁹⁸ RESTA, *La successione nei rapporti digitali*, cit., 89, che condivide la prospettiva accolta dai giudici tedeschi e rileva come la *policy* di memorializzazione attuata dai *server provider* finisca quasi sempre per svantaggiare l'utente, in quanto oltre a precludere agli eredi l'accesso ai contenuti digitali, determina una modifica retroattiva del piano degli obblighi contrattuali gravanti sul professionista e impedisce il perseguimento delle finalità contrattuali, creando una sorta di "cimitero dei dati". Diversamente altra dottrina (DELLE MONACHE, *Successione mortis causa*, cit., p. 463) ha rilevato come in questi casi non si ponga alcun problema di vessatorietà, visto che dette clausole sono confermate di una conseguenza che discende direttamente dall'applicazione dei principi contenuti nell'art. 34 III comma del D.lg 206/2005.

negoziale esistente tra le parti e non si valutasse se gli utenti abbiano espresso o meno un consenso consapevole e circostanziato alla intrasmissibilità dei dati digitali contenuti nell'*account*, non solo si priverebbero i familiari del soggetto deceduto del diritto di subentrare nel rapporto contrattuale del *de cuius*, in deroga al principio di universalità della successione, ma si consentirebbe altresì ai *social network* di gestire e sfruttare economicamente i predetti dati senza avere alcuna legittimazione.

È questa tuttavia una decisione che si fonda sul presupposto che l'accordo tra l'utente e *Facebook* non abbia natura strettamente personale, ma patrimoniale e, come tale, sia idoneo a cadere in successione. Questo perché il gestore si limiterebbe a mettere a disposizione dell'utente un servizio *standard* e sarebbe tenuto ad eseguire una prestazione di carattere tecnico, senza implicazioni di natura personale⁹⁹. Tale soluzione però non sembra avere una valenza generale, riferibile a tutte le ipotesi in cui si discuta della sorte dell'eredità digitale, visto che è la stessa Corte ad evidenziare che "resta comunque aperta la questione se la possibilità che venga trasmesso in eredità il rapporto contrattuale possa per principio essere efficacemente esclusa dalle condizioni generali di contratto"¹⁰⁰. A tal fine dovrebbe essere pur sempre necessario valutare, in concreto, caso per caso, con riferimento alla realizzazione degli specifici interessi avuti di mira del soggetto e in relazione alla natura dei dati cui la pattuizione si riferisce, se, al momento di apertura della successione, il rapporto si estingua ovvero si trasferisca ai successori dell'utente deceduto.

In realtà, se appare coerente riconoscere il subentro degli eredi là dove i contenuti digitali si traducano in beni di natura patrimoniale,

⁹⁹ Traendo spunto dalla disciplina tedesca in materia di successione nelle carte e nei ricordi di famiglia ed equiparando questi ultimi col *profilo Facebook*, il BGH ha infatti riconosciuto la trasmissibilità *mortis causa* anche delle situazioni giuridiche di natura non patrimoniale, in quanto rientranti nel disposto del § 1922 BGB.

¹⁰⁰ CINQUE, *L'eredità digitale*, cit. p. 80, che trae spunto dalle affermazioni espresse dai giudici tedeschi per sottolineare come rimanga a tutt'oggi aperto il problema concernente la trasmissibilità *mortis causa* del rapporto alla luce delle condizioni generali di contratto predisposte da *Facebook*.

più difficile sembra invece ammettere, in presenza di apposite clausole di intrasmissibilità e in assenza di preminenti interessi generali, la successione nell'*account* da parte degli eredi, visto che esso può contenere dati relativi alla sfera intima del soggetto, espressivi della sua identità o che coinvolgono comunque la riservatezza dei terzi che sono entrati in contatto con lui e che l'utente, in virtù del suo potere di autodeterminazione, ha espressamente voluto che non fossero resi pubblici o che fossero cancellati o distrutti dopo la sua morte¹⁰¹.

9. Considerazioni conclusive.

Gli schemi negoziali sopra delineati dimostrano come l'imponente massa di dati generati dalla diffusione delle tecnologie informatiche renda sempre più pressante l'esigenza di garantire che le risorse digitali – *blog*, piattaforme, *account* di posta elettronica, profili *social* – abbiano una regolamentazione *post mortem* idonea a soddisfare gli interessi personali dell'utente. È in questa logica che si comprende la crescente rivalutazione del mandato *post mortem* quale schema contrattuale idoneo a garantire un siffatto risultato e destinato ad avere uno spazio operativo sempre più ampio.

La validità di tale contratto non può ritenersi esclusa né dalla disposizione di cui all'art. 1722 n.4 cc. – dato che la massima *mandatum morte finitur*¹⁰², essendo posta a tutela degli interessi del *dominus* e non di esigenze di carattere superindividuale, ha natura dispositiva e può essere derogata da una diversa volontà dalle parti – né dal divieto di cui all'art. 458 c.c., dal momento che esso ha come punto centrale di riferimento i contratti successori diretti a realizzare un'attribuzione patrimoniale a causa di morte e non anche le disposizioni prive di carattere economico tese a regolamentare gli interessi

¹⁰¹ CAMARDI, *Eredità digitale*, cit., p. 668.

¹⁰² MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, CCCII, Milano, 1984, 205 ss., che ricollega l'estinzione del contratto alla «gestione del patrimonio che un dato soggetto svolge in base a determinati personali criteri direttivi d'insieme»; di qui la presunzione che il mandante intenda «far cessare il mandato, allorché cessi nella complessiva gestione del suo patrimonio».

personali e intime del *de cuius*¹⁰³. Il mandato, pertanto, in queste ipotesi, rimane estraneo all'ambito operativo della predetta proibizione proprio perché non incide sulla ripartizione delle sostanze ex art. 587, comma 1, c.c.¹⁰⁴, ma segue una logica diversa, legata essenzialmente alla realizzazione delle aspirazioni non patrimoniali dell'utente.

Non solo, ma si tratta di uno schema contrattuale che soddisfa appieno anche le esigenze di sicurezza e di riservatezza proprie dei dati digitali, visto che il mandatario, a differenza dell'esecutore testamentario o dei successori universali del *de cuius*, al momento dell'apertura della successione, è già a conoscenza dell'attività da svolgere, e dunque non è soggetto ai ritardi connessi alla pubblicazione del testamento. Pubblicazione che, oltre a poter compromettere la concreta esecuzione dell'incarico secondo le istruzioni impartite dal testatore, potrebbe generare altresì un duplice ulteriore rischio: da un lato, far sì che le credenziali di accesso alle risorse digitali divengano note anche agli eredi o legatari, ossia a soggetti verso i quali il *de cuius* non ripone alcun affidamento o che, essendo economicamente interessate all'eredità, non offrano adeguate garanzie circa il corretto svolgimento dell'incarico; dall'altro, consentire l'utilizzo dell'*username* e della *password* da parte dell'erede più abile o più svelto a chiedere la pubblicazione del testamento, che potrebbe fraudolentemente modificarle e impedire agli altri coeredi di utilizzarle. Conseguenze, queste, che sarebbero in evidente contrasto con le esigenze di sicurezza e segretezza manifestate dal *de cuius*, il quale mira ad escludere che persone altre e diverse da quelle da lui designate possano utilizzare o modificare le credenziali di accesso e conoscere informazioni, documenti, foto, video, ed *e mail* strettamente personali.

Inoltre, il ricorso al contratto di mandato permette di ovviare ad

¹⁰³ Sul tema vedi PUTORTI, *Il mandato post mortem*, cit., 256.

¹⁰⁴ BARBA, *Contenuto del testamento*, cit., p. 145, secondo il quale «altro è la tipicità del testamento, unico strumento *mortis causa* e di ultima volontà con il quale si può validamente disporre di tutte le proprie sostanze per il periodo successivo alla propria morte (arg. art. 458 c.c.), altro è la tipicità o l'atipicità del suo contenuto, che può essere tanto di natura attributiva quanto di natura non attributiva».

alcune difficoltà pratiche non affatto trascurabili, poiché, diversamente da quanto accade là dove l' *username* e la *password* per accedere al proprio *account* siano contenute in un testamento pubblico o segreto, un'eventuale loro modifica non sarebbe soggetta alle prescrizioni formali previste per tali atti, ma potrebbe avvenire tramite una semplice correzione della scrittura contrattuale. Né per ovviare a siffatto problema, si potrebbe pensare di inserire le chiavi di accesso in un documento separato, in quanto detto documento non solo potrebbe essere smarrito o alterato, ma dovrebbe pur sempre essere richiamato nella scheda testamentaria, al fine di permettere la conoscenza dello stesso, il luogo e il soggetto presso cui è custodito. Il che creerebbe una *realatio* formale tra i due atti che richiederebbe la redazione del documento in forma pubblica o con le medesime formalità necessarie per l'olografia testamentaria oppure, in caso di testamento segreto, l'allegazione o l'inclusione dello stesso nel plico destinato ad essere ricevuto dal notaio, secondo quanto previsto dall'art. 604 c.c.¹⁰⁵.

Diversamente, la versatilità del mandato *post mortem* e la sua attitudine a far sì che l'utente possa scegliere preventivamente e liberamente la persona alla quale trasmettere le credenziali di accesso ed affidare la gestione delle sue risorse digitali, unitamente alla sua idoneità a soddisfare le esigenze di sicurezza e riservatezza dei propri dati personali, dimostra come tale schema negoziale, anche in questo settore, costituisca una valida ed efficace alternativa al negozio di ultima volontà. Proprio il mandato infatti consente al *dominus* di avvalersi di una disciplina idonea a garantire la personalità e la revocabilità dell'atto, di sottrarsi ai vincoli formali richiesti per il testamento e di conservare la disponibilità e il controllo delle *password* fino alla sua morte. Cosicché ove l'altro contraente dovesse abusare della loro conoscenza, il *dominus* potrebbe pur sempre revocare liberamente l'incarico – tramite la modifica delle credenziali ai sensi dell'art. 1724 c.c. – ed agire in via risarcitoria ex artt. 1710 e 1713 c.c. Mentre, dopo l'apertura della successione, spetterà agli eredi (o eventualmente all'esecutore testamentario) controllare che il mandatario custodisca adeguatamente le credenziali di accesso ed esegua l'

¹⁰⁵ IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 234.

VINCENZO PUTORTI'

incarico personalmente e con la diligenza richiesta dalla peculiare attività da svolgere e degli interessi che essa mira a soddisfare.

ANDREA RENDA
Professore ordinario di diritto privato
Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza

IL DONATION-BASED CROWDFUNDING*

SOMMARIO: 1. Nuova filantropia e *crowdfunding* donativo – 2. L’oblazione come atto di solidarietà anziché di liberalità? – 3. La natura dell’oblazione a comitato, il vincolo di destinazione dei fondi raccolti e la sua estensibilità a enti diversi dal comitato. – 4. Applicazione dei risultati raggiunti al *donation-based crowdfunding*. – 5. Le raccolte promosse da persona fisica. – 6. Prospettive *de iure condendo*.

1. Nuova filantropia e *crowdfunding* donativo.

Se per filantropia si intende l’*“amore verso il prossimo, come disposizione d’animo e come sforzo operoso, di un individuo o anche di gruppi sociali, a promuovere la felicità e il benessere degli altri”*¹, i mutamenti sociali, economici e tecnologici degli ultimi anni fanno parlare di una nuova filantropia, cioè una filantropia strategica, proattiva, diffusiva e di rete, particolarmente sensibile all’impatto sociale del dono e alle sue virtualità benefiche di largo raggio². Se una parte importante di questa è rappresentata dalla c.d.

* Il contributo mira a ripercorrere gli snodi fondamentali del nostro volume RENDA, *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi oblativo e donazioni «di scopo»*, Milano, 2021, al quale rinviamo per una trattazione più approfondita del tema.

¹ Cfr. l’Enciclopedia Treccani (in <http://www.treccani.it/enciclopedia>), *ad vocem*.

² Come osservano DE PAOLI, MANFREDI, PAVESI, TALLACCHINI e VENDRAMINI, *Introduzione*, in IID., *Una filantropia nuova. Economia, diritto e filosofia per una società digitale collaborativa*, Lecce, 2017, p. 11 s., *“L’espressione ‘nuova filantropia’ (New Philanthropy) è nata all’interno della generazione di imprenditori del dot-com, l’industria dell’informatica e del digitale, come una filantropia diversa e ‘strategica’, interessata a, e capace di, produrre e misurare*

venture philanthropy o filantropia d'impresa³, altrettanto rimarchevole è quella in cui il fare del bene ad altri passa attraverso contribuzioni gratuite di massa a seguito di mobilitazioni veicolate via *web*. Il punto di emersione forse più dirimpente di questa filantropia nuova è, infatti, proprio il *donation-based crowdfunding*.

Le definizioni di taglio economico del *crowdfunding* in generale affermano che “*crowdfunding involves an open call, mostly through the internet, for the provision of financial resources either in form of donation or in exchange for the future product or some form of reward to support initiatives for specific purposes*”⁴, o che “*crowdfunding is an initiative undertaken to raise money for a new project proposed by someone, by collecting small to medium-size*

gli impatti del ben-fare. Più in generale, però, la locuzione si riferisce al vasto movimento teorico e sociale per ripensare il nonprofit, la liberalità, l'impegno solidale e collaborativo. Dal punto di vista filosofico e antropologico, la nuova filantropia sembra ispirarsi ugualmente sia all'utilitarismo sia a prospettive antropologiche di rivisitato comunitarismo. L'approccio utilitarista si rivela nell'interesse per le conseguenze dell'azione, per l'efficacia e la quantificazione degli impatti, per la massimizzazione dell'intervento benefico nel realizzare benessere ed empowerment individuale e collettivo. Il comunitarismo antropologico emerge, invece, nella centralità dell'agire collaborativo, nell'ipotizzata naturale tendenza umana a contribuire al bene sociale, nel puntare a 'fare la differenza' attraverso contributi singoli che si coordinano per finalità comuni, nel concetto di pari-produzione (o produzione alla pari) come nuova modalità di creazione di conoscenza e di approccio all'economia". In questo contesto, "si ridefiniscono gli scopi del dare: chi dona mira a creare un impatto e a risolvere problemi più che a celebrare o ricordare la benevolenza di qualcuno. Si estendono i soggetti del donare: gli autori anche minuti del dono si moltiplicano esponenzialmente e la donazione più piccola acquista peso e rilevanza nel suo fare rete e fare massa".

³ Cfr. GEMELLI, *Ossimori: i vantaggi competitivi della «filantropia d'impresa»*, in EAD. (a cura di), *Filantropi di ventura. Rischio, responsabilità, riflessività nell'agire filantropico*, Bologna, 2004, p. 91 ss.; LETTS, RYAN, GROSSMAN, *Virtuous Capital: What Foundations Can Learn from Venture Capitalists*, in *Harvard Business Review*, 1997, 2, p. 36 ss.; MIGLIETTA, QUAGLIA, *I nuovi orizzonti della filantropia. La Venture Philanthropy*, Assisi, 2014.

⁴ BELLEFLAMME, LAMBERT e SCHWIENBACHER, *Crowdfunding: Tapping the right crowd*, in *Journal of Business Venturing*, 2014, p. 588.

*investments from several other people (i.e. a crowd)*⁵. A questa stregua, quindi, si ha *crowdfunding* tutte le volte che una massa non organizzata (*crowd*) di soggetti (detti *backers*, *funders* o *pledgers*) “finanzia” via internet l’iniziativa di varia natura (lucrativa o meno) di altri soggetti o organizzazioni, resa pubblica sempre via internet tramite una campagna di raccolta fondi dalla durata prestabilita. La polisemia del lemma “*funding*” sottintende però una pluralità di operazioni economiche e di correlative cause in senso giuridico dell’attribuzione patrimoniale erogata dalla massa, che rendono possibile distinguere altrettante specie di *crowdfunding* quante sono le ragioni giustificatrici dello spostamento di ricchezza dalla “folla” ai raccoglitori. Il *crowdfunding*, infatti, non è una categoria unitaria neanche dal punto di vista economico, ma si caratterizza per una determinata modalità di raccolta di denaro, che resta trasversale rispetto ai tipi contrattuali corrispondenti alle cause in cui si sostanzia di volta in volta la funzione economica dell’attribuzione dalla “folla” a un soggetto, in vista di un certo obiettivo. In questa prospettiva, che muove dalla comprensione della sostanza economica dell’operazione per farvi aderire la più adatta forma giuridica attraverso la qualificazione, è possibile identificare – tra le varie specie – l’*equity-based crowdfunding*, il *lending-based crowdfunding*, il *reward-based crowdfunding* e il *donation-based crowdfunding*.

Entro quest’ultimo, il raccoglitore di fondi sollecita al pubblico offerte in denaro senza corrispettivo, in funzione di un obiettivo (altruistico o meno) dichiarato tramite un apposito progetto, ponendo un *target* (traguardo quantitativo) per la raccolta come livello minimo da raggiungere entro un tempo prestabilito. Salva la variante *do-it-yourself*, che consente al raccoglitore di risparmiare sui costi di intermediazione, la raccolta viene lanciata tramite un *social medium* che lo consenta o, più spesso, mediante una piattaforma *web* specializzata, che verso un corrispettivo in denaro offre un servizio telematico – a seconda delle ipotesi, di *hosting provider* o di *content provider* – e agevola l’incontro tra “domanda” e “offer-

⁵ ORDANINI, MICELI, PIZZETTI e PARASURAMAN, *Crowd-funding: Transforming customers into investors through innovative service platforms*, in *Journal of Service Management*, 2011, p. 444.

ta” di contributi, oltre ad avvalersi di terzi prestatori di servizi di pagamento al fine di consentire ai *bakers* il pagamento con moneta elettronica. La raccolta fondi può seguire la regola *all-or-nothing* (c.d. *threshold model*), secondo la quale le somme raccolte saranno acquisite dal *fundraiser* solo se il *target* verrà raggiunto e in mancanza saranno restituite, o quella alternativa *keep-it-all* o *keep-what-you-raise* (c.d. *flexible funding*), secondo la quale le somme saranno acquisite indipendentemente dal raggiungimento del *target*, sia pur di norma soltanto a conclusione del periodo di durata della raccolta fondi⁶. In entrambe le ipotesi, il *fundraiser* ha diritto di acquisire anche i fondi raccolti in eccedenza rispetto al *target*, che opera come obiettivo minimo. Talvolta, raggiunto o superato il *target* è possibile perseguire uno *stretch-goal*, ossia rilanciare il limite perseguito, fermo restando il diritto di ricevere quanto raccolto quand’anche non si dovesse raggiungere il nuovo traguardo. In questa specie di raccolta, pertanto, alla contribuzione del pubblico non si addice la qualificazione alla stregua di “finanziamento”, ove con tale termine ci si riferisca “*ad una provvista di mezzi economici (siano essi in danaro, in natura, in forma di crediti) concessa in anticipo rispetto al momento in cui verrà remunerata e/o restituita (potendo anche essere solo remunerata, o solo restituita), e alla funzionalizzazione di questa provvista allo svolgimento di un’attività lucrativa, che sarà poi quasi sempre attività imprendito-*

⁶ Dal punto di vista economico, il secondo metodo (k.i.a.) – che scarica sui *bakers* il rischio del mancato raggiungimento del *target* – si adatta a progetti compatibili con investimenti “scalabili”, cioè tali da poter essere realizzati con riduzione degli oneri di produzione o con ridimensionamento dei risultati, in funzione di quanto sia stato raccolto. Psicologicamente, il pubblico può essere meno propenso a contribuire quando si adotta questo metodo rispetto all’altro (a.o.n.), perché in caso di “sottofinanziamento” non ha né diritto alla restituzione né garanzia che il più basso *target* raggiunto sia comunque idoneo a preservare la fattibilità del progetto o di una parte di esso. Al tempo stesso, il raccoglitore che sceglie di adottare l’a.o.n. può presentare maggiore credibilità presso il pubblico, perché condizionando il trattenimento dei fondi al raggiungimento del traguardo minimo mostra di avere un interesse maggiore per l’obiettivo perseguito che per i fondi da raccogliere. Complessivamente, quindi, il metodo k.i.a. dovrebbe presentare meno *chances* di successo rispetto all’altro, il quale tuttavia a parità di esito negativo – il “sottofinanziamento” – presenta evidentemente maggiore rischio per il raccoglitore.

*riale, cioè speculativa*⁷. Il contributo della massa, senza corrispettivo e normalmente senza neanche indiretto interesse economico correlato in capo al contribuente, già *ictu oculi* sembra ascrivere alla causa donativa, ossia ad un dare per arricchire, sostenuto da spirito di liberalità, da intendersi come interesse non patrimoniale perseguito dal donante⁸.

Le ragioni per le quali il *donation crowdfunding* – assai vivace in Italia, specie nell’ambito assistenziale, culturale e creativo, e in fortissimo aumento a seguito della mobilitazione collettiva suscitata dalla pandemia da Covid-19, volta a sostenere la ricerca scientifica e a sovvenire gli ospedali e la protezione civile⁹ – rappresenta il paradigma di una filantropia nuova sono piuttosto evidenti. Anzitutto, l’accessibilità pressoché indiscriminata alla rete, la quale non pone barriere all’accesso e non comporta oneri economici significativi, rispetto a quelli necessari per accedere alla stampa o alla televisione, livella il *gap* tra enti e singoli. Internet sembra quindi fare *tabula rasa* delle differenze tra raccoglitori, consentendo a chiunque riesca a imporre un proprio obiettivo come meritevole della fiducia del pubblico di giovare di contribuzioni donative di massa. Insomma, il “dono” si “democratizza”, sia dal lato di chi lo

⁷ Così MIGNONE, *L’associazione in partecipazione (artt. 2549-2554)*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2008, p. 40, il quale distingue poi tra un finanziamento puro (qual è quello tramite mutuo), in cui alla remunerazione fissa si aggiunge un obbligo di restituzione del capitale, e un finanziamento partecipativo, in cui ora la remunerazione è aleatoria ma con restituzione dovuta del capitale (come nel mutuo parziario), ora l’alea incide anche sul capitale (come nell’associazione in partecipazione).

⁸ La messa in luce della natura non patrimoniale dell’interesse perseguito dal donante, in contrappunto a quello patrimoniale indirettamente ritratto da chi sopporta un sacrificio patrimoniale entro un contratto gratuito, si deve allo studio di CHECCHINI, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 254 ss. L’impostazione di Checchini è ora condivisa, tra gli altri, da AMADIO, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 501 e da CATAUDELLA, *Successioni e donazioni. La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, V, Torino, 2005, p. 19 ss.

⁹ Secondo il report *Il crowdfunding in Italia 2020*, elaborato dalla piattaforma Starteed e disponibile in <https://www.crowdfundingreport.it/>, solo nel 2020 il valore complessivo dei fondi raccolti ammonta a € 31.062.089.

fa che dal lato di chi lo riceve¹⁰. Il *web* permette di sollecitare contributi per un obiettivo che altrimenti – a dispetto dell’interesse che è in astratto in grado di suscitare – nella stessa unità di tempo non riuscirebbe a mobilitare l’adesione che di una ristretta cerchia di soggetti, già vicini al donatario. Per converso, esso consente a chiunque di giovare sia contemporaneamente che successivamente a una pluralità di progetti altrui, con la duplice conseguenza che la quota del proprio patrimonio che si intenda impiegare a fini donativi può essere ripartita tra più potenziali donatori – innescando una sorta di dinamica concorrenziale tra *fundraisers* – e che, complici la facilità e la velocità con le quali si compie il dono, aumenta la propensione a fare anche solo “microdonazioni”, rispetto a quella che si registra in mancanza di fonti di cognizione delle altrui iniziative altrettanto efficaci e di strumenti di perfezionamento del dono altrettanto semplici.

In secondo luogo, il dono si “responsabilizza”, ancora una volta sia dal lato di chi lo fa che dal lato di chi lo riceve. La massa partecipa in tempo reale all’andamento della raccolta e tramite i meccanismi di condivisione e approvazione propri del *web* è in grado di influire sul successo dell’iniziativa, infondendo fiducia in chi ancora non si è determinato e così veicolando il consenso a donare in modo ancor più pervasivo di quanto possa fare da sé il raccoglitore, in una sorta di singolare effetto di rispecchiamento per cui è come se gli oblatori si facessero essi stessi promotori di secondo grado della raccolta. La stessa massa, a raccolta conclusa, “segue” il tracciato del dono e ne controlla la destinazione allo scopo annunciato, misurando tramite le informazioni fornite dal raccoglitore e i conseguenti *feedbacks* dei sottoscrittori l’affidabilità del primo¹¹. Di

¹⁰ Tecnicamente, il termine “dono” si addice ai doni non patrimoniali (su cui v. RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 510 ss.), come quelli aventi ad oggetto organi a scopo di trapianto terapeutico o gameti entro una procedura di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, restando così distinto dalla donazione, intesa come contratto fonte di un arricchimento di carattere patrimoniale in capo al donatario. Nondimeno, in questa sede la parola “dono” sarà talvolta usata come sinonimo di “donazione” per mera *variatio*.

¹¹ Secondo un sondaggio compiuto da duepuntozero Doxa nel febbraio 2017 e riportato da SICCARDI e VITALI, *Crowdfunding e personal fundraising: la nuo-*

conseguenza, prima ancora che il diritto operi la propria qualificazione del nesso tra denaro raccolto e obiettivo annunciato, il raccoglitore di fondi è indotto a farne un uso non arbitrario e, in pari tempo, ciascuno dei contributori è messo nelle condizioni di compiere una scelta consapevole e critica di fronte a un nuovo invito a contribuire. Nel complesso, quindi, il fenomeno manifesta potenzialità nettamente positive dal punto di vista socio-economico. Certo, resta ferma la necessità di verificare quanto la sollecitazione a donare tramite internet con modalità assimilabili a quelle proprie della pubblicità commerciale possa replicare il rischio di *deficit* informativi immanente alla contrattazione relativa ai beni di consumo e necessitare quindi di interventi regolatori per colmarli, al fine di moralizzare l'appello alla generosità del pubblico e contemporaneamente responsabilizzare il consenso dal lato di chi dà¹². Ma, al di là di ciò, il *donation-based crowdfunding* dà rinnovata linfa all'anelito liberale dell'uomo senza far pesare distinzioni di censo, perché consente a chiunque di essere un "micro-filantropo" in proporzione alle proprie capacità economiche. In più, contribuisce alla realizzazione di cause altruistiche socialmente rilevanti, che non abbiano la ventura di essere promosse da enti di scopo già dotati di un patrimonio florido, giovando così alla comunità. Inoltre, grazie ai meccanismi reputazionali, conforma in senso virtuoso l'impiego delle risorse raccolte.

Ciò posto, dal punto di vista tecnico-giuridico le caratteristiche strutturali del *donation-based crowdfunding* valgono ad ascriverlo al novero delle liberalità tipiche, poiché il dono che ne costituisce oggetto ha natura patrimoniale, consistendo in un'attribuzione patrimoniale e in specie nell'erogazione di denaro, che dalla sfera giuridica del *backer* transita in quella del *fundraiser*, procurando al secondo un arricchimento correlativo all'impoverimento subito dal primo. Inoltre, tale arricchimento corrisponde a un intento normal-

va frontiera del dono. *Analisi, spunti e strumenti per pianificare una solida campagna di crowdfunding e personal fundraising*, Roma, 2018, p. 136, su un campione di 1000 utenti *web* intervistati il 34% preferisce donare a enti che informano sulla destinazione dei fondi, mentre il 63% non è disposto a donare se non può controllare la destinazione.

¹² *Infra*, § 6.

mente non sorretto da altro che dalla volontà di arricchire l'altro (nel senso di disporre del proprio denaro in mancanza di corrispettivo) senza conseguire alcun pur indiretto vantaggio patrimoniale, che coincide senza riserve con lo spirito di liberalità. Sotto questo profilo, pertanto, il fenomeno è assimilabile alla donazione, con le peculiarità che il contratto ha ad oggetto somme di denaro tendenzialmente modiche, si conclude e viene contestualmente eseguito tramite internet. D'altra parte, la circostanza che il dono del singolo sia nient'altro che la frazione di una somma maggiore, richiesta dal donatario entro una misura minima prestabilita in quanto ritenuta necessaria al raggiungimento dello scopo perseguito dal donatario stesso, assimila il fenomeno a quello della sottoscrizione da parte del pubblico del programma di un comitato promotore, che sollecita una raccolta fondi per devolvere i lasciti allo scopo annunciato, consista esso in un *dare* a terzi o in un *facere*. Da questo punto di vista, la singola dazione di denaro erogata dal *backer* nel *crowdfunding* si avvicina all'oblazione versata dal sottoscrittore al comitato (art. 41, comma 1, seconda proposizione), sotto il triplice profilo della provenienza del donato da un invito a donare rivolto al pubblico, dell'interdipendenza tra le varie donazioni e dall'inerenza (almeno a prima vista) all'oblazione della destinazione a uno scopo non deciso dall'oblato ma fissato in un programma stabilito dal raccoglitore e reso noto contestualmente all'invito a donare¹³. Difatti, al sistema del codice civile non è ignoto il dare senza corrispettivo tra soggetti estranei (nel senso di non legati da rapporti di amicizia, parentela, coniugio, convivenza o onore, da cui per contro normalmente sono avvinti donante e donatario), dei quali sia il ricevente a sollecitare il disponente a privarsi di qualcosa per giovare a una "causa" altruistica perseguita dal ricevente stesso, tramite un atto egualmente alieno al mercato – quindi liberale, anziché mera-

¹³ Se il vincolo di destinazione allo scopo caratterizzi l'oblazione oppure il patrimonio del comitato è quanto ci si incaricherà di chiarire. Può sin d'ora enunciarsi l'ipotesi – che orienterà già le prossime considerazioni svolte nel testo – per cui esso caratterizzi il patrimonio, in quanto patrimonio autonomo di scopo.

mente gratuito – quanto lo è la donazione¹⁴. Quello delle raccolte fondi è un fenomeno socialmente antico, che si tende a distinguere in questue, se compiute per scopi religiosi, e in collette, se fatte per scopi civili¹⁵. Oltre che risalente, è un fenomeno dotato di un lungo arco di vitalità giuridica, se solo si pensa a quanto tempo è trascorso dal primo riferimento normativo da parte dell’ordinamento italiano ai “*comitati di soccorso ed altre istituzioni temporanee, mantenute col contributo dei soci, e con oblazioni di terzi*” (art. 2, comma 2, L. 17 luglio 1890, n. 6972, c.d. legge Crispi) fino alla disciplina odierna delle raccolte fondi da parte di enti del terzo settore (art. 7, comma 2, CTS). Ebbene, entro questo fenomeno in pari tempo antico e attuale il codice civile tipizza la raccolta fondi operata da un determinato ente collettivo – qual è il comitato, che si costituisce appositamente in funzione di essa – e organizzata in vista di uno scopo altruistico.

Nella persuasione che gli strumenti per decifrare e regolare la *donation crowdfunding* siano rinvenibili *in iure condito*, salva l’esigenza di un loro adattamento alle peculiarità da esso manifestate, conviene allora dedicare attenzione all’oblazione a comitato, in

¹⁴ Dal punto di vista etimologico, il lemma “oblazione” (dal latino tardo *oblatio*, derivato da *oblatus*, participio passato di *offerre*, “offerire”), non segna variazioni semantiche significative rispetto a quello “donazione” (dal latino *dōnare*, derivato da *donum*, “dono”), che è l’atto del donare, cioè del dare ad altri senza compenso e disinteressatamente. Nell’uso (anche) extragiuridico, sembra emergere la caratterizzazione della finalità altruistica che il donatario a propria volta imprimerà al dono, se è vero che l’oblazione è definita come l’“*offerta di denaro o d’altro, per opere di bene*” (in <http://www.treccani.it/vocabolario>, ad vocem). D’altra parte, dalla liturgia cattolica, nella quale in origine l’oblazione indicava l’offerta di doni fatta dai fedeli nella celebrazione eucaristica (oggi trasposta nella questua durante l’offertorio), emerge un’altra caratterizzazione che l’oblazione come donazione assume in senso giuridico, cioè il suo provenire da una pluralità di soggetti costituenti un gruppo non organizzato, a seguito della sollecitazione a donare compiuta dal donatario tramite un’apposita raccolta.

¹⁵ In questo senso, *ex ceteris*, già RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, IV, 1, Milano, 1904, p. 973, che le accomuna sotto la definizione di “*domanda diretta e personale e raccolta conseguente di oblazioni e contributi, dati a titolo di liberalità, da più persone per un fine determinato, religioso o civile, che è fuori o almeno oltrepassa la sfera degli interessi degli individui che la fanno*”.

ragione della sua affinità immediatamente ravvisabile con il contributo della “folla” nel fenomeno di cui si tratta.

2. *L’oblazione come atto di solidarietà anziché di liberalità?*

L’affinità appena rilevata pone una questione preliminare: se possa essere seguita la tesi che isola l’oblazione dalla donazione e dalle liberalità in genere e accoglie una nozione a sé stante di atti sorretti da causa di solidarietà, di cui proprio l’oblazione costituirebbe esemplificazione normativa¹⁶. Difatti, se davvero si dovesse enucleare, nel sottoinsieme degli atti non meramente gratuiti perché economicamente disinteressati, una distinzione tra causa di liberalità e causa di solidarietà, quest’ultima potrebbe risultare idonea a rifluire anche sul *donation-based crowdfunding*.

In realtà, lo “spirito di solidarietà” che si vorrebbe sotteso all’oblazione si rivela ambiguo. Esso, da una parte, è detto riferirsi – nella prospettiva dell’oblato – a interessi non ontologicamente diversi da quelli (non patrimoniali) perseguibili dal donante per spirito di liberalità, mentre dall’altra è collegato – nella prospettiva del beneficiario dell’oblazione – allo scopo perseguito da questo nel diverso segmento di attività che lo vede impegnato rispetto ai ter-

¹⁶ È la tesi di MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, p. 162 ss., che qualifica l’oblazione a comitato come atto gratuito sorretto da causa di solidarietà, come tale distinto dalla donazione che è sorretta da causa di liberalità, e ne estrapola una categoria generale. La teoria ha tratto ispirazione dal pensiero di D’ANGELO, *Le promesse unilaterali (artt. 1987-1991)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 1996, p. 224 e 325 ss., che intendendo la promessa di oblazione a comitato come promessa unilaterale ha visto nell’art. 41, comma 1 il “punto di emersione di una valutazione dell’ordinamento circa la rilevanza causale ed i limiti della stessa, di interessi diversi da quelli egoistico-individuali” e ha concluso per l’ammissibilità di promesse unilaterali informali, a efficacia obbligatoria, indirizzate a destinatario determinato (costituito da enti, come associazioni e fondazioni, che diano garanzie di destinazione dell’erogazione allo scopo), volte al perseguimento di interessi sovraindividuali identici a quelli perseguibili da un comitato e aventi ad oggetto una prestazione – consistente in denaro o altri beni mobili – non sproporzionata alle capacità economiche del promittente.

zi¹⁷. Se la ragione della distinzione tra atto liberale e atto solidale viene individuata nella riferibilità dello scopo di solidarietà all'ente beneficiario dell'oblazione; se, insomma, è lo scopo perseguito dal destinatario dell'attribuzione gratuita e non quello perseguito dal disponente a qualificare l'atto come compiuto per spirito di solidarietà, non ne discende la negazione dello spirito di liberalità e quindi l'esclusione della natura di donazione in capo all'oblazione, perché dal punto di vista dell'oblato lo spirito dell'attribuzione gratuita è lo stesso del donante, cioè quello di beneficiare disinteressatamente (*id est*, per soddisfare un proprio interesse non patrimoniale) il ricevente. È quindi a quest'ultimo che, semmai, dovrebbe riferirsi uno "spirito di solidarietà" nel distinto atto che intercorre tra di esso e i terzi ai quali verranno devoluti i fondi raccolti¹⁸.

Peraltro, pur in questa prospettiva si può dubitare che gli scopi esemplificativamente richiamati dall'art. 39 come propri dei comitati e in vista della cui attuazione sono rese le oblazioni siano accomunabili sotto la categoria della solidarietà¹⁹. Così, sembrano di

¹⁷ Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 164, secondo il quale "Non che nello scopo solidale perseguito dal sottoscrittore [...] debba necessariamente individuarsi un ambito di interessi diverso da quello che può muovere in altre occasioni il singolo a compiere un gesto di liberalità. Ma la presenza, sia pure nella qualità di beneficiario in senso formale, di un ente di scopo a cui quella promessa pare necessariamente ed interamente funzionalizzata, fa sì che l'intento solidaristico abbandoni il piano dei molteplici e variabili motivi per collocarsi, invece, su quello causale che [...] abbiamo definito essere lo spirito di solidarietà".

¹⁸ D'altronde, se è la presenza di un ente di scopo a elevare lo spirito di solidarietà a causa del negozio di oblazione, ciò dovrebbe sconsigliare dal generalizzare la figura oltre l'ipotesi dell'attribuzione a un ente di scopo, diversamente da quanto ritenuto dall'A. cit. alla nota precedente, il quale reputa incongruo che l'essenzione dalla forma solenne non debba valere anche per le promesse per scopo di solidarietà rivolte a destinatari singoli (p. 171). Così, però, si trascura che questi ultimi non sono soggetti ad alcun tipo di sorveglianza amministrativa, in origine operante con riguardo ai comitati in funzione della destinazione dei beni allo scopo per il quale sono stati raccolti e ancora oggi prevista per questi enti nei casi di cui all'art. 42, oltre che per le fondazioni.

¹⁹ Non è superfluo rimarcare quanto sia difficile dare della parola "solidarietà" una definizione sufficientemente circoscritta anziché evocativa. Com'è stato osservato, accanto alla solidarietà illuministica, a quella corporativa e a quella della beneficenza d'oltre Oceano, v'è la solidarietà sociale espressa dalla Costi-

tuzione, che “*non si identifica con nessuno dei modelli considerati*” e consiste nella sintesi di “*dignità umana, rispetto della persona, ruolo delle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», riconoscimento dei «diritti della famiglia come società naturale»; e, inoltre, funzione sociale della proprietà, utilità e fini sociali dell’iniziativa economica privata: questi sono i «valori ordinanti» il sistema costituzionale della solidarietà sociale*”: così BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, p. 443 e, più di recente, ID., *Il principio di solidarietà e «l’attesa della povera gente», oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 424. La solidarietà costituisce, quindi, un valore fondamentale dell’ordinamento italiano, ove solo si pensi che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo nemmeno nomina la solidarietà, mentre la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea la assume a valore universale (assieme a dignità umana, libertà e uguaglianza) e a essa intitola il Capo IV, ma non la rende oggetto di un obbligo al pari dell’art. 2 Cost. Per l’interprete è quindi non semplicemente possibile, ma doveroso riorientare le tracce codicistiche di solidarietà corporativa e di solidarietà “muta” (qual è, per es., quella della clausola generale di buona fede) alla luce della solidarietà sociale e adoperare quest’ultima come “*canone ermeneutico che vivifica e innerva il sistema del diritto civile*” (ID., *Solidarietà*, cit., p. 449), in linea – del resto – con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che spesso individua la *ratio legis* della disciplina oggetto di sindacato di legittimità costituzionale nel principio di solidarietà, ben al di là del diritto privato (esemplificativamente, nel campo previdenziale, dei fondi e contributi di solidarietà, del servizio civile come alternativa alla leva militare, del diritto tributario, e così via: per esempi, cfr. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, I, p. 11 nota 32). A emergere è quindi una nozione di solidarietà che, “*lungi dal connotarsi come criterio qualificante di un atto [...] tende a diventare [...] un canone interpretativo generale di fattispecie diverse*” ed esprime l’esigenza di delimitare la tutela “*in funzione del necessario raccordo con interessi e valori necessariamente operanti nell’ordinamento ancorché non presenti a coloro che in concreto compiono l’atto*” (LIPARI, *op. cit.*, rispettivamente p. 12 e 15). Altro è, però, fare della solidarietà un uso scientifico in funzione classificatoria, e più precisamente porla a base della qualificazione di una categoria di atti di diritto privato retti da una corrispondente causa, animati dal correlativo spirito e quindi dotati di una *differenzia specifica* rispetto alle liberalità, al fine della loro riconduzione a una certa disciplina. Si tratta di un’operazione che – al netto del problema del suo fondamento giuridico, cioè a prescindere dalla possibilità di individuare davvero *in iure condito* indici sicuri sulla base dei quali ordinare determinati atti in una certa classe sulla base del loro scopo e/o dell’elemento soggettivo del loro o dei loro autori – richiede, in mancanza di una definizione normativa del concetto, quanto meno un ampio consenso tra gli interpreti sulla semantica di “solidarietà”, che ne consenta un uso stipulativo non arbitrario. Che tale consenso manchi è dimostrato – tra l’altro – dal fatto che talora ci si spinga a definire come solidali gli atti

matrice solidaristica il soccorso e la beneficenza, ma sono realmente tali l'allestimento di mostre e la preparazione di festeggiamenti, volti l'uno alla promozione dell'arte o della scienza e l'altro alla ricreazione o alla commemorazione di un evento o di una persona? La solidarietà dovrebbe implicare l'esser d'aiuto a chi ha bisogno, il sovvenire o il sollevare da difficoltà materiali o malattie, salvo dire che entro questo stesso ambito non è irrilevante che il soccorso sia prestato sulla base dei precetti della morale corrente o in mancanza di un obbligo comandato, cioè sulla base di un afflato supererogatorio, sottoponendosi a un sacrificio che nessuna morale impone²⁰. La solidarietà, invece, non sembra affatto venire in rilievo con

“caratterizzati significativamente da spirito di amicizia, benevolenza, carità o semplice cortesia” (così GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 211), cioè da uno “spirito” pacificamente sovrapponibile a quello di liberalità. Quanto si dirà oltre nel testo, pertanto, risente del rischio di arbitrarietà insito nel tentativo di circoscriverne la nozione, ma proprio per questo vale a evidenziare quanto sia incerto erigere sulla solidarietà una tassonomia. Peraltro, da ultimo la stessa Corte costituzionale, nel dichiarare infondata, con sentenza interpretativa di rigetto, la q.l.c. dell'art. 774, comma 1, nella parte in cui non consentirebbe la donazione da parte dei beneficiari di amministrazione di sostegno, ha affermato che comprimere *“la libertà della persona di donare gratuitamente il proprio tempo, le proprie energie e, come nel caso in oggetto, ciò che le appartiene costituisce un ostacolo ingiustificato allo sviluppo della sua personalità”*, che si alimenta *“anche grazie a gesti di solidarietà”* (Corte cost., 10 maggio 2019, n. 114, in www.cortecostituzionale.it). Il riferimento alla solidarietà con riguardo al donare mostra l'ennesima incertezza nel circoscriverne i confini, ma paradossalmente finisce per smentire la tesi della distinzione tra spirito di liberalità e spirito di solidarietà, perché coestende la solidarietà alla liberalità.

²⁰ Prescindendo dall'ipotesi in cui gli atti siano compiuti da un ente collettivo in attuazione di finalità statutarie, mentre gli atti etici ricadono in linea di principio sotto l'adempimento di obbligazione naturale ove abbiano contenuto patrimoniale, quelli supererogatori ne restano estranei anche se a contenuto patrimoniale, perché originano da un imperativo etico interiore che resta distinto dalla morale diffusa, e possono essere variamente qualificati a seconda che abbiano oggetto non patrimoniale (è il caso della cessione di un organo a scopo di trapianto tra viventi, che integra un “dono non patrimoniale”: *supra*, nota 11) o patrimoniale, consistente in un dare (si tratterà di una donazione traslativa) o in un fare (si pensi all'assistenza durevole di una persona priva di autonomia: qui si presenta il dilemma tra contratto gratuito, eventualmente atipico, o donazione costitutiva di obbligazione di fare). A ben vedere, la comune matrice solidaristica degli uni e degli altri atti non dà luogo a una qualificazione unitaria come atti di

riguardo a fenomeni come l'onoranza, la commemorazione, la devozione religiosa, il festeggiamento, lo svago e l'intrattenimento, l'incremento della conoscenza e lo sviluppo della creatività umana, che sono altrettanto riconducibili all'attività del comitato e in vista dei quali sono altrettanto sollecitate le oblazioni del pubblico, le quali soggiacciono alla stessa disciplina quale che sia lo scopo perseguito dall'ente raccoglitore. Per di più, non è neanche possibile sovrapporre alla nozione di solidarietà quella di pubblico interesse o di pubblica utilità²¹, perché là dove ricorre la prima il soccorso può ben indirizzarsi nei confronti tanto di una pluralità di soggetti, più o meno estesa, quanto di una persona singola, così da non andare a vantaggio della collettività e da non potersi qualificare come di pubblico interesse.

A ben vedere, allora, ciò che rileva rispetto all'attività del comitato nei confronti dei terzi – cioè alla serie coordinata e continuativa di atti che realizzano il fine istituzionale – è il carattere altruistico del programma dell'ente, che deve consistere nell'erogazione di fondi ad altri o in un *facere* a vantaggio di soggetti diversi da se stesso – si tratti del soccorso a indigenti o terremotati, dell'aiuto economico a un bambino affetto da una malattia rara e bisognevole di una cura dispendiosa, della raccolta degli scritti in onore di un professore universitario, dell'organizzazione di una recita teatrale, del restauro di un'opera d'arte e così via. Il *trait d'union* che accomuna l'attività del comitato non è quindi la solidarietà, ma l'interesse non patrimoniale di questo ad avvantaggiare terzi, che normalmente sarà sotteso ai singoli atti compiuti dall'ente con i beneficiari del programma. Pertanto, neanche rispetto a questi atti – oltre che rispetto all'oblazione – ha utilità classificatoria e applicativa parlare di una causa di solidarietà, trattandosi di atti gratuiti, perché senza corrispettivo, fondati su di un interesse non patrimoniale del comitato al pari di quelli donativi e, nondimeno, diversi da

solidarietà, ma resta sullo sfondo di una diversa classificazione operata secondo categorie normative distinte dalla solidarietà.

²¹ In questo senso, invece, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 168 nota 111, ove si chiarisce che “*i concetti di pubblica utilità e di solidarietà verranno usati nel testo come sinonimi. Essi si differenziano, forse, più per le preferenze semantiche manifestate da chi li utilizza che non per il loro significato obiettivo*”.

questi ultimi perché direttamente attuativi dello scopo dell'ente, quindi vincolati²². In realtà, quel che la disciplina dei comitati fa emergere è un particolare vincolo di destinazione allo scopo che grava sul patrimonio dell'ente in cui le singole oblazioni confluiscono (art. 40), il quale, essendo un effetto, non permette, volgendosi a ritroso, di individuare una speciale causa delle attribuzioni patrimoniali dalla cui sommatoria tale patrimonio viene formato. La disciplina dei comitati, infatti, è schietta disciplina del vincolo di destinazione dei beni raccolti a uno scopo, e non disciplina dell'oblazione, che è data per presupposta, a riprova della natura eminentemente donativa dell'oblazione.

Né altra norma di diritto privato generale consente di ritenere che la causa di un atto traslativo non oneroso (perché senza corrispettivo o vantaggio economico collegato) né gratuito in senso stretto (perché non economicamente interessato) possa essere scissa al proprio interno a seconda della destinazione altruistica o egoistica che avrà o dovrà avere il bene attribuito, risultando “di solidarietà” nel primo caso e “di liberalità” nel secondo²³. Se così fosse, del

²² Anche FICI, *Profili civilistici dell'attività erogativa delle fondazioni*, in Resta (a cura di), *Le fondazioni. Prospettive italiane ed europee*, Napoli, 2014, p. 130, nota 93 respinge la teoria del negozio con causa di solidarietà, proprio con riguardo all'inquadramento degli atti di erogazione compiuti (non da un comitato, ma) da una fondazione nei confronti dei terzi, osservando che “*la solidarietà (quando non abbia funzione meramente descrittiva) è infatti motivo del contrarre e rileva solo in quanto tale, non fornendo alcun concreto ausilio alla ricostruzione della disciplina applicabile alle fattispecie in esame*”.

²³ Quanto all'art. 163 codice della crisi d'impresa (già art. 64 legge fall.), in cui si distingue tra atti a titolo gratuito e atti compiuti a scopo di pubblica utilità, i quali ultimi sono esclusi dall'inefficacia che colpisce i primi (se compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei due anni anteriori) quando siano proporzionati al patrimonio del donante, esso non può essere elevato a fondamento normativo di atti dotati di una causa di solidarietà o, sinonimicamente, di pubblica utilità. In linea generale, la norma non deve essere sopravvalutata, sia perché presenta l'improprietà di accomunare tutti gli atti da essa richiamati sotto la nozione di liberalità, sia perché è indiscutibilmente settoriale e non di impianto generale del diritto privato. Al di là di ciò, poiché la norma sottopone allo stesso trattamento “*gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale*” e quelli compiuti “*a scopo di pubblica utilità*”, l'ipotesi interpretativa più ragionevole è che essa, con la seconda formula, non faccia che richiamare gli atti attuativi di un dovere sociale, che l'art. 2034

resto, bisognerebbe coerentemente concludere – ben al di là dell'ipotesi dell'oblazione a comitato – che in tutti i rapporti tra privati ogni volta che un soggetto “doni” per soddisfare un interesse altruistico del ricevente (destinato cioè a ridondare a vantaggio di uno o più terzi o della collettività) l'atto debba essere riqualificato come atto gratuito sorretto da causa di solidarietà, anziché come donazione²⁴. Si tratta però di conclusione tanto dirimpante quanto vana, una volta che si riconosca la “*mananza, nel nostro ordinamento, di una disciplina espressamente riferibile alle promesse fondate su di uno scopo di solidarietà*”²⁵, la quale importa l'esito ultimo di rendere l'atto privo di una disciplina chiaramente applicabile.

L'unica disposizione codicistica che giustappone l'oblazione alla liberalità è l'art. 2500 *octies*, che in materia di trasformazione eterogenea in società di capitali la vieta per le associazioni riconosciute “*che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico*” (comma 3). Essa, però, lungi dal corroborare la tesi in discorso, la contraddice. Nel limitarsi a nominare liberalità e oblazioni, la norma non pone come criterio discretivo tra le due il fine di solidarietà dell'oblazione, per cui l'interprete non può trarne alcun argomento in tal senso. Anzi, poiché essa riferisce le oblazioni alle associazioni, le quali possono perseguire interessi altruistici ma possono perseguire anche interessi egoistici dei loro membri purché non lucrativi, ne esce smentita la presupposizione per cui l'oblazione sia contraddistinta da una causa di solidarietà:

affianca agli atti attuativi di un dovere morale: in questa prospettiva, a essere esenti dall'inefficacia verso i creditori sono – com'è congruo che sia – tutti gli atti di adempimento di obbligazione naturale, nei limiti di proporzionalità.

²⁴ Che ciò non sia possibile è sottolineato anche da CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 22 ss. il quale, rilevando che “*l'intento di beneficiare non caratterizza la donazione*”, osserva che “*l'individuazione di un ulteriore intento di solidarietà [...] non appare atta ad incidere sulla natura di donazione del contratto*” e conclude che “*lo «spirito di solidarietà», allorché ispiri un contratto volto a realizzare a vantaggio di una parte un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo, non è atto, in mancanza di supporti normativi che a tale effetto lo valorizzino, a far esulare la fattispecie dallo schema donativo*”.

²⁵ Così MOROZZO DELLA ROCCA, *Il contratto gratuito a scopo di beneficenza*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 194.

se l'oblazione è rivolta ad associazioni non perseguenti finalità altruistiche, la relativa causa – tutte le volte che l'atto sia compiuto senza corrispettivo e senza interesse economico – non può che essere quella di liberalità, *rectius* di donazione. Sempre la norma lascia intendere quale sia il criterio discretivo tra i due fenomeni: l'oblazione proviene dal “pubblico” o, meglio, consegue a una sollecitazione a donare rivolta al pubblico e si inserisce quindi entro una campagna di raccolta fondi. La differenza non si situa, pertanto, nemmeno sul piano soggettivo (di chi dà), il quale già non ne impedirebbe l'assimilazione alla donazione sotto il profilo causale e tipologico, ma si attesta sul piano – ancor più estrinseco rispetto a causa, tipo e struttura del negozio – delle circostanze in occasione delle quali l'atto è compiuto.

Semmai, è nel diritto privato speciale del terzo settore che si prendono in considerazione finalità “solidaristiche” – insieme a quelle “civiche” e “di utilità sociale” – come scopi statutari necessariamente perseguiti da un ente collettivo costituito secondo un certo tipo perché questo sia qualificato come ente del terzo settore, unitamente alla mancanza dello scopo di lucro, all'esercizio in via esclusiva o principale di una o più attività di interesse generale e all'iscrizione del Registro unico nazionale del Terzo settore. Ciò costituisce riprova del fatto che il fine solidaristico non solo non è il predicato di un atto, ma non è qualificante neppure dell'attività di qualunque soggetto, né anche solo di un ente non lucrativo del codice civile, ma può riguardare un sottoinsieme di enti non lucrativi, nel quale peraltro non possono rientrare i comitati²⁶, cioè proprio gli enti le oblazioni ai quali dovrebbero contrassegnarsi – secondo la tesi riferita – in ragione di uno spirito di solidarietà e assurgere a *exemplum* della relativa categoria. Di conseguenza, il fine di solida-

²⁶ Per l'ipotesi interpretativa che anche i comitati vi possano rientrare, sul rilievo che siano sussumibili nella formula “*altri enti di carattere privato diversi dalle società*” (art. 4, comma 1, CTS), corrispondente a quella dell'art. 12 c.c. e dell'art. 1 D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, v. però QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 715. Nel senso del testo DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in *Studium iuris*, 2018, 2, p. 142, in ragione del silenzio normativo e della peculiarità dell'istituto.

rietà, qualificando lo scopo di un ente di diritto speciale, rileva solo in ordine al trattamento di questo ente, agli effetti dell'organizzazione interna²⁷ e dei benefici (prevalentemente tributari) che la legge gli accorda, con un *favor* coerente con la valorizzazione dei principi costituzionali di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, comma 4, Cost.*²⁸. Esso, invece, non rifluisce in alcun modo non solo sul piano del diritto privato generale, ma neanche sulla classificazione degli atti patrimoniali di cui siano parte – come danti causa o come aventi causa – gli stessi enti del terzo settore.

In primo luogo, ammesso e non concesso che la natura solidaristica degli scopi perseguiti da tali enti consenta di qualificare mediamente come solidali gli atti compiuti da chi disponga a loro beneficio attribuzioni patrimoniali senza corrispettivo, nessun indice normativo permette di caratterizzare come “solidale” anziché “liberale” l'atto compiuto da chi devolva beni all'ente del terzo settore, non diversamente da quanto vale rispetto alle oblazioni a comitato: nessuna norma tratta questi atti, sottoponendoli a una disciplina speciale rispetto a quella loro propria. In secondo luogo, neanche l'attività giuridica dell'ente verso i terzi viene a soggiacere a una disciplina *ad hoc* in ragione del fine di solidarietà perseguito dall'ente. Anzitutto, il fine solidaristico contraddistingue qualsiasi delle forme d'attività dell'ente, che possono spaziare dall'azione volontaria e dall'erogazione gratuita di denaro, beni o servizi alla mutualità e alla produzione o scambio di beni o servizi (art. 4, comma 1, CTS). La solidarietà, quindi, è il fine generale dell'ente anche quando questo eserciti in via esclusiva o principale attività d'impresa producendo o commercializzando beni o servizi *ex art. 2082* (con il divieto di distribuzione degli utili e con l'obbligo di iscrizione anche nel registro delle imprese, *ex art. 11, comma 2, CTS*), a riprova che essa non è fonte di qualificazione di una categoria di atti gratuiti distinti da quelli liberali ma è carattere dello

²⁷ Cfr. gli artt. 13-15 CTS su scritture contabili, bilancio e libri sociali obbligatori e, limitatamente ad associazioni e fondazioni, gli artt. 20-31 sull'ordinamento interno delle stesse, costituenti disciplina speciale rispetto a quella codicistica *ex art. 3, comma 2, CTS*.

²⁸ Cfr. gli artt. 79-89 CTS.

scopo perseguito da un certo ente, quale che sia la forma di attività da questo esercitata e quindi la natura giuridica degli atti (evidentemente, anche onerosi) da questo compiuti. Inoltre, anche quando l'ente compia essenzialmente attività devolutiva a terzi, erogando denaro, beni o servizi (è il caso dell'ente filantropico), ancora una volta ciò non mette capo all'applicabilità di una disciplina civilistica *ad hoc* dell'atto erogativo (per es. in punto di forma), nel momento stesso in cui il Codice del Terzo settore, parlando espressamente di attività gratuita, riconduce le finalità solidaristiche perseguite tramite erogazione senza corrispettivo a terzi entro l'alveo di una gratuità rispetto alla quale la solidarietà non costituisce ulteriore fattore di qualificazione specializzante.

In conclusione, il criterio per demarcare ciò che è liberale da ciò che è meramente gratuito e il criterio per demarcare ciò che è solidale da ciò che è meramente non lucrativo si attestano su piani giuridicamente distinti, ciascuno operando *iuxta propria principia*. Di conseguenza, il fine di solidarietà e l'*animus* soggettivo di solidarietà non soccorrono con riguardo all'inquadramento dell'atto compiuto dalla massa entro il *donation-based crowdfunding*, che *prima facie* ha natura oblativa. Conviene pertanto soffermarsi sulla natura dell'oblazione.

3. *La natura dell'oblazione a comitato, il vincolo di destinazione dei fondi raccolti e la sua estensibilità a enti diversi dal comitato.*

L'oblazione è il contratto tra oblatore e comitato, tramite il quale il sottoscrittore contribuisce alla raccolta fondi promossa dal secondo, organizzata in funzione del perseguimento di un obiettivo specifico, annunciato al pubblico tramite un programma, e temporalmente limitata in ragione della contingenza dello stesso o dell'urgenza della sua realizzazione. Da lungo tempo essa è oggetto di inesauste dispute dottrinali e destinataria dei più disparati inquadramenti. Le teorie più diffuse si rivelano però inappaganti.

Anzitutto, non può essere seguita la tesi della *datio ob causam futuram*, secondo la quale l'oblatore dà al comitato affinché questo realizzi una certa opera o eroghi quanto ricevuto a terzi, destinatari

finali dell'arricchimento²⁹. Da una parte, infatti, nel comitato lo scopo è prestabilito dal comitato stesso, anziché dal disponente, mentre nella figura evocata sarebbe chi effettua l'attribuzione patrimoniale a stabilire il fine al quale l'attribuzione è destinata in via mediata, in funzione di un proprio interesse. D'altra parte, la destinazione dei fondi raccolti allo scopo, enunciato dal programma reso noto al pubblico dai promotori, costituisce il fine proprio del comitato, cioè il suo fine istituzionale, nel senso che il comitato gestisce un patrimonio destinato a uno scopo e formato attraverso le oblazioni dei sottoscrittori. Il vincolo di destinazione allo scopo emerge chiaramente tanto dall'art. 40, che rende gli organizzatori e i gestori dei fondi responsabili personalmente e solidalmente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunciato, quanto dall'art. 42, che per il caso di insufficienza dei fondi raggiunti, di impossibilità sopravvenuta dello scopo e di residuo attivo dopo che sia stato raggiunto lo scopo attribuisce all'autorità amministrativa il compito di devolvere i beni residui, sia pur soltanto in mancanza di disposizioni al riguardo nell'atto costitutivo del comitato. Quest'ultima norma importa logicamente l'esclusione non solo di ogni pretesa restitutoria degli oblatori (la quale, ove l'oblazione integrasse un contratto a prestazioni corrispettive, discenderebbe dalla risoluzione del contratto per impossibilità dello scambio), ma pure del diritto dei membri del comitato di disporne, se non "ora per allora". Pertanto, gli oblatori danno senza corrispettivo, al fine di arricchire il patrimonio del comitato, il quale poi *ex se* (per fine istituzionale) e non come obbligo assunto verso gli oblatori dovrà provvedere a raggiungere lo scopo. I fondi del comitato sono un patrimonio destinato allo scopo perché è la legge che li vincola a tale scopo.

Neppure può dirsi che il vincolo di destinazione sorga dal singolo atto di oblazione, inteso alla stregua di un negozio unilaterale di

²⁹ Nel senso che la causa dell'oblazione sia quella propria di una *datio ob causam futuram* e cioè di un contratto di *do ut facias*, v. COVIELLO, *Lezioni di diritto civile. Donazione*, Siracusa, 1927, p. 387, limitatamente all'ipotesi in cui il comitato si vincoli a un *facere*, mentre qualora il comitato si vincoli a un *dare* si tratterebbe di donazione fiduciaria (391). Su quest'ultimo punto v. anche *infra* in questo paragrafo.

fondazione³⁰. A prescindere dai gravi rilievi critici che possono essere mossi alla teoria dualistica che qualifica il comitato come associazione di promotori tendente alla costituzione progressiva di una fondazione³¹, risulta evidente che non è l'oblato a determina-

³⁰ Così, invece, GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati* (artt. 36-42), in *Commentario del codice civile*, fondato da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 266: “la destinazione allo scopo è stata sui fondi impressa da soggetti che non sono parti del contratto di comitato, ossia dalla pluralità di sottoscrittori” (e ancora p. 325 nota 11: “il vincolo di destinazione deriva la propria fonte dai negozi di oblazione e non [...] dal contratto di comitato”). La tesi è sviluppata entro il noto tentativo dell’A. di configurare il comitato come il susseguirsi nel tempo di un’associazione di promotori e poi di una fondazione non riconosciuta costituita da una moltitudine di oblatori, in cui le oblazioni integrerebbero altrettanti negozi di fondazione. Il comitato sarebbe così la risultante della costituzione progressiva e per pubblica sottoscrizione di una fondazione (idonea a operare anche senza riconoscimento) su iniziativa dei promotori, in cui le oblazioni dei terzi costituirebbero gli atti di fondazione dell’ente costituitosi per effetto della prima oblazione (v. p. 286). Il singolo atto di oblazione imprimerebbe un vincolo di destinazione reale sui fondi raccolti.

³¹ In primo luogo, se quella tra promotori fosse un’associazione, sarebbe un’associazione senza patrimonio, il quale non potrebbe essere identificato nei fondi raccolti dai promotori tramite le oblazioni del pubblico, poiché questi costituiscono il patrimonio della fondazione e, se appartengono alla seconda, non possono appartenere alla prima: ma un’associazione senza patrimonio è un non-senso giuridico. In secondo luogo, è artificiosa l’individuazione negli atti di oblazione di tanti corrispondenti negozi di fondazione, il cui contenuto è determinato *per relationem* al programma fatto dai promotori, al quale ciascun sottoscrittore aderisce. Se quello di fondazione è un negozio, ossia un atto di autonomia privata, non solo è strano che il suo contenuto sia determinato da soggetti diversi (i promotori) dai rispettivi autori (gli oblatori), ma è inconcepibile che il suo contenuto sia addirittura imm modificabile da parte dei suoi autori, che dovrebbero limitarsi ad accettarlo integralmente. Non si avrebbe quindi un’ipotesi di contratto per adesione, in cui il contenuto, essendo determinato dal predisponente, è pur sempre riferibile a una delle parti, ma un’ipotesi di negozio unilaterale il cui contenuto non è determinato dall’unica parte che lo forma e nemmeno può esserlo. Non vale replicare adducendo la similitudine con la costituzione della società per azioni per pubblica sottoscrizione (artt. 2333-2336), poiché in quest’ultima fattispecie è bensì vero che “le principali disposizioni dell’atto costitutivo e dello statuto” sono indicate nel programma stilato dai promotori (art. 2333, comma 1), ma l’assemblea dei sottoscrittori “delibera sul contenuto dell’atto costitutivo e dello statuto” (art. 2335, comma 1, n. 2), assumendone così la paternità e integrandolo, con un atto diverso da quello di versamento del 25%

re il vincolo di destinazione, poiché altrimenti il singolo potrebbe escluderlo, limitarlo, differirlo nel tempo o condizionarlo, impedendo così che si abbia un vincolo di destinazione unitario, impresso sull'interesse dei beni raccolti.

Non si tratta neanche di una donazione modale³². Assorbente è il rilievo per cui il modo può imprimere alla donazione una destinazione di scopo del bene oggetto del diritto donato, ma non può imporre al donatario l'obbligo di devolvere a terzi l'intero bene donato, perché nel sistema non può configurarsi una donazione che imponga al donatario di far avere ad altri tutto quanto ricevuto, tramite modo o condizione risolutiva³³. Al di là di ciò, qui è la legge a imprimere un vincolo di destinazione al patrimonio raccolto dal

dei conferimenti (artt. 2334, comma 1 e 2342, comma 2): per contro, nell'ambito dei comitati non risulta che gli oblatori (non solo debbano, ma neppure) possano disporre del contenuto del programma e così concretamente determinare l'oggetto del singolo negozio di fondazione del quale, secondo questa tesi, ciascuno di essi sarebbe autore. La falsariga della fattispecie societaria è quindi ingannevole, perché lì i sottoscrittori prima sottoscrivono il programma, poi deliberano sul contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto e infine stipulano l'atto costitutivo (art. 2336), mentre qui gli oblatori sottoscrivono soltanto (peraltro, non l'atto costitutivo del comitato, ma il programma reso noto al pubblico). A ben vedere, la ricostruzione non tiene perché fa sì che proprio i fondatori non decidano il contenuto dell'atto di fondazione, mentre a deciderlo siano i promotori, che della fondazione diverranno gli amministratori. Infine, si dà per scontato che possa configurarsi una fondazione non riconosciuta (non già in attesa di riconoscimento, ma che non intenda chiederlo o alla quale questo sia stato negato), arguendosene l'ammissibilità dalla già decisa natura di fondazione propria del comitato, con sostanziale ὕστερον πρότερον. A quest'ultimo proposito si osservi *per incidens* fin d'ora che la riforma del terzo settore sembra chiudere ogni discussione sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta, là dove si riferisce a “*associazioni, riconosciute o non riconosciute, [e] fondazioni*” (artt. 4 e 20 CTS).

³² Così, invece, AURICCHIO, *Comitati (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 757 s. e BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1990, p. 373, che parla di “*vincolo meramente obbligatorio [...], assimilabile al modo nelle donazioni*”.

³³ Il modo, al pari della condizione risolutiva, è strumento idoneo a realizzare il fenomeno del “donare destinando”, che è del tutto diverso da quello del “dare per far avere ad altri a titolo di liberalità” (o donare a qualcuno tramite l'intermediazione di altri), veicolato dal mandato a donare e dalla donazione fiduciaria: per un approfondimento del problema, spesso trascurato in dottrina, rinviamo a RENDA, *op. cit.*, p. 283 ss. e 379 ss.

comitato tramite pubblica sottoscrizione e non il singolo oblatore rispetto alla propria donazione, mentre “*il modus donativo implica un soggetto disponente, il quale [...] deve compiere una dichiarazione di volontà che [...] è accessoria ma espressa perché tale modus [...] non può derivarsi tacitamente dal negozio posto in essere o dalla natura di quest’ultimo*”³⁴. Ancora una volta, il vincolo deriva dalla legge, è unitario e non può essere modificato né dagli oblatori né dai promotori. Di conseguenza, non si può parlare di donazione modale se non al prezzo di fare del modo una *fictio* ³⁵.

Nemmeno si tratta di una donazione fiduciaria³⁶. Difatti, è inconcepibile una fiducia donativa nella quale i beneficiari dell’attribuzione siano designati dal fiduciario anziché dal fiduciente disponente, in funzione di un’iniziativa altruistica del primo.

³⁴ Così, in generale, PALAZZO, *Le donazioni (artt. 769-809)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 2000, p. 372, senza riferimento all’oblazione a comitato.

³⁵ Delle due l’una: o si ritiene che il modo sia una clausola di stile apposta tacitamente all’oblazione, *per relationem* al programma annunciato dal comitato, con la conseguenza che del modo donativo non resta che una pallida ombra; o – con maggiore coerenza con la nozione di modo – si ammette che ciascun oblatore possa imprimere un vincolo diverso e discrezionale all’uso del proprio contributo. Detto altrimenti, la donazione può essere modale (art. 793), e tale è ove (di solito) il donante imponga un onere al donatario, che lo accetti; mentre l’oblazione sarebbe una donazione sempre modale, cioè modale *ex lege*, con obbligo di trasferimento a terzi o di reimpiego dell’intero donato a un fine determinato non dal donante ma dallo stesso donatario onerato. Ma una donazione necessariamente modale in realtà è una donazione la cui natura prescinde dal modo. Nel comitato, l’intrinsecità del vincolo di destinazione e la sua funzionalità a uno scopo altruistico proprio del comitato e non dell’oblatore rivelano allora che lo schema del modo, come pattuizione che si presta contingentemente a limitare l’arricchimento del donatario a beneficio del donante o di terzi ma in ogni caso nell’interesse del donante che la appone al contratto, non si attaglia alla fattispecie, perché non collima con le sue caratteristiche fondamentali.

³⁶ È la teoria di VISALLI, *I comitati non riconosciuti*, Padova, 1986, p. 57 e 66 ss. L’A. parte dal presupposto che il comitato sia un fiduciario che agisce per realizzare l’interesse dei singoli sottoscrittori fiducianti, e configura l’oblazione come un’attribuzione patrimoniale al comitato, che assume nei confronti dei sottoscrittori l’obbligo di trasferire la cosa ricevuta a terzi. La finalità degli oblatori è quindi arricchire i terzi. Tutta l’attività del comitato è ricondotta allo schema della sostituzione gestoria.

L'oblazione a comitato è irriducibile al paradigma in discorso perché – qualora la devoluzione consista nell'erogazione dei fondi a terzi – il comitato intende, con i fondi raccolti, beneficiare terzi che ha liberamente designato come meritevoli della propria iniziativa benefica, per la cui realizzazione raccoglie fondi ricorrendo alla generosità del pubblico. Esso, al contrario, non è l'esecutore di un'iniziativa benefica promanante dagli oblatori, i quali non sono né ciascuno parte di altrettante donazioni a terzi compiute per il tramite del comitato, né tanto meno parte unitaria, soggettivamente complessa, di un'unica donazione a terzi compiuta mediante l'ente³⁷. Non v'è, insomma, un'operazione negoziale preordinata *ab initio* dagli oblatori ad arricchire determinati terzi da loro individuati, la quale necessiti del *medium* del comitato come esecutore fiduciario della liberalità dai primi ai secondi. Del resto, il comitato preesiste alle oblazioni e non è costituito dagli oblatori come schermo soggettivo per meglio perseguire la propria finalità benefica.

A ben vedere, allora, l'oblazione è una donazione *sic et simpliciter*, compiuta a seguito di una raccolta fondi rivolta al pubblico: una donazione a struttura bilaterale, senza modo e caratterizzata da uno spirito di liberalità che si manifesta nella volontà di arricchire il comitato nella condivisione morale dello scopo non patrimoniale da questo annunciato al pubblico tramite il programma e perseguito mediante la sommatoria delle oblazioni. L'elemento necessario a distinguere l'oblazione dalla donazione *stricto sensu* è quello – si

³⁷ Che i sottoscrittori costituiscano una massa non organizzata è evidente. L'idea che il comitato consista in un'associazione tra sottoscrittori, proprietari dei fondi, la cui amministrazione spetta ai promotori, è stata invece sostenuta da BOLCHINI, *Le pubbliche sottoscrizioni nel diritto privato*, Torino, 1905, p. 85 ss. e ribadita in ID., *Ancora sulle pubbliche sottoscrizioni (risposta a una critica)*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 448, ma non ha fondamento di diritto positivo (per una vivace critica, v. FERRARA sr., *Recensione a BOLCHINI, Le pubbliche sottoscrizioni nel diritto privato*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1906, p. 391 ss. e ID., *Ancora in tema di oblazioni (note polemiche)*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 561 ss.). Ciò, chiaramente, non esclude che i sottoscrittori o alcuni di loro possano costituire un'associazione, al fine pratico di controllare l'operato del comitato, dando realizzazione in forma organizzata, come interesse di categoria, all'interesse al "seguito" del dono.

direbbe, fenomenologico – per cui l’oblazione proviene dal “pubblico” o, meglio, consegue a una sollecitazione a donare rivolta al pubblico e si inserisce quindi entro una campagna di raccolta fondi. Niente divarica invece l’oblazione dalla donazione sotto il profilo soggettivo dal lato di chi dà, né sotto il profilo causale o della struttura del negozio.

La devoluzione allo scopo di quanto raccolto circostanzia la ragione in vista della quale l’oblato intendere beneficiare il comitato. Tra tutti gli interessi non patrimoniali che può proporsi di soddisfare il donante, qui l’interesse finale è lo stesso del comitato, nel senso che si definisce *per relationem* a quello perseguito dal comitato stesso, con la significativa differenza che il comitato lo persegue realizzando un’attività, mentre l’oblato si limita a dividerlo moralmente e perciò contribuisce con altri oblato ed esclusivamente attraverso una frazione dei mezzi patrimoniali globalmente necessari – una “*pietruzza nell’edificio della carità*” – a renderne possibile la realizzazione ad opera del comitato, una volta raggiunti fondi adeguati³⁸. L’interesse a donare è quindi l’interesse alla condivisione morale dell’altrui interesse (nel caso del comitato) non patrimoniale e altruistico, manifestato attraverso il contributo economico senza corrispettivo, e non altrimenti interessato economicamente, all’altrui iniziativa. Il programma del comitato, annunciato al pubblico, integra un invito al pubblico a donare³⁹ che, prestabilendo lo scopo al quale il donatario devolgerà quanto raccolto, qualifica lo spirito di liberalità di chi si predispone a donare a quel donatario, cioè specifica l’interesse non patrimoniale da lui soddisfatto come interesse alla condivisione morale dello scopo perseguito dall’ente raccoglitore di fondi.

³⁸ L’espressione tra virgolette è di FERRARA sr., *Recensione a BOLCHINI*, cit., p. 403.

³⁹ Si aderisce alla tesi che “*in materia di donazione proposta e accettazione non sono affatto intercambiabili*” (GALLO, *Formazione del consenso*, in *I contratti di donazione*, a cura di Palazzo, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, XI, Torino, 2009, p. 15). Ciò significa che la proposta (talvolta richiamata con la nomenclatura di “offerta”) può venire solo dal donante e il donatario non può che limitarsi ad accettarla (con la conseguenza che un’accettazione difforme non vale come nuova proposta *ex art.* 1326, comma 5) o rifiutarla.

A rigore, a costituire donazione è la sottoscrizione, con la quale si aderisce al programma aperto alla pubblica sottoscrizione e si contrae un'obbligazione di dare (per lo più, denaro), tendenzialmente di modico valore, adempiuta tramite l'oblazione in senso stretto, che ne costituisce l'oggetto mediato: solo per metonimia, quindi, il lemma "oblazione" può essere usato come sinonimo di quello "sottoscrizione". Essa presenta tratti di disciplina derogatori in punto di forma rispetto all'art. 782 – che in principio si applica anche alla donazione obbligatoria di modico valore, estranea al perimetro dell'art. 783 – ma nei limiti del modico valore del dare promesso. La sottoscrizione è una donazione di massa, ma non è una donazione di scopo. È di massa, perché consegue a un invito a donare rivolto a una pluralità di soggetti distinti ma accomunati dalla condivisione morale del programma aperto alla sottoscrizione (la quale non implica partecipazione adesiva all'ente raccoglitore), dalla sommatoria dei cui contributi si consegue il risultato economico della raccolta fondi, in funzione della realizzazione dell'obiettivo divisato nel programma. L'appello al pubblico mira ad aggregare il dono del singolo nel dono dei più, in funzione della massimizzazione dei fondi e quindi del più proficuo raggiungimento dell'obiettivo. Poiché i sottoscrittori non costituiscono una parte unitaria plurisoggettiva, rispondendo ciascuno autonomamente alla sollecitazione a donare recata dal programma, vi sono tante oblazioni – cioè tante donazioni bilaterali tra sottoscrittore ed ente – quanti sono gli aderenti, ciascuna separata dalle altre. Non è di scopo, perché il vincolo di conservazione e destinazione – che, peraltro, non attiene all'oblazione come tale, ma ai fondi raccolti, acquisiti in proprietà dell'ente raccoglitore in quanto la sottoscrizione sia eseguita tramite il versamento dell'oblazione – le è estrinseco sotto il profilo della fonte di produzione e di disciplina. In una donazione non oblativa lo scopo perseguito dal donatario – posto che egli ne persegua uno tramite il bene che acquisirà – può rimanere ignoto al donante, mentre lo scopo perseguito dal raccoglitore di fondi è preannunciato nel programma, ma non per ciò costituisce oggetto di un obbligo negoziale di perseguimento nei confronti dei sottoscrittori. Da una parte, il programma non fa assumere obbligazioni ma preannuncia cosa il raccoglitore intende fare, se avrà fondi;

d'altra parte, l'adesione al programma tramite sottoscrizione esprime un dare per dare, non un dare per avere, e quindi non rende creditori di alcuna destinazione di scopo. Il vincolo di destinazione si colloca, allora, un segmento più in là della sottoscrizione, entro l'organizzazione dell'attività dell'ente, e si traduce in un obbligo degli amministratori verso l'ente.

Il modello legale di raccolta fondi (artt. 39-42) ha come presupposto che il raccoglitore rivesta la qualifica soggettiva di comitato. Nondimeno, l'oblazione possiede un grado di elasticità senz'altro tale da consentire di parlarne con riguardo alle donazioni fatte, a seguito di raccolta fondi, a ogni ente di diritto privato, specie non lucrativo, come si arguisce dall'art. 2500 *octies*, comma 3, che presuppone l'ammissibilità di "*oblazioni del pubblico*" ad associazioni, ed è confermato dalla prassi di oblazioni a fondazioni. Il vero problema è, allora, come colmare la lacuna derivante dalla mancanza di disciplina legale del vincolo di destinazione dei fondi raccolti da enti diversi dal comitato. In astratto, tre sono le opzioni ricostruttive possibili, tra loro alternative. La prima è che la disciplina del vincolo di scopo dettata per i comitati sia una monade inestensibile al di là di tale tipo di ente. La seconda è che essa sia estensibile indiscriminatamente a ogni raccoglitore di fondi, perché retta dalla ragion sufficiente della salvaguardia della pubblica fede suscitata dall'appello pubblico a donare. La terza è che sia estensibile a enti diversi dal comitato, tramite applicazione analogica, nei limiti di compatibilità, segnatamente sulla base dell'esatta individuazione della sua *ratio* e di un rigoroso riscontro dei margini di adattabilità al diverso ente raccoglitore, tenuto conto della profonda differenza che – a dispetto della pretesa neutralità delle forme giuridiche degli enti – resta tra tipo associativo e tipo fondazionale⁴⁰.

Varie ragioni inducono a ritenere fondata la terza opzione. È infatti ragionevole postulare che, al fine dell'applicazione analogica delle regole del comitato nei confronti di raccoglitori diversi, concorrano gli elementi indefettibili posti alla base della raccolta fondi da parte del comitato, cioè la natura altruistica – non per ciò immancabilmente solidaristica – dello scopo perseguito e un assetto

⁴⁰ Per una critica al principio di neutralità, RENDA, *op. cit.*, p. 219 ss.

organizzativo ispirato all'indisponibilità della destinazione allo scopo. Da questo punto di vista, la *ratio essendi* del vincolo di destinazione *ex art. 40* riposa in via concorrente sull'esigenza di tutelare la pubblica fede nella destinazione allo scopo devolutivo, alimentata dal programma con il quale si annuncia la devoluzione a tale scopo, e sulla natura altruistica dell'interesse perseguito dal comitato, la cui iniziativa fa appello alla generosità del pubblico per giovare mediatamente ad altri. Inoltre, tale vincolo di destinazione si traduce, oltre che in un obbligo di destinazione gravante sugli amministratori, nell'immodificabilità dello scopo perseguito e nell'ineinguibilità dell'ente su base volontaria. È allora congruo che la disciplina propria del comitato sia estensibile ai fondi raccolti da fondazioni, rispetto alle quali si ravvisa sia parità di caratteristiche delle raccolte, in termini di eterodestinazione del risultato, che affinità nel regime di connessione tra interesse perseguito e disponibilità dello stesso, ispirato ad una comune indisponibilità del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo. Il carattere altruistico dello scopo immanente alla raccolta, pertanto, non discrimina la sottoscrizione dalla donazione, né conforma il piano dei suoi effetti, che in ogni caso consistono in un'obbligazione di dare, ma incide sul piano del vincolo di destinazione interno all'ente.

Poiché la raccolta fondi da parte di un ente di scopo fa confluire le oblazioni nel suo patrimonio, è la disciplina del vincolo di destinazione proprio di questo a stabilire su che basi ed entro quali limiti di disponibilità da parte dell'ente la destinazione allo scopo annunciato dovrà seguire alla raccolta. Tale vincolo segue quindi le regole di legge proprie dell'ente raccoglitore. L'interesse alla destinazione variamente si innesta su quello istituzionale, ora specificandolo ora coincidendo con questo, ma in ogni caso non può che essere perseguito attraverso l'organizzazione dell'ente. Il grado di intensità di tale vincolo varia a seconda del tipo di ente. Là dove è maggiore, come nel caso del comitato e, per analogia, della fondazione (accomunabile al comitato sotto il duplice profilo del tipo di connessione tra interesse perseguito e regola di perseguimento e della natura altruistica dell'interesse perseguito con la raccolta), esso è idoneo ad assicurare indirettamente gli oblatori e i terzi beneficiari del raggiungimento dello scopo, in virtù dell'immodificabilità

di questo, della doverosità della destinazione dei fondi allo scopo da parte degli amministratori e dell'inevitabilità dell'ente su base volontaria. Nel caso di oblazione ad associazione o a società, la destinazione allo scopo è vincolante per l'ente in quanto la delibera istitutiva della raccolta ponga l'obbligo di destinazione e, come tale, impegni i soci *inter se* e debba essere eseguita dagli amministratori: si tratta, quindi, di un vincolo convenzionale interno, che in conformità alla disponibilità dello scopo associativo vale finché non sia revocato o modificato da una delibera successiva che disponga una diversa destinazione e purché l'ente non si sciolga anticipatamente. Anche in tal caso, è entro questi limiti che l'interesse dei sottoscrittori alla realizzazione dell'iniziativa trova tutela mediata, in una con la pubblica fede nella destinazione dei fondi allo scopo. In ogni caso, né l'atto costitutivo del comitato, né – per gli altri enti – la delibera istitutiva della raccolta, né infine il programma della raccolta, nel quale si trasfonde una parte del contenuto informativo del primo o della seconda, integrano una promessa al pubblico, costitutiva di un'obbligazione di destinazione verso gli eventuali beneficiari. Il programma si rivolge senz'altro al pubblico degli oblatori comunicandogli gli estremi salienti della raccolta e sollecitandolo a sottoscrivere, ma non si rivolge al pubblico dei beneficiari promettendogli un dare o un fare e, comunque, non ha contenuto dispositivo. L'obbligo di destinare i fondi allo scopo preannunciato è quindi il corollario dell'obbligo di perseguire lo scopo sotteso alla raccolta, che ha fonte legale (art. 40) per il comitato – sorto proprio per realizzare un certo scopo altruistico tramite la raccolta di fondi dalla generosità del pubblico – e, analogicamente, per la fondazione, mentre per gli altri enti ha fonte convenzionale, derivando dalla delibera istitutiva della raccolta fondi. Esso assume quindi un livello di intensità diverso a seconda del grado di affinità tra le regole di organizzazione del tipo sotto il quale il raccoglitore opera e quelle proprie del comitato, onde è solo ai fondi raccolti da una fondazione per uno scopo altruistico che si applica analogicamente la disciplina del comitato, ispirata all'inflessibilità della destinazione di scopo.

4. *Applicazione dei risultati raggiunti al donation-based crowdfunding.*

Già a prima vista, il fenomeno chiamato *donation crowdfunding* si ascrive a quello delle raccolte fondi oblativo – per così dire – tradizionali o *off-line*, distinguendosi solo per il mezzo di comunicazione di massa adoperato dal raccoglitore e per la maggiore frequenza nell’assunzione del ruolo di raccoglitore da parte della persona fisica, propiziata dalla disintermediazione resa possibile da internet. Si tratta però verificare questa impressione di affinità, esaminando più analiticamente i profili di coincidenza tra le raccolte fondi oblativo fin qui delineate e il *donation-based crowdfunding*.

Anzitutto, si può rilevare che il *crowdfunding* via internet non differisce qualitativamente dalle raccolte fondi oblativo tradizionali sotto il profilo del suo iscriversi alla filantropia anziché alla mera beneficenza caritatevole, non orientata allo scopo. Ogni raccolta fondi promossa in funzione di un obiettivo circoscritto è infatti espressiva di un approccio attento alle ricadute del dono, fatto per contribuire a raggiungere un fine proprio del raccoglitore, moralmente condiviso dal sottoscrittore. Da questo punto di vista, ribadito che giuridicamente l’oblazione non è una donazione di scopo, si può senz’altro consentire che socialmente essa sia una donazione attenta allo scopo, cioè fatta da chi non vuole limitarsi a sovvenire, ma intende contribuire (si ripete: *ab externo* e senza diritto alla destinazione di scopo) a un obiettivo che apprezza. Sotto questo profilo, il fatto che il mezzo adoperato sia il *web* determina un accrescimento quantitativo dell’attenzione al seguito del dono, della possibilità tecnica di rendicontarlo e dell’aspettativa emotiva a essere informati. La rete, infatti, rende probabile sia che il pubblico dei sottoscrittori si organizzi come *community* virtuale che interagisce ininterrottamente scambiandosi domande, risposte e commenti, sia che il raccoglitore – per sincera predisposizione d’animo ad assecondare l’aspettativa all’informazione della *community*, o per calcolo pragmatico – aggiorni periodicamente circa lo stato di avanzamento della raccolta, prima, e dell’attività intrapresa, poi, e interagisca con il pubblico o, addirittura, *one-to-one* con ciascun sottoscrittore. Rispetto agli altri mezzi di comunicazione di massa, la rete permette un flusso informativo costante tra raccoglitore e pubbli-

co e dispiega un'ampia varietà di strumenti di persuasione, capillari e pervasivi, idonei a generare nel pubblico un'empatia maggiore di quanto strumenti "distanti" (quali televisione, radio e giornali) possono provocare, anche grazie alla possibilità di incorporare nel messaggio del raccoglitore contenuti generati dal pubblico stesso (per es. commenti o testimonianze dei primi sostenitori). Inoltre, essa permette un'interazione continua all'interno del pubblico. Ciò produce sia una propagazione crescente della diffusione del messaggio sotteso alla raccolta tra i contatti virtuali dei primi soggetti attinti dalla comunicazione, sia quel singolare effetto di rifrazione per cui interventi, narrazioni e testimonianze di chi ha già scelto di donare – magari riprodotti *in itinere* sulla piattaforma che ospita il progetto o sul sito del raccoglitore – rilanciano l'appello a donare e moltiplicano così la sua efficacia. Il potenziale sottoscrittore viene infatti sollecitato a donare non solo da chi raccoglie, ma anche indirettamente da chi ha già dato – per mimesi di scelta, per immedesimazione nella sua posizione, per maggiore fiducia in chi attesta la bontà di un progetto altrui anziché in chi la declama nel proprio interesse – il quale si fa così, in senso giuridicamente atecnico, un raccoglitore di secondo grado, giovando al successo della raccolta⁴¹.

Com'è chiaro, si tratta di caratteristiche che accentuano l'efficacia della sollecitazione a donare, perché consentono di raggiungere una moltitudine non necessariamente connotata su base territoriale e permettono di ridurre gli scarti di informazione tra chi

⁴¹ Il sottoscrittore che perora la "causa" del raccoglitore – tramite messaggi di apprezzamento, commenti positivi e simili (per es., attraverso l'apposita funzione "invita a donare" propria di alcune piattaforme, che attiva la condivisione per *e-mail*, sui *social* o tramite *QR Code*) – non è tecnicamente un raccoglitore, perché non chiede per sé, né è un intermediario (un mandatario, per es.) del raccoglitore, perché non gli è stato conferito alcun incarico, né egli si è obbligato verso il raccoglitore: piuttosto, spontaneamente consiglia di donare, narrando la propria esperienza o esprimendo la propria dedizione alle ragioni sottese alla raccolta. Del resto, non si comporta diversamente chi, attinto da una sollecitazione a donare tramite una raccolta fondi indifferentemente digitale o tradizionale, la segnala ad altri e consiglia di sottoscriverla, adducendo il proprio esempio e/o sensibilizzando ai temi sottesi. Diversa è la posizione del c.d. *personal fundraiser*, per il quale v. RENDA, *op. cit.*, p. 579 ss.

raccoglie fondi e chi li dona. Proprio perché si tratta di caratteristiche che incidono sull'efficacia comunicativa dell'invito a donare e sul successo dell'iniziativa di raccolta fondi, non costituiscono variazioni strutturali del fenomeno delle raccolte fondi oblativo, come fin qui messo a punto, che conserva costanti i propri elementi distintivi, quale che sia il mezzo di comunicazione di massa adoperato per sollecitare a donare – al netto del rilievo per cui qualunque campagna di raccolta fondi può oggi variamente ibridare i mezzi di comunicazione, ricorrendo per es. *principaliter* a internet e *a latere* a quelli tradizionali, o viceversa, a seconda delle propensioni o delle risorse economiche del raccoglitore di fondi ovvero delle caratteristiche del pubblico sollecitato. Il mezzo di comunicazione adoperato per divulgare il programma e propalare l'invito a contribuire non segna scostamenti dal nucleo causale, tipologico e strutturale del contratto che si conclude tra sottoscrittore e raccoglitore, all'esito di una raccolta preordinata ad acquisire oblazioni – per lo più, *more solito*, in denaro e di modico valore⁴² – rette da uno spirito di liberalità che si determina in relazione allo scopo, indifferentemente altruistico o non, sotteso alla raccolta. Il contratto è una sottoscrizione, nello stesso senso in cui questa è richiamata dall'art. 41, comma 1 seconda proposizione e dall'art. 2500 *octies*, comma 3 (il quale ultimo, a rigore, si riferisce all'oblazione, che ne è atto esecutivo). Si tratta di una donazione a struttura bilaterale e a efficacia obbligatoria, senza modo (salvo quanto si dirà)⁴³ e informale nei limiti della modicità dell'oblazione promessa. Il *donation crowdfunding* è quindi una pubblica sottoscrizione digitale, sorretta da causa liberale e segnatamente donativa, che si contraddistingue dal punto di vista socio-economico per essere preparata e accom-

⁴² Secondo l'*Highlight* di Rete del Dono relativo all'anno 2017 (riportato in SICCARDI e VITALI, *op. cit.*, p. 131) la donazione media è di € 63, mentre la raccolta media ammonta a € 821. Il dato si riferisce alla piattaforma *no-profit* Rete del Dono. Secondo il report *Il crowdfunding in Italia 2019* (<https://www.crowdfundingreport.it/>), nel 2019 l'importo medio del contributo è stato di € 150 e l'ammontare medio delle campagne che hanno raggiunto il successo (pari al 51%) è stato di € 8.608 (i dati, però, accorpano *donation* e *reward crowdfunding*).

⁴³ *Infra*, § 5.

pagnata da una robusta strategia comunicativa. Sotto questo profilo, nessuna variazione di qualificazione e conseguentemente di disciplina si produce in dipendenza né del mezzo di comunicazione adoperato, né dell'intermediazione di piattaforme *web* tra la sollecitazione a donare del raccogliitore e la sottoscrizione del contribuente.

Resta però da dissipare il dubbio circa la sussistenza dell'ulteriore condizione per operare una piena assimilazione del fenomeno alle tradizionali raccolte fondi oblativo: quello della coincidenza tra programma (del comitato o del diverso ente raccogliitore) e progetto pubblicato sul *web* nel *donation-based crowdfunding*. Il programma di un comitato costituisce una comunicazione al pubblico, che può suddividersi in una parte nella quale si descrive il programma devolutivo (ossia si preannuncia la raccolta fondi, si chiarisce lo scopo al quale l'ente intende destinare i fondi, si specificano le modalità e i relativi tempi) e una parte nella quale direttamente si sollecita il pubblico ad aderire alla raccolta fondi tramite sottoscrizione: nel complesso, il programma integra quindi un invito a fare oblazioni, cioè a donare. Esso può contenere condizioni unilaterali di contratto, senza che in capo a chi lo formula sussista incompatibilità tra la qualità di predisponente di tali condizioni e quella di autore di un invito a proporre e, quindi, in prospettiva, di futuro oblato. Ebbene, le stesse caratteristiche si ritrovano nel progetto pubblicato su internet da chi raccoglie fondi tramite questo canale, salvo dire che esso è aggiornato ai postulati del comunicare contemporaneo nei modi e nei contenuti e che normalmente le piattaforme ne predeterminano l'intelaiatura⁴⁴: indice sintomatico, quest'ultimo, del fatto che il ruolo della piattaforma

⁴⁴ Cfr. l'art. 3 delle "Condizioni di contratto tra il proponente del Progetto e il Donatore che lo sostiene con un contributo economico spontaneo" di DeRev (in <https://www.derev.com/terms>). Molto simile è la norma corrispondente delle condizioni generali del "contratto tra sostenitore e progettista" elaborate da Produzioni dal basso (in <https://www.produzionidalbasso.com/media/docs/contrattosostenitoreprogettista.pdf>).

non sia riducibile a quello di *hosting provider*, almeno passivo⁴⁵. Il progetto di solito racconta la storia di chi raccoglie, gli obiettivi già raggiunti, le ambizioni ancora insoddisfatte, per infondere empatia nel pubblico, e lo fa tramite un testo più o meno conciso e materiali audiovisivi. Esso, poi, descrive l'obiettivo perseguito nel caso concreto, mirando a sottolinearne il valore umano in relazione alle ricadute sociali (se altruistico) o, altrimenti, all'importanza per la realizzazione personale del raccoglitore. Infine, descrive l'impiego dei fondi raccolti – sempre con espressioni all'indicativo futuro (“daremo” o “faremo”) o al condizionale (“vorremmo dare” o “vorremmo fare”) – eventualmente specificandone le tappe intermedie di svolgimento (specie se l'obiettivo consiste in un *facere* duraturo, che non si esaurisce *uno actu*). Direttamente o tramite la richiesta di aiuto, il progetto si conclude con l'invito a donare. Le tempistiche del dono e la formula di raccolta adottata (*keep-it-all* o *all-or-nothing*) sono riportate *a latere* del progetto, come pure le informazioni aggiornate sul numero di donanti, sull'ammontare di oblazioni frattanto raggiunto e sulle eventuali “ricompense” per i sostenitori. Le vere e proprie condizioni generali del contratto di sottoscrizione sono riportate in una sezione a parte del sito internet della piattaforma e, come tali, valgono per tutti i raccoglitori, salvo che si tratti della variante del *do-it-yourself*. Il progetto, poi, resta pubblico per tutta la durata della raccolta e quindi costantemente visibile sia da chi ha già donato – che vi accede per controllare lo stato di avanzamento della raccolta e per acquisire eventuali aggiornamenti dal *fundraiser* – sia da chi ancora non ha donato.

Nel complesso, nessuno scostamento significativo si ravvisa tra programma e progetto, accomunati dall'essere un appello a donare rivolto al pubblico con prefigurazione dell'impiego dei fondi raccolti ma senza promessa di destinazione, né ai sottoscrittori né a eventuali terzi beneficiari: in sostanza, un invito-avviso, privo di contenuto obbligatorio e di efficacia negoziale. Le sole differenze

⁴⁵ Sul ruolo delle piattaforme di *crowdfunding* v. RENDA, *op. cit.*, p. 590 ss., dove la conclusione che si tratti di mediatori *ex art.* 1754 ss. e la sottolineatura delle differenze rispetto alle piattaforme digitali di intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di beni o servizi via *web* (cc.dd. *marketplaces*), quali Amazon, Booking, Uber.

percepibili non attengono alla natura dell'atto, ma alle modalità con le quali questo è confezionato e alla tempistica di diffusione, che influiscono sulla sua efficacia comunicativa, non sulla sua efficacia giuridica. Né cambia qualcosa in relazione all'atto che programma e progetto sono rispettivamente volti a suscitare: si tratta in ogni caso di una sottoscrizione. In particolare, come nelle raccolte fondi tradizionali non è necessario che la sottoscrizione sia fatta per iscritto e preceda l'oblazione, perché la sottoscrizione è informale nei limiti del modico valore e ben può essere implicita nell'oblazione compiuta, così la condivisione del progetto pubblicato dal *fundraiser* sul portale *web* è implicita nella donazione effettuata. D'altra parte, la circostanza per cui il programma presuppone un atto costitutivo (del comitato) o una delibera istitutiva della raccolta fondi (per gli altri enti) non individua una differenza con il progetto, tutte le volte che questo sia promosso da un ente: la differenza non è tra programma e progetto, ma tra l'uno e l'altro, se provenienti da un ente, e l'uno e l'altro, se provenienti da una persona fisica. Come si vedrà, allora, questa differenza concorre a giustificare il diverso rilievo che può assumere il vincolo di scopo, a seconda del soggetto promotore della raccolta⁴⁶.

Appurata la coincidenza tra progetto e programma, cade così anche l'ultima riserva a considerare il *donation-based crowdfunding* una raccolta fondi oblativa e a trasporre a esso le conclusioni sin qui raggiunte in punto di vincolo di destinazione allo scopo dei fondi raccolti da *fundraisers* costituiti in forma di ente collettivo. L'accoglimento della terza ipotesi ricostruttiva prima richiamata⁴⁷ conduce infatti a concludere che il *donation crowdfunding* soggiace a una pluralità di regimi di destinazione allo scopo fissato nel programma, a seconda della natura giuridica dell'ente raccoglitore. Nessuno spirito di semplificazione, ispirato alla tentazione di dare un inquadramento giuridicamente unitario a un fenomeno che unitario è solo nella sua evidenza empirica (“*C'è qualcuno che via internet chiede fondi per un certo scopo*”), può pretendere di unifica-

⁴⁶ *Infra*, § 5 per la persona fisica.

⁴⁷ *Supra*, § 3.

re forzatamente le discipline volta per volta applicabili al tipo di ente sotto cui il *fundraiser* opera.

Se il mezzo di comunicazione adoperato si limita a dare nuova linfa allo spirito di liberalità, consentendo a chiunque di essere un filantropo in miniatura ma diffuso e seriale, e se d'altronde il progetto aggrega la massa dei contributi entro un comune orizzonte di scopo, che fa delle oblazioni donazioni attente al seguito del dono ma non donazioni di scopo, il *crowdfunding* donativo è la versione aggiornata alla società digitale di un fenomeno antico. Rispetto alle raccolte tradizionali il *crowdfunding* donativo non segna un mutamento di paradigma ma si attesta sullo stesso paradigma liberale proprio di quelle, esprimendo una filantropia aggiornata ai mezzi tecnologici e alle aspettative di una società digitale⁴⁸. Esso rinnova la filantropia oblativa perché diffonde la propensione a contribuire a progetti altrui attraverso un micro-dono massivo, moltiplica l'attitudine a concentrarsi sul risultato del dono tramite un'accresciuta attenzione al suo seguito – propiziata dai meccanismi della rete – e responsabilizza sia oblatori (indotti a scegliere i progetti a maggiore impatto sociale e comunque meglio congegnati in relazione agli interessi perseguiti) che raccoglitori (indotti a impegnarsi nella realizzazione dei progetti sovvenuti, per sensibilità verso l'aspettativa dei sottoscrittori e per salvaguardia della propria reputazione).

Se è esatto che il *crowdfunding* è la versione digitale di un fenomeno antico, le differenze con le raccolte fondi oblativo tradizionali – pur inidonee a dar corso a una qualificazione diversa – non devono peraltro essere sottaciute. In particolare, merita di essere osservato che la raccolta fondi, da pratica prevalentemente d'eccezione (destata dal soccorso in situazioni di calamità) o d'occasione (indotta dal proposito di onorare o commemorare), nel *web* diventa pratica costante, perché socialmente ed economicamente accessibile a chiunque per un qualunque bisogno. La richiesta di fondi diventa ricorrente e ciò crea la concorrenza di una pluralità di richieste contemporanee di più soggetti per scopi affini, pur a fronte di una potenziale estensione della platea dei donanti.

⁴⁸ Per le caratteristiche della “nuova filantropia”, cfr. *supra*, § 1.

Al tempo stesso, le raccolte fondi diventano l'oggetto di un'attività professionale per chi – le piattaforme – organizzano l'incontro tra “domanda” e “offerta” di fondi. Il fenomeno perde così la sua singolarità, nel senso che si passa da una singolarità ripetibile a una normalità ripetuta, se si preferisce alla massificazione: la massa non è più solo quella dei contributori (*crowd*), intrinseca al fenomeno, ma anche quella delle raccolte stesse. Giuridicamente, ciò si rispecchia nel fatto che si passa da condizioni generali del contratto di sottoscrizione pensate dal singolo raccoglitore per valere per tutti i sottoscrittori, e quindi diverse da raccoglitore a raccoglitore, a condizioni generali di contratto uguali non solo per tutti i sottoscrittori ma anche per tutti i raccoglitori, almeno per quelli che si avvalgono della stessa piattaforma, nel segno di una palese standardizzazione della pratica⁴⁹.

5. *Le raccolte promosse da persona fisica.*

Le raccolte fondi implicano uno sforzo collettivo non solo dal lato di chi dà, ma normalmente anche dal lato di chi le promuove, perché di solito per aggregare le risorse economiche di molti occorre specularmente la spendita di tempo e di energie intellettuali da parte di molti. È sulla base di questo presupposto che il codice le disciplina come attività propria dei comitati. È sempre sulla base di questo presupposto che la prassi – almeno sino alla diffusione di internet 2.0 – le conosce come prerogativa degli enti, soprattutto non lucrativi, che intendono promuovere obiettivi particolari, coerenti con gli scopi statutari, ricorrendo a fondi esterni, o perché la limitatezza del proprio patrimonio non consentirebbe di farlo con fondi propri, o per una precisa strategia d'azione, che suggerisce di perseguirli attraverso oblazioni del pubblico, in funzione di un più stretto collegamento emotivo del progetto con la base degli oblatori e della massimizzazione delle *chances* di successo dell'iniziativa.

⁴⁹ Sul problema se il contratto di sottoscrizione possa integrare un contratto del consumatore ove il sottoscrittore sia tale e il *fundraiser* sia un professionista, nonché sulla questione se la sollecitazione a donare, compiuta dai raccoglitori di fondi tramite il programma e le comunicazioni che variamente lo accompagnano, possa integrare una pratica commerciale, ai fini della disciplina di cui agli artt. 18-27 *quater* cod. cons., v. RENDA, *op. cit.*, p. 553 ss.

La marginalità statistica di raccolte fondi promosse da singoli, a propria volta dovuta alle difficoltà pratiche del fenomeno e all'assenza di un apparato amministrativo preposto alla realizzazione dello scopo perseguito, spiega così il silenzio normativo ma non giustifica né l'esclusione della liceità di tali raccolte, né una differenziazione di qualificazione del negozio tramite il quale i fondi sono raccolti. Del resto, se la sottoscrizione è una donazione obbligatoria di dare, tendenzialmente di modico valore, la cui peculiarità consiste sul piano fenomenologico nelle modalità con le quali il donante si determina a donare (a seguito di un invito rivolto al pubblico dal donatario e in funzione di un obiettivo di questo, preannunciato come da raggiungersi tramite la sommatoria di fondi ricavati dalle donazioni), la qualifica soggettiva del raccoglitore/donatario non incide sulla sua causa, né influisce sulla sua classificazione tipologica⁵⁰. La differenza di qualifica sembra invece giustificare, già *prima facie*, una disparità di regime in ordine alla destinazione di scopo, in ragione dell'obiettiva differenza tra persona fisica e ente collettivo – personificato o non – sotto il profilo della funzionalizzazione del patrimonio a uno scopo e dell'esistenza di organi interni incaricati dell'attività giuridica.

Se, in passato, la liceità di queste raccolte era data per presupposta dalle norme pubblicistiche, di ispirazione autoritaria, che subordinavano le raccolte fondi in generale a determinate condizioni⁵¹, il

⁵⁰ Trattandosi di donazione a persona fisica, ne discende la mancata caduta del denaro donato in comunione legale tra i coniugi (art. 179, lett. a), la soggezione dell'atto a collazione (art. 737) e a riduzione (artt. 553 e 555), la semplificazione probatoria in sede di azione revocatoria (art. 2901, comma 1, n. 2, salvo l'art. 2929 *bis*), l'inefficacia di diritto nei confronti dei creditori ai fini della liquidazione giudiziale dell'imprenditore commerciale insolvente (art. 163 Codice della crisi d'impresa, già art. 64 L. fall.). Il modico valore dell'oblazione toglie rilevanza pratica a questi aspetti.

⁵¹ Le raccolte promosse da persone fisiche erano logicamente presupposte dagli artt. 156 T.U.L.P.S. (R.D. 18 giugno 1931, n. 773) e 286 del relativo decreto di attuazione (R.D. 6 maggio 1940, n. 635), che rispettivamente subordinavano alla licenza del questore le “raccolte di fondi o di oggetti, collette o questue [anche] col mezzo della stampa o con liste di sottoscrizione”, purché comunque vi fosse uno “scopo patriottico o scientifico ovvero di beneficenza o di sollievo da pubblici infortuni”, e imponevano – tra l'altro - il rilascio ai raccoglitori di

tema della qualificazione del contratto e del vincolo di scopo era stato isolatamente sollevato dalla dottrina⁵² e lambito in giurisprudenza da sparute pronunce, delle quali a quanto consta solo una resa in applicazione del codice vigente⁵³. Oggi il fenomeno acquista un'incidenza quantitativa ben superiore, complice l'accessibilità pressoché indiscriminata a internet. Accorciando la distanza tra enti e singoli, il *web* si presenta come veicolo di campagne di raccolta fondi nelle quali in astratto un determinato progetto può essere promosso indistintamente da un'organizzazione o da una persona fisica, salvo dire che quelli più complessi e duraturi richiedono uno sforzo che solo un'organizzazione può ragionevolmente intraprendere con successo. Ecco, quindi, che il *donation-based crowdfunding* sembra fare *tabula rasa* delle differenze tra raccoglitori, nel segno di quel moto *lato sensu* democratico che la rete accende. Di conseguenza, esso pone alla ribalta del diritto il quesito circa il vincolo di scopo gravante sui fondi raccolti da singoli.

Ora, la persona fisica non è titolare di un patrimonio destinato allo scopo, a differenza dell'ente. I fondi raccolti, pertanto, affluiscono entro un patrimonio che non ha una speciale destinazione di scopo, e si confondono con esso. Essi non possono risentire né di un vincolo di destinazione che sia riproduttivo di quello generale, che per l'appunto non esiste, né giovare di un vincolo di destinazione – eventualmente assistito da separazione patrimoniale – *ad hoc*, che nessuna norma di legge contempla in dipendenza dell'acquisizione di fondi raccolti tramite oblazioni⁵⁴. Né può darsi

una tessera, previa verifica di buona condotta morale e politica. Le norme sono state abrogate dall'art. 3, comma 7, L. 18 novembre 1981, n. 659.

⁵² POGGESCHI, *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, Milano, 1951, p. 118 nota 68 osservava che si pone “*il problema dell'applicabilità all'unico promotore (soggetto alle norme di diritto pubblico sulle sottoscrizioni [...]) delle disposizioni dettate dal codice per l'amministrazione e la devoluzione dei fondi (in part. artt. 40 e 42 c.c.)*”.

⁵³ Cfr. sotto il codice vigente cfr. Trib. Lucca, 4 maggio 1957, in *Dir. ecclesiastico*, 1960, II, p. 270, con nota di SCAVO LOMBARDO, *In tema di oblazioni raccolte da un unico promotore* (sul caso v. anche RASCIO, *Destinazione di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, p. 31).

⁵⁴ Quanto affermato nel testo trova sostanziale conferma nelle conclusioni alle quali giunge, occupandosi di un tema a suo modo distinto, DE GIORGI, *Tra*

luogo a un'applicazione analogica della disciplina legale dei comitati, perché ciò presupporrebbe una lacuna e qui non c'è lacuna in senso tecnico. La lacuna sussiste quando, in presenza di un ente di scopo, non si disciplini il modo in cui l'acquisizione di risorse tramite sottoscrizioni debba essere destinata, cioè non si disciplini la regola di attività degli amministratori rispetto a tali fondi, specie sotto il profilo del margine di disponibilità degli stessi. Del resto, la persona fisica non ha amministratori e l'applicazione analogica, già impedita dalla mancanza di lacuna, forzerebbe il limite della compatibilità quanto al merito della disciplina mutuata.

Nemmeno sussiste un obbligo negoziale di destinazione. Se l'oblazione è se stessa, non è un contratto a prestazioni corrispettive neanche quando a sollecitarla sia una persona fisica. Se l'oblazione è se stessa, non è una donazione modale neanche quando sia raccolta da una persona fisica. Non lo è anzitutto di per sé, perché una donazione modale *ex lege*, con obbligo di trasferimento a terzi o di reimpiego dell'intero donato a beneficio di altri, è una *contradictio in adiecto*, nel senso che una donazione necessariamente modale in realtà è una donazione la cui natura prescinde dal modo. Senonché, una donazione con obbligo di riversamento dell'intero a terzi, che non preservi un margine di arricchimento in senso giuridico in capo al donatario (conservandogli la titolarità del diritto donato, sia pur limitato da un altrui diritto reale o personale di godimento sul bene, ovvero la titolarità del diritto pieno su una

legge e leggenda: la categoria ente nel diritto delle associazioni, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, p. 536 s. e nota 51. L'A., criticando l'orientamento giurisprudenziale che non esita ad attribuire la qualifica di associazione o comitato "a figure di dubbia soggettività, senza nemmeno chiedersi se nei casi sottoposti al suo esame ricorressero i requisiti minimi indispensabili per affermare la sussistenza di un ente anziché di un'informale aggregazione, dimenticando [...] che non è configurabile un soggetto associativo ovunque si delinei un fenomeno ultraindividuale", afferma che in mancanza dei requisiti perché un semplice gruppo di persone integri un ente soggettivo, cioè un centro di imputazione metaindividuale, e in specie un comitato, non solo non sussiste un fondo comune, che risponda delle obbligazioni assunte, ma neanche sussiste l'obbligo di conservare i fondi raccolti e destinarli allo scopo annunciato e quindi la relativa responsabilità *ex art. 40*.

porzione del bene), non è più una donazione all'accipiente⁵⁵. Solo la presenza di un ente di scopo oggettiva il fine sotteso alla raccolta nello scopo proprio dell'ente e quindi rende possibile la coesistenza tra donazione all'ente e integrale devoluzione di quanto raccolto – ormai attratto nel patrimonio dell'ente e soggetto al vincolo di destinazione suo proprio – al fine della raccolta. L'oblazione a persona fisica non ha la virtù di differenziarsi dalla donazione sotto il profilo di rendere dovuta l'integrale devoluzione di quanto raccolto, né come effetto proprio dell'oblazione (che trova la sua peculiarità nel modo in cui è acquisita – tramite raccolta fondi – e non nell'essere donazione di scopo), né in virtù di una speciale clausola di devoluzione che le sia eventualmente apposta. Si potrebbe dire che non è un problema di natura, ma è un problema di essenza della sottoscrizione: non solo di per sé, ma anche in presenza di un'apposita clausola essa non può vincolare il raccoglitore persona fisica a spogliarsi di quanto ricevuto a vantaggio di terzi, senza con ciò cessare di essere una donazione al raccoglitore. Per converso, essa è indubitabilmente una donazione al raccoglitore di fondi e non ai terzi beneficiari per il tramite del raccoglitore, alla stregua di un mandato a donare o di una donazione fiduciaria. L'iniziativa benefica promana dal raccoglitore, che decide se, quando e come intraprenderla, determinandone lo scopo e individuando la cerchia dei relativi beneficiari, oltre che stabilendone il *target* patrimoniale in funzione dello scopo: gli oblatori scelgono solo di contribuirvi.

A emergere, quindi, è che il sistema non ammette alternativa tra – da una parte - donazione con modo destinativo (che può imporre al donatario di fare o non fare un certo uso del bene trasferito, di trasformarlo, di reimpiegarlo al fine di acquisire al proprio patrimonio un bene diverso, di limitare la proprietà su di esso costituendo un diritto reale o personale di godimento a favore di un terzo o, al massimo, di trasferire gratuitamente a un terzo solo una parte della pluralità dei beni donati o solo una porzione dell'unico bene donato) e – dall'altra – dare per far aver ad altri a titolo di liberalità,

⁵⁵ Cfr. *supra* nota 34 circa la distinzione tra donazione con destinazione di scopo e attribuzione a qualcuno per far avere ad altri lo stesso diritto per spirito di liberalità.

tramite mandato a donare o donazione fiduciaria. Nel sistema non può darsi donazione con modo integralmente devolutivo. Se si vuole imporre al ricevente un obbligo negoziale di devoluzione ad altri, bisogna degradare il ricevente ad accipiente provvisorio, cooperatore di una liberalità altrui compiuta tramite donazione a prestazione indiretta, risultante da due negozi collegati. Solo nelle raccolte fondi promosse da enti non è così. Ciò non perché lì l'oblazione possa essere dono all'ente per donare ai beneficiari, cioè dono all'uno e contemporaneamente agli altri, in deroga al principio di non contraddizione, per cui o è dono al ricevente o è dono al terzo beneficiario; bensì perché lì l'oblazione è dono all'ente e, contemporaneamente, i fondi entrano a costituire il referente patrimoniale di un vincolo di destinazione allo scopo della raccolta, coincidente con o specificativo del vincolo generale di destinazione allo scopo che grava sul patrimonio dell'ente. Solo l'oggettivazione dello scopo della raccolta in scopo proprio dell'ente e l'aggregazione dei fondi a un patrimonio già destinato sono in grado di interporre quello stacco tra il primo donare e il successivo devolvere, che rende l'uno compatibile con l'altro. In mancanza di tale stacco, permane nel sistema l'incompatibilità tra il donare dei sottoscrittori e il successivo devolvere, nel senso che questi non possono essere effetto integrato di un unico atto negoziale o anche di due atti collegati: detto altrimenti, il devolvere non può essere oggetto di un obbligo verso i sottoscrittori, alla stregua di un obbligo sinallagmatico o anche solo modale. Ebbene, in mancanza di tale stacco, determinato solo dall'ente di scopo, non si può certo dire che l'incompatibilità tra il donare al raccoglitore e il devolvere di questo a terzi faccia del donare un donare ai beneficiari anziché al raccoglitore: insomma, non è il *posterius* a riqualificare il *prius*, a meno che non emergano evidenti indici del fatto che l'iniziativa benefica promani proprio dal pubblico e trovi nel raccoglitore un mero intermediario, che non sollecita a donare a sé ma si rende disponibile a raccogliere per dare a chi gli verrà indicato. Quel che si deve dire è che tale incompatibilità rende il devolvere un atto non dovuto, cioè esclude che questo sia oggetto di un obbligo verso i sottoscrittori.

A fronte della duplice impossibilità di intendere la sottoscrizione come donazione con obbligo devolutivo e di postulare un vincolo

legale di destinazione a carico di quel sottoinsieme del patrimonio della persona fisica raccoglitrice, costituito dai fondi raccolti, occorre verificare se qualche effetto obbligatorio possa annodarsi al progetto. A ben vedere, però, il progetto, al pari del programma del comitato, non esprime alcun impegno, né verso gli oblatori, né – ove abbia natura altruistica – verso i beneficiari. Non è un atto negoziale, se non per la parte – peraltro, eventuale – in cui predetermina in via unilaterale le clausole del contratto di sottoscrizione attributive, per es., del diritto di essere informati sullo stato della raccolta e sulla realizzazione dell’iniziativa a raccolta completata, del diritto di ricevere un premio per l’oblazione, del diritto alla restituzione dell’oblazione in determinate ipotesi, quali l’insufficienza dei fondi raccolti o l’impossibilità di realizzazione dello scopo. Esso preannuncia – peraltro, talvolta per implicito, tramite un breve testo meramente descrittivo dell’obiettivo, senza compiuta articolazione discorsiva – cosa il raccoglitore intende fare dei fondi, una volta che li avrà acquisiti. Non si rivolge al pubblico dei sottoscrittori promettendo di destinare i fondi, ma afferma che saranno destinati, cioè palesa un’intenzione o esterna un intendimento, nel momento in cui sollecita a donare⁵⁶. In altri termini, procura al pubblico la cognizione di un proprio comportamento futuro per invitare a crearne la condizione e in particolare per preconstituirsì le risorse economiche necessarie a realizzarlo. Peraltro, se contenesse una promessa ai sottoscrittori, questa sarebbe avvinta da un nesso di reciprocità con la promessa di oblazione del sottoscrittore, secondo lo schema: “*ti prometto che destinerò i fondi a questo scopo, se tu mi prometti di contribuire*”. Si tratterebbe di una promessa preordinata a una contropromessa, generatrice di un nesso di corrispettività tra il dare del sottoscrittore e il devolvere del raccoglitore: ma non è questo – oltre che il tenore del progetto – il tenore della sottoscrizione, che è volta a dare per dare. Forzare la natura del progetto, innestandovi una promessa che non contiene, non solo quindi falsifica la realtà, ma pure genera l’*impasse* di sopprimere la natura do-

⁵⁶ Non è inutile richiamare che la promessa al pubblico è un negozio, perché per obbligare il promittente deve contenere una dichiarazione di volontà volta a produrre determinati effetti.

nativa della sottoscrizione⁵⁷. Insomma, un impegno alla destinazione di scopo nei confronti degli oblatori farebbe sì che la promessa nei loro confronti sia emessa come contraccambio o comunque in dipendenza condizionale dell'impegno dei sottoscrittori di versare l'oblazione al raccoglitore. Ma se la destinazione di scopo si stringe in un nesso di sinallagma con il dare dei contributori, quest'ultimo cessa di essere donativo e, per la verità, cessa di essere anche solo gratuito.

Il progetto non si rivolge affatto, poi, ai beneficiari, e quindi a maggior ragione non fa assumere alcun obbligo nei loro confronti, perché al difetto di tenore dispositivo ("prometto", "mi impegno a") unisce l'obiettivo difetto di indirizzamento a tali soggetti. Costoro possono contingentemente coincidere con i sottoscrittori, ma non sono coloro alla cui qualità il raccoglitore si appella dirigendosi al pubblico: non sono, insomma, "lo stesso pubblico" al quale si rivolge⁵⁸. D'altra parte, spesso nelle raccolte fondi con funzione seccamente devolutiva il beneficiario del dare è già individuato nominativamente e quindi il progetto non presenta ontologicamente i tratti minimi della promessa al pubblico, rispetto ai supposti beneficiari della promessa⁵⁹.

Ma il progetto non contiene neanche un atto di destinazione e in specie una promessa al pubblico (*ex art. 1989*) di destinare a un certo scopo il denaro che verrà raccolto, secondo il modello dell'atto di destinazione di cui all'art. 2645 *ter*. Varie ragioni escludono che sia consentito operare tale qualificazione: ragioni di

⁵⁷ Come rilevato poco sopra, l'integrale devoluzione non può essere effetto obbligatorio di un atto negoziale collegato alla sottoscrizione, oltre che della sottoscrizione medesima.

⁵⁸ La circostanza che il concetto di "pubblico" faccia riferimento alla non identificazione contestuale dei singoli membri di un gruppo non esclude, ma anzi implica che la massa alla quale ci si rivolge sia concepita come tale da accomunare una pluralità di soggetti portatori di una stessa qualità o di un medesimo interesse, in funzione dell'atto o del contratto che l'appello al pubblico è preordinato a suscitare. Diramare al pubblico un progetto di *crowdfunding* donativo significa quindi non notiziare l'umanità di qualcosa, ma rivolgersi a una moltitudine di soggetti nella loro qualità di potenziali autori delle future oblazioni.

⁵⁹ Cfr. per es. la raccolta a favore dell'ospedale San Raffaele, in <https://www.gofundme.com/f/coronavirus-terapia-intensiva>.

struttura, di natura e di oggetto. Sotto il profilo della struttura, perché la contrattualità dell'atto di destinazione cozza con l'unilateralità del programma: chi beneficia della destinazione deve essere parte dell'atto, sia perché la destinazione va a suo vantaggio nel senso che tutela proprio il suo interesse, che qualifica l'atto in ragione della sua speciale meritevolezza di tutela, sia perché egli acquista il correlativo diritto a titolo di liberalità e deve pertanto acconsentirvi. Sotto il profilo della natura, l'atto di destinazione è un negozio giuridico e il progetto non lo è, perché difetta di volontà dispositiva, essendo diretto a sollecitare a donare. Inoltre, la pretesa promessa al pubblico, se mai il progetto la recasse, ancora una volta sarebbe diretta agli oblatori e non ai futuri beneficiari della destinazione, i quali peraltro – a differenza che nell'atto di destinazione, che presuppone l'alterità soggettiva del beneficiario rispetto al destinante – nel progetto ben possono mancare, tutte le volte che questo sia funzionale a giovare allo stesso raccoglitore di fondi, che promuova la campagna in funzione di uno scopo non altruistico coincidente con il proprio interesse. Infine, sotto il profilo dell'oggetto l'art. 2645 *ter* non può trovare applicazione al *donation crowdfunding* – quand'anche *fundraiser* sia un ente collettivo – perché nella raccolta fondi il preteso “vincolo” di destinazione riguarda il denaro, che come tale fuoriesce dal perimetro della norma, che si riferisce a beni immobili e a mobili registrati. Né, peraltro, soccorre alcuna disciplina di legge che istituisca un meccanismo di individuazione del denaro raccolto e di correlativa separazione dello stesso dal resto del patrimonio del raccoglitore, secondo il modello usato dal legislatore per le masse di denaro destinate e separate⁶⁰.

L'incompatibilità tra oblazione e obbligo di integrale devoluzione non implica l'esclusione del binomio tra oblazione e obbligo di destinazione. Le oblazioni a persona fisica sono compatibili con il vero e proprio donare destinando, come lo sono le donazioni non obblative, cioè con l'imporre un impiego non eliminativo

⁶⁰ Cfr. l'art. 1, commi 63-67 L. 27 dicembre 2013, n. 147 (come modificato dall'art. 1, comma 142, L. 14 agosto 2017, n. 189) relativo al deposito di denaro in un “apposito conto corrente bancario dedicato” intestato al notaio.

dell'arricchimento in senso giuridico del raccoglitore. Poiché, d'altronde, il *crowdfunding* donativo ha per oggetto denaro e per il denaro la destinazione in senso stretto ne è l'impiego per l'acquisto di beni o la fruizione di servizi, non v'è alcuna difficoltà a concepire una raccolta fondi promossa da una persona fisica che si caratterizzi per un vero e proprio obbligo di destinazione del denaro raccolto, consistente nella sua consumazione per un *facere* somministrato da terzi a beneficio del raccoglitore (per es., per conseguire formazione professionale, per ottenere il restauro di un immobile, etc.) o per l'acquisto di un diritto (reale, personale di godimento, di credito o su bene immateriale) che permanga nel patrimonio del raccoglitore (per es., per comprare un'attrezzatura scientifica, per prendere in locazione una casa dove vivere, per farsi cedere un credito, per acquistare un marchio o la relativa licenza oppure un brevetto o la relativa licenza dal rispettivo titolare). Superando l'obiezione della stranezza di un modo apposto dal donatario e non dal donante (la quale coglie solo un dato di regolarità statistica, oltre a trascurare che la predeterminazione delle condizioni generali di contratto da parte del raccoglitore non impedisce di considerare proponente dell'oblazione pur sempre il sottoscrittore), è quindi possibile configurare una raccolta fondi che ponga a carico del raccoglitore (anche) persona fisica un modo – nell'interesse concorrente del donatario e dei sottoscrittori, così da rendere questi ultimi creditori – avente a oggetto l'impiego del denaro a proprio vantaggio, cioè una raccolta con destinazione doverosa, purché appunto si tratti di autodestinazione. Alla luce di quanto fin qui osservato, anche l'eterodestinazione può vestirsi di obbligatorietà, ma solo se la devoluzione ai terzi non sia integrale. Quest'ultima evenienza, peraltro, è rara in una raccolta fondi, nella quale se si raccoglie per dare ad altri lo si fa per dar loro tutto quanto raccolto, salvo che la destinazione abbia a oggetto – per es. – i frutti del denaro donato, che viene vincolato a un certo impiego redditizio e, segnatamente, a un investimento finanziario. Naturalmente, il *modus* deve intendersi come modo apposto a ciascuna sottoscrizione e quindi alla totalità delle stesse. Se la raccolta segue il criterio a.o.n., il modo è sospensivamente condizionato al raggiungimento del *target* posto dalla raccolta o risolutivamente condizionato al suo mancato rag-

giungimento, al pari della sottoscrizione alla quale accede. Non è inutile osservare, però, che perché sussista in concreto un'obbligazione modale deve emergere un inequivoco impegno del *fundraiser* nei confronti dei sottoscrittori, che per la verità di norma non emerge affatto dal semplice progetto della raccolta, tutto incentrato sulla semplice prefigurazione della volontà di un certo impiego del denaro raccolto, che resta cosa diversa dall'assunzione di un'obbligazione modale di destinazione. Per quanto a quest'ultimo fine non occorranò formule sacramentali, nondimeno deve potersi ravvisare qualcosa di più della descrizione di un obiettivo, attraverso espressioni che manifestino l'univoca volontà di assumere un impegno nei confronti dei sottoscrittori⁶¹.

Peraltro, là dove un vincolo di destinazione sul denaro raccolto effettivamente sussista, la circostanza che sia veicolato da un modo donativo fa sì che esso si atteggi alla stregua dell'obbligo del raccoglitore di impiegare allo scopo l'equivalente di quanto ricevuto (in particolare, nello spendere il *tantundem* nell'acquisto di beni o nel pagamento di manodopera o servizi funzionali al *facere*, ovvero nel *dare* il *tantundem* a terzi) e non consista in un vincolo di destinazione gravante su una somma di denaro esattamente individuata e in specie sui fondi trasferiti tramite le oblazioni dei *backers* e accreditati dalla piattaforma *web* su di un determinato conto. La confusione tra il denaro raccolto e quello già nel patrimonio del raccoglitore impedisce quindi qualunque effetto di segregazione del primo rispetto al resto del patrimonio, coesistente alla destinazione patrimoniale strettamente intesa⁶².

⁶¹ Circa la possibilità di conseguire tutela dei “*diritti individuali omogenei*” tramite azione di classe da parte di ciascun sottoscrittore, inteso come “*componente della classe*”, v. RENDA, *op. cit.*, p. 649, nota 221.

⁶² Come osserva BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 201: “*il collegamento tra destinazione e patrimonio determina una incidenza dello scopo sulla applicazione delle regole che governano il patrimonio. Ciò in due direzioni: 1) la destinazione incide sulle regole di responsabilità patrimoniale, rendendo il patrimonio destinato inaggregabile dai creditori per obbligazioni estranee allo scopo; 2) il patrimonio destinato può subire delle limitazioni relative agli atti di disposizione. In questo senso il patrimonio destinato allo scopo è un patrimonio sul quale è impresso un vincolo reale di destinazione in quanto incide su interessi di soggetti terzi (creditori e ac-*

In definitiva, la qualificazione dell'atto con il quale si contribuisce alla raccolta – la sottoscrizione – non muta al mutare del destinatario dei fondi⁶³. Sono, invece, la sussistenza e la qualificazione del vincolo di destinazione allo scopo dei fondi raccolti a mutare in dipendenza della veste soggettiva del raccoglitore e ad articolarsi in regimi differenziati a seconda che questo sia una persona fisica o un ente collettivo (e, entro quest'ultima categoria, a seconda del tipo di ente). Se si tratta di persona fisica non può parlarsi di un vincolo di destinazione sui fondi raccolti, in quanto patrimonio a sé, ma eventualmente di un obbligo di destinazione delle oblazioni che deve armonizzarsi con la sistematica delle donazioni e, in specie, con gli strumenti attraverso i quali l'ordinamento disciplina il fenomeno del donare destinando e lo tiene distinto da quello del dare per far avere ad altri a titolo di liberalità, cioè del dare per donare a terzi. Questa conclusione può sembrare inidonea a farsi carico del dato empirico per cui all'oblato è tendenzialmente indifferente la qualifica soggettiva del donatario (persona fisica, ente non lucrativo, società commerciale), e quindi inadeguata ad assecondare l'ipotetica aspettativa dei *backers* a una disciplina per così dire indifferenziata. Ma proprio il distinguere è compito del diritto, chiamato a dare soluzioni ragionevolmente diverse a situazioni diverse, quali in effetti sono quelle che si presentano al cospetto di collettori di fondi diversi, soggiacenti a regimi legali differenziati. Del resto, altro è erogare fondi a una persona fisica, altro è erogarli a un ente collettivo, perché quest'ultimo esiste in funzione del perseguimento di uno scopo prestabilito o di una pluralità di scopi prestabiliti, mentre la persona fisica evidentemente non nasce né vive per assolvere a uno scopo giuridico, ma ha libertà di perseguire i propri fini e di cambiarli nel tempo. L'attività giuridica dell'ente, quindi, è costantemente soggetta a un controllo di congruenza con gli scopi statutari, e per l'effetto anche a sorveglianza amministrativa (maggiore o minore a seconda dei casi), a differenza di quella della per-

quirenti). Una destinazione del patrimonio che non comportasse un effetto di separazione sarebbe pressoché inutile in quanto la separazione è strumentale alla conservazione della destinazione”.

⁶³ Analoga è la posizione assunta con norma espressa dall'ordinamento portoghese (art. 10, comma 1, Lei n.º 102/2015).

sona che è libera nei fini, salvi gli obblighi legali e convenzionali di contrarre e i correlativi divieti. Di conseguenza, il bene attribuito a un ente entra a far parte di un patrimonio destinato allo scopo dell'ente, con un grado maggiore o minore di vincolatività della destinazione a seconda della sua natura, mentre il bene attribuito a una persona si confonde entro un patrimonio che non ha altro vincolo di destinazione che quello di essere garanzia generica dei creditori (arg. ex art. 2740), perché non è mezzo al raggiungimento di uno scopo prestabilito. È congruo, quindi, che la destinazione di scopo impressa al dono risenta della diversa natura del donatario⁶⁴.

In conclusione, nel *donation-based crowdfunding* non v'è una disciplina unica del vincolo di destinazione allo scopo dei fondi raccolti tramite sottoscrizioni, ma v'è una disciplina per così dire trasversale, poiché la natura soggettiva del raccoglitore di fondi è assorbente, nel determinare il regime applicabile, rispetto alla modalità virtuale di raccolta fondi tramite internet che contraddistingue il fenomeno. Il *donation crowdfunding*, quindi, non è né fattispecie dotata di una disciplina a sé stante rispetto a quella applicabile alle raccolte fondi *off-line*, né una fattispecie unitaria al proprio interno e, segnatamente, invariante al variare del *fundraiser*. Per ciò stesso, la disciplina del vincolo di scopo è la medesima – al pari della natura del contratto con il quale si contribuisce alla raccolta – tanto che la raccolta sia effettuata via *web*, quanto che sia svolta, come per tradizione, al di fuori della rete. Non è detto che si tratti di una soluzione destinata a durare, ma fintantoché non sia operata una diversa valutazione tramite un intervento legislativo essa è – oltre che l'unica che l'interprete può far emergere per rimanere fedele al sistema – anche quella più sensata, poiché incentrata non sul mezzo di sollecitazione del consenso e di conclusione del contratto – internet, che tanta parte gioca nell'efficacia comunicativa del

⁶⁴ La differente qualifica soggettiva del *fundraiser* – persona fisica, ente non lucrativo o società commerciale – rileva, peraltro, anche in ordine al trattamento tributario, sotto il profilo sia dell'imposta di donazione, sia della tassazione del ricavo ottenuto dalla campagna di *crowdfunding*, mentre la qualifica dell'oblatoore rileva ai fini dell'eventuale deduzione delle somme donate: v. SANTIN, *Il crowdfunding alla sfida delle qualificazioni fiscali*, in *Rassegna tributaria*, 2017, p. 706 s.

messaggio entro una società digitale e nell'intermediazione tra "domanda" e "offerta" di doni – bensì sulla natura del soggetto che si appella alla pubblica generosità per intraprendere un'iniziativa e quindi, in definitiva, sulla diversa attitudine a realizzarla, che la differenza di mezzi personali e patrimoniali comporta.

6. *Prospettive de iure condendo.*

La sistemazione data alle raccolte fondi dimostra che un intervento normativo non è affatto imperativo, poiché il sistema è in grado di qualificare il fenomeno e dare a ciascuno spicchio di esso il trattamento idoneo. Si tratta, allora, di capire se il regime attualmente vigente lasci semmai scoperta qualche istanza di tutela o, comunque, consenta progressioni nella tutela di quell'istanza, e, in caso affermativo, tentare di profilare gli aspetti salienti di un intervento che non ecceda il compito di soddisfarla.

La letteratura economica segnala che il *crowdfunding*, quale che ne sia la specie, può implicare tanto il rischio – al momento della raccolta – di una selezione avversa dovuta ad asimmetrie informative tra *backers* e raccoglitori di fondi⁶⁵, quanto quello – una volta effettuata la raccolta - di un azzardo morale per distrazione dei fondi, dal momento che che “*gaining insight on the performance of a project in the post-funding period is [...] difficult*”⁶⁶. La questione, del resto, non è secondaria proprio una volta che si assuma l'importanza della “tracciabilità” del dono entro la “nuova filantropia”. Per la verità, riscontri empirici tendano a minimizzare le dimensioni pratiche del problema, sia in generale⁶⁷ che con riguardo

⁶⁵ PICHLER e TEZZA, *Crowdfunding as a New Phenomenon: Origins, Features and Literature Review*, in Bottiglia e Pichler (eds.), *Crowdfunding for SMEs. A European Perspective*, London, 2016, p. 14, osservano che tale rischio può essere minimizzato attraverso un apposito controllo preventivo da parte delle piattaforme, oltre che attraverso una selezione dei *fundraisers* che subordini l'ammissione sulla piattaforma alla circostanza che rivestano una determinata forma giuridica.

⁶⁶ PICHLER e TEZZA, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁷ Cfr. THE WORLD BANK, *Crowdfunding's potential for the Developing World*, cit., p. 44: “Data from the major existing platforms show no successful fraud has been perpetrated through pledgebased crowdfunding platforms. Attempts at fraud have been made but were thwarted by the transparency inherent

al *donation* praticato in Italia⁶⁸. Nondimeno, un incremento di tutela può essere senz'altro auspicabile sotto il profilo della trasparenza, con riguardo sia alle condizioni sulla base delle quali ci si rivolge al pubblico per sollecitarlo a donare, sia alla destinazione dei fondi raccolti allo scopo annunciato.

Con riguardo al primo aspetto, essa trova già riconoscimento in virtù del principio di buona fede precontrattuale (art. 1337). L'inapplicabilità in via diretta a tutte le raccolte fondi della norma secondo la quale le attività di raccolta fondi da parte di enti del terzo settore devono avvenire in conformità ai principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti tra tali enti, "sostenitori" e "pubblico" (art. 7, comma 2, CTS) non toglie che a qualsiasi raccolta si applichi la regola generale di buona fede, la quale ispira quella particolare del codice di settore. Ogni raccoglitore di fondi – pur non rivestendo la qualifica soggettiva di ente del terzo settore – deve conformarsi a veridicità, comprensibilità e completezza nel formulare il progetto della raccolta, con il quale rilascia informazioni sugli elementi salienti (scopo, mezzi e tempi) che incidono sulla determinazione volitiva dei sottoscrittori e così avvia il primo segmento del procedimento di conclusione del contratto. La potenziale serialità delle raccolte del terzo settore non esclude, pertanto, che qualunque raccolta, anche episodica o addirittura singolare, debba ispirarsi a correttezza e, in particolare, essere preceduta da un adeguato corredo informativo nei confronti dei potenziali oblatori, sotto pena – in astratto – di responsabilità precontrattuale per il raccoglitore che se ne discosti nei confronti del singolo sottoscrittore, rispetto al quale l'informazione falsa, incompleta o fuorviante ingeneri un affidamento destinato a rimanere deluso. Inoltre, l'intermediazione della piattaforma rende quest'ultima – sempre in astratto – corresponsabile nei confronti del sottoscrittore, *ex art.*

in crowdfunding: would-be investors asked questions and challenged the fraudulent postings, revealing the frauds and resulting in their removal from funding platforms within 24 hours".

⁶⁸ In occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, gli episodi di raccolte truffaldine – peraltro, a quanto risulta non compiute tramite piattaforme – di cui hanno dato notizia i media sono stati prontamente smascherati dalla polizia postale.

1759⁶⁹. Sotto questo profilo, allora, un ipotetico intervento normativo potrebbe specificare *ex ante* gli obblighi informativi funzionali a garantire l'effettività dell'interesse conoscitivo dei potenziali sottoscrittori e, quindi, a realizzare la trasparenza. In questa logica, la diffusione dell'appello a donare e la conclusione del contratto tramite piattaforme specializzate non può che indurre a situare l'incidenza degli obblighi informativi già sul piano del rapporto tra piattaforma e raccoglitori, nei termini dell'obbligo per la piattaforma di divulgare al pubblico una serie di informazioni, mediato dall'obbligo del raccoglitore di rilasciarle alla piattaforma stessa, come presupposto per l'accettazione del progetto da parte di questa (che, già oggi, spesso opera un'istruttoria preliminare) e come condizione per la persistenza del progetto *in itinere*. Anche la responsabilità della piattaforma meriterebbe di essere conservata, per non introdurre nei confronti dei sottoscrittori un regime peggiorativo rispetto a quello oggi vigente.

Con riguardo al secondo aspetto, ad oggi una norma del codice del terzo settore consente a qualunque interessato di accedere ai rendiconti delle raccolte fondi dell'anno precedente, oggetto di pubblicità nel registro del terzo settore (art. 48, comma 1 e 2, CTS). Ovviamente la norma non si applica né agli enti che non siano iscritti nel relativo registro (art. 11 CTS), né alle persone fisiche. Per converso, non sussiste un obbligo avente a oggetto l'informazione ai sottoscrittori sulla realizzazione dell'obiettivo della raccolta, né nei casi in cui un vincolo di destinazione sui fondi raccolti sussista né quando non sussista, salvo che l'obbligo sia stato volontariamente assunto dal raccoglitore, magari in virtù delle condizioni generali di contratto imposte dalla piattaforma, o costituisca il corollario dell'obbligazione modale di destinazione o parziale devoluzione eventualmente assunta. Nessuna norma di legge, insomma, attribuisce agli oblatori diritti di informazione *in itinere* (sullo stadio di avanzamento delle raccolte) o sul loro esito nei con-

⁶⁹ Diversa è la scelta compiuta dal legislatore italiano con riguardo al portale di *equity crowdfunding*, il quale non è responsabile della veridicità e della completezza delle informazioni, ricevute dall'emittente, recate dal documento informativo breve – peraltro esente dal controllo della Consob – che deve rilasciare ai potenziali investitori.

fronti del raccoglitore, neanche se ente del terzo settore. Nondimeno, la tendenza osservabile è quella a una spontanea informazione dei sottoscrittori da parte dei raccoglitori, tecnicamente propiziata dall'interattività del *web 2.0* e culturalmente praticata per sensibilità verso l'orizzonte di attesa di chi dà – attento alla ricaduta del proprio dono – e per convenienza ad acquisire una buona reputazione. È una tendenza che corrisponde a uno *standard* di efficienza e a una leva di trasparenza ritenuti ottimali dagli operatori, in funzione della selezione tra raccolte virtuose, e non, e della conquista della fiducia del pubblico.

Qui i margini per un intervento normativo volto a garantire la trasparenza sono maggiori. Deve essere chiaro, però, che non si tratterebbe affatto di imporre un vincolo o un obbligo di destinazione, là dove questo non sussista secondo le regole di diritto comune, ampiamente illustrate; si tratterebbe, invece, di imporre un obbligo di informazione sulla realizzazione dell'attività o dello scopo preannunciati, al fine di consentire ai sottoscrittori di sapere se i fondi raccolti sono stati effettivamente destinati allo scopo, a prescindere dalla circostanza che dovessero esserlo o potessero anche non esserlo. Ciò creerebbe le condizioni per una sorta di *rating* dei *fundraisers* e permetterebbe al pubblico di saggiare l'attendibilità del raccoglitore in funzione di una nuova scelta obblativa, così da sancire il successo o decretare l'eventuale bando dal "mercato" del dono in future occasioni simili. La circostanza che i raccoglitori tendano a dare informazioni e si predispongano a ricevere *feedbacks* dai sostenitori non è, infatti, sufficiente a soddisfare l'interesse conoscitivo, perché non ne garantisce la realizzazione al di là dei casi di spontanea *disclosure*. Inoltre, il sistema com'è risulta inidoneo a far operare un meccanismo di valutazione ad opera degli "utenti", per la fondamentale differenza che intercorre con quanto accade nei *marketplaces* digitali (si pensi a Amazon e eBay), che adottano sistemi reputazionali⁷⁰. Difatti, il congegno

⁷⁰ Sulla nozione di sistema reputazionale nei *marketplaces* SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 206. Tale sistema, facendo circolare agevolmente informazioni altrimenti reperibili a costo elevato, consente ai consumatori di fare scelte ponderate e incentiva le imprese alla concorrenza, con abbassamento dei prezzi, riducendo così la necessità di sanzioni giuridiche

fondato sulla reputazione, assai diffuso su internet e idoneo a colmare le asimmetrie di conoscenza attraverso informazioni e valutazioni relative a comportamenti pregressi dei professionisti in casi simili o analoghi, che creano una sorta di classificazione dell'attendibilità commerciale degli agenti, è idoneo a funzionare entro contratti a prestazioni corrispettive, in cui il *feedback* è emesso da un soggetto che ha ricevuto un bene o un servizio e può quindi valutarne la qualità o quantomeno esprimere un giudizio sull'affidabilità della controparte contrattuale. Nel contesto del *donation crowdfunding*, invece, il donante non solo non riceve un bene o un servizio, ma neanche è in grado di controllare direttamente l'effettiva destinazione dei fondi allo scopo, nel senso che il controllo può essere normalmente effettuato tramite le dichiarazioni del donatario (a meno che il progetto consista in un evento al quale il *backer* possa direttamente partecipare), che però sono puramente volontarie.

Per attuare appieno la trasparenza in questo segmento del fenomeno – quello che segue alla conclusione della raccolta – e massimizzare la fiducia del pubblico occorre, quindi, istituire un obbligo informativo sull'uso dei fondi raccolti a carico del *fundraiser* nei confronti della piattaforma, e di questa nei confronti dei sottoscrittori o (preferibilmente) del pubblico. Solo tale obbligo può consentire l'instaurazione di un sistema reputazionale adeguato, che funzioni non tramite il diretto commento dei *backers*, ma per effetto delle valutazioni di questi rese possibili dall'acquisizione di informazioni sul seguito del dono, che – lo si ricorderà – è estraneo all'oggetto del contratto di sottoscrizione. L'obbligo di informazione (evidentemente, veritiera e completa) del *fundraiser* dovrebbe essere sanzionato, per il caso di inadempimento, tramite la segnalazione al pubblico da parte della piattaforma dell'omissione informativa ed eventualmente la preclusione ad avvalersi della stessa piattaforma in futuro. La comunicazione al pubblico che il raccogli-

per ottenere comportamenti ottimali. Nondimeno, esso non manca di presentare criticità, tra cui quella di una polarizzazione dei giudizi tra molto positivi e molto negativi, con prevalenza dei primi per difficoltà nei rapporti sociali di esprimere valutazioni critiche quando vi sia stato un contatto diretto tra le parti, ovvero per timore di ritorsioni.

tore di fondi si rifiuta di informare circa l'uso dei fondi raccolti varrebbe poi a segnare, ragionevolmente, un calo di credibilità del raccoglitore stesso, che quindi sperimenterebbe difficoltà nell'appellarsi nuovamente al pubblico con successo. Il contenuto dell'informazione rilasciata, per contro, non dovrebbe dare luogo ad alcuna sanzione, onde chi affermasse di non aver destinato i fondi allo scopo annunciato o di averli destinati a uno scopo diverso ne risponderebbe sempre alla stregua della propria reputazione e non a diverso titolo, sotto pena di introdurre un'antinomia con la supposta mancanza di un obbligo di destinazione; ove, invece, l'obbligo (per la persona fisica) o il vincolo (per l'ente) sussistessero, la confessione dell'inadempimento o dell'inattuazione non avrebbe altro effetto che quello di consentire ai soggetti legittimati e interessati di far valere il pertinente rimedio di diritto comune. In definitiva, la rendicontazione obbligatoria avrebbe effetti virtuosi *ex ante* e *ex post*: *ex ante* alimenterebbe la fiducia del pubblico; *ex post* consentirebbe di fare scelte ottimali, instaurerebbe un sistema reputazionale adeguato e così moralizzerebbe le raccolte.

Quanto alla responsabilità della piattaforma, essa dovrebbe senz'altro sussistere per l'inadempimento del suo obbligo di informazione nei confronti del pubblico, trattandosi di concepire una sanzione adeguata. Di contro – rispetto all'ipotesi, precedentemente esaminata, di omesso controllo sulla veridicità delle informazioni recate dal *fundraiser* attraverso il progetto – non sembra che possa ragionevolmente postularsi un obbligo della piattaforma di controllo sulle informazioni rese dal raccoglitore circa la destinazione a raccolta conclusa, perché ciò richiederebbe un potere di vigilanza sulla realizzazione del progetto che non è coerente con il suo ruolo di intermediario e comunque un'indagine in fatto che essa non è in grado di svolgere, se non a seguito di costosi accertamenti: dovrebbe quindi escludersi ogni conseguente responsabilità. In sostanza, allora, la posizione di *gatekeeper* della piattaforma andrebbe differenziata a seconda che ci si riferisca alla fase della raccolta o a quella della realizzazione del progetto, imponendo un obbligo di informazione mediato da quello di controllo nella prima e un obbligo di comunicazione senza obbligo di controllo nella seconda, nella

ANDREA RENDA

quale la responsabilità per le informazioni rilasciate si concentra sul *fundraiser*.

FRANCESCO RENDE
Professore associato di diritto privato
Università di Messina

***ABUS DE DÉPENDANCE* E CONTROLLO DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE**

SOMMARIO: 1. Le ragioni della riforma del *Code Civil*. – 2. La libertà contrattuale nelle disposizioni introduttive alla disciplina del contratto. – 3. Autonomia privata e giustizia contrattuale nella genesi dell'*abus de dépendance*. – 4. L'inserimento dello squilibrio contrattuale tra i requisiti della fattispecie. – 5. L'*état de dépendance*. – 6. Il contegno del contraente forte. – 7. L'*abus de dépendance* quale patologia del regolamento contrattuale. – 8. I rimedi.

1. Le ragioni della riforma del Code Civil.

In una fase storica caratterizzata da un significativo rallentamento del processo di costruzione del diritto contrattuale europeo e dal riaffiorare dei nazionalismi all'interno degli Stati membri dell'U.E., i codici civili nazionali si rinnovano per fronteggiare, da una ritrovata posizione di centralità, le nuove sfide dei mercati¹.

Ultimo a capitolare², dopo oltre duecento anni di resistenza, è stato il *Code Napoléon* vero e proprio *monumento storico*³ e *simbolo dell'identità nazionale francese*.

¹ VETTORI, *Introduzione*, in Vettori, Navarretta e Pagliantini (a cura di), *La riforma del Code civil*, numero monografico di *Persona e mercato*, 2018, 1, p. 4 il quale evidenzia come i codici nazionali siano interessati da importanti processi di revisione “pensati per accrescere identità e incidenza su aree economiche rilevanti”.

² Anche in Italia è da tempo avvertita l'esigenza di un ammodernamento del Codice civile. Di recente, su iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con il Ministro della giustizia è stato presentato al Senato il Ddl n. 1151 recante la “Delega al Governo per la revisione del codice civile” (cfr., BALESTRA, CUFFARO, SCOGNAMIGLIO e VILLA, *Proposte di riforma del codice civi-*

Il percorso di riforma del *Code*, avviato all'indomani dei festeggiamenti per il suo bicentenario e completato con la recente *loi* n° 2018-287⁴, è stato piuttosto lento⁵ ed accidentato, salvo subire

le: prime riflessioni, in *Corr. giur.*, 2019, p. 598 ss.). Un'ampia riflessione sulle esigenze di riforma del libro IV del Codice civile venne svolta dalla dottrina in occasione del Convegno organizzato per il cinquantenario della Rivista di Diritto Civile, su *Il Diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale* (Treviso, 23-25 marzo 2006) i cui *Atti* sono pubblicati in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6.

³ Cfr., ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.

⁴ Cfr., *Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *Journal officiel* del 21 aprile 2018. Come si vedrà nel prosieguo, la legge non si è limitata ad una mera ratifica ma ha inciso profondamente su talune disposizioni dell'ordonnance tanto da indurre taluni autori a ribattezzarla come "réforme de la réforme" (cfr., MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 900 ss.; DELPECH, 2019, *où va le droit des contrats?*, in *AJ Contrats*, 2019, p. 1. Per un primo commento a tale legge v., PELLIER, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée!*, in *Actualité Dalloz*, 30 avril 2018; MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2018, p. 912 ss.; MALLEY-BRICOUT, *Une ratification multidimensionnelle - À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *RTDCiv.*, 2018, p. 740 ss.; DISSAUX, *La réforme du droit des contrats: de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018*, in *AJDI*, 2019, p. 336 ss.

⁵ Risale, infatti, al 2005 il primo progetto di riforma guidato da Pierre Catala (cfr., CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, *La Documentation Française*, 2006). Ad esso sono seguiti quello coordinato da Francois Terré (TERRE (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009) ed un terzo elaborato da un gruppo di studio costituito dalla Corte di Cassazione francese (cfr., *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, reperibile su <https://www.courdecassation.fr>). Come ricorda ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss., peraltro, una prima iniziativa di riforma può farsi risalire al progetto di codice italo-francese proposto da Vittorio Scialoja e pubblicato nel 1927. Sui progetti che hanno preceduto l'ordonnance del 2016, v., ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., *passim*.

un'improvvisa accelerazione nel 2015 allorché l'art. 8 della *loi* n° 2015-177⁶, con il dichiarato obiettivo di predisporre una regolamentazione del diritto patrimoniale competitiva sul piano internazionale⁷, ha demandato al governo il compito di provvedere ad *ammodernare, semplificare, migliorare la leggibilità e l'accessibilità* della disciplina generale del contratto, delle obbligazioni e delle prove, nonché di *garantire la certezza del diritto e l'efficacia della regolamentazione*.

L'impianto originario del *Code* non poteva, infatti, considerarsi al passo con le esigenze emerse *medio tempore* nella società francese e collegate alla evoluzione dei rapporti di natura patrimoniale; soltanto l'incessante opera di aggiornamento ed integrazione portata avanti dalla giurisprudenza aveva consentito la sopravvivenza della disciplina ottocentesca delle obbligazioni e dei contratti⁸.

Un siffatto assetto poneva evidenti problemi di certezza giuridica⁹ e rendeva il diritto patrimoniale francese poco competitivo rispetto a quello di altri Stati¹⁰.

La delega al Governo, tuttavia, ha suscitato una forte opposizione, ritenendosi che, per il suo significato simbolico, il *Code*, vera e propria "*Costituzione civile*"¹¹, non potesse essere così profondamente modificato senza l'approvazione delle due Camere. Soltanto

⁶ Cfr., LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

⁷ Nell'*exposé des motifs*, *loi* n° 2015-177 si precisa che tra gli obiettivi della riforma vi è quello di contribuire "*au rayonnement et à l'attractivité du système juridique français*".

⁸ Basti pensare che prima dell'*ordonnance* del 2016 il *Code* non conteneva alcuna disposizione concernente la formazione del contratto la cui regolamentazione era interamente rimessa al formante giurisprudenziale.

⁹ Cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, in *JORF*, 11 février 2016, p. 2 ove l'incertezza viene espressamente collegata anche al mutare degli orientamenti giurisprudenziali.

¹⁰ Quali quello inglese nonché quello tedesco, portoghese e spagnolo recentemente interessati dalla riforma della disciplina delle obbligazioni e dei contratti.

¹¹ Cfr., VETTORI, *Introduzione*, cit., p. 4.

l'intervento del *Conseil Constitutionnel*¹², confermando la piena legittimità della succitata delega, ha posto fine alla *querelle*.

Nonostante i diversi incidenti di percorso, decorso appena un anno dalla l. n. 2015/177, l'*ordonnance* del 10 febbraio 2016¹³ ha quasi interamente riscritto i titoli III (dedicato alle fonti delle obbligazioni¹⁴), IV (concernente il regime generale delle obbligazioni) e IV bis (relativo alle prove)¹⁵ del libro III¹⁶ del *Code Civil* al fine di

¹² Il progetto di *ordonnance* redatto dal Ministero di Giustizia ha determinato lo scontro tra l'assemblea nazionale (favorevole al progetto) ed il senato (contrario a che una riforma così importante venisse approvata tramite *ordonnance*) finché, ai sensi dell'art. 45 della Costituzione francese, l'assemblea ha autorizzato il governo ad adottare l'ordinanza di riforma. Ne è seguito un ricorso innanzi alla Corte costituzionale da parte di un folto gruppo di senatori; la Corte ha ritenuto, però, legittimo l'operato dell'assemblea. Sul punto v., VETTORI, *Introduzione*, cit., spec., p. 6 s.

¹³ Per una disamina generale dell'*ordonnance* v., DISSAUX e JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, *passim*; POLLAUD DULIAN, *Réforme du droit civil des contrats par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, in *RTD com.*, 2016, p. 504; BARBIER, *Le grand mouvement du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, 2016, p. 247 s.; PELLIER, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, cit.; MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss. e, per la dottrina italiana, ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.; VETTORI, NAVARRETTA e PAGLIANTINI (a cura di), *La riforma del Code civil*, cit., *passim*; VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, *passim*; COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 322; BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 627 ss.

¹⁴ Al suo interno il titolo III è articolato in sottotitoli: il contratto (sottotitolo uno), la responsabilità extracontrattuale (sottotitolo due) le altre fonti delle obbligazioni (sottotitolo tre).

¹⁵ In precedenza, il titolo III era dedicato al contratto ed alle obbligazioni convenzionali in generale, il titolo IV alle altre fonti delle obbligazioni ed il titolo IV bis alla responsabilità per prodotto difettoso.

¹⁶ Come è noto, il libro III del *Code Civil* è dedicato ai differenti modi di acquisto della proprietà.

conseguirne la *semplificazione*, l'*ammodernamento* e la conformità al principio della *certezza del diritto*.

D'altra parte, l'urgenza di conformare la disciplina francese agli standard internazionali forniva una decisiva spinta propulsiva all'approvazione della riforma.

Il rafforzamento dell'attrattività della legge francese, in termini *politici, culturali ed economici* è, invero, indicato, anche dalla relazione al Presidente della Repubblica¹⁷, tra gli obiettivi primari dell'intervento normativo e rappresenta, a nostro avviso, il filo conduttore delle principali novità introdotte nella disciplina generale del contratto¹⁸.

Si spiegano, in tale prospettiva, talune caratteristiche significative della riforma concernenti tanto l'impalcatura generale e le scelte di fondo, quanto taluni specifici istituti.

2. *La libertà contrattuale nelle disposizioni introduttive alla disciplina del contratto.*

A tracciare le linee direttrici della riforma sono gli art. 1101 e ss. contenenti le *dispositions liminaires* alla disciplina del contratto. Una forte influenza è stata, in particolare, esercitata dai progetti concernenti l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo ed internazionale (dai Principi Unidroit¹⁹ al DFCR²⁰, dai Principi Lando²¹ al Codice Gandolfi, tutti espressamente richiamati dalla relazione al Presidente della Repubblica) considerati punti di riferimen-

¹⁷ Cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., p. 3.

¹⁸ L'obiettivo viene seguito anche attraverso l'opera di semplificazione del lessico e dei concetti utilizzati volta a rendere maggiormente accessibile e fruibile la disciplina in esame anche ai non addetti ai lavori. Sul punto v., però, KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2016, p. 1143 ss., che ridimensiona la portata delle novità lessicali.

¹⁹ Cfr., *Unidroit Principles of international commercial contracts*, reperibili su <http://www.unidroit.org>.

²⁰ Il riferimento è al *Draft common frame of reference* reperibile su: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

²¹ Il riferimento è, naturalmente, ai Principi di diritto europeo dei contratti pubblicati in *Europa dir. priv.*, 2000, con introduzione di Castronovo.

to, in quanto elaborati tenendo conto delle esigenze degli operatori del mercato ed attraverso uno sforzo di sintesi delle diverse esperienze nazionali e di quella comunitaria.

Per identificare le regole introduttive si è scelto, tuttavia, di non ricorrere all'espressione "principi"²². La variazione non riflette una mera preferenza lessicale; la Relazione svela l'esistenza di una ragione sostanziale: evitare ogni qualificazione atta a legittimare interventi giudiziali eccessivamente pervasivi dell'autonomia privata²³.

All'interno del citato nucleo normativo, assoluta centralità rivestono la libertà contrattuale (art. 1102) e la buona fede (art. 1104) che, come richiesto dall'art. 8, comma 1, della legge del 2015, costituiscono le stelle polari di una riforma intesa a coniugare i due principi secondo un modello (ricorrente nei summenzionati progetti europei²⁴) nel quale alla seconda è assegnato il compito di disegnare i confini della prima²⁵.

²² Secondo ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss., tuttavia, "di europeo, per la verità, nel testo di questa *ordonnance* c'è molto poco".

²³ Il termine principi avrebbe potuto, secondo la Relazione, indurre ad assegnare rango superiore alle disposizioni in esame sì da legittimare operazioni ermeneutiche eccessivamente votate alla giustizia perequativa. Nella prospettiva del legislatore della riforma, invece, "*il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes*". Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., p. 5.

²⁴ Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., dove si chiarisce che l'espressa previsione di siffatti principi mira a ravvicinare l'ordinamento francese agli statuti normativi dei progetti europei di armonizzazione del diritto contrattuale nonché a taluni ordinamenti nazionali.

²⁵ Il riferimento è a quella tendenza, emersa soprattutto nel diritto comunitario, a non modellare direttamente ed *a priori* i contenuti del programma negoziale, ma ad intervenire *ex post* ove il regolamento definito in piena autonomia dai privati, costituendo il frutto di condotte scorrette o abusive, abbia oltrepassato i limiti normativamente fissati. Su tale tecnica normativa, cfr., PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 230 (ove si discorre di "limiti quantitativi"); SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 1030; D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 625 ss.; DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo*,

La libertà contrattuale – valore di rango primario secondo una consolidata interpretazione della Corte Costituzionale francese²⁶ - è declinata dall'art 1102 come libertà di stipulare o non stipulare il contratto, determinarne il contenuto e la forma²⁷ nei limiti fissati dalla legge²⁸, scegliere la controparte.

nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore in *Contr. impr.*, 2006, p. 673 ss. (ove si discorre di “controllo della deroga al diritto positivo”); FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 159.

²⁶ Sin dal 1998, il *Conseil Constitutionnel* aveva, gradualmente, elevato la libertà contrattuale al rango di valore primario derivante dall'art. 4 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (cfr., *Conseil Constitutionnel*, décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, in *RTD Civ.*, 1998, p. 796, con *obs* di MOLFESSIS, secondo cui «*le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*»). Siffatta affermazione, ripresa in più occasioni (cfr., *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, in *D.* 2001, p. 1766, con *obs* di RIBES (nella sentenza espressamente si afferma che il principio della libertà contrattuale «*découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*») è stata successivamente specificata nella sua portata applicativa chiarendo che le deroghe al principio della libertà contrattuale devono rispondere a finalità di interesse generale (cfr., *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *loi relative au secteur de l'énergie*, in *AJDA*, 2007, p. 192, con nota di MARCOU e in *D.*, 2007, p. 1760, con nota di VERPEAUX) e non possono comunque, essere sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito (cfr., *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, *Association Temps de Vie*, in *D.* 2012, p. 2622, con *obs.* di LOKIEC e PORTA e in *Dr. soc.*, 2012, p. 796, con nota di BONNET). I medesimi limiti valgono nel caso in cui il legislatore vada ad incidere sul contenuto di contratti legalmente conclusi (cfr. *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *loi relative à la sécurisation de l'emploi*, in *RTD civ.*, 2013, p. 832, con *obs* di BARBIER e in *JCP G*, 2013, p. 929, con nota di GHESTIN; *Conseil Constitutionnel*, décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, *loi pour la confiance dans la vie politique*, in *AJDA*, 2017, p. 1692).

²⁷ Non è espressamente codificata, invece, la libertà di stipulare contratti atipici. Sul punto, v., COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, p. 322.

²⁸ L'art. 1102, 2° comma, precisa inoltre che “*la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public*”.

In una prima stesura dell'*ordonnance*, peraltro, la libertà contrattuale non consentiva di derogare alle disposizioni protettive dei diritti e delle libertà fondamentali applicabili ai rapporti tra privati; faceva eccezione l'ipotesi in cui la lesione fosse indispensabile per la protezione di interessi meritevoli di tutela e proporzionata alle finalità perseguite²⁹.

Siffatta apertura alla c.d. costituzionalizzazione del diritto contrattuale³⁰, foriera – secondo la dottrina – di un controllo sull'autonomia privata eccessivamente esteso, siccome preordinato alla salvaguardia di interessi individuali³¹, è stata espunta dalla stesura definitiva dell'art. 1102 del *Code*. Rimosso ogni riferimento ai diritti fondamentali³², il rispetto degli interessi generali da parte dei privati viene assicurato imponendo l'osservanza delle disposizioni di *ordine pubblico*.

Per preservare la libertà contrattuale da possibili incursioni della giurisprudenza, anche il Rapporto ha cura di precisare che tutte le disposizioni del *Code* presentano natura *dispositiva* salva diversa esplicita previsione³³. L'indicazione appare piuttosto eloquente benché, secondo una parte della dottrina³⁴, la stessa non assuma valore vincolante lasciando all'interprete, volta per volta, il compi-

²⁹ Cfr., ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss.

³⁰ Cfr., ALPA, *op. loc. ult. cit.*

³¹ Cfr., TERLIZZI, *Erosione e scomparsa della clausola dei "buoni costumi" come limite all'autonomia contrattuale*, in Vettori, Navarretta e Pagliantini (a cura di), *La riforma del Code civil*, cit., p. 140; KLESTA, *op. cit.*, p. 2.

³² La dottrina ha dato letture differenti di tale rinuncia. Secondo BENATTI, *op. cit.*, p. 627 ss., la violazione di tali regole sarebbe riconducibile alla trasgressione dell'ordine pubblico. Secondo ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, cit., p. 177 ss., la dottrina francese è sempre stata contraria alla costituzionalizzazione del diritto privato.

³³ Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25*, reperibile anche su <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>, p. 5.

³⁴ Cfr., VETTORI, *Introduzione*, cit., p. 7.

to di stabilire la natura imperativa o meno della norma derogata dall'autonomia privata³⁵.

3. *Autonomia privata e giustizia contrattuale nella genesi dell'abus de dépendance.*

La tensione tra autonomia privata e ordinamento giuridico ha fortemente condizionato anche il percorso che ha condotto all'introduzione nel *Code civil* dell'*abus de dépendance*, eletto dalla dottrina francese a disposizione simbolo della novella³⁶.

Per chiarire il senso dell'affermazione è opportuno dar conto, almeno sommariamente, dei contributi giurisprudenziali e dottrinali con i quali si è confrontato il legislatore francese.

³⁵ La questione assume, peraltro, particolare rilievo anche in relazione a talune delle principali novità introdotte dalla riforma, quale, ad es., la disciplina della *imprévision*. Nel caso di circostanze sopravvenute che rendono eccessivamente onerosa l'esecuzione del contratto, infatti, il novellato art. 1195 del *Code* contempla taluni strumenti di tutela dei quali la parte svantaggiata può avvalersi a condizione che non abbia accettato il rischio legato alle sopravvenienze. Da qui, secondo taluni autori, la possibilità di inserire nel contratto una clausola di accettazione del rischio che escluderebbe l'operatività dell'art. 1195. In tal senso, MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., p. 441. A ciò si aggiunge che il *Code* non qualifica espressamente l'art. 1195 come norma imperativa e ciò, come si è precisato, secondo il *Rapporto*, implicherebbe automaticamente la possibilità di una deroga. In senso contrario si rileva, tuttavia, che la espressa previsione di imperatività manca per una pluralità di disposizioni (quale ad esempio quella sulle clausole generali) certamente da considerarsi di ordine pubblico. In tal senso v., VETTORI, *Introduzione*, cit., p. 7. Sul punto v., BARBIER, *Le grand mouvement du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, 2016, p. 247 s.; MERCADAL, *Reforme du droit des contrats*, in *Dossier Pratique*, Paris, 2016, p. 169 s.; DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 392 ss.

³⁶ Secondo CLAUDE, *L'abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique)*, in *RTDcom*, 2016, p. 461, il novellato art. 1143 del *Code est sans doute una des dispositions les plus remarquées de la nouvelle codification*. Nello stesso senso anche CHENEDE, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, p. 655 ss.

Nel 2000, una nota pronuncia della Corte di Cassazione francese riconosce la rilevanza giuridica delle condizioni di debolezza in cui può versare una parte nel momento della contrattazione e, pur escludendo il ricorrere di una *lésion*³⁷, risolve il caso concreto applicando alla fattispecie la disciplina dei *vizi del consenso* ed in particolare quella della violenza³⁸.

Emerge, così, la figura della c.d. *violence économique* successivamente messa a punto da una pronuncia del 2002 nella quale si precisa che « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* »³⁹.

³⁷ La *lésion*, intesa quale pregiudizio subito da una delle parti a causa della sproporzione tra le prestazioni è considerata generalmente irrilevante dall'ordinamento giuridico francese (cfr., art. 1118 del *Code* precedente alla riforma e il novellato art. 1168). In talune specifiche ipotesi, tuttavia, la *lésion* può venire in rilievo quale causa di annullamento (art. 1149) o di rescissione (art. 1674). Esiste in dottrina una corrente di pensiero favorevole ad una nozione più ampia di *lésion* quale espressione del principio di giustizia contrattuale. Si elabora, così, la figura della *lésion qualifiée*, ossia dello squilibrio manifesto tra le prestazioni determinato da abuso di potere economico. Sul punto v., DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, Bruxelles, 1946, p. 71.

³⁸ Cfr., Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, in *D.*, 2000, 879, con nota di CHAZAL, *La contrainte économique: violence ou lésion?*; *ibid.* 2001, p. 1140, con osservazioni di MAZEAUD *Vers l'émancipation du vice de violence*; in *RTDCiv.*, 2002, p. 827, con osservazioni di MESTRE e FAGES, *La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion*; *ibid.*, p. 863, con osservazioni di GAUTIER, *Où la contrainte économique devient une nouvelle ouverture pour la violence dans le contrat de transaction*. La pronuncia precisa che *la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion*. In ragione di tale lettura, la Cassazione cassa la pronuncia della Corte d'Appello di Parigi che aveva respinto una domanda volta a far valere la nullità di una transazione conclusa in stato di dipendenza economica ritenendo applicabile al caso di specie la figura della *lésion*.

³⁹ Cfr., Cass. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n. 00-12.932 Bull. civ. I, n. 108, in *D.* 2002, p. 1860, con nota di GRIDEL, *Le consentement n'est pas vicié de violence par la seule dépendance économique inhérente au statut salarial*; *ibid.*, p. 2844, con osservazioni di MAZEAUD, *Régime de la violence économique*; in *RTD civ.*, 2002, p. 502, con osservazioni di MESTRE e FAGES, *Violence morale et dépendance économique*, in *RTD com.*, 2003, p. 86, con osservazioni di FRANÇON, *Contrat d'exploitation des oeuvres d'une femme créateur salarié*. Sul rapporto

Nell'elaborazione della Cassazione francese, dunque, la mera condizione di dipendenza economica non è di per sé sufficiente ad inficiare la validità del contratto; occorre, piuttosto, provare l'esistenza di un comportamento abusivo consistente nello sfruttamento del timore della controparte, e, perciò, tale da condizionarne la volontà⁴⁰.

Rimane, invece, irrilevante l'eventuale squilibrio contrattuale determinato dalla *contrainte économique*⁴¹.

Prendendo le mosse dalla *violence économique* di matrice giurisprudenziale⁴², l'art. 8, l. n. 2015/177, delegava il governo francese ad introdurre nel *Code des dispositions permettant de sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre*⁴³.

tra i precedenti della Cassazione francese e l'attuale previsione dell'art. 1143, v., CLAUDE, *op. cit.*, p. 462.

⁴⁰ In ragione di tali precisazioni veniva cassata la sentenza della Corte d'Appello di Parigi che aveva pronunciato la nullità di un accordo concluso tra una casa editrice ed una propria dipendente presumendo che la sussistenza di un rapporto di lavoro tra le parti non avesse consentito alla lavoratrice di negoziare liberamente il contenuto dell'accordo. Secondo la Cassazione, invero, la Corte d'Appello avrebbe dovuto constatare in concreto la sussistenza di una minaccia di licenziamento e lo sfruttamento di tale circostanza da parte del datore di lavoro per ottenere la conclusione dell'accordo.

⁴¹ Si tratta di una conseguenza della scelta di ricondurre la *contrainte économique* ai vizi del consenso piuttosto che alla *lésion*. Cfr., MAZEAUD, *Régime de la violence économique*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p. 2844.

⁴² In dottrina si è, peraltro, rilevato come, nonostante l'astratto riconoscimento della figura della violenza economica, la giurisprudenza ne abbia in concreto negato l'applicazione. Così HOUTCIEFF, *L'admission mesurée de la violence économique*, in *Gaz. Pal.*, 9 juil 2015, p. 16, il quale, commentando la pronuncia Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2015, no 13-28278, scrive: "*les arrêts admettant le principe de la violence économique se reconnaissent à ce qu'ils en refusent l'application: cette décision rendue le 18 février 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation ne fait pas exception à la règle*". In ragione di tale atteggiamento, LOISEAU, *La violence économique: du vice à la vertu*, in *CSBP*, 1^o mars 2015, p. 153, parla di "*jurisprudence schizophrène*". Un'eccezione a siffatto modo di operare viene individuata da CLAUDE, *op. cit.*, p. 462 in Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 2015, 14-10.920, in *D.*, 2016, 566 con osservazioni di MEKKI.

⁴³ Sul dibattito precedente la l. n. 2015/177 concernente l'introduzione della figura della *violence économique*, v. BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, in *Dr. et patr.*, 2014, n. 240, p. 50 s. Per una più

Diversi erano i modelli normativi dai quali trarre ispirazione per dare attuazione alle delega⁴⁴: accanto alla soluzione elaborata dalla prassi, figuravano, invero, talune previsioni contenute nel *BGB*⁴⁵ e nei principali progetti elaborati per la creazione di un diritto europeo dei contratti⁴⁶.

PEC (art. 4:109), DCFR (art. II. 7:207), CESL (art. 51) e Principi di Pavia (art. 30, comma 3), ad esempio, introducevano *le vice de faiblesse* (non come ipotesi di violenza, ma) quale quarto vizio della volontà che fosse *spécialement adapté à la protection des contractants vulnérables*⁴⁷.

In tale prospettiva, si emancipava la fattispecie dalla sussistenza di minacce volte allo sfruttamento dell'altrui posizione di debolezza⁴⁸ e si attribuiva rilievo all'abuso in ragione dell'ingiusto profitto conseguito dal contraente più forte. Anche il comportamento scorretto, collocato all'interno dei vizi del consenso, costituiva, pertanto, causa di invalidità del contratto.

Secondo una differente impostazione, elaborata nell'ambito dell'*avant projet Terré*⁴⁹, lo sfruttamento della situazione di debo-

ampia riflessione sull'opportunità di ripensare il tema della tutela del contraente debole in guisa da giungere alla costruzione di un *droit des contractants vulnérables* che consenta di coordinare le diverse misure di protezione disseminate nella disciplina speciale superando, peraltro, la rigida contrapposizione tra consumatori e professionisti v. S. LE GAC-PECH, *Bâtir un droit des contractants vulnérables*, in *RTDCiv.*, 2014, p. 581 ss.

⁴⁴ Intervenendo sul dibattito concernente l'introduzione nel Code di uno strumento per contrastare l'abuso dell'altrui debolezza, BARBIER, *op. loc. ult. cit.*, p. 51, individua due percorsi alternativi anche in relazione ai rimedi: "*l'un de justice procédurale et d'essence subjective qu'incarnent les vices du consentement, l'autre de justice substantielle et d'essence objective que représente le contrôle du contenu du contrat*".

⁴⁵ Cfr., § 138, BGB.

⁴⁶ Cfr., art. 4:109 PEC; art. II. 7:207 DCFR; Art. 48 Feasibility study, Art. 51 CESL. Cfr., anche art. 3.2.7 Principi Unidroit.

⁴⁷ Cfr. LOISEAU, *Les vices du consentement*, in *Contrats concurrence consommation (CCC)*, 2016, p. 18.

⁴⁸ Questo il motivo che induce, ad esempio REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1222, ad aderire a tale modello.

⁴⁹ Cfr. art. 66 dell'*avant projet Terré*. Mentre l'art. 65 prevede l'irrelevanza dello squilibrio tra le prestazioni tranne che non sia espressamente previsto, l'art.

lezza della controparte andava, invece, fronteggiata inserendo nel *Code* la *lésion qualifiée*. L'angolo visuale si spostava, così, dalla prospettiva dei *vices du consentement* a quella del contenuto del contratto⁵⁰ con una duplice conseguenza: l'elemento caratterizzante della fattispecie diveniva il vantaggio manifestamente eccessivo conseguito dal contraente scorretto⁵¹; il rimedio principale era indicato nella riconduzione ad equità del contratto e non nella nullità⁵².

Una terza via era, poi, suggerita dall'*avant projet Catala* che riconduceva la fattispecie in esame entro l'alveo dei vizi del consenso non quale *quatrième vice*, bensì come ipotesi peculiare di violenza⁵³. Ferma restando l'espressa assimilazione alla *violence*, la fattispecie risultava, peraltro, integrata, come nell'*avant projet Terré*, soltanto in presenza di un eccessivo squilibrio contrattuale. Ne conseguiva il configurarsi di un vizio del consenso idoneo ad infi-

66 precisa: «*Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Se ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat*».

⁵⁰ Cfr., HOUTCIEFF, *Le contenu du contrat*, in Terré (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz, 2009, p. 183 ss.; REMY-CORLAY e FENOUILLET, *Le consentement*, *ivi*, spec., p. 162 ss.

⁵¹ Come evidenziato da Cfr. HOUTCIEFF, *op. ult. cit.*, p. 217, il gruppo di studio guidato da Terré era diviso in ordine sulla regolamentazione dello squilibrio contrattuale. Parte degli studiosi riteneva fosse opportuno prevedere una sanzione autonoma dello squilibrio eventualmente attribuendo rilievo al comportamento scorretto di una parte. E' prevalsa, tuttavia, l'opinione secondo la quale lo svantaggio doveva essere *acclimatée à l'état de nécessité où celui de dépendance*.

⁵² Secondo REMY-CORLAY e FENOUILLET, *Le consentement*, cit., p. 164, sifatto rimedio consenta di preservare in misura maggiore (rispetto alla nullità) il principio della sicurezza giuridica.

⁵³ Cfr., art. 1114-3 dell'*avant projet Catala*: «*Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique*».

ciare la validità del contratto soltanto se qualificato dall'aver prodotto uno svantaggio intollerabile.

Le soluzioni suindicate non ottengono un consenso unanime; i progetti concernenti il diritto europeo dei contratti, ad avviso della dottrina, delineavano una fattispecie tanto ampia da compromettere il valore della sicurezza giuridica⁵⁴.

Il legislatore francese preferisce, pertanto, far salva l'impostazione tradizionale di stampo volontaristico che respinge l'idea di un rimedio contro lo squilibrio contrattuale in presenza di un consenso validamente prestato⁵⁵. Così, già nel *projet d'ordonnance*, l'*abus de faiblesse* è inserito tra le ipotesi di violenza integrante un vizio del consenso⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56, il quale approva, altresì, la scelta di non trattare l'abuso dell'altrui stato di dipendenza “*sous l'angle de la lésion qualifiée*”.

⁵⁵ Cfr. LOISEAU, *op. loc. ult. cit.*, p. 56, che rimarca come la scelta del legislatore francese di inserire l'*abus de dépendance* tra le ipotesi di violenza ne consacra la natura di strumento di tutela del consenso. Cfr. ANCEL, *Article 1142: violence économique*, in *RDC*, 2015, 747, che, relativamente alla fattispecie prevista dall'art. 1142 del *projet d'ordonnance*, rileva come “*paradoxalement, cette approche volontariste, ..., débouche sur un texte qui pourrait se révéler plus dangereux pour la sécurité juridique qu'une consécration plus franche de la lésion qualifiée*”. Come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, l'*ordonnance* ha introdotto significative modifiche alla fattispecie in esame subordinandone, in particolare, l'applicazione al ricorrere di un vantaggio manifestamente eccessivo per la parte scorretta.

⁵⁶ Cfr. CLAUDE, *op. cit.*, p. 463, secondo il quale la fattispecie di cui all'art. 1143 presenta caratteristiche eterogenee rispetto al tradizionale vizio del consenso tanto da indurre a discorrere di *violence bicéphale* ricomprensiva della «*violence-provocation*» e della «*violence-exploitation*» (espressioni che l'A. riprende, peraltro, da CHÉNEDÉ, *op. cit.*, p. 655). Critica la scelta di ricomprendere l'abuso dell'altrui debolezza tra le ipotesi di violenza evidenziando come in altri ordinamenti giuridici si sia preferito configurarlo quale vizio autonomo, BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724. Si esprime, invece, in senso favorevole, sottolineando l'opportunità di evitare l'introduzione di un “*quatrième vice du consentement*”, LOISEAU, *Observations*, in Ghestin (a cura di), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations*, in *LPA*, 4 sept. 2015, p. 55.

Il testo dell'art. 1142 del *projet*⁵⁷, pur se sembra prendere le mosse dall'*avant projet Catala*, presenta due differenze significative.

La natura dell'*abus* quale *vice du consentement* viene ulteriormente rimarcata: a) dalla precisazione che il comportamento scorretto deve risultare decisivo per la determinazione di contrarre della controparte; b) dalla rimozione di ogni riferimento al vantaggio che l'autore dell'abuso deve ottenere a scapito della vittima⁵⁸.

4. *L'inserimento dello squilibrio contrattuale tra i requisiti della fattispecie.*

La soluzione raggiunta con l'art. 1142 del *projet d'ordonnance*, pur coerente, sul piano teorico, con l'inclusione dell'*abus* tra i vizi del consenso⁵⁹, determinava – ad avviso di una parte della dottrina e degli operatori economici - notevoli difficoltà applicative.

Si temeva, in particolare, il proliferare di azioni volte a far dichiarare la nullità di contratti dal contenuto perfettamente equilibrato benché conclusi in condizioni di difficoltà economiche⁶⁰ come pure il rigetto di domande concernenti contratti fortemente squilibrati rispetto ai quali non si riuscisse a provare la sussistenza di un vizio del consenso⁶¹.

Si profilava, invero, la possibilità di ovviare a siffatti inconvenienti sul piano ermeneutico, considerando lo squilibrio quale indi-

⁵⁷Cfr., art. 1142: «*Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse*».

⁵⁸ Tanto l'*avant-projet Catala* che l'*avant-projet Terré*, come si è visto, prevedevano, ciascuno nella propria prospettiva, tale requisito. Da qui la sorpresa destata nella dottrina dal testo del *projet d'ordonnance* (v., CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 655 ss.).

⁵⁹ Cfr., BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, cit., p. 52 ; CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 655 ss.

⁶⁰ CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 655 ss., il quale, dunque, auspicava un'integrazione del testo dell'allora art. 1142 in guisa da rendere rilevante l'abuso soltanto quando il contraente forte ha conseguito un vantaggio manifestamente eccessivo.

⁶¹ Cfr., CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, cit., p. 48.

ce del carattere *determinante* dell'abuso⁶². Per tale via lo squilibrio diveniva condizione *necessaria*⁶³ e *sufficiente*⁶⁴ per la pronuncia di nullità.

Secondo l'opinione maggioritaria, tuttavia, il dato letterale non rendeva siffatta interpretazione obbligatoria per i giudici⁶⁵.

D'altra parte, l'operazione ermeneutica descritta, consistente nel "*tirer automatiquement le vice du consentement, subjectif, du caractère objectivement déséquilibré du contrat*", portava con sé il rischio di trasformare la fattispecie in esame in rimedio contro lo squilibrio contrattuale⁶⁶, disattendendo, così, la scelta normativa di collocare l'*abus de dépendance* tra i vizi del consenso⁶⁷ e di attribuire conseguentemente rilievo all'esistenza di un timore tale da aver determinato il contraente debole ad accettare lo scambio⁶⁸.

⁶² Rileva, invero, P. ANCEL, *op. cit.*, p. 748, « *Sans doute, dans l'immense majorité des cas, « l'abus de la situation de dépendance ou de nécessité » sera constitué par le fait d'en avoir profité pour obtenir un avantage anormal, et on pourrait soutenir que cette condition est implicitement supposée sous la notion d'abus* ». Analoghe considerazioni in BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, cit., p. 52.

⁶³ Da qui l'esclusione del rimedio nel caso di contratti dal contenuto equilibrato benché conclusi in stato di dipendenza.

⁶⁴ Con conseguente presunzione del ricorrere del vizio del consenso in conseguenza dell'eccessivo squilibrio contrattuale.

⁶⁵ CHENEDE, *op. cit.*, p. 655 ss. Sull'opportunità di una siffatta interpretazione restrittiva v., ANCEL, *op. cit.*, p. 748.

⁶⁶ Cfr., BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, cit., p. 52. L'A., ribadisce la propria contrarietà ad una siffatta opzione ermeneutica anche in relazione al testo dell'art. 1143 dell'ordonnance che, come già precisato, ha reso rilevante l'*abus* soltanto in presenza di un vantaggio manifestamente eccessivo (cfr., BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724).

⁶⁷ Il legislatore francese ha, invero, escluso di seguire il modello proposto dall'*avant-projet Terré* che configurava l'*abus* quale rimedio contro lo squilibrio.

⁶⁸ Cfr., BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, cit., p. 52. Per tale motivo CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, cit., p. 48, suggeriva di rinunciare à *poser le problème en termes de vices du consentement* e di collocare l'abuso nell'area dei rimedi contro l'ingiustizia contrattuale (*l'abus*, scrive l'A., « *réside donc dans l'avantage excessif, anormal, non dans une hypothétique menace ou contrainte* »).

Parte della dottrina suggeriva, perciò, di rinunciare à *poser le problème en termes de vices du consentement* e di collocare l'abuso nell'area dei rimedi contro l'ingiustizia contrattuale⁶⁹.

Il legislatore francese, pur tenendo conto delle succitate critiche, sceglie, invece, di confermare l'impostazione di fondo: nell'*ordonnance* del 2016, *l'abus de dépendance* (contemplato ora dall'art. 1143 del *Code*) rimane un'ipotesi di violenza⁷⁰; si aggiunge, tuttavia, che il comportamento scorretto assume rilievo solo se ha prodotto l'accettazione di un contratto fortemente squilibrato⁷¹.

⁶⁹ Cfr., CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, cit., p. 48, il quale rileva che « *l'abus réside donc dans l'avantage excessif, anormal, non dans une hypothétique menace ou contrainte* ». D'altra parte, proprio le difficoltà accennate nel testo erano avevamo indotto il gruppo di studio diretto da TERRÉ a ricondurre l'abus alla *lésion qualifiée*. Sul punto v. REMY-CORLAY e FENOUILLET, *Le consentement*, cit., p. 162 ss.

⁷⁰ Cfr. LOISEAU, *Les vices du consentement*, cit., p. 18, che evidenzia come l'*abus de dépendance* sia una « *mesure de protection du consentement en cas d'altération de la liberté de celui-ci par l'effet d'une contrainte* » e come la riforma, escludendo che lo squilibrio contrattuale possa *di per sé* essere causa di invalidità, abbia ribadito il rifiuto di fare spazio, all'interno del *Code*, alla *lésion*.

⁷¹ Secondo CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrat*, 2016, p. 115 ss, l'effetto della modifica è quello di determinare la *consistance de l'abus à partir du résultat obtenu par l'auteur de la violence sous la forme d'«un avantage manifestement excessif»*. In senso adesivo, CLAUDE, *op. cit.*, p. 465. V. anche MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908, secondo il quale il legislatore avrebbe dovuto intervenire espressamente in sede di ratifica dell'*ordonnance* per chiarire se *l'avantage manifestement excessif fait-il présumer l'abus*. Sull'art. 1143 v. anche, BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, in *JCP G*, 2016, p. 722 ss. Diverse sono le disposizioni dell'ordinamento italiano che assegnano rilevanza all'approfittamento dell'altrui stato di debolezza (per una puntuale analisi comparativa dell'art. 1143 *code civil* con siffatte previsioni v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e Mercato*, 2018, f. 1, p. 108 ss.). Particolari assonanze possono rintracciarsi rispetto all'art. 9 della l. n. 192/1998 sulla subfornitura benché quest'ultimo presenti un ambito applicativo significativamente più circoscritto. Pur intesa estensivamente (cfr. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2001, p. 72; MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 684; DI MARZIO, *I contratti tra*

Stemperando il carattere generale della previsione⁷², si mira a scongiurare il rischio, paventato dagli operatori economici, di un'eccessiva discrezionalità dell'interprete⁷³.

Il valore della certezza giuridica viene, tuttavia, nuovamente rimesso in discussione dal ricorso alla formula “*avantage manifestement excessif*”.

Il termine *avantage*, ad esempio, ricomprende tanto lo squilibrio economico che quello giuridico⁷⁴.

In favore di un significato ampio, inclusivo anche della differenza di valore tra le prestazioni, milita⁷⁵ l'elaborazione concernente il vecchio testo dell'art. L. 442-6, I, 1° del *code de commerce*⁷⁶; in

impreses, in *Diritto civile*, a cura di LIPARI E RESCIGNO, vol. III, 2, Milano, 2009, p. 88 s.) la disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica, invero, ai soli contratti conclusi tra imprese, mentre l'art. 1143 *code civil* ha carattere generale. La normativa italiana, inoltre, attribuisce rilievo unicamente allo squilibrio tra diritti e obblighi (l'art. 1143 non reca siffatta specificazione includendo anche lo squilibrio economico) che, peraltro, consegue all'abuso dell'altrui dipendenza economica (nel *code* si attribuisce rilievo a qualunque fattore che abbia determinato l'*état de dépendance*).

⁷² Il moltiplicarsi delle condizioni per l'accesso alla tutela, pur garantendo la certezza giuridica, potrebbe – ad avviso della dottrina – bloccare in concreto l'operatività dell'art. 1143. Cfr. DISSAUX e JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 47. Secondo gli A., l'art. 1143 troverà scarsissima applicazione da parte della giurisprudenza francese; delusione manifesta anche CLAUDE, *op. cit.*, p. 465, che evidenzia come “*un excès «manifeste» porrai bien faire l'object d'une lecture sclérosante et aboutir à désamorcer le vice de violence en le rendant, en pratique, inoffensif, bien loin de la comande du législateur*”. Nello stesso senso anche LOISEAU, *Les vices du consentement*, cit., p. 20.

⁷³ Cfr., *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, cit., Chapitre II, Section 2, Sous-section 1, Paragraphe 2. Su tale aggiunta rispetto al testo originario v. anche CLAUDE, *op. cit.*, p. 464; Cfr. ROGUE, *op. cit.*, p. 1559.

⁷⁴ Cfr. CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, cit., p. 115 ss.

⁷⁵ Cfr. CHAGNY, *op. ult. loc. cit.*

⁷⁶ Prima della modifica (cfr., *Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*, entrata in vigore il 26 aprile 2019), la disposizione prevedeva la responsabilità del professionista che ottenesse (o tentasse di ottenere) «*d'un partenaire*

senso più restrittivo milita, invece, l'interpretazione giurisprudenziale della formula “*déséquilibre significatif*” contenuta sia nel *code de commerce*⁷⁷ che nel *code de la consommation*⁷⁸. La vicinanza lessicale con l'espressione utilizzata dall'art. 1143 non può, tuttavia, ritenersi decisiva: «*l'évidente proximité entre ces deux notions ne vaut pas nécessairement identité*»⁷⁹.

Ancor più arduo è stabilire quando il vantaggio possa considerarsi *manifestamente eccessivo*⁸⁰ non essendo fornito alcun parametro per calcolare il grado di intollerabilità della c.d. “ingiustizia rilevante”⁸¹.

Nonostante la necessità di preservare il valore della sicurezza giuridica⁸², la formula lascia, dunque, ampio margine alla discrezionalità dell'interprete.

commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

⁷⁷ Cfr. art. L. 442-6, I, 2°, nella versione precedente alla summenzionata riforma.

⁷⁸ Cfr. art. L 132-1, *Code de la consommation*. In dottrina v. CLAUDE, *op. cit.*, p. 466.

⁷⁹ Cfr. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724 (e adesivamente, CLAUDE, *op. cit.*, p. 466) il quale rileva come la formula impiegata dal *Code de la consommation* rinvii ad uno squilibrio giuridico, mentre l'espressione impiegata dall'art. 1143 tenga in considerazione principalmente profili economici. L'A., inoltre, aggiunge che : « *la notion dedéséquilibre entre les droits et obligations des parties implique, per se, une comparaison entre les parties pour le contrat dans son ensemble. La notion d'avantage peut s'y appuyer mais peut aussi se caractériser par la mise en relation de l'avantage d'un contractant avec autre chose que ce que l'autre reçoit* ».

⁸⁰ Formule quali quella in esame non sono, peraltro, infrequenti nel diritto europeo dei contratti che vi ricorre per aggiungere una soglia di tolleranza dello squilibrio contrattuale *ancorché qualifié da abuso*. Si traccia così una linea di confine lungo la quale è da ricercare “il piano di una possibile intesa, in cui possa trovare ragionevole composizione la tensione ideale che perennemente oppone libertà e giustizia”. Così, SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 359.

⁸¹ Cfr. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., p. 359.

⁸² L'interpretazione della formula “*avantage manifestement excessif*”, come rilevato da LOISEAU, *Les vices du consentement*, cit., p. 20, non è ancorata a pa-

Nell'esercizio della funzione di controllo dell'atto di autonomia privata il giudice dovrà, peraltro, tenere conto anche dell'interazione tra l'*avantage manifestement excessif* e gli altri requisiti della fattispecie delineata dall'art. 1143 del Code: l'*état de dépendance* e l'*abus*.

Neppure siffatti elementi consentono un'agevole puntualizzazione, benché la medesima appaia necessaria in considerazione della collocazione dell'*abus* tra *le vices du consentement*.

Per chiarire il senso di quest'ultima affermazione è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle questioni interpretative poste dall'*état de dépendance* e dall'*abus*.

4. *L'état de dépendance*.

La situazione di dipendenza di una delle parti costituisce condizione preliminare per l'applicazione dell'art. 1143 del Code.

Rispetto al testo originariamente predisposto per il *project d'ordonnance*⁸³, è stato rimosso, il riferimento all'*état de nécessité*⁸⁴, ritenuto troppo vago⁸⁵.

rametri oggettivi e dà, perciò, luogo proprio a quell'incertezza giuridica che la riforma del Code intendeva combattere. Sul punto v. anche BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724.

⁸³ L'art. 1142 del *projet d'ordonnance* prevedeva, invero, che "*Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse*". Su tale disposizione, v., ANCEL, *op. cit.*, p. 747 ss.

⁸⁴ Secondo BARBIER, *Le vice du consentement pour cause de violence économique*, cit., p. 51, lo stato di necessità doveva servire «*à couvrir les contrats occasionnels, ceux-ci étant par nature hors du périmètre des contrats de dépendance*».

⁸⁵ Cfr. DISSAUX e JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, 46; Cfr. CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, cit., p. 115 ss. Secondo LOISEAU, *Observations*, cit., p. 57, «*L'état de nécessité étant potentiellement présent dans de nombreuses situations contractuelles – chacun est en état de nécessité de se loger, de travailler...*».

La semplificazione del dettato legislativo, benché auspicata dall'elaborazione dottrinale⁸⁶, non elimina l'ambiguità dell'espressione “*état de dépendance*”; definirne i contorni rimane, pertanto, operazione particolarmente complessa⁸⁷.

Per ridurre i margini di indeterminatezza della nozione, talvolta, si suggerisce di includere nel concetto la difficoltà economica⁸⁸ ma non “*les hypothèses de faiblesse psychologique*”⁸⁹.

La scelta ermeneutica tende ad evitare la sovrapposizione di funzioni tra l'abuso di dipendenza e la nullità per incapacità⁹⁰; occorre impedire, in particolare, che le condizioni di debolezza c.d. “endogene”⁹¹, ritenute inidonee ad integrare ipotesi di *incapacité*⁹², possano trovare spazio all'interno della disciplina dell'*abus*.

⁸⁶ Cfr. LOISEAU, *Observations*, cit., p. 57, secondo il quale si trattava di una di quelle formule che rischiavano di trasformare la disposizione in un “*vice general de faiblesse qui deviendra rapidement un virus contractuel*”. Per tale ragione l'A. ne auspicava la rimozione propugnandone, in alternativa, un'interpretazione restrittiva in conformità con l'orientamento seguito dalla Corte di cassazione francese a partire dal XIX secolo.

⁸⁷ Rileva l'ambiguità del termine *dépendance* e ne ricostruisce i possibili significati, CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, in *AJ Contrat*, 2018, p. 257.

⁸⁸ Lo stato di dipendenza economica viene tradizionalmente individuato nella difficoltà di rinvenire nel mercato clienti o fornitori equiparabili alla controparte. Sui parametri utili ad individuare lo stato di dipendenza economica, v. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723; CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 ss.

⁸⁹ Già durante i lavori preparatori dell'*ordonnance*, CHÉNEDE, *op. cit.*, p. 655 ss., rilevava la difficoltà di caratterizzare la debolezza psicologica e reputava che la scelta normativa fosse dovuta al timore che la *vulnérabilité psychologique* “*pourrai être source d'un contentieux où l'esprit de chicane supplanterait l'esprit de justice*”.

⁹⁰ Secondo BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723: «*le vice d'abus de dépendance déborde...sur la fonction des nullités pour incapacité*». Cfr. altresì, CHÉNEDE, *op. cit.*, p. 655.

⁹¹ Cfr., MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908, il quale traccia la distinzione tra lo stato di dipendenza inteso in senso restrittivo, ossia ridotto ad una *dépendance exogène ou relationnelle, qui se limite à la relation entre les contractans*, oppure in senso estensivo, cioè comprensivo di una *dépendance endogène ou personnelle*. In termini sostanzialmente analoghi si esprime ROGUE, *op. cit.*, p. 1560, che distingue tra una vulnerabilità *que l'on pourrait qualifier de subjective ou*

Nei termini accennati, la proposta sembra non tener conto delle indicazioni legislative. Il legislatore francese – secondo quanto esplicitato nel Rapporto – ha posto l’art. 1143 a tutela, in generale, delle persone vulnerabili⁹³. E non può tacersi che, in sede di ratifica dell’*ordonnance*, la proposta del Senato, volta a limitare l’*abus* alla sola dipendenza economica⁹⁴, non ha incontrato il favore dell’*Assemblée nationale* (ho spostato l’ordine delle due frasi). L’*état de dépendance* potrebbe, pertanto, dipendere da fattori eterogenei⁹⁵ individuabili volta a volta dalla giurisprudenza, in relazione alle circostanze del caso concreto⁹⁶.

Per neutralizzare tale rilievo, la dottrina precisa che *le texte ne protège pas les personnes vulnérables, mais bien les personnes dé-*

d'intrinsèque ed una vulnerabilità *que l'on pourrait qualifier d'objective, ou d'extrinsèque*.

⁹² In tal senso, CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 ss.

⁹³ Cfr., Chapitre II, Section 2, Sous-section 1, par. 2 del Rapporto: “*en effet toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non pas seulement des entreprises dans leurs rapports entre elles*”.

⁹⁴ L’art. 5, comma 2, del *Projet du 17 oct. 2017, ratifiant l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, adottato dal Senato francese, prevedeva che “À l’article 1143, après le mot: «dépendance», il est inséré le mot: «économique»”. Su tale proposta, v. MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, cit., 2018, p. 916; MEKKI, *La loi de ratification de l’ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908; ROGUE, *op. cit.*, p. 1559 s.

⁹⁵ Sul punto, cfr. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, cit., p. 107, secondo il quale la disposizione è in grado di “attrarre alla giuridicità diverse situazioni di debolezza della persona”, tra le quali anche “la salute cagionevole, l’incultura, l’idealizzazione di una persona, l’eccessiva fiducia”. Cfr. altresì, LOISEAU, *Observations*, cit., p. 57; CLAUDE, *op. cit.*, p. 464 s., che vi aggiunge le ipotesi di dipendenza tecnologica o informativa.

⁹⁶ Per il rilievo che la disposizione non viene specificamente circoscritta ai rapporti fisiologicamente asimmetrici, ma diviene “trasversale a tutti i contratti”, v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, cit., p. 107.

pendantes: l'art. 1143 ne s'appliquera que si la situation de vulnérabilité génère une situation de dépendance"⁹⁷.

Siffatta interpretazione non sarebbe, peraltro, smentita dal riferimento alla vulnerabilità contenuto nel Rapporto, in quanto “*le texte vise la dépendance à l'égard de l'autre partie seulement, ce qui pourrait exclure bien des cas de vulnérabilité*”⁹⁸.

In realtà, il testo dell'art. 1143 contenuto nell'*ordonnance* non chiariva nei confronti di chi dovesse sussistere lo stato di dipendenza ed, in particolare, se potesse assumere rilievo anche l'approffittamento dell'*état de dépendance* della controparte rispetto ad un soggetto terzo⁹⁹.

Il nodo interpretativo è stato sciolto soltanto dall'art. 5, Loi n°2018-287; ivi si legge¹⁰⁰ che lo stato di dipendenza deve esistere¹⁰¹ specificamente nei confronti della controparte¹⁰².

⁹⁷ Cfr. CLAUDE, *op. cit.*, p. 465.

⁹⁸ V., però, DISSAUX e JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 46.

⁹⁹ Come rilevato da BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723, prima della modifica del 2018, “*à suivre la lettre du texte, la dépendance d'un contractant n'a pas à être établie à l'égard du cocontractant qui en abuse mais pourrait très bien être caractérisée à l'égard d'un tiers*”. L'A. si interroga in particolare sull'applicabilità della disposizione nel caso in cui lo stato di dipendenza non sussiste direttamente rispetto alla propria controparte, ma nei confronti della società controllante o di altra società appartenente al medesimo gruppo. V. altresì LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56, il quale, in relazione all'art. 1142 del progetto di *ordonnance*, osservava: «*il n'est pas exclu, dans demier cas, que le bénéficiaire matériel du contrat ne soit pas l'auteur intellectuel de la violence par un abus d'une situation de dépendance. Or, il n'y a pas vraiment de raison de traiter l'une des manifestations de la violence différemment de l'autre*».

¹⁰⁰ L'art. 16 della Loi n°2018-287 precisa, peraltro, che *Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif*. Ne consegue il carattere retroattivo della precisazione introdotta. Per una critica a tale scelta, v. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908,

¹⁰¹ Recentemente, la giurisprudenza francese ha, peraltro, avuto modo di precisare che lo stato di dipendenza deve essere preesistente rispetto alla conclusione del contratto e che non può essere il contratto stesso l'unico punto di contatto tra il contraente scorretto e la vittima dell'abuso (cfr., Cour d'appel d'Aix-en-

L'indicazione, fortemente voluta dal Senato francese¹⁰³, sembra privilegiare una lettura restrittiva dell'art. 1143¹⁰⁴, avallando la distinzione tra condizioni di debolezza endogene ed esogene¹⁰⁵.

L'*abus* rilevante appare, infatti, circoscritto alla specifica posizione di debolezza definita esogena perché indipendente dalle condizioni personali del soggetto e collegata eziologicamente al rapporto con la controparte. Fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'art. 1143, invece, la generica vulnerabilità, intesa quale condizione endogena¹⁰⁶ e, perciò, sussistente - indipendentemente dal rapporto contrattuale - anche nei confronti dei terzi.

Alla fine di siffatto percorso si osserva una quasi totale coincidenza tra l'*état de dépendance* e la dipendenza economica. Non è agevole, invero, individuare ipotesi in cui la dipendenza esuli dalle

Provence, le 4 décembre 2018 (n° 17/10400, cit. da LATINA, *La notion de dépendance illustrée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, in *Blog Réforme du droit des obligations*).

¹⁰² Come rileva PELLIER, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats*, cit., "La dépendance du contractant ne doit donc pas être appréciée à l'aune de sa seule personne, mais à la lumière de ses relations avec son cocontractant".

¹⁰³ Cfr. ROGUE, *op. cit.*, p. 1559 s.

¹⁰⁴ Prima della modifica del 2018, segnalava la necessità, su piano generale, di delimitare la nozione di abuso al fine di scongiurare il rischio che l'art. 1143 venisse impiegato per effettuare un sindacato incontrollato sulla giustizia contrattuale., COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 327.

¹⁰⁵ Cfr. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908, il quale traccia la distinzione tra lo stato di dipendenza inteso in senso restrittivo, ossia ridotto ad una *dépendance exogène ou relationnelle*, qui se limite à la relation entre les contractans, oppure in senso estensivo, cioè comprensivo di una *dépendance endogène ou personnelle*. In termini sostanzialmente analoghi si esprime ROGUE, *op. cit.*, p. 1560, che distingue tra una vulnerabilità *que l'on pourrait qualifier de subjective ou d'intrinsèque* ed una vulnerabilità *que l'on pourrait qualifier d'objective, ou d'extrinsèque*.

¹⁰⁶ Determinata, ad esempio, da malattia o vecchiaia, che non comportino, però, situazioni di incapacità. In tal senso, CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s.

condizioni particolari del soggetto e trovi causa specificamente nel rapporto con la controparte.

In ultima analisi, si perviene a quel risultato che l'Assemblea sembrava aver scongiurato bocciando la proposta di modifica dell'art. 1143 (presentata dal Senato in sede di conversione dell'*ordonnance*) e ad un assetto normativo che manca di coerenza con¹⁰⁷: i modelli normativi cui l'*ordonnance* si ispirava; lo spirito della riforma che aveva eletto a proprio simbolo l'introduzione di uno strumento giuridico posto al servizio della giustizia contrattuale¹⁰⁸; l'obiettivo della sicurezza giuridica, tenuto conto dei dubbi interpretativi che l'introduzione del nuovo inciso fa sorgere¹⁰⁹.

Evidente appare, poi, il difetto di armonizzazione dell'*abus* con la disciplina delle altre ipotesi di violenza in cui assume rilievo anche la condotta del terzo¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr., MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, cit., 2018, p. 916, che pone la modifica all'art. 1143 tra le novità meno riuscite della legge di ratifica.

¹⁰⁸ In tal senso, MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908; ROGUE, *op. cit.*, p. 1560; CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s. il quale osserva che “*ce changement a foulé aux pieds l'un des symboles de la réforme*”.

¹⁰⁹ Cfr. ROGUE, *op. cit.*, p. 1560, che rileva come sia paradossale che il nuovo inciso sia fonte di quell'insicurezza giuridica tanto combattuta dai fautori della modifica apportata all'art. 1143 ed individuata come causa della scarsa attrattività del diritto contrattuale francese.

¹¹⁰ Cfr., MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 916; DISSAUX, *La réforme du droit des contrats: de l'ordonnance du 10 février 2016 à la loi de ratification du 20 avril 2018*, cit., p. 339. V. anche ROGUE, *op. cit.*, p. 1560 secondo cui data l'incongruenza di una disposizione che pur formalmente assimilando l'*abus* alla violenza l'assoggetta ad una disciplina differente, sarebbe stato preferibile optare per l'introduzione di un'autonoma fattispecie “*d'abuse de faiblesse*” secondo il modello delineato dall'*avant-projet Terré*. Sono state, peraltro, disattese anche talune indicazioni della Cassazione francese che in una pronuncia nel 2016, sia pure in relazione alla disciplina previgente alla riforma del *Code*, la Cassazione (tenendo conto anche del testo della riforma) avesse ammesso la rilevanza dello stato di dipendenza sussistente nei confronti di un terzo (cfr., Cass. 3^{ème} civ., 18 4 mai 2016, n. 14-28.243). Cfr., MALLET-BRICOUT, *Une ratification multidimensionnelle - À propos de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018*, cit., p. 743.

Nonostante gli sforzi ricostruttivi tesi a superare in via interpretativa i limiti introdotti nel 2018¹¹¹ o ad individuare strumenti alternativi di tutela dei *contractants vulnérables qui ne pourraient demander la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1143*¹¹², l'impressione generale è che la novella abbia inevitabilmente lasciato dei vuoti di tutela ridimensionando fortemente la portata innovativa della disposizione simbolo della riforma¹¹³.

6. Il contegno del contraente forte.

¹¹¹ Per una lettura del nuovo testo dell'art. 1143 del *Code* volta ad ampliarne l'ambito di applicazione fino a comprendere, in taluni casi anche la *dépendance endogène*, ma non la *dépendance à l'égard d'un tiers*, v. MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908. Diversa, però, l'opinione di MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 916. Altra dottrina ha, poi, ritenuto che la collocazione dell'*abus* tra i vizi del consenso debba indurre l'interprete a ritenere sanzionabile anche il comportamento abusivo concertato tra la controparte della vittima e il soggetto *terzo* verso il quale sussiste lo stato di dipendenza. Cfr., CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s. Di diverso avviso, invece, di MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 916; per quest'ultimo autore «*il est certain que ce nouveau vice de violence ne pourra pas émaner d'un tiers au contrat, fût-il complice du contractant qui abuse de l'état de dépendance de son cocontractant*». V. anche MEKKI, *La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme?*, cit., p. 908: secondo l'A. il nuovo testo della disposizione può ritenersi compatibile con lo stato di dipendenza c.d. endogeno, mentre dovrebbe, in ogni caso escludersi, *que la dépendance à l'égard d'un tiers puisse fonder la nullité du contrat*.

¹¹² V., ancora, CATTALANO-CLOAREC, *La validité du contrat*, cit., p. 257 s., che richiama la disciplina penale dell'*abus de faiblesse* ritenendo che in caso di violazione dell'art. 223-15-2 C. Pén., il giudice civile sarà più incline a rinvenire una violazione dell'ordine pubblico contrattuale e pronunciare la nullità del contratto ai sensi dell'art. 6 C. civil. Secondo ROGUE, *op. cit.*, p. 1560, tuttavia, l'abuso di debolezza contemplato dal codice penale è *une infraction relevant de finalités autres que la validité du contrat*.

¹¹³ «*Un peu plus de sécurité juridique et toujours moins de justice contractuelle*» è il commento laconico di MAZEAUD, *Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 916; Nello stesso senso, ROGUE, *op. cit.*, p. 1560, che all'interrogativo «*que reste-t-il de cet instrument de justice contractuelle ?*» risponde «*Pas grand-chose malheureusement*».

Alla progressiva erosione dell'ambito di operatività dell'art. 1143 contribuisce anche il formante dottrinale attraverso una peculiare ricostruzione della nozione di *abus*.

Si sostiene, invero, che il contegno del contraente avvantaggiato debba rispecchiare i medesimi caratteri della *violence ex art. 1140*¹¹⁴; si esclude, pertanto, che *l'abus qu'évoque l'art. 1143 peut-il être autre chose que «la pression d'une contrainte» qui inspire la crainte, visée par l'article 1140*¹¹⁵.

L'*abus de dépendance* presupporrebbe la presenza di minacce o pressioni della controparte tali da privare del tutto il contraente debole¹¹⁶ della libertà di scelta¹¹⁷; non sarebbe, invece, sufficiente

¹¹⁴ Cfr., BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724 secondo il quale “*quoique spécial, c'est bien un texte compris sous le vice général de violence dont il doit conserver le prisme et non un texte plus large sur l'abus comme l'est par exemple la sanction des abus de dépendance économique ou des clauses abusives.... Aussi, à notre sens, l'abus visé par le texte spécial n'est autre que la pression décrite par le texte général*”.

¹¹⁵ Cfr. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 724, il quale, peraltro, richiama quanto osservato da LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56. Secondo COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 327, quella configurata dall'art. 1143 costituirebbe un'ipotesi a se stante di violenza e, pertanto, non sarebbe soggetta ai presupposti di rilevanza dettati per la violenza in generale.

¹¹⁶ Cfr. CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, cit., p. 47, il quale proprio per tale motivo, già in relazione al *projet de loi d'habilitation*, si esprimeva in senso contrario alla scelta di qualificare l'*abus de dépendance* quale ipotesi di violenza. Per le medesime ragioni, critica tanto le succitate pronunce della Cassazione che avevano riconosciuto la figura della violenza economica che l'art. 1142 del *projet d'ordonnance*, REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, cit., p. 1219 ss.

¹¹⁷ V., tuttavia, CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, in *Dr. et patr.*, 2014, p. 48, secondo il quale al di fuori del “*monde mythique construit par la théorie économique néo-classique*”, il consenso prestato al contratto non può mai dirsi veramente scevro da condizionamenti sicché risulterebbe impossibile sul piano filosofico e giuridico di determinare se ed in che misura la volontà di una parte possa dirsi libera. Da qui l'estrema difficoltà di stabilire “*à partir de quel degré de contrainte un contrat devra être annulé*”. In senso critico a tale impostazione v. CHENEDE, *op. cit.*, p. 655.

accertare l'esistenza di un consenso influenzato dalla relazione asimmetrica che ha connotato la contrattazione¹¹⁸.

La lettera della disposizione non sembra, tuttavia, supportare siffatta ricostruzione.

L'art. 1143 del *Code*, invero, assimila (*Il y a également violence*), sotto il profilo degli effetti, due fenomeni che, evidentemente, non sono del tutto sovrapponibili¹¹⁹. Si tratta di una precisa scelta normativa che presuppone la diversità ontologica dell'*abus* rispetto alla *violence*.

Uniformando l'*abus* alla *violence* risulta, peraltro, arduo immaginare spazi di autonomia per l'art. 1143: l'approfittamento dell'altrui debolezza rientrerà, il più delle volte, anche sotto l'ambito di applicazione dell'art. 1140¹²⁰.

L'opportunità di mantenere separati i tratti delle due figure viene suggerita anche dal differente atteggiarsi delle relative fattispecie normative.

Ai sensi dell'art. 1140 la minaccia che abbia influenzato il consenso è di per sé requisito sufficiente per inficiare la validità dell'accordo. L'*abus*, invece, assume rilievo soltanto se rivolto ad un contraente che versa in condizione di debolezza e purché determini un *avantage manifestement excessif*. Inoltre, secondo il dispo-

¹¹⁸ Scrive LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56, «*C'est le sens de l'apparement à la violence qui doit être compris, dans un souci de sécurité juridique, comme réservant l'abus de faiblesse à des situations en pratique peu fréquentes où la volonté n'est pas simplement soumise dans un rapport de forces inégales mais extirpée à la partie qui n'était pas en capacité de refuser l'acte que son cocontractant lui a fait souscrire*».

¹¹⁹ Cfr. CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 655 ss., secondo il quale attraverso l'espressione «*il y également violence*» vengono assimilati per via legislativa due fenomeni di natura differente.

¹²⁰ Cfr. BARBIER, *La violence par abus de dépendance*, cit., p. 723, che rileva «*La fongibilité des différents types de violence, avec le désordre qui en découle, est donc attisée par la réforme (...). Elle lance un défi stratégique aux plaideurs. Devront-ils fonder leur demande sur l'article 1140 du Code civil ou sur celui de l'article 1143?*». Prima dell'*ordonnance*, si era espresso in senso contrario alla scelta di ricomprendere la fattispecie in esame tra le ipotesi di violenza CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, in *Dr. et patr.*, 2014, p. 47; in senso critico alle posizioni di tale ultimo A., invece, CHÉNÉDÉ, *op. cit.*, p. 655 ss., secondo il quale «*le choix de la violence ne pose absolument aucune difficulté*».

sto dell'art. 1130 del *Code*¹²¹, errore, violenza e dolo possono incidere tanto sull'*an quanto* sul *quomodo* dello scambio¹²². L'*abus*, invece, assume rilievo soltanto se si ottiene dalla controparte un *engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte* e non, invece, quando l'approfittamento abbia semplicemente comportato la conclusione di un contratto meno vantaggioso¹²³.

Nella violenza *ex art.* 1140, la pressione psicologica esercitata sul contraente è, dunque, di tale entità¹²⁴ da costituire di per sé un disvalore per l'ordinamento giuridico e ciò rende irrilevante la tipologia e la misura del pregiudizio arrecato. L'elevata intensità che le minacce devono raggiungere per integrare la violenza consentono, cioè, di "alleggerire" gli altri requisiti.

¹²¹ Ai sensi dell'art. 1130 del *Code* riformato, "*L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes*".

¹²² Sul punto, v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil*, cit., spec., p. 106 s. Sulla differenza tra l'art. 1130 e l'art. 1143, v. CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, cit., p. 115 ss., secondo cui la formula più restrittiva adottata nell'art. 1143 dipende dalla volontà di dare maggiore stabilità alle operazioni di scambio.

¹²³ La nullità relativa *ex art.* 1132 del *Code* non opererebbe, perciò, nell'ipotesi in cui l'abuso abbia determinato l'accettazione di condizioni meno vantaggiose. Cfr. CLAUDE, *op. cit.*, p. 465. Parte della dottrina suggerisce, però, una lettura che armonizzi l'art. 1143 con l'art. 1130 del *Code*. Cfr., in relazione all'art. 1142 del progetto di *ordonnance*, LOISEAU, *Observations*, cit., p. 56 secondo il quale, spinto dalla medesima esigenza di armonizzazione, precisa ulteriormente che, come disposto dal secondo comma dell'art. 1130, anche in relazione all'*abus de dépendance*, il carattere determinante del vizio si determina in considerazione della persona e delle circostanze del caso di specie.

¹²⁴ Appare opportuno rilevare che stante il disposto dell'art. 1130, comma 2, la soglia di rilevanza della pressione psicologica può variare in relazione "*aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné*". Sul punto, v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil*, cit., p. 104.

L'equilibrio complessivo della fattispecie viene, in definitiva, garantito mettendo in relazione l'intensità di ciascun requisito secondo un rapporto di *proporzionalità inversa*¹²⁵.

Uguale relazione dovrebbe instaurarsi tra gli elementi costitutivi dell'art. 1143: qui, però, il disvalore è espresso soprattutto dall'approfittamento della condizione di debolezza altrui determinante un vantaggio *manifestamente eccessivo*. Il contegno della parte avvantaggiata appare, perciò, sufficientemente riprovevole pur in mancanza di minacce della intensità richiesta dall'art. 1140 per la *violenza*.

D'altra parte, come è stato opportunamente rilevato, «*celui qui exploite la faiblesse d'autrui n'a pas à exercer une quelconque menace pour profiter de la situation et obtenir un avantage excessif ; il lui suffit de laisser jouer la pression qui s'exerce spontanément sur son partenaire à raison du lien de dépendance dans lequel il se trouve*»¹²⁶.

Seguendo la proposta ricostruttiva in esame l'art. 1143 sarebbe, perciò, destinato a rimanere privo di concreta applicazione¹²⁷.

Maggiormente condivisibile risulta, allora in ultima analisi, l'idea che ricostruisce autonomamente i caratteri della condotta di approfittamento qualificandola come ipotesi di *violenza-exploitation*¹²⁸ che, a differenza della *violenza-provocation*, non presuppone alcuna prova di pressioni dell'intensità richiesta dall'art. 1140¹²⁹.

¹²⁵ Relativamente al rapporto tra le due ipotesi di rescissione nel nostro ordinamento, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 885.

¹²⁶ Cfr. CHAZAL, *Violenza économique ou abus de faiblesse?*, cit., p. 47. L'A. rileva, ulteriormente, che se la condizione di debolezza rende superfluo il ricorso alla minaccia, assegnare all'*abus* i medesimi tratti della *violenza* significa delineare una fattispecie che raramente si verificherà nella prassi così da neutralizzare la previsione dell'art. 1143.

¹²⁷ Come rileva, ancora, CHAZAL, *op. ult. loc. cit.*, non vi è motivo di ricorrere ad una minaccia della stessa intensità della *violenza* se la condizione di dipendenza rende spontanea l'adesione al contratto squilibrato.

¹²⁸ Ribattezzata da CHENEDE, *op. cit.*, p. 655 ss., «*violenza new look*».

¹²⁹ Cfr. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, cit.,

7. *L'abus de dépendance quale patologia del regolamento contrattuale.*

Le questioni interpretative cui si è accennato appaiono sintomatiche della difficoltà di “mettere in equilibrio” la fattispecie contemplata dal novellato art. 1143 del *Code*.

Nel suo assetto definitivo¹³⁰, l'istituto simbolo della novella è frutto dell'interazione di tre componenti – *abus, état de dépendance* e *avantage manifestement excessif* – volta a garantire il giusto equilibrio tra istanze perequative ed esigenze del mercato.

Non si tratta, tuttavia, di una combinazione agevole da governare, anche in considerazione dell'influenza che può essere spiegata dalla collocazione dell'*abus* tra *le vices du consentement*.

L'esigenza di armonizzare l'art. 1143 con la disciplina dei vizi del consenso conduce, invero, come pure si è rilevato, ad esiti del tutto eterogenei comportando una lettura a volte restrittiva ed altre volte estensiva della disposizione.

Il particolare bilanciamento operato negli artt. 1130 ss. del *Code* tra patologia della volontà ed altri elementi della fattispecie risulta difficile da importare nell'*abus de dépendance* perché mutano significativamente i fattori chiamati ad interagire.

L'armonia che potrebbe crearsi tra *violence* e *abus* viene già in qualche misura alterata dalla presenza dell'*état de dépendance*.

p. 327. Sulla necessità di scongiurare il rischio di disapplicazione dell'art. 1143 del *Code* attraverso di un'interpretazione più elastica dei requisiti descritti dalla fattispecie ed in particolare dell'elemento dell'*abus*, v. LEVENEUR-AZÉMAR, *Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats*, in *D.*, 2020, p. 165 ss. L'A., dopo aver confrontato la disciplina francese con quella olandese e con quella belga, ritiene che «*Afin que l'article 1143 du code civil français ne reste pas un outil purement théorique, il serait intéressant de proposer une appréciation souple des conditions, en suivant l'exemple prudent mais relativement efficace de la jurisprudence belge. L'abus pourrait ainsi se révéler par le fait de tirer profit de la situation de dépendance dans laquelle se trouve le cocontractant*».

¹³⁰ Come si rileverà nel prosieguo, la disposizione è stata ulteriormente modificata dall'art. 5, Loi n°2018-287 du 20 avril 2018. Con tale disposizione si è ulteriormente ristretto l'ambito di operatività dell'*abus* assegnando rilevanza unicamente a *l'état de dépendance* in cui si trovi una parte nei confronti dell'altra e non anche rispetto a soggetti terzi.

La vittima della violenza e quella dell'abuso non partono, infatti, da situazioni omogenee: la condizione di debolezza rappresenta una posizione di particolare svantaggio che rende la parte vulnerabile più esposta al comportamento scorretto della controparte.

Il vero elemento destabilizzante nel rapporto tra gli artt. 1143 e 1140 del *Code* è, tuttavia, costituito dalla necessità che l'*abus* generi una significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Tanto i tradizionali vizi del consenso quanto l'*abus* inficiano l'operazione di scambio determinandone l'inidoneità ad esprimere un assetto conforme agli interessi delle parti.

Nel caso di errore, violenza o dolo, però, il giudizio fa leva essenzialmente sul momento genetico e formativo del contratto: ciò che conta è che il regolamento (quale che ne sia il contenuto) non sia imputabile alla libera e consapevole decisione dei contraenti ed una siffatta valutazione assorbe ogni giudizio *di valore* sul concreto piano di attuazione degli interessi programmati¹³¹. L'accertamento del vizio del consenso pregiudica di per sé il negozio; la patologia evidenziata rimane, perciò, circoscritta al profilo *contenutistico-strutturale*¹³² e si atteggia quale patologia di fattispecie.

Nell'*abus de dépendance*, invece, l'alterazione del processo volitivo – pur determinata dall'approfittamento dell'altrui condizione di debolezza – non esprime un sufficiente grado di disvalore e l'attenzione si sposta proprio sulla parte *prescrittiva* delle regole¹³³.

Non è sul piano strutturale, cioè, che si evidenzia il *vulnus* decisivo per il giudizio sull'atto di autonomia privata; a fungere da ago della bilancia è, invece, la specifica distribuzione dei costi e dei benefici che derivano dallo scambio¹³⁴. E' l'*avantage manifeste*

¹³¹ Nel caso dei *vices du consentement* il negozio, cioè, cade anche se costi e benefici sono distribuiti in modo perfettamente simmetrico.

¹³² Per siffatta espressione, v. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 395.

¹³³ Per il rilievo che “il sindacato in termini di giustizia non riguarda la parte del contratto propriamente enunciativa degli interessi”, toccando, piuttosto, “la parte prescrittiva delle regole di azione di un contratto, i c.d. modelli organizzativi di comportamento, ossia il regolamento”, v. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., p. 340.

¹³⁴ Sul rapporto tra parte enunciativa degli interessi e momento regolamentare del contratto, v. SCALISI, *Invalità e inefficacia. Modalità assiologiche della*

ment excessif a denunciare lo smarrimento di ogni rapporto di coerenza e congruità del programma negoziale con lo scopo perseguito¹³⁵: l'art. 1143 individua, dunque, una *patologia del regolamento contrattuale*.

La valutazione della frattura tra regolamento e interesse non può avvenire, tuttavia, limitando l'osservazione al solo "punto di vista interno"; il concreto modo di atteggiarsi degli interessi dipende, invero, dalle circostanze che hanno accompagnato la definizione del programma negoziale.

E' partendo dalla *situazione complessiva*¹³⁶ che può ricostruirsi lo scopo pratico avuto di mira dalle parti e quindi misurare

negozialità, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 201 ss.; ora in ID., *Categorie e istituti*, cit., p. 619 ss., spec., p. 628-629; ID., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., p. 340.

¹³⁵ Cfr. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., p. 359. L'A., relativamente ad analoghe formule utilizzate specialmente dal diritto europeo dei contratti, sottolinea la necessità di apprezzare lo squilibrio non in sé, ma in relazione all'interesse programmato dai contraenti e che il regolamento contrattuale si prefigge di realizzare: "ogni squilibrio anche di natura economica per essere rilevante ...deve poter venire apprezzato non in sé, bensì invece sul piano normativo delle regole così come pattizamente predisposte e complessivamente ricostruibili ai fini della realizzazione del fine pratico avuto di mira con il contratto" (p. 362). Il regolamento contrattuale, si precisa, quale punto di riferimento per la produzione di effetti giuridici, non può che sottostare al "principio di convenienza (o di adattabilità) dell'effetto al fatto" (sul quale v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 456) in base al quale deve esservi sempre "inscindibile nesso di necessaria conformità e congruenza tra l'interesse che con il fatto prende vita e si costituisce e l'effetto destinato a garantirne la pratica e giuridica realizzazione". Il potere di autodeterminazione dei privati, conclude l'A., incontra, perciò, un limite nel divieto di inserimento di clausole implicanti effetti talmente sperequati per le parti da smarrire ogni rapporto di coerenza e congruità con lo scopo perseguito.

¹³⁶ Per tale espressione v. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss., spec., p. 471; e ora in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Milano 2005, p. 683 ss., spec. p. 713; ID., *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 471; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 845.

l'eventuale scarto con il piano che dovrebbe garantirne l'attuazione.

In questa prospettiva si coglie il ruolo dell'*abus* e dell'*état de dépendance* non quali indici rivelatori di un consenso inidoneo a supportare l'operazione di scambio, ma come segnali di una anomalia del regolamento contrattuale consistente nello smarrimento del rapporto con l'interesse perseguito e, perciò, implicante uno squilibrio manifestamente eccessivo¹³⁷.

8. I rimedi.

Il ribaltamento di prospettiva cui si è appena accennato si ripercuote inevitabilmente sul piano dei rimedi.

Ricondotto tra le ipotesi di vizio del consenso, l'*abus* va associato alla *nullité relative* disposta dall'art. 1131 del *Code* con conseguente rimozione dell'intero contratto¹³⁸.

La dottrina francese non ha mancato di criticare siffatta scelta che, sacrificando l'interesse del contraente debole alla conservazione dello scambio, può, perfino, indurre a rinunciare alla protezione normativamente accordata¹³⁹.

Per ovviare a tale inconveniente si è suggerito di ricorrere al novellato art. 1178 che consente, *indépendamment de l'annulation du contrat*, di domandare il risarcimento del danno subito secondo la

¹³⁷ Si tratta, in definitiva, di elementi qualificativi del grave squilibrio contrattuale. Sull'abuso quale "peculiare forma di qualificazione normativa dell'ingiustizia contrattuale rilevante" v. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., p. 355.

¹³⁸ Parte della dottrina (cfr., ANCEL, *op. cit.*, p. 748; DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 47) evidenzia, però, come, prima della riforma, la Corte di Cassazione francese abbia mostrato delle aperture alla possibilità di ottenere una rideterminazione del contenuto del contratto nel caso di vizio del consenso (cfr., Cass. 3e Civ, 6 juin 2012, 11-15.973, in *RDC*, 2012, p. 1180 con nota di GÉNICON, *La «réfaction pour dol» existe-t-elle?*, che ha ritenuto possibile, in caso di dolo, chiedere, in luogo dell'annullamento del contratto, la riduzione del prezzo).

¹³⁹ Cfr. CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse?*, cit., p. 49 il quale, confrontandosi con il *projet d'ordonnance*, auspicava un cambio di rotta del legislatore e citava l'esempio del contratto dal quale dipende la sopravvivenza dell'impresa che versa in situazione di dipendenza rispetto alla controparte.

disciplina della responsabilità extracontrattuale¹⁴⁰. In tale prospettiva, ove la parte rinunci a far valere la nullità, il risarcimento dovrebbe essere accordato in misura tale da riequilibrare il contenuto del contratto¹⁴¹.

La soluzione prospettata, implicando lo “scarto” degli strumenti protettivi normativamente prefissati, costituisce un indice evidente della disarmonia tra la patologia presa in considerazione dall’art. 1143 e la correlativa tecnica di tutela¹⁴².

Una disarmonia che appare ancor più evidente confrontando la scelta operata dal legislatore francese con i testi normativi presi a modello e richiamati dalla relazione al Presidente della Repubblica.

Così, ad esempio, l’art. II-7:207 DFCR, nel disciplinare l’*Unfair exploitation*, dispone che in presenza di un approfittamento dell’altrui condizione di debolezza¹⁴³ la parte svantaggiata può chiedere l’annullamento del contratto o, alternativamente, ove possibile e opportuno, domandare che il giudice provveda a rideterminarne il contenuto in conformità con i principi di buona fede e cor-

¹⁴⁰ Secondo il disposto dell’art. 1178, c. 3, del Code, “*indépendamment de l’annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle*”.

¹⁴¹ Cfr. ANCEL, *op. cit.*, p. 748 ; CHENEDE, *op. cit.*, p. 655 ss.; DISSAUX-C. JAMIN, *Reforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 47 ; CLAUDE, *op. cit.*, p. 474.

¹⁴² Secondo ANDRIEUX, *La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétoriennes. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil*, in *LPA*, 22 août 2016, n° 116w3, p.6 ss., ricorrere alla tutela risarcitoria per ottenere un risultato assimilabile al riequilibrio del contratto “*heurte la logique bien établie de la distinction de nature de fondement des actions*”.

¹⁴³ Più specificamente, si prevede che l’annullamento o la revisione del contratto possano essere richiesti “if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage”.

rettezza¹⁴⁴. L'istanza di revisione in senso perequativo del programma negoziale può, peraltro, essere chiesta anche dalla parte avvantaggiata cui sia pervenuta la domanda di annullamento del contratto.

Sostanzialmente analoga risulta la previsione dell'art. 4:109 dei PECL (c.d. Principi Lando) mentre nell'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit¹⁴⁵ il regolamento contrattuale può essere rimodellato sia attraverso una domanda di annullamento specificamente mirata alla rimozione di singole clausole sia previa richiesta al giudice di "adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio"¹⁴⁶.

Anche negli studi più direttamente influenzati dal diritto di matrice comunitaria lo squilibrio contrattuale determinato dall'approfittamento dell'altrui condizione di debolezza apre le porte ad un intervento di rimodellamento del programma negoziale¹⁴⁷, quantomeno consentendo di circoscrivere l'effetto demolitorio alle sole clausole frutto della condotta abusiva¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Più specificamente il giudice deve adeguare il regolamento contrattuale ai contenuti che le parti avrebbero presumibilmente convenuto a seguito di una trattativa svolta in conformità con i principi di buona fede e correttezza.

¹⁴⁵ La fattispecie contempla l'ipotesi in cui il contratto attribuisca ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Per valutare tale presupposto occorre "considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto".

¹⁴⁶ Anche in tal caso, analoga richiesta può essere avanzata dalla parte avvantaggiata cui sia pervenuta istanza di annullamento del contratto.

¹⁴⁷ Cfr., art. 48, Feasibility study for a future instrument in European Contract Law in *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, reperibile su http://ec.europa.eu/justice/contract/index_it.htm

¹⁴⁸ Cfr., art. 54, comma 2, CESL secondo cui "where a ground of avoidance affects only certain contract terms, the effect of avoidance is limited to those terms unless it is unreasonable to uphold the remainder of the contract".

D'altra parte nella medesima direzione si muovono la disciplina della clausole vessatorie nei contratti del consumatore¹⁴⁹ e quella concernente i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁵⁰.

Anche in tali ultime ipotesi vengono in rilievo regole che mostrano una certa flessibilità consentendo di *adattare* l'intervento normativo sull'autonomia privata¹⁵¹ in ragione del *deficit* di libertà contrattuale che si è registrato a monte¹⁵². Si dà, perciò, vita ad un'operazione di conformazione e rimodellamento del regolamento che colpisce selettivamente le parti inique frutto di comportamenti c.d. "abusivi" consentendo, talvolta, l'inserimento di contenuti normativamente predeterminati¹⁵³.

¹⁴⁹ Come è noto, la nullità della clausola che determina un significativo squilibrio di diritti e di obblighi a carico del consumatore è collegata alla circostanza che la stessa non abbia costituito oggetto di trattativa individuale (art. 3 Dir. 93/13/CEE). Il dato comportamentale, pur essendo estrinseco al contratto, diviene fondamentale parametro del giudizio di validità, in quanto la medesima clausola, benché iniqua, ove frutto di un'effettiva e paritaria ricomposizione del conflitto di interessi tra i contraenti, non può più essere rimessa in discussione (eccezione fatta per le tre clausole appartenenti alla c.d. "lista nera" che sono nulle benché oggetto di trattativa individuale).

¹⁵⁰ L'art. 7, Dir. 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dispone che i patti concernenti la data del pagamento del prezzo e le conseguenze di un eventuale ritardo sono nulli quando risultino gravemente iniqui perché si discostano sensibilmente "dalla corretta prassi commerciale in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza. La legislazione italiana contempla, altresì, in tema di subfornitura, l'art. 9 della l. n. 192/1998 che sanziona con la nullità l'accordo che risulti essere frutto dell'abuso di dipendenza economica.

¹⁵¹ Nel costruire un regolamento efficiente, «la norma non interviene direttamente sul regolamento pattizio, bensì sui presupposti e sulle condizioni [...] ritenuti indispensabili e funzionali alla determinazione di un assetto programmatico contrattuale senz'altro meritevole di garanzia giuridica» (SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; e ora in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Milano 2005, p. 683 s., spec. p. 701).

¹⁵² Sia consentito un rinvio a RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, spec. p. 245 ss.

¹⁵³ Si tratta di un'ipotesi che la dottrina (ANG. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 206) considera emblematica del nuovo modo di operare dell'integrazione del contratto. Accanto all'integrazione supple-

Se l'art. 1143 del *Code* evidenzia una patologia del regolamento contrattuale è su tale piano, in ultima analisi, che dovrebbe incidere il correlativo rimedio, atteggiandosi quale “rimedio di regolamento”¹⁵⁴. La misura protettiva non dovrebbe, invero, mirare alla demolizione dell'operazione negoziale, quanto alla sua conservazione previa rideterminazione in senso perequativo del suo contenuto¹⁵⁵.

L'*abus* rappresenta una figura ibrida frutto dell'“innesto” di una patologia di regolamento all'interno dei vizi del consenso ed una siffatta sintesi degli elementi della fattispecie si riflette, inevitabilmente, sulle istanze che la parte primaria della norma individua come meritevoli di realizzazione.

Da qui l'inadeguatezza di una tecnica di tutela traslata dai tradizionali *vices du consentement* senza alcun adattamento nonostante il diverso atteggiarsi delle esigenze in campo¹⁵⁶.

La dottrina non ha, invero, mancato di rilevare come non sia l'interesse a doversi strutturare “attorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi”¹⁵⁷; sono, cioè, i

tiva ed a quella repressiva, il nuovo diritto dei contratti introduce l'integrazione “conformativa” (sulla quale si veda anche ID., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 100 ss.) chiamata a “modellare il regolamento contrattuale depurato del patto giudicato iniquo o abusivo” perché conseguente ad una c.d. “deroga abusiva al diritto dispositivo” (p. 160).

¹⁵⁴ Per tale espressione, v. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano di azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. I, p. 459 ss., ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 195 ss., spec. p. 216 ss.; ID., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, *ivi*, p. 337 ss., spec. p. 369.

¹⁵⁵ In tal senso si orientava l'*avant projet Terré* che, però, come già rilevato, contemplava un differente inquadramento dell'abuso ricondotto alla figura della *lésion*.

¹⁵⁶ Sull'inopportunità di associare allo squilibrio contrattuale un rimedio predisposto per patologie incidenti sul momento genetico e formativo del contratto, v. SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 256.

¹⁵⁷ Cfr., P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 4.

bisogni a conformare le correlative forme giuridiche di protezione e non viceversa¹⁵⁸.

Solo se riesce ad “accorciare le distanze del mezzo di tutela rispetto all’interesse o al bene che si intende tutelare”, il rimedio può dirsi, allora, “effettivo”¹⁵⁹.

Si comprendono, in tale prospettiva, i tentativi compiuti dagli studiosi francesi di individuare correttivi o, addirittura, percorsi alternativi di salvaguardia del contraente che ha subito l’*abus*¹⁶⁰.

La soluzione di ripiegare sul risarcimento del danno quale strumento equivalente al riequilibrio del regolamento contrattuale non appare, tuttavia, appagante soprattutto in relazione ai contratti di durata per i quali risulta indispensabile garantire la conservazione del contratto a condizioni più eque¹⁶¹.

Andrebbe, piuttosto, accolto, anche nel caso di specie, l’invito a garantire l’efficienza dei rimedi ripensando, sulla scorta delle scelte operate in ambito comunitario, i meccanismi demolitori “in guisa da foggare interventi integrativi, correttivi e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell’assetto di interessi”¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr., SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologia dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1055.

¹⁵⁹ VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 13.

¹⁶⁰ Sulla possibilità di scelta e cumulo dei rimedi quale espressione del diritto ad un rimedio effettivo v., VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 12.

¹⁶¹ Cfr. ANDRIEUX, *La codification de la «violence-dépendance»*, cit., p.6 ss. L’A. propone di “reconnaître à la partie lésée une action «*quantum minoris*», semblable à l’action estimatoire en matière de garantie des vices cachés – ou «*quantum majoris*», s’il s’agit de l’objet du contrat qui a été sous-évalué”.

¹⁶² Cfr. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 91. Per un’applicazione del principio di effettività delle tutele quale canone ermeneutico di rilettura dell’art. 1467 c.c. v., ID., *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, spec. p. 8 ss. Secondo l’A., la tutela della risoluzione del contratto “prevista per il contraente danneggiato va integrata sulla base del principio di effettività che esige di individuare il rimedio più adeguato alla soddisfazione dell’interesse protetto nella fattispecie normativa integrata dai principi. Coordinando, dunque, i comportamenti dovuti con la necessità di un rimedio effettivo”. Da qui, la ricostruzione di un obbligo di rinegoziazione del contratto quale strumento di tutela alternativo alla risoluzione e ritenuto più idoneo al soddisfacimento degli interessi delle parti.

Il rimedio deve, invero, rimanere in stretto e diretto rapporto dialogico con la domanda di tutela cui intende fornire risposta e, quindi, con la fattispecie dal quale quell'istanza trae origine¹⁶³.

Tutte le regole, infatti, “sia quelle legali (imperative o dispositive), sia quelle pattizie, come pure le altre aventi carattere eventualmente sostitutivo integrativo o correttivo, restano sempre a dipendere dalla sostanza reale degli interessi in campo, secondo una legge universale propria di ogni efficacia giuridica, che è il principio di convenienza dell'effetto al fatto”¹⁶⁴.

¹⁶³ Sulla flessibilità del sistema rimediario e sull'opportunità di selezionare il rimedio utile in ragione delle peculiarità del caso concreto v., P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., spec. p. 3.

¹⁶⁴ Così, SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss., spec. p. 471; e ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 236.

FRANCESCO RICCI
Professore ordinario di diritto privato
Università LUM “G. Degennaro” di Bari-Casamassima

LE NUOVE SCRITTURE NELL’ERA DEL DOCUMENTO INFORMATICO

SOMMARIO: 1. La nozione di scrittura: due paradigmi a confronto. – 2. Il documento elettronico nel Regolamento eIDAS ed i confini della forma elettronica come scrittura. – 3. La rilevanza sostanziale e probatoria delle scritture prive di sottoscrizione nel diritto italiano vivente. – 4. (segue) Critica. – 5. Scritture e riproduzioni meccaniche: due concetti da tenere distinti. – 6. La rilevanza probatoria delle scritture prive di firma: l’apprezzamento ex art. 116 c.p.c. – 7. Il regime delle scritture informatiche prive di firma e delle riproduzioni informatiche. – 8. Le nuove scritture nel diritto privato europeo e nel diritto dei consumi. – 9. L’impatto delle nuove scritture europee nel diritto italiano. – 10. Conclusioni.

1. La nozione di scrittura: due paradigmi a confronto.

Com’è noto, la conoscenza di un accadimento rilevante può essere acquisita da un giudice, come da chiunque, in più modi, e in particolare: i) tramite percezione diretta; ii) oppure tramite una prova critica, cioè tramite la conoscenza di un fatto diverso, ma idoneo a fondare un giudizio di tipo inferenziale sulla verità del primo per la relazione obiettiva che lo lega a quello; iii) oppure ancora tramite una prova storica (prova documentale o prova per testi), cioè tramite la rappresentazione di quel fatto, allorché questa può considerarsi attendibile in ragione del contesto in cui è compiuta o della fiducia che può essere accordata al suo autore.

Tra le rappresentazioni dei fatti, vi sono le narrazioni degli stessi, cioè la loro esposizione mediante l’uso di suoni, segni grafici o altri simboli convenzionali portatori di significato. Per fare memoria di tali narrazioni da tempo immemore si usa la scrittura, che costituisce

in effetti il principale strumento per una narrazione non effimera, e cioè tale da restare percepibile e quindi fruibile nel tempo. Non a caso l'invenzione della scrittura segna il passaggio dalla preistoria alla storia.

Tutti gli ordinamenti attribuiscono una peculiare rilevanza alla scrittura.

Per limitarci al panorama europeo del diritto privato, si pensi al rilievo che si riconosce alla scrittura intesa come l'attività dello scrivere (in tal caso, nella teoria analitica della dichiarazione si parla di forma, o documentazione):

a) negli ordinamenti che la richiedono come forma negoziale *ad substantiam* (cioè a pena di nullità)¹:

i. per la validità dei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di un diritto reale immobiliare (in Italia l'art. 1350 del Codice civile; nel Regno Unito la *Law of Property - Miscellaneous Provisions - Act 1989, Section 2*);

ii. oppure per il perfezionamento del relativo effetto traslativo (ancora nel Regno Unito la *Law of Property Act 1925, Section 52*, che richiede un apposito atto di proprietà denominato «*deed*»; in Germania l'art. 925 BGB)²;

iii. o ancora per le donazioni, che addirittura devono essere fatte per atto pubblico (in Germania l'art. 518 BGB, in Austria l'art. 943 ABGB, in Francia l'art. 931 del *Code civil*, in Italia l'art. 782 del Codice civile e in Grecia l'art. 498 del codice civile³).

¹ V. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, 1966, p. 144.

² In tema v. KÖTZ, *European Contract Law*², New York, 2017, p. 83 ss.

³ In tema v. KÖTZ, *op. loc. ult. cit.*, p. 53, nonché p. 75 ss.

b) negli ordinamenti che la prevedono come condizione di efficacia delle obbligazioni contrattuali⁴, come per il diritto spagnolo con riguardo ai contratti che hanno per oggetto il trasferimento di un diritto reale immobiliare (artt. 1279 e 1280 del *Código civil*).

Si pensi ancora al rilievo riconosciuto alla scrittura intesa come il risultato dello scrivere (in tal caso, nella teoria analitica della dichiarazione si parla di documento), per esempio, in Spagna dall'artt. 299, nn. 2 e 3, 317 ss. e 324 ss. della *Ley de Enjuiciamiento Civil*, n. 1 del 7 gennaio 2000, o in Italia dagli artt. 2699 ss. del Codice civile.

Non in tutti gli ordinamenti si rinviene una definizione ufficiale di scrittura.

Si può trovare tuttavia un primo paradigma del concetto di scrittura nell'Allegato 1 dell'*Interpretation Act* del 1978⁵, che com'è noto vale in tutto il Regno Unito⁶, nel quale si legge che «*'writing' includes typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in visible form, and expressions referring to writing are construed accordingly*». Ai fini del nostro discorso, non importa se qui per scrittura s'intende l'atto dello scrivere (che nella tradizione della teoria analitica della dichiarazione è detto attività di «documentazione»), il suo risultato materiale (che nella tradizione della teoria analitica della dichiarazione è invece detto «documento») o entrambe le cose. Ciò che conta è, che in ogni caso, da tale nozione di scrittura resta esclusa la rappresentazione o riproduzione di parole espresse in forma diversa da quella visibile, come, per esempio, nel caso della trasmissione o registrazione di parole proferite a voce. Ciò che più

⁴ V per tutti DíEZ-PICAZO e GULLÓN, *Sistema de derecho civil*¹¹, Madrid, 2016, rist. 2017, II, 1, p. 40.

⁵ L'atto è consultabile presso l'apposito sito governativo all'indirizzo web <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/contents>; l'Allegato 1 è consultabile presso l'indirizzo web <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/schedule/1>.

⁶ Per l'ambito di applicazione di tale atto v. la pagina web all'indirizzo <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/schedule/1?view=extent>.

conta è che, secondo tale definizione, la scrittura è un modo di rappresentare o riprodurre parole in forma visibile⁷.

Alternativo a quello appena richiamato è invece il paradigma del concetto di scrittura che si rinviene poi nei Principi Unidroit. Infatti, già nella prima versione dei Principi Unidroit del 1994 l'art. 1.10 stabiliva che «*“writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form*». La stessa disposizione è ora contenuta nell'art. 1.11 dell'edizione del 2016 di quei Principi.

Le due definizioni non coincidono: infatti, altro è rappresentare o riprodurre parole in forma visibile, altro è adottare una forma di comunicazione che conservi la documentazione delle informazioni contenute e sia riproducibile in forma tangibile.

2. Il documento elettronico nel Regolamento eIDAS ed i confini della forma elettronica come scrittura.

Un rinnovato punto di riferimento che può orientare l'interprete nella scelta tra le due diverse definizioni di scrittura date, rispettivamente, dall'*Interpretation Act* e dai Principi UNIDROIT è quello offerto dal documento informatico⁸, sia per la sua peculiare

⁷ MASON, *Electronic Signatures in Law*, Institute of Advanced Legal Studies, School of Advanced Study. Edizione del Kindle, poss. 1749-1750.

⁸ Sul documento informatico v. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985, p. 105 ss.; GIANNANTONIO, *Il valore giuridico del documento elettronico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 261 ss.; MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile*, in *Dir. inf.*, 1987, p. 23 ss.; FRANCESCHELLI, *Computer, documento elettronico e prova civile*, in *Giur. it.*, 1988, 4, p. 23 ss.; G.F. RICCI, *Aspetti processuali della documentazione informatica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 863 ss.; FINOCCHIARO, *Documento elettronico*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 433 ss.; ID., *Documento informatico e firma digitale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 956 ss.; FERRARI, *La nuova disciplina del documento informatico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1999, p. 129 ss.; FINOCCHIARO, *Documento informatico e firma digitale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 956 ss.; EAD., *La firma digitale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, artt. 2699-2720, supplemento d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513,

capacità ontologica di memorizzare e far riprodurre informazioni espresse con le più svariate modalità di manifestazione (simboli grafici, suoni, disegni, immagini della realtà ferme o in movimento, ecc.), sia per com'è regolato dal diritto europeo ed interno. La natura del documento informatico ed i principi che informano la relativa disciplina giuridica offrono una chiave di lettura attuale e globale per l'individuazione dei criteri interpretativi ed applicativi delle disposizioni relative alle scritture, intese sia come forma (o attività di documentazione), sia come prova (o documento).

Agli albori della disciplina europea in materia, il documento informatico era contemplato (ma non regolato, né definito) dalla Direttiva 1999/93/CE del 13 dicembre 1999 *«relativa ad un quadro*

Bologna-Roma, 2000; EAD., Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici, Milano, 2003; EAD., Ancora sull'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto, commento a Cass. civ., sez. lav., sent. 11 maggio 2005, n. 9884, in Dir. dell'Internet, 2005, p. 5633 ss.; GENTILI, Documento informatico e tutela dell'affidamento, in Riv. dir. civ., 1998, p. 28 ss.; ID., Le tipologie di documento informatico dopo il d.P.R. n. 137/03: effetti sostanziali ed effetti probatori, in Dir. inf., 2003, 4-5, p. 671 ss.; ID., Documento informatico, in Enc. dir., Annali V, Milano, 2012, p. 629 ss.; ORLANDI, La paternità delle scritture, Milano, 1997, p. 255 ss.; ID., L'imputazione dei testi informatici, in Riv. Not., 1998, p. 867 ss.; BIANCA, CLARIZIA, FRANCESCHELLI, GALLO, MOSCARINI, PACE e PATTI, Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici. Commentario del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513, in Nuove leggi civili commentate, 2000, p. 633 ss.; SCARPA, Le nuove frontiere dell'efficacia probatoria del documento informatico, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2008, 1, p. 251 ss.; CRUZ RIVERO, La firma electrónica reconocida – Análisis de los requisitos del artículo 3.3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, Madrid, 2006; BUONOMO e MERONE, La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio [alla luce delle modifiche introdotte dalla L. 221/2012], in Dir. inf. e informatica, 2013; MERONE, Electronic signature in Italian law, in Digital evidence and Electronic Signature Law Review, 2014, p. 84 ss.; PATTI, Prove, in Commentario Scialoja-Branca, artt. 2697-2739, Bologna, 2015, p. 481 ss.; BIANCA, Diritto civile, III, Il contratto³, Milano, 2019, p. 276 ss. Sul tema sia inoltre consentito rinviare al nostro RICCI, Scritture private e firme elettroniche, Milano, 2003.

comunitario per le firme elettroniche». Questa direttiva, infatti, se ne occupava, per così dire, solo di striscio, limitandosi a menzionarlo esplicitamente solo nel 21° considerando, nel quale tuttavia era scritto semplicemente che «il diritto nazionale disciplina la definizione dei campi giuridici in cui possono essere impiegati documenti elettronici e firme elettroniche; la presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli organi giurisdizionali nazionali di deliberare in merito alla conformità rispetto ai requisiti della presente direttiva e non lede le norme nazionali in materia di libero uso delle prove in giudizio». In maniera coerente con tale notazione, l'art. 1 chiariva poi che «la presente direttiva è volta ad agevolare l'uso delle firme elettroniche e a contribuire al loro riconoscimento giuridico», ma «non disciplina aspetti relativi alla conclusione e alla validità dei contratti o altri obblighi giuridici quando esistono requisiti relativi alla forma prescritti dal diritto nazionale o comunitario, né pregiudica le norme e i limiti che disciplinano l'uso dei documenti contenuti nel diritto nazionale o comunitario».

Com'è noto, però, la materia è ridefinita dalle fondamenta dal Regolamento (UE) n. 10/2014 del 23 luglio 2014 «in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE» (il c.d. Regolamento eIDAS⁹), il quale ora non resta più neutrale, ma prende esplicita posizione sulla rilevanza del documento informatico, disponendo all'art. 46 che «a un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica». Inoltre, per quanto più interessa ai fini delle riflessioni di questo scritto, offre la definizione di documento informatico disponendo che «un «documento elettronico» è qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare

⁹ eIDAS è un acronimo derivato dalle iniziali delle parole in lingua inglese «*electronic IDentification Autentication and Signature*».

testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva» (art. 3, n. 35, Reg. eIDAS).

In tal modo, il documento informatico, in maniera coerente con l'opinione tradizionale¹⁰, risulta essere un supporto materiale nel quale si possono memorizzare in forma elettronica segni in grado di esprimere valori del sistema binario e dare luogo ad impulsi destinati, da una parte, a generare l'immagine in apposite periferiche di parole espresse in forma visibile (idonee quindi a essere ricondotte alla nozione di scrittura offerta dall'*Interpretation Act* del 1978); dall'altra a riprodurre sulle periferiche anche vere e proprie dichiarazioni espresse senza segni grafici, ma che per effetto di quella memorizzazione sono rese in forma duratura e sono pertanto riconducibili alla nozione di forma scritta offerta dai Principi Unidroit (come nel caso delle registrazioni audio o di un audiovisivo che rappresenta una persona che parla) e che addirittura si possono firmare elettronicamente, ma che non possono rientrare nella nozione di scrittura offerta dall'*Interpretation Act* perché non riproducono parole in forma visibile.

Proprio su questa differenza si fonda la tradizionale contrapposizione tra la forma scritta e quella c.d. «orale»: se si considera che quest'ultima espressione è tratta dalla parola latina «os», che vuol dire bocca, la contrapposizione tra forma scritta e orale sembra evocare il suono e il senso dell'udito come terminali di un canale di comunicazione alternativo a quello basato sui simboli e sul senso della vista.

Ma nel diritto privato europeo della moderna società dell'informazione questa linea di confine appare essere superata. Infatti, dei possibili contenuti del documento informatico

¹⁰ Si pensi alla tradizionale e nota definizione di documento inteso come «cosa rappresentativa di un fatto», cioè come un oggetto «capace di rappresentare un fatto» diverso dalla sua mera esistenza (CARNELUTTI, *La prova civile – Parte generale – Il concetto giuridico di prova*, Venezia, 1914, Milano, p. 140 e 94; cfr. anche N. IRTI, *Sul concetto giuridico documento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 484 ss.).

contemplati dall'art. 3, n. 35, eIDAS, solo il testo rientra nella nozione di scrittura offerta dall'*Interpretation Act*, mentre le registrazioni sonore, visive o audiovisive non vi rientrano, perché solo l'atto dello scrivere, e non anche quello del parlare, riproduce parole in modo visibile.

Tale apparente contaminazione è in realtà il segno di come il cambiamento delle pratiche commerciali stimolato dallo sviluppo tecnologico abbia definitivamente determinato il passaggio dalla contrapposizione tra la nozione di «forma scritta» e quella di «forma orale» delle dichiarazioni (che è alla base dell'idea di scrittura contemplata dall'*Interpretation Act* 1978) alla nuova contrapposizione, più adeguata ai moderni metodi di comunicazione e archiviazione delle informazioni, tra la nozione di «forma documentale» e quella di «forma effimera» (che è alla base della nuova idea di scrittura contemplata dall'articolo 1.11 dei Principi Unidroit).

Di particolare rilievo è il fatto che in tale contesto la definizione contenuta nell'articolo 1.11 dei Principi Unidroit legittima l'inclusione nel concetto di «scritti» di tutte le dichiarazioni fatte attraverso mezzi tangibili e durevoli, e quindi non più solo quelle fatte attraverso la documentazione di simboli da leggere da parte del destinatario. Di conseguenza, quando una dichiarazione è fatta in questo modo le regole che impongono dichiarazioni o prove per iscritto sono rispettate, anche quando non c'è un testo con lettere visibili agli occhi del destinatario.

La dottrina che se ne occupa non sembra essere consapevole di questa opportunità. Anzi, a questo proposito, è stato addirittura osservato in maniera critica che la definizione di scrittura contenuta nell'art. 1.11 cit. «non è particolarmente utile perché confonde il requisito formale (una registrazione di informazioni che può essere riprodotta in forma tangibile) e la modalità di comunicazione che

viene utilizzata per trasmettere la registrazione»¹¹. In ogni caso secondo tale dottrina i vantaggi della definizione offerta dai Principi Unidroit sarebbero limitati semplicemente al fatto che non è richiesta la scrittura a mano originale, la firma, la firma di un testimone o una firma elettronica certificata e che quindi una lettera, un fax, una e-mail o un SMS si considerano scritture, che siano o meno firmati o muniti di certificazione¹².

Invece, i vantaggi derivanti dalla più moderna definizione di scrittura offerta dai Principi Unidroit si rinvergono proprio nel fatto che le registrazioni sonore, visive e audiovisive cui si fa riferimento nella definizione di documento elettronico offerta dal Regolamento eIDAS potrebbero legittimamente essere ricomprese nella definizione di scrittura offerta dall'art. 1.11 dei Principi Unidroit: questa conclusione vale sia per il requisito della forma scritta che per l'onere della prova per iscritto.

A tali condizioni, un documento elettronico può essere utilizzato per conservare in forma durevole sia le dichiarazioni fatte in forma scritta (nel senso più tradizionale di idee rappresentate da simboli che il destinatario deve leggere), sia le dichiarazioni fatte in forma orale che, come risultato di questa memorizzazione, sono registrate in forma durevole e sono quindi riconducibili alla nozione di forma scritta offerta dai Principi Unidroit (come nel caso delle registrazioni audio o di una registrazione audiovisiva di una persona che parla) e che possono anche essere firmati elettronicamente, anche se non possono essere inclusi nella nozione di scrittura offerta dall'*Interpretation Act* perché non riproducono parole in una forma visibile.

Tuttavia, bisogna anche tenere presente che, nonostante questa estensione del concetto di scrittura, non tutti gli audio o video costituiscono scrittura, e più precisamente non sono scritture quando

¹¹ VOGENAUER, Article 1.2 (No form required), in Vogenauer (a cura di), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*², Oxford, 2017, p. 159 ss., spec. p. 162.

¹² *Ibidem*.

non sono un mezzo per fare una dichiarazione, ma solo un mezzo occasionale per rappresentarla, senza influire in alcun modo sulla sua esistenza (come sono, per esempio, i video registrati come ricordi di famiglia, un documentario, ecc.).

In Europa, non solo manca una letteratura giuridica chiara e completa su questa distinzione, ma anche una disciplina analitica che distingue tra le dichiarazioni fatte con mezzi tangibili e durevoli e quelle che sono semplicemente memorizzate in tali documenti ma non fatte attraverso di essi.

Nel diritto italiano, invece, com'è noto, la disciplina della prova documentale distingue tra documenti scritti (intesi come «documenti dichiarativi») e documenti che memorizzano e rappresentano fatti senza costituire il mezzo per fare dichiarazioni (e che quindi possono essere chiamati «documenti meramente rappresentativi»), che aiuta a mettere a fuoco questa distinzione. Anche se si tratta di un sistema di regole concepito negli anni '30 e poi introdotto dal Codice Civile italiano nel 1942, esso si fonda su un criterio di distinzione efficiente e molto attuale, che ha un impatto sistematico anche sulla disciplina della forma scritta. Vale la pena di prenderlo in considerazione perché l'approccio adottato in maniera esplicita da questo sistema di regole aiuta a chiarire in modo decisivo una serie di questioni concrete e concetti importanti utili per una migliore interpretazione del diritto europeo.

3. La rilevanza sostanziale e probatoria delle scritture prive di sottoscrizione nel diritto italiano vivente.

La legge italiana non offre una definizione esplicita di cosa debba intendersi per scrittura, tuttavia stabilisce una distinzione che in astratto risulta analoga a quella dell'*Interpretation Act*.

Infatti, nell'ambito della nozione unitaria di prove documentali (Libro VI, Titolo II, Capo II), il Codice civile opera una distinzione tra le scritture (atto pubblico, scrittura privata e scritture contabili delle imprese soggette a registrazione – rispettivamente, Sezioni I, II e III del menzionato Capo, artt. 2699-2711 c.c.) e le riproduzioni meccaniche (Sezione IV, art. 2712 c.c.).

In base a tale distinzione:

a) da una parte, la legge italiana dispone che è riproduzione meccanica ogni «rappresentazione meccanica di fatti e di cose» e in tal modo in linea di principio sembra alludere alle rappresentazioni prodotte su un apposito supporto materiale da un apparato meccanico che riproduce i fatti o le cose in maniera necessitata, senza la mediazione della volontà e dell'intelligenza di chi lo aziona, e per questo include le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, e le registrazioni fonografiche (art. 2712 c.c.)¹³;

b) dall'altra, utilizzando l'espressione «documento redatto»¹⁴ in relazione all'atto pubblico e la parola «scrittura» in relazione a tutti gli altri documenti diversi dall'atto pubblico e dalle riproduzioni meccaniche¹⁵, sembra alludere ai documenti che costituiscono il risultato materiale dell'attività dello scrivere, cioè il risultato dell'azione di chi traccia sulla carta o su un'altra superficie adatta i segni grafici che appartengono a un dato sistema di scrittura e che servono a raffigurare in maniera convenzionale fonemi, parole, idee,

¹³ Secondo l'art. 2712 cit. «le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime». Le riproduzioni informatiche sono state esplicitamente aggiunte alla lista, comunque non tassativa, contenuta nell'art. 2712 c.c., in un tempo relativamente recente, dall'art. 23-*quater* del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, così come aggiunto dall'art. 16, comma 2, del D.L.vo 30 dicembre 2010, n. 235.

¹⁴ Infatti, ai sensi dell'art. 2699 c.c., com'è noto, «l'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato». Esso «fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti» (art. 2700 c.c.).

¹⁵ Tali documenti includono la «scrittura privata», alla quale è dedicata la Sezione II del Capo I cit. (artt. 2702-2708 c.c.), nonché le «scritture contabili delle imprese soggette a registrazione», alle quali è dedicata la Sezione III (artt. 2709-2711 c.c.).

pensieri, numeri, in modo tale che chi conosca quel sistema di scrittura possa poi leggerli e interpretarne il senso.

Si è detto che la legge italiana pone le basi di una distinzione che risulta analoga a quella dell'*Interpretation Act* perché dal testo legislativo emerge un dualismo radicale tra il carattere meccanico delle riproduzioni contemplate dall'art. 2712 c.c. e il carattere cosciente e creativo che si assume debba contraddistinguere l'attività necessaria per generare un documento scritto:

a) le riproduzioni meccaniche, infatti, sono prese in considerazione come documento che costituisce il risultato dell'applicazione a un supporto materiale di automatismi che dipendono in maniera diretta dall'interazione tra l'apparato che genera il documento e una o più caratteristiche della realtà da questo ritratta (forme, dimensioni, suoni, luci, colori, peso, movimenti, ecc.): sono quindi riproduzioni meccaniche le fotografie, le registrazioni audio, le registrazioni video, i calchi, i tracciati di un elettrocardiogramma, di un sismografo, ecc.;

b) il documento scritto, invece, è preso in considerazione come rappresentazione grafica della volontà o del pensiero del suo autore (pubblico ufficiale o privato che sia): sono quindi scritture gli atti pubblici, gli atti dei privati che contengono una dichiarazione firmata, le carte ed i registri domestici, le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione.

Ciò dovrebbe indurre a concludere che a un documento scritto non si possa mai applicare la disciplina dedicata alla «rappresentazione meccanica di fatti e di cose» e, viceversa, ad una riproduzione di fatti o cose generata in maniera automatica da un apparato meccanico non si possa applicare la disciplina dedicata alle scritture (a meno che non si tratti del caso particolare delle «copie fotografiche di scritture» specificamente disciplinato dall'art. 2719 c.c.¹⁶).

¹⁶ Com'è noto, in base a tale disposizione, «le copie fotografiche di scritture hanno la stessa efficacia delle autentiche, se la loro conformità con l'originale è

Per maggiore chiarezza espositiva in questa sede prescindere sia dall'atto pubblico, sia dai casi particolari del telegramma, delle carte e dei registri domestici e delle scritture contabili delle imprese soggette a registrazione¹⁷, per concentrarci in generale su tutti gli altri documenti privati. Con riguardo a tali documenti, dal punto di vista della loro rilevanza probatoria, codici alla mano, le possibilità si riducono a tre:

i) o sono scritture private firmate, e pertanto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2702 c.c. fanno «piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta»;

ii) o sono riproduzioni meccaniche, e pertanto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2712 c.c. «formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime»;

iii) o non sono riconducibili né all'una né all'altra delle due categorie di prove, e allora ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 116

attestata da pubblico ufficiale competente ovvero non è espressamente disconosciuta».

¹⁷ Le carte e i registri domestici, le annotazioni fatte in calce, a margine o sul retro di un documento e le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione non rappresentano dichiarazioni (non hanno cioè la funzione di manifestare volontà o giudizi a soggetti diversi dal loro autore). A tali condizioni, la disciplina della scrittura privata intesa in senso stretto non ha punti di contatto con quella di tali scritture speciali non solo perché la formazione della prova basata su queste ultime prescinde dalla sussistenza e dalla verifica di contrassegni di provenienza del documento, ma anche perché queste, a differenza di quella, non servono in alcun modo a provare la provenienza di dichiarazioni dal loro autore, ma fatti di natura diversa (*contra* DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 51 s.): i primi provano che il loro autore ha ricevuto un pagamento (art. 2707 cod. civ.); le seconde fanno prova contro il creditore che le ha redatte dell'avvenuta liberazione del debitore (art. 2708 cod. civ.) (11); le terze provano i fatti che vi sono riportati (artt. 2709 ss. cod. civ.) (al riguardo v. più diffusamente, RICCI, *Scritture*, cit., p. 2 ss.).

c.p.c., come tutte le prove non soggette a discipline particolari, devono essere valutati secondo il prudente apprezzamento del giudice¹⁸.

Invece, nel diritto vivente italiano, si è affermata una contrapposizione duale tra le sole scritte e le riproduzioni meccaniche e in tale cornice, sulla base dell'idea più tradizionale, ma ormai superata¹⁹, secondo la quale ai fini di una dichiarazione scritta è necessaria la firma del suo autore, pena l'inesistenza della stessa, si è consolidata l'opinione che gli scritti privi di sottoscrizione con i quali si manifesta una volontà negoziale o la conoscenza di alcunché, essendo strutturalmente inadeguati a costituire il mezzo per rendere una dichiarazione scritta di volontà o di scienza giuridicamente rilevante, dovrebbero essere equiparati ad una dichiarazione orale²⁰, mentre sul piano probatorio i documenti che li incorporano sarebbero da considerare quali le riproduzioni meccaniche che la rappresentano da valutare ai sensi e per gli effetti dell'art. 2712 c.c.

Questa disposizione si considera applicabile al caso appena descritto perché si ritiene che contenga una clausola generale suscettibile di essere applicata ai documenti prodotti con qualsiasi strumento meccanico e che a tali condizioni sarebbe quindi applicabile a qualunque rappresentazione documentale diversa dalle scritte firmate e dalle altre scritte private speciali, quali il telegramma (artt. 2705 s. c.c.), le carte e i registri domestici (art.

¹⁸ Infatti, l'art. 116 c.p.c. dispone che «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti».

¹⁹ Sul fenomeno detto della «crisi della sottoscrizione» v. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 59 ss.; ID., *Idola libertatis*, Milano, 1985, p. 74 ss. Ci permettiamo di rinviare anche a quanto argomentato più diffusamente in RICCI, *Scritture*, cit., p. 178 ss.

²⁰ PATI, Prova documentale, in Commentario Scialoja-Branca, artt. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, p. 132.

2707 c.c.), le scritture contabili obbligatorie delle imprese (artt. 2709 ss. c.c.)²¹.

Ancora di recente, in questa prospettiva, la Corte di appello di Roma ha stabilito che un messaggio di posta elettronica è un documento elettronico privo di firma contenente la rappresentazione informatica di fatti giuridicamente rilevanti e perciò ha l'efficacia probatoria tipica delle rappresentazioni meccaniche, dovendo essere ricondotto al caso delle riproduzioni informatiche di cui all'art. 2712 c.c.²²

Tale argomentazione tuttavia prova troppo e non può essere condivisa.

Infatti, l'estensione dell'art. 2712 c.c. alle scritture prive di sottoscrizione implica un'ingiustificata svalutazione, ai fini di tale disposizione, del carattere meccanico (cioè necessitato) dell'azione dell'apparato che imprime i segni rappresentativi sul supporto materiale e genera così il documento. Al contempo, rende evidente una sopravvalutazione della rilevanza dell'interposizione di uno strumento artificiale tra il gesto dell'autore e la generazione del segno impresso sulla materia, perché in realtà nella prospettiva dell'art. 2712 c.c. tale circostanza rileva proprio e solo quale elemento che esclude di poter considerare il documento come una manifestazione soggettiva in forma simbolica della volontà o del pensiero dell'autore²³. Tale travisamento, se si applica con rigore e

²¹ MONTESANO, Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale, cit., p. 4; PATTI, op. loc. ult. cit., p. 126 e 131; A.A. ROMANO, Il disconoscimento della prova documentale, in Studi in onore di P. Schlesinger, V, Milano, 2004, p. 3923 ss., spec. p. 3938, nonché COMOGLIO, Le prove civili³, Torino, 2010, p. 501, nota 66. Sull'art. 2712 c.c. come clausola generale, in giurisprudenza, v. da ultimo Trib. Latina, 26 febbraio 2020, in Banca Dati One Legale.

²² App. Roma, 26 ottobre 2020, n. 2110, in *DeJure*, sulla quale si rinvia alle considerazioni più ampiamente svolte in RICCI, *L'efficacia probatoria dell'e-mail non sottoscritta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 629 ss.

²³ Cfr. BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 845 ss. e in *DeJure* (le citazioni che seguono

fino alle sue estreme conseguenze, arriverebbe ad includere tra le riproduzioni meccaniche non solo i segni generati da un apparato complesso di scrittura di tipo meccanico o elettronico (com'era, una volta, la macchina per scrivere o com'è, adesso, un elaboratore elettronico), ma anche quelli impressi al documento utilizzando semplicemente una matita o una penna.

4. *(segue) Critica.*

In realtà, il convincimento che sul piano sostanziale lo scritto privo di sottoscrizione varrebbe come dichiarazione a forma libera, ma non come prova scritta, non può ragionevolmente essere fondato sull'idea che la dichiarazione scritta, quando è priva di sottoscrizione, sarebbe una scrittura a paternità incerta e per questo priva dei requisiti necessari per la forma scritta; mentre avrebbe quelli sufficienti per la forma orale, quasi che questa sia compatibile con tale incertezza.

Infatti, una scrittura della quale non si possa conoscere l'autore non potrebbe essere imputata a taluno né come documento, né come dichiarazione: se è obiettivamente impossibile individuarne la paternità, la scrittura è insanabilmente inidonea a manifestare lo stato psicologico interno ad una persona ed è pertanto imperfetta sul piano della forma e del tutto carente ai fini della prova. In altre

sono da quest'ultima edizione) secondo la quale «le fonti per ricostruire il passato sono riconducibili a due grandi categorie: le fonti dirette, che sono residui fisici di una realtà, come ad esempio i cocci di un vaso rinvenuti dall'archeologo, e le fonti indirette, che presuppongono un informatore « situato tra lo storico e la realtà del passato », di cui costituiscono un esempio paradigmatico i testi scritti, ma anche, ad esempio, le raffigurazioni pittoriche di un evento» (§ 2). Da tale distinzione l'A. ricava che «la questione della provenienza è rilevante per il controllo di autenticità del documento soltanto quando questo è il prodotto di un'attività umana, sia essa formalizzata o meno. Per i documenti che sono tracce fisiche di una realtà, come le riproduzioni meccaniche, il problema si pone diversamente. In questo caso, infatti, anche se è stato l'uomo a darvi impulso, la riproduzione della realtà è effettuata dalla macchina e non dall'uomo. Ne consegue che identificare l'autore, ovvero chi ha materialmente dato occasione alla genesi del documento, non è così rilevante» (§ 5.3).

parole, una scrittura con tali caratteristiche sarebbe del tutto incompatibile con qualsiasi forma dichiarativa, sia scritta sia orale, e quindi completamente inidonea a provare come avvenuta qualsiasi dichiarazione.

In realtà, gli atti di linguaggio sono comportamenti simbolici (consistenti nella composizione di segni evocativi scritti, orali o mimici) destinati ad essere completati con altri comportamenti di diversa natura (consistenti nella produzione di segnali che consentono inferenze sull'esistenza di realtà più o meno probabili, detti appunto manifestazioni: tra questi anche la consegna o la spedizione dello scritto) e ad essere interpretati alla luce delle circostanze, che concorrono ad identificare le intenzioni del loro autore²⁴ (per es., altro è manifestare la volontà di comprare qualcosa in un locale commerciale destinato alla vendita di beni di quel tipo, altro è pronunciare la stessa frase su un palco scenico teatrale e con un costume di scena).

A tali condizioni, elementi utili all'interpretazione di uno scritto quale dichiarazione ed inferenze sulla paternità della stessa si possono ricavare anche da elementi esterni alla struttura del documento.

In tale contesto, una scrittura per la quale sia possibile conoscere la paternità anche senza una prova precostituita a tal fine, e segnatamente senza una firma, può essere utilizzata per fare conoscere lo stato interno di volontà o di scienza del suo autore e quindi, sul piano sostanziale, è perfetta ai fini della dichiarazione, mentre sul piano probatorio funziona proprio alla luce di quegli elementi (ancorché diversi da una prova critica precostituita) che consentono anche sul piano sostanziale di conoscerne la paternità,

²⁴ GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 384 ss.; FALZEA, *Manifestazione – teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, p. 442 ss., spec. p. 472; N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 28; G. BENEDETTI, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in AA.VV., *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, p. 75 ss., spec. p. 86.

ove risulti che tali elementi sono a disposizione anche del destinatario.

Da tali considerazioni discende che documento scritto non significa documento firmato e che nessuna delle vicende costitutive di una dichiarazione scritta o di quelle rilevanti ai fini della sua funzione, di per sé, è preclusa dalla mancanza della firma dell'autore della dichiarazione.

In questo senso, ai fini della Convenzione Unidroit sul Factoring internazionale²⁵ «una comunicazione scritta», da una parte, «non ha bisogno di essere firmata, ma deve indicare da chi o a nome di chi essa è fatta»; dall'altra «si intende per fatta quando è ricevuta dal destinatario» (art. 1, 4° c., lett. *a e c*).

Più in generale, basta pensare alla già menzionata crisi della sottoscrizione e al vasto impiego degli ordinativi inviati via fax su carta intestata o timbrata, in uso tra gli imprenditori in luogo delle dichiarazioni firmate già prima dell'avvento delle e-mail²⁶. Oppure agli svariati scritti ai quali, anche senza la firma dell'autore, l'ordinamento ricollega effetti che invece sono preclusi alle dichiarazioni orali (si pensi alle conseguenze della violazione dei doveri informativi di derivazione comunitaria che incombono sugli operatori professionali, quali l'ampliamento del termine concesso al consumatore per l'esercizio del diritto di recesso, l'inefficacia delle condizioni contrattuali non comunicate per iscritto o la loro irrilevanza ai fini dell'interpretazione del contratto)²⁷.

²⁵ Convenzione Unidroit sul Factoring internazionale (Ottawa, 26 maggio 1988).

²⁶ N. IRTI, Studi sul formalismo negoziale, cit., p. 62.

²⁷ RICCI, L'informazione del consumatore e l'inefficacia delle clausole occulte, in Temi romana, 2000, p. 829 ss., spec. p. 832 ss.; ID., Informazioni per il consumatore e volontarietà del contratto telematico, in Temi romana, 2000, p. 841 ss., spec. p. 842 ss.; ID., Teleshopping e vendite a distanza nella disciplina delle vendite aggressive, in VETTORI (a cura di) Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, Padova, 1998, p. 258 ss.; ID., Scritture, cit., p. 178 ss.; ID., Firma digitale, in Martuccelli e Pescatore (a cura di), Diritto civile, Milano, 2011, p. 783 ss., spec. p. 784 e p. 796 s.

Infine, anche sul piano meramente probatorio il codice civile attribuisce efficacia probatoria a scritture non sottoscritte, quali carte e registri domestici e annotazioni (artt. 2707 e 2708 c.c.).

5. Scritture e riproduzioni meccaniche: due concetti da tenere distinti.

C'è un elemento che accomuna le dichiarazioni scritte prive di sottoscrizione a quelle sottoscritte e le differenzia dalle mere riproduzioni meccaniche, e cioè il fatto che tutte le dichiarazioni scritte (essendo per definizione manifestazioni di volontà o di scienza, e non meri atti di linguaggio) indipendentemente dall'apposizione di una firma sono strumenti per comunicare a taluno la volontà del dichiarante oppure un dato o un fatto conosciuto da quest'ultimo²⁸.

A tali condizioni, tutti gli scritti (firmati e non) destinati a manifestare la volontà o la scienza di taluno (e, per il loro tramite, le relative dichiarazioni):

- a) devono essere imputati a taluno, al quale imputare anche la volontà impegnativa (cfr. artt. 1350-1352 c.c.) ovvero la conoscenza dei fatti e delle circostanze ivi descritti (cfr. artt. 1264, 1° c., e 2735 c.c.);
- b) hanno contenuto essenzialmente simbolico (in quanto tale soggetto ad interpretazione come strumento per l'individuazione del significato);

²⁸ Su questa differenza si basa la tradizionale distinzione fra documenti dichiarativi e non dichiarativi (CARNELUTTI, *La prova*, cit., p. 158 ss.), o narrativi (DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, 1988, p. 23, nonché p. 24 ss.). Sulla necessità di altre prove (per lo più critiche) che integrino quanto provato dal documento in modo tale da poter ritenere che lo scritto, dopo essere stato formato, è stato anche emesso dal suo autore v. DENTI, *op. cit.*, p. 30.

c) ai fini dell'esistenza, devono essere inviati ai destinatari (c.d. emissione della dichiarazione – cfr. art. 1328, 2° c., c.c.)²⁹;

d) per conseguire il risultato pratico voluto dall'autore, devono giungere a conoscenza dei destinatari (cfr. artt. 1326, 1334 e 1335 c.c.).

A tali condizioni, indipendentemente dall'apposizione o meno della firma dell'autore, le vicende del documento scritto incidono non solo sulla prova, ma anche sull'esistenza stessa del fatto da provare, cioè la dichiarazione, che concorrono a realizzare³⁰.

Così non è nel caso delle riproduzioni meccaniche, che non servono a dare forma a stati mentali (quali la sussistenza di una volontà impegnativa o dello stato di conoscenza di taluni fatti), altrimenti relegati nel foro interno del soggetto. Più in generale, le vicende di questi documenti non incidono sull'esistenza dei fatti che rappresentano (che possono provare, ma non realizzare).

Infatti, a differenza dei documenti dichiarativi, le mere riproduzioni meccaniche sono raffigurazioni di fatti, prive di significato proprio e munite di forza evocativa non soggetta a interpretazione ma ad inferenza. Inoltre, le vicende della mera riproduzione meccanica di fatti o cose non incidono sull'esistenza del fatto da provare (che è del tutto autonoma rispetto alla sua rappresentazione documentale), bensì solo sulla prova del

²⁹ La nozione di dichiarazione designa infatti un fatto interindividuale (SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964 p. 371 ss., spec. p. 376). Per questo, com'è noto, secondo la c.d. teoria analitica della dichiarazione per l'esistenza di una dichiarazione è necessaria non solo la fase espressiva, ma anche un'apposita fase emissiva (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 131 ss.; SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*², Napoli, 1994, p. 378 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 136 ss.; ORLANDI, *La paternità delle scritture*, cit., p. 372 ss. Sulla contrapposizione tra dottrine sintetiche e dottrine analitiche v. ancora ORLANDI, *op. ult. loc. cit.*, p. 57 ss., nonché sia consentito un rinvio al nostro RICCI, *Scritture*, cit., p. 25 ss.

³⁰ V. più diffusamente in RICCI, *Scritture*, cit., p. 12 ss.

medesimo. Questi documenti non devono essere né imputati ad un autore, né emessi, né conosciuti da uno o più destinatari e, non avendo contenuto simbolico destinato all'interpretazione, non sono soggetti ad un giudizio di genuinità inteso come verifica della corrispondenza tra il contenuto della rappresentazione e l'intenzione dell'autore.

Per le ragioni esposte, a differenza che nel caso delle scritture firmate (regolate sul piano sostanziale dagli artt. 1350-1352 c.c. e sul piano probatorio dagli artt. 2702 ss. c.c.), l'ordinamento non attribuisce la rilevanza sostanziale propria della forma di una dichiarazione alla creazione di un documento che di fatto non è formato, né utilizzato per dichiarare alcunché, ma si limita a disciplinare la sola efficacia probatoria della riproduzione dei fatti o cose ivi rappresentati (art. 2712 c.c.).

Da tali considerazioni discende che le scritture, ancorché prive di firma, non hanno la stessa natura delle rappresentazioni meccaniche di fatti o cose e che, pertanto, anche gli scritti privi di sottoscrizione devono essere trattati per quello che sono, cioè scritture, e non come riproduzioni meccaniche.

Ciò che invece differenzia gli scritti non firmati da quelli firmati è che solo in questi ultimi, mediante l'apposizione della firma, l'autore precostituisce in favore del destinatario la prova critica della provenienza del documento³¹.

Quando ciò accade l'imputazione del documento e della dichiarazione resa per il suo tramite è favorita dalla struttura stessa del documento, che reca non solo il contenuto della comunicazione e l'indicazione del suo autore, bensì anche la prova critica della sua autenticità, precostituita mediante contrassegno (tale è appunto

³¹ In questo senso, cfr. DENTI, *op. cit.*, p. 3; MASON, *Electronic Signatures*, cit., spec. poss. 1683-1684, 1721-1723, 1737-1739; ABEL LLUCH, *La valoración de la prueba en el proceso civil*, Wolters Kluwer, Ed. del Kindle, 2014, poss. 1033-1035.

l'apposizione della firma³²): dopo la verifica del contrassegno, il documento firmato e la relativa dichiarazione si considerano riconducibili al soggetto designato³³, a meno che non sia fornita la prova della contraffazione, cioè una prova contraria in grado di vincere l'inferenza basata sul contrassegno.

6. La rilevanza probatoria delle scritture prive di firma: l'apprezzamento ex art. 116 c.p.c.

Dalle considerazioni svolte si può ricavare che, ai fini della prova della dichiarazione realizzata per il loro tramite, le scritture prive della sottoscrizione non sono riconducibili in via diretta:

- né al regime peculiare delle scritture firmate di cui all'art. 2702 c.c. ed agli artt. 214 ss. c.p.c. (perché questo, pur essendo basato sulla natura dichiarativa del documento, è tuttavia incentrato sulla presenza della prova critica preconstituita della provenienza del documento mediante l'apposizione della firma dell'autore);

- né al regime giuridico proprio delle rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., se inteso come regime derogatorio al principio della libera valutazione delle prove (perché questo consisterebbe nell'attribuzione di una peculiare rilevanza alle riproduzioni dirette di fatti o cose mediante altre cose rappresentative che, a differenza delle scritture, non costituiscono lo strumento per la realizzazione stessa dei fatti che rappresentano, ma si limitano a rappresentare quei fatti senza contribuire a realizzarli).

Si potrebbe allora ritenere che le scritture prive di firma debbano considerarsi sottratte alla peculiare efficacia probatoria riservata, in deroga al principio della libera valutazione delle prove di cui all'art. 116 c.p.c., sia alle scritture firmate, sia (secondo il riferito

³² V. per tutti CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, p. 388; DENTI, *op. cit.*, p. 4. Sul ruolo della sottoscrizione v. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 9-10, p. 509 ss. In tema v. inoltre diffusamente RICCI, *Scritture*, cit., p. 51 ss.

³³ Più precisamente (cfr. DENTI, *op. cit.*, p. 4) si forma la prova per presunzioni che il documento firmato proviene dal soggetto designato.

orientamento) alle riproduzioni meccaniche (intesa come disciplina peculiare che attribuisce a tali prove l'efficacia di prova piena, sottratta all'apprezzamento del giudice, in deroga al principio della libera valutazione delle prove³⁴) e che, pertanto, debbano ritenersi soggette al principio stabilito in via generale per tutti i casi non diversamente regolati dall'art. 116 cit., e quindi rimesse al prudente apprezzamento del giudice³⁵, il quale risulta così svincolato dai limiti altrimenti imposti dalla qualificazione di quei documenti come prove piene ai sensi dell'una o, secondo l'interpretazione prevalente, dell'altra disposizione.

Tale in effetti sembra essere la valutazione fatta dal «Codice dell'amministrazione digitale» (d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, d'ora in avanti C.a.d.), il quale in linea di principio, quando si tratta di un documento privo di firma, rimette alla libera valutazione dell'interprete sia il giudizio sull'«idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta», sia quello sul «suo valore probatorio», fermo restando che ad entrambi i fini

³⁴ Tuttavia LIEBMAN, *Manuale del processo civile*, II⁴, Milano, 1981, p. 120, a proposito delle riproduzioni meccaniche contemplate dall'art. 2712 c.c., insegna che «si tratta di una prova soggetta al principio generale della libera valutazione». In questo stesso senso v. anche BERTOLINO, *op. cit.*, § 5.3.

³⁵ Così ritiene anche BERTOLINO, *op. cit.*, § 5.2, la quale tuttavia sostiene tale conclusione con il diverso argomento che «mancando la sottoscrizione, manca, infatti, la prova della volontà della parte di impegnarsi in relazione al contenuto del documento, quella volontà da cui discende l'efficacia probatoria così intensa che, alla scrittura privata, assegna l'art. 2702 c.c.». Tale spiegazione non ci sembra condivisibile: come abbiamo già argomentato, infatti, ove sia possibile conoscere la paternità una scrittura anche senza la prova critica preconstituita con l'apposizione di una firma, tale scrittura può essere consapevolmente e intenzionalmente utilizzata per fare conoscere lo stato interno di volontà o di scienza del suo autore e quindi, sul piano sostanziale, è perfetta ai fini della dichiarazione e non meno impegnativa di una scrittura firmata, mentre sul piano probatorio funziona proprio alla luce di quegli elementi diversi dalla firma che consentono di conoscerne la paternità, sul piano sostanziale, al destinatario e, su quello probatorio, al giudice (v., *supra*, § 4).

l'interprete deve tenere «conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità» (art. 20, c. 1-*bis*)³⁶.

Tale è anche la valutazione di una parte della giurisprudenza della Suprema Corte, secondo la quale «in tema di efficacia probatoria dei documenti informatici, il messaggio di posta elettronica (cd. e-mail) privo di firma elettronica non ha l'efficacia della scrittura privata prevista dall'art. 2702 c.c. quanto alla riferibilità al suo autore apparente, attribuita dall'art. 21 del d.lgs. n. 82 del 2005 solo al documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, sicché esso è liberamente valutabile dal giudice, ai sensi dell'art. 20 del medesimo decreto, in ordine all'idoneità a soddisfare il requisito della forma scritta, in relazione alle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità»³⁷.

³⁶ In particolare, l'art. 20, comma 1-*bis* dispone che «il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

³⁷ Cass. civ., 8 marzo 2018, n. 5523, in *De Jure*. Secondo un altro orientamento della stessa giurisprudenza di legittimità, però, in tema di efficacia probatoria dei documenti informatici, il messaggio di posta elettronica (cd. e-mail) costituisce un documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime» (Cass. civ., 14 maggio 2018, n. 11606, in *Mass. Giust. civ.*).

Sul piano dell'efficacia sostanziale della fattispecie dichiarativa, la valutazione dell'idoneità del documento a soddisfare il requisito della forma scritta resta libera, ai sensi dello stesso art. 20 cit., anche quando alle scritture informatiche è apposta una firma. Tale principio è esplicitamente escluso solo ai fini della forma delle scritture private contemplate dall'articolo 1350, 1° c., numeri da 1 a 12, c.c., le quali, «se fatte con documento informatico», devono essere «sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale» (art. 21, c. 2-*bis*), a meno che la firma non sia autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. In tale ultimo caso si può adottare una firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata, nonché l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa: infatti, l'art. 21, c. 2-*bis*, fa «salvo il caso di sottoscrizione autenticata» contemplato dall'art. 25 C.a.d., a norma del quale, da una parte, «si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato» (art. 25, comma 1, cit.; cfr. l'art. 2703, 1° c., c.c.) e, dall'altra, «l'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico» (2° c.; cfr. l'art. 2703, 2° c., c.c.).

Anche «il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità» (art. 21, 1° c., C.a.d.). Solo se il documento informatico è «sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale» o «comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID [cioè l'*Agenzia per l'Italia*

Digitale^{38]} ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore», allora «ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile» e, in tal caso, «l'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria» (art. 21, 2° c., C.a.d.).

7. Il regime delle scritture informatiche prive di firma e delle riproduzioni informatiche.

Le considerazioni esposte contribuiscono a risolvere il problema sollevato da chi (constatando che, da una parte, l'art. 20, c. 1° *bis* dispone in linea di principio che il valore probatorio del documento informatico è liberamente valutabile in giudizio mentre, dall'altra, l'art. 23 *quater* C.a.d. ha modificato il testo dell'art. 2712 c.c., stabilendo che anche le riproduzioni informatiche, come le altre riproduzioni meccaniche, formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime e a tale riguardo) ha mosso il rilievo che due norme dello stesso testo normativo non possono disciplinare in modo diverso l'efficacia probatoria di quella che è ritenuta la medesima fattispecie, e cioè il documento informatico senza firma³⁹.

In realtà, come si è chiarito nei paragrafi precedenti, le due disposizioni contemplano due fattispecie differenti e sono pertanto tra loro compatibili: la linea di confine tra i documenti informatici rilevanti esclusivamente ai sensi dell'art. 2712 c.c. e quelli rilevanti ai fini della disciplina sulla forma e sulla prova delle dichiarazioni

³⁸ L'Agenzia per l'Italia Digitale è l'agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio che ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica.

³⁹ FINOCCHIARO, Ancora novità in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale, in *Contr. impr.*, 2011, p. 495 ss., spec. p. 500.

scritte dipende dalla circostanza, obiettivamente verificabile e rimessa alla valutazione dell'interprete chiamato ad applicare la relativa disciplina, che quei documenti siano utilizzati come strumenti di comunicazione, e quindi come elementi strutturali delle relative dichiarazioni, ovvero come meri strumenti per la riproduzione meccanica di fatti o cose.

A tali condizioni, l'art. 20, c. 1-*bis*, C.a.d., chiarisce opportunamente che il documento informatico privo della firma non ha necessariamente la rilevanza probatoria delle riproduzioni meccaniche, come poteva far pensare l'unico riferimento all'efficacia probatoria del documento informatico originariamente contenuto nell'art. 5, 1° c., d.P.R. n. 513/1997⁴⁰, ma può valere anche come scrittura privata rimessa al prudente apprezzamento dell'interprete, ancorché non come scrittura firmata ai sensi dell'art. 2702 c.c.

Infatti, è da ritenere che la prima delle valutazioni rimessa all'interprete dall'art. 20 cit. sia proprio la verifica se il documento informatico sottoposto al suo vaglio:

a) sia parte della struttura di una dichiarazione, se cioè sia un documento informatico dichiarativo soggetto a interpretazione, in altre parole una scrittura informatica;

b) ovvero sia la mera riproduzione meccanica di fatti, cioè un documento che non serve a dare forma al pensiero di qualcuno (perciò non può considerarsi soggetto ad interpretazione, perché non «vuole dire» nulla) e che vive di vita propria ed autonoma rispetto ai fatti che per il suo tramite s'intende provare (perciò può considerarsi soggetto a quel fine solo ad inferenze).

Nella seconda ipotesi rientra non solo la rappresentazione informatica di fatti diversi da una dichiarazione, ma anche quella di

⁴⁰ In questo senso, infatti, v. FINOCCHIARO, La firma digitale, in Commentario Scialoja-Branca, artt. 2699-2720 - Supplemento, Bologna-Roma, 2000, p. 70 s.; ID., Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici, 2003, p. 117 s.; ID., Ancora sull'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto, cit., p. 566.

una dichiarazione, se risulta che la stessa si è formata in maniera autonoma rispetto alla sua riproduzione sul documento. Esempi di tale evenienza sono la registrazione sonora e/o visiva di un dialogo a voce non destinato ad essere comunicato ad altri mediante il documento che lo rappresenta (prova di una dichiarazione orale), oppure il video che raffigura la creazione di un altro documento scritto destinato a costituire la forma autonoma di una dichiarazione (prova di una dichiarazione scritta o almeno dell'attività di documentazione destinata ad una dichiarazione scritta).

Se il documento informatico è parte della struttura di una dichiarazione, a quel documento si applicano le disposizioni sulla rilevanza sostanziale della documentazione informatica e sulla rilevanza probatoria delle scritture informatiche. Se risulta che tale dichiarazione si è formata in maniera autonoma rispetto alla sua riproduzione sul documento, il documento resta estraneo alla perfezione della fattispecie dichiarativa, che si limita a rappresentare, ed allo stesso si applicano solo le disposizioni relative alla rilevanza probatoria delle riproduzioni informatiche. A tali condizioni, se il fatto riprodotto è una dichiarazione, a tale dichiarazione si devono applicare le regole relative alla rilevanza sostanziale e probatoria proprie delle modalità con le quali quella dichiarazione risulta autonomamente compiuta (ivi compreso il procedimento d'interpretazione per l'individuazione del significato).

Tale impostazione dimostra la coerenza della disciplina contenuta nel C.a.d. e consente di concludere che nel caso degli scritti informatici privi di una firma che li renda assimilabili ai documenti firmati tradizionali l'opzione dell'ordinamento è quella di rimetterne la valutazione ai fini probatori al prudente apprezzamento dell'interprete, sottraendoli così

- sia alla disciplina delle scritture firmate di cui all'art. 2702 c.c. (che è invece riservata ai soli documenti sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale o che, comunque, sono formati, previa identificazione informatica del loro autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale ai sensi dell'articolo 71 C.a.d. «con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immutabilità del documento e, in maniera

manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore» – art. 21, 2° c., C.a.d.),

- sia a quella delle riproduzioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c., come ricostruita dagli interpreti (che è invece riservata alle sole riproduzioni informatiche di fatti e di cose – art. 2712 c.c. come mod. dall'art. 23 *quater* C.a.d., introdotto con l'art. 16, 2° c., lett. a, d. lgs. 30 dicembre 2010, n. 235).

Infatti, in maniera del tutto corrispondente alle considerazioni svolte:

a) da una parte, non potendo ragionevolmente attribuire la rilevanza propria della forma scritta ad un documento che di fatto non è stato formato, né utilizzato per dichiarare alcunché, l'ordinamento si limita a disciplinare l'efficacia probatoria del documento informatico rappresentativo mediante l'art. 2712 c.c. (che concerne il caso delle riproduzioni meccaniche, nel quale le vicende del documento incidono solo sulla prova, ma non anche sull'esistenza stessa del fatto da provare), lasciando che l'efficacia sostanziale del fatto ivi rappresentato resti soggetta alle disposizioni di volta in volta applicabili indipendentemente dall'impiego dello strumento telematico;

b) dall'altra, con riguardo al diverso caso degli scritti informatici, nel quale le vicende del documento incidono non solo sulla prova, ma sull'esistenza stessa del fatto da provare, il legislatore ne disciplina sia la rilevanza sostanziale, sia l'efficacia probatoria, rimettendo entrambe in linea di principio alla libera valutazione dell'interprete (l'art. 20, c. 1-*bis*, C.a.d.);

c) se il documento è firmato, nella sua valutazione discrezionale l'interprete non può considerare la firma inefficace o inammissibile come prova unicamente a causa del fatto che è in forma elettronica, o non basata su di un certificato qualificato, o non basata su un certificato qualificato rilasciato da un prestatore di servizi di certificazione accreditato, ovvero ancora non creata da un dispositivo per la creazione di una firma sicura (art. 5 Dir. 1999/93/CE sulle firme elettroniche), ma deve tenere conto delle sue caratteristiche oggettive di sicurezza, integrità ed immodificabilità (artt. 20, c. 2-*bis*, nonché 21, 1° c., C.a.d.) e verificare il rispetto e la

sussistenza di almeno uno o più degli adempimenti ovvero dei requisiti volti a garantire l'identificabilità dell'autore, nonché l'integrità e l'immodificabilità del documento, contemplati dalle regole tecniche per la formazione, per la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione e la validazione temporale dei documenti informatici, nonché da quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica avanzata (artt. 20, 3° c., e 21, 2° c., C.a.d.);

d) sul piano dell'efficacia sostanziale della fattispecie, una peculiare rilevanza è riservata alle scritture informatiche sottoscritte con firma elettronica qualificata o con firma digitale, le quali sono le uniche firme elettroniche che possono essere validamente adottate per le scritture private di cui all'art. 1350, 1° c., nn. 1-12, c.c. («gli altri atti specialmente indicati dalla legge» che «devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità» contemplati dall'art. 1350, n. 13, c.c. possono essere «formati con le ulteriori modalità di cui all'articolo 20, comma 1-bis, primo periodo»); solo se la firma è autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, quelle scritture possono essere sottoscritte con qualunque altra firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata, nonché con l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa (art. 21, c. 2-bis, C.a.d.);

e) sul piano probatorio, una particolare rilevanza è riservata ai documenti sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale allorché siano formati nel rispetto delle già considerate regole tecniche: tali documenti hanno l'efficacia prevista dall'articolo 2702 c.c. e l'utilizzo del dispositivo di firma utilizzato per generarli si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria (art. 21, 2° c., C.a.d.).

8. Le nuove scritture nel diritto privato europeo e nel diritto dei consumi.

La considerazione della disciplina italiana della prova documentale alla luce del dibattito sull'efficacia probatoria del documento informatico aiuta in maniera decisiva nella scelta, anche ai fini del diritto europeo, tra la nozione di scrittura contenuta

nell'*Interpretation Act* del 1978 e quella proposta dall'articolo 1.11 dei Principi Unidroit.

Infatti, la distinzione tra «documenti dichiarativi» (come le scritture di diritto italiano) e «documenti meramente rappresentativi» (come le riproduzioni meccaniche di cui all'articolo 2712 del Codice civile italiano) mostra chiaramente che, per gli scopi per cui sono prescritti i documenti scritti, ciò che conta veramente nel diritto privato europeo non è tanto la forma della comunicazione (scritta, orale o per mezzo di altri segni convenzionali, come, per esempio, un cenno di assenso con la testa), ma piuttosto l'esecuzione di tale comunicazione per mezzo della consegna di un supporto durevole che permetta al destinatario di conoscere la dichiarazione e di conservarne la prova.

A tali condizioni, tra le due nozioni di scrittura considerate nell'introduzione, quella offerta dall'art. 1.11 dei Principi Unidroit è certamente preferibile a quella più obsoleta, contenuta nell'*Interpretation Act* del 1978.

Contrariamente a quanto sostenuto da certa dottrina che se ne è occupata, questa definizione implica l'idea che il concetto ormai ampliato di scrittura comprende non solo i testi senza firma, o senza altre formalità particolari che ne attestino l'origine (come la necessità che l'autore scriva a mano, o che la firma dei testimoni sia apposta sul documento, o che sia apposta una firma elettronica certificata⁴¹), ma anche le registrazioni sonore, visive e audiovisive cui si fa riferimento nella definizione di documento elettronico fornita nel Regolamento eIDAS, così come la documentazione di altre forme di comunicazione che non riproducono parole in forma visibile, anche su un supporto diverso da quello elettronico, a condizione che il documento sia il mezzo per fare la dichiarazione.

Infatti, anche nel diritto europeo il concetto di scrittura si è evoluto in modo esplicito nello stesso senso di quanto si è venuto dicendo sin qui.

⁴¹ Così – come si è visto più sopra, al § 2 – VOGENAUER, *op. cit.*

Un chiaro riferimento in tal senso è l'evoluzione delle disposizioni relative a uno dei diritti fondamentali del consumatore, qual è quello di ricevere specifiche e puntuali informazioni scritte su alcuni aspetti considerati rilevanti dal legislatore europeo e relativi alla dimensione precontrattuale o contrattuale del suo rapporto con un operatore professionale.

A tale riguardo, inizialmente la Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 «per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali», dopo avere premesso «che è opportuno accordare al consumatore il diritto di rescissione [*rectius*: diritto di recesso, n.d.r.] da esercitarsi entro un termine non inferiore a sette giorni, per permettergli di valutare gli obblighi che derivano dal contratto» (5° considerando) e «che occorre inoltre adottare opportuni provvedimenti affinché il consumatore sia informato per iscritto del suo diritto a disporre di questo periodo di riflessione» (6° considerando), disponeva che l'operatore commerciale «deve informare per iscritto il consumatore» del suo diritto di recedere dal contratto entro i termini di legge, nonché del nome e indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato tale diritto (art. 4).

Successivamente, però la Direttiva 97/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 «riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza», dopo aver considerato «che l'informazione diffusa da talune tecnologie elettroniche ha spesso un carattere effimero in quanto essa non è ricevuta su un supporto durevole» e «che è necessario che il consumatore riceva, in tempo utile, per iscritto, informazioni necessarie ai fini della buona esecuzione del contratto» (13° considerando), divideva il dovere d'informazione in due adempimenti, potenzialmente distinti:

a) il primo da eseguirsi attraverso una comunicazione che, «in tempo utile prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza», l'operatore professionale doveva rendere al consumatore senza alcun vincolo di forma (e quindi anche in una forma che, per riprendere il lessico del 13° considerando, si potrebbe definire «effimera») (art. 4);

b) il secondo da eseguirsi attraverso una conferma delle informazioni da rendere al consumatore «per iscritto o su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile» «in tempo utile all'atto dell'esecuzione del contratto e al più tardi al momento della consegna per quanto riguarda i beni non destinati ad essere consegnati a terzi, a meno che esse non gli siano già state fornite, per iscritto o sull'altro supporto duraturo, a sua disposizione ed a lui accessibile prima della conclusione del contratto» (art. 5).

In tal modo, il legislatore comunitario poneva esplicitamente un'equivalenza tra le informazioni rese per iscritto e quelle rese su altro supporto duraturo a disposizione del destinatario ed a lui accessibile.

Infine, l'art. 2, n. 10 della Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 «sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio» ha offerto una definizione ufficiale della nozione di «supporto durevole», descrivendolo come «ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

Alla luce di tale nozione la Direttiva in parola ha definito le modalità di documentazione di alcune dichiarazioni o informazioni che devono essere rese ora dal consumatore, ora dall'operatore professionale.

A tale riguardo, infatti, ha chiarito che «il consumatore dovrebbe restare libero di recedere con parole proprie, purché la dichiarazione con cui esplicita la sua decisione di recedere dal contratto al professionista sia inequivocabile»; che «una lettera, una telefonata o il rinvio dei beni con una chiara dichiarazione potrebbero soddisfare tale condizione, ma l'onere della prova dell'avvenuto recesso entro i termini stabiliti nella direttiva dovrebbe incombere al

consumatore»; e che «per tale motivo, è nell'interesse del consumatore avvalersi di un supporto durevole quando comunica al professionista il proprio recesso» (44° considerando). Per questo ha disposto, da una parte, che il consumatore può presentare utilmente qualsiasi dichiarazione esplicita della sua decisione di recedere dal contratto e che l'onere della prova relativa all'esercizio del diritto di recesso incombe sul consumatore; e, tuttavia, dall'altra anche che «il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole» ogni volta che il consumatore, esercitando un'opzione offertagli in tal senso proprio dal professionista, abbia compilato ed inviato elettronicamente la dichiarazione di recesso (art. 11).

Il legislatore europeo ha chiarito anche che «il consumatore dovrebbe chiedere la prestazione dei servizi prima della fine del periodo di recesso facendone esplicita richiesta e, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, su un supporto durevole» e che «analogamente, il professionista dovrebbe informare il consumatore, su un supporto durevole, di qualsiasi obbligo di pagamento dei costi corrispondenti ai servizi già prestati» (50° considerando). Per questo ha disposto che, «se un consumatore vuole che la prestazione dei servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, o di teleriscaldamento inizi durante il periodo di recesso previsto all'articolo 9, paragrafo 2, il professionista esige che il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole» (art. 7.3).

Infine, la Direttiva in parola ha anche disposto che, «per quanto riguarda i contratti a distanza il professionista fornisce o mette a disposizione del consumatore le informazioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1 [cioè quelle che deve fornirgli prima che sia vincolato dal contratto, n.d.r.], in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile» e che «nella misura in cui dette informazioni sono presentate su un supporto durevole, esse devono essere leggibili»

Si noti che, se il professionista presenta «su un supporto durevole» le informazioni che deve fornire al consumatore prima che

sia vincolato da un contratto a distanza, tali informazioni «*shall be legible*», espressione che anche in lingua italiana è resa con la formula «devono essere leggibili» e che pure in lingua spagnola è resa con la formula «*deberá ser legible*» (art. 8, in relazione all'art. 6.1). Tuttavia, proprio alla luce di quanto si è argomentato sin qui, è da ritenere che il termine «leggibile» in questo caso non abbia lo stesso significato che ha l'espressione «*representing or reproducing words in visible form*» nell'*Interpretation Act* del 1978.

Infatti, nel contesto dell'art. 8 «leggibile» non può voler dire che le informazioni devono essere impresse sul supporto con simboli comprensibili alla lettura, perché tale dovere è già imposto in via generale dalla prima parte dello stesso articolo, laddove è stabilito che le informazioni devono essere fornite «in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato in un linguaggio semplice e comprensibile».

L'espressione deve invece intendersi nel senso che si ricava agevolmente alla luce della definizione di «supporto durevole» offerta dall'art. 2, n. 10, Dir. 2011/83/UE, nonché di quanto a suo tempo già disposto nello stesso senso anche dall'art. 5 Dir. 1997/7/CE. Da tali elementi si ricava, infatti, che l'informazione deve essere resa tramite uno strumento che:

a) da una parte, deve permettere al destinatario «di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate» (art. art. 2, n. 10, Dir. 2011/83/UE, prima parte): in altre parole, l'informazione deve essere resa su un supporto che resti «a sua disposizione» in maniera duratura (art. 5 Dir. 1997/7/CE);

b) dall'altra, deve permettere al destinatario «la riproduzione identica delle informazioni memorizzate» (art. art. 2, n. 10, Dir. 2011/83/UE, seconda parte): in altre parole, l'informazione deve essere resa su un supporto «a lui accessibile».

In tale contesto «leggibile» ha lo stesso significato che ha il termine «accessibile» nella prospettiva adottata dall'art. 5 Dir. 97/7/CE, nella quale «accessibile» non vuol dire semplicemente che il documento deve essere materialmente disponibile per il

consumatore, perché ciò è già espresso laddove si stabilisce che quel supporto deve essere «a sua disposizione», ma vuol dire tale da permettere al destinatario «la riproduzione identica delle informazioni memorizzate», e quindi comprensibile nel senso di decifrabile e, in caso di documento informatico, compatibile con standard di interoperabilità e *software* di lettura dei *file* adeguatamente diffusi o, in alternativa, che sia comunque reso leggibile mettendo a disposizione del destinatario l'applicazione necessaria per la lettura del file tramite un dispositivo elettronico in grado di memorizzarla.

9. *L'impatto delle nuove scritture europee nel diritto italiano.*

In attuazione di tale disciplina, anche l'art. 45.1, lett. *l*, del Codice del consumo italiano è stato modificato dal d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 e pertanto ora anche il diritto italiano contempla una nozione esplicita ed ufficiale di «supporto - o mezzo - durevole», che deve intendersi come «ogni strumento che permetta al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

Tale nozione è utilizzata dal legislatore italiano per definire le modalità di adempimento di doveri informativi (artt. 48, lett. *a*, 49, lett. *a*, 50.1, 50.2, 50.4, lett. *a* e *b*, 51.1 e 51.6), altri doveri dichiarativi (art. 54.3), di manifestazioni negoziali (art. 50.2, 50.4, lett. *b*) ed oneri di dichiarazione (art. 50.3).

In tal modo, tale aggiornamento conferma che, in maniera alternativa ed equivalente al documento realizzato mediante l'impiego di simboli grafici (scritto in senso stretto), è possibile utilizzare quello realizzato mediante una registrazione audiovisiva, o meramente sonora, ecc. (scritto in senso lato).

In questo senso va quindi interpretato anche l'art. 20, c. 1-*bis*, C.a.d. che, com'è noto, a proposito del documento informatico dichiarativo dispone che «l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio

sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità». È da ritenere, infatti, che ai fini di tale disposizione il documento informatico dichiarativo può essere realizzato non solo mediante la memorizzazione di un *file* di testo, ma anche mediante una registrazione sonora o visiva.

L'ampliamento della nozione di documento scritto non arriva invece a comprendere anche le rappresentazioni effimere. Infatti, anche se il C.a.d. definisce il documento informatico come «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti, o dati giuridicamente rilevanti» (art. 1, lett. *p*) e parla di «documento analogico» per designare «la rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (l'art. 1, lett. *q*), il documento non va confuso con la rappresentazione che se ne può ricavare. Sia perché nel lessico del legislatore altro sono i mezzi di prova, (cfr. art. 202 ss. c.p.c.), altro è la prova che si fonda su quelli, cioè la rappresentazione dei fatti basata sugli stessi (cfr. art. 116 c.p.c., nonché artt. 2700, 2702, 2707, 2708 c.c.)⁴². Sia perché, in ogni caso, la rappresentazione di un fatto può avere un carattere transeunte incompatibile con l'esigenza di averne una rappresentazione permanente, la quale costituisce invece il cuore della disciplina sulla rilevanza probatoria dei documenti. In questo senso, il legislatore ha fatto bene a modificare la formula originale con cui ha definito il documento elettronico come «la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» con la migliore espressione secondo la quale il record elettronico è «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (art. 1, lett. *p*, C.a.d.).

Le definizioni di cui all'art. 1, lett. *p* e *q*, cit. devono quindi essere intese nel senso che i documenti sono i supporti durevoli che recano una rappresentazione digitale o analogica in maniera permanente,

⁴² DENTI, *op. cit.*, p. 1 ss., spec. p. 2 e p. 5 s., nonché p. 50 ss.

onde se ne può dare tuttora la nota definizione di cose rappresentative di fatti⁴³.

A tali condizioni, così come una telefonata o una videoconferenza consentono la rappresentazione di fatti o cose (e quindi anche le attività di comunicazione e dichiarazione), ma non generano documenti, a meno che quelle rappresentazioni non siano registrate su un idoneo supporto durevole (cfr. l'art. 51.6 e 51.7 cod. cons.), allo stesso modo una dichiarazione resa mediante strumenti informatici o telematici o una rappresentazione di fatti o cose non costituisce un documento informatico, se non è memorizzata su un supporto durevole suscettibile di conservazione permanente, che consenta di riprodurre la dichiarazione o la rappresentazione anche a distanza di tempo⁴⁴.

E poiché la forma scritta designa la modalità propria della dichiarazione resa mediante la creazione di un documento e la sua successiva emissione a beneficio del destinatario⁴⁵, se manca l'attività di documentazione, una dichiarazione resa in forma telematica non integra il requisito della forma scritta, nemmeno se è fatta mediante l'impiego dei simboli alfanumerici propri delle scritture tradizionali.

⁴³ CARNELUTTI, *La prova*, cit., p. 54 ss.

⁴⁴ Cfr. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato Rescigno*, XIX, *Tutela dei diritti*, 1, 1997, p. 177 ss., spec. p. 374; SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Commentario* fondato da P. Schelsinger e diretto da Busnelli, sub art. 1350, 2003, p. 73; RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, p. 89 ss.; JOLY-PASSANT, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, Paris, 2006, p. 20 ss. *Contra* v. BIANCA, *I contratti digitali*, in *St. iuris*, 1998, p. 1035 ss., spec. p. 1036; nonché GERBO, *Documento*, in Martuccelli e Pescatore (a cura di) *Diritto civile*, cit., p. 678 ss., spec. p. 682.

⁴⁵ Tra gli elementi strutturali delle scritture private s'individua anche «la cosa destinata a recepire la scrittura, ossia l'entità fisica, il veicolo reale o lo strumento rappresentativo della documentazione» (COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 335).

10. *Conclusioni.*

In definitiva, la distinzione posta dal codice civile italiano tra scritture e riproduzioni meccaniche calata nel sistema normativo che si è venuto a creare a seguito dell'avvento del documento informatico e della relativa disciplina europea e nazionale, nonché a seguito dell'introduzione della nozione derivata dal diritto europeo di «supporto durevole» quale strumento per l'adempimento dei principali doveri d'informazione posti a carico degli operatori professionali per la tutela dei consumatori, consente di ricavare una serie di conclusioni non solo d'interesse teorico, ma anche di grande utilità pratica.

Innanzitutto evidenzia che le stesse esigenze cui risponde l'impiego di uno scritto inteso nel senso più tradizionale, cioè come il risultato dell'atto dello scrivere, possono essere soddisfatte anche con la formazione di documenti dichiarativi resi su supporti durevoli nei quali l'attività di documentazione non si compia scrivendo lettere dell'alfabeto o segni analoghi, bensì attraverso registrazioni sonore o visive di dichiarazioni orali, gestuali, o di altri simboli.

Ciò induce a ritenere che, ai fini dell'individuazione del regime giuridico applicabile, la linea di demarcazione tra le scritture e gli altri documenti che scritture non sono non può dipendere utilmente dalla circostanza meramente estrinseca e contingente che si tratti o meno del risultato di un'azione consistente nel tracciare su una superficie adatta i segni grafici che appartengono a un dato sistema di scrittura affinché chi conosca tale sistema possa poi leggerli e interpretarne il senso, bensì dall'argomento più razionalmente qualificante che si tratti o meno di mezzi per rendere in forma duratura l'espressione della volontà o del pensiero del loro autore.

Da ciò discendono i migliori criteri di qualificazione giuridica della forma scritta e dei documenti scritti utili ai fini dell'applicazione delle relative disposizioni.

In particolare, quanto alla scrittura intesa come atto dello scrivere, è forma scritta ogni forma di comunicazione che consente di condividere e conservare quanto espresso in forma tangibile. Alla forma scritta così intesa si contrappone ogni altra forma effimera di comunicazione, cioè ogni forma di comunicazione che, all'opposto

della prima, non consente di conservare in forma tangibile quanto comunicato. In tale prospettiva, è quindi da preferire la nozione di scrittura offerta dall'art. 1.11 dei Principi Unidroit del 2010, e già dall'art. 1.10 dell'edizione del 1994, perché non appare più né attuale, né utile il criterio di distinzione offerto dall'*Interpretation Act* del 1978 del Regno Unito, se non nei casi particolari nei quali si voglia assicurare una forma di comunicazione in forma visibile per ragioni specificamente peculiari, come potrebbe essere per esempio il caso emblematico di dichiarazioni o documenti che sono destinati ad apparecchi di lettura privi di altoparlanti o che siano destinati ad una persona priva dell'udito.

Quanto alla scrittura intesa come risultato dello scrivere, da quanto si è concluso a proposito della forma scritta discende direttamente anche che tutti i documenti che risultano utilizzati per dichiarare alcunché sono scritture, o «*documenti dichiarativi*» (in altre parole, qualunque attività di documentazione di una dichiarazione genera un documento scritto). Essi si contrappongono ai documenti che riproducono uno o più aspetti di fatti o di cose la cui esistenza prescinde da quella dei documenti che li rappresentano e che pertanto si potrebbero chiamare «*documenti meramente rappresentativi*».

In tale prospettiva, i documenti che costituiscono il risultato dell'applicazione a un supporto materiale di automatismi che dipendono in maniera diretta dall'interazione tra l'apparato che genera il documento e una o più caratteristiche della realtà da questo ritratta (fotografie, registrazioni audio, registrazioni video, calchi, tracciati di un elettrocardiogramma o di un sismografo, ecc.) possono appartenere sia alla categoria dei documenti dichiarativi, o scritture, sia a quella dei documenti meramente rappresentativi. Appartengono infatti alla prima categoria, quando risultano utilizzati per dichiarare alcunché; appartengono, invece, alla seconda categoria quando riproducono uno o più aspetti di fatti o di cose la cui esistenza prescinde sia dalla loro generazione, sia dal loro impiego.

Tale conclusione vale per i documenti informatici, che possono essere di natura dichiarativa o meramente rappresentativa:

a) i documenti informatici dichiarativi sono scritture e, se sono muniti di firma digitale o firma elettronica avanzata, sono scritture private utili, sul piano della forma, ai fini di cui all'art. 1350 c.c. (circolazione di diritti reali immobiliari e simili), e rilevanti, sul piano della prova, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 2702 c.c.; altrimenti sono rimesse al prudente apprezzamento del giudice sia ai fini della loro rilevanza ai fini delle altre disposizioni in materia di forma scritta, sia ai fini della prova;

b) i documenti informatici meramente rappresentativi non sono mai scritture e, sul piano probatorio, integrano la nozione di «riproduzioni meccaniche» rilevante ai fini di cui all'art. 2712 c.c.

ANTONIO RIZZI
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

L'AUTONOMIA PRIVATA NELLE CRISI DI SISTEMA

SOMMARIO: 1. «Cambiare le carte in tavola». – 2. Il problema e il suo appropriato contesto. – 3. Alla ricerca di un paradigma costituzionale. – 4. L'iniziativa economica privata nell'art. 41 Cost. – 5. (segue) i limiti all'iniziativa economica privata. – 6. (segue) In particolare: l'«utilità sociale». – 7. (segue) L'utilità sociale e la materia contrattuale. – 8. *Obiter dicta* e *ratio decidendi* nelle motivazioni della Corte Costituzionale. – 9. La garanzia «indiretta». – 11. Tutela dell'autonomia privata e la figura del negozio giuridico. – 12. Alla ricerca di invernamenti modelli di garanzia. – 13. Il problema della modellizzazione della garanzia dell'autonomia privata. – 14. Primato e rango.

1. «Cambiare le carte in tavola».

L'emergenza sanitaria da Covid 19 ha costituito l'occasione per la dottrina civilistica per rispolverare temi che sono tornati ad essere, improvvisamente, di straordinaria attualità: tra gli altri, le sopravvenienze contrattuali e le regole di distribuzione del rischio contrattuale¹; gli effetti sulla esecuzione del contratto delle misure

¹ Tra gli altri contributi, cfr., tra gli altri, DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento (art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 571 ss; BELLISARIO, *Affitto d'azienda, lockdown e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1318 ss.; CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 651; ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di*

interdittive imposte dall'emergenza sanitaria²; la disciplina dei contratti di durata³; gli obblighi di rinegoziazione⁴.

durata, in *Nuova giur. civ. comm.*, Suppl. n. 3, 2020, 57 ss.; DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, reperibile all'indirizzo <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/editoriali/pandemia-e-contratto-spunti-di-riflessione-tema-di-impossibilita>; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, *Emergenza COVID-19, Speciale 2*, p. 235 ss.; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Suppl. 3, 2020, p. 73 ss.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, *Emergenza Covid-19, Speciale 2*, 2020, p. 245 ss.; ID., *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 51 ss.

² PEPE, *L'emergenza sanitaria da coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero (artt. 88 e 88-bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. dalla l.24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 596 ss.; PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contr. Impr.*, 2020, p. 1192 ss.; DALLA MASSARA, *Gli effetti della pandemia sul regime dei pagamenti*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1884 ss.

³ Tra gli altri, v., in particolare, AGOSTINELLI, *Incidenza delle misure emergenziali sui contratti di locazione*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2325 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 422 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, *Speciale Covid 19*, 1, p. 233 ss.; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 102 ss.; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *ilcaso.it*, 23 aprile 2020; ID., *«Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 151 ss.; G. TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Not.*, 2020, p. 235; SANTARPIA, *Modelli e tecniche di "amministrazione" del rapporto contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 94 ss.; SCALDAFERRI, *La pandemia e la crisi delle locazioni commerciali tra autonomia privata ed intervento del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 29 ss.; DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Or. dir. comm.*, 2020, p. 689 ss.

⁴ BALESTRA, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1153 ss.; CINQUE, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del*

Con fulmineo opportunismo, la letteratura d'occasione si è cimentata nella riscoperta di istituti complessi e delicati, traendo conclusioni che, superata la spinta emotiva del momento, e certe estemporaneità, andranno certamente rimediate, anche con riferimento alla loro coerenza con i principi⁵.

contratto, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1691 ss.; DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, Speciale Covid, 3, 2020, p. 319 ss.; FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1661 ss.; GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2439 ss.; SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2435 ss.; ID., *Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 c.c.*, *ivi*, p. 2317 ss.; ID., *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, *ivi*, 2021, p. 590 ss. Si tratta di una ricca riflessione che si aggiunge agli studi, già ampi, sul tema: cfr., senza pretesa di esaustività, MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; CESÀRO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova, 2006; PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e negoziazione*, Napoli, 2017; GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale: analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019.

⁵ La dottrina più attenta si è subito posta il problema della proiezione della riflessione sollecitata dall'emergenza pandemica sulla teoria generale e sull'assetto «a regime» che l'ordinamento potrà assumere. Cfr., per tutti, A.M. BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *diritto-bancario.it*, 25 marzo 2020; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, Speciale Covid, 3, 2020, p. 383; GRISI, *La lezione del coronavirus*, in *juscivile.it*, 2020, 1, p. 190 ss.; MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 80 ss.; MATTEI e QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, Speciale Covid, 3, 2020, p. 333 ss.; MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, *ivi*, p. 417 ss.; NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 87 ss.; PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 77 ss.; ID., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 110

Ma, al di là della varietà degli esiti, i diversi studi sono stati accomunati da una prospettiva unitaria: quella di valutare l'impatto delle vicende della pandemia sul rapporto contrattuale secondo paradigmi non dissimili da quelli classici delle sopravvenienze, ma esaltati dalla inusuale condizione che ne esaltava i contorni e le tinte⁶. Con questo orizzonte si sono discussi gli interrogativi circa la qualificazione da dare all'emergenza sanitaria nei rapporti di durata⁷; la rilevanza assunta dai divieti imposti con riferimento a certe attività sulla esecuzione del contratto⁸; la sorte delle controprestazioni nelle relazioni contrattuali solo fattualmente interferite dall'emergenza sanitaria; la trasmissione di alcune conseguenze su contratti collegati ma apparentemente indipendenti⁹; il rilievo delle crisi susseguenti alla pandemia sui contratti¹⁰.

Del tutto ignorata è stata una tendenza di carattere schiettamente normativo che, a ben vedere, è già emersa in diversi momenti di crisi

ss.; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziavivile.com*, Speciale Covid-19, 2020, 2, p. 159 ss.; e, soprattutto, VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 3 ss.

⁶ Si è addirittura avuta la fondazione di una intera collana (*on line*) di studi dedicata al «Diritto virale», inteso come «scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza #Covid19»: cfr. <http://www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale>.

⁷ BERTI e DE PAOLA, *Il «fatto storico» Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'«atto» e del «rapporto»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 578 ss.;

⁸ Nella prospettiva del contratto di locazione v., tra gli altri, FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del DNA dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *giustiziavivile.com*, Emergenza Covid-19, Speciale, 3, 2020, p. 315 ss.

⁹ CICERO, *Chiose critiche sul rapporto giuridico nella crisi di emergenza sanitaria*, in *Riv. not.*, 2020, p. 1066 ss.; E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 274 ss.; GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di ri-negoziazione*, *ivi*, p. 314 ss.; RUGGIERI e GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, *ivi*, p. 340 ss.

¹⁰ Per es.: LANDINI, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*, in *giustiziavivile.com*, Emergenza Covid-19, Speciale, 3, 2020, p. 41 ss.

e che, anche questa volta, nell'indifferenza della dottrina, non ha tardato a manifestarsi.

Ci si riferisce, in via di prima approssimazione e con definizione di carattere puramente stipulativo, alla modificazione con effetto immediato delle regole ordinarie del contratto e alla introduzione, normalmente con decretazioni d'urgenza, di varianti più o meno estese alle regole in uso, destinate a trovare applicazione immediata su certe tipologie di rapporti in corso e a mutarne l'interno equilibrio.

Si tratta di interventi assai diversificati e certamente non riconducibili ad un solo schema tecnico: la loro comunanza sta, piuttosto, in una finalità che, in un senso ancora generico e descrittivo, si potrebbe definire di «politica economica».

In qualche caso, infatti, all'intervento attraverso strumenti di finanza pubblica, di carattere fiscale, o con l'ausilio di ammortizzatori sociali, si sostituisce o si affianca, un mutamento – generalmente temporaneo, e spesso variato, anche nel tempo della sua vigenza interinale – delle regole destinate ai contratti in corso d'esecuzione.

La finalità è quella di «neutralizzare» discipline che, nel loro assetto ordinario, comporterebbero spostamenti di ricchezza o, comunque, conseguenze giudicate non sopportabili in fasi di (ritenuta) emergenza. Così, invece di agire con le leve esterne o con interventi di più lungo impianto e di diverso costo, la scelta politica si indirizza ad un mutamento del quadro disciplinare, che provoca un riflesso immediato sugli assetti patrimoniali delle parti contrattuali, generando effetti coerenti con alcune finalità assunte come pubbliche, ma che sono mediate dal vantaggio (o dal minor svantaggio) recato all'interesse di una sola delle due parti.

In via di sintesi, e con qualche enfasi, si potrebbe persino dire che certe manovre economiche, in qualche loro articolazione, vengono portate a termine «a spese» di certe parti, le quali sopportano le conseguenze economiche di mutamenti normativi, e sostengono il beneficio direttamente recato alle loro controparti. Il tutto, per effetto di un sopravvenuto mutamento della disciplina che altera l'equilibrio cristallizzato nell'accordo, modificandone i termini, o ridistribuendo in modo difforme dall'assetto originario il rischio correlato alla esecuzione del contratto, o, infine, introducendo rigidità o alterazioni

di regime che portano ad una ridefinizione della reciproca posizione delle parti.

La sperimentazione di tali modalità di intervento si è arricchita, nel tempo, di figure molto diverse e tra loro eterogenee. Basta fermare lo sguardo alle esperienze maturate nelle crisi italiane più profonde e recenti per censirne una ricca varietà.

Abbiamo sperimentato, ad esempio, meccanismi di «*spending review*» che hanno comportato il mutamento autoritativo di rapporti che erano stati cristallizzati dall'esito di procedura di evidenza pubblica¹¹; l'attribuzione un diritto di recesso incondizionato ad una parte (generalmente pubblica) qualora il contratto non fosse stato «volontariamente» adeguato a determinati *standard* di prezzo fissati in via autoritativa e mentre il contratto era in corso di esecuzione¹²;

¹¹ V., per esempio, l'art 15, comma 13, lett. a), del D.L. 6 luglio 2012 n. 95 (convertito, con modificazioni, con legge 7 agosto 2012, n. 135), che, tra l'altro, dispone: «*Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi: a) ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 17, comma 1, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli importi e le connesse prestazioni relative a contratti in essere di appalto di servizi e di fornitura di beni e servizi, con esclusione degli acquisti dei farmaci, stipulati da aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale, sono ridotti del 5 per cento a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e del 10 per cento a decorrere dal 1° gennaio 2013 e per tutta la durata dei contratti medesimi; tale riduzione per la fornitura di dispositivi medici opera fino al 31 dicembre 2012. Al fine di salvaguardare i livelli essenziali di assistenza con specifico riferimento alle esigenze di inclusione sociale, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono comunque conseguire l'obiettivo economico-finanziario di cui alla presente lettera adottando misure alternative, purché assicurino l'equilibrio del bilancio sanitario [...]*».

¹² Cfr., ad esempio, l'art. 7-bis del D. L. 7 maggio 2012 n. 52 (convertito con L. 6 luglio 2012, n. 94), che ha modificato l'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, con legge 15 luglio 2011, n. 111. Tale disposizione – dopo la modifica della primavera del 2012 – stabiliva che «*Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, non giustificate da particolari condizioni tecniche o logistiche delle forniture, le aziende sanitarie locali sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi*

unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le aziende sanitarie locali hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, in deroga all'art. 1671 del codice civile». A distanza di soli due mesi dalla entrata in vigore della norma ricordata, il Governo aveva nuovamente messo mano al testo dell'art. 17, comma 1, lett. a), del D.L. 6 luglio 2011 n. 98. Con l'art. 15, comma 13, lett. b) del D.L. 6 luglio 2012 n. 95 (convertito con modifiche nella Legge 7 agosto 2012, n. 135), la norma, già ritoccata nei termini ricordati più sopra, è stata ancora riformata. Così nel testo ancora vigente dispone: «1. Al fine di garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, il livello del finanziamento del Servizio sanitario nazionale a cui concorre lo Stato per il 2013 è incrementato dello 0,5% rispetto al livello vigente per il 2012 ed è ulteriormente incrementato dell'1,4% per il 2014, nonché la pubblicazione sul sito web dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi. [omissis] Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché, in sua assenza, sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento. Sulla base dei risultati della prima applicazione della presente disposizione, a decorrere dal 1° gennaio 2013 la individuazione dei dispositivi medici per le finalità della presente disposizione è effettuata dalla medesima Agenzia di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, sulla base di criteri fissati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, relativamente a parametri di qualità, di standard tecnologico, di sicurezza e di efficacia. Nelle more della predetta individuazione resta ferma l'individuazione di dispositivi medici eventualmente già operata da parte della citata Agenzia. Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più

abbiamo conosciuto l'azzeramento di forme di tutela contrattuale che sarebbero intervenute in caso di recesso¹³.

Nell'ultima emergenza sanitaria da Covid 19, per limitarsi ai casi più eclatanti e per rimanere sul piano sostanziale¹⁴, si è inciso – non senza incertezze¹⁵ – sul regime dell'inadempimento¹⁶; si è intervenuti sui contratti di lavoro subordinato, impendendo il licenziamento dei lavoratori subordinati per periodi via via prolungati; si sono impedito le restituzioni contrattuali che avrebbero dovuto seguire all'impossibilità della prestazione nel caso di

convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture».

¹³ V. ancora l'art. 7-bis del D. L. 7 maggio 2012 n. 52 (convertito con L. 6 luglio 2012, n. 94), che ha modificato l'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, con legge 15 luglio 2011, n. 111, citato alla nota precedente, nella parte in cui esclude l'applicazione dell'art. 1671 cod. civ.

¹⁴ Una rassegna delle altre misure che incidono sull'esercizio della libertà di iniziativa economica ma che non rientrano nella prospettiva assunta sono contenute nel saggio di CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2020, 4. L'A. censisce le principali misure di limitazione della libertà di iniziativa economica privata adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, raccogliendole in svariate e fitte pagine.

¹⁵ Cfr., sul punto, in particolare, FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 300 ss.;

¹⁶ Cfr. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 198 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, p. 213 ss.; ID., *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 266 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 68 ss.; DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contr.*, 2020, p. 351 ss.; DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 571 ss.; DEL PRATO, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 64 ss.; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contr.*, 2020, p. 485 ss.

prestazioni artistiche e assimilate¹⁷; si sono ridotti d'imperio i canoni di locazione di palestre e impianti sportivi¹⁸.

Le diverse figure sono, ovviamente, reciprocamente irriducibili: troppo diverse le aree di intervento, le tecniche utilizzate, i settori, la profondità della alterazione introdotta, le misure (almeno per funzione) compensative correlate. La storia o la rassegna di queste «incursioni» del legislatore dell'emergenza disegnano, insomma, un quadro assai mosaicizzato nel tempo, nei temi, nei modi e nelle tecniche: perciò, apparentemente, mancherebbe una ragione per occuparsene in un unico contesto.

A ben vedere, però, queste, pur assai diverse, figure sollecitano una domanda comune, che sopravvive alla fase emergenziale e che rimanda ad una questione di impianto, epistemologico e assiologico, oltre che sistematico: è legittimo un intervento normativo che muti, temporaneamente ed occasionalmente, il regime delle relazioni contrattuali correnti tra le parti, con il dichiarato intento di favorirne una «a spese» dell'altra, con un intervento che si situa nella fase esecutiva del contratto, quando le parti hanno fissato il reciproco assetto di interessi sulla base di una certa considerazione dell'assetto normativo e della distribuzione del rischio che ne consegue?

Si tratta di un interrogativo, come si vede, almeno nelle ingannevoli sue sembianze, nello stesso tempo semplice e fondamentale: ci si chiede, in definitiva, se l'accordo contrattuale possa aspirare ad una protezione non solo «sotto» la legge, ma anche

¹⁷ In tema v. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com*, Speciale Covid-19, 1, p. 249 ss.; C. IRTI, *“Contratti di soggiorno” e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 458 ss.; PEPE, *op. cit.*, p. 596 ss.; PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del Coronavirus*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 592 ss.; SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, Speciale Covid-19, 2, p. 225 ss.; SENIGAGLIA, *“Contratti di soggiorno” e COVID-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 2020, p. 468 ss.

¹⁸ In generale: TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 235 ss.; ID., *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle clausole “generali”*, in *Contr.*, 2020, p. 433 ss.

«dalla» legge; e se, perciò, l'assetto di interessi che le parti hanno stabilito nel loro accordo possa essere assistito da una garanzia di stabilità, con la conseguente preclusione (entro limiti più o meno ampi) di immutazioni sopravvenute del regime legale del contratto ad opera del legislatore.

È un quesito che si situa allo snodo di problemi tradizionali, che attingono al modo stesso di concepire il fenomeno dell'autonomia privata e la sua relazione con la legge e con l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Proprio per questo, il contesto si carica inevitabilmente di inerzie di sapore ideologico e di variazioni di gusto costruttivo, che sono il frutto più del convincimento – o del disegno – dei diversi studiosi, che del censimento di dati obiettivi.

Per altro verso, il quesito, con la sua rotondità, importa ricadute applicative assai significative ed importanti: dalla risposta dipende l'adozione di una tra possibili soluzioni antagoniste di problemi pratici assai concreti.

Insomma, come accade in ogni buon quesito giuridico, le questioni che si aprono chiedono una risposta che distribuisca, in modo preciso e possibilmente prevedibile, il *torto* e la *ragione*, e che segni il confine del possibile secondo le norme.

Trattandosi di problemi che attengono alla stessa radice dell'autonomia privata, ci si attenderebbe un correlato grado di centralità della discussione e uno sforzo di reale chiarimento.

Con qualche sorpresa, invece, se si rivolge lo sguardo al dibattito scientifico, ci si trova dinanzi ad una di quelle questioni che la dottrina lascia languire in contesti nei quali le risposte sembrano non poter rinunciare ad aloni di indeterminatezza, che lasciano sempre nel vago i criteri adottati e gli esiti delle discussioni. Fiumi di discorsi si accompagnano a *slogan* indimostrabili, e a costruzioni che trovano solo nelle soggettive convinzioni dei diversi autori il loro reale e spesso inconfessato fondamento. E, alla fine, tutto sfocia nell'indistinto, senza che alle alte (perlomeno nelle aspirazioni) dissertazioni si accompagni la declinazione umile e concreta della (o almeno di una) soluzione chiara.

Ora, però, mai come in certi momenti, come quelli di crisi profonda che stiamo vivendo, il rilievo e l'importanza dei problemi pratici dovrebbero spingere la scienza giuridica a promuovere il

raggiungimento di conclusioni operative, come richiede chi, proprio in quei momenti, deve poter trovare certezze, anche sgradevoli, ma il più possibile nitide.

Di qui, dunque, la sollecitazione a rinnovare l'indagine, per comprendere lo stato dell'arte e per poter verificare se si disponga di un paradigma sul quale interrogare (anche) i provvedimenti dell'emergenza, saggiando le formule in uso e il grado effettivo di quella «precisione crinologica» che ne dovrebbe costituire la qualità costante ed immancabile.

2. Il problema e il suo appropriato contesto.

Prima di procedere oltre, conviene tornare su una più esatta definizione del problema che occorre affrontare, per circoscriverne il perimetro, e sgombrare il campo da possibili sovrapposizioni e da ridondanze che finirebbero per creare false prospettive.

La questione che occorre indagare è se, una volta che si sia validamente perfezionato un atto di autonomia – più precisamente, una volta che si sia concluso un contratto –, il legislatore possa legittimamente mutare le regole che a quel contratto si applicano, e possa, per così dire, modificare il regime del rapporto contrattuale che ne deriva.

Il quesito ha ragione di porsi dacché nella dottrina, da un lato, pare che non venga discussa la libertà del legislatore di mutare le regole di contratti anche in corso di esecuzione; dall'altro, non mancano reiterate affermazioni circa una tutela costituzionale dell'autonomia privata¹⁹.

I due orientamenti sono almeno meritevoli di una riflessione supplementare, volta a porre il quesito se la garanzia costituzionale

¹⁹ Tale profilo è stato studiato da una letteratura pressoché sterminata. Tra gli altri, in particolare, cfr. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, p. 3 ss.; SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, IV, p. 229 ss.; ALPA, BESSONE e ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, a cura di Alessi, Palermo, 1999; MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, 1491 ss.; PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011.

dell'autonomia escluda, oppure no, l'intervento successivo all'esercizio dell'autonomia stessa.

In caso di risposta astrattamente positiva, occorre, poi, indagare se esistano limiti all'esercizio di tale potere e quali ne siano le condizioni che lo giustificano.

In questa sua impostazione, il quesito ha – e vuole avere – un connotato di stretto diritto positivo e una vocazione essenzialmente pratica.

La prospettiva è tutta orientata alla soluzione del problema contingente, risalendo, per quanto sarà possibile, a quei paradigmi che giustificano la soluzione e la fondano su basi di diritto positivo.

Insomma, la ricerca vorrebbe avere una destinazione concreta ed operativa, svolgendosi sul piano applicativo e cercando di privilegiare, piuttosto che le personali opinioni, la rilevazione del diritto *quo utimur*: quello che, spesso con qualche (per vero, purtroppo, ampio) margine di incertezza, determina il torto e la ragione nelle aule di giustizia.

Il problema, così definito, può trascurare le dimensioni eccedenti quella di carattere ordinamentale interno: infatti, il tema che qui si pone non è se, nell'ambito di altri contesti propriamente normativi, ad esempio di carattere sovranazionale, l'autonomia privata goda una posizione che assicura l'intangibilità del suo esercizio²⁰; ma se questo accada nel nostro sistema e quale sia, dunque, l'atteggiamento «nativo» dell'ordinamenti italiano.

Il censimento di questo dato potrebbe costituire, senza dubbio, il punto di partenza per un nuovo e diverso approfondimento con una dimensione che trascenda i confini puramente nazionali: ma questo

²⁰ Sul tema, tra gli altri, DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. eu.*, 1998, p. 55 ss. La libertà di impresa è esplicitamente qualificata come libertà fondamentale dell'individuo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art.16. Cfr. in giurisprudenza CGUE, 27 novembre 2003, C-34 e 38/01; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14; Cons. St., Sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467. In una prospettiva sinergica, cfr. NAVARRETA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 43, 2014, p. 589-647. Assai ampia la ricostruzione di S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 633 ss

passo pare essere successivo al primo e fondamentale passaggio, che consiste proprio nella identificazione dell'assetto interno.

Va anche soggiunto, perché spesso si assiste ad una confusione di piani, che l'analisi che si intende svolgere non riguarda la costruzione di una sorta di «legalità costituzionale» del contratto, attraverso la quale – come è noto – si teorizza la penetrazione dei principi e i valori costituzionali nel tessuto delle regole che riguardano propriamente il vincolo e lo conformano²¹ in modo coerente con la norma di più elevato rango²².

²¹ Di «conformazione» e di distinto «controllo» dell'autonomia privata parla il saggio di P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.

²² Come si ricorderà, in questo ambito non mancarono proposte di applicare direttamente il limite della “utilità sociale” di cui all'art. 41 Cost., riconoscendo al giudice ordinario il potere di ottenere, tramite la nullità della contrattazione “vessatoria”, lo stesso risultato che avrebbe potuto conseguire il legislatore ordinario, impedendo il ricorso a detta contrattazione in quanto costituzionalmente illegittima. Sul tema rimangono significative le pagine di LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, p. 141 ss. Uno sguardo di sintesi storica su quel percorso è formulato oggi da NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2014, 609 e nt. 14 e, soprattutto, da PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Novecento giuridico. I civilisti*, cit., 282 e nt. 126). Significativa pure, ancora in chiave storica, l'evoluzione del pensiero di P. PERLINGIERI, del quale si veda *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 22, e, poi, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, Napoli, 1980, ripubblicato successivamente in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 111 ss.; nonché ID., *Per una ermeneutica rinnovata*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2231 ss., spec. p. 2249 ss., e ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 317 ss., spec. 332 ss.; *Manuale di diritto civile*⁷, Napoli, 2014, p. 590. Notevole il percorso compiuto da RESCIGNO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss., ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 335 ss.; e v. anche ID., *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, 1960, p. 362 ss.; ID., *Per una rilettura del codice civile.*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 205 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1973. Lucida la panoramica offerta da D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ.* 2016, p. 444 ss.

Si tratta di un orientamento che, come è noto, ha alimentato un dibattito assai ampio che si è svolto nella dottrina²³ e che ha trovato vasta eco anche in alcuni arresti giurisprudenziali.

Non sono mancate voci che hanno negato la possibilità che il giudice ordinario possa applicare direttamente, tra gli altri, l'art. 41 Cost. per sindacare la libertà contrattuale o, addirittura, i contenuti del contratto, nel caso in cui il Giudice si avvedesse che esso, come atto di autonomia privata, fosse in contrasto con la Costituzione.

Altre voci hanno negato che le clausole generali, come correttezza e buona fede²⁴, incorporate negli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c., l'ordine pubblico e il buon costume, avessero bisogno di una «copertura» costituzionale per poter indurre le parti a comportarsi in modo da cooperare secondo canoni di solidarietà²⁵.

Altri ancora, invece, sono stati inclini a suggerire costruzioni che si assumono costituzionalmente orientate del contratto, applicando direttamente e immediatamente principi costituzionali che condizionerebbero direttamente gli assetti delle regole che governano i patti tra i privati, legittimando, addirittura, ingerenze manipolative da parte del giudice²⁶.

²³ Oltre alle voci ricordate alla nota (2222), merita una speciale menzione il contributo di VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 s., denso di carica problematica e di ansia sistematica.

²⁴ In chiave critica, sul punto, D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., *Giustizia Civile*, 2015, 247 ss., spec. 263 ss. sulla scia di MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, 1997, ora in Castronovo, Albanese e Nicolussi (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 139 ss., spec. p. 143

²⁵ MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 1 ss., ora, in *Scritti, I*, cit., p. 101 ss. Ma sul tema v. subito anche RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1965, I, p. 149.

²⁶ V., ad esempio, le proposte di LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 155 e in *Jus*, 2008, p. 86-87 da cui le citt. segg.; ma già prima ID., *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, p. 75 ss. Pericolosa e destabilizzante la posizione di MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in Navarretta (a cura di), *Effettività e*

Sarebbe, naturalmente, impossibile tracciare una sintesi di un dibattito tanto vasto e complesso o tracciarne un bilancio; né sarebbe semplice discutere certi esiti giurisprudenziali che ne sono il prodotto incontrollato ed inevitabile, e che – ma più spesso solo *ex post* – inquietano le sensibilità più attente al tema della certezza delle relazioni²⁷.

Tale discussione, infatti, a che vedere più esattamente con le regole del contratto, laddove, invece, il quesito che occorre affrontare concerne, più propriamente, le condizioni di possibilità del loro mutamento.

2. Alla ricerca di un paradigma costituzionale.

Una volta chiarita la direzione dell'indagine, occorre osservare che il primo suo snodo consiste nella necessità di definire la norma costituzionale alla quale fare riferimento quale fondamento di una possibile garanzia dell'autonomia contrattuale.

Nell'ordinamento italiano, in conformità con l'opinione espressa dalla Corte costituzionale²⁸, la dottrina prevalente esclude che questa norma possa essere costituita dall'art. 2 Cost.²⁹.

Drittwirkung. Idee a confronto, Torino, 2017, p. 97 ss. e in *Questione Giustizia*, 2016, p. 52 ss. (che pare coltivare l'aspirazione ad una giurisprudenza «coraggiosa» che produca decisioni «giuste», nei limiti della «razionalità argomentativa»).

²⁷ Al cospetto di tali tendenze, non nuove nel grande ciclo della storia (v., per tutti, l'affresco magistrale di VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Milano, 1991), occorrere tornare a riflettere sulle dinamiche di frantumazione del mondo che hanno reso o concorso a rendere, infine, il diritto «incalcolabile»: sul tema, le pagine, lucide e fredde, di N. IRTI, *Il diritto incalcolabile*, Torino, 2016, spec. p. 3 ss.

²⁸ Corte Cost., 328 marzo 1968, n. 16 in *Foro it.*, 1968, 859. Come si sa, il riferimento all'art. 2 Cost. ha sollecitato posizioni fortemente critiche. Tra gli altri, sia pure con varietà di accenti e prospettive, cfr.: V. già RODOTÀ, *op. cit.*, p. 149, ma, soprattutto, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 568; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 42 ss.; LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, cit., p. 83 ss.

²⁹ Va ricordato che la scelta di fondare l'autonomia su norme corrispondenti all'art. 2 Cost. è praticata in altri ordinamenti. Ad esempio, secondo la Corte costituzionale tedesca, il diritto al libero sviluppo della propria personalità

Si ritiene, infatti, che «*alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull'iniziativa economica privata e la proprietà privata*»³⁰.

Non mancano opinioni che segnalano la necessità di ampliare le norme cui riferirsi³¹, e non è mancato chi ha suggerito la ricerca di ulteriori fondamenti³².

consacrato dall'art. 2 (1) della *Grundgesetz*, tutela anche la libertà contrattuale. Sul tema, cfr. BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214. Sulla tutela costituzionale della libertà contrattuale nel diritto tedesco, v. FLESSNER, *Freedom of contract and constitutional law in Germany*, in *Freedom of contract and constitutional law: proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco): held in Jerusalem, September 1994*, ed. by Mordechai Rabello e Sarcevic, Jerusalem, 1998, p. 87. Più di recente, RAINER, *Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania*, in *Jus civ.*, 2018, p. 386 ss.

³⁰ Così, per tutti, RESCIGNO, *Premessa*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*², Torino, 2006, p. XLVII ss.

³¹ V., ad esempio, tra le impostazioni più originali, quella espressa da LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Non si tratta, tuttavia, di una posizione che possa reputarsi pacifica. Invero, «*l'autonomia negoziale non si identifica e non si esaurisce con gli atti e i contratti di impresa*» (così, RIZZO, *Contratto e costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 349, 356), e, pertanto, l'individuazione del fondamento della garanzia costituzionale dell'autonomia contrattuale negli artt. 41 e 42 Cost. sarebbe parziale. Secondo LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, cit., p. 86-87, la ricostruzione del rapporto tra Costituzione e autonomia privata come operata dalla Corte costituzionale è contraria «*al criterio interpretativo di massima efficacia dei diritti costituzionali perché, concepita su quell'unico fondamento, riesce, per un verso difficile conferire protezione giuridica agli atti negoziali che siano espressione di una libertà diversa da quella d'iniziativa economica e, d'altro canto, valutare atti negoziali che, sebbene a carattere patrimoniale, non siano propriamente ordinati in funzione d'iniziativa economica evocata dall'art. 41 Cost., cioè di una iniziativa economica implicante la destinazione di beni capitali ad un processo produttivo esercitato in forma d'impresa*».

³² Cfr. l'impostazione di N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus Civile*, 2018, p. 376, secondo il quale «Non c'è norma della Costituzione, che garantisca di per sé l'autonomia privata, o, meglio, l'autonomia negoziale o contrattuale nella disciplina degli interessi economici (una norma di contenuto uguale o simile all'art. 1322 cod. civ.). Si tratta di vedere se singole libertà o diritti, attribuiti dalla Costituzione, richiedano, per genesi storica o indole teorica, l'uso di strumenti negoziali: strumenti, e dunque mezzi

Tali spinte, certamente, segnalano l'esito incerto della ricerca di un riferimento onnicomprensivo. La stessa avvertita necessità di moltiplicare potenziali fondamenti cui agganciare una possibile forma di garanzia, non ne dimostra una accresciuta solidità: denuncia, piuttosto, l'evanescenza dei capisaldi che vengono censiti. Parrebbe, infatti, un segnale che inclina piuttosto verso l'inadeguatezza di singoli riferimenti e pone in luce l'astenia complessiva della pretesa aggregazione.

Anche se con l'accompagnamento di questa perplessità di fondo, non vi è dubbio che, a stare alla dottrina più diffusa e ai numerosi affioramenti della giurisprudenza costituzionale, la norma che viene ritenuta emersione del fondamento costituzionale della autonomia privata è l'art. 41 Cost.³³.

Ciò non esclude altri ancoraggi, ma, certamente, il preciso riferimento assunto dalla dottrina maggioritaria costituisce un passaggio ineludibile, sia per la sua incontestabile centralità, sia per l'omogeneità e vastità del suo riferimento materiale.

In definitiva, ogni discorso significativo sull'autonomia privata e sulla sua relazione con la Costituzione non potrebbe ignorare l'art. 41 Cost. e, ove ciò accadesse, non si darebbe vita ad una discussione utile.

3. *L'iniziativa economica privata nell'art. 41 Cost.*

necessari per il loro esercizio. Si danno libertà, o diritti costituzionali, che possono soddisfarsi anche mediante leggi generali o provvedimenti amministrativi, ed altri che sono, o sembrano, compatibili soltanto con la tecnica dell'autoproduzione giuridica. Alla tutela dell'autonomia privata si giunge attraverso la garanzia di libertà e diritti costituzionali: è tutela di una necessaria strumentalità. Poiché libertà e diritti costituzionali riguardano la sfera delle azioni (azioni proprie o azioni altrui), il problema è di isolare quelle forme di azione che assumono la natura di accordi fra parti interessate».

³³ Per completezza va ricordato che non mancano impostazioni che cumulano il riferimento all'art. 2 con quello all'art. 41 Cost. Tra gli altri, cfr., infatti, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, spec. p. 195-196: «Dagli artt. 2 e 41 Cost. si ricava in modo aggiuntivo che in favore dell'attribuzione agli uomini della capacità generale esiste un vincolo costituzionale e che in detta capacità deve vincolativamente essere compreso un potere negoziale innominato».

Tale centralità è confermata dalla storia del dibattito che si è sviluppato muovendo proprio da quella previsione.

Per vero, puntuali ricostruttori della verità storica hanno da tempo avvertito che l'art. 41 Cost. era stato concepito in una prospettiva profondamente diversa da quella di introdurre nel testo costituzionale un perno destinato ad assumere un ruolo essenziale nella dinamica dei rapporti tra privati.

Il riferimento, storico e ideologico, del tempo era, infatti, costituito dai temi dell'economia programmata, dell'intervento statale nell'erogazione dei servizi fondamentali, e dell'intervento diretto dello Stato nell'economia³⁴.

Si trattava, perciò, da un lato, di segnare un percorso di sviluppo dell'esperienza maturata entro i confini nazionali con il regime fascista e con l'avvio delle forme di diretto intervento dello Stato nella attività economica che, proprio in quel contesto, avevano visto la luce; dall'altro, di delineare una misura di originalità dell'impostazione italiana rispetto a forme di dirigismo economico conosciute entro altri contesti nazionali e politico-ideologici³⁵.

³⁴ Secondo MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 2, «le ragioni storico-ideologiche che spiegano la mancata costituzionalizzazione della libertà di contratto «come tale» si collegano alla tradizionale scarsa propensione del legislatore italiano a contenere, in linea di principio, l'intervento pubblico nell'economia nell'ambito delle funzioni di controllo e di regolazione del mercato».

³⁵ Il quadro complessivo – di carattere storico e ideologico – nel quale si colloca l'art. 41 Cost. è stato posto al centro di innumerevoli studi. Tra gli altri cfr. De Stefano, Martinez e Panuccio (a cura di), *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978; PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato, Libertà e autonomie nella Costituzione*, II, Milano, 1982, p. 531 ss.; CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 303 ss.; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 593 ss.; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; ID., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1991, p. 373 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 3 ss.; GALGANO, *La libertà di*

Per dirla con una autorevole e lucida dottrina, le scelte costituzionali che emergono dall'art. 41 Cost. si possono compendiare in direzioni piuttosto nitide:

«1. Affievolimento, tra i diritti di libertà costituzionalmente garantiti, della libertà economica dei privati;

2. legittimazione, per converso, di un governo politico dello sviluppo economico;

3. abbandono del primato dell'iniziativa economica privata sull'iniziativa economica pubblica;

4. riaffermazione, per contro, del primato dell'economia di mercato, come limite alla direzione politica dello sviluppo economico e come criterio di condotta per l'attività economica pubblica»³⁶.

Se questa fu la genuina origine storica, è vero che, ben presto, la norma è stata impiegata per fini diversi. Tra gli altri, proprio l'attribuzione del ruolo di fonte di un presidio proprio dell'autonomia privata.

È largamente diffusa, infatti, l'affermazione secondo la quale l'autonomia contrattuale, sebbene non esplicitamente nominata, dovrebbe ritenersi implicitamente tutelata dalla Costituzione³⁷, come strumento essenziale della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può essere limitato per ragioni di utilità economico-sociale a tutela di interessi generali³⁸.

iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, I, Padova, 1977, p. 512 ss.; ID., *Commento all'art. 41, Rapporti economici*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, II, Bologna, 1982, p. 11 ss.; OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, p. 452 ss.; PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, p. 294 ss.; BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

³⁶ GALGANO, *Commento all'art. 41*, cit., p. 15.

³⁷ Cfr. in giurisprudenza: le affermazioni svolte da Corte Cost., 11 febbraio 1988, n. 159; Corte Cost., 5 aprile 1984, n. 89; Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241.

³⁸ In dottrina cfr. la risalente posizione espressa da GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 82 ss., spec. p. 92,

Affrancata dal dominio eminente dell'indice normativo e dogmatico costituito dalla proprietà³⁹, l'iniziativa economica privata finisce, così, per diventare il centro tematico della riflessione e il parametro normativo con cui si dovrebbe misurare la disciplina introdotta dalla legge.

Va subito detto, peraltro, che anche per l'iniziativa economica, come per la proprietà, sebbene, per comodità, si tenda a parlare della iniziativa economica (privata), nella Costituzione si registrano diverse emersioni con specifiche caratterizzazioni del fenomeno, con la conseguenza che – secondo qualche voce che ripete, o crede di ripetere, altre autorevoli impostazioni – sarebbe più indicato parlare «*delle iniziative economiche private*», al plurale⁴⁰.

Intanto – ed anche in questo caso il parallelo con la proprietà costituzionale è di tutta evidenza – è facilmente evincibile dal disposto del terzo comma dell'art. 41 Cost. che l'iniziativa

secondo il quale «occorrerebbe meglio precisare che l'autonomia contrattuale si trova tutelata dalle norme costituzionali, non già direttamente, ma indirettamente, ricevendo riconoscimento e limiti costituzionalmente rilevanti solo nel quadro e quale esplicazione della iniziativa economica e della proprietà. Ove l'autonomia non tocchi gli interessi connessi a questi istituti, essa cessa di essere costituzionalmente rilevante». Ma v. anche BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 582 ss., spec. p. 602. Non si deve credere, tuttavia, che si tratti di una posizione consegnata alla storia, ma, anzi, gode della diffusione addirittura nella manualistica corrente. Per tutti, cfr. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, p. 76 ss.

³⁹ È affermazione ricorrente che la proprietà costituisca il caposaldo statico, mentre l'iniziativa economica privata rimandi al profilo dinamico dei rapporti economici. Forti, comunque, la connessione storica che determina l'emersione di profili negoziali nella stessa previsione di garanzia della proprietà: così, a proposito del testamento, G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 127. Il legame tra autonomia privata e la proprietà non manca di affiorare nelle riflessioni della dottrina che riguardano la prima. Tra gli altri, ad es., A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, spec. p. 831. Sottolinea la connessione storica tra i due istituti ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, p. 155.

⁴⁰ PETRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in *Forum Quad. Cost.*, p. 37, reperibile all'indirizzo https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0172_pedrini.pdf.

economica costituzionale possa essere non solo privata, ma anche pubblica. O meglio: autonomia privata ad esercizio pubblico.

Inoltre, anche all'interno del generale concetto della iniziativa economica privata, è dato di rinvenire una serie di sottocategorie destinatarie di una disciplina costituzionale apparentemente difforme rispetto a quella recata, in via generale, dall'art. 41 Cost.: al di là di tutte le attività che implicano la presenza di lavoratori dipendenti con un rapporto di subordinazione stabile e strutturale, rispetto alle quali attività alla disciplina del 41 Cost. si aggiunge anche quella dettata dagli artt. 36, 37, 38, 39, 40 e 46 Cost. con riguardo ai diritti del lavoratore subordinato, si ricordano le imprese «che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale», di cui all'art. 43 Cost.; l'impresa cooperativa e quella artigiana di cui all'art. 45 Cost.; nonché l'attività creditizia di cui all'art. 47 Cost..

La dottrina che si è occupata di approfondire i termini della tutela costituzionale ha chiarito che l'«iniziativa economica» si riferisce alla fase propulsiva (o di impulso) di un'attività definibile come «economica». Tale attività potrà essere costituita sicuramente dall'esercizio delle attività di impresa⁴¹: ma la dottrina ha chiarito il concetto di impresa – soprattutto come declinato in chiave giuridica dagli artt. 2082 ss. cod. civ., secondo cui «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» – non esaurisce l'estensione della disciplina del primo comma dell'art. 41 Cost.

La dottrina pubblicistica ricorda che già in seno alla Costituente era riconosciuto pacificamente che anche altre attività di rilievo economico, pur prive dei tratti tipici della struttura (organizzativa e

⁴¹ Come attesta, fra l'altro, anche la riflessione etimologica relativa allo stretto legame di sinonimia riscontrabile fra la parola «iniziativa» e il termine «intrapresa», quale antico corrispettivo dell'attuale «impresa»: così GALGANO, *Commento all'art. 41*, cit., p. 41.

giuridica) imprenditoriale, integrassero comunque la formula del testo costituzionale⁴².

Così, sono state considerate figure di attività economica privata non solo le piccole imprese e le imprese agricole (che nella disciplina civilistica godono di uno statuto largamente autonomo)⁴³, ma anche le attività economiche occasionali (che difettano, cioè, del requisito della stabilità di esercizio proprio dell'impresa)⁴⁴, quelle di destinazione a reddito di immobili urbani e fondi rustici⁴⁵; il lavoro autonomo, nonché, sebbene il dato non sia del tutto pacifico nella giurisprudenza costituzionale, le professioni intellettuali⁴⁶.

Si tratta di allargamenti e precisazioni che, però, servono poco alla prospettiva qui privilegiata.

4. (segue) *I limiti all'iniziativa economica privata.*

Il punto centrale, ai fini di quanto qui occorre discutere, riguarda, piuttosto, la legittimità delle limitazioni connaturate alla previsione costituzionale. È chiaro, infatti, che riconoscimento e limiti sono tutt'uno, e si tratta, perciò, di comprendere quale possa essere l'estensione del primo e il possibile fondamento dei secondi.

Testualmente, ai sensi dell'art. 41, secondo comma, Cost., l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», mentre in forza del terzo comma «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

⁴² Sul punto si registra una opinione pressoché incontrastata. Per tutti: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, p. 469 e RIZZO, *Contratto e Costituzione*, cit., p. 356.

⁴³ Corte Cost., 30 dicembre 1958, n. 78; Corte Cost., 22 febbraio 1974, n. 53.

⁴⁴ Corte Cost., 6 maggio 1976, n. 109, facendo leva sul fatto che la decisione di stipulare un contratto di locazione o di affitto fosse esercizio della libertà contrattuale (indirettamente) protetta dall'art. 41 Cost.

⁴⁵ Corte Cost., 5 aprile 1984, n. 89.

⁴⁶ In senso favorevole Corte Cost. 22 gennaio 1976, n. 7 (sulle associazioni professionali) e 25 marzo 1976, n. 59 (sugli agenti e rappresentanti di commercio). Posizione più problematica in Corte Cost., 30 marzo 1977, n. 54 (sulla professione forense).

Come spesso capita nella materia costituzionale, le formule prescelte per dettare la prescrizione utilizzano clausole generali: strumenti «attraverso i quali si istituiscono poteri volti ad adeguare l'ordinamento al continuo evolversi della vita politica e sociale»⁴⁷, per mezzo dei quali, «il legislatore (qui il costituente), cosciente della propria incapacità di prevedere tutto il reale e tutte le forme possibili della sua evoluzione, si rimette a chi deve applicare il diritto per determinare modi e tempi del contrappunto giuridico-normativo del dato sociale»⁴⁸.

La dottrina costituzionalistica, nel tentativo di concretizzare il contenuto della formula normativa, ha valorizzato, in primo luogo, il dato sistematico, sforzandosi di porre in risalto i rapporti di (implicita) connessione sussistenti fra le locuzioni utilizzate nel secondo comma dell'art. 41 Cost. ed altre disposizioni della Carta fondamentale.

Per questa via, intanto, si è potuto riscontrare come agli obblighi gravanti sul titolare della libertà di iniziativa economica legati al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana corrisponderebbero, a ben vedere, altrettante situazioni giuridiche costituzionali attive. Insomma, almeno parte dei limiti alla libera iniziativa economica di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost., altro non sarebbero se non il risvolto passivo di altri diritti costituzionali direttamente azionabili.

⁴⁷ BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 604.

⁴⁸ LUCIANI, *La produzione economica nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 81. Più esplicitamente e realisticamente cfr. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 300, che definisce la norma «indeterminata nel suo nucleo politico centrale» e «anfibia», suscettibile cioè di essere sviluppata in opposte direzioni. Sulla utilizzazione delle clausole generali, in particolare nel diritto costituzionale cfr., per tutti, anche per ulteriori riferimenti: RUGGERI, *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?*, in www.diritti_fondamentali.it; PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, nonché, più di recente, ID., *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), e ID., *Contro le "clausole generali" (sans phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora troppo vaga*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2017, 3; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

Così, per quanto riguarda la sicurezza, il diritto all'integrità psico-fisica e ad un ambiente (di lavoro, ma non solo) salubre che trova fonte nell'art. 32 Cost.; per quanto riguarda la libertà, (almeno) tutti gli *Abwehrrechte* (c.d. libertà negative) di cui agli artt. 13 e seguenti – oltre agli ulteriori ipoteticamente desumibili in via interpretativa ex art. 2 Cost., specie ove si aderisca alla lettura “aperta” di tale disposizione –; per quanto concerne la dignità umana, almeno il diritto (del lavoratore) ad una retribuzione sufficiente a garantire a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa, di cui all'art. 36 Cost.⁴⁹.

5. (segue) *In particolare: l'«utilità sociale».*

Più complesso sembrerebbe il discorso relativo alla «*utilità sociale*»: è questa, infatti, formula che si presta con maggiore difficoltà ad essere concretizzata attraverso il riferimento ad altre disposizioni costituzionali.

Da un lato, è stata sottolineata la difficoltà di ridurre il concetto di «*utilità sociale*» all'interesse di categorie di soggetti all'interno dell'ordinamento⁵⁰.

Dall'altra, la pur interessante proposta di valorizzare il collegamento fra l'art. 41, secondo comma, Cost. e il precetto costituzionale dell'eguaglianza sostanziale – secondo una lettura per cui l'*utilità sociale* corrisponderebbe all'istanza di “trasformazione sociale” prefigurata dall'art. 3, secondo comma, Cost. – non parrebbe decisiva né in ordine alla esclusività del nesso interpretativo, né in ordine alla univocità che ne conseguirebbe, attesa (se non la sua programmaticità), la sua indiscutibile mancanza di diretta precettività.

Allo stesso modo, sembra assai poco capace di riempire di contenuto la locuzione sottolineare la necessità del riferimento a beni

⁴⁹ Così PETRINI, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁰ È stato sottolineato (LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 125 e 127) che l'aggettivo «sociale, qui, non è che equivalente di se stesso, espressione cioè della società nel suo insieme»: andrebbe perciò «*escluso che l'utilità sociale coincida con l'interesse di categorie sfavorite, a meno che la crescita di quelle categorie non comporti la parallela crescita della società nel suo complesso*».

o interessi costituzionalmente garantiti in modo specifico ed espresso⁵¹.

Il rischio di una vera e propria norma in bianco nelle mani dell'interprete, già non ignorato in seno alla stessa Assemblea costituente⁵², si paleserebbe come concreto e assai grave.

Né, per vero, indicazioni più immediatamente operative possono essere tratte dalla esperienza giurisprudenziale.

Nelle pur numerose sentenze in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla riconducibilità al parametro dell'utilità sociale dei limiti introdotti dal Legislatore nella sua ampia opera di conformazione della libertà di iniziativa economica privata, la Corte Costituzionale ha prevalentemente assunto un atteggiamento di almeno apparente *self restraint*, affermando che «*la Corte [...] nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. Ma tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo*»⁵³.

Su questa linea si è affermato che «*per quanto riguarda la utilità sociale, il potere della Corte concerne solo la rilevabilità dell'intento legislativo di perseguire quel determinato fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo (sentt. n. 63 del 1991; n. 446 del 1988; n. 20 del 1980)*»⁵⁴

⁵¹ LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 138.

⁵² Il rischio fu evocato nella seduta del 13 maggio 1947 da Einaudi, il quale – con riferimento alla (norma contenente la) clausola in parola – causticamente asseriva come «*una norma la quale non ha significato è una norma per definizione anticostituzionale ed arbitraria. Qualunque interpretazione darà il legislatore futuro alla norma, essa sarà valida. Nessuna Corte giudiziaria potrà negarle validità, perché tutte le leggi di interpretazione saranno conformi a ciò che non esiste*» (A.C., II, 3938). Sul tema v. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss.

⁵³ Corte Cost., 16 giugno 1971, n.137, dove si richiamano i precedenti delle sentenze: Corte Cost., 15 marzo 1960, n. 11; Corte Cost., 6 luglio 1960, n. 59; Corte Cost., 24 febbraio 1964, n. 14 e Corte Cost., 23 giugno 1966, n. 65.

⁵⁴ Corte Cost., 21 luglio 1992, n. 388.

Insomma, uno sguardo di sintesi dimostra con evidenza come la giurisprudenza della Corte Costituzionale, a fronte del rischio di dover coltivare una interpretazione sostanzialmente nomogena dell'art. 41 Cost., in particolare nella parte in cui si riferisce alla «*utilità sociale*», ne fa slittare il riferimento verso un controllo di ragionevolezza, che diviene l'*indice effettivo* attraverso il quale l'apprezzamento del perseguimento di una (generica) finalità di utilità sociale viene praticata⁵⁵.

Si tratta di una tecnica non inconsueta.

Una celebre sentenza del 1964 riferita alla (diversa) clausola della «*utilità generale*» di cui all'art. 43 Cost. - ma il cui contenuto la Corte ha sempre mostrato di ritenere valido anche per l'utilità sociale ex art. 41, secondo comma Cost. - ha chiarito da tempo che «*per potere affermare che la legge denunziata non risponda a fini di utilità generale [...] bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inidonei o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita*»⁵⁶.

Sulla scorta di tale metodica, la Corte costituzionale ha giustificato i limiti all'iniziativa privata argomentando la loro rispondenza ai requisiti (anche) dell'utilità sociale attraverso un collegamento con altri beni costituzionalmente garantiti in modo espresso: la tutela della donna lavoratrice⁵⁷, il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale⁵⁸, la garanzia del diritto dei

⁵⁵ In tema v. però MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 1471 ss., spec. p. 1476.

⁵⁶ Così, Corte Cost., 24 febbraio 1964, n. 14.

⁵⁷ Corte Cost., 14 febbraio 1969, n. 27.

⁵⁸ Corte Cost., 27 febbraio 1969, n. 36.

lavoratori al riposo settimanale⁵⁹, la tutela della salute e dell'ambiente⁶⁰.

Altre volte, tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto giustificate (in quanto “coperte” dal limite della utilità sociale) delle limitazioni legislative alla libera iniziativa economica privata anche in forza di interessi non direttamente riconducibili a previsioni costituzionali, ad esempio riconoscendo per socialmente utili l'incremento della produzione⁶¹, l'equilibrio di mercato fra domanda e offerta⁶², fino a giungere all'interesse di «*salvaguardare le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente*»⁶³.

⁵⁹ Corte Cost., 5 aprile 1974, n. 111.

⁶⁰ Corte Cost., 20 maggio 1998, n. 196 e Corte Cost., 6 giugno 2001, n. 190. Sul diritto a vivere in un ambiente non degradato quale ulteriore specificazione (anche) dell'utilità sociale cfr. Corte Cost., 6 settembre 1995, n. 427 e Corte Cost., 24 giugno 2004, n. 196.

⁶¹ V., ad esempio, Corte Cost., 8 aprile 1965, n. 30.

⁶² Corte Cost., 28 gennaio 1991, n. 63.

⁶³ Corte Cost. 2 dicembre 1991, n. 439. Il tema della relazione tra libertà di iniziativa economica e concorrenza meriterebbe, come è ovvio un approfondimento ben maggiore. Per tutti, cfr. N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in Della Cananea e Napolitano (a cura di) *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 24; DE VERGOTTINI, *La costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. soc.*, 2010, p. 333 ss. (specie in chiave di ricostruzione storica); BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *La costituzione economica*, Padova, 1997; LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1555 ss.; MEZZETTI, *Costituzione economica e libertà di concorrenza in Italia*, in *Costituzione economica e libertà di concorrenza*, Torino, 1994, p. 212. Si trova affermato che In tal modo, il principio di economia di mercato aperta e in libera concorrenza proprio dell'ordinamento comunitario ha consentito al primo comma dell'art. 41 di dispiegare le sue potenzialità concorrenziali «nascoste»: v., al riguardo, NIRO, *Art. 41 in Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, p. 851. Con diversa prospettiva, cfr. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e soc.*, 2010, p. 379 e LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, in *Merc. Conc. reg.*, 2014, p. 509.

Insomma, è dato registrare una serie di pronunce essenzialmente volte a conferire rilievo attraverso la clausola dell'utilità sociale ai valori del mercato e della concorrenza progressivamente affermatasi a livello europeo e recepiti poi nel diritto interno a partire dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 – non a caso recante nella titolazione il riferimento «*attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica*» – non risultando sempre chiaro, peraltro, se le istanze da ultimo menzionate sarebbero ritenute socialmente utili in sé, o solo nella misura in cui concretamente si fossero dimostrate vantaggiose per la collettività.

Ai fini che interessano la discussione che qui si sta conducendo, può giovare anche considerare una diversa prospettiva, che faccia leva sul terzo comma dell'art. 41 Cost.

Se, infatti, appartiene alla comune consapevolezza la formidabile ambiguità della formula della «*utilità sociale*», parimenti appartiene alle affermazioni ricevute e costantemente ripetute l'opinione secondo la quale all'attività economica privata – in quanto diritto costituzionale soggettivo in senso proprio – anche in forza del terzo comma dell'art. 41 Cost. potranno essere imposti solo dei limiti (e non degli autentici compiti), i quali (limiti) peraltro dovranno sempre garantire al privato operatore economico da un lato, come si vedeva, un margine di scelta rispetto alle decisioni sull'*an* e sul *quomodo* agire sul mercato, dall'altro un margine di profitto⁶⁴.

La soglia di tollerabilità di qualunque limite apposto alla libera iniziativa economica privata «è costituito dalla necessità di lasciare all'operatore un ragionevole margine di utile, affinché egli possa trovare, nell'esercizio dell'attività economica, la convenienza ad iniziare e proseguire il suo lavoro»⁶⁵. In tal senso, «i limiti che

⁶⁴ Con riferimento al primo profilo si vedano, paradigmaticamente, Corte Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, dove si dichiara l'illegittimità costituzionale dei vincoli che interferiscano gravemente sulla libera iniziativa dell'imprenditore; Corte Cost., 25 marzo 1980, n. 30, che precisa come siano incostituzionali vincoli e condizionamenti integranti un grave ostacolo all'esercizio della libera iniziativa economica privata; Corte Cost., 30 dicembre 1958, n. 78, la quale indica l'illegittimità costituzionale dei vincoli che interferiscano gravemente sulla libera iniziativa dell'imprenditore.

⁶⁵ Corte Cost., 10 luglio 1975, n. 200, relativa alla disciplina vincolistica. Ma cfr. in materia anche Corte Cost., 8 luglio 1957, n. 103, (sulla disciplina

possono essere prescritti a tale libertà (secondo comma predetto art. 41) non debbono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio. [...] I programmi e i controlli che possono essere imposti alla attività economica privata (terzo comma del ricordato art. 41) non debbono poi sopprimere l'iniziativa individuale, potendo essi soltanto tendere ad indirizzarla ed a condizionarla»⁶⁶.

La Corte costituzionale sembra ferma nell'escludere espressamente la funzionalizzazione della situazione giuridica soggettiva di cui al primo comma dell'art. 41 Cost.: «*ciò che conta è che, per un verso, l'individuazione dell'utilità sociale come dianzi motivata non appaia arbitraria e che gli interventi del legislatore non perseguano l'individuata utilità sociale mediante misure palesemente incongrue, e, per altro verso, e in ogni caso, che l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative»⁶⁷.*

amministrativa dei prezzi) che parla di «margine utile», nonché Corte Cost., 24 luglio 1972, n. 144, secondo cui «*il prezzo deve essere remunerativo*».

⁶⁶ Corte Cost., 21 maggio 1970, n. 78.

⁶⁷ Corte Cost., 12 dicembre 1990, n. 548. Come si sa il tema dei cc. dd. limiti interni mediante i quali l'autorità pubblica poteva stabilire finalità e modi d'uso dell'impresa ha alimentato un dibattito piuttosto effervescente. Tra gli altri, meritano di essere ricordati i contributi di MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 621 ss.; BUONOCORE, *Di alcune norme del Codice civile in tema di impresa in rapporto al principio di utilità sociale di cui al 2° comma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, p. 194 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, p. 26 ss. Contro la tesi (e la stessa astratta possibilità) della funzionalizzazione dell'impresa si erano espressi, tra gli altri, CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, 1969, p. 33 e, *ivi*, nota 27 bis; GALGANO, *La libertà di iniziativa economica*, cit., p. 513, secondo il quale nella pretesa di chi desume dal secondo comma dell'art. 41, che l'iniziativa economica privata è legittima in quanto socialmente utile, ci sarebbe stato un manifesto salto logico. Va anche ricordata la presa di posizione di BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, p. 5 ss., secondo il quale i fini sociali sarebbero inquadrabili come

6. (segue) *L'utilità sociale e la materia contrattuale.*

Una terza ed ulteriore, diversa prospettiva, può essere offerta da quella giurisprudenza costituzionale che ha affrontato il tema della utilità sociale con riferimento più specifico alla materia contrattuale.

Da questo diverso angolo prospettico, vengono in evidenza quelle pronunce nelle quali sono l'esigenza del conseguimento di fini di utilità sociale, o comunque di rilievo costituzionale, giustifica l'imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, ovvero consente la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale.

Una rapida rassegna delle sentenze adottate dalla Corte Costituzionale sulla materia o su situazioni comparabili⁶⁸, dimostrerebbe che in tutti i casi si tratta di leggi che incidono su contratti stipulati tra privati in corso di esecuzione (es. contratti di affitto, contratti di mezzadria, contratti di locazione, contratti di assicurazione).

Interventi modificativi del regime contrattuale sono stati considerati costituzionalmente legittimi perché, sebbene impongano delle limitazioni all'autonomia privata, l'introduzione di tali modifiche sarebbe giustificata dallo squilibrio percepito nella forza economica delle parti dei contratti⁶⁹.

principi che guidano l'operatore privato senza tuttavia privarlo dell'autonomia decisionale, della libertà di scelta e della libertà di organizzarsi.

⁶⁸ Tra le altre cfr. in particolare: Corte Cost., 8 luglio 1957, n. 118; Corte Cost., 27 febbraio 1962, n. 7; Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30; Corte Cost., 10 luglio 1966, n. 65; Corte Cost., 21 marzo 1969, n. 37; Corte Cost., 3 marzo 1989, n. 84. A tali sentenze sembrano ricollegarsi tutte le successive pronunce.

⁶⁹ Non va dimenticato che la Corte Costituzionale ha affermato che il comma 1 dell'articolo 41, che sancisce la libertà di iniziativa economica, va sempre collegato – costituendo con esse un tutto unitario – alle norme contenute negli altri due commi, i quali si è detto, prevedono che la legge ordinaria può, a tutela degli interessi della società, regolare e disciplinare con opportune limitazioni, la libera iniziativa economica. Cfr. Corte Cost., 26 gennaio 1957, n. 29; Corte Cost., 13 aprile 1957, n. 50; Corte Cost., 30 giugno 1958, n. 78; Corte Cost., 14 luglio 1958, n. 52; Corte Cost., 18 maggio 1959, n. 32; Corte Cost., 7 giugno 1962, n. 54.

L'intervento autoritativo è, quindi, diretto a riportare su un piano di equilibrio contratti nati squilibrati in ragione della debolezza contrattuale di una parte⁷⁰.

Pertanto, in tali casi, l'intervento autoritativo non lede il principio di autonomia contrattuale, ma anzi lo esalta, in quanto è diretto a ricostituire la parità contrattuale considerato presupposto perché vi sia esercizio di autonomia contrattuale in senso proprio.

È del tutto evidente, tuttavia, come il punto di vista che è stato privilegiato è stato, per lo più, quello della analisi comparativa delle posizioni delle parti, assumendo che la limitazione, come tale, incida su soggetti che fruiscono di uno stesso spazio di libertà formale, la cui compressione solo per uno di essi trova giustificazione in ragione della peculiare posizione dell'una nei confronti dell'altra⁷¹.

7. Obiter dicta e ratio decidendi nelle motivazioni sulla utilità sociale.

Ma, come appare evidente da una semplice ricognizione dei dati, la lettura dell'art. 41 Cost. che si vorrebbe fonte di una garanzia (diretta o indiretta) dell'autonomia privata finisce per incorrere nel problema di definire il parametro dell'«utilità sociale» che ne dovrebbe costituire un limite.

L'esperienza che si trae dalla analisi della giurisprudenza costituzionale pare dimostrare con assoluta evidenza che l'«utilità

⁷⁰ Per tutti, cfr. la rassegna, assai ampia, contenuta nello studio redatto dalla struttura della Corte Costituzionale *La tutela dei «soggetti deboli» come esplicazione dell'istanza solidaristica nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Bellocci e Passaglia, che può essere consultata all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20191_Tutela_soggetti_deboli.pdf.

⁷¹ La nozione di «utilità sociale» è stata esplicitazione riferita ai valori della solidarietà economica e della solidarietà sociale. V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in ID., *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 12 ss. Già la lettura degli atti parlamentari mostra le perplessità alle quali tale formula ha dato da subito luogo. All'epoca, in particolare, si osservò che il concetto di «utilità sociale» nella sua genericità, avrebbe creato problemi al legislatore ordinario che doveva utilizzarlo come parametro per calibrare e limitare l'iniziativa economica privata. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit, p. 7 ss.

sociale» viene ravvisata sostanzialmente in ogni caso in cui il legislatore introduce una limitazione.

Si trova affermato che «*non è configurabile una lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, come sancito dall'art. 41, secondo comma, Cost., purché, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue (ex plurimis, sentenze n. 203 del 2016, n. 56 del 2015, n. 247, n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009)*»⁷².

In tutti i casi, la limitazione che le diverse sentenze ipotizzano si traduce, più precisamente in un limite di ragionevolezza, finendo, così, per porre una equivalenza tra il limite che sarebbe contenuto nell'art. 41 Cost. e quello posto dall'art. 3 Cost.

V'è da dire, peraltro, che questa assimilazione rimane, per tanti versi, un *obiter dictum*.

In realtà, dopo le affermazioni di principio, non segue mai, da parte della Corte, la rilevazione di una limitazione «irragionevole» e non segue, perciò, mai una censura.

Si tratta, perciò, di un enunciato che non si è mai potuto calare nella dimensione operativa e non si sono manifestate occasioni nei quali il superamento del limite della ragionevolezza ha potuto diventare *ratio decidendi* determinante per l'adozione di una dichiarazione di illegittimità. Ne deriva che sono mancati *exempla* significativi dai quali trarre degli indici sintomatici del prodursi di una condizione di effettiva irragionevolezza.

Ma questa condizione del diritto vivente mostra con evidenza che, in realtà, l'art. 41 Cost. è stato, in concreto, *del tutto svuotato della sua possibile e reale portata precettiva*.

Invero, il limite della ragionevolezza *non* costituisce un limite proprio della legislazione che riguarda l'*iniziativa economica privata*: la ragionevolezza del trattamento normativo costituisce un

⁷² Così la parte motiva della sentenza della Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 20. Esattamente nel solco anche la di poco successiva Corte Cost., 2 marzo 2018, n. 47 che ne riproduce testualmente i passi.

limite generale ed invariante di *ogni attività normativa*⁷³. Assimilare lo specifico regime costituzionale a quello generale, significa, in buona sostanza, escludere uno specifico statuto proprio dell'iniziativa economica privata come tale. E questo, che piaccia o no, è lo stato dell'arte nel quale versa quello che si chiama il *diritto vivente*.

D'altra parte, i pur numerosi tentativi di nutrire l'«utilità sociale» con contenuti che ne rafforzassero la specifica identità non pare avere portato a risultati che si lasciano apprezzare per concretezza e attitudine all'applicazione pratica. In realtà, non pare raggiunto il risultato di indicare quali debbano essere i contenuti specifici di una formula rimasta sostanzialmente vuota.

Anzi, a dire il vero, non è mancato chi o attraverso il «pertugio» dell'utilità sociale o attraverso il richiamo del criterio del bilanciamento, ha introdotto nuovi limiti e nuovi elementi che dovrebbero addirittura trovare una radice costituzionale.

V'è chi ha scritto che la disciplina dei contratti asimmetrici è una proiezione del metodo costituzionale sul mondo contrattuale: equità, ragionevolezza, equilibrio, bilanciamento, parità, eguaglianza, non discriminazione, proporzionalità, imperatività⁷⁴.

⁷³ Per tutti cfr. la rassegna del Servizio Studi della Corte Costituzionale, I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee, consultabile all'indirizzo https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/ppr.pdf, che dedica un approfondimento alle più recenti applicazioni dei principi proprio in materia di utilità sociale ex art. 41 Cost. (*ivi*, p. 80 ss.).

⁷⁴ Così A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da difendere*, cit., p. 830, cui *adde* ID., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, 2012, p. 370 ss. La letteratura sui contratti asimmetrici comincia ad essere – si direbbe non per caso – sconfinata. Tra gli altri, cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss., e in ID., *Il contratto del duemila²*, Torino 2005, p. 23 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss., e MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, *ivi*, 2008, p. 515 ss. Cfr., poi, i saggi raccolti nel volume Gitti e Villa

Insomma, il diritto dei contratti, nel prisma costituzionale, si presenterebbe più come una collezione di limiti che come esercizio di libertà; e, comunque, proprio la Carta costituzionale costituirebbe una sorta di fonte di legittimazione a pressoché tutte le forme di controllo *ex post* e *ab extra* che una giurisprudenza, sempre più invasiva e completamente priva di limiti, esercita sul contenuto dei contratti⁷⁵.

A fronte di questo andamento, si levano voci diverse che invocano cautela nel secondare un processo di dissoluzione degli strumenti di autodeterminazione dei privati.

Ma, in fin dei conti, piuttosto che muoversi in superficie, occorrerebbe tornare ad interrogarsi sul senso profondo della pretesa garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata, soprattutto con riferimento alla possibilità di declinarla in termini di garanzia⁷⁶.

Se, infatti, si torna a guardare ai temi dell'autonomia privata «da lontano» non può non apparire singolare il fenomeno di disallineamento che si sta realizzando: la garanzia costituzionale non viene negata, ma depotenziata e svilita; e l'aggancio costituzionale

(a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008. Particolarmente interessante è la riflessione di VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 743 ss. e il volume collettaneo Vettori (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova 2005.

⁷⁵ Lucide e profonde le pagine dedicate al tema, per tutti, da BENATTI, *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 19 ss.; ID., *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, p. 699 ss.; e, soprattutto, da ultimo, ID., *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2021, p. 1 ss.

⁷⁶ Non è certamente questa, peraltro, la sede per approfondire in termini concettuali il contenuto della «garanzia» come tale. Come è noto si tratta di una nozione che è ampiamente dibattuta nel diritto costituzionale e che si proietta sulla misura e contenuto della protezione: tra gli altri, spec. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (presupposti concetto)*, Milano, 1950; ID., *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1962 e ID., *Garanzia costituzionale*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 491 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1223 ss.; CHIARELLI, *Appunti sulle garanzie costituzionali*, in *Studi in onore di E. Crosa*, I, Milano, 1960, p. 530 ss.; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in Comanducci e Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. 2002-2003*, Torino, 2003, p. 331 ss. e ID., *Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2007, 1, p. 11 ss.

diventa il fondamento per l'introduzione di nuove ed ulteriori limitazioni.

8. *La garanzia «indiretta».*

In questo panorama, nel quale sembra mancare il senso della posizione, forse occorrerebbe tornare ad interrogarsi sul caposaldo da cui ogni valutazione prende l'avvio: e cioè a riflettere nuovamente sul significato della (eventuale) garanzia costituzione dell'autonomia privata.

La dottrina, come è noto, discute, complice la giurisprudenza, se tale garanzia debba considerarsi diretta o indiretta. Ma, se solo ci si interroga sul significato di una garanzia «indiretta», si smarrisce completamente il catalogo delle implicazioni.

Cosa significa, infatti, una garanzia «indiretta»?

Se si dovesse dare corpo ad un'analisi testuale della locuzione si dovrebbe, con ogni probabilità, ipotizzare una garanzia risultante dalla protezione di beni di altra natura che, implicando l'autonomia privata, ne comporterebbero altresì una protezione. Insomma, vi sarebbe una entità (nel nostro caso l'iniziativa economica privata) che godrebbe di uno *status* di protezione che finirebbe per estendere il proprio alone su un'altra entità (l'autonomia provata) alla quale perverrebbero gli effetti riflessi di una protezione relativa ad altro.

È del tutto evidente, però, che se poi, come riferito, anche il bene garantito in via primaria è svuotato di ogni reale protezione, quello che risulta garantito in via indiretta è addirittura meno protetto. Lo si dica chiaramente: non è possibile parlare di carattere indiretto e di garanzia dell'autonomia privata senza cadere in un inganno⁷⁷.

9. *La garanzia «diretta».*

⁷⁷ Secondo la dottrina più lucida e rigorosa (GALEOTTI, *op. ult. cit.*, p. 491) la garanzia va intesa come «l'insieme di quei meccanismi giuridici di sicurezza che l'ordinamento costituzionale preordina al fine di salvaguardare e difendere l'integrità del suo valore normativo, cioè la sua stessa esistenza». Appare, perciò, davvero evanescente la ricostruzione che attribuisce una funzione di garanzia ad una entità che dovrebbe rendersi, a sua volta, garante del preteso sostrato.

Ma anche sulla opinione secondo la quale l'autonomia privata godrebbe di una garanzia «diretta» occorre svolgere qualche considerazione.

Invero, non può sfuggire che l'esigenza di un ancoraggio costituzionale all'autonomia privata ha costituito, per molto tempo il punto di saldatura tra esigenze di carattere ideologico e preoccupazioni di carattere tecnico. La garanzia costituzionale è sembrata costituire il caposaldo che segnava una irreversibile e, per certi versi, inderogabile scelta di campo in favore della economia di mercato e dell'appartenenza ad una certa area del mondo.

Si trattava di esigenze che forse avevano un significato in quel contesto, e delle quali la dottrina cercava di farsi interprete studiando le conseguenze tecniche della scelta di campo.

Ma, nel diverso contesto che stiamo vivendo, è forse venuto il tempo per interrogarsi sul senso di una garanzia costituzionale dell'autonomia privata. L'esame della dottrina che inclina a farsi paladina di una garanzia costituzionale su questo punto, evidenzia risultati deludenti: al di là di sottolineature, di sapore ideologico, di alcune riaffermazioni molto robuste del valore della garanzia non sembra si vada.

Il correlato di una garanzia sarebbe costituito dalla individuazione di limiti non suscettibili di essere oltrepassati dalla legge: dunque, se si vuole parlare di una garanzia diretta e se si vuole dare un senso normativo alla locuzione ci si dovrebbe misurare con il compito di stabilire esattamente, e in modo predittivo, quali sono i confini della protezione che, per sua natura, la «garanzia» offre o dovrebbe offrire.

Ora, per quanto si compulsi gli scritti di chi si spinge a dettare una simile affermazione di principio, rimane difficile trarre indicazioni operative e contenuti concreti. Parole, molte; criteri di decisione, nessuno.

Neppure pare emergere un ragionato commento circa l'eventualità che, una volta che l'esercizio dell'autonomia privata si sia determinato, possano intervenire, nella fase esecutiva di un rapporto legittimamente nato, norme che mutino la relazione istituita tra le parti ovvero modificchino il regime esecutivo del contratto. Questo parrebbe, per così dire, il livello minimo della garanzia:

permettere, cioè che, salvo casi eccezionali, si debba comunque conservare il contenuto dell'atto di autonomia quando la stessa risulti legittimamente esercitata e ci si trovi solo in una fase di pura attuazione del programma divisato dalle parti.

Questa difficoltà pare registrarsi anche nella letteratura che, senza muovere direttamente dal dettato costituzionale, si è interrogata sulla sopravvenienza di norme che invertono il segno del giudizio di validità, determinando figure di c.d. nullità sopravvenuta⁷⁸.

Anche nella dottrina che registra il problema, pare prevalere una sorta di presa d'atto della esistenza del fenomeno⁷⁹: una sorta di rinuncia a rifondare su basi diverse la teoria dell'invalidità, allargandone le maglie in modo pressoché surrettizio ad un fenomeno che, muovendo dalle categorie tradizionali, parrebbe trovare una difficoltosa spiegazione⁸⁰.

⁷⁸ Il tema è al centro di un dibattito assai ampio. Senza pretesa di completezza, cfr., tra gli altri, FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 117 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. dir. compar.*, 1951, p. 55 ss., ora in ID., *Scritti Giuridici*, I, Padova, 1996, p. 207 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 63; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1952, p. 351; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 2002, p. 475 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 250; DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 755 s.; VENOSTA, *Nuovi profili della nullità, Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 168-169; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, diretto da Gabrielli, Torino, 2006, p. 1445; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, p. 29 s.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 611. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 899 ss.; ID., *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575 ss.; DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e invalidità dei contratti*, in *Giur. it.*, 1987, II, p. 53; MARICONDA, *La nullità del contratto*, in Alpa e Bessone (a cura di), *Contratti in generale*, IV, 1, Torino, 1991, p. 362; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Articoli 1374-1381*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 1999, p. 24; LAMICELLA, *Lo "ius superveniens" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Padova, 2003.

⁷⁹ Per tutti, GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 1450.

⁸⁰ Una parte della dottrina riporta il fenomeno alla risoluzione. Per tutti, cfr., ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 704.

Ma, al netto del problema di rinnovare la teoria dell'invalidità, reimpostandola in chiave diversa, chi censisce il problema non sembra aver dato il giusto peso alla questione che concerne, prima ancora della spiegazione teoretica del giudizio negativo successivo sul contratto, la sua stessa legittimità.

Si tratta, infatti, di comprendere la stessa ammissibilità di una qualificazione che cancella una precedente e che interviene nel momento in cui il vaglio viene reso possibile solo dalla circostanza che l'esecuzione del rapporto perdura per mero accidente.

E non basta.

Indipendentemente dalle opinioni della dottrina, resta comunque evidente che nel diritto vivente la percezione di una garanzia che impedisca un intervento sugli atti di esercizio dell'autonomia privata manca assolutamente⁸¹.

Se, perciò, si vuole far prevalere un senso di serena contemplazione della realtà, l'affermazione di una garanzia diretta a livello costituzionale dell'autonomia privata è semplicemente priva di ogni fondamento, perché ne mancano i contenuti e l'esperienza.

10. *Tutela dell'autonomia privata e la figura del negozio giuridico.*

Su un diverso piano va, invece, collocata quella ricostruzione che, nel proporre una moderna riscrittura del perimetro dell'atto di autonomia privata, superando impostazioni tradizionali ispirate a generalizzazioni massificanti, ha fondato proprio sull'iniziativa economica privata la figura⁸².

In questa impostazione, infatti, il riferimento costituzionale vale a segnare un'area omogenea all'interno della quale si situa uno strumento di carattere generale come è l'atto di autonomia privata. Ne consegue l'identificazione di una figura che, abbandonato il

⁸¹ V. ancora, per tutti, GENTILI, *op. loc. ult. cit.*

⁸² Il riferimento è a G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa privata*, Relazione svolta al Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1988, in *La civilistica dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 307 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 580 ss., ora in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, p. 109 ss. (da cui le citt. segg.).

primato della volontà individuale, ma anche di una precettività incolore, si carica di significati proprio nel suo riferimento ad un'area omogenea di rapporti, quelli di carattere economico, alla cui costruzione il negozio giuridico, in questa impostazione, è funzionale⁸³. Altri settori di esercizio della libertà dei privati, in quest'ottica, si muovono su orizzonti diversi e, perciò, meritano una considerazione diversa che si situa sotto indici diversi: quelli della proprietà per i negozi successori come il testamento⁸⁴; quelli della persona con riguardo alle forme di esercizio dell'autonomia in ambito di rapporti di carattere personale e familiare⁸⁵.

In questa prospettiva, il riconoscimento costituzionale vale solo a costruire e circoscrivere un ambito assiologicamente omogeneo, non già a giustificare l'esistenza della figura o la sua specifica conformazione: l'atto di autonomia privata, infatti, viene fondato su una ricostruzione del sistema che muove alla perimetrazione di un diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale⁸⁶, censendo sulla base di rigorose geometrie sistematiche, un'area assiologicamente omogenea perché circoscritta proprio alla materia della iniziativa economica privata.

Tale operazione di rifondazione su basi più omogenee della categoria negoziale non avviene «dall'alto», e sicuramente non suppone l'essenzialità del riferimento all'art. 41 Cost.: la categoria negoziale, in questa visione, mantiene la sua perfetta ed assoluta autonomia, trovando, nel riferimento costituzionale, principi e valori che ne informano i contenuti. Ma la figura negoziale nasce su basi diverse, di carattere tecnico, fondate sui capisaldi sistematici dell'articolazione dettata dall'ordinamento nel Codice civile, riscoperta e valorizzata dopo un sonno dogmatico profondo. Insomma, il riferimento costituzionale non vale a fondare la

⁸³ Scrive G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 130 «la categoria negoziale può ancora essere strumento concettuale di grande respiro per i nostri studi e di notevole utilità alla pratica del diritto se riusciamo a rimodellare la figura atualizzandola il primo passo per conferirle concretezza è di delimitarla nell'area economica, fondandola sui principi costituzionali».

⁸⁴ G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 127-128.

⁸⁵ G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 131.

⁸⁶ G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126.

categoria negoziale, ma solo a contribuire a segnarne l'ambito, chiarendo che si tratta di concetto che appartiene alla responsabilità esclusiva e all'opera della dottrina.

La delimitazione della figura, però, è il frutto di una fine e attenta analisi che identifica un perimetro che, per vero, potrebbe vivere anche indipendentemente dal riferimento costituzionale⁸⁷. L'esigenza di ritrovare un fondamento di rango più alto risponde solo all'esigenza di dimostrare l'esistenza di un ordine coerente nel sistema: quello che disciplina in modo diverso, sotto il profilo dei principi e degli indici normativi, l'area dei rapporti economici da quelli dei rapporti di carattere personale; e, nell'ambito dei primi, di quelli che si proiettano in chiave puramente dinamica e quelli che, nell'esaurirsi su fenomeni di carattere successorio, rimangono, per così dire, attratti allo statuto della situazione giuridica soggettiva trasmessa.

Le altre figure che egualmente costituiscono esercizio del potere di regolare da sé i propri interessi erano ricondotte dalla dottrina tradizionale, ad una medesima categoria: laddove, invece, nella più recente ricostruzione, l'impostazione preferita è nel senso di operare una redistribuzione della sistematica classica, chiarendo i limiti entro i quali la costruzione, ad opera della dottrina, di una figura di sintesi di una pluralità di figure frammentate, possa essere tecnicamente giustificata e assiologicamente omogenea.

11. *Alla ricerca di inveramenti della possibile garanzia.*

Ma, una volta chiarito questo passaggio, si torna a doversi interrogare sul senso della garanzia costituzionale dell'autonomia privata, che si vorrebbe vedere condensata nell'art. 41 Cost.

In primo luogo, conviene subito mettere da parte la garanzia di tipo formale che viene tratta dall'art. 41 Cost., identificata nella riserva di legge. È ormai opinione pressoché unanime che la riserva ivi contemplata abbia carattere relativo⁸⁸.

⁸⁷ G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 126.

⁸⁸ Va considerato che la riserva di legge potrebbe essere implicitamente desunta dall'articolo 41, comma 2, Cost.; si v., sul punto, Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 4, ove si riconosce che, pur in assenza di una espressa previsione in tal senso, la riserva di legge si ricavi tanto dai principi generali, informativi

Un'analisi anche solo sommaria della dottrina costituzionalistica dimostra facilmente quanto sia declinata debolmente tale riserva⁸⁹. Nella dottrina, infatti, si trova affermata la piena legittimità della attribuzione di poteri di intervento limitativi dell'autonomia privata alla pubblica amministrazione e la sufficienza di indicazioni meramente generiche perché ne sia legittimo l'esercizio⁹⁰.

dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite posto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura, quanto dall'esigenza che la valutazione relativa alla convenienza della imposizione di uno o di un altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia, inserendolo armonicamente in esso, e pertanto debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato.

⁸⁹ Sulla riserva di legge in materia di libertà di iniziativa economica, cfr., tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, p. 394; SALVESTRONI, *Teoria negoziale, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 353. GALGANO, *Commento*, cit., p. 42; FOIS, *Ancora sulla riserva di legge e la libertà economica privata*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 1252 ss.; CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giur. cost.*, 1968, II, p. 2235 ss.; In senso difforme: PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 142 ss.; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 607; C. ESPOSITO, *I tre commi dell'articolo 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 34 ss.

⁹⁰ Non andrebbe dimenticato che l'esercizio dell'autonomia privata in molti campi è subordinato anche all'avvenuto rilascio di atti concessori o, genericamente, permissivi. Sul punto rimane fondamentale la riflessione di SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, ora in ID., *Opere giuridiche 1954-1994*, Napoli, 2001, I, p. 47 ss. Più di recente, CASSESE, *Stato ed economia. Il problema storico*, in Lange e Regini (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, 1987, p. 45 ss.; GUARINO, *Note in merito all'autorizzazione per l'impianto e l'esercizio di distributori di carburante*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Milano, 1970, p. 627 ss.; AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, p. 448 ss.; ID., *Gli strumenti di programmazione e i privati*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Milano, 1971, I, p. 145 ss.; ID., *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972; ID., *L'autorizzazione agli impianti industriali: una cronaca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 319 ss.; ID., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss.; ID., *Il governo dell'economia, in Il governo dell'economia in Italia*, Milano, 1977, p. 13 ss. Una rassegna aggiornata ed agile delle principali forme di effettivo condizionamento dei poteri in senso

Del resto, la realtà dell'assetto dell'ordinamento è costellata da forme di intervento di ogni tipo, molte delle quali attribuite ad *authorities*, che costituiscono un ventaglio amplissimo di esercizio di poteri di intervento le cui finalità sono assai spesso descritte con formule così ampie da rendere ogni specie di ingerenza possibile e praticata⁹¹.

Dunque, la garanzia di tipo formale difficilmente avrebbe un significato di una qualche consistenza.

Più interessante dovrebbe essere, invece, l'interrogativo circa il significato della garanzia dell'esercizio dell'autonomia privata.

Una ricognizione dello stato della dottrina mostra con evidenza che, in realtà, nessun autore sembra voler chiarire, in concreto, cosa significhi questa garanzia⁹².

Certo, se si volesse procedere euristicamente, il caso dal quale si è partiti potrebbe rappresentare la «condizione minima» di garanzia: se, infatti, davvero esistesse una garanzia dell'autonomia privata, il suo esercizio, avvenuto in un certo momento in modo legittimo, dovrebbe essere salvaguardato indipendentemente dal momento della esecuzione dell'accordo.

Si dovrebbe convenire, insomma, che una volta che l'ordinamento abbia recepito positivamente, nel momento in cui l'esercizio dell'autonomia privata si realizzò, l'atto di

ampio autorizzativi delle forme di esercizio dell'autonomia privata è stata di recente curata dall'agile indagine di DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019.

⁹¹ Sul punto la letteratura è vastissima e ogni riferimento è sicuramente carente. Tra gli altri, tuttavia, cfr. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss.; ANGELONE, *Autorità indipendenti e etero regolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, *passim* e spec. p. 158 ss.; ROLLI, *Autorità, libertà e indipendenza. La copertura costituzionale delle autorità indipendenti*, in Luciani (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011, p. 174 ss.; e, soprattutto, i saggi raccolti nel volume Gitti (a cura di), *Autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

⁹² Per tutti, ad esempio, cfr. A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere*, cit., p. 831, che si spinge addirittura a prefigurare «l'esistenza di un nucleo intangibile dell'autonomia privata».

autoregolamento degli interessi privati, una sua esecuzione differita dovrebbe essere comunque salvaguardata.

In fondo, la preservazione dell'esercizio dell'autonomia privata dovrebbe poter implicare che il suo esercizio legittimo non possa essere successivamente cancellato. Se, infatti, se il legislatore può legittimamente mutare il contenuto del rapporto che è nato da un contratto perfettamente lecito nel momento in cui nacque, e se, addirittura, può porre le condizioni per cancellarne la vincolatività, reputare esistente la garanzia dell'autonomia privata parrebbe assai arduo.

Ora, se si scorre la giurisprudenza costituzionale che si è sopra richiamata, appare abbastanza evidente che, sia pure dietro lo schermo apparente di un fondamento di ragionevolezza (metonimia dell'utilità sociale, che però, come si è visto è un limite generale del legislatore), la garanzia della intangibilità di contratti in corso di esecuzione non v'è. Insomma, l'esercizio dell'autonomia privata non è garantito nel suo contenuto: almeno per contratti ad esecuzione continuativa, periodica o differita, il legislatore ordinario (ove non sia irragionevole) mantiene la possibilità di cancellare l'assetto di interessi stabilito dai privati, oppure comunque di alterarne in modo (a volte assai) significativo il regime.

Nessuno pare essersi spinto, sino a questo momento, ad argomentare in modo almeno convincente l'impossibilità per il legislatore di intervenire attraverso novità che incidono sulla stabilità del regime contrattuale. Tale circostanza dovrebbe, già di per sé, convincere che, sotto il profilo fenomenologico una simile garanzia, al momento, non pare neppure essere apprestata.

12. Il problema della modellizzazione della garanzia dell'autonomia privata.

Ma forse vi è da svolgere una riflessione più profonda e, probabilmente, più interessante sotto il profilo sistematico.

Se si abbandonano le derive ideologiche o certi discorsi fumosi, e si scende su un piano di riflessione più attento al profilo tecnico, la domanda da porsi è se sia legittimo cercare una verifica fenomenologica dell'affermazione della esistenza di una garanzia prima ancora di averne ipotizzato il possibile modello astratto.

In cosa dovrebbe consistere una garanzia «possibile» dell'autonomia privata? In altri termini, quale è la «condizione di possibilità», in senso kantiano, della garanzia dell'autonomia privata in un sistema ordinamentale?

Porre tale domanda equivale a distinguere un piano fenomenologico da uno logico; il risultato di un censimento fattuale, da un modello concettuale.

Il dibattito svoltosi nella dottrina si è mosso, in realtà, nel migliore dei casi, sul primo dei piani indicati. Quando la dottrina ha rinunciato ad una inconsistente affermazione di principio o a nutrire discorsi confusi e vuoti, la ricerca si è sforzata di censire gli indici sintomatici della tutela dell'autonomia privata, per lo più raccogliendo a sistema gli affioramenti che, nelle motivazioni delle sentenze della Corte Costituzionale o nelle opere di dottrina, sembravano profilare qualche livello di protezione o di garanzia.

Quello che, in realtà, è mancato è uno sforzo di «modellizzazione» della garanzia la cui esistenza si cercava di verificare: tale sforzo avrebbe dovuto indirizzarsi a identificare una o più forme possibili di garanzia che, collocate l'una accanto all'altra, magari in una progressione ordinata, potessero rappresentare il catalogo di possibili inveramenti della «garanzia» che si cercava nei diversi contesti storici o ordinamentali.

Vanamente, però, si cercherebbe la concretizzazione di questa indicazione. E tale vuoto suscita il problema se «una» garanzia dell'autonomia privata possa davvero configurarsi; o se, invece, manchi la stessa possibilità di poterlo fare già sul piano astratto, al di fuori di concrete declinazioni del fenomeno.

Orbene, se il problema si pone in questa prospettiva, andrebbe considerato un dato semplice ma costantemente ignorato: quando si parla di «*autonomia privata*» in senso tecnico giuridico non si intende, per ciò solo, fare riferimento ad una sorta di «sociologia dell'accordo» o ad una «fenomenologia dell'intesa» (per la centralità che riveste il contratto come tale nel panorama degli atti autonomia privata); né ad una celebrazione della autodeterminazione dei privati.

L'autonomia privata emerge come fenomeno giuridico se e nella misura in cui il suo esercizio determini l'adozione di un regolamento

che assume forza vincolante per l'autore, e produca la conformazione di un assetto giuridico coerente con i contenuti della determinazione operata dall'autore dell'atto.

Questo comporta che la prospettiva nella quale guardare all'autonomia privata deve essere capovolta rispetto al punto di vista che, per ragioni storiche e ideologiche molto precise, ha collocato la primazia piuttosto sulla determinazione del privato che sul suo recepimento da parte dell'ordinamento.

In realtà, come avvertono voci autorevoli, l'autonomia privata non è un fenomeno naturalistico⁹³: è un atteggiamento dell'ordinamento rispetto ai privati. È, precisamente, quel modo d'essere degli effetti giuridici che consiste nel loro (il più possibile ampio) adeguamento alle determinazioni dei soggetti che l'ordinamento reputa portatori di interessi meritevoli di tutela. L'autoregolamento non consiste, in fondo, in nient'altro che nella speciale rilevanza che l'ordinamento appresta, attraverso la quale la determinazione dei privati assume il valore di un fatto ordinante per l'ordinamento.

Proprio la qualità attribuita a quel fatto consente agli autori di vedere rispecchiato nel panorama degli effetti i contenuti delle loro determinazioni.

Ma è anche vero che questo riflesso non è perfetto: regole vincolanti ne segnano le condizioni di emersione, le aree di intervento, le forme e gli oneri che i privati devono sostenere per ottenere il riconoscimento cui tendono; altre regole ne integrano e, a volte, modificano i contenuti; altre norme ancora, addirittura, escludono libertà, e segnano confini invalicabili; in qualche caso, si rimane esposti all'ingerenza di poteri terzi, che prevalgono sulla stessa concorde determinazione per la tutela di interessi superindividuali. Si scopre, con l'esperienza del nostro ordinamento, che queste norme potrebbero addirittura sopravvenire rispetto all'esercizio dell'autonomia privata, determinando il venir meno dell'autoregolamento apprestato in perfetta coerenza con

⁹³ N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., p. 376 ss.

l'ordinamento nell'assetto che aveva al momento del completamento dell'atto di autonomia ad opera dei privati.

Ora, in riferimento a ciascuna situazione, la disciplina pone regole e limiti; appresta condizioni; segna contenuti necessari, eventuali, vietati, possibili e così via; stabilisce rigidità e consente aperture.

Ma, se così, è l'autonomia privata *non è disgiunta dalle regole che conformano il riconoscimento* della determinazione dei privati. Non vi è «una» autonomia privata al di fuori della legge o a prescindere dal trattamento che questa appresta alla privata determinazione.

Ecco perché ipotizzare una «garanzia» dell'autonomia privata equivarrebbe a ipotizzare la cristallizzazione dell'assetto ordinamentale nella forma e nella struttura che esso assume nella sua proteiforme varietà.

Parlare, dunque, di una «garanzia costituzionale dell'autonomia privata» significherebbe teorizzare l'introduzione di una cristallizzazione dell'assetto dell'ordinamento secondo la sua precisa configurazione.

Non dovrebbe sfuggire che quando la garanzia costituzionale, quella vera, viene attribuita a certi istituti di diritto privato, questa garanzia riguarda precisamente diritti: vale a dire le forme di protezione di certi interessi; o, il che è equivalente, relazioni qualificate con beni della vita dei quali è identificabile un nucleo invariante di contenuto, perché la sua compressione oltre una certa misura determinerebbe la cancellazione della protezione di quell'interesse ed equivarrebbe alla cancellazione della figura⁹⁴.

⁹⁴ L'accostamento tra proprietà e iniziativa economica privata costituisce uno dei *leit motiv* insistenti della dottrina che si occupa dei temi della tutela costituzionale dell'autonomia. Ad es.: A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere*, cit., p. 831. Tale accostamento è sicuramente fondato su una inerzia storico-ideologica che non viene mai esplicitamente enunciata e che non sembra potersi tradurre in una affermazione di carattere tecnico

Tale osservazione giustifica la ragione per la quale l'accostamento tra diritto di proprietà e iniziativa privata può illudere di poter fondare qualche suggestione: ma nulla più⁹⁵.

La proprietà può essere riconosciuta e garantita perché suppone la protezione di un interesse di tipo conservativo, che si manifesta nel riconoscimento al titolare di una posizione eminente di controllo nella fruizione delle utilità che il bene che ne costituisce l'oggetto è in grado di erogare, e di una posizione di esclusiva nella circolazione: proprio questo interesse, nella sua configurazione minima costituisce il dato intangibile della figura.

Nel caso dell'autonomia privata, invece, la sua configurazione non è disgiunta dalla complessa articolazione nella quale si modulano, volta per volta, gli effetti giuridici che la legge appresta per offrire risposte ai privati. L'autonomia privata è, per sua natura, necessariamente proteiforme; e la sua morfologia dipende, volta per volta, dai singoli istituti implicati dal suo esercizio.

In definitiva, l'autonomia privata non può essere scissa dalla fisionomia che il suo esercizio assume in dipendenza delle prescrizioni ordinamentali. Tali prescrizioni fissano gli aspetti concreti del suo esercizio e sono tutt'uno con la rilevanza offerta dall'ordinamento all'autoregolamento.

In altri termini, l'autonomia privata non è un vestito che si cala indosso ad una realtà pregiuridica che attende il suo riconoscimento, più o meno imperfetto. L'autonomia privata vive nella misura e nei modi che l'ordinamento fissa e dalla quale dipende la sua configurazione morfologica.

Del resto, occorre riflettere sulla circostanza che, proprio nel fondare, in senso generale, l'autonomia contrattuale, il legislatore sembra lasciare affiorare, nella costruzione del fenomeno, la necessità della correlazione tra l'interesse e la tutela. Nell'art. 1322, comma 2, cod. civ., infatti, si chiarisce che «*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una*

⁹⁵ Contra: A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 831. V. pure CORSO, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in Nivarra e Plaia (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, p. 45 ss., spec. p. 56; AND. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2004, p. 239-240.

disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Come a dire, insomma, che è l'ordinamento non solo a formulare il giudizio di meritevolezza degli interessi, ma, soprattutto, che è la tutela il centro concettuale verso il quale l'autonomia si indirizza. Fuori della tutela assicurata dall'ordinamento, l'autonomia non è fenomeno giuridicamente consistente: l'autonomia si dà nella misura in cui la tutela è accordata⁹⁶.

Ecco perché, dunque, a ragionar bene del concetto, si dovrebbe piuttosto pensare che il fenomeno dell'autonomia non è che l'espressione sintetica della tutela accordata. Essa si dà quando la tutela è riconosciuta: non prima, né senza. Perciò, la tutela costituisce la morfologia del fenomeno e la sua proteiforme varietà.

Sembra frutto di un vero e proprio capovolgimento di prospettiva immaginare che l'autonomia costituisca l'esercizio di una libertà che, poi, viene più o meno declinata da un legislatore modellatore. L'attività dei privati è, certo, fondamentale nella prospettiva della legge: ma è anche vero che la storia e la comparazione insegnano che la declinazione dell'autonomia prescinde da un dato naturalistico e si situa su una scelta politica. La stessa immagine di un *vestmentum*, che molto è servita alla dottrina per penetrare nelle dinamiche del riconoscimento dell'esercizio dell'autonomia, va probabilmente accompagnata dalla presa di coscienza del suo carattere euristico⁹⁷.

In realtà, i privati esercitano la loro autonomia solo nella misura in cui l'ordinamento elargisce loro una tutela: e la tutela è proporzione reciproca degli interessi tra gli attori, e tra questi e i consociati.

⁹⁶ Cfr. N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., p. 376 ss., spec. La centralità della tutela trova affermazioni sempre più nitide: per tutti, VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Jus civ.* 2017, 3.

⁹⁷ Magistrale l'utilizzazione che ne fa GORLA, *Il contratto*, I e II, Milano 1955. Sul carattere euristico dell'impostazione del grande studioso cfr., G. BENEDETTI, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e retratto*, Seminario coordinato da Benedetti e Moscarini, Milano, 1988, p. 3 ss., spec. p. 9 ss. (anche in *Scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, 1989, p. 249 ss.) che attribuisce carattere euristico alla nozione di contratto utilizzata.

Sotto il profilo tecnico, insomma, non si dà autonomia senza poter indicare quella precisa articolazione che, in determinate circostanze e con riferimento alla tipologia di atto considerato, il legislatore appresta e dispone.

L'autonomia non è che la sintesi delle tutele e la loro reciproca proporzione: essa non è concepibile al di fuori della coerenza di un ordinamento, o, quantomeno, di un ordine capace di dare effettività, anche in via indiretta, alle statuizioni che ne costituiscono la manifestazione dell'esercizio.

13. *Primato e rango.*

Altro è, naturalmente, il discorso, se si vuole svolgerlo sul piano dei valori ideologici e politici: su quel piano l'autonomia è certamente un valore e un principio. Come tale, esso influenza l'esegesi, condiziona la ricostruzione dei corpi disciplinari, proietta la cifra di un ordinamento. Ma, in quanto principio, non ha mai un valore assoluto e si misura nella reciproca modulazione con altri principi, secondo una scala assiologica che non può che essere riformulata ogni volta, secondo una proporzione che non può coincidere con l'applicazione meccanicistica di algoritmi applicativi fissi ed immutabili.

Troppo spesso le discussioni sull'autonomia privata, nel passato, sono state fatte transitare tra i due piani: da quello politico a quello tecnico. E, se si vede bene, è in questa immutazione della prospettiva (certe volte surrettizia, taciuta o, peggio, inconsapevole) che sta la radice di alcune delle eterogenesi che abbiamo vissuto in questi anni.

Troppo spesso abbiamo affrontato sul piano tecnico questioni che, in realtà, rimandavano ad una ponderazione del principio; e abbiamo scelto di spostare sul piano ideologico questioni che, invece, vivono nella appropriata dimensione tecnica e che, furori da essa, perdono significato⁹⁸.

⁹⁸ Scrive N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 380 «A ben vedere, il discorrere, che si fa da giuristi e politici, di un allargare o restringere, proteggere o limitare, l'autonomia privata, è un discorrere illogico e improprio. Non c'è un'autonomia originaria e naturale, che il diritto manipoli e lavori, ma soltanto l'autonomia definita dalla legge in un dato momento storico. Essa è, ed è soltanto, autonomia normativa, storica della stessa mutevole storicità delle norme che, di tempo in tempo, la

L'autonomia privata non pare poter godere di uno statuto di protezione che le attribuisca un rango più elevato in ragione della sua collocazione costituzionale⁹⁹.

Il negare questa collocazione vale forse a renderla fenomeno giuridico meno significativo e a sottrarle centralità?

In realtà, non sembra che nel rango che vada trovata la ragione del peso assiologico: ci sono duemila e forse più anni di storia, che hanno assegnato a quel fenomeno, declinato nella varietà geografica degli ordinamenti e nelle diverse epoche, una sua imprescindibile immanenza. Il fenomeno dell'autonomia non ha avuto bisogno di una legittimazione per scelta; si è giustificato per la sua stessa esistenza. Ed è una esistenza che si è mantenuta, attraversando regimi e rivoluzioni, oltre gli Stati, grazie a loro, ma anche nonostante loro.

Non è un fenomeno costante ed immutabile: è sintesi della molteplicità espressa in un dato momento storico da singoli ordinamenti. Non vi è una forma pura, o metastorica, di autonomia, almeno se con tale espressione si intende fare riferimento ad una dimensione tecnico giuridica capace di cogliere discipline di situazioni o di conflitti di interessi.

L'ansia di ritrovare un più alto appiglio ad un fenomeno di granitica continuità, prima che improprio sotto il profilo tecnico,

definiscono e determinano». In tal senso piace poter interpretare il rilievo di GABRIELLI, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. It.*, 2018, ora in ID., *L'autonomia privata. Dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2020, p. 68, che sottolinea come il concetto di autonomia «appare di sicura utilità concettuale e sistematica per difendere antichi diritti, nonché per affermare e propugnare nuovi diritti di libertà, individuali e collettivi, in cerca di tutela e di realizzazione».

⁹⁹ Si dovrebbe ricordare che quando si parla di «garanzia» in senso proprio si dovrebbe evitare di confonderla con la mera previsione costituzionale di un istituto: tale impostazione, avverte GALEOTTI, *op. loc. ult. cit.*, affonda le proprie radici in una visione, per dirla con l'illustre Autore, «*idillica e quasi taumaturgica della Costituzione (parrebbe bastare che un valore, una "libertà" sia proclamata in Costituzione, perché essa risulti irrefragabilmente assicurata)*».

pare prospettare una ricerca sostanzialmente vuota negli esiti e inutile nelle ragioni che la sollecitano¹⁰⁰.

Di qui, dunque, l'unica conclusione possibile che la stagione della pandemia e certe rinnovate capriole del legislatore sull'autonomia privata ci consegna come: l'autonomia privata non gode di alcuna garanzia, diretta od indiretta, nella Carta costituzionale. Spetta al legislatore ordinario conformarne la fisionomia, rimanendo subordinato alle regole generali di carattere costituzionale.

Piuttosto, l'esperienza storica ha dimostrato che sono i valori della persona a poter essere compromessi nella dinamica degli interessi: mai, come nella esperienza della pandemia, specie della sua prima fase, si è avvertito con evidenza quanto fosse feroce, a volte, il contrasto tra la protezione di alcuni interessi accordata dalle consuete norme concernenti il contratto e l'imprevedibile dinamica nella quale erano state chiamate ad operare. E quanto sia facile negare la strumentalità delle norme sull'autonomia privata al servizio alla persona cui esse sono – e devono restare – subordinate¹⁰¹.

¹⁰⁰ Potrebbe essere istruttivo ricordare l'osservazione di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 10, secondo il quale «[i]n generale si può dire che il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali».

¹⁰¹ Il Magistero di Giuseppe Vettori, cui lo scritto è dedicato, ha, in questo radicamento, la propria cifra caratteristica. Il punto di partenza fu la riflessione, di dirimpente e solida novità, offerta dalla comune riflessione di studiosi attenti (Antonio Baldassarre, Luigi Mengoni, Domenico Sorace, Mario Nuzzo, Carlo Malinconico e Giuseppe Benedetti) raccolti nel volume VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996. In quella occasione si affermò che «*le regole severe dell'economia non sono più in grado di chiudere in sé stesse, nella logica del profitto, il valore dell'esistenza umana*» perché «*è da questa che il mercato riceve la sua legittimazione rimanendone così teleologicamente caratterizzato*» (così G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul Seminario*, in *Persona e Mercato. Lezioni*, cit., p. 131 e in particolare p. 141; ID., *Persona e mercato*, in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 137; ID., *Il nuovo diritto dei contratti*, ivi, p. 153. L'impegno di Vettori è proseguito animando, con passione ed entusiasmo, la rivista *Persona e Mercato*, da lui fondata, che ha costituito, nel tempo, il punto di riferimento di studiosi attenti ai valori della persona. Un lucido bilancio di un percorso ineguagliato per profondità scientifica e carica etica, è oggi consegnato

ANTONIO RIZZI

La pandemia, insomma, pare tornarci a suggerire che quando l'importanza delle norme trova nella realtà una fonte di esaltazione, e quando i conflitti si inaspriscono, è la politica a doversi dare carico di bilanciare i principi e conformarli. Non vi sono santuari inviolabili. Non vi sono soluzioni pronte. E non vi sono scorciatoie.

alle pagine dell'editoriale dello stesso VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 3, p. 3.

NICOLA RIZZO
Professore associato di Diritto privato
Università di Pavia

**IL PROBLEMA DELLE CONCAUSE
DELL'EVENTO DANNOSO NELLA
COSTRUZIONE DEL MODELLO CIVILE DI
CAUSALITÀ GIURIDICA: INTRODUZIONE A
UNA TEORIA**

SOMMARIO: 1. Il senso della ricerca. – 2. La sostanza concausale del concorso di persone nell'evento dannoso. – 3. Autoresponsabilità e concausalità. – 4. Il problema della rilevanza giuridica del concorso tra concause umane e naturali. – 4.1. La soluzione della «causalità equitativo proporzionale»: critica. – 4.2. La giurisprudenza della scissione tra causalità materiale e giuridica: critica. – 5. Le funzioni della responsabilità civile nella costruzione del modello. – 6. L'attuazione del modello alla prova del problema della rilevanza giuridica delle concause naturali. – 7. Il rilievo giuridico dello spessore eziologico delle concause nella matrice della teoria della *condicio sine qua non*. – 8. La maggiore valenza euristica della causalità civile: primi cenni.

1. Il senso della ricerca.

Questa ricerca ha a oggetto il trattamento e la rilevanza giuridica del fenomeno concausale nella responsabilità di diritto civile; la trattazione del tema si condensa in un discorso orientato alla dimostrazione di una tesi che, già ora, si vuole esplicitare.

La tesi vuole mostrare come tanto il diritto civile quanto il diritto penale abbiano bisogno di un sistema di regole di causalità giuridica, improntato alle proprie necessità, quindi di un proprio modello di causalità giuridica; e che questo bisogno – sul piano dei principi – trovi concreta soddisfazione sul piano delle regole, delineando, in

entrambi i domini maggiori della responsabilità, due modelli di causalità giuridica differenti.

Quando un ordinamento giuridico si dà delle regole sul rapporto di causalità, può agire intervenendo sulla rilevanza del nesso causale e delimitando l'estensione (degli esiti giuridicamente rilevanti) della ricerca eziologica. Così, l'ordinamento può dettare un criterio di valutazione del nesso causale, cioè della causa già individuata di un dato effetto (ad es. le conseguenze immediate e dirette). Per delimitare l'estensione della ricerca causale, invece, formula una disciplina del fenomeno concausale, determinando quali concause di un evento siano giuridicamente rilevanti e, soprattutto, in che modo si esplichino questa rilevanza.

Del primo profilo, cui è destinato un successivo studio, non mi occuperò nelle pagine che seguono, dedicate appunto al secondo tipo di intervento dell'ordinamento. Le norme degli artt. 2055 e 1227, 1° comma, c.c. considerano delle concause dell'evento dannoso e ne disciplinano gli effetti; il punto non è chiedersi se rappresentino altrettante regole di responsabilità o di causalità, perché si tratta certamente di regole di responsabilità che, nel (e per) dettare una certa disciplina della responsabilità, foggiano una regola di causalità; una regola di causalità su un problema di tale importanza – la (possibilità della) valutazione del peso eziologico delle concause funzionale al(la possibilità del) frazionamento della responsabilità – da delineare un (tassello di un) vero e proprio modello di causalità giuridica.

Ovviamente, per l'emergere di un modello è necessario che ve ne sia almeno un altro, ed effettivamente i principi e le regole del diritto penale delineano un sistema di causalità giuridica differente dal civile, e coerente con la trama e il fine di quel sistema.

Guadagnata l'esistenza di due autonomi sistemi di regole di causalità giuridica, gli stessi possono essere comparati, non solo tra loro, ma pure con il modello della ricerca eziologica pura dell'epistemologia o con il modello dell'indagine eziologica delle scienze naturali. Da questa comparazione, si ricava che il modello della causalità civile è capace di una maggiore valenza euristica, proprio perché più allineato – per la sua maggiore apertura – al modello della scienza e dell'epistemologia.

Da qui la conclusione, anche operativa, della tesi: le norme del diritto criminale, in materia causale, non debbono trovare applicazione nel giudizio di responsabilità civile, all'interno del quale, invece, possono così trovare la propria massima, e coerente, estensione effettuale le norme che costruiscono il modello civile di causalità giuridica.

2. La sostanza concausale del concorso di persone nell'evento dannoso.

Una volta accertata la qualità di condizione necessaria dell'evento dannoso della condotta del candidato responsabile, ogni ulteriore indagine volta a determinarne l'incidenza relativa rispetto ad altri fattori eziologici ha, solitamente, lo scopo di smentire che il fatto imputabile al convenuto rappresenti la "vera" causa del danno, con ciò sovvertendo l'idea che il modello della *condicio sine qua non*¹ abbia valore conclusivo al fine dell'ascrizione della responsabilità. Così, la ricerca sulla rilevanza causale di tale condizione necessaria è portata avanti esclusivamente dai sostenitori di quelle teorie – dell'adeguatezza causale, soprattutto – che negano l'autosufficienza del paradigma condizionalistico, reputando, invece, necessaria l'attribuzione di un peso, comparativamente preponderante, al fattore eziologico – pur essenziale nel processo di causazione dell'evento – addebitato al candidato responsabile.

L'irrelevanza dello spessore eziologico di ciascuna condizione necessaria è sancita, nel nostro ordinamento, dalla chiara lettera dell'art. 41, comma 1, c.p. e rimessa in discussione, altrettanto nitidamente, dal secondo comma della medesima norma, benché soltanto per ciò che concerne le cause sopravvenute. Peraltro – si deve subito aggiungere – se il problema è stabilire se sussista, o meno, una relazione tra l'efficienza causale della condizione (necessaria) imputabile al danneggiante e la determinazione del risarcimento di cui lo stesso, una volta riconosciuto responsabile dell'illecito, verrà gravato, il comma 2 dell'art. 41 non introduce alcuna discontinuità rispetto al primo. Se è vero, infatti, che la norma

¹ Come è noto, elaborò per primo questa teoria VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, p. 13 ss.

sulle «cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento» contraddice il principio – enunciato appena prima – dell'equivalenza delle condizioni, tale contrasto ha la funzione non di (ri)modulare – attenuandola – la responsabilità dell'agente ma di negarla, con l'identificazione della “vera” causa dell'evento, rispetto alla quale la condotta del candidato responsabile viene degradata a semplice “occasione”. Dunque, si tratta ancora della scelta dell'unica causa giuridicamente rilevante nella fattispecie, ma ad individuarla – nel caso di cui al comma 2 dell'art. 41 – non è la logica bensì il giudizio di valore affidato dal legislatore all'interprete.

Conviene, allora, lasciare le elaborazioni del diritto criminale per verificare se la legge civile preveda, o giustifichi, una determinazione dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria calibrata sull'effettivo apporto causale della condizione creata dal danneggiante.

L'art. 2055 c.c. disciplina l'ipotesi del concorso tra cause che abbiano contribuito alla produzione del fatto dannoso, ponendo al comma 1 una regola che non ha a che fare con l'identificazione della responsabilità di ognuno dei coautori e, in particolare, con la individuazione della misura del risarcimento gravante su ciascuno, bensì con la definizione della natura parziaria o solidale dell'obbligazione e, dunque, della responsabilità².

L'enunciato normativo si risolve nella seconda qualificazione, ponendo così il danneggiato nella migliore condizione di ottenere la compensazione dell'intero pregiudizio subito da quello dei condebitori a cui scelga di domandarlo, ed evitando, per questa via, una parcellizzazione delle richieste di risarcimento del danno contro i differenti coresponsabili. Una frammentazione del risarcimento si delinea, invece, nella fattispecie del comma 2 dell'art. 2055,

² V., in particolare, BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 85 ss.; ORLANDI, *La responsabilità solidale Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, p. 101 ss.; GNANI, *La responsabilità solidale Art. 2055*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2005, p. 11 ss. Di recente, v. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Roppo e Anelli, Milano, 2019, p. 41 ss.

allorquando viene in gioco, però, la pretesa non del danneggiato – già soddisfatto – ma di quello fra i coautori resosi adempiente all'obbligazione risarcitoria, il quale dimostrando l'efficacia eziologica della colpa di ciascun concorrente – nonché la gravità della medesima – potrà agire in regresso nei confronti degli altri compartecipi, portando così *ex post* ad una stima del risarcimento fondata sulla valutazione dell'apporto causale del singolo autore.

Di concorso di cause si occupa pure l'art. 1227, comma 1, c.c. (a cui rinvia, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, l'art. 2056): protasi dell'enunciato è la convergenza della condotta del danneggiante con il fatto colposo del danneggiato nella produzione dell'evento lesivo, dunque nel processo di causazione dell'inadempimento o dell'evento che leda la situazione giuridica meritevole di protezione secondo l'ordinamento giuridico³; apodosi la diminuzione del risarcimento, secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Ora, si dà il caso che proprio nella norma dell'art. 2055, comma 1, sia stato individuato il punto di emersione, anche nell'ordinamento civile, del principio sancito dall'art. 41, comma 1, c.p.: la responsabilità solidale dimostrerebbe, così, l'equivalenza (legale) dei fattori eziologici imputabili ai coautori dell'illecito⁴.

Andando al fondo di questa interpretazione, ciò che, anzitutto, colpisce è l'approssimazione con cui la regola di responsabilità civile (solidale) viene assimilata ai principi ed alle regole del diritto criminale: difatti, già una superficiale lettura degli artt. 41, commi 1 e 3, 110, e 113 c.p. consente di rendersi conto di come, tanto nell'ipotesi di realizzazione autonoma della condotta criminosa da parte di ciascun agente (c.d. causalità addizionale o cumulativa⁵),

³ V., tra i tanti, DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973, in particolare p. 33 ss.; più recentemente CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore Art. 1227*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2015, p. 11 ss.

⁴ V., soprattutto, FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, p. 95 ss.

⁵ Cfr. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, p. 45 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 56 ss.; MORSELLI, *Il*

quanto nella fattispecie del concorso di persone nel reato⁶, ciascuno risponda, per intero, delle conseguenze che la legge penale fa discendere dal delitto. Tutt'al contrario, il dispositivo della solidarietà non implica una responsabilità, permanente, del singolo per l'intero, ma soltanto potenziale e transitoria, nella misura in cui il danneggiato ha la facoltà di scegliere a quale dei condebitori domandare il risarcimento. Una volta che il pregiudizio sia stato compensato, il debito per l'intero di ciascun coautore viene meno, mostrando come la responsabilità solidale nulla abbia a che fare con l'equivalenza delle condizioni, né con la pari responsabilità dei compartecipi e, neppure, con l'inscindibilità del disvalore della condotta di reato; mentre, viceversa, comporti un effetto di equi ordinazione dei coautori (e delle loro condotte) soltanto potenziale, normalmente transitorio, in ogni caso funzionale al soddisfacimento dell'interesse del creditore.

D'altronde, non potrebbe essere diversamente considerato che la razionalità del dispositivo della solidarietà risarcitoria non poggia sul giudizio di (dis)valore formulato sulle condotte degli agenti – tale da equi ordinarle nell'imputazione dell'evento, indipendentemente dalla concreta incidenza eziologica di ciascuna – ma su di un'istanza di tutela del creditore danneggiato. Il richiamo al principio dell'equivalenza delle condizioni mira, invece, a spiegare il fondamento della solidarietà in chiave strutturale, come una necessità implicata dal modo dell'imputazione (oggettiva) dell'evento dannoso, tramutando quella che è una regola sul regime dell'obbligazione di risarcimento in una regola di responsabilità, concernente il sistema di imputazione della stessa.

All'opposto, l'art. 2055, comma 1, dà già per risolto il problema dell'imputazione della responsabilità – dunque del fondamento del condebito (art. 1294 c.c.) – come si deduce, chiaramente, dalla stessa lettera della norma: «se il fatto dannoso è imputabile a più persone». Strutturalmente, quindi, la solidarietà non si risolve nel corollario di

problema della causalità nel diritto penale, in *L'indice penale*, 1998, I, p. 779 ss., in particolare p. 911 nt. 43; PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale Parte generale*⁹, Milano, 2020, p. 401 ss.

⁶ Cfr., per tutti, SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 255 ss.

una regola sulla causalità, imperniandosi, invece, sullo stesso giudizio di responsabilità congegnato dall'art. 2043, come l'uso della locuzione «fatto dannoso» deve portare a ritenere.

La dottrina, generalmente, sostiene che il «fatto dannoso» di cui all'art. 2055 costituisca una formula breviloqua del «fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto» di cui all'art. 2043, includendo, così, nell'oggetto dell'imputazione plurisoggettiva anche la lesione della situazione giuridica meritevole di protezione⁷. L'alternativa, essenzialmente, è tra la comune imputazione del (solo) fatto e la comune imputazione del danno ingiusto: se ad essere ascritto a più autori è il fatto, ciò non può che significare che lo stesso è stato realizzato congiuntamente dai corresponsabili, poiché al centro dell'imputazione vi è la condotta e non l'evento, l'azione e non il risultato dell'azione. Al contrario, se è il danno (ingiusto) ad essere imputato a più persone, è sufficiente – affinché si realizzi la fattispecie di corresponsabilità e, quindi, il condebito – che l'azione di ciascuno abbia contribuito a cagionare l'evento dannoso.

Pertanto, mentre si discrimina tra fatto ed evento, deve, purtuttavia, rimarcarsi il carattere stipulativo della distinzione.

È vero infatti quanto sostiene Gorla, che ciascun segmento del fenomeno realizzatosi possa qualificarsi come evento, e che pertanto – su di un piano puramente logico – la scelta su quale tratto del segmento debba ritenersi fatto e quale evento sia, in definitiva, convenzionale⁸. Gorla e Realmonte discernono tra evento e fatto – e, così, tra la causalità del fatto e la causalità delle conseguenze – mettendo in gioco i criteri di imputazione della responsabilità, il punto di incidenza dei quali verrebbe proprio a identificare l'evento, così distinguendolo tanto dal fatto quanto dalle conseguenze⁹.

Vero è anche, però, che ai tempi dell'elaborazione del Gorla, si costruiva la responsabilità civile sul concetto di (fatto) illecito e non di danno ingiusto: non stupisce, quindi, che a delimitare gli eventi

⁷ Cfr., tra gli altri, CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 375 ss.

⁸ GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 405 ss., in particolare p. 409 ss.

⁹ GORLA, *op. ult. cit.*, p. 412 ss.; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 6 ss. e p. 153 ss.

dai fatti fossero chiamati i criteri di imputazione della responsabilità. Ponendo al centro il danno (ingiusto) la prospettiva cambia: è la lesione della situazione giuridica meritevole di protezione che individua l'evento (dannoso).

Già da sola, questa considerazione dovrebbe portare a ritenere che il fondamento del condebito, di cui all'art. 2055, sia la comune imputazione dell'intera fattispecie dell'evento dannoso, e non del solo fatto. Un ulteriore argomento – forse, tecnicamente, più sofisticato – corrobora tale conclusione. Nella responsabilità extracontrattuale non è la valutazione della condotta a determinare l'antigiuridicità della fattispecie, che è data, invece, dalla combinazione tra il fatto e l'evento dannoso ingiusto: «il fatto dannoso» nella crisi realizzata dall'art. 2055. Quindi, se si legasse l'operare dell'effetto giuridico della solidarietà all'imputazione, a più persone, del solo fatto, si costruirebbe l'antigiuridicità della fattispecie plurisoggettiva di responsabilità sulla (valutazione della sola) condotta, creando un modello di antigiuridicità della fattispecie plurisoggettiva difforme da quello che connota l'ipotesi monosoggettiva; con l'ulteriore conseguenza che, una volta espunto dalla fattispecie (plurisoggettiva) il nesso condotta-evento, nelle ipotesi di responsabilità per colpa (quantomeno cosciente) il punto di incidenza del criterio di imputazione non potrebbe più essere rappresentato dall'evento – obliato nella giuridica irrilevanza – convergendo necessariamente sull'unico elemento rimasto, quindi sulla stessa condotta, sicché si determinerebbe una paradossale ipotesi di responsabilità colposa per la realizzazione di una condotta (che in altro modo potrebbe qualificarsi se non come) dolosa.

Giunti a questo punto del ragionamento, si possono già trarre delle conclusioni: se il primo comma dell'art. 2055 non esprime la conferma della teoria dell'equivalenza delle condizioni, il secondo ne rappresenta, apertamente, la smentita¹⁰.

¹⁰ Pienamente condivisibile è, quindi, la conclusione di BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente*, cit., 141, ad avviso del quale: «Il principio di causalità a cui si ispira la norma, complessivamente considerata, non va ricercato nella previsione del primo comma (alterandone il genuino significato), ma può desumersi dai commi successivi, che – sia pure in sede di regresso – tendono ad adeguare la « quota » di responsabilità dei singoli coautori del fatto illecito alla «

Infatti, la previsione che attribuisce, a quello fra i coautori che ha risarcito il danno, il diritto di agire in regresso nei confronti degli altri compartecipi – nella misura della gravità delle rispettive colpe e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate – contraddice, due volte, il principio dell'equivalenza. In prima battuta, perché mostra appieno il solco che – funzionalmente – separa la responsabilità penale – nel cui ordinamento il principio dell'equivalenza delle condizioni trova espressione, attraverso la regola dell'art. 41, comma 1, c.p. – dalla responsabilità civile, nella cui struttura quel principio si vorrebbe, incongruamente, integrare; la seconda volta, perché (la disposizione del capoverso dell'art. 2055) indica come l'ordinamento civile – calibrando la responsabilità dei coautori sull'effettiva incidenza eziologica della condotta di ciascuno – abbia adottato, in tema di concause, una soluzione – operativamente – opposta a quella fatta propria dal diritto criminale *et pour cause*.

Nel primo ordine di idee, la disciplina del regresso palesa come la sanzione del risarcimento del danno¹¹ nulla abbia a che fare con il disvalore dell'azione del danneggiante ed il relativo giudizio, che, là dove (come nel diritto penale) regge il sistema di imputazione della responsabilità, non può vedersi affievolito, o comunque alterato, dall'intervento di altre condotte dannose nella fattispecie (indipendenti o concorrenti che siano). Difatti, la regola dell'art. 41, comma 1, che non attribuisce rilievo al peso eziologico di ciascuna concausa, tutte le assimila – purché necessarie alla produzione dell'evento – nel segno del disvalore del fatto di reato.

misura » della loro partecipazione alla produzione dell'evento dannoso. Coerentemente, il primo comma – lungi dall'essere espressione del principio della *condicio sine qua non* – vale ad unificare, nell'interesse del danneggiato, le varie « quote » di responsabilità in un'inscindibile corresponsabilità solidale, che si traduce in un'obbligazione soggettivamente complessa avente per fonte unitaria « il fatto dannoso [...] imputabile a più persone».

¹¹ Il risarcimento del danno può essere qualificato come sanzione in quanto rappresenta un presidio della norma (*i.e.* della situazione soggettiva) violata, che ne riconferma la vigenza nell'ordinamento, dandovi attuazione: cfr. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 ss. Sul tema sia consentito rinviare anche a RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1811 ss.

Sul piano operativo, insomma, lo scarto tra responsabilità civile e penale trova nel capoverso dell'art. 2055 la sua piena manifestazione, con la precisa identificazione tra responsabilità e concreto apporto causale dei coautori: corollario – a ben considerare – di una condanna (risarcitoria) che mira alla riparazione del pregiudizio e non alla punizione (e quindi alla rieducazione) del reo.

Al pari del capoverso dell'art. 2055, anche il primo comma dell'art. 1227 dimostra come, nella responsabilità di diritto civile, la fattispecie del concorso di cause trovi una disciplina assai distante e discorde – nei presupposti e negli esiti – da quella penalistica, ordinata al principio dell'equivalenza delle condizioni. Il perimetro della responsabilità del danneggiante infatti – così come l'obbligo risarcitorio di ciascuno dei coautori, nella fattispecie dell'art. 2055, comma 2 – non rimane indifferente al concorso del fatto colposo del creditore nella produzione dell'evento dannoso, ma vede ridursi la sua estensione in proporzione all'efficienza eziologica del fattore concausale¹².

¹² R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 628 ss., in particolare p. 653, assegna alla causalità un ruolo affatto secondario nell'analisi della regola posta dall'art. 1227, il cui fondamento andrebbe rintracciato nella rilevanza del fatto colposo, agli effetti della responsabilità per danni. In un siffatto contegno (colposo), infatti, potrebbe incorrere la stessa vittima «ove si abbia riguardo alla nozione di colpa nella sua astratta e tipica entità di trasgressione ad una regola di condotta (diligenza, prudenza, ecc.), e per l'incidenza che può avere sulla causazione del danno, pure proveniente da altri». Quindi, se ad essere rilevante è il fatto colposo, cioè se l'ordinamento intende prevenire e sanzionare i fatti colposi, la circostanza che, nella fattispecie, emerga non soltanto una colpa del danneggiante ma pure una colpa del danneggiato, porta coerentemente il legislatore non ad ignorare la seconda bensì a considerarle entrambe come – ed in quanto – condotte colpose; per derivarne effetti giuridici, però, differenti, tenuto conto che la colpa del danneggiante è verso la vittima, mentre la colpa di quest'ultima si ripercuote su se stessa. D'altronde, la nozione di colpa a cui Scognamiglio fa riferimento, in via generale, «la colpa nella sua astratta e tipica entità di trasgressione ad una regola di condotta», si attaglia perfettamente, senza necessità di adattamenti, anche ad un'ipotesi di colpa verso sé stessi, quale è la colpa del creditore. Ora, considerato, che proprio secondo l'insegnamento di Scognamiglio (*Illecito (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 164 ss., in particolare 171), «respinta dunque la teoria che riconduce la responsabilità civile alla prospettiva dell'illecito, la concezione più attendibile appare [...] quella che fa capo all'idea della reazione

La regola di cui all'art. 1227, comma 1, sembrerebbe proporre, dunque, un'ulteriore conferma della divergenza tra responsabilità civile e penale in merito ad uno dei problemi centrali posti dall'indagine causale al giurista: il riconoscimento (o meno) della rilevanza legale dello spessore eziologico di ciascuna condizione dell'evento, e la conseguente (ri)definizione dell'ampiezza della responsabilità dell'autore della (con)causa imputabile.

L'interprete si trova, così, di fronte ad un bivio: guardare a queste norme isolatamente – come se ciascuna fosse giustificata da una *ratio* autonoma e peculiare – sottovalutandone o, addirittura, ignorandone la convergenza nell'enunciazione di una medesima, coerente, regola di responsabilità; oppure intenderne l'effettiva portata nella costruzione di un autonomo statuto del concorso di cause nella responsabilità di diritto civile¹³.

al danno ingiusto», è giustappunto alla causazione del danno, e non al fatto colposo, che in prima battuta si deve fare riferimento per spiegare la disposizione dell'art. 1227. Infatti, come mirabilmente spiegato dallo stesso Scognamiglio (*Responsabilità civile*, cit., p. 641), «il cosiddetto fatto illecito o dannoso si delinea, nei termini fin qui prospettati, in forza di un'operazione logica, d'altronde indispensabile, di riduzione ad unità secondo un certo profilo – nella responsabilità civile, la causazione del danno – in cui non si esauriscono però i termini di identificazione del contegno del soggetto allo stesso effetto rilevante; che si estendono invece nel senso e nella misura in cui, con la predisposizione od osservanza di cautele, l'acquisizione di conoscenze tecniche, ecc., si può prevedere ed evitare il verificarsi dell'evento pregiudizievole»; quindi, nell'operazione logica di individuare il significato della norma, in primo piano deve porsi la causazione dell'evento dannoso, della quale l'art. 1227 descrive una particolare modalità di verifica, quella in cui l'inadempimento del debitore concorre con il fatto colposo del danneggiato. Solo in seconda battuta, si deve guardare alla colpa del danneggiato, non quale criterio di imputazione della responsabilità, ché alcuna responsabilità gli è imputabile, ma quale parametro discretivo delle differenti condotte (concausali) che il creditore possa, eventualmente, aver posto in essere: tra queste rileveranno soltanto – agli effetti divisati dalla norma – quelle ritenute in contrasto con il modello di comportamento atteso (individuato attraverso il riferimento alla colpa). In altre parole, la valutazione del fatto colposo presuppone necessariamente, e preliminarmente, l'indagine eziologica: come le strisce di segnalazione implicano che la strada sia, prima, stata tracciata.

¹³ Nell'opera di SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1186 ss., alla causalità è dedicata la sezione V,

3. *Autoresponsabilità e concausalità.*

Come l'enunciazione – nel comma 1 dell'art. 2055 – della regola della solidarietà tra coobbligati può distogliere l'interprete dal capoverso della stessa norma, portandolo a non coglierne l'incidenza sulla disciplina del fenomeno concausale; allo stesso modo, la stratificazione concettuale sedimentatasi sull'istituto del concorso del fatto colposo del creditore può far travisare l'inevitabile sostanza (con)causale della disciplina posta dal comma 1 dell'art. 1227.

La storia delle idee ci ricorda che il dibattito sul significato da attribuire al concorso del danneggiato cresce in un periodo ancora dominato dal dogma «nessuna responsabilità senza colpa»¹⁴; si

nell'ambito della quale è sviluppata la trattazione del concorso di cause, tanto del fatto del terzo quanto del fatto del danneggiato e del concorso di causa non imputabile. Secondo SALVI, *op. cit.*, p. 1254: «Nel sistema del codice, l'unico sicuro punto di emersione di un'evenienza siffatta – cioè che la presenza di una concausa possa ridurre l'entità del danno da imputare al convenuto, n.d.a. – è la regola sul concorso del fatto colposo della vittima (art. 1227 comma 1, richiamato dall'art. 2056); più complesso pare il rapporto con la disciplina della responsabilità solidale (art. 2055), mentre è dubbio che a essa ci si possa richiamare a fronte del concorso di una serie causale non imputabile a terzi. Il carattere sommario, se non lacunoso, di tale disciplina spiega come se ne siano potuti dedurre i due opposti principi della ordinaria irrilevanza delle concause, tranne il fatto colposo della vittima; e – al contrario – della loro rilevanza in via generale ai fini della riduzione del risarcimento (salva la solidarietà tra i corresponsabili nell'ipotesi dell'art. 2055 comma 1, dettato a garanzia della vittima)».

¹⁴ COPPA-ZUCCARI, *La compensazione delle colpe*, Modena, 1909, p. 206, argomenta «il principio dell'irripetibilità del danno causato da colpa comune extracontrattuale *per tutti i casi in cui questa colpa ricorre*: il pregiudizio determinato dalla colpa del medesimo danneggiato e dalla colpa di un terzo sarebbe, quindi, irripetibile da parte della vittima, che ne ha reso possibile la cagione, rendendo giuridicamente irrilevante – per difetto di alterità della sfera giuridica lesa rispetto alla sfera giuridica cui sarebbe imputabile la condotta lesiva, *volenti non fit iniuria* – un danno che rimane, così, nudo nella sua materialità, e dunque obliato dal diritto. Né, del resto, secondo Coppa-Zuccari, il concorso di terzi potrebbe scusare il danneggiato, poiché l'imputazione a sé stessi si estende all'intero danno, rendendolo irrisarcibile. Ingegnosamente, ORLANDI, *Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 323 ss., individua nel principio dell'irripetibilità – elaborato dal Coppa-Zuccari, nel vigore del codice civile del 1865, per giustificare la mancanza di tutela della vittima per il danno alla cui causazione la stessa abbia arrecato, con la propria condotta

colposa, un apporto determinante – la spiegazione della regola espressa dall'art. 1227 del codice civile del 1942, ritenendo (*ivi*, p. 333) che «lungi dal superare e contraddire l'idea della compensazione e dell'irripetibilità, l'art. 1227 c.c. ne fa piena e piana applicazione, restringendo la rilevanza del danno alle sole conseguenze ascrivibili al fatto altrui». Dunque, la tesi dell'irripetibilità, che nell'impostazione del Coppa-Zuccari finirebbe per dimostrare troppo, rendendo totalmente irresponsabile il terzo e irrisarcibile il danno, nella consacrazione legislativa, attribuita dall'art. 1227, troverebbe il suo più coerente svolgimento: «è la stessa giuridica idea di danno ad escludere per definizione il pregiudizio imputabile a se medesimi», sostiene infatti Orlandi (*ivi*, p. 332 s.). Quando Orlandi parla di «pregiudizio imputabile a se medesimi» individua, letteralmente, un danno che sarebbe imputabile alla vittima, di contro – dobbiamo supporre, visto che l'art. 1227 diminuisce il risarcimento ma non rende irresponsabile il debitore – ad un danno che sarebbe imputabile al terzo: avremmo, quindi, non uno ma due danni, il primo subito dal danneggiato e imputabile al danneggiato medesimo, quindi irrisarcibile per il difetto tanto dell'alterità della sfera giuridica dell'offeso rispetto a quella dell'offensore quanto per la mancanza di una colpa definibile come tale, in senso tecnico; il secondo subito dal danneggiato ed imputabile al terzo, indi integralmente risarcibile. Ora, superiamo pure il fatto che l'art. 1227 rechi testuale menzione di *un* danno, il cui risarcimento è *diminuito*, portando, allora, a chiedersi in cosa consisterebbe questo risarcimento da diminuire non essendovi, in tesi, un danno unitario da risarcire, poiché una sua parte sarebbe giuridicamente irrilevante, dunque non sarebbe; del resto, interrogatici sul minuendo, ci si dovrebbe chiedere anche in cosa consisterebbe il sottraendo, che rappresentando, in tesi, il danno imputabile alla vittima, sarebbe anch'esso giuridicamente irrilevante quindi inesistente, una sorta di ectoplasma giuridico che si aggira per l'art. 1227. Come proponevo, superiamo pure il testo dell'art. 1227 – con l'idea che, evidentemente, il legislatore abbia scelto delle parole, ed una concatenazione di queste parole, logicamente e dogmaticamente incoerente con il significato che intendeva enunciare – e andiamo al danno, anzi ai due danni. Per fare ciò, si può prendere l'abbrivio da una vicenda giudiziaria assai nota alla letteratura civilistica. Mi riferisco al caso – deciso dalla Cassazione fiorentina con una pronuncia che destò l'attenzione di PACCHIONI, *Sulla c.d. compensazione delle colpe*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, p. 1032 ss. – del passeggero che, negligenzemente, stava sporgendo il gomito dal finestrino del treno, col risultato di fratturarsi l'arto quando, una volta entrati in stazione, la porta malamente chiusa del contiguo treno merci si aprì improvvisamente. Il caso – che rappresenta un vero e proprio archetipo del danno giuridico, in cui la lesione della situazione giuridica soggettiva si estrinseca in una lesione materiale (non come nell'ipotesi, ad esempio, della violazione del diritto di brevetto) – può essere riguardato da tre differenti prospettive, a cui corrispondono altrettante, divergenti, soluzioni operative. Il primo punto di vista è fatto proprio dal Pacchioni, ed è tutto giocato sulla colpa e sul danno, mentre la causalità svolge il solo ruolo di tramite tra i due

fattori rilevanti della fattispecie. Il presupposto dell'analisi è dato dall'unitarietà del danno, rispetto al quale – come ben argomentato dal Pacchioni – le colpe del danneggiato e del terzo si rivelano indisciungibili, risultando impossibile enucleare la parte del danno imputabile all'una o all'altra: entrambe le colpe sono condizioni necessarie della frattura dell'arto, che in mancanza di una di esse non si sarebbe prodotta. Considerata l'indivisibilità del danno (o meglio della lesione, che è ciò che conta in questa prospettiva), e guadagnata l'indistinguibilità delle rispettive colpe ad esso relative, la qualificazione giuridica di tali colpe e del conseguente danno risolve la fattispecie: la colpa della vittima non può assurgere a colpa in senso giuridico in quanto colpa verso se stesso, e poiché in mancanza di quella colpa il danno, indivisibile, non si sarebbe verificato, lo stesso danno non può attingere alla qualificazione di danno giuridico, con la conseguenza della sua irrisarcibilità. Riguardo alla colpa del terzo – di per sé apprezzabile giuridicamente, invece – la sua, inestricabile, congiunzione con la colpa del danneggiato la attrae nella giuridica irrilevanza di quest'ultima, determinandone la compensazione: il terzo è, così, liberato dalla responsabilità. La seconda prospettiva, entro la quale il caso potrebbe ipoteticamente essere risolto, è quella della c.d. equivalenza delle condizioni, di cui all'art. 41 c.p. L'ordine logico – come ci insegna Antolisei – fa precedere l'analisi della condotta del terzo, qualificata la quale come *condicio sine qua non* dell'evento – poiché, alla prova controfattuale, lo stesso non si sarebbe prodotto in assenza del fatto del terzo – si può prendere in considerazione il fatto della vittima. Ora, tanto se si qualifica il fatto della vittima come condizione preesistente quanto se lo si ritiene condizione simultanea (al fatto del terzo), la conclusione non cambia: il fatto del danneggiato è eziologicamente irrilevante (poiché assorbito dalla causalità del fatto del danneggiante); il terzo è l'unico e pieno responsabile dell'evento. Se, invece, si prova che il fatto della vittima sia sopravvenuto rispetto al fatto del terzo, si pone, allora, l'alternativa tra l'applicazione del comma 1° ovvero del capoverso dell'art. 41. Concluso come la condotta della vittima non possa ritenersi sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento – ed il fatto del terzo, quindi, una mera occasione, come avrebbe detto un tempo (ma, talvolta, si esprime così tutt'oggi) la giurisprudenza penale – deve confermarsi l'applicazione dell'art. 41, comma 1°, anche in questa eventualità. Ne discende, dunque, la piena risarcibilità del danno da parte del terzo. È il tempo di passare alla terza prospettiva, quella enunciata dall'art. 1227, che si pone a mezza strada fra la totale irresponsabilità e la piena responsabilità, individuando una responsabilità parziale del terzo, con la conseguente riduzione del risarcimento (e non una responsabilità totale ma per il solo danno che gli è imputabile, senonché, così, ridonderebbe la riduzione – come pretende Orlandi). Prima, però, qualche parola ancora sulle soluzioni precedenti. La prima poggia sulla colpevolezza e, a ben vedere, quasi sfiora il paradosso. Infatti, la tesi della compensazione delle colpe, da un lato, si erge sull'impossibilità di qualificare quella della vittima come colpa in senso tecnico, quindi la colpa come colpa giuridica ed il danno come danno giuridico, dall'altro, con l'obiettivo

spiega, così, la tesi della compensazione tra la colpa della stessa vittima e la colpa del danneggiante: colui il quale deve già biasimare se stesso non può muovere rimproveri ad altri. È sempre nella medesima temperie culturale che – sorpassata la preclusione al riconoscimento di questa ipotesi di concorso – si comprende e giustifica il rilievo attribuito alla colpa nell'enunciato dell'art. 1227.

di promuovere l'autoresponsabilità dei consociati, ma soprattutto di sanzionare la colpa (*i.e.* la mancata autoresponsabilità) del concreto danneggiato, gli nega ogni tutela. La seconda soluzione si fonda non sulla colpevolezza bensì sulla causalità, applicando, però, regole di causalità giuridica – come si spiegherà, ampiamente, *infra* nel testo – di marca schiettamente sanzionatoria, o con maggior precisione funzionali alla (massima) repressione delle condotte dotate di particolare disvalore per l'ordinamento, in quanto idonee a produrre la lesione di beni giuridici tutelati. La seconda impostazione, in altre più semplici parole, mira a sanzionare il disvalore della condotta del terzo: non a caso, si tratta della prospettiva del diritto criminale. Veniamo ora, davvero, alla terza soluzione. Come ben osserva il Pacchioni, la lesione è unica ed indivisibile: la frattura dell'arto consente, plasticamente, di avvedersene. Pacchioni afferma pure che le colpe sono indisgiungibili, e questo rispetto alla lesione è, senz'altro, esatto, nel senso che la lesione, nella sua unitarietà, non può recare il riflesso della colpa dell'uno e dell'altro, altrimenti saremmo di fronte non ad uno ma a due danni. Le colpe del danneggiato e del danneggiante sono, invece, perfettamente separabili nel giudizio di responsabilità, o meglio in un giudizio che, avendo di mira non la punizione del reo ma la compensazione del pregiudizio (che è cosa diversa dalla semplice riparazione della lesione, perché altrimenti – per fare un solo esempio – di *compensatio lucri cum damno* neppure si dovrebbe discorrere), concede un ampio spazio euristico all'indagine eziologica, non imbrigliandola attraverso gravose regole di causalità giuridica, come quelle di cui all'art. 41 c.p. La causalità civile, infatti, adempie alla duplice funzione di individuare il responsabile dell'illecito (ancor meglio: il debitore del risarcimento) e di porre le indispensabili premesse per la determinazione del pregiudizio risarcibile, che si realizza attraverso una stima che si nutre della ricerca eziologica sviluppandola, però, in una valutazione più complessa, improntata dalla realizzazione della funzione compensativa e riparatoria del risarcimento del danno. Quindi, nel caso di specie, una volta esclusa la rilevanza giuridica della colpa della vittima, viene in rilievo soltanto la causalità della colpa del terzo, il quale, in quanto autore dell'altra condizione necessaria (ma di per sé insufficiente) dell'evento dannoso, ne sarà il responsabile. Resta allora da valutare il pregiudizio, attraverso una stima improntata al criterio del c.d. *id quod interest*: così, una volta determinato il valore monetario del danno (il risarcimento) – questo si facilmente divisibile – deve procedersi alla sua riduzione, considerando l'efficienza eziologica della concausa giuridicamente irrilevante, di modo che il risarcimento corrisponda al peso causale della colpa del responsabile.

Per questa via, ci si imbatte nei problemi – concettuali ed operativi – implicati dalla costruzione della norma: viene in discussione quale sia il senso di una colpa verso sé stessi; e quale il significato di una determinazione del risarcimento affidata a parametri disomogenei, e difficilmente componibili, come la «gravità della colpa» e l'«entità delle conseguenze che ne sono derivate».

La rilevanza – ideologica e strutturale – attribuita alla colpevolezza porta a leggere la riduzione del risarcimento, dovuto dal danneggiante, quale conseguenza del riconoscimento di una responsabilità dello stesso danneggiato per la condotta colposa che gli è imputabile; responsabilità che – difettando l'alterità della sfera giuridica incisa dalla colpa – si converte, giocoforza, in autoresponsabilità¹⁵.

«Autoresponsabilità» è una formula ambigua. Normalmente si è responsabili precisamente per le proprie azioni, solo eccezionalmente per quelle altrui: responsabilità è autoresponsabilità¹⁶. D'altra parte, non c'è dubbio che il danno che il soggetto cagiona a se stesso gravi sulle sue spalle, non potendo trovare altre vie di riallocazione (eccettuandosi quella indiretta che opera attraverso talune forme di previdenza sociale).

L'autoresponsabilità acquisisce, invece, un'accezione più tecnica soltanto quando a quel danno si assegni un autore (primario) che non coincida con la vittima stessa, la quale pure abbia avuto una parte nella sua cagione¹⁷. L'attribuzione di un preciso significato

¹⁵ Cfr, in particolare, CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato I Il fondamento dell'autoresponsabilità per colpa*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 460 ss.

¹⁶ Osserva PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, Milano, p. 452 ss., e precisamente p. 453, che «mentre il concetto di responsabilità, nella ricchezza del suo contenuto normale, legato ancora alle sue radici etico-sociali, si pone come concetto di relazione, e quindi presuppone almeno due termini soggettivi, considerato nel suo nucleo più intimo (ed anche sotto questo profilo legato a istanze etiche con riflessi sociali) può essere ridotto al termine unico del soggetto agente».

¹⁷ Nella sostanza coincidente la definizione di autoresponsabilità proposta da PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 454, ad avviso del quale «il presupposto essenziale in base al quale il concetto di «autoresponsabilità» può presentarsi come concetto autonomo, rispetto a quello di responsabilità verso terzi (o, si può dire, seguendo un criterio terminologico diffuso, «eteroresponsabilità»): cioè che deve trattarsi di

all'autoresponsabilità muove dunque, essenzialmente, nella logica funzionalistica della deterrenza e della prevenzione del rischio del danno. Certamente, porre a carico del danneggiato le conseguenze negative della propria condotta colposa scoraggia i comportamenti che contrastino con norme cautelari e, più in generale, sconsiglia un'attitudine negligente. Così, tradizionalmente, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato proprio nella funzione di orientare il comportamento dei danneggiati l'obiettivo della regola sul concorso del fatto colposo del creditore, e nel principio di autoresponsabilità la sua legittimazione dogmatica¹⁸, qualificando, sovente, come onere la situazione soggettiva gravante sul danneggiato.

Ora, è evidente che solo colui che sia libero di determinarsi possa essere (auto)responsabile, e la libertà, indubbiamente, presuppone la capacità di intendere e volere i propri atti, quindi l'imputabilità degli stessi al loro autore. Senonché, la giurisprudenza¹⁹ – anche costituzionale²⁰ – leggendo l'art. 1227 in una logica di matrice

conseguenza di un comportamento che non incida nella tutela di un interesse alieno o di un interesse generale».

¹⁸ Precisa SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 1255 s., che «tale principio, tuttavia, se è idoneo a indicare la *ratio* della disposizione, non vale a escluderne la riconducibilità al profilo causale, bensì a fondarla sulla qualità colpevole del comportamento del danneggiato, secondo quello che del resto è l'ordinario modo di operare delle regole eziologiche nell'imputazione per colpa. Un giudizio in termini di causalità è d'altronde sempre necessario [...]». Non solo un giudizio in termini di causalità è sempre necessario, ma l'operare stesso della *ratio* di autoresponsabilità è reso possibile dalla circostanza che l'analisi eziologica individui una causa ulteriore – il fatto del creditore – nella sequenza che porta all'evento dannoso. A questa primo fondamento, di portata fenomenica, della norma deve aggiungersene un secondo, di rilievo questa volta giuridico: la funzione di autoresponsabilità implica – ed è logicamente subordinata – alla scelta della legge civile di non porre sullo stesso piano tutte le condizioni dell'evento, quindi di accedere ad una impostazione (giuridica) dell'indagine eziologica che consenta di distinguere lo spessore eziologico delle differenti concause. Ne deriva la possibilità di qualificare la condotta del debitore quale condizione sì necessaria ma non sufficiente per la causazione dell'evento dannoso.

¹⁹ Cass., Sez. un., 17 febbraio 1964, 351, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 764 ss.

²⁰ C. Cost., ord., 23 gennaio 1985, 14, in *Foro it.*, 1985, I, c. 934 ss., con nota di PARDOLESI.

causale, ne ha ritenuto l'applicabilità anche all'ipotesi di concorso dell'incapace, del quale – va da sé – alcuna (auto)responsabilità si potrebbe predicare²¹. Questo indirizzo ha portato la dottrina maggioritaria, e la giurisprudenza, ad abbandonare la spiegazione in chiave funzionalistica della norma – quale dispositivo di prevenzione e deterrenza, volto ad orientare i comportamenti dei consociati – per privilegiarne una lettura strutturalista che ne esalta l'impronta causale, emergente, del resto, dalla stessa lettera della disposizione (in tal guisa si legge la locuzione «entità delle conseguenze che ne sono derivate»).

L'analisi della norma merita di essere rimeditata, per sistemarne adeguatamente la funzione in accordo con la struttura.

Con l'esclusione dell'imputabilità tra i presupposti della rilevanza del fatto colposo del danneggiato, il binomio autoresponsabilità-libertà si scioglie, e la lettura che spiega la rilevanza del concorso poggiandosi sull'autoresponsabilità entra in crisi: se la conseguenza negativa – derivante dalla violazione della regola di condotta – si applica anche quando manchi la colpevolezza del trasgressore, la sanzione sembra perdere la capacità di dissuasione del singolo dal porre in essere il comportamento indesiderato, fallendo così l'obiettivo della prevenzione.

Il disorientamento nasce dall'equivoco che la prescrizione normativa possa orientare la condotta dei consociati solo presupponendo la colpevolezza (e, quindi, l'imputabilità) dei suoi destinatari. L'efficacia preventiva di una regola, però, si gioca non soltanto, e non tanto, nella dimensione speciale del comando destinato al singolo, quanto nella prospettiva generale della direttiva indirizzata al consorzio sociale nella sua interezza. Quindi, è nell'efficacia del messaggio rivolto alla generalità dei consociati che si compie la funzione preventiva della norma; efficacia che sarà tanto

²¹ In merito all'applicabilità dell'art. 1227, comma 1°, anche all'ipotesi del concorso del danneggiato incapace, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 132, osserva: «La soluzione [...] mi sembra giustificata solo nelle ipotesi in cui il fatto del danneggiato incapace abbia determinato alcune conseguenze in enorme sproporzione con la gravità della colpa del danneggiante: fuori di queste ipotesi non si vede nessuna ragione idonea a giustificare che si alleggerisca la responsabilità del colpevole con sacrificio del danneggiato innocente».

maggiore quanto minori siano le eccezioni che l'applicazione della regola soffre. Come già messo in luce dalla migliore letteratura penalistica²², il principio di colpevolezza – e di personalità della responsabilità – lungi dal rappresentare un presupposto necessario di efficacia della sanzione, costituisce un limite alla pretesa punitiva dello stato, posto a garanzia della libertà individuale; e, proprio quale istituto di garanzia, la colpevolezza circoscrive soggettivamente l'applicazione delle fattispecie di reato, depotenziandone inevitabilmente l'efficacia preventiva e deterrente.

La responsabilità civile – dovendosi conformare alla garanzia di cui all'art. 23 e non anche a quella di cui al 27 della Costituzione – può contare su di un'estensione molto vasta della sfera di applicazione dei suoi enunciati, e sul conseguente rafforzamento dell'efficacia preventiva e deterrente degli stessi. Pertanto, la funzione di regola di autoreponsabilità della norma posta dall'art. 1227, comma 1°, non solo non viene contraddetta dall'inclusione nell'ambito dei suoi destinatari dei danneggiati incapaci, ma ne risulta irrobustita sul piano dell'efficacia, venendo meno un'eccezione alla sua applicazione.

Tirando le somme del ragionamento dispiegato fino a qui, emerge come l'ordinamento affidi, al primo comma dell'art. 1227, la disciplina di un'ipotesi di concorso di cause nella produzione dell'evento dannoso – estrinsecantesi nel fatto colposo posto in essere dalla vittima dell'illecito – foggiaandone l'effetto giuridico in modo del tutto conforme, anche lessicalmente, alla regola posta nell'altro luogo della legge civile – il primo capoverso dell'art. 2055 – in cui il legislatore si applica al fenomeno concausale.

La consonanza della disciplina – e l'omogeneità degli enunciati nel conformarne i rispettivi presupposti di applicazione – modella un vero e proprio statuto delle concause nella materia della responsabilità di diritto civile, proponendo soluzioni inevitabilmente

²² FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 842; PULITANÒ, *Diritto penale*³, Torino, 2009, p. 316. Nello stesso senso, nella letteratura civilistica, v. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 67; e, di recente, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, p. 193 ss.

divergenti in confronto alla relativa disciplina posta dal diritto criminale.

Caratteristiche essenziali di questo statuto sono la diseguaglianza delle condizioni – di converso, la giuridica rilevanza dello spessore eziologico di ciascuna – e, in positivo, la divisibilità della responsabilità. Nella responsabilità civile, infatti, le condizioni non possono equivalersi e la responsabilità non può che essere divisibile, giacché la funzione della condanna risarcitoria si ritrova nella compensazione del pregiudizio – non nella punizione e nella rieducazione del reo – e, proprio per questo, il credito al risarcimento non nasce a favore di una cassa pubblica bensì della vittima dell'illecito. Se ciascuna condizione avesse il medesimo peso delle altre – indipendentemente dalla sua efficienza eziologica – e la responsabilità, conseguentemente, non fosse divisibile, dal momento subito il danneggiato trarrebbe non il giusto ristoro ma un arricchimento, come tale ingiustificato. Arricchimento che, invece, il danneggiato giustificatamente ottiene solo quando la condanna civile, al pagamento di una somma di denaro, assuma la funzione non di riparare all'illecito ma di punire il responsabile: qui l'ambito – non a caso – è, però, quello tipizzato delle c.d. prestazioni pecuniarie sanzionatorie, che in alcun modo – se si vuole scongiurare un'irreversibile crisi del sistema di responsabilità civile – possono confondersi con il risarcimento del danno²³.

Il quadro si completa con la regola posta dal primo comma dell'art. 2055, che non crea contraddizione ma trae giustificazione dalla divisibilità della responsabilità, sulla base dell'apporto causale della condizione realizzata dal singolo coautore. Infatti, proprio perché la responsabilità è divisibile si pone il problema di individuare la categoria di soggetti su cui far gravare il costo del suo frazionamento, se i danneggiati o i codanneggiati: la scelta dell'ordinamento cade su questi ultimi, cosicché al condebito consegue la solidarietà dei coobbligati.

²³ Cfr. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 315 ss.; RIZZO, *Le funzioni*, cit., soprattutto p. 1823 ss.; DE MENECH, *op. cit.*, in particolare p. 99 ss.

D'altro canto, la disciplina di cui all'art. 1227, comma 1, si pone non solo quale componente essenziale di questo statuto civilistico del fenomeno concausale, ma pure quale prescrizione densa di significato politico giuridico, enunciando ad ampio raggio – *i.e.* senza deroghe esplicite o implicite alla sua applicazione, quale sarebbe l'eccezione di non imputabilità – una regola di autoresponsabilità tesa a conformare i comportamenti dei consociati, non solo quali possibili autori di illeciti – compito affidato all'istituto della responsabilità civile nel suo complesso – ma, altresì, come potenziali vittime degli stessi.

Se così è, l'enunciato dell'art. 1227, comma 1, merita, allora, una lettura unitaria che superi la cacofonia del riferimento alla causalità ed alla colpa quali elementi divergenti in grado di fondare argomentazioni che – facendo leva sull'uno o sull'altro – costruiscano spiegazioni antitetiche della norma, cioè differenti norme.

La funzione preventiva e deterrente della responsabilità non si nutre della colpevolezza, non ne viene protetta e potenziata come da una roccaforte ma viceversa limitata come da un argine.

Se ciò è vero, ne discende che l'individuazione della colpa quale parametro oggettivo di valutazione della distonia sociale del comportamento del danneggiato, e la conseguente rilevanza pure del concorso dell'incapace, non indeboliscono la lettura della disposizione quale regola di autoresponsabilità, la cui efficacia, anzi, risulta accresciuta, senza che ciò, d'altra parte, metta in discussione la struttura causale della norma.

Del resto, la colpa riduce la forza dissuasiva di ogni fattispecie di responsabilità della quale formi un elemento costitutivo, tanto se intesa quale criterio di riferibilità psichica dell'azione al suo autore, quanto se concepita quale parametro oggettivo di valutazione, poiché opera una selezione delle sequenze eziologiche giuridicamente rilevanti, lasciando fuori quei comportamenti che, pur causalmente pregnanti, non si pongano in contrasto con gli standard sociali attesi. Coglie, così, nel segno Mengoni, quando propone di conciliare i parametri della «gravità della colpa» e dell'«entità delle conseguenze che ne sono derivate», individuando nel primo il criterio della rilevanza stessa del concorso di cause, e

nel secondo il metro della sua efficacia, quindi della riduzione del risarcimento a carico del danneggiante²⁴.

4. *Il problema della rilevanza giuridica del concorso tra concause umane e naturali.*

Mentre il diritto penale può contare su una normale generale, dedicata espressamente al concorso di cause, l'art. 41; alla disciplina civilistica del fenomeno delle concause sono, invece, destinate le due norme sulla cui analisi ci siamo intrattenuti dianzi, l'una che, sotto il segno della responsabilità solidale, si concentra sul concorso di persone – *i.e.* di concause umane – nel fatto dannoso; l'altra dedicata, viceversa, al concorso del danneggiato. Sicché alcuna disposizione è peculiarmente rivolta alla specifica ipotesi dell'interazione tra concause umane e naturali. Cionondimeno, dagli artt. 2055 e 1227 sono stati tratti argomenti tanto contro quanto a favore della rilevanza giuridica del concorso tra concause umane e naturali.

A fronte di questi medesimi indici normativi, la giurisprudenza della Cassazione ha maturato negli ultimi anni posizioni opposte: una discussa sentenza²⁵, della fine degli anni duemila, ha fondato il riconoscimento della rilevanza giuridica delle concause naturali proprio sugli artt. 2055, 2° comma, e 1227, 1° comma; ed è andata anche oltre, dando spazio alle tesi della *c.d.* causalità equitativo proporzionale e indirettamente dell'aumento del rischio²⁶. Tralasciando – ma solo per il momento – il tema del ricorso

²⁴ MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni Rassegna critica di giurisprudenza (1943 – 1946)*, in *Temì*, 1946, p. 566 ss., ora in Castronovo, Albanese, Nicolussi (a cura di), *Scritti II Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 17 ss.

²⁵ Cass., 16 gennaio 2009, 975, *Danno e resp.*, 2010, 372 ss., con nota di CAPECCHI. V. già, nel senso della rilevanza giuridica del concorso tra concause umane e naturali, Cass., 25 ottobre 1974, 2133, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1489 ss., secondo la quale non vi è ragione «per usare al fattore causale meramente naturale un trattamento diverso rispetto a quello riservato al fatto dello stesso danneggiato».

²⁶ V., per una chiara enunciazione di questa tesi, CAPECCHI, *Il nesso di causalità Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*³, Padova, 2012, p. 257 ss.; ID, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contr. e impr.*, 2021, p. 23 ss.

all'equità, l'argomento principale della Corte sembra proprio essere quello secondo cui l'ordinamento, conoscendo già una forma di apporzionamento dell'obbligo risarcitorio – sulla base di una misurazione dell'efficienza eziologica delle differenti concause dell'illecito –, debba applicare un'analogia norma alle concause naturali, del cui apporto, parimenti, sarebbe necessario tenere conto nella quantificazione del risarcimento addossato all'agente.

In due pronunce successive²⁷, la Cassazione corregge, in modo all'apparenza netto, il proprio orientamento argomentando come, nel giudizio di imputazione dell'illecito extracontrattuale o da inadempimento, la concausa naturale assuma il solo rilievo di fattore di esclusione della responsabilità, nel caso in cui si accerti che il fatto naturale sia stato da solo sufficiente a determinare l'evento lesivo. Il significato, soltanto ostativo dell'imputazione di responsabilità, si giustifica – nel ragionamento della Corte – attraverso un'opposta analisi delle disposizioni esaminate.

Nel nostro ordinamento, l'unica norma ad attribuire rilevanza giuridica all'azione della concausa naturale, nel processo di causazione dell'evento lesivo, sarebbe l'art. 41, comma 2°, c.p., assegnandovi, però, la sola funzione di escludere la responsabilità dell'agente, nell'ipotesi in cui il fatto naturale abbia “interrotto” il decorso causale che dalla condotta avrebbe potuto portare all'evento lesivo. Suggella questa conclusione la disposizione del primo comma dello stesso art. 41, quando stabilisce che il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'evento; regola che, se considerata sotto la specola della concausa naturale, porta in effetti ad arguire che qualunque ruolo – diverso dalla c.d. interruzione del nesso – abbia giocato il fattore naturale nella determinazione dell'evento, il giudizio sull'imputazione della responsabilità non ne venga, in alcun modo, condizionato²⁸.

²⁷ Cass., 21 luglio 2011, 15991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 180 ss., con nota di PUCCELLA; Cass., 29 febbraio 2016, 3893, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1049 ss., con nota di D'ADDA.

²⁸ Nel senso dell'irrelevanza delle concause naturali nel giudizio di responsabilità civile: Cass., 8 marzo 1963, 568, in *Giur. it.*, 1964, I, p. 209 ss.; Cass., 5 novembre 1999, 12339, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 661 ss.;

Un tale esito sarebbe, poi, confermato proprio dall'interpretazione della norma dell'art. 2055, comma 1, e non smentito dagli artt. 1227, comma 1, e 2055, comma 2: la qualificazione come solidale dell'obbligazione risarcitoria, offrirebbe – proprio nella logica del principio costituzionale di solidarietà – un argomento decisivo contro la rilevanza giuridica delle concause naturali, e proprio in quanto naturali, vale a dire non imputabili ad alcuno. La natura solidale dell'obbligazione mostrerebbe, infatti, una volta di più, l'attitudine del nostro sistema di responsabilità civile ad assicurare al danneggiato la compensazione piena del pregiudizio subito, gravando il danneggiante del rischio dell'insolvenza degli altri corresponsabili; orientamento che impedirebbe, quindi, di inquadrare la concausa naturale quale fattore la cui ricorrenza determini una calibratura dell'obbligazione di risarcimento consonante alla sua efficacia eziologica.

D'altra parte, sebbene sia vero che l'art. 2055, comma 2, determini l'oggetto dell'azione di regresso in relazione all'effettivo apporto causale di ciascun autore, sarebbe pur da notare come tale partizione della responsabilità – ottenuta segmentando la sequenza eziologica – riguardi, non a caso, soltanto i rapporti interni tra codanneggianti; mentre l'unica ipotesi in cui il risarcimento dovuto al danneggiato diminuisca a seconda dell'effettiva efficacia causale riconosciuta all'azione del danneggiante sarebbe quella in cui, *ex art. 1227* comma 1, la concausa si estrinsechi in una condotta del

Cass., 4 novembre 2003, 16525, in *Danno e resp.*, 2004, p. 677 ss.; Cass., 2 febbraio 2010, 2360, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 940 ss. In dottrina v., tra i sostenitori di questa tesi, FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 91 ss.; e, di recente, PIRAINO, *Il principio di equivalenza delle condizioni*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* a cura di Granelli, Milano, 2018, p. 496 ss. V., inoltre, l'articolata analisi di TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 89 ss., all'esito della quale si giunge alla formulazione del seguente criterio limitativo della responsabilità: «La responsabilità non si estende agli eventi che si siano verificati per il concorso o l'intervento di concause eccezionali, le quali abbiano determinato una gravità del danno in enorme sproporzione con la gravità dell'atto illecito. Si ha tale sproporzione quando il tipo di evento che si è verificato è più grave degli eventi più gravi che un atto illecito del tipo considerato possa cagionare senza il concorso di circostanze straordinarie» (*ivi*, p. 100).

medesimo danneggiato, al quale non può essere assicurata la compensazione di (una parte di) un danno che, in mancanza di una sua stessa colpa, non si sarebbe prodotto.

4.1. *La soluzione della «causalità equitativo proporzionale»: critica.*

Il problema della rilevanza giuridica dell'eziologia del fattore naturale si intreccia alla questione, di più ampia portata, della definizione della soglia minima di probabilità necessaria e sufficiente per l'accertamento della causalità civile. Al crocevia tra questi dibattiti, si inserisce quell'orientamento dottrinale²⁹ che prende il nome di «causalità equitativo proporzionale», portatore della tesi secondo cui la responsabilità dovrebbe essere imputata all'autore in misura proporzionale all'apporto eziologico recato dalla sua condotta, da determinarsi ricorrendo anche, nei casi più difficili, ad un giudizio equitativo.

Per descrivere, succintamente ma compiutamente, il contenuto di questo orientamento, mi sembra utile scomporre la definizione chiedendomi perché la causalità dovrebbe essere «proporzionale», e cosa si intenda per giudizio di equità in materia di rapporto causale. Prima di rispondere a questa domanda, occorre ricordare, ancora, che la causalità equitativo proporzionale si afferma in un contesto – quello medico legale – di particolare incertezza nella determinazione della relazione eziologica tra gli eventi³⁰, volendo dare forma ad un giudizio di responsabilità che persegua l'obiettivo tanto di non lasciare la vittima del pregiudizio priva di qualsivoglia compensazione, quanto di non addossare al danneggiante il peso dell'intero danno anche nelle ipotesi di processi eziologici complessi, di cui solo una porzione possa effettivamente essergli imputata. Con questo scopo, e quindi essenzialmente per ragioni di equità, si vuole superare la regola definita, nella letteratura nordamericana, dell'*all or nothing*, secondo la quale, raggiunta la

²⁹ Di cui è espressione, in giurisprudenza, Cass., 16 gennaio 2009, 975, cit., pronuncia da cui la Corte – come ho già ricordato – ha, ben presto, preso le distanze (almeno formalmente).

³⁰ Cfr. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 164 ss.

prova che un certo antecedente è la causa di una determinata conseguenza, all'autore della condotta viene attribuita, per intero, la responsabilità dell'evento lesivo e l'onere economico dell'integrale risarcimento del relativo danno, pur quando l'affermato rapporto causa-effetto sia stato accertato solo nella misura del più probabile che non: alla regola dell'*all or nothing* dovrebbe sostituirsi quella della causalità proporzionale. Specularmente, la spinta solidaristica verso il danneggiato porta a soppiantare la regola del più probabile che non – soglia minima al di sotto della quale non può ritenersi provato che [A] sia causa di [B] – con una valutazione che, equitativamente, imputi all'autore di [A] quella porzione di responsabilità commisurata alla probabilità che [A], concretamente, abbia cagionato [B], ancorché non sia provato che la relazione eziologica tra [A] e [B] sia più probabile della derivazione di [B] da un'altra fonte: la causalità proporzionale dovrebbe equitativamente superare la regola del più probabile che non³¹.

Alfine, la Cassazione ha rigettato questo orientamento: la tesi di una valutazione equitativa e proporzionale del nesso causale è incompatibile con il nostro sistema di responsabilità civile, come dimostra l'interpretazione degli artt. 41 c.p. e 1227 e 2055 c.c., che impone una determinazione oggettiva delle relazioni causali.

Invero, la Corte non chiude ogni spazio ad una valutazione equitativa sul nesso di causalità – giuridica, però, non materiale – affermando che, una volta individuato a monte, e su di una base oggettiva, il nesso di causalità materiale, l'equità del giudice potrebbe rientrare, a valle, tra i criteri di valutazione del danno risarcibile da porre a carico del danneggiante (c.d. causalità giuridica)³². Proprio nella complessa ipotesi in cui, nello sviluppo del processo eziologico di una malattia, si accerti la probabile incidenza di una patologia pregressa, mentre ciò non basterebbe a negare la sussistenza del nesso causale tra la condotta del medico e l'evento lesivo, un rilievo, invece, tale accertamento potrebbe averlo

³¹ Sostiene questa tesi, in particolare, CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., p. 266 ss. Sembra muovere, nella stessa direzione, anche TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, soprattutto p. 93 ss. e p. 387 ss.

³² Cass., 21 luglio 2011, 15991, cit.

in sede di selezione dei danni risarcibili, portando ad una equa riduzione del risarcimento del danno, legittimata dalla norma di cui all'art. 1226 c.c. Anche successivamente, la Cassazione ha confermato questa soluzione³³, accompagnandola ad un *obiter dictum* significativo dal punto di vista teorico: «dovendo la relazione materiale designante il derivare di un evento da una condotta (dolosa o) colposa essere correttamente qualificata come nesso di causalità (non già meramente materiale bensì) giuridica, quantomeno in ragione dell'essere essa rilevante per il diritto [...], il diverso ed autonomo (successivo) momento della determinazione del risarcimento dovuto attiene in realtà propriamente non già al piano della "causalità giuridica" bensì a quello dei criteri di delimitazione dell'ambito del danno risarcibile, come risulta confermato (anche) dalla segnalata interpretazione che riceve l'art. 1223 c.c. Tale norma non pone infatti una regola in tema di nesso di causalità ma si risolve nell'indicazione di un mero criterio [...] di delimitazione dell'ambito del danno risarcibile»³⁴.

Riguardo alla tesi della c.d. causalità equitativo proporzionale, non sembra che questo orientamento possa essere approvato o disapprovato una volta per tutte, nella sua interezza, dovendo, invece, essere considerato partitamente, con riguardo agli obbiettivi che si prefigge. Accogliendo questo punto di vista, la tesi della causalità equitativo proporzionale può essere condivisa quando mira al superamento della c.d. regola dell'*all or nothing*; deve invece essere rigettata quando porta l'equità tra i criteri di giudizio sulla sussistenza del nesso causale.

³³ Cass., 29 febbraio 2016, 3893, cit.

³⁴ Criticano la tesi della scomposizione del giudizio causale nelle fasi della c.d. causalità materiale e della c.d. causalità giuridica, soprattutto, BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 7 ss., ora in BELVEDERE, *Scritti giuridici*, II, Padova, 2016, p. 799 ss.; PUCELLA, *op. ult. cit.*, p. 239 ss.; RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 327 ss.

Cominciando da questo secondo aspetto³⁵, si può subito osservare come la causalità equitativa si ponga nella medesima scia che ha accompagnato la creazione del c.d. danno da perdita di chance. Anche in questa ipotesi, infatti, il problema – se tale lo si ritenga – è quello di evitare l'iniquità che deriverebbe dall'impossibilità di imputare al candidato danneggiante una responsabilità per il verificarsi dell'evento lesivo, a cagione del mancato raggiungimento della prova della sussistenza di un nesso causa-effetto tra la condotta e l'evento. Non potendo accertarsi, nella misura minima del più probabile che non, che l'utilità che il supposto danneggiato aveva di mira sia mancata a causa della condotta del presunto danneggiante, si crea una nuova ed autonoma posizione soggettiva – estrinsecantesi proprio nella chance di conseguire il vantaggio voluto – la cui lesione, dal punto di vista causale, possa essere messa in rapporto con la condotta del candidato responsabile. Accorciando in questo modo la catena causale, si può concludere che se è vero che [A] non ha cagionato [B], non è vero però che [A] non abbia cagionato [Ax], dove [B] sarebbe l'utilità finale che il danneggiato voleva conseguire mentre [Ax] sarebbe l'utilità intermedia (consistente in una certa probabilità di conseguire il risultato sperato). Ora, se [Ax] diventa l'oggetto di una posizione giuridica soggettiva, la sua lesione – provocata dalla condotta [A] – fa sorgere il diritto al risarcimento del danno subito da chi di quella posizione soggettiva sia il titolare: in questo modo il problema dell'insussistenza di un nesso causale tra [A] e [B] è risolto con l'attribuzione al danneggiato di un risarcimento per l'evento [Ax], determinato percentualmente in una certa misura dell'utilità finale [B], quella stessa misura che esprime la probabilità che [A] abbia determinato [B]³⁶.

³⁵ Riguardo al superamento della c.d. regola dell'*all or nothing*, e quindi al problema della rilevanza giuridica del concorso tra concause umane e naturali v. *infra* par. 6.

³⁶ Cfr., in questo stesso ordine di idee, CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 315 ss; MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 86 ss.; BELVEDERE, *Il nesso di causalità*, in Belvedere e Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, in *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 229 ss., ora in A. BELVEDERE, *Scritti giuridici*, II, cit., p. 826 ss. V., di recente, la convincente analisi di FRENDA, *Il*

Sostanzialmente simile è il risultato cui si giunge attraverso una valutazione equitativa del nesso causale: stimata in una certa probabilità – inferiore alla soglia del più probabile che non – l’incidenza causale di [A] rispetto a [B], l’equità porta ad addossare all’autore di [A] la responsabilità per il verificarsi di [B] in una misura coincidente con la probabilità che [A] abbia cagionato [B]. In questo modo, la vittima di [B] non rimane priva di una compensazione – seppur non integrale – per il pregiudizio subito, mentre l’artefice di [A] si vedrà imputata una responsabilità non per aver provocato un evento lesivo ma per aver posto in essere una condotta che, con una certa probabilità, potrebbe cagionare un evento del tipo di quello che si è verificato. A questo proposito, si è parlato in dottrina di una responsabilità per l’aumento del rischio del prodursi di un evento lesivo³⁷.

L’unica linea distintiva che si può tracciare rispetto alla responsabilità per la c.d. perdita di chance riguarda non l’esito raggiunto, ma il modo del suo conseguimento: il risarcimento della chance porta alla creazione di una autonoma posizione giuridica soggettiva (la chance appunto); viceversa la responsabilità da aumento del rischio ha una funzione schiettamente sanzionatoria, giacché è punita la condotta di chi, con la propria azione, ha accresciuto la probabilità che un determinato evento lesivo si verificasse. Qui non traspare neppure il tentativo di individuare una posizione giuridica protetta, mentre è evidente la natura sanzionatoria ed il fine equitativo dell’attribuzione di responsabilità. Del resto, sarebbe arduo argomentare la configurabilità di un interesse protetto dall’ordinamento a non subire l’aumento del rischio che un evento lesivo si verifichi, anche perché l’affermare

danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1325 ss., nella cui scia si colloca – con interessanti proposte nel campo della responsabilità per inadempimento – la riflessione di C. SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 6, p. 1742 ss. Per una impostazione differente v. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale* *Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017, p. 161 ss.

³⁷ Cfr., soprattutto, CAPECCHI, *op. loc. ult. cit.*

che [A] con una probabilità del venti per cento potrebbe causare [B], non solo non comporta che [A] abbia, in concreto, causato [B] ma neppure che [A], nel caso preso in esame, abbia aumentato del venti per cento il rischio che [B] si verificasse. La teoria dell'aumento del rischio mostra, quindi, con la massima evidenza, il tentativo di manipolare e piegare la responsabilità di diritto civile – extracontrattuale o da inadempimento, il risultato non cambia – al perseguimento di scopi che con la compensazione del pregiudizio, conseguente alla lesione di una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento, hanno davvero poco a che spartire.

4.2. La giurisprudenza della scissione tra causalità materiale e giuridica: critica.

Di recente³⁸, la Cassazione ha avuto occasione di ribadire il proprio orientamento sulla (in)configurabilità del concorso tra concause umane e naturali, giocando interamente la conferma della soluzione sulla distinzione tra causalità materiale e giuridica, sulla falsa riga della quale la Corte differenzia – per quanto attiene al rispettivo trattamento giuridico – le concause di lesione dalle concause di menomazione.

Un fattore naturale è concausa della lesione quando, supponendone l'inesistenza, l'evento dannoso non si sarebbe realizzato; così, in mancanza della patologia pregressa, la condotta dell'agente non sarebbe stata sufficiente a provocare la lesione. Nella contingenza della fattispecie concreta, quindi, entrambe le condizioni, singolarmente considerate, risultano necessarie alla verifica dell'evento ma si rivelano insufficienti a cagionarlo autonomamente. Si tratta dell'ipotesi in cui la vittima soffre di una particolare predisposizione per una determinata patologia – non in atto, però, al momento dell'illecito – o evidenzia una significativa vulnerabilità nella psiche o nel fisico, tali che l'agire di una condotta di per sé inidonea a procurare l'esito lesivo riesca – sprigionando le potenzialità nocive della situazione morbosa preesistente – a determinarne, nondimeno, la verifica. Il riferimento ad una

³⁸ Cass., 11 novembre 2019, 28986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 295 ss., con nota di PUCCELLA.

«inidoneità per sé» traduce il giudizio controfattuale secondo cui – in forza dell’applicazione di una certa legge di copertura – un fattore come quello rappresentato dall’azione del candidato responsabile, incidendo su di un soggetto “sano”, non avrebbe dispiegato l’efficacia eziologica necessaria e sufficiente a causare il risultato lesivo prodotti.

La lettura giuridica del problema porta a individuare, nello stato pregresso della vittima, una condizione in mancanza della quale la lesione della situazione soggettiva tutelata dall’ordinamento non avrebbe avuto luogo. Così, se la sussistenza della concausa si rivela un presupposto necessario della lesione, e la lesione si caratterizza – nella ricostruzione della c.d. causalità materiale – come il secondo termine del nesso che lega la condotta all’evento dannoso, allora la possibilità di un riconoscimento giuridico dell’apporto eziologico offerto dalla concausa naturale si infrange con l’assunto (giurisprudenziale) che nega la frazionabilità del nesso di causalità materiale. Si deve rilevare, peraltro, come tale conclusione echeggi la soluzione applicata nei sistemi di *common law*, nota come *thin skull rule*, secondo cui la vittima affetta da una straordinaria fragilità del cranio – o della colonna vertebrale, ma lo stesso ragionamento si applica anche al caso dell’emofiliaco – non può vedersi ridurre il risarcimento dovutogli da colui il quale – con un’azione che può definirsi, appunto, di per sé inidonea al risultato – gli abbia cagionato uno sbriciolamento della componente ossea del capo (ovvero una gravissima lesione della colonna vertebrale o un’importante emorragia)³⁹.

³⁹ L’applicazione della *thin skull rule* è, peraltro, accompagnata da dubbi e, in alcune giurisdizioni di *Common Law*, se ne può osservare il superamento: cfr. P. ROWE, *The demise of the thin skull rule?*, in *The Modern Law Review*, 1977, p. 377 ss.; ROACH, *Blaming the victim: Canadian Law, causation, and residential schools*, in *The University of Toronto Law Journal*, 2014, special issue: *The residential schools litigation and settlement*, p. 566 ss.; KOHUTIS - S. MCCALL, *The eggshell and crumbling skull plaintiff: psychological and legal considerations for assessment*, in *Psychological Injury and Law*, December 2020. Più in generale, v. PORAT - STEIN, *Indeterminate causation and apportionment of damages: an essay on Holtby, Allen, and Fairchild*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, p. 667 ss.

Diverso sarebbe il discorso rispetto a quelle che la Corte definisce «concause di menomazione». Nei casi in cui opera una concausa di menomazione, l'azione (o l'omissione) del danneggiante è condizione necessaria e sufficiente della lesione dell'integrità psicofisica della vittima, mentre la concausa può – solo se concorrente ma non se coesistente, secondo la tassonomia accolta dalla Cassazione – contribuire ad aggravare le conseguenze della lesione. Dunque, se la ricerca eziologica ha dato un responso chiaro circa la sussistenza del nesso causale tra la condotta del responsabile e l'evento (dannoso) ingiusto, mentre restano da determinare esattamente le conseguenze della lesione – indagando sull'esistenza di un nesso causa-effetto tra l'azione del danneggiante ed i danni lamentati dalla vittima – il concorso tra la causa umana e la concausa naturale (di menomazione) diviene giuridicamente configurabile, perché pertiene a quella fase della ricerca eziologica – la c.d. causalità giuridica – in cui non è più in discussione l'individuazione del responsabile, ma il perimetro del danno risarcibile. Così, se lo stato di salute della vittima, anteriore all'illecito, ha amplificato gli effetti negativi che la causa umana avrebbe provocato nella sfera psicofisica di una persona “sana”, allora quell'intensificazione della dannosità della condotta non dovrà gravare sul suo autore, che – legittimamente – potrà domandare che si identifichi quella porzione di danno riconducibile, eziologicamente, alla concausa naturale.

Nell'impostazione fatta propria dalla giurisprudenza, la determinazione del nesso di causalità giuridica tra l'illecito ed il danno si ottiene applicando il criterio d'indagine individuato dall'art. 1223, che impone di sceverare, tra le conseguenze sfavorevoli succedutesi all'evento dannoso, quelle immediate e dirette da quelle che, invece, siano mediate ed indirette, e come tali non imputabili all'autore dell'illecito⁴⁰. Così, secondo la Corte, sono conseguenze immediate e dirette quei peggioramenti delle condizioni dell'esistenza che la vittima avrebbe interamente patito anche

⁴⁰ Anche se la giurisprudenza – come è noto – conosce massime assai divergenti sul punto. Per l'approfondimento del tema, impossibile in questa sede, sia consentito rinviare a RIZZO, *Nesso di causalità*, in *Codice della responsabilità civile* a cura di Navarretta, Milano, 2021, p. 1452 ss.

laddove, prima dell'evento dannoso, avesse potuto vantare un quadro clinico senza ombre: di talché, alcuna rilevanza potrebbe essere assegnata alle c.d. concause coesistenti di menomazione, cioè a quelle patologie che – o per il fatto di incidere su organi differenti da quello danneggiato (ma sul punto non possono darsi valutazioni aprioristiche, che facciano discendere dalla diversità dell'apparato corporeo coinvolto la qualifica di «coesistenza» e, quindi, l'irrelevanza giuridica della menomazione) o perché assorbite dalla malattia portata dall'illecito – non influenzino le conseguenze della lesione.

Le c.d. menomazioni concorrenti, invece, sarebbero in grado di amplificare il portato negativo della lesione, generando effetti che, se riguardati rispetto all'illecito, si porrebbero quali conseguenze mediate ed indirette: proprio perché tali dovrebbero essere sottratte dal perimetro del danno risarcibile, con il riconoscimento, per questa via, del concorso tra concause umane e (questa tipologia di) concause naturali.

Centrale diviene, a questo punto, l'individuazione del metodo più corretto – cioè conforme all'importanza del bene giuridico tutelato – per operare la sottrazione dell'effetto dannoso della concausa concorrente: il metodo definito dalla Cassazione prevede una valutazione (medico-legale) dell'invalidità del soggetto, che non si limiti, semplicemente, ad isolare la percentuale di invalidità legata alla lesione ma ne stimi le conseguenze nella loro globalità, individuando, poi, la somma di denaro idonea a compensare il pregiudizio così determinato; somma dalla quale – ricorrendo, se del caso, all'equità di cui all'art. 1226 – dovrà essere detratto l'ammontare in denaro considerato rappresentativo del grado di menomazione dell'integrità psicofisica della vittima prima che l'illecito avesse luogo.

Orbene, la Corte affronta il problema del concorso tra concause umane e naturali sistematizzando e chiarendo, significativamente, il suo orientamento, che fa registrare, peraltro, qualche discontinuità rispetto alle pronunce precedenti⁴¹. Se si considera la tassonomia proposta, di un vero e proprio concorso di cause nella produzione

⁴¹ In particolare, Cass., 29 febbraio 2016, 3893, cit.

dell'evento dannoso ingiusto si può parlare soltanto in relazione alle c.d. concause di lesione, in mancanza del cui apporto eziologico la condotta dell'agente si sarebbe rivelata inidonea a determinare la violazione della situazione giuridica meritevole di protezione.

Il mancato riconoscimento, in questa ipotesi, dell'efficacia (con)causale della pregressa situazione patologica del danneggiato sposta, interamente, sul danneggiante il rischio insito nello stato morboso della vittima, senza che un tale risultato sia necessitato dall'esigenza di realizzare la funzione deterrente e preventiva della responsabilità civile. Mentre, infatti, nel diritto criminale la responsabilità non è divisibile, pertanto una volta che un evento di reato sia imputato oggettivamente e soggettivamente ad un determinato autore, la pena non può che discenderne conclusivamente; nel sistema di responsabilità civile – accertato che la condotta dell'agente rappresenti la *condicio sine qua non* dell'illecito – vi è nondimeno lo spazio per tenere in considerazione l'intero processo causale che ha portato alla produzione dell'evento dannoso (come gli artt. 1227 e 2055, nitidamente, mostrano). Difatti, il riconoscimento dell'apporto causale del fattore naturale non impedisce di individuare, chiaramente, il responsabile dell'evento nell'autore della condizione necessaria dello stesso e, al contempo, non impone di addossargli per intero le conseguenze dell'azione compiuta, proprio perché la funzione della responsabilità non è reagire al disvalore espresso dalla condotta lesiva del bene giuridico tutelato – con la punizione del reo – ma compensare il pregiudizio che ne sia derivato⁴².

Una valutazione integrale dell'eziologia del fatto consente, d'altra parte, di distribuire, equamente, il rischio che una situazione

⁴² Cfr., nel senso del riconoscimento della rilevanza giuridica del concorso tra concausa umana e naturale, RUFFINI, *Il concorso di colpa e di caso fortuito nella produzione del fatto dannoso: l'esperienza francese e il diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 39 ss.; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 1976, p. 41 ss.; PUCCELLA, *La causalità «incerta»* cit., p. 180 ss.; ID., *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 189 ss.; FREANDA, *Concausa naturale e concorso colposo del danneggiato: questioni analoghe, soluzioni opposte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 412 ss.

di vulnerabilità inevitabilmente serba, facendolo ricadere tanto sul portatore di quella determinata deficienza psicofisica quanto su chiunque vi entri a contatto, e, con la propria condotta colposa, finisca per arrecare un danno che, nella sua ampiezza, si riveli del tutto inconferente rispetto alla violazione della regola cautelare posta in essere.

Infine, non vi è alcun pericolo di frazionamento del nesso causale, poiché la ricerca causale in quanto processo logico è ontologicamente frazionata, come qualsiasi processo logico è suddiviso fra le sue componenti.

Ancora poche considerazioni rispetto alle c.d. concause di menomazione coesistenti e concorrenti: essenziale, in queste ipotesi, è l'esatta individuazione del secondo polo della ricerca eziologica, che – nella stessa impostazione della Cassazione – deve essere identificato nello stato di invalidità del soggetto a seguito dell'illecito. Fatta questa basilare premessa, una volta appurata la natura di condizione necessaria dell'evento dannoso della condotta del danneggiante, si dovrà riconoscere alla concausa naturale il peso che la stessa abbia avuto nella produzione della conseguenza pregiudizievole, traducendone, poi, la stima nella quantificazione del danno e liquidazione dell'obbligazione risarcitoria. La posizione della Corte – sia per ciò che attiene all'assegnazione al fattore naturale del suo effettivo ruolo concausale, sia per la definizione del concreto metodo di calcolo del risarcimento – sembra corretta, seppure arroccata all'*escamotage* della distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica.

Nella discriminazione tra concause di menomazione coesistenti e concorrenti si riflette, invece, la condivisibile necessità che vi sia un'omogeneità, quanto agli effetti, tra concause umane e naturali, uniformità che conduce a negare rilevanza alle concause c.d. coesistenti⁴³.

⁴³ Proprio l'esempio, individuato dalla Corte, per indicare quest'ultima tipologia di concause, però, non convince: il disturbo uditivo – già sofferto dalla vittima, rispetto all'evento lesivo in grado, da solo, di generare la sordità del danneggiato – esercita, infatti, la stessa efficacia concausale della sindrome di down rispetto all'ipossia al momento del parto; efficacia che, diversamente, è stata

5. *Le funzioni della responsabilità civile nella costruzione del modello.*

Questi ragionamenti svelano, in controluce, un conflitto tra principi, sul quale è il caso, ora, di volgere l'attenzione.

Nella materia della responsabilità civile (extracontrattuale), la dimensione del conflitto tra principi si è incanalata, storicamente, in un contrasto sulle funzioni dell'istituto, di cui di volta in volta viene accentuata la finalità marcatamente solidaristico compensativa o il profilo punitivo⁴⁴.

Un'ormai consolidata sistemazione concettuale assegna al principio di solidarietà, scolpito nell'art. 2 Cost., il ruolo di tenere assieme i presupposti ed i fini della responsabilità aquiliana, restituendone un volto unitario: la solidarietà – attraverso la clausola generale di ingiustizia del danno – limita la libertà di agire dei soggetti al cospetto di altrui situazioni giuridiche tutelate, per un qualche fine, dall'ordinamento, seppur non nella forma del diritto soggettivo assoluto, dunque non protette attraverso l'imposizione di generalizzati doveri di astensione⁴⁵. Struttura e funzione, si diceva: caratterizzandone il fondamento, inevitabilmente la solidarietà impronta di sé anche gli stessi fini della responsabilità, conformandone la realizzazione in senso schiettamente compensativo⁴⁶. Non meno articolato, peraltro, è il ruolo che, nel tempo, il principio di solidarietà è venuto a rivestire nell'ambito della responsabilità contrattuale, per il tramite della clausola generale di correttezza e buona fede.

Sennonché la concezione della responsabilità come punizione non disarma, seguitando ad offrire una chiave di lettura dell'istituto

riconosciuta dalla Cassazione nella già esaminata pronuncia 29 febbraio 2016, 3893, seppure sempre sul piano della causalità giuridica.

⁴⁴ Su cui sia consentito rinviare a RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative* cit., p. 1811 ss.

⁴⁵ Cfr., in particolare, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 79 ss; PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino - Napoli, 1972, soprattutto p. 18 ss. e p. 161 ss.

⁴⁶ Cfr., anche per i necessari riferimenti bibliografici, RIZZO, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 295 ss.

eccentrica rispetto a quella riparatorio compensativa, ma, soprattutto, soluzioni operative che si fanno chiare, principalmente, nel settore del danno non patrimoniale, in cui la funzione compensativa – non potendo contare sull’ancoraggio alla teoria della differenza – fatica maggiormente a dispiegarsi⁴⁷.

Compensazione e punizione, dunque, si fronteggiano nel definire – funzionalmente e operativamente – l’orizzonte di senso della responsabilità civile.

Diversamente, se il tema è la rilevanza giuridica del concorso tra concause umane e naturali, le istanze di compensazione del danneggiato e punizione del danneggiante sembrerebbero, singolarmente, convergere nel sancirne l’ininfluenza, classificando irrimediabilmente tale forma di concorso come spuria.

Questa strana sinergia si spiega riflettendo sul fatto che, così come – focalizzandosi sul danneggiato – il riconoscimento del ruolo eziologico della concausa naturale sembra ostacolare la riparazione integrale del pregiudizio; allo stesso modo – volgendosi al danneggiante – una determinazione del risarcimento che tenga conto dell’apporto delle concause naturali depotenzierebbe la punizione del responsabile, che, proprio in quanto tale, cioè quale autore dell’illecito, dovrebbe sopportarne ogni conseguenza, venendo meno, in caso contrario, la stessa efficacia retributiva e deterrente

⁴⁷ PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, p. 115 ss, partendo dal presupposto che la responsabilità civile «non può avere un’unica funzione, ma una pluralità di funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere», *ivi* p. 119, osserva che: «Il c.d. danno punitivo e le sanzioni esemplari (esperite o che potrebbero essere introdotte), che pur non sembrano rientrare nella tradizionale funzione della responsabilità civile, si prospettano quali strumenti di politica legislativa con funzione fortemente deterrente sí da rappresentare una novità nel sistema da esaminare con attenzione e prudenza», *ivi* p. 117. La prospettiva di fondo dell’Autore si può cogliere, soprattutto, in PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 4, p. 1061 ss., ove, al termine di una articolata analisi tesa a smentire la tradizionale distinzione tra indennizzo e risarcimento e la separazione tra danno patrimoniale e non patrimoniale, così conclude: «La responsabilità civile non può che essere considerata in una prospettiva unitaria come funzione riparatrice del danno ingiusto ovvero del semplice danno a prescindere dalla sua ingiustizia, secondo i correttivi della proporzionalità e della ragionevolezza», *ivi* p. 1086.

della condanna risarcitoria. In sintesi, riconoscere l'efficienza eziologica dispiegata dalla concausa naturale nella produzione dell'evento dannoso e ridurre, su questa base, il *quantum* del risarcimento indebolirebbe, al contempo, l'efficacia compensativa della riparazione, e l'efficacia punitiva della responsabilità.

Nella materia del concorso tra cause umane e naturali, l'evocato conflitto tra principi non sembrerebbe contrapporre, dunque, la compensazione e la punizione – che, anzi, convergerebbero nell'escluderne la rilevanza giuridica – ma il principio che vieta l'ingiustificato arricchimento e la concezione punitiva della responsabilità.

Convieni, però, andare con ordine, rammentando come il principio di integrale riparazione imponga l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro equivalente alla misura del pregiudizio subito, che viene, così, ad atteggiarsi da valore soglia oltrepassato il quale – nei due possibili versi, positivo o negativo – il risarcimento abdica alla sua funzione riparatoria, concretizzandosi – per l'eccedenza o per l'ammacco – in un arricchimento o in un diniego di tutela della vittima. Pertanto, il divieto di ingiustificato arricchimento lungi dal contraddire il principio di integrale riparazione del danno, ne rappresenta, anzi, un corollario.

Escluso, quindi, che il divieto di ingiustificato arricchimento entri in tensione con l'imperativo dell'integrale riparazione, emerge, nondimeno, come i due principi declinino la funzione compensativa della responsabilità con sfumature differenti: il cardine dell'integrale riparazione svolge la funzione compensativa della responsabilità, specialmente, nella dimensione della solidarietà; il divieto di ingiustificato arricchimento, invece, declina l'obiettivo della piena riparazione nella matrice del principio di uguaglianza.

Così, rispetta il principio di uguaglianza quel sistema di responsabilità che condanna il convenuto a risarcire un danno che possa essergli imputato oggettivamente⁴⁸, creandosi, in caso

⁴⁸ Nel diritto criminale, la derivazione causale dell'evento di reato dalla condotta attiva od omissiva dell'agente è necessaria, invece, per il rispetto di un altro principio costituzionale, quello di personalità della responsabilità, posto dall'art. 27 della Costituzione.

contrario, una sperequazione tra il danneggiante ed il danneggiato, poiché ciò che il secondo riceve non è riparazione ma arricchimento. Pertanto, se il danneggiante è condannato a risarcire un pregiudizio che in parte – ma il punto sarà chiarito nel prosieguo – non gli è obiettivamente imputabile, si crea una discriminazione tra danneggianti come tra l'offensore e la stessa vittima: tra danneggianti, che vengono trattati in egual modo quantunque autori unici dell'illecito ovvero in concorso con un fattore eziologico non imputabile ad alcuno; tra danneggiato e danneggiante, nella misura in cui il primo – ottenendo la compensazione piena di un pregiudizio che, solo in parte, trova ragione nella condotta dell'agente – profitta di una attribuzione patrimoniale (parzialmente) ingiustificata. L'esito del giudizio di responsabilità viene, così, a sbilanciare l'equilibrio tra le sfere giuridico patrimoniali dei soggetti, fondamentale portato del principio di uguaglianza.

Allora, se il divieto di ingiustificato arricchimento – pur con le sue specificità – è un corollario del principio di integrale riparazione, ed il principio di integrale riparazione altro non è che lo svolgimento e la realizzazione della funzione compensativa della responsabilità, come si spiega la saldatura tra istanze compensative e punitive nel negare la rilevanza del concorso tra concause umane e naturali?

La risposta a questa domanda tiene assieme due profili, l'uno di carattere tecnico l'altro di natura culturale. Di entrambi si deve tenere conto.

Una visione compensativa della funzione dell'obbligo risarcitorio, che rifiuti di riconoscere l'apporto eziologico della concausa naturale, facendosi scudo del principio di integrale riparazione, confonde danno in senso giuridico e mero pregiudizio patrimoniale (o non patrimoniale).

Infatti, il danno è giuridicamente rilevante solo se si pone al centro della fattispecie di illecito, in un sistema – il nostro – in cui il giudizio di illiceità è di tipo sintetico, tale da condurre ad unità una complessità di elementi che corrono, però, su di una medesima direttrice, data dalla sequenza causale. Quindi, se manca – anche solo in parte (e questo è proprio il caso della fattispecie in cui concorra un fattore naturale) – l'imputazione oggettiva dell'evento dannoso alla condotta del candidato responsabile, il danno – che di

quell'evento restituisce la traduzione nel mondo dei valori – non giungerà ad attingere alla qualifica di danno giuridico, arrestandosi allo stadio di mero pregiudizio di fatto. Sennonché, la compensazione di un mero pregiudizio nega se stessa: non compensazione, ma arricchimento.

Così, la contraddizione tra il principio di integrale riparazione ed il divieto di ingiustificato arricchimento si scioglie, dimostrandosi apparente, come la convergenza tra le ragioni della compensazione e quelle della punizione. Disconosciuta qualunque *nuance* punitiva alla responsabilità di diritto civile, la soluzione del problema del concorso tra concause naturali ed umane è da ricercarsi in un corretto inquadramento della funzione compensativa del risarcimento, quale espressione tanto del principio di solidarietà quanto del principio di uguaglianza, perfettamente e bilateralmente convergenti nel divieto (*i.e.* principio) di ingiustificato arricchimento e nel principio di integrale riparazione del pregiudizio.

Non sono da sottovalutare, infine, i fondamenti culturali di un tale equivoco nella configurazione della funzione compensativa della responsabilità civile, da ricercarsi tanto nel ritardo della riflessione civilistica sul significato giuridico della ricerca eziologica, quanto nell'attrazione – invero sempre più declinante – che, a tutt'oggi, la presenza di regole, espressamente e specificamente, dedicate alla causalità nel diritto criminale, e l'ingente mole di contributi dedicati al tema nella letteratura penalistica, esercita sul cultore della responsabilità civile.

6. L'attuazione del modello alla prova del problema della rilevanza giuridica delle concause naturali.

Se, quindi, le norme degli artt. 1227 e 2055 costruiscono uno statuto del concorso di cause nella responsabilità di diritto civile, che non solo non mutua le regole fatte proprie dal diritto criminale ma vi si contrappone decisamente; se, d'altra parte, l'analisi delle differenti funzioni della responsabilità civile e penale dà, coerentemente, ragione della difformità delle previsioni normative nei due sistemi; se, infine, i principi che governano la materia della responsabilità di diritto civile mostrano, limpidamente, come l'entità dell'obbligazione risarcitoria debba essere strettamente connessa al

valore del pregiudizio subito dal danneggiato, relativamente al quale sia predicabile la responsabilità del danneggiante, attraverso un giudizio in cui la funzione legittimante della condanna al risarcimento è realizzata, specialmente, dall'accertamento del nesso di causalità; ebbene, se tutto quanto premesso è vero, la soluzione del problema della rilevanza giuridica del concorso tra concausa umana e naturale sembra, ora, a portata di mano.

Guardando alla tecnica dell'argomentazione, ci troviamo ad affrontare un caso esemplare di contrasto tra l'argomento *a contrario* e l'argomento *a simili*⁴⁹. Le ragioni che motivano l'utilizzo dei due argomenti sono già state, sostanzialmente, analizzate; si tratta ora di mettere meglio in risalto la struttura delle due argomentazioni e di scegliere la più convincente, utilizzando quale parametro di valutazione il criterio logico e sistematico.

All'origine della questione vi sono gli enunciati di due disposizioni della legge civile, gli artt. 1227, comma 1, e 2055, comma 2, che, pur occupandosi di altrettante fattispecie di concorso di cause nella produzione dell'evento dannoso, tacciono riguardo all'ipotesi in cui la concausa sia un fattore naturale. Dal silenzio del legislatore è possibile dedurre, *a contrario*, l'irrilevanza – ai fini della determinazione dell'oggetto della responsabilità – del contributo eziologico recato dalla concausa naturale, al contempo giustificando l'obliterazione della relativa fattispecie dagli enunciati

⁴⁹ Cfr., quali principali riferimenti dell'analisi compiuta in queste pagine, BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; ID., *Analogia*, in ID. (a cura di), *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 1 ss.; GIANNINI, *L'analogia giuridica*, I, in *Jus*, 1941, 4, p. 516 ss.; ID., *L'analogia giuridica*, II, in *Jus*, 1942, 1, p. 41 ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1980, p. 346 ss.; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1998, p. 266 ss.; ID., *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale* Cicu, Messineo e Mengoni, e poi da Schlesinger, Milano, 2011, p. 271 ss.; BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in *Diritto privato*, 2001-2002, Padova, 2003, p. 557 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, p. 511 ss.; BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium Iuris*, 2008, p. 421 ss.; VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, p. 84 ss.

considerati, e smentendo la congettura che l'ordinamento civile presenti, in questa materia, una vera e propria lacuna normativa.

All'apparenza, la strada sembrerebbe agilmente praticabile; senonché le fondamenta dell'argomentazione *a contrario* paiono, in questa ipotesi, obiettivamente assai malferme.

In assenza di una previsione espressa del legislatore civile, ai propugnatori dell'interpretazione restrittiva non resta, infatti, che andare alla sostanza della questione, trovando una giustificazione della trascurabilità del contributo concausale dei fattori naturali. In altre parole, se nella dimensione del giuridico si vogliono smentire gli esiti della ricerca eziologica – che l'apporto della concausa naturale certamente non disconosce ma, anzi, chiaramente descrive – è giocoforza creare o richiamarsi ad un principio (giuridico) che della causalità ricostruisca il volto rilevante per il diritto. Serve, insomma, rintracciare un principio di causalità giuridica che faccia al caso. Considerato, d'altronde, lo scarso valore che i sostenitori della tesi in esame annettono alle norme dettate in materia causale dalla legge civile – di cui propugnano un'interpretazione angusta, *a contrario* appunto – l'ipotesi della creazione, in materia causale, di un principio proprio della legge civile, che assicuri l'irrilevanza del concorso tra concause umane e naturali, si manifesta all'evidenza implausibile, aprendo, così, la strada al richiamo dei principi elaborati nell'altro grande dominio della responsabilità in cui l'ordinamento si struttura.

In effetti, il principio dell'equivalenza delle condizioni sembra prestarsi bene alla bisogna. Il tentativo più nitido e coerente di introdurlo nel sistema della responsabilità civile si è avuto con la proposta di farne la spiegazione della regola di solidarietà di cui all'art. 2055, comma 1. Fallito questo tentativo, per le ragioni che già si sono analizzate, non rimane che il riferimento, senza mediazioni, al diritto criminale ed al principio dell'equivalenza delle condizioni, quale *ratio* che giustifichi – evidentemente, dall'esterno – le norme in materia causale presenti nel tessuto della responsabilità civile.

Ci si viene a trovare, così, nella singolare situazione in cui l'interpretazione restrittiva di norme della legge civile viene giustificata attraverso il ricorso a principi ricavati da norme penali,

in una materia – il concorso di cause – in cui le soluzioni del diritto criminale (sul concorso di persone nel reato, come sulla rilevanza giuridica della condotta eziologicamente pregnante posta in essere dalla vittima dell'illecito) sono, però, di segno opposto rispetto alle regole civilistiche dettate per disciplinare le fattispecie corrispondenti. In termini ancora più chiari: ad una norma x , che appartiene all'insieme C , e disciplina f_c , si imprime una curvatura restrittiva per uniformarne l'interpretazione a quella di una norma y , che appartiene all'insieme P , e regola f_p , pur quando le conseguenze giuridiche che x collega a f_c sono differenti rispetto alle conseguenze che y associa alle fattispecie corrispondenti nel proprio dominio.

Il cortocircuitò sembra evidente.

Proviamo, ora, muovendo dai ragionamenti sviluppati fin qui, a risolvere il problema della rilevanza da attribuire al concorso delle concause naturali con la tecnica dell'argomento *a simili*.

Per prima cosa, si deve individuare la norma che regoli una fattispecie connotata da una somiglianza rilevante con il tipo di fatto che non trova nella legge (civile) una disciplina particolare. Come già analiticamente osservato, a tale scopo le norme che occorre considerare sono due: l'art. 1227, comma 1, e l'art. 2055, comma 2, poiché entrambe dedicate ad altrettante ipotesi di concorso di cause nella produzione dell'evento dannoso. D'altro canto, in ambedue le fattispecie la definizione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria del responsabile è determinata dall'apporto causale alla produzione dell'evento dannoso imputabile al medesimo. In altre più semplici parole, queste norme calibrano la responsabilità sulla causalità, costruendo uno statuto unitario del fenomeno concausale nella responsabilità di diritto civile.

Tuttavia, all'art. 2055 non è affidata l'unica missione di disciplinare il concorso di persone responsabili dell'eziologia dell'illecito, dovendo la norma sobbarcarsi anche il compito di risolvere l'ulteriore problema che la fattispecie della pluralità di autori dell'evento dannoso sconta, dato dal rischio dell'insolvenza (di uno o più) degli stessi. Con la norma di cui al 1° comma dell'art. 2055, l'ordinamento sceglie di non gravare di questo rischio il danneggiato, traslandolo sui danneggianti, con la conseguenza – per quel che qui rileva – che l'individuazione dell'oggetto del

risarcimento sulla base dell'apporto causale dei responsabili trovi compimento soltanto in sede di regresso, quindi in una situazione inscindibilmente legata al concorso di cause umane.

Pertanto, mettendo a confronto la fattispecie del concorso tra concause umane e naturali con l'ipotesi normativa descritta dall'art. 2055, comma 2, si deve constatare come le differenze superino le analogie, non consentendo all'argomento *a simili* di potersi dispiegare. Cionondimeno, la considerazione che l'art. 2055, comma 2, condivide con l'art. 1227, comma 1, il medesimo criterio causale di determinazione della prestazione di risarcimento, non deve essere trascurata, venendo ad assumere un peso quando il secondo polo della comparazione sia rappresentato dalla fattispecie dello stesso art. 1227, comma 1.

Andiamo, allora, a questo raffronto, consapevoli di star cercando la regola giuridica per il caso in cui due fattori – uno umano, l'altro naturale – si rivelino condizioni necessarie, quantomeno contingentemente, della causazione dell'evento dannoso prodottosi. Dal punto di vista dell'analisi eziologica, il modello normativo scelto quale termine di paragone propone proprio la descrizione di un'analogia interazione tra due concause, da cui sortisce l'evento che innesca l'attribuzione della responsabilità: la somiglianza tra la fattispecie legale e l'ipotesi (solo) fattuale è quindi piena, in termini causali.

Certo, nel modello normativo – e, qui, veniamo alle dissomiglianze – la concausa è rappresentata da una condotta umana, quella del danneggiato, qualificata per di più come colposa, con l'introduzione di un discrimine tra serie (con)causali rilevanti e sequenze non significative, attraverso un giudizio di conformità o difformità dell'azione rispetto a parametri sociali e normativi compendati con il riferimento alla colpa. È proprio in questa dimensione che si esplica una delle *rationes* della norma, estrinsecantesi in una prescrizione di portata general preventiva destinata a tutti i consociati, in quanto potenziali vittime di un illecito, contrattuale o extracontrattuale.

Il nostro ragionamento si snoda, ora, nello svolgimento del giudizio di prevalenza tra somiglianze e dissomiglianze.

Si tratta del giudizio – proprio dell’argomento analogico – teso a verificare che l’applicazione, all’ipotesi non prevista, della conseguenza giuridica che la norma associa alla fattispecie regolata, non si ponga in contraddizione con la ragione per cui la norma ricollega proprio a quella fattispecie quella determinata conseguenza. Se le somiglianze prevalgono, le ragioni non confliggono, quindi una sola *ratio* guiderà l’applicazione delle conseguenze divise tanto alla fattispecie normativa quanto a quella (solo) fattuale; viceversa, invece, il tentativo di integrazione analogica dell’ordinamento dovrà ritenersi fallito, aprendo la strada – in questo caso – all’utilizzo dell’argomento a contrario.

Considerata la struttura schiettamente causale della norma, che affida alla valutazione dello spessore eziologico delle singole concause la determinazione del contenuto dell’obbligazione risarcitoria; constatato l’impiego del medesimo criterio causale – per la stima delle obbligazioni di risarcimento che gravano sui coautori dell’illecito – da parte della norma che la legge civile dedica al concorso di persone (il predetto art. 2055, comma 2), e quindi ancora al fenomeno concausale; rilevato, così, che il criterio causale espresso dall’art. 1227, comma 1 – aperto ad un accoglimento degli esiti della ricerca eziologica non irreggimentato dall’applicazione di principi di causalità giuridica (come quello di equivalenza delle condizioni) – non si lascia ridurre a parametro particolare, indissolubilmente legato all’ipotesi del concorso colposo del danneggiato; sembra proprio di poter concludere come le somiglianze – la natura concausale dei fattori – superino le dissomiglianze – la specie di concausa cui ciascuna condizione appartiene –, così come la struttura causale della norma prevale sul significato general preventivo della stessa.

L’art. 1227, comma 1, infatti, esprime una *ratio* significativa nel dominio dell’eziologia giuridicamente rilevante⁵⁰, in grado di superare i confini delimitati dalla fattispecie in cui è enunciata – come la norma dell’art. 2055, comma 2, testimonia – senza uscirne indebolita o contraddetta, ma risultandone anzi nettamente

⁵⁰ Che, poi, coincide con gli esiti della ricerca eziologica stessa, o – come taluno preferisce dire – con la causalità naturalistica.

irrobustita. Allo stesso tempo, la funzione general preventiva della norma non viene insidiata dalla sua applicazione analogica all'ipotesi non prevista del concorso della concausa naturale: semplicemente tale finalità non troverà applicazione nei casi nei quali non ne ricorrano i presupposti.

Se, poi, mentre si percorre la strada dell'argomento *a simili*, si alza lo sguardo dalle ragioni dell'art. 1227 per volgerlo, più in alto, alle ragioni della responsabilità civile, ci si avvede di come l'integrazione analogica dell'ordinamento, in questa ipotesi, non solo non contraddica il senso della norma che si vuole applicare ma consenta la realizzazione piena della funzione compensativa della tutela risarcitoria, nell'equilibrio tra integrale riparazione e divieto degli arricchimenti ingiustificati.

7. Il rilievo giuridico dello spessore eziologico delle concause nella matrice della teoria della condicio sine qua non.

Sin qui, ho cercato di ricostruire lo statuto delle concause dell'illecito, poggiandone le fondamenta su di un'analisi sistematica dei principi e delle regole che definiscono la struttura del nostro modello di responsabilità civile. Giunge, ora, il momento di muovere un passo ulteriore, più in profondità, andando a definire il senso dell'indagine eziologica sulle concause nel giudizio civile di responsabilità. Per trarre questo guadagno, è necessario contestualizzare la ricerca causale nel giudizio di responsabilità, attraverso un'analisi fenomenologica del reticolo di situazioni – giuridicamente rilevanti – che innervano la fattispecie oggetto dello stesso.

Al centro di questo reticolo si collocano l'evento, o gli eventi. La qualificazione di un fatto come evento è meramente stipulativa: nella responsabilità extracontrattuale, si è soliti definire evento la lesione dannosa di una situazione soggettiva meritevole di protezione, secondo l'ordinamento giuridico.

Nella responsabilità cosiddetta contrattuale, invece, si considera evento qualsiasi fatto – positivo o negativo – che succede all'inadempimento, suscettibile di una stima nel mondo dei valori – patrimoniali o non patrimoniali – indipendentemente dalla circostanza che tale fatto integri o meno la lesione di una situazione

giuridica meritevole di protezione, elemento non necessario ai fini della rilevanza dell'evento nel giudizio di responsabilità contrattuale, poiché l'antigiuridicità della fattispecie è già assorbita interamente dalla condotta (dannosa) di inadempimento. In altri termini, nella responsabilità contrattuale l'evento costituisce il secondo termine dell'indagine eziologica anche se non perfeziona – e, per lo più, è proprio così – la lesione di una situazione giuridica meritevole di protezione. Al contrario, nella responsabilità extracontrattuale, è sempre necessario che il secondo termine della ricerca causale sia rappresentato da un evento che costituisca la lesione di un interesse protetto dall'ordinamento; evento che, così caratterizzato, si pone quale elemento necessario all'instaurazione del giudizio; laddove, invece, gli eventi successivi al primo (le cosiddette conseguenze) possono non configurare la lesione di una situazione soggettiva protetta, divenendo, cionondimeno, elemento del rapporto causale giuridicamente rilevante (se ed) in quanto conseguenze immediate e dirette dell'illecito.

Nel giudizio sull'inadempimento, può darsi, poi, l'eventualità che l'indagine eziologica sia innescata dal tentativo del debitore di liberarsi dalla responsabilità: in questa ipotesi, poli della ricerca causale saranno, da un lato, un fatto estraneo alla sfera giuridica dell'obbligato, dall'altro l'evento che coincida con la mancata realizzazione dell'interesse del creditore.

Tornando, ora, alla responsabilità extracontrattuale, ed esattamente al problema dell'individuazione di quel che si è definito l'evento necessario all'introduzione del giudizio di responsabilità, bisogna considerare come talora, nel giudizio, si determini l'assorbimento del primo evento dannoso – successivo al fatto doloso o colposo – in un evento susseguente, caratterizzato, rispetto al precedente, dalla maggiore intensità della lesione del medesimo bene giuridico (pregiudicato dal primo evento). Spiega, senza equivoci, la situazione alla quale si sta facendo riferimento, un'ipotesi che – come si vedrà appresso – costituisce un vero e proprio *topos* dell'indagine eziologica nel diritto criminale, ma è pertinente anche alla responsabilità civile: il richiamo è al caso del ferimento seguito dalla morte della vittima, quale esito normale dell'offesa corporale inferta ovvero quale epilogo di una sequenza

più complessa, in cui tra gli eventi rilevanti per il giudizio (il ferimento e la morte) si siano inseriti altri fattori, quali l'errore del medico nell'apprestare le cure, o l'incidente in cui rimane coinvolta l'ambulanza che trasporta il ferito all'ospedale, o ancora l'insorgenza di una complicazione che impedisca la guarigione del malato, e così via.

Chiaramente, il fenomeno che ho definito dell'assorbimento potrà determinarsi solamente laddove anche l'evento più grave possa essere imputato (quantomeno) oggettivamente all'autore dell'evento (comparativamente) più lieve. Descritta la fattispecie, se ne intuisce già il rilievo nello spazio dell'indagine causale, in cui ci si troverà a fronteggiare, con particolare intensità, il problema del peso eziologico da attribuire a ciascuna concausa.

Tratteggiare il quadro entro cui si esplica la ricerca causale, nel giudizio di responsabilità civile, è essenziale per coglierne il carattere, così come lo è definirne gli obiettivi in raffronto con la ricerca eziologica pura, elaborata dall'epistemologia: pura perché non ha altro fine all'infuori di se stessa. L'indagine causale dei giuristi, invece, si dichiara schiettamente gregaria, in quanto precisamente subordinata ad uno scopo, che è proprio il giudizio sulla responsabilità di un soggetto, per addossare al quale una prestazione patrimoniale è necessario, innanzitutto, accertare che l'evento rilevante per il diritto sia in un rapporto di dipendenza con una sua azione od omissione ovvero con una situazione che, attraverso un qualche criterio di collegamento, l'ordinamento riconduca alla sua sfera soggettiva.

Ciò, però, non significa che lo statuto epistemico dell'enunciato che conclude – sintetizzandola – l'indagine compiuta sia irrilevante: l'eventuale falsità dello stesso potrà essere fatta valere in un successivo giudizio, seppure nei limiti segnati dal sistema delle impugnazioni dei provvedimenti giurisdizionali. Ciò che implica, invece, è che la ricerca dei nessi causali condotta dai giuristi sia gravata da rilevanti condizionamenti, di cui gli artt. 40 e 41 c.p. provvedono una rappresentazione esemplare.

Anche gli interpreti che, giudicando la teoria condizionalistica insufficiente a definire la causa giuridicamente rilevante – muovendole, sostanzialmente, l'addebito della sovrainclusività –

hanno elaborato delle teoriche alternative, sono comunque partiti dal concetto di causa come condizione necessaria, sul presupposto che per individuare un rapporto di dipendenza, giuridicamente rilevante, di una certa conseguenza da un determinato fatto antecedente sia necessario che quel fatto rappresenti anzitutto – ma non soltanto – la condizione necessaria dell'evento. Se per questa letteratura, la natura di condizione necessaria di un certo fattore rappresenta un presupposto indispensabile – ancorché non sufficiente – dell'imputazione causale; per gli interpreti che hanno scorto, nelle già menzionate norme del diritto criminale, la consacrazione legislativa della teoria della *condicio sine qua non*, si tratta, ovviamente, di presupposto non solo essenziale ma pure sufficiente per l'ascrizione del fatto tipico ad un determinato responsabile⁵¹.

Del resto, riguardo all'irrelevanza delle cause preesistenti, simultanee e sopravvenute, sancita dall'art. 41, comma 1°, c.p., la cosiddetta equivalenza delle condizioni, è imprescindibile intendersi. Se, senza dubbio, è vero che la presenza di più condizioni necessarie (cause) di un certo evento non privi della qualità di causa le altre condizioni necessarie del medesimo, ed è quindi ancora vero che l'equivalenza delle condizioni rappresenta un corollario della teoria condizionalistica, non è, invece, per nulla vero che ciascuna condizione necessaria – perché e purché tale – abbia lo stesso peso eziologico delle altre. Ancora più chiaramente, l'equivalenza delle condizioni intesa come la necessarietà della presenza di ciascuna per la determinazione dell'evento è, senz'altro, un corollario logico della teoria della causa come *condicio sine qua non*; l'equivalenza delle condizioni concepita come parità dello spessore causale di ciascuna è, invece, un corollario normativo dell'impostazione cui ha aderito il legislatore del codice Rocco (imprimendo, peraltro, una soluzione di continuità rispetto alle scelte compiute dal codice Zanardelli).

Riflettendo su come – non per la logica, quindi, ma per definizione (normativa) – il peso eziologico di ciascuna condizione necessaria debba reputarsi equivalente, si ha un saggio significativo

⁵¹ Per una ricostruzione complessiva del dibattito v. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Art. 1-84, Milano, 2004, p. 361 ss.; BLAIOTTA, *op. cit.*, in particolare p. 23 ss.

– esemplare, il termine usato dianzi – delle limitazioni che il giurista, rispetto all’epistemologo, deve trovarsi a fronteggiare nell’indagine causale.

Così, il fatto che i giuristi ricerchino le cause di un fenomeno per imputare una responsabilità, mentre i logici, i filosofi e gli scienziati cercano le cause per ragionare sulla spiegazione di un fenomeno o per spiegare un fenomeno, incide sulla ricerca eziologica nella fase della descrizione non solo dell’evento quanto, soprattutto, della stessa sequenza causale. La descrizione della quale nel giudizio di responsabilità risulta, infatti, filtrata da norme che – rimanendo al diritto criminale, e per il momento all’art. 41, comma 1° – non consentono di ordinare le differenti condizioni dell’evento.

Del resto, si può osservare come tutte le teorie causali – alternative alla condizionalistica – non facciano altro che attribuire un coefficiente di valore (cioè di peso eziologico) alla condotta umana perché possa considerarsi causa (è il caso della teoria della causalità adeguata)⁵²; o alle condizioni diverse dall’azione dell’uomo, al fine di qualificarle concause sopravvenute – ma anche se preesistenti, per taluni⁵³ – “interruttive” della relazione causale tra la condotta imputabile e la conseguenza rilevante (tesi della causalità umana)⁵⁴; o sottoporre il nesso (condizionalistico) tra la condotta e l’evento ad un giudizio di conformità – o difformità – rispetto al nesso (logico-giuridico) di rischio che sussiste tra la *ratio* del divieto posto in essere e l’evento che realizza il pericolo vietato, dando ragione del divieto (è la volta della teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento)⁵⁵.

⁵² Cfr. VON KRIES, *Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, Leipzig, 1900, p. 15 ss. V., con riferimento all’attuale portata di questa teoria in particolare nel nostro ordinamento, BLAIOTTA, *op. cit.*, p. 136 ss.

⁵³ ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 221 ss.

⁵⁴ ANTOLISEI, *op. ult. cit.*, p. 188 ss.

⁵⁵ Cfr. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Fest. Honig*, Göttingen, 1970, p. 135 ss. Nella letteratura giuridica italiana v., per tutti, DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, p. 77 ss.; ID., *Imputazione*

Anche in quest'ultimo caso, non si fa altro che assoggettare ad un giudizio di valore quella stessa causa che pure si qualifica condizione necessaria dell'evento. L'esempio – ricorrente nella letteratura sull'imputazione oggettiva dell'evento⁵⁶ – della morte del ragazzino che, caduto dal balcone del primo piano, viene investito dal conducente dell'auto che non tiene la destra della carreggiata mostra, limpidamente, come il problema dell'individuazione della causa in senso giuridico – e la ricerca della relativa soluzione – passi, sempre, per l'apprezzamento del peso eziologico delle differenti condizioni necessarie dell'evento, anche se – nella vicenda esemplificata – la difficoltà non si ritrova nella misura del peso relativo dei diversi fattori condizionanti bensì nella stima dello spessore eziologico giuridicamente rilevante della condotta, non ritenuto sufficiente – ai fini dell'imputazione oggettiva dell'evento – per difetto di causalità della colpa, intesa funzionalisticamente come violazione della regola di comportamento dettata dal modello normativo per la prevenzione di un determinato rischio, concretamente non inveratosi nella fattispecie considerata.

Qual è, invece, la posizione dei fautori della (sufficienza della) teoria della *condicio sine qua non* riguardo al problema della stima del peso eziologico dei fattori condizionanti l'evento?

Lo spiega, al meglio, Marinucci, in un saggio in cui critica proprio la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, argomentando come questa abbia sovrapposto il nesso di rischio tra norma violata ed evento al nesso tra colpa ed evento, creando, nel sistema, un'inutile duplicazione⁵⁷.

Andando alla questione più generale, i condizionalisti puri ritengono che la soluzione del problema dell'attribuzione del peso eziologico di ciascuna causa, con tutte le sue incertezze e difficoltà, possa giocarsi nel campo della colpevolezza.

oggettiva dell'evento (diritto penale), in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, p. 635 ss.

⁵⁶ V. PAGLIARO, *op. cit.*, 425.

⁵⁷ MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3 ss.

In questa sede, si possono proporre le seguenti riflessioni e generalizzazioni. Anzitutto, si deve distinguere tra l'imputazione a titolo di dolo ed a titolo di colpa. Nelle fattispecie dolose, quando la natura di condizione necessaria della condotta (umana) abbia portato ad un'ascrizione dell'evento che carichi sull'autore della stessa il peso causale preponderante di altri fattori interagenti, la mancata intenzione dell'evento esclude che l'imputazione oggettiva possa ricevere una conferma – definitiva – sul piano della colpevolezza, smentendo la qualificazione della lesione del bene giuridico tutelato quale fatto proprio dell'agente. Laddove, invece, l'evento sia stato voluto, la natura di condizione necessaria della condotta potrà essere superata – sconfessando, comunque, l'ipotesi della responsabilità dell'agente – dalla constatazione dell'assenza del necessario nesso tra colpa ed evento, cioè tra la regola di comportamento violata e l'evento come realizzazione del rischio, in vista proprio del quale, la prescrizione di una certa condotta trova spiegazione e conferma (sulla base della premessa che la colpevolezza dolosa presupponga quella colposa: non c'è dolo senza colpa).

Allorché, invece, sia sufficiente la colpa a condurre l'addebito di responsabilità, si devono separare le ipotesi in cui la sfera dell'agire umano coinvolta conosca la tipizzazione di precise regole di comportamento dalla generalità delle situazioni, in cui, al contrario, l'ordinamento esige che i consociati conformino le loro azioni a parametri individuati da termini indeterminati, bisognosi di una concretizzazione fenomenica, come la diligenza e la prudenza. Nella prima classe di casi, vale quanto detto poco sopra sulla necessaria sussistenza del nesso tra colpa ed evento, in grado di sopravanzare la pur riscontrata esistenza del nesso causale tra condotta ed evento.

Nel secondo ordine di ipotesi, vi è la pretesa non all'uniformazione ad un preciso modello di comportamento (puntuali regole cautelari) bensì alla conformazione della condotta sulla base della previsione degli esiti che la stessa potrebbe sortire (diligenza e prudenza), in modo tale da evitare che, se fra questi vi sia la lesione di un bene giuridico, il rischio insito in una certa modalità di azione risulti scongiurato. Così – proprio attraverso il requisito della prevedibilità del rischio che il fatto non previsto si realizzi – si può escludere la responsabilità di un soggetto, che la

(sola) indagine causale avrebbe portato a confermare, quando la condotta dell'agente – da cui, tuttavia, l'evento è necessariamente dipeso – sia stata soverchiata dall'azione di altri fattori eziologici, non dominabili dal soggetto.

In entrambe le declinazioni dell'imputazione a titolo di colpa, poi, il nesso tra colpa ed evento – architrave della colpevolezza – implica anche che si accerti l'evitabilità del fatto lesivo da parte della condotta alternativa lecita, difettando la quale la responsabilità – violando il principio di personalità – si ridurrebbe a sanzionare un mero *versari in re illicita*.

Frutto gramo del compromesso tra i conditóri del 1930 – divisi tra fautori della teoria della *condicio sine qua non* e sostenitori dell'individuazione della causa giuridicamente rilevante nella condizione adeguata all'evento – il capoverso dell'art. 41 c.p. propone ancora oggi, sul piano interpretativo, i contrasti di allora. Così, per gli uni la «causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento» è la condizione necessaria prodottasi successivamente alla condotta del candidato responsabile ma del tutto autonoma ed indipendente dalla prima; per gli altri è la condizione necessaria che – pur iscrivendosi, appieno, nella medesima sequenza causale del fattore imputabile – riveli uno spessore eziologico preponderante nella genesi dell'evento. Le ragioni di tale preminenza sono, poi, declinate in modo diverso a seconda del tipo di correzione alla teoria condizionalistica cui l'interprete aderisca. Nelle motivazioni della giurisprudenza, il *discrimen* tra «una concausa insufficiente» ed «una da sola sufficiente» a determinare l'evento è, solitamente, rappresentato dalla natura imprevedibile o meno, eccezionale oppure no del fattore sopravvenuto⁵⁸. Per i fautori della teoria del rischio (o, per dir meglio, dell'imputazione oggettiva dell'evento), invece, la condizione sopraggiunta potrà reputarsi provvista di spessore eziologico maggiore rispetto alla condizione (necessaria) preesistente, laddove la condizione sopravvenuta non approfondisca il rischio creato dalla precedente ma, al contrario, dia vita ad un rischio nuovo, cosicché un'imputazione dell'illecito all'autore della

⁵⁸ Cfr. BLAIOTTA, *op. cit.*, p. 201 ss.

concausa originaria si porrebbe in contrasto con la norma incriminatrice, volta a prevenire un rischio differente da quello in concreto – cioè per l'intervento del fattore sopravvenuto – realizzatosi.

Da quanto sin qui argomentato, emerge, quindi, con chiarezza come il problema cui le teorie causali, differenti dalla condizionalistica, si sono applicate sia costituito proprio dall'irrigidimento della ricerca eziologica determinato dalla costruzione giuridica del nesso causale accolta dall'art. 41, comma 1, che – con un salto logico tanto evidente quanto, spesso, non compreso – deriva dalla eguale necessità delle condizioni dell'evento il loro uguale peso eziologico, così imbrigliando l'indagine causale a tal punto da comprometterne il fondamento epistemico, portandola a soluzioni giudicate ingiuste dall'interprete: da qui il tentativo – nei modi descritti – di correggerle.

Tentativo cui non è rimasto estraneo lo stesso legislatore, costretto – al capoverso dell'art. 41 – a smentire quanto appena sancito (al comma 1), dunque ad ammettere che pari necessità non corrisponde a identico spessore eziologico della condizione.

Non si può di certo accogliere, infatti, la proposta dei condizionalisti puri secondo cui il significato dell'art. 41, comma 2, consisterebbe nell'attribuire alle sole serie causali totalmente autonome dall'azione del candidato responsabile l'effetto di escluderne la responsabilità⁵⁹, poiché se il fattore causale sopravvenuto è realmente indipendente dalla condotta, questa – all'esito del processo di eliminazione mentale – si rivelerà, semplicemente, una condizione non necessaria dell'evento, escludendo la responsabilità di colui che l'ha posta in essere: risultato raggiungibile, inequivocabilmente, già attraverso l'applicazione del solo art. 40, senza che fosse necessario l'intervento ulteriore di un legislatore cui non si può certo rinfacciare una tale imperizia tecnica.

⁵⁹ V., tra gli altri, STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, Milano, 2015, p. 215 ss.

D'altronde, ben si comprende la posizione dei condizionalisti se solo se ne considera l'opzione metodologica, che mira a conciliare il problema dell'inevitabile riconoscimento della diversità di peso eziologico dei fattori condizionanti l'evento con lo scopo di non manipolare lo statuto della causalità giuridica definito dalla legge penale, ritrovando in una concezione della colpevolezza, pienamente costituzionalizzata, lo snodo logico-giuridico sistematicamente più coerente per discernere le sequenze causali che – semplificando – possono definirsi regolari da quelle irregolari, come tali non dominabili e, dunque, non riconducibili ad un fatto che possa, veramente, qualificarsi come proprio dell'agente.

Quanto argomentato sino a qui rende, quindi, davvero difficile sostenere che la scelta del legislatore del codice Rocco, di approntare un'apposita disciplina del rapporto di causalità e del concorso di cause, abbia – per una qualche via – contribuito a chiarificare i presupposti ed i modi dell'indagine eziologica nel diritto criminale. L'introduzione, nel codice italiano, di un nucleo di regole di causalità giuridica ha rappresentato, del resto, una scelta originale – ma isolata – nel panorama delle codificazioni della legge penale; attribuibile, in buona misura, alla volontà di imprimere una netta soluzione di continuità rispetto alla previgente disciplina del codice Zanardelli, ed al complesso dibattito che da (e su di) essa originò, proprio nella materia delle concause e del loro relativo spessore eziologico⁶⁰.

Come è noto, ad un codice, quello del 1889, pienamente testimone delle idee dei Lumi – con accenti, in taluni casi, rivoluzionari per l'epoca, come ci ricorda la soppressione della pena di morte; l'introduzione della libertà condizionale; l'attenzione posta sulla rieducazione del reo – seguì una codificazione di impronta autoritaria, che sebbene accolse i principali dettami del diritto penale liberale, vi si conformò con riluttanza, declinandoli in una logica

⁶⁰ Cfr. la ricostruzione storica di BLAIOTTA, *op. cit.*, p. 85 ss. V., inoltre, l'analisi di SEMINARA, *op. cit.*, p. 144 ss. e in particolare p. 150 ss., circa i presupposti dogmatici della distinzione sanzionatoria dei partecipi nel codice penale italiano del 1889.

schiettamente repressiva, appena velata dall'adesione al metodo tecnico-giuridico di produzione ed interpretazione delle norme⁶¹.

Riguardo al rapporto di causalità, il codice Zanardelli non prevedeva una disciplina di parte generale, ma introduceva, agli artt. 367 e 368, la cosiddetta minorante delle concause, rispettivamente per i delitti di omicidio doloso e preterintenzionale⁶². Concentrando l'attenzione sul cosiddetto delitto di evento per eccellenza, l'omicidio doloso appunto, l'art. 367 – all'esito di un dibattito tormentato – stabilì una diminuzione di pena per l'ipotesi in cui l'atto lesivo del colpevole non fosse di per sé idoneo a provocare l'esito letale, comunque realizzatosi a cagione di un fattore preesistente alla condotta – ma ignorato dall'agente – ovvero successivo all'azione, ma a condizione che (tale fattore successivo) potesse reputarsi indipendente dalla (azione) stessa⁶³. Mentre il requisito dell'ignoranza della concausa preesistente, da parte dell'agente, risultò di più facile spiegazione ed interpretazione; ben più disputato fu il senso della condizione di efficacia cui venne sottoposta la

⁶¹ Il tema, chiaramente, richiederebbe ben più di un cenno di passata, cfr. MODONA, *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo*, I, 2, Firenze, 1978, p. 584 ss.

⁶² Cfr. BRUSA, *Della concausa nell'omicidio*, in *Riv. pen.*, II, 1889, p. 5 ss.; IMPALLOMENE, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1899, p. 8 ss.

⁶³ ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 154 s., spiega come il primo comma dell'art. 41 sia «destinato sopra tutto ad eliminare la vecchia minorante della concausa», e aggiunge – significativamente, ai fini del ragionamento che ci occupa – che non «sembra dubitabile che il significato principale della disposizione sia proprio quello ora indicato. Essa, infatti, presenta una notevole somiglianza con la norma che figurava in vari codici tedeschi del secolo scorso e che da essi passò al Codice toscano del 1853 (art. 308), norma che aveva appunto lo scopo di tagliar corto alle infinite discussioni che allora si facevano sulla letalità delle ferite. La disposizione del nuovo Codice italiano è soltanto formulata in termini più generali, in modo da riferirsi a tutti i reati». Precisa, inoltre, l'Antolisei, *ivi* p. 155 nt. 2: «Come è noto, nel Codice per l'impero germanico, tuttora in vigore, la disposizione che esplicitamente escludeva il concetto della concausa non fu ripetuta, perché in quella nazione, per le teorie causali che vi dominavano, il principio si riteneva non suscettibile di discussione. I compilatori del nuovo Codice italiano, però, non potevano essere di questo avviso, perché l'istituto della concausa, presso di noi, aveva tenacemente resistito a tutte le critiche ed era stato conservato anche nel Codice Zanardelli. Di qui la ragione, quasi diremmo storica, del principio affermato nel primo comma dell'art. 41».

minorante del fattore sopravvenuto, che si pretendeva indipendente dalla condotta delittuosa.

Nell'ipotesi della concausa preesistente, infatti, sarebbe stato del tutto incoerente concedere una mitigazione della pena a colui il quale – conoscendo il pericolo che minacciava la vittima – avesse, concretamente, potuto rappresentarsi l'intero decorso causale che avrebbe condotto all'evento morte, profittando della sinergia tra l'azione lesiva ed il fattore antecedente.

Il requisito dell'indipendenza della concausa sopravvenuta dalla condotta dell'agente si rivelò, invece, foriero di complessi problemi ermeneutici, che ci riportano ancora all'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale attorno alla «causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento» di cui all'art. 41, comma 2, dell'odierno codice penale. Illuminante il caso dell'errore del medico nella cura della ferita inferta alla vittima, qualificato come causa indipendente dall'azione del colpevole – quindi portatrice della riduzione di pena di cui all'art. 367 – dagli interpreti del codice Zanardelli⁶⁴; e come causa sopravvenuta inidonea ad “interrompere” il nesso causale tra l'azione e l'evento – perciò irrilevante *ex* art. 41, comma 2 – dalla giurisprudenza formatasi sul codice Rocco⁶⁵.

Al di là della generalità delle norme del 1930, al confronto con la specificità di quelle del 1889, e della rilevanza attribuita, da queste ultime, alla concausa preesistente; il discrimine fondamentale, anche sul piano teorico, tra le due codificazioni – in materia di causalità – si coglie nella calibratura della pena – e dunque della responsabilità – sulla base del peso eziologico dell'effettiva condotta delittuosa, calibratura che il codice Zanardelli realizza attraverso il riconoscimento della c.d. minorante delle concause⁶⁶. Tutt'altra, come già rilevato, l'impostazione, in particolare, dell'art. 41, comma 2, che una volta individuata la “vera” causa dell'evento – che altro non è se non la causa “forte”, cioè quella dotata del peso eziologico prevalente – esclude ogni rilevanza della causa “debole”.

⁶⁴ Cfr. PUGLIA, *Omicidio*, in *Enc. giur.*, XII, Napoli, 1915, p. 351 ss.

⁶⁵ V., fra le altre, Cass., 19 gennaio 1998, Van Cusem, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2916 ss.

⁶⁶ Cfr. IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1921, 3^a rist. a cura di Lanza, p. 367.

Dopo tutto quanto argomentato, risulta quasi sorprendente tornare ad un giudizio di responsabilità civile, in cui le norme degli artt. 40 e 41 c.p. vengono considerate riferimenti portanti per la determinazione del rapporto di causalità⁶⁷, senza che la proprietà del richiamo a queste norme venga neppure discussa.

Con ben altro rigore, Realmonte faceva oggetto di una esplicita indagine la correttezza del riferimento agli artt. 40 e 41 in materia civile, concludendo con un giudizio di sostanziale inutilità di queste norme, considerate nient'altro che la riproduzione ed espressione normativa dei canoni elaborati dalle scienze naturali per l'indagine eziologica⁶⁸. Non trattandosi, in tesi, di regole che aggiungano alcunché alla dimensione scientifica della ricerca casuale, non potrebbero neppure qualificarsi quali norme sulla causalità giuridica o – il che è lo stesso – si dovrebbe ritenere che l'ordinamento, nella determinazione del rapporto di causalità, abbia fatto propri i paradigmi delle scienze della natura, dettando delle regole di causalità giuridica ad essi improntate. Conseguenza sarebbe che – fuori gioco l'art. 1223, dedicato alla «causalità delle conseguenze»⁶⁹ – il nesso causale tra il fatto e l'evento dannoso dovrebbe essere indagato sulla base dei modelli di analisi offerti dal pensiero

⁶⁷ L'accoglimento, da parte della giurisprudenza, della teoria del c.d. doppio nesso causale, implicante il riferimento alle norme del codice penale, in luogo dell'art. 1223 c.c., per la determinazione della c.d. causalità materiale, risale alla storica sentenza sul caso Meroni, Cass., Sez. un., 26 gennaio 1971, 174, in *Foro. it.*, 1971, I, c. 1286 ss., con nota di BUSNELLI, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»*. Per una recente conferma di questa impostazione – quindi del richiamo alle norme del codice penale – v., fra le tante, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, 576, in *Cass. pen.*, 2009, I, p. 69 ss., con nota di BLAIOTTA. Sempre su quest'ultima pronuncia, v. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 143 ss. Per una puntuale ricostruzione dell'intero dibattito in materia di accertamento del rapporto di causalità nel nostro ordinamento, v. l'ampio studio di PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 399 ss.

⁶⁸ REALMONTE, *op. cit.*, p. 172 ss.

⁶⁹ Circa l'elaborazione della distinzione tra «causalità del fatto» e «causalità delle conseguenze» o, come più spesso viene detto, «causalità materiale o di fatto» e «causalità giuridica», sia consentito rinviare a RIZZO, *Nesso di causalità*, cit., p. 1456 ss.

scientifico, tanto che si opti per l'applicazione degli artt. 40 e 41, quanto se, al contrario, se ne predichi l'estraneità al sistema della responsabilità di diritto civile. Su queste premesse, poggia il giudizio di sostanziale inutilità delle norme penali in materia di rapporto di causalità.

Purtroppo, non di sola inutilità, in questo caso, si tratta. Dall'analisi svolta emerge, chiaramente, come il legislatore del codice Rocco aderisca alla teoria condizionalistica talvolta troppo talaltra troppo poco: troppo quando l'eguale necessità si ipostatizza in eguale peso eziologico delle condizioni; troppo poco quando, con la formula ambigua della «causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento», si tenta di porre rimedio agli inconvenienti rappresentati dalla sovrainclusività del modello della *condicio sine qua non*.

L'intenso, ed a tratti incerto, dibattito penalistico in materia di causalità – sviluppatosi proprio a partire dalle norme degli artt. 40 e 41 – testimonia come la scelta di introdurre delle norme di parte generale sul nesso di causalità nel diritto penale – *i.e.* delle norme di causalità giuridica, per questa parte dell'ordinamento – non abbia guadagnato la soluzione auspicata in termini di solidità e stabilità ermeneutica.

Veniamo ora, però, alla questione fondamentale del rapporto tra le regole di causalità stabilite nel codice civile e nel codice penale ed i canoni della ricerca eziologica nella scienza e nell'epistemologia.

Da questo punto di vista, il dissenso con Realmonte è doppio: non solo le norme del codice penale non rappresentano una semplice e lineare adesione alla teoria condizionalistica – e quindi al modello scientifico della causalità, secondo la tesi di questa dottrina – ma anche nella misura in cui una tale adesione senz'altro vi sia – come nell'ipotesi dell'art. 41, comma 1 – il canone di indagine eziologica formulato non sembra rispettoso del metodo seguito nella ricerca scientifica.

Le ragioni sono già state, in parte, evidenziate ma saranno illustrate analiticamente tra poco. Ciò che, invece, è il caso ora di chiarire è che la ricerca eziologica, implicata dalle norme della legge civile che sono rilevanti in tema di accertamento del rapporto di

causalità, è indubbiamente più aderente al metodo della epistemologia di quanto non siano le norme sulla causalità penale.

8. *La maggiore valenza euristica della causalità civile: primi cenni.*

Meglio, però, andare con ordine. Il rapporto di causalità è, tuttora, concepito come relazione di necessità, nonostante le teorie e le scoperte scientifiche della fine dell'Ottocento e della prima parte del Novecento – la meccanica dei quanti, la teoria della relatività ristretta e generale, le geometrie non euclidee – abbiano posto in discussione le certezze che la fisica newtoniana aveva assicurato, in particolare sulla concezione del tempo e dello spazio. Ciononostante, nel sistema di riferimento in cui l'uomo si orienta – che è pure il sistema che interessa al giurista – ha ancora un fondamento ragionare sul rapporto di causa ed effetto tra fenomeni e riconoscere la contiguità nel tempo e nello spazio e la successione nel tempo degli eventi, quali presupposti necessari – e, quindi, anche sicuri ed attendibili – dell'indagine causale⁷⁰.

Certamente, dunque, non si potrà qualificare un certo fatto antecedente quale causa di una determinata conseguenza, laddove il primo non ne rappresenti una condizione necessaria: è indubbio, quindi, che l'indagine eziologica abbia ancora un fondamento e che la teoria della *condicio sine qua non* ne costituisca lo schema logico di riferimento.

Negli ultimi decenni lo studio delle relazioni di necessità tra eventi appare, del resto, sempre più sofisticato: una condizione può essere qualificata come necessaria anche in una sequenza di fenomeni da considerarsi soltanto sufficiente, ma non necessaria, alla determinazione di un certo evento. In ipotesi come questa, si definisce la condizione come elemento contingentemente necessario in quanto parte di una sequenza valutata come condizione

⁷⁰ Cfr. MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen, 1980, trad. it. *Causalità e diritto penale Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, 1999, in particolare p. 10 ss.

sufficiente, seppur non necessaria, al fine del prodursi del fenomeno considerato⁷¹. Il discorso potrebbe, poi, ulteriormente complicarsi⁷².

Certo è che, per il giurista, il ragionamento causale rimane non solo possibile ma si conferma essenziale, in primo luogo nei giudizi di responsabilità. Anche per questa via – pur con le sue peculiarità – la scienza giuridica si iscrive appieno tra le scienze sociali, che si propongono quale meta proprio la descrizione dei fenomeni (sociali) e la loro spiegazione tramite l’inferenza causale⁷³. Ciò che qui interessa rilevare è che nel discorso tanto delle scienze naturali e

⁷¹ Cfr. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali o (singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 2, p. 393 ss., in riferimento a quanto argomentato nel testo v. p. 404, da cui si trae il seguente esempio: «quando si ricerca la causa di un incendio, si può giungere ad attribuirlo ad un corto circuito, ma è chiaro che questo non avrebbe provocato l’incendio se non ci fossero stati sul luogo materiali infiammabili, una sufficiente quantità di ossigeno nell’aria, e via dicendo. In questo caso il rapporto causale non può essere espresso in forma di necessità logica (che indurrebbe a dire: se non ci fosse stato il corto circuito, l’incendio non avrebbe potuto aver luogo, poiché l’incendio avrebbe potuto esser determinato, ad esempio, da un mozzicone di sigaretta). Ciò significa che un evento A può esser considerato come condizione necessaria di un altro evento B soltanto relativamente a certe circostanze contingenti e, per di più, in presenza di condizioni quasi permanenti rispetto alle quali A costituisce una sorta di perturbazione. [...] In ogni modo, solo la considerazione di A congiuntamente al complesso delle condizioni particolari e di quelle permanenti permette di determinare delle condizioni sufficienti, ma non necessarie dell’evento “causato”, nel senso preciso che l’evento avrebbe potuto verificarsi causalmente in *altro modo* sotto altre circostanze. Pertanto, il corto circuito, per restare nel nostro esempio, è *una parte non superflua, ma di per sé non sufficiente di una condizione sufficiente ma non necessaria dell’incendio*», (corsivi originali dell’a.). Riguardo alla ridefinizione del concetto di causa come condizione c.d. INUS (*Insufficient but Non-redundant parts of Un-necessary but Sufficient conditions*) e al c.d. test NESS, v. pure BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., p. 50 ss. e 58 ss.

⁷² V. MACKIE, *The Cement of the Universe A study of Causation*, Oxford, 1974, print pub. date 2003, *passim* e, in particolare, p. 193 ss.

⁷³ Cfr. BARBIERI, RAIMONDI, SCHERER, *La terza forma a priori della rappresentazione. L’inferenza causale nelle scienze sociali e la congiunzione spazio-temporale come fine ultimo della scienza sociale*, in *Quaderni del Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale*, 62, Trento, 2013, p. 7 ss. V., inoltre, KINCAID, *Causation in the Social Sciences*, in Beebee, Hitchcock, Menzies (eds), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford, 2012, p. 726 ss.; STAPLETON, *Causation in the Law*, in *The Oxford Handbook of Causation*, cit., p. 744 ss.

dell'epistemologia quanto delle scienze sociali, in materia di causalità, l'indagine eziologica rimane ricerca di regolarità tra fenomeni⁷⁴, secondo il paradigma – pur discusso, contestato, approfondito, perfezionato e, infine, riconfermato nella sua essenza – tracciato da Hume⁷⁵ e da Mill⁷⁶.

La ricerca di regolarità tra eventi contigui nel tempo e nello spazio, posti in un rapporto di successione temporale l'uno rispetto all'altro, rappresenta il cuore dell'indagine casuale, che non si limita a registrare la costante associazione tra determinati fenomeni, ma cerca poi di individuare – ed entro certi limiti di spiegare – la necessità di una tale correlazione fra gli stessi. Ciò che consente e realizza la spiegazione è l'esperimento⁷⁷, non soltanto nelle scienze della natura ma, in modo sempre più strutturato, anche nelle scienze sociali. Su questa base avviene l'elaborazione di leggi che individuano una correlazione di natura causale tra determinati fenomeni, individuando il ricorrere degli uni, verificatisi gli altri, come una costante – tale che, dato un determinato antecedente, il prodursi di una certa conseguenza ne derivi necessariamente – ovvero come una relazione che si realizza con una certa frequenza, espressa in termini probabilistici. Mentre nelle scienze sociali (che si avvalgono della tecnica approntata dalla statistica) si usano soltanto leggi probabilistiche; nelle scienze naturali, invece, si elaborano tanto leggi cosiddette universali quanto leggi probabilistiche, con una assoluta prevalenza di queste ultime nelle scienze medico-biologiche.

Tanto le leggi universali quanto le leggi probabilistiche, d'altra parte, asseverano come necessaria la regolare associazione tra fenomeni identificata; con una distinzione, invero, essenziale: nel

⁷⁴ V. PSILLOS, *Regularity theories*, in *The Oxford Handbook of Causation*, cit., p. 131 ss.

⁷⁵ HUME, *A Treatise of Human Nature*², Oxford, 1978, p. 69 ss. e 173 ss.

⁷⁶ MILL, *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive, Being a connected view of the principles of evidence, and the methods of scientific investigation*⁶, II, London, 1911, in particolare p. 214 ss.

⁷⁷ CARRIERO, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, p. 1087 ss.

caso della legge universale, si afferma la necessità di una regolarità senza eccezioni – o, nelle cosiddette leggi quasi-universali, con eccezioni di rilevanza affatto trascurabile; nel caso della legge di tipo probabilistico, tale necessità è di tipo differente, poiché riferita al grado di frequenza, individuato dalla stessa legge, dell'associazione tra i fenomeni considerati.

Quando si parla di leggi probabilistiche, il modello della probabilità a cui ci si richiama è di tipo statistico, la cosiddetta probabilità frequentista; quando, invece, si stima il grado di fiducia nella legge, cioè la probabilità che questa venga confermata dalle successive osservazioni, si invoca un genere differente di probabilità, la cosiddetta probabilità logica o baconiana, che secondo l'impostazione ritenuta più convincente – risalente a Carnap⁷⁸ – consente di dare un giudizio sul livello di attendibilità della legge che è stata elaborata; valutazione nella cui complessità l'elemento di chiarezza più immediato è, senz'altro, il parametro rappresentato dal numero delle osservazioni svolte per giungere alla formulazione delle conclusioni che la legge esprime⁷⁹.

Ciò non toglie che, nell'impostazione generalmente condivisa dalla epistemologia *post* popperiana, nessuna verità possa essere affermata in via induttiva, a partire cioè dall'osservazione del ripetersi – pur immancabile – dell'associazione tra determinati eventi. Le verità offerte dalle leggi universali, così come la “verità statistica” misurata dalle leggi probabilistiche, non sono che realtà provvisorie, controvertibili – *i.e.* falsificabili – ad una successiva osservazione, che non confermi la regolare e necessitata ripetizione dei fenomeni studiati ovvero non ne corrobora la ricorsività nel grado di frequenza stimato dalla legge (probabilistica), al di fuori del

⁷⁸ CARNAP, *Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaften*³, München, 1976, p. 30 ss.

⁷⁹ Cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici Nozioni generali*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, v. III, t. 2., sez. 1, Milano, 1992, p. 143 ss.

marginale di errore che il calcolo delle probabilità tollera prima della smentita delle conclusioni raggiunte⁸⁰.

Il vincolo di necessarietà tra gli eventi o tra una certa frequenza degli eventi, che le leggi – universali e probabilistiche – esprimono si impernia, sostanzialmente, sull’inferenza deduttiva che dalle premesse raggiunge le conseguenze, costruendo il modello della causalità generale. L’inferenza, del resto, poggia fattualmente su ripetute osservazioni e sperimentazioni che consentono di distinguere, da un lato, le condizioni iniziali ed al contorno, dall’altro, i fattori che sono più pertinenti al processo generativo che si intende descrivere: insomma, il *background* dalle vere e proprie cause dell’evento. Sono, quindi, proprio la sperimentazione e l’osservazione a costituire la “forza nomica” della congettura, che implica il modello nomologico-deduttivo di spiegazione degli eventi.

Dunque, pur non sottovalutando i limiti di validità del sillogismo fondato su una legge scientifica di natura causale – limiti esterni, dati dalla stessa falsificabilità della legge; ed interni, connaturati questi alle (sole) leggi di tipo probabilistico – l’enunciazione di inferenze eziologiche affidanti deve ritenersi possibile, soddisfacendo istanze di spiegazione come di previsione dei fenomeni. Se le leggi universali rappresentano, certamente, il riferimento privilegiato per l’elaborazione di spiegazioni causali⁸¹; l’uso di leggi statistiche ben si adatta, in particolare, alla funzione predittiva, consentendo di stimare il rischio di esiti che si reputino avversi. Lo si comprende bene se si considera come anche le associazioni tra fenomeni formulate nelle ricerche epidemiologiche, pur non essendo costruite su studi clinici controllati e randomizzati, possono rappresentare una

⁸⁰ POPPER, *The Logic of Scientific Discover*, London and New York, 1934, trad. it. *Logica della scoperta scientifica Il carattere autocorrettivo della scienza*⁴, Torino, 2010, p. 5 ss. e 21 ss.

⁸¹ Cfr. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*², Milano, 2000, in particolare p. 153 ss.; TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 1, p. 101 ss.

base di partenza attendibile per la messa a punto di politiche pubbliche⁸².

In sintesi, emerge con chiarezza come la ricerca eziologica si nutra, consistentemente e necessariamente, di una accurata descrizione dei fenomeni, che, come tale, non può soffrire censure date dall'applicazione di principi che non siano quelli propri del metodo sperimentale seguito⁸³.

Quanto detto vale per le scienze naturali come per le scienze sociali ma, questa volta, non per le scienze giuridiche. Quando parliamo di principi giuridici in materia di causalità, o principi di causalità giuridica, il riferimento è ad una dimensione diversa dalla causalità generale: la causalità individuale (legalmente orientata)⁸⁴. La spiegazione causale aperta, qui, cede il passo all'imputazione causale particolare, incorporando l'osservazione del processo generativo dell'evento in un dispositivo giuridico complesso – connotato da domande sue proprie – come quello dell'imputazione⁸⁵.

Non vi sono, infatti, principi né metodi di sperimentazione prettamente giuridici che attengano alla fase della causalità generale, per la ragione essenziale che la scienza giuridica non produce leggi di natura causale, ma si limita – con maggiore o minore correttezza – ad usufruirne. Peraltro, il rimarcare, esattamente, come il giudice sia un consumatore e non un produttore di leggi causali non basta; questa considerazione va sviluppata in tutte le sue implicazioni.

La scienza giuridica non elabora leggi causali, per quanto il giurista indagli i nessi causali, proprio per poter applicare le leggi appartenenti ad altri ambiti del sapere o le (più malsicure) massime di esperienza⁸⁶. A questo fine, il giudice – con l'ausilio dei consulenti – osserva gli eventi che si sono succeduti, ne indaga le

⁸² Cfr. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, p. 105 ss.

⁸³ Cfr. PSILLOS, *Causation & Explanation*, Montreal, 2002, p. 215 ss.

⁸⁴ Cfr., per tutti, STELLA, *Giustizia e modernità La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*³, Milano, 2003, p. 291 ss.; TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 106 ss.

⁸⁵ Cfr. BONIOLO e GENNARI, *Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità*, in *Sistema penale*, 2021, 10, p. 85 ss.

⁸⁶ Circa lo statuto epistemico delle massime di esperienza v. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, p. 247 ss.

manifestazioni e le interazioni, ed una volta individuata la legge, o la massima, entro cui il dispiegarsi dei fenomeni appaia sussumibile, ritorna alle prove raccolte – cioè di nuovo ai fatti – per confermare la corrispondenza tra le conclusioni della legge ritenuta applicabile, nell'ipotesi osservata, e gli esiti dell'istruzione probatoria svolta. Questa fase attiene, propriamente, all'imputazione eziologica di un evento determinato e non di una classe di eventi, dunque non alla causalità generale bensì alla causalità individuale, la sola su cui il processo abbia l'interesse, ed il dovere, di giungere ad una conclusione idonea a produrre effetti giuridici. In tale contesto, la misura della credibilità dell'ipotesi circa la causazione dell'evento – formulata nel confronto dialettico tra la dimensione nomica di riferimento e la concretezza dei fatti accertati – viene ponderata attraverso un tipo di ragionamento probabilistico che non si erge sull'osservazione della ricorrenza di classi di fenomeni ma si costruisce su di un'analisi dell'attendibilità della congettura, ottenuta sottoponendo al vaglio dei principi della logica le informazioni, di portata generale e particolare, dedotte o elaborate nel processo⁸⁷. L'espressione del giudizio sulla credibilità dell'ipotesi prende, così, il nome di probabilità logica, la cui misura potrà, chiaramente, variare verso l'alto o verso il basso⁸⁸.

Siamo giunti, così, allo snodo decisivo del ragionamento.

Considerata la funzione della ricerca eziologica nel dominio del diritto, è ovvio che norme dettate in tema di rapporto di causalità siano pensate per incidere nella sola dimensione della causalità individuale, perseguendo lo scopo di governare il giudizio di imputazione dell'evento. Giacché, quantunque da una posizione gregaria, il giurista è pur chiamato ad un'indagine eziologica, che consiste, essenzialmente, in un'opera di osservazione e descrizione di eventi, indispensabile all'applicazione di leggi di natura causale e

⁸⁷ Cfr. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 209 ss.

⁸⁸ V. Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, Franzese, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 94 ss., con nota di MACRÌ. V., inoltre, DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 32 ss.

alla verifica e conferma delle congetture ipotizzate sul piano della fattispecie singolare; se le regole giuridiche gravano quell'attività, di osservazione e descrizione, del peso di filtri di natura assiomatica – prodotto di una logica (solo) giuridica, dunque estranea alle discipline cui appartengono le leggi causali – ciò che ne consegue è un'interferenza nel momento della giunzione tra causalità generale ed individuale, che rischia di compromettere la valenza euristica dell'indagine eziologica, o di creare i presupposti – che, poi, segnano il fallimento della normazione – per il sostanziale aggiramento delle stesse regole che quegli ostacoli creano.

È evidente come, nel giudizio di responsabilità, la funzione del riferimento alle leggi causali sia la medesima della valutazione delle prove, quindi l'affermazione o la smentita dell'ipotesi sull'imputazione oggettiva dell'evento al candidato responsabile. Certo il giudice non mira a sviluppare una “teoria del tutto”, ma necessita di una ricostruzione eziologica del segmento dell'universo fenomenico su cui insiste l'evento preso in considerazione dal diritto. Per questo, la saldatura tra causalità generale e individuale è essenziale, non potendosi dare, altrimenti, un giudizio di imputazione casuale individuale fondato epistemicamente, dunque motivato razionalmente e, così, valido legalmente. Lo intuì già Engisch, mettendo in discussione l'autosufficienza del cosiddetto procedimento di eliminazione mentale, che regge logicamente ed operativamente la teoria della causa come *condicio sine qua non*, ma che non regge senza il referente delle leggi causali⁸⁹.

Conviene, ora, concretizzare quanto argomentato, attraverso l'analisi di qualche semplice ipotesi.

Non pone problemi al giurista, che debba cimentarsi in una ricerca eziologica, il caso in cui la condotta del candidato responsabile risulti *condicio sine qua non* dell'evento, nella contingenza della fattispecie concreta come pure sulla base delle leggi che indagano la genesi della classe di fenomeni a cui appartiene quello vagliato. In altre parole, l'azione considerata fa parte di una classe di fattori regolarmente inseriti nella sequenza eziologica che,

⁸⁹ ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, p. 21 ss.

secondo una certa legge causale universale o probabilistica, determina un esito come quello verificatosi: l'evento sarà imputabile, senza dubbio, all'autore della condotta.

Si immagini, invece, una differente ipotesi: dall'osservazione e descrizione dei fatti, emerge che la condotta sia condizione necessaria dell'evento ma – ricorrendo una legge causale che associ una categoria di antecedenti ad una di conseguenze – non appartenga alla classe di fattori individuata come causa di un certo tipo di fenomeni, a cui il fatto concretamente verificatosi appartiene. Per converso, compare sulla scena un elemento – non estrinsecantesi in una azione umana – che, sulla base del medesimo fondamento nomico, sia costantemente associato ad eventi del tipo di quello concretamente verificatosi. In un caso siffatto, viene in risalto come due condizioni, egualmente necessarie alla produzione della conseguenza da imputare, non abbiano, in effetti, il medesimo peso eziologico. La necessità dell'elemento umano, infatti, si esaurisce nell'indispensabilità della sua occorrenza al fine dell'esplicarsi del fattore posto stabilmente in una relazione di causa ad effetto con l'evento considerato.

Ora, può darsi il caso che la condizione naturale si riveli, in altre circostanze, autosufficiente nella determinazione di conseguenze del tipo di quella verificatasi; o può aversi l'ipotesi in cui l'elemento naturale, per esercitare la sua efficacia eziologica, abbisogni sempre di un evento che serva da presupposto ovvero del realizzarsi di un fattore che funga da innesco. Nel primo caso (quello dell'autosufficienza), il fatto naturale rappresenterà la condizione necessaria e sufficiente; nel secondo, costituirà la condizione necessaria ma insufficiente dell'evento, laddove il fatto presupposto ne sarà condizione insufficiente ma, contingentemente, necessaria.

Sulla base della legge causale pertinente, è ben possibile, come si vede, ordinare le diverse concause, graduandone l'importanza a seconda del differente peso eziologico, nient'affatto parificato dall'eguale necessaria presenza nel processo generativo di un dato fenomeno.

Il diritto penale si mostra pronto ad accogliere i risultati dell'indagine eziologica solamente nell'eventualità in cui il fattore causale determinante sopravvenga alla condotta umana, la quale,

quindi, ne rappresenti soltanto un presupposto. Al contrario, laddove l'elemento dotato della maggiore pregnanza eziologica preceda l'azione del candidato responsabile, la regola giuridica rende irrilevante l'esito dell'osservazione, descrizione ed analisi nomica del fenomeno, imponendo una equazione impossibile tra condizioni, che potrà essere corretta soltanto nella fase dell'imputazione soggettiva, attraverso l'applicazione dei principi e delle regole in materia di colpevolezza.

In ogni caso, anche quando il diritto criminale, sulla base di una ricerca epistemicamente fondata, si apre ad una valutazione dello spessore eziologico delle differenti condizioni (art. 41, cpv.), non ne deriva – a differenza di quanto prevedeva, pur in modo frammentario e incerto, il codice Zanardelli – una conseguente graduazione della responsabilità dell'autore della condotta.

In conclusione, è l'osservazione e descrizione – sulla base di un fondamento nomico – dell'intrecciarsi dei fenomeni indagati che impone di ordinare le condizioni dell'evento, valutandone la differente rilevanza, sul piano generale e singolare. Allo stesso modo, è “la copertura” di una legge che fa sì che tale graduazione non risulti arbitraria.

È chiaro, d'altra parte, come ciascun ordinamento giuridico debba, costitutivamente, perseguire i propri fini, che esulano dalla pura speculazione ed investono l'imputazione della responsabilità. Poiché, però, proprio per le necessità dell'imputazione causale, l'ordinamento si richiama ad un dato di conoscenza – la sussistenza di una relazione di causa a effetto – estraneo al diritto, e da esso non determinabile con metodi suoi propri, allora lo stesso ordinamento, quando introduce tra gli elementi di una fattispecie il nesso di causalità, soggiace ai limiti (esterni) che definiscono un'indagine eziologica epistemicamente fondata. Non rimane che constatare, del resto, come la consapevolezza dei giuristi dell'includibilità di una fondazione nomica dell'imputazione – e, quindi, della ricerca – causale sia particolarmente recente. Per rendersene conto, basti pensare come un'opera fortunata sulla causalità nel diritto, come lo

studio di Hart e Honoré, sul finire degli anni '50, costruisca ancora il concetto di causa sul senso comune⁹⁰.

Da tutto quanto argomentato in queste pagine, si raggiunge la conclusione che le norme del codice civile in tema di causalità – tanto quelle che enunciano, direttamente, un criterio causale (l'art. 1223), quanto quelle che implicano un certo modello di indagine delle relazioni causa-effetto (gli artt. 1227 e 2055) – si mostrino maggiormente in grado di accogliere gli esiti della ricerca eziologica, senza filtri o forzature. A esse, dunque, il civilista dovrà guardare, per risolvere il problema dell'imputazione oggettiva nel giudizio di responsabilità, sfruttandone per intero l'estensione semantica e la portata sistematica.

⁹⁰ HART e HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1959, p. 24 ss.

MARIANO ROBLES
Professore associato di diritto privato
Università di Bari “A. Moro”

PER UNA “GRAMMATICA” (NEGOZIALE) DEI CONFLITTI AMBIENTALI (*)

I Romani crearono una statica giuridica, il nostro compito è di creare una dinamica giuridica.

(O. SPENGLER, *Il tramonto dell'Occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, II, 1.III, § 19, Torino, 2019, p. 116)

Distruggiamo la bellezza del paesaggio perché gli splendori della natura, liberamente disponibili, non hanno alcun valore economico. Saremmo capaci di spegnere il sole e le stelle perché non pagano un dividendo.

(J.M. KEYNES, *Collected Writings*, vol. XXI, *Activities 1931–1939: World Crises and Policies in Britain and America*, Cambridge, 2012, p. 242)

SOMMARIO: 1. Alla ricerca di un lessico «negoziale» (oltre il «metaforico») dei conflitti «ecologici». – 2. La *sintattica*: dalla «metonimia» (ovvero delle «componenti» ambientali) alla «sineddoche» (ovvero della «sequenza» procedimentale). – 2.1. *Segue*. Dalla «sintattica» (ovvero dell'impostazione «erariale») alla «semantica» (ovvero dell'interesse «esistenziale»). – 3. La *semantica*: dalla «negoziante» competitiva (ovvero della razionalità «tattica») all'«argomentazione» pianificata (ovvero della razionalità «strategica»). – 3.1. *Segue*. Dalla «negozialità» asimmetrica (ovvero della contrapposizione «autoritativa») alla «sussidiarietà» sostenibile (ovvero dell'ausilio «paritetico»). – 4. La *pragmatica*: dalla «legittimazione» a disporre (ovvero del «riconoscimento» di titolarità) all'«esponenzialità» a pretendere (ovvero dell'«esercizio» di tutela). – 4.1. *Segue*. Dall'«esegesi» testuale (ovvero dell'ermeneutica «ricognitiva») all'«ortopedia» regolamentare (ovvero dell'interpretazione «perequativa»). – 5. Una (nuova) *grammatica*: dalla «liceità» invalidante (ovvero della discrezionalità «tecnica»)

(*rinvio*) – 5.1. *Segue*. alla «meritevolezza» proporzionale (ovvero della discrezionalità «ambientale»).

1. *Alla ricerca di un lessico «negoziale» (oltre il «metaforico») dei conflitti «ecologici».*

Negli ultimi decenni è sembrato di assistere ad una marcata «ipertrofia» di materie collegate alla tutela ambientale. Essa, indubbiamente centrale, è stata considerata talmente «centripeta», da rasentare l'identificazione con il (solo) diritto amministrativo in sé: ragionare di diritto dell'ambiente significa(va), per lo più, discorrere dello stesso diritto amministrativo¹.

Di contro, una lettura obiettiva della più recente e qualificata letteratura in argomento, avente sempre più spesso come *leit-motiv* un approccio di chiara matrice «rimediale»², offre al cultore del diritto civile, desideroso di accostarsi a quelle tematiche, non secondarie suggestioni dall'inquadramento (sia pure) pubblicistico di fenomeni, non affatto estranei al dato codificato di diritto comune, di più familiare frequentazione, e tuttavia di non sempre immediato apprezzamento³, rispetto a cui deve oltretutto registrarsi

(*) Il presente contributo è destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Vettori*.

¹ RENNA, *I principi in materia di tutela ambientale*, in De Giorgi Cezzi, Portaluri, F.F. Tuccari e Vetrò (a cura di), *Il «meritevole di tutela»: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012, p. 293.

² Le cui origini d'Oltreoceano, indagate da SALANITRO, *L'enviromental mediation negli USA: uno strumento alternativo per la risoluzione dei conflitti ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, p. 229 ss., ne giustificano l'esplicita intitolazione, come nel caso di LEWANSKI, *La mediazione nei conflitti ambientali*, in Karrer e Ciampi (a cura di), *Professionalità ambientali. Competenze integrate per uno sviluppo sostenibile*, Milano, 1997, p. 335 ss.; ovvero significativamente, di GRECO, *L'ordine della necessità. In particolare: la giustiziabilità del danno all'ambiente attraverso i diritti umani*, in Montanari (a cura di), *La possibilità impazzita. Esodo dalla modernità*, Torino, 2013, p. 268 ss. In proposito, v. peraltro le osservazioni di BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 37 ss. (nonché *infra*, nota 42).

³ Un nuovo atteggiamento teso alla rivalutazione dei profili privatistici per la tutela ambientale – stimolato, tra l'altro, dalla constatazione della lentezza e talvolta dell'insufficienza dell'intervento statale – ha notoriamente preso avvio, sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, a seguito di Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2303, con osserv. di G. LENER; in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 859, con nota di S. PATTI, nonché *ibid.*, c. 868, con nota di

una complicazione ulteriore, che chiama in causa non tanto la sistematica del diritto privato, quanto piuttosto (proprio) quella del diritto pubblico.

Invero le tecniche rimediali di derivazione europea, pur mantenendo in tale ambito una funzione prevalentemente «ripristinativa»⁴, non sono più (o soltanto) affidate al dispositivo (civiltistico) risarcitorio, prediligendosi il ricorso a procedimenti (amministrativi) di tipo «ingiuntivo», in uno con l'interrogativo circa eventuali limiti ravvisabili nel dettato dell'art. 23 Cost. e, in questa prospettiva, la (conseguente) inapplicabilità al di fuori degli ambiti specificamente previsti dalla legge, né tantomeno con efficacia retroattiva⁵. Come posto autorevolmente in risalto, infatti,

C. SALVI; in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 357, con nota di PIGA, nonché *ibid.*, p. 1970, con nota di CAROTENUTO, in cui si sottolinea il nesso indissolubile tra «salubrità ambientale» e «vita associata», instaurandosi uno stretto rapporto fra la prima e l'art. 3, cpv. Cost., reso esplicito in sede penale dalla successiva ID., 20 gennaio 1983, n. 421, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1685. Non a caso, per GRASSI, *Prefazione*, in Greco (a cura di), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Firenze, 2000, p. IV: «Il degrado dell'ambiente costituisce un attacco al principio di uguaglianza sostanziale, perché è evidente come i danni ambientali colpiscano in termini più che proporzionali le categorie più deboli dei cittadini. La tutela del diritto all'ambiente si inquadra, perciò, perfettamente nel principio di partecipazione e promozione sostanziale della persona umana, cui si collega il riconoscimento dei diritti sociali».

⁴ ARISTEI, *La disciplina del danno ambientale nel d.lgs. n. 152 del 2006. Criticità e spunti di riflessione*, in *amministrazioneincammino.it*, dal 2.03.2020, p. 19-21, testo e note.

⁵ Si allude all'art. 308, d.lgs. n. 152/2006, nella parte in cui non limita la prova liberatoria alla dimostrazione dell'assenza di colpa, ma la condiziona all'eventuale riconducibilità dell'evento in capo ad un terzo, oppure al rispetto di un ordine pubblico ovvero, infine, con riferimento alla minaccia di danno ambientale, quando l'operatore è costretto a provare la sussistenza di altri presupposti diversi dalla sua condotta colposa, come l'osservanza di autorizzazioni ambientali, ovvero l'inesistenza di un rischio conosciuto o conoscibile relativo ad un'emissione, ad un'attività o modalità di utilizzo di un prodotto (c.d. *permit defence*). In ordine ai «corollari» giurisprudenziali, sull'assunto di partenza che i c.dd. «valori ambientali» non stabiliscono una precisa «linea di demarcazione» (neppure *ratione temporis*) tra «innocuo» e «nocivo», cfr. F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d.lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004,

nella prospettiva «rimediale» testé rievocata, anche «le norme processuali essendo diritto nel più pieno senso della parola, sono anche attributive di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, le quali trovano in quelle norme ad un tempo la loro garanzia ed i loro limiti»⁶. Uno snodo nevralgico all'intersezione di articolate impostazioni ricostruttive, cui l'illustre Maestro qui celebrato ha inteso apportare un limpido contributo di riflessione nel quadro dell'attuale «complessità»⁷.

E così, l'avvertita esigenza di assegnare precipue direttrici alla tipologia di situazioni «conflittuali», all'origine dell'ottica prescelta, non può prescindere dalla ricerca di un apposito «vocabolario del conflitto ambientale», in grado di circoscriverne la fruttuosa gestione (non solo) «economica», stemperandone quella «inquietudine culturale» nella dirimente puntualizzazione che «il fenomeno giuridico è un fatto [...] giuridicamente

p. 567 ss.; ripreso da VELO DALBRENTA, *Spettri normativi. Profili critici della responsabilità penale da esposizione del lavoratore ad amianto nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. e SARRA, *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013, spec. p. 311 s. Un significativo avallo si apprende da Cons. St., Ad. plen., 22 ottobre 2019, n. 10, in *Amb. svil.*, 2019, p. 893 ss., con nota di CAVANNA.

⁶ LIEBMAN, *Diritto costituzionale e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 327, ora in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, p. 151. Un'impostazione rispecchiante – attraverso lo “spenglerismo” tracciato da KEPPELER, *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*, Tübingen, 2014, p. 122, 124 ss., 131-133 e 184; con riflessi, sia pure accennati, in CHIZZINI, *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, 2013, spec. p. 132 – il monumentale contributo di GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale [1925]*, a cura di M. Marinelli, ivi, 2019, p. 5 ss.

⁷ Cfr. esemplarmente VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in Macario e Miletta (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006, p. 559 ss.; nonché ID., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, Codice civile e codici di settore*, ora in ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, ivi, 2009, spec. p. 173 ss. Un'accurata sintesi è delineata da CALBUCCI, *La complessità del diritto e il diritto della complessità*, in ID. (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, 2009, p. 37 ss.; vi è tornato, di recente, VOGLIOTTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013, p. 12 ss.

qualificato»⁸. Una ricerca, come accennato, inevitabilmente complicata – evidenziando, nel contempo, la proficuità dell’indicato approccio – dall’esigenza di dover adattare istituti giuridici concepiti per contesti del tutto eterogenei rispetto al tema esplorato, e che un’icastica visione «sociologica» descrive con la metafora del pastaio impegnato non solo nella confezione del proprio prodotto, bensì a realizzare gli stessi attrezzi necessari a produrlo⁹.

Sta di fatto che, ogni rimedio (*actio*) riesce inesorabilmente funzionale al relativo oggetto controverso (*res*), nonché alla parte (*persona*) richiedente tutela. In questa tripartizione, di risalente

⁸ Nell’accezione «linguistica», cui la presente analisi intende ispirarsi, ove *termine* e *concetto* sono «modi espressivi» che finiscono per coincidere, approfondita autorevolmente da PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 33 s., 134 s. e 219 s.; al cui proposito, v. le opportune delucidazioni di PALUMBO, *Norma, diritto, interpretazione. Grammatica e filosofia del diritto a partire da Salvatore Pugliatti*, pref. di FALZEA, Torino, 2016, spec. p. 115 ss. In mancanza, non si può che prendere atto della «detecnicizzazione» del diritto, rinunciando ad ogni rappresentazione razionale dell’ordinamento che diviene insignificante, instabile e non fruibile: cfr. D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 200 s. Per un quadro prospettico, v. part. BOMBELLI, *Grammatiche concettuali: strutture reticolari, post-moderno e Governance*, in ID., *Diritto, comportamenti e forme di “credenza”*, Torino, 2017, p. 255 ss. Più in generale, che le proposizioni giuridiche siano «discorsive» in quanto inclusive, a livello prescrittivo, delle «argomentazioni di senso» elaborate nel contesto di ragionamenti «giustificativi», è finemente discusso da JORI, *A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi*, in Velluzzi (a cura di), *Discorsi su Il diritto come discorso*, Pisa, 2017, p. 143 ss. Con analoghi accenti e perspicue allusioni all’appartenenza «esclusiva» quale potere giuridico «socialmente condizionato», cfr. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, p. 66-69 e 96-97; nonché BENEDETTI, *Sull’incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un’ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, Bologna, 2020, spec. p. 137 (v. anche *infra*, nota 29, in fine).

⁹ CLAVI, *Mediazione ambientale: le mani in pasta*, in Musselli (a cura di), *La gestione dei conflitti ambientali. Nuove strategie e nuovi strumenti operativi*, Napoli, 2019, p. 7.

ascendenza romanistica¹⁰, è forse possibile intravedere – come si cercherà di mostrare – gli sviluppi di maggiore rilievo, insiti nel rinnovato approccio al tema, per gli interessi della civilistica contemporanea.

2. *La sintattica: dalla «metonimia» (ovvero delle «componenti ambientali») alla «sineddoche» (ovvero della «sequenza procedimentale»).*

La prima tra le molteplici questioni all'attenzione resta la difficoltà di individuare una nozione «giuridica» di ambiente, da cui farne emergere gli indici di addebito perseguibili in ipotesi di (sua) violazione¹¹. Nell'inadeguatezza di un'impostazione "sintattica", se non altro avvinta dalla «vertigine della lista»¹², per via dell'ardua relazione causale con la «vittima ambientale» dovuta alla «dispersione» spazio-temporale degli illeciti e della potenziale scala di riparazione¹³ – chiaro incentivo ad eluderne le sottese

¹⁰ Sulla cui fortuna, v. *amplius* BALDUS, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, XV (2012), spec. p. 45 s.

¹¹ Per un'accurata panoramica delle tendenze in atto, con ampio apparato bibliografico e giurisprudenziale, v. ora CARPINETO, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana*, in *An. Fac. Derecho Univ. La Laguna*, (33) 2016, p. 99-125; vi è tornato GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 3, spec. p. 7-9. Circa il sostanziale «dualismo» di impostazioni, l'una «sanzionatoria», incentrata sull'idea più risalente di *limitazione* alle attività imprenditoriali nocive; l'altra «ripristinatoria», correlata all'*ingiustizia* di un pregiudizio «adespota» (*rectius*, «collettivamente») risentito per effetto di alterazioni alle matrici ambientali, si sofferma ora SALANITRO, *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *juscivile.it*, 2019, 5, spec. p. 505.

¹² Allusivo dell'omonimo scritto di Umberto Eco, sulle cui implicazioni giuridiche v. acutamente SALAZAR, *Leggi regionali sui "diritti degli immigrati", Corte costituzionale e "vertigine della lista": considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal governo in via principale*, in S. Gambino e D'Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 404, testo e note.

¹³ NATALI, *Green criminology, conflitti socio-ambientali e processi di vittimizzazione ambientale*, in Musselli (a cura di), *La gestione dei conflitti ambientali*, cit., p. 19 ss.

responsabilità –, si finisce per declinare il diritto all'ambiente dal paradigma di altri diritti recepiti, quali il diritto alla vita, alla salute, alla proprietà privata¹⁴; ovvero a equipararlo ad una componente specifica, privandolo di una connotazione in grado di ricomprenderlo nella sua integralità¹⁵.

Probabilmente (anche) per questo motivo il diritto all'ambiente ha iniziato ad essere inquadrato, si è visto, in via (amministrativa) «procedurale»¹⁶: vi sono posizioni legittimanti di interesse «meta-

¹⁴ GRECO, *Il danno ambientale da inquinamento atmosferico*, in Panza (a cura di), *Profili di diritto privato e metodo casistico*, Bari, 2005, spec. p. 297. Ne sottolinea l'inadeguatezza a fini risarcitori riferita, a mente della formulazione letterale dell'art. 313, d.lgs. n. 152/2006, ai soli due ultimi «beni» enumerati, VILLANACCI, *Il danno ambientale in ambito civilistico tra (poche) luci e (molte) ombre*, in Pastore (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare* (Atti dell'omonimo Convegno – Cassino, 13 giugno 2014), Roma, 2014, p. 95 ss. Da ultimo, estende la disciplina della responsabilità ambientale all'inquinamento dell'aria, benché formalmente sottrattane in coerenza alla sottesa logica rimediale, specificamente tesa alla «riparazione» della risorsa naturale, là dove essa richiederebbe piuttosto rimedi di tipo «inibitorio», Cass. pen., 3 luglio 2018, n. 51475, in *ambientelegaledigesta.it*, dal 10.12.2018.

¹⁵ In tal senso, CHURCHILL, *Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties*, in Boyle e Anderson (eds.), *Human Rights approaches in environmental protection*, Oxford, 1996, p. 89 ss.; nonché CARAVITA DI TORITTO, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in Grassi, Cecchetti e Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, t. 1, Firenze, 1999, p. 165, per il quale: «Non esiste un 'diritto all'ambiente' azionabile da un soggetto individuale o collettivo davanti ad un giudice, ma tante situazioni soggettive (di volta in volta coincidenti con il diritto alla salute, il diritto alla salubrità dell'ambiente, l'interesse alle informazioni ambientali, i modelli giuridicamente tutelati dell'associazionismo ambientale, etc.) che si pongono nei confronti dell'ambiente in un rapporto di fine a mezzo».

¹⁶ ANGELETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, 2011, p. 8. Tuttavia: «è corretto – sottolinea l'illustre Omaggiato – qualificare le situazioni soggettive in modo procedurale ma non è sufficiente. La procedura giuridica non può non avere un aggancio fuori di sé, ai valori costituzionali o ancor più al fondamento antropologico che rende visibile e riconoscibile quel fondamento» (così, VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Quad. Pers. merc.*, 2014, 3, p. 10); con precedenti approfondimenti di ID., *La struttura antropologica dei diritti fondamentali*, in Loiodice e Vari (a cura di), *Giovanni Paolo II. Le vie della*

individuale», tra cui spicca il diritto «speciale e multidisciplinare» all'informazione ambientale¹⁷, che trovano nell'ecosistema il proprio punto di riferimento e sono strettamente connesse all'obiettivo della sua protezione.

L'essere umano, inteso collettivamente come «società», agisce e si realizza all'interno dell'ambiente ed ogni conseguenza del suo comportamento vi si ripercuote; la relativa salvaguardia si erge, d'altra parte, a «diga di contenimento» all'esercizio dei pubblici poteri, a fronte di un intrinseco «conflitto» tra l'ecosistema bisognoso di preservazione e la forza pervasiva delle attività umane¹⁸. Oggetto di tutela diviene, dunque, la «consapevolezza» sullo stato dell'ambiente da parte dell'individuo, in quanto «vittima» (potenziale) della sua alterazione, tramite «coinvolgimento» nell'assunzione di decisioni in materia, unitamente all'«accesso» ad idonei sistemi «procedimentalizzati», ove l'esperienza comparatistica¹⁹ offre convincenti modelli «a

giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato, Roma, 2003, spec. p. 324 (v. anche *infra*, nota 64).

¹⁷ Ne tratta, con dovizia argomentativa, CORDINI, *Informazione, diritto, ambiente*, in Cammelli e Fameli (a cura di), *Informatica, Diritto, Ambiente. Tecnologie dell'informazione e diritto dell'ambiente*, Napoli, 1997, p. 3 ss.; vi è tornata COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, Perugia, 2012, p. 58 ss.

¹⁸ Distinguendosene tra (responsabilità nel compimento di) attività «biologiche», ove domina il criterio soggettivo della «colpa», rispetto alle attività «economiche», oggettivamente correlate al «rischio imprenditoriale», sulla scia della pionieristica elaborazione di VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, p. 109 ss.; riscoperto da PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 213-214; poi sviluppato da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 43 ss.; ora rievocato da ROPPO, *Spigolature su responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, p. 461. A livello sistemico, cfr. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019, p. 52 ss.

¹⁹ Di grande interesse, si mostra RUFFATO, *Identità, appartenenza e beni comuni: la cittadinanza oltre una definizione giuridica*, in ID., DE MARCHI e NATALICCHIO, *I territori dei cittadini: il lavoro dell'OLCA (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales)*, Padova, 2010, p. 41 ss.

cavallo» tra risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e partecipazione pubblica (*Débat Public*)²⁰.

2.1. Segue. *Dalla «sintattica» (ovvero dell'impostazione «erariale») alla «semantica» (ovvero dell'interesse «esistenziale»).*

La prospettiva civilistica, notoriamente sensibile alla valenza “semantica” delle «definizioni»²¹, reputerà a questo punto di indubbia pregnanza quanto enunciato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, per cui l'ambiente designa «l'insieme degli elementi fisici, chimici, biologici e sociali che esercitano una influenza apprezzabile sulla salute e il benessere di ogni essere umano». Si mostra, quindi, rispondente l'opinione di quanti ravvisa che l'ambiente abbracci propriamente la dimensione «giuridica» qualora inteso – di là dalla semplice qualificazione «demaniale» – come *habitat*. Se così, l'ambiente consisterebbe nell'insieme dei profili attinenti all'*habitat* umano e al connesso equilibrio «ecologico» che, essendo assunti dall'ordinamento costituzionale come «meritevoli» di tutela, assurgono ad autentiche situazioni soggettive di natura «esistenziale»²².

²⁰ Sul ruolo della «negozialità» in tali scenari, v. ora MANIACI, *Autonomia privata e conflitto*, in F. Danovi (a cura di), *I patti preconfittuali*, Torino, 2019, p. 109 ss. (con sviluppi *infra*, § 3).

²¹ Su tale tecnica c.d. «nomo-tetica», cfr. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*³, Milano, 1998, spec. p. 96. Evidenzia giustamente la progressiva influenza esercitata dalla tecnica legislativa anglosassone (v. *infra*, nota 30) sul legislatore europeo, GIUS. TUCCI, *La 'legistica' come nuovo problema della moderna scienza della legislazione*, in Perchinunno (a cura di), *Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l'interpretazione. Sul modo di fare le leggi e i suoi effetti* (Atti dell'omonimo Convegno – Castello Svevo di Bari, 14-15 ottobre 2005), Napoli, 2008, spec. p. 131. Più nello specifico, v. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, p. 375 ss.; nonché D'ADDA, *Gli scritti giuridici di Andrea Belvedere ed il metodo analitico di un civilista*, in *Pol. dir.*, 2018, spec. p. 115 ss.

²² D'ADDINO SERRAVALLE, *L'ambiente nell'esperienza giuridica*, in Pepe (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996, p. 91 ss.; EAD., *La tutela del patrimonio ambientale, culturale e naturalistico nelle pagine della Rassegna di diritto civile*, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, p. 301 ss., spec. p. 308 ss.; CORDINI, *Profili di diritto ambientale e comparato*, in ID., FOIS e Marchisio (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008, p.

Tale inquadramento troverebbe conforto in una (ri)meditazione dei rapporti tra gli artt. 1223 e 2059 c.c.; in particolare, se tali norme siano «alternative», come potrebbe arguirsi dalla collocazione della seconda dopo l'art. 2056 c.c., oppure «complementari». L'interrogativo implica riferire l'art. 2059 c.c. al(la natura del)le «conseguenze», che devono risultare «tipizzate», a differenza (ma, più correttamente, a prescindere) dal «fatto» lesivo, conseguibile *anche* da un diritto «patrimoniale». Altrimenti opinando, a considerare l'art. 2059 c.c. non già una norma sul (*tipo* di) «danno» (i.e., effetto pregiudizievole) bensì sulla «fattispecie» (i.e., configurazione del *fatto*), a sostituzione e/o specificazione dell'art. 2043 c.c., inteso nel senso della necessità di una «struttura soggettiva» formalizzante l'interesse «non patrimoniale», l'art. 1223 c.c. dovrebbe logicamente valere in proprio.

E tuttavia, la ragione della diversità di «struttura», che ne esalta il (complementare) ruolo «selettivo», piuttosto che «configurativo», risiede nella differenza alquanto intuitiva fra diritti «patrimoniali» e diritti («non patrimoniali») della persona: i primi sono chiamati a dirimere potenziali conflitti sull'appropriazione di risorse «divisibili», con l'effetto che l'attribuzione del diritto *esclude* analoghe prerogative per i terzi; viceversa, i secondi si esauriscono in un'«autoaffermazione» dell'essere del soggetto, *senza precludere* un contemporaneo esercizio (legittimo) da parte di altri soggetti²³.

La difficoltà di tradurre nel lessico «giuridico» aspetti che attengono alla «persona» in quanto tale si ripercuote sul modo di concepire l'*ingiustizia* che, nel campo dei diritti «patrimoniali», denota la struttura «formale» (i.e., *proprietà* o *credito*) che ne

104. Sul «nucleo rigido» denotante la relativa intangibilità in quanto «fondamentali» per la persona, richiama l'attenzione ESPOSITO, *Note minime sulla nozione giuridica di ambiente. Diritti soggettivi e poteri pubblici*, in *TSDP*, XII-2019, spec. p. 25-26 (v. *infra*, nota 98, anche al testo).

²³ Circa l'originaria funzione «complementare» dell'art. 2059 c.c., v. autorevolmente BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 113 ss.; in disparte se l'eventuale esercizio «illegittimo» sia perseguibile (anche) con la «restituzione» di quanto «ingiustamente» ottenuto, su cui cfr. A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, ivi, 2012, spec. p. 96, testo e note (v. *infra*, note 87 e 96, in fine).

consente l'«acquisizione» delle connesse utilità, mentre nel campo degli interessi «non patrimoniali» ne diviene «selezione» tipologica. È possibile esprimere il medesimo concetto evidenziando come «nella tutela della personalità, la norma non si esprime attraverso specifiche situazioni soggettive, ma attraverso quegli effetti giuridici che, nella loro sintesi unitaria configurano la soggettività della persona», nel senso che non vi sarebbe spazio «per la rilevanza di una qualificazione oggettiva, dal momento che la soggettività rappresenta il valore finale e autonomo della tutela»²⁴.

In tali contesti, (la «clausola» del)l'*ingiustizia* assolve alla funzione «autorizzativa» di compiere, tramite un *balance* affidato alla «buona fede», nel suo «equivalente potestativo» di «abuso», il giudizio di «meritevolezza» sull'interesse compromesso, prescindendo da una «struttura» (i.e., diritto soggettivo) che ne formalizzi, mediante una «utilità intermedia», la relazione di «spettanza»²⁵. Ciò non toglie che gli «interessi» della persona, sottesi ad una certa disposizione di legge, ne colgano solo una parte di «rilevanza» e che, per decidere se un eventuale atto negoziale – o altra disposizione di legge contrastante con la prima – ne comporti un'effettiva «lesione», occorre verificare se essa non sia

²⁴ Così, autorevolmente MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 294 s. La sovrapposizione concettuale tra «danno» (non patrimoniale) e «lesione» (in senso giuridico) era già ben presente, sotto il vigore del previgente c.c., in GABBA, *Questioni di diritto civile*, II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Torino, 1898, p. 250; ripreso da MANDRIOLI, *Studi sul delitto civile*, Voghera, 1918, p. 45, ed *ivi* nota 1. Un'acuta rilettura ne prospetta NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2018, spec. p. 81 ss. (v. anche *infra*, nota 79).

²⁵ Cfr. NAVARRETTA, *Dikaion come nomimon e dikaion come ison: riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum Busnelli*, cit., p. 617 ss. Sui nessi tra «ingiustizia» e «bilanciamento di interessi», v. la persuasiva indagine di RIZZO, *Giudizi di valore e «giudizio di ingiustizia»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 234 ss.; utile anche MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, spec. p. 20 ss. In relazione all'«abuso», cfr. VELLUZZI, *Dietro la maschera. Abuso del diritto soggettivo e interpretazione*, in Ballarini (a cura di), *Novecento del diritto*, Torino, 2019, spec. p. 335-336 (v. anche *infra*, nota succ.).

espressione di un interesse della persona altrettanto rilevante, se non addirittura prevalente²⁶.

Di guisa che, per quanto la tutela della persona globalmente intesa possa essere l'obiettivo di una «pluralità» di formulazioni precettive, tale «unicità» può essere ricostruita dall'interprete a livello di sistema «rimediale», attraverso un bilanciamento degli interessi «conflittuali» che vi mettono capo. Il parametro, con cui valutarne l'allocatione, dipende in questi casi non tanto dal *riconoscimento* (sul piano formale) di una situazione soggettiva, quanto dal *modo* in cui tale allocatione è protetta; con la differenza, di non poco momento, per cui, mentre nel caso dei diritti «patrimoniali» tale parametro esprime l'*infungibilità* – ossia, il tasso di (in)sostituibilità – di una risorsa con un'altra, commisurando il danno all'eventuale maggior costo (o minor guadagno) alla stregua del «mercato», riguardo ai diritti «non patrimoniali» esso è tarato sull'*inerenza* con cui selezionare la «compromissione» identificativa (*rectius*, fonte) di danno alla «persona»²⁷.

²⁶ Sul rapporto «bene – diritto – utilità» nella prospettiva in esame, resta classico MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*², Roma-Milano-Napoli, 1909, p. 23 ss.; ancora attuale, inoltre, ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1932, p. 16 s. In quest'ottica si spiega, ad es., la possibilità per un regolamento contrattuale che imponga al lavoratore subordinato, in contrasto con norma inderogabile, un «demansionamento» di non essere considerato lesivo della persona, quindi esente da «abusività» se, tenuto conto delle circostanze, sia diretto a salvaguardare altro interesse del lavoratore, prevalente rispetto a quello tutelato dalla norma. E così, la tutela della professionalità della persona, di cui il divieto di demansionamento è espressione, risulterebbe cedevole di fronte alla tutela del lavoro, anch'essa espressione della dignità umana, là dove situazioni di crisi dell'impresa impongano la scelta tra «demansionamento» e «licenziamento». V., sul punto, ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, *Riv. giur. lav.*, 2008, I, spec. p. 176 s. Una conferma normativa si evincerebbe dall'attuale art. 2103 c.c., nel testo riformulato dall'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

²⁷ Sulla rilevanza «ambientale» nei meccanismi di «fungibilità» dei beni, v. ora FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, p. 224 ss. In disparte la questione se tale «inerenza» debba comunque essere ancorata alla «mediazione» di apposita

Un valore «personalistico» si eleva a pregiudizio *risarcibile* là dove esso riceva un «complementare» riconoscimento *ex art. 1223 c.c.* che, pur riflettendone attraverso il «lucro cessante» l'importanza assunta per il (singolo) danneggiato, ne indica altresì il superamento della soglia di (giuridica) «rilevanza», in quanto sottratto ad «idiosincrasie» individuali. Orbene l'ambiente, lungi dal designare etimologicamente un “asettico” (galileiano) «spazio [n.d.r. circostante] nel quale si trova una persona o un oggetto»²⁸, diviene situazione «giuridica», poiché (antropica) «proiezione» della stessa «persona», nella misura in cui la «qualità» del primo rappresenta un *infungibile* attributo «es[i]s[t]enziale» *inerente* al *diritto alla qualità di vita*²⁹ di quest'ultima.

previsione legale, nel cui difetto provocare una (preventiva) pronuncia di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 2 Cost., secondo l'impostazione delineata da VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e “ingiustizia conformata”*, Torino, 2014, spec. p. 85 ss. Sul punto, si rinvia peraltro agli importanti rilievi sistematici enucleati da IULIANI, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 177, ed *ivi* nota 111.

²⁸ GALILEI, *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo tolemaico e copernicano*, in ID., *Le Opere*, ed. naz. dir. Favaro, VII, Firenze, 1968, p. 115. Sul punto, v. anche GIACHETTA, *Il progetto ecologico oggi: visioni contrapposte*, *ivi*, 2010, spec. p. 55-56. Il profilo implica la transizione in atto dal riduzionismo «prospettico» alla concretizzazione «situazionale», mirabilmente ricostruita da MARCI, *Codificazione artistica e figurazione giuridica. Dallo spazio prospettico allo spazio reticolare*, Torino, 2014, spec. p. 610 ss.

²⁹ Cfr. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, p. 907 s.: «se l'ambiente è una proiezione della persona e la qualità dell'ambiente è un aspetto essenziale del diritto alla qualità della vita, le norme che garantiscono i diritti della persona e il diritto ad una vita migliore riconoscono implicitamente anche il diritto umano all'ambiente». Ne condivide l'impostazione, all'esito di una stringente disamina anche della giurisprudenza costituzionale in tema, LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, *ivi*, 2011, p. 30 ss. Per un suggestivo approccio storico alle radici (francescane) della «fisicità corporea» quale entità «biologica» dipendente da altre entità «ecologiche» per la sua sopravvivenza, v. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, *ivi*, 2003, p. 133 ss. e p. 243. Il tema, con importanti variazioni, sarà rielaborato dal pensiero fichtiano relativo alla necessaria «finalizzazione» “per” l'«uso esclusivo» (i.e., proprietà) di una risorsa, limitatamente alla «tutela» (i.e., *actio*), non già alla «spettanza» (i.e., *res*): cfr. SABBATINI, *Appunti sulla*

L'inevitabile «ibridazione»³⁰ degli esiti protettivi, alla confluenza della «magmatica» categoria del c.d. *danno biologico*³¹, riecheggia per grandi linee la notoria polarità tra «regole di responsabilità» (*liability rules*) e «regole di proprietà» (*property rules*): a seconda che il trasferimento di una risorsa avvenga per il tramite di una «misura» (involontaria), che ne subordini la compromissione al versamento compensativo del pregiudizio, in contropartita, tuttavia, al sacrificio di valori c.d. «idiosincratici» (i.e., d'uso individuale); ovvero mediante «scambio» (volontario) idoneo a ricomprensivi nel costo l'intera area (anche) di quest'ultimi valori³². Da un lato, la (sua eventuale) lesione potrà, quindi, manifestarsi come conseguenza dell'inadempimento *in senso stretto*, innescando un «conflitto» di tipo «relazionale» implicante responsabilità contrattuale; ovvero *in senso ampio*, sfociando in un «conflitto» di tipo «distruttivo» (o più spesso «degenerativo») di una risorsa, perseguibile dalla responsabilità aquiliana, entrambe ascrivibili a forme di tutela c.d. «per risarcimento» (*liability rules*). D'altro lato, potrà suscitare «conflitti» di tipo «usurpativo» della «titolarità», là dove il

proprietà nello Handelsstaat fichtiano: tra testo e contesto, in Ballarini (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, 2018, spec. p. 233 e 236-237 (con risvolti *infra*, note 80 e 93).

³⁰ V. *funditus* MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, spec. p. 52 s. Sulle origini nel *common law* della doppia valenza (personale e patrimoniale) del termine *property*, v. la pregevolissima indagine di IANNARELLI, «Proprietà», «immateriale», «atipicità»: i nuovi scenari di tutela, in ID., *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, p. 250-252, testo e note.

³¹ Ne ricostruisce puntualmente i tortuosi itinerari, ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 2003, spec. p. 29 ss. Sul perdurante dibattito giurisprudenziale in merito alla sua esatta configurazione, cfr. SCAGLIONE, *Danno non patrimoniale ed illecito endofamiliare nel sistema della responsabilità civile*, in *Dir. proc.*, 2018, p. 172, ed *ivi* nota 19.

³² Si allude alla celebre «matrice» delle variabili «acquisitive» elaborata da CALABRESI e MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: Ove View of the Cathedral*, in (85) *Harv. L. Rev.*, 1972, p. 1089 ss.; in seguito ripresa e sviluppata sempre da CALABRESI, *The simply virtues of the cathedral*, in (106) *Yale L. J.*, 1997, p. 2201 ss. Sensibilità affini sembra emergano in BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 4 ss., 155 ss. e 575 ss.

problema non sarà più (soltanto) di «risarcimento» (patrimoniale o non patrimoniale), bensì (soprattutto) di *restitutio in integrum*, ascrivibile a forme di tutela c.d. «per vincolo» (*property rules*)³³.

L'«inviolabilità» della questione (civilistica) «ambientale» può, dunque, ricavarsi dal «binomio» costituzionale (*ex art. 2 Cost.*) «libertà [n]e[lla] responsabilità»: *libertà* di «rivendicare» (sia pure *uti gestor*)³⁴ il godimento «intergenerazionale» delle risorse naturali esistenti, atte a soddisfare esigenze primarie (arg. *ex art. 144, c. 2, d.lgs. n. 152/2006*); ma, per ciò stesso, *responsabilità* (*ex contractu e/o ex delicto*) poiché, non costituendone l'immediata conversione in termini «patrimoniali», risponde al dovere «solidale» di *meritevolezza* c.d. «sine-allagmatica»³⁵ dei relativi

³³ Seguendo l'acuta classificazione proposta da ROPPO, *Il contratto del duemila*⁴, Torino, 2020, spec. p. 22 ss.

³⁴ Alla stregua della «solidarietà costituzionale» quale fonte *sub specie facti* di «comportamenti dovuti» (su cui, v. già acutamente VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, spec. p. 83; nonché ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, spec. p. 1044), ciascuno esercitando «vicendevolmente» (i.e., a scopi «altruistici») tale *funzione* «comunitaria», in piena sintonia con il dato normativo, che riconosce al «mandatario» – nonché, suo tramite (arg. *ex art. 2030, c. 1, c.c.*), anche al «gestore d'affari» – l'esperibilità di azioni petitorie: in termini, SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p. 429 ss.; nonché DI ROSA, *Il mandato – I. Nozione*, in ID. (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Torino, 2011, p. 81, anche in nota 166. Per una recente conferma giurisprudenziale (non a caso in ambito «condominiale»), cfr. Cass., 30 giugno 2014, n. 14797, spec. § 2.1 motiv., in *DeJure*.

³⁵ In uno alla rivisitazione dell'art. 41 Cost., cfr. F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, IV, Napoli, 2013, p. 2235 ss.; v. anche la sagace indagine di CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, ivi, 2018, spec. p. 100-101, testo e note (con pari acume recensita da PENNASILICO, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1511 s.). In posizione critica, v., altresì, MATTEI e QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Arezzo, 2018, p. 139-187; nonché D. LENZI, *La gestione del rischio di danno ambientale per le società di capitali*, in Cerrato (a cura di), *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, Torino, 2019, p. 233 ss.

«assetto» *nel* (i.e., attraverso «schemi negoziali» di) «mercato», ponendo “in esponente” ogni pregiudizio alla sua preservazione quale (*rectius*, a stretto ridosso della) lesione dell’«autonomia contrattuale»³⁶.

Nel solco attualmente tracciato dall’art. 37 Carta di Nizza, il principio dello *sviluppo sostenibile* mostra di condensare al meglio queste interrelazioni, contestualizzando l’originaria «difesa» ambientale (erariale/petitoria)³⁷ all’interno di una visione italo-europea di «giustizia» (contrattuale) diacronica³⁸.

3. *La semantica: dalla «negoziazione» competitiva (ovvero della razionalità «tattica») all’«argomentazione» pianificata (ovvero della razionalità «strategica»).*

Volendo, pertanto, emanciparsi da una “semantica” dei conflitti ambientali altrimenti relegata alla «tipologia di opere» ovvero alla «qualità di attori», nel tentativo di delineare il «peso specifico» della *negozialità* alla luce delle precedenti osservazioni, converrà focalizzare l’attenzione, da un lato, sulle loro intrinseche motivazioni e le logiche che le animano; d’altro lato, sugli interventi associati ai (triplici) paradigmi esegetici dianzi tratteggiati. Ne emergono fondamentalmente tre (paralleli) nuclei concettuali, intorno a cui aggregare sia l’elaborazione dei modelli

³⁶ Di qui, l’autentico «mutamento di paradigma» in tale ambito (con sviluppi *infra*, nota 66), brillantemente tracciato da PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale* (Atti dell’omonimo Convegno – Bari, 22-23 ottobre 2015), Napoli, 2016, p. 287 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell’autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 809 ss.; ID., *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell’officina dell’interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 3 ss.; ID., “Proprietà ambientale” e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1261 ss. Più in generale, v. anche TUCCILLO, *Profili di rilevanza ambientale nella disciplina dei contratti pubblici e privati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, p. 189 ss.

³⁷ Ne ripercorre attentamente gli sviluppi, BOCCHINI, *La Corte dei conti ed il risarcimento del danno ambientale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 289 ss.

³⁸ Con proficui approfondimenti in D. LA ROCCA, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti nella crisi economica*, in Cantaro (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, p. 277 ss.

interpretativi, sia la definizione dei metodi di intervento nella pratica gestionale³⁹.

Un *primo* modello, definibile «ambiente e sicurezza», ritiene che il conflitto ambientale sia la reazione obbligata e deterministica alla *scarsità di risorse* e richiede l'azione dei pubblici poteri nel garantire una nuova forma di sicurezza, quella «ambientale». Appartengono a questo modello, di chiara impostazione «erariale» (i.e., *property rules*), le c.dd. «guerre dell'acqua», che si paventa potrebbero insorgere in un prossimo futuro per via del c.d. *land grabbing* nonché dei cambiamenti climatici, insieme al «fardello sociale» connesso alle prevedibili migrazioni⁴⁰.

Un *secondo* modello, definibile «ambiente e negoziazione» – plausibilmente idoneo a raggruppare le insorgenze patologiche da c.d. *culpa in contrahendo* (i.e., *liability rules*) –, pone l'accento sulle difficoltà delle parti coinvolte nell'adottare (auspicabili) procedure di «mediazione», in grado di disinnescare eventuali contrapposizioni: ad es., tra comunità territoriali, indotte a ritenere «invasivo» (proprio) perché puramente «lucrativo» un impianto localizzabile nel proprio bacino di riferimento, rispetto ai relativi promotori convinti dell'assoluta incapacità di quelle comunità nel cogliere il valore tecnologico della scelta, (proprio) perché pregiudizialmente contrarie a qualsiasi progetto⁴¹. La centralità del

³⁹ DE MARCHI, *Conflitti socio-ambientali e cittadinanza in movimento*, in BAGLIANI e DANSERO, *Politiche per l'ambiente dalla natura al territorio*², Torino, 2011, p. 322. Più in generale, v. anche GIANNITI, *La composizione delle liti mediante l'attività dei difensori. L'accertamento contrattuale*, in ID. (a cura di), *Processo civile e soluzioni alternative delle liti. Verso un sistema di giustizia integrato*, Roma, 2016, p. 349 ss.

⁴⁰ Da varie angolazioni, cfr. M.G. STANZIONE, *Precautionary Principle, Civil Liability and the Right to Health*, in WESTRA, BOSSELMANN e Zambrano (eds.), *Ecological Integrity and Land Uses. Sovereignty, Governance, Displacements and Land Grabs*, New York, 2019, p. 219-230; MAROTTA, *Le forme dell'acqua. Economia e politiche del diritto nella gestione delle risorse idriche*, Napoli, 2019, p. 172 ss.; MICCÙ e FRANCAVIGLIA, *Le forme giuridiche dell'acqua. Le dimensioni costituzionali di uno strumento di coesione sociale e territoriale*, Torino, 2019, p. 20-25, 43 ss. e 126 s.; SANTOLINI, *Profughi del clima*, Soveria Mannelli, 2019, p. 6 ss.

⁴¹ Sulla c.d. sindrome «NIMBY», cfr. MOLOCCHI, *Non nel mio giardino. Il dissenso ambientalista e lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 1998, *passim*; ne

dialogo, il riconoscimento delle diverse posizioni e delle ragioni delle parti coinvolte, la costruzione di un clima di fiducia, sono elementi fondanti nell'elaborazione di un accordo non solo «accettato», ma «condiviso» e poi «attuato», di pari passo al superamento del monopolio statale sulla «giurisdizione» e il graduale ingresso, non solo a livello teorico, di tecniche compositive ispirate al principio di semplificazione⁴².

Visto in questi termini, il modello discusso sembra profilare soltanto positività, se è vero che punta molto sulla trasparenza e lo stimolo di un processo di apprendimento nella gestione «compartecipata» del conflitto; e tuttavia, almeno due aspetti appaiono critici. Anzitutto, la dimensione «preventiva» della negoziazione: il modello, infatti, viene per lo più adoperato quando il conflitto è già in atto, mettendo in parentesi il clima esacerbato

esamina i risvolti giuridici, SPINA, *Sociologia dei Nimby. I conflitti di localizzazione tra movimenti e istituzioni*, Lecce, 2009, p. 142 ss. Della tendenza verso un «diritto negoziato» in relazione all'attuale «complessità», discorre ARNAUD, *Le sfide della globalizzazione alla modernità giuridica*, in Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 93 s.

⁴² Come osserva LEWANSKI, *Democrazia delle infrastrutture, infrastrutture per la democrazia*, in Bianchi e Gamba (a cura di), *Ambiente Italia 2007. La gestione dei conflitti ambientali*, Milano, 2007, p. 61 s.: «i processi deliberativi mirano non semplicemente ad aiutare le parti in conflitto a trovare un accordo soddisfacente, ma a produrre una trasformazione nel modo in cui una questione viene considerata per giungere ad un consenso informato». Il profilo involge, oltretutto, delicati equilibri «interstatali» (es., reti di trasporto intermodale), in presenza di un fenomeno per sua natura «sconfinato» e, pertanto, ascrivibile al catalogo dei diritti «umani»: su cui, v. già acutamente S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 16 ss. e 29; nonché CONSOLO, «Jus cogens» e «rationes» dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di «tortura governativa» (saudita), in ID., COLESANTI, GHIA e TOMMASEO, *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova, 2009, p. 307 ss. Sul sotteso «spazio del diritto dal basso ed emancipatorio», cfr. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, p. 124 ss. Circa lo «specchio rotto delle fonti», la cui ricomposizione è oggi affidata all'interprete, è lucidamente introdotto da Canale, Pariotti e Pastore (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Roma, 2019, p. 7-11.

tra le parti, maturato in situazioni conflittuali rimaste irrisolte, per privilegiare la ricerca di soluzioni «da qui in avanti», risultando oltretutto applicabile nella misura in cui i protagonisti riescano razionalmente a «misurare» lo scarto tra benefici ottenibili «in assenza» di accordo (c.d. BATNA, *Best Alternative To a Negotiated Agreement*), e pregiudizi (in)evitabili malgrado il suo perfezionamento⁴³.

Un'ulteriore criticità atterrebbe alla configurazione «sbilanciata» di potere tra gli attori, presenti al tavolo negoziale, sovente non presa in debita considerazione. Ben vero che l'«isotropia» del potere e la libertà individuale di esprimere i propri interessi sono le basi dei modelli di democrazia pluralista, su cui sorgono e si affermano i modelli «partecipativi»; un più attento esame dei processi decisionali mostra, tuttavia, come i diversi attori possano mettere in gioco risorse talora non comparabili⁴⁴.

Il principale limite del modello in discorso risiede proprio nella priorità assegnata alla produzione dell'accordo, mantenendo un approccio «neutrale» rispetto allo «squilibrio» di poteri, quando non sia lo stesso «mediatore» ad essere istituzionalmente dotato di particolari «poteri di indirizzo» nient'affatto trascurabili⁴⁵. Ciò potrebbe portare anche ad accordi funzionanti, ma propedeutici di conflitti più complessi nel lungo periodo, generando una sensazione di «sperequazione» tra parti più o meno svantaggiate dall'intesa, malgrado tutto, raggiunta⁴⁶.

⁴³ Su cui, v. in part. ANDRETTA, *L'identità dei comitati: tra egoismo e bene pubblico*, in DELLA PORTA (a cura di), *Comitati di cittadini e democrazia urbana*, Soveria Mannelli, 2004, p. 71-96.

⁴⁴ Sui «condizionamenti» del c.d. *expertise* in connessione ai rischi di «politicizzazione della scienza», cfr. PELLIZZONI, *Conflitti ambientali. Esperti, politica, istituzioni nelle controversie ecologiche*, Bologna, 2011, p. 15 ss.

⁴⁵ Come nell'esperienza, sperimentata per la prima volta nella periferia di Rotterdam, sede olandese del polo petrolchimico Shell, del *Residential Advisory Board*, esaminata da OTTOLENGHI e TOLLARI, *Il R.A.B.: uno strumento tra comunicazione e negoziazione*, in BRATTI e VACCARI (a cura di), *Gestire i beni comuni. Manuale per lo sviluppo sostenibile locale*, Milano, 2006, p. 357 ss.

⁴⁶ Utili approfondimenti in OSTI e PELLIZZONI, *Conflitti e ingiustizie ambientali nelle aree fragili. Un'introduzione*, in *Partecipazione e conflitto*, 2013, 6, p. 5-13.

3.1. Segue. *Dalla «negozialità» asimmetrica (ovvero della contrapposizione «autoritativa») alla «sussidiarietà» sostenibile (ovvero dell'ausilio «paritetico»).*

Le questioni lasciate aperte dai modelli procedurali «partecipativi» di risoluzione dei conflitti sono il punto di partenza per un *terzo* modello di giustizia ambientale, rivelatore di quanto le dinamiche territoriali interpellino la giustizia «distributiva» nella dimensione socio-spaziale⁴⁷. Si tratta di un approccio più ambizioso rispetto a quello (precedente) di negoziazione «asimmetrica» in quanto, mentre quest'ultimo si pone in un'ottica di «pragmatismo decisionale» al fine di escogitare una soluzione soddisfacente per le parti coinvolte, l'altro mira ad un programma strategico «condiviso» basato su posizioni «informate»⁴⁸. Il modello, definibile «ambiente ed eco-cittadinanza»⁴⁹, esamina il ruolo dell'ambiente nella conflittualità, nonché la dimensione della «discriminazione» ambientale e dei diritti umani, primariamente

⁴⁷ Non a caso: «Il carattere conflittuale della politica ambientale discende, in primo luogo, dalle asimmetrie distributive di costi e benefici che essa implica in relazione ad aree geografiche o a gruppi sociali» (così, LEWANSKI, *Governare l'ambiente. Attori e processi della politica ambientale*, Bologna, 1997, p. 21). Il diverso approccio diretto, al contrario, a far prevalere l'esigenza di convergere verso progettualità di sviluppo condivise, in grado di massimizzare la «coesione sociale» nei modi di regolazione della «responsabilità» dei territori, è affrontato nel recente lavoro collettaneo a cura di MESSINA, *Oltre la responsabilità sociale di impresa. Territori generativi tra innovazione sociale e sostenibilità*, Padova, 2019, spec. p. 261 ss.

⁴⁸ *Mutatis mutandis*, il divario ricalca il distinguo tra «accordo bonario» e «transazione», ben rimarcato, anche con riferimenti giurisprudenziali, da FIGLIOLIA, *Gli istituti della transazione e dell'accordo bonario nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Rass. Avv. St.*, 2014, 3, p. 231 ss. Vi si rispecchia la (parallela) «cesura» tra *negoziazione* e *argomentazione*, in cui la prima si fa veicolo di «razionalità tattica» tesa al successo, mentre la seconda di «razionalità comunicativa» onde ricercare un'intesa (*rectius*, una pianificazione strategica), acutamente delineata da CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 65 s.

⁴⁹ Espressione della più complessa «legittimazione sociale» veicolata dalla rinnovata nozione di «cittadinanza glocale»: su cui, cfr. CORCHIA, *Scenari della partecipazione politica locale*, in TOSCANO (a cura di), *Zòon politikòn*, II, *Politiche sociali e partecipazione*, Firenze, 2010, p. 193 ss.

riconosciute nella Convenzione di Aarhus⁵⁰ del 1998, osservando il conflitto come opportunità di confronto fra «progettualità territoriali alternative»⁵¹.

In tale contesto, non sembra inopportuno rintracciare la ricercata *norm-advocacy* della *negozialità* in una rilettura «costituzionalmente orientata» non (tanto e) solo del principio dell'agire privatistico nel segmento di attività *consensuale/vincolata* della P.A., quanto piuttosto nella più ampia operatività *ex art. 11, cpv., L. n. 241/1990 s.m.i.* dei «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» anche per il segmento di attività *autoritativa/discrezionale*⁵². Inevitabile, in tal guisa, segnalare che quei principi incontrano attualmente un formidabile «trasformatore permanente»⁵³ di efficacia nel principio costituzionale di c.d. «sussidiarietà orizzontale» (art. 118, c. 4, Cost.), in forza del quale

⁵⁰ Sul cui art. 9, recante il c.d. «Terzo Pilastro» sull'accesso alla giustizia ambientale, v. in part. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Torino, 2016, p. 27 ss.

⁵¹ In quest'ottica, «decidendo di intraprendere un processo partecipativo, le istituzioni debbono dunque cedere una parte del loro potere, sia pure parzialmente e temporaneamente, accettando di svolgere il ruolo di promotori piuttosto che di decisori. [...]. E può rivelarsi un "gioco a somma positiva": ciò che l'amministrazione "perde" in potere di scelta viene recuperato abbondantemente in termini di legittimazione delle scelte e di consenso attorno al suo operato» (così, LEWANSKI, *La prossima democrazia: dialogo - deliberazione - decisione*, 2016, p. 109-110, reperibile all'indirizzo <http://eepurl.com/bLyfPj>). Più diffusamente, v. anche FARINOSI, *Comunicazione e processi partecipativi*, Milano, 2019, p. 11 ss.

⁵² Circa la congenialità di tale modello agli ambiti in esame, cfr. CALLEGARI, *Gestione dei conflitti e mediazione*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2013, 13, p. 467-468; nonché, sul parallelo ripensamento della «funzione amministrativa», VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, spec. p. 173 ss.

⁵³ Riprendendo la celebre formula, riferibile all'art. 10 Cost., già intuita da PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Padova, 1952, p. 28; poi coniata da CONDORELLI, *Il "riconoscimento generale" delle consuetudini internazionali nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1979, p. 5 ss., spec. p. 16. Sulla peculiare portata «personalistica» *ex art. 2 Cost.*, v. spec. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 365 s.

riscoprire una rinnovata legittimazione negoziale «simmetrica», alla cui stregua l'attore pubblico intercetta le prerogative esercitabili dagli operatori privati in posizione di assoluta «pariteticità», e la cui valutazione di «compatibilità» è rimessa (tra l'altro) proprio al principio dello *sviluppo sostenibile*⁵⁴.

Un «campo d'elezione» per l'applicabilità del principio – ora meglio declinabile in termini di c.d. *sussidiarietà sostenibile* – è quello dei sempre più diffusi strumenti «a base volontaria» di tutela dell'ambiente⁵⁵, con cui fare «prevenzione» puntando sull'incentivo di determinati comportamenti e rimettendo alla (evocata) *libertà responsabile* di ciascuno la decisione *se* (o *proseguire* nel) porli in essere, piuttosto che imporli o, rispettivamente, vietarli secondo il tradizionale modello «autoritativo» del *command and control*⁵⁶. In sostanza, esiste un'ampia gamma di attività «ecologicamente impattanti», rispetto alle quali l'ordinamento mostra di optarne per l'assoggettamento al

⁵⁴ Alla cui stregua individuare, altresì, la platea delle materie (lecitamente) «sussidiabili» secondo il principio (comparativo) di «meritevolezza», espressione *ex art. 2645-ter c.c.* del peculiare grado di «rilevanza», tra cui l'insieme delle ipotesi estrapolabili dall'attuale disciplina dell'impresa «sociale» *ex d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112*, nel testo risultante dal (correttivo) *d.lgs. 20 luglio 2018, n. 95*, comprendente anche gli interessi «ambientali» (v. *amplius* MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, spec. p. 261 ss., testo e note; vi è tornato AMADIO, *Lezioni di diritto civile*³, Torino, 2018, p. 115 ss.). Per più specifici ragguagli sulla relativa valenza «negoziale», anche in rapporto all'art. 41 Cost. (v. *supra*, nota 35), indispensabili restano PALERMO, *L'autonomia negoziale*³, Torino, 2015, p. 55 s.; P. PERLINGIERI, *Sussidiarietà e diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata*, ora in ID., *Principi e metodo dell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018, p. 1 ss.; in aggiunta a M. PALAZZO, *Introduzione*, in *Autonomia privata e fonti del diritto* (Atti dell'omonimo Convegno – Firenze, 16 maggio 2019), in *Quad. Fond. Notar.*, Milano, 2019, spec. p. 4 s. In posizione dialettica, v. peraltro LIPARI, *Le fonti del diritto*, *ivi*, 2008, p. 170.

⁵⁵ Su cui, cfr. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 381 ss.

⁵⁶ V. *amplius* DE GREGORIO, *Poteri autorizzatori e poteri di controllo della pubblica amministrazione. Profili generali e di tutela dell'ambiente*, in ISPRA, *Manuali e Linee Guida*, n. 160, Roma, 2017, spec. p. 22 ss.

rispetto del generale principio «chi inquina paga» in chiave «precauzionale», al cui cospetto i modelli «partecipativi» negoziati, espressione di procedure di mediazione, potrebbero rivelarsi cedevoli nel perseguimento di obiettivi «eco-sistemici» di più vasta portata.

Basti qui un brevissimo cenno al riformato dispositivo negoziale «eco-transattivo» ex art. 306-*bis* d.lgs. n. 152/2006, per il quale, nel silenzio legislativo, ed anzi nella soppressione della qualifica «non novativa», resta salva la facoltà (espressamente menzionata nel previgente art. 2, c. 5-*bis*, d.l. 208/2008) di «utilizzare i terreni o singoli lotti o porzioni degli stessi, in conformità alla loro destinazione urbanistica, qualora l'utilizzo non risulti incompatibile con gli interventi di bonifica [*omissis*], sia funzionale all'esercizio di un'attività di impresa e non contrasti con eventuali necessità di garanzia dell'adempimento evidenziate nello schema di contratto»⁵⁷.

Saranno soprattutto le scienze economiche ad incaricarsi di fornire, nel prossimo futuro, un riscontro in ordine alla concreta attitudine di questi innovativi strumenti a garantire il perseguimento degli obiettivi ambientali, senza compromettere gli *standard* di «sviluppo» prefissati dalle politiche di «crescita» elaborate a livello italo-europeo e internazionale⁵⁸.

4. *La pragmatica: dalla «legittimazione» a disporre (ovvero del «riconoscimento» di titolarità) all'«esponenzialità» a pretendere (ovvero dell'«esercizio» di tutela).*

La “pragmatica” del civilista⁵⁹ può, peraltro, da subito giovare di questo nuovo modello «solidale» *lato sensu* «partenariale»⁶⁰,

⁵⁷ In tema, cfr. DE SANTIS, *La transazione in materia ambientale alla luce della l. n. 13 del 2009 tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2491 ss.

⁵⁸ In tal senso, v. già SCOVAZZI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, p. 234.

⁵⁹ Esplorata nell'opera profonda e lucidissima di BELVEDERE, *Pragmatica e semantica nell'art. 12 preleggi*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, Padova, 2016, p. 487 ss., spec. p. 495 s.

⁶⁰ Ben rimarcato da DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, spec. p. 140 ss.

onde verificarne possibili «saldature operazionali»⁶¹ rivenienti da perspicue analisi, finora condotte dal versante pubblicistico, (ancora una volta) nella tripartita direzione – sulla «falsariga» dell'evocata tripartizione romanistica – dell'estensione della «legittimazione ad agire» (*personae*), della rilevanza di «vizi» procedurali (*res*), nonché dell'intensità del «sindacato giurisdizionale» sull'attività posta in essere (*actiones*)⁶².

In primo luogo, il riconoscimento della legittimazione ad agire in capo al singolo o ad enti esponenziali per la tutela di un (anche proprio) interesse «diffuso», ovvero il suo ampliamento sino a consentire azioni c.dd. «popolari» a tutela dell'ambiente, si intreccia con la configurazione e l'interpretazione della «separazione dei poteri». Utili spunti appaiono estrapolabili dalla collaterale esperienza in ambito gius-lavoristico, ove, di là da sintomatiche disposizioni codicistiche *enviromental compliance* (arg. ex art. 2087 c.c.), mette conto osservare la peculiare conformazione della «condotta antisindacale».

Il comportamento censurato, rilevante ai fini della fattispecie, non è individuato – come si ritrae dalla formulazione dell'art. 28 St. lav. – sulla base di caratteristiche strutturali tipizzate, bensì secondo la sua idoneità a ledere i beni protetti (i.e., la libertà e l'attività sindacale, nonché il diritto di sciopero). Trattasi, pertanto, di nozione costruita dal legislatore in modo volutamente ampio e definita, per questo, «teleologica» e «strutturalmente aperta»⁶³, poiché stabilisce soltanto la direzione verso cui la condotta datoriale deve indirizzarsi, lasciando all'interprete la verifica dei comportamenti materialmente offensivi.

⁶¹ Quali «elementi di fatto necessari per produrre un effetto giuridico», secondo la nozione codificata nelle c.dd. «Tesi di Trento», da GAMBARO, MONATERI e SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 48 s.

⁶² ROVERSI MONACO, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, 2018, p. 6.

⁶³ M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, p. 51. Sui limiti del diritto «regolativo» al cospetto di nozioni «a contenuto variabile», non a caso nel medesimo contesto, cfr. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, p. 143 ss.

La scelta normativa di non tipizzare la fattispecie è stata effettuata nella consapevolezza che un'aprioristica predeterminazione dei comportamenti datoriali, ai fini della configurazione di una condotta «antisindacale», avrebbe implicato un *vulnus* di tutela nei confronti di quelle pratiche lesive che, in un contesto estremamente mutevole come la realtà del (anche qui) «conflitto» aziendale, sarebbero difficilmente inquadrabili una volta per tutte dalla «legge» (e dalla «scienza»). La conseguenza di tale inquadramento induce a reputare «legittimati attivi» ex art. 28 St. lav. anche gruppi della c.d. «autonomia operaia», qualora avessero trovato un «coagulo» a livello nazionale.

Ricalcato *a contrario* sulla condotta «eco-(in)compatibile», analogo ragionamento imporrebbe, anzitutto, di esplicitarvi la «dialettica» visione giuridica sottesa alla protezione dell'ambiente: «ego-centrica» o «eco-centrica». Per la prima, l'individuo è gerarchicamente e funzionalmente sovraordinato al patrimonio naturale, strumento di soddisfacimento dei suoi bisogni. L'approccio di tipo (non più «ego-», bensì) «eco-centrico» reclama, invece, l'utilizzabilità degli strumenti privatistici mediante un rapporto «uomo-natura» edificato attorno alla nozione di interesse «diffuso».

Un tentativo di muoversi verso quest'ultimo obiettivo è stato rappresentato dalla proposta di modifica dell'art. 24 Cost., elaborata dalla Commissione Bozzi nel 1985, e mai ripresa per quanto sempre attuale, onde riconoscere al massimo rango l'azione in giudizio per la tutela di siffatti interessi⁶⁴. Si potrebbe, cioè, reputare che la disciplina sulla responsabilità «ambientale», lungi dal costituire un modello «eccentrico», esprima lo sviluppo coerente, nell'ambito della tutela relativa ai c.d. «beni comuni», del sistema della responsabilità civile, pur sempre vincolata ad un disegno «personalistico», e tuttavia suscettibile di espandersi rispetto a «valori», a loro volta, «sporgenti» – per quanto visto –

⁶⁴ Includibili le premesse sviluppate da CARDUCCI, voce *Natura (diritti della)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, VII, Torino, 2017, p. 486 ss.; nello specifico, cfr. RATO TRABUCCO, *Tutela dell'ambiente e diritti dei singoli*, in *Amb. svil.*, 2019, p. 628. In un'epoca di pandemia da *Covid-19*, v. anche la densa riflessione di GIORDANO, *Nel contagio*, Torino, 2020, spec. p. 31 ss.

ben oltre la dimensione «idiosincronica». E ciò, alla stregua di una (collaudata) impostazione di tipo «esponenziale», ove il collegamento, sia pure problematico (anche sul piano processuale), tra la tecnica «risarcitoria» (*liability rule*) e l'obbligo di «riparazione» (*property rule*) della risorsa compromessa, sollecita forse – come a breve si dirà – un ulteriore sforzo di concettualizzazione⁶⁵.

Resta che, se l'«ambiente» coincide con l'insuperabile «contesto entro cui» (*ad litteram*) “circostanziare” il modo d'essere del soggetto nelle proprie «autodeterminazioni», nessuna «relazione» è pensabile nell'ottica riduttiva di una «pattuizione anelastica», poiché questa va necessariamente intesa (e, nel caso, rimodulata) in funzione delle sue ricadute non soltanto sui soggetti contraenti, ma anche su quanti dai «riflessi» di quel contratto (arg. *ex art.* 1372, cpv., c.c.) vengano intercettati.

Ciò equivarrebbe ad affermare che l'atto di autonomia «eco-compatibile», in quanto interferente con un «bene comune», si differenzia profondamente dai consueti schemi invalsi, atteggiandosi come *contratto a protezione di terzi indeterminati*⁶⁶.

⁶⁵ V. *infra*, § 5.1. Una meditata riconsiderazione, impossibile in questa sede, circa il fondamento della «tipicità» dei diritti reali, connesso al profilo in esame, è offerta da MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*. Numerus clausus, *autonomia privata e diritti sui beni*, Napoli, 2015, spec. p. 151-156; v., altresì, SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 246 ss. Peraltro, con un'accentuazione riguardo ai danni «non patrimoniali» *ex contractu*, qualora azionati in via «collettiva», malgrado la recente riforma dello speciale procedimento con l. 12 aprile 2019, n. 31, vi richiama l'attenzione PARDOLESI, *Inadempimento contrattuale, danno non patrimoniale, azione di classe: note minime su disvalore, disappunto, irrisorietà e altro ancora*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 95 ss.

⁶⁶ PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in Pollice (a cura di), *Liber Amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, p. 482 s. Sotto questo profilo, potendosi valorizzare al massimo rango (i.e., alla stregua dell'«utilità sociale» *ex art.* 41, cpv., Cost.) la pari sussistenza dell'(evidenziata *supra*, nota 34) *utile gestione* «altruistica», con la conseguenza che il vincolo *ex mandato* sia suscettibile di esplicitare, con l'ausilio degli artt. 1723, cpv. e 1726 c.c., i propri effetti «eco-conformativi» *ex artt.* 1419 e 2028 c.c. direttamente nella posizione giuridica di tutti gli «interessati» (secondo l'originaria prospettiva, sempre gius-lavorista, di

Vi fa da (coerente) sfondo la parallela rilettura che le patologie invalidanti stanno incontrando nell'interpretazione «conformativa» della recente giurisprudenza di legittimità⁶⁷, supportata da autorevoli indirizzi incentrati sul principio di «ragionevolezza» quale paradigma ermeneutico di ogni «regola negoziale»⁶⁸.

4.1. Segue. *Dall'«esegesi» testuale (ovvero dell'ermeneutica «ricognitiva») all'«ortopedia» regolamentare (ovvero dell'interpretazione «perequativa»).*

In secondo luogo, la possibilità per il giudice di non annullare provvedimenti affetti da vizi del procedimento, qualora non abbiano influito sul «risultato», giusta quanto previsto dall'attuale art. 21-*octies*, cpv., L. n. 241/1990 s.m.i.⁶⁹, è a sua volta connessa con la «delimitazione dei poteri», poiché riserva al giudice la prerogativa di «sostituirsi» all'amministrazione, nel ripercorrerne il procedimento, effettuando in sede «processuale» gli adempimenti omessi nella fase «procedimentale».

NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, p. 212). Per una lettura alternativa, incentrata sul paradigma della contrattazione «a favore di terzo», cfr. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, p. 367 ss. e 416 ss. Ad una declinazione al plurale dell'«autonomia negoziale» in prospettiva assiologica, invita giustamente ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in Id. e Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss., spec. p. 218 ss.

⁶⁷ In esito alle indispensabili premesse ricostruttive di LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, spec. p. 353 ss.; v., altresì, *funditus* PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 s. Sull'incerto equilibrio operativo della (connessa) «etero-integrazione» fra «contenuto» ed «effetti», cfr. F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione*, Torino, 2017, p. 85 ss. V. anche *infra*, nota 99.

⁶⁸ LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 38 ss. e 224; nonché BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 132.

⁶⁹ Esentata da censure di illegittimità costituzionale, secondo Corte cost., (ord.) 17 marzo 2017, n. 58; sulla cui portata applicativa, si diffonde CREPALDI, *Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, 2018, p. 184 ss.

Non v'è, quindi, da sorprendersi se la suggestiva lettura «a palindromo»⁷⁰ tra *autonomia privata* e *giurisdizione*, in direzione dei rapporti in ordine al *se* ed *entro quali limiti* sia consentito al giudice «sindacare» l'esercizio del potere di autoregolamentazione, assegnato per legge alle parti, “per converso” impegnate a renderlo contrattualmente sempre più «impermeabile» a tale intrusività, evidenzia la diretta conseguenza di una cornice «imperativa» che, in materia ambientale, finisce per tradurre l'efficacia «prevenzionale» cogente da ascrivere al dispositivo negoziale, all'uopo valutabile *sub iudice* in sede di: *a)* interpretazione del contratto; *b)* integrazione del regolamento contrattuale; *c)* sindacato sull'(eventuale *anche* omesso) esercizio, da parte del contraente, di facoltà e/o diritti allo stesso attribuiti *ex lege* o *ex contractu*; *d)* controllo sulla meritevolezza dell'assetto di interessi contrattualmente delineato.

Orbene, la parte preponderante degli interventi, in genere operati dal giudice di legittimità sul rapporto contrattuale – e riferibili ai primi tre gruppi – si allineano, in sostanza, alle scelte effettuate dai contraenti, con finalità, da un lato, di *chiarimento* di ciò che l'art. 1362 c.c. designa come la «comune intenzione delle parti», d'altro lato, di *specificazione*, sempre nell'ottica dell'operazione «voluta» dai contraenti, facendo emergere quella che, senza un apprezzabile sacrificio dell'uno rispetto all'altro, meglio ne realizzi gli interessi (nel caso, «eco-compatibili»).

Viceversa, gli interventi del quarto gruppo si pongono, in linea di massima, *in contrasto* con tali scelte, per finalità di *correzione* dell'assetto di interessi predisposto⁷¹, con un'avvertenza: mentre, qualora la censura di «immeritevolezza» colpisca il contratto nella sua interezza, l'esito finale sarà quello della giuridica *irrilevanza* e, conseguentemente, della *liberazione* delle parti da qualsivoglia

⁷⁰ Ad opera di CONFORTINI, *Autonomia privata e giurisdizione*, in *juscivile.it*, 3, 2018, p. 413.

⁷¹ Per le precedenti considerazioni, cfr. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017, spec. p. 630 ss., testo e note. Peraltro, che la funzione «integrativa» per via giudiziale della buona fede non vada sopravvalutata, nei limiti applicativi dell'art. 1229 c.c., è autorevolmente illustrato da DE NOVA, *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, p. 103-104.

vincolo; nell'ipotesi in cui analoga censura ne attinga, invece, soltanto una clausola, l'intervento giudiziale si risolverà nel v[e]i[n]colare le parti ad un contratto *diverso* (nel caso, «eco-compatibile») da quello dalle stesse originariamente voluto, con un *salto di qualità* non da poco nel sindacato sul rapporto contrattuale, rispetto a quelli cui le corti erano fin qui aduse⁷².

D'altronde, da almeno due lustri si insegna che: «la violazione dell'obbligo di comportarsi in buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata o di conclusione di un contratto invalido, ma anche nell'ipotesi in cui il contratto valido risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto»⁷³. Facendo applicazione di siffatto principio, si finisce parimenti con il modificare – *sostanzialmente* – l'assetto di interessi, pur lasciando – *formalmente* – del tutto inalterato il relativo rapporto contrattuale.

5. *Una (nuova) grammatica: dalla «liceità» invalidante (ovvero della discrezionalità «tecnica» (rinvio).*

Tale ultimo profilo è destinato a coniugarsi secondo la nuova “grammatica”, con cui valorizzare, anche in ottica civilistica, gli esiti del sindacato sull'attività procedimentale e, quindi, del

⁷² Ne discute proficuamente LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ric. giur.*, 5(2016), 2, p. 211 ss.; nonché A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1205 ss. (a commento di Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224). Per un efficace inquadramento, v. ora PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*³, Torino, 2018, p. 36 ss.; nello specifico, MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019, p. 43 ss.

⁷³ In termini, da ultimo, Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1703, con nota di PARDOLESI; nonché in *Dir. giust.*, 2016, 15, p. 71, con nota di TARANTINO. Sulle specifiche implicazioni «rimediali», cfr. AFFERNI, *Buona fede e responsabilità nella formazione del contratto*, in Gambaro e Morello (a cura di), *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012, p. 6-7, 35-36. Un'approfondita riflessione tratta dall'intricata vicenda giudiziaria, che ne ha ridestato l'attenzione, si legge – non a caso – in VETTORI, *Il contratto e i rimedi*³, Padova, 2017, p. 1007 ss.

controllo giurisdizionale sulla ricostruzione del «fatto», in particolare sulla c.d. discrezionalità «ambientale»⁷⁴.

Un *primo*, sul piano della discrezionalità «tecnica» – esercitabile in virtù di competenze esorbitanti da quelle strettamente giuridiche – presuppone ambiti contraddistinti da elevata incertezza scientifica, in cui le potenzialità applicative delle «specifiche tecniche» di conformità ambientale (e della c.d. consulenza «percipiente» a supporto)⁷⁵ risultano da tempo appannaggio della civilistica più avveduta occupatasi di oggetto del contratto, *aliud pro alio*⁷⁶ e dinamiche probatorie circa eventuali difetti, «irrinunciabili» neppure ai sensi dell'art. 1972 c.c.⁷⁷.

Un *secondo*, sul piano della discrezionalità «amministrativa», fa sì che gli interessi «ambientali» debbano essere considerati «proporzionalmente» (in quanto «vincoli») a quelli di stampo «patrimoniale»⁷⁸. In tal guisa, la corrispondente previsione civilistica di (altrettanti) rimedi (sia pure) di tipo «invalidante» si rivelerebbe scarsamente idonea a garantire l'effettività della tutela ambientale, ogniqualvolta l'esercizio di prerogative negoziali si espliciti – come il più delle volte – in atti «materiali» nocivi, difficilmente perseguibili attraverso una censura appropriata, per contro, soltanto rispetto ad ipotesi (alquanto residuali) ove tale esercizio si concreti in atti puramente «formali».

In quest'ultimi casi, si tratterebbe piuttosto della sistematica violazione di «regole di comportamento», imposte dall'art. 1337

⁷⁴ DE PRETIS, *Discrezionalità e ambiente*, in De Carolis, Ferrari e Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 458.

⁷⁵ Sui criteri distintivi da quella c.d. «deducibile», cfr. MORABITO, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in AA.VV., *La prova nel processo civile – Quad. C.S.M.*, n. 108, I, Roma, 1999, p. 339 ss.; con aggiornamenti, anche giurisprudenziali, in VIANELLO, *Consulenza tecnica d'ufficio*, Padova, 2015, p. 68 ss.

⁷⁶ Su entrambi i (concomitanti) profili, v., per tutti, GABRIELLI, *L'oggetto del contratto (Artt. 1346-1349)*², in *Commentario Schlesinger al codice civile*, diretto da Busnelli, Milano, 2015, spec. p. 147 ss.

⁷⁷ Eloquente in proposito, Cass., 18 ottobre 2018, n. 26168, in *Dir. giust.*, 2018, 184, p. 9, con nota di CALVETTI, con espresso richiamo alla menzionata n. 26242/2014/SU, *supra*, nota 67.

⁷⁸ SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, spec. p. 122 ss.

c.c. ai soggetti durante la «formazione del contratto», la cui inosservanza implicherebbe «responsabilità» *senza* talora incidere sulla (formale) «validità» dell'atto (presupposto), ove presente; oppure insorgente automaticamente *ex art.* 1173, ult. inciso, c.c., in relazione a quei medesimi *fatti idonei* a sprigionare «abuso», alla stregua dell'(evidenziato) *equivalente funzionale* della «buona fede», peculiare al precedente contesto. A patto di soggiungere, però, che *in conformità all'ordinamento* nell'adottare un modello «rimediale» rivolto a fornire una tutela congrua con la natura «diffusa» di *interessi* costituzionalmente rilevanti, quest'ultima assumerebbe *in ogni caso* una chiara torsione «ripristinatoria»⁷⁹.

Se ne coglierebbe un (possibile) guadagno esegetico a proposito delle domande «plurime» (*rectius*, azionabili in via «collettiva») da parte di singoli, non solo nel caso in cui il pregiudizio ambientale infici la pertinente sfera di godimento (come in ipotesi di immissioni c.d. «olistiche»), bensì soprattutto qualora ne sia «attinta» una sfera «esterna», al cospetto di (separate) pretese risarcitorie comprensive delle utilità che la collettività abbia perduto, in conseguenza della compromissione di risorse naturali *private* (i.e., *non* assoggettate a «vincoli»): ossia, «la quota individuale del danno collettivo»⁸⁰. In questi casi, la lesione è

⁷⁹ Alla luce degli artt. 2, 24 e 111 Cost., sancenti il diritto a un «rimedio effettivo» (v. *supra*, nota 42). Cfr. *funditus* VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 165 ss.; ID., voce *Effettività delle tutele (dir. civ.)*, in *Enc. dir., Ann.*, X, Milano, 2017, p. 387; *adde* PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071; CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1 ss. V. anche *infra*, nota 93, al testo.

⁸⁰ Così, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 52. Significative, in tal senso, le aree destinabili a c.d. «orti solidali» per scopi di «auto-sussistenza»: su cui, v. BUDA, *Comunità urbane in azione: quando la città è un bene comune*, in Marchetti e Millefiorini (a cura di), *Partecipazione civica, beni comuni e cura della città*, ivi, 2017, p. 67 s. Ampia trattazione dei profili processuali, in relazione alle concezioni dell'«ambiente», in DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 675 ss. Sulla specifica distinzione tra azioni di classe «olistiche», «discrete» e «miste», cfr. GIUSSANI, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel*

estranea alla sfera di godimento «esclusivo» del singolo, nel senso che la perdita di utilità ambientali non implica una vera e propria «lesione», quanto piuttosto il venir meno di quei «vantaggi» (in *economic analysis*, «esternalità positive»)⁸¹, di cui il singolo ha sino a quel momento beneficiato, senza tuttavia sostenerne alcun costo specifico.

In base ad un'impostazione di tipo «funzionale», fondata sull'ampliamento della nozione di *danno ingiusto* per «disarticolarne» i (perennemente) «mobili confini»⁸² – pur nella diversità dal fenomeno che vi ha da tempo ricompreso la «lesione del credito»⁸³ –, la giurisprudenza (teorica e pratica) ha prospettato una rilettura del c.d. «sistema di tutela dei diritti umani *ad incastro*» alla vita privata e familiare, suscettibile di lesione per effetto di deterioramento ambientale “esterno” al proprio raggio di «spettanza»⁸⁴; facendosi applicazione *ex art.* 311, c. 3, d.lgs. n. 152/2006 del regime di «parziarietà» ai *sol*i danni derivanti da

contenzioso di serie, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1279; in seguito alla novella, BRAZZINI e MUIÀ, *La nuova class action*, Torino, 2019, p. 125 s.

⁸¹ Ne illustra origini e attuali diramazioni, PARDOLESI, *Economic analysis of law: ieri, oggi, domani*, in *Ann. Dip. Jon. Univ. Bari*, II (2014), spec. p. 312 ss.

⁸² V. ampiamente, in strettissima connessione con l'ambito in esame, PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in ID. e BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 87 ss.

⁸³ I cui itinerari anche in chiave storica, a partire dal classico contributo di Francesco D. Busnelli, sono ripercorsi da CURSI, *Per una storia della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, p. 23 ss.

⁸⁴ Si adopera la formulazione di MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 14. Osserva giustamente ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre. Nuovo diritto o espediente tecnico?*, in GRASSI, *Ambiente e diritto*, cit., p. 43, che costruendo il diritto all'ambiente salubre come prolungamento del diritto alla riservatezza della vita privata e familiare, la giurisprudenza di Strasburgo riesce ad assicurare una protezione più ampia di quella offerta dalle corti nazionali. Per approfondimenti, cfr. COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Perugia, 2011, p. 371 ss. In termini, v. ora l'importante Cass., Sez. un., 1 febbraio 2017, n. 2611, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3044, con nota di BONA; in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 824, con nota di DINISI; in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 806, con nota di CIANCIMINO.

distinti comportamenti nocivi, in subordine a quello (generale) ivi previsto della «solidarietà» ex art. 2055 c.c. qualora *diversi* soggetti prendano parte al *medesimo fatto* produttivo di danno⁸⁵.

Ad ogni modo, si tratterebbe di un modello «succedaneo», in cui l'«esorbitante» estensione della tecnica *risarcitoria* si giustificerebbe, in sostituzione di quella più consona al *ripristino* di risorse a vocazione «collettiva», ogniqualvolta la disciplina di settore resti inoperante, al fine di colmare una lacuna «assiologica» derivante dall'acquisita preminenza del valore «ambiente», in uno all'evoluzione normativa scaturitane⁸⁶.

Ben vero infatti che, sotto quest'ultimo profilo alla stregua della (rinnovata) funzione «deterrente» della responsabilità civile⁸⁷, potrebbe reputarsi che i soggetti «attinti» possano avanzare richieste risarcitorie. E tuttavia, in un sistema che non prevede «cause di prelazione» fra diritti “concorrenti” degli «interessati» ex art. 100 c.p.c. al risarcimento, il «titolare» potrebbe risultare l'unico «legittimato ad agire», in quanto unico a «disporre» del diritto a ripristinare quella risorsa. In questa logica, nulla assicura, oltretutto, che costui vi provvederà e/o sia condannato a provvedervi, a mente del *limite* sancito dall'art. 2058, cpv., c.c.; né

⁸⁵ Cfr. ORLANDI, *Concorso nel danno ambientale e teoria dell'equivalenza*, in Nicotra e Salanito (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, p. 141 s.; più in generale, v. anche UGAS, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili. Indagine sui contenuti teorici e applicativi dell'immedesimazione soggettiva e della comunione di prestazione*, Napoli, 2018, spec. p. 432 ss.

⁸⁶ Sulle cui coordinate sistematiche, v. ora CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 837 ss.; in senso analogo, utile anche LAMANUZZI, *Il danno ambientale*, Napoli, 2002, spec. p. 33.

⁸⁷ All'unisono con l'analoga funzione insita nella richiamata novella processuale, relativa alle c.d. «azioni di classe», in virtù del sistema di: a) pubblicità; b) adesione successiva alla decisione sull'*an debeat*, c) compenso premiale per i difensori del ricorrente e del rappresentante comune degli aderenti (così, MALAVASI, *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in *dirittobancario.it*, dal 10 settembre 2019, p. 1). V., però, le giuste cautele di ordine sostanziale – non ultima, circa le affini “assonanze” limitative ex art. 23 Cost. (v. *supra*, nota 5, al testo) – espresse da NIVARRA, *La Cassazione e il punitive damage: un mondo piccolo per grandi danni*, in Id. e Plaia (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, spec. p. 9 ss.

i soggetti «atingibili» avrebbero strumenti per impedirgli “a monte” di manipolarla *in peius*.

5.1. Segue: alla «meritevolezza» proporzionale (ovvero della discrezionalità «ambientale»).

L’ulteriore sforzo di concettualizzazione – poc’anzi accennato – suggerirebbe dunque di valorizzare l’(alternativa) impostazione di tipo «esponenziale» (i.e., soggettivistico)⁸⁸, evidenziando come l’ancoraggio alla «materialità», ossia a(l)la mediazione di) una situazione giuridica di «appropriazione» rispetto ad un’utilità, segna il limite (tendenziale) della risarcibilità nel *solo* campo dei diritti «patrimoniali». Ciò preclude l’accesso al rimedio per tutte quelle poste sintomatiche di pura privazione di «aspettative» (i.e., «esternalità positive»), il cui tentativo di formalizzazione in autonome situazioni soggettive «sconta» il difetto di un’esplicita *attribuzione*, dandosi un «comando circa il godimento» “sganciato” da uno (precedente) di «disposizione»⁸⁹.

E tuttavia, la riflessione più attenta non ha mancato di osservare come il «lucro cessante» *ex art. 1223 c.c.* intersechi «trasversalmente» (i.e., in sede di tutela sia *per risarcimento/liability rules*, sia *per vincolo/property rules*) un valore non corrispondente a beni *stricto sensu* giuridici: «tale valore “emerge” esclusivamente in quanto “mancato”: [...] esso

⁸⁸ Sul c.d. «ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili», v. ampiamente GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2013, p. 303 ss. Dimensione oggi rafforzata dal riconoscimento di autonoma legittimazione processuale *ex art. 840-bis, cpv., c.p.c.*, per gli enti rappresentativi di interessi «diffusi» non solo «consumeristici»: su cui, v. DIANA, *Class action e inibitoria collettiva. Nuova disciplina*, Padova, 2020, p. 259 ss. Se ne trae rilevante conferma dalla recente Cons. St., Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, spec. §§ 5.2.1-2 motiv., in *Quot. giur.*, dal 12.03.2020.

⁸⁹ Potere «dispositivo» talora – ed a riprova indiretta – del tutto «precluso» (arg. *ex art. 5 c.c.*); per un ordine di ipotesi configurabili, cfr. MAGGILOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 19 ss.

rileva solo in quanto sia mancato insieme, cioè in connessione con valori costituenti beni giuridici in senso stretto»⁹⁰.

In questi casi, l'assenza di ancoraggio «materiale» si risolve (al più) nella *difficoltà di prova*, cui si espongono le situazioni giuridiche *inerenti alla persona*, in cui ricomprendere – come visto – il medesimo bene «ambiente»; rappresentandone plausibilmente il principale (ma fuorviante) ostacolo alla «diffusa» *legittimazione processuale*. Un ostacolo superabile, ove si consideri che: «la mancata o perduta acquisizione delle utilità insite nel bene, oggetto della tutela, non integra la lesione di un interesse diverso da quello che lega il soggetto al bene, ma rappresenta più puntualmente uno specifico profilo del rapporto di appartenenza o di spettanza che collega il soggetto alla cosa in grado di fornirgli utilità»⁹¹. In altri termini, nel «danno alla persona» l'*attributo* (negoziale) diviene inscindibilmente *predicato* (rimediale) della situazione giuridica risarcibile, in quanto il risarcimento del «lucro cessante consegu[nte] alla lesione di una situazione soggettiva del medesimo titolare»⁹².

Il risvolto di una *legittimazione processuale* così concepita postula, quale suo *presupposto sostanziale*, una «relazione qualificata» che, in difetto di apposita base negoziale, sia convogliata *ex art. 1173, ult. inciso c.c.* nel modello *lato sensu* «gestorio» – in precedenza evocato – ripensabile *sub specie facti* secondo la «pratica discorsiva» alla base della figura nota in *common law* come *constructive trust*: una sorta di gestione *fiduciaria* «inespressa» rilevabile dal piano degli interessi rilevanti (i.e., «diffusi»), in sintonia con le declinazioni «sociali» degli assetti proprietari (*ex art. 42 Cost.*), ove l'(implicito) affidatario

⁹⁰ Così, G. FERRI JR., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 778-779.

⁹¹ Sia pure in altro contesto, CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»: fondamento e limiti della sua risarcibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 93 (v. anche *supra*, nota 26). In merito alla valenza (oggettiva e soggettiva) che il «lucro cessante» può assumere, cfr. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 74 s.

⁹² C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, cit., p. 356. V. anche *supra*, nota 24.

assuma l'*utile gestione* in funzione «altruistica» (ex art. 2028 c.c.) di un (benché *proprio*) bene a vocazione «collettiva», nella consapevolezza – qualora ne deluda l'impegno – di (dover) «retrocedere» (ex art. 948, c. 1, ult. inciso, c.c.) l'eventuale «esigibile» al(l'implicito) disponente e/o ai suoi aventi causa⁹³.

Il descritto dispositivo non appare, più di tanto, indice di una logica “eccentrica” da quella civilistica, sol che si rifletta sulle potenzialità rimediali del principio «chi inquina paga» in materia di *rifiuti*, coinvolgente nella relativa responsabilità chiunque ne entri in contatto, sul presupposto che: *i*) la manipolazione *in peius* di una (benché *propria*) risorsa naturale possa essere *emulativamente* «fatta valere» quale produzione di rifiuti (purché ex art. 2697 c.c.) “inquinanti”; *ii*) appannaggio del «titolare» non sia soltanto, per inveterata tradizione, il connesso *jus (utendi fruendi et) abutendi*, ma altresì il divenirne per conseguenza «proprietario» o (se ad opera di terzi) «detentore» (in tal caso, solidalmente ex art. 2051 c.c.), comunque «responsabile al ripristino»⁹⁴. E ciò, a prescindere

⁹³ V. *supra*, note 34 e 66. A riguardo, cfr. VICARI, *Le situazioni fiduciarie al di fuori dell'area contrattuale: i constructive trusts e l'arricchimento senza causa*, in Alcaro e Tommasini (a cura di), *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Milano, 2003, p. 143-146. In argomento, v. utilmente MUCCIOLI, *Le carambole sistematiche della gestione di affari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 281 ss. Per un'interpretazione evolutiva (arg. ex artt. 838 c.c. e 42, cpv., Cost.) della «funzione sociale» a fondamento delle prerogative di «chiunque» vanti un interesse «conforme» alla «natura del bene», v. acutamente MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 566-567. Ne sottolinea la «sanzione» logicamente sottesa alla «(in)commerciabilità» di risorse naturali, a motivo dell'intrinseca «inestimabilità», DEROCHÉ, *The Importance of the Social Function of Property*, in BABIE e JIVEN-WILKSCH (eds.), *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property. A Translation and Global Exploration*, Singapore, 2019, p. 65 ss.; nonché, sul versante della riflessione economica, AA.VV., *Economia fondamentale. L'infrastruttura della vita quotidiana*, Torino, 2019, spec. p. 26.

⁹⁴ SALANITRO, *La responsabilità per lo smaltimento dei rifiuti*, in Carbone, Napolitano e Zoppini (a cura di), *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, Bologna, 2018, p. 371 ss. Per un inedito profilo storico, correlato all'originario scetticismo «igienista» circa l'effettiva capacità «inquinante» dei rifiuti c.d. «inorganici», v. ora la documentata indagine di LE ROUX, *Le laboratoire des pollutions industrielles*, Paris, 2011, spec. p. 205 ss. Di rilievo, le pregnanti premesse metodologiche enucleate da CARNELUTTI, *Teoria*

se tale responsabilità – a fronte di rivalsa da parte di soggetti «attinti» – sia limitata o meno al(l'aumento di) valore della risorsa «ripristinata» (in seguito all'imposto «disinquinamento»), tramite opportuno rinvio ai criteri di imputazione della disciplina di settore, intesa quale c.d. «bonifica di ritorno»⁹⁵; ovvero sottenda, piuttosto, una logica «indennitaria» per cui si risponderebbe delle spese sostenute secondo i parametri di legge, a titolo di «[ri]messa in sicurezza del sito», in base al mero criterio (dell'apporto) causale⁹⁶.

*generale del diritto*³, Napoli, 1951, p. 160, il quale suggeriva di ragionare non tanto: «sulla limitazione, o peggio sull'abolizione della libertà di disporre, ma sulla contropartita di questa libertà, consistente in oneri o in obblighi relativi al suo esercizio». Si potrebbe, pertanto, prospettare che quest'ultimi siano lo strumento tramite cui il proprietario possa «percepire» – ovvero «subire», allorchando ne trascuri la portata – il significato «solidaristico» connesso all'esercizio del suo diritto. In tal guisa, l'impegno in questione deriverebbe dal connesso obbligo di «ripristinare» la consistenza «quali-quantitativa» della stessa sfera dominicale, ogniqualvolta sia sottoposta a manipolazioni per finalità «socialmente» immeritevoli ex art. 42 Cost., sul modello del c.d. «quasi-usufrutto» ex art. 995 c.c., notoriamente comprensivo delle *res quae usu minuuntur* (quali le «risorse naturali»: su cui, cfr. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di res quae usu consumuntur*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano, 2007, p. 512, ed *ivi* nota 82), nell'interferenza tra un rapporto «reale» ed uno «obbligatorio», tipica delle situazioni «fiduciarie» invalse nella recente esperienza statunitense (cfr. VERCELLONE, *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, *ivi*, 2020, spec. p. 173 ss.; v. anche nota prec.), nonché evidenziata dal *tantundem* esigibile (tra l'altro) per «abuso» ex art. 1015 c.c.

⁹⁵ Conclusione cui perviene, dopo la novella del 2013, TOMMASINI, *La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 424 ss., spec. 435.

⁹⁶ In termini, Cass., 22 gennaio 2019, n. 1573, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1242 ss., con nota di SALANITRO. Per una prospettiva critica, cfr. QUARANTA, *Per imporre le Mises al proprietario incolpevole è sufficiente che sia consapevole della contaminazione?*, in *Amb. svil.*, 2020, p. 116 ss. In disparte se, in questo come nell'altro caso (in nota prec.), eventuali tecniche «dissociative» (i.e., esternalizzazioni) tra *spettanza* e *utilizzo manipolativo* si inscrivano nell'orientamento nomofilattico in tema di immissioni (cfr. Cass., Sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4848, in *Dir. giur. comm.*, 2013, 5, p. 54-62, con ampio commento di ZINGALES), per cui l'azione reale ex art. 949 c.c. diretta alla cessazione e/o al materiale ripristino delle condizioni di «tollerabilità» vada intrapresa nei confronti del «proprietario», mentre, anche cumulativamente, l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c. riguarderà il titolare del «mero godimento»;

In effetti, nelle decisioni sulle azioni esperite ai sensi dell'art. 844 c.c., il giudice civile si mostra incline a prescindere dalla presenza «giustificativa» di provvedimenti autorizzativi «[...] che investono l'ambiente esteso e che, per loro natura e filosofia, non possono essere strutturati per considerare le esigenze precipe del singolo nei rapporti con il proprio vicino»⁹⁷. In tal guisa, il superamento degli *standard* pubblicistici di esposizione (nel caso) ad inquinamento acustico fonda la scelta per la tutela «inibitoria» (oggi anche *ex art. 840-sexiesdecies* c.p.c.), ma *senza* precludersi l'«intollerabilità» (e/o «illiceità») *anche* di un'immissione pur *entro* le soglie previamente autorizzate (secondo un'interpretazione

ovvero, risultino irrilevanti ai fini della «solidarietà ripristinatoria» *ex art. 2055* c.c., alla luce dei significativi principi enunciati da Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 254, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2704, con nota di PRINCIPATO; in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, p. 237, con nota di ALVINO, e p. 611, con nota di DEL FRATE; in *Giustiv.com*, dal 26 giugno 2018, con nota di VILLA. Propendendosi peraltro a negare che, in via «collettiva», sia ottenibile la condanna ad eseguire obblighi di (o non) fare, ovvero un risarcimento in forma specifica diverso dalla liquidazione monetaria: *sia* poiché di tali forme di tutela non è fatta menzione nella novella processuale; *sia* in quanto l'intero procedimento risulta strutturato per fronteggiare pretese pecuniarie degli aderenti (in riferimento alla previgente disciplina, *in parte qua* invariata, cfr. MENCHINI e MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1424). Unica eccezione, alla luce del nuovo dettato normativo, sembrerebbe riferibile alla «consegna di beni determinati», atteso che l'art. 840-*octies* c.p.c. richiama espressamente l'eventuale condanna al “*pagamento [...] delle cose dovute a ciascun aderente*”; salvo attribuire un (più ampio e contestuale) significato «deterrente» di “*condanna [...] alle restituzioni*” nell'art. 840-*bis*, c. 1, c.p.c. (v. *supra*, nota 23).

⁹⁷ Cass., 31 ottobre 2014, n. 23283, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2109, con nota di PARDOLESI. Sulla diretta incidenza di tale approccio in ordine alla necessaria “geometria variabile”, in chiave rimediale, del principio di c.d. «corrispondenza tra chiesto e pronunciato» *ex art. 112* c.p.c., parametrato con riguardo alla complessiva situazione «ambientale» di riferimento, v. ID., 6 febbraio 2020, n. 2757, in *Dir. giust.*, 2020, 28, p. 3, con nota di TARANTINO. Circa la «tollerabilità» quale paradigma della «ragionevolezza» come ponderazione di interessi e valori diversi, da specificare nella concretezza della situazione, v. ora MUSIO, *Il principio di tolleranza nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 403 ss.

a contrario dell'evocato limite, così «neutralizzabile», posto dall'art. 2058, cpv., c.c.)⁹⁸.

Si corrobora, così, l'invito dell'illustre Omaggiato a eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti e potenziare la funzione ermeneutica, al fine di individuare i rimedi più adeguati alla lesione, in ragione di «[...] tutele diversificate per fatti conoscibili attraverso la decostruzione delle regole (giustizia) e la verità giuridica del fatto (effettività). [...] L'ermeneutica deve coniugarsi con la dogmatica e ciò esige un altro tipo di riflessione»⁹⁹.

Riformulando allora la metafora «sociologica» di esordio, il lessico gius-ambientale «rimediale» suggerirebbe forse di prediligere la nota immagine del marinaio, chiamato a modificare la struttura del proprio vascello in mare aperto, senza poterlo mai smantellare in bacino e ricostruirlo da capo con materiali migliori¹⁰⁰.

⁹⁸ V. anche nota prec. Sul diverso oggetto della tutela pubblicistica, con finalità igienico-sanitarie della collettività, rispetto ai rimedi civilistici regolanti rapporti di natura patrimoniale fra privati proprietari di fondi limitrofi, cfr. Corte cost., 24 maggio 2011, n. 103, in *Riv. giur. edil.*, 2011, I, p. 870. Per un'approfondita analisi dei fenomeni caratterizzanti questo nuovo indirizzo concettuale, si rinvia a MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, p. 22 ss.; sul cui *milieu* propulsivo, v. anche ID., COOTER, MONATERI, PARDOLESI e ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*², I, *Fondamenti*, Bologna, 2006, spec. p. 9). Nello specifico ambito in esame, SALANITRO, *Impatto ambientale dell'impresa ed analisi economica del diritto*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi* (Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-10 maggio 2014), Napoli, 2015, p. 203 ss.

⁹⁹ VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 896; nonché già ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 138 ss.

¹⁰⁰ NEURATH, *Protokollsätze*, in *Erkenntnis*, 3 (1932-1933), p. 206.

LILIANA ROSSI CARLEO
Professoressa emerita di diritto privato
Università Roma Tre

**LA VIOLAZIONE DEL DOVERE DI FEDELTÀ
FRA «PRISMA DELLA VIOLAZIONE DEL
RAPPORTO E DELL'INTERESSE LESO» E
PRISMA DELLA VIOLAZIONE DEI DIRITTI
FONDAMENTALI**

SOMMARIO: 1. La persistente attualità di un “problema eterno”. – 2. La progressiva “smaterializzazione” del diritto di fedeltà fra conviventi. – 3. Dalla violazione del diritto di fedeltà alla richiesta di risarcimento per lesione di diritti fondamentali della persona.

1. La persistente attualità di un “problema eterno”.

Questa raccolta di scritti rappresenta, per allievi, colleghi ed amici, l'occasione di un ringraziamento.

Fra le tante ragioni che ci inducono ad un grazie sentito c'è anche quella di mantenere vivo un dialogo, dialogo che Vettori ci ha indotto e ci induce a tenere sempre aperto con i suoi tanti contributi i quali, costantemente, riflettono sul presente, guardando al passato ed aprendo una finestra sul futuro.

La difficile scelta imposta da una produzione varia, vasta e incessante ci ha spinto verso uno dei tanti scritti che, con termine improprio, si usa definire minori. Questi scritti lasciano trasparire come l'A., con una tecnica che testimonia la sua visione sistematica, ci propone un modello di pensiero unitario, la cui circolarità consente al lettore di passare dal particolare al generale, collocando nel contesto complessivo il caso esaminato.

Questa solidità e coerenza del metodo non si limita alla mera transizione iterativa dal generale al particolare, ma consente di

ricomporre i diversi frammenti nel sistema, come tessere di un mosaico nel quale essi vanno sempre ricondotti. In questa ricostruzione risiede l'originalità del pensiero che si esprime in ogni lavoro scientifico, anche se di apparente minore impegno.

In quest'ottica il nostro dialogo si incentra su di un breve scritto del 2007: G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Famiglia, persona e successioni*, 2007, p. 197 ss., al quale, come è prassi in un dialogo, viene fatto continuo riferimento.

A trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, il nostro Omaggiato aveva già ritenuto opportuno porre l'accento su due aspetti specifici e intimamente connessi: l'emergere dei diritti e delle tutele nella comunità familiare e i criteri di individuazione del danno risarcibile.

In questa sede non abbiamo l'ambizione di ripercorre il cammino lungo e tormentato che ha accompagnato l'*iter* del riconoscimento della risarcibilità dei danni endofamiliari. Intendiamo, piuttosto, limitarci ad offrire al nostro Onorato qualche spunto di riflessione tratto da alcune delle molte suggestioni da Lui promosse e che, benché ormai da tempo siano stati superati i trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia, aprono tuttora nuovi scenari rispetto ad un ambito dall'apparenza assai delimitato: la violazione del diritto di fedeltà.

Circoscritto alla violazione del diritto di fedeltà, l'ambito, già di per sé *prima facie* ristretto, sembrerebbe destinato a ridursi ad un mero un retaggio storico. Viceversa, anche questo concetto giuridico mostra una vitalità e duttilità, che testimonia la sua capacità di adeguamento e rinnovamento dall'interno del sistema.

Difatti l'obbligo reciproco di fedeltà, seppure considerato «*un valore importante*» anche da coloro che di recente ne hanno proposto la soppressione (DDL S. 2253, 29 gennaio 2018), è tuttora previsto esclusivamente dall'art. 143 c.c. con riferimento ai diritti e ai doveri «che nascono dal matrimonio».

Diversamente manca una espressa menzione della fedeltà nel più scarso elenco dei diritti che

le parti acquistano e dei doveri che assumono nella costituzione dell'unione civile. La mancata previsione della fedeltà ha dato luogo

ad un acceso dibattito. Per un verso, il legislatore ha inteso solo segnare una qualche differenza con il matrimonio, sul quale, comunque, appare modellata la disciplina, rimarcando in tal modo una più ampia sfera di libertà che spetterebbe alle parti civilmente unite. Per altro verso, è fuor di dubbio che parlare o meno della persistenza dell'obbligo di fedeltà nelle unioni civili implica la necessità di spostare l'attenzione sul perimetro entro il quale viene attualmente collocato tale obbligo, che esula ormai dalla mera astensione da un atto sessuale in ragione della esclusività che discenderebbe dall'impegno assunto fra le parti.

La fedeltà, peraltro, malgrado, almeno testualmente, non risulti presente in un elenco di doveri che la convivenza non impone, ma presuppone, non sembrerebbe neanche concorrere a segnalare all'esterno il rapporto di convivenza: difatti essa non compare in maniera espressa tra i doveri che rappresentano il substrato costitutivo del rapporto di convivenza, così come configurato dalla legge. Tuttavia, come è stato evidenziato da una parte della dottrina, lo stabile legame affettivo di coppia, improntato alla reciproca assistenza morale e materiale, previsto dal 35° co. della l. n. 76/2016, non può non recare con sé anche un impegno di esclusività, intesa essenzialmente quale reciproco rispetto.

In questo quadro normativo, continuando nel solco già tracciato da V., occorre guardare alla fedeltà non limitandoci al profilo per così dire nominalistico, ma passando al profilo contenutistico, ponendo attenzione al modo di configurare in concreto il diritto di fedeltà nella *«necessaria consapevolezza che il linguaggio dei diritti cela sempre convinzioni molto diverse, anche e soprattutto nella famiglia»*.

Da questa angolazione, prima ancora di esaminare la presenza di doveri che concorrono a configurare i rapporti di coppia, pur nella loro articolazione secondo il modello pluralistico dell'organizzazione in concreto delle famiglie, occorre prendere atto della linea evolutiva che contraddistingue la necessaria compatibilità destinata a promuovere la coesistenza fra istanze individuali e tutela del gruppo e, quindi, *«fra pretese di libertà e di ordine»* ovvero, più in generale, occorre considerare la valenza di quest'obbligo nella dialettica imprescindibile fra persona e gruppo. Nel confronto

dialettico delle reciproche libertà si individuano i loro limiti, che restano invalicabili, se non a costo di rompere il delicato equilibrio tra l'interesse individuale e quello comunitario della coppia.

Si tratta di un equilibrio delle libertà che trova il suo fondamento nell'accordo sulla conduzione della vita familiare e si regge nell'ambito di una relazione per sua natura dinamica, pena la dissoluzione.

Non si può dunque, prescindere da questo riferimento: difatti, come ci dice V., «*problemi concretissimi come la rilevanza delle situazioni soggettive e dei danni nell'ambito della famiglia*» inevitabilmente «*evocano il problema eterno del rapporto fra individuo e comunità*».

In questo contesto trova una sicura collocazione la tutela del partner danneggiato dal comportamento dell'altro partner: questa tutela, contrassegnata dalla «*secolare contrapposizione tra il primato dell'individuo e del gruppo*», sembra porci di fronte ad una scelta altalenante, ancor più che problematica, che deve essere affrontata con strumenti non consueti, data la peculiarità delle situazioni.

Il diritto di famiglia si presenta con un elevatissimo tasso di autonomia e specialità rispetto agli altri settori del diritto; ciò autorizza a ritenere che l'inquadramento dei fatti e l'individuazione delle regole vanno condotti con l'*esprit de finesse*, senza indebite commistioni con regole generali tratte dal campo dei contratti e delle obbligazioni: queste possono e devono essere utilizzate, ma pur sempre ricostruite *sub specie familiae*.

L'istanza di un giusto equilibrio fra unità della famiglia, che le parti hanno concretamente voluto – sia pure adottando modelli che, benché differenti, appaiono tutti contrassegnati da una crescente liquidità – e diritti dei singoli – cui le parti, non solo, ovviamente, non vogliono, ma anche, essenzialmente, non possono rinunciare – non può trovare una risposta rigida.

I diversi conflitti, proprio perché si tratta di equilibrio, devono trovare «*nei principi di solidarietà e responsabilità una misura nuova di espressione del limite*» reciprocamente posto dalla vita associata, limite rispetto al quale assume, sempre e comunque, un

rilievo determinante la peculiarità di ogni singola fattispecie concreta.

In questa cornice di riferimento, giova ripetere, non sembra possa revocarsi in dubbio che, attualmente, per quanto riguarda il rapporto di coppia, il contesto relazionale, nel concorrere alla molteplicità dei modelli di famiglia, viene sempre qualificato anche da un complesso di diritti e doveri di carattere personale ai quali le parti si conformano.

Il trascorrere del tempo ha reso evidente che questi doveri, che caratterizzano variamente il rapporto di coppia, non mutano solo nelle elencazioni apportate dalle diverse discipline (art 143 c.c.; l. n. 76 del 2016, comma 11 e comma 35 e 36), ma mutano nel loro contenuto anche ed essenzialmente in ragione di una “stabilità” ormai precaria.

Di certo, in un rapporto di coppia la libertà non può, comunque, essere intesa come un individualismo esasperato, posta la necessità di dover tenere conto, in ogni caso, di una unità che si manifesta come sintesi di diritti e doveri qualificati dalla loro reciprocità che li supera e li conserva, poiché non li estingue per compensazione, ma li esalta. Essi nascono e operano in funzione della comunità familiare, a presidio dei suoi valori condivisi dalla coppia.

In questa visione comunitaria si pone la considerazione della loro collocazione sul piano degli effetti, sicché per alcuni di questi diritti, quali la assistenza morale o proprio la fedeltà, a seguito della loro violazione, in presenza di comportamenti *non iure*, viene assegnato un rilievo sempre maggiore alla responsabilità, tenendo, tuttavia, in considerazione anche un bilanciamento tra i diversi interessi che entrano in conflitto.

Questa collocazione della fedeltà sullo spartiacque dei fatti di sentimento e dei rapporti giuridici costruiti secondo la logica contrattualistica induce ad indagare i margini di originalità della ricerca delle regole in tema di patologia del rapporto con specifico riguardo al venir meno della fedeltà.

In quest’ottica, quindi, proprio per quanto riguarda i profili di responsabilità, un’attenzione particolare va riservata a quei diritti dal contenuto meramente personale i quali, concorrendo a delineare le modalità attuative delle diverse organizzazioni familiari, senza

esaurire l'indicazione di precisi comportamenti in una elencazione, che non si può considerare né rigida, né esaustiva, solo nel concreto assumono una concreta rilevanza.

L'identificazione dell'effettivo contenuto dei diritti è, quindi, rappresentata da una variabile in gran parte determinata dalla coscienza sociale: la menzione specifica di questi diritti rileva non tanto per imporre in maniera rigida e puntuale un determinato comportamento, quanto, piuttosto, per segnare il punto di equilibrio tra la inderogabilità e il potere determinativo delle parti.

La dimensione dell'affettività, incisa e talvolta irrimediabilmente pregiudicata dall'infedeltà, non può essere ricostituita con i consueti rimedi, perché attiene all'area di stretta pertinenza individuale, ma non per questo è priva di tutela, comprensibile e accordabile nella misura in cui il fatto si traduca in comportamenti esteriormente percepiti e socialmente qualificati in chiave negativa, perché manifestano un tasso di slealtà di uno o entrambi i partners, che ridonda a danno della loro immagine e dimensione sociale.

La giuridicità dei diritti, proprio perché supera la dimensione intimistica, assumendo una rilevanza che risiede negli aspetti qualitativi, piuttosto che in quelli quantitativi, assegna *«al giudice il potere di risolvere molti conflitti fra individuo e gruppo»*.

La reciprocità di questi diritti e doveri, che hanno modo di esprimersi in via relazionale, è quindi funzionale al reciproco interesse *uti singuli*, che è, altresì, l'interesse comune del gruppo, dal che emerge la prepotente complessità del temperamento tra libertà e solidarietà nei rapporti paritari.

Pertanto, per quanto riguarda la violazione di alcuni doveri personali, emblematico fra tutti il dovere di fedeltà, va altresì segnalato e confermato l'ulteriore *«disagio di affrontare la sessualità e gli affetti con la categoria dell'inadempimento»*.

Ne consegue l'opportunità di condividere l'invito, cui Vettori fa espresso riferimento, a non lasciarsi travolgere da inutili e, talvolta, dannose, qualificazioni.

Continuando a seguire questo monito che ci mette in guardia dallo stesso legislatore, il quale *«spesso non domina la materia, ma ne è dominato»*, occorre, quindi, porre attenzione alla sua specialità, senza lasciarsi travolgere dall'utilizzo diretto di categorie pensate in

una dimensione economica, e che, per questa ragione, devono essere adeguate agli interessi in gioco, il che non implica, quindi, la esclusività del diritto di famiglia e la sua chiusura rispetto al diritto generale.

Con riferimento al rapporto orizzontale che contraddistingue modelli di comunità familiare, oggetto di più previsioni normative, si impone la ricerca delle ragioni sottostanti ai diversi diritti personali guardando, però, in primo luogo, al minimo comune determinatore che li caratterizza: le libertà del singolo vengono sottoposte a standard valutativi che nella fase fisiologica del rapporto danno rilevanza ai diversi doveri in un'ottica di bilanciamento che presuppone la centralità di una cultura dialogica; diversamente nella fase patologica, al di là dell'eventuale tutela predisposta nella disciplina del rapporto, la giuridicità dei doveri, ed in particolare del dovere di fedeltà, ha assunto nelle decisioni giurisprudenziali (che allo stato riguardano solo il matrimonio) una propria effettività: la violazione, intesa come comportamento *non iure*, è destinata ad integrare i presupposti che possono dar luogo ai rimedi risarcitori. Al rimedio risarcitorio si ricorre non tanto per far prevalere, in ragione della reciprocità dei diritti e dei doveri, una posizione nei confronti di un'altra, sanzionando la «*violazione in sé del dovere coniugale*», quanto, piuttosto, per assegnare, in capo a chi le assume, la responsabilità delle scelte e dei comportamenti che, nell'ambito del rapporto, implicano sempre, al di là del rispetto, la tutela dei diritti che le parti hanno inteso promuovere con la costituzione della comunità familiare che va, in tal modo, tutelata.

Riflettendo ancora una volta su quanto ci dice V., non possiamo ignorare che per la famiglia «*la individuazione e la tutela dei diritti è un'attività difficile e complessa a cui tutti dovremo prestare in futuro la massima attenzione*». Di certo, possiamo constatare che questo invito dell'A. è stato seguito ed apprezzato vista la crescente attenzione che la giurisprudenza ha dedicato alla individuazione di precisi indici di rilevanza delle situazioni lese e dei danni risarcibili; e visto anche il moltiplicarsi dei contributi la cui notorietà, non disgiunta da una mole che non è, però, massa, ci esime da una loro specifica menzione.

Questa attività, giustamente definita «*difficile e complessa*», trova un ulteriore travaglio nel tentativo di catturare la variegata totalità delle ipotesi che si innesta su di un punto di partenza comune e condiviso: non si può prescindere dalla necessità di individuare, a seguito del comportamento di uno dei componenti del gruppo stesso, l'interesse leso dei diversi soggetti che fanno parte della comunità familiare, siano essi il coniuge, il partner, il convivente, il figlio o, ancora, i nonni.

Nel moltiplicarsi delle ipotesi e nella frammentazione che ne consegue, la possibilità di ricorrere a rimedi che non sono espressamente previsti nella disciplina giusfamiliare, impone di incentrare l'attenzione sugli interessi meritevoli di tutela nel gruppo, più che del gruppo, di guardare di volta in volta al se, al come e al quanto del rimedio risarcitorio.

Invero, per quanto riguarda i rapporti di coppia, la violazione di doveri intimamente connessi, poiché destinati a configurare le modalità operative di un'organizzazione familiare basata sulla reciprocità e l'uguaglianza, può comportare conseguenze e rimedi diversi, in relazione alla violazione di uno specifico dovere.

La diversità implica la graduazione di conseguenze e rimedi, che si giustifica qualora la violazione riguardi profili contrassegnati da una intrinseca patrimonialità, quale il dovere di contribuzione; oppure profili di natura strettamente personale, quale l'assistenza morale o, appunto, la fedeltà.

Ciò malgrado, pur avvertendo «*l'esigenza di precisi indici di rilevanza delle esigenze lese e dei diritti risarcibili*», occorre, ancora una volta, tener conto che la reciprocità, coniugata alla uguaglianza, postula la necessità di non soffermarsi su singoli episodi dai quali desumere la violazione di uno specifico dovere seguendo una tecnica ed una logica atomistica.

È più opportuno condurre un esame globale dei comportamenti, per saggiarne la capacità di interferire nell'ordinato procedere di una comunità la quale, intesa come luogo della affettività, si regge su equilibri delicati perché è destinata a tutelare coloro che ne fanno parte in ragione della solidarietà che lega i «reciproci» interessi.

La peculiarità irripetibile e unica fa assumere una specifica colorazione all'interesse della famiglia, che individualizza la singola

comunità familiare, sede di crescita segnata dal reciproco rispetto, nel segno di un *idem sentire de familia*.

2. *La progressiva “smaterializzazione” del diritto di fedeltà fra conviventi.*

Al dovere di fedeltà, come la dottrina ha più volte detto, si è tradizionalmente assegnata quasi un'aura di sacralità; questa, anziché sbiadire col passare del tempo, sembra sia andata gradatamente ad intensificarsi con la progressiva perdita di materialità, che ad essa si è assegnata nell'individuare l'odierno contenuto.

Non è certo questa la sede adatta per ripercorrere l'incessante cammino che porta ad intendere in maniera sempre diversa la fedeltà. In questo cammino emerge la prevalente rilevanza del contesto esistenziale rispetto al testo normativo. Non bastano le indicazioni di diritti e doveri, volte appunto ad indicare, senza peraltro esaurirle, le caratteristiche che connotano i rapporti di coppia, poiché sono affidate a concetti elastici. L'effettività del precetto, qui più che altrove, è definita nella sua portata in relazione non solo ai diversi contesti ma anche alle diverse situazioni concrete.

L'itinerario della ricerca segue, quindi, un percorso ben delineato il quale, anche se privo di un approdo che possa considerarsi definitivo, risulta ricco di tappe significative.

Allo stato assistiamo al dilatarsi del concetto di fedeltà, spesso sommerso nel *mare magnum* dei conflitti di lealtà, e alla perdita della sua precedente puntuale identità, legata ad una esclusività sessuale, intimamente connessa alla logica proprietaria del corpo del partner. Questa logica, seppure ormai innegabilmente superata anche grazie ai rilevanti interventi della Corte Costituzionale, ha assunto per lungo tempo un ruolo determinante, cui lo stesso V. fa riferimento, invitandoci a non lasciarsi trascinare da quello che potrebbe divenire un pericoloso «*gioco dialettico*», in particolare qualora ci induca ad ignorare la «*peculiarità del diritto di famiglia*».

Pur senza menzionare i molti e preziosi contributi della dottrina, ciascuno dei quali meriterebbe autonoma attenzione, ci sembra sufficiente fare un sintetico riferimento alla giurisprudenza prevalente, sottolineando che essa è concorde nel ritenere che la

infedeltà non riguarda solo un comportamento materiale. Difatti, posto che la infedeltà si concretizza non tanto in un atto, quanto, piuttosto, in un comportamento volto a tradire la fiducia del partner, ne discende, secondo l'orientamento attualmente consolidato, che la nozione di fedeltà va ormai avvicinata a quella di lealtà, concetto, peraltro, anche esso non univoco viste le molte sfaccettature che lo connotano e nelle quali viene ad essere coniugato.

Si determina, così, il passaggio da una visione incentrata sulla esclusività del rapporto ad una visione che non guarda più ad un rapporto che deve essere esclusivo quanto, piuttosto, tiene conto della rilevanza da assegnare ad un rapporto non escludente, anziché non esclusivo.

Ne discende la necessità di puntualizzare la centralità assegnata allo statuto di coppia, il quale, si evidenzia sovente, non può prescindere anche da uno statuto della sessualità, sia pure, talvolta, intesa come una specifica espressione della affettività. Questo statuto, pur in presenza di una eventuale volontà contraria delle parti, ha un contenuto vincolante che la libertà non consente di sottrarre ad ogni rilevanza per il diritto. In quest'ottica, la giurisprudenza, qualora il comportamento che trova nella infedeltà la sua origine si mostri lesivo dei diritti fondamentali del convivente, è solita far ricorso alla responsabilità coniugando, in tal modo, il rispetto della libertà alla garanzia della responsabilità.

3. Dalla violazione del diritto di fedeltà alla richiesta di risarcimento per lesione di diritti fondamentali della persona.

La costante evoluzione del modo di intendere il dovere di fedeltà ne palesa le attuali peculiarità che hanno consentito alla giurisprudenza di guardare alla violazione di questo dovere come ad un presupposto che, ove sia accompagnato da comportamenti lesivi della dignità del partner, esula dal perimetro della responsabilità rigidamente e, ancor più, automaticamente collegata alla violazione di un dovere.

Le regole della responsabilità, seppure *vengano* commisurate alla relazione, fonte del dovere nel quale le sfere dei diritti e delle libertà individuali si modellano reciprocamente, hanno indotto la giurisprudenza e la dottrina prevalente ad individuare la centralità

del rimedio risarcitorio nel prisma della tutela dei diritti fondamentali.

Appare evidente come il mutamento dei tratti caratterizzanti, che contraddistinguono quello che nel matrimonio è tuttora denominato dovere di fedeltà, cancellandone i rigidi confini, ne muta il campo di rilevanza applicativa con la sua rarefazione. Difatti, malgrado il rilievo da assegnare alla relazione tra le parti, gioca certamente un ruolo l'atipicità del modello relazionale che connota il singolo rapporto, sicché la mancanza di una prestazione determinata e il modo di imprevedibile *a priori* di atteggiarsi della *iniuria* rendono difficile individuare nella concreta circostanza un fatto che integri la mera violazione del dovere, da considerare in relazione alla realizzazione dell'interesse leso.

Pertanto, focalizzandosi sulla violazione del rapporto e dell'interesse leso, come ci invita a fare Vettori, appare sempre più evidente che i diversi modelli di relazione legale di coppia risultano sempre più contrassegnati da una liquidità che impone di spostare l'attenzione in chiave prospettica sul progetto di vita comune, di guardare alla stabilità tendenziale e, di conseguenza, alla unità, in un'ottica dinamica. Questa duttilità del modello incide sulle precedenti rigidità aprendone i confini e determinando una conseguente perdita di forza cogente, che trova alimento solo dalla specificità di determinati impegni di carattere personale.

La violazione del dovere di fedeltà, considerato nella sua attuale accezione, al di là delle scarse conseguenze, peraltro previste positivamente solo all'interno della disciplina del matrimonio, ove la fedeltà è espressamente menzionata, trasmigra non solo dal diritto speciale al diritto generale, ma anche dall'interno del rapporto, che ne costituisce la ragione d'essere, al suo esterno nella dimensione sociale della coppia.

La scelta metodologica di recuperare la giuridicità dei fatti di sentimento ha consentito di valorizzare la preminente rilevanza del rapporto rispetto al quale va tutelata la posizione individuale. Ne discende che, anche qualora si ricorra alla responsabilità civile, intesa come strumento di protezione della persona, il soggetto leso non viene tutelato solo in quanto individuo, ma in quanto parte di una relazione qualificata.

Peraltro, la crescente perdita di identità dell'obbligo di fedeltà, inteso nella sua accezione tradizionale, sembra essere connotata anche da una valenza positiva. Essa dà conferma della comunità familiare come luogo entro il quale assume rilevanza la correttezza di un comportamento che non consente la esaltazione di una pretesa di libertà e che, di certo nel matrimonio, ma anche negli altri modelli di unione, «*non è giustificabile nell'ordinamento costituzionale interno e comunitario*».

Il campo di applicazione del dovere di fedeltà, anche se allo stato si specifica in un comportamento di reciproca lealtà e correttezza fra le parti, sembra restringere la portata del dovere alla rilevanza che è destinato ad assumere come criterio di conformazione del rapporto matrimoniale. La relazione legale trova la sua ragione d'essere in questo dovere e dà forma giuridica all'*affectio*, che, intimamente connesso agli altri, si considera elemento idoneo a conformare una comunione la quale, attraverso il suo corretto "adempimento", manifesta la sua vitalità. Difatti il venir meno della reciproca fedeltà, a prescindere dalla sua "imputabilità" ad una delle parti, è destinata anche a segnare il venir meno del rapporto nella sua effettività. Invero giova ricordare che già durante la vigenza del precedente codice civile, la Corte Costituzionale (Corte cost. 18 aprile 1974, n. 99) aveva ritenuto incompatibile con la separazione consensuale la vigenza dell'obbligo di fedeltà, sia pure nella sua accezione tradizionale, disponendo che per i coniugi consensualmente separati la fedeltà muta la sua identità: essa viene limitata al dovere di astenersi da quei comportamenti che, per il concorso di determinate circostanze, siano idonei a costituire ingiuria grave all'altro coniuge.

Caduta l'indissolubilità del matrimonio, in una stabilità che, come abbiamo più volte ripetuto, ha un carattere dinamico, è mutata la portata della vigenza del dovere: se di certo esso rileva al fine di rendere manifesta l'intensità e la perdurante stabilità del vincolo, restano, invece, da verificare i limiti della forza cogente della regola nell'ipotesi in cui si intenda considerare fonte di danno la violazione, destinata ad avere rimedi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge speciale.

D'altra parte, pur in mancanza di pronunce giurisprudenziali al riguardo, il dovere di fedeltà appare destinato ad allargare il suo

campo di applicazione: malgrado la sua mancata menzione, esso, nella sua moderna accezione, sembrerebbe trovare posto in tutti i rapporti di coppia che, anche se non fondati sul matrimonio, sono comunque basati sulla affettività che contraddistingue (o ha contraddistinto) la vita in comune e nei quali si può e si deve tener conto di una modalità di comportamento delle parti la quale, in caso di conflitto, può rappresentare l'ineludibile presupposto per ottenere un risarcimento del danno.

Il dovere, quindi, nel perdere i suoi caratteri specifici e nel divenire parte integrante di una più ampia fattispecie, della quale costituisce, per così dire, il nocciolo duro, allarga la sua rilevanza, che va dalla famiglia alle famiglie (se così si possono chiamare anche le "unioni" non fondate sul matrimonio), spostando, peraltro, l'attenzione dalla violazione alla lesione.

In grandi linee appare questo il sottofondo che ha indotto, in particolare la giurisprudenza, a privilegiare, in caso di violazione del dovere di fedeltà, il ricorso alla responsabilità extracontrattuale, senza, però, porre una sufficiente attenzione al dilemma classificatorio che, diversamente, ha indotto autorevoli dottrine (e fra queste quella che omaggiamo) a ritenere più consono il ricorso alla responsabilità contrattuale.

Sulla dicotomia tradizionale, malgrado le certezze che la giurisprudenza attuale sembra aver conquistato, incombe tuttora l'ipoteca teorica della rilevanza del "contatto sociale".

La domanda sorge spontanea: ma c'è migliore ipotesi di contatto sociale di quella di una coppia, anche non sposata, che esteriorizza il suo legame e come tale viene percepita nella dimensione sociale del proprio vissuto relazionale, esposto al trauma della violazione della reciproca lealtà?

Tra i poli opposti della visione intimistica del rapporto di coppia, in cui il patto si sostanzia di elementi psicologici, e di quella economicistica individuabile nel danno-conseguenza, il pendolo della ricerca dovrebbe tendere verso l'equilibrio sul piano valoriale.

Non è certo questa la sede adatta per entrare nella *vexata quaestio*, lasciamo al riguardo ancora aperta la porta al dialogo, ricordando che Vettori ci ha invitato a «riflettere sul fatto che gli obblighi che gravano sui componenti del gruppo familiare instaurano una

LILIANA ROSSI CARLEO

relazione legale la cui violazione può comportare una responsabilità non aquiliana ma contrattuale. Sicché la violazione del dovere implica un risarcimento del danno non patrimoniale per la violazione di un rapporto e non per la violazione di un diritto».

FRANCESCO ROSSI
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Napoli “Federico II”

CONTRATTI DEL MINORE E RESPONSABILITÀ PER I DANNI PRODOTTI ALLA PARTE CAPACE

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Le tesi sostenitrici della validità di taluni contratti del minore. – 3. La responsabilità per i danni prodotti alla parte capace.

1. *Il problema.*

Nei numerosi studi sugli atti patrimoniali del minore che si sono susseguiti negli ultimi anni, l’attenzione degli autori è rivolta prevalentemente a stabilire se – e, in caso di risposta affermativa, quando – possono essere considerati validi i contratti che costui conclude nella vita di tutti i giorni¹. Poco indagato è lo specifico profilo della responsabilità per i danni prodotti alla parte capace, allorché, nella formazione del contratto, la minore età sia stata taciuta o negata: il riconoscimento del risarcimento dei danni al contraente capace ha il significato dell’attribuzione di una sorta di ristoro a chi, ignaro

¹ V., *ex multis*, DI SABATO, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, p. 75 ss.; EAD., *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, spec. p. 710 ss.; EAD., *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore*, in F. Rossi (a cura di), *Capacità e incapacità*, Napoli, 2018, p. 84 ss.; DELL’AVERSANA, *Il minore: autore dei contratti telematici*, in DE MINICO (a cura di), *Nuovi media e minori*, Roma, 2012, p. 213 ss.; BOSA, *Atti della vita quotidiana e tutela civile dell’incapace*, Torino, 2014, p. 95 ss.; STANZIONE, *I contratti del minore*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1245 ss.; ANDREOLA, *Il regime degli acquisti on line del minore quale consumatore “debole”*, in *Familia*, 2017, p. 683 ss.; EAD., *Gli acquisti online del minore tra invalidità dell’atto e responsabilità dei genitori*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 953 ss.; EAD., *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, spec. p. 202 ss.; SCOTTO DI CARLO, *I contratti conclusi on line dal minore*, in *Dir. internet*, 2019, p. 661 ss.

dell'altrui minore età, abbia subito la pronunzia di annullamento oppure abbia intrapreso inutilmente trattative più o meno lunghe e articolate.

A ben guardare, dalla maggior parte dei suddetti studi si ricava l'impressione dell'avvenuto superamento, ad opera della dottrina, del problema della validità dei contratti del minore, in particolare di quelli conclusi quotidianamente aventi ad oggetto beni mobili, quantomeno tutte le volte in cui questi sia dotato di capacità di discernimento, e i beni o servizi acquistati siano "necessari". La (pretesa) validità di questi contratti – viene rimarcato – si pone in perfetta sintonia con gli obiettivi dello sviluppo della personalità del minore, e del soddisfacimento dei suoi bisogni, innanzitutto di quelli essenziali.

Deponendo, tuttavia, gli artt. 2, 1425 e 1426 c.c. nel senso dell'annullabilità dei contratti del minore, salvo le fattispecie nelle quali la legge stabilisce un'età diversa², la stessa dottrina è costretta ad abbracciare una delle tesi "tradizionali" che riconoscono la validità di questi contratti, o una di quelle accolte al di fuori dei confini italiani, se mai auspicando un intervento esplicito sul punto da parte del legislatore³.

In realtà, tutt'altro che concordi sono le opinioni degli interpreti su quali siano i contratti del minore da giudicare, in contrasto (almeno apparente) con il dettato normativo, come validi: se, ad esempio, quelli di modico valore, oppure quelli indispensabili alla soddisfazione delle esigenze primarie della vita quotidiana. In questa sede, illustro brevemente le principali tesi al riguardo, ed evidenzio gli

² La sussistenza di numerose norme che prevedono che il minore presti il proprio consenso o venga (o possa essere) ascoltato (cfr., *ex multis*, artt. 145, 315-bis, 316, 371 c.c.), per la soluzione di questioni che lo riguardano, induce a domandarsi se sia corretto qualificare le fattispecie nelle quali viene prevista l'anticipazione della capacità legale di agire in termini di «eccezioni», in sintonia con la dottrina tradizionale, oppure se vada accolta la ricostruzione dottrinale (v. diffusamente PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, spec. p. 183 ss.) secondo la quale le anzidette norme – sebbene a ciascuna di esse sia sottesa una specifica *ratio* –, costituiscono tutte espressione e attuazione del principio dello sviluppo e della realizzazione della persona umana.

³ V., per tutti, ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contr.*, 2004, p. 526.

argomenti più significativi che non permettono la piena condivisione di alcuna di esse e, pertanto, una soluzione del quesito innanzi accennato, si verificherà se, nei casi di annullamento del contratto concluso dal minore di età o di danni derivanti alla controparte dall'inutilità delle trattative intraprese alla luce dell'incapacità di agire del primo, esistano strumenti di tutela del soggetto capace.

2. *Le tesi sostenitrici della validità di taluni contratti del minore.*

Pur essendo incontestabile il *favor* del legislatore verso un ampio coinvolgimento del minore nell'assunzione delle decisioni che ne sviluppino la personalità⁴, nonché il proliferare di contratti che ogni giorno sono posti in essere dai minori di età, permane ad oggi la non coincidenza tra quanto è sancito nel codice civile circa il momento in cui la persona fisica acquista la capacità legale di agire e la prassi. Non si può trascurare, peraltro, che proprio i minori costituiscono una fetta rilevante del pubblico dei consumatori particolarmente «vulnerabili»⁵, che la legge si preoccupa di proteggere in una società, quale quella odierna, nella quale sono innumerevoli le proposte destinate ai bambini e agli adolescenti, spesso chiamati a sottoscrivere contratti senza che sia richiesta l'assistenza di un genitore, e ad essere esecutori e destinatari delle prestazioni che ne costituiscono l'oggetto, prima del raggiungimento della maggiore età. Frequenti, in particolare, sono i contratti perfezionati *on line* dal minore, non di rado senza che i genitori ne vengano a conoscenza, neppure nella fase dell'esecuzione.

Per dimostrare che gli atti patrimoniali del minore sono validi, è stato ipotizzato, come è noto, che costui, se capace d'intendere e di volere, agisca come rappresentante volontario di chi abbia la responsabilità genitoriale o del tutore, che, dandogli una somma di denaro, gli conferirebbero implicitamente una procura all'acquisto; in quest'ottica, il contratto sarebbe valido, non dovendo peraltro essere

⁴ In tal senso, v., da ultimo, art. 3, 1° e 2° co., l. 22 dicembre 2017, n. 219.

⁵ Artt. 4 e 20 c. cons. V. altresì art. 31 c. cons.

espressa la spendita del nome del rappresentato⁶. In altri termini, poiché, ai sensi dell'art. 1389 c.c., la rappresentanza richiede la capacità d'agire del (solo) rappresentato, i beni acquistati e le obbligazioni assunte dal minore sarebbero imputabili direttamente al genitore o al tutore.

Quella appena sintetizzata costituisce, però, un'artificiosa finzione, per cercare di salvare la validità dei contratti in esame: è innegabile, infatti, che gli effetti degli atti compiuti dal minore ricadano nella sfera giuridica di costui, non in quella del rappresentato, laddove l'irrelevanza della sussistenza della capacità di agire del rappresentante si spiega con la produzione degli stessi nel patrimonio del rappresentato⁷.

Né si può omettere di considerare, da un lato, che, a voler accogliere l'accennata tesi, si dovrebbe ritenere che ricadono nella sfera giuridico-patrimoniale dei genitori anche quei contratti che essi avrebbero evitato di concludere, se non disapprovato decisamente⁸, e, dall'altro, che il più delle volte chi mette a disposizione del figlio infradiciottenne una somma di danaro o la carta di credito sa bene di assumersi il rischio del compimento, ad opera di costui, di atti che possono comportare l'utilizzazione di tutte le risorse affidate, e che prescindono completamente dai desideri espressi nel momento dell'attribuzione dell'anzidetta somma. Condivisibile, pertanto, si rivela l'affermazione secondo cui nessuno «che abbia senno vorrà esser rappresentato da chi non sia fornito di quel grado di volontà e di capacità che egli ritiene necessario per i negozi, nei quali deve agire in nome di lui»⁹.

⁶ Tra gli AA. che, di recente, hanno preso in esame tale tesi, soffermandosi sulle conseguenze della sua eventuale condivisione, v. CATERINA, *Le persone fisiche*³, Torino, 2019, p. 46 s.

⁷ TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, p. 245, osserva che la ricostruzione criticata nel testo in realtà «sembra più interessata a non sacrificare le geometriche e rigorose costruzioni teoriche che a valutare gli interessi concreti sottostanti».

⁸ Sulle ragioni che inducono a non abbracciare questa tesi, v., per tutti, DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, cit., p. 713 s.

⁹ Sul punto, anche per le parole tra virgolette, v. BRUGI, *Della capacità giuridica dei rappresentanti*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 432.

Superfluo, sulla scorta di quanto fin qui osservato, risulterebbe qualsiasi approfondimento del problema relativo all'ammissibilità del trasferimento ad altri del potere di rappresentanza da parte proprio di coloro che, come i genitori o il tutore, sono rappresentanti legali del minore.

Parimenti una finzione si rivelerebbe la considerazione del minore in termini di *nuncius*¹⁰ dei genitori, ed è quindi inutile accertare se il fondamento della validità degli atti compiuti dall'incapace possa essere individuato nella volontà del rappresentante legale¹¹.

Buon credito riceve tra gli interpreti l'opinione che, per sostenere la validità dei contratti del minore, ricorre all'applicazione in via analogica dell'art. 409, 2° co., c.c., che stabilisce che «il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana»¹². Tuttavia, ove pure si trascuri che l'accoglimento di tale opinione porterebbe sostanzialmente alla disapplicazione delle disposizioni che prescrivono espressamente l'annullabilità dei contratti del minore, è agevole costatare che non è chiaro quali sarebbero, da un lato, le esigenze alle quali si riferisce la disposizione in esame, e, dall'altro, gli atti da considerare come necessari per soddisfarle. E ciò, a tralasciare che l'art. 409 c.c. è stato pensato con riferimento al maggiore di età, sebbene bisognevole di protezione.

Non sarebbe meno difficoltosa l'individuazione dei beni di prima necessità, ossia indefettibili per assicurare una vita dignitosa, oppure di quelli di modico valore, qualora si ammettesse che soltanto i contratti aventi ad oggetto gli uni o gli altri siano validi, anche se conclusi dal minore.

¹⁰ Su questa figura e sulle caratteristiche che la distinguono dal rappresentante, v., per tutti, VITTORIA, *Il «falsus nuncius»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 532 ss.

¹¹ Sul punto, sotto il vecchio codice, BRUGI, *op. cit.*, spec. p. 431.

¹² Tra gli AA. favorevoli all'applicazione analogica anche nei confronti dell'interdetto, v., per tutti, DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, II, p. 46; CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, p. 121 ss.

Chi afferma l'idoneità dell'infradiciottenne a compiere operazioni negoziali nella vita di tutti i giorni è chiamato a chiarire se intende la contrattualità quotidiana in senso oggettivo o soggettivo. Da ultimo, nell'argomentazione della preferenza accordata al primo, è stato puntualizzato che «la quotidianità personalizzata, relativizzata, individualizzata, non è esclusa *a priori* [...]»; rileva, invece, come parametro concreto della responsabilità genitoriale, poiché questa deve essere esercitata «tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio», ai sensi dell'art. 316, 1° co., c.c.¹³. In quest'ottica, negozi quotidiani del minore sono quelli che ciascun non maggiorenne compie ogni giorno nella vita di relazione.

La proposta interpretativa rapidamente esposta evidenzia un limite, giacché non chiarisce quali siano precisamente i suddetti negozi, ma anche, almeno *prima facie*, un pregio, prescindendo dalla complessa operazione relativa all'individuazione del grado di maturità/immatùrità del minore. A una più attenta osservazione, però, l'evocato pregio è soltanto apparente, non essendo possibile – per valutare la validità degli atti del minore – evitare di rapportare la capacità di discernimento allo specifico soggetto preso in considerazione. È inconfutabile, infatti, che non si può ritenere il minore idoneo a compiere certi negozi della vita di ogni giorno a seconda dell'età raggiunta, ossia dell'aver compiuto un determinato numero di anni, giacché non esistono atti che rientrano nella quotidianità soltanto a una certa età, fissata in astratto e valevole per tutti. Al riguardo, è stato osservato che la condizione di maturità di un minore, «non essendo legata a uno specifico stato psichico, ma a una personalità *in fieri* [...] è correlata a delle “dinamiche evolutive” che difficilmente possono essere fotografate e generalizzate»¹⁴.

Il sintagma «maturità relativa», adoperato nella psichiatria forense, riferisce la maturità alle condizioni psico-sociali del soggetto, ma anche al contesto in cui l'atto viene posto in essere, laddove il

¹³ Le parole tra virgolette sono di CARBONE, *Contrattualità quotidiana e dignità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1099.

¹⁴ Così, BOSCA, *op. cit.*, p. 113.

concetto di discernimento viene reputato privo di un effettivo valore scientifico.

Nell'ottica di chi sostiene la validità degli atti quotidiani del minore di natura patrimoniale, l'idoneità a compierli potrebbe essere strettamente collegata alla valutazione del tipo di atto, ma non potrebbe prescindere dalla verifica della maturità di giudizio del minore stesso: non esiste, infatti, una corrispondenza precisa tra una determinata età e il raggiungimento, da parte del minore, di un certo grado di discernimento¹⁵. Inoltre, a voler condividere la medesima ottica, occorrerebbe domandarsi a chi spetti, e come, stabilire se il minore possenga o no la maturità di giudizio che costituisce *condicio sine qua non* per giudicare validi gli atti compiuti. Mentre sembra logico rispondere al primo quesito che sono i genitori, o comunque chi esercita la responsabilità genitoriale, a valutare la maturità del figlio infradiciottenne, la soluzione del secondo si presenta alquanto difficoltosa.

Né si può omettere di tenere presente che la capacità di discernimento, richiamata da una pluralità di previsioni normative¹⁶, costituisce il presupposto sì indefettibile per il compimento, ad opera del minore, di determinati atti, ma mai sufficiente, necessitando invece, per l'individuazione della decisione più opportuna per soddisfare i suoi interessi, il concorso di chi sia titolare della responsabilità genitoriale ed eventualmente l'intervento del giudice tutelare.

¹⁵ BOSA, *op. cit.*, p. 114, rileva che «è presumibile, ad esempio, che un minore di anni 16 – che potrebbe essere etichettato quale “grande minore” – sia in grado di valutare autonomamente se iscriversi a una associazione culturale, sportiva, ricreativa ecc. [...] La questione, però, potrebbe assumere un diverso significato se riferita a un ragazzo sedicenne il cui andamento scolastico è insufficiente o le cui caratteristiche psichiche lo rendono particolarmente sprovvisto nei confronti della percezione del pericolo e l'attività prescelta assecondi tale tendenza; o ancora qualora le condizioni economiche della famiglia siano inadeguate a soddisfare quello che nella situazione complessiva del minore può essere un mero capriccio e/o per di più non confacente al suo andamento scolastico».

¹⁶ Ad esempio, ai sensi dell'art. 84 c.c., è il tribunale a dover valutare, per autorizzare il minore a contrarre matrimonio, le ragioni addotte e la maturità di costui, la quale, pertanto, da sola non basta a fondersi con l'altrui volontà per la costituzione del rapporto. Si pensi altresì che la capacità di discernimento del fanciullo viene richiamata, ed è reputata rilevante, dal legislatore (si pensi agli artt. 315-*bis* c.c. e 316 c.c.), per orientare il giudice sui provvedimenti da adottare.

In sintesi, il *favor* del legislatore a che sia il minore capace di discernimento ad effettuare scelte nella vita di tutti i giorni – scelte non soltanto riconducibili a quelle cosiddette esistenziali, potendosi ricavare conferma anche dall'art. 315-*bis* c.c. dell'opportunità di una rimeditazione sulla distinzione tra gli atti di natura personale e quelli patrimoniali¹⁷ – testimonia non il riconoscimento di una sfera di assoluta autonomia nelle decisioni da parte dell'infradiciottenne, ma che le sue opinioni e la sua volontà devono essere tenute in considerazione, e allo stesso tempo necessitano del vaglio di un soggetto che ne verifichi la sintonia con l'interesse da realizzare.

Per giustificare la validità (o quantomeno l'assenza di contestazioni sulla validità) degli atti quotidiani, autorevole dottrina ha richiamato l'autonomia collettiva della famiglia¹⁸ o la non impugnabilità ad opera dei genitori per mancanza d'interesse («di ragioni di necessità o utilità evidente per il figlio»)¹⁹ o, ancora, l'assenza di pregiudizio per il patrimonio o gli interessi dell'infradiciottenne²⁰. In particolare, è frequente in dottrina il riferimento alla mancanza di pregiudizio per il minore quale elemento che permetterebbe di salvare dalla sanzione dell'invalidità i medesimi atti, sulla scia di altri ordinamenti europei²¹.

¹⁷ Sul punto, da ultimo, v. diffusamente GIARDINA, *Il minore e il contratto*, in Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minore*, Pisa, 2019, p. 190 ss.

¹⁸ RESCIGNO, *I minori tra famiglia e società*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 281 s.

¹⁹ Così BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 68.

²⁰ V., per tutti, GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 109. *Contra*, RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali. Artt. 320-323*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2007, p. 31 s.

²¹ Si allude, in particolare, agli *actes de la vie courante* dell'esperienza francese e ai *necessaries acts* di quella inglese. Tra gli AA. italiani che si sono soffermati sugli stessi, v. CAPILLI, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012, p. 76 ss. e 86 ss.; BOSA, *op. cit.*, p. 127 ss. Per un'esauritiva trattazione delle fattispecie contrattuali vincolanti per il minore nei principali ordinamenti europei, v. KÖTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, trad. di Buchberger, Milano, 2006, p. 185 ss.

Premessa la non estensibilità all'ordinamento italiano – riaffermata anche di recente²² – delle soluzioni accolte dai diritti francese e inglese a sostegno della validità degli atti in questione, e soprattutto l'assenza di una disposizione che consenta di identificare il suddetto parametro, vale la pena di puntualizzare che l'insussistenza di pregiudizio potrebbe essere valutata in astratto oppure in concreto.

L'adesione alla prima possibilità comporterebbe l'inquadramento, nella (pretesa) categoria degli atti della vita quotidiana, di tutti i contratti con i quali il minore acquista beni di modesto valore economico, quali riviste, patatine ecc. L'irrilevanza delle specifiche condizioni del singolo fanciullo non permetterebbe di esperire l'azione di annullamento neppure se, ad esempio, l'acquisto del genere alimentare risultasse idoneo a danneggiare gravemente la salute fisica dell'acquirente (si pensi all'ipotesi di soggetto affetto da una grave forma di intolleranza verso il cibo comprato), oppure se il desiderio di adeguarsi agli altri coetanei avesse spinto l'adolescente ad effettuare operazioni idonee ad esporlo, alla luce della scarsità delle risorse economiche della famiglia di appartenenza, a non trascurabile nocimento²³.

All'obiezione secondo la quale perderebbe di vista la realtà chi considerasse annullabile un contratto di vendita di patatine o perché, in specifici casi, esse possono nuocere in misura particolarmente grave alla salute dell'acquirente, o per l'eventuale povertà in cui versi la famiglia di quest'ultimo, si potrebbe replicare che grandi difficoltà, per chi condivide l'indirizzo che si sta esaminando, pone la collocazione sistematica di taluni negozi, diffusi nei tempi attuali, che sembrano capaci di procurare pregiudizio al minore autore. Le fattispecie che si possono citare al riguardo sono numerose: basti ricordare l'«iscrizione del fanciullo a quelle associazioni denominate culturali, ma che sono di fatto “sale giochi” e dove all'iniziale pagamento della quota di iscrizione segue il continuo esborso di denaro per usufruire dei *video games* presenti all'interno dei locali»²⁴.

²² BOSA, *op. cit.*, p. 127 ss. e 135.

²³ V., per tutti, BOSA, *op. cit.*, p. 125, spec. nota 55.

²⁴ Così, BOSA, *op. cit.*, p. 126.

Il criterio di giudizio in astratto degli effetti degli atti si concretizza, dunque, in una suddivisione dei medesimi in presuntivamente pregiudizievoli e no.

La condivisione dell'altro parametro sopra menzionato, che prende in considerazione gli interessi e le condizioni dello specifico minore, se da un lato «farebbe certamente diminuire i potenziali pregiudizi che dal compimento dell'atto potrebbero derivare allo stesso minore», dall'altro produrrebbe «la totale incertezza sulle sorti dell'atto stipulato dall'incapace e l'assenza di qualsivoglia rilievo giuridico all'eventuale affidamento incolpevole della controparte contrattuale»²⁵.

In ogni caso, è incontestabile che entrambi i parametri si pongono in contrasto con il dettato della legge relativo all'incapacità del minore di concludere i contratti (salvo che specifiche disposizioni stabiliscano diversamente), e che la potenziale annullabilità dei contratti della vita quotidiana per l'eventuale sussistenza di pregiudizio per il minore scoraggerebbe il contraente capace dallo stipularli.

Per superare il problema della invalidità dei contratti del minore, da ultimo è stato sostenuto che questi, quando capace di discernimento, avrebbe l'autonomia di compiere gli atti della vita corrente. Tale tesi ha il merito di sottolineare adeguatamente sia l'importanza, ai fini della tutela effettiva degli interessi del minore, «di assumere il punto di vista del soggetto che pone in essere l'atto e non tanto (e soltanto) quello della natura e della portata economica dell'atto che è stato compiuto»²⁶, sia il ruolo del rappresentante legale, che è quello non di mero sostituto dell'infradiciottenne, bensì di portatore della volontà di costui. Nondimeno, una pluralità di ragioni osta alla possibilità di accogliere la soluzione del problema in esame ora prospettata, che è quella adottata in Francia. Tale soluzione pare sganciata, almeno in parte, dalle previsioni codicistiche, che, come si è ripetutamente rilevato, sanciscono l'annullabilità degli atti del minore, salvo che previsioni normative prevedano diversamente.

²⁵ V., anche per le espressioni fedelmente riportate, BOSA, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Così, SENIGAGLIA, *The best interest of the child tra persona e contratto*, in *Dir. fam. succ.*, 2019, p. 814 ss.

Il diritto di cui è titolare chi abbia compiuto dodici anni o abbia la capacità di discernimento, pur se di età inferiore, «di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano» (art. 315-*bis*, 3° co., c.c.), se da un lato può giustificare l'ascolto del minore, da parte del giudice, tutte le volte in cui quest'ultimo sia chiamato a decidere sull'annullamento del contratto richiesto da chi abbia la rappresentanza legale dell'infradiciottenne, onde verificare l'interesse di costui a mantenere in vita l'atto perché non pregiudizievole, utile o necessario, dall'altro non autorizza l'interprete a trascurare che da nessuna norma si ricava che la capacità di discernimento possa sopperire all'assenza della capacità legale di agire, allorché siano posti in essere atti della vita corrente.

Non è, dunque, l'esigenza di tutela dell'affidamento di chi contrae con il minore l'ostacolo unico o principale alla condivisibilità dell'accennata tesi, che peraltro non dedica un esame *ad hoc* alle ipotesi in cui l'annullamento del contratto venga domandato dall'*ex* minore che abbia raggiunto la maggiore età.

Nell'ottica della protezione dell'autonomia dell'adolescente per lo sviluppo della sua personalità si pone l'autorevole opinione che salva la validità degli atti del minore, quando vi sia il «controllo preventivo, mediante autorizzazione», di tali atti, operato da chi abbia la rappresentanza legale del minore²⁷. Tuttavia, alla luce dell'assenza di una norma che contempra una siffatta autorizzazione, essendo viceversa i genitori o il tutore preposti a compiere atti in nome e per conto del minore, occorrerebbe verificare la ricorrenza della specifica autorizzazione, laddove la maggior parte degli atti di contenuto patrimoniale sono posti in essere dagli adolescenti all'insaputa dei rappresentanti legali, giacché i primi sono perfettamente consapevoli della disapprovazione, il più delle volte, da parte dei secondi.

3. *La responsabilità per i danni prodotti alla parte capace.*

La disciplina dettata dal codice civile a proposito degli atti patrimoniali del minore può sembrare inadeguata, anche perché, accanto

²⁷ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica - I soggetti*², Milano, 2002, p. 238, il quale sostiene che tale controllo «corrisponde alla possibilità della convalida dell'atto, attraverso la quale si realizza pur sempre una forma di controllo, con l'unica differenza che qui il controllo è successivo al compimento dell'atto».

alle esigenze di protezione di costui – che spesso possiede capacità di scelta in ordine ai consumi non inferiori a quelle degli adulti –, non vanno trascurate quelle dell'altro contraente, specialmente se imprenditore, che sopporta il rischio di subire l'annullamento del contratto, che potrebbe domandare a propria discrezione chi ne abbia la rappresentanza legale oppure il minore, una volta divenuto maggiorenne.

In materia emerge la contrapposizione tra istanze di tutela del soggetto ritenuto debole perché non ancora in possesso delle facoltà mentali idonee a fargli comprendere significato ed effetti del regolamento d'interessi posto in essere, e interesse del contraente capace, il quale confida nella validità dell'impegno.

Occorre stabilire, dunque, tra interessi della persona incapace e quelli del mercato quali vadano considerati preminenti, o se sia configurabile un punto di equilibrio tra gli stessi.

Che la collettività possa ritenere efficaci i contratti dei minori, perché la loro partecipazione al traffico commerciale alimenta il senso di responsabilità degli adolescenti all'interno della società, e perché va assicurata la rapidità della circolazione dei beni, non significa che l'interprete possa svincolarsi dalle norme codicistiche, che stabiliscono l'invalidità degli anzidetti contratti, a prescindere dalla sussistenza di un danno per l'incapace, e dalla conoscenza o conoscibilità dello stato di minore età da parte dell'altro contraente. Un'eccezione a tale regola ricorre quando il minore con raggiri abbia ingannato l'altra parte sulla propria età, e impone all'interprete, da un lato, di determinare il significato preciso del termine «raggiri» di cui all'art. 1426 c.c., e, dall'altro, di risolvere i problemi di ordine probatorio che nascono allorché vengono conclusi contratti telematici, in cui spesso non è agevole individuare chi – capace di agire o minore di età – abbia perfezionato il contratto.

Invero, sembra logico reputare che il bilanciamento dei differenti interessi della persona incapace e del mercato sia stato effettuato dal legislatore stabilendo l'annullabilità dei contratti dell'incapace di agire, quindi anche del minore, e non la nullità degli stessi.

La rilevata tutela predisposta a beneficio del minore si giustifica sulla scorta delle esigenze che il legislatore ha inteso soddisfare. Né in senso contrario si potrebbe addurre che il contraente capace è

sprovvisto di strumenti per venire a conoscenza dell'altrui minore età e, secondo parte della letteratura, per far valere i danni subiti dall'annullamento del contratto.

Premesso che il contraente capace potrebbe domandare al minore di esibire un documento di riconoscimento – per quanto sembri poco probabile, se non addirittura irrealistico, alla luce della celerità che connota gli scambi quotidiani – o, nell'ipotesi in cui il minore stesso agisca in nome e per conto del rappresentante legale, di giustificare i suoi poteri, la dottrina non manca di rilevare che il primo può sincerarsi dell'eventuale incapacità legale dell'altra parte tramite ispezione dei registri dello stato civile²⁸.

Di recente è stato ipotizzato²⁹, prendendo spunto dalla giurisprudenza di legittimità³⁰, che i genitori vengano chiamati a rispondere dei danni prodotti dal figlio minore nella sfera giuridica della parte con cui ha concluso il contratto – poi dichiarato invalido ex art. 1425 c.c. – per *culpa in educando*, ai sensi dell'art. 2048 c.c., che regola, tra l'altro, la responsabilità dei genitori per il danno

²⁸ In tal senso, v. BOCCHINI, *Anomalie genetiche (Difetti della formazione)*, in BOCCHINI e QUADRI, *Diritto privato*⁸, Torino, 2020, p. 1094, che richiama gli artt. 10, 28 e 49, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. BALESTRA e BOLONDI, *Sub art. 450 c.c.*, in BALESTRA (a cura di), *Della famiglia, artt. 343-455*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2009, p. 589, fanno discendere dalla pubblicità dei registri dello stato civile l'astratta fruibilità degli stessi da parte di chiunque. La giurisprudenza amministrativa formatasi in tema di accesso ai registri dello stato civile richiede però, in concreto, la necessaria mediazione dell'ufficiale preposto alla loro conservazione, in sintonia con quanto previsto dall'art. 450, 2° co., c.c., a proposito del rilascio di estratti e certificati degli atti registrati, e dall'art. 450, 3° co., c.c., per quanto concerne le indagini domandate dai privati (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 1998, n. 99, in *Giur. it.*, 1998, spec. p. 1506). Come è noto, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, sancito come principio generale dell'azione amministrativa dall'art. 22, 2° co., l. 7 agosto 1990, n. 241, è disciplinato dal regolamento esecutivo introdotto dal d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, che, nell'art. 2, 1° co., subordina l'esercizio del diritto *de quo* alla sussistenza di un «interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso».

²⁹ V., per tutti, DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, cit., p. 714; EAD., *Gli atti a contenuto patrimoniale del minore*, cit., p. 87 s.

³⁰ Si allude a Cass., Sez. III, 19 febbraio 2014, n. 3964, in *Danno resp.*, 2014, p. 1052 ss., con commento di MONTI, *Responsabilità dei genitori: alcune riflessioni*.

cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati con cui abitano. La condivisione di tale opinione comporterebbe che i genitori, non potendo addurre a propria difesa l'assenza di *culpa in vigilando*, rischierebbero di risentire di effetti patrimoniali «devastanti»; il che «potrebbe scoraggiare l'avvio di azioni dirette all'ottenimento dell'annullamento del contratto *ex art. 1425 c.c.*»³¹.

A un'attenta osservazione, l'innanzi evidenziata possibilità, per il contraente capace, di essere edotto dell'età dell'altro probabilmente è da sola bastevole a far propendere per l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2048 c.c. alla materia *de qua*. D'altronde, l'annullabilità del contratto testimonia che le bugie o le reticenze sull'età sono considerate dal legislatore come peccati veniali, perché, nelle ipotesi di veri e propri inganni, al minore è preclusa la possibilità di ottenere la caducazione del contratto, ai sensi dell'art. 1426 c.c.

In ogni caso, fermo restando che appare giusto, quale principio generale, che l'ordinamento giuridico sanzioni la condotta di quei genitori che non abbiano impartito ai figli l'educazione idonea ad evitare che costoro rechino danni a terzi durante la vita di relazione, l'applicazione dell'art. 2048 c.c. alla fattispecie in esame non convince, poiché estende l'ambito di operatività della responsabilità ivi contemplata, senza tenere conto adeguatamente della *ratio* sottesa al medesimo articolo, che postula indefettibilmente un fatto illecito.

La giurisprudenza di legittimità sottolinea la necessità di distinguere l'obbligo dei genitori di educare i figli al rispetto delle regole della civile convivenza, nei rapporti con il prossimo e nel compimento di attività al di fuori della famiglia, dal potere-dovere di vigilare sulla condotta tenuta dagli stessi in concreto: i due obblighi, ad avviso della Suprema Corte³², possono, ma non necessariamente devono, coesistere. In altre parole, secondo questo orientamento, occorrerebbe riconoscere l'autonomia della *culpa in educando*, che ricorre nel caso in cui i responsabili omettano di svolgere una costante

³¹ V., anche per i virgolettati, DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, cit., p. 714.

³² In questo senso, v. diffusamente Cass., Sez. III, 22 aprile 2009, n. 9556, in *Danno resp.*, 2010, p. 167 ss., con commento di P. PARDOLESI e DIMATTIA, *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?*

opera educativa nei confronti dei minori³³, rispetto alla *culpa in vigilando*; il che comporta che differente è l'onere probatorio incombente sui genitori nelle due fattispecie menzionate, per essere esonerati da responsabilità per i danni causati dal figlio³⁴.

Orbene, qualunque tesi si accolga sull'oggetto della prova che il padre o la madre devono fornire per essere esonerati da responsabilità per la condotta del figlio, si deve convenire, proprio alla luce dell'ampiezza della *culpa in educando* e della difficoltà dell'anzidetta prova liberatoria, che sarebbe una forzatura addebitare a una negligente opera educativa un ambito estraneo a quello del fatto illecito, in particolare la conclusione dei contratti della vita quotidiana di fanciulli che, se mai di nascosto, intendono soddisfare i "capricci" che sono continuamente alimentati dai compagni di scuola, dalla pubblicità in televisione ecc.

La segnalata necessità di non allargare l'area di operatività dell'art. 2048 c.c., e la più volte sottolineata sussistenza di strumenti a disposizione del contraente capace che permettono di verificare l'età dell'altra parte, inducono ad escludere, quantomeno in linea generale, la responsabilità dei genitori per la condotta del figlio minore contraria alle prescrizioni di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.

³³ Di recente, anche la giurisprudenza di merito (Trib. Savona, 22 gennaio 2018, n. 79, in www.dirittoegiustizia.it, 16 febbraio 2018) ha ribadito l'orientamento della Suprema Corte, secondo cui l'opera educativa del minore da parte dei genitori deve essere «finalizzata a correggere comportamenti non corretti ed a realizzare una personalità equilibrata consapevole della relazionalità della propria esistenza e della protezione della propria ed altrui persona da ogni accadimento consapevolmente illecito».

³⁴ Nonostante che dal combinato disposto di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 2048 c.c. si ricavi la possibilità, per il padre o la madre o il tutore, di liberarsi dalla responsabilità per i danni cagionati dal minore mediante la prova «di non aver potuto impedire il fatto», i giudici di legittimità (emblematica Cass., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26200, in *Fam. dir.*, 2012, p. 722 ss., con commento di TOSCANO, *Culpa in educando e responsabilità genitoriale*) hanno richiesto ai genitori, al fine di superare la presunzione di colpa prevista dal medesimo articolo, al posto dell'innanzi richiamata prova negativa, quella positiva di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato su di lui una vigilanza adeguata, conformemente alle condizioni sociali, familiari, all'età, al carattere e all'indole del minore.

La dottrina, di recente, è tornata a indagare il problema della possibilità, per il contraente capace, di invocare a sostegno della richiesta di risarcimento del danno – ferma restando l’annullabilità dei contratti del minore ai sensi degli artt. 1425 e 1426 c.c. – la violazione della regola della buona fede *ex art. 1337 c.c.* o dell’obbligo contemplato dall’art. 1338 c.c.³⁵.

Occorre, pertanto, verificare se le norme che impongono la buona fede sia nelle trattative che nella formazione del contratto prevalgano su quelle preposte alla protezione del soggetto che, per la giovanissima età, viene presunto inesperto, se non del tutto immaturo.

L’art. 1338 c.c., prevedendo che la parte contraente «che conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto», spinge a domandarsi se, fermo restando l’annullamento di quest’ultimo nei termini innanzi descritti, il minore possa essere condannato a risarcire il danno cagionato alla controparte per non avergli comunicato la propria età al momento della conclusione del contratto³⁶.

Il quesito circa la risarcibilità del danno sorge pure in presenza di un analogo comportamento, considerato scorretto, del minore, nell’ipotesi in cui il contratto non sia stato perfezionato. In particolare, è spontaneo chiedersi se il recesso di costui dalle trattative possa essere giudicato come ingiustificato, essendo possibile sostenere tanto, in senso contrario, che la volontà del medesimo non può essere coartata a concludere un contratto invalido, quanto, a favore invece della risposta affermativa, che al minore non è consentito spingere altri ad intraprendere trattative senza volere, o se mai con la consa-

³⁵ V., per tutti, ANDREOLA, *Il regime degli acquisti on line del minore quale consumatore “debole”*, cit., p. 700 s.; EAD., *Gli acquisti online del minore tra invalidità dell’atto e responsabilità dei genitori*, cit., p. 981 ss. Per una rilettura dell’art. 1426 c.c. alla luce di quanto disposto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., v. diffusamente GIARDINA, *Il minore e il contratto*, cit., p. 183 ss.

³⁶ V., per tutti, GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 175 ss.

pevolezza comunque di non potere, ultimarle e addivenire al perfezionamento del contratto, violando così palesemente il principio generale della buona fede.

All'interno della letteratura non manca chi, muovendo dal presupposto secondo il quale l'art. 1338 c.c. prevede una vera e propria obbligazione di informazione (*id est* di comunicazione)³⁷, non ha dubbi nel negare l'applicabilità del medesimo articolo al minore, ossia a chi non ha la capacità di contrarre obbligazioni³⁸. In ogni caso, è ragionevole ritenere che il contraente legalmente capace debba subire le conseguenze dell'invalidità del contratto eventualmente concluso a prescindere dalla conoscenza o no dell'altrui minore età³⁹: infatti, il legislatore del 1942 ha inteso proteggere l'incapace di agire, concretizzando ed esaurendo la sua tutela con la previsione dell'annullabilità del contratto.

Sulla scorta delle osservazioni svolte sarebbe illogico, quindi, «imporre all'incapace un determinato comportamento relativo alle modalità di contrattazione, che gli è preclusa»⁴⁰. Anzi, si dovrebbe verificare se la norma in questione possa essere invocata proprio dal minore, il quale potrebbe imputare al contraente capace di non avergli comunicato la causa di invalidità che doveva, o quantomeno poteva, conoscere, essendo incontestabile che la norma in esame è finalizzata a proteggere esclusivamente il contraente incolpevole. Non è un caso che nella manualistica non manchi chi afferma che è il minore ad essere legittimato ad ottenere, in aggiunta all'annullamento del contratto, il risarcimento dei danni da parte dell'altro contraente, consapevole dell'altrui età e, quindi, della sua incapacità legale di agire⁴¹.

³⁷ Tra i numerosi AA. che condividono questo orientamento, v., da ultimo, ANDREOLA, *op. loc. ult. cit.*, p. 981 s.

³⁸ Cfr., per tutti, STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, spec. p. 272.

³⁹ V. ancora ANDREOLA, *Gli acquisti online del minore tra invalidità dell'atto e responsabilità dei genitori*, cit., p. 982.

⁴⁰ Così, ANDREOLA, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ V., per tutti, PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*¹¹, Torino, 2020, p. 423.

Autorevole letteratura non esclude che il comportamento del minore possa produrre un obbligo di risarcimento ai sensi dell'art. 1337 c.c., sottolineando come la dichiarazione falsa di essere maggiorenne, anche se non riconducibile all'ipotesi dei raggiri cui si riferisce l'art. 1426 c.c., possa essere comunque rilevante quando, ad esempio, per la natura dell'affare o per la difficoltà di accertare l'altrui età, il contraente capace si è accontentato della semplice dichiarazione altrui circa l'età posseduta⁴². In quest'ottica, che l'ordinamento giuridico accordi protezione all'incapace non significa che questi possa comportarsi non correttamente; pertanto, ogni volta in cui una trattativa sia avviata, il minore deve tenere una condotta secondo buona fede.

Parte della dottrina sostiene, più precisamente, che solo l'art. 1337 c.c. è applicabile alla fattispecie in esame, giacché l'art. 1338 c.c. sanziona non l'illecito di chi ha compiuto l'atto invalido, ma l'assenza di comunicazione della causa di invalidità, che non costituirebbe illecito imputabile al minore⁴³.

La verità è che, premesso che l'ordinamento giuridico protegge il soggetto incapace di agire con la previsione dell'azione di annullamento, e che questi, di per sé, non commette illecito precontrattuale per avere contrattato prima del raggiungimento della maggiore età⁴⁴, sembra ragionevole che, ai fini della configurabilità della richiesta di risarcimento del danno, l'interprete prenda in esame, nella vicenda concreta, la dichiarazione mendace del minore, e accerti l'incidenza che essa abbia avuto sulla conclusione del contratto, anche quando non concretizzi i raggiri di cui all'art. 1426 c.c.

⁴² Cfr. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 275.

⁴³ Sul punto, v., per tutti, G. PATTI, *Sub art. 1338*, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 211 s.

⁴⁴ Tra i sostenitori dell'opinione secondo la quale dai principi e dalle norme si ricava che «il minore non incorre in responsabilità precontrattuale per *culpa in contrahendo* nel caso di annullamento dell'atto», v. ARRIGO, *Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio*, in Cabella Pisu e Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Milano, 1998, p. 207.

Ne consegue che, come di recente sottolineato in dottrina, l'interprete deve verificare se, nel caso in cui il contratto resti valido a causa dei raggiri utilizzati dal minore, il venditore ingannato possa essere tutelato *ex art. 1440 c.c.*; e se, nell'ipotesi (meno grave) di silenzio, ferma restando l'annullabilità del contratto, il minore possa «essere ritenuto responsabile per la violazione delle regole di correttezza nella fase precontrattuale»⁴⁵.

Il principio del *favor minoris* va, temperato, dunque, con altri interessi meritevoli di tutela.

A ben guardare, qualora si attribuisse natura extracontrattuale alla *culpa in contrahendo*, potrebbe apparire legittima l'applicazione della sanzione risarcitoria al minore capace d'intendere e di volere. In quest'ottica, sembrerebbe logico punire la violazione dell'obbligo della buona fede nelle trattative di cui all'*art. 1337 c.c.*, piuttosto che la mancata comunicazione *ex art. 1338 c.c.* della causa di invalidità del contratto ad opera di un soggetto che, per quanto capace d'intendere e di volere, per la minore età non soltanto non è idoneo ad assumere obbligazioni contrattuali, ma raramente è a conoscenza delle cause di invalidità del contratto.

Con riguardo al contraente capace, vale la pena di notare che, secondo l'opinione prevalente, l'*art. 1338 c.c.* non gli vieterebbe di contrattare quando sia consapevole dell'altrui incapacità di agire, e che in ogni caso nessuna responsabilità per l'omessa comunicazione graverebbe sul medesimo in alcune situazioni, ad esempio quando sia lo stesso minore a rappresentargli il proprio stato di incapacità, manifestando nello stesso tempo la volontà di concludere il contratto⁴⁶. In altri termini, secondo quest'opinione, è l'interprete a dover accertare se, nella specifica vicenda presa in considerazione, si è concretizzato l'obbligo della comunicazione all'altro contraente della causa di invalidità del contratto.

Nella dottrina che si è occupata *ex professo* degli effetti degli atti del minore che non abbia dato notizia della sua età si è affermato

⁴⁵ Cfr., anche per il virgolettato, ANDREOLA, *Il regime degli acquisti on line del minore quale consumatore "debole"*, cit., p. 701, secondo la quale i genitori sarebbero responsabili *ex art. 2048 c.c.* della condotta del figlio contraria a tali regole.

⁴⁶ In questo senso, v. G. PATTI, *Sub art. 1338*, cit., p. 213.

che, sulla scorta dei principi di effettività, conservazione e apparenza, tali atti restano in vita ed eventualmente fanno acquistare al minore stesso la qualità di imprenditore, con conseguente soggezione al fallimento in caso di insolvenza⁴⁷.

L'affidamento suscitato nella controparte, che potrebbe costituire la giustificazione della vincolatività del contratto del minore, si scontra con l'ipotetica colpevolezza del contraente capace, che abbia fatto affidamento negligenzemente sulla validità dell'operazione conclusa. Infatti, pur non volendo estendere il contenuto della diligenza che il contraente capace è tenuto ad osservare, l'esistenza di un sistema di pubblicità dei registri dello stato civile, agevolmente consultabili, permette di evitare la conclusione di contratti invalidi. Il che non vuol dire che gravino necessariamente sul contraente capace gli effetti del silenzio sulla età, oppure delle dichiarazioni non veritiere del minore. Infatti, la valutazione della configurabilità della colpa del contraente capace va condotta, come si è rilevato, caso per caso.

A tirare le fila del discorso, le disposizioni dell'art. 450, comma 1, ai sensi del quale «I registri dello stato civile sono pubblici», e comma 2, c.c., secondo cui «Gli ufficiali dello stato civile devono rilasciare gli estratti e i certificati che vengono loro domandati con le indicazioni dalla legge prescritte», permettono di addossare interamente al contraente capace tutti gli effetti per il medesimo pregiudizievoli derivanti dall'aver concluso il contratto con un minore, essendo condivisibile l'opinione secondo la quale il «diritto di compiere o far compiere ricerche sui registri dello stato civile, come quello di ottenerne estratti, copie e certificati, si fondano direttamente sul carattere pubblico di tali registri, per cui nessuna prova deve fornire il richiedente di avervi un particolare interesse, né alcuna spiegazione dare sull'uso che dell'estratto, ecc., intende fare»; e ciò, «anche quando l'atto di cui si chiedi di prendere conoscenza, o di averne estratto, ecc., riguardi altra persona»⁴⁸. Tuttavia, non si può non constatare che quella che può essere considerata come una

⁴⁷ V., per tutti, TAFARO, *L'età per l'attività*, cit., spec. p. 281.

⁴⁸ V., anche per i virgolettati, L. FERRI, *Degli atti dello stato civile. Art. 449-455*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1973, p. 75.

negligenza del contraente capace⁴⁹, che fa presumere la responsabilità per gli effetti che si sono prodotti, va valutata alla luce delle esigenze del commercio, che richiede speditezza nella circolazione dei beni, certezza delle contrattazioni, e che tutela l'affidamento incolpevole dei terzi, e *a fortiori* della controparte del contratto; sicché, nelle fattispecie nelle quali il minore dimostri col proprio comportamento di non essere in una condizione di debolezza tale da giustificare la tutela predisposta dal legislatore, sembra giusto negare che si configuri l'anzidetta negligenza.

Pertanto, nelle situazioni specifiche nelle quali l'interlocutore del contraente capace manifestasse uno sviluppo fisico e mentale o compisse azioni incompatibili con la minore età, ove pure si mantenesse ferma comunque l'annullabilità del contratto – intendendosi rispettare il dettato delle norme, in alternativa alle proposte interpretative illustrate in precedenza, e salvo che ricorra l'ipotesi di cui all'art. 1426 c.c. –, quantomeno occorrerebbe verificare se ricorrano i presupposti per la richiesta del risarcimento dei danni scaturenti dal contegno reticente del minore o dalle sue bugie. Infatti, i rimedi della invalidità e del risarcimento non sono tra loro alternativi.

Parimenti, in caso di recesso dalle trattative, soltanto l'esame della vicenda concreta permette di valutare se il minore capace d'intendere e di volere, alla luce dell'ambiente in cui è collocato e delle circostanze oggettive dell'operazione negoziale, possa essere considerato responsabile di avere violato il principio della buona fede.

In sintesi, se è ragionevole far ricadere sullo stipulante capace gli effetti della sua negligenza, in quanto questi, nel dubbio sull'altrui età, può consultare i pubblici registri o richiedere un documento di identità all'altro contraente o esigere la giustificazione dell'eventuale asserito potere rappresentativo, è altrettanto ragionevole che le contrapposte esigenze delle parti vengano contemperate attraverso la valutazione del concreto regolamento posto in essere: chi potrebbe, ad esempio, pensare, o anche sospettare solamente, di avere come

⁴⁹ Cfr. STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, cit., p. 273, che osserva che chi omette di verificare l'altrui capacità di agire «non può dolersi di niente nell'ipotesi di annullamento del negozio, e tanto meno può pretendere che le conseguenze della propria inazione gravino sull'incapace».

controparte del contratto un minore, laddove lo abbia visto più volte alla guida di una grossa autovettura?

Come si è sottolineato, fra l'azione di annullamento del contratto per incapacità legale di agire dovuta alla minore età e la richiesta di risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. non sussiste incompatibilità.

In letteratura non è mancato chi ha sostenuto che, qualora si collocasse la responsabilità precontrattuale all'interno di quella contrattuale⁵⁰, reputando che sul contraente capace gravi un vero e proprio obbligo di informarsi sulle qualità personali dell'altro «come specificazione del principio di autoresponsabilità nell'affidamento»⁵¹, occorrerebbe domandarsi se sia applicabile nei confronti del primo l'art. 1227 c.c., ossia le norme dettate per sanzionare il comportamento colposo del creditore che abbia concorso a cagionare il danno o non lo abbia evitato usando l'ordinaria diligenza. Al riguardo, è stato puntualizzato, però, che l'anzidetto principio potrebbe comunque avere un'applicazione non generale, ma limitata «alle ipotesi nelle quali ci si possa attendere dal contraente capace una particolare avvedutezza o consuetudine professionale nei confronti dell'attività contrattuale svolta»⁵². A ben guardare, giusta l'osservazione secondo cui, diversamente opinando, si farebbe ricadere il danno prodotto dal minore su contraenti deboli e fuori dal mercato – laddove è evidente che non è equo che costoro soccombano nei confronti dello stesso e dei genitori, i quali sono preposti a garantire i terzi dagli effetti pregiudizievoli delle condotte tenute dai figli –, per la

⁵⁰ MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e minore età*, Napoli, 1994, p. 129 ss., sottolinea che, «soprattutto se si insista» ad inquadrare nell'area della responsabilità extracontrattuale la fattispecie del comportamento del contraente capace – comportamento ritenuto diffusamente tra gli autori come colposo, perché questi non avrebbe appurato l'incapacità legale di agire dell'altra parte –, la (pretesa) negligenza non può eliminare o limitare la responsabilità del minore. Il contraente capace, infatti, non ha concorso a creare o ad aumentare il danno, ma semplicemente non si è difeso dall'illecito che ne è la causa. Secondo il medesimo A., nella fattispecie del contratto invalido per incapacità del minore che abbia nascosto o taciuto la propria età, «l'applicazione dell'art. 1227 [...] costituirebbe una inutile sovrapposizione rispetto allo stesso art. 1338 c.c.» (*ivi*, p. 131).

⁵¹ Così MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 136.

⁵² MOROZZO DELLA ROCCA, *op. loc. ult. cit.*

risposta negativa sarebbe sufficiente notare che da nessuna previsione normativa si ricava la sussistenza di un obbligo di conoscenza dell'altrui (in)capacità di agire, sembrando invece puntuale la qualificazione della situazione descritta in termini di "onere"; sicché il contraente capace che non abbia attinto informazioni sull'età dell'altro contraente dovrà sottostare alla decisione discrezionale del rappresentante legale del minore o di quest'ultimo, dopo che sia divenuto maggiorenne, sul se domandare o no l'annullamento del contratto. Di un vero e proprio obbligo, piuttosto, si potrebbe forse discorrere quando il contraente capace sia un soggetto professionale, al quale, dato lo *status*, potrebbe essere richiesta una particolare diligenza «anche nella fase del contatto sociale con il pubblico dei consumatori»⁵³.

Interessante, infine, sebbene non inerente all'oggetto della presente indagine, si presenta la questione se, quando il minore negozi in via telematica accedendo al sito nel quale si trova esposto il bene o il servizio che intende acquistare, «ricada sull'operatore commerciale che abbia predisposto il sito anche l'onere di prevedere l'accesso di un incapace»⁵⁴.

⁵³ V., anche per le parole tra virgolette, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 133.

⁵⁴ GENTILI, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 770.

TOMMASO VITO RUSSO
Professore ordinario di diritto privato
Università del Salento

**L'ARMA LETALE DELLA BUONA FEDE.
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA
'MANUTENZIONE' DEI CONTRATTI IN
SEGUITO ALLA SOPRAVVENIENZA
PANDEMICA**

SOMMARIO: 1. Pandemia, sopravvenienze e rinegoziazione. È il nostro caso? – 2. Emergenza e adeguamento. La Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte. No, non è il nostro caso. – 3. L'arma letale: la buona fede come trasferimento del rischio d'impresa; la buona fede come strumento per valorizzare l'analisi economica. – 4. Riflessioni ricostruttive e propositi riformisti del legislatore.

1. Pandemia, sopravvenienze e rinegoziazione. È il nostro caso?

L'occasione del presente scritto viene dalla constatazione che un giurista raffinato con il quale scambio istruttive riflessioni, molto spesso condividendo un buon bicchiere di vino, abbia fatto notare pubblicamente che il «bicchiere è completamente vuoto»¹. Sono un *sommelier* e non posso non accogliere l'invito di Raffaele Di Raimo a riempire quel bicchiere, ma non ho intenzione di cambiare vino, come lui sembra suggerire. Vorrei provare a bere quello stesso vino con il quale ci siamo formati e che ci ha sempre aiutati a uscire dalle situazioni difficili.

Il vino che vorrei continuare a bere – senza tuttavia sottrarmi a nuove esperienze gustativo-interpretative – si chiama *bilanciamento*

¹ DI RAIMO, *Quando il bicchiere è completamente vuoto (durante e dopo la pandemia, tra rischi grandi e grandi opportunità)*, in *Riv. dir. bancario*, 2021, p. 1 ss.

degli interessi. Gli propongo solo di cambiare la temperatura di servizio e di chiedere a un *sommelier* differente – la *giurisprudenza* – di servirci la migliore espressione di quel vino. Continueremo a berlo sempre con il medesimo metodo, responsabilmente e con *ragionevolezza*.

Il *legislatore*, dal canto suo, dialogando con noi e con il *sommelier*, modificherà, ragionevolmente e non *improvvisamente*, il disciplinare di produzione, se veramente necessario, ovvero interverrà nella gestione della cantina.

Ma di *vino*, come di *diritto*, conviene parlarne non in astratto.

L'impatto della pandemia dovuta alla diffusione del virus Covid-19 sui contratti pendenti non necessita di ulteriori premesse o valutazioni economiche.

Ma un dato è chiaro e la dottrina più attenta non ha mancato di sottolinearlo. Aurelio Gentili, con la consueta efficacia, ha correttamente evidenziato che «Qui [...] non c'è alcun 'vizio' *del contratto*. C'è un 'vizio' *del mercato*, nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa per blocco *ex lege* o per il fermo dell'economia»². Ciò comporta che l'interprete deve prestare molta attenzione alle modalità con le quali ricorrere alle categorie giuridiche che da sempre lo hanno supportato nella soluzione della crisi dei rapporti giuridici. Con pari fermezza Nicola Cipriani ha infatti sottolineato che «non siamo di fronte a una 'normale' sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì a una crisi sistemica che ha toccato e tocca, sia pure con diverse punte di intensità, se non tutte sicuramente la gran parte delle attività economiche»³.

Ciononostante, da parte degli operatori del settore economico vengono issate le note bandiere della *impossibilità* e della *eccessiva onerosità sopravvenute* a far fronte agli obblighi contrattuali assunti, mentre, da quella degli operatori del settore legale, quelle dell'*adeguamento* e della *rinegoziazione*. Come è dato comprendere

² GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 3*, 2020, p. 396.

³ CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Riv. dir. bancario*, 2021, p. 661 s.

dalla vista delle bandiere, emerge in ogni caso un'esigenza manutentiva del rapporto, il che è un segnale di ottimismo degli operatori, convinti che si tratti solo di una grave contingenza eccezionale e di breve termine.

Si tratta tuttavia di valutare se il bagaglio dei rimedi ai quali l'interprete deve attingere debba essere quello già noto in tema di sopravvenienza, ovvero se qui si tratti, come si tratta, di procedere a valutazioni ben differenti rispetto a quelle che hanno portato le fonti di etero-regolamentazione del contratto a intervenire sullo stesso, in funzione pur sempre manutentiva.

Il pur efficiente legislatore dell'emergenza è intervenuto, sul piano strettamente civilistico, con una norma che dispone che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»⁴. È da condividere la riflessione di chi ha ritenuto che «il medesimo risultato si sarebbe potuto raggiungere con la piana applicazione della normativa codicistica»⁵, a conferma della appena cennata preoccupazione per un intervento precipitoso del legislatore sul 'disciplinare'.

I contraenti italiani hanno offerto sinora una matura dimostrazione sul campo della naturale attitudine alla solidarietà e alla correttezza in *executivis* procedendo alla rinegoziazione, più o meno temporanea, dei regolamenti contrattuali che li interessavano. Le controversie pendenti presso le corti non sono da considerare un

⁴ Art. 3, comma 6-*bis* del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13, come introdotto dall'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27. Per un'analisi, v., *ex multis*, DOLMETTA, *Misure di «contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 151 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 3*, cit., p. 403 ss., il quale parla di sospensione bilaterale del rapporto contrattuale e di inesigibilità di tutte o parte delle prestazioni oggetto dell'obbligazione.

⁵ CIPRIANI, *op. cit.*, p. 652.

segnale preoccupante circa la stabilità delle relazioni contrattuali. A ogni buon conto, il diritto deve dare delle risposte in quelle ipotesi nelle quali non si addivenga a una rinegoziazione delle pattuizioni originariamente stabilite, e non necessariamente perché una o entrambe le parti non siano solidali, corrette o in buona fede.

Se deve essere apprezzato lo sforzo solidaristico che muove l'autonomia negoziale sulla strada della rinegoziazione, non sembra tuttavia, come si cercherà di dimostrare, che la 'sopravvenienza pandemica' possa costituire fonte di un obbligo generale di rinegoziazione dei contratti la cui esecuzione sia stata, più o meno fortemente, toccata da questo evento eccezionale, imprevedibile, ma sistemico.

L'incidenza della pandemia sugli equilibri contrattuali ha spinto gli studiosi, tutti, a prendere posizione, a riflettere sull'ordinamento e sulle risposte che questo è in condizione di dare in presenza di eventi quali quello dovuto al virus che ha cambiando la nostra vita quotidiana⁶. Le risposte, come si vedrà, sono state tutte molto interessanti e costruttive, pur giungendo spesso a conclusioni diametralmente opposte.

Il punto di partenza delle riflessioni è stato giustamente il già interessante dibattito dottrinale sul tema dell'adeguamento e della rinegoziazione dei contratti c.dd. a lungo termine in presenza di sopravvenienze⁷. L'interpretazione maggiormente convincente,

⁶ Degna di nota, in particolare, l'iniziativa della rivista *Giustizia civile.com* di pubblicare dei numeri speciali sul tema. Sono tantissimi e autorevoli i contributi pubblicati da quegli studiosi che hanno inteso rispondere alla sollecitazione del co-direttore Fabrizio Di Marzio, il quale, nella sua introduzione al Fascicolo 1, intitolata *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, invita proprio la comunità scientifica tutta a contribuire a «realizzare la comunità» quale funzione propria del diritto: «costruire regole per rendere possibile la vita in comune».

⁷ Pietra miliare di ogni ricognizione sul punto rimangono gli studi di OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 143 ss., di RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 299 ss. e di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; v., altresì, *ex multis*, DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, Milano, 2002; SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez.

dovuta alle riflessioni di Francesco Macario, porta a ritenere che la rinegoziazione costituisca, essa stessa, realizzazione del risultato contrattuale, anche in considerazione della natura dell'affare, resa problematica da un mutamento delle originarie condizioni di fatto⁸. Nella ricerca delle regole della rinegoziazione, secondo questa ricostruzione, la *buona fede* rappresenta la fonte legale. Il delicatissimo compito del giudice è quello di «ipotizzare (a seguito della valutazione di tutte le circostanze rilevanti all'interno del rapporto) l'esito più probabile della trattativa che le parti avrebbero condotto, in buona fede, per la ridefinizione dei termini del rapporto nella prospettiva della sua prosecuzione».⁹

Si tratta di comprendere, tuttavia, se la cennata istanza di riequilibrio dei singoli rapporti sia rimessa esclusivamente all'autonomia negoziale, ovvero se la stessa sia riconducibile a un principio dell'ordinamento, tale da consentire un intervento giudiziale di riadeguamento delle pattuizioni negoziali, anche d'ufficio, nella prospettiva della conservazione di rapporti

Sia chiaro, tuttavia, che il presupposto di ogni riflessione della dottrina sul punto attiene sostanzialmente all'incidenza sul rapporto di una sopravvenienza che abbia alterato l'equilibrio economico del rapporto contrattuale, nel senso della maggiore onerosità di una delle prestazioni in questo dedotte¹⁰.

civ., Agg., II, Torino, 2003, p. 1200 ss.; CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 713 ss; DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018. Nella prospettiva comparatistica, v. ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, cit., p. 373 ss.

⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., *passim*.

⁹ MACARIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 16 s.

¹⁰ La rinegoziazione e l'adeguamento del contratto sono disciplinate espressamente sia nei Principi Unidroit (art. 6.2.3), sia nei Principi della Commissione Lando (art. 6.11), che dal Codice europeo dei contratti (art. 157). In particolare, i Principi Unidroit, dopo aver stabilito, all'art. 6.2.1, che «Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*», dispone, all'art. 6.2.2., che

E questa sembra la direzione presa dallo stesso legislatore italiano nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile (precedente agli eventi pandemici), laddove si è enunciato l'obiettivo di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti *eccessivamente onerosi* per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la *proporzione originariamente convenuta dalle parti*»¹¹.

Al ricorrere di tale genere di sopravvenienza si è studiata, pertanto, l'effettiva portata dell'interesse delle parti alla prosecuzione del rapporto attraverso l'adeguamento delle pattuizioni contrattuali. Si è così ritenuto che l'esame della disciplina dell'esecuzione dei contratti a lungo termine segnali l'esistenza nell'ordinamento di un vero e proprio principio di adeguamento delle pattuizioni contrattuali, che troverebbe la sua concretizzazione in regole specifiche.

«Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata». Infine, l'art. 6.2.3 dispone che «In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio».

¹¹ Il riferimento è al d.d.l. 28 febbraio 2019, art. 1, lett. i). Per una prima lettura, v. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Questione giust.*, 2020, p. 63 ss.; v. altresì, *ivi*, p. 12, *L'importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte. Intervista a cura di Enrico Scoditti*.

Di là dalle precisazioni terminologiche, che porterebbero a preferire discorrere di «regole dell'adeguamento» quale attuazione sia del «principio di proporzionalità» che del «principio di adeguatezza» delle prestazioni¹², non appare revocabile in dubbio l'incidenza, in entrambe le ipotesi, del principio di conservazione dei rapporti, al quale non deve essere attribuita mera portata ermeneutica, quanto sostanziale valenza sul piano dell'efficacia e dell'integrazione delle pattuizioni¹³. Rilievo determinante, in tale contesto, deve tuttavia essere consegnato all'incidenza del principio di solidarietà, che informa di sé i comportamenti che devono tenere le parti nell'esecuzione del contratto, adempiendo in particolare agli obblighi imposti dalle regole di correttezza e buona fede¹⁴.

Sempre con riferimento a 'quel' tipo di sopravvenienze, ha trovato conferma l'esigenza emergente dal caso concreto di realizzare il principio di conservazione degli effetti contrattuali, con conseguente nascita di un obbligo legale di rinegoziazione delle pattuizioni nell'ipotesi in cui le sopravvenienze abbiano inciso sulla

¹² Sulla differenza tra principio di proporzionalità, che riguarda la relazione tra «elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili», e principio di adeguatezza, che riguarda invece il collegamento tra «elementi disomogenei», tale da implicare non già un bilanciamento sul piano della quantità degli interessi, bensì della qualità degli stessi, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 448 s. Sul punto, v., altresì, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, p. 71, il quale, nell'esaminare i contratti di scambio, discorreva di «proporzionalità di vantaggi e oneri correlativi».

¹³ Così, PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 706; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 147 ss. Sul punto, v. altresì le considerazioni di IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 1156, secondo il quale l'art. 1367 c.c. «stabilisce la scelta in senso produttivo di effetti, e l'abbandono dell'altro non produttivo di effetti».

¹⁴ V., a tal proposito, le considerazioni di CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 129 ss., spec. p. 143, il quale condivisibilmente rileva che occorre valutare la condotta dovuta e le sue modalità esecutive, «non già in relazione all'astratto momento della nascita dell'obbligo, sibbene in relazione a quello concreto dell'esecuzione, nel quale, per effetto delle sopravvenienze atte ad alterare gli originari assetti, si precisa la dialettica degli interessi in gioco».

proporzione e/o sull'adeguatezza delle prestazioni¹⁵. La flessibilità delle pattuizioni contrattuali, in tale prospettiva, costituisce «strumento di attuazione del rapporto»¹⁶.

2. *Emergenza e adeguamento. La Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte. No, non è il nostro caso.*

Dal canto suo la giurisprudenza, prima dell'emergenza pandemica, non ha avuto modo di esprimersi in maniera 'forte' sul

¹⁵ Di obbligo di rinegoziazione discorre MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 152, nell'ottica proprio della valorizzazione degli obblighi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto; v. pure CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 71 ss.; GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 193 ss. La tesi secondo la quale l'obbligo di rinegoziazione possa fondarsi sulla clausola generale di buona fede è contestata da GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 713 ss.; in particolare, l'A. ritiene che laddove la clausola si limiti a prevedere che le parti trattino, senza specificare i termini dell'accordo rinegoziativo, il giudice «dovrebbe anzitutto inventarne un contenuto», tenuto peraltro conto che la stessa buona fede «non è in grado di indicarne solo uno ad esclusione di ogni altro» e che «più soluzioni, ma non eguali, siano di buona fede, non vuol dire che siano giuste. E l'alternativa non è indifferente, condizionando lo scambio». In senso fortemente contrario alla ricorrenza di un obbligo di rinegoziazione, v., di recente, TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, spec., p. 80 ss.

¹⁶ MACARIO, *op. ult. loc. cit.*; in posizione differente, v. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2004, p. 147 ss., spec., p. 153, il quale ritiene che l'esigenza di adattamento del contratto «non richieda la mediazione della costruzione di un'obbligazione di rinegoziare»; purtuttavia sostiene che il rifiuto di una parte di rinegoziare sia fonte risarcitoria nei confronti dell'altra per il «danno che questa abbia sofferto per effetto dell'inesecuzione del contratto nelle more del giudizio»; v., altresì, MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 9, il quale condivisibilmente afferma che di fronte ad una trasformazione dell'economia dell'affare che oltrepassi l'alea contrattuale normale, «l'applicazione letterale dell'art. 1372 c.c. equivarrebbe a violazione della vincolatività "sostanziale" del contratto, mentre la revisione negoziale alla luce della mutata realtà consentirebbe la realizzazione "dell'originario programma economico" e, dunque, della funzione che esso persegue in concreto».

punto. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, di là dalla nota decisione in materia di riduzione d'ufficio della penale eccessivamente onerosa¹⁷ (che non è tuttavia intervenuta su uno squilibrio sopravvenuto, quanto genetico, e di una sola delle pattuizioni), non risultano, allo stato, decisioni in grado di segnare un orientamento. Quanto invece alla giurisprudenza di merito, degna di nota è sia l'esperienza pugliese¹⁸ che quella emiliana¹⁹ che hanno avuto modo di virgolettare il pensiero di Francesco Macario (non potendo tuttavia citarlo!), sulla strada del riconoscimento dell'immanenza all'ordinamento dell'obbligo di rinegoziazione e del conseguente potere di intervento perequativo del giudice in assenza di raggiungimento dell'accordo delle parti, anche attraverso il ricorso all'art. 2932 c.c.

¹⁷ Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, c. 106.

¹⁸ Trib. Bari, 14 giugno 2011 (ord.), in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 117 ss., con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*. Nella prima pronuncia il giudice pugliese ha ritenuto che «Nei contratti ad esecuzione non istantanea si ritiene, sulla base della logica cooperativa e relazionale che presiede allo sviluppo del rapporto in fase esecutiva, che in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario, si ponga un problema di adeguamento delle clausole contrattuali, in modo da garantire la conservazione del negozio, piuttosto che il suo venir meno o la sua risoluzione (che la parte interessata all'adeguamento potrebbe subire)»; nella seconda afferma la sussistenza dell'obbligo di rinegoziare, in base alla clausola generale di buona fede, «nel caso di contratti collegati in cui la sopravvenienza [...] incida sul complessivo equilibrio dell'operazione negoziale».

¹⁹ Trib. Bologna, sez. fall., 26 aprile 2013 (decr.), in *www.ildirittodegliaffari.it*, che, richiamato l'orientamento dottrinale che afferma l'esistenza di un «obbligo di adeguamento connesso all'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto», che costituisce «ulteriore esplicazione dell'autonomia privata e non sua impropria negazione, in quanto mira al conseguimento del risultato contrattuale perseguito con il ripristino dell'equilibrio dell'intera operazione economica mediante il suo allineamento alle mutate circostanze», ha ritenuto sussistente l'obbligo – sotteso ai contratti di durata - di rinegoziazione delle condizioni originariamente pattuite (nel caso di specie, tasso, valutazione del portafoglio e termini di rientro) in ragione della 'modificazione' insita nel ricorso ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

Destano invece preoccupazioni gli interventi della giurisprudenza dell'emergenza.

Con discreta tempestività, il massimo *sommelier* i.e. la Corte Suprema di Cassazione, per mezzo dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo ha pubblicato una Relazione tematica avente ad oggetto «Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale²⁰. Pur non trattandosi di un intervento decisorio, l'autorevolezza della riflessione potrebbe ragionevolmente essere considerata un binario da seguire da parte della giurisprudenza, soprattutto di merito.

Si tratta di uno studio articolato e ben documentato che, tuttavia, merita qualche riflessione critica. A fronte dell'obiettivo dell'indagine individuato nella «gestione delle sopravvenienze dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali» e dei «correlati rimedi di natura legale e convenzionale», non convince la premessa dell'indagine sul punto della valutazione del c.d. sinallagma, la *Relazione* ci dice che «se il contratto è commutativo, *lo scambio è fra prestazioni economicamente equivalenti*»²¹, «di talché le vicende successive alla formazione del negozio che influiscono sul valore di una prestazione innescandone uno squilibrio economico rispetto all'altra, sono suscettibili di ripercuotersi sulla sorte del contratto».

Viene alla memoria il sempre compianto Francesco Galgano che, nelle sue indimenticabili lezioni bolognesi, ci faceva riflettere che «nessuna norma di legge impone di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza delle prestazioni»²². Posizione, quest'ultima, condivisa anche da chi, come Pietro Perlingieri, ha guardato all'ordinamento in una prospettiva spesso differente dal primo. Il *Maestro* ha più volte avuto modo di sottolineare, in particolare nei suoi studi sulla portata del

²⁰ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020.

²¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 2 (il corsivo non è nel testo originario).

²² GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 535 s., anche se da tale assunto ne deduceva la vincolatività dell'atto di autonomia anche nei confronti del giudice.

principio di proporzionalità, che quest'ultimo non impone una equivalenza delle prestazioni, prescinde dalle valutazioni di mercato relative a un bene, ma al più vieta una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste²³. Peraltro, la stessa Suprema Corte ha affermato, sia pure non spesso, che «l'ordinamento italiano non conosce un principio di necessaria equivalenza delle prestazioni», sì che «l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientri in altre figure portanti all'invalidità del contratto, non ne inficia la validità»²⁴.

L'iniziale economica equivalenza delle prestazioni non può e non deve, pertanto, costituire l'oggetto dell'attività perequativa del giudice, salvo che lo si voglia intendere quale equilibrio soggettivo della negoziazione, pur in presenza di prestazioni non economicamente equivalenti (sostanzialmente, un meritevole 'squilibrio'). Il che rende ancor più delicato il compito del giudice del merito, atteso che la sopravvenienza pandemica può aver inciso in maniera determinante sugli interessi, patrimoniali e non, tutelati dal rapporto, non solo di quella che sembra essere la parte 'debole' del rapporto (il locatario, l'affittuario, il mutuatario, etc.), ma anche della parte, sulla carta, 'forte', tenuto conto che 'quel' rapporto può costituire, come spesso accade, parte di un più complesso intreccio di rapporti di relazioni patrimoniali.

La citata *Relazione* della Suprema Corte ritiene, nell'ordine, scarsamente utile il ricorso alle norme sull'impossibilità sopravvenuta, tenuto conto che sovente la prestazione sarà solo parzialmente o provvisoriamente impossibile²⁵, inutile il ricorso al rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto rimedio demolitorio²⁶, ininfluenza la normativa in tema di inadempimento,

²³ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., p. 454 s., il quale sottolinea che l'equilibrio deve sussistere anche nei contratti con obbligazioni di una sola parte.

²⁴ Cass., 26 marzo 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 476

²⁵ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 2 ss.

²⁶ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 4 ss.

attesa l'irrelevanza della condizione soggettiva di impotenza finanziaria del debitore²⁷.

Quanto poi alla segnalata «breccia» che, finalmente, il Covid potrebbe aprire nella «formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.»²⁸, se ne apprezza l'apertura, anche se non sembra che ci sia bisogno della sopravvenienza pandemica per mettere in discussione la portata di quella norma, come da tempo la dottrina va affermando.

Sul piano della *pars costruens*, la *Relazione* identifica correttamente che il «problema attiene alla base legale su cui, se del caso, fondare l'obbligo di negoziazione»²⁹, che appare però dato per scontato, senza tuttavia un adeguato supporto argomentativo. Lascia infatti perplessi la conclusione secondo la quale, in presenza di sopravvenienza incidente sul «terreno fattuale» e sull'«assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale», l'accesso alla rinegoziazione sia considerato un diritto spettante alla sola «parte danneggiata *in executivis*», *id est* il debitore della prestazione pecuniaria.

L'impatto economico della pandemia è *blind*, qualcuno lo ha definito democratico, ha toccato e tocca tutti, parti dei rapporti contrattuali incluse, *deboli e forti*. La base legale dell'obbligo di rinegoziazione – da valutare necessariamente in concreto – non può essere quello meramente formale dell'interesse del debitore, soprattutto se la base economica di riferimento per la valutazione dell'equilibrio da 'manutenere' viene identificato nella equivalenza economica delle prestazioni oggetto dello scambio.

Correttamente Raffaele Di Raimo, in una riflessione precedente, sottolinea che, alla fine di questa «guerra», come la definisce, la discontinuità che ne seguirà avrà come protagonisti il credito e il

²⁷ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 6 ss.

²⁸ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 19 s.

²⁹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 20 s.

debito, con la precisazione che «non tutti i crediti sono uguali e che, soprattutto, non lo sono tutti i debitori»³⁰.

Nella *Relazione* del Massimario si afferma condivisibilmente che la *buona fede* rappresenta un «importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale»³¹.

È la *buona fede oggettiva* nella fase esecutiva del contratto *ex art.* 1375 c.c., pertanto, nel ragionamento della Corte, ad assumere centralità, «postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»³².

Certo, la buona fede costituisce senza dubbio uno strumento al quale l'interprete deve ricorrere nel suo intervento perequativo. Ma manca sempre qualcosa nel ragionamento della *Relazione*. È il nostro caso? Quali sono i caratteri che tale rovesciamento del terreno fattuale e dell'assetto giuridico-economico deve presentare al fine di ritenere sussistente un obbligo di rinegoziazione? O questo è diretta conseguenza della pandemia *e più non dimandar?*

³⁰ DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 2*, 2020, p. 155 ss.

³¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione n. 56 del 8 luglio 2020*, cit., p. 21 s. In linea più generale, prosegue la *Relazione*, «il dovere di correttezza viene considerato alla stregua di limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) contrattualmente attribuita, concorrendo alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse proprio dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse».

³² Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione n. 56 del 8 luglio 2020*, cit., p. 22.

Virgilio converrà che non sembra condivisibile che il necessario «contemperamento tra istanze creditorie e debitorie» debba sempre portare alla rinegoziazione, non essendo, il nostro, il caso, come invece indica la *Relazione*, di «prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose»³³, per come le abbiamo conosciute sinora.

Le prestazioni dedotte nel contratto il cui svolgimento è stato ‘toccato’ dal *lockdown*, in molti casi, non sono né temporaneamente impossibili, né eccessivamente onerose³⁴. Potrà, al più porsi, come si vedrà innanzi, di un’ipotesi di inesigibilità temporanea della prestazione, quale conseguenza proprio del contemperamento delle istanze creditorie e debitorie, in ossequio al principio di solidarietà.

Aurelio Gentili puntualmente sottolinea che ci si trova in presenza di prestazioni solo soggettivamente impossibili perché conseguenti alla «interruzione dei flussi di cassa»³⁵.

Con pari chiarezza Guido Alpa sottolinea che non vi è alcuna modifica del corrispettivo: ciò che è sostanzialmente mutata è la «capacità di organizzare il pagamento, o di provvedere al pagamento», ma ciò – e qui emerge il vero momento critico – non può comportare che la controparte venga gravata giudizialmente, in via perequativa, di quel rischio «per il solo fatto che sia diventato più difficile per il debitore eseguire la prestazione»³⁶. Ma ci torneremo, perché questo è il *puctum dolens*.

³³ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione* n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 23.

³⁴ *Contra*, FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, p. 240, il quale ritiene che «La pandemia può configurare un evento straordinario e imprevedibile, non riconducibile nella normale alea del contratto, idoneo a rendere, con riferimento ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa, come nel caso della sostanziale irreperibilità e conseguente incremento generale dei prezzi delle materie prime nonché della contrazione dei servizi di trasporto».

³⁵ GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa*, cit., p. 392 s., il quale correttamente sottolinea che neppure il rallentamento del mercato è impossibilità, rientrando nel rischio d’impresa.

³⁶ ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, *Supplemento al fasc. 3*, p. 60.

Correttamente Nicola Cipriani rileva che non può non essere presa in considerazione l'ipotesi nella quale «il contraente più danneggiato in quella negoziazione potrebbe anche essere in concreto il contraente economicamente più forte, quello più in grado di fronteggiare la situazione di crisi»³⁷.

3. *L'arma letale: la buona fede come trasferimento del rischio d'impresa; la buona fede come strumento per valorizzare l'analisi economica.*

Il ricorso da parte del giudice al *principio di solidarietà*, ma ancor di più alla *buona fede* e alla *correttezza*, in circostanze eccezionali, ma anche transitorie, quali quelle che stiamo vivendo, è uno strumento delicatissimo, che richiede una sensibilità dell'interprete superiore a quella tradizionalmente utilizzata in casi nei quali gli schemi sono consolidati. E anche i rimedi.

Hic sunt leones. La giurisprudenza deve dare il massimo in termini di rigore argomentativo delle decisioni e di ragionevolezza delle conclusioni. L'impatto sul sistema delle sue pronunce, in questo momento, può avere conseguenze determinanti sul futuro economico post-pandemia.

Sia consentito, ma qualche fondato timore appare legittimo di fronte ad alcune premesse.

Il rapporto inciso dalle sopravvenienze dovute alla pandemia non può avere, nella prospettiva dell'integrazione giudiziale perequativa, l'obiettivo di «*conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito*, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale»³⁸.

Sia sempre consentito, ma se questo è il risultato che la buona fede integrativa deve raggiungere, trattasi di *arma letale*, le cui conseguenze possono essere ancor più squilibrate della stessa sopravvenienza.

³⁷ CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., p. 663.

³⁸ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 24.

Riequilibrio non può significare trasferimento del rischio di impresa su chi quell'impresa non la esercita.

La *Relazione* assume, sul punto, profili rivoluzionari sul piano della portata delle clausole generali nonché della stessa lettura della disciplina generale del contratto.

Suggerisce infatti di «accantonare le categorie giuridiche» e – a legger bene – del «principio *pacta sunt servanda*», conferendo alla buona fede il ruolo di baluardo di un nuovo approccio interpretativo «che non trascuri ma *valorizzi l'analisi economica del diritto dei contratti*»³⁹.

Gli è che proprio quell'analisi economica del diritto, finalizzata alla realizzazione dell'efficienza del mercato, verrebbe a neutralizzare quell'unico valore che può essere utile al fine di giustificare un intervento perequativo del giudice: la realizzazione del principio di solidarietà⁴⁰.

La pandemia ha inevitabilmente inciso su esigenze fondamentali della persona e sulla realizzazione dei suoi valori. L'analisi economica del diritto, la sua visione produttivistica portano con sé proprio la negazione delle logiche della rinegoziazione. In quella prospettiva, infatti, l'interesse di un locatore al profitto, a prescindere dall'andamento dell'azienda del locatario, assumerebbe il valore da tutelare, quello dell'efficienza. Ma così, per fortuna, non è, in questo ordinamento.

³⁹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., p. 23.

⁴⁰ Come è noto, lo studio del diritto nella prospettiva della «analisi economica» risulta ormai accantonato dai suoi stessi precursori, i quali, peraltro, non hanno mai inteso attribuire, nella loro prospettiva, questo ruolo alla buona fede e, tantomeno, alla regola consacrata dall'art. 1372 c.c., valorizzata, anzi, nella prospettiva della 'forza' del mercato e dei suoi operatori. Per una critica serrata, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*⁴, I, *Metodi e tecniche*, 2020, p. 91 ss., il quale, tra le varie critiche a tale approccio al diritto dei contratti, sottolinea che «trascura la vera questione giuridica, che è di considerare la singola fattispecie nel rispetto delle sue particolarità soggettive e oggettive, anziché privilegiare riflessioni su come realizzare una ottimizzazione del risultato economico, lasciando in secondo piano gli scopi extra-economici del diritto e dei singoli».

Se vi è spazio, in alcuni casi, all'obbligo di rinegoziazione, come si vedrà, lo si deve proprio alla realizzazione dei principi dell'ordinamento, tra i quali non c'è l'efficienza del mercato, se non quale strumento per la realizzazione degli interessi della personalità. È la realizzazione del dovere di solidarietà economica che deve essere verificato.

Il settore dei contratti di locazione a uso commerciale, come detto, può costituire il naturale banco di prova per verificare la correttezza del metodo prescelto dall'interprete al fine di realizzare il 'contemperamento' degli interessi delle parti del rapporto obbligatorio contrattuale.

Il locatore, lo abbiamo già detto, non partecipa al rischio d'impresa del locatario.

Certamente la crisi pandemica può aver inciso sugli assetti patrimoniali complessivi delle parti di quel contratto. Di entrambe le parti. Da qui, a voler ritenere la immanenza di un obbligo generalizzato di rinegoziare il corrispettivo per il godimento dell'immobile, che rimane nella disponibilità del locatario, ce ne passa. E non è certamente l'analisi economica del diritto che può legittimare l'esistenza di quell'obbligo.

Aurelio Gentili sottolinea che, come sarebbe 'ingiusto' che il locatore di un immobile destinato a uso commerciale debba partecipare *ex lege* ai profitti del locatario, sarebbe parimenti 'ingiusto' che quel medesimo locatore – pur rimanendo il possesso dell'immobile nella disponibilità del locatario – non riceva il corrispettivo «solo perché il conduttore non si è premunito di riserve finanziarie per i tempi difficili»⁴¹.

Si immagini il caso del ristoratore che ha subito il *factum principis* della chiusura dei locali commerciali al pubblico. Prima del *lockdown*, fatturava mediamente € 30.000,00 mensili e aveva costi (personale, locazione, consumi energetici, acquisto vivande e bevande, etc.) per € 25.000,00 mensili; preso atto del *lockdown*, mette tutto il personale, tranne il cuoco, in cassa integrazione, con un risparmio di circa € 15.000,00, beneficia del credito di imposta

⁴¹ GENTILI, *op. loc. ult. cit.*, p. 390.

del 60% sul canone di locazione (su € 4.000,00 mensili)⁴² e si dedica con successo al sushi ‘da asporto’, con un fatturato di 15.000,00 mensili. Si rivolge tuttavia all’autorità giudiziaria per la riduzione del canone di locazione sino al mese di giugno 2021, non avendo il proprietario assentito alla rinegoziazione consensuale dello stesso. A questo punto viene da chiedersi quale debba essere la ‘giusta’ decisione del giudice investito della questione il quale intenda far proprie le riflessioni dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di intervenire, ricorrendo alla *buona fede*, per conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito. Rigettare il ricorso e aumentare il canone di locazione?

Il pur necessario intervento giudiziale perequativo deve fare buon uso della *buona fede* e di tutte le sue declinazioni. La solidarietà che, a sua volta, è chiave di lettura della *buona fede* nella sua applicazione concreta, non può essere unilaterale, pena la negazione della visione del rapporto obbligatorio quale rapporto basato sulla cooperazione delle parti.

Il timore di un utilizzo improprio dell’arma – come accennato, già da più parti segnalato dalla dottrina autorevole citata – sembra tuttavia fondato e il caso ipotizzato poc’anzi potrebbe già avere un precedente giurisprudenziale da cavalcare.

In una già nota pronuncia, la sezione feriale del Tribunale di Roma, facendo proprie le considerazioni pre-coronavirus della dottrina, nonché di alcune delle valutazioni emerse dalla *Relazione* del Massimario, ha deciso che «in relazione agli effetti della pandemia causata dal Covid-19, nel caso dei contratti relazionali sussiste un obbligo delle parti in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell’alea normale del contratto», con la conseguenza che «in assenza di rinegoziazione del contratto, deve ritenersi doveroso fare ricorso alla clausola generale di buona fede e solidarietà sancita dall’art. 2

⁴² La misura, che inizialmente prevedeva quale requisito la perdita del 50% del fatturato rispetto allo stesso mese del periodo di imposta precedente, con riferimento ai mesi di marzo, aprile e maggio 2020, è stata poi estesa ai mesi di ottobre, novembre e dicembre, questa volta a prescindere dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo di imposta precedente.

della Carta costituzionale al fine di riportare il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto»⁴³.

L'arma letale è esplosa. Avanza il dogma dell'obbligo immanente di rinegoziazione causa *lockdown* dei contratti di locazione.

Nel caso esaminato dal tribunale capitolino, il conduttore di un immobile a uso commerciale chiedeva, in via d'urgenza, la riduzione del canone di locazione, nonché la sospensione di una fideiussione bancaria contratta a garanzia proprio dei canoni di locazione. Di là dalla decisione urgente con la quale il tribunale ha disposto la riduzione dei canoni di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno a marzo 2021, nonché la sospensione della garanzia fideiussoria, ciò che preoccupa è che la pronuncia abbia ignorato qualunque interesse del proprietario dell'immobile, trasferendo sostanzialmente su quest'ultimo il rischio d'impresa, abbia altresì ignorato qualsiasi dato contabile dal quale potesse emergere un significativo peggioramento della situazione economica dell'azienda, ovvero una situazione di difficoltà patrimoniale personale del conduttore; infine, la valutazione di insufficienza – non valutata alla luce di quei dati contabili – delle misure governative con le quali è stato concesso proprio ai conduttori di locali ad uso commerciale un credito d'imposta pari al 60% del canone di locazione.

Quid iuris per il contratto di locazione di un immobile nel quale vengono prodotte mascherine chirurgiche che visto aumentare i propri guadagni del 1000 %?

Riequilibrio, buona fede integrativa, solidarietà sono 'armi' in mano all'interprete molto delicate e necessitano di grandissima cura,

⁴³ Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.* 2020, p. 2443, con nota critica di SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.*, e nota adesiva di GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*. La pronuncia è criticata altresì da CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., p. 672. Lo stesso Tribunale, in una controversia relativa ad un affitto di azienda aveva ritenuto sussistere un'ipotesi di impossibilità parziale e temporanea, da parte del locatore, delle prestazioni contrattuali (obbligo di consentire all'affittuario, nei locali aziendali, l'esercizio dell'attività di vendita al dettaglio), con conseguente riduzione del canone di affitto ex art. 1464 c.c., così Trib. Roma, 29 maggio 2020 (ord.), in *www.ilcaso.it*.

pena un effetto distorsivo delle regole dello stesso mercato che, quell'intervento perequativo astrattamente mirerebbe a tutelare.

4. *Riflessioni ricostruttive e propositi riformisti del legislatore.*

Pare a questo punto chiaro che chi scrive non accoglie l'idea dell'immanente obbligo di rinegoziazione di tutti i contratti il cui rapporto sia stato 'toccato' dal *lockdown* e che tantomeno accoglie quella della sacralità del vincolo contrattuale.

La sensazione è che non si possano, *de iure condito*, adottare acriticamente le argomentazioni e le soluzioni raggiunte con coerenza dalla dottrina in materia di sopravvenienze nei contratti di durata pre-pandemia o avulse dalla pandemia. Tutti gli studi sulla materia hanno avuto come 'campo di battaglia' lo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni sul piano strettamente economico in una prospettiva non demolitoria del rapporto ma di manutenzione dello stesso⁴⁴. E la solidarietà e la buona fede hanno svolto egregiamente il proprio ruolo.

Come è emerso invece dalle riflessioni di tanti autorevoli studiosi del tema della sopravvenienza pandemica, se è vero che si è sempre in presenza di sopravvenienze non prevedibili, qui manca qualsiasi forma di patologia o modificazione *in peius* ma anche di squilibrio sopravvenuto del rapporto contrattuale, le prestazioni non sono diventate né impossibili né maggiormente onerose: nessuna delle parti trova un vantaggio non meritevole nel ricevere la prestazione come dedotta nel titolo costitutivo del rapporto.

Ciò che veramente accomuna la sopravvenienza 'sistemica' dalla quale si tratta con le sopravvenienze che governano isolatamente singoli rapporti contrattuali o operazioni economiche è proprio il ricorso al principio di solidarietà e alla clausola generale della buona fede, sia pure secondo approcci differenti.

In una contingenza delicata e assolutamente nuova all'esperienza giuridica il ricorso a principi e regole necessita più che mai di un uso

⁴⁴ Un rigoroso studio sulle conseguenze delle sopravvenienze non patrimoniali sulle vicende delle obbligazioni si deve a O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

accurato e fondato su ragionevolezza⁴⁵, trattandosi, questa volta, di valutare e bilanciare l'incidenza di interessi non solo molto più ampi del solito, anche di natura non patrimoniale, ma anche esterni alle vicende di quel rapporto oggetto di manutenzione. Se l'intero mercato ha subito la sopravvenienza, la cura deve essere in condizione di operare non solo valutando l'intera posizione patrimoniale e personale delle parti del rapporto sul quale intervenire ma anche il suo impatto sull'intero mercato.

Altrimenti il rischio di giustizia sommaria è dietro l'angolo.

L'istanza di adeguamento del rapporto deve essere valutata attraverso il bilanciamento degli interessi, l'analisi dei quali, se da un lato deve prendere in considerazione l'impatto della sopravvenienza, non può ignorare lo *status quo ante*, i presupposti di fatto e di diritto che hanno portato a una determinata valutazione negoziale al momento della conclusione dell'accordo, ma di certo non nella logica di costi e ricavi.

La questione verte proprio sull'uso appropriato delle clausole generali e, in particolare, della buona fede. La strada suggerita dalla *Relazione* della Suprema Corte e sostanzialmente seguita dalla giurisprudenza di merito non appare in concreto realizzare i valori costituzionali che invece ne costituiscono il fondamento.

La valutazione delle vicende del contratto a seguito del *lockdown* può così portare, in relazione strettissima al caso concreto, a un intervento perequativo che, laddove necessario, e dovendo bilanciare con cura gli interessi di tutte le parti del rapporto, non necessariamente deve incidere sulla determinazione del *quantum* di quei corrispettivi consensualmente stabiliti dalle parti, ma al più –

⁴⁵ Sulla portata del principio di ragionevolezza, v., *ex multis*, SCACCIA, *Gli strumenti della "ragionevolezza" nel giudizio costituzionale*, Milano 2000; con riferimento ai rapporti privatistici, v. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Napoli, 2008; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; G. PERLINIGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; in una prospettiva differente, cfr. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1344 ss.; LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2018; ID. *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 ss.

ove necessario, a seguito dell'intervenuto bilanciamento degli interessi – sul *quomodo*, ricorrendo ad esempio a forme di ristrutturazione del debito maturato, secondo prospettive già note al diritto della crisi d'impresa. Proprio la realizzazione del dovere di solidarietà economica può portare l'interprete a ritenere che la valutazione complessiva, non solo del rapporto inciso dalla sopravvenienza, ma dell'intera situazione patrimoniale e non delle parti del rapporto, possa comportare una inesigibilità temporanea della prestazione, senza che ciò comporti necessariamente estinzione della stessa senza adempimento.

Ancora una volta, utili risultano le riflessioni – mai datate – della dottrina sul tema dell'incidenza delle sopravvenienze sul rapporto obbligatorio, con l'accortezza di non attualizzarle incondizionatamente.

Oramai oltre un secolo addietro, un giurista raffinato come Giuseppe Osti, studiando, durante la prima guerra mondiale, l'impossibilità sopravvenuta delle prestazioni rilevava che, accanto alle ipotesi di impossibilità «oggettiva» della prestazione, causata da un «impedimento che si opponga all'esecuzione della prestazione in sé e per sé considerato», vi fossero ipotesi di impossibilità «soggettiva», causata invece da un «impedimento insorto nella sua persona o nelle sfere della sua economia individuale, senza essere necessariamente collegato al contenuto intrinseco della prestazione»⁴⁶.

In un altro studio fondamentale sempre sul tema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, in particolare, sulla individuazione e sui limiti della «causa non imputabile», Pietro Perlingieri segnalava la 'pericolosità' dello stesso ricorso alle clausole generali: «altro è la diligenza in un sistema giuridico improntato alla produttività e all'efficientismo, altro è in un sistema in cui all'apice della gerarchia dei valori è il rispetto e lo sviluppo della persona»⁴⁷; in questa prospettiva la «causa non imputabile»

⁴⁶ OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 217 ss.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 453 ss. ove sottolinea l'importanza della relativizzazione

può anche ravvisarsi laddove «la prestazione sia possibile, ma il relativo adempimento impedirebbe, anche soltanto di fatto, l'attuazione di un dovere o l'esercizio di un diritto, espressioni concrete e genuine della personalità, considerate prevalenti a livello costituzionale rispetto all'obbligo dell'adempimento dell'obbligazione»⁴⁸.

Nei rapporti 'toccati' dal *lockdown*, tuttavia, più che di impossibilità della prestazione, appare corretto discorrere, in alcuni casi, di inesigibilità temporanea della stessa, giustificata proprio dalla realizzazione del principio di solidarietà, anche a prescindere dal ricorso alla buona fede⁴⁹. Né, sembra, peraltro che si possa discorrere di inesigibilità della prestazione soltanto in presenza di sopravvenienze di natura strettamente non patrimoniale⁵⁰. Proprio le

del problema della non imputabilità della causa dell'impossibilità della prestazione: «È questa la via da seguire per umanizzare e socializzare l'attuazione della disciplina dell'impossibilità della prestazione attribuendole contenuti che si ispirano anziché alla fredda logica della produttività, alla logica del rispetto della dignità e della personalità».

⁴⁸ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*, p. 455. Ritene utile, con riferimento ai contratti incisi dagli effetti del lockdown, il ricorso all'ipotesi prevista dall'art. 1256, comma 2, c.c., in tema di temporanea inesigibilità della prestazione, DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 1*, 2020, p. 231.

⁴⁹ Luigi Mengoni, al quale si devono gli studi che hanno portato alla individuazione della inesigibilità quale categoria differente dall'impossibilità, tuttavia, non ha mai inteso riconoscere diretta applicabilità ai principi costituzionali, ritendo necessaria l'intermediazione delle clausole generali; cfr., da ultimo, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997; I, p. 1 ss. Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione del pensiero di Mengoni proprio sul profilo dell'inesigibilità, v. O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali*, cit., p. 93 ss. L'applicazione diretta dei principi costituzionali, per rimanere nell'ambito degli studi in tema di inadempimento delle obbligazioni, è sostanzialmente negata anche da VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice civile. Commentario*², diretto da Schlesinger, Milano, 2006, p. 103 ss. *Contra*, per tutti, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., p. 454; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

⁵⁰ Così, invece, O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali*, cit. p. 158 ss. Nel senso espresso nel testo, invece, Corte Cost., 1° aprile 1992, n. 149, in *Giur.*

misure di contenimento dovute alla pandemia dimostrano come eventi in grado di incidere su assetti economici consolidati possano comportare interventi giudiziali che non intacchino l'*an* della prestazione, ma soltanto il *quomodo* della stessa⁵¹.

Solo, in alcune ipotesi, a seguito di un attento bilanciamento degli interessi, l'esigibilità delle prestazioni dedotte in un rapporto obbligatorio inciso dal rispetto delle 'misure di contenimento' può configurare un'ipotesi di abuso del diritto⁵².

cost. 1992, p. 1024 ss. V. altresì Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19, *ivi.*, 1994, p. 136 ss., ove si è sostenuto che se «l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato»; in questa pronuncia la Corte supera la tesi mengoniana della necessaria mediazione di norme ordinarie al fine della attuazione del principio costituzionale di solidarietà quale limite alla pretesa del creditore.

⁵¹ *Contra* O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta della oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, p. 356, la quale conferma la sua ricostruzione secondo la quale «restano estranee alle fattispecie liberatorie ascrivibili a tale categoria [*l'inesigibilità*] le sopravvenienze e gli avvenimenti che colpiscono semplicemente il patrimonio del debitore oppure che comportano ponderazioni concernenti valori esclusivamente patrimoniali». L'A. ritiene applicabili al caso che ci occupa le norme dettate dagli artt. 1256, comma 2, 1463 ss. e 1460 c.c.

⁵² Cfr., le riflessioni pre-pandemia di PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 448, il quale sosteneva che «Dalla propria matrice l'inesigibilità ricava il carattere della manifestazione in via di eccezione e, quindi, la funzione di strumento di contrasto di una pretesa creditoria in concreto abusiva, perché portata avanti nell'indifferenza per il sacrificio di interessi del debitore preminenti sul piano assiologico». L'A. ritiene tuttavia necessario che il rimedio sia mediato dal ricorso alla buona fede. In una successiva riflessione a margine dell'emergenza pandemica, Piraino ritiene necessario invece, con riferimento ai contratti di locazione, il ricorso alla «risoluzione parziale», quale effetto della «impossibilità temporanea», con la finalità di ridurre l'ammontare dei corrispettivi dovuti «in misura tale da ripristinare l'equilibrio con l'utilità residua che la prestazione di dazione in godimento continua a offrire al conduttore», così, ID., *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 495. Anche questa ricostruzione, per quanto detto, non è appagante, sia per la

Nei suoi fondamentali scritti in tema di responsabilità contrattuale, Luigi Mengoni efficacemente sosteneva che la «regola di correttezza adempie anche una funzione-limite dell'esercizio della pretesa creditoria quando la realizzazione dell'interesse del creditore non sia possibile se non col sacrificio di un interesse che, confrontato con la tavola dei valori costituzionalmente protetti, appare più meritevole di tutela»⁵³.

Sia chiaro, l'inesigibilità della prestazione non è, anche attualizzando il pensiero dei Maestri, un effetto *ex lege* del *lockdown*, ma può essere valutato come rimedio adeguato dopo il bilanciamento degli interessi meritevoli delle parti di quel rapporto, si ripete, anche esterni alle vicende dirette di quest'ultimo.

sua portata generalizzante, non prendendo in considerazione l'incidenza complessiva delle misure di contenimento sulle parti dello specifico rapporto oggetto di valutazione; parimenti non condivisibile l'assunto secondo il quale la riduzione del canone non sia preclusa dall'eventuale beneficio del credito di imposta del 60% del canone, che invece, appare proprio essere segnale forte dell'interesse del legislatore di farsi carico di un'incidenza forfettaria ma significativa della sopravvenienza senza che ciò incida né sui tempi né sull'ammontare dell'intero canone di locazione, interamente esigibile. Non sembra, peraltro, che possa attribuirsi portata sistematica alla disposto dell'art. 216, comma 3, del d.l. n. 34 del 2020, laddove si prevede che «La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito». Non tutte le altre attività commerciali esercitate negli immobili concessi in locazione sono state 'sospese'. Nel settore della ristorazione e dei bar, ad esempio, si è proibito, per un periodo limitato, l'accesso del pubblico ai locali dell'impresa, ma non lo svolgimento dell'attività.

⁵³ MENGONI, *Le obbligazioni*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 367. Che la non esigibilità della prestazione trovi fondamento in un «giudizio di valore» effettuato nel momento esecutivo del rapporto obbligatorio quale conseguenza del bilanciamento di interessi antagonisti, Mengoni lo afferma poi in veste di relatore nella citata pronuncia n. 149 del 1992.

L'inesigibilità, a differenza dell'impossibilità, non incide in maniera definitiva sulle obbligazioni inadempite, ma sospende solamente il diritto del creditore a pretenderne l'adempimento per un periodo limitato di tempo, quale può essere, nel nostro caso, il perdurare delle 'misure di contenimento'⁵⁴. L'obbligazione non è estinta a causa della sopravvenienza.

Questa sembra peraltro essere la chiave di lettura dell'intervento del legislatore dell'emergenza, laddove, è utile ribadirlo, ha disposto che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Ancor di più che nelle ipotesi 'ordinaria' di gestione della sopravvenienza, la prospettiva non può essere quella dell'adeguamento in senso oggettivo, del bilanciamento secondo canoni predeterminati, bensì quella della dinamica della relazione tra determinati centri di interessi, con il limite del rispetto dei principi fondamentali. La ricerca dell'equa modificazione delle condizioni contrattuali, in presenza di pattuizioni originariamente conformi ai principi e alle regole che governano l'autonomia privata, deve avere quale punto di riferimento proprio queste ultime, in quanto soltanto

⁵⁴ Cfr. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 449, il quale richiama (nota 482) il pensiero di Mengoni, che distingueva tra «ineseguibilità» (impossibilità oggettiva ma relativa) e «inesigibilità»; così, MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089. Piraino fa altresì rilevare che «Quella stasi nello svolgimento dell'obbligazione prodotta dal mancato accoglimento della pretesa del creditore che, però, non ne impedisce la riproposizione, in ossequio alle tipiche cadenze dell'eccezione di dolo generale quale rimedio apposito contro la violazione del divieto di abuso del diritto. L'eccezione di dolo generale non mira, infatti, alla contestazione del titolo della pretesa, né sotto il profilo della sua esistenza né sotto quello della sua permanenza o modificazione (v. invece art. 2697, comma 2, c.c.), ma si limita a paralizzarne gli effetti nella specifica congiuntura in cui essi sono invocati da chi è legittimato proprio alla luce della valenza abusiva della loro richiesta»

così si potrà considerare quello che era l'equilibrio ritenuto dalle parti conforme alla realizzazione dei propri interessi⁵⁵.

Gli eventi pandemici hanno inciso, si diceva, più che sui rapporti contrattuali, sui patrimoni e sulle attività dei contraenti. Qui non si tratta più di naturale flessibilità delle prestazioni di un contratto di durata, ma di valutazione di un adeguato ricorso ai rimedi offerti dall'ordinamento per le ipotesi di inadempimento alle obbligazioni.

Non si tratta, tuttavia, di un giudizio di natura quantitativa, bensì di una valutazione delle prestazioni secondo un criterio di adeguatezza sul piano qualitativo, sensibile non soltanto ai profili più strettamente patrimoniali.

Se in alcuni casi, valutato non solo quel rapporto contrattuale, ma l'intera situazione patrimoniale, aziendale e personale delle parti in esso coinvolte e del contesto, anche di mercato, nel quale operano, può rendersi giustificato, quale risultato di un attento bilanciamento degli interessi, procedere all'adeguamento temporaneo *iussu iudicis* delle obbligazioni dedotte nel rapporto, in altri casi può ritenersi maggiormente rispettosa dei principi di proporzionalità e adeguatezza una ristrutturazione della stessa, attraverso, riduzione del debito maturato ovvero previsione di un piano di ammortamento dello stesso in grado di temperare gli interessi delle parti⁵⁶. Ma,

⁵⁵ V., in proposito, le considerazioni svolte in RUSSO, *Tutela dell'affidamento e responsabilità dello Stato tra risarcimento e rinegoziazione. Il caso del deposito unico nazionale per la raccolta di rifiuti radioattivi*, in Corti pugliesi, 2006, p. 1007 ss., a proposito dell'obbligo di rinegoziazione dei contratti di programma, nonché in *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1486 ss.

⁵⁶ Cfr. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 3*, cit., p. 7 s., il quale, richiamando la già citata norma portata dalla legge c.d. cura Italia (cfr. *supra* nota 4), ritiene condivisibilmente che questa consegna al giudice «(anche) il potere di fissare – con intervento conformativo sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione – il nuovo momento di scadenza dell'obbligazione». L'intervento del giudice, prosegue l'A., «può andare a toccare non solo le rate (già) scadute, ma pure quelle ancora a scadere». Per un'attenta analisi dell'impatto del Covid-19 sulle reti contrattuali, v. CREA, *Contractual business network e oandemia: a forward-looking agenda*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, p. 410 ss.

sia chiaro, l'esito di quel bilanciamento può portare anche a non consentire al giudice alcun intervento sul rapporto.

Il principio di solidarietà, nella prospettiva di un rapporto obbligatorio governato dalla cooperazione delle parti, sembra infine confermare tale assunto⁵⁷. Anche in questo frangente, il giudizio di meritevolezza della funzione di un negozio non può essere limitato al momento della sua genesi, dovendo più correttamente 'accompagnare' la vita del rapporto da esso derivante in tutta la sua dinamicità, nella prospettiva della realizzazione della giustizia distributiva.

Ancora una volta, il rapporto come 'adeguato' alle sopravvenienze rimane pur sempre un atto di autonomia privata che, si ripete, è sempre un bilanciamento tra fonti 'autonome' e fonti 'eteronome' di regolamentazione.

Il giudice assume un ruolo decisivo nella produzione della regola del caso concreto, secondo un giudizio di congruenza⁵⁸.

Il ricorso all'intervento perequativo giudiziale deve costituire, in ogni caso, l'*extrema ratio*, l'ultimo momento di un adeguato percorso di rinegoziazione che deve essere improntato al rispetto delle regole di correttezza e buona fede. Laddove l'intervento giudiziale si rendesse necessario, riequilibrare, ricorrere all'equità integrativa non può significare trasferire gli effetti della sopravvenienza sulle altre parti del rapporto né ignorare la complessiva situazione personale delle parti, anche al di fuori del rapporto del quale si chiede la 'manutenzione'.

La soluzione, per quanto detto, non può essere unica per tutte le vicende.

⁵⁷ V., in proposito, le considerazioni di TOMMASINI, *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, p. 129, il quale ritiene che il controllo legale delle sopravvenienze costituisca realizzazione dei principi di solidarietà e di giustizia sostanziale. Di dovere di cooperazione tra le parti contrattuali, in presenza di sopravvenienze che rendono inattuabile il rapporto obbligatorio, v. già Cass., 16 gennaio 1954, n. 86, in *Giur. it. Rep.*, 1954, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 207.

⁵⁸ Cfr., in tal senso, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., p. 353.

La sensazione che si ha, leggendo le recenti pronunce, in particolare sul tema delle locazioni, è che il giudice si astragga dal caso concreto per dare una soluzione ‘universale’, o nel senso dell’obbligo di rinegoziazione, o della negazione dello stesso.

In una ancor più recente pronuncia, sempre il Tribunale di Roma, esaminando la richiesta d’urgenza di riduzione del canone di una locazione relativa ad attività extralberghiera di affittacamere, ha rigettato la stessa sul presupposto della inapplicabilità delle ordinarie regole in tema di impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione⁵⁹. Ha altresì ritenuto non immanente all’ordinamento un obbligo di rinegoziazione dei contratti ritenuti svantaggiosi per taluna delle parti, «ancorché in conseguenza di eventi eccezionali e imprevedibili», né del «potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali liberamente concordati dalle parti nell’esercizio della loro autonomia contrattuale, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge»⁶⁰. Il Tribunale ha ritenuto che il dovere delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra non possa trovare realizzazione laddove questo «comporti per la parte un sacrificio sicuramente “apprezzabile”, quale il dimezzamento del canone di locazione, come richiesto in ricorso.

Decisamente interessante il rilievo che il Tribunale ha attribuito, al fine della decisione, alle numerose misure previste dal legislatore: provvedimenti di proroga dei prestiti, di sospensione dei pagamenti dei ratei dei mutui dei finanziamenti, di sospensione e proroga degli adempimenti fiscali; possibilità della cessione dei crediti di imposta in ragione del 60% dei canoni corrisposti; estensione dell’accesso alla cassa integrazione; possibilità di rinegoziazione dei mutui per alcune attività. Si enfatizza inoltre la scelta del legislatore di limitare alle sole «parti dei rapporti di concessione degli impianti sportivi pubblici» il diritto di concordare la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario e di limitare «per i soli conduttori di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di privati» il diritto alla riduzione del 50% del canone di locazione per

⁵⁹ Trib. Roma, 15 gennaio 2021.

⁶⁰ Trib. Roma, 15 gennaio 2021, cit.

i mesi da marzo a luglio 2020. Con riferimento a tutte le altre attività il legislatore dell'emergenza ha previsto la riportata regola dell'esclusione *ex artt.* 1218 e 1223 della responsabilità del debitore⁶¹.

Come si diceva, la decisione, pur valorizzando l'intero impianto delle misure a favore delle imprese da parte dell'ordinamento, sembra astrarsi dal caso concreto. Di là dalla mancata adesione agli insegnamenti della dottrina in tema di rinegoziazione dei rapporti in presenza di sopravvenienze, anche a prescindere dai recenti eventi eccezionali, il Tribunale, pur attento nel ritenere doveroso valutare il 'sacrificio' che viene richiesto all'altra parte del rapporto (il creditore dell'obbligazione pecuniaria) sembra muoversi sul mero binario tracciato dal poco rigoroso metodo *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*, per raggiungere la conclusione della non ricorrenza di alcun obbligo di rinegoziazione del contratto.

La scelta del legislatore dell'emergenza di 'imporre' la riduzione del canone dei contratti relativi agli impianti sportivi, se è vero che non è applicabile analogicamente e indistintamente ad altre fattispecie, non pare poter essere considerata una norma eccezionale, nel senso comune dell'espressione. Quella norma è 'parte' dell'ordinamento e come tale deve essere valutata, apprezzata e interpretata. Costituisce il segnale del legislatore della ragionevolezza della distinzione tra le ipotesi concrete. La reazione dell'ordinamento e dell'interprete deve essere differente nelle ipotesi nelle quali l'attività esercitata in quell'immobile sia stata interamente sospesa, rispetto a quelle nelle quali la limitazione concerne solo l'apertura al pubblico. Ancora una volta, sia chiaro, il fatto concreto (portata della misura di contenimento) deve essere valutato in uno con gli ancor più rilevanti interessi patrimoniali e non di entrambe le parti del rapporto. Si immagini il caso del locatore che trova la fonte del proprio sostentamento proprio in quel canone e che, magari, ha in corso un contratto di finanziamento per l'acquisto di quell'immobile, le cui rate, durante pandemia, possono essere state sospese, ma non 'cancellate'.

⁶¹ Trib. Roma, 15 gennaio 2021, cit.

Ancora una volta, la giustizia deve sempre essere del caso concreto.

Una chiave di lettura utile per l'interprete sembra essere la valutazione che nessuna delle parti di quel rapporto trovi un vantaggio non meritevole nel ricevere la prestazione come dedotta nel titolo costitutivo del rapporto.

De iure condendo, se può darsi un suggerimento al legislatore delegante del progetto di riforma del codice, potrebbe essere opportuno sganciare la delega dal presupposto della «eccessiva onerosità», sia perché si rischierebbe di non apportare in concreto alcuna modifica alla legislazione esistente, sia perché la sopravvenienza incidente sull'equilibrio delle pattuizioni – lo dimostra l'effetto sui contratti del *lockdown* – non è necessariamente ancorata alla variazione della onerosità (in senso letterale) di una delle prestazioni. La strada seguita dal legislatore tedesco già alcuni anni addietro, ancorata ad un concetto più ampio di «turbative del fondamento negoziale» sembra maggiormente adeguata, ma decisamente migliorabile⁶².

⁶² Il § 313 BGB, post riforma del 2003, in tema di turbative del fondamento negoziale, dispone che qualora le circostanze poste a fondamento del contratto si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione, tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un altro contenuto se avessero previsto una tale modificazione, può essere richiesto un adeguamento del contratto; perché si possa procedere alla revisione è richiesto che il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare della ripartizione contrattuale o legale dei rischi. La nuova disciplina, come è stato rilevato, si «affida alla capacità del giudice di interpretare il contratto e di discernere al suo interno lo schema di ripartizione dei rischi voluto dalle parti (tenuto conto del tipo negoziale e dello specifico contenuto), le circostanze effettivamente rilevanti e quindi l'assetto degli interessi contrattuali», così, MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., p. 544.

UGO SALANITRO
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Catania

***A STRANGE LOOP. LA PROCREAZIONE
ASSISTITA NEL CANONE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE***

SOMMARIO: 1. L'ultimo arresto. – 2. Una vicenda circolare. – 3. I precedenti della Corte costituzionale. – 4. Il dialogo con la Corte di Strasburgo. – 5. *Obiter o ratio?* Per una lettura critica. – 6. *Beyond the Loop*.

1. *L'ultimo arresto.*

Sembra un punto di arrivo l'arresto della Corte costituzionale sulla legittimità del divieto di accesso alla procreazione medicalmente assistita da parte delle coppie dello stesso sesso. È questa la chiave di lettura più lineare che offre la sentenza n. 221 del 23.10.2019 alla riflessione degli interpreti, ma al tempo stesso non è l'unica: non solo perché il rigetto dei dubbi di costituzionalità ha preteso passi indietro rispetto alle motivazioni che fondavano le pronunzie antecedenti della stessa Corte, ma anche perché la soluzione si colloca nel segno della precarietà, legata a doppio filo all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e alle profonde contraddizioni delle scelte locali.

In questo saggio intendiamo rappresentare la pluralità delle chiavi di lettura che emergono in filigrana da questa importante decisione, scritta dall'autorevole penna del costituzionalista Franco Modugno: l'arresto pretende di imporre un percorso coerente e concluso, nascondendo le potenzialità disgregative che si annidano nelle pieghe di una narrazione costellata da consapevoli omissioni.

2. Una vicenda circolare.

Il rigetto della questione di costituzionalità chiude un ciclo, mettendo fine al percorso di smantellamento della legge n. 40 del 2004 che sembrava inarrestabile¹. Ciclo che si conclude, come ho già segnalato in altra sede², con il ripristino dell'assetto regolamentare che la disciplina deontologica e la prassi interpretativa avevano consolidato nel tempo precedente l'approvazione della legge.

Il vuoto legislativo non significava, infatti, licenza assoluta: le fonti deontologiche per un verso ammettevano la fecondazione eterologa, l'accesso alle coppie che potevano trasmettere malattie genetiche, la diagnosi genetica preimpianto; ma per altro verso negavano l'applicazione della tecnica alle donne singole, alle coppie dello stesso sesso o di età avanzata o minorenni o non viventi, vietavano la maternità surrogata (almeno nella versione commerciale) e la selezione delle caratteristiche genetiche.

Quell'assetto deontologico era stato sostanzialmente recepito dalla legge 40, sia nell'elencazione dei requisiti soggettivi, sia nella indicazione delle tecniche ammesse: in particolare, a differenza di quanto sostenuto da molti commentatori³ – e poi dalla stessa Corte

¹ Sul quale si veda, *ex multis*, VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Pers. merc.*, 2016, 3 ss., dove si mettono in luce due profili che stanno sullo sfondo di questo saggio e che sono cari all'Onorato: il rapporto tra diritto scritto e potere giudiziale; l'incertezza del confine tra sfera personale e patrimoniale.

² SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1360 ss.; nello stesso senso ora AZZARRI, *I quindici anni della legge 40: nemesi e questioni aperte nella disciplina della procreazione assistita*, in *Familia*, 2019, p. 561 ss.

³ Tra i quali C. CASINI, M. CASINI e DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, *Commentario*, Torino 2004, 204 ss.; NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il c.d. biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 40 ss.; DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino 2013, 82 ss.

Alla medesima soluzione, seppure in senso critico, pervenivano tra gli altri: FERRANDO, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 812; Carusi, *Non solo procreazione*

costituzionale⁴ sulla scia della Corte di Strasburgo⁵ – la diagnosi genetica preimpianto non è stata vietata dal legislatore, essendo anzi riconosciuto il diritto dei genitori alla conoscenza della salute dell’embrione prima dell’impianto, ai sensi dell’art. 14, comma 5, l. 40\04⁶. Non è stato neanche vietato, a ben guardare, l’accesso alla fecondazione delle coppie portatrici di malattie genetiche: divieto che la maggioranza degli interpreti ha desunto dalla limitazione dell’accesso alle coppie sterili e infertili – riproducendo la regola deontologica che non aveva mai precluso interpretazioni estensive – ma che anche in questa prospettiva è rimasto sprovvisto di sanzione⁷. Né vi erano ostacoli a riconoscere il diritto di veto della donna all’impianto degli embrioni malati, fondato sul principio del consenso al trattamento medico e sullo stesso diritto all’informazione sulla salute degli embrioni⁸; non potendo essere tale principio derogato dalla regola del consenso della coppia

assistita: il principio di pari dignità e la Costituzione minacciata, in *Pol. dir.*, 2007, p. 423 s.

⁴ Corte Cost., 14 maggio 2015, n. 96, in *Corr. giur.*, 2016, 186 ss., con nota di Iannicelli

⁵ CEDU, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, n. 54270/10, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 66 ss., con nota di Pardini.

⁶ In questo senso: Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, in *Giust. civ.*, 2008, I, 217 ss., con nota di BALLARANI e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 249 ss. con nota di Palmerini; Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 829 ss., con nota di Baldini; Trib. Firenze 26 agosto 2008 e 12 luglio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, p. 3354 ss.; Trib. Bologna 29 giugno 2009, in *Giur. Merito* 2009, 3000 ss., con nota di CASABURI; Trib. Salerno, 13 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 476 ss., con note di Segni e LA ROSA.

⁷ C. CASINI, M. CASINI, DI PIETRO, *op. cit.*, p. 74; DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita. Ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 27 ss.

⁸ In tal senso si veda: ROSSI CARLEO, *Le informazioni per il consenso alla procreazione assistita*, in *Famiglia* 2004, p. 706, 714 s.; D’AURIA, *Informazione e consenso nella procreazione assistita*, in *Famiglia*, 2005, p. 1005, 1030 ss.; BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 241.

previsto dalla legge speciale, funzionale alla costituzione del rapporto filiale e irrevocabile dopo la fecondazione dell'embrione⁹.

Vi è stato invero qualche strappo rispetto alla regolazione deontologica. È stata vietata la fecondazione eterologa, sovvertendo il senso di una regola dettata da una circolare ministeriale che non consentiva tale pratica soltanto nelle strutture pubbliche; ma il divieto legale – la cui violazione comportava una sanzione rivolta agli operatori sanitari e non alla coppia – non impediva la costituzione dello *status* filiale e (nell'interpretazione da me condivisa)¹⁰ neanche l'impianto dell'embrione fecondato all'estero. È stato generalizzato, e disposto quale regola prescrittiva e apparentemente inderogabile, il limite alla fecondazione di tre embrioni (secondo la prassi medica utilizzata nei casi più comuni), imponendone il contestuale impianto: ma tale disciplina, le cui conseguenze non erano pienamente percepibili ai non addetti ai lavori, si sarebbe potuta rileggere in coerenza con i protocolli tecnici.

Era realmente mutato invero, rispetto al passato, l'approccio degli interpreti, caratterizzato da letture ideologiche che convergevano nelle soluzioni più restrittive pur muovendo da prospettive opposte: sia i fautori di posizioni tradizionali, sia i portatori di visioni liberali, avevano trascurato le interpretazioni che avrebbero potuto condurre le regole nel solco della ragionevolezza, in coerenza con il passato e con il modello sovraordinato, e avevano preferito sostenere, per ragioni di segno speculare, letture liberticide della legge improntate al massimo rigore.

3. I precedenti della Corte costituzionale.

⁹ Ma nel senso che l'impianto dell'embrione fosse un obbligo giuridicamente rilevante anche se non coercibile: C. CASINI, M. CASINI e DI PIETRO, *op. cit.*, p. 127 ss.; NICOLUSSI, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰ Per la quale si veda anche C. CASINI, M. CASINI e DI PIETRO, *op. cit.*, p. 184 ss.; DOLCINI, *op. cit.*, p. 27 ss.; GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 198; FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Civ., Agg.*, III, 2, Torino 2007, p. 1063.

Letture liberticide delle quali si poteva dubitare che fossero allineate alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ferma nel negare legittimità alle limitazioni del diritto alla vita privata e familiare che si ponessero in contrasto con la coscienza sociale diffusa al tempo dell'intervento legislativo¹¹. Sarebbe potuta essere questa l'argomentazione fondamentale a sostegno del ripristino dei modelli regolativi previgenti, ove si ritenesse che la coscienza sociale del tempo fosse rappresentata dal codice deontologico, dalle circolari ministeriali e dalla conseguente prassi applicativa¹².

Diversa è stata la strada percorsa dalla Corte costituzionale.

Scontata l'incostituzionalità del limite dei tre embrioni¹³, a tutela della salute della donna e del rispetto della professionalità medica, dense di implicazioni appaiono invece le argomentazioni della Corte costituzionale nelle altre decisioni in tema di procreazione assistita.

La meno rilevante ai nostri fini è la già citata sentenza n. 96 del 14.5.2015, in tema di accesso delle coppie portatrici di malattie genetiche alla procreazione assistita e alla diagnosi genetica preimpianto, dove la Corte costituzionale ha seguito l'impostazione della Corte di Strasburgo¹⁴, con argomentazioni tutt'altro che convincenti. Secondo entrambe le Corti, in un ordinamento che consente alle coppie portatrici di malattie genetiche di accedere alla diagnosi genetica preparto e all'interruzione di gravidanza con selezione embrionaria, sarebbe irragionevole non ammettere le stesse coppie alla procreazione assistita al fine di selezionare gli embrioni per l'impianto attraverso la diagnosi genetica. Modello argomentativo che sembra presupporre l'interpretazione della

¹¹ CEDU, Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, 31 novembre 2011, n. 57813/00, §§ 113 s., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 224 ss., con nota di MURGO.

¹² Invero in un ampio *obiter dictum* volto alla "contestualizzazione del divieto" la Corte costituzionale 10.6.2014 n. 162 (§ 5) aveva evidenziato che l'eterologa non è stata vietata quale frutto di una scelta consolidata nel tempo, poiché l'intervento legislativo si è inserito in una situazione preesistente in cui la tecnica era diffusamente praticata e addirittura regolata da atti normativi.

¹³ Decisa da Corte Cost., 1 aprile 2009 n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1213 ss., con nota di Ferrando.

¹⁴ CEDU, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, n. 54270/10, cit.

disciplina dell'interruzione di gravidanza, non quale intervento a tutela della salute psicofisica della donna, bensì quale tecnica selettiva per procreare un figlio non affetto da patologia genetica¹⁵. Posizione che potrebbe essere comprensibile quando sostenuta dalla Corte di Strasburgo, nella misura in cui ritenga ingiustificabile il divieto della procreazione assistita in un ordinamento che – nei fatti – non tutela adeguatamente l'embrione da prassi applicative molto più lesive dei valori che quel divieto intenderebbe proteggere. La medesima argomentazione, tuttavia, non appare plausibile nell'ottica, di confronto tra le *rationes*, in cui avrebbe dovuto porsi la Corte costituzionale: la sentenza della Corte costituzionale, peraltro, sarebbe potuta pervenire al medesimo risultato argomentando direttamente dalla conformità alla giurisprudenza della Corte EDU, imposta dall'art. 117 della Costituzione. Si aggiunga che, accolta l'idea dell'incongruenza tra i limiti alla procreazione assistita e i limiti all'interruzione della gravidanza, sarebbe stato coerente con la *ratio decidendi* della Corte di Strasburgo l'accoglimento di un criterio flessibile, tale da consentire l'accesso alla tecnica procreativa e alla diagnosi preimpianto a tutte le donne potenzialmente ammesse alla diagnosi prenatale¹⁶.

Questioni apparentemente di dettaglio risolve la sentenza n. 229 del 21.10.2015¹⁷, che ha dichiarato la incostituzionalità della norma che vietava la selezione eugenetica, nella parte in cui riferita alla

¹⁵ C. CASINI e M. CASINI, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 200 ss.

¹⁶ Né siffatta soluzione più liberale avrebbe aumentato il rischio eugenetico – rischio già paventato da FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 517 ss., 519 – in quanto in ogni caso il diritto di informazione dei genitori sulle caratteristiche genetiche sarebbe rimasto limitato ai soli profili attinenti alla salute dell'embrione dall'art. 14, comma 5, l. 40/04. L'adozione della opzione più liberale sarebbe stata più coerente con il sistema rispetto alla soluzione accolta dalla Corte costituzionale, la quale contrasta con i principi di gradualità e di proporzionalità nella misura in cui finisce per proteggere l'embrione più di quanto l'ordinamento tuteli il feto.

¹⁷ Corte Cost., 21 ottobre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, I, p. 3749 ss., con nota di CASABURI.

condotta del sanitario volta ad evitare il trasferimento in utero di embrioni che fossero risultati affetti da malattie genetiche dalla diagnosi preimpianto. Siffatta decisione, tuttavia, disponendo che l'accertamento della sussistenza della malattia genetica sia eseguito soltanto da una struttura pubblica, ha rischiato di pregiudicare l'applicazione delle tecniche nelle strutture private, aprendo spazi a un'interpretazione estensiva del divieto di selezione eugenetica, pesantemente sanzionato quale fatto di reato. Mi è parso quindi corretto che la sentenza fosse interpretata in senso restrittivo, essendo il concetto di selezione eugenetica applicabile soltanto quando l'accesso alla tecnica è richiesto da una coppia fertile, la cui malattia genetica è stata accertata da apposite strutture pubbliche, che si proponga di effettuare una selezione embrionaria, e non anche nel caso in cui la coppia sterile accede alla diagnosi preimpianto occasionalmente, per evitare l'impianto di embrioni malati. Resta da risolvere il problema della sorte degli embrioni sovrannumerari, anche a fronte della permanenza della regola, considerata costituzionalmente conforme, che ne vieta la soppressione¹⁸.

Notevolmente più incisiva per i nostri temi è stata la motivazione della sentenza n. 162 del 10.6.2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa¹⁹.

¹⁸ Nel senso della riconducibilità di questa ipotesi a quella generale che dispone la crioconservazione perpetua degli embrioni non utilizzati, sembrano deporre le Linee guide del 2008. Sul punto si vedano, tra gli altri: CAPOLUONGO, *Il problema degli embrioni residui*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1069 ss.; LANDI, *L'incerto destino degli embrioni sovrannumerari*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 907 ss.

¹⁹ Pubblicata in *Corr. giur.*, 2014, p. 1062 ss., con nota adesiva di FERRANDO, e in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 1105 ss., con nota critica di CASTRONOVO. Sulla sentenza si vedano almeno i saggi di: FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 393 ss; CICERO, PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; overosia quando diventare genitori non sembra apparire* più un dono divino, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1290 ss.; RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": la Consulta chiude al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Quaderni cost.*, 2014, p. 659 ss.; GIAC. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, *ivi*,

La dichiarazione di incostituzionalità è stata fondata sul diritto alla salute della coppia e sulla funzione terapeutica della procreazione assistita, ponendo in luce la irrazionalità di un divieto che avesse impedito l'accesso alla eterologa a quelle coppie la cui sterilità, per la sua particolare gravità, non fosse superabile con la fecondazione omologa. Peculiare l'impostazione della Corte su questo specifico aspetto: l'eterologa, pur non risolvendo la sterilità, ha comunque un effetto terapeutico perché consente di incidere sullo stato psicofisico della coppia conseguente all'infertilità.

Secondo i Giudici delle leggi, la illegittimità del divieto troverebbe altresì sostegno nel diritto all'autodeterminazione della coppia: concernendo la sfera più intima e intangibile della persona umana, la scelta di avere un figlio attraverso la fecondazione eterologa viene considerata non limitabile ove non leda altri interessi costituzionalmente tutelati.

La sentenza ha quindi accertato l'irrazionalità del bilanciamento di interessi della legislazione italiana. Per un verso negando che sussistano rischi per la salute dei donanti e dei donatari di gameti, eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica. Per altro verso, riconoscendo che i diritti del nato da eterologa alla certezza del rapporto genitoriale e alla conoscenza delle proprie origini discendono direttamente dalle regole sulla costituzione del rapporto filiale con la coppia che ha espresso il consenso e indirettamente dall'applicazione analogica delle soluzioni accolte in materia di adozione. Rilevando infine che la disciplina che protegge il rapporto filiale costituito da chi ha fatto ricorso all'eterologa in una clinica estera non costituisce una soluzione equilibrata perché, consentendo un trattamento delle coppie sterili distinto secondo le loro condizioni economiche, contrasta con il principio solidaristico della nostra Costituzione.

Percorsi argomentativi che, adeguatamente valorizzati, si sarebbero potuti considerare idonei a porre in crisi sia la disciplina

p. 663 ss.; PANE, *La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato*, in *Dir. fam e pers.*, 2018, p. 1419 ss.

dei requisiti soggettivi di accesso alla tecnica procreativa²⁰, sia il divieto di maternità surrogata quantomeno nella versione solidale²¹.

4. *Il dialogo con la Corte di Strasburgo.*

La vicenda descritta nei precedenti paragrafi mette in luce una circolarità anomala: per un verso, la disciplina della procreazione assistita è tornata a essere, nelle sue applicazioni, molto simile a quella sostanzialmente vigente prima dell'approvazione della legge 40; per altro verso, gli argomenti utilizzati dalla Corte Costituzionale per demolire i divieti possiedono una carica eversiva tale da far pensare che altri divieti si pongano in contrasto con i valori emersi nell'ordinamento sovraordinato.

Particolarmente interessante è quindi l'ultimo arresto del Giudice delle leggi, specificamente rivolto a depotenziare il senso delle motivazioni di quei precedenti, e in particolare della decisione in tema di fecondazione eterologa²²: è questa la seconda chiave di lettura, che si offre all'interprete, della narrazione con la quale il redattore Modugno tenta di ridurre a meri *obiter dicta* quelle che sino a oggi sembravano le *rationes decidendi* della Corte costituzionale.

La premessa del ragionamento della Corte costituzionale si fonda sulla primazia del legislatore ordinario nell'individuazione del punto di equilibrio: punto di equilibrio che può essere sindacato nella sua ragionevolezza, mantenendo un ampio margine di apprezzamento dei legislatori nazionali ogni qualvolta per lo specifico profilo non si registrano soluzioni sulle quali converge un ampio consenso a livello internazionale.

²⁰ SALANITRO, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 1362.

²¹ GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *TCRS*, 2018, 2, p. 151 ss.

²² In realtà la Corte costituzionale aveva già salvato dai sospetti di incostituzionalità la regola che vietava la sperimentazione sugli embrioni: si tratta tuttavia di un tema diverso da quello procreativo, nel quale entrano fortemente in gioco gli interessi personali della coppia e sul quale vi era stata una tradizione di precedenti. Il riferimento è a Corte Cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giur. it.*, 2017, p. 307 ss., con nota di CARUSI.

L'impostazione adottata dal legislatore italiano, secondo la Corte, è di segno restrittivo e si fonda su due idee fondanti: la prima, secondo la quale la procreazione assistita ha una funzione terapeutica, per cui non rappresenta una tecnica alternativa rispetto al desiderio di genitorialità; la seconda, secondo la quale l'accesso alla procreazione assistita deve riprodurre la famiglia *ad instar naturae* quale luogo astrattamente idoneo per lo sviluppo della personalità del nuovo nato.

I precedenti della Corte costituzionale – nella misura in cui predicano l'estensione dell'accesso alle tecniche alle coppie portatrici di malattie genetiche e la possibilità, per le coppie che non abbiano altra scelta, di fare ricorso alla fecondazione eterologa – non si discosterebbero da questi assi fondamentali, in quanto si limiterebbero a valorizzare la funzione terapeutica della procreazione assistita, mantenendo fermo il requisito dell'accesso alla famiglia *ad instar naturae*.

Il confronto si sviluppa principalmente verso la Corte di Strasburgo, i cui argomenti vengono in parte efficacemente criticati e, per altra parte, sterilizzati, utilizzando persuasivamente, anche se in modo strumentale, un *obiter* della stessa Corte europea.

Il dialogo con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si colloca, infatti, su un crinale delicato. Non è discusso che alla coppia omosessuale competa il diritto alla vita, non solo privata, ma anche familiare, al pari della coppia eterosessuale, anche sotto il profilo del divieto di discriminazione²³. Né è dubbio che tale diritto comprenda l'interesse a diventare genitore e al modo in cui diventarlo, per cui i limiti alla procreazione assistita devono rispondere alle finalità di cui all'art. 8, comma 2, CEDU, ed essere proporzionate allo scopo²⁴. In questa prospettiva, sarebbe legittimo

²³ A partire da CEDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04. Sulla quale si v.: PALADINI, *Le coppie dello stesso sesso tra la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 14 aprile 2010 e la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 giugno 2010 nel caso Schalk and Kopf v. Austria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 639 ss.

²⁴ Per tutte: CEDU, *Grande Chambre*, 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria*, n. 57813/00, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 224 ss., con nota di MURGO.

il dubbio che possa essere rilevante la giurisprudenza di Strasburgo in tema di adozione, che ha considerato discriminatorio il mancato accoglimento di una domanda di adozione da parte di un omosessuale, in ragione del suo orientamento sessuale, in un ordinamento, come quello francese, che ammette in generale l'adozione da parte di un singolo²⁵; così come è stato condannato il rigetto di una domanda di adozione del partner omosessuale del genitore biologico in un ordinamento, come quello austriaco, che ammette l'adozione da parte del partner eterosessuale, anche al di fuori del matrimonio²⁶. Né depone in senso diverso la sentenza della Corte di Strasburgo *Gas e Dubois c. Francia*²⁷, perché la disciplina francese che nega l'*adoption simple* al partner omosessuale di una coppia convivente, senza il consenso della madre naturale, non è discriminatoria solo poiché in quello stesso ordinamento non è richiesto il consenso dei genitori biologici qualora l'adozione sia domandata all'interno del matrimonio.

Preliminarmente, la Corte costituzionale nega che le regole in tema di adozione – e in particolare l'estensione dell'adozione ai casi particolari alle coppie omosessuali – possano assumere alcun rilievo rispetto all'accesso delle coppie omosessuali alla procreazione assistita, smentendo il precedente accostamento utilizzato dalla Corte di Strasburgo nelle sue aperture alla fecondazione eterologa, che era in qualche modo fatto proprio dal precedente della Corte costituzionale. La disciplina dell'adozione, infatti, è posta nell'interesse del minore a soddisfare il bisogno di essere accolto in una famiglia ed è, comunque, sottoposta a una valutazione di idoneità in concreto: valutazione in concreto che occorre anche nel caso di adozione in casi particolari, dove i requisiti in astratto per la costituzione del rapporto adottivo sono meno rigorosi rispetto all'adozione ordinaria. La procreazione assistita, invece, è volta a realizzare le aspirazioni genitoriali, dando un figlio a chi non lo ha: per cui si considera ammissibile, nella prospettiva del relatore, che il legislatore si preoccupi di

²⁵ CEDU, 22 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*, n. 43546/02.

²⁶ CEDU, Grande Chambre, 19 marzo 2013, *X e altri c. Austria*, n. 19010/07.

²⁷ CEDU, 15 marzo 2012, *Gas e Dubois c. Francia*, n. 25951/07.

garantire al bambino non ancora nato (*rectius*, non ancora concepito) quelle che, secondo le sue valutazioni e alla luce degli apprezzamenti della comunità sociale, appaiono le migliori condizioni di partenza, almeno in astratto.

Resta tuttavia da affrontare un secondo ostacolo. In un ordinamento come quello italiano, che ammette l'accesso alla procreazione assistita per le coppie conviventi di sesso diverso, sussistono ragionevoli perplessità sulla persuasività delle giustificazioni, che appaiono essere sostanzialmente di ordine etico e morale, del divieto di accesso nei confronti di coppie dello stesso sesso, anche ove si ammettano ampi margini di apprezzamento agli ordinamenti nazionali.

La Corte costituzionale richiama però la decisione *Gas e Dubois c. Francia* non tanto per la *ratio decidendi*, quanto piuttosto per un *obiter dictum* sulla procreazione assistita, che nega la rilevanza discriminatoria della diversità di trattamento, tra coppie etero e omosessuali, valorizzando proprio la funzione terapeutica della procreazione assistita: se l'accesso alla procreazione assistita è giustificato da ragioni terapeutiche, si può applicare soltanto alla presenza di patologie della coppia eterosessuale e non alla coppia di persone dello stesso sesso, poiché per costoro – in quanto coppia, ancorché uno o entrambi i componenti siano sterili – la procreazione sarebbe comunque preclusa fisiologicamente²⁸.

²⁸ CEDU, 15 marzo 2012, cit.: “63. *S’agissant de l’insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD) telle que prévue par le droit français, la Cour constate que, sans remettre en cause les conditions d’accès à ce dispositif, les requérantes en critiquent les conséquences juridiques et allèguent une différence de traitement injustifiée (paragraphe 43 in fine). Or, la Cour observe d’abord que les requérantes n’ont pas contesté cette législation devant les juridictions nationales. Surtout, la Cour relève que si le droit français ne prévoit l’accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l’existence d’un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d’une maladie grave (voir paragraphes 25 et 26). Ainsi, pour l’essentiel, l’IAD n’est autorisée en France qu’au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n’est pas comparable à celle des requérantes. Il s’ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l’IAD ne peut être considérée comme étant à l’origine d’une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes. La Cour constate également*

5. *Obiter o ratio? Per una lettura critica.*

È nel confronto con gli argomenti invocati dalla Corte costituzionale nel precedente del 2014 che si avverte, invece, tutta la tensione argomentativa dell'ultimo arresto, volto a tentare di limitare la portata del precedente senza smentirlo formalmente.

Per un verso, la Corte nega che costituisca violazione dell'art. 3 Cost. la disparità di trattamento con le coppie omosessuali che possono sopportare i costi per recarsi all'estero, osservando che diversamente opinando qualsiasi disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata alla più permissiva delle legislazioni straniere: sostenendo quindi che la diversa valutazione del precedente era legata alla specificità dell'oggetto del contendere. Per altro verso, respinge l'idea che la funzione terapeutica possa imporre di soddisfare qualsiasi bisogno soggettivo che la coppia consideri essenziale e la cui mancata soddisfazione reputi lesivo della sua salute psicofisica: se il precedente avesse realmente inteso pervenire a tale risultato, non avrebbe confermato i requisiti soggettivi di accesso alla procreazione assistita, i quali seguendo tale impostazione andrebbero tutti travolti.

Non appare, tuttavia, persuasivo il tentativo di ridurre la portata degli argomenti del precedente sull'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, con un'interpretazione che li costringe in quella specifica fattispecie.

Mi sembra condivisibile l'idea che la differenza di disciplina con altro ordinamento non costituisca di per sé ragione di illegittimità costituzionale. La Corte costituzionale, tuttavia, in quel precedente del 2014, non si limitava a sottolineare la differenza di disciplina con gli ordinamenti stranieri, quanto piuttosto poneva in evidenza che il divieto di fecondazione eterologa era congiunto con l'espressa regolazione degli effetti costitutivi del rapporto filiale con il nato fecondato con eterologa (evidentemente all'estero): era il complesso della disciplina interna che rendeva evidente l'irragionevolezza dell'equilibrio normativo tra gli interessi in

que ces normes ne permettent pas l'établissement du lien de filiation adoptif qu'elles revendiquent".

conflitto. In questa prospettiva, la questione sembra porsi in termini analoghi nel caso di carenza di requisiti soggettivi, ove si ammetta che il rapporto genitoriale costituito all'estero dalla coppia omosessuale possa essere registrato in Italia (secondo un modello ormai pacificamente accolto dalla Cassazione anche a Sezioni Unite); tanto più se si accetta la tesi, a tutela dell'interesse del concepito, che i requisiti soggettivi valgano soltanto quale limite alla fecondazione dell'embrione e non per l'impianto di un embrione già fecondato.

In ogni caso, la questione dirimente è se la regola, che pretende la diversità di sesso quale requisito, disponga un equilibrio ragionevole tra gli interessi della coppia di accedere alla procreazione assistita e gli interessi contrapposti.

Il tentativo di interpretare in senso restrittivo il precedente, sostenendo che il diritto alla salute psicofisica vada considerato tutelato soltanto se derivi da una condizione patologica della coppia, non sembra riuscito: se non altro perché in quel precedente si faceva anche richiamo a un diritto all'autodeterminazione della coppia, quale interesse per l'accesso alla genitorialità, che non sembra possa ammettere discriminazioni secondo il sesso dei suoi membri e che, nella prospettiva corrente²⁹, sarebbe soggetto a limiti

²⁹ Invero, un analogo tentativo di rimuovere l'eccesso di senso, che sarebbe derivato dall'argomentazione della sentenza n. 162 del 2014, mi aveva condotto a proporre una prospettazione di segno diverso che, pur assonante con qualche passo di questa sentenza, racchiudeva anche una lettura critica della giurisprudenza costituzionale sui limiti ai diritti fondamentali: cfr. Salanito, *I requisiti soggettivi cit.*, 1364 ss., per il quale "Il principio di tassatività dei limiti ai diritti fondamentali – che può apparire convincente in relazione ai diritti nominati in una costituzione rigida – diviene privo di giustificazione, pur essendo tralattivamente condiviso dalla dottrina costituzionalista (che impone il bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti), nella misura in cui si consenta l'elaborazione di nuovi diritti alla giurisprudenza costituzionale, attraverso la regola dell'art. 2 Cost.: appare ragionevole attribuire ai giudici costituzionali, contestualmente al potere di porre nuovi diritti, quello di configurarli e di limitarli. Ai giudici costituzionali, in altre parole, deve essere riconosciuto il potere di comportarsi come un vero e proprio costituente, tenendo conto delle ragioni che stanno a fondamento del riconoscimento, nonché delle innovazioni e degli indici conformativi derivanti da eventuali fonti extrastatali (ad es. sentenze della Corte di Strasburgo) che tali diritti hanno

soltanto in presenza di un contrasto con valori pari o sovraordinati. Diritto all'autodeterminazione della coppia che, pur essendo il perno della decisione sull'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, non è richiamato nella sentenza più recente nella sua portata di diritto costituzionalmente tutelato, ma solo quale profilo del diritto alla vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione EDU³⁰.

Omissione che non può che essere consapevole, se proveniente da un giurista raffinato come Franco Modugno. Omissione però che mette in luce con impietosa evidenza la debolezza del tentativo di rilettura della sentenza n. 162 del 2014: solo un'aperta critica al precedente avrebbe potuto giustificare il *revirement* della Corte costituzionale.

6. Beyond the Loop.

previamente riconosciuto: potere giudiziale che deve essere esercitato anche se il diritto è già stato posto in forma assoluta in precedenti decisioni ogni qualvolta il giudice si trova di fronte a questioni nuove che derivano dalle potenzialità espansive della situazione soggettiva già ammessa. Se si accoglie questa prospettiva, si può configurare e delimitare il diritto all'autodeterminazione, o se si preferisce alla procreazione assistita, secondo un modello di utilità sociale. In questo contesto, l'interesse di una coppia fertile e non portatrice di malattie genetiche di accedere alla tecnica procreativa, quale metodo alternativo di procreazione, non dovrebbe avere accesso alla procreazione assistita in quanto non sarebbe portatrice di valori oggettivamente rilevanti, come quello di superare la condizione di sterilità o di escludere il rischio di impiantare embrioni malati: la coppia fertile può esercitare, infatti, il proprio diritto alla vita familiare (o se si preferisce può autodeterminarsi alla filiazione) attraverso i metodi naturali, per cui non occorre estendere la tutela sino a consentire un accesso indiscriminato alla tecnica di assistenza alla procreazione". Siffatta prospettazione invero faceva riferimento anche al pensiero di MODUGNO, I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale, Giappichelli, 1995, 18, secondo il quale "tutti i diritti costituzionalmente statuiti sono anzitutto valori e come tali nascono sempre intrinsecamente limitati".

³⁰ Per l'idea che il diritto all'autodeterminazione richiamato nella sentenza n. 162 del 2014 non fosse altro che una traslazione della disciplina dell'art. 8 della Convenzione EDU, si consenta ancora il rinvio a SALANITRO, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 1364, dove però se ne metteva in luce l'assunzione quale valore interno di diritto di rilevanza costituzionale.

È questa la terza, e forse ultima, chiave di lettura della più recente decisione della Corte costituzionale: un'occasione perduta per fare chiarezza da parte di chi, non volendosi impegnare nella critica frontale al precedente, tenta di depotenziarlo, circoscrivendone la rilevanza a quella specifica fattispecie. Il ciclo è chiuso e al contempo dischiuso: si conserva integra la portata assiologica del precedente, resta quindi uno spiraglio per il percorso, inesorabile nel tempo della “deificazione” dell'umanità³¹, che conduce verso l'utilizzo della procreazione assistita quale tecnica per gestire la genitorialità.

Con due precisazioni, che introducono altri elementi di incertezza.

Per un verso resta dubbia la distinzione, tra accesso alla fecondazione e requisiti per la costituzione dello stato filiale, predicata per la fecondazione eterologa dall'art. 9 l. 40/04: se si condividesse la distinzione, che troverebbe conferma nella lettera dell'art. 5 l. 40\04, la quale dispone i requisiti per la fecondazione dell'embrione (e quindi non per l'impianto o per la successiva costituzione dello status), la coppia omosessuale non avrebbe ragione di costituire lo *status* all'estero, potendo lo stesso essere costituito in Italia, anche da coppia di genitori entrambi italiani. In questo senso depone una recente decisione di legittimità in tema di fecondazione *post mortem*: la Cassazione esclude che la norma posta dall'art. 5 possa regolare la fecondazione *post mortem* effettuata all'estero e ritiene che il rapporto filiale, ove il consenso non sia stato revocato al momento della fecondazione dell'embrione, debba essere costituito anche con il genitore già defunto in base all'art. 8 della l. 40³². Anche se di tale giurisprudenza non sembra tenere conto la sentenza della Corte costituzionale n. 237/2019, la quale ha dichiarato inammissibili le

³¹ Per chi avverte la potenza delle suggestioni di HARARI, Homo Deus. *Breve storia del futuro* (tr. it.), Bompiani, 2017, *passim*, il quale, non a caso, dedica ampio spazio al tema dell'eugenetica, mettendo in risalto la strutturale inadeguatezza degli sforzi repressivi delle pratiche nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali.

³² Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1117 ss., con nota di ZAPPATORE.

questioni oggetto di un'ordinanza del Tribunale di Pisa³³, che aveva sollevato il dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile e dell'ordinamento dello stato civile, le quali avrebbero impedito la formazione di un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso.

Per altro verso, la valorizzazione della funzione terapeutica della procreazione assistita sollecita una revisione, o almeno una interpretazione restrittiva, del divieto di maternità surrogata: tale divieto, infatti, nega in assoluto la possibilità di accedere alla genitorialità proprio alle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis* di tutela del diritto alla salute, secondo quella parte del modello argomentativo della sentenza sulla fecondazione eterologa che ha trovato conferma in quest'ultimo arresto. È pur vero che la giurisprudenza di legittimità – seguita dalla stessa Corte costituzionale – ha negato la compatibilità della tecnica con il diritto alla dignità della donna portante e con la disciplina dell'adozione: ma tale negazione, argomentata per la maternità surrogata commerciale³⁴, non appare persuasiva se riportata al caso della surrogazione solidale, in cui la donna che si mette a disposizione è mossa da intenti nobili e solidali, ogni qualvolta almeno uno dei membri della coppia abbia fornito i propri gameti³⁵. L'apertura di spazi per la maternità surrogata

³³ Trib. Pisa, 15 marzo 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1569 ss., con nota di GRASSO.

³⁴ Si riferiscono a casi di maternità surrogata commerciale, per di più senza legami genetici con entrambi i genitori: Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, p. 893 ss.; Corte Cost., 18 dicembre 2017, n. 272 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 540 ss., con nota di GORGONI.

³⁵ Non valorizzano la specifica differenza di valore le Sezioni Unite della Cassazione, 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 737 ss., con nota di SALANITRO, e in *Fam. dir.*, 2019, p. 653 ss., con note di DOGLIOTTI e di FERRANDO, le quali riprendono i medesimi argomenti usati contro la surrogazione commerciale per negare la costituzione del rapporto filiale al nato da maternità surrogata solidale effettuata all'estero. Auspicano un'interpretazione restrittiva del divieto che non coinvolga i comportamenti solidali: Scalisi, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1097 ss.; GRASSO, *Per un'interpretazione*, cit. Sulla rilevanza del legame genetico con almeno uno dei genitori intenzionali si v. LUCCHINI GUASTALLA, *Maternità surrogata e best interest of the child*, in *Nuova giur. civ.*

solidale farebbe venire meno l'ostacolo – rappresentato dal rischio che il venir meno del requisito soggettivo della diversità di sesso consenta una disparità di trattamento tra coppie omosessuali, se maschili o femminili – che sembra collocarsi sullo sfondo del pensiero della Corte costituzionale³⁶.

comm., 2017, II, p. 1722 ss. e, in altra prospettiva G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, p. 337 ss.

³⁶ Rileva la Corte in sede di descrizione dell'oggetto del giudizio (§ 8) che, ove fosse fondata la questione di costituzionalità del divieto di accesso alla coppia omosessuale, l'effetto estensivo si sarebbe applicato solo alle coppie omosessuali femminili e non a quelle maschili, vincolate dalla tecnica comunque vietata della maternità surrogata.

ANDREA SARDINI
Dottorando in diritto privato
Università di Roma Tre

SE CONOSCERE LE PROPRIE ORIGINI NON È (SEMPRE) POSSIBILE

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza alla ricerca di un difficile equilibrio. – 2. Le ragioni della segretezza. – 3. La scelta materna nel diritto positivo. – 4. Proposte di legge e (limiti alla) politica del diritto.

1. *La giurisprudenza alla ricerca di un difficile equilibrio.*

Quale spazio può essere riservato all'intervento del legislatore nella complessa ricerca di un equilibrio tra il diritto di una madre di partorire nell'anonimato e le – spesso antitetiche – necessità di realizzazione individuale del proprio figlio? Avere la pretesa di rispondere con immediatezza al quesito rischia, come vedremo, di significare due cose. La prima: non aver compreso appieno la delicatezza che necessariamente accompagna la selezione dei tasti da toccare quando si parla del rapporto che intercorre tra i soggetti coinvolti, ritenendo che il diritto (*rectius*: la politica del diritto) possa annichilire il dato emozionale a favore della logica macrosociale. La seconda (per certi versi consequenziale): non vedere che, alla base della norma, l'ordinamento riconosce una *ratio*, che, spesso, va ben oltre la tutela della singola posizione giuridica soggettiva ivi identificata.

Com'è noto, il sistema giuridico nazionale (ma anche quello di altri ordinamenti europei, segnatamente quello francese)¹ garantisce

¹ Per un'indagine comparatistica v., *ex multis*, MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1770 ss.; RENNA, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, p. 97 ss.; FALBO,

alla madre il diritto di partorire nell'anonimato, consentendole di indicare, all'interno dell'atto di nascita, «di non voler essere nominata».

Il quadro sistematico nel quale s'inserisce tale diritto non è, però, né univoco né, tantomeno, definitivo². L'*iter* che ha portato al suo attuale assetto è stato, infatti, caratterizzato – specie negli ultimi decenni – da un profondo conflitto non solo tra la tutela della segretezza della madre – invero, come si spiegherà a breve, strumentale alla difesa del più generale diritto alla vita – e le istanze dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche, ma anche tra il diritto della donna a revocare la propria scelta e l'interesse dei genitori adottivi a evitare il turbamento che tale revoca potrebbe comportare agli equilibri *medio tempore* sviluppatasi entro il proprio nucleo familiare³.

In particolare, l'acquisizione di una maggior consapevolezza in ordine all'esistenza di istanze tra loro antitetiche – e, dunque, all'improrogabile necessità di operare tra queste un adeguato bilanciamento – è anzitutto dovuta alle fonti internazionali e all'interpretazione che, di queste, è stata data nel formante giurisprudenziale.

Sotto il profilo del diritto positivo, il principio che vede nel diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche un presupposto indefettibile della formazione psicologica dell'individuo si avvia verso un percorso di consolidamento grazie all'art. 7 della Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 1989 – sottoscritta il 20 novembre 1989 e poi ratificata dal nostro legislatore con la l. 27 maggio 1991, n. 176 – nella quale si legge che il fanciullo ha diritto, «nella misura del possibile, a conoscere i suoi

Il diritto alle origini fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Spunti per una comparazione, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, p. 1066 ss.

² Lo rileva, tra gli altri, RENNA, *op. cit.*, p. 76.

³ La giurisprudenza, in origine, era orientata a negare l'esistenza del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. V., in passato, Trib. minori Torino, 4 febbraio 1983, in *Dir. fam.*, 1986, p. 186; Trib. minori Roma, 30 maggio 1994, in *Corr. giur.*, 1994, p. 1315; Trib. minori Torino, 5 febbraio 1997, in *Dir. fam.* 1998, p. 164. In senso positivo circa il diritto dell'adottato alla ricerca delle proprie origini, invece, Trib. minori Perugia, 19 luglio 1999, in *Corr. giur.*, 2000, p. 319; Trib. minori Perugia, 27 febbraio 2001, in *Giur. mer.*, 2001, p. 622.

genitori e ad essere allevato da essi». Così anche il successivo art. 8, che si pone a presidio di tale diritto, affermando che ciascuno Stato parte della Convenzione si impegna «a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari».

Ancora prima – e ancora più chiaramente – all’art. 30 della Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale del 1983 – sottoscritta il 29 maggio 1993 e poi ratificata con l. 31 dicembre 1998, n. 476 – poteva già leggersi che le autorità di ciascuno Stato «conservano con cura le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, in particolare quelle relative all’identità della madre e del padre ed i dati sui precedenti sanitari del minore e della sua famiglia», nonché che le stesse «assicurano l’accesso del minore o del suo rappresentante a tali informazioni, con l’assistenza appropriata, nella misura consentita dalla legge dello Stato».

E non solo. Nella stessa direzione muovono anche l’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, nella parte in cui tutela il diritto «al rispetto della propria vita privata e familiare», nonché la Raccomandazione n. 1443/2000 dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa, nella quale il diritto alla conoscenza delle proprie origini trova ampio e profondo riconoscimento⁴.

Si tratta di prese di posizione fortemente innovative per il periodo storico e sociale in cui si collocano e coerenti con il consolidamento di un vero e proprio *favor veritatis*⁵, grazie alle quali negli ordinamenti degli Stati contraenti fu avviato un procedimento volto a garantire, con l’adozione di specifici presidi (si pensi, come vedremo a breve, alla previsione di soglie di età e/o alla sussistenza

⁴ ADAMO, *Il diritto dell’adottato a conoscere le proprie origini*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 330, a tale riguardo richiama anche la risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 31 dicembre 1991 e la risoluzione del 12 dicembre 1996, «nelle quali si insiste sulla necessità di prevenire le situazioni di abbandono, attraverso strumenti di cooperazione internazionale e di aiuti alle famiglie disagiate».

⁵ ADAMO, *op. loc. ult. cit.*; PANE, *Favor veritatis e diritto di conoscere le proprie origini nella recente riforma delle adozioni*, in Favale e Marucci (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Cantelmo*, Napoli, 2003, p. 259 ss.

di gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psicofisica del richiedente), la possibilità per l'adottato di prendere coscienza delle proprie origini biologiche.

Spostando l'analisi all'interno del perimetro nazionale, si evince come la sensibilità del legislatore verso le istanze di tutela del diritto dell'individuo a conoscere le proprie origini biologiche si sia manifestata – pur con una certa timidezza – a partire dalla modifica, da parte dell'art. 24 della l. 28 marzo 2001, n. 149, all'art. 28 della l. 4 maggio 1983, n. 184⁶, in conseguenza della quale, al comma 5⁷, si dispone che l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, «può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici»⁸.

⁶ Nonché al titolo VIII del Libro I del Codice civile.

⁷ Il medesimo comma consente, poi, l'accesso a tali informazioni anche al maggiorenne che non abbia ancora compiuto i venticinque anni di età, ma solo «se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica». Sulle ragioni di tale scelta – e sulla conseguente disparità di trattamento rispetto al venticinquenne – da più parti sono state sollevate non poche perplessità. V., *ex multis*, ADAMO, *op. cit.*, p. 332; ZANOVELLO, *Anonimato materno e diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: la parola al legislatore*, in *Studium iuris*, 2019, p. 1184; LENTI, *Adozione e segreti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 240; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto di conoscere le proprie origini*, in Ferrando (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007, p. 638; LIUZZI, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 92 ss.; v. però LISELLA, *Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegezi del nuovo testo dell'art. 28, l. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 436. Ma v. LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005, p. 128 ss., che condivide l'opportunità dell'innalzamento della soglia d'età a venticinque anni.

⁸ Ai sensi del testo originale della norma, infatti, all'adottato era precluso l'accesso a qualsiasi informazione sul punto, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria. Il comma 1 recitava che «Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore e della annotazione di cui all'ultimo comma dell'articolo 26»; mentre il comma 2, che «L'ufficiale di stato civile e l'ufficiale di anagrafe debbono rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria».

La presa di posizione, tuttavia, è stata più che altro di principio poiché, una volta inseritasi nel quadro sistematico, non è poi stata in grado di piegare la ferrea tutela accordata alla madre che avesse scelto, al momento del parto, di non voler essere nominata.

Sul punto la posizione del legislatore è infatti stata – e, come vedremo, in parte lo è tuttora – piuttosto rigida. L'art. 2 della l. 15 maggio 1997, n. 127, modificando l'art. 70 del r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, dispone che, nella dichiarazione di nascita, sia necessario rispettare «l'eventuale volontà della madre di non essere nominata». Così anche l'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396⁹ nonché – quanto meno fino al momento della sua abrogazione – l'art. 177, comma 2, del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il quale modificava l'originale comma 7 dell'art. 28, l. n. 184/1983 con il seguente: «L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396»¹⁰. E così ancora l'art. 93, comma 2, dello stesso d. lgs. n. 196/2003: «Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento», periodo durante il quale – si legge al comma 3 – «la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia

⁹ Che, infatti, così recita: «La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica ovvero da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

¹⁰ L'art. 28, nella sua formulazione originaria, comportava una netta cesura dei rapporti dell'adottato con la famiglia naturale, temperata dalla sola ipotesi dell'«espressa autorizzazione dell'autorità giudiziaria». Sul punto v. ADAMO, *op. cit.*, p. 329 e RESTIVO, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto alla identità personale*, in *Familia*, 2002, p. 692 ss.

dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile».

È, invece, grazie alla giurisprudenza – specie costituzionale – che le istanze di provenienza sovranazionale sono state in grado di penetrare, seppur gradatamente, all'interno del nostro ordinamento, contribuendo – con l'ausilio della dottrina¹¹ – alla formazione di una progressiva presa di coscienza circa l'importanza dell'interesse dell'individuo alla ricostruzione della propria origine.

A tale riguardo, un primo tassello è stato fissato dall'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09¹², che, nel celebre caso *Godelli c. Italia*, ha rilevato la contrarietà all'art. 8 della Convenzione della disciplina italiana nella parte in cui – in difformità rispetto ad altri ordinamenti, come quello francese, che consente la revoca della segretezza¹³ –

¹¹ Diversi sono, infatti, i contributi che non si sono limitati a una mera ricognizione del dato positivo, coinvolgendo altresì l'ambito psicologico e sociologico e, quindi, lo studio della ricostruzione della propria storia non come mera curiosità, bensì quale aspetto fondamentale dello sviluppo della propria personalità. Entro il profilo più strettamente giuridico si segnala LENTI, *L'accesso alla conoscenza delle proprie origini genetiche nella prospettiva legislativa*, in *Minori e giust.*, 2, 1997, p. 23 ss.; BOZZI, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 170; PETRONE, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2004, *passim*; M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim*; in ambito sociologico RONFANI, *Conoscenza delle origini e altri problemi dell'adozione nelle prospettive sociologica e antropologica*, in *Minori e giust.*, 2, 1997, p. 40 ss.; in una prospettiva psicologica GHEZZI, *Il bisogno di sapere come si è nati nella prospettiva psicologica*, *ivi*, p. 54 ss.

¹² Corte Edu, II sez., *Affaire Godelli vs. Italie*, 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09. V. anche Corte Edu, 7 luglio 1989, n. 10454/83 (*Gaskin c. Regno Unito*); Corte Edu, 7 febbraio 2002, ric. 53176/99 (*Mikulic c. Croazia*); Corte Edu 13 febbraio 2003, ric. 42326/98 (*Ovièdre c. Francia*).

¹³ In Francia, la l. n. 2002-93 del 22 gennaio 2002 riconosce espressamente la necessità di trovare un equilibrio tra le posizioni in conflitto e, a tal fine, pur non mettendo in dubbio l'istituto dell'*accouchement sous X*, consente di sollecitare la reversibilità del segreto sull'identità della madre: la madre è solo invitata al rilascio delle informazioni e, in questo senso, non ha alcun obbligo, potendosi sempre opporre che la sua identità sia svelata anche dopo la sua morte. E nemmeno il Consiglio nazionale istituito dalla medesima legge dispone di alcun potere a

non si preoccupava di disciplinare la reversibilità della scelta materna alla segretezza, privilegiando in termini assoluti le istanze della donna rispetto a quelle del figlio biologico¹⁴. Secondo la Corte, il diritto di conoscere le proprie origini biologiche rientrerebbe nel campo della «vita privata» di cui all'art. 8 della Convenzione, il quale vieta agli Stati qualsiasi ingerenza nell'esercizio di tale diritto, salvo che ciò «costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». La nascita e le relative circostanze, compresa l'identità dei genitori, interesserebbero infatti quegli elementi utili all'individuo – a prescindere dall'età o da altre condizioni personali – per acquisire consapevolezza in ordine alla propria soggettività e, dunque, potrebbero essere sacrificati soltanto nell'ottica di un irrinunciabile bilanciamento con istanze di almeno pari livello.

La Corte – già collocandosi nell'ottica di un (difficile) bilanciamento – evidenzia tuttavia come la portata dell'art. 8 ricomprenda non solo la posizione del figlio, ma anche quella della madre, il cui interesse all'anonimato non può, parimenti, essere arbitrariamente sacrificato poiché, *inter alia*, strumentale a evitare conseguenze inaccettabili come l'aumento del rischio di abbandoni o di interruzioni clandestine della gravidanza.

Sulla scia dell'auspicio della Corte Edu si colloca, quindi, il successivo intervento della Corte costituzionale¹⁵ – invero non

riguardo, non potendo prendere nessuna decisione finale sulla rimozione del segreto nel caso in cui la madre rimanga ferma sulla propria volontà di rimanere riservata. Così dispone l'art. L. 147-6 del *Code de l'action sociale et des familles*, introdotto dall'art. 1 della citata legge del 22 gennaio 2002.

¹⁴ Nel caso di specie la ricorrente si era vista precluso, in modo assoluto e definitivo, l'accesso a qualunque informazione sulla propria famiglia biologica, comprese quelle che non implicavano l'automatica identificazione della madre.

¹⁵ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 3 ss., con nota di CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 471, con nota di AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia; un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 13, con nota di LISELLA,

nuova a pronunciarsi sul punto¹⁶ – in occasione del quale il giudice delle leggi si è discostato dal proprio precedente orientamento¹⁷, dichiarando l'illegittimità costituzionale, per contrasto agli artt. 2, 3 e 32 Cost.¹⁸ dell'art. 28, comma 7, l. n. 184/1983 nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, d. lgs. n. 196/2003, nella parte in cui non prevedeva – «attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza» – la possibilità, per il giudice, su istanza del figlio, di interpellare la madre che avesse dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, consentendole così di revocare tale volontà.

La Corte – conscia della delicatezza della questione rimessa al suo giudizio – da un lato sa bene che negare integralmente il diritto alla conoscenza delle proprie origini – oltre a porsi in aperto contrasto con i principi che il nostro ordinamento ha voluto accogliere – significherebbe rischiare il negativo condizionamento della sfera personale dell'individuo; dall'altro è però consapevole, così come lo era la Corte Edu, dell'inopportunità di operare un netto ridimensionamento dell'opposto diritto materno alla riservatezza.

Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini; in Fam. dir., 2014, p. 11 ss., con nota di CARBONE, Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno.

¹⁶ V. Corte cost., 25 novembre 2005, n. 425, in *Fam. dir.*, 2006, p. 129 ss., con nota di ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partorienti*; in *Dir. inf.*, 2006, p. 105 ss., con nota di TRUCCO, *Anonimato della madre versus "identità del figlio" davanti alla Corte Costituzionale*; e in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 884 ss., con commento di CARETTI, *Accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata.*

¹⁷ La Corte aveva, infatti, dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184 nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, e 32 Cost.

¹⁸ Evidenzia ADAMO, *op. cit.*, p. 326, che la famiglia «non è più identificata come luogo di attuazione delle esigenze economiche e di conservazione del patrimonio [...] ma assume una valenza sociale primaria». V. anche PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 145 ss. e 165 ss.

La soluzione è, quindi, obbligata, e va nella stessa direzione indicata dalla Corte Edu. Occorre consentire al figlio di esercitare un interpello attraverso l'autorità giudiziaria, secondo un procedimento – pur definito nei soli tratti essenziali – che però garantisca, al contempo, la riservatezza della madre, la cui posizione rimane – e non potrebbe essere altrimenti – saldamente oggetto di tutela da parte del legislatore. Uno «strumento neutro, idoneo a fornire una prima risposta alle esigenze di cambiamento dell'istituto, e provvisorio, in considerazione dell'esplicito invito al legislatore di intervenire sulla materia»¹⁹.

La ragione di tale apertura è da rinvenirsi, secondo il giudice delle leggi, nella distinzione tra «genitorialità giuridica» e «genitorialità naturale», per la quale «una rinuncia irreversibile alla genitorialità giuridica non può ragionevolmente implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla genitorialità naturale», a pena di incorrere, «con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 cost.», in una definitiva recisione della relazione di fatto tra madre e figlio²⁰.

Chiariti, quantomeno in principio, la reversibilità della scelta materna e i tratti essenziali cui deve conformarsi la relativa procedura, la Corte lascia intendere la necessità (e l'urgenza) di un intervento del legislatore.

La pronuncia, infatti, lascia aperte numerose questioni: non soltanto, come si è già accennato, restano imprecisate le modalità di gestione dell'interpello, ma anche quelle – ancor più delicate –

¹⁹ Così FALBO, *op. cit.*, p. 1060.

²⁰ GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra corti*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 47, evidenzia la «dubbia coerenza della soluzione "additiva" adottata dalla Corte con il timore, pur dalla stessa manifestato, che "il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà" possa tradursi, di fatto, in un non marginale disincentivo al ricorso a quell'istituto del parto anonimo, dal legislatore voluto proprio per "distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo [= il figlio, concepito o nato che sia] ben più gravi" – non si può non rilevare come, pur dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013, la donna rimanesse, comunque, arbitro unico della partita: il velo dell'anonimato non avrebbe potuto essere squarciato, se non con il suo consenso espresso».

dell'indagine volta al reperimento della madre. E ancora, non si comprende quale debba essere l'esito dell'interpello in caso di morte o sopravvenuta incapacità della madre. Si produce una revoca automatica della scelta materna ovvero una sua definitiva cristallizzazione, sia pure entro il termine di cent'anni previsto dalla legge?

In ordine al primo profilo, sono diverse le linee guida che – nell'attesa dell'intervento del legislatore e in difformità all'auspicio di una parte della giurisprudenza di astenersi dal dar vita a «prassi procedurali» potenzialmente pregiudizievoli per il diritto materno all'anonimato²¹ – sono state avanzate dai tribunali minorili²².

²¹ Così App. Milano, 10 marzo 2015, n. 496, la quale, come evidenzia ADAMO, *op. cit.*, p. 347, motiva la propria decisione in relazione alla tipologia di sentenza emessa dalla Corte costituzionale. Trattandosi di una «sentenza additiva di principio», è «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto»

²² Ce ne fornisce una sintetica descrizione la citata Cass., Sez. un., n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477 ss., con note di LIPARI, *Giudice legislatore* e di AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*. Una prima proposta, cui hanno aderito alcuni tribunali, dispone che il Tribunale per i minorenni, «una volta ricevuto il ricorso del figlio, forma il relativo fascicolo, secretato sino alla conclusione del procedimento e anche oltre; alla luce della visione del fascicolo della vicenda che portò all'adozione, incarica la polizia giudiziaria di acquisire, presso l'ospedale di nascita, notizie utili alla individuazione della madre del ricorrente; ove la madre risulti in vita, incarica il servizio sociale del luogo di residenza di questa (per via consolare, in caso di residenza all'estero) di recapitare, esclusivamente a mani proprie dell'interessata, una lettera di convocazione per comunicazioni orali, indicando diverse date possibili nelle quali le comunicazioni verranno effettuate, presso la sede del servizio o, ove preferito, al domicilio di quest'ultima. Le linee guida di quel Tribunale prevedono inoltre che: ove la madre biologica, in sede di notificazione, chieda il motivo della convocazione, l'operatore del servizio sociale dovrà rispondere “non ne sono a conoscenza”, osservando in ogni caso il più stretto segreto d'ufficio; il servizio notificante informa il giudice delle condizioni psicofisiche della persona, in modo da consentire le cautele imposte dalla fattispecie; il colloquio avviene nel giorno e nel luogo scelto dall'interessata, tra

Con riferimento alla seconda questione, vale a dire al «destino» cui va incontro l'interpello in caso di decesso o sopravvenuta incapacità della madre, non essendovi indicazioni sul punto, i giudici di merito che se ne sono occupati hanno, nella maggior parte dei casi,

quest'ultima – da sola, senza eventuali accompagnatori – e il giudice onorario minorile delegato dal giudice togato. A questo punto, secondo le direzioni pratiche, l'interessata viene messa al corrente dal giudice che il figlio che mise alla luce quel certo giorno ha espresso il desiderio di accedere ai propri dati di origine, e viene informata che ella può o meno disvelare la sua identità e può anche richiedere un termine di riflessione. Se la donna non dà il suo consenso al disvelamento, il giudice ne dà semplice riferimento scritto al Tribunale, senza formare alcun verbale e senza comunicare il nome del richiedente; se invece la persona dà il suo consenso, il giudice redige verbale, facendolo sottoscrivere alla persona interessata, solo allora rivelando a quest'ultima il nome del ricorrente». Altri, invece, hanno aderito alla procedura secondo cui il Tribunale per i minorenni prevede «la convocazione, da parte del giudice, del rappresentante dell'Ufficio provinciale della pubblica tutela, che consegna la busta chiusa contenente il nominativo della madre: il rappresentante dell'Ufficio della pubblica tutela viene fatto uscire dalla stanza; il giudice apre la busta e annota i dati della madre, inserendoli in altra busta, che chiude e sigilla, redigendo un verbale dell'operazione; la prima busta viene nuovamente sigillata e, siglata dal giudice con annotazione dell'operazione compiuta, viene riconsegnata al rappresentante dell'Ufficio, a questo punto fatto rientrare e congedato. Tramite l'Ufficio dell'anagrafe, il giudice verifica la permanenza in vita della madre e individua il luogo di residenza. Il fascicolo rimane nell'esclusiva disponibilità del giudice ed è indisponibile per il ricorrente, che non potrà compulsarlo, essendo abilitato soltanto a estrarre copia del suo ricorso. Ove la madre sia individuata, il giudice, avuta nozione delle caratteristiche del suo luogo di residenza, considerando le caratteristiche personali, sociali, cognitive della donna, prende contatto telefonico con il soggetto ritenuto più idoneo nel caso concreto (responsabile del servizio sociale o comandante della stazione dei carabinieri), senza comunicare il motivo del contatto e chiedendo solo di verificare la possibilità di un colloquio con la madre in termini di assoluto riserbo. Solo ove sia concretamente possibile l'interpello in termini di assoluta riservatezza, viene delegato il responsabile del servizio sociale (ovvero un giudice perché si rechi in loco) al contatto della madre e alla manifestazione a questa della pendenza del ricorso da parte del figlio. Il responsabile del servizio o il giudice raccolgono a verbale la determinazione della madre, di conferma ovvero di revoca dell'anonimato; solo ove la madre revochi la originaria opzione per l'anonimato, il ricorso, sussistendo le altre condizioni di cui all'art. 28 della legge n. 184 del 1983, viene accolto, e il ricorrente accede al nominativo materno». V. anche Trib. Firenze, 7 maggio 2014; App. Catania, 5 dicembre 2014.

respinto la richiesta dell'adottato, ritenendo che la morte non potesse configurare un'implicita revoca dell'anonimato²³.

Ad esiti opposti è, invece, giunta la Corte di cassazione – a partire da una pronuncia divenuta rilevante poiché fondante un (apparente) orientamento²⁴ –, il cui percorso ricostruttivo, giunto all'esito di una curiosa interpretazione creativa dei principi già espressi dalla Corte costituzionale, dà quasi l'idea di essere stato orientato in funzione del risultato auspicato²⁵.

Chiamata a decidere in ordine a un caso di respingimento di un interpello successivo al decesso della madre, la Suprema Corte si è infatti cimentata in un percorso che, ritenendo inapplicabile il limite dei cento anni per il caso in cui la madre deceda, ha in buona parte integrato – quando non contraddetto – l'insieme dei principi espressi dapprima dalla Corte Edu e, poi, dalla Corte costituzionale.

Leggiamo infatti che, essendo il diritto del figlio all'identità «condizione essenziale del diritto all'autonomia e allo sviluppo della persona», questo «fa parte del nocciolo duro del diritto al rispetto della vita privata», per cui «il bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco appare una categoria inefficace e per certi versi inappropriata perché [...] non vengono a contrapporsi, nel tempo e per entrambi i versanti del conflitto, dei diritti fondamentali ma, da un lato, il diritto fondamentale alla conoscenza della propria identità e, dall'altro, una istanza di protezione di una scelta cui l'ordinamento

²³ V., *ex multis*, Trib. minori Torino, 2 marzo 2015; Trib. minori Milano, 4 ottobre 2013; Trib. minori Venezia, 20 settembre 2016, n. 16 secondo cui «Il diritto della madre all'anonimato non tutela solo costei, ma anche una possibile altra realtà familiare ed affettiva a lei connessa, con la conseguenza che il suo decesso non le consente di esprimere un'eventuale revoca». Contra Trib. minori Firenze, ord., 7 maggio 2014.

²⁴ Così Cass., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3114; in *Fam. dir.*, 2017, p. 15 ss., con nota di ANDREOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1484 ss., con nota di M.G. STANZIONE, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 24 ss., con nota di CARBONE, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato*.

²⁵ Così sembra orientato anche GRANELLI, *op. cit.*, p. 49, il quale parla di fin troppo evidente «ruolo creativo della giurisprudenza nella determinazione del “diritto vivente”».

ha riconosciuto tutela, necessariamente di carattere assoluto, sia dal punto di vista soggettivo che temporale, per le conseguenze deteriori che teme si realizzerebbero qualora tale scelta fosse vietata o garantita nel tempo». Dunque, secondo questo ordine di idee, nella ricerca di un bilanciamento oggetto di tutela non dovrebbe essere tanto il diritto della madre a non essere nominata, quanto «la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza e partorire senza assumere le conseguenze sociali e giuridiche di tale scelta».

In altre parole – al di là di sottigliezze che trovano scarsa utilità pratica – il giudice di ultima istanza ha ritenuto che il riferimento, operato dal giudice delle leggi, alla necessità di consentire la «reversibilità del segreto» non fosse da intendersi quale mera apertura a una possibilità di revoca della scelta da parte della sua titolare, bensì come «impossibilità di ritenere operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine previsto dall'art. 93, comma 2, del ricordato d.lgs. n. 196 del 2003 perché la conseguenza della morte della madre che ha partorito in anonimo sarebbe quella di reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l'anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della carta fondamentale». Effetto che, ai sensi dell'interpretazione che la Cassazione dà della giurisprudenza della Corte Edu, non sarebbe giustificabile neanche «nella ipotesi ritenuta legittima dall'ordinamento francese della espressione, in vita, da parte della madre, di una volontà definitivamente contraria alla rimozione del segreto anche dopo la sua morte».

A siffatte argomentazioni – e alle medesime conclusioni – si è, poi, allineata una pronuncia immediatamente successiva, che tuttavia segna l'inizio di un parziale riesame dei principi a sostegno della propria posizione. Il Collegio, infatti, non ritiene «che ogni profilo di tutela dell'anonimato si esaurisca alla morte della madre naturale» e, pertanto, il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche «non esclude la protezione dell'identità “sociale” costruita in vita [dalla madre], in relazione al nucleo familiare e/o

relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato»²⁶.

Pur ponendosi, di fatto, a ulteriore conferma di quanto già espresso nei primi due precedenti richiamati, una successiva pronuncia a Sezioni Unite afferma – nell'ottica della «massima riservatezza» e del «massimo rispetto della dignità della donna» – «che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità»²⁷.

La dimostrazione di consapevolezza circa la necessità di un reale bilanciamento degli interessi coinvolti è perciò, in quest'ultimo caso, ancor maggiore, anche se la Corte non chiarisce se il «limite insuperabile» sia o non sia operativo a seguito del decesso o della sopravvenuta incapacità della donna.

Per il primo caso – considerando l'univocità dei precedenti e l'assenza di un esplicito cambio di rotta – la risposta parrebbe negativa. Riguardo alla sopravvenuta incapacità, invece, è opportuno richiamare due recentissime ordinanze della Corte²⁸, le quali sembrano ammettere che – dovendosi riconoscere che la scelta materna «è ancora una scelta che riceve tutela nel nostro ordinamento, occorrendo operare il giusto bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato ed il diritto del figlio a conoscere le proprie origini» – nel caso in cui la madre risulti essere «un soggetto che, per età e condizioni di salute», non sia più «in grado di esprimere una scelta consapevole in ordine alla revoca dell'anonimato»²⁹, anche nel caso in cui l'incapacità sia «non

²⁶ V. Cass., 9 novembre 2016, n. 22838, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3784 ss.; in *Guida al dir.*, 2017, p. 66 ss., con nota di FINOCCHIARO, *La Cassazione fa sue le prerogative del legislatore*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 19 ss., con nota di ANDREOLA, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima. sulla tutelabilità post mortem dei diritti della personalità* v. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Jus civ.*, 2014, p. 316 ss.; v. anche i rilievi di GRANELLI, *op. cit.*, spec. p. 48.

²⁷ Cass., Sez. un., n. 1946/2017, cit.

²⁸ Cass., ord. 9 agosto 2021, n. 22497 e Cass., ord. 3 marzo 2022, n. 7093.

²⁹ Cass., ord. n. 22497/2021, cit.

dichiarata»³⁰, possa giustificarsi il diniego alla richiesta del figlio di conoscere le proprie origini.

Il percorso seguito dalla Corte di cassazione sembra, perciò, seguire un (opportuno) *climax* discendente: a partire da una prima pronuncia decisamente polarizzata – complice una lettura poco oggettiva della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale – intorno alle istanze del figlio, le successive decisioni sembrano gradatamente abbandonare (pur senza contraddirle) posizioni entusiastiche e poco attente ai propri risvolti pratici al fine di considerare un bilanciamento coerente con il dettato normativo sopravvissuto alla citata «sentenza additiva di principio»³¹.

Partendo, infatti, dalla totale irrilevanza della volontà della disponente nel caso in cui questa deceda senza aver mutato la propria decisione, la Cassazione si mostra mano a mano più consapevole sia in ordine alla necessaria prudenza che deve governare il ritenere che l'identità sociale della donna – a presidio della quale, *inter alia*, si pone il diritto alla segretezza – perda ogni rilevanza dopo la sua morte, sia circa i limiti che devono caratterizzare il superamento di una volontà non soltanto espressa in occasione di un evento emotivamente coinvolgente, quale può essere la nascita del proprio figlio o della propria figlia, ma ulteriormente confermata a seguito dell'interpello.

Si comprende, dunque, come il problema delle conseguenze dell'evento morte – e della sopravvenuta incapacità della madre – non possa risolversi con tanta leggerezza. Per poter provare a trovare una soluzione è quindi necessario indagare a fondo la ragion d'essere della (scarna) disciplina a disposizione, delineando un quadro – il più possibile veritiero – delle conseguenze che deriverebbero da un'eccessiva adesione alle istanze dell'una o dell'altra parte.

2. Le ragioni della segretezza.

Il fondamento a giustificazione della previsione del diritto alla segretezza è, essenzialmente, duplice. Da un lato, com'è evidente, il

³⁰ Cass., ord. n. 7093/2022, cit.

³¹ Così è definita Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit., da Cass., SS.UU., n. 1946/2017, cit.

legislatore si è preoccupato di tutelare le istanze di quelle donne che – per le ragioni più diverse – si trovano a fronteggiare gravidanze indesiderate non solo perché (spesso) difficilmente sostenibili da un punto di vista economico, ma (soprattutto) in quanto causa di problemi psicologici e sociali che, talvolta, possono arrivare fino alla totale emarginazione sociale della madre. Dall'altro lato – e in stretta correlazione al primo punto – si sostiene che la possibilità, per la madre, di essere sottratta alle descritte conseguenze ridurrebbe sensibilmente l'avvertita necessità, per quest'ultima, di ricorrere a metodi di interruzione volontaria della gravidanza, con la conseguenza che il diritto alla segretezza si porrebbe quale strumento del diritto alla vita (del nascituro)³² di cui all'art. 2 Cost.

Quanto al primo dei fondamenti descritti, le posizioni che – pure in assenza di qualsiasi dubbio in ordine alla meritevolezza delle istanze materne – traggono conseguenze estreme dal raffronto tra queste ultime e le antitetiche ragioni del figlio a conoscere le proprie origini biologiche in caso di decesso o sopravvenuta incapacità della donna, devono essere vagliate con rigore.

Anzitutto, la stessa distinzione tra decesso e sopravvenuta incapacità dev'essere, sul punto, ridimensionata. Nel primo caso, infatti, il rischio di emarginazione – o, comunque, di subire le conseguenze sociali che inevitabilmente sconvolgerebbero la vita della donna – viene meno solo in via apparente, poiché: *i)* non è condivisibile l'assunto – riassumibile nel brocardo *mors omnia solvit*³³ – secondo il quale l'impossibilità di percepire attraverso i propri sensi la disapprovazione sociale rende quest'ultima insignificante poiché – se è vero che la struttura stessa del pensiero

³² Sul dibattito intorno al «concepito come soggetto» si rinvia, *ex multis*, a P. STANZIONE e SALITO, *La tutela del nascituro: una ricorrente vicenda giudiziaria*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, p. 474 ss.; BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 185 ss.; ID., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 533 ss.; LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 518 ss.; OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 522 ss.

³³ Per tutti ZOPPINI, *Le successioni nel diritto comparato*, in Alpa, Bonell, Corapi, Moccia, Zeno-Zencovich e Zoppini (a cura di), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2012, p. 417 ss.

umano è naturalmente orientata alla proiezione di progettualità che travalicano l'esistenza intesa come mera presenza terrena, assumendo metaforicamente la struttura geometrica di una semiretta – le ragioni che giustificano la tutelabilità *post mortem* del diritto all'immagine sono *a fortiori* sussistenti per il diritto alla riservatezza; *ii*) la madre potrebbe avere – nel periodo intercorrente tra il parto anonimo e il proprio decesso – formato un nuovo nucleo familiare, il cui equilibrio potrebbe essere fortemente alterato dalla sopravvenuta consapevolezza circa l'esistenza di una parallela discendenza mai dichiarata.

In secondo luogo, prendere atto della necessità di trovare un equilibrio tra i diversi (e delicati) interessi in gioco non significa necessariamente limitarsi a operare entro uno sterile criterio gerarchico. E questo ci consente di passare al richiamo del secondo elemento a sostegno della segretezza: la sua strumentalità alla tutela del diritto alla vita³⁴.

In quest'ottica, la principale obiezione che viene mossa alla posizione «conservativa» – *post mortem* – della scelta materna dai sostenitori della tesi della netta prevalenza del diritto a conoscere le proprie origini è che la comunità scientifica in verità non dispone di un numero sufficiente di dati empirici atti a suffragare l'effettiva efficacia dell'anonimato come strumento dissuasivo verso le interruzioni volontarie della gravidanza e l'abbandono dei neonati, né che all'interno degli ordinamenti in cui una tale possibilità non è prevista sia possibile rilevare – sempre per mancanza di dati e di studi specialistici – un numero maggiore di aborti, abbandoni o infanticidi³⁵.

Sulla scorta di tali considerazioni è, infatti, frequente leggere che l'impossibilità di provare con certezza tali elementi dovrebbe indurre al riconoscimento – in conformità alla posizione della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale – della (sostanziale)

³⁴ Richiama la «logica funzionale dell'anonimato nei riguardi della protezione della vita umana» RENNA, *op. cit.*, p. 78.

³⁵ V. RENDA, *La sentenza O. contro Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Fam.*, 2004, p. 1147 ss.; ID., *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, spec. pp. 218 e 228 ss.

prevalenza del diritto del figlio a conoscere, a seguito del decesso o della sopravvenuta incapacità della madre, le proprie origini biologiche.

È vero. Questa potrebbe apparire – e, di fatto, spesso appare – come una chiave di lettura. Tuttavia, sotto un primo profilo, così come non esistono dati a suffragio dell'efficacia del diritto alla riservatezza in ottica di riduzione delle interruzioni volontarie della gravidanza o degli abbandoni clandestini, allo stesso modo non esistono dati in senso opposto, il che rende «inverosimile che sul punto si possa giungere a una conclusione attendibile, sia per la difficoltà di comparare Paesi con contesti socio-culturali assai diversi, sia per la difficoltà intrinseca di misurare [il fenomeno]»³⁶. Inoltre, anche chi non dubita – come la recente giurisprudenza di legittimità³⁷ – che il diritto della madre a non essere nominata in occasione del parto abbia la funzione «di contrastare l'opzione abortiva», ritiene che tale diritto sia «pieno solo al momento della nascita del bambino», divenendo poi «strumentale a proteggere la scelta compiuta dalle conseguenze sociali e in generale dalle conseguenze negative che verrebbero a ripercuotersi [...] sulla persona della madre»³⁸.

Bene, se le cose stanno in questo modo – se il diritto alla riservatezza è un «diritto personalissimo»³⁹ che si estingue alla morte della donna – è facile constatare due dati. Il primo è che il giudice di legittimità, senza fornire la propria decisione del necessario base argomentativa, ritiene che il diritto alla riservatezza sia dotato di fondamenti di minor rilevanza rispetto ad altre posizioni giuridiche soggettive – come il diritto all'immagine – pacificamente tutelabili *post mortem*⁴⁰. La seconda è che – per l'anzidetta «tensione

³⁶ PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10, 2012, p. 13, spec. nota (30).

³⁷ Cass., n. 22838/2016, cit.

³⁸ Cass., n. 22838/2016, cit.

³⁹ Cass., n. 22497/2021, cit.

⁴⁰ Per una panoramica dell'ordinamento italiano si rimanda alle note di TESCARO, *op. cit.*, p. 316 ss.; nonché alle considerazioni di ZOPPINI, *op. cit.*, p. 417

prospettica» che caratterizza ciascun individuo – la consapevolezza in ordine al venir meno delle tutele dopo la morte rischia di renderle vane anche per il corso della vita, inducendo la madre verso scelte drastiche che – queste sì – le garantirebbero la *definitiva* scomparsa delle conseguenze di una gravidanza indesiderata⁴¹.

Si badi che non si tratta, in questa sede, di avallare assertivamente il collegamento tra la tutelabilità del diritto alla segretezza e il disincentivo all'interruzione volontaria della gravidanza – per il quale sarebbe pur sempre necessario un sostegno empirico – quanto di mettere in luce l'illogicità di quelle posizioni che, partendo dall'ammissibilità di un tale assunto, ne smantellano i fondamenti ritenendo l'individuo alla stregua di un segmento – piuttosto che di una semiretta – come tale nettamente definito dagli estremi della vita e della morte⁴².

Si noti, poi, che la Corte di cassazione ha recentemente ribadito che, a seguito della morte della donna, «la procedura di accesso alle

ss.; interessante anche la ricostruzione effettuata circa l'ordinamento tedesco, per il quale si rinvia a MARTINI, *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*, in *JZ*, 2012, p. 1145 ss.; GÖTTING, *Ideeller und kommerzieller Persönlichkeitsschutz*, in *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, a cura di H.P. Götting, C. Schertz e W. Seitz, München, 2008, p. 195 ss.; BRÄNDEL, *Das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen*, ivi, p. 603 ss.; RÖSLER, *Dignitarian Posthumous Personality Rights. An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, in *Berk. J. Int. L.*, 2008, p. 153 ss.; REBER, *Die Schutzdauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts in Deutschland und den USA (von Marlene Dietrich über Klaus Kinski zu Marilyn Monroe) – ein Irrweg des Bundesgerichtshofs?*, in *GRUR*, 2007, p. 492 ss.

⁴¹ Richiama l'attenzione in ordine alla necessità di apprestare una tutela forte agli interessi materni MELI, *L'incidenza del sistema internazionale sul diritto privato: la tutela della persona*, Torino, 2017, p. 75.

⁴² Come evidenziano RENNA, *op. cit.*, 83 e RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2014, spec. p. 92 ss., l'identità «sfugge a una connotazione statica per risultare comprensibile come flusso all'interno di un determinato dato temporale». Parla di «cerchio concentrico» PONZANELLI, *Alcune novità in tema di diritto al nome*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 373 ss., di «emancipazione dalla funzione certificativa della nuda esistenza dell'uomo» IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, a cura di Giacobbe, Milano, 2008, p. 377 ss.; v. anche SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 384 ss.

origini dovrà pur sempre essere informata al rispetto dei canoni di liceità e correttezza senza pregiudizio di “terzi eventualmente coinvolti”, i quali possono legittimamente vantare un diritto a essere lasciati soli, ovvero all’oblio, e, diversamente, a reclamare che l’accesso a dati avvenga senza cagione di pregiudizio»⁴³. Il che descrive un principio tanto condivisibile quanto antitetico con le decisioni del Collegio. Come si può seriamente immaginare che la posizione dei terzi – come gli appartenenti al nuovo nucleo familiare della donna – possa essere davvero tutelata una volta che sia stato smantellato il diritto alla segretezza in capo alla donna. Di nuovo: come si può pensare che la consapevolezza in ordine all’automatica reversibilità delle scelte operate in vita e, dunque, alla possibilità che emergano, sia pure *post mortem*, quelle conseguenze indesiderate che sono state scientemente evitate, possa lasciare la futura madre indifferente?⁴⁴

Né si comprende, per le medesime ragioni evidenziate, la possibilità – prevista sempre dalla Cassazione⁴⁵ – «nei casi di cui all’art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l’identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all’accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell’esercizio del diritto». È chiaro che si tratta di uno strumento prevista per il caso in cui la madre abbia esercitato l’opzione dell’anonimato e che, ponendosi rispetto a questo in

⁴³ Cass. n. 22497/2021, cit., richiamando Cass., ord. 7 febbraio 2018, n. 3004, anch’essa allineata alle posizioni della precedente giurisprudenza di legittimità.

⁴⁴ Sono quanto mai condivisibili le parole di RENNA, *op. cit.*, 110, secondo cui «madrì, in fondo, lo si è per evidenza di natura e la scelta dell’anonimato che consentirà al figlio di nascere per poi godere di una famiglia salda e accogliente non è del tutto lontana dall’essere anche un atto di responsabilità». Sul punto anche TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 597 ss.

⁴⁵ Cass., n. 3004/2018, cit.

posizione opposta, consente nuovamente di scavalcare unilateralmente la scelta materna.

Delle due l'una: o ci si rende conto dell'inopportunità di polarizzare l'esito del dibattito intorno all'una o all'altra delle diverse istanze, oppure, in un modo o in un altro, si rischia di pregiudicare l'efficienza normativa.

In altre parole, il destino della scelta materna *post mortem* – o a seguito di incapacità sopravvenuta della disponente – deve essere definito con maggiore cautela e, in assenza di un'espressa presa di posizione del legislatore, avendo il più possibile riguardo al dato positivo.

3. *La scelta materna nel diritto positivo.*

Il quadro attuale consente di identificare alcuni profili che, non essendo stati coinvolti dalla pronuncia di illegittimità costituzionale né dai successivi provvedimenti modificativi e abrogativi, possono oggi essere identificati quali punti fermi della disciplina.

In primo luogo, l'art. 93, comma 2, dispone – come abbiamo visto – che «Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento». Si tratta di un termine volutamente esteso – idoneo a ricomprendere la vita di almeno tre generazioni – che conferma l'intenzione del legislatore di tutelare la donna non soltanto durante il corso della propria vita, ma anche nella proiezione di essa, attraverso l'eventuale nucleo familiare *medio tempore* creatosi ovvero la successiva discendenza.

La giurisprudenza che si è orientata in senso opposto – ritenendo di non poter considerare operativo il termine dei cento anni oltre il limite della vita della madre – si è basata sull'assunto che, diversamente, tale scelta si «cristallizzerebbe», in contrasto con la reversibilità del segreto e con il venir meno delle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di protezione durante il corso della vita della madre.

Sul venir meno delle ragioni di protezione abbiamo già detto. Aggiungiamo solo che aderire alla lettura della Cassazione significa porsi in aperto contrasto rispetto al dato positivo. Se il legislatore avesse voluto prevedere un termine correlato alla vita della madre, infatti, lo avrebbe certamente fatto, e siccome sono pochi coloro i quali – quantomeno ad oggi – possono aspirare a vivere altri cento anni dal giorno in cui divengono genitori, non possono esservi seri dubbi in ordine al fatto che la norma intenda coprire un periodo ben superiore alla vita dell'individuo.

Sul secondo punto, invece, occorre precisare che le citate fonti internazionali si limitano a richiedere la ricerca del miglior equilibrio possibile tra i diversi interessi in gioco, non imponendo – né consentendo – al nostro legislatore di polarizzarsi arbitrariamente sulla maggior tutela dell'uno o dell'altro.

Né, peraltro, il percorso giurisprudenziale che ha portato al riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche si è spinto sino a prospettare la prevalenza di quest'ultimo sulla scelta materna, specie ove definitivamente resa.

La Corte Edu ha, piuttosto, affermato che, se è vero che l'interesse del minore rientra nella nozione di «vita privata» di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è altresì vero che sussiste un interesse generale in ordine alla «preoccupazione di tutelare la salute della madre e del minore durante la gravidanza e il parto e di evitare aborti clandestini o abbandoni». Ragione per la quale si comprende ancor di più come la scelta delle misure atte al rispetto della Convenzione nei rapporti interpersonali rientri «in linea di principio nel margine di discrezionalità degli Stati contraenti»⁴⁶, ai quali spetta la ricerca delle più opportune forme di bilanciamento.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha poi ulteriormente chiarito che, così come il diritto della madre all'anonimato, «anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona, come pure riconosciuto in varie pronunce dalla Corte europea dei diritti dell'uomo», per cui – senza mai dimenticare che

⁴⁶ Corte Edu, 25 settembre 2012, cit.

la ricerca del punto di equilibrio resta affidata «alla disciplina che il legislatore è chiamato a stabilire» – ciò che non è accettabile non è, di per sé, la «cristallizzazione» della segretezza, quanto «delle relative modalità di esercizio»⁴⁷. Si tratta di un passaggio che non è per niente banale, poiché consente di comprendere che la reale intenzione del giudice delle leggi non è limitare il potere dispositivo della donna sul proprio diritto – osteggiando la possibilità, per quest'ultima, di compiere una scelta definitiva che, come tale, superi indenne il momento del decesso per esaurirsi, piuttosto, nel termine perentorio previsto dal legislatore –, bensì contribuire a riespanderlo.

Si legge infatti che, nel sistema antecedente alla pronuncia di illegittimità costituzionale, «una volta intervenuta la scelta per l'anonimato [...] la relativa manifestazione di volontà assume[va] connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad “espropriare” la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, ab origine, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato». Ed è proprio questo – e *solo* questo – che il giudice costituzionale vuole evitare: «il vulnus è, dunque, rappresentato dalla irreversibilità del segreto», intesa quale preclusione «in radice [di] qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio»⁴⁸. *Reciproca* relazione. Cosa v'è di reciproco in un rapporto tra una madre deceduta che vuole rimanere segreta e un figlio che, solo a seguito del decesso e contro la volontà della donna, ne scopre l'identità?

Se ciò non bastasse, è sufficiente scorrere ulteriormente il testo della pronuncia per rinvenire come il compito del legislatore debba essere quello di «introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale

⁴⁷ Corte cost., n. 278/2013, cit.; di «paventata cristallizzazione» parla VICIANI, *Il bilanciamento degli interessi tra il diritto della madre all'anonimato (diritto all'oblio) e il diritto del figlio naturale di conoscere le proprie origini*, in *giustiziacivile.com*, 2017, p. 10.

⁴⁸ Corte cost., n. 278/2013, cit.

di non voler essere nominata»⁴⁹. Di nuovo, a costo di risultare ripetitivi: come si può effettuare una «verifica della perdurante attuale della scelta» di un soggetto che non è più in grado di disporre, vuoi perché divenuto incapace, vuoi perché deceduto?

In altre parole, la Corte aderisce alla lettura strumentale del diritto alla riservatezza rispetto al diritto alla vita del nascituro e, coerentemente, non mira in alcun modo al suo venir meno in corrispondenza del decesso (o della sopravvenuta incapacità) della titolare, relegando tale lettura all'area di una tratatizia incompienza del senso della decisione.

4. *Proposte di legge e (limiti alla) politica del diritto.*

Preso atto dell'inesistenza dei presupposti che hanno mosso quegli orientamenti tesi ad auspicare la dipendenza del diritto alla riservatezza alla vita della sua titolare – e, dunque, dell'irrelevanza di ogni ulteriore presa di posizione sul punto – corre l'obbligo di verificare se l'azione intrapresa dal legislatore sia o non sia conforme ai principi sin qui enunciati.

A tale riguardo, viene anzitutto in rilievo la posizione espressa dal Disegno di legge 7 novembre 2018, n. 922, il quale, all'art. 1, comma 1, propone di modificare l'art. 28 della l. n. 184/1983 consentendo (lett. a) all'«adottato, ovvero [al] figlio non riconosciuto alla nascita da una donna che abbia manifestato la volontà di non essere nominata, ovvero ancora [a] un loro diretto discendente [...] di avere accesso a informazioni che riguardano la propria origine ovvero l'identità dei propri genitori biologici», nel caso in cui la madre (lett. c) «abbia revocato [il segreto] o sia deceduta, o risulti incapace di esprimere la propria volontà, o sia irreperibile».

La presa di posizione a favore delle istanze del figlio a seguito del decesso della donna appare – coerentemente al *trend* avviato dalla

⁴⁹ Anche se sono stati sollevati alcuni dubbi – evidenziati da ADAMO, *op. cit.*, p. 345 – in ordine all'opportunità di affidare al legislatore il ruolo di trovare il giusto equilibrio tra gli opposti interessi. In particolare, v. LISELLA, *Volontà della madre biologica di non essere nominata nella dichiarazione di nascita e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, cit., p. 37 ss.; LONG, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 289 ss.

Corte di cassazione⁵⁰ – piuttosto netto. E anche l'apparente temperamento dato dal fatto che, nel caso in cui la donna, decorsi almeno diciotto anni dal parto, abbia (spontaneamente) confermato la propria volontà di non essere nominata, il tribunale per i minorenni debba limitarsi a trasmettere (lett. *c*) «le sole informazioni di carattere sanitario, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili», non limita in alcun modo il diritto del figlio (lett. *d*) «di conoscerne l'identità dopo il decesso». Anzi, l'art. 4, comma 3, del d.d.l. afferma che, nel caso di conferma della scelta materna, il tribunale per i minorenni, estendendo la procedura d'interpello, consente «altresì la conoscenza dell'identità di eventuali fratelli e consanguinei».

Inutile ripetersi. Si tratta di una proposta di modifica che, sul punto, non soltanto risulta illogica e arbitrariamente polarizzata sulla tutela di una sola delle due istanze, ma che rischia di svuotare il fondamento delle prerogative materne per come le abbiamo sin qui descritte.

Ciò non significa che, con riferimento ad altre questioni – anche profondamente collegate al profilo della definitività della scelta materna – il disegno di legge non manifesti qualche timido passo in avanti.

La stessa distinzione tra informazioni identificative della madre e «informazioni ulteriori» – come quelle di carattere sanitario – è stata auspicata non solo dalla dottrina, ma dalla giurisprudenza Edu⁵¹.

Al di là del limite dato dal decorso di almeno diciotto anni dal parto – sul quale permane qualche perplessità – condivisibile è anche la possibilità, per la madre, di confermare spontaneamente, e a

⁵⁰ GRANELLI, *op. cit.*, p. 48, sottolinea come la «rivoluzione copernicana» avviata dalla Corte di cassazione supera il principio, «non intaccato neppure dalla pronuncia della Corte costituzionale del 2013», secondo il quale «mai è consentito l'accesso alle informazioni identificative della donna, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, senza il consenso di quest'ultima», per sostituirvi quello opposto «secondo cui, (almeno) alla sua morte, detto accesso è consentito *a prescindere* dal suo consenso o, addirittura, *contro* la sua espressa volontà in senso contrario».

⁵¹ Di una «gradazione dell'accessibilità alle informazioni a seconda della tipologia» parla ADAMO, *op. cit.*, p. 346.

distanza di tempo, la propria volontà. Conferma che dovrebbe però, a maggior ragione, escludere la reversibilità della scelta a seguito della morte o della sopravvenuta incapacità della disponente.

Pregevole è, poi, la disposizione di cui all'art. 3 del d.d.l. che, proponendosi di modificare l'art. 30 del d.P.R. n. 396/2000, prevede che la madre debba essere informata «degli effetti giuridici, per lei e per il figlio, della dichiarazione di non voler essere nominata [...]; della facoltà di revocare, senza limiti di tempo, o confermare, decorsi diciotto anni dalla nascita del figlio, la dichiarazione di non voler essere nominata e delle modalità per formalizzare la revoca o la conferma».

In sintesi, al di là di una sintetica previsione in ordine alla necessità di consentire alla madre una maggiore consapevolezza in ordine agli effetti giuridici della propria scelta e ad alcuni progressi – seppur inferiori a quelli risultanti dai disegni di legge precedentemente avanzati⁵² – i fondamenti della proposta avanzata si pongono in antitesi rispetto all'esigenza di ricerca di un reale bilanciamento, così come auspicato sia dalla Corte Edu sia dalla Corte costituzionale, risultando – specie nella parte in cui parificano, come la Cassazione, «l'evento morte a circostanza presuntiva della volontà di rimozione del segreto»⁵³ – sistematicamente incoerenti e teleologicamente inefficienti.

⁵² V. le proposte di legge 12 novembre 2008, n. C-1899; 10 dicembre 2009, n. C-3030; 16 aprile 2013, n. C-784, approvata in un Testo Unico Unificato il 18 giugno 2015. Sul punto ADAMO, *op. cit.*, p. 347 ss.

⁵³ Critico è anche RENNA, *op. cit.*, pp. 80 e 82, il quale, peraltro, rileva che «l'equiparazione tra morte ed estinzione del segreto e la definizione giurisprudenziale dell'interpello [...] potrebbero [...] acuire il *vulnus* derivante dalla pronuncia di incostituzionalità del 2013 e aggravare le criticità in termini di protezione della vita, della salute e della riservatezza della donna». Sulla stessa linea anche CHECCHINI, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo «istituto» dell'interpello*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1295 ss.; MURGO, *Ricerca delle origini, diritto all'identità personale e tutela della riservatezza: un tentativo di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 255 ss.

CHIARA SARTORIS
Assegnista di ricerca in diritto privato
Università degli Studi di Firenze

***ANTITRUST E RIMEDI CONTRATTUALI
EFFETTIVI. IL BANCO DI PROVA DELLE
FIDEIUSSIONI OMNIBUS***

SOMMARIO: 1. Mercato, intese *antitrust* e tutela dei contraenti finali. – 2. Il problema e il contesto normativo di riferimento. 3. Un caso emblematico: la fideiussione *omnibus* attuativa di una intesa *antitrust*. – 4. La nullità del contratto c.d. a valle e il dibattito sul suo regime giuridico. – 5. Prime riflessioni alla luce delle Sezioni Unite n. 41994/2021. – 6. Effettività della tutela e *private enforcement*.

1. Mercato, intese antitrust e tutela dei contraenti finali.

Il tema della sorte dei contratti attuativi di una intesa illecita è forse tra quelli che meglio esprime la scelta espressa dal nostro Maestro per un metodo di studio e di interpretazione incentrati sulle tutele contrattuali «*più che sulla fattispecie, sulla funzione più che sulla struttura degli atti e dei contegni*»¹. E tale indicazione è tanto più indispensabile ove si intenda analizzare la disciplina, di derivazione euro-unitaria, della concorrenza e valutare l'effettività dei rimedi civilistici a tutela dei privati danneggiati da pratiche anticoncorrenziali.

In effetti, gli obiettivi dettati dal legislatore europeo nel fissare le regole sulla libertà di concorrenza non possono dirsi pienamente raggiunti se gli ordinamenti nazionali non sono in grado di offrire,

¹ Il riferimento è a VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Pers. e merc.*, 2014, 2, p. 89, che si richiama esplicitamente alla tradizione espressa da BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di filosofia del diritto. Prefazione di M.G. Losano*, Roma-Bari, 2007, p. 3 ss..

insieme alle indispensabili tecniche di *public enforcement*, anche efficaci strumenti di *private enforcement*, adeguatamente combinati con le prime. Nell'idea che «nell'ampliare gli spazi di libertà e di giustizia, lo strumento pubblico, lo Stato, è sempre più inidoneo e insufficiente, mentre è per eccellenza il diritto privato il terreno in cui si può manifestare la volontà di capire, in primo luogo, e poi di innovare la realtà e il sistema»².

In questa prospettiva, un rilevante problema di effettività della tutela si pone per coloro che hanno rapporti contrattuali con imprese aderenti a una intesa *antitrust*. Emblematico è il caso della sorte dei contratti di fideiussione *omnibus* stipulati dalle banche a valle della loro adesione allo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I., la cui illiceità è stata accertata dalla Banca d'Italia nel 2005. Nel silenzio della legge n. 287/1990 (c.d. legge *antitrust*) in punto di rimedi civilistici invocabili dai singoli danneggiati, i giudici di merito e di legittimità sono stati investiti, nel corso di questi quindici anni, da numerosi ricorsi volti ora a far valere l'invalidità del contratto di fideiussione, ora a domandare il risarcimento dei danni³. Tanto è vero che si è reso necessario

² Così VETTORI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. Concorrenza e regolazione*, in *Pers. merc.*, 2010, 3, p. 197.

³ Si ricordano, *ex multis*, gli studi di: UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986; SALANITRO, *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, I, p. 765 ss.; TUCCI, *Norme bancarie uniformi e condizioni generali di contratto*, in *Contr.*, 1996, p. 152 ss.; BERTOLOTI, *Le norme bancarie uniformi (NBU) e le regole antitrust: una questione ancora aperta*, in *Giur. it.*, 1997, 3, p. 167 ss.; BASTIANON, *La fideiussione "omnibus", il diritto antitrust e l'araba fenice*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 130 ss.; LAMANDINI, *Fideiussione "omnibus" e "ius variandi" al vaglio dell'antitrust comunitario*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 248 ss.; TASSONI, *Le norme bancarie uniformi nel diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, p. 438 ss.; FALCONE, *Alcune riflessioni a margine del recente schema di contratto di fideiussione "omnibus" concordato tra la Associazione Bancaria Italiana e talune associazioni di consumatori*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 2003, 3, p. 81 ss.; BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 3, p. 3 ss.; CIPRIANI e CAZZETTA, *Le clausole "in deroga" nella fideiussione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 49 ss.; GENTILI, *La nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni A.B.I.)*, in *Giust. civ.*,

l'intervento delle Sezioni Unite per dirimere il contrasto che si era delineato presso gli interpreti⁴.

Al fine di comprendere la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite e i dubbi interpretativi rimasti, giova svolgere una premessa di inquadramento sul contesto storico e normativo di riferimento.

2. Il problema e il contesto normativo di riferimento.

Con la legge n. 287/1990, il legislatore italiano, all'esito di un lungo dibattito, interviene a disciplinare la tutela della concorrenza e del mercato con grande ritardo rispetto agli altri Stati e alla Comunità Europea (come è noto, lo *Sherman Act* americano è del 1890, mentre il Trattato C.E. è del 1950)⁵. La legge in commento recepisce i principi comunitari in materia, che costituiscono criterio di interpretazione delle sue stesse norme (art. 1), e, nel contempo, dà attuazione al principio costituzionale della tutela della iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.. In tal modo, il nostro ordinamento colma un significativo vuoto normativo in un settore così cruciale per la edificazione stessa del mercato unico; come

2019, 4, p. 675 ss.; CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale)*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2019, 3, p. 520 ss.; MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard A.B.I.: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 2, p. 85 ss.

⁴ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in www.personaemercato.it (ove è reperibile la nota redazionale di SARTORIS, *Nullità parziale delle fideiussioni a valle di intese illecite: la decisione delle Sezioni Unite*).

⁵ Per una ricostruzione dei principali passaggi di questa evoluzione sociologica, economica e giuridica v.: ASCARELLI, *Ordine giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 62 ss.; BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991; MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e Mercato*, a cura di VETTORI, Padova, 1996, p. 33 ss.; CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; SORDI, *Ordine e disordine giuridico del Mercato (In margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 345 ss.; VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, p. 765 ss.; FATTORI e TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.

confermato dal Trattato di Lisbona del 2007, il quale, all'art. 3, annovera la tutela della concorrenza tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione⁶, e dallo stesso art. 117 Cost. che, all'indomani della riforma del Titolo V, riconosce esplicitamente a livello costituzionale, la tutela della concorrenza, inserendola tra le materie di competenza esclusiva dello Stato.

Per effetto di tali novità, il mutamento di prospettiva è evidente. Nel quadro di coordinate multilivello emergente dall'attuale contesto normativo, la concorrenza rappresenta un valore imprescindibile: l'Unione Europea e, quindi, gli Stati membri, si debbono adoperare «[...] per lo sviluppo sostenibile basato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva»⁷, nell'idea che solo un mercato unico fondato sul triplice valore della economicità, della giustizia sociale e della libertà individuale possa garantire tanto la crescita economica, quanto benefici concreti per i consumatori.

Le misure contro le pratiche *antitrust* rientrano, quindi, a pieno titolo, tra gli strumenti necessari a realizzare i predetti obiettivi. Ma i dubbi quanto alla loro efficacia sono ancora molti. Si ricorderà che la legge n. 287/1990 regola le principali forme di violazione

⁶ Cfr. DENOZZA, *Antitrust: leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988; FRIGNANI e WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Torino, 1996; JONES e SUFRIN, *EC Competition Law*, Butterworths, 2001; CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004; WILS, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Oxford/Portland, 2008; BUTTIGIEG, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Aphen aan den Rijn, 2009; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; ID., *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 120 ss.; BILANCIA e D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009; BASTIANON, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, 2011; BELLAMY e CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013; TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013.

⁷ Le parole sono di BARROSO, *Lettera di incarico a Mario Monti del 20 ottobre 2009*, in www.europa.eu.

della concorrenza, cioè le intese restrittive della concorrenza (art. 2), l'abuso di posizione dominante (art. 3) e le operazioni di concentrazione (art. 5), con lo scopo di prevenire e sanzionare, da parte delle imprese, singolarmente o congiuntamente, comportamenti e prassi che possano restringere o falsare in maniera consistente il mercato nazionale. Le tutele predisposte si fondano su un duplice livello di azione, espressione della scelta legislativa per un "modello misto" che affianca ai rimedi di *public enforcement*, affidati all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (istituita proprio con la legge del 1990)⁸, rimedi di *private enforcement*, di competenza del giudice ordinario (come tribunale delle imprese). Nella convinzione che questi ultimi siano particolarmente utili per tutelare tutti coloro i quali subiscano gli effetti negativi della violazione delle regole sulla concorrenza, che sono finalizzate non solo, e in via principale, a tutelare l'interesse

⁸ Sul ruolo del *public enforcement* in questa materia: CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Bassi e Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; SANTI, *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1029 ss.; LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia antitrust*, in Maugeri e Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2008, p. 177 ss.; VETTORI e TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, in Rabitti Bedogni e Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 1046 ss.; SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorr. merc.*, 2014, p. 311 ss.; RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Soc.*, 2014, p. 786 ss.; LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 4, p. 443 ss.; CORNELLA e PELLIZZARI, *La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in Marchetti e Renna (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La giuridificazione*, Firenze, 2016; CHIEPPA, *Coordination between Private and Public Antitrust Enforcement in Italy and in the EU. Due modalità di un sistema bilanciato enforcement*, in Benacchio e Carpagnano (a cura di), *Il Private Antitrust Enforcement in Italiana e nell'Unione Europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato*, *Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*, Trento 2019, p. 31 ss..

pubblico, ma anche, indirettamente, a tutelare interessi individuali. E tanto trova conferma nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, a partire dal caso *Courage*⁹ e poi, ancora, nel caso *Manfredi*¹⁰, riconosce che «qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza»¹¹; pena il rischio che venga compromessa la piena efficacia e l'effetto utile di quella disposizione e del relativo divieto. Un diritto, quello al risarcimento del danno da illecito *antitrust*, che può dirsi effettivamente garantito solo all'indomani della Direttiva 2014/104/UE e del suo recepimento con il d.lgs. n. 3/2017, il quale ha introdotto norme volte tanto a rimuovere gli ostacoli a un pieno risarcimento dei privati danneggiati, quanto ad armonizzare i differenti regimi di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione europea¹².

⁹ Cfr. CGUE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. vs. Crehan*, in www.curia.europa.eu; in *Eu. Law Rev.*, 2002, 3, p. 282 ss., con commento di MONTI, *Anticompetitive agreements: the innocent part's right to damages*; in *Foro it.*, 2002, 2, IV, p. 75 ss., con le note di PALMIERI e PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni»*; SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*; ROSSI, "Take Courage"! La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti *antitrust*.

¹⁰ Cfr. CGUE, 13 luglio 2006, causa C-295/04, *Manfredi e Lloyd Adriatico* in www.curia.europa.eu.

¹¹ CGUE, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. vs. Crehan* (parag. 23-28) cit..

¹² Ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 2014/104/CE, il «pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto alla concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi», mentre non sono comprese sovracompensazioni (cfr. art. 1, comma 2). Per un commento alla Direttiva: MUNARI, *L'impatto della nuova direttiva 104/2014/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1153 ss.; COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.Lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 991 ss.; BARNES, *La prova*

Il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, tuttavia, non ha eliminato ogni *deficit* nella tutela privatistica. A riprova di quanto adiamo dicendo possiamo citare proprio la disciplina delle intese *antitrust*. L'art. 2 offre una definizione di "intesa" piuttosto ampia, comprensiva tanto di accordi negoziali veri e propri, quanto di pratiche concordate tra imprese o di deliberazioni di consorzi o associazioni di imprese (comma 1) «*che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*» (comma 2). La violazione del divieto è significativamente sanzionata con la nullità «*a ogni effetto*» dell'intesa anticoncorrenziale (art. 3), qualora questa sia stipulata in forma di contratto, in linea con la previsione della nullità «*di pieno diritto*» dell'art. 101, comma 2, T.F.U.E. Secondo una dottrina ormai consolidata, si tratta di una nullità assoluta e totale derivante dalla violazione di norme imperative, secondo il regime delineato dal codice civile¹³. Un rimedio demolitorio siffatto appare, invero,

del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da "cartello" in seguito al recepimento della Direttiva 2014/104/UE, in Resp. civ. e prev., 2017, 1, p. 954 ss.; LOPOPOLO, Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust, in www.federalismi.it; DE SANTIS, La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile, in GIUSTOLISI (a cura di), La Direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima, Roma, 2017, p. 144 ss.

¹³ Cfr. TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, in *Pers. e merc.*, 2010, 3, p. 203 ss.: la nullità dell'art. 2 della legge n. 287/1990 è «la nullità europea che meno si discosta dal modello codicistico della nullità sanzione. Presenta sì alcuni aspetti speciali, quale il fatto che dipende da elementi estrinseci al contratto, come l'assetto del mercato e la consistenza della restrizione della concorrenza, ma nel complesso, sotto il profilo della funzione, non si pone quale rimedio di una parte, bensì quale sanzione demolitoria dei cartelli. Sicché segue senza particolari deviazioni il regime della nullità delineato dal codice civile». Si veda anche MAUGERI *Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in Olivieri e Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 176-178, la quale precisa che «le formule "ad ogni effetto" e "di pieno diritto" echeggiano espressioni francesi che oltralpe stanno a indicare il massimo grado dell'invalidità, e cioè la nullità assoluta. La circostanza non è casuale, giacché è noto che le disposizioni in materia di intese sono state redatte in generale, ispirandosi al sistema francese, così come è noto che quest'ultimo, già prima dell'emanazione del Trattato,

funzionale a privare di effetti l'accordo illecito per contrasto con l'interesse generale alla competizione sul mercato.

L'art. 2 se, da un lato, si lascia apprezzare per essere l'unica disposizione ad aver corredato il divieto di una specifica condotta anticoncorrenziale (l'intesa) con uno specifico strumento di reazione (la nullità), dall'altro, presenta, tutt'oggi, alcuni punti oscuri per ciò che riguarda la sorte dei contratti adottati in sua attuazione. Come accennato, fino a tempi recentissimi, non è stato chiaro con quali strumenti privatistici possa tutelarsi il contraente finale di una intesa illecita¹⁴. L'importanza di tale aspetto è

collegava alla violazione di tali disposizioni la nullità assoluta». A favore della tesi della nullità assoluta, milita, altresì, la *ratio* delle disposizioni in materia: «Sembra, infatti, corretta l'idea secondo la quale la ragione della previsione della nullità delle deliberazioni e degli accordi sia quella di evitare l'azionabilità delle obbligazioni risultanti dagli stessi e di minare conseguentemente la stabilità di cartelli idonei a impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza e, pertanto, in grado di determinare una perdita di benessere sociale. Ciò che la disciplina intende proteggere in via immediata è un interesse generale». Secondo l'A., la nullità di cui si discute, quindi, non può in nessun modo essere assimilata a una nullità di protezione, sicché l'azione può essere fatta valere da chiunque abbia interesse, comprese le parti che hanno partecipato al cartello, e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

¹⁴ Un'altra vicenda significativa riguarda la sorte dei contratti attuativi di un cartello assicurativo, su cui si sono specificamente pronunciate le Sezioni Unite, consentendo l'attivazione tanto del rimedio invalidatorio, quanto del rimedio risarcitorio a favore degli automobilisti che, in sede di stipula della polizza di assicurazione r.c. auto, dimostrino di aver ingiustamente pagato un sovrapprezzo per effetto di un illecito cartello fra compagnie assicuratrici. Cfr. Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, 4, p. 1015 ss., con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*; *ivi*, p. 1018 ss., con nota di SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*; in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 495 ss., con nota di NERVI, *La difficile integrazione tra diritto civile diritto della concorrenza*; in *Corr. giur.*, 2005, 3, p. 337 ss., con nota di PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*; *ivi*, p. 350 ss., con nota di NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arret*; in *Giur. it.*, 2005, p. 11 ss., con nota di MASTRODONATO, *La legittimazione dei consumatori alla richiesta di risarcimento dei danni da condotta anticoncorrenziale*. Giova precisare che problemi simili si pongono anche rispetto ai negozi adottati in attuazione di operazioni di concentrazione oppure per effetto di condotte di

evidente ove si consideri un dato: una intesa restrittiva non può essere «*avulsa dai momenti attuativi del disegno cospiratorio, altrimenti destinato a rimanere confinato al livello delle prave intenzioni*»¹⁵.

Alla luce del contesto valoriale e normativo appena tratteggiato, tenterò di fornire una chiave di lettura rispetto alla questione in esame attraverso l'analisi di una fattispecie emblematica, quella delle fideiussioni *omnibus* redatte secondo lo schema contrattuale approvato dall'A.B.I., alla luce della recente decisione delle Sezioni Unite.

3. *Un caso emblematico: la fideiussione omnibus attuativa di una intesa antitrust.*

Come anticipato, con il provvedimento n. 55/2005, la Banca d'Italia accerta il contrasto dello schema contrattuale di fideiussione *omnibus* predisposto dall'A.B.I. con l'art. 2 della legge n. 298/1990, in quanto talune clausole ivi elaborate sono funzionali ad addossare al fideiussore degli oneri non previsti in sede

abuso di posizione dominante, la cui trattazione richiederebbe appositi e ulteriori approfondimenti che non è possibile svolgere in questa sede. Si rinvia a: SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 128 ss.; FRIGNANI, *Art. 3. Abuso di posizione dominante*, in FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993, p. 367 ss.; OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 276 ss.; DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, Padova, 1999; ALPA, *Concentrazioni societarie e disciplina della concorrenza. I rimedi e i limiti alla libertà contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 4, p. 696 ss.; MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti aventi carattere negoziale: il caso Telepiù*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 318 ss.; MAUGERI, *Rimedi civilistici e abuso di sfruttamento da parte di un'impresa in posizione dominante*, in *Remedies in Contract*, a cura di Vettori, Padova, 2008, p. 139 ss.

¹⁵ Così PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibeniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, 2,, p. 469, il quale motiva tale consapevolezza sulla base della considerazione che «il contratto che lega l'impresa all'utente finale costituisce lo strumento attraverso cui la prima attualizza l'oggetto della collusione predisposta con i suoi pari e, nella misura in cui consente alle imprese coinvolte di trarre i frutti della propria condotta, finisce inevitabilmente per assorbirne la natura illecita».

legislativa o, comunque, derogatori rispetto alla disciplina codicistica della fideiussione. In particolare, è l'adozione uniforme e generalizzata di tali clausole, da parte degli istituti bancari aderenti all'intesa, a produrre effetti anticoncorrenziali¹⁶. Tale provvedimento ha dato avvio a una serie di ricorsi da parte di garanti coinvolti nella stipula di contratti di fideiussione riprodottrivi della intesa illecita. Sicché, i giudici di merito e di legittimità, si sono trovati a dover riflettere su come assicurare una tutela effettiva per tali contraenti in assenza di qualsiasi previsione sull'utilizzo di possibili strumenti di *private enforcement*.

Merita muovere da una considerazione preliminare. Tale vuoto normativo non deve stupire troppo, in quanto la legge *antitrust*, pur limitandosi a tradurre le regole e i principi comunitari, come visto persegue l'obiettivo di realizzare l'interesse generale al rispetto delle regole concorrenziali sul mercato, in attuazione dell'art. 41 Cost., non anche a farsi carico direttamente della protezione di interessi privatistici. Tanto più che la stessa Comunità europea aveva lasciato agli Stati membri il compito di introdurre un efficace sistema di rimedi a tutela dei privati danneggiati da pratiche anticoncorrenziali. Esigenza di tutela che, d'altra parte, risulta assolutamente pacifica, come confermano le Sezioni Unite n.

¹⁶ Risultano in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990, le seguenti disposizioni dello schema contrattuale dell'A.B.I.: l'art. 2 (che prevedeva la cosiddetta "clausola di reviviscenza" e imponeva al fideiussore di "rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo"), l'art. 6 ("i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato") e l'art. 8 ("qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate"). Tali clausole, infatti, non consentono di realizzare «un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti», bensì hanno il solo scopo di «addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dalla inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dalla invalidità o dalla inefficacia della obbligazione principale e degli atti estintivi».

2207/2005: «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere» (parag. 1f). In effetti, la portata anticoncorrenziale della intesa illecita non si esaurisce nella stipulazione dell'accordo in sé, né nel dare corso alla pratica illecita, bensì si propaga e si completa ulteriormente nell'adozione di tutti quegli atti, soprattutto negoziali, che consolidano e concretizzano l'effetto distorsivo della concorrenza: «il cosiddetto contratto “a valle” costituisce lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti. Esso, in realtà, oltre ad estrinsecarla, la attua» (parag. 1h), eludendo la possibilità di scelta da parte del consumatore; sicché, anche quel contratto merita di essere parimenti stigmatizzato attraverso appositi strumenti civilistici.

Il dibattito sul rimedio invocabile si era polarizzato su due posizioni essenziali. Una parte della dottrina e della giurisprudenza ammetteva la sola tutela risarcitoria, nella convinzione che l'illiceità dell'intesa non si ripercuota automaticamente sul contratto finale, il quale resterebbe valido in tutti i suoi elementi così da preservarne l'utilità¹⁷. L'orientamento prevalente, invece, reputava maggiormente soddisfacente la tutela invalidante¹⁸ in

¹⁷ In dottrina: OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 100 ss.; LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433 ss.; ID., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093 ss.; TADDEI ELMI, *Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza. I rimedi civilistici*, cit., p. 203 ss.; RENNA, *La fideiussione “omnibus” oltre l'intesa “antitrust”*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 3, p. 572 ss. In giurisprudenza: Cass., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Impr.*, 2003, p. 164 ss.; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, 4, 1, p. 1097 ss.; Trib. Monza, 16 ottobre 2007, in *wwwdejure.it*; Trib. Treviso, 26 luglio 2018; Trib. Verona, 1 ottobre 2018, in *www.ilcaso.it*

¹⁸ Cfr. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 128 ss.; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1998, p. 386 ss.; CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione a valle*, Napoli,

considerazione di due dati: da un lato, lo stretto legame che si instaura tra intesa illecita e contratto finale; dall'altro, la consapevolezza che l'obiettivo della salvaguardia della concorrenza rimarrebbe frustrato se ci si limitasse a sanzionare il comportamento anticompetitivo con la nullità, ma si conservasse validità ai contratti successivi tramite i quali quell'illecito propaga i suoi effetti¹⁹.

La soluzione interpretativa della invalidità e, in particolare, della nullità delle fideiussioni *omnibus* che riproducono le clausole illecite dello schema A.B.I., si è rafforzata soprattutto dopo una sentenza di legittimità del 2017 che, pur esprimendosi in termini ambigui, sembra riconoscere al fideiussore la possibilità di chiedere la tutela invalidante per due ragioni fondamentali²⁰: per un verso, tale rimedio consente di ripristinare il concreto esercizio del diritto dei contraenti finali a una scelta effettiva tra i prodotti in concorrenza; per l'altro, quel contratto rappresenta uno strumento di concretizzazione e di propagazione degli effetti della intesa

2009, p. 21 ss..

¹⁹ La tesi risarcitoria, richiamando il principio generale della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, muove dall'idea che le norme antitrust siano norme di comportamento la cui violazione sarebbe incapace di incidere sulla validità dei contratti a valle. Un tale modo di ragionare, tuttavia, non pare persuasivo non solo perché lo scopo delle norme *antitrust* «non è solo quello di esigere prestazioni, ma è quello di pretendere dei risultati [...] ed escluderne altri» (le parole sono di A.B.F. Milano, 4 luglio 2019, n. 16558 in www.abitrobancario.it); ma anche perché la dottrina è ormai cosciente che, nell'ambito dei rapporti di concorrenza, atto e comportamento «non vivono in una dimensione separata che rinvia a giudizi autonomi e incompatibili, ma richiedono un'analisi delle relative connessioni e derivazioni», sicché il contratto va inteso come «frammento di un'attività la cui valutazione è strettamente connessa con il contesto economico e con la struttura del mercato in cui insiste». Ne consegue che la disciplina del mercato «incide in qualche misura sulle vicende dei contratti che sono conclusi nella sua area» (così G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 795-796).

²⁰ Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in www.personaemercato.it, con nota di SARTORIS, *Nullità delle clausole fideiussorie omnibus a valle di intese illecite*; in *Foro it.*, 2018, 1, I, p. 152 ss., con nota di PARDOLESI, *Ricorrenza della nullità del contratto "a valle" di una intesa restrittiva della concorrenza*; in *Riv. dir. ind.*, 2018, 2, II, p. 243 ss.; in www.giustiziacivile.com, con nota di BELLI, *Contratto a valle in violazione di intese vietate dalla Legge antitrust*.

illecita, talché la sua eliminazione risulta necessaria ad assicurare l'effettività della tutela sia del fideiussore sia del mercato.

Tuttavia, la mancanza, nella sentenza, di un'analisi approfondita sul regime di questa nullità, unitamente al fatto che il tema principale involgeva una questione di diritto intertemporale, lungi dal sopire il dibattito, lo ha maggiormente alimentato, come confermano le numerose sentenze di merito e di legittimità che si sono continuati a succedere sino a oggi a favore di entrambi i richiamati orientamenti. Basti ricordare che, con la sentenza n. 24044/2019, la Cassazione è tornata a preferire il rimedio risarcitorio, sottolineando la necessità di tenere distinta l'intesa illecita, sanzionata con la nullità, dalle fideiussioni stipulate dalle banche aderenti all'intesa, in relazione alle quali può essere esercitata la sola azione risarcitoria²¹: poiché, infatti, «la violazione degli interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento integra,

²¹ Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Giur. it.*, 2020, II, p. 357 ss., con nota di DI MICCO, *Le clausole A.B.I. tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, 1, p. 85 ss., con nota di MORESCO, *Fideiussioni omnibus su moduli standard A.B.I.: condizioni generali di contratto anticoncorrenziali e nullità parziale*. La Corte ribadisce che «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per la lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità *Antitrust* ai sensi della l. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti (Cass., n. 9384 del 11/06/2003; Cass., n. 3640 del 13/02/2009; Cass., n. 13486 del 20/06/2011)». La sentenza in esame, tuttavia, con un passaggio non privo di ambiguità, non esclude in radice la nullità, anche totale, della fideiussione omnibus: benché la Banca d'Italia avesse circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese «ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c. (...), laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale limitata alle clausole rinvenienti dalle intese illecite». Per un'analisi critica v.: LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 378 ss.; CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'A.B.I.*, *ivi*, p. 397 ss.

almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c.», se ne dovrebbe concludere che il consumatore finale danneggiato dall'accordo collusivo, «*ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, abbia a propria disposizione l'azione risarcitoria di cui all'art. 33 della legge n. 287/1990*». Al contrario, con la successiva sentenza n. 4175/2020, la Cassazione propende nuovamente per la tesi della nullità della fideiussione *omnibus*, sebbene escluda la sua automatica caducazione per effetto della dichiarazione di nullità dell'intesa illecita, richiedendo, invece, la necessaria dimostrazione del nesso eziologico tra l'illecito *antitrust* e il pregiudizio subito²².

La sentenza delle Sezioni Unite n. 41994/2021 oggi chiarisce che la nullità e, in particolare, la nullità parziale di singole clausole del contratto c.d. a valle, sia la soluzione maggiormente in linea con gli obiettivi europei in materia di concorrenza. Prima di analizzare il ragionamento svolto dai giudici di legittimità, merita ricostruire il quadro delle variegate interpretazioni elaborate, negli anni, da dottrina e giurisprudenza, circa il regime giuridico della nullità delle fideiussioni a valle di intese *antitrust*.

4. La nullità del contratto c.d. a valle e il dibattito sul suo regime giuridico.

La tesi della nullità della fideiussione *omnibus* si è frantumata, al suo interno, in una pluralità di sfumature interpretative che si differenziano sia per il fondamento del rimedio, sia per il diverso modo di intendere i profili essenziali della sua disciplina, primi tra tutti, la legittimazione ad agire e il grado di estensione.

Quanto al primo versante di indagine, le ricostruzioni proposte dagli interpreti sono molteplici. Il primo passo da compiere è chiarire se la nullità della fideiussione *omnibus* possa essere ascritta alle nullità con funzione protettiva ovvero se rientri nel paradigma

²² Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, p. 765 ss., con nota di BRESOLINI, *La Cassazione ritorna sulla fideiussione conforme al modello A.B.I.*. Come si vedrà nel prosieguo, la Cassazione ritiene, comunque, opportuno circoscrivere gli effetti della nullità della fideiussione, abbracciando l'idea che non solo essa non sia una conseguenza automatica, ma che la sua portata vada limitata alle sole clausole poste a favore della banca.

codicistico. In effetti, il proliferare di nuove forme di invalidità, caratterizzate da spiccata finalità protettiva di un interesse (meta-)individuale, potrebbe indurre a leggere con questa lente anche la fattispecie in esame. Due gli elementi che sono stati considerati sintomatici della funzione di protezione: da un lato, l'esigenza di tutelare l'interesse (particolare) del garante, il quale, oltretutto, si troverebbe in una posizione contrattualmente svantaggiosa rispetto all'istituto di credito; dall'altro e conseguentemente, l'esigenza di riequilibrare la disparità sostanziale tra i contraenti, nel contempo conservando il regolamento. Tali elementi vengono poi solitamente inseriti nel quadro di un'esame più ampio fondato sulla comparazione con la fattispecie dell'abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 della legge n. 287/1990 e sulla tendenza degli interpreti ad assimilarla, in sede di ricerca del rimedio di *private enforcement*, all'abuso di dipendenza economica; rispetto al quale l'art. 9, comma 3, della legge n. 192/1998 prevede esplicitamente la nullità, reputata dai più una nullità speciale con funzione protettiva²³. La comune *ratio* tra quest'ultima ipotesi e quella dell'abuso di posizione dominante, ravvisata nella necessità di riequilibrare la posizione contrattuale delle parti, giustificherebbe l'omogeneità dei rimedi a monte e delle conseguenze (invalidanti) a valle.

Questa impostazione non è stata reputata convincente dall'orientamento maggioritario per varie ragioni. Innanzitutto, non persuade l'idea della identità di *ratio*: mentre il divieto di intese

²³ Cfr. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese: diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983; FRIGNANI, *Art. 3. Abuso di posizione dominante*, cit., p. 309 ss.; SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, p. 203 ss.; DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 838 ss.; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009; PARINI, *Abuso di dipendenza economica: predisposizione di clausole inique o discriminatorie e potere "integrativo" del giudice*, in *Vita not.*, 2011, p. 1135 ss.; OLIVA e PALMIERI, *L'abuso di dipendenza economica nella prassi: sanzioni e rimedi*, in *Studi senesi*, 2012, p. 55 ss.

antitrust mira a mantenere l'autonomia strategica tra le imprese a tutela della concorrenza sul mercato, l'abuso di posizione dominante è diretto, invece, a reprimere uno specifico comportamento relazionale tenuto dall'impresa nei confronti degli utenti finali; sicché, diverse apparirebbero, necessariamente, anche le fisionomie dei due rimedi²⁴. In secondo luogo, non è sembrata sostenibile neppure l'idea di applicare in via analogica l'art. 9, comma 3, della legge n. 192/1998 ai casi in cui sia un consumatore, non un'altra impresa, a trovarsi in una posizione di dipendenza economica, proprio perché si finirebbe per derogare alla logica sottesa alla normativa consumeristica²⁵.

Non solo, ma anche a voler prescindere dal discutibile raffronto con la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, mi sembra che il vero aspetto di criticità della illustrata impostazione sia un altro: ciò che non convince è la stessa possibilità di qualificare la nullità dei contratti a valle di intese illecite in termini di nullità di protezione. Se si sposta l'attenzione sul profilo soggettivo del rapporto, si osserva che una nullità si atteggia come speciale solo quando è diretta alla protezione di un interesse facente capo al contraente in posizione di strutturale asimmetria (economica o informativa) rispetto alla controparte, per cui, tutelando quest'ultima, si realizza la tutela di una istanza più

²⁴ Per un chiarimento sulla distinzione tra le due esigenze, si veda la sentenza del Trib. Milano, 6 dicembre 2017, n. 12344, in *www.ilcaso.it*: «mentre l'abuso di posizione dominante, rilevante per integrare la fattispecie *antitrust*, comporta la necessità d'individuare, innanzitutto, il mercato rilevante, l'abuso di dipendenza economica attribuisce rilievo non alla posizione dominante di un'impresa sul mercato, ma all'abuso e allo squilibrio delle imprese nell'ambito di un rapporto negoziale. [...] In altre parole, mentre “le norme *antitrust* sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto di mercato”, la norma relativa alla dipendenza economica, prevista nella disciplina della subfornitura nelle attività produttive, costituisce una regola inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali fra le parti, con finalità che possono prescindere dalla loro incidenza sui meccanismi concorrenziali».

²⁵ In tal senso: CASTELLI *Disciplina antitrust e illecito civile*, cit., p. 58; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 82 ss.; CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti di impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 862 ss.

generale dell'ordinamento. In realtà, è proprio questa condizione a difettare, in taluni casi, potendo la fideiussione essere rilasciata da un professionista. Tale aspetto, oltretutto, è ben presente presso gli operatori del settore: l'analisi dello schema di contratto dell'A.B.I. dimostra come questo avrebbe dovuto fungere da guida nei rapporti della banca tanto con il garante-consumatore, quanto con il garante-professionista²⁶. È ben vero che le istanze del contraente-consumatore rivestono particolare delicatezza, tanto da essere state valutate in sede di accordo dell'A.B.I., come dimostra il fatto che varie associazioni di consumatori hanno preso parte al tavolo di lavoro. Ma, certamente, non si può escludere, a priori, che la

²⁶ Cfr. FALCONE, *Alcune riflessioni a margine del recente schema di contratto di fideiussione "omnibus" concordato tra la Associazione Bancaria Italiana e talune associazioni di consumatori*, cit., p. 81 ss.. Cfr. anche Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Giur. cost.*, 2002, 6; in *Foro it.*, 2003, I, c. 332, con nota di PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 701 ss., con nota di PERFUMI, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze di mercato*, secondo il quale, la disciplina sulle clausole abusive non trova applicazione alle fideiussioni rilasciate dal piccolo imprenditore o dall'artigiano, stante la non riconducibilità di questi ultimi alla figura del consumatore. Quindi, quando il fideiussore agisce come professionista nell'interesse di un professionista (ad esempio, quando la fideiussione viene prestata da un amministratore nell'interesse della società), la disciplina sulle clausole abusive non trova applicazione. Sul piano rimediabile, questo significa che la nullità sarebbe destinata ad atteggiarsi in forme diversificate a seconda della qualità del garante, ma, certamente, non può essere considerata sempre e necessariamente come una nullità di protezione. Il che indebolisce la tesi secondo la quale la nullità dei contratti a valle sia soggetta al regime della nullità di protezione. Tali considerazioni valgono anche rispetto a fattispecie diverse da quella qui in esame. Autorevole dottrina osserva che l'impiego di tecniche civilistiche in materia *antitrust* è preordinato non solo alla tutela della funzionalità oggettiva del mercato, ma anche dell'interesse individuale del contraente strutturalmente svantaggiato nell'accesso al mercato di certi beni o servizi. E tale interesse va concepito «non soltanto nell'ottica riduttiva, che ha a lungo condizionato la materia, della generica tutela del "consumatore", bensì nella più vasta e concreta prospettiva della protezione del contraente, non importa se anch'esso imprenditore o comunque non consumatore, che possa veder limitata, specie in fase di instaurazione del rapporto, la propria effettiva autonomia negoziale» (così PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 141-142 e nota n. 184).

funzione di garante venga svolta da un non consumatore. Sicché, quanto meno in questi ultimi casi, verrebbe meno quella esigenza di tutela specifica del contraente che anima le nullità speciali protettive. D'altra parte, è la stessa Corte di Giustizia a invitare i giudici nazionali a seguire un approccio non meramente formale nell'accertamento sulla qualifica del soggetto garante. L'intervenuto superamento della teoria del professionista c.d. di riflesso, prospettato oggi anche dalla giurisprudenza di legittimità, impone proprio di valutare, caso per caso, se il garante abbia agito o meno nell'esercizio della sua attività professionale, rigettando ogni automatismo tra la qualifica del debitore e quella del garante²⁷.

Non a caso, un'ampia parte degli interpreti ha preferito

²⁷ In virtù della nozione oggettiva offerta dalla Direttiva 93/13/CE, la qualifica di "consumatore" e, quindi, l'applicazione della relativa disciplina protettiva, richiedono la verifica, da condurre sulla base di un criterio funzionale, se il rapporto contrattuale rientri nell'ambito di attività estranee all'esercizio della professione. Il superamento della teoria del professionista c.d. di riflesso è da ascrivere alle seguenti pronunce: Corte di Giustizia, 19 novembre 2015, causa C-74/15, *Dumitru Tarcău*, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 14 settembre 2016, causa C-534/15, *Pavel Dumitraș*, in www.curia.europa.eu; Cass., 1 febbraio 2016, n. 1869, in *Foro it.*, 2016, 5, p. 1804, con nota di CARMELLINO, *È consumatore chi contrae obbligazioni per esigenze personali senza riflessi in una attività di impresa*; Trib. Milano, 4 aprile 2016, in www.ilcaso.it; ABF, Collegio di coordinamento, decisione 11 maggio 2016, in www.arbitrofinanziario.it, con nota di SARTORIS, *Fideiussione: nuova conferma del superamento della teoria del professionista c.d. di riflesso*; Cass., 13 febbraio 2018, n. 32225, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; Cass., 16 gennaio 2020, n. 742, in www.personaemercato.it. Per una panoramica delle principali opinioni in dottrina v.: CONTI, *Il fideiussore non è sempre un professionista*, in *Corr. merito*, 2006, 3, p. 317 ss.; GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*, in *Contr.*, 2007, p.228 ss.; BORTOLOTTI, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in *Dir. giust.*, 2011, p. 506 ss.; RINALDO, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*, in *Not.*, 2013, p. 691 ss.; RENNA, *La tutela consumeristica del fideiussore: riflessioni a partire da una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1119 ss.; VIZZONI, *La posizione giuridica del garante consumatore: dalle novità europee alle recentissime aperture interne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1233 ss.; DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 3, p. 281 ss.

appuntare l'attenzione sul piano della struttura negoziale, piuttosto che su quello funzionale, ricostruendo la nullità della fideiussione alla luce della teoria della invalidità c.d. derivata²⁸. Secondo questa impostazione, la nullità della intesa illecita si estenderebbe, con un effetto "a cascata", sul contratto "a valle", in virtù dell'assunto collegamento esistente tra i due negozi; con la conseguenza che, in base al principio *simul stabunt, simul cadent*, la fideiussione verrebbe travolta a causa di un vizio (esogeno) derivante dal collegato contratto a monte²⁹.

Benché quella illustrata sia stata la posizione maggiormente

²⁸ La teoria della invalidità derivata riecheggia gli studi della dottrina amministrativistica sulla invalidità degli atti procedurali. In base al principio di derivazione, i vizi che colpiscono un atto amministrativo possono ripercuotersi su un altro atto in virtù del nesso che li lega. Tale rapporto può sussistere tra provvedimenti autonomi oppure tra un atto interno a un procedimento amministrativo e il provvedimento finale oppure tra un provvedimento amministrativo e un contratto. Inoltre, alla invalidità derivata il diritto amministrativo ricollega la distinzione tra due ordini diversi di effetti. Si discorre di invalidità con effetto c.d. caducante quando il provvedimento annullabile rappresenta un presupposto imprescindibile per la validità degli atti a valle, che al primo danno esecuzione; con la conseguenza che l'intervenuto annullamento del provvedimento-presupposto determina l'automatico travolgimento dell'atto successivo. Si discorre, invece, di invalidità con effetto c.d. viziante quando il legame tra l'atto a monte e l'atto a valle non si atteggia come un nesso di stretta presupposizione; pertanto, l'atto successivo non può essere automaticamente travolto dall'annullamento dell'atto a monte, essendo necessaria una ulteriore e specifica impugnazione del primo. Cfr. SANDULLI *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Roma, 1968; CORSO, *Atto amministrativo presupposto e ricorso giurisdizionale*, Padova, 1990; DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2006; CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, p. 1346 ss. Per un approccio civilistico al tema v.: PASSAGNOLI, *La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Persona e mercato*, 2012, 2, p. 122 ss.; MOSCARINI, *La nullità speciale del contratto stipulato in esecuzione di un provvedimento di gara annullato per illegittimità*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano, 2001, I, p. 387 ss.

²⁹ Sulla automatica applicabilità del principio *simul stabunt, simul cadent* al ricorrere del collegamento negoziale: Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1093 ss.; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 113 ss.; Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Giur. it.*, 2005, p. 1406 ss.

seguita in giurisprudenza, non è mancato chi ha suggerito di radicare la nullità su un vizio contrattuale di tipo endogeno. Con l'avvertenza, però, che i sostenitori di tale impostazione si sono divisi quanto alla esatta individuazione del profilo patologico: accanto a coloro che hanno invocato la nullità per illiceità della causa *ex art.* 1343 c.c., poiché la fideiussione, realizzando il risultato anticoncorrenziale dell'intesa, svolgerebbe una funzione economica direttamente in contrasto con le regole sulla concorrenza³⁰; vi sono coloro che hanno ravvisato il profilo di illiceità nell'oggetto, o meglio, nel contenuto complessivo del contratto, consistente nel maggior profitto realizzato dalla banca attraverso la violazione delle regole concorrenziali³¹. Per ragioni diverse, entrambe le tesi si prestano a criticità: la prima perché l'attuazione dell'intesa *antitrust* non costituisce la causa concreta della fideiussione, ma al più lo scopo, *sub specie* di motivo, perseguito dalla sola banca; la seconda perché l'illiceità non si appunta tanto sull'oggetto in sé del contratto, quanto, semmai, sulle modalità della sua determinazione.

³⁰ Cfr. MASSA, *La tutela civile: profili processuali*, in FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, cit., p. 1477 ss.; DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 226 ss. Sulla dibattuta questione della definizione di "oggetto" del contratto v.: GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss.; IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 799 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, Milano, 1968, p. 138 ss.; CANNATA, voce *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 827 ss.; ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in ALPA-BESSONE (a cura di), *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, III, Torino, 1999, p. 1984 ss.; FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *Aa.Vv.*, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, p. 169 ss.; GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Regolamento*, a cura di VETTORI, in *Trattato Roppo*, II, Milano, 2006, p. 11 ss.; GABRIELLI, *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1, p. 23 ss.

³¹ Tesi sostenuta da CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 5, p. 469 ss.; ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2009, p. 258 ss..

Maggiormente persuasivo è stato, infine, quell'orientamento dottrinale che, ragionando sulla *ratio* del rimedio, ha fondato la nullità sulla violazione di norma imperativa, cioè dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990 e dell'art. 101 T.F.U.E., nell'idea che tali norme siano «*parte integrante dell'ordinamento pubblico italiano, costituendo, anzi, un corpus organico di norme imperative*»³²; le quali, come chiarito anche dalla Corte di Giustizia, «*producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli*»³³. Si tratterebbe, dunque, di una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., che appare coerente, oltretutto, con il dato letterale dell'art. 101 T.U.F.: se la nullità delle intese opera “*a ogni effetto*”, allora, deve ricomprendere anche i negozi adottati sulla base delle medesime, nella impossibilità di tenere distinte le due pattuizioni.

Chiarire quale sia il fondamento della nullità in esame non risolve, però, tutti i profili di incertezza, dovendo essere individuato anche il relativo regime giuridico. In particolare, coloro che hanno escluso una funzione strutturalmente protettiva della nullità della fideiussione *omnibus* hanno poi individuato, come primo corollario di disciplina, una legittimazione attiva aperta a chiunque abbia interesse *ex art. 1421 c.c.*; l'azione, cioè, non può essere riservata al solo contraente finale, se si vuole garantire l'interesse generale alla libertà della concorrenza. Quanto alla estensione del rimedio, la riconosciuta legittimazione assoluta non contrasta con possibili esigenze di graduazione. Secondo l'orientamento maggioritario, invero, tale nullità, ricadendo nel campo di applicazione della

³² Così Corte App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, III, p. 1878, con nota di BERTOLOTTI, *Ancora su norme antitrust e contratti a valle*. In tal senso, si vedano: NAVARRETTA, *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Remedies in contract*, a cura di VETTORI, Milano, 2008, p. 421 ss.; CAMILLERI, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, p. 295, il quale precisa che siccome la legge *antitrust*, nel vietare le intese restrittive della concorrenza, mira ad assicurare una certa strutturazione concorrenziale del mercato, è ben possibile riconoscere una qualche ultrattività al divieto in esame, almeno nel senso di ricomprendere nel raggio di operatività del medesimo anche gli atti che diano corso alle intese illecite.

³³ Così CGUE, 5 giugno 2014, causa C-557/12, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG.*, in www.curia.europa.eu

disciplina codicistica, può avere carattere eventualmente parziale al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 1419 c.c. Secondo siffatto modo di ragionare, la nullità delle clausole riproduttive dello schema A.B.I. non comporterebbe la caducazione dell'intera fideiussione, laddove si possa presumere, alla luce di una indagine condotta in concreto, che le parti avrebbero ugualmente concluso il contratto³⁴. Anzi, qualora le clausole censurate dalla Banca d'Italia vengano estromesse dal testo del contratto di fideiussione, la garanzia non sembra perdere la propria funzione, se si considera anche la possibilità di integrare il regolamento con la normativa suppletiva del codice civile. Non solo, ma alle stesse conclusioni si perverrebbe ragionando anche sugli esiti di una ipotetica nullità totale: le conseguenze sarebbero di enorme rilevanza per la tenuta del sistema bancario e del risparmio, poiché gli istituti di credito rimarrebbero privi delle garanzie ai finanziamenti concessi. Non a caso, è proprio questa la soluzione prescelta dalle odierne Sezioni Unite.

5. Prime riflessioni alla luce delle Sezioni Unite n. 41994/2021.

I giudici di legittimità, investiti del compito di risolvere ben quattro questioni interpretative, offrono una soluzione che intende chiarire quale tutela sia invocabile dal contraente di una fideiussione *omnibus* riproduttiva dello schema A.B.I.³⁵.

³⁴ La tesi della nullità parziale è stata sostenuta da: Trib. Rovigo, 9 settembre 2018; Trib. Padova, 22 gennaio 2019; Trib. Mantova, 16 gennaio 2019; Cass., 26 settembre 2019, n. 24044; Trib. Monza, 28 gennaio 2020; Trib. Pavia, 5 febbraio 2020; Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175; Trib. Catania, 28 marzo 2020; Trib. Arezzo, 1 aprile 2020; Trib. Milano, 28 aprile 2020 (tutte reperibili sul sito www.ilcaso.it). Questa impostazione è patrocinata anche dalla Corte di Giustizia, la quale, già in un lontano precedente, sosteneva che solo le clausole in contrasto con le regole *antitrust* sono colpite da nullità, non anche l'intero contratto che le contenga, a meno che non si tratti di clausole oggettivamente non separabili dal restante regolamento negoziale (cfr. CGUE, 23 luglio 1966, causa 56-58/64, *Consten SaRL and Grundig-Verkaufs-Banb-H vs. Commissione*, in www.curia.europa.eu).

³⁵ Si ricorda che la questione era stata rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite con l'ordinanza Cass., 30 aprile 2021, n. 11486, in www.personaemercato.it, con nota di SARTORIS, *Intese antitrust, fideiussioni omnibus e rimedi. La questione alle Sezioni Unite*. Quattro sono le questioni

Come anticipato, le Sezioni Unite reputano che la soluzione «più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un'ipotesi di nullità parziale». Tale soluzione assicura il rispetto di tutti i soggetti coinvolti, compreso l'interesse degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, una volta espunte le clausole illecite. In effetti, in applicazione dell'art. 1419 c.c., la nullità solo eccezionalmente può estendersi dalla parte al tutto. La nullità totale richiede la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento della clausola e, dunque, in funzione dell'interesse concreto dalle stesse perseguito. Pertanto, chi ha interesse a far cadere l'intero contratto deve fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o parte nulla³⁶.

fondamentali sulle quali viene richiesto l'intervento delle Sezioni Unite: a) se la coincidenza (totale o parziale) con lo schema ABI giustifichi una dichiarazione di nullità o legittimi la sola azione risarcitoria; b) quale sia, in caso di risposta a favore della nullità, il regime applicabile alla relativa azione, tanto sotto il profilo del tipo di vizio, quanto sotto il profilo della legittimazione ad agire; c) se questa nullità possa operare in forme parziali, con sopravvivenza della restante parte del contratto; d) se l'indagine coinvolga anche la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto di interessi derivante dal contratto.

³⁶ Tali principi sono pacificamente seguiti dalla giurisprudenza che applica l'art. 1419 c.c. Cfr. Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 366; Cass., 11 agosto 1998, n. 7871, in *Giur. it.*, 1999, p. 996 ss.; Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Mass. Foro it.*, 2002; Cass., 20 maggio 2005, n. 10690, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Mass. Foro it.*, 2007: «[...] il principio di conservazione deve escludersi solo quando la clausola e il patto nullo si riferiscono a un elemento essenziale del negozio oppure si trivino con le altre pattuizioni in un tale rapporto di interdipendenza che queste non possono sussistere in modo autonomo»; Cass., 10 novembre 2014, n. 23950, in *Dir. giust.*, 2014, p. 33 ss. (con nota di PAGANINI, *Il principio utile per inutile non vitiatur implica sempre un esame attento dell'effettiva volontà dei contraenti*): «[...] la nullità della singola clausola contrattuale comporta la nullità dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio "utile per inutile non vitiatur", la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale, il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto

Questo quanto al *modus operandi* della nullità. Con riguardo al suo fondamento, le Sezioni Unite predicano l'esistenza di un "collegamento funzionale" tra l'intesa *antitrust* a monte e la fideiussione a valle. Quest'ultima costituisce lo sbocco naturale dell'intesa vietata quante volte ne realizzi il "risultato economico", ossia la distorsione della concorrenza, e sia idonea a propagarne gli effetti. In questa prospettiva, secondo i giudici, il contratto a valle partecipa della stessa natura anticoncorrenziale dell'intesa a monte e, quindi, non può che essere inficiato dalla medesima forma di invalidità. Alla base di tale ricostruzione vi è l'idea che qualsiasi condotta di mercato, anche meramente unilaterale o non negoziale, non possa realizzare un ostacolo al gioco della concorrenza. Ciò che veramente rileva, dunque, è che la combinazione di più atti, pur se di natura diversa, determini una violazione della normativa *antitrust*.

Ebbene, siamo di fronte a una peculiare ricostruzione della vicenda negoziale che solo in apparenza sembra fondarsi sulla teoria della invalidità derivata, atteso che il collegamento prospettato non è tecnicamente un collegamento negoziale. Al giudice è richiesto di riscontrare «*un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti "funzionale" a produrre un effetto anticoncorrenziale*». Nella sussistenza di siffatto nesso funzionale viene, dunque, ravvisato il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. Non, quindi, nella deroga isolata alla disciplina codicistica della fideiussione, ma nella sistematicità di siffatta deroga e nella sua reiterazione in più contratti si annida il rischio di realizzare l'effetto anticoncorrenziale.

dalle stesse parti perseguito». In dottrina v. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 690 ss.; CASELLA, *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 486 ss.; FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 11 ss.; GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim.*, 1991, p. 1065 ss.; PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Padova, 2008.

La scelta delle Sezioni Unite di prospettare una soluzione interpretativa che non si fondi sulla teoria del collegamento negoziale è certamente condivisibile, essendo difficile ravvisare la sussistenza di un collegamento in senso tecnico: sia perché, sul piano oggettivo, il contratto a valle è dotato di autonomia causale rispetto all'intesa, sia perché, sul piano soggettivo, quel contratto è stipulato dalla banca con un soggetto (il garante) presumibilmente estraneo all'intesa illecita³⁷. Rispetto alla fattispecie in esame, di collegamento negoziale si sarebbe potuto ragionare, al più, in termini di collegamento c.d. genetico: come è noto, quest'ultimo ricorre quando il nesso si esaurisce interamente nella fase genetica di uno dei negozi, in quanto l'uno determina l'insorgere dell'altro, con la conseguenza che il rapporto a valle sarebbe del tutto indifferente alle vicende del contratto a monte³⁸. In effetti, il collegamento tra le due attività in esame si instaurerebbe all'atto

³⁷ Cfr. PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole dei contratti bancari a valle*, in *Dir. banc.*, 1996, p. 507 ss.; UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Milano, 1986, p. 98 ss.: i soggetti terzi interessati ai contratti a valle non sono in alcun modo coinvolti nella realizzazione di un unico fine, che costituisce, invece, requisito essenziale per la sussistenza di un collegamento negoziale; CAMMILLERI, *Le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust*, cit., p. 295: «il negozio dipendente, seppur autonomo sotto il profilo causale, sia comunque funzionalizzato, nella comune rappresentazione degli scopi divisati con il contratto principale; senonché è giusto siffatta funzionalizzazione che deve qui dirsi mancante, a tacer d'altro, per l'essere il terzo contraente a valle ignaro del disegno conspiratorio assunto a monte con il cartello e comunque controinteressato alla sua attuazione».

³⁸ Cfr. GASPERONI, *Collegamento e connessione di negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 367 ss.; NATOLI, *In tema di collegamento funzionale tra negozi*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1946, II, p. 328 ss.; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 266 ss.; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 435 ss.; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 162 ss. In questa prospettiva, nel collegamento genetico rientrerebbe il collegamento unilaterale, poiché il primo contratto crea il secondo e poi esaurisce la sua influenza, in quanto il nesso opera in una sola direzione; quindi, l'accordo illecito a monte sarebbe riconducibile alla figura del contratto normativo (unilaterale), avendo a oggetto la predisposizione di un contenuto destinato a riprodursi in successivi contratti stipulati sia dalle stesse parti originarie, sia con soggetti terzi.

della stipula della fideiussione, perché è in quel momento che la banca redige un regolamento incorporante le clausole pattuite in sede di intesa; ma quest'ultima non costituisce condizione indispensabile per il sorgere della fideiussione, né si ravviserebbe quella funzione ulteriore e distinta propria del coordinamento in senso tecnico.

Di là da tali osservazioni, il passaggio della decisione che desta maggiore perplessità è quello in cui i giudici descrivono la nullità in esame come "speciale", in quanto il suo fondamento viene ravvisato nella esigenza di salvaguardare un interesse pubblico e, in specie, il c.d. ordine pubblico economico. Colpisce, in particolare, l'affermazione secondo cui si tratterebbe di una *«nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva»*, poiché, ad avviso dei giudici, l'ipotesi di nullità in esame sarebbe più ampia sia di quella ordinaria *ex art. 1418 c.c.* sia delle altre nullità conosciute dall'ordinamento, a partire dalla nullità di protezione nei contratti del consumatore e nei rapporti tra imprese. Tanto per la ragione che detto rimedio *«colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un "nesso funzionale", non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale»*.

A mio avviso, la qualificazione del rimedio in termini di "specialità" può apparire fuorviante, non essendo chiaro quali siano i rapporti tra tale ipotesi e le nullità che derogano, sotto determinati profili, allo statuto codicistico del rimedio in ragione, solitamente, di esigenze di particolare protezione di un contraente. Come visto, nella prospettiva dei giudici, la nullità del contratto attuativo di una intesa illecita, invece, non sembra divergere dalla disciplina ordinaria né in punto di legittimazione ad agire (assoluta *ex art. 1421 c.c.*), né in punto di parzialità (applicandosi la regola dell'*art. 1419 c.c.*). Inoltre le Sezioni Unite precisano che tale nullità è rilevabile d'ufficio nel rispetto del principio processuale della domanda (*ex artt. 99 e 112 c.p.c.*); con la conseguenza che, a fronte di una domanda di nullità totale, il giudice può rilevare d'ufficio la nullità solo parziale, ma se le parti non chiedono un accertamento nel senso della parzialità, egli deve rigettare l'originaria pretesa. In ultimo, i giudici osservano che l'azione è imprescrittibile, ferma restando la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito

ex art. 2033 c.c. e della domanda risarcitoria. In considerazione di quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite, allora, appare difficile scorgere un profilo di specialità nel senso sopra illustrato, a meno di non attribuire a tale nozione un significato differente. La specialità sembra derivare dalla circostanza che il rimedio non riguarda atti aventi tutti natura contrattuale; ecco perché i giudici ragionano di una connessione funzionale, così da consentire che quegli atti siano considerati nel loro insieme per verificare se realizzano il risultato economico della distorsione delle regole della concorrenza.

La non persuasività del richiamo al concetto di specialità, unitamente al difficile inquadramento della nozione di connessione funzionale, inducono a supporre che minori problemi si sarebbero posti a ragionare sulla natura imperativa dell'art. 2, co. 2, lett. a), della legge *antitrust*, per un verso, e sulla concreta portata della locuzione "a tutti gli effetti", per l'altro. Da questo angolo visuale, forse, una nullità virtuale del contratto a valle per contrasto diretto con la logica pro-concorrenziale sottesa alla citata disposizione avrebbe consentito di prescindere dall'insidiosa indagine sul collegamento, permettendo di colpire ogni atto idoneo a concretizzare un'intesa *antitrust*.

6. Effettività della tutela e private enforcement.

La decisione illustrata, al netto delle descritte perplessità argomentative, merita senz'altro adesione per il chiarimento offerto circa il rimedio invocabile dal contraente della fideiussione riproduttiva della intesa *antitrust*. Non può essere revocato in dubbio, invero, che il contratto c.d. a valle, pur essendo un negozio temporalmente successivo a quest'ultima, non ne costituisce mero momento attuativo, bensì la completa, concorrendo a realizzare il fine distorsivo della concorrenza contrastato dalla legge. Per tale via, le Sezioni Unite confermano la necessità di superare l'idea della "non comunicabilità" tra i problemi del contratto e della concorrenza, recependo l'autorevole insegnamento, da tempo predicato dal nostro Maestro, secondo cui la soluzione rimediale da preferire, in questa materia, è quella che consente di realizzare il «completamento, reciproco, fra diritto civile e disciplina

antitrust»³⁹.

In questa logica di fondo, la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite consente di stigmatizzare efficacemente le conseguenze prodotte dalla intesa illecita che impediscono la realizzazione degli interessi tutelati. Non solo, ma la nullità è rimedio in grado anche di esplicare un effetto tanto dissuasivo, quanto afflittivo nei confronti dell'istituto di credito parte dell'intesa illecita replicata nel contratto di fideiussione. Tale impostazione è coerente con la *ratio* stessa della disciplina *antitrust*, che si dimostra attenta anche alle ricadute effettuali delle pratiche distorsive. Con l'importante precisazione che la caducazione della fideiussione, lungi dal costituire una conseguenza sempre necessitata e automatica della illiceità di una intesa *antitrust*, richiede di accertare, caso per caso, che quel contratto sia idoneo, da solo, a realizzare una significativa lesione della concorrenza; sempre che lo schema illecito ivi riprodotto sia uniformemente applicato dalla maggior parte degli istituti di credito italiani.

Nel contempo, il rigore del rimedio invalidante è variamente graduabile grazie alla regola della parzialità, che consente di calibrare gli effetti della dichiarazione di invalidità in relazione alle specificità della concreta fattispecie contrattuale; ciò allo scopo di non privare il contraente interessato dell'intero contratto e di non compromettere l'efficiente funzionamento del sistema bancario. Nella convinzione che una nullità sempre rigidamente totale si possa dimostrare, talvolta, incompatibile e sproporzionata rispetto ai diversi interessi coinvolti. Quest'ultimo esito si potrebbe verificare nella sola ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c. risulti che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza le clausole colpite da nullità.

Benché la soluzione illustrata sia senz'altro in grado di bilanciare i vari interessi in gioco, tuttavia, giova considerare un

³⁹ Cfr. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese: diritto dei contratti e regole di concorrenza*, cit., p. 83; ID., *Contratto e concorrenza*, cit., p. 794-795: «l'antigiuridicità che si vuole reprimere va oltre la funzione del contratto o la sua meritevolezza e si rivolge alle conseguenze dell'atto contrastante con la tutela della concorrenza e con l'utilità sociale espressa nell'art. 41 della Costituzione»

dato. Se si vuole garantire l'obiettivo di un *effective private enforcement*, occorre poter abbinare al rimedio della nullità contrattuale anche il rimedio risarcitorio, oltre alle pacifiche sanzioni amministrativistiche⁴⁰. Invero, è ragionevole ammettere un "cumulo" tra le due azioni a favore del fideiussore, nell'idea che sull'istituto di credito gravi anche una responsabilità (precontrattuale) non solo o non tanto per aver omesso di dare notizia all'altra parte dell'esistenza di una causa di invalidità del contratto, quanto, soprattutto, per aver concorso a dare causa a quella invalidità con la sua partecipazione all'intesa antitrust⁴¹. E questa impostazione è tanto più convincente quanto più si consideri, come già autorevolmente osservato dal nostro Maestro, che nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni «*la responsabilità (precontrattuale o aquiliana) non si arresta alle*

⁴⁰ Con la precisazione, svolta dalla Corte di Giustizia, secondo cui tale diritto risarcitorio non spetta, come è ovvio, alla parte contrattuale che impone all'altra condizioni dirette a dare attuazione a un'intesa anticoncorrenziale di cui sia autrice la prima (cfr. caso *Courage*). In questo ordine di idee: CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno resp.*, 2007, 1, p. 34 ss.; VIGLIANISI FERRARO, *Diritto antitrust e rimedi utilizzabili in Italia dai soggetti danneggiati dai c.d. "contratti a valle"*. *Un problema ancora aperto*, in *Dir. dell'econom.*, 2019, 1, 316 ss.; DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 412, secondo il quale «dal punto di vista della capacità dissuasiva, il riconoscimento alla vittima di intese ed abusi, di un diritto (oltre che al risarcimento del danno) allo scioglimento del contratto, si possa configurare come un naturale completamento del sistema che, senza sconfinare in una misura di natura punitiva, è in grado di contribuire ad annullare i possibili guadagni dell'autore dell'illecito e di realizzare una deterrenza e proporzionalità migliore di quella che il "solo risarcimento" è in grado di assicurare».

⁴¹ Secondo CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità e responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, I, p. 29 ss., il cumulo tra le due azioni «non può mettersi in dubbio, stante la diversa funzione delle due forme di tutela». Difatti, la nullità, in questo caso, è unilateralmente causata da uno dei contraenti, la banca, non da entrambi e «questo spiega perché, nel domandare l'accertamento di una di esse, la parte che abbia subito l'iniziativa contrattuale dell'altra, possa domandare altresì il risarcimento del danno, in questo caso la coniugazione della responsabilità con l'invalidità dovendosi dire tipica».

soglie del contratto, ma ne completa la tutela, correggendo con il risarcimento le condizioni sfavorevoli determinate da un contegno scorretto o illecito»⁴². Con una precisazione. In linea con i criteri predicati dalla Direttiva 2014/104/UE, tale risarcimento deve essere integrale (art. 3, comma 1), ma non sovracompensativo (art. 3, comma 3)⁴³.

Ne consegue che, se da un lato, non è necessario ricorrere a risarcimenti multipli in funzione punitiva, stante la sussistenza di un divieto di tal fatta; dall'altro, tuttavia, la nullità del contratto finale, eventualmente abbinata al risarcimento, rappresenta un indispensabile strumento di *private enforcement*, neutralizzando tutti gli effetti distorsivi derivanti dalla intesa illecita, compresi i guadagni prodotti dal contratto di fideiussione. D'altra parte, l'efficacia del binomio rimediale invalidità-risarcimento non solo è ammessa in generale⁴⁴, ma oggi è anche promossa in modo più

⁴² Così VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, cit., p. 92.

⁴³ Tali considerazioni costituiscono un'ulteriore conferma della non divisibilità dell'orientamento che predicava la validità del contratto a valle, fermo il diritto al risarcimento del danno. Anche perché, si consideri che il rimedio risarcitorio, da solo considerato, non riesce a esplicare una tutela tanto effettiva, quanto dissuasiva, in quanto, spesso, in questa materia, i danni subiti dalle vittime dell'illecito sono di gran lunga inferiori rispetto ai guadagni realizzati dalle imprese colluse. Le stesse Sezioni Unite n. 41944/2021 chiariscono che una tutela affidata al solo rimedio risarcitorio sia del tutto inappagante e da respingere proprio perché priva di efficacia dissuasiva significativa per le imprese aderenti all'intesa, considerato anche che non tutti i soggetti danneggiati agiscono in giudizio e non tutti, comunque, riescono a ottenere il risarcimento.

⁴⁴ In tema: DI MAJO, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, p. 5 ss.; VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Pers. e merc.*, 2013, 4, p. 279 ss., il quale precisa che «tale compatibilità, fra validità e responsabilità, va verificata e disciplinata, volta a volta, nei vari settori dell'ordinamento»; PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, cit., p. 337 ss., la quale, nel commentare la decisione del 2005, osserva, acutamente, che «la particolare natura del rimedio della nullità [...] di fatto accomuna questa forma di tutela [...], di natura invalidante, all'altro strumento di tutela specifica tanto spesso invocato nella materia *antitrust* e rappresentato, com'è noto, dall misura

chiaro dalla stessa normativa euro-unitaria, come emerge, da ultimo, dalla Direttiva 2161/2019/UE, che, nel modificare la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, riconosce ai consumatori la possibilità di accedere a rimedi contrattuali proporzionati ed effettivi, compreso il risarcimento individuale del danno (art. 11 *bis*)⁴⁵.

Alla luce delle considerazioni svolte emerge come la risposta al problema di quali strumenti di tutela disponga il contraente finale di una intesa *antitrust* non possa sempre essere unica e rigida, tutto al contrario, varia fortemente in relazione alle caratteristiche e alle circostanze del caso concreto. E non potrebbe essere diversamente, se si considera la necessità che l'ordinamento nazionale predisponga strumenti di tutela effettivi, dissuasivi e proporzionati. Si può allora prospettare una risposta ordinamentale complessa e graduata⁴⁶. La tutela risarcitoria sarebbe da sola sufficiente nei limitati e particolari casi in cui il contratto sia già stato eseguito e non sia più possibile dare corso alle restituzioni oppure non sia di per sé idoneo a realizzare l'effetto di pregiudicare la concorrenza. Al di fuori di questi casi, le clausole riproduttive dell'intesa illecita sono nulle possono essere caducate; se la domanda promana dal contraente finale, questi può anche accedere alla tutela risarcitoria,

inibitoria»; a tale fine l'A. propone di «invocare l'analogia per colmare la lacuna di diritto *antitrust* che ha dimenticato di prevedere proprio l'inibitoria, rimedio tipico della disciplina della concorrenza»; IANNUCELLI, *Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. delle soc.*, 2006, 4, p. 773-774, il quale osserva che «guardando da lontano ai due rimedi in modo unitario, salta agli occhi che mentre l'azione di risarcimento del danno conserva anche in questa materia la sua funzione essenzialmente e primariamente compensativa, la nullità si atteggia come una sanzione che impedisce la produzione di effetti giuridici scaturenti da un contratto che non ritiene degno di tutela».

⁴⁵ Osserva DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, cit., p. 413 che, alla luce anche dell'art. 11 *bis* della Direttiva 2161/2019/UE, il sistema sembra muoversi «sempre di più verso l'adozione di strumenti demolitori dei vincoli illegittimamente imposti, e anche per questo la tesi del "solo risarcimento" è una posizione di retroguardia che deve essere superata».

⁴⁶ In tal senso v. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 416-417.

salva la prova del nesso di causalità tra l'intesa e il pregiudizio patito. Il contratto va incontro, invece, a nullità totale nella diversa e residuale ipotesi in cui le clausole *sub iudice* risultino essenziali ai sensi del giudizio di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., venendo meno la possibilità di conservare valore al regolamento. In ultimo, si reputa possibile applicare analogicamente la disciplina della nullità parziale necessaria *ex art. 36 cod. cons.* ogniqualvolta ciò sia richiesto dalla concreta esistenza di uno squilibrio strutturale tra le parti tale da far sorgere un'esigenza di particolare protezione di un contraente.

Una tale articolazione della tutela è in grado di valorizzare le specificità dell'assetto di interessi coinvolti e, quindi, di tenere conto delle caratteristiche concrete del fatto, il quale è destinato a conformare anche l'operatività dei rimedi, sia pure secondo una logica ispirata alla esigenza di definire tutele efficienti. E tanto è coerente con l'idea, espressa da tempo dal Maestro, secondo cui nei rapporti di concorrenza *«atto e comportamento [...] non vivono in una dimensione separata che rinvia a giudizi autonomi e incompatibili, ma richiedono un'analisi delle relative connessioni e derivazioni»*, da cui discende l'ineludibile dovere di *«ridefinire le azioni e i rimedi»*⁴⁷.

⁴⁷ Così VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 795-797.

DAVIDE SCAFFIDI
Magistrato ordinario
Tribunale di Brescia

PROFILI CRITICI DEL SINDACATO DI LICEITÀ E MERITEVOLEZZA DEL PATTO PARASOCIALE CON OPZIONE PUT A PREZZO PREDETERMINATO

SOMMARIO: 1. patto parasociale con opzione *put* e divieto di patto di leonino: il caso. – 2. L’ambito d’indagine. – 3. Profili critici del sindacato di liceità – 3.1. La misurazione della deviazione causale e il postulato del carattere transtipico del divieto di patto leonino. – 3.2. Il carattere “sostanziale” della valutazione di liceità, tra metodo e regola di misura – 4. Profili critici del sindacato di meritevolezza. – 4.1. Meritevolezza e atipicità del patto parasociale con opzione *put*. – 4.2. La causa in concreto come oggetto della valutazione di meritevolezza in materia. – 4.3. La valutazione sull’essenzialità dell’esonero dalle perdite nella causa in concreto del patto parasociale: l’interferenza tra il piano dell’antigiuridicità e quello dell’agiuridicità. – 4.4. L’individuazione del parametro di valutazione della meritevolezza. – 5. Considerazioni conclusive. La pertinenza della regola rispetto all’operazione negoziale e l’approccio rimediabile.

1. Patto parasociale con opzione put e divieto di patto leonino: il caso.

La prassi degli affari commerciali attesta, tanto sul piano domestico quanto su quello internazionale, il frequente ricorso a forme atipiche di finanziamento dell’impresa, alternative rispetto al tradizionale accesso al credito bancario e caratterizzate dall’acquisizione temporanea di una porzione del capitale sociale della società finanziata: in via di prima approssimazione, possono essere evocate al riguardo quelle operazioni, rientranti nell’alveo

della *private equity*, attraverso le quali nella compagine societaria viene dato ingresso a un investitore che, mediante conferimento, apporta capitale di rischio assumendo il ruolo di socio “transitorio”; il riferimento descrittivo alla temporaneità della partecipazione si giustifica in ragione del fatto che l’investitore è orientato a massimizzare il suo investimento e a uscire poi dalla compagine, previa cessione della quota, entro un dato termine o in un determinato arco temporale, o, ancora, al raggiungimento di un obiettivo strategico per l’esercizio dell’attività produttiva. L’uscita del socio “transitorio” viene solitamente disciplinata attraverso apposite clausole, inserite all’interno dello statuto societario o, più diffusamente, in appositi patti parasociali, normalmente articolati in congegni negoziali che fanno perno sul contratto di opzione (in particolare, opzione di ri-vendita), secondo un modello denominato “patto di retrocessione” o “di futuro rilievo”. Nei suoi termini semplificati, il meccanismo prevede che un socio della compagine originaria ceda ad un soggetto finanziatore una porzione del capitale sociale, con contestuale aumento di quest’ultimo, comportante la diluizione della partecipazione del primo; contemporaneamente all’acquisto della partecipazione da parte del nuovo socio, il socio originario (concedente) concede al nuovo socio (oblato) un’opzione di ri-vendita (in gergo opzione *put*) avente ad oggetto per l’appunto la quota acquistata¹. In caso di esercizio dell’opzione, pertanto, la

¹ Sulla diversità di prospettiva nell’utilizzo della terminologia relativa all’opzione *put/call* in ambito societario, mutuata dalla prassi finanziaria, rispetto all’ambito semantico proprio della terminologia adottata nel tradizionale contesto immobiliare, DIVIZIA, *Patto di opzioni put and call*, in *Not.*, 343 ss., il quale evidenzia che mentre nell’opzione immobiliare l’idea di vendita è vista dall’angolazione del concedente (e dunque di colui che ha la titolarità del bene), nel contesto societario il carattere “put” dell’opzione è definito dalla prospettiva dell’oblato, ossia del soggetto cui viene attribuita la potestà di vendere (e con ciò di far acquistare) la partecipazione opzionata; è il soggetto concedente l’opzione, corrispettivamente, che viene a trovarsi in uno stato di soggezione. In definitiva, rispetto all’opzione di vendita immobiliare, la prospettiva risulta capovolta nella misura in cui nell’ambito societario è il concedente ad offrire all’oblato il diritto a che il primo acquisti il pacchetto azionario (o la partecipazione) detenuto dal secondo. Per i riferimenti alla temporaneità della partecipazione in relazione al meccanismo opzionale evocato, *ex multis* GIAMPIERI, *Partecipazione azionaria temporanea, put a prezzo preconcordato del diritto di exit*, in *Contr. impr.*, 2019,

quota assegnata all'oblatore viene retrocessa al socio originario. Il prezzo della cessione (più correttamente, retrocessione) può essere determinato "a consuntivo" (ossia al momento dell'esercizio dell'opzione in parola) oppure *a priori*, ossia al momento della pattuizione, prezzo in questo caso normalmente individuato in misura quantomeno pari all'esborso sostenuto dal finanziatore per l'acquisto della partecipazione, maggiorata di interessi convenzionali.

È con riferimento a quest'ultima tipologia di operazioni, in cui il patto parasociale contiene un'opzione *put* a prezzo predeterminato, che dottrina e giurisprudenza hanno avviato le loro riflessioni sulla compatibilità di un simile regolamento negoziale con il divieto di patto leonino². Al socio finanziatore che eserciti l'opzione *put* viene

p. 297 ss.; GUGLIELMUCCI, *Lo smobilizzo delle partecipazioni nei patti parasociali delle finanziarie regionali private*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 1196 ss.

² Più precisamente, avuto riguardo alla prassi commerciale, nella materia qui esaminata il problema della violazione del divieto di patto leonino si annida, come in parte già accennato, nel fatto che il socio finanziatore, da poco entrato a far parte della compagine, possa uscire dalla stessa avendo assicurata la possibilità di ottenere il prezzo prefissato, normalmente pari alla somma versata per entrate in società, di solito con maggiorazione, e dunque a prescindere dall'andamento societario, ossia del valore della partecipazione; sul tema generale della compatibilità del patto in parola con il divieto di cui all'art. 2265 c.c., BARCELLONA, *Rischio e potere nel diritto societario riformato. Fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, Torino, 2012; ID. *Clausole di put & call a prezzo predefinito. Fra divieto di patto leonino e principio di correttezza*, Milano, 2004; BUSANI, *È valida l'opzione put utile ad attrarre capitale di rischio*, in *Soc.*, 2019, p. 19; DELFINI, *Opzioni put con prezzo determinato "a consuntivo", arbitraggio della parte e nullità*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 729 ss.; LA PORTA, *Patti parasociali e patto leonino*, in *Not.*, 1995, p. 478 ss.; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010; MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e divieto di patto leonino*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 771 ss.; PIAZZA, *La causa mista credito-società*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 803 ss.; OCCORSIO, *La clausola leonina*, in CONFORTINI, *Clausole*, Torino, 2016, 1131 ss.; OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, e in *Diritto delle società, Scritti giuridici*, II, Padova, 1992; PERRINO, *Patti parasociali di finanziamento partecipativo e divieto di patto leonino*, in *Soc.*, 2012, p. 1158 ss.; PASSADOR, *Hic non sunt leones: la liceità dei patti parasociali di finanziamento partecipativo*, in *Giur. comm.*, 2019, II, p. 285; PIAZZA, "Patto leonino", in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 527 ss.; RENNA, *Put option e divieto di patto leonino: tra meritevolezza degli interessi ed interpretazione evolutiva della norma*, in *Corr.*

infatti garantita, quale prezzo della cessione della quota, la restituzione di una somma quantomeno pari a quella oggetto del conferimento – a prescindere dunque dall’andamento societario e dal valore della partecipazione ceduta. Rispetto a tale situazione, si pone quindi il problema di comprendere se l’accordo parasociale descritto

giur., 2019, p. 238; SANTAGATA, *Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni “redimibili” (una rilettura del divieto del patto leonino nella s.p.a. riformata)*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 537 ss.; SANTAGATA, *Patti di retrocessione di azioni a prezzo garantito e divieto del patto leonino*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 54 ss.; SBISÀ, *Circolazione delle azioni e patto leonino*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 824 ss.; SRAFFA, *Patto leonino e nullità del contratto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 957 ss.; SPOLIDORO, *Clausole put e divieto di società leonina*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 1285 ss.; TEDESCHI, *Sul divieto del patto leonino*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, p. 1161 ss.; TORSELLO, *Partecipazione a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 896 ss.; nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 22 giugno 1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2040; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927 (d’ora innanzi “la pronuncia del 1994” o in termini analoghi), in *Soc.*, 1995, p. 178 con nota di Batti; in *Giur. Comm.*, 1995, II, p.478 con nota di Ciappi; in *Not.*, 1995, 3, p. 244 con nota di La Porta; Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, in *Soc.*, 2000, p.697; Cass., Civ. 4 luglio 2018, n. 17498, in *Not.*, 2018, 6, p. 635, e in termini pressoché identici Cass., Civ. 4 luglio 2018, n. 17500, in *Not.*, 2018, 5, p. 557; da ultimo, Cass., 7 ottobre 2021, n. 27227, in *Soc.*, 2021, 12, 1431, conferma l’impianto del 2018; nella giurisprudenza di merito, Trib. Cagliari 19 giugno 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, p.471; Trib. Cagliari, 3 aprile 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p.746 con nota di Santagata; Trib. Napoli, 10 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1355; Trib. Milano, 13 settembre 2011, in *Soc.*, 2012, 11, p.1163; Trib. Milano, 30 dicembre 2011, in *Giur. comm.*, 2012, II, p.729 ss., ove era stata ravvisata la violazione del divieto di patto leonino, confermata da App. Milano, 19 febbraio 2016, oggetto invece di cassazione ad opera di Cass., 4 luglio 2018, n. 17498 (d’ora innanzi, anche “la pronuncia del 2018”, o in termini analoghi; Trib. Milano, 6 febbraio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 1600; Trib. Milano, 9 febbraio 2012, ord., in *Soc.*, 2012, 4, p.369 ss.; Trib. Milano, 3 ottobre 2013, in *Soc.*, 2014, p.688; Trib. Milano, 4 ottobre 2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; App. Milano, 17 settembre 2014, in *Giur. it.*, 2015, p.898; Trib. Firenze, 16 luglio 2015, in *Soc.*, 2016, 3, 286 nota di Di Bitonto; Trib. Milano, 6 agosto 2015, *Giur. It.*, 2016, 3, p. 636 nota di Monteverde; Trib. Milano, 18 ottobre 2017, in *Soc.*, 2018, 3, p.285; Trib. Milano, 23 marzo 2017, in *Soc.*, 2018, 1, p.111 nota di Penzo; App. Roma, 3 febbraio 2020, in *Soc.*, 2021, 2, p.144, con nota di Pasquariello; nella giustizia arbitrale Lodo Minervini (Pres.)-Cuffaro-Giorgianni, 7 aprile 2000, in *Contr. impr.*, 2000, p. 959; Lodo arbitrale Irti (Pres.)- Consolo-Sbisà, 12 dicembre 2012, con *dissenting opinion* di Sbisà; App. Milano, 13 febbraio 2020, in *Giur. it.*, 2021, 3, p. 624;

comporti, in violazione dell'art. 2265 c.c., un esonero integrale del socio-finanziatore dalla sopportazione delle perdite della società – ciò che equivarrebbe alla sterilizzazione del suo rischio d'impresa, con conseguente deresponsabilizzazione all'interno della vita societaria.

L'occasione per introdurre l'indagine sul tema è offerta da una delle più recenti pronunce giurisprudenziali di merito in argomento³, indice del perdurante interesse per istituti codicistici – quali per l'appunto il divieto di patto leonino – che rinvergono le loro radici in contesti storico-economici del tutto differenti e che vengono attualmente richiamati nell'ambito di operazioni negoziali del tutto innovative, attraverso impostazioni ermeneutiche sul cui significato e sulla cui ortodossia pare opportuno soffermarsi in questa sede⁴.

Al netto delle approssimazioni funzionali alle ragioni espositive, il caso è la seguente: Tizio e Caio hanno costituito una società veicolo nelle forme di S.r.l. per realizzare un'operazione volta all'acquisizione delle partecipazioni di una società *target*. Tizio,

³ App. Milano, 13 febbraio 2020, *cit.*, con nota di SPOLIDORO, *Ancora una volta a caccia con i leoni. Note critiche sulla recente giurisprudenza di merito su opzioni put e divieto dei patti leonini*, p.632; il giudice del gravame, concludendo per la nullità del patto per elusione del divieto di patto leonino, ha riformato Trib. Milano, 18 ottobre 2017, *cit.*

⁴ È ampiamente nota – e probabilmente oggi abusata – l'immagine evocata da MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 771, secondo cui il divieto di patto leonino “pareva un ramo secco del diritto, un archibugio arrugginito riposto definitivamente nei magazzini della storia giuridica [...] Ma da qualche tempo il ramo non è più secco, ha riacquisito vitalità; vi è una ripresa di interesse fra gli studiosi, mentre i pratici non di rado prendono a imbracciare l'arma, magari più per mostrarla agli avversari e transigere a buone condizioni, che per fare veramente fuoco, perché il funzionamento del congegno è tuttora incerto [...]”. Sul patto leonino, tra tutti, ABRIANI, *Il divieto del patto leonino. Vicende storiche e prospettive applicative*, Milano, 1994; ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 977 ss.; ID, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 2012; F.JR.FERRARA, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980; G.FERRI, *Delle società*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, *Libro V – Del lavoro, Artt. 2247-2324*, Bologna-Roma, 1968; GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972; ID., *Società semplice*, in *Enc. giur. it.*, XXIX, Roma, 1993, p. 16 ss.

sottoscrivendo e liberando un aumento del capitale sociale mediante versamento di € 250.000, è divenuto titolare di una partecipazione pari a una quota del 12.5% del capitale sociale della S.r.l., quota tale da collocarlo all'interno della compagine societaria nella veste di socio di minoranza; in qualità di opzionario ha stipulato con Caio un accordo parasociale avente ad oggetto un'opzione di preliminare di vendita, alla cui stregua il socio di minoranza avrebbe potuto esercitare l'opzione *put* in un arco temporale prestabilito. Il prezzo – semplificando anche sul punto – è stato convenzionalmente fissato in € 325.000,00, ossia in una somma maggiore rispetto a quella oggetto di conferimento da parte del finanziatore. Alla stregua del regolamento negoziale, per effetto dell'esercizio dell'opzione *put* si sarebbe automaticamente perfezionato un contratto preliminare di compravendita tra Tizio e Caio, avente ad oggetto l'intera partecipazione di Tizio; il trasferimento dell'intera partecipazione sarebbe avvenuto contestualmente al pagamento del prezzo, entro i 90 giorni successivi alla data della comunicazione di esercizio dell'opzione. Il socio di minoranza ha effettivamente esercitato l'opzione *put* nell'arco temporale predeterminato, e in particolare in un momento di poco successivo a quello della liquidazione della società (deliberata all'unanimità, ossia anche con il consenso dello stesso Tizio) conseguente all'intervenuta erosione del capitale sociale al di sotto del limite di legge e di poco anteriore alla dichiarazione di fallimento della società veicolo; l'opzionario ha dunque invitato il concedente, senza esito favorevole, a stipulare il contratto definitivo e a versare il prezzo d'acquisto della quota. Tizio ha dunque convenuto in giudizio Caio al fine di ottenere nei suoi confronti una pronuncia *ex art. 2932 c.c.* e di ricevere il pagamento del prezzo, invocando a fondamento della sua pretesa il contenuto dell'accordo parasociale stipulato. Il concedente convenuto ha chiesto il rigetto della domanda avversaria, eccependo la nullità del suddetto patto per violazione del divieto di patto leonino *ex art. 2265 c.c.*, dal momento che la clausola parasociale imponeva l'obbligo di acquistare la quota di titolarità del socio finanziatore ad una somma addirittura superiore rispetto a quella oggetto dell'investimento iniziale, circostanza che asseritamente comportava, di fatto, l'esclusione del socio investitore dalla sopportazione di qualsiasi

rischio d'impresa, soprattutto alla luce dell'intervenuta liquidazione, prima, e del fallimento, poi⁵.

2. *L'ambito di indagine.*

Delineati i tratti che caratterizzano la casistica ricorrente, occorre subito dare atto che le coordinate utili ad affrontare il problema della compatibilità rispetto al divieto di patto leonino dell'accordo parasociale avente ad oggetto l'opzione *put* a prezzo predeterminato sono già state offerte, nel recente passato, da una nota pronuncia della Suprema Corte del 2018 (anticipata, sia pur in termini parzialmente differenti, nel 1994⁶, e integralmente richiamata anche nel 2021⁷), massimata nei seguenti termini: "È lecito e meritevole di tutela l'accordo negoziale concluso tra i soci di società azionaria, con il quale gli uni, in occasione del finanziamento partecipativo così operato, si obblighino a manlevare un altro socio dalle eventuali conseguenze negative del conferimento effettuato in società, mediante l'attribuzione del diritto di vendita (c.d. *put*) entro un termine dato ed il corrispondente obbligo di acquisto della partecipazione sociale a prezzo predeterminato, pari a quello dell'acquisto, pur con l'aggiunta di interessi sull'importo dovuto e del rimborso dei versamenti operati nelle more in favore della società"⁸.

Le direttive ermeneutiche individuate dalla Suprema Corte nel 2018, confermate nel 2021, possono essere così sintetizzate: a) l'accordo parasociale contenente un'opzione *put* a prezzo

⁵ Anticipando, per mera completezza espositiva, i termini della questione, si evidenzia che in sede di appello è stata ravvisata la presenza – con esiti interpretativi opposti rispetto a quelli formulati dal giudice di prime cure – degli elementi sintomatici dell'“assolutezza” e della “costanza” dell'esonero dalle perdite – indici di una deviazione causale, rispetto al modello del tipo societario di riferimento, del rapporto tra socio e società; in quel caso, infatti, ad avviso del giudice del gravame, al socio risultava garantito il recupero integrale, in qualsiasi momento, del capitale oggetto di investimento, oltre che il percepimento di una plusvalenza, in elusione o comunque in violazione del divieto di patto leonino.

⁶ Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, *cit.*

⁷ Cass., 7 ottobre 2021, n. 27227, *cit.*

⁸ Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, *cit.*; da cui non si è discostata, come anticipato, la pronuncia di legittimità del 2021 sopra citata.

predeterminato che garantisca all'opzionario il riconoscimento di una somma almeno pari a quella oggetto dell'investimento che ha permesso l'acquisizione della partecipazione è lecito rispetto al divieto di patto leonino laddove l'esclusione del socio dagli utili o dalle perdite non sia "assoluta" né "costante", e in particolare laddove l'esonero dalle perdite non incida sul rapporto del socio con la società al punto di stravolgerne lo schema causale sotteso, ancorché declinato in vario modo a seconda del tipo societario; b) gli interessi perseguiti dalle parti attraverso la riferita pattuizione sono meritevoli di tutela laddove l'esclusione dagli utili o dalle perdite non costituisca la funzione essenziale, ossia la causa concreta, del contratto⁹.

⁹ Con riferimento alla nozione di "causa in concreto", notoria la definizione offerta, con attinenza agli interessi perseguiti dalle parti e considerati nella loro oggettività, da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contr.*, 2007, 7, p. 621, secondo cui "causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato"; ancora, Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giur. it.*, 2010, 1560 secondo cui *causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*"; Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628 in *Contr.*, 2015, 6, p. 545 in materia di contratto preliminare; Cass., 7 maggio 2014, n. 9846, in *Soc.*, 2015, 2, p. 162 in tema di patto parasociale finalizzato al risanamento aziendale; nella consapevolezza della vastità delle riflessioni sul tema, in questa sede non è possibile indugiare oltre il mero rinvio ad alcuni dei contributi principali in materia: in dottrina, la paternità dell'elaborazione della teoria della causa come funzione economico – individuale, ovvero della concezione della causa "in concreto" è, come noto, di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 69 ss; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989, *passim*; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127; ID., *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 897; ID., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e la sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.* 2008, 171 ss.); diversamente dall'impostazione di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, e Napoli, 1994 (rist. della II ediz.), in partic. p.185, al quale, come noto, si deve la teoria della causa in astratto quale funzione economico-sociale del contratto (cui hanno aderito in giurisprudenza *ex multis* Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Foro it.*, 2003, 375; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Dir. fall.* 1995, 553, con nota di

Ma allora, se i termini della questione sono noti, e se gli strumenti per affrontarla sono stati già individuati, qual è l'interesse che l'argomento rivela ancora oggi, soprattutto in questa sede?

Ragusa Magiore, *La scomparsa degli "idola fori": la causa del contratto*; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Giust. civ.* 1993, I, 2761, con nota di Battaglia, *Contratti innominati e causa atipica*; Cass., 7 aprile 1971, n. 1025, in *Foro it.* 1971, I, 2574; Cass., 15 febbraio 1963, n. 331, in *Giust. civ.* 1963, I, 736), nell'impostazione incentrata sulla causa in concreto, quest'ultima assurge a sintesi non dei soli elementi essenziali del contratto, ma di tutti gli indici, primari e secondari, costitutivi del negozio, sintesi che permette di avvicinare l'operazione economica al contratto e ai suoi stipulanti, assumendo la funzione di giustificazione razionale dell'accordo; ancora, nella letteratura in tema di causa, tra gli altri, ALPA, *La causa e il tipo*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino 2006, p. 550 ss.; ID., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, II, 1 ss.; BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.; ID., *Diritto civile*³, III, Il contratto, Milano, 2019, p. 410; BRECCIA, *Causa*, in Alpa-Breccia-Lisserre, *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, Torino 1999, p. 55; ID., *Causa e consideration*, in Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Padova, 2008, p. 31 ss; DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1990; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, III, 1, Milano, 1988; GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 4, p. 575 ss; GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973; NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 637 ss.; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p. 957 ss., che dà anche compiutamente conto dell'evoluzione del concetto di causa; SACCO, *La causa*, in SACCO e DE NOVA, *I contratti in generale*, Torino, 1933; ID., *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975; RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, II, Torino; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986; SCOGNAMIGLIO, *Causa e motivi del contratto nella prospettiva del contratto come operazione*, cit., p. 174; ID., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Grosso e Santoro Passatelli, Torino, 1972; ID., *Problemi della causa e del tipo*, in Vettori (a cura di) *Il regolamento*, in *Trattato sul contratto*, a cura di Roppo, II, Milano, 2006, p. 93, 137 ss.; VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 209 ss.

Per abbozzare una possibile risposta, è necessario procedere dapprima a un sommario censimento dello stato dell'arte in materia.

Ancorché risultino apparentemente nitide le indicazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità in ordine al modo in cui debbano essere risolti i problemi di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione *put* indicata, deve riconoscersi che gli esiti ermeneutici della giurisprudenza di merito in materia – che pressoché unanimemente professa di aderire ai medesimi principi di diritto precisati dalla Cassazione nel 2018 – sono ampiamente eterogenei; le divergenze registrabili non sembrano trovare un'adeguata spiegazione sulla base della mera diversità degli elementi di fatto devoluti alla cognizione dei singoli giudici, ma attesterebbero, come prospettato da certa dottrina, l'esistenza di significativi profili d'incertezza dell'opzione interpretativa complessiva¹⁰.

Se si volge lo sguardo ai contributi provenienti dal formante dottrinale, invece, si rileva che la maggior parte degli studi in argomento appare connotata da una preponderante attenzione definitoria, talora didascalica, incentrata sui caratteri di illiceità dell'accordo per violazione del divieto del patto leonino, individuabili nella *costanza* e nell'*assolutezza* dell'esonero dalle perdite, elementi sintomatici della deviazione del profilo causale dal modello societario. Raramente, e in modo soltanto marginale, l'attenzione è focalizzata sulle ragioni per le quali il vaglio di liceità dell'accordo in parola debba essere condotto per ogni tipo societario, incluse quindi le società di capitali, dalla prospettiva dell'art. 2265 c.c., che, come noto, è dettato in materia di società di persone. Se dal corno della liceità si sposta lo sguardo al corno della meritevolezza, poi, non si scorge traccia di percorsi di indagine che si facciano carico di individuare in concreto i parametri alla luce dei quali orientare la valutazione, né di esaminare come realmente si atteggi in materia il rapporto tra sfera di liceità e sfera di meritevolezza: l'impostazione comunemente seguita, in vero, finisce per assorbire

¹⁰ In particolare SPOLIDORO, *Opzione put e patto leonino: le incertezze non sono (ancora) finite*, in *Soc.*, 2020, 12, p.1355 ss.

la valutazione di liceità nel sindacato di meritevolezza, senza tuttavia esplicitare le ragioni di un simile approccio.

Nella consapevolezza della vastità e della complessità che il dibattito generale sul rapporto tra liceità e meritevolezza ha assunto nella riflessione civilistica¹¹, in questa sede, più sommessamente, viene adottato, come prisma privilegiato dell'analisi, quello del metodo sottostante alla tipologia di scrutinio consacrata in argomento dalla Suprema Corte nel 2018, confermata nel 2021. L'intento è quello di esplicitare, da questa lente, alcuni degli assunti inespressi che formano il substrato dell'opzione ermeneutica comunemente accreditata, e di verificare quindi, da tale angolazione, il grado di consonanza tra gli strumenti adottati e le soluzioni

¹¹ Di recente, si soffermano sulla questione PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1123 ss., ove ribadisce il rischio della sovrapposizione tra le categorie; LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, p. 615, che evidenzia come, una volta superato in giurisprudenza quell'orientamento che identificava l'ambito della meritevolezza con quello proprio della liceità, si è diffusa la tendenza ad assegnare al sindacato di meritevolezza uno spazio forse esorbitante; in letteratura, tra tutti, mette in risalto le differenze tra liceità e meritevolezza sin dalla collocazione sistematica nel codice del 1942 BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 225 ss., secondo cui "l'originario intendimento della meritevolezza come predicato dell'autonomia negoziale e non quale limite della stessa, segnava già allora la distinzione con il diverso concetto di illiceità, peraltro già presente nel codice civile del 1865 e riprodotto nel codice civile del 1942. Già allora l'intendimento dell'illiceità come limite e come divieto posto all'autonomia privata derivava in primo luogo dalla collocazione sistematica dell'illiceità accanto alla sanzione della nullità. [...] Appare chiaro dalla diversa collocazione sistematica della meritevolezza rispetto alla illiceità che la prima è da valutarsi in positivo come qualità che deve avere l'atto di libera autonomia negoziale, mentre la seconda è da valutarsi in negativo come giudizio che segna il momento patologico del contratto e in genere dell'atto negoziale cui segue la sanzione della nullità»; G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 366; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 406 ss.; GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano 1954, p. 203; ROPPO, *Il contratto*, in Iudica e Zatti (a cura di), Milano 2011, p. 346 e p. 403; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 870 ss.

interpretative proposte, ossia, in definitiva, la coerenza dell'impianto complessivo.

3. *Profili critici del sindacato di liceità.*

3.1. *La misurazione della deviazione causale e il postulato del carattere transtipico del divieto di patto leonino.*

Prescrivendo, ai fini del vaglio di liceità, la verifica della ricorrenza dei caratteri di "assolutezza" e "costanza" dell'esonero dalle perdite, il procedimento ermeneutico segnato dalla Cassazione impone di esaminare il profilo causale del patto parasociale in questione; la sussistenza dei caratteri enucleati, "assolutezza" e "costanza" dell'esonero, infatti, è espressione di una deviazione della causa dell'accordo che travolgerebbe il rapporto socio-società, come strutturato nel modello societario ideale di riferimento, fino a relegarlo a un mero rapporto di scambio. Come affermato anche nel 2021, il punto è se la *causa societatis* del rapporto partecipativo del socio in questione permanga invariata nei confronti dell'ente collettivo, o se, invece, venga irrimediabilmente deviata dalla clausola che lo esonera da qualsiasi perdita o lo escluda dalla divisione degli utili, o da entrambi, perché solo in tal caso può dirsi che l'art. 2265 c.c. sia stato violato.

Nella fisiologia delle peculiari operazioni di *private equity* in questa sede evocate, a ben vedere, la causa è solitamente (e necessariamente) *mista*, in parte associativa e in parte di finanziamento¹²: ragione ultima dell'operazione, per l'appunto, è quella di finanziare l'impresa, anche indirettamente, prevedendo contemporaneamente un meccanismo di "garanzia" del finanziatore che consenta a quest'ultimo – si ribadisce – di uscire dalla società ricevendo, a titolo di prezzo di compravendita della partecipazione, il capitale originariamente investito. Se questa è l'ipotesi fisiologica, quella patologica ricorre, secondo la giurisprudenza evocata, quando il rapporto sociale viene "snaturato", ossia quando il rapporto tra socio e società non è più di tipo associativo, ma diviene, come anticipato, di mero scambio.

¹² PIAZZA, *La causa mista credito-società*, cit., 1987, p. 803 ss.

Occorre individuare le ragioni sottese a una simile impostazione. In questa ottica, è opportuno interrogarsi su cosa significhi in concreto verificare la sussistenza della deviazione causale evocata. Concettualmente, si tratta di misurare idealmente lo scostamento intercorrente tra l'assetto del rapporto socio-società determinato dal patto parasociale, da un lato, e l'assetto "tradizionale" del rapporto socio-società nello schema societario pertinente.

Sul punto, si osserva che già l'identificazione di quest'ultimo elemento appare di per sé problematica. Il postulato da cui muove l'intera costruzione, in vero, è che *esista* una conformazione ideale (e tendenzialmente monolitica) del rapporto partecipativo tra socio e società che sia comune a tutti i tipi societari, società di persone e società di capitale, ancorché declinabile secondo modulazioni differenti. Tale costruzione trova la sua giustificazione nella ritenuta *ratio* unitaria del divieto di patto leonino, sottesa tanto all'ipotesi dell'esclusione dagli utili quanto a quella dell'esonero dalle perdite, *ratio* per l'appunto individuabile nella necessità di preservare, ai sensi dell'art.2247 c.c., la *causa societatis* mediante la necessaria condivisione, ad opera dei soci, del rischio d'impresa in base all'art. 2247 c.c.¹³. Detta norma, come noto, identifica il contratto di società come l'accordo tra più soggetti volto al conseguimento degli utili; posto che, ai sensi della disposizione indicata, scopo dei soci è quello di conseguire utili, se ne deduce, simmetricamente, che essi debbano parimenti condividere le perdite, ancorché in misura non eguale tra loro, ossia non necessariamente proporzionale alla partecipazione detenuta. L'ordinamento prevede infatti che se nello statuto o negli accordi parasociali nulla è pattuito circa la ripartizione di utili e perdite, la partecipazione agli uni e alle altre si presume proporzionale ai conferimenti; analogamente, laddove non sia stabilita l'entità dei conferimenti di ciascun socio, essi si presumono uguali, con la conseguenza che si presumerà uguale anche la partecipazione ai guadagni e alle perdite¹⁴. Argomentando ex art. 2263 c.c. (discorso analogo può essere compiuto per le società di

¹³ Per un'accurata ricostruzione della *ratio* (o meglio, delle *rationes*) del divieto in parola, OCCORSIO, *op. cit.*, p. 1134 ss.

¹⁴ GINEVRA, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione della s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 150 ss.

capitali, sulla base dell'art. 2346 comma 4 c.c. in tema di s.p.a. e dell'art. 2468 comma 2 c.c. in tema di s.r.l.), all'autonomia privata è consentito di stabilire che la partecipazione ai guadagni o alle perdite sia non proporzionale al conferimento effettuato; è altresì accordata la possibilità di fissare la partecipazione del socio agli utili in misura non corrispondente a quella di partecipazione dello stesso alle perdite; ciò che invece in forza del divieto di patto leonino non è sicuramente consentito, alla stregua dell'impostazione in esame, è che i soci possano stipulare un accordo in base al quale uno o più soci siano esclusi da *ogni* partecipazione agli utili o alle perdite; ciò che la suddetta norma vieta, in definitiva, è che venga pattuita l'esclusione "totale e costante" del socio dalla partecipazione alle perdite o dagli utili, ovvero da entrambi.

A ben vedere, dunque, dalla prospettiva d'interesse, l'art. 2265 c.c. fissa una regola "di misura", che è limite matematico-concettuale specifico rispetto alla possibilità di conformare il meccanismo di ripartizione delle perdite in misura non proporzionale alla partecipazione detenuta. In particolare, posto che tale misura è stata fissata dal legislatore in termini di assolutezza (per l'appunto, "ogni"), deve concludersi che ciò che l'ordinamento ha inteso escludere è la liceità dell'esonero radicale dal rischio d'impresa, ossia la liceità di quella pattuizione che determini l'eliminazione dell'*alea* fisiologicamente connaturata all'esercizio dell'attività d'impresa.

Nell'impostazione appena evocata, che riconduce la *ratio* del divieto alla causa del contratto di società, la previsione dell'art. 2265 c.c. assurge a norma transtipica.

Dal punto di vista sistematico, come noto, l'art. 2265 c.c. si colloca all'interno della disciplina delle società semplici ed è applicabile alle società in nome collettivo e alle società in accomandita semplice, che ne seguono la disciplina in forza degli artt. 2293 e 2315 c.c. Da tempo, in vero, è stata affermata la rilevanza del divieto in parola anche nell'ambito delle società di capitali, atteso che la *ratio* dell'istituto investirebbe per l'appunto le

condizioni *essenziali* del contratto di società ex art. 2247 c.c.¹⁵, nei seguenti termini: l'ordinamento ha prescritto per la creazione dell'ente non solo la costituzione di un patrimonio sociale, ma anche la formazione dello stesso ad opera di tutti i soci, talché dovrebbe intendersi che in ciascun tipo societario ogni membro della compagine debba essere partecipe del rischio d'impresa, asseritamente al fine di garantire, nell'interesse "generale", un esercizio avveduto e corretto dei poteri dei soci. La regolamentazione di un meccanismo di ripartizione delle perdite che prevedesse l'esonero integrale di un socio dalla loro sopportazione finirebbe infatti per contrastare con il generale interesse alla corretta amministrazione delle società, dal momento che il socio-"leone" sarebbe indotto a disinteressarsi della proficua gestione (anche intesa con riguardo all'esercizio dei diritti amministrativi) e a non svolgere un ruolo proattivo nell'esercizio dell'attività, se non addirittura a dar corso ad attività "non corrette" o "avventate"¹⁶. Il fondamento ultimo del divieto in esame risiederebbe, in definitiva, nella necessaria correlazione tra il potere di amministrare l'impresa e il rischio della sua gestione¹⁷.

¹⁵ Dal combinato disposto degli artt. 2247 e 2265 c.c. discenderebbe in particolare l'applicazione diretta, e non in via analogica, del divieto alle società di capitali; ANGELICI, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, cit., p. 1016; ABRIANI, *Il divieto*, cit., p. 72 ss., secondo cui sarebbe presente in ciascun tipo societario l'esigenza di scongiurare l'antieconomicità derivante da una situazione di totale deresponsabilizzazione; E.BARCELLONA, *Clausole di put&call a prezzo predefinitivo fra divieto di patto leonino e principio di corrispettività*, cit., 24 ss.; ID., *Rischio e potere nel diritto societario riformato fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, cit., p. 112 ss.; PASSADOR, *Sulla natura transtipica del divieto del patto leonino*, in *Giur. it.*, 6, 2020, p.1412 ss.; in termini differenti, invece, SBISÀ, *Circolazione delle azioni e patto leonino*, cit., p. 824 ss.

¹⁶ cfr. Cass., 29 ottobre 1994 n. 8927, cit.; Cass., 22 giugno 1963, n.1686, cit.

¹⁷ Sul carattere strumentale del patto rispetto alla buona gestione dell'impresa SANTAGATA, *Dai patti di retrocessione a prezzo garantito alle azioni "redimibili" (una rilettura del divieto del patto leonino nella s.p.a. riformata)*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera, Sciarrone Alibrandi, I, Torino 2014, p. 606 s.; sul punto, anche la *dissenting opinion* di Giorgianni, in *Coll. Arb.*, 7 aprile 2000, cit.; in giurisprudenza, *ex multis*, App. Milano 17 settembre 2014, in *Società*, 2015, 5, 555.

Sul punto, in vero, la Suprema Corte ha espressamente dato atto della progressiva erosione del principio di correlazione tra potere e rischio, richiamando in proposito una pluralità di istituti, tra cui gli strumenti finanziari partecipativi, i c.d. prestiti "a tutto rischio" e, più in generale, quelle fattispecie in cui esistono soggetti "non soci" dotati di diritti amministrativi e capaci di interloquire sul governo societario, e, al contempo, soci che invece non partecipano al voto. In effetti, sono sempre più frequenti nella prassi commerciale le ipotesi in cui la facoltà di esercitare il voto è attribuita ad un soggetto animato da una propensione al rischio del tutto differente rispetto a quella del soggetto gravato del rischio d'impresa¹⁸. In via generale, è possibile osservare in proposito che la riforma societaria del 2003 ha ampliato i margini entro cui i soci possono regolare, sulla base delle loro scelte negoziali, l'incidenza delle rispettive partecipazioni sui diritti sociali: l'art. 2346, comma 4 c.c. per le s.p.a. (e discorso analogo vale per l'art. 2468, comma 2 c.c. in ambito di s.r.l.) contempla ora espressamente la possibilità che al socio sia assegnato un numero di azioni non proporzionale alla parte del capitale sottoscritta, e per un valore superiore (o inferiore) al conferimento, fatta salva la necessità che il valore dei conferimenti non sia complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale¹⁹. Inserita in questo contesto, l'impostazione secondo cui ad un maggiore impegno di carattere economico (ossia a un maggior rischio) debba corrispondere il riconoscimento di maggiori poteri (e viceversa) risulta in vero una soluzione di principio la cui portata generale deve ritenersi oggi progressivamente scalfita, secondo quanto riconosciuto incidentalmente dalla stessa Cassazione nel 2018.

Il tema appena evocato richiederebbe un autonomo approfondimento, incompatibile con i limiti della presente trattazione. Ciò che per il momento è sufficiente isolare, ai fini d'interesse in questa sede, è che l'impianto ermeneutico risulta costruito su un presupposto (il carattere transtipico del divieto di

¹⁸ CARRIÈRE, *Le operazioni di portage azionario*, cit., p. 252 ss.

¹⁹ ONZA, *Partecipazione al capitale e partecipazione al rapporto sociale (appunti sulla derogabilità convenzionale della proporzione tra conferimento e quota*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 6, p. 709.

patto leonino, fondato sulla presunta *ratio* unitaria del divieto, afferente alla preservazione della *causa societatis*, incentrata sul nesso tra potere e rischio) il cui fondamento (il nesso tra potere e rischio) non presenta affatto, nel plesso normativo di riferimento, una portata generale, come dimostra l'esistenza di numerosi istituti in cui il rapporto tra potere e rischio risulta in vero evanescente o addirittura inesistente²⁰.

In definitiva, se il ritenuto principio di correlazione tra potere e rischio non ha portata generale (e dunque non è un principio?), allora deve ritenersi che il presupposto stesso dell'impostazione metodologica consacrata anche dalla Suprema Corte (alla cui stregua la verifica di liceità del patto parasociale oggetto di esame deve essere svolta ai sensi dell'art. 2265 c.c. per qualsiasi tipo societario) risulta già di per sé minato.

Enucleate queste prime perplessità che intaccano “a monte” il fondamento dell'opzione interpretativa, appare comunque opportuno, nell'economia dell'indagine prescelta, prendere in esame i riferimenti metodologici ricavabili dallo svolgimento del sindacato di liceità in materia.

3.2. *Il carattere “sostanziale” della valutazione, tra metodo e regola di misura.*

Dal censimento delle opzioni ermeneutiche rinvenibili nelle citate pronunce di legittimità – e in vero diffusamente condivise nelle pronunce di merito più recenti – si ricava in primo luogo che l'interprete è chiamato ad adottare un approccio di tipo “sostanziale”

²⁰ Oltre all'ipotesi dei conferimenti non proporzionali, possono essere evocati a sostegno del rilievo appena compiuto gli istituti del pegno, del sequestro, dell'usufrutto di azioni ai sensi dell'art. 2352 c.c., nonché gli strumenti finanziari in cui ai relativi possessori viene riconosciuto, *ex art.* 2351, comma 5 c.c., diritto di voto su argomenti specifici. Ancora, nella stessa cornice potrebbe inserirsi, a parere di chi scrive, la disciplina degli organismi di investimento collettivo del risparmio, ove è prevista l'autonomia tra gestore e partecipanti ed è esclusa la possibilità che questi ultimi possano disporre di poteri connessi alla *gestione operativa*, fermo restando tuttavia l'esercizio dei diritti riconosciuti agli investitori in qualità di azionisti degli OICR in forma societaria. Su quest'ultimo profilo, in particolare ARDIZZONE, *Il rapporto tra soci gestori e soci investitori nelle Sicaf*, in *Riv. soc.*, 2016, p.1094 ss.

nel valutare se l'accordo parasociale determini o meno un'alterazione leonina del meccanismo con cui i soci hanno individuato la misura della ripartizione delle perdite, eventualmente difforme dalla loro quota di partecipazione sociale. Sul punto, la necessità di scongiurare un approccio di tipo formalistico nello scrutinio giudiziale era stata già invocata dalla Cassazione nel 1994, allorché si era evidenziato che l'esclusione, oggetto del divieto di patto leonino, dovesse essere individuata "con un riferimento *sostanziale* alle situazioni giuridiche che dal patto possono derivare, non formale". Conseguentemente, sulla scorta di quell'insegnamento, devono essere considerate nulle ai sensi dell'art. 2265 c.c. quelle previsioni negoziali alla stregua delle quali il conseguimento degli utili o la sopportazione dalle perdite sono subordinati a limiti tali da rendere la partecipazione agli utili o la partecipazione alle perdite una mera possibilità, di fatto irrealizzabile²¹.

Non banale, in vero, l'operazione di individuazione del "confine" di liceità del patto, laddove si consideri contemporaneamente che l'oggetto immediato della misurazione (l'esonero dalle perdite) non si riferisce a un'entità di ordine statico, bensì dinamico, la cui misurazione risente di numerose variabili (ampiezza della nozione di "perdita", momento del verificarsi delle perdite, momento e prospettiva del rilievo delle perdite)²²; oltre che per l'oggetto della

²¹ Il divieto di patto leonino si configura infatti, nelle parole della pronuncia di legittimità citata, "anche qualora le condizioni della partecipazione agli utili o alle perdite siano, nella previsione originaria delle parti, di realizzo impossibile, e nella concretezza determinino una effettiva esclusione totale da dette partecipazioni".

²² È appena opportuno evidenziare che la misura dell'esonero è destinata a variare a seconda di quali siano le perdite che vengano prese in considerazione nel corso dello scrutinio. Differenti saranno infatti gli esiti dell'operazione a seconda che venga ritenuta rilevante, ai fini dell'art. 2265 c.c. *qualsiasi* perdita, oppure soltanto quella tipologia di perdite che intaccano il capitale sociale in misura qualificata. Il concetto di "perdita" rilevante per Trib. Milano, 23 luglio 2020, n.4628, con nota di Liva in www.ilsocietario.it, 22.12.2020 è ravvisabile soltanto in quelle perdite di esercizio "capaci di intaccare il capitale sociale per oltre 1/3 o addirittura di farlo scendere sotto il minimo legale" in quanto "la responsabilità del socio è limitata al conferimento"; in senso analogo, Trib. Milano, 27 marzo 2020; oltre che dipendere dal parametro oggettivo delle perdite, l'operazione di misurazione dell'esonero risente anche della prospettiva e dell'arco temporale di

misurazione originaria, e ferme le difficoltà di individuazione del parametro sopra evocato, il problema di individuazione del limite dell'autonomia privata nell'ambito indagato sconta inevitabilmente la criticità insita nell'esigenza di attribuire al riferimento in esame una portata univoca, ancorata a parametri oggettivi, nell'ottica – ancora da definire – di tipo “sostanziale”.

osservazione, parametrato quest'ultimo, nelle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza, alla durata del rapporto sociale del socio finanziatore, elemento che costituisce quindi l'orizzonte rispetto al quale verificare il carattere della “costanza” dell'esonero. In proposito, in vero, si possono registrare approcci opposti. Secondo una prima impostazione, tra tutti GHIDINI, *Le società personali, cit.*, p. 315, l'esame di liceità del patto si risolve nella verifica della ricorrenza in concreto di effetti leonini nel corso del rapporto associativo, talché la valutazione dovrebbe essere compiuta *ex post* partendo dal presupposto che le perdite non possono che maturare nel corso del tempo; lo scrutinio sull'antigiuridicità del patto si risolve dunque nella ricognizione dei suoi effetti avendo riguardo non al singolo esercizio sociale, ma all'intero arco del rapporto. Detta impostazione, tuttavia, porge il fianco all'obiezione per cui la valutazione di liceità ex art. 2265 c.c. non può non investire il momento genetico dell'accordo parasociale, atteso che la validità del patto deve sicuramente sussistere quantomeno al momento della sua stipula. Secondo altra configurazione, tra tutti, G.FERRI, *Delle Società, cit.*, p. 200, maggiormente condivisibile in ragione della sua compatibilità con le ragioni dell'obiezione sopra evocata - la valutazione di compatibilità tra il contratto parasociale e il divieto di patto leonino impone di prendere in esame gli effetti della pattuizione avendo riguardo all'incidenza del patto, al momento della stipula, sul rapporto societario, in particolare sull'assetto istantaneo e futuro del rapporto associativo. Le criticità insite nell'operazione sono quelle proprie del giudizio di tipo prognostico, acuite dalla peculiarità della materia. Se è certamente vero che la nozione stessa di perdita è concetto relazionale – atteso che una diminuzione di valore non può che essere apprezzata nel mutamento delle condizioni economiche, finanziarie, patrimoniali di una società nel corso del tempo (e dunque, logicamente, in un raffronto tra un momento iniziale e un momento finale) – bisogna tuttavia considerare che la verifica imposta all'interprete non consiste in una misurazione di carattere empirico delle perdite, bensì, dal prisma del meccanismo negoziale di esonero configurato dalle parti, nella misurazione della divergenza dell'assetto sociale dal modello causale. In definitiva, il giudizio sulla compatibilità o meno del patto rispetto al divieto di patto leonino ha ad oggetto un dato cristallizzato in modo istantaneo, afferente all'assetto sociale, declinato in chiave prospettica. Sul tema, PENZO, *Opzione put e violazione del divieto di patto leonino: nuovi spunti sul requisito di assolutezza, cit.*

Se si volesse trasporre idealmente in termini logico-matematici il problema ermeneutico accennato, dovrebbe ritenersi che l'operazione di individuazione *sostanziale* del confine tra lecito e illecito nella materia in esame – comportando esso la necessità di definire la misura massima entro cui il meccanismo negoziale di ripartizione delle perdite non comporta un esonero dalle stesse tale da alterare la *causa societatis* – diviene problema di impostazione *sostanziale* del “limite di “assoluto”, nella sua declinazione “fisica” di tipo quantitativo e temporale, tenuto conto dei riferimenti all'*assolutezza* e alla *costanza* dell'esonero. È intuibile quanto siano incerti i margini di un simile sindacato. Esasperando prosaicamente i termini della questione, dovrà dirsi, nell'ottica sostanziale, che l'accordo sarà illecito laddove l'assetto del rapporto socio-società risulterà *troppo* divergente dal parametro ideale, al punto da far emergere un'alterazione della causa del rapporto associativo; laddove invece l'assetto sarà *un po'* divergente dal parametro di riferimento (e da questa prospettiva necessariamente *un po'* lo sarà, visto che la causa è mista), senza che l'esonero si presenti come assoluto e costante, allora l'accordo parasociale sarà conforme all'ordinamento.

L'ambiguità dell'appello giurisprudenziale ad effettuare una valutazione di tipo “sostanziale” è attestata, nella varietà degli esiti interpretativi, dalla frequente trasposizione del carattere in parola dal piano del *metodo* della verifica a quello della *regola* che funge da parametro della verifica, ciò che tradisce, in vero, un differente modo di determinare la portata del divieto di patto leonino: altro, infatti, è verificare, oltre il tenore formale del patto, se “nella sostanza” – ossia nel contesto complessivo dell'operazione – l'esclusione delle perdite conformata dall'autonomia negoziale possa ritenersi assoluta, ossia se l'accordo incida sul rapporto sociale determinando un'esclusione delle perdite *comunque integrale* sotto il profilo quantitativo nel periodo rilevante, avendo riguardo all'entità della partecipazione detenuta e all'entità della misura di partecipazione alle perdite che il socio finanziatore è tenuto a sopportare; altro discorso, invece, è verificare se l'esonero dalle perdite si configuri “sostanziale” nell'accezione di “fortemente significativo”, ancorché non integrante i presupposti logico-formali dell'assolutezza. A ben

vedere, nella prima prospettiva, “sostanziale” è predicato della modalità di verifica; nella seconda prospettiva, invece, è predicato della misura oggetto della norma.

La distinzione, al netto dell'apparente leziosità della sua formalizzazione, ha sul piano applicativo conseguenze radicalmente differenti, in quanto l'adesione all'una o all'altra impostazione comporta l'alternativa tra l'inderogabilità e la derogabilità della misura matematica del limite fissato dall'art. 2265 c.c. A parere di chi scrive, dovrebbe essere accolta la prima delle opzioni delineate: il richiamo all'assolutezza (o, sotto il profilo temporale, alla costanza, ragguagliata al periodo di partecipazione del socio in posizione dominante) discende dalla perentorietà inequivocabile del dato letterale proprio dell'art. 2265 c.c., che fa riferimento all'esclusione “da *ogni* partecipazione agli utili o alle perdite”; se l'ordinamento preclude alle parti la possibilità di derogare al solo limite di absolutezza dell'esclusione (e non invece alla diversa modulazione della ripartizione di perdite e guadagni in misura non proporzionale alla partecipazione), corrispettivamente dovrebbe ritenersi che qualsiasi scelta negoziale di ripartire le perdite in modo tale da non intaccare la misura assoluta (in termini quantitativi e temporali, concettualmente pari a 100% / 0%) dovrebbe rientrare nelle prerogative esclusive dell'autonomia privata, salva la valutazione di meritevolezza. In quest'ottica, la determinazione da parte dei soci di una partecipazione di uno di loro alle perdite in misura “irrisoria”, quale risultante dall'esito del giudizio “sostanziale”, dovrà ritenersi rientrante nell'area di liceità, atteso che – si perdoni la banalità del rilievo – “irrisorio” è pur sempre “qualcosa”, mentre “assoluto” corrisponde a “tutto” o a “niente”. Opposti, invece, gli esiti del secondo approccio.

Coerenza del discorso impone tuttavia di ammettere che, se così considerato, il monito all'adozione di un approccio sostanziale non offrirebbe indicazioni operative particolarmente significative, dal momento che in qualsiasi caso che si presenti al vaglio giudiziale l'organo giudicante è sempre chiamato ad effettuare una verifica “sostanziale” dell'operazione sottoposta al suo vaglio, superando il tenore della formulazione prettamente letterale della singola clausola

oggetto del regolamento negoziale²³. D'altro canto, se il primo approccio sembrerebbe stridere con la più elementare delle declinazioni di giustizia, non può nemmeno ammettersi che l'adozione di un diverso atteggiamento ermeneutico, nella surrettizia relativizzazione della categoria descrittiva dell'assolutezza insita nella trasposizione del carattere esaminato dal metodo alla regola, comporti uno snaturamento del dato normativo : ciò determinerebbe, infatti, non tanto un'indebita dilatazione del rischio di discrezionalità fisiologicamente insito nel giudizio, quanto, piuttosto, un'ingiustificata erosione dei margini di autonomia privata discendente dallo snaturamento del dato normativo di partenza.

Esaurito, per il momento, il censimento dei caratteri della valutazione di liceità del patto, non resta che rivolgere l'attenzione all'altro corno del sindacato, quello della "meritevolezza" del patto parasociale contenente l'opzione *put* descritta.

4. *Profili critici del sindacato di meritevolezza.*

4.1. Meritevolezza e atipicità del patto parasociale con opzione *put*.

Presupposto dell'assoggettabilità del patto al vaglio di meritevolezza è – in conformità all'insegnamento tradizionale²⁴ – la predicabilità del carattere atipico della sua natura. Nella consapevolezza della portata che ha assunto la riflessione generale sulla meritevolezza del contratto atipico nell'esperienza

²³ In tema di interpretazione dell'atto di autonomia privata in materia societaria, RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002.

²⁴ Cass., 21 novembre 2019, n. 30309 ha affermato espressamente che al *test* di "meritevolezza" sono sottratti i contratti tipici; per il concetto di meritevolezza come limite alla libertà dei privati di dar vita a contratti atipici, *ex multis*, Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; diversamente PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, cit., p.823 ss; ID., *Metodo e valori, Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011 ove si sostiene che il concetto di meritevolezza in ambito negoziale debba comportare un controllo generale su tutti i contratti, sia tipici che atipici, in quanto costituisce un momento imprescindibile dell'unitario procedimento ermeneutico.

giurisprudenziale più recente²⁵, la riflessione in questa sede è necessariamente circoscritta al patto parasociale descritto. Da questa prospettiva, è certamente vero che l'ordinamento non conosce una definizione di patto parasociale²⁶; tuttavia, non si può ignorare che la riforma del diritto societario ha introdotto specifiche disposizioni in punto di durata e di pubblicità dell'accordo in questione (quanto alla pubblicità, limitatamente alle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio), riconoscendo espressamente (art. 2341 bis c.c.) sotto il profilo oggettivo alcune tipologie di patti, accomunate dalla finalità di stabilizzazione degli assetti proprietari o di governo della società.

Nella tipologia di patto parasociale con opzione *put* a prezzo predeterminato, l'atipicità del negozio finora descritto involge, in realtà, le modalità del finanziamento in forma partecipativa, consentendo alla società di ottenere per l'appunto un finanziamento a condizioni migliori o comunque più agevoli rispetto a quelle tradizionali (senza la necessità di offrire garanzie particolari, di tipo

²⁵ *ex multis*, in tema di validità delle clausole "claims made", Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437; Cass., 15 aprile 2019, n. 10447; Cass., 25 giugno 2019, n. 16902; Cass., 9 luglio 2019, n. 18413; Cass., 19 luglio 2019, n. 19518; Cass., 13 novembre 2019, n. 29365; Cass., 15 novembre 2019, n. 29719; Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645; Cass., 28 aprile 2017, nn. 10506 e 10509; Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465; Cass., 2 marzo 2018, n. 4912; Cass., 23 novembre 2017, n. 27867 - secondo cui, sulla scorta del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., non sussiste la validità della clausola (c.d. "claims made"), inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile sanitaria, che limiti la relativa copertura alla sola ipotesi in cui la richiesta risarcitoria avanzata nel periodo di efficacia della durata del contratto, atteso che una simile clausola "attribuisce all'assicurato un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita".

²⁶ DIVIZIA, *Patto di opzioni put and call*, *cit.*, p.343 ss.; BADINI CONFALONIERI, *I patti parasociali*, in *Le nuove società per azioni*, diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 273 ss. il quale ritiene che i patti svolgenti la funzione di stabilizzazione degli assetti proprietari e del governo societario, essendo espressamente contemplati dall'art. 2341-bis c.c., non richiedano un giudizio di meritevolezza; ampio, in verità, il novero delle fattispecie di patti parasociali interamente non tipizzate o radicalmente prive di una disciplina *ad hoc* e non riconducibili, quanto a *ratio* e funzione, agli schemi predeterminati dei sindacati di voto e/o di blocco; ancora, SBISÀ, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 486.

reale o personale, il cui peso, in vero, viene sostanzialmente allocato sul socio concedente l'opzione); dall'altro lato, il patto permette all'opzionario di partecipare temporaneamente alla vita sociale, consentendogli di esercitare forme di controllo sull'andamento dell'attività, e di dismettere la partecipazione "transitoria" avendo assicurata la remunerazione del capitale offerto²⁷. Rispetto a una simile operazione, la Suprema Corte nel 2018 ha per l'appunto ravvisato la ragione pratica del patto parasociale nel finanziamento dell'impresa, svolto in forma indiretta attraverso il finanziamento ad altro socio nell'ambito di operazioni di alleanza strategica tra vecchi e nuovi soci. Da questa angolatura, l'accordo costituisce una tecnica atipica – alternativa al ricorso al credito bancario – di reperimento delle risorse che consentono il perseguimento di un obiettivo dell'attività d'impresa esercitata in forma collettiva.

Chiariti i presupposti del sindacato di meritevolezza, non resta che esaminarne i tratti distintivi, a partire dall'oggetto della valutazione.

4.2 La causa in concreto come oggetto della valutazione di meritevolezza in materia.

Pare opportuno prendere le mosse dal censimento dei riferimenti metodologici sottesi alla già citata pronuncia in materia della Corte di Cassazione del 1994: in quell'occasione i giudici di legittimità avevano affermato la validità del contratto parasociale contenente l'opzione *put* delineata in quanto avente una funzione causale autonomamente meritevole di tutela e non volta *unicamente* alla violazione del disposto dell'art. 2265 c.c., ma *espressione di un interesse alla buona gestione dell'impresa*²⁸. Da questo punto di

²⁷ In questo contesto, a differenza di quanto avviene con il tradizionale ricorso allo strumento dell'opzione di vendita in ambito immobiliare, il fenomeno traslativo della partecipazione non rappresenta l'effetto finale voluto dalle parti, bensì lo strumento tecnico, con valenza procedimentale, che consente di perseguire finalità ulteriori, quali l'uscita dalla compagine societaria, assistita dalla garanzia della restituzione del capitale investito (presupposto imprescindibile per la concessione stessa del finanziamento nelle forme partecipative).

²⁸ Il riferimento all'indagine sulla "funzione causale autonomamente meritevole di tutela e non volta unicamente alla violazione del disposto dell'art.

vista, l'utilizzo dell'avverbio "unicamente" indurrebbe a parafrasare il ragionamento nel seguente modo: anche qualora il patto parasociale si ponga in contrasto con il divieto di patto leonino, potrebbe comunque residuare un margine di apprezzamento sulla validità dell'accordo in termini di meritevolezza, purché l'indagine sull'assetto degli interessi riveli la funzionalità dell'accordo alla buona gestione dell'impresa. In questi termini, in realtà, si è espresso anche il giudice di merito cui è stata devoluta, in prime cure²⁹, la cognizione della vicenda approdata poi alla Suprema Corte e divenuta oggetto della nota pronuncia di legittimità del 2018: in quell'occasione, infatti, il giudice di prime cure ha affermato in via generale che il patto parasociale che prevede in capo a un socio il diritto di esercitare un'opzione *put* su azioni a un prezzo prestabilito, pari al prezzo originariamente corrisposto per l'acquisto della partecipazione, esclude il socio opzionario dalla possibilità di partecipare alle perdite; in tale prospettiva, pertanto, l'accordo è nullo in quanto contrastante con il divieto di patto leonino di cui all'art. 2265 c.c. *salvo che il patto d'opzione risulti funzionale ad un interesse meritevole di tutela, comunque connesso al buon esito dell'andamento dell'impresa sociale*. In definitiva, dunque, secondo l'impostazione appena delineata, sembrerebbe che la meritevolezza faccia premio sulla liceità del patto, garantendo da sola la validità ed efficacia di quest'ultimo. Il che, a ben vedere, a prescindere dalla correttezza sul piano concettuale – e ferme le obiezioni sul fondamento del vaglio di liceità incentrato sul presupposto del nesso potere-rischio come riferibile a qualsiasi tipo societario e asserito fulcro del contratto di società ai sensi dell'art. 2247 c.c. – priverebbe di qualsiasi utilità già sotto il profilo logico-metodologico l'indagine sulla liceità dell'accordo.

In realtà, indicazioni apparentemente differenti possono essere tratte dall'impianto argomentativo complessivo della pronuncia di

2265 c.c." ricorre in Cass., 21 gennaio 2000, n. 642, in *Società*, 2000, 697; App. Milano, 17 settembre 2014, *cit.*; App. Milano, 19 febbraio 2016, *cit.*, 2016, 1652; Trib. Milano, 30 dicembre 2011, *cit.*; Trib. Milano 3 luglio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 72; Trib. Milano, 3 ottobre 2013, *cit.*; Trib. Trieste, 7 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1613; Trib. Milano, 6 agosto 2015, *cit.*

²⁹ Trib. Milano, 30 dicembre 2011, *cit.*

legittimità del 2018, in cui, almeno formalmente, le categorie della liceità e della meritevolezza vengono assunte come autonome sul piano concettuale: in prima battuta l'interprete è chiamato ad impostare lo scrutinio di liceità, che comporta un vaglio in termini di anti giuridicità del patto; in secondo luogo, se risolto positivamente il problema della liceità, l'interprete è chiamato a compiere lo scrutinio di meritevolezza, che comporta un vaglio in punto di agiuridicità o meno dell'accordo atipico.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, è stato evidenziato che la meritevolezza – quale predicato dell'esito positivo del vaglio cui sono soggetti i soli contratti atipici – è integrata dall'esistenza di una ragione giustificativa del vincolo, la cui mancanza relegherebbe l'accordo in un'area cui l'ordinamento è indifferente, e, dunque di inefficacia (o, a seconda delle impostazioni, di invalidità o, ancora, di irrilevanza giuridica)³⁰. Ciò che deve essere esaminata, in definitiva, è la *causa in concreto* dell'operazione, ossia l'interesse concretamente perseguito dalle parti, la ragione pratica dell'accordo³¹. Così come anche nel giudizio di liceità, in vero, era il profilo causale a dover essere indagato.

Resta da individuare, allora, quali siano i parametri da prendere in considerazione al fine di definire la causa in concreto del patto parasociale in esame.

4.3 La valutazione sull'essenzialità dell'esonero dalle perdite nella causa in concreto del patto parasociale: l'interferenza tra il piano dell'anti giuridicità e quello dell'agiuridicità.

Come anticipato, la citata pronuncia di legittimità del 2018, sostanzialmente ripresa nel suo impianto anche nel 2021, afferma che il patto contenente l'opzione *put* a prezzo predeterminato supera positivamente il vaglio di liceità e meritevolezza nella misura in cui l'esclusione dalle perdite non sia strutturalmente assoluta e costante,

³⁰ Fanno riferimento all' "inefficacia" dei contratti che non superano positivamente il vaglio di meritevolezza Cass., 29.2.2016, n. 3949; Cass., 15.2.2016, n. 2900; Cass., 30.9.2015, n. 19559; Cass., 8.2.2013, n. 3080; viene invece predicata la "nullità parziale" delle clausole ritenute immeritevoli Cass., Sez. un., 17.2.2017, n. 4222; Cass., Sez. un., 6.5.2016, n. 9140.

³¹ Sulla causa in concreto, v. nota n.9.

e – per quello che interessa adesso – nella misura in cui detta esclusione non ne integri la funzione *essenziale*, o causa concreta, avuto riguardo al regolamento negoziale complessivo. Nell'impostazione in parola, dunque, il vaglio di meritevolezza assume ad oggetto il carattere essenziale o meno, sotto il profilo della causa in concreto, del meccanismo di esonero dalle perdite congegnato dalle parti attraverso l'accordo parasociale.

L'indicazione offerta tradisce ambiguità concettuali e applicative di non poco momento.

Già a livello empirico, avendo riguardo soprattutto alla realtà delle società di capitali, non si può non rilevare come nella prassi commerciale l'ipotesi che il patto in parola venga stipulato in modo tale che il meccanismo di esonero dalle perdite integri la funzione "essenziale" dell'accordo costituisce un caso di scuola o, all'opposto, la casistica sistematicamente ricorrente nelle operazioni in questione, fisiologicamente connaturata al congegno negoziale elaborato dalle parti. Da un lato, infatti, non si può realisticamente pensare che in una s.p.a., ove la partecipazione è del tutto spersonalizzata, optante e opzionario strutturino un patto parasociale per perseguire in via immediata l'obiettivo preminente di configurare l'assetto associativo in modo tale che il peso delle perdite del socio transitorio venga traslato esclusivamente sul socio optante, secondo modalità "prevaricative", alla stregua di dinamiche interpersonali di tipo "leonino" che possono invece caratterizzare le relazioni sociali all'interno delle società di persone; dal punto di vista metodologico, la prospettiva dischiusa rivela che, così facendo, lo scopo delle parti viene impropriamente selezionato secondo un'ottica tendenzialmente soggettiva, concettualmente prossima all'attribuzione di rilievo a motivi personali sottesi alla manifestazione di volontà negoziale; l'approccio in questione, inoltre, finisce per misconoscere la rilevanza obiettiva del finanziamento atipico in favore della società, con effetti favorevoli anche nei confronti del socio concedente, la cui partecipazione risente positivamente degli effetti discendenti dalla immissione di liquidità da parte del socio transitorio. Dall'altro lato, nella prassi commerciale non è neppure immaginabile, al di fuori delle ipotesi di liberalità, che un soggetto terzo decida di apportare il suo capitale

per esigenze di finanziamento della società senza pretendere, al contempo, l'operatività di un meccanismo "di garanzia" che gli assicuri quantomeno la restituzione delle somme originariamente corrisposte ed eventualmente il riconoscimento, per quanto minimo, di una forma di controllo sull'andamento dell'impresa (ciò che di fatto corrisponde, per l'appunto, alla previsione di un'opzione *put* a prezzo predeterminato, con esonero dell'opzionario dalle perdite, quantomeno per la parte eccedente la misura del conferimento/prezzo di acquisto della partecipazione). Da questo punto di vista, dunque, la funzione di "garanzia" assicurata dal meccanismo dell'opzione, da cui consegue l'obbligo del pagamento del prezzo predeterminato, è certamente "essenziale" nell'operazione complessiva realizzata dalle parti, in quanto presupposto indefettibile dell'erogazione del finanziamento nelle forme partecipative.

Se questi sono i termini evocati dalla questione, la sensazione che si trae, in definitiva, è che il riferimento funzionale all' "essenzialità" del meccanismo di esonero all'interno del patto non costituisca uno strumento adeguato a risolvere, di per sé, il problema della meritevolezza degli interessi, in quanto non dirimente, – proprio in ragione della sua indeterminatezza – ad individuare l'emersione di una discrepanza rilevante tra l'assetto del regolamento negoziale e lo scopo pratico che le parti intendevano perseguire. Un riscontro indiretto di tale conclusione può essere ricavato dalla stessa pronuncia di legittimità del 2018, laddove si afferma – con una qualche valenza generale – che la causa concreta del patto parasociale in esame è "mista", in parte associativa e in parte di finanziamento, con la connessa funzione di garanzia assolta dalla titolarità della partecipazione assistita dalla facoltà di uscita dalla società senza la necessità di pervenire, a tal fine, alla liquidazione dell'ente. A ben vedere, poi, affermare che il patto parasociale debba ritenersi "immeritevole" nella misura in cui la sua funzione "essenziale" sia quella di esonerare un socio dalle perdite equivale a riprodurre il ragionamento sotteso al vaglio di liceità dell'accordo rispetto al divieto di patto leonino, dal momento che già in quella prospettiva si trattava di individuare la misura dell'esonero del socio

finanziatore dalle perdite e di verificare la “sopravvivenza” del profilo causale societario rispetto a quello di credito.

Non è infrequente, nella materia in esame, la sovrapposizione, spesso involontaria, tra i termini del giudizio di liceità e quelli propri del giudizio di meritevolezza, in particolare laddove lo scrutinio venga risolto nella verifica di conformità del regolamento negoziale ai parametri delle norme imperative, dell’ordine pubblico e del buon costume. Così facendo, in realtà, come è stato autorevolmente obiettato, spesso si dà luogo ad un “inutile doppione” del giudizio di liceità, attesa l’astratta rilevanza della violazione dei suddetti parametri nella valutazione di anti giuridicità dell’accordo³². Se l’impostazione esaminata si configura come una sostanziale duplicazione del giudizio di liceità, deve comunque essere isolato, quale data più significativo della costruzione, il riferimento alla valenza pressoché generalizzata della valutazione di meritevolezza del patto parasociale in questione, per come espressa nella pronuncia di legittimità del 2018, attraverso la valorizzazione della sua funzione essenziale, della sua causa in concreto.

Se la causa in concreto costituisce l’oggetto del sindacato di meritevolezza, rimane comunque il problema di definire quali siano i parametri che consentano di orientare la valutazione.

In proposito, è stato recentemente osservato in dottrina che il sindacato di meritevolezza degli accordi atipici rischia spesso di tradursi in un mero richiamo alla causa concreta dell’accordo, sorretto da un sincretismo argomentativo che, di fatto, non consente l’identificazione dei criteri applicativi che dovrebbero presiedere alla corretta articolazione del giudizio *ex art. 1322 comma 2 c.c.*³³

³² ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 403.

³³ TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 3, 2017, p.921. Con diversa prospettiva, ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 987, richiama l’attenzione sull’utilizzo improprio da parte della giurisprudenza dello strumento della causa “astrattamente giusto” della causa in concreto; in termini analoghi, GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. it.*, 2014, 7, p. 161; in verità, la giurisprudenza stessa, Cass., Sez. un., 6.5.2016, n. 9140, affermando che *è di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta*

In questa direzione, pertanto, deve procedere l'indagine, al fine di individuare in concreto quali siano i criteri che permettono di ravvisare o meno la meritevolezza dell'accordo.

4.4 *L'individuazione del parametro di valutazione della meritevolezza.*

In prima battuta, un parametro utile a orientare la valutazione è stato individuato, già nella pronuncia di legittimità del 1994, nella "buona gestione dell'impresa". La "buona gestione" può essere identificata nel risultato dell'attività garantito da una particolare conformazione dell'assetto associativo che riveli la persistenza del nesso (asseritamente tipico societario) di correlazione tra potere e rischio, posto a presidio della *causa societatis* ex art. 2247 c.c. In questa prospettiva, in realtà, il sindacato di meritevolezza viene svolto ancora una volta assumendo come criterio orientativo quello stesso elemento che costituisce il fondamento ultimo del giudizio di liceità ai sensi dell'art. 2265 c.c.: dovrebbe pertanto concludersi, per le ragioni che sono state finora esplicitate, che anche da questa visuale lo scrutinio di meritevolezza costituisce un mero duplicato di quello di liceità. Perché ricorra la buona gestione, infatti, dovrà essere assicurato quel nesso tra potere e rischio che è preservato – asseritamente – soltanto nella misura in cui la *causa societatis* rimane inalterata, ossia nella misura in cui l'esonero dalle perdite di un socio non è assoluto né costante, e dunque, in una, quando l'accordo è lecito rispetto al divieto di patto leonino. Gli esiti dell'approccio delineato, a ben vedere, risultano concettualmente distonici rispetto alla premessa metodologica manifestata, che prevede la distinzione tra la sfera di anti giuridicità e quella di agiuridicità, distinzione alla cui stregua, per l'appunto, la liceità viene assunta come un limite negativo all'esplicarsi dell'autonomia privata, laddove la meritevolezza ne segna, viceversa, un limite positivo. In forza degli argomenti evocati, analoghe considerazioni

sottoposta alla valutazione dell'interprete, di fatto contiene implicitamente il monito, per l'interprete, a non utilizzare la formula "causa in concreto" senza analizzare previamente gli elementi di fatto che caratterizzano specificamente il profilo causale della singola vicenda.

potrebbero essere svolte anche nell'eventualità in cui si volesse ancorare il giudizio di meritevolezza dell'accordo parasociale al parametro dell'ordine pubblico economico, laddove quest'ultimo fosse identificato, nuovamente, nel fondamento del divieto di patto leonino.

D'altro canto, non pare nemmeno percorribile la soluzione che ravvisa la "buona gestione" – quale parametro di valutazione della meritevolezza – nel conseguimento dell'utilità patrimoniale derivante dal finanziamento, affidato alle forme atipiche del meccanismo partecipativo. Da questa prospettiva, infatti, dovrebbe riconoscersi necessariamente che ogni forma di finanziamento partecipativo si rivela necessariamente funzionale alla buona gestione dell'impresa, contribuendo in ogni caso a un miglioramento delle condizioni patrimoniali della società, nonché al perseguimento degli obiettivi strategici dell'attività imprenditoriale. A ben vedere, la buona gestione – se così declinata – ricorrerebbe persino nell'ipotesi in cui il finanziamento partecipativo fosse assistito dalla previsione di un esonero totale e costante delle perdite del socio finanziatore, ossia nell'ipotesi di illiceità dell'accordo parasociale contenente l'opzione *put* per violazione del divieto di patto leonino. In questo caso, infatti, in presenza dell'utilità patrimoniale, si verrebbe a delineare una situazione – inammissibile in termini di validità del negozio e, prima ancora, di coerenza logica dell'impostazione – in cui il patto è al contempo illecito, da un lato, e meritevole di tutela, dall'altro. Entro tale cornice, peraltro, la distinzione tra sfera di anti giuridicità e sfera di agiuridicità verrebbe mantenuta soltanto sul piano formale, dal momento che un simile sindacato di validità del patto finirebbe per risolversi nell'assorbimento del profilo di liceità.

Indicazioni maggiormente utili ai fini dell'individuazione del parametro oggetto d'indagine provengono da altri passaggi della pronuncia di legittimità del 2018. A ben vedere, in realtà, la sentenza citata pare arrestarsi ad una generale presa d'atto del *favor* che l'ordinamento attualmente rivolge verso plurime forme atipiche di finanziamento: è infatti in corso una tendenza che si manifesta nel continuo riconoscimento normativo di tecniche – alternative al ricorso al credito bancario – di reperimento presso terzi delle risorse

finalizzate a incentivare l'esercizio dell'attività d'impresa in forma collettiva³⁴. In questo orizzonte trovano collocazione vari istituti che consentono in particolare alle società di capitali di operare forme di raccolta diretta delle risorse finanziarie presso il pubblico dei risparmiatori, anche attraverso l'introduzione di meccanismi di partecipazione. A seguito della riforma del diritto societario, in vero, può essere ravvisata una maggiore propensione dell'ordinamento ad incentivare la raccolta di capitale di rischio e di debito da parte delle società di capitali³⁵, attuata mediante il riconoscimento di margini di operatività dell'autonomia negoziale più ampi che in passato. Detto indirizzo trova una sua specifica emersione, ad esempio, nella possibilità di modulare in modo flessibile diritti amministrativi e patrimoniali connessi alla partecipazione sociale, svincolandoli dal criterio di proporzionalità, con conseguente affievolimento del rapporto associativo in favore di quello di credito, sulla scorta di quanto già osservato in precedenza. In quest'ottica, in vero, la correlazione tra potere e rischio non assurge più a vincolo ordinamentale di natura imperativa: tra i due poli – potere e rischio – si determina un nuovo punto di equilibrio, che rivela, da altra prospettiva, il tendenziale superamento della tradizionale alternativa tra capitale di rischio e capitale di debito. Ciò che concettualmente

³⁴ La Suprema Corte richiama espressamente le fattispecie dei titoli obbligazionari, para-obbligazionari e dei nuovi strumenti finanziari partecipativi (per questi ultimi, a fronte di un apporto da taluno assimilato al modello dell'associazione in partecipazione); evidenzia altresì come nella s.r.l. start up innovativa, in deroga all'art. 2468, commi 2 e 3, è possibile (in base al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 e al D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito nella L. 24 marzo 2015, n. 33) creare categorie di quote fornite di diritti diversi sotto il profilo patrimoniale o amministrativo, come le quote postergate nelle perdite, senza voto, con diritto di voto non proporzionale o limitato a dati argomenti, oppure strumenti finanziari partecipativi forniti anche di diritti amministrativi; mentre ancora nuove forme di finanziamento sono favorite nell'ambito della soluzione delle crisi d'impresa. In dottrina, CALVOSA, *L'emissione di azioni riscattabili come tecnica di finanziamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 202 ss; CARRIÈRE, *Le operazioni di portage azionario. Tra proprietà temporanea e proprietà economica*, Milano, 2008; GUGLIELMUCCI, *Le azioni postergate nelle perdite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 886 ss.

³⁵ GIANNELLI, *Le obbligazioni ibride: tra obbligo di rimborso e partecipazione sociale*, Milano, 2013;

corrisponde, per l'appunto, alla negazione dell'incompatibilità tra causa associativa e causa di finanziamento.

Il dato fenomenico rappresentato, relativo all'attualità della diffusione del modello del finanziamento partecipativo, non costituisce ancora, per sua natura, un parametro sufficientemente specifico a cui ancorare il predicato di meritevolezza di un accordo parasociale contenente l'opzione *put* a prezzo predeterminato: il fatto che il legislatore abbia individuato specifiche forme di riconoscimento di partecipazione connesse ad operazioni di finanziamento della società non implica automaticamente, infatti, che sia meritevole di protezione da parte dell'ordinamento qualsiasi regolamento negoziale che si inserisca nell'alveo degli strumenti di finanziamento partecipativo. Il dato fenomenico in questione, tuttavia, lascia sicuramente intravedere l'orizzonte disciplinare entro cui deve essere ricercato un possibile assetto assiologico dell'ordinamento cui l'accordo parasociale dovrà essere conforme ai fini del superamento del vaglio di meritevolezza. La fisionomia di tale assetto non potrà che essere rintracciata partendo dal censimento dei singoli istituti idealmente collocabili in quel plesso ordinamentale in cui il legislatore ha collocato varie forme di finanziamento partecipativo, realizzando un peculiare equilibrio tra i margini di autonomia privata e le regole di ordine pubblico economico pertinenti in materia. L'indicazione metodologica che può essere proposta, dunque, risiede nella possibilità di ancorare la meritevolezza del patto parasociale alla rispondenza dell'assetto di interessi ricavabile dal regolamento negoziale rispetto a quel preciso assetto assiologico ordinamentale. La presente indagine, circoscritta ai tratti metodologici presi in esame, non può che arrestarsi di fronte alla complessità dell'orizzonte appena dischiuso.

5. Considerazioni conclusive. La pertinenza della regola rispetto all'operazione negoziale e l'approccio rimediabile.

Il censimento dei caratteri dell'impostazione metodologica si è risolto in un'operazione di esplicitazione di alcuni assunti inespressi sottesi all'impianto ermeneutico complessivo in materia, nonché nella decostruzione dei passaggi che lo articolano. L'indagine ha permesso di rivelare forti criticità che riguardano non solo

l'adeguatezza degli strumenti adoperati rispetto alle soluzioni proposte, ma anche la coerenza stessa dell'impostazione complessiva. Con riguardo al profilo della liceità, le criticità involgono la pertinenza stessa della disciplina evocata rispetto alla tipologia dell'operazione negoziale presa in esame.

Al riguardo, possono essere richiamate in primo luogo le obiezioni sollevate in ordine al ritenuto carattere transtipico del divieto di patto leonino, il cui fondamento risiederebbe nella necessità di preservare la *causa societatis*, mantenendo una stretta correlazione tra potere e rischio, correlazione che sarebbe stravolta laddove il rapporto di tipo associativo, attraverso il meccanismo di esonero dalle perdite in misura assoluta e costante, divenisse mero rapporto di scambio.

La costruzione rileva le sue falle nella misura in cui il nesso tra potere e rischio d'impresa è risultato, nella prassi commerciale prospettata, tutt'altro che un vincolo imperativo per l'ordinamento. Lo strappo nel cielo di carta dell'impostazione metodologica assunta a fondamento del problema di liceità e recepita dalla Suprema Corte si consuma definitivamente alla luce del rilievo formulato nella stessa pronuncia di legittimità nel 2018, secondo cui in definitiva, la società è assolutamente "indifferente" alle vicende giuridiche conseguenti all'esercizio dell'opzione *put* a prezzo preconcordato: queste ultime, infatti, secondo l'organo nomofilattico, risultano "neutrali" rispetto alla realizzazione della causa societaria, attesa la presenza, nel patto parasociale, di meccanismi negoziali che consentono all'oblato tanto di cedere la sua partecipazione quanto di permanere nella compagine. In questa prospettiva, lo schema causale sotteso all'intera operazione "non reca neppure insiti in sé i rischi che sono tradizionalmente ricondotti al divieto di patto leonino": il patto opera soltanto "sul piano della circolazione delle azioni, piuttosto che su quello della ripartizione degli utili e delle perdite"³⁶.

³⁶ Così testualmente Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, *cit.*; l'argomento viene ripreso anche da Cass., 7 ottobre 2021, n. 27227, *cit.*, secondo cui le opzioni *put* e *call* possono trovare collocazione in patti parasociali conclusi tra i soci di una società e possono violare il divieto di patto leonino, ex art. 2265 c.c., soltanto quando alterino la struttura e la funzione del contratto sociale, senza che possa assumere rilievo il mero trasferimento del rischio interno fra i soci.

In altre parole, parafrasando, l'accordo parasociale in questione non è suscettibile di incorrere nella violazione del divieto di patto leonino dal momento che non ha effetti reali sulla società, talché la causa societaria non potrà risultare intaccata dall'operazione, dal momento che il trasferimento del rischio connesso alla retrocessione della quota opzionata riguarda esclusivamente il profilo dei rapporti interni fra un socio e un altro socio o fra il socio e un terzo. Ma allora, se l'alterazione causale che stravolge il rapporto associativo determinando la violazione del patto leonino può discendere solo dal fatto che l'oblato retroceda la sua partecipazione alla società (questione che investe semmai il problema dei limiti in cui la società può acquistare partecipazioni proprie), e non ad altro socio, deve concludersi che non si potrà mai porre un problema di violazione del patto leonino in presenza di patti parasociali aventi ad oggetto un'opzione put a prezzo predeterminato, anche laddove gli effetti della ripartizione delle perdite configurati dalla retrocessione della quota abbiano tratti "leonini".

Se il ragionamento qui condotto è corretto, allora dovrebbe ritenersi non già che il patto parasociale descritto è conforme, sotto il profilo di liceità, al divieto di patto leonino perché non altera la causa del rapporto associativo, quanto, piuttosto, che la regola di disciplina selezionata ai fini del vaglio di liceità è del tutto estranea rispetto al funzionamento dell'accordo in parola. Il che equivarrebbe ad ammettere che il problema della compatibilità del patto parasociale con il divieto di cui all'art. 2265 c.c. è mal posto fin dall'inizio. Risulta assorbente, in proposito, esaminare in via preliminare se la retrocessione della quota abbia carattere reale nei confronti dell'ente (ciò che ovviamente non avviene laddove il patto sia stipulato tra soci). Una simile circostanza, evidentemente, è appurabile in via preliminare, senza la necessità di verificare se l'esonero dalle perdite, nel meccanismo negoziale tra soci, presenti i caratteri dell' "assolutezza" e della "costanza".

Diversamente, se ha un senso invocare il divieto di patto leonino per apprestare una tutela al socio "debole", dovrebbe correlativamente ritenersi che il problema di liceità dell'accordo parasociale descritto rispetto all'art. 2265 c.c. non può essere correttamente impostato sulla verifica di incidenza dell'accordo

sulla *causa societatis*, dovendosi ammettere che il fondamento del divieto di patto leonino non risiede affatto nell'esigenza di preservare la *causa societatis* mantenendo saldo il nesso tra potere e rischio, in verità progressivamente scalfito.

L'impressione di incongruenza dell'impostazione ermeneutica complessiva da ultimo accreditata dalla Corte di Cassazione, e confermata nel 2021, non può che risultare rafforzata laddove si consideri che è proprio l'affievolimento di quel nesso tra potere e rischio – prima invece assunto quale presupposto dell'applicabilità del divieto di patto leonino all'accordo parasociale descritto – a costituire il tratto comune sotteso a tutti quegli istituti di raccolta del risparmio privato in forme partecipative alla luce dei quali è stato poi ancorato, in modo piuttosto indeterminato, il giudizio di meritevolezza dell'accordo parasociale contenente l'opzione *put* esaminata.

Appare allora forse più opportuno, sotto il profilo metodologico, tenuto conto delle peculiarità che caratterizzano la specifica fattispecie negoziale, identificare dapprima i bisogni di tutela avanzati in questo genere di vicende societarie (bisogni in definitiva riconducibili al carattere *sconveniente* della pattuizione stessa) e individuare, poi, percorsi rimediali maggiormente coerenti³⁷.

³⁷ Nella vasta letteratura sull'approccio rimediale, *ex multis* DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, *ivi*, 2007, p. 2 ss.; MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, in ALPA-GRAZIADEI-GUARNERI-MATTEI-MONATERI-SACCO, *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo in Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 611; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, in Scalisi (a cura di), *Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, p. 209 ss.; MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006; NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2007, pp. 415 e in Vettori (a cura di), *Remedies in contract, cit.*, p.161, la quale illustra la problematicità della relazione tra interessi e rimedi nel contesto di diritto comune sia dalla prospettiva statica volta a dare ordine al pluralismo contrattuale generato dalle asimmetrie di potere, sia dalla prospettiva dinamica, riferita all'evoluzione progressiva del processo di armonizzazione, evidenziando come gli interessi siano talora protetti con rimedi differenti e come talora, invece, interessi

La casistica rivela che la nullità del patto parasociale viene pressoché sistematicamente invocata dal concedente inadempiente allorché lo stesso si trovi chiamato a pagare il prezzo prestabilito, non più corrispondente al valore della partecipazione oggetto dell'opzione *put*, valore che ormai è irreversibilmente eroso, in prossimità del fallimento. Fermo, al riguardo, il rilievo per cui il tema dell'equa valorizzazione della partecipazione sociale rientra tendenzialmente nell'ambito dei diritti disponibili, afferendo a profili patrimoniali, è appena il caso di osservare che la questione, epurata da quelle costruzioni che non mostrano sufficiente aderenza con la materia esaminata, si riduce a riconoscere o meno protezione – e, in caso positivo, attraverso quali forme – al socio contraente che lamenti di essere stato vittima di un accordo svantaggioso.

Lo strumentario a disposizione, una volta definite le caratteristiche della specifica tipologia negoziale del caso, è sicuramente variegato, non più circoscritto al tradizionale rimedio risarcitorio della responsabilità precontrattuale³⁸. Uno degli itinerari

differenti siano accomunati dai medesimi rimedi; sul tema, *ivi*, P.PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, p. 203 ss.; ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il “terzo contratto”)?* p. 207 ss.; sul tema, ancora, SCALISI, *Il diritto dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 231 ss.; VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.*, 2014, 2, p. 123 ss., analizza il ripensamento del rapporto tra regole di validità e responsabilità, alla cui stregua le une non assorbono le altre; ID., *L'evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice*, in *Quest. giust.*, 2017, www.questionegiustizia.it, secondo il quale il riferimento, nel diritto comunitario, al diritto ad un rimedio “effettivo” induce il ripensamento delle forme di tutela, così da consentire, attraverso il contributo del formante giurisprudenziale, la realizzazione di interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi che siano coerenti con la storicità dell'assetto di interessi, espressione di un'attenzione estranea all'ambito delle invalidità codicistiche nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali.

³⁸ Notoria al riguardo la distinzione in termini “cardinali” delle varie tipologie contrattuali (“primo”, “secondo”, “terzo”), ciascuna delle quali suscettibile di un vaglio giudiziale differente per oggetto e per grado di pervasività rispetto all'ambito dell'autonomia privata: al netto delle approssimazioni discendenti dalle esigenze espositive, nel “primo contratto”, tra soggetti “uguali”, il sindacato giudiziale in ordine alla sproporzione fra le reciproche prestazioni è ammesso nelle ipotesi espressamente previste dal legislatore: nei limiti dell'annullabilità del negozio laddove ricorrono incapacità, errore, dolo, violenza; ancora, nei limiti

della rescissione, in presenza di stato di pericolo o stato di bisogno; nel “secondo contratto”, tra professionista e consumatore, risulta sindacabile, alla luce dell’apposita disciplina consumeristica, l’equilibrio normativo del regolamento negoziale; con riferimento al “terzo contratto”, tra imprese, è stata teorizzata, prendendo le mosse da specifici istituti, la sindacabilità dell’equilibrio economico; a titolo di esempio, l’abuso di dipendenza economica determina la nullità del patto attraverso il quale lo squilibrio si realizza. Sulla distinzione tra le categorie contrattuali indicate, tra tutti, FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, 1, 69; si sofferma sul vaglio di meritevolezza nei contratti in cui emerge lo squilibrio tra prestazioni GRANELLI, *Il giudice ed il sindacato sull’assetto di interessi contrattualmente delineato dalle parti*, in *Contr.*, 2020, 2, p. 177; ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il “terzo contratto”)?*, in Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, cit., 2008, p. 207 ss.; VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss.; Volgendo lo sguardo oltre i confini domestici, ID., *L’evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice*, in *Quest. Giust.*, cit., osserva che l’esistenza di un vantaggio ingiusto e sproporzionato è vietato dai Principi di diritto europeo dei contratti (4:109), nel caso in cui l’altra parte si trovi in una situazione di dipendenza o una relazione di fiducia o una situazione di bisogno economico o necessità urgenti e se sia affetta da prodigalità, ignoranza, esperienza o accortezza necessaria a contrattare. Ancora, il *Draft Common Frame of Reference (7:207 unfair exploitation)* contempla riferimenti analoghi; i principi *Unidroit* censurano (3.10) il vantaggio eccessivo e ingiusto in presenza di uno stato di dipendenza, di difficoltà economiche o immediate, oppure di imperizia, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, con riguardo alla natura o scopo del contratto. Oltre i rimedi “tradizionali”, la risarcibilità, sostenuta nella teoria dei “vizi incompleti”, per le ipotesi di contratto valido ma svantaggioso, qualora non sia possibile esperire le impugnative contrattuali accordate dalla disciplina generale dei contratti ovvero da quella propria del singolo tipo contrattuale, nella misura in cui il vizio negoziale non assurge a rango di rilievo tale da consentirne l’invalidazione, MANTOVANI, “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio, Padova, 1995; ID., *Commento sub. art. 1337 c.c.*, in Orestano e Navarretta (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 474 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso*, in *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1517; la teoria dei vizi incompleti è stata accreditata in giurisprudenza da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, che affermano, sia pure come *obiter*, l’ammissibilità di un’ipotesi di responsabilità precontrattuale da contratto validamente concluso, nel solco di quanto in precedenza ritenuto da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss. con nota di Scoditti; in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con commento di Roppo e Afferni; sull’ampio dibattito apertosi in proposito, ancora, GALGANO, *Il*

percorribili, autorevolmente accreditato e ormai ampiamente noto, è sicuramente quello che passa attraverso l'impiego della causa in concreto, e dunque della verifica dell'adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti, attraverso la lentezza della buona fede. Tuttavia, per superare efficacemente le obiezioni – condivisibili – sollevate in dottrina sull'utilizzo giurisprudenziale improprio se non addirittura “disinvolto” della causa in concreto, diffusamente impiegata “a mo' di grimaldello” per riconoscere comunque, in ossequio ad afflitti di giustizia sostanziale dai contorni incerti, una forma adeguata di protezione, diviene allora realmente stringente la necessità di individuare in modo rigoroso i parametri che consentano di orientare la valutazione sul punto. In questo orizzonte, si ribadisce l'urgenza di indagini che procedano compiutamente al censimento del plesso ordinamentale in cui si collocano idealmente quelle varie forme di finanziamento partecipativo accreditate dal legislatore che realizzano un peculiare equilibrio tra autonomia privata e regole di ordine pubblico. Solo percorrendo questa via sarà possibile definire con adeguata precisione i parametri cui ancorare effettivamente la valutazione di meritevolezza dell'accordo parasociale contenente l'opzione *put* a prezzo predeterminato. In mancanza di un simile strumentario, difficilmente potrà negarsi che la verifica in materia “secondo buona fede dell'emersione di un disequilibrio palese dell'assetto di interessi composto dalle parti” possa integrare, in realtà, un sindacato dai contorni e contenuti tendenzialmente vaghi, che incide significativamente sull'equilibrio economico delle prestazioni – equilibrio la cui individuazione, in ossequio all'impostazione tradizionale, continua ad essere rimessa in via esclusiva all'autonomia privata, salvo ipotesi specifiche, espressamente

contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss; GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, p. 393 ss.; SANGIOVANNI, *Commento a Cass., Sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725*, in *Contr.*, 2008, p. 231 ss.; escludevano invece l'ammissibilità dell'ipotesi risarcitoria da responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479 e Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2717.

DAVIDE SCAFFIDI

conosciute dall'ordinamento, nelle quali, soltanto, è ammissibile l'intervento correttivo di tipo giudiziale.

FRANCESCO SCAGLIONE
Professore ordinario di diritto privato
Università di Perugia

INTERESSI DELLA PERSONA E TUTELA DEL CREDITO

SOMMARIO: 1. Negozi ad effetti destinatori e azione pauliana nella prospettiva giurisprudenziale. – 2. Interessi della persona, causa solutoria e limite alla revocabilità. – 3. Proporzionalità e bilanciamento di interessi tra revocatoria e nullità.

1. Negozi ad effetti destinatori e azione pauliana nella prospettiva giurisprudenziale.

Tra i negozi che realizzano una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740, comma 2, c.c.), l'atto di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, il trust e il fondo patrimoniale condividono una peculiare natura giuridica. Si tratta, infatti, di negozi per mezzo dei quali una parte del patrimonio del disponente viene destinato alla soddisfazione di specifici interessi – non solo patrimoniali, ma anche esistenziali – dei beneficiari, restando sottratto alle azioni esecutive dei creditori del primo.

L'effetto destinatorio, cui la separazione o la segregazione patrimoniale è strumentale, comporta dunque la necessità di dedicare le utilità che si possono trarre dai beni del disponente a vantaggio dei beneficiari. In questa prospettiva, la eterodestinazione patrimoniale si presenta come un dato essenziale e qualificante dei negozi in esame sotto il profilo strutturale.

Tuttavia, il fatto che i beni siano eterodestinati non significa necessariamente che sugli stessi gravi un vincolo che li renda inalienabili;¹ inoltre, l'effetto destinatorio non implica di per sé un

¹ L'assunto si apprezza con la differenza tra atto di destinazione *ex art. 2645 ter*, ove il patrimonio destinato non subisce alcun volontario mutamento

effetto traslativo a favore di un gestore dei beni, potendo la proprietà² rimanere nella titolarità del disponente³, come nel caso di atto di destinazione o di trust autodichiarati⁴, oppure di fondo patrimoniale avente ad oggetto beni già appartenenti ai coniugi.

qualitativo o quantitativo, da un lato, e, dall'altro, trust e fondo patrimoniale, per i quali invece ciò è possibile (v. art. 169 c.c.). In particolare, che nel trust l'interesse del beneficiario finale sia soddisfatto non tanto da beni "vincolati" quanto dal loro valore emerge con tutta evidenza dalla circostanza che il fondo del trust potrebbe comprendere anche strumenti finanziari, denaro o altri beni fungibili. Sulle differenze tra atto di destinazione e trust, v. soprattutto LUPOI, *Gli 'atti di destinazione' del nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts*, 2006, p. 169 ss.; ID., *Trust e vincoli di destinazione: qualcosa in comune?*, in *Trusts*, 2019, p. 237 ss. Sul comune effetto destinatorio (opponibile ai terzi) dei due istituti: cfr., ad esempio, STEFINI, *Destinazione patrimoniale e testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 832 ss.

² Il diritto del disponente e/o gestore sul bene si configura come una proprietà *sui generis*, in quanto funzionalizzata al perseguimento di un interesse altrui, e da questo conformata: cfr. SCAGLIONE, *Fiducia testamentaria e contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts*, 2017, p. 357 ss. Nell'ipotesi del trust, sono ancora attuali le osservazioni di CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, p. 77, il quale sottolineava come "anche nel caso in cui si parla comunemente di fiducia, il *prius* logico non sia tanto il conferimento al fiduciario della posizione reale (trasmissione della titolarità del diritto), quanto piuttosto l'attività che egli deve svolgere e che risulta dal rapporto obbligatorio; attività rispetto alla quale il trasferimento del diritto non ha che una funzione strumentale." In argomento, v. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, in *Trusts*, 2007, p. 2 ss.; D'AMICO, *La proprietà "destinata"*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 525 ss.

³ Cfr. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1723 e 1740 s., il quale distingue, in proposito, la destinazione c.d. statica (senza effetto traslativo) e destinazione dinamica (con effetto traslativo dal conferente al gestore). Sul punto, v. anche ALCARO, *Gli effetti strumentali della destinazione: l'(eventuale) effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione. Guida alla redazione*, consultabile sul sito www.notariato.it, p. 87.

⁴ Sulla distinzione, nell'ambito della fattispecie prevista dall'art. 2645 *ter* cod. civ., tra negozio di destinazione autodichiarato e con trasferimento di beni ad un gestore, v., per tutti, BARTOLI, MURITANO e ROMANO, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 33 ss. Mentre in quest'ultima ipotesi il momento dispositivo è facilmente individuabile nell'attribuzione patrimoniale al gestore, nella prima, viceversa, esso implica "la modifica della condizione giuridica dei beni del disponente, modifica che consiste nella

Pertanto, il negozio ad effetto destinatorio può dirsi dispositivo solo in quanto sottrae i beni destinati alle azioni esecutive dei creditori, anche senza trasferirli ad alcun soggetto⁵.

Deriva che l'*ubi consistam* della destinazione patrimoniale risiede nella funzionalizzazione del diritto di proprietà (rimasto in capo al disponente o attribuito ad un gestore) alla realizzazione di un interesse altrui.

Il problema fondamentale che nasce dai negozi ad effetti destinatori è quello di stabilire quando la limitazione della

degradazione del disponente a proprietario vincolato dei beni" (*ivi*, p. 37). L'atto di destinazione autodichiarato è un negozio unilaterale: Cass., Sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3697, in *leggiditalia.it*, secondo cui "l'atto di semplice destinazione di un bene (senza il trasferimento della proprietà dello stesso) alla soddisfazione di determinate esigenze, ai sensi dell'art. 2645 ter cod. civ., costituisce, di regola, un negozio unilaterale – in quanto esso non si perfeziona con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente – e a titolo gratuito, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, senza per quest'ultimo alcuna corrispettiva attribuzione". In tal senso, v. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 448 ss.; ID., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 224 ss.; DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in Vettori (a cura di), *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter del codice civile)*, Padova, 2008, p. 64 ss.; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 12 ss.; *contra*, per la natura contrattuale, v. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 172 ss. Per un modello di clausola di gestione affidata allo stesso conferente v. la minuta di atto di destinazione a cura di VALERIANI, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio civilistico n. 357-2012/C. Atti di destinazione. Guida alla redazione*, consultabile sul sito www.notariato.it, p. 37.

⁵ Cfr., ad esempio, con riferimento ad un atto di destinazione autodichiarato, Cass., Sez. III, 15 novembre 2019, n. 29727, in *leggiditalia.it*, secondo cui, benché con l'atto di costituzione del vincolo "non sia trasferita la proprietà dei beni oggetto dello stesso e non siano costituiti su di essi diritti reali in senso proprio, detto vincolo è comunque idoneo a sottrarre i beni vincolati all'azione esecutiva dei creditori, ha quindi effetti connotati dal carattere della realtà in senso ampio (tanto che è oggetto di trascrizione) e, di conseguenza, è idoneo a pregiudicare le loro ragioni, come del resto si ritiene in situazioni analoghe (anche se non identiche), quali la costituzione del fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 167 c.c. e la costituzione e dotazione di beni in trust."

responsabilità patrimoniale del debitore che essi comportano possa ritenersi pienamente giustificata dall'ordinamento.

A tal fine, non è sufficiente la mera enunciazione nell'atto dell'altruità dell'interesse perseguito con la destinazione: è indispensabile, infatti, un'attenta valutazione della natura di tutti gli interessi, non solo privati, ma anche pubblici, coinvolti nell'operazione negoziale.

Questa prospettiva fa leva su un'argomentazione assiologicamente orientata, che rispecchia la naturale interconnessione tra beni (e loro destinazione), interessi e valori.

Da questo legame inscindibile emerge, in particolare, la necessità di tenere presente la centralità dell'interesse della persona in tutte le manifestazioni dell'autonomia privata.

Si tratta di una visione che, pur trovando già precisi riscontri normativi nella lettura costituzionalmente orientata della legislazione per clausole generali, è tuttavia ancora lontana dall'attuale orizzonte giurisprudenziale in tema di tutela del credito.

La preoccupazione di impedire una possibile frode ai creditori⁶, infatti, promuove l'accoglimento della revocatoria ordinaria sulla base di un approccio interpretativo che trascura il bilanciamento degli interessi in gioco e dei principi costituzionali nel caso concreto, quale presupposto indefettibile della decisione giudiziale a garanzia dell'effettività della tutela⁷.

Così, nella motivazione di una recente sentenza della Cassazione, a proposito della valutazione della ricorrenza dell'*eventus damni*, in ordine ad un atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c., si legge che "la decisione impugnata è peraltro del tutto conforme a diritto, [...] affermando che tra i presupposti dell'azione revocatoria, indicati

⁶ E le conseguenti ricadute negative che ne possono derivare sul piano economico, in ragione anche della qualità dei creditori (si pensi, ad esempio, al sistema bancario). Secondo la nostra prospettiva però (v., *infra*, § III), la frode ai creditori si risolve in un'ipotesi di simulazione assoluta.

⁷ Sul principio di effettività delle tutele, alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, cfr. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.; v. anche ID., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 51 ss., ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 124 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.

nell'art. 2901 c.c., non rientra la comparazione tra le esigenze dei beneficiari dell'atto revocando e quelle dei creditori da esso pregiudicati, dovendosi valutare esclusivamente l'oggettiva idoneità dell'atto stesso a rendere più difficile la soddisfazione delle ragioni dei creditori"⁸.

La pretermissione degli interessi del disponente e dei beneficiari emerge dai passaggi logico-argomentativi che ormai fondano la lettura costante della norma sull'azione pauliana: la comune natura gratuita dei negozi ad effetti destinatori⁹, unitamente alla circostanza che – il più delle volte – essi sono posteriori al sorgere del credito, è sufficiente a giustificarne la declaratoria di inefficacia (relativa), in assenza di prova contraria fornita dal debitore in ordine alla capienza del suo patrimonio residuo. In particolare, il pregiudizio per il creditore è ravvisato non solo quando l'atto dispositivo comprometta totalmente la consistenza del patrimonio del debitore, ma anche quando ne determini una variazione quantitativa oppure soltanto qualitativa, che comporti una maggiore incertezza o difficoltà nel soddisfacimento del credito.

In questa prospettiva, è onere del debitore, il quale voglia sottrarsi agli effetti della revocatoria, provare che il suo patrimonio residuo sia tale da soddisfare ampiamente le ragioni del creditore¹⁰. Inoltre,

⁸ Cass., Sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3697, cit.

⁹ Sulla natura gratuita dell'atto di destinazione, v., da ultimo, Cass., Sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3697, cit. Quanto al fondo patrimoniale, *ex plurimis*, cfr. Cass., Sez. III, 7 luglio 2007, n. 15310, in *Fam. dir.*, 2008, p. 591; Cass., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13343, in *Fall.*, 2016, p. 370; Cass., sez. VI, 4 marzo 2020, n. 6118, in *leggiditalia.it*; in tema di trust, v. Cass., Sez. III, 3 agosto 2017, n. 19376, in *Trusts*, 2018, p. 44; Cass., Sez. III, 19 aprile 2018, n. 9637, in *Trusts*, 2018, p. 504; Cass., Sez. I, 15 aprile 2019, n. 10498, in *Trusts*, 2019, p. 546.

¹⁰ Così, ad esempio, in un caso recente, i giudici di merito hanno rigettato la domanda ex art. 2901 c.c., proposta da una banca che aveva concesso un'apertura di credito, in relazione ad una donazione indiretta compiuta dal cliente (mediante il pagamento del prezzo di un immobile acquistato da suo figlio). La Corte d'Appello di Brescia, confermando la sentenza di primo grado, ha condiviso la valutazione del Tribunale che aveva escluso la ricorrenza dell'eventus damni in quanto, al momento in cui venne compiuto l'atto dispositivo, il residuo patrimonio del cliente, costituito anche da "un considerevole patrimonio immobiliare", era "ampiamente superiore al debito dello stesso nei confronti della banca (...) ed era per gran parte vincolato a garanzia dell'esposizione debitoria conseguente

la consapevolezza da parte del debitore del pregiudizio arrecato (*scientia damni*) può essere provata per presunzioni: il riguardo sia alla portata dell'atto dispositivo in relazione all'esposizione debitoria, che alla sua tempistica, sono generalmente i presupposti di questa prova.

Ma v'è di più: il pregiudizio alle ragioni del creditore chirografario non è escluso neppure dall'esistenza di un'ipoteca sul bene oggetto dell'atto dispositivo, ancorché di entità tale da assorbirne, se fatta valere, l'intero valore. Per accogliere la revocatoria, infatti, è sufficiente un "pericolo" di danno che si apprezza mediante un "giudizio prognostico proiettato verso il futuro", essendo il rischio di una riduzione della garanzia patrimoniale del chirografario legato alla eventualità della cessazione o del ridimensionamento dell'ipoteca¹¹.

Il quadro giurisprudenziale è, pertanto, nettamente orientato alla tutela del credito, senza però alcun riguardo ai motivi oggettivi del disponente e, di conseguenza, agli interessi dei beneficiari del negozio ad effetti destinatori. Ne è un'ulteriore conferma, ad esempio, l'affermazione secondo cui "le questioni relative alla meritevolezza di tutela della finalità perseguita con la costituzione del vincolo ed alla ragionevole durata dello stesso sono poi del tutto irrilevanti ai fini della revocabilità dell'atto di destinazione: si tratta infatti di considerazioni relative alla validità (della causa) di quest'ultimo, laddove l'azione revocatoria non ha affatto riguardo alla validità dell'atto da revocare, anzi, presuppone un atto valido, e richiede esclusivamente l'accertamento della sua idoneità a

all'apertura di credito." La Cassazione ha poi rigettato il ricorso per violazione e falsa applicazione dell'art. 2901 c.c., ribadendo che la verifica relativa alla sussistenza del pregiudizio del creditore va effettuata con riferimento all'epoca in cui venne compiuto l'atto di disposizione: Cass., Sez. VI, 4 aprile 2018, n. 8345, in *leggiditalia.it*. Cfr., anche, *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19207, in *leggiditalia.it*. In dottrina, v., per tutti, NATOLI, *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 893.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13882 in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. III, 26 novembre 2019, n. 30736, in *CED Cass*, 2019; Cass., Sez. VI, 8 agosto 2018, n. 20671 in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. VI, 12 marzo 2018, n. 5860, in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. III, 25 maggio 2017, n. 13172 in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. III, 10 giugno 2016, n. 11892 in *leggiditalia.it*.

determinare un pregiudizio per i diritti dei creditori, pregiudizio che nella specie è innegabile”¹².

L’interprete assiste qui ad una singolare inversione metodologica: per escludere la nullità dell’atto dispositivo si sancisce l’irrelevanza della valutazione del suo profilo funzionale, mentre, all’opposto, dovrebbe essere proprio la (indispensabile) ricostruzione della causa concreta¹³ dell’atto a condurre alla verifica della sua validità o meno (e, del resto, la nullità è sempre rilevabile d’ufficio).

Viceversa, come si vedrà più avanti, è proprio l’analisi degli interessi in conflitto a svelare quando il negozio sia nullo o semplicemente revocabile.

2. Interessi della persona, causa solutoria e limiti alla revocabilità.

La dottrina che si è trovata innanzi al suddetto indirizzo giurisprudenziale si è posta il problema di come salvare l’attribuzione operata a favore dei beneficiari tutte le volte in cui l’interesse ad essa sotteso sia particolarmente meritevole di tutela, come nel caso di trust a favore di un disabile.

La soluzione è stata trovata invocando l’applicazione del III comma dell’art. 2901 c.c., secondo cui “Non è soggetto a revoca l’adempimento di un debito scaduto.” Infatti, è stato sostenuto che il trust a favore di un soggetto disabile costituisce un’attribuzione compiuta *solvendi causa*, specie nelle ipotesi in cui il disponente sia un genitore. In particolare, l’obbligazione di mantenere e, più in generale, di assistere un figlio disabile, sarebbe un’obbligazione legale, fondata sull’interpretazione evolutiva degli artt. 433 e 443 c.c., condotta alla luce degli artt. 2 e 30 della Costituzione¹⁴.

¹² Cass., Sez. III, 15 novembre 2019, n. 29727, cit.; Trib. Spoleto, 10 gennaio 2020, in *leggiditalia.it*.

¹³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 410; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 256 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 588 ss.

¹⁴ LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 645-646; ID., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*⁴, Milano, 2019, p. 318-319, il quale ricorda che “il figlio debole, per lo meno quando sia qualificabile quale soggetto portatore di grave handicap (L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3.3), ha diritto di essere assistito

Si tratta di un orientamento che evita prudentemente di portare il piano della discussione, in via diretta, alla comparazione degli interessi in gioco rimessa alla discrezionalità giudiziale: se l'atto è dovuto, la tutela del credito cede per volontà della legge.

Tuttavia, la doverosità giuridica è esclusa dalla Suprema Corte, anche qualora il negozio con effetti destinatori sia posto in essere per soddisfare esigenze familiari, sulla base della semplice constatazione che esso “non è obbligatorio per legge”¹⁵: il che val

dai propri genitori.” Inoltre, è precisato che “Si dà così per scontata l'esistenza dello stato di bisogno e della impossibilità del soggetto debole di provvedere alle proprie esigenze (cfr. Cass., 6 ottobre 2006, n. 21572, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1142) e si estende la letterale interpretazione del termine “alimenti” alla luce delle esigenze di assistenza del soggetto debole” (*ivi*, p. 319, nota 49). Del pari, la revocatoria è da escludersi per “quei trasferimenti al trustee che costituiscono, per il disponente, adempimento di obbligazione sinallagmatica”, come può essere provato da un “collegamento negoziale fra il negozio oneroso sottostante, l'istituzione del trust e le successive disposizioni”: LUPOI, *Trusts*², cit., p. 592 ss., ove si osserva che “l'azione revocatoria dovrà quindi volgersi, anche e in primo luogo, contro il negozio sottostante, in quanto esso abbia leso le ragioni di un creditore del disponente.” Sull'adempimento, quale atto dovuto che sfugge alla qualifica di onerosità o gratuità, v. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 212 ss.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 9320, in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. III, 3 agosto 2017, n. 19376, cit., seguita da Cass., Sez. III, 19 aprile 2018, n. 9637, cit., secondo cui l'istituzione di un trust per esigenze familiari (nella specie, a favore delle figlie minorenni del disponente ed economicamente non autonome), “anche qualora effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura – ai fini della revocatoria ordinaria – un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti.” Ed in proposito si sottolinea che il legittimato passivo nella revocatoria è il trustee, il quale è l'unico ad avere la disponibilità e la gestione dei beni del trust, non essendo i beneficiari ancora titolari di diritti attuali su di essi. Lo stesso ragionamento è stato fatto, peraltro, a proposito del fondo patrimoniale: cfr. Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10641, in *leggiditalia.it*: “La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo, affinché, con i loro frutti, sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli di indisponibilità. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori del debitore siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dal creditore per sentire dichiarare l'inefficacia dell'atto con il quale il

quanto dire che esso non è l'unico strumento attraverso cui può essere soddisfatta un'obbligazione legale di tipo mantenitorio o assistenziale. Come è evidente, la giurisprudenza rifugge dall'argomentazione per interessi e incentra il ragionamento su un terreno, per così dire, "formalistico".

In realtà, la norma di cui al comma 3 dell'art. 2901 c.c. è espressione di una valutazione comparativa tra interessi di pari rango (entrambi di natura prettamente patrimoniale) effettuata a monte dallo stesso legislatore, il quale ha ritenuto di dare la prevalenza all'adempimento di un debito già scaduto (che non comporta un reale impoverimento del debitore e, quindi, un "pregiudizio" per il creditore). Pertanto, la norma *de qua* non si attaglia all'ipotesi in cui si debbano valutare (anche) interessi non patrimoniali.

La valutazione comparativa, infatti, deve necessariamente essere rimessa al giudice non solo quando gli interessi in gioco siano tutti di natura patrimoniale (e non vi sia adempimento di un debito scaduto), ma anche e soprattutto qualora l'interesse del disponente sia non patrimoniale, mentre quello del beneficiario sia patrimonialmente neutro (essendo l'arricchimento di quest'ultimo strumentale alla soddisfazione di un suo bisogno esistenziale)¹⁶. Si pensi, come si è accennato, al caso di un trust o di un atto di

primo abbia costituito alcuni beni di sua proprietà in fondo patrimoniale." Nel caso del trust, tuttavia, resta fondamentale l'obiezione che il trustee è titolare di una posizione soggettiva che è segregata nel suo patrimonio e dalla quale egli non può trarre alcun vantaggio: LUPOI, *Trusts*, cit., p. 593. Più in generale, ci sembra che l'atto di attribuzione patrimoniale al gestore è un negozio con causa esterna, in quanto strumentale e collegato al negozio con effetti destinatori, mentre l'eventuale trasferimento della proprietà dal gestore al beneficiario finale (è il caso del trust) realizza una funzione solutoria e, al tempo stesso, una liberalità indiretta. V. anche Cass., Sez. III, 29 maggio 2018, n. 13388, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3136, secondo cui se il conferimento in trust è a titolo oneroso, lo stato soggettivo del terzo rileva quale elemento costitutivo della fattispecie e allora il beneficiario è litisconsorte necessario nel giudizio per la revocatoria del conferimento. Una recente sentenza ha statuito, inoltre, che la revocatoria ordinaria può avere ad oggetto l'atto istitutivo del trust, atteso che l'atto di conferimento è dipendente da esso e vi trova la propria causa giustificatrice: Cass., Sez. I, 15 aprile 2019, n. 10498, cit.

¹⁶ Sugli interessi patrimonialmente neutri, v. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, 2011, spec. p. 17 s. e 93 ss.

destinazione per sostenere le spese di mantenimento e di cura di un soggetto disabile, oppure ad un fondo patrimoniale o ad un trust per soddisfare esigenze di mantenimento in senso lato (comprensivo delle spese per l'istruzione) dei figli minorenni del disponente economicamente non autonomi.

In questi ultimi casi, la norma da applicare in via analogica sembra essere l'art. 64, I comma, della legge fallimentare (e v. il corrispondente art. 163 del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, D. Lgs. n. 14/2019, in vigore dal 1° settembre 2021)¹⁷, che pone al riparo dalla revocatoria, tra l'altro, gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale, ma solo in quanto “la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante.”

La norma, quindi, chiama il giudice a concretizzare due differenti clausole generali¹⁸, che tuttavia si integrano a vicenda: a) la

¹⁷ Cfr., con riferimento all'atto di destinazione, MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust*, cit., p. 451, sulla scia di C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*², Milano, 2012, p. 464, secondo il quale l'applicazione analogica si giustifica “in base al rilievo che la norma fallimentare valuta il dovere morale e la pubblica utilità più meritevoli di tutela rispetto all'interesse del creditore revocante. I termini della comparazione e la ragione della scelta normativa si presentano eguali sia nella revocatoria fallimentare sia in quella ordinaria.”

¹⁸ Come osservano PARDOLESI e PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 113 ss., le clausole generali invitano il giudice a far esercizio di “forme più o meno intense di creatività interpretativa [...] delegata, o autorizzata, dall'ordinamento o meglio dal legislatore; la presenza di questo tipo di creatività può essere di volta in volta una dimostrazione, da parte del legislatore, di saggezza, di codardia politica, o di furbizia tattica: ma resta in qualche modo inevitabile, visto che nessun legislatore può comunque prevedere e regolare dettagliatamente tutti i casi della vita – e una legislazione che cercasse di farlo non rappresenterebbe necessariamente un buon prodotto di tecnica legislativa.” Cfr. anche SCODITTI, *Il giudice ed il dovere di indipendenza da sé stesso*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 217: “quando il giudice bilancia i principi costituzionali o concretizza una clausola generale si appella all'ideale bilanciamento o all'ideale regolazione riposta nella clausola generale. Appellarsi all'ideale vuol dire sospendere il legame con gli orientamenti soggettivi di valore e puntare all'idea-limite di giusto. Il giudice assume così un dovere di indipendenza da sé stesso.” Sulla funzione della giurisprudenza, v. specialmente il classico saggio del 1933 di BIGIÀVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989.

doverosità morale, che si traduce nell'attuazione sul piano negoziale del principio fondamentale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tutte le volte in cui il negozio destinatorio sia diretto alla cura degli interessi esistenziali dei beneficiari; b) la proporzionalità, per verificare se la portata dell'atto dispositivo in relazione al patrimonio del debitore sia congrua rispetto allo scopo che questi mira a conseguire (adeguatezza del mezzo al fine).

Pertanto, deve certamente escludersi che, ogniqualvolta i negozi con effetti destinatori siano posti in essere per la soddisfazione di interessi della persona, la clausola del "pregiudizio" alle ragioni del creditore di cui all'art. 2901 c.c. possa interpretarsi come puro e semplice riferimento *oggettivo* alla incapienza del patrimonio residuo del debitore.

Vi sono, al riguardo, ulteriori, importanti indici normativi, espressione dell'etica del diritto privato connessa alla centralità e rilevanza della tutela della persona e della sua dignità, che militano in tal senso. Infatti, già gli artt. 2 e 3, comma 2, così come, ad esempio, gli artt. 41 e 42 della Costituzione, impongono la considerazione basilare che gli interessi patrimoniali non solo non devono entrare in contrasto con gli interessi della persona, sia considerata come singolo individuo, sia in quanto inserita nel più ampio ed indispensabile contesto sociale, ma anzi possono avere una funzione servente e strumentale alla realizzazione di questi ultimi.

Ciò, ad esempio, vale anche nel diverso contesto della revocatoria fallimentare degli atti a titolo oneroso, ove l'art. 67, III comma, lett. c) legge fall. (e v. il corrispondente art. 166, III comma, lett. c, del D. Lgs. n. 14/2019) sottrae alla revocatoria, tra l'altro, le vendite concluse a giusto prezzo e aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado. Qui il legislatore si preoccupa di tutelare il bisogno abitativo della persona, che, al pari dell'adempimento dei doveri morali di cui al precedente art. 64 legge fall., è denso di una connotazione etica legata alla realizzazione della persona umana, facendolo prevalere sull'interesse dei creditori. Al tempo stesso però la legge invita il giudice, attraverso il riferimento al limite del "giusto prezzo" della vendita, ad un uso sapiente della clausola di proporzionalità.

Quest'ultima, peraltro, deve intendersi richiamata anche nell'ipotesi di donazione remuneratoria indiretta¹⁹, ove la stessa *ratio* che ne impedisce la riduzione in caso di lesione della legittima (art. 797, n. 3 cod. civ.) varrebbe anche ad escludere la revocatoria ordinaria²⁰.

2. Proporzionalità e bilanciamento di interessi tra revocatoria e nullità.

Sulla base di quanto osservato, è possibile trarre alcune conclusioni in ordine alle tecniche giudiziali di bilanciamento degli interessi coinvolti nel negozio con effetti destinatori.

L'interesse patrimoniale del creditore che agisce in revocatoria può entrare in conflitto:

- a) con un interesse patrimoniale del disponente;
- b) con un interesse non patrimoniale del disponente²¹.

Nell'ipotesi sub a) sembra che la prevalenza debba attribuirsi all'interesse del creditore del disponente, almeno tutte le volte in cui la destinazione renda il patrimonio del debitore incapiente. Poiché, infatti, il bilanciamento è esclusivamente tra interessi patrimoniali, si deve concludere che il criterio del pregiudizio *ex art. 2901 c.c.* – in linea con l'indirizzo giurisprudenziale già richiamato – assuma una connotazione puramente quantitativa²².

¹⁹ In generale, sul trust quale liberalità indiretta, v. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2000, p. 429 ss.

²⁰ La riduzione, infatti, equivarrebbe all'evizione, cui è sottratta la remuneratoria. Cfr. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 213 e p. 232, ove si ricorda che “quando dovesse venire accertata in sede di merito la causa praeterita di servizi leciti resi per solidarietà e altruismo e l'attribuzione fosse fatta per riconoscenza di essi secondo la coscienza del donante, non si dovrebbe escludere l'adempimento del dovere cui si riferisce la norma dell'art. 64 legge fall.” Anche le norme sulla remuneratoria (artt. 770 e 797 cod. civ.) ricordano l'importanza centrale della causa dell'attribuzione, che svela l'interesse della persona, nella ponderazione degli interessi in gioco (riconoscenza, meriti del donatario o speciale remunerazione).

²¹ Si è visto (*supra*, nota 15), che la giurisprudenza esclude la qualità di litisconsorti necessari dei beneficiari, mentre, nel trust, individua il legittimato passivo nel trustee.

²² Criterio che si applicherà certamente anche nell'ipotesi eccezionale della dolosa preordinazione dell'atto dispositivo.

Nell'ipotesi sub b), invece, la prevalenza dovrebbe, a rigore, giusta la "pregnanza etica" del negozio con effetti destinatori, che deriva dalla sua preordinazione alla cura della persona del beneficiario, essere attribuita all'interesse non patrimoniale del disponente²³.

Quest'ultima conclusione, in particolare, appare, *prima facie*, in netta controtendenza rispetto al *trend* normativo e giurisprudenziale che guarda con sospetto ad istituti, come il fondo patrimoniale, tradizionalmente deputati alla cura delle necessità della prole minore d'età²⁴.

La necessaria prevalenza dell'interesse della persona, cui è destinato il patrimonio, su quello dei creditori, allora, condurrebbe ad un naturale "ridimensionamento" del principio di responsabilità patrimoniale: l'art. 2740 c.c. non dovrebbe più considerarsi espressione di un principio di ordine pubblico, ed il rapporto tra i suoi due commi – anche a fronte dell'ampliamento delle ipotesi legali di patrimoni separati – ne risulterebbe capovolto, nel senso della residualità della garanzia generica²⁵.

²³ In tal senso, v. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1365 ss.; ID., *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, in *Commentario del Codice Civile*, fondato da Scialoja e Branca, proseguito da Galgano, attualmente curato da De Nova, Bologna, 2017, p. 147 ss.; ID., *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003, *passim*.

²⁴ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 15 giugno 2020, n. 11452, in *leggiditalia.it*. Sul piano legislativo, v. l'art. 2929 bis c.c., che, esonerando il creditore dal dovere previamente agire per fare dichiarare l'inefficacia dell'atto dispositivo del debitore, concede al creditore un'azione immediatamente esecutiva e prevede un'inversione dell'iniziativa processuale in sede di opposizione: cfr., per tutti, DAMIANO, *Atti dispositivi di beni in fondo patrimoniale e revocatoria semplificata ex art. 2929 bis c.c.*, in *Notariato*, 2018, p. 517 ss. Tuttavia, per l'inapplicabilità dell'art. 2929 bis c.c. agli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. finché dura la destinazione, v. PALAZZO, *Donazioni e liberalità tra novità normative e stasi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1115 ss., sul presupposto che il bene destinato è, quanto alla titolarità, del destinante e, quanto al valore, posto a disposizione del beneficiario, un bene futuro, oggetto di credito.

²⁵ Cfr. MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela*, cit., p. 60 ss., 140 ss. Secondo ALCARO, *Diritto privato*⁴, Milano, 2019, p. 287-288, non esiste "una sola

Nell'ipotesi in esame sembra però che la questione si presti ad una parziale rilettura.

Quando il giudice opera una valutazione degli interessi in conflitto, al fine dell'accoglimento o del rigetto della domanda, lo fa non solo sulla base delle norme civili, ma anche e innanzitutto dei principi costituzionali che di quelle norme costituiscono il fondamento.

Questa valutazione comparativa, pertanto, postula un bilanciamento dei principi costituzionali sottesi alle norme che quegli interessi mirano a tutelare.

In altri termini, se due interessi leciti, entrambi protetti dall'ordinamento giuridico in quanto ritenuti anche meritevoli di tutela²⁶, entrano in conflitto, ciò significa che è necessario contemperare, *nel caso concreto*, i principi costituzionali che li sorreggono.

La giuridicità della tutela, infatti, è sempre espressiva della meritevolezza dell'interesse, che si desume *in via interpretativa*

destinazione generale del patrimonio al servizio dei creditori, e quindi appare superata quella concezione per cui ad ogni soggetto corrisponde un solo patrimonio con cui questi risponde di tutti i debiti contratti. Il principio di responsabilità patrimoniale, risulta, quindi, relativizzato, ma non derogato dall'attività di destinazione; anzi, per assurdo, ne ricorre la conferma e la specifica applicazione in tutte le ipotesi di destinazione il cui effetto di separazione patrimoniale, in quanto opponibile, si produce anche nella sfera giuridica dei terzi creditori."

²⁶ La clausola di meritevolezza è qui intesa quale strumento di attuazione dei principi e dei valori costituzionali: cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, I, p. 346 ss.; PENNASILICO, *Dal controllo alla conformazione dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 823 ss.; LENER, *Il nuovo corso giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss. Cfr. anche M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789 ss. Sulla meritevolezza intesa come non dannosità sociale, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*³, cit., p. 413. Interessanti spunti di riflessione sul tema della meritevolezza nell'atto di destinazione in G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex art. 2645 ter cod. civ.*, in *Not.*, 2014, p. 11 ss. Per l'identificazione di liceità e meritevolezza v., invece, VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 10 ss.; ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 402-403.

dalle norme ordinarie e dai principi generali dell'ordinamento, di rango costituzionale, in base ad un giudizio costantemente orientato dal riferimento alle circostanze del caso concreto. D'altro canto, le norme ordinarie sono pur sempre valide ed efficaci nei limiti in cui non violino la Costituzione: deriva che qualsiasi interesse protetto da una norma civile è sempre un interesse conforme al dettato costituzionale²⁷.

Questa immanenza del dettato costituzionale alle norme civili è, però, il risultato di una *Drittwirkung* mediata, essendo i principi costituzionali applicati nei rapporti orizzontali tra privati attraverso la mediazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata del codice civile e delle leggi collegate²⁸.

La clausola generale di proporzionalità indica, appunto, questa “considerazione di ciascun principio all'interno di una proporzione con gli altri, ugualmente rilevanti”²⁹.

L'obiettivo del bilanciamento è la limitazione o “minimizzazione”, per quanto possibile, del sacrificio di un interesse giuridicamente rilevante a vantaggio di un altro e, quindi, del relativo principio costituzionale³⁰.

²⁷ Del resto, come si è bene osservato in dottrina, «dire che l'infedeltà lede la dignità del coniuge, piuttosto che il dovere sancito dall'art. 143 c.c., o che il ritardo nel sostentamento della prole lede il diritto costituzionale alla qualità di figlio, piuttosto che l'art. 147, equivale a sostenere che l'inadempimento di un contratto lede il diritto costituzionale all'iniziativa economica privata – perché, certo, priva l'altro contraente dei mezzi con cui esercitarla – o che la distruzione di un bene altrui lede la garanzia costituzionale della proprietà privata»: PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*², in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, 2012, p. 52-53.

²⁸ Cfr. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 878 ss.

²⁹ In questi termini, v., *amplius*, ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 285 ss.

³⁰ Il criterio della proporzionalità è già stato utilizzato, peraltro, dalla Cassazione, in altro contesto, con riferimento al bilanciamento tra gli opposti interessi del terzo acquirente della proprietà della casa familiare (acquistata in costanza di matrimonio dal coniuge esclusivo proprietario) e del coniuge assegnatario della stessa casa (e collocatario della prole) in sede di separazione giudiziale ex art. 337 *sexies* c.c. (già art. 155 *quater* c.c.). In questo senso, la S.C. ha statuito che il provvedimento di assegnazione, emesso in data successiva a

Sotto questo profilo, ad esempio, l'art. 2 Cost., che è sotteso all'art. 64 legge fall., va bilanciato con gli artt. 41 e 47 Cost., i quali esprimono la rilevanza della tutela del credito come strumento di attuazione dell'iniziativa economica privata.

Ragionando per principi³¹, pertanto, la stessa tutela del credito può considerarsi un mezzo necessario a garantire anche la realizzazione della persona e non soltanto il funzionamento del sistema economico di mercato.

Del resto, la centralità dell'interesse della persona si percepisce, in misura trasversale, in tutto il tessuto costituzionale, anche in tema di interessi patrimoniali: l'iniziativa economica, infatti, “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” (art. 41, comma 2, Cost.).

Deriva che, se, in linea di principio, l'interesse della persona è percepito (in negativo) quale limite all'iniziativa economica privata, è soltanto l'analisi della causa concreta del negozio ovvero sia l'individuazione dei motivi penetrati nel regolamento, che consente

quella dell'atto di acquisto del terzo, è a questi opponibile solo se egli abbia acquistato la proprietà con clausola di rispetto del titolo di detenzione qualificata derivante al coniuge dal negozio familiare: Cass., Sez. III, 10 aprile 2019, n. 9990, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2356. In motivazione si legge che il bilanciamento in parola “non consente di riconoscere un'anticipazione della tutela dell'interesse familiare, fondata sulla mera preesistente relazione tra il nucleo familiare e l'immobile, rispetto alla data di acquisto della proprietà da parte del terzo, pervenendosi altrimenti ad una totale funzionalizzazione della proprietà alle esigenze della famiglia, con effetti sostanzialmente espropriativi del diritto sulla res, soluzione che escluderebbe a monte lo stesso bilanciamento di interessi che richiede, invece, la verifica della adeguatezza del mezzo al fine e della proporzionalità della misura adottata in quanto – tra le diverse misure possibili – da ritenere quella meno invasiva rispetto alla situazione giuridica che risulta recessiva, così da cagionare il minor sacrificio possibile dell'interesse in comparazione”.

³¹ Cfr. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 68: “Quando ragiona per principi il giudice non muove dal presupposto di una norma parametro dalla quale far discendere la soluzione in funzione delle peculiarità del caso secondo la consequenzialità dello schema sillogistico, ma si interroga sul fine che quel principio intende perseguire e ne valuta l'applicabilità al caso, appunto in chiave di persuasività, plausibilità, verosimiglianza (in taluni casi persino di opportunità politica) e quindi raccorda, nel segno della ragionevolezza, le prospettive di quadro alla vicenda concreta”.

di svelare quando (in positivo) un interesse patrimoniale soddisfa anche un bisogno esistenziale della persona.

La clausola di proporzionalità, in ultima analisi, richiama dunque la necessità di una *ragionevole* limitazione di un interesse meritevole di tutela a favore di un altro parimenti meritevole, perché essa non è altro che un aspetto del principio di ragionevolezza³²; ciò, tuttavia, tenendo pur sempre presente la centralità dell'interesse fondamentale della persona. Come è noto, infatti, la costituzionalizzazione del diritto civile, segnando il definitivo passaggio dal positivismo delle regole al positivismo dei principi³³, ha trasformato le clausole generali – gli organi respiratori del sistema, secondo una felice immagine di Vittorio Polacco³⁴ – in strumento di attuazione dei valori fondamentali dell'ordinamento, primi fra tutti quelli espressi dai diritti inviolabili della persona.

Viceversa, quando l'interesse del disponente è illecito, esso contrasta non già e non solo con l'interesse privato dei suoi creditori,

³² Cfr. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 286. Sul principio di ragionevolezza, v. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss., il quale però osserva (p. 747) che “ragionevolezza e proporzionalità cooperano per la decisione del caso senza mai sovrapporsi. La ragionevolezza, a differenza della proporzionalità, prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura. Ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole. Una reazione proporzionata può risultare irragionevole. Un rimedio proporzionato può risultare irragionevole e incongruo rispetto agli interessi e ai valori coinvolti in un caso concreto.” ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 137. Cfr. anche DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 341; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*², Milano, 2016, p. 15 ss.; D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, p. 377, il quale sottolinea la natura relazionale della ragionevolezza.

³³ Cfr. PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 339 ss.

³⁴ Cfr. POLACCO, *La scuola del diritto civile nell'ora presente. Prolusione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 116; SCADUTO, *Sull'identificazione dei principii generali di diritto*, in *Annali della Regia Università di Perugia*, 1926, VII, p. 11 ss., ed in *Scritti in memoria del prof. Francesco Innamorati*, Perugia, 1932, p. 189 ss., ora in SCADUTO, *Diritto civile*, II, a cura di Palazzo, Roma-Perugia, 2002, p. 667 ss.

ma innanzitutto con l'interesse pubblico, e perciò comporta la sanzione della nullità del negozio.

La nullità del negozio destinatorio è un esito ineluttabile soltanto tutte le volte in cui la divergenza tra volontà e dichiarazione, che va provata, renda manifesta la simulazione assoluta³⁵ e, pertanto, la frode ai creditori.

La simulazione, pertanto, non ricorre per il semplice motivo che il disponente mantenga un controllo, o una non meglio precisata "signoria di fatto" sui beni destinati³⁶, ma richiede l'accordo simulatorio teso ad escludere gli effetti dell'atto dispositivo³⁷.

Ma il negozio con effetti destinatori può essere altresì nullo perché ne manca la causa (tipica), quando sia assente la eterodestinazione dei beni. Si tratta, ad esempio, del trust autodichiarato dove le vesti di disponente e beneficiario (oltre che di trustee) coincidono nello stesso soggetto³⁸.

³⁵ Cfr. Cass., sez. II, 25 agosto 2020, n. 17740, in *leggiditalia.it*.

³⁶ Così, invece, la giurisprudenza penale, in ordine al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11, D. Lgs. n. 74/2000): cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2018, n. 20862, in *leggiditalia.it*; Cass. pen., Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 1341, in *leggiditalia.it*. L'oggetto giuridico del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte non è il diritto di credito del fisco, bensì la garanzia generica data dai beni dell'obbligato, potendo quindi il reato configurarsi anche qualora, dopo il compimento degli atti fraudolenti, avvenga comunque il pagamento dell'imposta e dei relativi accessori. Inoltre, secondo il costante indirizzo della giurisprudenza, si tratta di un reato di pericolo concreto; in ossequio al principio di offensività, si deve valutare l'idoneità *ex ante* dell'atto a mettere in pericolo la garanzia patrimoniale del debito erariale. La diminuzione della garanzia può essere anche solo parziale, non necessariamente totale, purché effettivamente in grado di mettere a rischio l'esazione del credito (cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36290, in *leggiditalia.it*).

³⁷ In questo senso, v. GAMBARO, *Il trust simulato*, in *Trusts*, 2020, p. 485 ss.

³⁸ Cfr. Cass., Sez. V, 23 aprile 2020, n. 8082, in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. V, 18 luglio 2019, n. 19310, in *leggiditalia.it*; Cass., Sez. lav., 19 maggio 2017, n. 12718, in *leggiditalia.it*. In queste fattispecie, il giudice ricostruisce la causa concreta del trust (i motivi oggettivati), per capire se vi siano profili di nullità ex art. 1418 c.c. per violazione di norme imperative (artt. 2, 13, 15 e 18 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata in Italia con la L. n. 364/1989, in relazione all'art. 2740 c.c.) e/o per illiceità della causa (v., ad esempio, *ex plurimis*, Trib. Forlì, 5 febbraio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2535; Trib. Massa, 12 aprile 2016, in *Contr.*, 2016, p. 861; Trib. Parma, 20 aprile 2018, in *Trusts*, 2019,

Sotto un diverso profilo, è possibile anche rilevare che, tanto nel caso di simulazione quanto in quello di autodestinazione, ad essere violato è lo stesso principio di ordine pubblico (economico) espresso dall'art. 2740 c.c., onde è stata sostenuta l'ipotesi della frode alla legge³⁹.

Orbene, nei negozi ad effetti destinatori, la *expressio causae* consente di ravvisare agevolmente, eccettuata l'ipotesi della simulazione assoluta, la presenza o meno di un interesse rilevante della persona che giustifichi il bilanciamento con l'interesse dei creditori che agiscono in revocatoria ordinaria.

Tuttavia, la stessa rilevanza o meritevolezza di un interesse non patrimoniale del debitore può emergere in sede interpretativa anche in altri negozi dispositivi astrattamente idonei a pregiudicare (in senso oggettivo) le ragioni del creditore. Ad esempio, il debitore che abbia già contratto un mutuo non ipotecario o un diverso finanziamento per contribuire a pagare le spese mediche per la cura del figlio gravemente ammalato⁴⁰ può trovarsi, successivamente, nella necessità di compiere atti dispositivi del proprio patrimonio che diminuiscano notevolmente la garanzia generica dei creditori. *Quid iuris* se costoro promuovessero l'azione pauliana? Sarebbe opportuno che il giudice, chiamato ad accertare il pregiudizio alle ragioni dei creditori, di cui all'art. 2901 c.c., tenesse conto della destinazione *di fatto* della somma presa in prestito e delle ragioni

p. 442), o, addirittura, se il trust debba essere dichiarato "inesistente" (Cass., Sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105, in *Fall.*, 2014, p. 1150). Osserva, in proposito, il Trib. Pavia, 12 giugno 2014, in *Trusts*, 2016, p. 56, che "La meritevolezza della tutela, che è un *quid pluris* rispetto alla mera liceità, non è riscontrabile nel trust che vede il disponente nelle vesti anche di trustee e di beneficiario e che ha quale finalità il mantenimento e la cura del disponente".

³⁹ Cfr. MORELLO, *La costituzione di un trust in frode ai creditori: azione revocatoria o di nullità?*, in *Not.*, 2020, p. 359 ss., il quale muove dall'analisi di Trib. Lucca 10 aprile 2020, in *leggiditalia.it*, ove però il negozio era stato dichiarato nullo senza la prova della simulazione.

⁴⁰ Siamo al di fuori dell'ipotesi di mutuo di scopo convenzionale, ove invece il vincolo di destinazione risponde ad un interesse – oltre che del mutuatario – anche del mutuante: cfr. Cass., Sez. I, 19 ottobre 2017, n. 24699, in *Not.*, 2017, p. 643.

(dei motivi, non inconoscibili, ma oggettivati) che hanno condotto all'ulteriore impoverimento del debitore⁴¹?

La risposta a quest'ultimo interrogativo deve essere senz'altro positiva, quale logico corollario del necessario bilanciamento di interessi (e, soprattutto, di principi) che il giudice dovrebbe effettuare in sede di giudizio revocatorio. D'altro canto, l'atto dispositivo del debitore appare strettamente collegato, sul piano funzionale, all'altro con il quale è stato concesso il credito: entrambi, infatti, sono diretti a soddisfare un interesse della persona di cui non può ignorarsi la rilevanza costituzionale (nell'esempio fatto, v. l'art. 32 Cost., sul diritto fondamentale alla salute). Non vi è la volontà da parte del debitore di sottrarsi all'adempimento, diminuendo la garanzia patrimoniale del creditore; vi è, piuttosto, l'urgenza di soddisfare un bisogno esistenziale di cui deve riconoscersi la speciale meritevolezza sul piano, innanzitutto, dell'attuazione del principio fondamentale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.).

L'azione revocatoria ordinaria è un importante banco di prova per misurare la giustizia, intesa come equità, del sistema delle obbligazioni, in omaggio alla definizione celsina secondo cui *ius est ars boni et aequi*⁴². L'effettività della tutela del credito, per garantire la certezza dei traffici giuridici, non deve, infatti, significare inattuazione – o, ancor peggio, sradicamento – dei valori e dei principi sui quali si fonda la nostra convivenza civile.

Tuttavia, per operare l'auspicato bilanciamento – che non comporta il rischio di un tramonto della certezza del diritto, ma, all'opposto, il perseguimento della giustizia del caso concreto – il giudice deve poter contare su uno strumento regolatorio, in guisa di “precisazione teoretica” della clausola generale di proporzionalità⁴³,

⁴¹ In quest'ottica, nel caso di atto a titolo oneroso, la consapevolezza di tali ragioni da parte dell'acquirente escluderebbe, in ogni caso, quella del pregiudizio richiesta dall'art. 2901, n. 2, c.c.

⁴² La definizione di Giuvenzio Celso figlio era riportata da Ulpiano nell'*incipit* delle sue *Institutiones*, successivamente utilizzato dai commissari giustiniani in apertura dei *Digesta*, sotto il titolo *de iustitia et iure*: D. 1,1,1 pr. (Ulp. 1 *inst.*). Su di essa, v., per tutti, F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, p. 7 ss.

⁴³ Illuminanti sono, in proposito, le parole di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede (Giornata di studio*

che lo metta al riparo da una facile accusa di eccesso di discrezionalità.

Al riguardo, la criticità maggiore è costituita a tutt'oggi dall'assenza di una norma sulla *revoca parziale* dell'atto dispositivo, che consenta di "minimizzare" il sacrificio del creditore senza ignorare quella che potrebbe chiamarsi la causa negoziale "esistenziale" (di cui quella familiare oppure assistenziale sono nient'altro che delle specificazioni).

Non sembra, infatti, che questa lacuna possa colmarsi ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 1419 c.c., sulla nullità parziale del contratto⁴⁴, attesa essenzialmente la diversa funzione della revocatoria, che è strumentale all'esecuzione forzata o al sequestro conservativo. Né, del resto, si può altresì ipotizzare una revoca parziale fondata su una presunta funzione indennitaria dell'azione pauliana, che non è un'azione restitutoria, ma semplicemente di inefficacia relativa; ciò a differenza della revocatoria fallimentare, che però ha una funzione prettamente distributiva⁴⁵.

– Pisa, 14-6-1985). *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento. Scienze giuridiche, economiche e politiche*, III, Milano, 1987, p. 17-18: «Poiché i valori non possono essere oggetto di una visione immediata, ma sono attingibili solo mediamente per la via di una corretta concettualizzazione, il controllo di intersoggettività della decisione postula la traduzione delle funzioni delle clausole generali in corrispondenti strutture dogmatiche assiologicamente orientate, idonee a garantirne la concretizzazione in termini coerenti con la razionalità complessiva del sistema. Perciò la "precisazione teoretica" delle clausole generali non può esaurirsi nell'analisi delle rispettive funzioni e dei valori al cui servizio si pongono, ma deve includere anche la costruzione degli strumenti concettuali di fondazione sistematica delle decisioni che le concretizzano».

⁴⁴ Sulla quale cfr., da ultimo, Cass., Sez. I, 26 settembre 2019 n. 24044, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 237.

⁴⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 23 maggio 2018, n. 12850, in *leggiditalia.it*. Ed è proprio questa funzione distributiva della revocatoria fallimentare che ha condotto le Sezioni Unite della S.C. a dirimere un'annosa *querelle* che in passato, seppur isolatamente (v. Cass., 4 maggio 1983, n. 3050) aveva portato ad ammettere una sorta di revocabilità parziale (nella specie, il giudice del merito, disposta la revoca di una vendita immobiliare, aveva condannato il terzo acquirente al rimborso di parte del valore del bene, determinato in una somma di denaro). Secondo Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1718, "L'azione revocatoria fallimentare di una vendita eseguita dal fallito nell'anno anteriore alla dichiarazione del fallimento non presuppone la dimostrazione di un danno

E così, la decisione giudiziale, rimanendo incagliata nelle secche della netta alternativa tra totale accoglimento o rigetto della revocatoria, in presenza di una oggettiva e consistente diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore, ne esce soltanto scegliendo la prima soluzione⁴⁶.

Si rinuncia però in questo modo a quel bilanciamento di interessi e principi che, invece, costituisce il *quid proprium* del giudizio civile.

patrimoniale, essendo sufficiente che per effetto dell'atto oggetto di revoca sia alterata la *par condicio creditorum* ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione; pertanto, ove il curatore provi la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, è irrilevante la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato".

Infine, spostando l'attenzione sul processo esecutivo, non pare applicabile neppure l'art. 496 c.p.c. sulla riduzione del pignoramento, che, invece, riguarda soltanto l'ipotesi in cui il valore dei beni pignorati sia superiore a quello dei crediti.

⁴⁶ Il negozio con effetti destinatori è, allora, totalmente revocato nonostante miri alla soddisfazione di un interesse rilevante della persona: è il caso esaminato, ad esempio, dal Trib. Foggia, 10 ottobre 2019, n. 2294, in *Trusts*, 2020, p. 445, con nota di SCAGLIONE, *Trust per disabile e azione revocatoria*, p. 367 ss. Nella fattispecie, la parte attrice, ex moglie del disponente, aveva maturato nei confronti di costui un credito a titolo di assegno di mantenimento, rimasto però insoddisfatto; ciononostante, successivamente alla notifica del titolo esecutivo, del precetto e del pignoramento, l'ex coniuge-debitore aveva destinato, ex art. 2645 *ter* cod. civ., tutti gli immobili di sua proprietà al soddisfacimento dei bisogni della figlia, affetta da grave disabilità mentale, della seconda moglie, rimanendo così in stato di totale indigenza.

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

PER UNA LETTURA IN CHIAVE FUNZIONALE DEL 'SISTEMA' DELLE INVALIDITÀ

SOMMARIO: 1. Il problema e la delimitazione dell'area di indagine. – 2. L'assetto tradizionale del sistema delle invalidità ed il suo superamento. – 3. Le nullità: tra 'frammentazione' e 'destrutturazione'. – 4. La natura degli interessi tutelati dalla nullità ed il problema del rilievo d'ufficio. – 5. Due esempi: il recupero del contratto di locazione di immobili nullo per difetto di registrazione a seguito del pagamento dell'imposta e la validità del contratto monofirma. – 6. Conclusioni.

1. Il problema e la delimitazione dell'area di indagine.

La riflessione, che qui si intende svolgere, presenta una pluralità di ragioni di peculiare interesse all'interno di un discorso attento alle coordinate principali del dibattito civilistico contemporaneo. Si consideri, infatti, e per cominciare, che il problema delle invalidità, attraverso l'elaborazione dell'area delle c.d. nullità speciali, è stato uno dei primi con riferimento al quale si è discusso del senso, e della perdurante centralità, delle norme generali sui contratti, a fronte del proliferare di ipotesi di nullità che sempre più chiaramente si staccavano dal modello racchiuso negli artt. 1418 – 1424 c.c.¹. È, poi, emersa da tempo in dottrina l'indicazione nel senso che il discorso sui rimedi possa assumere una modulazione diversa in

¹ Secondo l'impostazione del volume di PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, dove già il discorso era imperniato su 'il contratto nullo tra unità e frammentazione del sistema', 27 ss., e 'il contratto nullo e pluralità di discipline', p. 77 ss. Assai puntuale è il quadro che offre della disciplina delle nullità speciali, ancora di recente, il Maestro che qui onoriamo: cfr. VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 460 ss.

relazione all'articolazione della disciplina del contratto in una pluralità di livelli².

D'altra parte, anche il dibattito sulle prospettive di riforma del codice civile assume tratti di particolare suggestione se riferito al problema dell'invalidità, ove si consideri che alcuni tra i capisaldi della disciplina della materia – si pensi, in particolare, al modo in cui si 'declina' concretamente la regola del rilievo d'ufficio della nullità, contenuta nell'art. 1421 c.c.³ ovvero alla regola di inammissibilità della convalida racchiusa nell'art. 1423 c.c. – sono stati da tempo messi in discussione, ancora una volta alla luce della considerazione dei livelli ulteriori di disciplina del contratto, dei quali poc'anzi si diceva, ovvero sulla spinta di interventi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, al punto da indurre ad interrogarsi circa l'opportunità di una riforma organica della materia in grado di sottrarla al maggior tasso di incertezza proprio della produzione giurisprudenziale. E da questa prospettiva l'argomento specifico dell'invalidità ci porta a riflettere, così esibendo un ulteriore aspetto di particolare interesse, sui fattori che, negli ultimi decenni, hanno reso agli occhi di molti lo scenario di una riforma dell'impianto tradizionale del codice civile auspicabile, se non addirittura ineludibile⁴. Qui possono venire in considerazione fenomeni come il processo di costituzionalizzazione del diritto privato, con l'innestarsi dei principi costituzionali sul tessuto dell'atto di autonomia privata, com'è noto, in alcuni casi per mezzo di una loro assai discussa applicazione diretta quali criteri di scrutinio della validità del medesimo; la sempre maggiore rilevanza assunta dalle fonti comunitarie, e dalla concretizzazione dei principi da esse enunciati

² Non a caso VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 410 ss., discorre della disciplina codicistica nella prospettiva dei mutamenti indotti dalla regolamentazione di settore.

³ Sulla questione, vedi, da ultimo le riflessioni di PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 51 ss.

⁴ Anche se occorre ormai prendere atto che il d.d.l. S. n. 1151/2019, che aveva prefigurato un intervento riformatore sul codice civile di respiro piuttosto ampio e destinato ad investire anche alcuni profili della disciplina delle invalidità contrattuali (art. 1, lett. h) e g)), pur senza rivisitare sistematicamente la relativa regolamentazione, non sembra destinato ad avere alcun seguito.

per mezzo delle decisioni della Corte di Giustizia, il delinarsi via via più chiaro di esempi di giurisprudenza ‘normativa’ anche in un ambito, come quello delle invalidità, e segnatamente della nullità codicistica, che – se non altro per la sua conformazione di rimedio tale da rappresentare la reazione più severa dell’ordinamento giuridico avverso l’atto di autonomia privata difforme dalle sue prescrizioni – poteva sembrare, assai più di altri istituti del diritto privato, destinato a rimanere impermeabile alle suggestioni della c.d. giurisprudenza normativa ed ai pericoli della imprevedibilità o, per usare una formula ormai divenuta di moda, della incalcolabilità. E del resto l’evocazione delle prospettive di una riforma ci porta subito a considerare il modello di intervento normativo organico sul diritto dei contratti a noi più vicino nel tempo, e nello spazio, e cioè la riforma del *code civil*, che propone, anche in materia di invalidità, un assetto normativo per la gran parte volto appunto a consolidare i risultati acquisiti sul piano della elaborazione giurisprudenziale e per molti aspetti di notevole significato anche per il civilista italiano.

Le ragioni di interesse, che si risolvono in altrettante ragioni di particolare complessità, del discorso suggeriscono di esporre subito le linee intorno alle quali esso si svolgerà e di tratteggiare le conclusioni che tenterà di argomentare.

In particolare, dopo un cenno alla sistematica delle invalidità secondo gli equilibri propri di essa nell’impianto originario del codice civile, si esporranno le ragioni che, ad avviso di chi vi parla, rendono necessaria, più che soltanto, opportuna, nello stato attuale di evoluzione della disciplina normativa della materia, una lettura in chiave funzionale del sistema delle invalidità e, in particolare, delle nullità⁵. Infatti, ed anche questo conviene anticipare in sede di delimitazione dell’ambito del discorso, quest’ultimo, tra le due sottocategorie nelle quali si articola tradizionalmente la categoria dell’invalidità, si concentrerà sulla nullità, lasciando invece da parte quella della annullabilità. Questa scelta si collega al rilievo, già da

⁵ Particolarmente importanti sul punto, da ultimo, le dense considerazioni di PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, p. 17 ss., dove si sottolinea criticamente il passaggio “ad una seconda fase, nella quale ci troviamo pienamente immersi, dominata [...] da una decisa accelerazione della curvatura funzionalistica di queste nullità”.

tempo proposto, secondo il quale l'evoluzione normativa sul piano della legislazione speciale degli ultimi decenni del secolo, che aveva già sconvolto il sistema del codice civile, aveva lasciato sostanzialmente intatta la categoria dell'annullabilità "ormai sempre più raramente utilizzata dal legislatore", innovando invece fortemente la categoria della nullità (e talora della inefficacia): e questo "sia sotto il profilo delle ragioni della comminatoria, perché molte ipotesi sono chiaramente disposte a tutela di interessi privati, sebbene largamente diffusi e connessi a specifici ruoli socio – economici (il consumatore, il risparmiatore, l'utente di beni immobili per usi abitativi e simili", con conseguente perdita di nettezza della tradizionale affermazione secondo la quale "la comminatoria di nullità è a difesa di interessi generali. Sia sotto il profilo del meccanismo di funzionamento dell'invalidità, almeno quante volte il legislatore smentisca testualmente la totale improduttività di effetti, la rilevabilità d'ufficio, la legittimazione estesa a qualunque interessato"⁶. E proprio su questi profili si innesterà il passaggio successivo del discorso, dedicato alla rilevazione della natura dell'interesse protetto dalle norme recanti le previsioni di nullità ed alle indicazioni che provengono anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul problema della rilevabilità d'ufficio della nullità nella materia dei contratti del consumatore. È del resto evidente che il profilo funzionale della singola previsione di nullità è destinato ad estrinsecarsi in modo particolare nelle nullità di protezione, dove sono presenti entrambe le anime della nullità e cioè sia quella protettiva che quella repressiva, sia la tutela del singolo che la direzione del mercato⁷.

Al fine di dare una maggiore concretezza al discorso, e per saggiare l'utilità della lettura 'funzionale' proposta, l'attenzione si soffermerà su due casi paradigmatici, tra i tanti suscettibili di essere

⁶ Così GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II², Torino, 2006, p. 1421. Per qualche considerazione sul rimedio dell'annullabilità del contratto, all'interno del problema dei c.d. nuovi vizi del consenso, ci si permetta il rinvio alla nostra voce *Vizi del consenso*, in *Enc. dir., I Tematici*, Contratto, Milano, 2021, p. 1179 ss.

⁷ Cfr. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notariato*, 2010, p. 298.

presi in considerazione⁸ suggeriti da altrettanti recentissimi interventi giurisprudenziali delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nei quali la lettura, o rilettura, funzionale della sanzione di nullità che la disciplina di legge speciale commina, ha condotto a soluzioni di grande originalità e tali da introdurre altrettante ipotesi nelle quali, proprio avuto riguardo allo scopo della norma che ha introdotto la previsione di nullità, quest'ultima non può ritenersi neppure integrata ovvero deve reputarsi 'superata', con una sorta di recupero dell'atto nullo. Il riferimento è, come si sarà certo inteso, alle decisioni delle Sezioni Unite, rispettivamente, sulla produttività di effetti, a seguito della successiva registrazione, del contratto di locazione di immobili, pure originariamente nullo per difetto di registrazione⁹ e sulla validità dei contratti c.d. monofirma nel settore della prestazione dei servizi di investimento.

Infine, ma inevitabilmente solo in termini problematici, ci si interrogherà sul punto se la lettura in senso funzionale, ormai già più volte evocata, renda necessario un intervento del legislatore e, dunque, appunto una riforma del codice civile, quanto meno in materia, ovvero se la messa a punto del sistema possa essere affidata, come è accaduto finora, ad interventi giurisprudenziali.

2. *L'assetto tradizionale del sistema delle invalidità ed il suo superamento.*

È stato osservato, in anni ancora non molto risalenti, che, secondo l'impostazione tradizionale sottostante al disegno del codice civile, la categoria dell'invalidità, di creazione dottrinale e di per sé estranea alla sistematica del medesimo codice civile, si ricollegava ad un

⁸ Si pensi ancora alla questione della natura formale o sostanziale della nullità degli atti di trasferimento dei diritti reali su beni immobili prevista dagli artt. 17, comma 1 e 40, comma 2 l. 47/85 e, poi, dall'art. 467, comma 1 d.p.r. n. 380/2001, oggetto dell'ordinanza di rimessione al Primo Presidente del 30 luglio 2018, n. 20061 ed al problema della c.d. nullità selettiva in caso di nullità del contratto quadro nel settore dell'intermediazione finanziaria, oggetto dell'ordinanza di rimessione di Cass. 5 ottobre 2018, n. 23927.

⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 9 ottobre 2017 n. 23601, in *Corr. Giuridico*, 2018, p. 1087 ss., con nota di CUFFARO, *Contratto di locazione e nullità per mancata registrazione: si peccas, pecca fortiter*.

presupposto concettuale ben identificabile: “la qualificazione ontologica come atto di volontà produttivo degli effetti voluti dell’atto di autonomia privata suscettibile di invalidazione”¹⁰, da questa premessa derivando il corollario, imperniato proprio “sul presupposto della volontà come fatto produttivo degli effetti giuridici” che “i suoi vizi strutturali prendono immediato risalto”. Avevano invece assunto un risalto minore “almeno fino ad una certa epoca i limiti all’autonomia privata che derivano dal contrasto con interessi generali e si traducono in nullità per motivi funzionali invece che strutturali”¹¹. In altre parole, la sistematica tradizionale dell’invalidità aveva riguardo, in aderenza alla concezione del negozio giuridico come fattispecie, alle “ipotesi in cui la fattispecie negoziale si rivelava carente sotto il profilo strutturale, in ragione della mancanza o difettosità di uno dei requisiti essenziali, segnatamente la volontà”, mentre “del tutto in ombra o, meglio, attratto nell’orbita dei difetti strutturali della fattispecie, restava il profilo attinente ai difetti funzionali, e cioè il contrasto della regola dell’autonomia con le norme imperative”¹²; ed anche nelle costruzioni successive della teoria del negozio, si riproponeva “la concezione tradizionale dell’invalidità come difetto strutturale della fattispecie negoziale [...] sia pure in versione più sfumata, nelle tesi che riconducono al concetto di invalidità le ipotesi di più o meno grave difformità del concreto atto di autonomia rispetto allo schema legale, espresso dall’insieme dei requisiti (di struttura o di contenuto/funzione) che la legge richiede ai fini dell’astratta idoneità dell’atto stesso alla produzione dei suoi tipici effetti”¹³.

Dal punto di vista della storia della categoria del negozio giuridico, un momento fondamentale nel superamento di questa impostazione deve essere ravvisato, e la circostanza solo a prima vista deve destare sorpresa, non in un contributo specificamente dedicato al problema dell’invalidità, ma in un’opera – il riferimento è ovviamente alla monografia di Biagio de Giovanni – che,

¹⁰ Così GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, cit., p. 1411.

¹¹ Cfr. ancora GENTILI, *op. loc. ult. cit.*, p. 1413.

¹² Così MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, *Rimedi - 1*, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 15.

¹³ Cfr., di nuovo, MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

indagando sul finire degli anni '50 del secolo scorso sul rapporto tra fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico, aveva sottolineato che “comunque si voglia costruire l'idea dell'autonomia, si può dire con certezza che essa non può ridursi alla posizione del fatto, se non tradendo la sua essenziale esigenza”¹⁴. Si è detto che solo a prima vista può risultare sorprendente l'importanza, nella storia del problema, di un'opera che deve essere considerata di filosofia del diritto, più che di diritto positivo, perché, come è stato di recente rilevato in occasione della assai opportuna iniziativa di riedizione del volume, il libro di de Giovanni “proietta il proprio cono d'ombra sulla discussione su limiti dell'autonomia privata e regolamentazione statale, che caratterizzò la civilistica degli anni Sessanta in una stagione particolarmente feconda”, posto che “buona parte della discussione sui rapporti tra logica dell'autonomia privata e logica dell'ordinamento giuridico presupponeva la distinzione fra il negozio come fattispecie ed il negozio come valore giuridico”¹⁵, fulcro della ricerca qui richiamata. Infatti, una volta posta la definizione dell'autonomia privata come valore si crea la premessa per un'indagine al tempo stesso più raffinata e realistica della relazione tra quel valore ed i criteri di valutazione predisposti dall'ordinamento, la quale, a sua volta, permette di orientare in senso radicalmente innovativo il discorso sulla nullità: e forse non è casuale che lo stesso Biagio de Giovanni, pochi anni dopo la pubblicazione di *Fatto e valutazione*, si volgesse allo studio della nullità nella logica del diritto¹⁶, all'interno di un volume di straordinaria densità problematica, descrivendo in esso come frutto di un'illusione logica quella che “vede nella nullità un concetto tutto posto fuori del diritto, fuori della sua effettuale esperienza”, poiché “ciò che rimane, all'interno dell'esperienza del

¹⁴ Cfr. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 88.

¹⁵ Cfr. SCODITTI, *Introduzione* alla ristampa del 2016 del volume di DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit.

¹⁶ Cfr., appunto, DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

diritto, è l'atto nella sua disciplina, nella sua vita concreta, negli scopi che persegue e raggiunge, nella dinamica che realizza"¹⁷.

3. *Le nullità: tra 'frammentazione' e 'destrutturazione'.*

L'evoluzione più recente della categoria della nullità del contratto, com'è noto, si colloca largamente nel solco degli innesti nel nostro sistema di norme di derivazione comunitaria. Non sono più recentissime, ma rimangono ancora pienamente condivisibili, le considerazioni di chi ha sottolineato che "al pari delle più importanti categorie di diritto privato, anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri, ad un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l'atto, e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico"¹⁸.

Si può, dunque, certamente dire che il processo di evoluzione, e – per molti aspetti – di frammentazione, se non disgregazione, delle categorie civilistiche consegnateci dalla tradizione, e la rilettura dei corrispondenti istituti normativi¹⁹, ha riguardato negli ultimi anni, e non è notazione nuova, anche l'istituto della nullità del contratto.

¹⁷ Così DE GIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*, p. 90.

¹⁸ Cfr. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 477. Sull'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di nullità contrattuali sono fondamentali i contributi di Pagliantini. Cfr., in particolare, da ultimo, PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., p. 181 ss.

¹⁹ Sulla distinzione tra categorie giuridiche ed istituti, cfr. le puntualizzazioni di LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 21, il quale, muovendo dalla definizione della categoria "della quale si vale l'operatore giuridico come criterio di classificazione dell'esperienza volto in qualche modo ad agevolare il risultato interpretativo", precisa che "essa va comunque ricondotta ad un'operazione mentale compiuta dall'interprete funzionale ad un effetto applicativo, anche quando il procedimento risulti implicito o scontato in conseguenza del significato corrente assegnato ai termini utilizzati o della forza attrattiva discendente da paradigmi concettuali legati a consolidate sedimentazioni

Questo fenomeno, che è stato già significativamente definito talora in termini di pluralizzazione della nullità, ha portato, altri autori ad esprimersi, perfino più drasticamente, nel senso di una destrutturazione della nullità²⁰ ed è stato ormai più volte ricostruito nei suoi fattori determinanti e nelle sue linee di sviluppo essenziali, al punto che ritornare su questi aspetti potrebbe essere considerato quasi superfluo. In particolare, è stato evocato, in questa prospettiva, il passaggio da una dimensione statutale dell'ordinamento ad una dimensione comunitario – europea e più ancora internazionale o addirittura globale, con la correlativa articolazione del sistema delle fonti, che è ormai perfino scontato definire nel segno della complessità, fenomeno che ha enfatizzato la configurazione del diritto come un sistema non autonomo, né tanto meno chiuso, rispetto ad influenze esterne, bensì come un sistema aperto e pronto ad impregnarsi delle sollecitazioni della realtà economico sociale. Un sistema, dunque, rispetto al quale risulta più pertinente non il richiamo – anch'esso ormai scontato – alla dimensione baumanniana della liquidità, ma semmai quello alle correnti del pensiero scientifico del XX secolo che, nel settore della fisica e della chimica, hanno studiato i c.d. sistemi caotici ed ai tentativi di sviluppare anche sul piano delle scienze sociali le intuizioni maturate in quei contesti. D'altra parte, è proprio il dato della complessità del sistema normativo a confermare la necessità di utilizzare il metodo funzionalistico, proprio perché esso soltanto è in grado di cogliere l'essenza delle trasformazioni in atto²¹.

Se, dunque, è senz'altro possibile dare per acquisita la rilevazione delle ragioni del fenomeno, può essere utile dedicare ancora qualche cenno agli esiti di quella evoluzione, così come allo stato essi sembrano delinearli. Innanzi tutto, l'immagine della nullità che ne emerge è essenzialmente quella di una "nullità esclusivamente 'funzionale', in quanto commisurata e in stretto e immediato

storiche", concludendo, appunto, nel senso che le categorie non sono la medesima cosa degli istituti giuridici.

²⁰ In questo senso, l'ancora recente monografia di LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

²¹ Cfr., per un'indicazione metodologica di segno analogo, LA SPINA, *op. cit.*, p. 77.

rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti ed avente come tale finalità essenzialmente conformativa di rimodellamento del regolamento contrattuale”²², che spesso si presenta preordinata al raggiungimento dell’obiettivo dell’equità e della giustizia contrattuale: in questi casi, peraltro, si delinea il problema della determinazione della portata della nullità in questione, soprattutto perché per lo più virtuali, e perché, in questi casi, “l’ordinamento giuridico [...] enuncia, sì, ai fini della conformazione del regolamento, il valore di azione da perseguire (l’equità), ma non indica nel contempo, né il contenuto, né la modalità realizzativa del valore”²³.

Qui si innesta la questione dei termini in cui la rilettura della categoria delle nullità fin qui tratteggiata è destinata ad incidere su quello che può essere definito come il modo di essere stesso della medesima sul piano effettuale: e cioè sull’inefficacia dell’atto. Può essere rammentato, al riguardo, l’argomento tentativo dottrinale secondo il quale poiché “il giudizio di disvalore serve, non già esclusivamente a conservare la situazione di diritto preesistente alla stipulazione, bensì, in prospettiva assiologica, a rendere effettiva la tutela apprestata dall’ordinamento con una norma volta a regolamentare (limitandola, promuovendola, orientandola, conformandola) l’autonomia privata, sul piano logico ed assiologico la nullità deve inibire esclusivamente la produzione degli effetti che determinerebbero la lesione dell’interesse tutelato o consentirebbero la realizzazione di quello avversato, così vanificando la tutela apprestata mediante la norma la cui violazione ha cagionato il giudizio di disvalore”²⁴. Così impostato, il discorso si apre, sullo sfondo dell’obiettivo assiologico perseguito dalla norma, la violazione della quale ha determinato la nullità, nella prospettiva della misurazione “con il complesso di interessi, tra loro interagenti, che la fattispecie è in grado di evidenziare” (e che, secondo l’impostazione dottrinale della quale stiamo qui riferendo, può anche aprire la strada alla tutela di interessi “ritenuti o divenuti potiori

²² Così, di nuovo, SCALISI, *op. cit.*, p. 479.

²³ La citazione è tratta, ancora una volta, da SCALISI, *op. cit.*, p. 483.

²⁴ Così LA SPINA, *op. cit.*, p. 357.

rispetto a quello specificamente protetto con la norma violata, così consentendo, nonostante la nullità, la produzione degli effetti ad essi funzionali”)²⁵.

4. *La natura degli interessi tutelati dalla nullità ed il problema del rilievo d'ufficio.*

Gli ultimi sviluppi del discorso impongono di soffermarsi, a questo punto, sul problema della rilevazione della natura degli interessi tutelati dalle norme che istituiscono previsioni di nullità. Infatti, il fenomeno evolutivo che si è tentato fin qui di ripercorrere ha condotto qualche Autore a ritenere senz'altro mutato il fondamento della figura, che dovrebbe essere ormai ravvisato “non più e necessariamente nella tutela di un interesse solo pubblico o sociale, astratto e spesso contrapposto a quello particolare delle parti contraenti, ma direttamente e immediatamente anche soltanto in questo, quante volte in tale direzione, ossia nella protezione di determinate categorie di soggetti, si manifesti il senso e la ratio stessa dell'intervento normativo”, con l'ulteriore corollario che “da sanzione la nullità è divenuta nel diritto europeo dei contratti essenzialmente protezione, qualificandosi appunto come nullità di protezione di ben individuate categorie di interessi, che in ipotesi non necessariamente devono identificarsi con quelli seriali di un ente esponenziale, ma anche soltanto con quelli di una sola parte, quante volte dall'ordinamento elevati a valori costitutivi di sistema”²⁶.

La questione della natura e consistenza degli interessi tutelati dalle norme che individuano ipotesi di nullità deve tuttavia essere considerata alla luce degli ancora recenti interventi delle Sezioni Unite in materia di estensione del potere del giudice di rilievo

²⁵ I brani tra virgolette sono ancora di LA SPINA, *op. cit.*, p. 358 e nota 8.

²⁶ Sono le conclusioni di SCALISI, *op. cit.*, p. 485. Una sistemazione compiuta del problema della nullità di protezione è quella da ultimo offerta da PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., p. 155 ss., in particolare p. 177, per la conclusione secondo la quale “il ricondurre il ‘di protezione’ ad una sostanziale unitarietà dimentica che, se la parzialità necessaria, in deroga all'art. 1419, comma 1 c.c., veicola l'interesse (del consumatore) ad un contratto (mutilato) non più abusivo, una nullità dell'intero contratto realizza invece una tutela ablativa, in forma specifica, ove l'interesse finale, di stampo ripristinatorio, è ben diverso”.

officioso della nullità e quanto alla *ratio* di questa regola²⁷. Il fondamento di quest'ultima viene, infatti, ravvisato, in quelle pronunce, nella circostanza che la nullità è funzionale anche alla tutela di interessi generali sovraindividuali, proprio perché “la natura superindividuale dell'interesse protetto giustifica la reazione dell'ordinamento nell'ambito del processo, comportando che una convenzione affetta da sì grave patologia imponga al giudice di negare efficacia giuridica ad un atto nullo”²⁸; mentre la predetta funzionalità al perseguimento di interessi sovraindividuali viene colta – nel quadro di un passaggio argomentativo attento ad opzioni ricostruttive dottrinali di segno difforme – anche nelle ipotesi delle c.d. nullità strutturali, perché, osserva la motivazione, “in tali ipotesi, insieme con il *particolare*, si tutela comunque un interesse generale, seppure in via indiretta: l'interesse ‘proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole”.

Il passaggio che compie, sul punto della ricostruzione della categoria della nullità, la motivazione delle Sezioni Unite è tuttavia ancora più drastico e significativo, sotto il profilo sistematico e deve essere ricordato perché esso parrebbe quanto meno mitigare l'assunto dal quale abbiamo preso le mosse e che proprio la frantumazione della categoria della nullità dava per acquisita. Infatti, le Sezioni Unite, muovendo dalla premessa che “una scelta volta all'eccessiva frammentazione della categoria della nullità risulterebbe insormontabile ostacolo ad una ricostruzione unitaria e coerente dell'estensione dei poteri officiosi riconosciuti al giudice *ex art. 1421 c.c.*”²⁹, rilevano che dovrebbe escludersi che le nullità speciali abbiano fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942, osservandosi che “una equilibrata soluzione che

²⁷ Il riferimento è a Cass. S.U., 14828/2012 che si legge, tra gli altri luoghi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 28 ss., con nota di chi scrive, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cui si rinvia anche per ulteriore apparato bibliografico e giurisprudenziale sulla questione oggetto del presente scritto.

²⁸ Così le p. 23-24, § 3.5. della motivazione di Cass., Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014.

²⁹ Cfr. p. 22 della motivazione § 3.3.

ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini di rapporti di *genus a species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria”. Coerentemente a questa impostazione si afferma da parte delle Sezioni Unite che anche le nullità c.d. di protezione sono “volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un’ottica di microanalisi economica) ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in un’ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di ‘ordine pubblico di protezione””, tanto più che “il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)”³⁰.

Questa impostazione della motivazione delle Sezioni Unite ha suscitato qualche perplessità nei primi commenti intervenuti sull’argomento, in termini che, nella misura in cui consentono di mettere meglio a fuoco l’attuale fisionomia della categoria delle nullità, possono opportunamente formare oggetto di qualche accenno anche in questa sede. Si è, in particolare, osservato che le Sezioni Unite avrebbero offerto, attraverso “il trinomio nullità codicistica – struttura dell’atto – tutela di un interesse sovraindividuale [...] una rappresentazione rigorosa di quella concezione normativistica della nullità tutta rinserrata nella logica della fattispecie e condensabile in un rifiuto netto di giuridicità”, mentre sarebbe molto diverso lo scenario che avrebbe delineato la dottrina più recente, ponendo l’accento sul fatto che le nullità, nel discorso del legislatore, avrebbero sempre obbedito “ad una logica duale, di repressione certo quando comminate per contrarietà all’ordine pubblico ed al buon costume” ovvero “di protezione in senso stretto, una protezione che agglutinerebbe la classe delle

³⁰ I brani riportati nel testo si rinvengono, rispettivamente, a p. 25, § 3.7. ed a p. 28, § 3.12.1., della motivazione.

nullità strutturali unilaterali unitamente a quelle connesse ad un abuso in contratto”³¹. Si dovrebbe, dunque, ritenere che lo statuto delle nullità codicistiche sia in effetti plurimo, posto che le singole comminatorie conoscono diversi gradi di intensità, in presenza di un dato legislativo in cui “già le proposizioni eccezionali degli artt. 1421 e 1423 c.c. lasciano intravedere una configurazione binaria del sistema delle nullità con un disporre che il discorso degli interpreti, non quello del legislatore, ha voluto testuale in luogo di un risultare più realisticamente modellato sullo scopo della norma imperativa violata”³².

È tuttavia lo stesso Autore del cui pensiero stiamo qui discorrendo a dare atto che, infine, la motivazione delle Sezioni Unite – ulteriore conferma, la notazione è nostra, della consapevolezza che essa mostra dell’apporto dottrinale in materia – si palesa tutt’altro che sorda nei confronti di questa diversa interpretazione del dato normativo. Infatti, le decisioni, pur imperniate in più luoghi sull’idea della nullità come sanzione civile, che si dà oggettivamente, si manifestano consapevoli della “diversa caratura delle nullità strutturali rispetto a quelle c.d. politiche”, in particolare nella misura in cui “la salvaguardia dalla stipula di contratti inutili è vista come la tutela *de relato* ed indiretta di un interesse della collettività”, sotto il profilo dello “ordinato svolgersi del contrarre, salvaguardando di riflesso il valore della certezza nella circolazione dei diritti”³³.

In effetti, riprendendo a questo punto più da vicino il filo del discorso sulla motivazione delle sentenze delle Sezioni Unite, è proprio sul problema della rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione che si coglie lo stacco più marcato rispetto al precedente intervento in materia dell’Organo di nomofilachia³⁴: ed è evidente l’interesse che il problema della rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione riveste anche ai fini dell’analisi che si sta qui compiendo,

³¹ Così PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 213 ss., che riprende il pensiero di GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.

³² Così di nuovo PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

³³ Sono ancora passaggi di PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Il riferimento è ovviamente a Cass. S.U. 14828/2012.

proprio perché la dimensione della rilevabilità, o meno, d'ufficio di questa categoria di nullità consente di cogliere appieno il problema dell'individuazione dell'interesse tutelato dalla norma.

Infatti, nell'ambito di Cass. 14828/12, era proprio il riferirsi della nullità che potremmo definire codicistica a profili di interessi generale che pareva alla base dell'ulteriore sviluppo della motivazione; laddove, cioè, la sentenza menzionata precisava che l'unica distinzione rilevante ai fini della soluzione del problema della rilevabilità d'ufficio della nullità era quella che aveva riguardo alle nullità per le quali sia dettato un regime speciale, che le Sezioni Unite nella sentenza del 2012 facevano sostanzialmente coincidere con l'area delle nullità di protezione in cui, osservava la decisione, "il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte".

Questo passaggio argomentativo dell'intervento nomofilattico del 2012 era stato oggetto di notazioni critiche da parte di uno dei primi annotatori della sentenza³⁵, notazioni che paiono essere state alla base della più articolata conclusione cui sono pervenute successivamente le Sezioni Unite nella coppia di sentenze del 2014. Si era, in particolare, osservato che la motivazione della sentenza, sul punto, sembrava ragionare sulla premessa che, in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, le nullità di protezione incomplete sarebbero state sprovviste di una rilevabilità officiosa; e questo avrebbe condotto, da un lato, ad esiti argomentativi incongrui (poiché, queste erano le esemplificazioni proposte per rendere conto della consistenza del problema, in relazione alla presenza, o meno, di un'esplicita previsione di rilevabilità officiosa della nullità, il giudice avrebbe potuto rilevare il difetto di forma di un contratto bancario, in relazione alla disposizione dell'art. 127, comma 2, Decr. Lgs. 385/93, mentre non avrebbe potuto rilevare d'ufficio la nullità di un preliminare di immobili da costruire nel caso in cui mancasse il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità: art. 2, comma 1, Decr. Lgs. 122/05) e, dall'altro, avrebbe contraddetto il carattere della rilevabilità officiosa che la dottrina sarebbe ormai incline ad

³⁵ Cfr. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa delle nullità secondo il canone delle Sezioni Unite. Eppure si muove*, in *Contratti*, 2012, p. 877.

affermare quale tratto comune alle nullità di protezione, sulla base di un'interpretazione della norma racchiusa nell'art. 36, comma 3, Cod. cons. suscettibile di assumere portata generale, nell'ambito del sottosistema del diritto dei contratti dei consumatori. Il ragionamento delle Sezioni Unite avrebbe condotto, pertanto, a configurare l'art. 1421 come una norma generale “ed i casi di irrilevabilità officiosa come altrettante eccezioni, da cui poi una tipicità delle fattispecie di nullità relativa non rilevabile *ex officio*”³⁶.

Sul punto, come si è visto, la scelta delle Sezioni Unite, nelle sentenze 26242 e 26243 del 2014³⁷ rappresenta uno sviluppo ed una precisazione della precedente impostazione: e si tratta di uno sviluppo, e di una precisazione, sicuramente condivisibili, poiché ispirate all'applicazione di una griglia di valutazione duttile ed affidabile, al tempo stesso, per l'operazione ricognitiva cui è chiamato l'interprete, consistente nella rilevazione della natura dell'interesse tutelato dalla norma che sancisce la nullità. Sembra, dunque, trovare conferma quanto chi scrive aveva ritenuto di ipotizzare in sede di commento al precedente intervento delle Sezioni Unite³⁸ nel senso che, in assenza di un'esplicita statuizione normativa circa la rilevabilità d'ufficio della nullità, la conclusione che accrediti l'estensibilità alla singola ipotesi del modulo argomentativo già accreditato dalle Sezioni Unite del 2012, e qui sviluppato ed affinato, è destinata a discendere da un'analisi attenta

³⁶ Cfr. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, p. 878.

³⁷ Nel senso – cfr. p. 30, § 3.13.2., della motivazione – di recepire le indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo le quali “il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga”. Ha analizzato, di recente, il problema della possibile ricaduta di questo indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia sulla costruzione della categoria della nullità di protezione e, in particolare, sulla possibilità di inferire una convalidabilità, PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione (art. 36)*, in Vettori (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Padova, 2013, p. 496 s., il quale osserva che la portata delle pronunzie della Corte di Giustizia è tuttavia insuscettibile di accreditare, in termini generali, l'assunto della sanabilità della nullità.

³⁸ Ci si permetta il riferimento al nostro *Il giudice e le nullità*, cit.

essenzialmente all'aspetto funzionale della sanzione di volta in volta predisposta dalla norma. Proprio per questo è del tutto coerente il ragionamento delle Sezioni Unite del 2014, laddove le stesse, dopo avere escluso, nei termini dei quali si è riferito, la sostenibilità sistematica di un'eccessiva frammentazione della categoria della nullità negoziale, mostrano di condividere la chiave di lettura secondo la quale la nullità deve essere ormai definita "all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali che trascendono quelli del singolo"³⁹, per poi muovere dalla premessa della "riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità" al fine di "riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale"⁴⁰.

La solidità sistematica, e la congruenza anche dal punto di vista degli esiti pratici ed applicativi, della conclusione cui pervengono le Sezioni Unite del 2014 nel senso di affermare che la rilevabilità officiosa "sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate 'di protezione virtuale'", con la conseguente attribuzione dello statuto di norma generale all'art. 36 del Cod. cons. non paiono intaccate dalle sottili notazioni di chi⁴¹, sulla base della ricognizione di una serie di soluzioni normative concrete, ha sollevato il dubbio se, nell'ambito di esse, l'integrazione dovrà svolgersi sulla base del canone dell'art. 1421 c.c. oppure se

³⁹ Così p. 30, § 3.13.2 della motivazione; il brano riprodotto nel testo è abbastanza chiaramente tributario della nota e suggestiva impostazione di SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, 385 ss. nonché, in precedenza, ID., *L'invalidità e l'inefficacia*, in Castronovo e Mazzamuto (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, II, cit., p. 479 ss.

⁴⁰ Così p. 31 § 3.13.4 della motivazione

⁴¹ Il riferimento è di nuovo a PAGLIANTINI, *Spigolando a margine* ecc. cit., il quale propone il caso della nullità dei contratti di subfornitura e degli ordinativi periodici di forniture privi della forma scritta,

l'art. 36 Cod. Cons. sia “provvisto di una *vis expansiva* oltre che intra pure interordinamentale”: proprio perché sulla base della premessa assunta dalle Sezioni Unite la scelta nel senso della natura di norma generale dell'art. 36 appare in effetti tanto coerente quanto condivisibile.

Ulteriori elementi preziosi per il successivo svolgimento dell'indagine possono desumersi anche dalla elaborazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di limiti al rilievo officioso della nullità da parte del giudice.

Deve essere rammentata, in questa prospettiva, in primo luogo la decisione della Corte di Giustizia nella controversia Pannon⁴², secondo la quale, in particolare, “il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga”.

Si delinea così una procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri di ufficio del giudice, attraverso il preventivo, necessario interpello del consumatore, che li rende pienamente funzionali e coerenti con l'obiettivo primario di tutela del medesimo consumatore. Quest'ultimo, infatti, da un lato, rimane arbitro del diritto a vedere caducata o meno la clausola abusiva, dall'altro si può giovare del ruolo attribuito al giudice di supplenza, proprio attraverso il potere – dovere conferitogli di rilevare d'ufficio la nullità, di una difesa che potrebbe essere carente non solo al momento della stipulazione del contratto ma anche nel processo. Da questo punto di vista, la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia.

Affermazioni analoghe si leggono anche nella sentenza Eva Martin⁴³, nella quale la Corte ribadisce che un giudice nazionale ha il potere dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto ancorché questa non sia mai stata opposta dal consumatore,

⁴² Corte di Giustizia, Quarta Sezione, decisione del 4 giugno 2009 nel procedimento C-243/08.

⁴³ CGCE, 17 dicembre 2009, C-227/08.

precisando che, come limite all'esercizio di questo potere, opera la sola circostanza che il suddetto consumatore, debitamente interpellato dal giudice, dichiara di non volersi avvalere di questa nullità. Resta fermo che il diritto comunitario non obbliga il giudicante nazionale a rilevare officiosamente l'infrazione a questa o quella direttiva consumeristica quando ciò possa importare un travalicare dei limiti della lite così come le parti li hanno definiti, in ipotesi basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale ha posto a fondamento della propria domanda⁴⁴.

5. Due esempi: il recupero del contratto di locazione di immobili nullo per difetto di registrazione a seguito del pagamento dell'imposta e la validità del contratto monofirma.

Si è già avuto modo di anticipare che la curvatura funzionale che si è data al discorso sulla nullità trova una concretizzazione nitida in due ancora recenti pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, rese in settori dell'esperienza assai diversi ma caratterizzati entrambi dalla compresente esigenza di tutela di un interesse sovraindividuale e di un interesse che si appunta, invece, specificamente sulla posizione di un singolo, che si tratti della parte di un contratto di locazione immobiliare ovvero del 'consumatore' di servizi di investimento.

⁴⁴ Il principio è ribadito, da angolo visuale in parte diverso, dalla sentenza della Corte di Giustizia (prima sezione) del 21 febbraio 2013, nella causa Banif Plus Bank, laddove si afferma che "il giudice nazionale, nell'ipotesi in cui, dopo avere stabilito, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, o che gli sono stati comunicati in seguito alle misure istruttorie che ha adottato d'ufficio a tal fine, che una clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva, constati, al termine di una valutazione cui ha proceduto d'ufficio, che tale clausola presenti carattere abusivo, esso deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali...Tale possibilità data al consumatore di presentare osservazioni in merito risponde altresì all'obbligo del giudice nazionale, come ricordato al punto 25 della presente sentenza, di tenere conto, se necessario, della volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi".

Nel primo caso, quello deciso da Cass. Sez. un., 9 ottobre 2017 n. 23601, la premessa del discorso – desunta da un'altra sentenza della quale tra breve si farà cenno⁴⁵ – è che, se la sanzione di nullità, introdotta dall'art. 1, co. 346 L. 30 dicembre 2004 n. 311 per i contratti di locazione di unità immobiliari riguardo ai quali sia stata omessa la registrazione, discende dalla sola violazione dell'obbligo di registrazione, diverrebbe ragionevole attribuire un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, esegua la registrazione. E se non è illegittima una registrazione tardiva, risulterebbe coerente riconoscere a questo adempimento, ancorché tardivo, l'idoneità a sanare la nullità prevista dalla disposizione di legge citata, posto che si tratta “sul piano morfologico, di nullità per difetto di un coelemento di validità extranegoziale; sul piano funzionale di invalidità da inadempimento dell'obbligo di registrazione”. Dal punto di vista sistematico, poi, la soluzione viene argomentata sulla base della condivisione della tesi dottrinale secondo la quale la quale l'art. 1423 c.c., e la preclusione della convalida da questa disposizione sancita, dovrebbero essere intesi restrittivamente e, dunque, in termini non incompatibili con altre ipotesi di recupero dell'atto nullo⁴⁶: come dimostrerebbero alcune ipotesi normative che la pronuncia in questa prospettiva rammenta⁴⁷, che però sono appunto oggetto di previsione legislativa. Al contrario, l'ipotesi di recupero (degli effetti) del contratto nullo della quale si è appena detto sarebbe, a questo punto, il frutto di un'interpretazione

⁴⁵ Si tratta di Cass., Sez. un., 17 settembre 2015. n. 18213, in *Giur. it.*, 2016, 2, p. 324 ss., con nota di CUFFARO, *Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*.

⁴⁶ Riconduce il caso del quale stiamo discorrendo ad un'ipotesi di recupero dell'atto nullo MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1029 ss.

⁴⁷ I riferimenti, scontati, sono alla conferma o esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle, al matrimonio putativo, all'esecuzione del contratto di lavoro nullo, alla cosiddetta pubblicità sanante, ex art. 2652 c.c., alla sanatoria della nullità delle deliberazioni assembleari in caso di mancanza di verbale, emendabile mediante verbalizzazione che precede la successiva assemblea con effetto *ex tunc*, all'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo anche quando il contratto sia nullo, perché stipulato in assenza di autorizzazione all'esercizio, ex art. 167, comma 2, Cod. ass..

giurisprudenziale, sia pure solidamente argomentata sulla base del rilievo che la nullità per mancata registrazione del contratto di locazione di immobili può essere definita, come rammenta la stessa sentenza, come “impropria o atipica – a tacer d’altro perché il contratto produce i suoi effetti almeno fino a trenta giorni dalla sua stipulazione, termine ultimo per effettuare la registrazione, per poi assumere la qualificazione negativa sancita dal legislatore, mentre l’ammissibilità di un effetto di sanatoria troverebbe ulteriore conferma nella interpretazione sistematica delle norme di registro e segnatamente in quella di registrazione d’ufficio”⁴⁸. Ed è interessante notare, nella prospettiva del nostro discorso, che l’interpretazione condivisa dalla decisione viene ulteriormente rafforzata sulla base di un argomento che viene fatto di dire tipicamente funzionalistico, qual è quello che pone l’accento sulla circostanza che “l’effetto di sanatoria con efficacia retroattiva consente [...] di stabilizzare definitivamente gli (assai instabili) effetti del contratto, assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto, volta che il conduttore non sarà esposto ad azioni di rilascio, godrà della durata della locazione come previsto ab origine nel contratto [...], conserverà il diritto all’avviamento, quello alla prelazione ed ancora quello alla libera trasferibilità dell’azienda e del contratto”⁴⁹.

Se l’idea di un recupero degli effetti del contratto nullo affidata ad un’interpretazione giurisprudenziale è già di per sé assai interessante, avuto riguardo al taglio della nostra indagine, non è meno significativa, nel senso dell’accreditamento di una lettura funzionale del sistema delle nullità, la soluzione proposta dalla Corte, nella stessa occasione, quanto al problema della sorte del caso in cui si tratti di “un accordo simulatorio cui consegua non già la tardiva registrazione dell’intero contratto che preveda *ab origine* la corresponsione del canone reale, ma quella del solo patto dissimulato volto ad occultare un canone maggiore, dopo che il contratto contenente il canone simulato sia stato a sua volta e previamente registrato, sulla premessa per cui la sanatoria da tardiva registrazione

⁴⁸ Così la motivazione della sentenza, § 18.1.

⁴⁹ In questi termini, ancora una volta, la motivazione della sentenza, § 19.1.

elimina soltanto la nullità (testuale) sopravvenuta, lasciando impregiudicata la sorte del contratto qual era fino alla violazione dell'obbligo di registrazione (inidonea a spiegare efficacia sanante su di un'eventuale nullità da vizio genetico)⁵⁰. Ed infatti qui la soluzione si ricollega al rilievo che si tratta di un "vizio riconducibile al momento genetico del contratto, e (non soltanto) ad un inadempimento successivo alla stipula", cosicché "nelle fattispecie simulatorie del canone locatizio di un contratto già registrato deve allora ravvisarsi la diversa ipotesi di una nullità virtuale, secondo la concezione tradizionale di tale categoria e quindi tradizionalmente insanabile *ex art. 1423 c.c.*", derivando la nullità non dalla mancata registrazione, ma dalla illiceità della causa concreta del contratto, insuscettibile di sanatoria per mezzo di una tardiva registrazione⁵¹. Da questa impostazione si desume un'indicazione ricostruttiva di grande interesse proprio perché attenta al diverso modo in cui la nullità può declinarsi a seconda che sia riferibile al momento genetico del contratto, e dunque riconducibile – attraverso il prisma della nullità virtuale – alla disciplina codicistica generale, ovvero che sia ascrivibile ad un'ipotesi senz'altro e tuttora eccezionale, nel sistema, qual è quella della nullità da violazione di un obbligo, nel qual caso potrà vedersi, a sua volta, sottoposta ad una disciplina speciale.

Venendo al secondo dei due casi appena evocati, la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 16 gennaio 2018 n. 898⁵², intervenuta a seguito della ordinanza interlocutoria n. 12390 del 17

⁵⁰ Cfr. il § 20 della motivazione della sentenza.

⁵¹ Cfr. il 22.2. della motivazione e le considerazioni critiche sulla soluzione di CUFFARO, *Contratto di locazione*, cit., p. 1098 ss.

⁵² Vedila, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 668 ss., con la nota di DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento: chiarimenti delle Sezioni Unite e problemi ancora aperti (dal contratto 'monofirma' alla consegna del documento come 'obbligo di fattispecie'?)* nonché in *Contr.*, 2018, p. 133 ss., con note di D'AMICO, *La 'forma' del contratto - quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*; PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*; AMAGLIANI, *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018 n. 898 ed ancora in Corr. Giur.*, 2018, p. 929 ss., con nota di GUADAGNO, *Le Sezioni Unite sui contratti cc.dd. monofirma: la forma dei contratti asimmetrici*.

maggio 2017 dalla sezione I della Corte, e che ha affrontato, e risolto, la questione di diritto oggetto altresì dell'ordinanza n. 10447 del 27 aprile 2017 (“se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario”)⁵³, ha riguardo ad un problema interpretativo originato da una disposizione collocata ad un livello di disciplina del contratto diverso da quello del codice civile. E cioè, com'è noto, l'art. 23 del Decr. Lgs. 58/98, l'introduzione, ad opera della quale, di un requisito di forma del c.d. contratto quadro poggia su una *ratio legis*, che, già ad una prima considerazione, non risulta riconducibile a quella tradizionalmente sottesa alla previsione, nella sede della disciplina generale del codice civile, di un requisito di forma scritta per le manifestazioni dell'autonomia privata. Essa è, infatti, modulata sull'esigenza di assicurare al risparmiatore, il quale fruirà della prestazione dei servizi di investimento ad opera dell'intermediario finanziario, un apparato di informazioni in grado di orientare le sue scelte d'investimento, così colmando appunto l'asimmetria informativa che lo affligge nei confronti della sua controparte contrattuale.

Si deve, al riguardo, notare che non costituisce certamente una novità, sia nella riflessione della dottrina che nell'elaborazione della giurisprudenza, la presa d'atto che la forma, anche quando sia elevata dal legislatore ad elemento strutturale della fattispecie, postula comunque, per poter essere compiutamente intesa, un rapporto di dipendenza con il tratto funzionale della medesima fattispecie. Risalgono, infatti, a più di trenta anni fa, le notazioni di chi osservava che “la natura derogabile o inderogabile della singola norma sulla forma degli atti è non un *prius* indefettibile ma un risultato dell'interpretazione, la quale tiene conto del valore e dell'interesse tutelati dalla disposizione normativa, della intensità della sua rilevanza e delle garanzie richieste per la eventuale autoregolamentazione delle parti anche nel rispetto delle circostanze della peculiare incidenza che i soggetti concreti hanno nella

⁵³ L'ordinanza è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1363 ss., con nota di A^MMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*. La questione sollevata da quest'ultima è stata oggetto della decisione con la sentenza 23 gennaio 2018 n. 1653 delle medesime Sezioni Unite.

valutazione dell'ordinamento giuridico"⁵⁴; ed è stato del pari da tempo notato che, nella disciplina di diritto comunitario dei contratti, il requisito della forma evolve da 'forma di efficacia' a 'forma di protezione'⁵⁵, anche da questo punto di vista con una modificazione radicale dell'impostazione sottostante alla disciplina del codice civile.

D'altra parte, tutto il discorso sul neoformalismo è intessuto di considerazioni sulla funzione senz'altro più articolata, rispetto a quella tradizionale, che il requisito della forma è venuto assumendo in quello che, secondo un termine da tempo largamente in uso, può essere definito il nuovo diritto dei contratti: funzione più articolata, che non a torto viene ravvisata largamente proprio sul piano della risposta alla situazione di asimmetria informativa nella quale versa il consumatore rispetto al professionista e che richiede pertanto di essere colmata attraverso un *surplus* di informazioni – rispetto alla dinamica della contrattazione tra pari – che, in quanto affidato ad un supporto documentale, possa essere agevolmente fruito ed inteso dal consumatore⁵⁶. Ciò che naturalmente non vuol dire annacquare la distinzione, che certamente vi è, tra forma informativa e forma *ad*

⁵⁴ Così P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 23.

⁵⁵ Cfr., sul punto, CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, I, Torino, 2000, p. 645.

⁵⁶ Cfr., in luogo di molti altri, AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Milano, p. 774 ss.; GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di 'protezione' e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 2016, p. 1463 ss. Osserva, dal canto suo, BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, I, *Formazione*, 2006, p. 536, che "un tale formalismo di protezione non si presta ad essere sistemato secondo i canoni del formalismo quale requisito di un contratto: e in assenza di una disciplina generale (che invece esiste, sia pure in maniera del tutto embrionale, quando la stessa assurga al rango di un elemento essenziale dell'intero atto), affida agli interpreti una responsabilità in gran parte nuova": ed è proprio nell'esercizio di questa responsabilità che si possono accreditare soluzioni, come si è osservato nel testo sostanzialmente condivisibili, quali quelle prospettate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

*substantiam*⁵⁷, bensì prendere atto che dei due sistemi valoriali⁵⁸, che vengono in considerazione sull'uno e sull'altro versante, quello che costituisce il fulcro della disciplina sulla quale è intervenuta la decisione delle Sezioni Unite è proprio quello della forma informativa, affidata, dunque, secondo l'esplicito disposto normativo, alla redazione per iscritto del contratto ed alla consegna di copia di esso al cliente.

Dal canto suo, una giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione precedente, rispetto alle pronunce delle quali stiamo ora parlando, ma ancora recente⁵⁹ ha accreditato la praticabilità di un percorso ricostruttivo secondo il quale le forme negoziali comporrebbero un sistema “all'ombra del quale il carattere inderogabile o meno della prescrizione può essere frutto di un'operazione ermeneutica svolta anche con un occhio alla funzione che il vincolo di forma (o, meglio, l'atto formale) è chiamato a svolgere”, così tratteggiando l'idea di un “*vestmentum* finalmente liberato dalla consueta fissità, con l'ulteriore risultato di ridimensionare la pretesa bizzarra di soluzioni normative derivanti dal formalismo strutturale proprio della tradizione, non a caso inserito nel quadro di una nullità irrelata e demolitoria, e perciò stesso ostativa alla produzione di qualsivoglia effetto giuridico”⁶⁰.

Il riferimento al principio di proporzionalità che, come si è visto, le Sezioni Unite propongono in questo contesto non pare, dal canto suo, suscettibile di essere criticato dal punto di vista del cedimento ad una idolatria dei principi, a sua volta in grado di introdurre un elemento di pericolosa incertezza in una materia che dovrebbe essere

⁵⁷ Distinzione sulla quale, come si è visto, pone molto l'accento LA ROCCA, *La 'forma informativa' ed "il potere dell'impresa di comandare il mercato": a margine di Cass., ord., 27 aprile 2017 n. 10447 sul c.d. contratto monofirma*, in *IlCaso.it*, 24 luglio 2017, p. 8 ss.

⁵⁸ Parafrasando anche qui LA ROCCA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ Si tratta di Cass. S.U. n. 18214/2015, sulla quale, intelligentemente, si sofferma appunto PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) ecc.*, cit., p. 685, ravvisandola come, ancorché inespresso, e peraltro opinabile, referente argomentativo dell'impostazione condivisa dalla decisione che fa da sfondo a queste notazioni

⁶⁰ I brani riportati nel testo sono di MODICA, *Cass. Sezioni Unite 18214/2015: i giudici di legittimità sulla "interpretazione assiologicamente orientata" delle nullità per vizio di forma*, in *Dir. civ. cont.*, 28 dicembre 2015.

invece caratterizzata al massimo grado in termini di prevedibilità e certezza: anche se non possono essere dimenticate al riguardo le ancora recenti perplessità di un autore francese, il quale, soffermandosi con vivaci accenti critici sulla proposta di attribuire alla proporzionalità il rango di principio generale del diritto dei contratti, si è espresso in termini di *principolatrie*, sottolineando la inconsistenza dogmatica ed ermeneutica di un'operazione intesa a trasformare un mezzo tecnico, quale può appunto essere considerato il principio di proporzionalità, in un autonomo principio di diritto⁶¹. Nel contesto di problemi che qui viene in considerazione, infatti, il principio di proporzionalità viene piuttosto in considerazione come regola che potremmo definire di 'pragmatismo rimediabile', che orienta il discorso dell'interprete nel senso di individuare il rimedio di volta in volta più congruo al fine di tutela che si vuole perseguire e rispetto a questo fine non eccedente; e da questo punto di vista non ci sembra arbitrario cogliere, nella motivazione delle sentenze che abbiamo scelto per questa seconda esemplificazione, una linea di continuità con l'idea, sottesa alla precedente elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite in materia di rilievo officioso della nullità, e tutta imperniata sull'esigenza di cogliere i "valori funzionali del processo"⁶², inteso come luogo in cui si attua la tutela degli interessi e si concretizzano, dunque, i rimedi.

⁶¹ Cfr. TERRÉ, *La proportionnalité come principe*, in *La semaine juridique*, n. 25, 15 giugno 2009, p. 54 ss. È noto che, al contrario, una convinta affermazione dell'esistenza, e della centralità, all'interno del sistema normativo, del diritto privato, del principio di proporzionalità è argomentata da P. PERLINGIERI, del quale, tra gli altri scritti in argomento, cfr. *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

⁶² Il riferimento è, com'è ovvio, a Cass. S.U. 12 dicembre 2014 nn. 26242 e 26243; sui principi enunciati da queste ultime, ed ai limitati fini che possono venire in considerazione in questa sede, ci si permetta il rinvio, nel solco di quanto in precedenza già osservato, al nostro *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 197 ss. Non sembra invece che si possa cogliere nelle sentenze delle Sezioni Unite sullo sfondo di queste considerazioni un contrasto con l'idea della nullità che le Sezioni Unite del 2014 avevano condiviso e secondo la quale, in estrema sintesi, come pure si è accennato in questa sede, la stessa si fonderebbe comunque sulla rilevazione, e sulla tutela, di un interesse sovraindividuale. Infatti, sul filo delle notazioni sviluppate nel testo, qui neppure verrebbe in gioco la sanzione della

Sembra allora che i principi enunciati dalle sentenze delle Sezioni Unite non debbano essere visti come espressione di una scelta interpretativa eversiva, tale da indurre la necessità di rivedere “insegnamenti ricevuti in tema di forma del contratto e di struttura del documento, senza rinvenire alcun supporto oggettivo nella disciplina comunitaria” e, per di più, attuata al fine di “soccorrere le imprese di uno specifico settore”, che abbiano omesso di adeguarsi alle prescrizioni della disciplina normativa del settore in cui operano⁶³; si tratta, più semplicemente, di un ulteriore momento di un processo certo ancora in corso, di revisione di categorie tradizionali nella prospettiva, che pare in effetti essere quella soltanto adeguata alla complessità del tempo presente, della funzione che i corrispondenti istituti sono chiamati ad espletare⁶⁴.

6. Conclusioni.

È tempo ormai di proporre alcune considerazioni conclusive del discorso fin qui svolto, nel solco di quanto da principio si anticipava essere lo scopo al quale esse tendevano.

La ricostruzione svolta ha tentato di individuare, e di tratteggiare sinteticamente, quelli che a chi vi parla sono parsi i momenti qualificanti, ed i fattori più significativi, della tensione che attraversa ormai da decenni il sistema delle invalidità e, specificamente, la categoria della nullità; e potrebbe allora ritenersi che questa tensione possa sciogliersi solo attraverso un intervento del legislatore che a quel sistema ridia armonia e coerenza, sia pure tenendo conto della ormai inevitabile articolazione della disciplina delle nullità su una pluralità di livelli.

nullità, essendo il requisito formale imposto dalla norma soddisfatto dalla consegna del testo scritto del contratto.

⁶³ Per questa vivace critica, LA ROCCA, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ Osserva, da ultimo, PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, cit., p. 130, proprio con riferimento alla sentenza della quale si è da ultimo discorso, che “le S.U. odierne, trasportando la ‘dissimetria sul piano dei rimedi ‘per bilanciare l’opposta situazione di dissimetria delle parti’ in sede di stipula e *in executivis*, colgono, a nostro avviso, nel segno”; e si vedano anche, dello stesso Autore, le considerazioni in *ibidem*, p. 261 ss.

Può tuttavia nutrirsi qualche dubbio che l'intervento del legislatore, quanto meno al livello di disciplina proprio del codice civile, sia necessario, o anche soltanto opportuno⁶⁵; e non soltanto per le perplessità che suscita sempre più – la notazione non appaia troppo sbilanciata sull'attualità politica – la capacità del potere legislativo di 'filtrare', 'mediare' e 'rappresentare' sul piano del discorso precettivo gli interessi ed i bisogni della collettività, senza appiattirsi semplicemente su di essi.

Pare, infatti, piuttosto decisivo il rilievo che una volta che l'individuazione, e le valutazioni circa i fini da raggiungere, siano state compiute dal legislatore, è, poi, compito della teoria della invalidità o della nullità sorreggere l'interpretazione o l'integrazione del discorso del legislatore⁶⁶; e gli esempi concreti sui quali ci siamo da ultimo soffermati suggeriscono la riflessione, a questo punto davvero conclusiva, che questa opera di interpretazione, integrazione e razionalizzazione del discorso del legislatore possa essere più efficacemente demandata a chi (interprete dottrinale, così come interprete 'giurisprudenziale'), dai rispettivi angoli visuali, sia in grado di concretizzare l'analisi funzionale delle singole vicende controverse. E qui un cenno può farsi all'uso intelligente e raffinato che un'altra, recente sentenza delle Sezioni Unite – la Cass. S.U. 24 settembre 2018 n. 22437 sulla questione della validità della clausola *claims made*⁶⁷ – ha proposto di un'argomentazione volta, per il tramite del ricorso al rimedio della nullità parziale, "a rendere il contratto idoneo allo scopo, tenuto conto anzitutto delle esigenze dell'assicurato, oltre che delle ricordate istanze sociali" (e cioè "di una corretta allocazione dei costi dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio

⁶⁵ Fermo restando che, come si osservava *supra*, nt. 4, l'ipotesi di riforma prefigurata dal d.d.l. S n. 1151/2019 – comunque, non tale da determinare, ove pure attuata, una revisione complessiva del sistema delle invalidità – non ha avuto, allo stato, alcun seguito ed è ormai decisamente improbabile che ne abbia uno.

⁶⁶ Cfr., per questa indicazione di metodo, GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1427.

⁶⁷ Vedila, tra gli altri luoghi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 70 ss., con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*.

patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo privo di idonea assicurazione⁶⁸.

⁶⁸ Del resto, la circostanza che spetti all'interprete – una volta individuate dal legislatore le finalità, in termini di interessi tutelati, proprie della disciplina di un determinato settore dell'esperienza – 'costruire' il sistema delle invalidità, anche nella sua modalità operativa concreta e nei suoi rapporti con altre tecniche rimediali, risulta ulteriormente confermata dalla recentissima ordinanza interlocutoria della I sezione della Corte di Cassazione, n. 11486 del 30 aprile 2021. Quest'ultima, infatti, ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione dell'applicabilità dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità di intese restrittive della concorrenza alle fideiussioni bancarie sulla base delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, in particolare sotto i profili dei rapporti con l'azione di risarcimento del danno, del regime applicabile all'azione di nullità e della configurabilità di un'ipotesi di nullità parziale.

ANNA SCOTTI
Professoressa associata di diritto privato
Università degli Studi di Napoli Federico II

LA DISCIPLINA DELLA CARTOLARIZZAZIONE DEI CREDITI TRA ESIGENZE DI TUTELA DEI DEBITORI CEDUTI ED ESIGENZE DI TUTELA DEGLI INVESTITORI

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La tutela degli investitori nella disciplina della cartolarizzazione dei crediti. – 3. La posizione del debitore ceduto: l'opponibilità delle eccezioni dalle norme sulla cessione del credito... – 4. ...alla disciplina speciale della cartolarizzazione. – 5. L'orientamento dell'Arbitro bancario finanziario. – 6. La circolarità delle tecniche di protezione degli investitori e la tutela del mercato.

1. Il caso.

Nell'ambito di una operazione di cartolarizzazione di crediti, effettuata ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130, il cessionario otteneva decreto ingiuntivo per il recupero del credito nei confronti del debitore ceduto, il quale proponeva opposizione formulando, tra l'altro, la domanda di condanna alla restituzione di pagamenti eseguiti in difetto di valida causa per oneri relativi al rapporto di conto corrente intercorso con l'istituto bancario cedente. Dopo i gradi di merito – nei quali, respinta l'opposizione per motivi di rito in primo grado, veniva accolta la domanda riconvenzionale dal giudice di appello – la Corte di Cassazione è stata chiamata, quindi, a decidere se la cartolarizzazione del credito determini o meno una successione a titolo particolare del cessionario in tutti i rapporti giuridici facenti capo al cedente, e, comunque, la possibilità per il debitore ceduto di opporre al cessionario tutte le eccezioni così come proporre le domande relative al rapporto sottostante.

Con la sentenza del 30 agosto 2019, n. 21843, è stato deciso che

nella cartolarizzazione dei crediti, effettuata ai sensi della legge n. 130 del 1999, non è ammissibile da parte del debitore ceduto la proposizione al cessionario di eccezioni relative al rapporto con il creditore cedente, in quanto l'operazione di cartolarizzazione si articola, tra l'altro, con la costituzione di un patrimonio separato composto dai crediti ceduti, destinato in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione; pertanto, i possessori dei titoli emessi per finanziare l'operazione di cartolarizzazione possono essere esposti solo al rischio del mancato incasso dei crediti cartolarizzati, sul quale non possono incidere in maniera imprevedibile le conseguenze delle vicende relative al rapporto tra il ceduto e il cedente.

Discostandosi da un orientamento diffuso tra le corti di merito, i Giudici osservano, in primo luogo, la necessità di non elidere la distinzione tra le fattispecie di cessione del credito e cessione del contratto, come, invece, si verifica trasferendo alla cessione del credito i connotati propri della successione nella posizione contrattuale. L'argomento dirimente viene, peraltro, rinvenuto nella natura e nella finalità dell'operazione di cartolarizzazione, caratterizzata dal fatto che il finanziamento della cessione avviene attraverso la creazione di un patrimonio separato, composto dai crediti ceduti, il cui valore è destinato in via esclusiva al rimborso dei titoli emessi. È evidente, dunque, che la destinazione esclusiva che viene impressa al patrimonio separato si traduce nell'imposizione ai risparmiatori del solo rischio derivante dal mancato incasso del credito e dei costi dell'operazione; diversamente, precisa la Corte, se si ammettesse il ceduto all'opponibilità di eccezioni o alla formulazione di domande riconvenzionali relative ai suoi rapporti con il cedente, il patrimonio separato risulterebbe investito, *in modo imprevedibile*, e sui risparmiatori *scaricate* le conseguenze. Un sostegno normativo alla ricostruzione così effettuata è offerto dall'art. 4, comma 2, della legge n. 130 del 1999 che ha espressamente escluso che i debitori ceduti possano esercitare la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i propri crediti verso il

cedente sorti posteriormente alla data di pubblicazione della notizia nella Gazzetta Ufficiale o alla data certa dell'avvenuto pagamento, anche parziale, del corrispettivo della cessione; infatti, è evidente che la *ratio* sottesa a tale disposizione sia proprio quella di salvaguardare la destinazione vincolata del patrimonio separato¹.

2. *La tutela degli investitori nella disciplina della cartolarizzazione dei crediti.*

Come ha puntualmente colto la sentenza della Corte di Cassazione, la strumentalità della disciplina della cartolarizzazione del credito alla creazione di una nuova forma di investimento – approccio che, tuttavia, divide la dottrina giacché si ritiene anche che la disciplina sia ispirata dall'esigenza di realizzare una forma di finanziamento dell'impresa cedente, che può così *monetizzare ricchezza virtuale*² – ha il suo principale presidio nella separazione

¹ Appare opportuno precisare che i riferimenti qui operati alla compensazione prescindono, per ragioni di economia, da ogni presa di posizione sul tema della cd. compensazione *impropria* che secondo i sostenitori della sua autonomia rispetto alla fattispecie disciplinata dal Codice civile – utilizzando come criterio distintivo la pertinenza delle obbligazioni compensate ad un unico rapporto giuridico – non soggiace alle limitazioni previste appunto dalla normativa codicistica (è questa la posizione, ad esempio, di ampia parte della giurisprudenza di legittimità: Cass., 18 maggio 2018, n. 12323. In dottrina, la tesi risale a BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Milano, 1946, p. 817, con particolare riferimento alla superfluità dell'applicazione dell'istituto nei contratti sinallagmatici. In senso contrario, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 264; CICERO, *Compensazione*, in *Dig. IV, Sez. Priv.*, Torino, 2012, *Agg.*, 164. Su questi temi, si veda la recente ricostruzione delle principali posizioni in FACCIOLI, *Cessione del credito e compensazione (impropria)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 771 ss.).

² Si osserva, infatti, che non a caso la cartolarizzazione ha assunto un ruolo rilevante nell'ambito delle operazioni finanziarie poi degenerate nelle tecniche di disposizione dei mutui *subprime*, per venire incontro alle esigenze delle banche che avevano bisogno di liquidità per fare fronte alle richieste sempre più numerose di mutui ipotecari, ma anche per fronteggiare il proprio indebitamento a breve termine rispetto alle prospettive di realizzazione del credito da restituzione, strutturalmente a lungo termine (VIRGA, *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenze del capitale finanziario*,

patrimoniale del blocco dei crediti ceduti rispetto al patrimonio dei soggetti partecipi dell'operazione³. Tali soggetti sono il cedente a

in *Contr. imp.*, 2007, p. 1014, nota 5, mentre l'espressione riportata nel testo è a p. 1027). Ad esempio, la prospettiva scelta può influire sulla soluzione di una questione come quella della possibilità degli investitori di aggredire il patrimonio di provenienza dell'emittente – se diversa dalla *spv* – o dell'operatività della separatezza in modo bidirezionale. In generale, si sottolinea l'utilità per i cedenti di ottenere un effetto di ripulitura dei propri bilanci dai crediti di difficile esazione (GUERRIERI, *Investimento in crediti e nuove cartolarizzazioni*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 472; GALLETTI, *Cartolarizzazione dei crediti*, in *Enc. dir., Annali II*, II, Milano, 2008, p. 205). Si può, comunque, convenire con l'osservazione che la funzione dell'operazione complessa che si realizza con la cartolarizzazione soddisfa interessi diversi, a seconda della prospettiva soggettiva considerata, conciliabili tra loro (MODULO e ZACCAGNINI, *Brevi riflessioni sulle nuove disposizioni in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 73 ss.).

³ Va osservato che il legislatore ha utilizzato la locuzione *patrimonio separato* (art. 3, comma 2, l. n. 130/1999), non prima di avere precisato che «le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti siano *destinate* in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi», (art. 1, comma 1, lett. a), l. n. 130/1999) e qui non è possibile affrontare la questione della fungibilità o meno delle nozioni di *segregazione* e *separazione* e del loro rapporto con la *destinazione*, anche per l'ampio dibattito che correda la possibilità o meno, ed eventualmente secondo quali criteri, di differenziare le due nozioni: per la cartolarizzazione dei crediti, peraltro, a valle di un tentativo di classificazione, si è ritenuto che la disciplina normativa presenta profili di originalità rispetto anche alle numerose ed eterogenee fattispecie di patrimonio separato che l'ordinamento ammette (MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. "cartolarizzazione" dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 103. Si rinvia a M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 197 ss.); tanto da rendere necessaria un'attenta valutazione della possibilità che l'incrocio tra gli istituti previsti dall'ordinamento in cui si può attuare una separazione patrimoniale renda praticabili, e in quali limiti, vari modelli di cartolarizzazione connotati da diversi livelli di separazione patrimoniale (PICARDI, *Il "fondo comune di crediti" nel sistema della separazione patrimoniale*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 77 ss.). Già nel Codice civile esistono, infatti, ipotesi di separazione patrimoniale, le cui linee fondanti sono state ricostruite sulle direttrici della presenza di un'organizzazione (che può essere immanente solo alla persona giuridica), del perseguimento di un fine particolare, e dell'esistenza di un sistema di controlli (RASCIO, *Le destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, e ora in *Scritti giuridici. Raccolti da Paolo Pollice e Francesco Santoni*, Torino, 2011, p. 45 ss., spec. p. 122 ss.); un'applicazione puntuale è verificata nelle ipotesi di

titolo oneroso⁴ (*originator*) di una pluralità di crediti ad un soggetto appositamente costituito (*special purpose vehicle*), il quale provvede all'emissione e al collocamento di titoli, direttamente o mediante una società deputata (*issuer*): il ricavato forma la provvista per il pagamento del corrispettivo all'*originator*, mentre i sottoscrittori dei titoli sono soddisfatti con il ricavato dall'incasso dei crediti ceduti⁵. È evidente, quindi, che la costituzione del patrimonio separato limita entro l'eventualità della mancata

separazione patrimoniale – accanto alla cartolarizzazione il riferimento è ai fondi comuni di investimento e ai patrimoni destinati ad uno specifico affare – in cui il vincolo di destinazione è presidiato da sistemi di controllo e di garanzie sulle modalità di gestione e sul perseguimento dello scopo della destinazione (GUIZZI, *Le destinazioni patrimoniali e nuovi interessi: il problema della meritevolezza nell'esperienza privatistica*, in *Dir. giur.*, 2011, p. 353). È stato osservato, a tale proposito, che la necessità di costituzione della società veicolo risponde proprio alla necessità che la cessione abbia quale termine di riferimento un *soggetto*, per cui – interrogandosi sulla problematicità del ruolo della società veicolo – se ne ritiene prevalente la funzione organizzativa quale “centro di imputazione giuridica” del patrimonio separato, sul quale, a sua volta, si costituisce una sorta di comunione pro indiviso della massa dei crediti di cui sono titolari i portatori dei titoli (FERRO-LUZZI, *La l. n. 130. Profili generali: principi e metodi di interpretazione ed applicazione*, in FERRO-LUZZI e PISANTI (a cura di), *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. n. 130/99*, Milano, 2005, p. 84 ss.). I compiti di organizzazione, appaiono ancora più marcati nelle ipotesi di cartolarizzazione di volta in volta implementate dal legislatore sullo schema base, quali, ad esempio, la cartolarizzazione del rischio dei crediti oppure dei crediti deteriorati (rispettivamente art. 7, la cui formulazione attuale è effetto della modifica apportata dall'art. 1, comma 1088, lettera a), numero 1), della L. 30 dicembre 2018, n. 145, e art. 7.1., aggiunto dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. l. 21 giugno 2017, n. 96. Si veda su questi aspetti PICARDI, *Cessione dei crediti e diritto di informazione del debitore ceduto tra disposizioni della Banca d'Italia e orientamenti dell'ABF*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, I, p. 211).

⁴ La cessione a titolo oneroso, secondo la lettera dell'art. 1 della l. n. 130/1999, denota la singolarità di una definizione, nella quale si “individua un presupposto non già per ricollegare ad esso una qualificazione giuridica ma per delineare l'ambito di applicazione di una specifica normativa” (SCOZZAFAVA, *La cartolarizzazione dei crediti: la fattispecie*, in *Cont. imp.*, 2005, p. 1045).

⁵ Rispetto a tale schema base, sono possibili alcune varianti che rendono ulteriormente complessa l'operazione, per le quali si rinvia a CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1485.

riscossione del credito la misura del rischio sopportato dai risparmiatori⁶: a questi ultimi, come rileva la Corte di Cassazione, non potrebbe essere imposta un'alea maggiore e imprevedibile, come accadrebbe se l'intangibilità del patrimonio separato non valesse anche per il debitore ceduto. Dal punto di vista operativo, dunque, tale separazione si sostanzia nel divieto di azioni sul patrimonio separato della società veicolo diverse da quelle spettanti ai portatori dei titoli, nella limitata opponibilità della compensazione e nell'esclusione di azioni revocatorie fallimentari dei pagamenti eseguiti dai debitori ceduti in favore della cessionaria. Nella trama normativa così delineata spicca l'esigenza di tutela del risparmio costituzionalmente protetta, che costituisce quindi un criterio guida per l'interprete, ogni qual volta il dettato della legge tace o consente soluzioni diverse.

In tale contesto si apprezza l'impostazione scelta dalla Corte di Cassazione, visto che l'eventuale ammissione di creditori terzi – come anche del debitore ceduto che agisce per il soddisfacimento di una propria posizione attiva – all'aggressione del patrimonio separato si porrebbe in evidente conflitto con la tutela dei risparmiatori.

La protezione di questi ultimi, invece, non può sottrarsi al rischio di mercato che, solitamente, corrisponde alle vicende che riguardano l'emittente e che ne possono determinare l'impossibilità di fare fronte al rimborso dei titoli; rischio che, se da un lato è neutralizzato dall'autonomia del patrimonio costituito dai flussi finanziari derivanti dall'incasso dei crediti rispetto a quello dell'emittente ovvero dello stesso *originator*, può sempre concretizzarsi nella mancata realizzazione del valore dei crediti cartolarizzati⁷.

⁶ La funzione di garanzia patrimoniale degli investitori assicurata dalla separazione patrimoniale è preminente rispetto ad altre possibili *rationes*, come la trasparenza della gestione e la limitazione della responsabilità (CAPALDO, *La novella alla legge 130/1999: nuove figure di separazione patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 380).

⁷ Spesso tale eventualità è arginata dalla previsione dell'intervento della società veicolo e, soprattutto dei prestatori esterni di garanzia (*credit enhancers*); naturalmente, nonostante la presenza di garanzie, potrebbe

Il risparmiatore non può mai pretendere una garanzia assoluta di redditività dell'investimento⁸, ma ha il diritto di conoscere e valutare l'indice di rischiosità del titolo acquistato. In questo caso,

comunque realizzarsi la distribuzione delle perdite tra gli investitori fino alla completa impossibilità di rimborso (come spesso innescato dal fatto che le polizze in questione sono costruite in forme di *credit default swap* e negoziate fuori dai mercati regolamentati: per una puntuale analisi dei possibili scenari si rinvia a VIOLANTE, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1004 ss. Nel momento attuale, la costruzione negoziale delle garanzie si presenta come tema decisivo, atteso che la moratoria dei pagamenti disposta dal D.l. 17 marzo 2020 "Cura Italia" per l'emergenza dovuta alla pandemia COVID19 si applica anche ai crediti cartolarizzati: a tale proposito le Linee Guida COVID19 dell'EBA – nell'interpretazione fornita dallo stesso ente – precisano che la concessione da parte dell'*originator* della moratoria non comporta automaticamente la classificazione dei crediti cartolarizzati, la cui riscossione sia sospesa, come *non performing* oppure *forborne*, né trasgressivi del divieto di *supporto implicito* (*Guidelines on legislative and non-legislative moratoria on loan repayments applied in the light of the COVID-19 crisis* (2 aprile 2020) consultabili sul sito istituzionale dell'EBA, secondo i chiarimenti forniti alle Linee guida il 22 aprile 2020 (*EBA statement on additional supervisory measures in the COVID-19 pandemic*, in particolare artt. 28-41).

⁸ Nemmeno sono configurabili obblighi di condotta del cessionario rispetto alla gestione del patrimonio di crediti (MESSINETTI, *op. cit.*, p. 104 ss., cui si rinvia anche per la ricostruzione dei rimedi conservativi degli investitori, in rapporto alla disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dal Codice civile). Si afferma ancora che strumenti di tutela per gli investitori possono essere rinvenuti anche in fattispecie di responsabilità per comportamenti illeciti degli intermediari, diversi dalla società veicolo, che partecipano all'operazione (PROTO, *La nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Fallimento*, 1999, p. 1173): sul presupposto dell'inquadramento del patrimonio separato nella figura del *trust*, si è affermato che la responsabilità della società veicolo si atteggia proprio come quella che può essere imputata al *trustee*, quando è soggetto diverso dall'emittente, mentre, in ipotesi di coincidenza, si propone che i risparmiatori possano sollecitare l'intervento dell'Autorità di vigilanza (SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 268). Una incidenza sulle aspettative degli investitori può verificarsi anche in caso di estinzione anticipata del credito ceduto, che determina ovviamente il venire meno dell'incasso degli interessi e, quindi, della liquidità finale del patrimonio della *spv* (GABRIELE, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 530).

la valutazione è resa da un'agenzia di *rating* (gli *operatori terzi ex art. 2, comma 5, l. 130/1999*), la quale svolge un'analisi statistico attuariale⁹, e, soprattutto, non compie una valutazione dei debitori ceduti dal momento che i crediti sono selezionati sulla base di criteri omogenei che ne permettano *l'individuazione in blocco* (se si tratta di una pluralità di crediti) ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 130 del 1999, conformemente all'art. 58, comma 1, t.u.b. in materia di cessione di rapporti giuridici; la valutazione del merito creditizio, quindi, si concentra sulle modalità in cui è stata strutturata l'emissione dei titoli¹⁰, e, quindi, con l'esclusione di rilevanza di posizioni terze che potrebbero potenzialmente rivolgersi al patrimonio separato.

3. La posizione del debitore ceduto: l'opponibilità delle eccezioni dalle norme sulla cessione del credito...

Il profilo funzionale si allinea alle conclusioni cui si perviene all'esito di un'analisi svolta in prospettiva strutturale.

È stato osservato¹¹ che, nella complessa operazione negoziale che realizza la cartolarizzazione del credito, la fase del trasferimento è stata oggetto di una disciplina che, non mirando a un disegno organico di un istituto nuovo, ha il suo termine di riferimento nella fattispecie disciplinata negli artt. 1260 ss. del Codice civile; e gli altri rapporti negoziali, necessari per la realizzazione dell'operazione – come, ad esempio, il contratto di gestione dei crediti con il *servicer* – sono autonomi nella struttura, ma collegati e quindi dipendenti, in forma reciproca o accessoria.

Nel silenzio del legislatore si riconosce al debitore ceduto la possibilità di opporre al cessionario le eccezioni che gli spettavano nei confronti del creditore cedente. L'opponibilità delle eccezioni è ritenuta senza limitazioni, e, quindi, comprende non solo quelle relative alla fase esecutiva del rapporto, ma anche quelle che attengono alla fase di formazione del titolo, fino all'affermazione che il debitore ceduto può esercitare nei confronti del cessionario le

⁹ GABRIELE, *op. cit.*, p. 536.

¹⁰ VIOLANTE, *op. cit.*, p. 1007.

¹¹ CAMPIONE, *op. cit.*, p. 1496; SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 1058.

azioni che, in mancanza della cessione, avrebbe potuto proporre nei confronti del creditore originario¹². È comune a dottrina e giurisprudenza l'osservazione che il debitore non può trovarsi in una posizione peggiore a quella che aveva originariamente nei confronti del cedente¹³, non partecipando al negozio di cessione e non potendo impedire la sostituzione del creditore; peraltro, pur tenendo conto del bilanciamento degli interessi che per le ragioni ricordate si orienta a favore del ceduto, si afferma che restano escluse le eccezioni fondate sugli atti che incidono sull'esistenza o sull'esigibilità del credito, e che siano esplicitazione «della libera determinazione del cedente», visto che questi non è più titolare del rapporto su cui dovrebbero prodursi gli effetti¹⁴.

La disciplina della compensazione risponde alle medesime esigenze di bilanciamento degli interessi, giacché la regola posta dall'art. 1248 cod. civ., secondo cui il debitore ceduto può opporre al cessionario la compensazione intervenuta nel rapporto

¹² Si precisa che il trasferimento del credito non può comportare la modifica del rapporto obbligatorio conseguente al mutamento del lato attivo, come accade in ogni vicenda traslativa, in uno al carattere derivativo che riveste l'acquisto del cessionario (DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. IV, Sez. civ.*, Torino, 1988, vol. II, p. 322); il che, tuttavia, non incide sull'esigenza ricordata di distinguere la successione del diritto dalla modificazione del rapporto obbligatorio: la scomposizione dei due profili si coglie nel fatto che il trasferimento del credito non determina di per sé la modificazione anche del lato attivo, fino a quando il debitore non sia reso edotto dell'avvenuto trasferimento, circostanza che determina il riallineamento tra lato passivo e lato attivo del rapporto (PIRAINO, *Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell'obbligazione*, in *Cont. e imp.*, 2012, p. 414 ss.). In tale prospettiva, si segnala l'approfondimento del rapporto con l'estensione dell'oggetto della cessione agli accessori del credito, tra cui rientrano anche tutte le situazioni che possono assicurare il soddisfacimento del creditore, e che giustificano, sul versante opposto, l'opponibilità delle relative eccezioni (PIEPOLI, *Gli accessori del credito "per destinazione"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 494 ss.; in giurisprudenza si preferisce fondare la legittimazione del cessionario alle azioni funzionali al soddisfacimento del credito proprio sul nesso di strumentalità all'effettività del diritto acquistato: ad es. Cass., 13 febbraio 2013, n. 3579).

¹³ PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, p. 867 ss. Valorizza il ruolo della buona fede C.M. BIANCA, *Il debitore e il mutamento dei destinatari del pagamento*, Milano, 1963, p. 36 ss.

¹⁴ PIRAINO, *op. cit.*, p. 431.

obbligatorio con il cedente – con l’eccezione del caso di un’accettazione pura e semplice della cessione, o del limite dei crediti sorti posteriormente alla notificazione, se appunto la cessione è stata notificata – mira a proteggere l’affidamento del debitore, privilegiato nell’operazione di contemperamento delle diverse posizioni coinvolte, in quanto non avendo conoscenza ancora dell’avvenuta cessione, confida nella possibilità di opporre la compensazione¹⁵. In tale modo si giustifica l’anomalia della compensazione della cessione del credito rispetto alla figura generale e, cioè, la sua operatività anche dopo che la condizione di reciprocità delle obbligazioni è venuta meno e tra soggetti diversi dalle parti originarie del rapporto¹⁶. Si è osservato come sia funzionale a tale interesse la persistenza della condizione di reciprocità delle obbligazioni oggetto di compensazione fino a quando non si è verificata la modificazione del lato attivo, con la precisazione che la reciprocità non riguarda soltanto il diritto di credito, ma il complessivo rapporto obbligatorio, e, pertanto, una volta verificatasi la compensazione, l’effetto estintivo si è compiuto e il potere di eccezione appartiene alla sfera giuridica del debitore e non è inciso dalle vicende successive del rapporto¹⁷. Fatto sta che il profilo di tutela dell’interesse del debitore ceduto risulta più marcato nell’ipotesi in cui il controcredito di cui è titolare è sorto nel tempo tra la cessione e il verificarsi del presupposto di opponibilità¹⁸, dopo il quale egli non può sottrarsi all’adempimento al suo nuovo creditore¹⁹.

4. ...alla disciplina speciale della cartolarizzazione.

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna Roma, 1975, p. 362.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*, p. 363; PIRAINO, *op. cit.*, p. 417 ss.

¹⁷ PIRAINO, *op. cit.*, p. 418.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Dall’impostazione che rinviene nel fondamento della compensazione un rapporto *incrociato di debiti e crediti*, e non tra soggetti, si giunge all’affermazione che l’opponibilità al cessionario discenda dalla sua titolarità di quel diritto di credito nel quale si è verificata in un certo momento la situazione di reciprocità (PIRAINO, *op. cit.*, p. 422).

La soluzione che si profila deve essere verificata alla luce delle peculiarità della disciplina della cartolarizzazione del credito²⁰.

Uno dei temi più problematici è stato proprio quello della compensazione. Infatti, l'art. 4 della legge 130 estende alla cartolarizzazione l'art. 58, commi 2, 3 e 4, del t.u.b., il quale dispone che gli adempimenti pubblicitari della cessione producono rispetto ai debitori ceduti gli effetti dell'art. 1264 cod. civ.: il mancato richiamo dell'art. 1248 cod. civ. aveva, dunque, aperto la discussione sull'opponibilità della compensazione, polarizzata sulle opposte tesi di un'ammissibilità piena dell'eccezione di compensazione, anche al di fuori dei limiti imposti dal Codice civile, e di una esclusione altrettanto assoluta della compensabilità del debito verso il cessionario con il credito nei confronti dell'*originator*.

La novellazione dell'art. 4 – ex d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9 – ha risolto la questione non attraverso la tecnica del rinvio ad altre disposizioni speciali o codicistiche, come avvenuto nel doppio passaggio dall'art. 4 all'art. 58 t.u.b. e per esso all'art. 1264 cod. civ., ma disponendo direttamente che, dalla data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale o dalla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione, non è esercitabile dai relativi debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i debiti del cedente sorti posteriormente a tale data e, così, di fatto, uniformando la disciplina speciale a quella codicistica e, per quanto qui interessa, consentendo all'interprete di leggere il tema delle eccezioni con i medesimi esiti della riflessione condotta sul piano generale²¹.

²⁰ La ricostruzione dei rapporti di specialità e/o di integrazione tra cessione del credito regolata dal Codice civile e disciplina della cartolarizzazione sono approfonditi da PICARDI, *Cessione dei crediti*, cit., p. 203 ss.

²¹ Infatti, la scelta del legislatore non può sottrarsi ad una valutazione tassonomica, visto che, in altra sede – e precisamente in materia di credito al consumo (art. 125 *septies* Cod. cons.) – si è attribuita al debitore ceduto la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni relative al rapporto con il

E, invece, ci si deve interrogare sull'eventuale specialità della disciplina della cartolarizzazione – ancora una volta giusta il rinvio all'art. 58 t.u.b. – per le eccezioni relative al rapporto contrattuale in cui ha titolo l'obbligazione ceduta.

Sul piano più generale, è diffusa nelle corti di merito la tesi di una completa successione del cessionario nel rapporto controverso, in forza dell'applicabilità del complessivo meccanismo tracciato dall'art. 58 t.u.b., che disegna una fattispecie di cessione del contratto – compreso in un insieme di rapporti individuati *in blocco* – regolando la posizione del debitore ceduto, per il quale, come visto, la pubblicità della cessione svolge la medesima funzione della notificazione, e quella del creditore ceduto che si giova di una responsabilità solidale del cedente e del cessionario fino a tre mesi dalla notizia legale della cessione; entro lo stesso termine debitore e creditore ceduto possono, inoltre, recedere dal contratto. Orbene, la giurisprudenza ha ritenuto influente il fatto che il legislatore nella cartolarizzazione non abbia richiamato il comma 5 dell'art. 58 t.u.b. – come ovvio trattandosi di una successione nel solo lato attivo – ritenendo al contrario che non si siano volute concedere alle parti le prerogative del regime transitorio, rimanendo ferma, invece, la devoluzione al cessionario della complessiva posizione contrattuale. In alcune decisioni – ad esempio Trib. Catania 19 marzo 2018²² – si è affermato di ricevere il sostegno della Corte di Cassazione che ha appunto precisato come l'art. 58 t.u.b., operando il trasferimento al cessionario dei crediti e dei debiti di cui è titolare la cedente, compia una sostituzione che, escludendo la responsabilità concorrente di quest'ultima con il cessionario, deroga all'art. 2560 cod. civ. Non ci si avvede in questo orientamento che i precedenti di legittimità richiamati riguardavano ipotesi di cessione in blocco di rapporti giuridici e non di cartolarizzazione che, rispetto a quello schema, si sovrappone al solo segmento del trasferimento di crediti.

La questione, quindi, deve trovare soluzione sul piano generale

cedente, tra cui la compensazione senza i limiti dell'art. 1248 c.c. (CAMPIONE, *op. cit.*, p. 1500).

²² La sentenza può essere letta sulla banca dati *iusexplorer.it*.

della disciplina della cessione del credito, in virtù della quale – come visto – senza necessità di invocare impropriamente le regole della cessione in blocco *ex art. 58 t.u.b.* – il debitore ceduto, pertanto, potrà opporre alla società veicolo – eventualmente al soggetto che, per conto di quest'ultima, cura la gestione e l'esazione del credito – le stesse eccezioni di cui disponeva nel rapporto con il cedente.

Per quanto la separazione patrimoniale che caratterizza l'insieme dei crediti cartolarizzati sia strumentale alla conservazione delle ragioni dei risparmiatori, non si può evitare che nel rischio, incombente sull'investimento, sia compreso non solo quello dell'inadempimento e dell'insolvenza, ma anche quello dell'inesigibilità del credito perché il debitore ceduto solleva eccezioni o propone azioni che paralizzano la pretesa del cessionario²³.

È, invece, opportuno precisare che l'esigenza di evitare la compromissione delle ragioni del debitore ceduto non può estendersi fino alla completa equiparazione della sua posizione nei confronti del cessionario a quella che consegue alla cessione del contratto, a pena – come sottolineato anche dalla sentenza in commento – di vanificarne l'autonomia²⁴. Nel sistema delle eccezioni descritto dagli artt. 1409 cod. civ. – pur tenendo conto che il perimetro di applicabilità della relativa disciplina risulta

²³ L'inesigibilità si appunta non sulla fattispecie costitutiva del vincolo obbligatorio, ma sulla pretesa creditoria, atteggiandosi quale vicenda modificativa, come sottolineato da O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 16 ss.).

²⁴ CAMPIONE, *op. cit.*, p. 1501, il quale sottolinea che nel titolo emesso nella cartolarizzazione è incorporato il diritto a ricevere la quota del credito incassato e non anche a conseguire eventuali ulteriori utilità sorte nel rapporto tra cedente e ceduto. L'opportunità di salvaguardare la distinzione tra i due piani è rimarcata dalla previsione, per il caso di cessione di crediti derivanti da aperture di credito, che il perfezionamento delle modalità di pubblicità della cessione estende i suoi effetti anche a tutti i crediti futuri nascenti da tali contratti, purché stipulati prima del compimento delle formalità della cessione (art. 4, comma 2 *bis*, della l. n. 130/1999); se la posizione contrattuale inerente all'apertura di credito fosse trasferita automaticamente in capo al cessionario, non vi sarebbe stato bisogno di una norma specifica per statuire che i debiti derivanti dall'utilizzazione dell'apertura di credito siano compresi nella cessione.

limitato dalla natura corrispettiva dei contratti e dalla loro non avvenuta esecuzione – il ceduto non può opporre al cessionario le eccezioni fondate su *altri rapporti con il cedente*, salvo riserva²⁵.

Per ragioni di coerenza sistematica, questo deve costituire un limite anche alla proponibilità delle eccezioni del debitore ceduto nella fattispecie – strutturalmente più circoscritta – della cessione del credito²⁶.

A ciò va aggiunta l'autonomia delle azioni che derivano da fattispecie che determinano la caducazione del titolo: si pensi, per citarne l'ipotesi che rileva in ragione della materia decisa dalla sentenza in commento, agli effetti derivanti dall'invalidità o dalla risoluzione del contratto, affidate alla disciplina dell'indebito²⁷. Orbene, il destinatario dell'azione di ripetizione è colui che ha percepito la prestazione non dovuta, sicché non dovrebbe potersi revocare in dubbio che il ceduto non possa esercitare nei confronti del cessionario le azioni che, pur derivanti dal contratto fonte del diritto di credito nei suoi confronti, non siano direttamente strumentali al contrasto della pretesa²⁸.

²⁵ Tra cui, peraltro, viene annoverata anche la compensazione, visto che anche l'art. 1248 c.c. è inapplicabile in una fattispecie in cui il debitore ceduto, partecipando al negozio di cessione, la ha *accettata* (si cfr. CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, p. 895 ss.).

²⁶ Diversamente va impostata la produzione degli effetti della partecipazione del debitore ceduto al negozio di cessione (P. PERLINGIERI, *Della cessione*, cit., p. 70 ss.; e di recente PIRAINO, *op. cit.*, p. 406 ss.).

²⁷ È stato sottolineato, a sostegno della tesi che la cartolarizzazione ha ad oggetto trasferimento del solo credito e non dell'intera posizione contrattuale, l'orientamento giurisprudenziale che in materia di *factoring*, in cui il credito ceduto deriva dalla compravendita di un bene mobile, ha riconosciuto in capo al cedente la legittimazione passiva all'azione del cessionario per la riduzione del prezzo per vizi della cosa (CAMPIONE, *op. cit.*); si potrebbe aggiungere, nella prospettiva interpretativa seguita nel testo, che la consegna del bene viziato è stata eseguita dal venditore/creditore cedente il quale, quindi, ha lucrato il vantaggio conseguente all'esecuzione di una prestazione inesatta.

²⁸ In tale prospettiva, è possibile trarre una indicazione dalla soluzione che si è data in dottrina al problema dell'individuazione delle azioni contrattuali trasmesse al cessionario e che – diversamente dai tentativi di classificazione effettuati sulla base del loro contenuto per sostenere il trasferimento delle azioni per la conservazione e la realizzazione del credito e negare quello delle azioni incidenti sul contratto fonte del credito (ad esempio Panuccio, *op. cit.*, p. 864

L'osservazione appena formulata consente, quindi, di affermare la condivisibilità della soluzione offerta dalla sentenza della Corte di Cassazione che si annota. A tale proposito, è importante non trascurare gli elementi concreti della controversia che hanno occasionato l'affermazione del principio di diritto: il debitore ceduto nell'operazione di cartolarizzazione dei crediti effettuata dal creditore originario aveva contestato di avere effettuato pagamenti senza causa, e cioè per interessi non pattuiti validamente e oneri vari e chiedeva la restituzione di tali importi. La questione, innanzitutto, aveva ad oggetto la nullità parziale di alcune clausole e la natura indebita di addebiti non previsti nel contratto, e poi era processualmente impostata come azione restitutoria da indebito; orbene, le contestazioni concernevano il titolo dell'obbligazione e, quindi, il rapporto con il cedente e, parimenti, il pagamento

ss.), ma anche le osservazioni di DOLMETTA, *op. cit.*, p. 323) – si fondano sulla sussistenza o meno dell'interesse ad agire di quest'ultimo (P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 152 ss.); in particolare, ne dovrebbero essere escluse quelle azioni, come di annullamento e di rescissione, che hanno come obiettivo il ripristino della situazione patrimoniale *ex ante* del cedente (A. ASTONE, *Il trasferimento del credito*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014, p. 204). In sostanza, la considerazione dei diversi interessi coinvolti – e, quindi, l'esigenza di non aggravare la posizione del debitore ceduto piuttosto che quella dello stesso cessionario (che deve essere comunque salvaguardata: P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 155), che non trova tutela in mancanza di un possibile vantaggio derivante dall'azione di volta in volta prospettabile – ha fatto ritenere che l'azione di risoluzione sia preclusa al cessionario che non ha un rapporto sinallagmatico con il ceduto, il che vale anche per il cedente dopo la cessione, a meno che non abbia assunto la garanzia della solvenza (A. ASTONE, *op. loc. ult. cit.*; PANUCCIO, *op. cit.*). Ora, le considerazioni svolte dalla dottrina ricordate possono essere specularmente riproposte per la posizione del debitore ceduto, la cui legittimazione a proporre le azioni contrattuali nei confronti del cessionario si ritaglia sull'interesse ad agire, che, come nella fattispecie concreta in commento, non sussiste se il diritto alle restituzioni, conseguente all'accoglimento dell'azione contrattuale, non può essere esercitato nei confronti del nuovo creditore che non ha ricevuto la prestazione da restituire (sul punto anche CICALA, *op. cit.*, p. 123, su cui le osservazioni critiche di DOLMETTA, *op. cit.*, p. 323 ss., il quale contesta che possa costituire un principio dell'ordinamento l'inscindibilità della legittimazione a proporre le azioni di annullamento e rescissione con quella alle restituzioni).

indebitato era stato eseguito a favore di quest'ultimo, per cui solo quest'ultimo era legittimato passivo dell'azione di restituzione. Pertanto, l'analisi della fattispecie concreta dà risalto e maggiore nitidezza all'affermazione della Corte di Cassazione dell'inopponibilità al cessionario delle vicende che riguardano il rapporto intercorso con il cedente, e ciò anche in funzione della protezione degli interessi degli investitori che, diversamente, sarebbero chiamati a subirne le conseguenze senza che il patrimonio separato destinato alla loro soddisfazione abbia mai ricevuto alcun arricchimento.

Non deve, infatti, distogliersi l'attenzione da un elemento che introduce elementi di specialità alla cessione del credito realizzata nelle operazioni di cartolarizzazione: il cessionario non realizza un interesse proprio, ma l'acquisto è strumentale alla destinazione al pagamento dei portatori dei titoli – cui sono riservati anche gli importi derivanti dalle partecipazioni e dagli altri titoli o strumenti finanziari partecipativi derivanti dalla conversione dei crediti²⁹, e nemmeno ha libertà di disporre del patrimonio³⁰, giusta la sua segregazione e l'impermeabilità anche alle aggressioni dei creditori

²⁹ A differenza della prassi internazionale, in cui la segregazione patrimoniale opera in direzione reciproca, per cui non è attribuita agli investitori la legittimazione ad aggredire il patrimonio del cessionario, al di fuori del portafoglio di crediti, sembra che nel modello adottato dal legislatore italiano la deroga all'art. 2740 c.c. operi solo in danno dei creditori terzi della società veicolo (come rileva GALLETTI, *op. cit.*, p. 208 e 214, il quale, quindi, sottolineando le difformità dallo schema negoziale del mutuo ricostruisce il rapporto come un'associazione in partecipazione, perché l'investitore – non avendo alcuna garanzia – partecipa alle perdite dell'affare; l'associazione in partecipazione coinvolgerebbe sia il rapporto tra emittente e cessionario (finanziamento vs. ribaltamento dei pagamenti effettuati nella vendita dei titoli) sia emittente e prenditori. In senso contrario, si rileva che osta all'assimilazione del cessionario come associante l'assenza di partecipazione agli utili riservati esclusivamente alla soddisfazione degli investitori: CAROTA, *La cartolarizzazione dei crediti*, in Gabrielli e Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, I, Torino, 2004, p. 288 ss.).

³⁰ I vincoli posti all'autonomia del cessionario hanno fondato la tesi che ricostruisce la natura giuridica della cartolarizzazione come un mandato conferito dagli investitori alla società veicolo per l'acquisto e la gestione dei crediti (CAROTA, *op. cit.*, p. 262 ss.).

e di altri soggetti titolari di diritti nei confronti del cessionario.

5. *L'orientamento dell'Arbitro bancario finanziario.*

Dall'interpretazione di altre questioni pervengono elementi di sostegno alla ricostruzione qui sostenuta.

L'Arbitro bancario finanziario, ad esempio, ha avuto modo di occuparsi frequentemente del tema della legittimazione passiva dei soggetti che partecipano all'operazione di cartolarizzazione, soprattutto dal momento che, dal 2010³¹, le società veicolo sono state escluse dal novero degli intermediari finanziari, e conseguentemente dalla competenza dell'ABF. I dubbi che sono emersi tra i diversi collegi hanno provocato anche l'intervento del Collegio di Coordinamento³², il quale – pur attraverso alcuni passaggi della motivazione non sempre coerenti, giacché tra le premesse è compreso anche il trasferimento al cessionario dell'intero rapporto contrattuale – ha individuato nel soggetto che ha ricevuto il pagamento il legittimato passivo delle azioni del cliente che ne contestano la legittimità; peraltro, la questione concerneva l'esistenza di un credito del debitore ceduto alla restituzione di un indebitto, in cui *accipiens* del pagamento³³ nel caso di specie era la società cessionaria, ponendosi, nella sostanza, in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui «rispetto all'azione di ripetizione di indebitto oggettivo è passivamente legittimato solo il soggetto che ha ricevuto la somma che si assume essere non dovuta (Cass., 15 luglio 2003, n. 11073;

³¹ In virtù della riforma del titolo V del t.u.b., attuata con il D. Lvo 13 agosto 2010, n. 141.

³² ABF Coll. Coord., 27 marzo 2018, n. 6816, sul sito istituzionale dell'Arbitro bancario finanziario.

³³ La controversia riguardava la restituzione dei costi c.d. *recurring*, relativi a servizi e prestazioni collegate con il finanziamento ma non interamente goduti a causa dell'anticipata cessazione del rapporto di finanziamento. Già precedentemente l'ABF aveva distinto il piano del contratto da quello del credito cartolarizzato, ritenendo, ad esempio, che la disciplina delle segnalazioni presso la Centrale dei Rischi della Banca d'Italia è chiamata a offrire indicazioni sulla qualità dei crediti vantati dagli intermediari, e, quindi, il relativo potere spetta al titolare del credito che, tempo per tempo, la esegue (ABF Coll. Napoli, decisione 28 novembre 2012, n. 4009).

Cass., 13 novembre 2003, n. 17146; Cass. n. 25170 del 2016); tale principio, concernente la legittimazione passiva dell'*accipiens*, è fermo nella giurisprudenza della S.C. e trova fondamento nella formulazione letterale dell'art. 2033 c.c. che, collegando la genesi dell'obbligazione restitutoria al pagamento non dovuto, mostra di individuare il percettore del pagamento non dovuto come soggetto passivo dell'obbligazione»³⁴.

Nell'ABF il tema si è posto anche con riferimento agli obblighi di comunicazione post contrattuale, e, in particolare, sulla legittimazione passiva alle richieste di documentazione presentate ai sensi dell'art. 119 t.u.b., che l'Arbitro ha risolto coerentemente stabilendo che la legittimazione passiva si individua sulla base della pertinenza della documentazione e del periodo di riferimento, in ciò facendo applicazione del principio della vicinanza della prova. Come rilevato in dottrina³⁵, le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia³⁶ distinguono però tra l'ordinaria cessione del credito, precisando che l'obbligo di comunicazione grava sul cedente, e la cartolarizzazione, nella quale si rimette all'autonomia privata l'individuazione del soggetto obbligato, conformemente alla varietà di modelli nella quale può trovare attuazione.

Proprio tale aspetto consente una ulteriore spigolatura: si deve, infatti, considerare che il *servicer* – la figura prevista in molte operazioni di cartolarizzazione che cura la gestione dei crediti ceduti e più in generale della intera operazione (*servicing*) e il servizio di cassa e pagamento in favore degli investitori (*cash management*) – è l'intermediario prossimo al cliente, il quale, nei confronti di quest'ultimo, si presenta come *controparte apparente* (spesso, peraltro, nella prassi la funzione di *servicer* è affidata allo

³⁴ Cass., 14 gennaio 2019, n. 610.

³⁵ PICARDI, *Cessione dei crediti*, cit., p. 224.

³⁶ Istruzioni di Banca d'Italia, Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, Sez. IV, par. 1.^[1] Vi si distingue, ancora, dalle ipotesi confrontate nel testo, la cessione del contratto che pone sul cessionario gli obblighi di comunicazione nei confronti dei clienti (PICARDI, *ibidem*).

stesso cedente³⁷): in virtù del principio dell'apparenza imputabile, esso è pertanto assoggettato alla responsabilità restitutoria di cui si tratta. L'obbligazione restitutoria del *servicer* quale *controparte apparente* non esclude quella del mandante quale *controparte effettiva*. Essi sono pertanto solidalmente obbligati alla restituzione, ad esempio, delle quote non maturate delle commissioni e dei premi assicurativi anticipatamente corrisposti dal ricorrente, fermo restando che il *servicer* che abbia adempiuto potrà agire in via di regresso nei confronti del mandante³⁸.

6. *La circolarità delle tecniche di protezione degli investitori e la tutela del mercato.*

La normativa europea ha impresso una forte spinta alla tutela del risparmiatore, ma sulla cartolarizzazione si muove nella direzione più accreditata che valorizza la strumentalità di un corretto svolgimento delle operazioni di cartolarizzazione alle esigenze del mercato e degli investitori.

A tale proposito, il reg. 2017/2402/UE è molto chiaro nel dichiarare – sin dalle prime battute dei *considerando* (2 e 4, per esempio) – che una cartolarizzazione strutturata in modo solido, «costituisce un importante canale di diversificazione delle fonti di finanziamento e di ripartizione più ampia del rischio all'interno del sistema finanziario dell'Unione. Consente di distribuire in modo più diffuso i rischi nel settore finanziario e può dare ai bilanci dei cedenti quel maggiore ossigeno necessario per aumentare l'erogazione di prestiti all'economia. Nel complesso può migliorare l'efficienza del sistema finanziario e aprire possibilità d'investimento supplementari»³⁹. Sotto il primo profilo, è prevista

³⁷ Una delle ragioni della frequenza di tale scelta è probabilmente da ricercare nella previsione dell'art. 2, comma 6, l. n. 130 del 1999, che impone che l'attività di *servicing* sia svolta da banche e da intermediari finanziari oppure da soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 106 d.lvo 1 settembre 1993, n. 385 (sul punto CAMPIONE, *op. cit.*, p. 1503).

³⁸ ABF Coll. Roma, 20 maggio 2016, n. 4787.

³⁹ La nozione di cartolarizzazione assunta dal legislatore europeo è leggermente diversa da quella che si ricava dalla normativa nazionale, giacché è definita come «l'operazione o lo schema in cui il rischio di credito associato ad un'esposizione o a un portafoglio di esposizioni è diviso in segmenti», e, quindi,

l'attribuzione di articolati compiti di controllo, indagine e sanzionatori alle autorità di vigilanza nazionali ed europee, su cui l'economia del presente lavoro non consente in questa sede un adeguato approfondimento. Invece, per quanto concerne la tutela dell'investitore *retail* (sono, infatti, previste regole diverse per gli investitori istituzionali), è disegnata una disciplina che subordina la possibilità di collocare gli strumenti inerenti a una cartolarizzazione ai clienti al dettaglio solo se conforme a una valutazione di idoneità, effettuata a valle dell'operazione di profilatura prescritta dalla direttiva 204/65/UE (c.d. MIFID II) a cui si aggiungono limiti alla percentuale di investimento rapportata al portafoglio complessivo di strumenti finanziari detenuto dal cliente (art. 3). È ampia anche la dimensione degli obblighi di trasparenza, nonché del diritto di accesso alle informazioni di interesse sia nella fase precontrattuale che per tutta la durata dell'operazione, dettagliati nell'art. 7.

È vero che già nella normativa del 1999 i titoli emessi nell'operazione di cartolarizzazione erano stati qualificati come *strumenti finanziari* (art. 2, comma 1), così da assoggettarli alla disciplina del t.u.f., pur nell'incertezza sulla riconduzione all'una o all'altra categoria descritte dal relativo art. 1, comma 2⁴⁰. Si tratta di un presidio decisivo, visto che – come è stato osservato – nella disciplina della cartolarizzazione dei crediti non appare prioritaria

ne costituisce elemento essenziale che il cedente mantenga un interesse economico netto rilevante nell'operazione. Il modello base della cartolarizzazione è stato istituzionalizzato dal Reg. 2017/2042/UE, che lo ha sussunto nella c.d. *cartolarizzazione tradizionale* distinta dalla *cartolarizzazione sintetica* che ha ad oggetto le operazioni tramite derivati in cui la titolarità dei crediti resta in capo al cedente. In particolare il primo modello può acquisire i caratteri della cartolarizzazione «semplice, trasparente e standardizzata», nei cui concetti si collocano i principali presidi a difesa dell'investitore *retail*, che, appunto attraverso l'utilizzazione di quadri prudenziali differenti, viene orientato a preferire le cartolarizzazioni STS in luogo di quelle più complesse e rischiose. Per questo la cartolarizzazione STS è stata definita un *bollino di qualità* (CELLINO, *Arrivano le cartolarizzazioni Doc: un bollino per i titoli di qualità*, in *IlSole24Ore.com*, 27 novembre 2018), che in definitiva si sostanzia nella pubblicazione sul sito internet dell'ESMA delle cartolarizzazioni che hanno notificato il possesso dei requisiti prescritti.

⁴⁰ GALLETTI, *op. cit.*, p. 213.

la predisposizione di strumenti di tutela dell'investitore che rendano effettivo l'intento sotteso alla schermatura del patrimonio destinato. Ci si è riferiti, in particolare, alla carenza degli obblighi di informazione, concentrati esclusivamente nella messa a disposizione del prospetto informativo – i cui contenuti obbligatori non superano i confini di una rappresentazione essenziale delle caratteristiche del prodotto⁴¹ –, e all'elevata rischiosità di prodotti che incorporano esposizioni presenti e future, rispetto ai quali è stata segnalata la potenziale insufficienza anche dei sistemi di *overcollateralization* (che, peraltro, come le garanzie sono affidati alla previsione convenzionale⁴²) e l'inesistenza di qualunque condivisione del rischio tra *originator* e *noteholder*. Si afferma, pure, che nell'impianto disegnato dal legislatore del 1999 – i cui interventi successivi sono stati notoriamente caratterizzati dalla accentuazione della funzione di finanziamento, non solo al cedente, ma anche al ceduto (ad esempio, l'ipotesi prevista dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 7 della Legge 130) – non si poteva stressare la tutela dell'investitore al punto da vanificare l'esigenza di limitare o escludere il rischio di *default* del cedente legato al peso attivo dei crediti non scaduti ovvero inadempiti⁴³. Per cui deve essere considerata con favore la prospettiva assunta dal legislatore europeo che, invece, ha cercato di realizzare il migliore bilanciamento possibile tra gli interessi che la cartolarizzazione dei crediti vuole realizzare, non a caso intervenendo decisamente sui cardini più critici del rapporto di investimento allineandoli, nella sostanza, ai principi fondanti attualmente ritenuti inderogabili e che, nell'ordinamento interno, hanno la loro più autorevole sanzione nella lettura evolutiva dell'art. 47 Cost., caratterizzata da uno spostamento di attenzione a favore del soggetto protetto piuttosto che al risparmio come bene tutelato⁴⁴: l'informazione, la trasparenza, la consapevolezza delle scelte, l'adeguatezza e

⁴¹ VIRGA, *op. cit.*, p. 1037.

⁴² SCOZZAFAVA, *op. cit.*, p. 1056 ss. Sui problemi delle garanzie, si vedano anche i brevi cenni sopra nella nota 7.

⁴³ VIRGA, *op. cit.*, p. 1042.

⁴⁴ GUIZZI, *Attualità e prospettive nel sistema della tutela del risparmio*, *Corr. giur.*, 2016, p. 745.

l'appropriatezza, a cui la MIFID II ha affiancato anche regole di condotta e di organizzazione nella *product governance*⁴⁵. Tuttavia, diventa inevitabile che la tutela dell'investitore in una operazione di cartolarizzazione sconti i *deficit* di effettività sussistenti sul piano generale visto che, nonostante la stringente regolazione del rapporto contrattuale, si verifica sovente che l'investitore non abbia conoscenza – se non proprio consapevolezza – del contenuto del rapporto e non si riesca a prevenire le conseguenze negative di condotte contrarie agli obblighi sopra ricordati⁴⁶. Senza che sia possibile qui nemmeno dare conto compiutamente dei termini di una discussione che pervade la giurisprudenza e la comunità scientifica⁴⁷, appare opportuno sottolineare un dato ormai acquisito, che è dato dalla circolarità della relazione tra contratto e mercato, che, nel settore che qui interessa, esprime con maggiore evidenza di quanto non accada in altri contesti, che la promozione della tutela

⁴⁵ Su cui, da ultimo, RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MIFID II*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 144 ss., spec. p. 153 ss. Per la riflessione che la stabilità dell'impresa e del sistema finanziario e creditizio assolve a una esigenza di tutela del risparmiatore si cfr. MAZZAMUTO, *I contratti bancari: un'introduzione*, in AA.VV., *I contratti bancari*, Torino, 2012, p. XIII ss.

⁴⁶ DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in GENTILI e DI RAIMO (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016, e ora in DI RAIMO, *Frammenti di autonomia. Temi di diritto patrimoniale*, Napoli, 2018, p. 122 (da cui si cita).

⁴⁷ Solo a titolo esemplificativo, oggi si assiste a un diffuso discredito dell'efficacia degli obblighi di informazione, sia perché l'eccesso di informazioni si traduce in una inesistente conoscibilità (ZOPPINI, *Eccesso di informazioni e tutela dell'investitore*, in Mollo (a cura di), *Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, in *Quaderni Giuridici Consob n. 9*, Roma, 2015, p. 258; NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, *passim*, ad es. p. 54 ss.), sia per l'impossibilità di prevenire l'aggravamento delle prescrizioni (si vedano gli spunti interessanti in PAGLIANTINI, *Ancora sulla «saga» dei derivati (note minime sul principio di effettività e sui c.d. vizi del XXI secolo)*, in Gentili e Di Raimo (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario, cit.*, p. 130. Sul tema sia permesso rinviare a SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019, p. 251 ss.).

del mercato si realizza anche attraverso la regolazione del singolo rapporto di investimento. È quindi fondamentale che, soprattutto in una materia come quella della cartolarizzazione, in cui la prassi ha orientato la penna del legislatore introducendo modelli molto diversi, sempre più sofisticati, e vicini alla finanza derivata, che la coniugazione di interessi generali e particolari si rifletta anche in un proficuo coordinamento tra forme di tutela private e pubbliche⁴⁸.

⁴⁸ ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 27; CALDERAI, *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale tra buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 236.

ANNA MARIA SINISCALCHI
Professoressa associata di diritto private
Università degli Studi di Cagliari

LA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA NOVITÀ LEGISLATIVE E RECENTI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “doppio binario” della responsabilità medica. – 3. Le tesi critiche sulla differenziazione di regime della responsabilità medica. – 4. Le tesi favorevoli alla differenziazione di regime della responsabilità medica. – 5. Impatto della nuova disciplina della responsabilità sanitaria sulla tutela del paziente. – 6. Le nuove tendenze giurisprudenziali: nesso di causalità ed onere della prova.

1. *Premessa.*

Nell’attuale contesto culturale e normativo la tutela dell’individuo ha assunto un ruolo sempre più centrale, consentendo la valorizzazione di aspetti della persona umana che fino a qualche anno fa non erano stati oggetto di adeguata considerazione¹.

Un’emblematica evidenza di questo processo evolutivo è ravvisabile nell’attenzione sempre crescente riservata alla salvaguardia della sfera di libertà della persona nell’ambito

¹ Rispondendo al quesito sulle nuove frontiere della responsabilità civile sottolinea P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, p. 144, come il “cambiamento, da un’impostazione essenzialmente patrimonialistica ad una concezione personalistica, comporta che l’istituto della responsabilità civile, unitariamente inteso, non esaurisce la sua funzione nella tutela delle situazioni patrimoniali, ma riguarda anche la lesione delle situazioni esistenziali”. Osserva VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 356, che “La responsabilità medica è lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio”.

dell'attività sanitaria², dove il riconoscimento di nuovi diritti in capo al paziente e la rivalutazione del trattamento da riservare a quelli già oggetto di protezione ha condotto ad un progressivo ampliamento dell'area dei danni risarcibili conseguenti alla condotta lesiva del sanitario³.

Tale fenomeno si ricollega, fisiologicamente, al ripensamento delle caratteristiche fondamentali del rapporto di cura che ha determinato il definitivo superamento della logica c.d. "paternalistica"⁴ a vantaggio della c.d. "alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

² Cfr. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, p. 16 ss., la quale sottolinea come il principio personalista "permei l'intero dettato costituzionale" ed abbia inevitabili riflessi anche sulla relazione tra medico e paziente, ormai incompatibile con il classico "modello paternalistico-ippocratico". PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, p. 55, secondo la quale "il prevalente rilievo dato all'ispirazione personalistica cui è sotteso il sistema costituzionale vigente ha fatto sì che, nel contemperamento dell'interesse della collettività con l'interesse della persona, gli interpreti si orientassero nel senso di riconoscere preminenza a quest'ultimo".

³ Particolarmente emblematica, al riguardo, è stata la progressiva estensione delle fattispecie suscettibili di risarcimento per violazione del consenso informato. Vista l'ampiezza dei lavori dedicati al tema mi sia consentito limitare il richiamo alle considerazioni da me svolte sull'argomento: SINISCALCHI, *Consenso informato, mutamento dell'intervento chirurgico e suo esito positivo: vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, p. 1183 ss.; ID., *Il consenso informato nell'attività medica*, in Corbo, Nuzzo e Ricci, *Diritto privato e interessi pubblici, Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini*, I, Roma, 2016, p. 353 ss.; ID., *Chirurgia estetica e responsabilità per violazione dell'obbligo informativo*, in *Giustiziacivile.com*, 2015, p. 1 ss.

⁴ Sul tema cfr. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1445 s., il quale evidenzia come "L'autoritarismo, altrimenti detto paternalismo, del sistema si traduceva con riferimento alla posizione del medico nell'attribuzione di una forte supremazia, quasi, una vera e propria potestà curativa verso il paziente". Nella stessa prospettiva FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, p. 251 s., secondo cui nel modello tradizionale il paziente risultava un soggetto piuttosto passivo che era destinatario delle scelte del sanitario anche nelle ipotesi in cui entrava in gioco un problema di qualità della sua vita.

Al modificato contesto socio-culturale di riferimento si affianca, peraltro, una cospicua produzione normativa che ha inciso profondamente su aspetti fondamentali della responsabilità medica, che risulta pertanto mutata in alcuni suoi tratti caratterizzanti.

Sotto questo profilo, certamente decisivo appare l'intervento normativo attuato con la legge Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24)⁵ che, con la scelta di differenziare il regime di responsabilità del

⁵ Limitando il richiamo, senza pretese di completezza, alle principali monografie e commentari elaborati dopo la riforma Gelli-Bianco, v. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018; ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017; GENOVESE e MARTINI (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla riforma Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Rimini, 2017; GELLI, HAZAN e ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017; MISSIAGGIA, *La responsabilità sanitaria. Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Piacenza, 2017; MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (Le nuove leggi del diritto)*, Roma, 2017; PASCALE, *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo la riforma Gelli Bianco*, Rimini, 2017; LORENZINI, *La responsabilità del medico, Civile-Penale-Amministrativa. Aggiornato con la riforma Gelli e con la giurisprudenza più recente*, Pisa, 2017; DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018; BOTTARI e DE ANGELIS (a cura di), *Le responsabilità dell' esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, Bologna, 2018; IANNONE, *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Roma, 2018; VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, Bologna, 2018; RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica. Le responsabilità della struttura e quelle del medico ("strutturato" e non). Le linee guida - Il consenso informato - La privacy. Le nuove frontiere: Artificial Intelligence, staminali, product liability, medicina "estetica". I profili processuali*, Milano, 2018; MEOLI, SICA e STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»*, Napoli, 2018; ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Napoli, 2018; CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018; AA.VV., *Responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità civile*, diretta da Martini e Rodolfi, Milano, 2018; AA.VV., *La responsabilità medica*, diretto da Cendon. *Guida operativa alla riforma Gelli Bianco. Inquadramento, profili civili e penali, assicurazione, procedimento stragiudiziale e giudiziale, casistica*², a cura di Todeschini, Milano, 2019; MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del*

medico, sembra segnare la “morte” definitiva nel settore sanitario della discussa, ma largamente impiegata, categoria del contatto sociale qualificato⁶.

Alla novità legislativa cui si è fatto cenno, la quale cerca di offrire una riorganizzazione complessiva del settore sanitario, si affiancano normative, altrettanto importanti, di carattere settoriale di cui non si può non tenere conto per una corretta ricostruzione dello statuto della responsabilità medica, nonché una cospicua produzione giurisprudenziale che ha contribuito a delineare i tratti fondanti del sistema della responsabilità sanitaria.

La valutazione dell'efficienza del sistema globalmente inteso deve tuttavia essere operata ponendo sempre e comunque in una posizione privilegiata l'interesse del paziente al quale devono essere assicurate le condizioni essenziali per una piena realizzazione della sua personalità ed una soddisfacente tutela dei suoi diritti.

E proprio l'assunzione di questa prospettiva di analisi è utile come criterio per svolgere un'indagine sull'attuale livello di tutela riconosciuta al paziente, alla luce non solo delle novità normative ma anche delle recenti decisioni giurisprudenziali che hanno inciso su posizioni che sembravano ormai costituire dei punti saldi e delle certezze nella materia.

medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco, Milano, 2019; POSTERARO, *La responsabilità del medico nelle prime applicazioni della legge Gelli-Bianco*, Roma, 2019; AA.VV. *Responsabilità medico sanitaria e risarcimenti. Quali nuovi scenari dopo le sentenze del “San Martino 2019” e la pandemia Covid-19?*, Milano, 2021.

⁶ Esprime rammarico per la scelta operata dal legislatore CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 853 ss., il quale sottolinea la necessità di evitare un'applicazione “manichea” della disciplina attraverso, in primo luogo, l'esclusione delle fattispecie antecedenti alla sua entrata in vigore dal suo ambito applicativo (p. 857). L'A., peraltro, nel merito, ritiene che la scelta del legislatore riproponga i problemi cui si era ovviato con la decisione n. 589/1999 della Cassazione e dia luogo a una “disfunzionalità” del sistema (p. 862 ss.). Si interroga, sulle conseguenze della riforma sanitaria “sulle figure di contatto sociale che continuano a trovare applicazione giurisprudenziale” PITTELLA, *Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale “qualificato”*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 452 ss.

2. *Il “doppio binario” della responsabilità medica.*

Sulla scelta operata dalla legge Gelli-Bianco di distinguere la responsabilità del medico, e più in generale degli operatori sanitari, in responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, come risulta chiaramente dalla previsione contenuta nell’art. 7 rubricato “Responsabilità civile della struttura e dell’ercente la professione sanitaria”⁷, la dottrina appare decisamente divisa.

Da un lato vi sono i fautori o i nostalgici della teoria del contatto sociale, dall’altro vi sono coloro che tale ipotesi ricostruttiva non hanno mai condiviso e pertanto considerano il cambiamento in atto come una novità da accogliere positivamente in quanto idonea a riportare ordine in un sistema che ingiustificatamente si era sempre più allontanato dalla ricostruzione codicistica e dall’impostazione

⁷ La norma, come è noto, afferma al primo comma dell’art. 7 che “La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata, che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose e colpose”, precisando al comma successivo, che la medesima disciplina si applica anche per le prestazioni rese “in regime di libera professione intramuraria, o nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, o in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina”. Nel terzo comma, invece, prevede che “L’ercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”. Sul punto cfr. CELOTTO, *La prova del danno da errore medico. La causalità nella responsabilità sanitaria dopo il decalogo di San Martino*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p.104 s., secondo la quale il fatto che l’art. 2043 c.c. trovi applicazione non solo al medico dipendente ma anche alle altre due ipotesi richiamate dalla norma comporta la difficoltà di distinguere queste ultime dal caso “in cui il paziente si rivolge ad un medico libero professionista presso una struttura privata in cui magari esercitano più soggetti nel quadro di un’organizzazione comune di mezzi e persone” soggetto all’applicazione dell’art. 1218 cc. Si tratta infatti di “situazioni sostanzialmente uguali [...] disciplinate dal legislatore in termini nettamente diversi”. Rileva “i limiti e le lacune di una qualificazione legislativa aprioristica” e non attenda al caso concreto, ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, Napoli, 2020, p. 93.

tradizionale, dando luogo ad effetti distorsivi che avrebbero meritato di essere superati ben prima.

La teoria del contatto sociale entra in gioco nel settore sanitario con la storica sentenza della Cassazione n. 589/1999⁸, la quale afferma espressamente di voler aderire a quell'orientamento sostenuto in dottrina che configura un'obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto, rompendo la stretta relazione sussistente tra fonte dell'obbligazione e disciplina del rapporto⁹.

La decisione ha costituito oggetto di numerosi commenti che hanno evidenziato come la tesi in essa sostenuta avesse dato luogo, sin dall'inizio della sua formulazione, ad autorevoli voci critiche fondate su ragioni tanto diverse quanto riccamente articolate¹⁰. Ripercorrere tutti i passaggi del dibattito a tanti anni di distanza potrebbe apparire compito impervio e forse nemmeno tanto utile per

⁸ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 661 ss., con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss., con nota di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 781 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; *ivi*, p. 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁹ Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 554, il quale fa notare come il medico, pur non obbligato alla prestazione nei confronti del paziente, ingenera in esso quell'«affidamento in misura rilevante» che il nuovo § 311 III BGB pone a fondamento autonomo di una responsabilità da violazione di un rapporto obbligatorio costituito di soli obblighi di protezione.

¹⁰ Cfr., di recente, DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 5 s., il quale sottolinea come la decisione sia stata oggetto di "considerazioni di ordine critico" tali da rendere necessario un ripensamento del percorso seguito dalla giurisprudenza e dottrina sul tema della responsabilità del medico. In particolare l'A. da un lato ritiene non appagante "il raffronto della responsabilità del medico con le note categorie del contratto e del torto", dall'altro afferma la necessità, per una corretta analisi del fenomeno, di tenere conto principalmente del contesto normativo in cui esso si colloca, circostanza che richiede un confronto con lo statuto proprio che caratterizza la professione protetta da cui derivano "obblighi specifici di comportamento".

lo scopo che il lavoro si pone. Certamente però non si può evitare di ricordare come le motivazioni espresse dalla Corte, nonostante la dichiarata adesione alla posizione autorevolmente sostenuta in dottrina e richiamata nella sentenza, avessero suscitato perplessità per il discutibile accostamento che si era effettuato tra contatto sociale qualificato e rapporti contrattuali di fatto¹¹.

Al riguardo sia consentita una brevissima digressione sulla discussa categoria dei rapporti contrattuali di fatto.

Nella loro indubbia varietà, le ipotesi che tradizionalmente hanno impegnato la dottrina dedita allo studio dei rapporti contrattuali di fatto sono state ricondotte, nell'essenza, a due gruppi.

Il primo comprende quelle ipotesi in cui l'instaurazione di un rapporto giuridico deriva da un obbligo sociale di prestazione ed è ravvisabile un'oggettiva difficoltà nel rinvenire il fatto costitutivo del rapporto; il secondo comprende quelle fattispecie nelle quali si determina una patologia nel fatto giuridico negoziale costitutivo del rapporto e, tuttavia, interviene l'effettivo svolgimento di fatto dell'attività che da tale fatto costitutivo avrebbe dovuto trarre origine. Se in un caso il dubbio che si è posto tradizionalmente concerne la possibilità di individuare nel "fatto della utilizzazione" di servizi offerti al pubblico una "manifestazione di volontà corrispondente alle caratteristiche richieste dal sistema contrattuale", nel secondo caso la sussistenza di una volontà indirizzata alla costituzione del rapporto non rappresenta oggetto di discussione, bensì il problema si sposta sulla spiegazione da fornire in ordine all'applicabilità della disciplina dell'invalidità al rapporto che trae origine da un fatto costitutivo invalido. Ad ogni modo, elemento unificante dovrebbe essere rappresentato dalla possibilità di ritenere sorto un rapporto contrattuale sulla base di circostanze diverse dalla

¹¹ Di recente ribadisce CICERO, *La presunta eclissi della responsabilità, tra contratto e torto, da contatto sociale*, in VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 68, come "La tematica del rapporto contrattuale di fatto va tenuta nettamente distinta da quella del contatto sociale".

Per un'analisi sull'evoluzione della teoria del contatto sociale in Germania cfr. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1 ss.

stipulazione di un contratto sia per l'assenza di una volontà in tal senso sia per la nullità di esso.

A questi due gruppi dovrebbero aggiungersi le fattispecie in cui il rapporto giuridico trae origine da un contatto sociale, in particolare dai rapporti di cortesia e dalle relazioni precontrattuali che, a causa della loro genericità, risultano ormai pacificamente escluse dalla problematica.

Se si condividono le brevi considerazioni appena esposte, si può affermare che la richiamata sentenza della Cassazione n. 589/1999 ha evidenziato un limite, difficilmente negabile, rappresentato dall'impiego, alquanto disinvolto, di categorie non sempre assimilabili e sovrapponibili. Tuttavia è pur vero che essa ha dato vita ad un orientamento che ha finito nettamente col prevalere, oltre e al di là delle critiche mosse di impurità concettuale e di ambiguità ricostruttiva¹².

¹² Cfr. sul tema NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 190 ss., la quale evidenzia gli aspetti critici presenti nel ragionamento sostenuto dalla Corte, anche alla luce delle riflessioni svolte da una parte della dottrina sul punto. Secondo l'Autrice la fragilità della tesi dell'obbligazione senza prestazione ha determinato la necessità di un successivo cambiamento di rotta nella giurisprudenza la quale, «pur confermando l'esito della responsabilità contrattuale da contatto sociale, [...] puntualizza che “non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione. Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la “protezione” del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente”», (in tal senso Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824, con nota di GORGONI citata alla nota n. 17). Ad avviso dell'A. “L'emendamento concettuale, dietro una semplicità disarmante, cela invero un'implacabile fragilità teorica, poiché viene a mancare una qualunque spiegazione del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica [...]. Là dove, dunque, la Cassazione si allontana dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, inevitabilmente abbandona una possibile (ma inadeguata) ragione del passaggio dal contatto sociale al piano giuridico, senza sostituirla con ulteriori e convincenti argomentazioni” (p. 191). Cfr. di recente VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano 2020, p. 189 ss., il quale, nel rilevare come il contatto sociale sia stato “abrogato” dalla riforma legislativa del 2017 che “impone, per legge, la qualifica giuridica di un fatto (la responsabilità del sanitario)”, sottolinea

Un orientamento che non poteva non prevalere se è vero che il binomio responsabilità contrattuale-tutela del paziente sembrava nettamente da preferire al binomio responsabilità extracontrattuale-tutela del paziente, consentendo il primo, rispetto al secondo, di assicurare una maggiore garanzia nell'ottica delle avvertite esigenze di rafforzamento della posizione del paziente¹³.

3. *Le tesi critiche sulla differenziazione di regime della responsabilità medica.*

Non è possibile procedere, in questo contesto, ad un esame dettagliato delle diverse posizioni attualmente riscontrabili in dottrina più o meno critiche nei confronti delle scelte operate con la riforma Gelli-Bianco. In questa sede non possiamo che stigmatizzare, pur nella varietà delle posizioni assunte dagli Autori, gli argomenti fondanti da cui emerge chiaramente una valutazione negativa in ordine alla scelta di differenziare il regime di responsabilità nell'ambito sanitario. La possibilità di agire nei confronti del medico dipendente in base all'art. 2043 c.c. e non più sulla base delle norme sulla responsabilità contrattuale comporta un più gravoso onere probatorio per il paziente, il quale dovrà provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e dunque la condotta colposa, il nesso di causalità e il danno, e inoltre dovrà far valere la sua pretesa nel più breve termine quinquennale di prescrizione.

Con una espressione colorita, ma indubbiamente efficace, si è parlato di ritorno al passato, al tempo in cui la distinzione disciplinare tra medico dipendente e libero professionista era ampiamente impiegata ed era perfettamente coerente con

come il ricorso alla figura del contatto sociale "in assenza di un criterio dogmatico rigoroso, era certo divenuto potenzialmente amplissimo. E proprio questo è stato il timore della dottrina e degli operatori preoccupati per l'erosione di margini certi nel sistema della responsabilità civile".

¹³ Osserva VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 394, come «Sempre più spesso si fa riferimento al "contatto sociale" per attrarre nell'area contrattuale una serie di rapporti e per invertire l'onere probatorio in presenza di una posizione soggettiva del danneggiato ritenuta meritevole di particolare protezione».

l'applicazione delle regole codicistiche e con la netta distinzione della categoria della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Al riguardo con varietà di argomenti e differenti prospettive ricostruttive si è sottolineato la paradossale conseguenza di questo ritorno al passato¹⁴, che ha comportato la cancellazione di importanti traguardi raggiunti, grazie all'opera innovativa della giurisprudenza, per condurre ad una situazione inspiegabilmente meno garantista per il paziente¹⁵, vanificando l'apprezzabile opera di superamento di dogmi radicati al fine di allargare l'area di responsabilità del medico e di consentire alle vittime degli errori sanitari di ottenere il giusto ristoro.

¹⁴ L'espressione è utilizzata con preoccupazione da numerosi Autori. Cfr., sul tema, GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in www.iurisprudenzia.it, p. 7, la quale sottolinea come già prima dell'inizio del procedimento parlamentare fossero state sollevate voci critiche con riguardo alla scelta di dar vita ad un doppio binario di responsabilità. In particolare, oltre ai dubbi sulla costituzionalità della norma, si era sottolineato come essa consacrasse «un definitivo 'ritorno al passato'» che non teneva conto da un lato dell'evoluzione della giurisprudenza, dall'altro delle conseguenze negative che avrebbe determinato sulla tutela dei pazienti. Di un ritorno al sistema antecedente alla decisione della Cassazione n. 589/1999 parla DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in AA. Vv., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 117 s., il quale evidenzia come, oltre ai problemi da ricollegare al diverso regime di responsabilità applicabile, si determineranno situazioni problematiche sia per il fatto che i pazienti dovranno intentare le azioni contro la struttura e i sanitari in forza di due differenti titoli di responsabilità sia per le difficoltà già emerse in precedenza in giurisprudenza nelle ipotesi di “c.d. cumulo tra le azioni di responsabilità verso il medico e la struttura in presenza di diverse norme applicabili”. Cfr. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 559, il quale fa notare come “In questo quadro ormai sufficientemente sedimentato, nel quale la responsabilità del medico connotata in esito a una prestazione obbligatoria, si qualifica come contrattuale, è piombata all'improvviso e inopinatamente la regola contenuta nell'art. 7, co. 3, l. 24/2017, che in maniera che possiamo definire solo disarmante, perché ignara delle partizioni fondamentali della responsabilità civile e dei suoi presupposti, sembra qualificare la condotta dannosa del medico alla stregua di un qualunque fatto illecito”.

¹⁵ Secondo BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 1287, si tratta di “una normativa che promette molto e concede poco, anzi toglie qualcosa ai pazienti.

4. *Le tesi favorevoli alla differenziazione di regime della responsabilità medica.*

In senso opposto, si è sottolineato come il ritorno al passato sarebbe solo apparente e non sostanziale¹⁶, giacché frutto di un'indubbia visione settoriale e non complessiva della riforma.

Focalizzare l'attenzione su uno solo degli aspetti – differenziazione del regime di responsabilità – ha finito, secondo tale diversa impostazione, coll'assolutizzare un profilo di indubbio rilievo relativamente alla natura della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, la cui incidenza sul complesso sistema non può essere correttamente inteso in assenza di un'analisi globale del testo, da cui emergono rilevanti elementi di novità che si colgono nell'impianto generale e indubbiamente caratterizzano le scelte operate.

E proprio queste considerazioni dovrebbero indurre una maggiore prudenza rispetto a conclusioni affrettate in ordine ad una presunta riduzione di tutela in capo al paziente vittima di un errore sanitario, circostanza che potrebbe essere condivisa solo in assenza di altri interventi che, all'opposto, rafforzano nettamente la posizione del paziente rispetto alla normativa antecedente. In questa prospettiva non può non rilevarsi la centralità della gestione e prevenzione del

¹⁶ Esclude che si tratti di un ritorno al passato MARUCCI, *op. cit.*, p. 118 s., secondo la quale la scelta del doppio regime di responsabilità è il “frutto di una valutazione che tiene conto di una serie di fattori, di natura sia sostanziale sia processuale, all'interno di un quadro complesso e organico che caratterizza [...] il neo provvedimento”; SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 461 ss.; ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, cit., p. 228. Ritengono che “il ritorno al passato” sia “in linea di principio innegabile” ma al contempo evidenziano “come, nei fatti, la realtà (sostanziale e processuale) rifletta, oggi sensibili differenze” ZORZIT e GARZELLA, *Onere della prova nella responsabilità sanitaria, dopo la riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 393. Cfr. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 82, il quale ritiene “il ritorno all'antico” una lineare osservanza delle regole codicistiche sulla responsabilità “al riparo da certi abusi indotti dalle eccentriche teorie del contratto sociale”.

rischio sanitario come strumento di riduzione del contenzioso che si combina con la scelta di indirizzare le azioni di responsabilità verso la struttura (responsabile contrattualmente) invece che sui medici dipendenti (responsabili extracontrattualmente)¹⁷.

Nella stessa dimensione vanno lette le altre novità introdotte nel sistema. Al riguardo si pensi all'azione diretta del paziente nei confronti dell'impresa assicuratrice del danneggiato, al diverso impianto complessivo del sistema assicurativo con la previsione anche di un fondo di garanzia per i danni che derivano dalla responsabilità sanitaria nonché all'impiego di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, fondamentali per rendere più agevole la soddisfazione del paziente danneggiato e la riduzione del contenzioso.

5. Impatto della nuova disciplina della responsabilità sanitaria sulla tutela del paziente.

La complessa vicenda giuridica che ha avuto negli ultimi anni ad oggetto la responsabilità medica è indice di un continuo tentativo di mediazione tra esigenze diverse che vedono protagonisti tanto i medici che i pazienti. Alla fase iniziale di forte squilibrio a favore del personale medico è seguito un altrettanto evidente fenomeno di sbilanciamento delle tutele a favore del paziente.

La nuova legge, dunque, pur riproponendo la distinzione tra responsabilità del medico dipendente dalla struttura e medico libero professionista (il primo assoggettato al regime della responsabilità extracontrattuale, il secondo a quello contrattuale), in conformità con l'impostazione tradizionale, introduce, a differenza di quello che potrebbe apparire ad una prima lettura, elementi significativi di

¹⁷ Sottolinea FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 272, che l'intento di indirizzare le azioni risarcitorie verso la struttura, consentendo ai medici di lavorare senza la preoccupazione di essere esposti ad azioni risarcitorie, è stato raggiunto solo parzialmente in quanto, nonostante la prevista differenziazione del regime di responsabilità del medico e della struttura, non può escludersi che "la vittima vittoriosa possa far valere la sentenza resa esecutiva nei confronti del medico e non nei confronti dell'ospedale o della sua assicurazione". Una scelta più decisa avrebbe potuto comportare "di canalizzare la responsabilità nei confronti della sola struttura, lasciando al medico il rischio della rivalsa in caso di dolo o colpa grave".

innovazione. Pur con i limiti e le criticità che sono state evidenziate dagli Autori che ne hanno contestato l'impianto, la riforma introdotta con la legge Gelli-Bianco ha comunque il merito di aver ridefinito i rapporti tra gli artefici del rapporto di cura senza incidere, a mio avviso, sul grado di tutela riconosciuto al paziente, al quale sono assegnati diversi e aggiuntivi strumenti di protezione¹⁸.

Una lettura sistematica e complessiva della nuova disciplina, pertanto, consente di ritenere che sia stato raggiunto un equo temperamento degli interessi in gioco, in cui il regime differenziato di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria rappresenta un mero tassello di un progetto più ampio con caratteristiche di indubbia novità. In questa prospettiva la maggiore difficoltà per il paziente che agisce verso il medico che opera nella struttura, oltre ad essere funzionale al raggiungimento di uno degli obiettivi che la legge si pone (la diversa gestione del rischio sanitario)¹⁹, risulta ampiamente bilanciata dal riconoscimento di nuovi e più incisivi strumenti di tutela.

In sede di prima lettura della legge Gelli Bianco, si è rilevato che non si sarebbe potuto, tuttavia, escludere che la reintrodotta differenziazione disciplinare potesse essere fortemente ridimensionata in sede applicativa attraverso l'impiego di meccanismi di diversa distribuzione dell'onere probatorio rispetto a quello che ordinariamente dovrebbe gravare sul danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c.²⁰: si pensi all'impiego della distinzione, tra

¹⁸ Sia consentito il rinvio ad SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, cit., p. 467 ss.; ID., *La responsabilità medica e la tutela del paziente*, in *Quad. conc.*, a cura di Pilia, Cagliari, 2019, p. 217 ss.

¹⁹ Rilevano GELLI e HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 1 ss., come la nuova legge abbia inteso modificare il precedente approccio culturale caratterizzato da una tutela del paziente fondata su un sistema essenzialmente sanzionatorio favorendo, al contrario, un sistema basato sulla prevenzione attraverso la responsabilizzazione "ex ante" dei soggetti che detengono "il governo e l'organizzazione del rischio clinico".

²⁰ Sul punto cfr. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. medica. Diritto e pratica clinica*, 2017, p. 10 s., il quale, sulla base di articolate motivazioni, dubita che la configurazione della responsabilità in termini

interventi di facile e difficile esecuzione, all'utilizzo del criterio della c.d. "vicinanza della prova"²¹, ma anche al ruolo decisivo della consulenza tecnica d'ufficio nell'individuazione della responsabilità professionale²². Insomma, alla luce dell'importante funzione storicamente svolta dalla giurisprudenza nel settore della responsabilità medica, la reale portata innovativa non può che essere valutata alla stregua delle concrete soluzioni che si affermeranno e consolideranno nella prassi²³, alle quali, dunque, sarà opportuno prestare la massima attenzione.

extracontrattuale darà luogo ad un cambiamento del riparto dell'onere della prova modificando una prassi consolidata da decenni.

²¹ Secondo CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 453 s., "Se è vero che nell'ambito della responsabilità civile spetta di massima al danneggiato provare la colpa quale elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, è altrettanto vero – come notato – che grazie al criterio ancorato alla vicinanza della prova e alla verosimiglianza del rapporto eziologico tra intervento maldestro del medico e pregiudizi subiti dal paziente, la linea di confine in *subiecta* materia fra *neminem laedere* e obbligazione contrattuale tende, in termini realistici, a diradarsi".

Sulla difficoltà di cogliere la natura e la funzione del principio di vicinanza della prova cfr. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 360 ss., il quale evidenzia, attraverso il richiamo di numerose decisioni, il differente impiego che tale principio ha avuto nella giurisprudenza.

²² PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 269 s., secondo cui l'utilizzazione, tanto nel giudizio di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, della consulenza tecnica d'ufficio per valutare la sussistenza della colpa professionale "stempera e riduce di molto la differenza tra i due regimi di responsabilità, che, al di là del termine più ridotto previsto per la prescrizione, sarebbe evidente almeno per quanto riguarda l'onere della prova". Sul punto cfr. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., p. 855, secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio funge da vera e propria "stanza di compensazione" che consente di stemperare il peso del carico probatorio che grava sul medico o sul paziente in forza della riconducibilità della responsabilità al modello contrattuale o extracontrattuale.

²³ Affermano con decisione ZORZIT e GARZELLA, *op. cit.*, p. 409 s., che un'operazione interpretativa volta ad invertire l'onere della prova, che in base all'art. 2043 c.c. grava sull'attore danneggiato, "non dovrebbe in nessun modo essere autorizzata; anzi dovrebbe considerarsi addirittura vietata" in quanto sarebbe contraria non solo alla *ratio* della legge Gelli ma anche alla previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 7.

Al riguardo assume rilievo decisivo la recente giurisprudenza di Cassazione, che risulta dalle decisioni di San Martino del 2019²⁴, il cui impatto sui precedenti e consolidati orientamenti richiede un'attenta e critica riflessione, al fine di comprendere gli effetti dei "rivoluzionari", o secondo opposta prospettiva, "reazionari" interventi normativi cui sinteticamente si è fatto cenno in apertura del discorso.

Solo per comodità del lettore, prima di procedere all'analisi delle più recenti sentenze successive alla legge Gelli-Bianco, richiamo i principali strumenti impiegati dalla prassi giurisprudenziale per incidere sull'ordinario meccanismo di distribuzione dell'onere probatorio.

In primo luogo, è doveroso ricordare la scelta, per lungo tempo assunta nelle decisioni in tema di responsabilità medica, di riservare un differenziato trattamento giuridico agli interventi di facile e di difficile esecuzione. La distinzione, come è noto, ha portato la giurisprudenza ad introdurre un regime probatorio fortemente semplificato per il paziente il quale, nell'ipotesi di esito infausto di un intervento di *routine* poteva assolvere all'onere probatorio, necessario ai fini del riconoscimento della responsabilità del professionista, con la mera prova dell'esito negativo dell'operazione e del carattere *routinario* dell'intervento. Infatti, secondo la ricostruzione richiamata, il mancato raggiungimento del risultato auspicato dal paziente faceva presumere la colpa del sanitario con la conseguenza che spettava al medico provare che le conseguenze peggiorative dell'intervento dipendessero da una causa imprevedibile a lui non imputabile.

Ad inaugurare tale orientamento giurisprudenziale fu la decisione della Cassazione del 21 dicembre 1978, n. 6141, la quale giunse alla conclusione che la facilità degli interventi effettuati per l'eliminazione della patologia da cui era affetto il paziente e l'esito negativo dell'intervento costituivano condizioni sufficienti per far presumere l'inadeguata o non diligente prestazione del

²⁴ Sul punto si rinvia alla nota 26 e al § successivo: *Le nuove tendenze giurisprudenziali: nesso di causalità ed onere della prova.*

professionista²⁵. Tale impostazione, è stato rilevato, aveva ristabilito il regime probatorio dettato dall'art. 1218 c.c., alterato dalla rilevanza assegnata alle obbligazioni di mezzi, e aveva dato luogo contestualmente ad una doppia presunzione: quella in ordine alla sussistenza della colpa professionale e quella relativa alla sussistenza del nesso di causalità²⁶.

Ulteriore e significativa modifica interpretativa si collegò all'affermazione del nuovo corso giurisprudenziale aperto con la nota decisione delle Sezioni Unite della Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13533²⁷, la quale, applicando il criterio della vicinanza della

²⁵ Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 953, secondo cui “Quando il cliente abbia provato in giudizio che l'intervento operatorio applicato dal chirurgo al suo stato patologico era di facile esecuzione, e che tali erano pure (ove questa ulteriore prova fosse necessaria) le successive prestazioni post-operatorie, ed abbia inoltre provato che a quell'intervento di facile esecuzione (nonché, se del caso, alle successive prestazioni post-operatorie) è conseguito un risultato peggiorativo, essendo le sue condizioni finali deteriori rispetto a quelle preesistenti, non può non presumersi la inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale: presunzione, questa, basata appunto sulla regola di comune esperienza nel settore [...] e sull'aberrante risultato conseguito. Sicché il cliente, fornendo la dimostrazione di quegli elementi, sui quali è possibile fondare la presunzione, ha adempiuto l'onere probatorio a suo carico. Ed allora spetta al chirurgo fornire la prova contraria: di aver eseguito adeguatamente e diligentemente la prestazione professionale, e che l'esito peggiorativo fu causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accertabile con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale”.

²⁶ In tal senso cfr. DE MATTEIS, *La responsabilità medica, un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 436, la quale chiarisce che si presume che l'esito infausto sia “causalmente riferibile alla condotta del soggetto di cui si presume la colpa”.

²⁷ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Contratti*, 2002, p. 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Studium iuris*, 2002, p. 389, con nota di FARNETI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707, con nota di VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 355, con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*; in *Dir. giust.*, 2001, p. 24, con nota di SAN GIORGIO, *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di*

prova, introdusse il fondamentale principio secondo cui vi è un regime probatorio unico indipendentemente dal fatto che il creditore agisca per l'adempimento, per la risoluzione o il risarcimento del danno. Nello specifico il creditore "deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento"²⁸. A tale decisione fecero seguito numerose sentenze conformi in materia di responsabilità medica, di cui è nota la rilevanza applicativa²⁹.

provare l'adempimento; in Corr. giur., 2001, p. 1569, con nota di MARICONDA, *Inadempimento ed onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro; in Guida al dir.* 2001, fasc. 45, p. 41 ss., con nota di SACCHETTINI, *Il creditore che propone l'azione giudiziaria non deve provare l'inadempimento del debitore; in Contr. impr.*, 2002, p. 903, con nota di VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*.

²⁸ Precisa ulteriormente Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit., che "l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione".

²⁹ Sul punto cfr. FACCIOLI, "Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria, in *Contr. impr.*, 2014, p. 93 ss., il quale richiama una serie di sentenze del 2004 (nota 49) da cui risulta il superamento della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione come criterio di ripartizione del carico probatorio e l'applicazione alla responsabilità medica del regime probatorio delineato, per l'inadempimento delle obbligazioni in generale, dalla richiamata Cassazione del 2001, n. 13533. Ad avviso dell'A., tuttavia, "i nuovi orientamenti giurisprudenziali emersi a partire dal 2004" non hanno inciso sul regime dell'onere della prova del

Limitandomi a tracciare le linee essenziali dell'evoluzione del regime della responsabilità medica, rispetto alla quale l'apporto della giurisprudenza pratica è risultato particolarmente vivace, non può non prendersi atto dell'ulteriore riflessione critica sulla rilevanza della tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato

nesso di causalità che ha continuato a gravare sul paziente fino alla decisione del 2008 n. 577, con la quale si è posta una presunzione di sussistenza del nesso di causalità. Tale ricostruzione delle sezioni unite, rileva l'A., non ha trovato una pacifica applicazione in giurisprudenza e non sembra condivisibile; RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze* (commento a Cass., 11 novembre 2021, n. 28991), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, p. 326, secondo il quale non deve essere ignorato il fatto che tradizionalmente fino all'inizio degli anni 2000 e anche, non raramente, dopo la decisione del 2001, i giudici "hanno sempre richiesto al paziente di provare il nesso causale: fino alle fine degli anni '70 in tutte le fattispecie di responsabilità medica; da quel momento in tutti i casi che non avessero ad oggetto interventi sanitari classificabili come routinari". Sul punto cfr. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., p. 395 s., il quale considera la scelta di esimere il creditore dalla prova del nesso di causalità ritenendo sufficiente l'allegazione di un inadempimento qualificato, cioè astrattamente idoneo alla produzione del danno, "un modo razionale di amministrazione del danno perché il professionista può con più facilità fornire la prova sull'inesistenza del nesso di causalità".

e delle conseguenze ad essa riconducibile³⁰ sotto il profilo della distribuzione del carico probatorio³¹.

³⁰ Sul tema, con particolare attenzione alla responsabilità medica, cfr. MARUCCI, *op. cit.*, p. 16 ss.

Per un esame critico delle principali tesi elaborate sulla contestata distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato cfr. UGAS, in UGAS e BANDIERA, *Commento all'art. 2230*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro*, a cura di Cagnasso e Vallebona, IV, Torino, 2014, p. 639, la quale sottolinea come la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato abbia dato luogo a un acceso confronto che ha avuto ad oggetto “la stessa terminologia [...] da utilizzare per individuare i due gruppi che la compongono, la costruzione del contenuto proprio di ciascuno di essi ed il regime di responsabilità cui assoggettarli”. Sul tema cfr. anche SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni “governabili o non governabili”*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1391ss.; AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Padova, 2012, p. 1, il quale in apertura dello studio dedicato alle obbligazioni di mezzi e di risultato sottolinea come la distinzione alimenti un “inesausto dibattito” ritornando periodicamente al centro delle riflessioni della giurisprudenza e della dottrina; PIRAINO, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 83 s.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 509 s.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”: le distinzioni e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contr.*, 2014, p. 891 s.; D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno svoltosi a Treviso 23-24-25 marzo 2006 per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Padova, 2006, p. 141 s.

Per le opere meno recenti ma emblematiche del vivace dibattito sul tema cfr. LEONE, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 100 ss.; OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, *ivi*, 1918, p. 345 ss., spec. 424 ss.; GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941, p. 90 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazioni, Milano, 1953, p. 111 ss.; MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”. Parte I. Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss.; ID., *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”. Parte II. Studio critico*, *ivi*, p. 280.; BRECCIA, *Diligenza, buona fede e attuazione del rapporto*, Milano, 1968, p. 107; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 45 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 60 ss.; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1277 ss.

In un quadro che appariva ormai caratterizzato, come si è detto, da talune linee fondamentali consolidate soprattutto in ordine all'inquadramento della natura della responsabilità medica,

³¹ Cfr. l'emblematica decisione della Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, che, sottolinea VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2017, p. 963, ha determinato "la svolta anche in merito alla prova del nesso di causalità" con il conseguente alleggerimento del carico probatorio del debitore il quale dovrà "allegare – e non provare – l'inadempimento e il nesso di causalità fra questo e il danno". L'allegazione deve riguardare un "inadempimento qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno". Fa notare di recente CELOTTO, *op. cit.*, p. 110, come tale orientamento prevalga nella giurisprudenza di legittimità successiva senza che siano fornite "indicazioni utili su quale debba essere il grado di determinatezza e specificità di tale allegazione" con la conseguenza che si finisce per "svuotare e quindi alleggerire in misura sempre maggiore il contenuto del predetto onere"; RIZZO, *op. cit.*, p. 327 s., il quale sottolinea come la decisione del 2008 sugelli e perfezioni un orientamento emerso in un gruppo di pronunce precedenti che avevano fatto applicazione, nell'ambito della responsabilità medica, del principio espresso dalle Sezioni unite del 2001, precisando che l'inadempimento deve essere "qualificato" cioè idoneo a produrre il danno lamentato. In questo modo "l'eliminazione del nesso causale dai fatti costitutivi della pretesa risarcitoria [...] si realizza con l'attrazione del nesso causale all'inadempimento"; PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 822, secondo cui «La Corte opera così una sorta di "crasi logica" tra dimostrazione processuale della colpa e della catena causale».

La sentenza può essere letta in *Danno e resp.*, 2008, p. 788 ss., con nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; *ivi*, p. 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; *ivi*, p. 1002 ss., con nota di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Resp. civ.*, 2008, p. 687 ss., con nota di DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*; *ivi*, p. 397 ss., con nota di CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; *ivi*, 2009, p. 221 ss., con nota di MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Giur. it.*, 2008, p. 1653 ss., con nota di CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; *ivi*, p. 2197 ss., con nota di CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Foro it.*, 2008, I, c. 455, con nota di AL. PALMIERI.

l'indubbio impatto della nuova normativa sul piano teorico risulta inevitabilmente condizionato ancora una volta dalla prassi applicativa su temi centrali di indiscusso rilievo, con la conseguenza che solo alla luce delle concrete decisioni dei giudici potrà valutarsi l'effettività del sistema e la reale incidenza delle novità normative sulla misura della tutela riconosciuta al paziente.

6. *Le nuove tendenze giurisprudenziali: nesso di causalità ed onere della prova.*

Con le sentenze del 2019 in materia di responsabilità sanitaria si conferma il ruolo centrale della giurisprudenza e invero se ne accentua la rilevanza. Non è un caso che una storica rivista come il Foro italiano abbia deciso di dedicare un fascicolo speciale alle pronunce più significative della Corte di Cassazione del 2019 in cui sono raccolti i primi commenti sui nuovi orientamenti del settore³². Significativo è l'approccio al tema che viene chiaramente esplicitato nell'intento di dare ordine al sistema della responsabilità sanitaria attraverso un "intervento nomofilattico preventivo della Corte"³³ al

³² Le sentenze, con i relativi commenti, sono pubblicate nel volume tematico, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, a cura di R. Pardolesi, in *Foro it. - Gli Speciali*, 2020.

Indica i punti più significativi delle sentenze del 2019 FRANZONI, *Spigolature sulle sentenze di san Martino*, in *Danno e resp.* 2020, p. 7 ss.

³³ L'espressione è di C. SCOGNAMIGLIO, *Un "restatement" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 2 (Introduzione al volume), il quale, richiamando l'intento espresso dal Presidente della terza Sezione di pronunciare "sentenze pilota" su questioni di particolare rilevanza al fine di assicurare uniformità giurisprudenziale, sottolinea la funzione nomofilattica "selettiva e preventiva" operata dalla Corte di Cassazione. Sul punto cfr. SCODITTI, *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla "deriva della Cassazione"*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 422, il quale sottolinea l'intento della terza sezione della Cassazione di attuare "il progetto organizzativo che può essere definito di «nomofilachia preventiva» sia rimuovendo "provvedimenti che contraddicono «l'unità del diritto nazionale»" sia indirizzando i giudici di merito; cfr. anche PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione: una nota esplicativa* (nota a Cass., 10 dicembre 2019, n. 32124), in *Foro it.*, 2020, I, c. 163, il quale ravvisa il "quid novi" nel metodo "che è quello

fine di indirizzare le decisioni successive e dar vita ad orientamenti stabili e consolidati sugli aspetti più dibattuti e delicati.

Se questo è l'intento della Cassazione non manca chi ha già sottolineato l'opportunità di un atteggiamento prudente rispetto all'effettiva riuscita dell'operazione in quanto le esperienze pregresse hanno dimostrato la difficoltà di assicurare l'auspicata uniformità giurisprudenziale³⁴ in una materia, come quella della responsabilità medica, così complessa e ricca di sfumature. In ogni caso, al fine di attuare la riorganizzazione del sistema, la terza sezione ha istituito un gruppo di studio dando vita al "c.d. progetto sanità", il quale ha selezionato una pluralità di tematiche

della progettazione condivisa delle soluzioni da assegnare ai nodi controversi o irrisolti della disciplina di settore".

³⁴ Fa notare C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, c. 6, che le decisioni sono state depositate dopo undici anni dalle sentenze sul danno non patrimoniale di San Martino del 2008, le quali erano state ritenute "in grado di costituire una sorta di statuto del danno non patrimoniale per il terzo millennio". Tale previsione è risultata, alla luce degli sviluppi sul tema, eccessivamente ottimistica, tanto da indurre l'A. ad una maggiore prudenza, almeno sotto il profilo "dell'orizzonte temporale", circa la capacità delle decisioni di San Martino del 2019 di riuscire effettivamente a garantire soluzioni stabili di lungo periodo sul tema della responsabilità sanitaria. Sul punto cfr. PARDOLESI e SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da «facere» professionale*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1608, i quali, commentando le decisioni della Cass., ord., 18 febbraio 2020, n. 4009 e Cass., 26 febbraio 2020, n. 5128, sottolineano che "si è formalmente fuori dal perimetro «del progetto sanità» con cui la III sezione civile [...] ha voluto dettare le linee guida in tema di responsabilità sanitaria per gli anni a venire"; PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 2000 ss., nota a Cass., ord., 18 febbraio 2020, n. 4009, oltre a ritenere "fallace" tutto "l'impianto motivazionale", sottolinea come l'ordinanza si discosti dalle decisioni del novembre del 2019 generalizzando l'autonomo rilievo del nesso di causalità materiale "sostanzialmente a tutto il campo delle obbligazioni"; PARDOLESI e SIMONE, *Frammenti di responsabilità medica. E ricomposizioni problematiche*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 337, che, in occasione di tre decisioni della Corte (Cass., 8 luglio 2020, n. 14258; Cass., ord. 6 luglio 2020, n. 13872; Cass., ord., 6 luglio 2020, n. 13870, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3468), sottolineano come, a poco tempo di distanza dalle decisioni di S. Martino 2019, si ravvisano disallineamenti giurisprudenziali che confermano la difficoltà di realizzare quell'obiettivo di "nomofilachia programmatica" convintamente perseguito dalla Corte.

degne di attenzione³⁵. Tra di esse, mi soffermerò sulle scelte operate con riguardo al nesso di causalità e alla distribuzione dell'onere probatorio³⁶. Le quali costituiscono un banco di prova significativo per valutare se e quale impatto esse hanno determinato sulla tutela accordata al paziente dopo l'introduzione del doppio regime di responsabilità previsto dalla riforma del 2017.

Vorrei ricordare le preoccupazioni sollevate da parte della dottrina per l'aggravamento del carico probatorio del paziente nelle

³⁵ Sul punto v. C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, c. 2 ss., secondo il quale dalla lettura delle decisioni nel suo complesso si coglie la tendenza a consolidare e razionalizzare gli "indirizzi giurisprudenziali in larga misura già accreditati" al fine di evitare l'insorgere di contrasti in sede di legittimità e di orientare le decisioni dei giudici di merito, anche nell'ottica della riduzione del contenzioso. Ad avviso dell'A. oltre all'intento della prevedibilità delle decisioni, che sicuramente rappresenta un modo nuovo di "declinare la funzione nomofilattica", risulta particolarmente significativo, a livello metodologico, il dialogo con la dottrina che determina nelle sentenze una "interazione creativa tra dottrina e giurisprudenza" in netto contrasto con l'opposta tendenza di una giurisprudenza creativa e di una dottrina remissiva. ID., *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, commento a Cass., 11 novembre 2019, n. 28991 e n. 28992, in *Corr. giur.*, 2020, p. 308, il quale sottolinea il "flusso dialogico continuo tra la prospettiva della dottrina e quella della Corte". Esprime preoccupazione per le decisioni non sostenute da un adeguato apparato argomentativo CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, il cui capitolo II, come ricorda C. SCOGNAMIGLIO, *Un "restatement" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 4 e nota 16, è intitolato "Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva".

³⁶ In particolare, al tema del nesso di causalità sono dedicate le decisioni della Cass., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., con nota di PARDOLESI e SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, c. 136 ss.; ivi, con nota di D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, c. 150 ss.; ivi, con nota di MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, c. 162 ss.; ivi, con nota di PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, c. 169 ss.; ivi, con nota di IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, c. 198 ss.

ipotesi riconducibili alla responsabilità extracontrattuale del sanitario rispetto a quelle ascrivibili alla responsabilità contrattuale e l'ipotizzato ridimensionamento del rischio prospettato attraverso il possibile impiego di meccanismi di redistribuzione dell'onere della prova volti ad alleggerire il carico probatorio del paziente nelle ipotesi riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c.³⁷.

Credo che, in questa prospettiva, sia interessante qualche breve riflessione alla luce delle due sentenze della Cassazione dell'11 novembre, nn. 28992 e 28991³⁸, le quali si pongono, nella sostanza, in linea di continuità con la nota decisione del 26 luglio 2017, n. 18392³⁹, che aveva introdotto nel giudizio di responsabilità medica “una doppia linea di causalità”⁴⁰, distinguendo, per usare

³⁷ Si rinvia sul punto alla nota n. 19, 20 e 21.

³⁸ Nel commentare le due decisioni sul nesso di causalità PIRAINO, *op. loc. ult. cit.*, c. 189, parla di “parziale correzione di tiro operata rispetto all'oramai noto precedente del 2017” e di “predisposizione di un più preciso corredo concettuale alla riconferma della regola che assegna al creditore l'onere della prova del nesso di causalità materiale, ancorché circoscritta alla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di fare professionale”. Alla luce di ciò l'A. si propone di verificare se la regola sulla distribuzione dell'onere probatorio della causalità materiale possa risultare meno infondata. Per una ricognizione sintetica delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul nesso di causalità cfr. IANNELLO, *Onere della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria. Le oscillazioni del «pendolo» nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in www.giustiziainsieme.it.

³⁹ Cass., 26 luglio, 2017, n. 18392, in Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione*, Milano, 2018, p. 529 ss.; ed in *Foro it.*, 2018, I, c. 1348.

⁴⁰ L'espressione è di PARDOLESI e SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria. indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 5, secondo i quali la decisione inaugura “una doppia linea di causalità, basata sulla distinzione tra causalità materiale del fatto costitutivo della pretesa risarcitoria (a carico dell'attore) e causalità del fatto estintivo, ossia dell'impossibilità della prestazione (a carico del convenuto)” dando luogo ad “un impianto dogmatico sofisticato anche se opinabile”. Sul punto cfr. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., p. 884 s., secondo cui “la doppia sequenza causale, presieduta la prima dal danneggiato e la seconda dall'ipotetico danneggiante è autocontraddittoria, per il fatto che la prima esclude la seconda”. Infatti, se il creditore prova la sussistenza del nesso di causalità tra condotta del sanitario e peggioramento dello stato di salute non vi è più spazio per la prova contraria del debitore. Allo stesso modo, qualora il creditore non riesca a fornire la suddetta prova, non sarebbe necessario fornire la prova dell'impossibilità

testualmente le parole della Corte, tra il ciclo causale “relativo all’evento dannoso, a monte,” e quello “relativo all’impossibilità di adempiere, a valle”.

Sulla base di tale distinzione si stabiliva come doveva essere ripartito il carico probatorio.

In particolare, il ciclo causale “relativo all’evento dannoso” doveva “essere provato dal creditore/danneggiato”, quello “relativo alla possibilità di adempiere” doveva “essere provato dal debitore danneggiante”, con la conseguenza che “la causa incognita resta a carico dell’attore relativamente all’evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere”⁴¹.

derivante da una causa estranea al debitore. Di recente, in uno studio dedicato al nesso di causalità PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 430, si sottolinea come “il nesso di causalità materiale non può che essere anche giuridico, nel senso di giuridicizzato, ossia sottoposto a un processo di connotazione in chiave giuridica che adatti le regole causali desunte *aliunde* agli obiettivi del diritto e alla struttura della responsabilità civile, tanto aquiliana quanto contrattuale. Una tale osservazione potrebbe essere accolta in maniera più proficua se nella prassi lessicale e concettuale di giurisprudenza e dottrina non fosse invalso l’uso che assegna al sintagma “causalità giuridica” la funzione di designare un secondo nesso di causalità rispetto a quello materiale incaricato di circoscrivere l’area dei danni consequenziali risarcibili e quindi posto tra l’evento dannoso primario e gli ulteriori pregiudizi”

Cfr. sul tema D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 358, il quale ritiene che “il tema di prova in materia di nesso di causalità deve essere considerato unico ed unitario (sempre trattandosi, in definitiva, di comprendere se la causa dell’evento dannoso subito dal creditore sia o meno da individuarsi nel comportamento del debitore”); concetto ribadito dall’A. in *L’onere della prova nel nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., c. 161.

⁴¹ Cass., 26 luglio, 2017, n. 18392, in *I nuovi orientamenti della Cassazione*, cit., p. 532 s. La decisione precisa ulteriormente che “ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l’inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l’aggravamento della situazione patologica (o l’insorgenza di nuove patologie per effetto dell’intervento) e l’azione o l’omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l’esatta esecuzione della prestazione: l’onere per la struttura sanitaria di provare l’impossibilità sopravvenuta della prestazione sorge solo ove il

La sentenza del 2017, n. 18392, oggetto di significative e a mio avviso fondate critiche in dottrina⁴², non è stata smentita dalle

danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari”.

⁴² Tra le numerose voci critiche cfr. PARDOLESI e SIMONE, *op. loc. ult. cit.*; D'AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, cit., c. 1348 ss., che evidenzia come l'impostazione che risulta dalla pronuncia ponga “un problema di «compatibilità»” con il modello generale costruito in precedenza con riguardo alla distribuzione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale; ID., *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 349 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, *ivi*, 2019, p. 248 ss.; PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, p. 709. In senso adesivo SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 265. Cfr. sul tema FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria, in I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, cit., p. 550 ss., il quale, nonostante le perplessità che potrebbero derivare dalla scomposizione del nesso causale in due segmenti e dall'affermazione della continuità con l'indirizzo espresso dalla nota Cass. n. 577/2008, esprime un giudizio di indubbio apprezzamento per il “decisivo cambio di rotta nel segno della restaurazione dei più tradizionali e consolidati insegnamenti della dottrina civilistica” secondo cui, indipendentemente dal tipo di responsabilità, incombe sul danneggiato la prova del nesso di causalità tra condotta e danno.

Cfr., oltre alla Cassazione appena richiamata, anche Cass., 14 novembre 2017, n. 26824; Cass., 7 dicembre 2017, n. 29315, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, cit., p. 529 ss., secondo le quali la prova del nesso di causalità tra condotta e danno grava sul soggetto danneggiato. Per un'analisi delle richiamate decisioni cfr. FACCIOLI, *op. loc. ult. cit.*, p. 540 ss., che sottolinea come la reale portata applicativa di questo criterio di riparto dell'onere probatorio dipenderà dal tipo di applicazione che ne farà concretamente la giurisprudenza attribuendo ad esso rigidità o maggiore flessibilità introducendo eccezioni in cui si riconosce la presunzione di sussistenza del nesso causale con riferimento ad ipotesi specifiche” (p. 554 s.). Analoghe considerazioni sono svolte dall'A. nello scritto *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sull'onere probatorio del nesso eziologico e sul rischio della “causa ignota” nella responsabilità medica*, in *www.elegal.it*, 2018, p. 5. Sul tema cfr. anche RICCETTI, *Responsabilità della struttura sanitaria: non è più sufficiente la (già difficile) allegazione dell'inadempimento qualificato per soddisfare l'onere probatorio del danneggiato?* (nota a Cass., 7 dicembre 2017, n. 29315), in *Riv. it. med. leg.* 2, 2018, p. 712 ss.; TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova*

decisioni del 2019⁴³ ed anzi il principio in esse espresso, pur con alcune precisazioni volte a tentare di superare le obiezioni sollevate⁴⁴, è destinato ad avere un peso ancor più significativo

del nesso, in *Danno e resp.*, 2018, p. 14 ss. In senso conforme alle decisioni sopra richiamate cfr. anche Cass., 15 febbraio 2018, n. 3704, in *Cassazione.net.*; Cass., 2 marzo 2018, n. 4928, in *Resp. medica. Diritto e pratica clinica*, 2018, con nota di S. CORSO.

Ripercorre “le principali tappe” dell’evoluzione della giurisprudenza sia civile che penale sul nesso di causalità Di CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, cit., p. 85 ss.

⁴³ Sulla identità “del principio di diritto” espresso nelle due decisioni della Cassazione del 2019, nn. 28992 e 28991 e quello che emerge dalla sentenza del 2017, n. 18392, cfr. PARDOLESI e SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, cit., c. 136, i quali rilevano come l’indirizzo sia divenuto “dominante” come emerge chiaramente dalle numerose decisioni conformi. Sul punto si rinvia alle sentenze indicate nella nota 2, c. 136. Dello stesso avviso D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, cit., c. 151, nota 4, secondo cui «L’indirizzo inaugurato da Cass. 26 luglio 2017, n. 18392 [...] viene sostanzialmente ribadito (sia pure con qualche “messa a punto” argomentativa)».

⁴⁴ Di “correzioni di tiro [...] contenute al minimo sindacale” parlano PARDOLESI e SIMONE, *op. loc. ult. cit.*, secondo i quali “lo sforzo ricostruttivo si rivela, per chi voglia prestare un minimo di attenzione, assai posticcio”, c. 136 ss.; CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., p. 889 ss., il quale, pur apprezzando il ripensamento operato dalla Corte sull’onere della prova nella responsabilità per inadempimento, non trova una giustificazione, né sul piano dogmatico né su quello della disciplina positiva, alla scelta di dettare una particolare disciplina per le obbligazioni di fare professionale. Di diverso parere MACARIO, *op. cit.*, c. 162, secondo cui, nel ritornare sul tema della prova del nesso di causalità, la Cassazione offre una “pregevole motivazione, che in modo convincente ed esaustivo (come si addice a una sentenza di legittimità, intesa a ‘fare il punto’, come si usa dire), riesce a fissare i tratti essenziali della questione, anche in risposta ad alcune delle obiezioni rivolte in sede di annotazione delle precedenti pronunce (sempre provenienti dalla terza sezione civile)”. Nella stessa prospettiva MARIOTTI, *In cammino verso una responsabilità civile più equilibrata solidale e sostenibile*, in *Responsabilità medico-sanitaria e risarcimenti*, cit. p. 261 ss.; ravvisa nelle decisioni della Corte “lo sforzo, apprezzabile e condivisibile, anche se appunto bisognoso di qualche ulteriore specificazione, di costruire un assetto degli oneri della prova [...] il più possibile modellato sulla specificità della prestazione oggetto dell’obbligazione C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento*

nell'ottica della funzione nomofilattica preventiva della Corte funzionalizzata a consolidare gli indirizzi precedenti e ad orientare le decisioni future.

Dalla lettura della motivazione delle sentenze del 2019 appena richiamate, pur senza entrare nel merito dei singoli passaggi formulati e delle critiche mosse da Autorevoli studiosi in ordine alla scelta di confermare un duplice ciclo causale con differente distribuzione dell'onere della prova, risulta una certa ambiguità nel ragionamento a cui, invero, conseguono risultati applicativi di difficile condivisione. Mi limito a richiamare solo i punti più rilevanti nell'ottica della valutazione della posizione del paziente e del livello di tutela ad esso riconosciuto.

La Suprema Corte, in *primis*, afferma che “Negare che incomba sul paziente creditore di provare l'esistenza del nesso di causalità fra l'inadempimento ed il pregiudizio alla salute [...] significa espungere dalla fattispecie costitutiva del diritto l'elemento della causalità materiale. Di contro va osservato che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, quale portata della distinzione fra causalità materiale ed imputazione”⁴⁵. Dopo tale affermazione, tuttavia, la Cassazione precisa che “Su questo tronco comune intervengono le peculiarità della responsabilità contrattuale”. Infatti, in tali ipotesi, “la responsabilità consegue alla violazione di un rapporto obbligatorio” sicché “la lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento.

La causalità materiale, pur teoricamente distinguibile dall'inadempimento per la differenza fra eziologia ed imputazione, non è praticamente separabile dall'inadempimento, perché quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal

in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario, cit., p. 313 s.

⁴⁵ Osservano, sul punto PARDOLESI e SIMONE, *op. loc. ult. cit.*, c. 137, che “sotto il profilo strutturale, dunque, si assume che le due traiettorie – contrattuale e aquiliana – combacino”.

contratto e dunque al danno evento”⁴⁶. In tale prospettiva si ritorna al regime probatorio disegnato con le richiamate decisioni della Cassazione a Sezioni Unite del 2001 e del 2008⁴⁷. Questa ricostruzione sembra, invero, ricomporre lo strappo che, con riguardo alla prova del nesso di causalità, era stato operato con la sentenza del 26 luglio 2017, n. 18392, ma, ad un esame più attento, la ricomposizione è solo apparente. Infatti, la distribuzione del carico probatorio muta con riferimento alle obbligazioni di *facere*

⁴⁶ Così espressamente Cass., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, cit., la quale precisa ulteriormente che “La causalità acquista qui autonomia di valutazione solo quale causalità giuridica, e dunque quale delimitazione del danno risarcibile attraverso l’identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.). L’assorbimento pratico della causalità materiale nell’inadempimento fa sì che tema di prova del creditore resti solo quello della causalità giuridica (oltre che della fonte del diritto di credito), perché, come affermato da Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 è onere del debitore provare l’adempimento o la causa non imputabile che ha reso impossibile la prestazione (art. 1218 c.c.), mentre l’inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c’è quindi un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale perché allegare l’inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento”.

Sottolinea PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, cit., p. 718 s., che “l’inadempimento esibisce un’intrinseca connotazione eziologica che rende superflua una specifica ed autonoma indagine sulla causalità materiale posta a carico del debitore”. Secondo l’A. «La via da percorrere è [...] quella di approfondire la riflessione sulle cadenze che l’unitario regime di responsabilità contrattuale assume quando l’obbligazione inadempita è connotata da un risultato non predeterminato ma determinabile soltanto “a posteriori”. Potrebbero offrire una risposta adeguata sia lo svolgimento della verifica dell’inadempimento secondo il modello del “giudizio teleologico a posteriori” sia l’inclusione del giudizio nomologico-deduttivo, proprio della causalità generale, nell’accertamento del carattere dannoso dell’inadempimento» (p. 736); ID., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 174.

⁴⁷ Osservano PARDOLESI e SIMONE, *op. loc. ult. cit.*, c. 138, che in questo modo si vorrebbe far salva la simmetria sistematica (ossia “il tronco comune”, se si preferisce, “le regole generali”), conciliandolo con il risultato pratico di chiedere al creditore la sola prova del titolo e l’allegazione dell’inadempimento».

professionale⁴⁸, per le quali, invece, “il creditore di prestazione professionale, che alleggi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest’ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate (c.d. causalità giuridica), ma deve provare, anche avvalendosi eventualmente pure di presunzioni, il nesso di causalità fra quell’evento e la condotta del professionista nella sua materialità”. Infatti, “causalità e imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale”⁴⁹ in presenza di un interesse primario (la guarigione) rispetto al quale la prestazione dedotta in obbligazione ha carattere meramente strumentale⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, cit., c. 157 e nota 23, secondo il quale la Corte perviene ad una «sorta di “riduzione teleologica” (nella interpretazione) del contenuto della sentenza delle sezioni unite» escludendo che il principio espresso nella decisione del 2001, n. 13533, possa applicarsi alle ipotesi di inadempimento delle obbligazioni professionali rispetto alle quali esso deve essere integrato con la regola secondo cui il debitore deve fornire la prova del nesso di causalità materiale. Sottolinea IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., c. 209, come la Corte ometta di fornire una spiegazione del regime probatorio previsto per le obbligazioni di *facere* professionale.

⁴⁹ Esprime molto apprezzamento per “l’intento di distinguere l’accertamento della causalità di fatto (...) dall’imputazione soggettiva” e ritiene “logica la conclusione” prospettata dall’estensore secondo cui “ogni forma di responsabilità è dunque connotata dalla congiunzione di causalità e imputazione” M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 195 s., nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, il quale, tuttavia, con riguardo all’onere della prova che grava sul creditore, manifesta il proprio disagio “poiché dall’allegazione dell’inadempimento si passa ad affermarne la necessità della prova”.

⁵⁰ Così Cass., 11 novembre 2019, n. 28992 e n. 28991, cit.

In senso critico rispetto alle scelte operate dalla Cassazione A.M. BENEDETTI, *Verso una “medicalizzazione” della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell’art. 1218...*, nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28992 e n. 2899, in *giustiziacivile.com*, 2020, secondo cui “le decisioni non convincono pienamente, non solo per l’ardua sostenibilità tecnica delle conclusioni, ma anche per una motivazione che non brilla per chiarezza di argomentazioni”; R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, (nota a Cass., 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992), in *Foro it.*, 2020, I, c. 218 ss.; RIZZO, *op. cit.*, p. 327 ss., il quale, in sede di commento alla Cass., 11 novembre 2019, n. 28992, svolgendo una articolata critica alle motivazioni poste a fondamento della sentenza sottolinea come “la necessità di dar corso ad

un'indagine eziologica tra l'inadempimento ed il danno alla salute, nella forma del peggioramento delle condizioni del paziente o dell'insorgere di nuove patologie, non è implicata dalla distinzione tra interesse strumentale del creditore – rappresentato dalla prestazione – ed interesse primario dello stesso – segnato dalla guarigione o, comunque, dal mancato deterioramento del suo stato psicofisico –, ma dal fatto che il creditore affermi di aver subito un danno conseguenza dell'inadempimento; e cioè che si sia prodotto un evento dannoso (il peggioramento delle condizioni cliniche) successivo all'inadempimento e che, di questo evento, l'inadempimento costituisca la causa” (p. 331); CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., p. 889 ss., il quale articola una serrata critica alla decisione della Cassazione n. 28991 del 2017, sostenendo, tra le varie obiezioni, che essa “ha risolto una questione di causalità giuridica nell'erronea convinzione che si trattasse di causalità del fatto (p. 899 e nota 136); DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico* (nota a Cass., 11 novembre 2019, n. 28991), in *Giur. it.*, 2020, p. 38 ss., il quale evidenzia la criticità di una ricostruzione che, gravando il debitore della prova del nesso di causalità materiale, determina un sensibile avvicinamento della responsabilità del medico che è definita contrattuale alla responsabilità aquiliana; di opinione diversa C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., p. 308 ss., secondo cui, partendo dall'analisi delle fattispecie concrete oggetto di giudizio dalle quali risultava totale incertezza in ordine alla sussistenza del nesso causale “tra l'evento dannoso subito dal paziente e la condotta in ipotesi [...] colpevole del sanitario tenuto alla prestazione di cura”, non si giustifica la “preoccupazione circa un ipotetico effetto eversivo della materia della responsabilità da inadempimento di un'obbligazione che [...] i critici delle sentenze qui commentate hanno paventato” (p. 310).

È solo il caso di fare cenno ai problemi sollevati in dottrina nelle ipotesi in cui oggetto dell'obbligazione sia proprio un risultato. Tale criticità è rilevata da D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*, c. 154 ss., il quale sottolinea come non sia negabile che obbligazioni di *facere* professionale possano essere qualificate come obbligazioni di risultato con la conseguenza che, in ipotesi siffatte «inadempimento (ossia: profilo della “imputazione soggettiva” della responsabilità) e nesso di causalità sembrano astretti da un inscindibile nesso». Invero secondo l'A. il richiamo effettuato nelle decisioni del 2019 alle obbligazioni di diligenza professionale sembra far intendere che l'estensore delle sentenze abbia ritenuto applicabile la scissione tra interesse strumentale e primario del creditore anche alle obbligazioni di risultato in quanto anche in queste ipotesi oggetto della prestazione non è “(il risultato del)la guarigione bensì una condotta diligente e perita”. Tale impostazione non tiene conto, secondo l'A., del fatto che nelle prestazioni ad alta vincolatività non può non istituirsi “una presunzione di responsabilità a carico del debitore, nel senso della sussistenza di un sicuro nesso causale (salva soltanto l'esimente del caso fortuito) tra il mancato risultato e la violazione delle *leges artis*

Mi sembra che, sulla base degli esiti raggiunti, emerga, suscitando non poca sorpresa, il paradosso di un aggravamento sul piano probatorio della posizione del paziente⁵¹ nelle ipotesi in cui la

da parte del debitore”. Presunzione che non è da ricondurre all’art. 2729 c.c., ma che consiste in una “presunzione giurisprudenziale” per cui l’inversione dell’onere probatorio si determinerà in tutti i casi di inadempimento di una prestazione di quel contenuto”.

⁵¹ Tale aggravamento sembra mettere in crisi la scelta legislativa di dettare regimi differenziati di responsabilità. La diversa disciplina dettata per il medico dipendente dalla struttura ospedaliera e per il medico libero professionista trova la sua giustificazione nell’intento di far gravare il rischio sanitario sul soggetto che è legittimamente nelle condizioni migliori per farvi fronte (la struttura sanitaria) ma non rende agevolmente comprensibile la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione con riguardo alle ipotesi riconducibili alla responsabilità contrattuale del sanitario per inadempimento dell’obbligazione di *facere* professionale. Sul punto cfr. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 171 s. , che criticamente coglie nella scelta della terza sezione della Cassazione, dopo l’intervento del legislatore che ha posto fine alla discussa teoria del contatto sociale, l’intento di “riconquistare il centro del proscenio strappandolo a quel legislatore che si è permesso di battere un colpo”, attraverso una interpretazione volta a svuotare di significato parte della riforma introdotta con la l. n. 24 del 2017. ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 560 s., secondo cui “i diversi indirizzi che patrocinano la specificità delle obbligazioni di *facere* professionale pretendono di scindere il danno principale da inadempimento dall’interesse protetto, riannodando invece il primo a un interesse esterno al perimetro dell’obbligazione. Così facendo, esse imprimono inevitabilmente alla responsabilità contrattuale un’innaturale torsione aquiliana”.

Condivide la scelta normativa di valorizzare “la responsabilità della struttura, assicurando invece parziali immunità al personale sanitario strutturato”. RUFFOLO, *Le “mobili frontiere” della responsabilità medica*, in *Giur. it.*, 2021, p. 456, il quale sottolinea come già nel 2014 (nel lavoro a sua cura *La responsabilità medica*, Milano, 2004 e precisamente nel quarto di copertina) aveva prospettato la necessità di “una inversione di tendenza rispetto ad una anomalia: l’anacronistico quanto illogico privilegio accordato, nella pratica, alla responsabilità personale, e per colpa, sia contrattuale che extracontrattuale, del singolo operatore sanitario, trascurandosi o ponendosi invece in secondo piano le responsabilità (spesso anche oggettive) delle strutture sanitarie”. Concetto ribadito dall’A. anche nella Prefazione al volume *La nuova responsabilità medica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2018.

responsabilità contrattuale consegua ad un inadempimento di quelle prestazioni che la Corte qualifica “di diligenza professionale”⁵².

Questo epilogo, come è ovvio, non dipende dall’introduzione nella legge Gelli-Bianco del “doppio binario di responsabilità” ma risulta da una lettura operata dalla Cassazione fortemente penalizzante delle regole sull’onere della prova di cui è gravato il paziente a fronte di un inadempimento del sanitario nelle prestazioni di *facere* professionale. Circostanza che, invero, finisce per vanificare nell’essenza la sentenza delle Sezioni Unite del 2001, alla quale la Corte afferma di ispirarsi ma che nella sostanza smentisce⁵³.

⁵² Cfr. sul tema le riflessioni critiche di LABELLA, *Il nesso di causalità nelle “obbligazioni di diligenza professionale”*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 277 ss.

⁵³ D’AMICO, *op. ult. cit.*, c. 157 s., secondo il quale, al di là dell’asserita adesione alla sentenza del 2001, le decisioni del 2019 finiscono per “ribaltare (anche abbastanza vistosamente) la *ratio* che ispirava l’intervento delle sezioni unite del 2001 – all’insegna di un evidente *favor creditoris* – offrendo una soluzione esattamente speculare (nei suoi esiti finali)”. Secondo PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 178 s., “Non può non suscitare un certo stupore la capacità dei giudici della terza sezione di prodursi in evoluzioni spericolatissime pur di trovare uno spazio, che non c’è, tra le due pronunce a sezioni unite del 2001 e del 2008, grazie al quale enunciare principi di diritto chiaramente divergenti rispetto a quelli espressi dai due autorevoli precedenti, sfuggendo al limite della rimessione alle sezioni unite sancito dall’art. 374, comma 3, c.p.c.”. ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., p. 563; il quale ribadisce come la scelta di non rimettere la questione alle Sezioni Unite, come si sarebbe dovuto fare, ha portato “una corrente dei giudici di legittimità” a “minare la tenuta di quei presupposti in maniera surrettizia”; DE MARI CASARETO DAL VERME, *Prestazione professionale sanitaria e prova dell’inadempimento dell’obbligazione: tornare ai “mezzi” senza dirlo?*, in *Giust. Civ.com*, 2020, p. 15, il quale nel ritenere che si sia in presenza di “un vento decisamente controriformista”, se paragonato al clima che accompagnò l’acuto delle sezioni unite del 2001” ritiene che il nuovo indirizzo abbia consentito di superare “una soluzione che nel volgere di pochi anni aveva generato un dispositivo difficilmente governabile, ove allegare l’inadempimento dell’obbligazione di prestare la cura professionalmente era divenuto troppo facile, determinando le condizioni perché la pressione risarcitoria si facesse troppo intensa e i medici si ribellassero”. “Di insanabile conflitto fra le due impostazioni” parla IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., c. 209, secondo il quale si è in presenza di una “vera e propria inversione ad U, del tutto eversiva rispetto all’ordine che si era voluto istituire nel 2001”. In senso contrario MACARIO, *op. cit.*, c. 164, il quale ritiene “piuttosto evidente la linea di continuità

Infatti, può cogliersi, sul piano dell'impostazione complessiva, la tendenza all'attrazione, sotto il profilo probatorio, della responsabilità per inadempimento delle prestazioni di diligenza professionale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale⁵⁴.

Peraltro, il richiamo alle c.d. obbligazioni di diligenza, ad avviso di alcuni autorevoli studiosi, finisce col riproporre, sebbene sotto falso nome, la classica e quanto mai dibattuta distinzione tra

con la giurisprudenza di legittimità (alludendosi alla notissima decisione a sezioni unite n. 13533/01, richiamata nella motivazione): una continuità, peraltro, incomprensibilmente negata da una parte della dottrina". Sul punto cfr. inoltre CAFARELLI, *L'onus probandi della causalità materiale nella responsabilità sanitaria e il rischio della c.d. "causa ignota"*, in *giustiziacivile.com*, secondo la quale, il «precedente delle Sezioni Unite non viene [...] ribaltato» né tantomeno scalfito dalla ricostruzione *de qua*, [...] bensì riletto in chiave evolutiva e adattato al contesto ordinamentale, sì da acquisire stabilità nel tempo».

⁵⁴ Sul punto fortemente critico PIRAINO, *op. loc. ult. cit.*, p. 171, secondo il quale equiparare sotto il profilo della prova della causalità materiale, anche se solo per le obbligazioni di *facere* professionale, la responsabilità contrattuale, a quella extracontrattuale "annulla una delle più significative differenze tra i due regimi, per di più allineando quello più vantaggioso (la responsabilità contrattuale) a quello meno vantaggioso (la responsabilità aquiliana)". Cfr. anche PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento...extra-contrattuale per colpa*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 248 ss.; ID, *Inadempimento e causalità materiale: "perseverare diabolicum"*, *ivi*, 2020, p. 75 s., che, esaminando un'ipotesi di responsabilità della struttura sanitaria, sottolinea come la Cassazione abbia «deciso di perseverare in quella "strana teoria" che tende a ricostruire la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata con regole che sono tratte dalla responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 2043 c.c.), ma che sono inconciliabili sia con la disciplina dell'inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., sia con la regola iscritta nell'art. 2697 c.c.». Cfr., inoltre, le considerazioni svolte da FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, cit., p. 197, il quale, peraltro, dopo un'attenta analisi del caso concreto e delle risultanze della CTU, solleva il dubbio che la vicenda "abbia ad oggetto il tema dell'onere della prova della vittima, oppure riguardi altro". Si sarebbe, infatti, potuto seguire un diverso *iter* argomentativo affermando che l'attore, pur avendo fornito la prova del titolo, aveva "allegato un evento che non è risultato essere un inadempimento" in quanto il medico nel giudizio aveva fornito la prova dell'adempimento. Su tali premesse si sarebbe potuto applicare il criterio del riparto dell'onere della prova dettato dall'art. 1218 c.c., secondo l'interpretazione offerta dalla decisione del 2001.

obbligazioni di mezzi e di risultato⁵⁵, distinzione che, per sottolineare ancora una volta il paradosso, la stessa Cassazione a Sezioni Unite aveva ritenuto necessario superare con l'importante e già citata sentenza n. 577 del 2018⁵⁶.

⁵⁵ Sul punto criticamente cfr. PARDOLESI e SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 139, secondo cui le decisioni del 2019 mirano “a ripristinare – sia pure a livello della nozione di causa imputabile ex art. 1218 c.c. – la distinzione tra obbligazioni di risultato o di mezzi, ossia, nel campo medico, fra interventi routinari e interventi di difficile esecuzione (altri preferisce parlare di interventi ad alta vincolatività a fronte di interventi difficili, ovvero di obbligazioni con risultato indeterminato o, ancora, di obbligazioni ‘governabili e non’, ma la sostanza non cambia)”. Di diverso avviso MACARIO, *op. cit.*, c. 165, secondo cui “quest’ultimo intervento della Cassazione vale a confermare la validità – utilità [...] della distinzione generale delle obbligazioni di mezzi e di risultato, che invero la migliore dottrina civilistica ha sempre rispettato”; Favorevole all’impiego della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, cit., c. 159 ss., il quale ha riformulato la distinzione tradizionale contrapponendo gli interventi *routinari* a quelli di speciale difficoltà per collegare ad essi un differente regime probatorio «con correlativa diversa distribuzione del rischio della c.d. “causa ignota”». L’A., auspicando che la giurisprudenza si evolva in tale direzione, non si nasconde che, in tal caso, sarebbe inevitabile riconsiderare i principi espressi dalla sentenza n. 13533 del 2001. Al riguardo osserva PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 179, che le sentenze del 2019 “giungono [...] ad esiti che vanno ben oltre rispetto a quelli prospettati dalla dottrina appena richiamata che attribuisce rilevanza alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nell’ottica di “una diversa dislocazione del rischio della causa ignota” in quanto esse, “nelle obbligazioni di diligenza professionale (nozione che rievoca la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato) prevedono una diversa distribuzione della prova della causalità materiale”. Di una “una battuta d’arresto” e di «un ritorno, per qualcuno condivisibile, alle “obbligazioni di mezzi” e cioè ad un regime meno severo (questa volta in punto di prova del nesso di causalità) per il medico» parla PLAIA, *La responsabilità del medico e l’argomento statistico*, in *Contratti*, 2020, p. 344.

Sull’utilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la legge n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, cit.

⁵⁶ Si rinvia alla nota n. 29.

Nonostante l'attenta scelta della Cassazione di non richiamare mai espressamente tale distinzione⁵⁷, se nella sostanza dovesse ritenersi che ad essa, sia pure implicitamente, la Corte abbia inteso fare riferimento, ci si dovrebbe interrogare sul regime applicabile alle c.d. obbligazioni di risultato. A meno di voler escludere che tra le obbligazioni di *facere* professionale debbano ricomprendersi anche obbligazioni nelle quali il sanitario si impegna ad assicurare un risultato⁵⁸, credo che il tema non possa non meritare qualche attenzione.

Mi limito, in questa sede, a svolgere qualche sintetica considerazione.

Una volta assunta, con riguardo alle obbligazioni di *facere* professionale, la tesi basata sulla distinzione tra imputabilità e causalità sostenuta dalla Cassazione, la prova del nesso di causalità materiale dovrebbe continuare a gravare sul debitore anche nelle obbligazioni di risultato, visto che il nuovo regime probatorio viene affermato in via generale e senza distinzioni⁵⁹ (con la sola precisazione che la relativa prova può essere fornita anche mediante

⁵⁷ Sul punto v. PIRAINO, *op. ult. cit.*, c. 178, secondo il quale la Cassazione riesuma la distinzione “guardandosi bene, però, dall’adottare la nota nomenclatura, così da celare il contrasto con un’altra fondamentale pronuncia delle sezioni unite, che ha fatto meritoriamente segnare l’abbandono della distinzione proprio nel settore [...] della responsabilità medica”. Posizione ribadita dall’A. nello scritto *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., p. 565, in cui parla di un “ritorno al passato” che rappresenta “un regresso per la scienza pratica”.

⁵⁸ Sottolinea D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica*, cit., c. 156, come una delle criticità rinvenibili nel ragionamento della Corte consiste nel fatto che essa sembra negare l’«esistenza di prestazioni di “*facere professionale*” che abbiano ad oggetto “un risultato” o quantomeno sembra ritenere che anche in tali “obbligazioni (nel campo medico) oggetto dell’obbligazione non sia il risultato del(la guarigione), bensì la condotta diligente e perita (e, dunque conforme alle *leges artis*) da parte del debitore”.

⁵⁹ Evidenzia PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale*, cit., c. 189, che appare “eccessiva la pretesa” che sembra emergere dalla lettura delle sentenze del 2019 “di estendere addirittura all’intero campo delle obbligazioni di *facere* professionale quell’identificazione del risultato atteso con la perizia della condotta del debitore che è già di per sé contestabile in chiave categoriale”.

il ricorso a presunzioni). Invero non è mancato chi a monte ha ritenuto che la distinzione tra causalità e imputazione non dovrebbe trovare applicazione alle obbligazioni c.d. di risultato⁶⁰. In ogni caso ragionando nell'ottica prospettata dalla Cassazione del c.d. doppio ciclo causale, rimane centrale il tema della rilevanza delle presunzioni, le quali possono svolgere un ruolo significativo per contenere gli infausti esiti per il paziente derivanti dalla richiamata decisione del 2017 e, in buona misura, anche dalle sentenze del 2019⁶¹.

A questo riguardo invero, dalla lettura delle decisioni del 2019, non risulta chiaro se le presunzioni cui si fa riferimento nella motivazione siano le presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c. ovvero le c.d. presunzioni giurisprudenziali⁶².

⁶⁰ In tal senso D'AMICO, *op. ult. cit.*, c. 157, secondo cui "la distinzione tra imputazione e causalità" dovrebbe riguardare solo una parte delle obbligazioni di *facere* professionale e precisamente quelle "c.d. di mezzi (o non routinarie)".

⁶¹ Osserva D'AMICO, *op. ult. cit.*, c. 152, che l'impiego del meccanismo presuntivo consente di spostare di nuovo sul debitore l'onere della prova che, in linea di principio, dovrebbe gravare sul creditore. Sul punto cfr. BONA, "San Martino" dolcemente: pregi e dilemmi, in *Responsabilità medico-sanitaria e risarcimenti. Quali nuovi scenari dopo le sentenze del "San Martino 2019" e la pandemia Covid-19?*, cit., p. 101, secondo cui è «evidente come in realtà il recente "pacchetto" delle dieci sentenze novembrine confermi nel suo insieme importanti capisaldi del modello presuntivo precedente alla "deviazione" inaugurata dalla sentenza Cass. 18392/2017».

⁶² Sul punto cfr. D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento"*, cit., c. 158 s., secondo cui è «probabile [...] che nelle sentenze in commento si evochi l'istituto della "presunzione semplice" di cui all'art. 2729 c.c.», (nota 27). Sul punto cfr. le considerazioni svolte da PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., p. 565 ss., il quale, peraltro, richiama il ragionamento già sviluppato sul tema da G. D'Amico nel lavoro appena richiamato e in *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 357, per manifestare il suo dissenso rispetto alla ricostruzione prospettata dall'A. che ricorre al sistema delle presunzioni giurisprudenziali e collega "una presunzione giurisprudenziale" a "ciascuna categoria di obbligazione" giungendo a configurare una diversa distribuzione del carico probatorio tra le prestazioni ad alta vincolatività e quelle routinarie riformulando, alla luce di ciò, la tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La soluzione non sarebbe indifferente giacché nel primo caso si dovrebbe verificare nella singola fattispecie concreta la sussistenza delle condizioni che giustificano l'applicazione del meccanismo presuntivo che, ovviamente, in loro assenza sarebbe escluso.

Nella seconda ipotesi si tratterebbe di un'inversione dell'onere probatorio destinata ad operare in tutte le obbligazioni con un certo contenuto⁶³, tra cui, verosimilmente, le c.d. obbligazioni

Per un lucido e generale inquadramento dell'istituto delle presunzioni cfr. TARUFFO, *Presunzioni*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss., il quale, dopo aver operato un esame delle differenti tipologie di presunzioni, precisa che le c.d. presunzioni giurisprudenziali presentano una struttura "analoga a quella delle presunzioni legali relative, in quanto si muove da un fatto presunto a favore di una parte per addossare all'altra l'onere della prova contraria" con la conseguenza che, come per le presunzioni relative, esse "hanno effetto solo sul piano della ripartizione dell'onere probatorio tra le parti" (spec. p. 3).

⁶³ Cfr., GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I², Padova, 2010, p. 832, secondo cui si è in presenza di ipotesi nelle quali "il giudice argomenta per presunzioni basate sui caratteri tipologici del caso e suscettibili di ripetizione per tutti i casi che presentano i medesimi caratteri". Sul tema si rinvia alle considerazioni svolte da VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 177 ss., il quale, dopo aver evidenziato la sussistenza, nelle motivazioni delle decisioni della Suprema Corte, di presunzioni che non hanno "la virtù di indirizzare il convincimento del giudice in un certo senso, bensì quella di invertire o comunque di disporre in determinate maniere gli oneri probatori delle parti", rileva come la giurisprudenza, talvolta, finisca "con l'operare anche contro e/o fuori dei canoni legali di ripartizione degli oneri probatori, facendo ricorso a presunzioni che, a poco a poco, si astraggono dalle peculiarità dei casi concreti e assumono andamento tipico e costante" (c. 188).

Ritiene il "vero problema" delle presunzioni giurisprudenziali quello di stabilire se tale potere possa essere riconosciuto al giudice in assenza di una norma espressa che lo consenta TARUFFO, *op. cit.*, p. 3.

Analizza il ruolo delle presunzioni giurisprudenziali, con particolare riguardo alla responsabilità medica, FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, cit., p. 79 ss., il quale, tenendo conto delle posizioni discordanti in dottrina in ordine alla loro ammissibilità, ritiene che nonostante le criticità connesse alla "creazione giurisprudenziale di regole di distribuzione dell'onere della prova devianti dai criteri previsti, in materia, dal diritto positivo" non si debba esprimere *a priori* una valutazione negativa ma occorra esaminare caso per caso ogni presunzione giurisprudenziale per operare una verifica volta a

*routinarie*⁶⁴, rispetto alle quali tale inversione sarebbe, una volta ricondotta la prestazione di *facere* professionale tra quelle *routinarie*, “automatica”, salva la possibilità per il debitore, al fine di escludere la responsabilità, di fornire la contraria prova liberatoria⁶⁵.

Certo è che, in attesa di intendere come si consoliderà la giurisprudenza⁶⁶ rispetto alla frequenza e all’ampiezza del ricorso al meccanismo presuntivo nonché alla eventuale differenziazione di trattamento tra interventi *routinari* o di difficile esecuzione, la sola

valutare «se e fino a che punto essa, oltre ad apparire fondata su di un ragionamento sufficientemente rigoroso e convincente sul piano tecnico-giuridico, sia effettivamente rispondente al principio di riferibilità della prova e all’esigenza di realizzare, eventualmente anche concedendo una speciale tutela alla parte “debole” del giudizio, una soddisfacente ed equilibrata composizione degli interessi in gioco in quel determinato processo». Secondo l’A. tali condizioni di ammissibilità non sussistono per le presunzioni giurisprudenziali elaborate in materia di responsabilità medica.

⁶⁴ Secondo MACARIO, *op. cit.*, c. 166, “la distinzione più rilevante, ai fini della gestione processuale dell’onere probatorio, e in particolare del ricorso alle presunzioni (a vantaggio del paziente, s’intende) è quella che intercorre tra le diverse tipologie di interventi, di carattere routinario ovvero di particolare complessità e difficoltà”.

⁶⁵ Secondo D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, cit., p. 155 s., “l’alta vincolatività che caratterizza le procedure di accertamento e di cura di alcune patologie consente di istituire una presunzione di responsabilità a carico del debitore, nel senso della sussistenza di un sicuro nesso causale (salva l’esimente del caso fortuito) tra il mancato risultato e la violazione delle *leges artis* da parte del debitore”.

⁶⁶ Rileva, tuttavia, con toni critici, PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 170, come sulla prova del nesso di causalità materiale si manifesti “la ferrea volontà della terza sezione della Corte di cassazione” di consolidare la posizione secondo cui la relativa prova gravi sul creditore lasciando “pochissimo spazio a voci dissenzienti”.

certezza è l'inevitabile aumento, rispetto al passato⁶⁷, dei casi in cui verrà a gravare sul paziente il rischio della causa ignota⁶⁸.

⁶⁷ Mi sembrano emblematiche le considerazioni svolte da PARDOLESI e SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da «facere» professionale*, cit., c. 1611, i quali non ritengono risolutivo “il ricorso (generoso?) al giuoco delle presunzioni”, posto dal “nuovo «credo»” per situazioni che “gridano vendetta dal cielo”, visto che la prova del nesso di causalità materiale continua a gravare sul creditore e “magari le presunzioni non risultano pienamente convincenti con conseguente rigetto della domanda risarcitoria”. Gli stessi A., tuttavia, in sede di riflessione su un gruppo di recenti decisioni, tra cui la Cass., ord., 6 luglio 2020, n. 13872, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3468, ritengono “pregevole la riapertura verso la dimensione probabilistica del nesso di causa”. Così PARDOLESI e SIMONE, *Frammenti di responsabilità medica. E ricomposizioni problematiche*, cit., c. 338 s., secondo i quali tale scelta esprime “un ripensamento critico verso l’approccio troppo rigido inaugurato nel 2017”. Nel caso oggetto di esame, la Cassazione, in riforma della decisione di appello che aveva rigettato la richiesta di risarcimento del danno in quanto, recependo le risultanze della CTU, non era stato possibile stabilire con certezza il nesso eziologico tra l’intervento (toractomia) e il successivo decesso (per emotorace) del paziente, con ampia motivazione afferma che l’accertamento del nesso causale deve essere svolto secondo il criterio della preponderanza dell’evidenza. In particolare, precisa la Corte che la sentenza “avrebbe dovuto verificare, sulla scorta delle evidenze probatorie acquisite (anche a mezzo della disposta consulenza tecnica d’ufficio), innanzitutto, se l’ipotesi sulla verità dell’enunciato relativo all’idoneità della toracentesi a cagionare l’emotorace presentasse un grado di conferma logica maggiore rispetto a quella della sua falsità (criterio del «più probabile che non»). Di seguito, essa avrebbe dovuto stabilire – in applicazione, questa volta, del criterio della «prevalenza relativa della probabilità» – se tale ipotesi avesse ricevuto, sempre su un piano logico, ovvero nuovamente sulla base delle prove disponibili, un grado relativamente maggiore di conferma rispetto ad altrettante, differenti, ipotesi sulla eziologia tanto dell’emotorace, quanto del decesso della paziente (facendo la sentenza riferimento a non meglio precisate sue «critiche condizioni di salute» che avrebbero influito sul cd. «*exitus*»), ipotesi anch’esse, però, da riscontrare preliminarmente, nella loro verità, nello stesso modo, ovvero in applicazione del principio del «più probabile che non»”.

Sottolinea come l’impiego del meccanismo presuntivo nella prova del nesso di causalità materiale da parte della Cassazione rappresenti “un chiaro spiraglio, quasi una valvola di sicurezza capace di attenuare il prevedibile stridente contrasto del nuovo orientamento con il principio di vicinanza della prova” LAGHEZZA, *Causalità materiale, prova e presunzioni: nuovi equilibri e inedite incertezze* (nota a Cass., ord., 26 novembre 2020, n. 26907), in *Foro it.*, 2021, I, c. 528 ss., secondo il quale l’ordinanza della Cassazione, insieme ad altre pronunce recenti (Cass., 26 febbraio 2020, n. 5128 e Cass., ord., 6 luglio 2020, n. 13872; Cass., ord., 25 agosto

Insomma, al di là delle numerose criticità che continuano a sussistere nonostante “la correzione di tiro” operata nel 2019, l’introduzione del doppio binario di responsabilità, alla prova dei fatti, ha finito, nell’applicazione giurisprudenziale della Suprema Corte, col dar luogo ad un fenomeno opposto a quello che si era registrato prima della sua introduzione⁶⁹: dalla contrattualizzazione

2020, n. 17696), fanno “intravedere [...] un tentativo di ripensamento dell’approccio troppo rigido di San Martino 2.0”.

In particolare, con riferimento a Cass., ord., 26 novembre 2020, n. 26970, *ivi*, c. 524, si segnala il passaggio nel quale, dopo aver riconfermato che l’onere della prova del nesso causale materiale grava sul paziente, testualmente si afferma che tale prova “può essere fornita dal paziente, quale creditore, anche attraverso presunzioni; siffatto possibile ricorso alla prova presuntiva è in grado di attenuare la condizione di maggiore difficoltà probatoria in cui versa il creditore della prestazione professionale medica rispetto al creditore di qualunque altra prestazione; la giurisprudenza di questa corte ha sempre rilevato siffatta difficoltà, agevolando il ricorso alla prova presuntiva”.

Rimane, tuttavia, difficilmente comprensibile perché sia stata affermata una regola di ripartizione dell’onere probatorio del nesso di causalità nelle c.d. prestazioni di diligenza così penalizzante per il paziente e non in linea con l’assetto del regime di responsabilità delineato dalla riforma del 2017.

⁶⁸ Sul punto cfr. PAVAN, *La rilevanza dell’accertamento causale nei giudizi di responsabilità medica della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 223, la quale, commentando Cass., 3 dicembre 2020, n. 27612, sottolinea come “L’orientamento più recente del giudice di legittimità, richiedente la prova del nesso eziologico tra condotta del medico e danno subito, ha come necessaria conseguenza quella di far sopportare al paziente danneggiato le conseguenze sfavorevoli della causa rimasta ignota, con il conseguente rigetto della domanda risarcitoria”. In senso critico rispetto a questa soluzione PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 197, secondo il quale “il senso più profondo dell’obbligazione e della consustanziale responsabilità impedisce tale esito: il ciclo vitale dell’obbligazione è segnato dalla possibilità per il debitore di conseguire il risultato promesso con i mezzi che si è impegnato ad adoperare e, di conseguenza, all’interno di tale perimetro è il debitore a doversi assumere il rischio dell’insuccesso dell’attuazione del vincolo per cause rimaste ignote”. Sul punto cfr. BONA, *op. cit.*, p. 101 ss., secondo il quale «non è affatto vero che sotto l’egida della “nuova giurisprudenza” (quella originatasi da Cass. n. 18392/2017 e ripresa l’11 novembre 2019) il rischio della causa ignota gravi sempre sul creditore».

⁶⁹ Cfr. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 2014, p. 541, il quale, ricostruendo la posizione della giurisprudenza antecedente alla legge Gelli-Bianco, sottolinea come fosse stata ricondotta

della responsabilità medica alla sua extracontrattualizzazione con tutte le conseguenze che ne derivano dal punto di vista applicativo⁷⁰.

Se è vero che la situazione potrebbe essere parzialmente contenuta, come si è detto, dalla possibilità del ricorso a prove presuntive⁷¹, emerge netta la sensazione che la giurisprudenza di

nell'ambito contrattuale "(anche) la responsabilità del medico dipendente" e si fosse affermato un regime dell'onere della prova "sostanzialmente unitario a prescindere dal fatto che soggetto convenuto in giudizio dal malato asseritamente danneggiato sia la struttura sanitaria, il personale operante nell'ambito della medesima o (ipotesi più ricorrente) entrambi".

⁷⁰ Nella stessa prospettiva cfr. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 171, il quale ritiene che l'equiparazione operata dalla Corte di Cassazione "della responsabilità contrattuale, ancorché soltanto nell'ambito delle obbligazioni di fare professionale, alla responsabilità aquiliana sul versante della causalità materiale e della relativa prova, annulla una delle più significative differenze tra i due regimi" vanificando uno degli scopi della l. 8 marzo 2017 n. 24 che "consacra la diversità dei titoli di responsabilità della struttura sanitaria e del medico da essa dipendente".

⁷¹ Sul punto cfr. D'AMICO, *op. ult. cit.*, c. 152, che sottolinea «la novità costituita dall'insistenza – nelle pronunce in esame – sulla possibilità che la prova del nesso di causalità materiale possa considerarsi acquisita anche attraverso il ricorso a "presunzioni". Tale circostanza "ridimensiona (almeno in parte)" le preoccupazioni in ordine alla riduzione di tutela del paziente e fa riacquisire rilevanza alla distinzione, già impiegata nella giurisprudenza della Corte, tra interventi routinari e di difficile esecuzione. Sul ruolo importante delle presunzioni nell'ottica del superamento delle obiezioni poste in dottrina in ordine all'aggravamento sul piano probatorio della posizione del paziente Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., p. 311.

Nella stessa prospettiva cfr. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, cit., in *Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, cit., c. 211, secondo il quale il riferimento contenuto nelle sentenze del 2019 al ricorso alla prova della causalità materiale mediante presunzioni "permette di nutrire la speranza che la giurisprudenza di legittimità torni a coltivare, in un immediato futuro, il dialogo casistico con la regola probatoria degli interventi di facile esecuzione, improvvisamente troncato dal delinearsi della regola del 2001" consentendo di "riappropriarsi di una regola di giudizio elastica ed equilibrata".

Sul tema cfr. MACARIO, *op. cit.*, c. 166, il quale ritiene che "la vera chiave di volta della decisione" sarà l'impiego delle presunzioni da parte del giudice di

legittimità, alla luce della riforma, tenda ad assumere posizioni più restrittive, rendendo meno agevole per il paziente, rispetto al passato, ottenere il risarcimento del danno conseguente all'attività sanitaria.

Se credo ragionevole collegare tale scelta all'intenzione di arginare il contenzioso in materia sanitaria con una riduzione dell'impatto economico dei relativi giudizi coerentemente con la volontà espressa dal legislatore del 2017⁷², è pur vero che il risultato ottenuto con l'interpretazione operata sul nesso di causalità e sulla relativa distribuzione del carico probatorio va ben oltre la previsione legale in quanto, come sottolineato, finisce per alterare il meccanismo ideato dal legislatore del doppio binario di responsabilità, e introduce un aggravamento probatorio per il paziente⁷³ anche nelle ipotesi in cui la norma non lo prevede.

merito in presenza di situazioni complesse rispetto alle quali si pone «il rischio della c.d. “causa ignota”». Cfr. di recente BONA, *op.cit.*, p. 108 ss., secondo il quale “nel corso del 2020 e del 2021 la giurisprudenza di legittimità” è “tornata [...] a valorizzare il ricorso alla prova presuntiva del nesso di causa” come emerge dalle pronunce richiamate nel testo della Cass., ord., 15 giugno 2020, n. 11599; Cass., ord., 25 agosto 2020, n. 17696; Cass., 23 febbraio 2021, n. 4864 e Cass., ord., 15 settembre 2020, n. 19188.

⁷² L'opinione è ampiamente condivisa: cfr. per tutti F. VOLPE, *Introduzione al volume, La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, cit., XIII, il quale sottolinea come “Nelle intenzioni del legislatore la «decontrattualizzazione» della responsabilità del medico comporterebbe maggiori oneri probatori a carico del paziente, e, quindi, un minor rischio di condanne al risarcimento del danno per il medico. Il che dovrebbe – sempre nelle intenzioni del legislatore – ripercuotersi positivamente sia sui costi delle polizze assicurative, sia sul fenomeno [...] della medicina difensiva”. Di “radiazione *ope legis* del rapporto tra paziente e medico-dipendente dalla cornice del vincolo contrattuale in precedenza consolidatasi [...] sulle orme della dottrina professante la tesi del c.d. contatto sociale” parla CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 16 s., il quale si interroga sulla legittimità “di là dei profili d'opportunità pratica” di “una «mutilazione» di questo genere, che ha portato alla «decontrattualizzazione» della responsabilità da contatto sociale (posto che il «contatto» continua a esserci, essendo insindacabile che il comune cittadino possa legittimamente fidare sull'elevata professionalità di chi opera all'interno di strutture sanitarie pubbliche o private).

⁷³ Cfr. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 172, il quale sottolinea come tale aggravamento sul piano probatorio sia destinato ad operare non solo rispetto alle azioni risarcitorie

Ebbene, al riguardo è importante ricordare come, una volta cassata dal legislatore la teoria del contatto sociale impiegata a lungo per “contrattualizzare” la responsabilità medica, la Cassazione abbia mostrato un atteggiamento ostile sul punto ed abbia continuato, approfittando dell’iniziale scarsa chiarezza dell’art. 3 della legge Balduzzi⁷⁴, ad applicare, fino alla riforma del 2017, la teoria del contatto sociale per qualificare in termini contrattuali la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria⁷⁵. Su queste premesse, francamente, dopo la riforma Gelli-Bianco, ci si sarebbe atteso un diverso indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte, volto a ridurre, in via applicativa, le distanze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nell’ottica della soluzione più favorevole al paziente.

promosse verso i medici dipendenti ma anche nei confronti della stessa struttura ospedaliera in ragione dell’equiparazione della responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale sotto il profilo della prova del nesso di causalità materiale. Dello stesso avviso PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. cit.*, p. 250 s.

⁷⁴ Come è noto, è stato ampio il dibattito in ordine al significato da assegnare al richiamo contenuto nell’art. 3 della legge Balduzzi all’art. 2043 c.c. Cfr. COMANDÈ E NOCCO, *La responsabilità dell’esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, cit., p. 270 s.; B. MARUCCI, *op. cit.*, p. 74 s.; ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1751 s. Rilevano, tra i numerosi A., la scarsa chiarezza del tenore della disposizione SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 29 ss.; DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., p. 8; Sul punto cfr. anche VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 356, il quale sottolinea come “Assai meno chiara è l’incidenza della Legge Balduzzi sulla responsabilità civile. L’alternativa espressa nei primi commenti è fra un ritorno ad un regime aquiliano e altre diverse interpretazioni”. Sul significato della disposizione nella ricostruzione offerta in dottrina e giurisprudenza cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in www.rivistaresponsabilitàmedica.it, p. 36 ss.

⁷⁵ Cfr. per tutte Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, p. 25; in *Danno e resp.*, 2013, p. 367; Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 909; in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 803; in *Foro it.*, 2014, I, c. 1413. Oscillante sul punto invece la giurisprudenza di merito: cfr. MARUCCI, *op. cit.*, p. 74 ss., la quale cita le diverse decisioni assunte sul tema. Per un’analisi degli orientamenti giurisprudenziali cfr. anche ONNIS CUGIA, *op. cit.*, p. 1751 ss.

Invece le cose non sono andate così e si è assistito ad un deciso cambiamento di rotta che ha condotto all'opposto e inatteso risultato di estendere l'applicazione delle regole extracontrattuali alle obbligazioni di fare professionale. Tale risultato, come si è detto, svaluta la portata del dato normativo che diversifica il regime di responsabilità della struttura sanitaria e del medico libero professionista da quello del medico dipendente⁷⁶ ed evidenzia come la Cassazione continui a svolgere in materia di responsabilità medica, nel bene e nel male, un ruolo creativo indiscutibile⁷⁷.

⁷⁶ Nella stessa prospettiva PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., c. 171 s., il quale sottolinea come la giurisprudenza stia cercando di svuotare di significato la legge n. 24 del 2017 che "consacra la diversità dei titoli di responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente da essa".

⁷⁷ Cfr. PONZANELLI, *Il Restatement dell'11 novembre 2019 ovvero il nuovo codice della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 5, secondo cui "Il primato della giurisprudenza nel campo della responsabilità civile non è stato mai scalfito nonostante qualche intervento normativo in alcuni dei suoi settori più importanti (da ultimo la legge Gelli Bianco in materia di responsabilità medica)". Di ruolo attivo della giurisprudenza "principalmente sul fronte della ripartizione dell'onere della prova tra le parti in causa" parla FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, cit., p. 80.

Sul punto cfr. anche MACARIO, *op. cit.*, c. 167, secondo cui l'intervento della giurisprudenza risulta "decisamente preferibile all'intervento legislativo, connotato dall'arbitrio [...] e dalla disorganicità, se non addirittura conflittualità", dato chiaramente emerso dalle opposizioni della dottrina e della giurisprudenza alla scelta qualificatoria della responsabilità medica operata con la legge Gelli-Bianco; PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2020, p. 103, il quale valuta positivamente l'intervento effettuato della terza sezione della Cassazione con le sentenze dell'11 novembre del 2019 in tema di responsabilità sanitaria sottolineando come la "deviazione" rappresentata dal fatto che "l'obiettivo nomofilattico" venga "raggiunto dal basso e non dall'alto" non sembra "possa essere considerata né rivoluzionaria, né antisistemica. In senso fortemente critico PIRAINO, *op. ult. cit.*, c.171 s., secondo il quale la giurisprudenza, svuotando il dato normativo, evidenzia il tentativo di riacquisire una posizione di centralità in una materia "evidentemente considerata proprio municipio"; ID., *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., p. 562, secondo il quale il terreno della causalità materiale è uno degli ambiti in cui si "conduce una battaglia per il riconoscimento alla giurisprudenza del ruolo di fonte del diritto, pur a Costituzione invariata, così

trasformando in senso materiale l'ordinamento italiano in un sistema che più che misto risulterebbe ibrido”.

Evidenziano PARDOLESI e SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3583, come sul “già tormentato sviluppo della responsabilità sanitaria [...]” si è innestato il tentativo (per lo più maldestro) del legislatore di recuperare una centralità offuscata da decenni di rampante diritto giurisprudenziale.

Di “sfiducia reciproca del legislatore e della giurisprudenza”, cui consegue uno scambio dei ruoli, parla CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, cit., p. 860, il quale pone il dubbio “amletico” circa la preferenza da accordare alla giurisprudenza che svolge una funzione “paralegislativa” o, all'opposto, al legislatore “che veste i panni della giurisprudenza”.

PIETRO SIRENA
Professore ordinario di diritto privato
Università Bocconi di Milano

VALERIO BRIZZOLARI
Ricercatore di diritto privato
Università degli Studi di Palermo

SURROGAZIONE REALE A SEGUITO DELL'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DELLA RESTITUZIONE DELL'INDEBITO

SOMMARIO: 1. L'impossibilità di restituzione delle azioni di una società *holding*. – 2. La disciplina dettata dagli artt. 2037-2038 c.c. – 3. La dottrina della surrogazione reale e l'art. 1259 c.c. – 4. La restituzione civilistica del *commodum repraesentationis* e quella anglosassone del *tracing*. – 5. Le soluzioni adottate dal diritto uniforme (CISG) e dal diritto comune europeo (PECL, CESL, DCFR).

1. *L'impossibilità di restituzione delle azioni di una società holding.*

In un caso recentemente sottoposto all'esame del giudice di legittimità,¹ un contratto di transazione, mediante il quale si disponeva il trasferimento di alcune azioni di una società *holding*, è stato risolto per l'inadempimento di una delle parti contraenti: ne è conseguita l'obbligazione dell'*accipiens* di ritrasferire al *solvens* le azioni che aveva da quest'ultimo ricevuto.

Nelle more del giudizio di legittimità, tuttavia, la società *holding* è stata posta in liquidazione, avviandosi pertanto a essere cancellata dal registro delle imprese e conseguentemente estinta (art. 2495 c.c.). Si è posto così il problema se l'*accipiens* sia obbligato a restituire le

¹ Si tratta di Cass., 21 giugno 2018, n. 16316.

azioni delle società partecipate, essendo ormai impossibile che egli restituisca quelle della *holding* che aveva ricevuto dal *solvens*.

Il presente lavoro si propone di esaminare tale questione non solo dal punto di vista del diritto italiano, ma anche (e sia pure brevemente) da quello del diritto comune europeo e delle fonti di produzione non nazionale.²

2. La disciplina dettata dagli artt. 2037-2038 c.c.

Premesso che, secondo l'orientamento prevalente le obbligazioni restitutorie che conseguono alla risoluzione del contratto per inadempimento di una delle parti contraenti sono assoggettate alla disciplina dell'indebito oggettivo (art. 2033 ss. c.c.)³, si deve rilevare

² Si richiama qui l'impostazione metodologica propugnata da VETTORI, *Contratto e rimedi*³, Padova, 2009, p. 14 ss. Per uno svolgimento più ampio, v. ID., *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018/2, p. 143 ss.

³ La tesi trova ampio seguito nella giurisprudenza di legittimità (ad es., v. Cass., 11 luglio 2018, n. 18266; Cass., 15 gennaio 2018, n. 715; Cass., 14 luglio 2017, n. 6575; Cass., 25 agosto 2014, n. 18185): a essa si fa conseguire che, ai sensi dell'art. 2033 c.c., la parte inadempiente (e quindi in mala fede) sia tenuta a corrispondere i frutti e gli interessi dal giorno in cui ha ricevuto l'adempimento della prestazione, laddove la parte fedele al contratto (e quindi in buona fede) sia tenuta a corrisponderli solo dal giorno della domanda. Argomentando dall'art. 1499 c.c., si esclude peraltro che la parte fedele al contratto, fino a quando non abbia restituito la prestazione ricevuta, possa pretendere i frutti e gli interessi dalla controparte, poiché, in caso contrario, essa godrebbe, per lo stesso periodo di tempo, del valore d'uso di entrambe le prestazioni (LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 115, nota 92; cfr. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 409, secondo cui la parte inadempiente risponderrebbe di frutti e interessi dal giorno della sentenza di risoluzione o, in alternativa, della rispettiva domanda). Secondo un orientamento minoritario, invece, la disciplina della ripetizione dell'indebito sarebbe caso inapplicabile alla risoluzione del contratto per inadempimento (BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 258 ss.; LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno nella risoluzione*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 24; D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 543; GUERRINI, *Restituzioni e risoluzione del contratto*, in *Le obbligazioni restitutorie*, a cura di D'Angelo, Torino, 2015, p. 67 ss.): l'art. 1458, 1° comma, c.c., secondo cui la risoluzione ha effetto retroattivo tra le parti, statuirebbe

che quest'ultima stabilisce gli effetti giuridici del perimento (art. 2037 c.c.) ovvero dell'alienazione (art. 2038 c.c.) della cosa determinata che era stata indebitamente ricevuta da parte dell'*accipiens*.

Poiché è divenuta così impossibile la restituzione dell'indebito, l'oggetto della relativa obbligazione dell'*accipiens* si converte generalmente nell'oggettivo valore della cosa da quest'ultimo ricevuta⁴.

Qualora tale cosa sia stata alienata dall'*accipiens*, il *solvens* ha alternativamente diritto al prezzo che è stato così pattuito, anche nel caso in cui il suo importo sia superiore al valore oggettivo dell'indebito:⁵ potrà prenderlo dall'*accipiens* ovvero, nel caso in cui quest'ultimo non lo abbia ancora ricevuto, direttamente dal terzo acquirente⁶.

piuttosto che esse debbano rispondere dei frutti e degli interessi dal giorno del pagamento (Trib. Milano, 4 gennaio 1999, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 349), fermo restando che quella fedele avrebbe diritto al risarcimento del danno secondo la disciplina della responsabilità contrattuale. Per ulteriori riferimenti ci si permette di rinviare a SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in *Diritto civile*, dir. da Lipari e Rescigno, coord. da Zoppini, III, *Obbligazioni*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 504 ss. e, dal punto di vista del diritto europeo, ID., *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 668 ss.; HELLWEGE, *sub* Art. 9:305, in *Commentaries on European Contract Laws*, edited by Jansen and Zimmermann, Oxford, 2018, p. 1372 ss.

⁴ Per un'approfondita analisi della questione, v. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, spec. p. 328 ss.; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, spec. p. 97 ss.

⁵ GALLO, voce *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 7. Si tratta di un debito di valuta; gli interessi sono dovuti dal giorno dell'alienazione se l'*accipiens* l'ha fatta in mala fede, in caso contrario dal giorno della domanda (arg. ex artt. 2030, comma 1, e 1714 c.c.).

⁶ Questa regola è stata ricondotta dalla dottrina all'istituto della surrogazione legale, così come previsto dall'art. 1203, n. 5, c.c. (RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1235; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 90; MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e Branca, *Libro quarto, Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1981, p. 485, nota 9). La tesi, tuttavia, sebbene risulti aderente al dettato letterale dell'art. 2038, comma 2, c.c., non è condivisibile. Se si considerano gli interessi sostanziali di cui sono portatori

Le obbligazioni dell'*accipiens* che sono state fin qui sommariamente esposte subiscono peraltro una significativa attenuazione nel caso in cui egli sia (stato) in buona fede: egli si può allora liberare dall'obbligazione restitutoria corrispondendo una somma pari al valore dell'arricchimento che, al momento della domanda di ripetizione, residua nel suo patrimonio a seguito del perimento ovvero dell'alienazione della cosa indebitamente consegnatagli dal *solvens*⁷.

La disciplina dettata dagli artt. 2037-2038 c.c. non offre tuttavia una soluzione immediatamente applicabile al problema qui considerato.

In primo luogo, infatti, tale disciplina è modellata sul substrato socio-economico della vendita "civile" di una cosa determinata, la quale costituisce il prototipo di un sistema economico pre-capitalistico, quale tipicamente era quello formalizzato dal diritto romano. Viceversa, la vendita "commerciale" non ha ricevuto una

i soggetti coinvolti, sembra che si tratti invece di un'azione diretta in senso tecnico (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 802). Si può infatti rilevare che la pretesa in questione è diretta a rimuovere un ingiustificato arricchimento non soltanto del soggetto passivamente legittimato (terzo acquirente del bene), com'è caratteristico della surrogazione legale, ma anche del primo debitore (alienante); si spiega così che il pagamento del terzo acquirente al soggetto attivo estingua non solamente la sua obbligazione nei confronti dell'alienante, ma anche l'obbligazione restitutoria di quest'ultimo nei confronti del soggetto attivo, secondo il meccanismo peculiare dell'azione diretta. Per ulteriori riferimenti, ci si permette di rinviare a SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, spec. p. 115 ss.

⁷ Contrariamente a una diffusa opinione (BRECCIA, *Il pagamento dell'indebitato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*², I, Torino, 1999, p. 956; MOSCATI, *op. cit.*, p. 488; TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 65, 125), non si può desumere dalla rimborsabilità delle spese sostenute per la conclusione e l'esecuzione del contratto il diritto dell'*accipiens* di detrarre dal corrispettivo il profitto netto. Occorre tuttavia ammettere che l'*accipiens* in buona fede si possa liberare dell'obbligazione restitutoria corrispondendo il valore oggettivo della cosa (segnatamente, nel caso in cui quest'ultimo sia inferiore al corrispettivo ricavato). In caso contrario, fra l'altro, egli sarebbe assoggettato a una responsabilità restitutoria potenzialmente più gravosa di quella prevista per l'*accipiens* in mala fede (cfr. art. 2038, comma 2, c.c.) (MOSCATI, *op. cit.*, p. 487), e si determinerebbe così un'evidente incoerenza sistematica.

specifica attenzione da parte del legislatore, segnatamente per quanto riguarda quei beni giuridici “di secondo grado” che sono tipici di un’economia capitalistica che assume una connotazione più finanziaria che reale. È questo il caso proprio dei titoli azionari, i quali sono beni giuridici “di secondo grado” perché rappresentano e, per così dire, incorporano quelli “di primo grado” che costituiscono il patrimonio della società di cui si tratta⁸.

Movendo da tale presupposto, è stato così significativamente statuito che: «Le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di “secondo grado”, in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale. Pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all’oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l’affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede. Ne consegue che la differenza tra l’effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex art. 1497 c.c., ovvero, qualora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell’acquirente, quindi radicalmente diversi” da quelli pattuiti, l’esperimento di un’ordinaria azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall’art. 1495 c.c.»⁹.

In secondo luogo, gli artt. 2037 e 2038 c.c. prendono in considerazione soltanto il prezzo come residuo della cosa della quale è divenuta impossibile la restituzione, laddove, nel caso di specie, tale residuo è piuttosto costituito dalle azioni delle società partecipate.

⁸ La definizione dei beni giuridici di secondo grado nei termini di cui al testo si deve ad ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 240. Essa è stata ripresa da ANGELICI, *Società in generale (appendice)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, § 5 e da WEIGMANN, voce *Società per azioni*, ivi, § 15.

⁹ Cass., 12 settembre 2019, n. 22790.

Si tratta pertanto di una lacuna dell'ordinamento giuridico, che, ai sensi dell'art. 12 disp. prel., deve essere colmata facendo ricorso all'istituto dell'analogia.

3. *La dottrina della surrogazione reale e l'art. 1259 c.c.*

Secondo un orientamento dottrinale, la regola secondo cui l'*accipiens* sarebbe obbligato a restituire il prezzo invece della cosa indebitamente ricevuta, la quale è dettata non solo dall'art. 2038, 1° comma, c.c., ma anche dagli artt. 535, comma 2, e 1776 c.c., sarebbe riconducibile al meccanismo della surrogazione reale (*pretium succedit in locum rei*)¹⁰.

L'insegnamento tradizionale, secondo cui la surrogazione reale costituirebbe un fenomeno connaturato alle universalità di diritto (*in universalibus*), è stato infatti sottoposto a un'ampia revisione teorica¹¹, a seguito della quale si ritiene che essa possa operare anche riguardo all'alienazione di cose singole (*in rebus singularibus*)¹²; secondo una tesi più radicale, peraltro, la surrogazione reale sarebbe priva di qualsiasi autonomia dogmatica e costituirebbe la mera

¹⁰ A tale proposito, v. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 1235, il quale, a proposito dell'art. 2038 c.c., afferma che l'*accipiens* «se ha alienato la cosa a titolo oneroso prima di conoscere l'obbligo di restituirla, è tenuto alla restituzione del corrispettivo conseguito: si verifica una ipotesi di surrogazione reale, sostituendosi alla cosa il prezzo come oggetto dell'obbligazione di restituire l'indebitato»; ID., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 224; MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 972. V. inoltre TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 118, il quale riconduce questo caso alla concezione "reale" dell'arricchimento, poiché gli elementi qui considerati non sarebbero nient'altro che "sostituti" della cosa originaria, nonché GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, *Le fonti delle obbligazioni*², Milano, 2008, p. 83 e p. 147, secondo cui «in applicazione dei principi sulla surrogazione reale», in caso di alienazione del bene, subentra l'obbligo di rendere il corrispettivo.

¹¹ Fondamentale al riguardo è il noto saggio di SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1926, nonché ID., *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1989, p. 98 ss. Sul relativo dibattito dottrinale, v. ampiamente M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 228 e spec. p. 233 s., nota 115.

¹² MOSCARINI, *op. cit.*, p. 970, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

conseguenza applicativa dei principi della gestione di affari altrui e dell'arricchimento senza causa¹³.

Di recente, la dottrina che si è occupata del tema ha definito la surrogazione reale come «la vicenda giuridica nella quale la cosa “sostituita” tiene luogo ed è assoggettata a quella “sostituita”. In breve: un mutamento dell'oggetto del rapporto, senza che tale mutamento ne comporti l'estinzione»¹⁴. È stato altresì rilevato che tale meccanismo ha trovato applicazione non solo in una serie di specifiche disposizioni legislative (non solo nell'ambito del codice civile), ma che «non è raro rinvenire il meccanismo surrogatorio in alcuni istituti nati dalla prassi (e solo successivamente recepiti dalla legge), o in altri nei quali tale effetto non è esplicitamente considerato e magari è raggiunto in via “convenzionale”»¹⁵. In particolare, la surrogazione reale costituisce il meccanismo tecnico che presiede all'operatività del pegno c.d. rotativo, il quale, com'è noto, è stato da tempo positivamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶.

In tali ipotesi, la surrogazione reale determina la persistenza dell'originario rapporto obbligatorio, malgrado il mutamento della componente materiale¹⁷: esso “prosegue” sul nuovo oggetto,

¹³ FADDA, *L'art. 1951 C. Civ. italiano*, in *Il diritto*, Cagliari, 1882, I, p. 215 ss.; FADDA e BENZA, *Note dei traduttori*, in WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., V, Torino, 1926 (rist.), p. 71.

¹⁴ BRIZZOLARI, *Premesse allo studio della surrogazione reale*, in *Riv. trim. dir. prov. civ.*, 2018, p. 167 s.

¹⁵ BRIZZOLARI, *op. cit.*, p. 168.

¹⁶ Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796.

¹⁷ In tal senso, v. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 200 ss. La letteratura sul tema non è vastissima e si riduce essenzialmente alle opere enciclopediche, e in particolare: MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 1497; ID., voce *Perimento della cosa*, ivi, XXXIII, 1983, p. 35; ID., voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, ivi, XXXII, 1982, p. 973; ID., *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, II, Milano, 1978, p. 1203; GIANOLA, *Surrogazione reale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 238; ESU, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1; MOSCARINI, *op. cit.*, p. 970 ss. Per una breve sintesi dei tratti essenziali dell'istituto, invece, v. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 817.

costituito dal corrispettivo ricevuto oppure dal valore della *res* oramai “persa”. Il legislatore mostra dunque di preferire la via della continuità del rapporto obbligatorio, piuttosto che quella dell’estinzione del primo e la creazione di uno nuovo¹⁸.

Trattandosi di impossibilità sopravvenuta della prestazione originaria, il fondamento normativo che accomuna le varie figure di surrogazione reale qui considerate deve essere individuato nell’art. 1259 c.c.,¹⁹ il quale formalizza la regola del *commodum repraesentationis*, ossia la “successione” dell’equivalente pecuniario della cosa ogniqualevolta essa perisce e viene “sostituita” da un’altra.

L’art. 1259 c.c., di derivazione francese, è presente nei codici civili europei più rappresentativi e si spiega (anche) in ragione del divieto di arricchimento imposto²⁰. Una conferma (testuale) a questa circostanza si poteva leggere nel § 1447 del Codice civile universale austriaco per il Lombardo-Veneto, secondo il quale, in caso di perimento fortuito della cosa determinata, il debitore «è sempre tenuto come un possessore di buona fede a restituire o a bonificare tutto quanto ha ricevuto in causa dell’obbligazione da adempirsi, di modo che non ritragga dal danno altrui verun profitto».

Si discorre, a questo proposito, di elementi “rappresentativi” o “surrogati” della *res* che formava oggetto della prestazione, il cui adempimento, per le ragioni esposte, non è più possibile²¹. A fronte

¹⁸ V. ancora RESCIGNO, *voce* *Obbligazioni (nozioni)*, cit., p. 200 ss. Convengono sulla ricostruzione in termini di surrogazione reale anche ESU, *op. cit.*, p. 7, e MOSCARINI, *op. cit.*, p. 972. Era di questo avviso anche MOSCATI, *op. cit.*, p. 478; salvo poi cambiare opinione e preferire un inquadramento del fenomeno in termini di surrogazione personale. Cfr. ora ID., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 356.

¹⁹ Il collegamento con l’art. 1259 c.c. è individuato sempre da MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., p. 356.

²⁰ Nella legislazione italiana preunitaria, si vedano gli artt. 1362 c.c. estense, 1284 c.c. parmense, 1257 c.c. Regno delle Due Sicilie e 1394 c.c. sabauda. Nel Codice Pisanelli, invece, v. l’art. 1299. Nelle codificazioni europee vigenti, si segnalano gli artt. 1351-1 c.c. francese (già art. 1303 *ante* Riforma del diritto delle obbligazioni) e 1186 c.c. spagnolo e § 285 BGB.

²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *sub* art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, p. 523.

di queste componenti che tengono luogo a quella originaria, l'inquadramento nell'ambito della surrogazione reale del meccanismo appena esposto è sembrato quasi naturale²².

Un argomento a favore di tale inquadramento si può rinvenire nella Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale delle obbligazioni, nella quale si legge, relativamente a quello che diverrà poi l'art. 1259 c.c., che «l'art. 178 non prevede soltanto questo subingresso, ma anche la surrogazione reale; in modo che, al posto della cosa dovuta, è dovuto l'importo dell'indennità conseguita dal debitore a titolo di risarcimento. Trova, in tal modo, generalizzazione il principio dell'art. 1951 cod. civ., che un'autorevole corrente considerava eccezionale»²³.

Una volta chiarito che l'art. 1259 c.c. può essere annoverato tra le disposizioni che fanno applicazione della surrogazione reale, occorre soffermarsi su di un apparente contrasto, nascente dalla collocazione della disposizione in discorso. Da un lato, essa chiude il capo V intitolato «Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore» e perciò sembrerebbe disciplinare un caso emblematico di estinzione, appunto, del rapporto obbligatorio per perimento della *res*; dall'altro, s'è detto che il meccanismo surrogatorio opera sempre all'interno del medesimo rapporto, il quale non s'estingue ma prosegue su una cosa "nuova". In altri termini, vi sarebbe il

²² Si veda, ad esempio, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁹, III, Milano, 1959, p. 521. Ma si vedano altresì MOSCARINI, *op. cit.*, p. 973, ESU, *op. cit.*, p. 6 ss., MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., p. 12 ss. e, seppur *incidenter tantum*, GIORGIANNI, *Dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943, 150, e TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, cit., 823. Si rinvencono però anche opinioni di altro avviso. Propendono per la surrogazione non reale ma personale, nel caso dell'art. 1259 c.c., P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 537, e SANTUCCI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo e Talamanca, III, *I modi di estinzione*, a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2008, p. 697.

²³ Il testo della relazione al progetto ministeriale è riportato da PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER e DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni, Illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione transitorie*, Milano, 1942, p. 109. La Relazione si riferisce all'art. 1951 c.c. abr., il cui contenuto sarà poi riprodotto, salve lievi modifiche, nell'art. 2742 c.c.

rischio di un'incompatibilità tra l'impossibilità sopravvenuta e la surrogazione reale.

Si ritiene che il contrasto ora rappresentato possa essere superato nel seguente modo. Occorre tener conto che l'art. 1259 c.c., anziché regolare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, in realtà disciplina la corresponsione dei residui cc.dd. giuridici. Ogniqualvolta "sopravvive" alcunché dalla distruzione della cosa, il debitore si libera dall'obbligazione solo dopo aver eseguita la prestazione appunto del residuo, che ben può essere rappresentato da quanto costui ha conseguito a titolo di risarcimento in seguito all'evento distruttivo, ma anche da un eventuale indennizzo corrisposto dall'assicurazione o dallo Stato per l'esproprio²⁴. Non a caso, la disposizione in analisi è stata da taluno inquadrata tra quelle che regolano l'adempimento parziale della prestazione, laddove essa sancisce il diritto, appunto, "ai residui della cosa dovuta"²⁵.

È perciò nel momento compreso tra la distruzione della *res* e l'irrealizzabilità della prestazione per mancanza dell'oggetto che opera appieno il meccanismo surrogatorio. Su questo punto, occorre anche dare atto del pensiero di una delle più autorevoli figure della nostra civilistica, alla quale va riconosciuto il merito di aver individuato il parallelismo tra gli artt. 2742 e 1259 c.c.: «in modo analogo come nell'ipotesi dell'art. 2742 c.c. al perimento della cosa sopravvive un residuo che ne prende il posto, così nell'ipotesi dell'art. 1259 c.c. al vincolo che legava il debitore al creditore rispetto alla cosa perita sopravvive nel potere di appropriazione un virtuale *commodum repraesentationis*, destinato a compensare della perdita il creditore deluso»²⁶.

²⁴ Come afferma MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 435.

²⁵ Si tratta di GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, p. 18 ss. e già ID., *Dichiarazione di morte presunta*, cit., p. 150.

²⁶ Sono le parole di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955, p. 64 ss. D'altra parte – la seguente regola riguarda tutt'altro ambito, ma sempre di perimento si tratta – anche l'usufruttuario, a norma degli artt. 1016 ss. c.c., ha diritto di godere dei residui della cosa distrutta.

4. *La restituzione civilistica del commodum repraesentationis e quella anglosassone del tracing.*

Dall'art. 66 c.c. si desume che, a seguito della ricomparsa di una persona della quale era stata dichiarata la morte presunta, essa, oltre al prezzo delle sue cose alienate, può pretendere i beni nei quali esso (detto prezzo) "sia stato investito"²⁷. Di qui la questione più generale, relativa alla possibilità di assoggettare a restituzione la cosa "nuova", acquistata mediante quanto subentra in virtù di quella venuta meno.

Nel panorama degli altri paesi europei, al quesito è stata data prevalentemente risposta affermativa. Sebbene non sia stato affrontato il caso specifico della ricomparsa di una persona della quale era stata dichiarata la morte presunta, in relazione a una fattispecie assimilabile in tutto e per tutto a quella in discorso – vale a dire la vendita di un bene ereditario e l'acquisto di un altro da parte dell'erede apparente (cfr. art. 535 c.c.) –, s'è fatto ricorso al meccanismo surrogatorio per giustificare la restituzione della *res* "nuova". In particolare, in Francia e in Spagna, dalle disposizioni corrispondenti all'art. 66 c.c., è stato ricavato un "principio di sostituzione", in virtù del quale si ritiene che il nuovo acquisto in verità è sempre la medesima, originaria cosa, sebbene si presenti sotto altra forma²⁸.

²⁷ Gli artt. 130 c.c. francese e 197 c.c. spagnolo stabiliscono un principio analogo al nostro art. 66 c.c. Per la Germania, si veda *infra* nel paragrafo.

²⁸ Sosteneva GULLON BALLESTEROS, *La acción de petición de herencia*, in *Anuario de derecho civil*, 1959, p. 226 ss., che non è necessario, da parte della legge, stabilire espressamente l'effetto surrogatorio, giacché esso si può ben ricavare dal sistema; per cui all'erede spetta la restituzione delle cose facenti parte in origine dell'eredità o, in sostituzione, quanto sia entrato nella medesima per effetto della surrogazione reale. Aderisce a questa idea, più di recente, MARÍN PADILLA, *Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1980, p. 1415 ss. Per la Francia, si veda MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et de majeurs*⁹, Parigi, 2017, p. 43, secondo il quale il caso del ritorno del morto presunto (regolato dall'art. 130 c.c. francese) costituisce una "hypothèse de subrogation réelle: un bien est substitué à un autre avec la même affectation". Dello stesso avviso è RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Parigi, 1985, p. 46 ss., secondo la quale il ricomparso può riportare (*reporter*) il suo diritto di proprietà sul prezzo o sul bene acquistato col suo impiego.

Quanto alla Germania, il § 2019 BGB stabilisce l'appartenenza all'eredità di tutto quanto acquisito con mezzi della medesima eredità. Ne discende che il bene acquistato in seguito a scambio di una cosa ereditaria con altra o al reinvestimento del ricavato dalla vendita di quest'ultima costituisce parte della massa ed è perciò soggetto a restituzione.

Con riferimento al diritto italiano, invece, l'art. 66 c.c. sembra essere l'unico caso nel quale, a fronte dell'indebito di cosa determinata, è stabilito che soggetta a restituzione è anche la *res* frutto della seconda trasformazione, vale a dire il prodotto del reinvestimento del ricavato dall'alienazione o dallo scambio di quella originaria. Non è possibile motivare con certezza per quale ragione agli artt. 2037 ss. c.c. il legislatore non abbia voluto "generalizzare" la possibilità di recuperare anche la cosa "nuova". Si potrebbero addurre ragioni tanto storiche²⁹, quanto di mancanza di coordinamento nella redazione dei vari libri del codice³⁰. A ogni modo, non sembrano sussistere inconvenienti all'applicazione in via analogica dell'art. 66, comma 1, c.c. a tutti i casi di indebitto di cosa determinata.

D'altra parte, se le stesse disposizioni in tema d'indebito consentono il recupero del valore o del corrispettivo della cosa

²⁹ Il fatto che la disposizione speciale (art. 66 c.c.) estenda l'obbligo di restituzione anche alle cose "nuove", mentre quella generale (art. 2037 ss. c.c.) taccia sul punto, può forse essere ricondotto direttamente alla codificazione napoleonica, nella quale si rinviene il medesimo rapporto tra gli artt. 130 e 1379 ss. c.c. francese (questi ultimi nella loro originaria formulazione; ma si vedano ora gli artt. 1352 ss. c.c. francese). Al Codice Napoleone, almeno per quanto qui interessa, si sono ispirate le codificazioni preunitarie, poi quella unitaria e infine l'attuale, le quali hanno recepito senza significative alterazioni le regole in discorso.

³⁰ Sembrerebbe essere mancato il coordinamento tra i libri I e IV del codice. Sul punto, non si possono formulare affermazioni certe, ma si può citare un caso analogo. Una discrasia simile, difatti, si rinviene, sempre in tema di surrogazione reale, nei diritti reali, laddove si stabilisce che il risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile surroga la cosa usufruttuata venuta meno (art. 1017 c.c.) ma non quella ipotecata (si veda, in proposito, il silenzio dell'art. 2742 c.c.). La differenza può essere spiegata con le parole di DEIANA, *Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 320 ss., nota 1, il quale affermava: «non si dimentichi che il codice è stato fatto a puntate!».

quando essa non è restituibile in natura, non dovrebbero sorgere ostacoli ad assoggettare a restituzione ciò in cui dette entità vengono reinvestite quali “elementi rappresentativi”³¹ dell’originaria cosa. Rileva in questo frangente l’interesse a ottenere un determinato “valore”, che ben può tradursi nell’oggetto “nuovo” ed essere rappresentato da quest’ultimo.

I punti di contatto tra la surrogazione reale, intesa quale metodo per individuare l’elemento da restituire, e la “teoria del valore” – che affonda le radici nella civilistica francese dell’Ottocento – non possono essere approfonditi in questa sede. Ci si limiterà pertanto a rilevare unicamente che essi sono stati più volte posti in risalto; tanto è vero che uno dei passaggi fondamentali nell’evoluzione delle teorie sulla surrogazione reale si ha proprio allorché la componente materiale del diritto inizia ad essere considerata non quale singola entità materiale, bensì come elemento rappresentativo di un certo valore, in quanto tale sempre sostituibile (*rectius*: surrogabile)³².

Allo stesso modo, nei sistemi anglosassoni, dove si ricorre al *tracing* per le medesime finalità sino ad ora illustrate, vale a dire l’individuazione della *res* da rendere, si prende sempre come parametro di riferimento il valore della cosa originaria convertita in un nuovo *asset*³³.

³¹ L’espressione è di MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell’efficacia giuridica*, cit., p. 1276.

³² Per una sintesi della dottrina francese che per prima ha correttamente illustrato il collegamento tra surrogazione reale e valore del bene, ci consentiamo di rinviare a BRIZZOLARI, *La surrogazione reale*, Torino, 2019, p. 14 ss. Tra gli autori d’oltralpe dell’epoca, si segnalano: AUBRY, RAU, *Cours de droit civil français, d’après la méthode de Zacharie*, IX⁵, edizione rivista e aggiornata con la legislazione e la giurisprudenza da É. Bartin, Parigi, 1917, p. 333 ss.; SALEILLES, nota a App. Digione, 30 giugno 1893, in *Recueil général des lois et des arrêts*, 1894, II, p. 185 ss.; DEMOGUE, *Essai d’une théorie générale de la subrogation réelle*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, p. 236 ss.

³³ Per tutti, SMITH, *The Law of Tracing*, Oxford, 1999, p. 133 ss. Ma si veda altresì RUDDEN, *Things as Thing and Things as Wealth*, in 14 *Oxford J. Legal Stud.* 81 (1994), p. 91. Le numerose similitudini tra surrogazione reale e *tracing* sono efficacemente sintetizzate da GRETTON, *Constructive Trusts: I*, in 1 *Edinburgh L. Rev.* 281 (1997), p. 291; ID., *Trusts without Equity*, in 49 *Int’l & Comp. L.Q.* 599 (2000), p. 610 ss.

Il *leading case* del diritto inglese in questa materia risulta particolarmente istruttivo.

Il cinque dicembre milleottocento undici, al porto di Falmouth – una cittadina inglese nel sudovest dell’Inghilterra –, il *broker* Benjamin Walsh è in procinto d’imbarcarsi per gli Stati Uniti d’America via Lisbona, portando con sé un lingotto d’oro e numerosi titoli azionari americani, intenzionato a intraprendere una nuova vita oltreoceano. Tuttavia, egli viene bloccato poco prima di salire a bordo della nave dall’avvocato di Sir Thomas Plumer, inviato con urgenza sul luogo per impedire la partenza del *broker*.

Il Signor Walsh aveva ricevute da Lord Plumer ventiduemila sterline, con l’incarico di acquistare alcuni titoli di stato. Senonché, invece di dare seguito all’ordine, l’intermediario aveva speso il danaro nel necessario per fuggire all’estero, essendo oberato dai debiti.

Una volta assicurato il Signor Walsh alla giustizia, si apriva la fase del recupero dei crediti sul suo patrimonio. Fase nella quale si sono contrapposti, da un lato, Lord Plumer e, dall’altro, gli ulteriori creditori del *broker*. Questi ultimi reclamavano l’appartenenza alla “massa fallimentare” di tutti i beni acquistati in vista della fuga; il nobile inglese, da parte sua, sosteneva che il lingotto e i titoli azionari altro non fossero che il “surrogato” del suo danaro, essendo stati acquisiti mediante quest’ultimo. La tesi di Lord Plumer ha prevalso³⁴. Nel caso *Taylor v Plumer* è stato difatti stabilito, tra l’altro, che una cosa affidata a un agente – *hold on trust*, secondo la terminologia anglosassone – non diviene parte della massa fallimentare, quand’anche essa sia stata “trasformata” attraverso il suo reinvestimento in una cosa diversa e perciò nuova³⁵.

³⁴ La vicenda qui sintetizzata è diffusamente riportata, con numerosi particolari, da SMITH, *The stockbroker and the solicitor-general: The story behind Taylor v. Plumer*, in 15(1) *J. Legal Hist.* 1 (1994), p. 1 ss. Nel saggio è possibile leggere il prologo e l’epilogo del complesso episodio, che ha visto come protagonisti anche numerosi altri soggetti dei quali, tuttavia, non è possibile dar conto in questa sede.

³⁵ *Taylor v Plumer* (1815) 3 M&S 562, 575. Si ritiene opportuno riportare un breve ma efficace passaggio dell’*opinion* di Lord Ellenborough, il quale ha affermato che «[...] the product of or substitute for the original thing still follows the nature of the thing itself, as long as it can be ascertained to be such [...]».

Il *tracing* offre dunque il procedimento per identificare la cosa da recuperare, qualora quella originaria si presenti sotto altre forme, essendo stata consumata, impiegata per l'acquisto di un'altra o, semplicemente, non più disponibile per una qualsivoglia ragione. Esso trova due ambiti d'applicazione principali: in primo luogo, il *trust* e gli atti dispositivi (più o meno leciti) delle cose ad esso sottoposte; in secondo luogo, le restituzioni in seguito ad arricchimento ingiustificato oppure pagamento dell'indebito.

5. *Le soluzioni adottate dal diritto uniforme (CISG) e dal diritto comune europeo (PECL, CESL, DCFR).*

I progetti di para-codificazione del diritto europeo dei contratti mostrano un atteggiamento oscillante riguardo al problema qui considerato³⁶, ossia se, a seguito dell'impossibilità sopravvenuta di restituire l'indebito, il *solvens* possa pretendere il surrogato che residua nel patrimonio dell'*accipiens*.

I *Principles of European Contract Law* (PECL), in particolare, non prendono esplicitamente posizione al riguardo, neppure per quanto concerne il prezzo che l'*accipiens* abbia ricavato mediante l'alienazione della cosa indebitamente ricevuta. È dubbio che una soluzione del genere possa essere desunta dall'art. 9:309 PECL, il qual statuisce che: «Con la risoluzione del contratto, la parte che ha eseguito una prestazione che non può essere restituita e per la quale non ha ricevuto corrispettivo o altra controprestazione può domandare una somma congrua in relazione al valore che la prestazione ha per l'altra parte».

La Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci (CISG) statuisce che «il compratore deve al venditore l'equivalente di tutti i profitti che ha tratto dalle merci o da parte delle stesse» (art. 84, comma 2). Essa non disciplina però l'ipotesi di un vero e proprio surrogato materiale della cosa che sia perita presso il compratore.

³⁶ Per una panoramica di tali progetti, ci si permette di rinviare a SIRENA, *Die Rolle winssenschaftlicher Entwürfe im europäischen Privatrecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2018, p. 838 ss. e ZIMMERMANN, *Korreferat*, *ibid.*, p. 862 ss. Per la loro consultazione, v. SIRENA, ZIMMERMANN, SCHULZE, PATTI, *Diritto privato europeo. Testi di riferimento*³, Torino, 2020.

Il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), invece, è esplicito a proposito della disciplina generale del pagamento dell'indebito: per quanto qui rileva, l'art. VII.-5:101(4) statuisce infatti che «*to the extent that the enriched person has obtained a substitute in exchange, the substitute is the enrichment to be reversed if: (a) the enriched person is in good faith at the time of the disposal or loss and the enriched person so chooses; or (b) the enriched person is not in good faith at the time of disposal or loss, the disadvantaged person so chooses and the choice is not inequitable*». Si deve tuttavia tener presente che il DCFR adotta un sistema binario di restituzioni contrattuali, nel quale la disciplina generale del pagamento dell'indebito è applicabile solo alle ipotesi di nullità e di annullamento del contratto; alle restituzioni conseguenti la risoluzione del contratto (per inadempimento) è applicabile invece una disciplina apposita, la quale non contempla espressamente il problema qui considerato³⁷.

Per quanto riguarda la Proposta di regolamento relativo a un Diritto comune europeo della vendita (CESL)³⁸, l'art. 173, comma 5, statuisce che: «Se il ricevente ha ottenuto un sostitutivo in denaro o in natura, in cambio del bene o del contenuto digitale, e conosceva o era ragionevolmente tenuto a conoscere la causa di annullamento o di risoluzione, l'altra parte può esigere o la restituzione del sostitutivo o la restituzione del valore monetario del sostitutivo. Il ricevente che ha ottenuto un sostitutivo in denaro o in natura in cambio del bene o del contenuto digitale, e che non conosceva né era ragionevolmente tenuto a conoscere la causa di annullamento o di risoluzione, può restituire o il valore monetario del sostitutivo o il sostitutivo stesso»³⁹.

³⁷ Ci si permette di rinviare a SIRENA, *The DCFR – Restitution, Unjust Enrichment and Related Issues*, in *European Review of Contract Law*, 2008, p. 445 ss. Per un cenno a come il tema della surrogazione reale è stato sviluppato nel DCFR, si veda STORME, *The Structure of the Law on Multiparty Situations in the Draft Common Frame of Reference*, in *14 Juridica Int'l* 78, 2008, p. 87.

³⁸ COM(2011) 365 definitivo. Per un inquadramento generale, v. VETTORI, *Contratto e rimedi*³, cit., p. 120 ss.

³⁹ Ci si permette di rinviare a SIRENA, *The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 1977 ss.

In senso sfavorevole a tale soluzione, è stato affermato che la responsabilità del debitore inadempiente per il risarcimento del danno escluderebbe che egli sia obbligato a restituire il surrogato della cosa perita⁴⁰. La tesi non sembra tuttavia convincente⁴¹.

A seguito della risoluzione del contratto, infatti, la responsabilità risarcitoria del debitore inadempiente è generalmente suscettibile di “convivere” con quella restitutoria⁴², fermo restando che spetta allora al creditore la scelta del rimedio che intende esercitare⁴³.

⁴⁰ WENDEHORST, *Rücktritt (“Beendigung”) im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? – Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, hrsg. von Schmidt-Kessel, 2012, p. 396 ss.; EAD., *sub art. 173*, in *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, hrsg. von Schmidt-Kessel, 2014, RdNr 12; EAD., *Schadensersatz, Verzugszinsen und Rückabwicklung*, in *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, hrsg. von Remien, Herrler u. Limmer, 2012, RdNr 21, p. 29 ss.

⁴¹ HELLWEGE, *sub art. 9:306*, in *Commentaries on European Contract Laws*, cit., p. 1411 ss.

⁴² In generale, v. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013; DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013. Per ulteriori riferimenti, ci si permette di rinviare a SIRENA, *La restituzione dell’arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65 ss.; ID., *La risoluzione del contratto come sanzione dell’inadempimento: il problema dei rimedi risarcitori e restitutori*, in *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010, p. 1753 ss.

⁴³ Ci si permette di rinviare a SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 105 ss.

BENEDETTA SIRGIOVANNI
Ricercatrice di diritto privato
Università di Roma Tor Vergata

REVISIONE DEL CONTRATTO AL TEMPO DEL COVID-19

SOMMARIO: 1. La revisione del contratto nel codice civile e nelle leggi speciali. – 2. La revisione del contratto nei provvedimenti adottati dall'Italia durante la pandemia. – 3. Il ruolo dell'autonomia privata nella gestione delle sopravvenienze. – 4. L'impossibilità parziale e il rimedio della riduzione. – 5. L'*hardship* e la *force majeure* nei Principi *Unidroit*, nei Principi Lando, nel *Draft Common Frame of Reference*. – 6. Conclusioni.

1. *La revisione del contratto nel codice civile e nelle leggi speciali.*

Il Covid-19 e le conseguenti misure di contenimento della pandemia, che hanno comportato la sospensione di molte attività economiche, hanno mostrato la profonda attualità del tema dei rimedi diretti alla conservazione¹ dei contratti ad esecuzione

¹ Sulla pandemia Covid-19 e sulla gestione delle sopravvenienze contrattuali, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 581, G. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle clausole generali*, in *Contr.*, 2020, p. 433, PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contr.*, 2020, p. 485, MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Suppl. Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 80, NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Suppl. Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 87.

continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita² (i c.d. *long-term contracts* per usare l'espressione anglosassone³).

² Sul rapporto tra il tempo e l'interesse cui il contratto soddisfa nell'ambito della categoria dei contratti di durata, v. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 e ora anche in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, p. 200, 202, 206, 207, 210, 233, 248. L'a. osserva che «il merito di aver elevato a categoria giuridica i contratti di durata spetta in Italia ad Osti». Secondo l'a., «vi sono interessi che rifiutano una soddisfazione istantanea». «Nei contratti di durata il tempo corrisponde all'interesse alla soddisfazione continuativa di un bisogno durevole. La causa nei contratti di durata consiste nell'assicurare la ripetizione di una prestazione per una certa durata o nell'assicurare la prestazione di un'attività continuativa del debitore per una certa durata. Alla durata corrisponde un interesse o bisogno durevole cui il contratto soddisfa».

Sulla categoria dei contratti di durata e sulla sua storia, v. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice argentino*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 268.

Sulle caratteristiche dell'obbligazione ad esecuzione continuata, cfr. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, p. 77. Sul rapporto tra prestazione istantanea e prestazione continuativa, v. BARASSI, *La teoria delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, p. 141. L'a. osserva che «la prestazione è istantanea se consta di uno o più atti che si esauriscono in un limitato periodo di tempo. La prestazione può essere continuativa quando consta di atti o di una successione di atti che non si esauriscono istantaneamente ma perdurano nel tempo».

³ Si reputa opportuno inserire, tra parentesi, anche la terminologia anglosassone perché è quella utilizzata nei contratti internazionali. Sulle caratteristiche dei *long-term contracts* si rinvia a SCHULZE e ZOLL, *European contract law*, Germania, 2018, p. 232.

Sul tempo quale fattore caratterizzante i contratti internazionali ad esecuzione prolungata, v. KLECKNER, *La patologia del contratto internazionale*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, III, Torino, 1991, p. 994.

Nella consapevolezza che i principi *Unidroit* fossero stati originariamente concepiti per regolare contratti di scambio ad esecuzione istantanea, ispirandosi al modello del contratto di compravendita presente nella Convenzione internazionale sulla vendita, il Consiglio direttivo dell'*Unidroit* ha introdotto, nel 2016, delle modifiche ai principi *Unidroit* per tener conto delle specificità della tipologia dei *long-term contracts*. In primo luogo, è stata introdotta la nozione di *long-term contract*, definendolo, in particolare, come quel contratto che deve essere adempiuto nell'arco di un determinato lasso temporale e che, normalmente, implica, a vario livello, una complessità dell'operazione e una relazione di durata tra le parti (Cfr. Art. 1.11 *Unidroit Principles*: “*long-term*

Tuttavia, prima di analizzare le disposizioni presenti nei provvedimenti emergenziali, è opportuno muovere dal codice civile italiano per poi verificare le soluzioni di diritto privato uniforme.

Da una ricerca nel codice civile italiano e, in particolare, nel libro IV delle obbligazioni del lemma revisione⁴ o di suoi sinonimi come modificazione ovvero adattamento ovvero adeguamento delle condizioni del contratto, il lemma “revisione” è presente nell’art. 1664 c.c. con riferimento all’onerosità o difficoltà dell’esecuzione del contratto di appalto⁵.

L’art. 1664 c.c. contempla il rimedio della revisione qualora ricorra una eccessiva onerosità sopravvenuta. In particolare, questa disposizione è speciale rispetto alla fattispecie dell’eccessiva onerosità presente nella parte del contratto in generale⁶. L’art. 1467

contract” refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and on ongoing relationship between the parties).

Sulle ragioni che hanno determinato l’origine e lo sviluppo delle clausole di rinegoziazione nelle relazioni internazionali, v. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 10.

⁴ Sulla matrice semantica del termine revisione che deriva dal latino “*revisio*”, v. TOMMASINI, *Revisione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 105.

⁵ Sull’opportunità di accogliere già nel codice del 42’ il principio della revisione del contratto come direttiva generale per tutti i contratti ad esecuzione differita, nei casi di mutamento di circostanze tali da rendere più onerosa la prestazione, con possibilità di patto contrario senza limitare il principio al contratto di appalto, v. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 371.

Sulle caratteristiche peculiari della prestazione del contratto di appalto specificamente conformata alle esigenze del creditore, quale ragione del rimedio della revisione presente nella disciplina del contratto di appalto, v. MAUCERI, *Sopraavvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 1106, 1110.

⁶ Sul rapporto tra disciplina del contratto in generale e disciplina dei singoli contratti, v. DE NOVA, *Il rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 327, VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 804, FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 421, BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 54, 68, 80; GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Trattato dei contratti*, diretto

c.c., infatti, prevede che, nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero nei contratti ad esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione (cioè la parte colpita dall'eccessiva onerosità) può domandare la risoluzione del contratto⁷. Soltanto la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto⁸; la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa può optare esclusivamente per lo scioglimento del contratto⁹.

Ne consegue che l'art. 1664 c.c. contempla una norma speciale rispetto alla norma contenuta nell'art. 1467 c.c. sotto un duplice aspetto: da un lato, infatti, esclude la risoluzione del contratto di appalto in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, dall'altro attribuisce ad entrambe le parti contrattuali il diritto di chiedere una revisione del prezzo.

da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 48; LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 827; M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 131.

⁷ Sul dibattito intorno al fondamento della risoluzione per eccessiva onerosità, v. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 607.

⁸ Sul significato ascrivibile al lemma "equità" nell'art. 1467 c.c. quale equilibrio tra le prestazioni e, quindi, sull'offerta di riconduzione ad equità quale strumento per ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, v. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., p. 658, 659. In particolare, per l'a. l'offerta di riconduzione ad equità «rappresenta uno strumento di amministrazione del rischio contrattuale, in quanto essa, mediante il recupero della misura della funzione di scambio, è diretta a ripristinare l'originaria economia del contratto, riconducendolo entro i confini segnati dall'alea normale».

⁹ Sulla constatazione che nel nostro sistema soltanto la parte contro la quale è stata chiesta la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità possa impedire la risoluzione del contratto attraverso la proposta di una modifica del contratto idonea a ricondurlo ad equità, potere che non può estendersi al giudice il quale non ha un potere di adeguamento del contratto alle mutate circostanze, v. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto*, in Draetta e Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, p. 304, 305.

Speciale rispetto all'art. 1467 c.c. è da considerarsi anche la norma contenuta nell'art. 1623 c.c., rubricato modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale. Essa prevede, infatti, che se, in conseguenza di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale derivante dal contratto di affitto risulti notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita o un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto. Ne consegue che entrambe le parti del contratto di affitto possano chiedere l'aumento o la diminuzione del fitto e così conservare il rapporto contrattuale.

Se si sposta la ricerca all'interno delle leggi speciali l'interprete osserva che il rimedio della revisione delle condizioni contrattuali è presente nell'alveo della disciplina dei contratti di turismo organizzato. In particolare, l'art. 40 del decreto legislativo 21 maggio 2018 n. 62 prevede che, nel caso in cui, prima dell'inizio del pacchetto, l'organizzatore sia costretto a modificare le condizioni del contratto di pacchetto turistico prima dell'inizio del pacchetto, modifiche consistenti nell'aumento del prezzo eccedente l'8 per cento del prezzo complessivo, nella non soddisfazione delle richieste specifiche del viaggiatore accettate dall'organizzatore nel contratto, nel mutamento di una o più caratteristiche principali dei servizi turistici, il viaggiatore, entro un periodo ragionevole specificato dall'organizzatore, può accettare la modifica proposta oppure recedere dal contratto senza corrispondere le spese di recesso¹⁰. L'accettazione della modifica proposta o, più

¹⁰ Sul recesso gratuito e sul recesso oneroso del viaggiatore nel contratto di pacchetto turistico, v. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 41; TERLIZZI, *Modifiche unilaterali e cancellazione del pacchetto turistico, La normativa in vigore e le novità introdotte dalla direttiva 2015/2302 UE*, in *Oss. Dir. civ. e comm.*, 2018, p. 159.

Sulle funzioni del recesso nella disciplina dei contratti di viaggio organizzato, v. GAMBINI, *Il recesso nella contrattazione turistica da rimedio solutorio a strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 541.

correttamente, della proposta delle modifiche contrattuali comporta, quindi, una revisione delle condizioni contrattuali. Si tratterebbe, quindi, di una ipotesi di revisione concordata del contenuto contrattuale.

Anche questa disposizione è speciale rispetto alla disciplina presente nel titolo del contratto in generale, in quanto, in tal caso, la proposta di modifica delle condizioni contrattuali, qualora derivi da avvenimenti straordinari e imprevedibili (tali avvenimenti ben potrebbero essere considerati inclusi all'interno dell'espressione "*Se, prima dell'inizio del pacchetto, l'organizzatore è costretto a modificare in modo significativo[...]*"), proviene dalla parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa, mentre l'art. 1467 c.c. prevede che l'offerta di riconduzione ad equità possa essere avanzata soltanto dalla parte che la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa.

Del resto, dall'intera disciplina dei contratti di turismo organizzato emerge la predilezione del legislatore per l'esecuzione dei contratti di pacchetti turistici, qualora essa realizzi, comunque, l'interesse delle parti che emerge nel corso del rapporto contrattuale, anche, quindi, dopo il momento di conclusione del contratto¹¹.

Anche, infatti, nel caso in cui il viaggiatore optasse per lo scioglimento del contratto e, quindi, esercitasse il recesso anziché accettare le modifiche contrattuali proposte dall'organizzatore, il legislatore contempla la possibilità per l'organizzatore, in alternativa alla restituzione al viaggiatore dei pagamenti effettuati

¹¹ Sul mantenimento del contratto quale rimedio più efficiente di altri rimedi nel diritto di matrice europea, in linea con alcuni interessanti sviluppi della dottrina nord-americana, v. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 29; EISENBERG, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law*, in *93 Calif. L. Rev.*, 2005, p. 975. Sull'interesse alla conservazione del rapporto contrattuale che emerge dalla disciplina dei pacchetti turistici e sul rapporto contrattuale quale vicenda in movimento, v. ALESSI, *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in EAD. (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, p. 19; MACIOCE, *Difetto di conformità, sopravvenuta impossibilità e responsabilità dell'organizzatore di viaggi*, in *Europa dir. priv.*, 2020, p. 615.

(cfr. art. 40, comma 5), di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore.

Dal complesso delle disposizioni presenti nel codice civile e nelle leggi speciali l'interprete potrebbe trarre una prima conclusione: sembrerebbe, almeno *prima facie*, non emergere un'attenzione al tema della revisione delle condizioni contrattuali e, in generale, dei rimedi diretti alla conservazione del rapporto nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita. In questa prospettiva gli artt. 1623 e 1664 c.c. e le disposizioni presenti nella disciplina sui pacchetti turistici conterrebbero mere norme speciali nel sistema. In questa prospettiva i rimedi per la revisione del contratto operano all'interno del singolo tipo legale¹².

2. La revisione del contratto nei provvedimenti adottati dall'Italia durante la pandemia.

Durante l'emergenza sanitaria lo Stato italiano, come altri Stati europei, ha adottato delle misure al fine del contenimento della pandemia.

In particolare, è stato adottato il decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella legge 17 luglio 2020 n. 77, avente ad oggetto le misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid – 19. In particolare, nel capo "Misure adottate per lo sport", è stato introdotto l'art. 216, rubricato "*Disposizioni in tema di impianti sportivi*". Questo articolo, al secondo comma, recita: "*In ragione della sospensione delle attività sportive disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi [...] le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023,*

¹² Sulle tecniche legali di revisione e adeguamento del contratto presenti nella parte speciale quali tecniche che operano all'interno del singolo tipo legale e, quindi, risentono della connotazione e caratterizzazione strutturale di ciascuna fattispecie, v. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 665.

mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi no incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati [...].

In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto. In tale caso, il concessionario ha diritto al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto”.

Da una prima lettura l'interprete potrebbe concludere che anche questa disposizione contiene una norma speciale, introdotta, durante l'emergenza sanitaria, al fine di regolare esclusivamente i rapporti di concessione di impianti sportivi, prevedendo la revisione del contratto e, in caso di mandato raggiungimento dell'accordo, il recesso dal contratto.

A non diversa conclusione si potrebbe giungere analizzando l'istituto del *voucher* quale sorta di revisione, in questo caso, legale del contratto, presente nell'art. 28 del decreto legge n. 9 del 2020 (in particolare, è previsto, al terzo comma, che il vettore, possa procedere al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio ovvero all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione, al quinto comma, che nel caso in cui viaggiatore eserciti il recesso del viaggiatore in ragione dell'emergenza sanitaria, l'organizzatore possa offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, possa procedere al rimborso oppure possa emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante), nell'art. 88 del decreto legge n. 18 del 2020, convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27 (in particolare, al terzo comma, è previsto che il venditore di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura possa emettere un *voucher* di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione), nell'art. 216, comma 4, del decreto legge n. 34 del 2020, convertito nella legge 17 luglio 2020 n. 77 (in

particolare, al comma 4, è previsto che il gestore dell'impianto sportivo, in alternativa al rimborso del corrispettivo, possa rilasciar un *voucher* di pari valore incondizionatamente utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle predette misure di sospensione dell'attività sportiva).

In tutte queste ipotesi il legislatore si avvale dello strumento del *voucher* al fine di evitare lo scioglimento del contratto e, quindi, la conseguente restituzione delle prestazioni effettuate (e, in particolare, la restituzione del prezzo ricevuto) e così conservare il rapporto contrattuale attraverso in sostanza la proroga della durata del rapporto stesso.

Può l'interprete limitarsi a qualificare come speciali le sopra citate disposizioni ovvero ha il compito di interrogarsi sulla loro incidenza sull'intero sistema?

3. Il ruolo dell'autonomia privata nella gestione delle sopravvenienze.

La pandemia di Covid – 19 è una sopravvenienza contrattuale: può essere considerata tanto un evento straordinario e imprevedibile che può aver reso eccessivamente onerosa una prestazione contrattuale tanto un evento che può aver reso impossibile totalmente ovvero parzialmente una prestazione contrattuale.

Le parti nell'esercizio della propria autonomia privata possono aver previsto nel regolamento contrattuale le conseguenze in casi di eventi straordinari e imprevedibili, inserendo delle clausole contrattuali all'interno dei contratti stipulati prima dell'insorgenza della emergenza sanitaria. In particolare, possono aver usato una espressione ampia prevedendo le conseguenze in casi di eventi straordinari e imprevedibili al momento della stipulazione del contratto seguita o meno da un elenco esemplificativo di cause oppure possono aver indicato espressamente le cause che le parti considerano al momento della stipulazione del contratto imprevedibili e straordinarie.

Pertanto, innanzitutto, l'interprete dovrà attribuire un significato alla stessa avvalendosi dei criteri ermeneutici alla luce dell'intero regolamento contrattuale.

Qualora l'interprete giunga alla conclusione che la pandemia derivante dal Covid-19 possa, con riferimento al precipuo regolamento contrattuale, essere considerato un evento straordinario e imprevedibile, allora troverà applicazione la disciplina presente nel regolamento contrattuale. In particolare, ben potrebbero le parti aver previsto nel regolamento contrattuale una causa di esclusione della risoluzione e aver indicato una procedura volta alla continuazione del rapporto. Potrebbero, per esempio, aver inserito nel contratto una clausola di rinegoziazione¹³ e, in mancanza di raggiungimento del nuovo accordo, l'impegno delle parti a deferire le questioni conflittuali pendenti ad un collegio di esperti¹⁴.

In tal caso allora non troverà applicazione la disciplina della risoluzione del contratto.

Vi è, infatti, consapevolezza che nei contratti ad esecuzione prolungata (i c.d. *contratti qui habent tractum successivum, long-term contracts*) rispetto a quelli ad esecuzione istantanea (i c.d. *contracti qui unico momento perficiuntur, one shot contracts*)¹⁵ si instaura una relazione tra due parti contrattuali, le quali, proprio in ragione della durata del rapporto, hanno compiuto degli investimenti iniziali, destinati ad essere poi ammortizzati nel

¹³ Sul contenuto tipico della clausola di rinegoziazione, v. CESARO, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴ Sul rapporto tra rinegoziazione e revisione v. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2, Milano, 2008, p. 1026; GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Digesto Disc. Priv.*, Torino 2011, p. 804; SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, II, 2003, p. 1217; CESARO, *op. loc. ult. cit.*, p. 243, 264, 265.

Sul ruolo svolto dalle clausole di rinegoziazione e sul fatto che la presenza delle clausole di rinegoziazione non implichi rinuncia della risoluzione, v. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, cit., p. 311, 317.

¹⁵ L'origine della distinzione tra contratti *qui unico momento perficiuntur* e contratti *qui habent tractum successivum* è fatta risalire al commento di Bartolo. Sul punto, si rinvia a OSTI, *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 46. Cfr. OSTI, *Contratto*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1973, p. 769. L'a. osserva che «nei contratti di durata il tempo o, meglio, la durata è elemento essenziale di determinazione della prestazione».

tempo¹⁶. Pertanto, nel caso in cui intervengano, nel corso del rapporto, circostanze sopravvenute non prevedibili che, incidendo sul sinallagma, non consentano la realizzazione degli interessi programmati dalle parti nel contratto, queste ultime potrebbero avere interesse a conservare la relazione piuttosto che ad interromperla¹⁷.

Dette parti, quindi, ben potrebbero aver valutato, sin dalla fase genetica del regolamento contrattuale, l'opportunità di inserire una clausola che escluda la risoluzione del contratto in favore della sua conservazione allorquando, in ragione di circostanze sopravvenute, il rapporto contrattuale si rivelasse non più coerente con l'assetto di interessi predisposto nel testo contrattuale, di talché il punto di equilibrio tra prestazione e controprestazione risultasse diverso¹⁸.

¹⁶ Sul contratto relazionale e sulla durata quale elemento incidente sulla soddisfazione dell'interesse tale per cui il contratto di durata sarebbe caratterizzato dalla realizzazione di un'operazione cooperativa, anziché meramente antagonista, v. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 439, 440, 441 e nota n. 188 per indicazione bibliografia sulla dottrina che ha elaborato la categoria del contratto relazionale.

¹⁷ Cfr. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 127. L'a. osserva che «nello scarto temporale tra il sorgere del rapporto e il suo esaurimento, si possono verificare situazioni che non consentono l'attuazione dell'interesse secondo la programmazione positivamente valutata e garantita dall'ordinamento, sicché si prospetta l'ulteriore esigenza di predisporre gli strumenti per rimuovere il rapporto e ripristinare la situazione antecedente, ovvero per conservare il rapporto pur adeguando il contenuto delle situazioni alle nuove vicende nel rispetto degli interessi fondamentali».

¹⁸ Sul rapporto tra il tema dell'eccessiva onerosità e lo studio dei rimedi cc.dd. conservativi o manutentivi del contratto nelle riflessioni recenti della dottrina, si osserva che «la conservazione del contratto, nel moderno diritto dei traffici e degli scambi, rappresenti il più delle volte una situazione di gran lunga più vantaggiosa rispetto alla sua caducazione» (così GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, v. XIII, Torino, 2012, p. 95; ID, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 76). Sottolinea il disagio anche degli operatori del mercato nei confronti del rimedio della risoluzione, considerato uno strumento inefficiente, e la loro preferenza del rimedio della revisione del contratto, F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 44.

Del resto, è lo stesso art. 1469 c.c. a prevedere la possibilità per le parti di escludere l'applicazione delle disposizioni sulla risoluzione del contratto entro la misura del rischio assunto (c.d. aleatorietà per volontà delle parti)¹⁹.

Con riferimento alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, il problema della derogabilità della disciplina risulta essere oggi fortemente ridimensionato rispetto al passato, quanto meno, con riferimento ai contratti ad esecuzione prolungata, a seguito delle novità introdotte nel 2016 nei *Principi Unidroit*.

In particolare, il Consiglio direttivo dell'*Unidroit*, assunta la consapevolezza che i principi *Unidroit* fossero stati originariamente concepiti per regolare contratti di scambio ad esecuzione istantanea, ispirandosi al modello del contratto di compravendita presente nella Convenzione internazionale sulla vendita, ha introdotto, nel maggio 2016, delle revisioni e integrazioni ai principi *Unidroit* in ragione della peculiarità dei *long-term contracts*. In particolare, per ciò che in questa sede rileva, ha introdotto un commento, il commento n. 5, all'art. 7.1.7 relativo alla forza maggiore, sebbene giovi osservare che le disposizioni ivi contenute siano rimaste inalterate.

¹⁹ Sul significato ascrivibile all'espressione «contratti aleatori per volontà delle parti», rinvenibile nell'art. 1469 c.c., e sulle due letture dell'art. 1469 c.c., l'una secondo cui il giudice, di fronte alla domanda di risoluzione, debba verificare se il contratto sia o meno aleatorio per sua natura o per volontà delle parti, e l'altra secondo cui il giudice debba esaminare la natura dell'evento sopravvenuto ed accertare se il contratto avesse o meno accollato al danneggiato il rischio di quel determinato evento, v. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 19; ID, *Alea*, in *Enc. giur.*, Agg. I, Roma, 2000, p. 2. Sull'alea convenzionale nelle sue varie forme si rinvia a NICOLÒ, *Alea*, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026. L'a. distingue le ipotesi in cui le parti si limitano ad estendere l'ambito normale del contratto, dalle ipotesi in cui l'alea incida sull'oggetto del contratto, modificando la prestazione di una delle parti, a quelle in cui le parti configurano l'alea come un momento essenziale del sinallagma. Sulla differenza tra aleatorietà per volontà delle parti ed estensione convenzionale dell'alea normale cfr. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 74; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 43, 45.

Il nuovo commento all'art. 7.1.7. dei principi *Unidroit* tiene conto della circostanza che, in ragione della durata del contratto, ai fini della configurabilità dell'impossibilità sopravvenuta e dell'inesigibilità della prestazione, assumano rilevanza non soltanto gli eventi straordinari e imprevedibili (riconducibili nella c.d. clausola di *hardship*), ma anche quelli di forza maggiore. Pertanto, il commento sembra suggerire alle parti di inserire in tali contatti una clausola volta alla continuazione della relazione economica, anche in caso di un evento di forza maggiore, nonché di ipotizzare lo scioglimento del contratto soltanto come soluzione di ultima istanza. In particolare, si prevede che le parti possano contemplare, in caso di forza maggiore, la rinegoziazione del contenuto contrattuale al fine di adattarlo alle circostanze modificate²⁰ e, in mancanza di raggiungimento del necessario nuovo accordo, l'impegno a deferire le questioni conflittuali pendenti ad un collegio di esperti, con il compito di comporre le controversie in base alle disposizioni della Camera di commercio internazionale.

In caso di devoluzione della questione al collegio, in ragione delle sopravvenute circostanze che hanno reso impossibile la prestazione oggetto del contratto, il terzo ha il potere di determinare la diversa prestazione in base alle indicazioni previste dalle parti in sede contrattuale, conservando così il vincolo contrattuale stesso, malgrado la diversa prestazione sul quale il vincolo si appunta²¹. Pertanto, la prestazione, divenuta nel corso del rapporto impossibile, verrebbe sostituita con una possibile con la

²⁰ Sul significato di revisione del rapporto nel diritto civile quale adeguamento del rapporto contrattuale – la cui fonte rimane punto di riferimento del predisposto assetto delle situazioni giuridiche – alle circostanze sopravvenute, si rinvia alla voce di TOMMASINI, *Revisione del contratto*, cit., p. 108, 109, 110. Sulla revisione quale strumento di mantenimento dell'originario rapporto di equivalenza fissato dalle parti in sede di conclusione del contratto e non quale strumento di giustizia contrattuale, v. GALLO, *Revisione e rinegoziazione*, cit., p. 813.

²¹ Sulla c.d. revisione ad opera di terzi, v. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 320.

conseguenza che l'attribuzione della parte, la cui prestazione non è divenuta impossibile, non resterebbe priva di causa²².

Questa disposizione, di diritto sovranazionale²³, prevedendo la possibilità per le parti di inserire una clausola volta ad ammettere

²² In tal modo, la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta viene ad avvicinarsi a quella della eccessiva onerosità superando, tra l'altro, la *querelle* tra *force majeure* e *imprévision* (Cfr. MOSCATI, *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 423), sorta in Francia in ragione dell'assenza dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità (assenza colmata ormai con l'*Ordonnance* 2016-131 del 10 febbraio 2016, recante la riforma del diritto dei contratti, e, in particolare, con l'introduzione dell'art. 1195 *code civil*, dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità. Su questo ultimo punto, v. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 441. BENATTI, *L'imprévision nel code civil riformato*, in *La riforma dei contratti in Francia*, a cura di Gabrielli e Fusaro, in *Giur. It.*, 2018, p. 1302.

Sulla distinzione tra impossibilità e sopravvenienza, si rinvia a G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 213, 214. Si legge «Ammettere il concetto di sopravvenienza è tutt'altra cosa che allargare il concetto di impossibilità. L'estinzione per sopravvenuta impossibilità dell'oggetto si verifica per un fatto oggettivo e indipendente dalla volontà delle parti. Diversamente accade per la sopravvenienza che è una reazione della volontà dell'obbligato contro la sussistenza del rapporto obbligatorio». Con la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti è stata introdotta la definizione di *force majeure*, quale evento estraneo alla sfera di controllo del debitore e non ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto il quale impedisce l'esecuzione della prestazione. Essa dà luogo alla risoluzione del contratto (cfr. art. 1218 c.c.f.). Sul punto, v. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr. Europa*, 2016, p. 336.

Prima della riforma la forza maggiore veniva considerata causa di estinzione del rapporto contrattuale, mentre la *imprévision* (equivalente della c.d. *commercial impracticability* statunitense), quale carente conformità della prestazione a quanto statuito dal contratto, era considerata mera causa di revisione dei termini dello stesso, lasciando il contratto in vita (Cfr. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, p. 410).

Sulla c.d. *commercial impracticability* statunitense, si rinvia a CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr. e Europa*, 1998, p. 742.

espressamente una procedura di mantenimento del vincolo contrattuale pur in presenza di una prestazione divenuta impossibile, costituisce un indice della derogabilità della disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta dei contratti ad esecuzione prolungata tra due parti che si pongono sul medesimo piano contrattuale; ciò, avallando la tesi di quella dottrina e la posizione di quella giurisprudenza italiana che, pur in assenza di un'espressa disposizione normativa, già consideravano comunque derogabile la disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c.²⁴.

²³ Sul ruolo dei principi *Unidroit* nell'attuale fase economica, si rinvia a GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, p. 164.

²⁴ Sull'aleatorietà convenzionale del patto di deroga all'art. 1463 c.c., che escluda la risoluzione senza apprestare rimedi riequilibrativi su altri piani, compatibili con il mantenimento del vincolo, cfr. DELFINI, *Inadempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 76, 96, 97, 98. Sulla generale ammissibilità del patto di spostamento del rischio nella contrattazione "ad armi pari", v. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989, p. 95, 97, 98, 106, 122, 123, 137. L'a. osserva, infatti, che, «sebbene il codice del 1942 non contenga in sede generale norme che espressamente consentano l'accordo delle parti in ordine alla sopportazione del rischio contrattuale», «non sarebbe corretto ragionare esclusivamente a contrario, partendo dal silenzio del codice in tema di contratto in generale e di singoli contratti per desumere il divieto di quei patti; se non ravvisassero ragioni sostanziali ostanti alla clausola in discorso, non sarebbero certo simili argomenti formali a persuadere dell'esistenza di un limite all'autonomia privata». L' a. (p. 106) critica la tesi che identifica nell'art. 1229 c.c. il fondamento e il limite del patto sul rischio, in quanto «l'art. 1229 c.c. opera sul piano della responsabilità, mentre il problema del rischio si pone, laddove si sia esclusa la responsabilità». L'A. (p. 122) giunge ad ammettere il patto di inversione del rischio contrattuale: «l'ordinamento infatti, se riconosce ai contraenti il potere di scambiare irreversibilmente una prestazione certa con una incerta (con eventualità essenziale di attribuzione unica), deve per esigenze di razionalità riconoscere anche il potere di scambiare irreversibilmente una prestazione certa con altra, certa anche essa, ma che potrebbe successivamente diventare impossibile (con eventualità accidentale di attribuzione unica)». L'A. (p. 123) cita il caso di Cass. 9 aprile 1980 n. 2286, in *Giust. Civ.*, 1980, I, p. 1503, come esempio di «riconoscimento all'autonomia contrattuale di sganciare (anche tacitamente) in fase funzionale le attribuzioni corrispettive sino al punto da tener ferma l'una attribuzione nella sopravvenuta impossibilità di attuare la reciproca». L'a. (p. 125) accoglie «una concezione restrittiva di contratto aleatorio, che comprenda la

4. *L'impossibilità parziale e il rimedio della riduzione.*

Qualora le parti non abbiano indicato nel contratto le conseguenze in casi di eventi imprevedibili o cause eccezionali, si potrebbe concludere che troverà applicazione la disciplina generale e, quindi, la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ovvero la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, con il conseguente scioglimento del rapporto contrattuale.

Tuttavia l'interprete, prima di giungere a tale conclusione, non può non vagliare il rimedio della riduzione in caso di impossibilità parziale della prestazione presente nel codice civile italiano, nonché le soluzioni di diritto privato uniforme e, in particolare, quelle contenute nei Principi *Unidroit*, i Principi Ole Lando, il *Draft Common Frame of Reference*.

L'art. 1464 c.c. ricollega la riduzione della prestazione all'ipotesi di impossibilità parziale della prestazione, qualora la

fattispecie di scambio di prestazioni, almeno una delle quali si presenti assolutamente incerta e come tale voluta dalle parti. A questa stregua la categoria è contraddistinta dall'essenzialità della eventualità di un'attribuzione unica. Per contro, le fattispecie in cui allo scambio fra prestazioni certe si accompagna l'assunzione di un rischio specifico, quale può essere il rischio contrattuale (da impossibilità sopravvenuta), si caratterizzano per la mera accidentalità dell'attribuzione unica; e vanno allora spiegate in termini di estensione convenzionale dell'alea normale del negozio per la parte che assume il rischio, e di correlativa diminuzione dell'alea normale per l'altro contraente». Secondo l'a. nella contrattazione ad armi pari (p. 137) l'inversione del rischio può giustificarsi in ragione dell'interesse alla prestazione. «Non si vede infatti come non considerare serio, meritevole e idoneo all'eventuale attribuzione unilaterale l'interesse del conduttore ad ottenere il godimento del bene: e se, per realizzarlo, egli è disposto ad assumersi il rischio dell'impossibilità di goderne in futuro, va certamente rispettata la sua volontà, nei limiti in cui non vi è sproporzione tra le rispettive posizioni contrattuali accompagnata da profittamento di uno stato di bisogno». Diversamente AMADIO, *La risoluzione per inadempimento: considerazioni generali*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Rimedi-II, Milano, 2006, p. 24, il quale reputa che le parti non potrebbero escludere la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta nel caso in cui sopraggiungesse un fatto che renda la prestazione impossibile. Secondo l'a., infatti, il vizio sopravvenuto, in tal caso, incide sulla stessa causa del contratto, di talché l'attribuzione patrimoniale, la cui prestazione non è divenuta impossibile, risulterebbe priva di causa.

parte abbia interesse all'adempimento parziale, ovvero, in mancanza di un apprezzabile interesse, attribuisce alla parte la cui prestazione non è divenuta impossibile il diritto di recedere dal contratto²⁵. Tale scelta è rimessa esclusivamente alla parte la cui prestazione non è divenuta impossibile. Proprio perché la scelta è una scelta discrezionale rimessa alla parte la cui prestazione non è divenuta impossibile, il legislatore utilizza il lemma *recesso*, anziché *risoluzione*²⁶.

Il medesimo principio di conservazione del contratto sotteso all'art. 1464 c.c. è presente anche nell'art. 42 del decreto legislativo 21 maggio 2018 n. 62. In particolare, il legislatore prevede che se, per circostanze sopravvenute non imputabili all'organizzatore, è impossibile fornire, in corso d'esecuzione, una parte sostanziale, per valore o qualità, della combinazione dei servizi turistici pattuiti nel contratto di pacchetto turistico, l'organizzatore può offrire, senza supplemento di prezzo a carico del viaggiatore, soluzioni alternative adeguate di qualità, ove possibile equivalente o superiore, rispetto a quelle specificate nel contratto, affinché l'esecuzione del pacchetto possa continuare, inclusa l'eventualità che il ritorno del viaggiatore al luogo di partenza non sia fornito come concordato. Se le soluzioni alternative proposte comportano un pacchetto di qualità inferiore rispetto a quella specificata nel

²⁵ Sull'impossibilità sopravvenuta parziale e, in particolare, sulla circostanza che il legislatore contempla la possibilità di optare per una corrispondente riduzione della prestazione dovuta, che fa salvo il contratto, ovvero per il *recesso* dal contratto qualora non vi sia interesse all'adempimento parziale, v. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nov.mo Digesto it.*, Torino, 1969, p. 129; GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 171, 239. Quest'ultimo osserva che la risoluzione, parziale come totale, è la soluzione di un conflitto di interessi, di talché sono la tutela dell'equilibrio e la protezione del contraente offeso a spiegare la riduzione del contenuto contrattuale.

²⁶ Sulla distinzione tra *recesso* e *risoluzione* nel nostro ordinamento, v. G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 725; ID., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 41. L'a. sostiene che "i presupposti e gli effetti del *recesso* e della *risoluzione per inadempimento* si sovrappongono". "Recesso e risoluzione svolgono medesima funzione. La differenza è procedimentale". Sul punto, v. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 86, 87.

contratto di pacchetto turistico, l'organizzatore concede al viaggiatore un'adeguata riduzione del prezzo.

E' altresì prevista la possibilità per il viaggiatore di respingere le soluzioni alternative proposte solo se non sono comparabili a quanto convenuto nel contratto di pacchetto turistico o se la riduzione del prezzo concessa è inadeguata.

Se è impossibile predisporre soluzioni alternative o il viaggiatore respinge le soluzioni alternative proposte, al viaggiatore è riconosciuta una riduzione del prezzo.

Dalla lettura di tali disposizioni emerge che il legislatore deroga alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, anche parziale, come regolata dal codice civile negli artt. 1463, 1464. L'art. 1463 c.c. prevede, infatti, in caso di sopravvenuta impossibilità totale della prestazione, la risoluzione del contratto e l'art. 1464 c.c. prevede, nei casi di impossibilità parziale, il diritto sì dell'altra parte ad una riduzione della prestazione, ma anche il diritto di recedere, qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

Nella disciplina dei contratti di turismo organizzato, invece, nei casi in cui il viaggiatore respinga le soluzioni alternative proposte perché non comparabili a quanto convenuto nel contratto di pacchetto turistico o perché la riduzione del prezzo concessa è inadeguata, il legislatore prevede che il viaggiatore abbia diritto soltanto ad una riduzione del prezzo.

L'interprete osserva che, diversamente dalla direttiva 2015/2302²⁷ e, in particolare, dall'art. 13, par. 6, comma 2, nel

²⁷ Sulla direttiva 2015/2302 e sul suo recepimento nell'ordinamento italiano, v. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in Finessi (a cura di), *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2017, p. 13; PASQUILI, *La Direttiva 2015/2302/UE. Contenuto e forma del contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1621; ZAMPONE, *Riflessioni sulla dir. (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici ed ai servizi turistici collegati*, in *Dir. tur.*, 2018, p.1; PEPE, *Circostanze eccezionali ed esonero da responsabilità del tour operator nella nuova direttiva viaggi*, in *Contr., impr., Eur.*, 2017, p. 254.

decreto legislativo, non sia espressamente esclusa la risoluzione del contratto di pacchetto turistico.

Tuttavia, l'interprete non può non giungere alla esclusione della risoluzione, dal momento che la direttiva 2015/2302 è una direttiva di armonizzazione massima e, infatti, l'art. 4 prevede che, *“salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o introducono nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al viaggiatore un livello di tutela diverso”*. È, infatti, vero che l'art. 2 prevede che la direttiva non pregiudichi il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, sulla formazione o efficacia di un contratto, ma soltanto nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati dalla presente direttiva e l'esclusione della risoluzione in caso di impossibilità sopravvenuta nel corso di esecuzione del pacchetto turistico è un aspetto disciplinato dalla direttiva.

Del rimedio della riduzione si è avvalso il legislatore italiano anche durante l'emergenza sanitaria. In particolare, con riferimento alle locazioni degli impianti sportivi, è stato introdotto nel decreto legge n. 34 del 2020 (c.d. decreto rilancio), convertito nella legge 17 luglio 2020 n. 77, l'art. 216 comma 3, secondo il quale *“La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio, il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito”*.

Per aver applicato il rimedio della riduzione di cui all'art. 1464 c.c. al contratto di locazione, il legislatore ha considerato che ad

essere divenuta parzialmente impossibile non è certo la prestazione del conduttore perché l'obbligazione pecuniaria non è suscettibile di estinzione per impossibilità sopravvenuta, bensì la prestazione del locatore che non ha potuto in concreto mettere a disposizione del conduttore l'immobile proprio in ragione dei provvedimenti restrittivi (il c.d. *factum principis*).

5. *L'hardship e la force majeure nei Principi Unidroit, nei Principi Lando, nel Draft Common Frame of Reference.*

Passando all'analisi delle soluzioni offerte dal diritto uniforme²⁸, l'interprete osserva che sia i principi *Unidroit* che i Principi Lando contengono non soltanto la definizione di *hardship*, rispettivamente all'art. 6.2.2. e art. 6:111²⁹, ma contemplano anche il procedimento

²⁸ Come ci ammonisce BENEDETTI, *Commento art. 4 Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 10, nello studio del diritto privato uniforme, «all'interprete municipale, in particolare, al nostro interprete è richiesto lo sforzo di saper distinguere nei propri procedimenti logico-giuridici quel tanto di specifico proprio della nostra tradizione, condizionata dagli itinerari storici della nostra cultura giuridica, per cercare di porsi, mediando, in una posizione di confluenza con le altre culture [...]. In specie dovrà controllare la sua propensione a concettualizzare derivante dal costume patrio [...] storia, dogma e comparazione servono a realizzare quell'operazione di spogliarsi da miopi vedute municipali, che nella specie diverrebbero abiti mentali ostacolanti». Sull'influenza del pensiero di G. Gorla sull'idea che esiste un diritto comune europeo sulla base di principi comuni e che sia più proficuo cogliere le simiglianze e punti di contatto tra il sistema di *common law* e quello di *civil law* v. ID, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figura di giuristi*, in *Prelazione e retratto*, Seminario coordinato da Benedetti e Moscarini, Milano, 1988, p. 18.

Sul diritto uniforme quale elemento di sostegno all'interpretazione sistematica per chi si pone nell'ottica dell'ordinamento nazionale, nella convinzione che le norme uniformi sono nell'ordinamento, v. RIZZI, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, p. 180. L'a. scrive che le norme uniformi sono «norme che l'ordinamento applica; e che, in quanto tali, mutano effettivamente il volto assiologico dell'ordine positivo per il solo fatto di godere del rango di proposizioni normative».

Sull'importanza nell'attuale diritto privato di guardare anche le soluzioni offerte dal diritto privato uniforme, v. VETTORI, *Giuseppe Benedetti maestro di ragione e verità*, 2019, p. 46; ID, *La funzione del diritto privato in Europa, in Persona e mercato*, 2018, p. 153.

²⁹ In particolare, ricorrere l'ipotesi di *hardship* quando si verificano, dopo la

di rinegoziazione. In particolare, è previsto che, in caso di mancato accordo, ciascuna delle parti possa ricorrere al giudice. Il giudice può risolvere il contratto oppure modificare (il lemma anglosassone usato è “*adapt*”) il contratto al fine di ripristinarne l’originario equilibrio.

Nel *Draft Common Frame of Reference* è presente un articolo, nel libro III paragrafo 1:110, (III– 1:110: *Variation or termination by court on a change of circumstances*), in base al quale se una prestazione è divenuta eccessivamente onerosa in ragione di un mutamento straordinario delle circostanze avvenuto dopo la conclusione del contratto, mutamento non prevedibile al momento della conclusione del contratto stesso, e il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata, il giudice può modificare (viene usato il lemma anglosassone “*vary*”) le condizioni contrattuali ovvero sciogliere il contratto, sempre che sia dimostrato che le parti abbiano tentato comportandosi secondo buona fede e correttezza di raggiungere attraverso una negoziazione una revisione (viene usato il lemma anglosassone “*adjustment*”) ragionevole ed equa delle condizioni contrattuali³⁰.

Da queste disposizioni emerge che la rinegoziazione è un mero passaggio procedurale necessario per poi rivolgersi al giudice, il quale sceglierà tra adeguamento o scioglimento: in questa prospettiva la rinegoziazione, lungi dall’essere oggetto di un obbligo, è oggetto di un mero onere³¹.

La conseguenza per la parte di non avere tentato una

conclusione del contratto, eventi imprevedibili al momento della conclusione del contratto, eventi che alterano sostanzialmente l’equilibrio del contratto, e il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

³⁰ Questa l’espressione anglosassone presente nel *Draft Common Frame of Reference: the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.* ^[1]_{SEP}

³¹ Sul contenuto dell’obbligo di rinegoziazione nei casi in cui sia previsto l’adeguamento da parte del giudice, e, in particolare, sulla rinegoziazione quale mero passaggio procedurale per accedere all’adeguamento giudiziale, v. THOBANI, *Il contenuto dell’obbligo di rinegoziare*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 643. L’a. osserva che le tendenze legislative in atto in sede europea si affidano allo strumento dell’adeguamento del contratto piuttosto che alla rinegoziazione.

rinegoziazione, infatti, è il non potere chiedere al giudice l'adeguamento e/o lo scioglimento del contratto, quindi, qualora la parte si rivolga al giudice chiedendo un suo intervento, quest'ultimo respingerà la domanda, e non già il diritto dell'altra parte di chiedere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare.

Quest'ultima è, invece, l'ipotesi avanzata nella relazione tematica della Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, 8 luglio 2020: in primo luogo, viene considerata la rinegoziazione oggetto di un obbligo e non di un onere, inoltre viene considerato l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione suscettibile di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c., sovrapponendo così l'obbligo di rinegoziazione con l'obbligo a contrarre³². Giova segnalare che la soluzione ermeneutica proposta in tal relazione non è in linea con le soluzioni di diritto privato uniforme che ben conoscono l'istituto della rinegoziazione: il giudice, infatti, lungi dal poter adottare una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, interviene sul contratto - dopo aver accertato che le parti abbiano tentato attraverso una rinegoziazione di raggiungere una revisione delle condizioni contrattuali - per adeguare il contenuto dello stesso alle mutate circostanze ovvero opta per il suo scioglimento.

Sia consentito sottolineare che nel *Draft Common Frame of Reference* è contemplato prima il rimedio della revisione (della *variation* per usare il lemma anglosassone) e poi quello dello scioglimento, quasi a voler indicare al giudice, che prima di giungere allo scioglimento del contratto, egli debba verificare la sussistenza delle condizioni per procedere alla revisione del

³² Cfr. Relazione tematica n. 56, 8 luglio 2020, della Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, https://www.cortedicassazione.it/cassazione/resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf. Per una lettura critica delle conclusioni presenti nella relazione, v. BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in <http://giustiziacivile.com/arbiterato-e-processo-civile/editoriali/novita-sostanziali-del-diritto-emergenziale-anti-covid-contro>.

contratto. La risoluzione del contratto è considerata, quindi, come rimedio di ultima istanza.

Con riferimento alla *force majeure* è previsto sia nei Principi *Unidroit* che nei Principi Lando che nel *Draft*, che essa è causa di esonero della responsabilità del soggetto la cui prestazione sia divenuta impossibile e attribuisca il diritto allo scioglimento del rapporto contrattuale.

Inoltre, interessa osservare che nei *Principi Unidroit*, come già indicato in precedenza, nel 2016 è stato inserito un nuovo commento all'art. 7.1.7. dei principi *Unidroit* relativo alla forza maggiore, sebbene l'articolo sia rimasto inalterato.

Tale commento sembra proprio suggerire alle parti di inserire nei *long-terms contracts* una clausola volta alla continuazione della relazione economica, anche in caso di un evento di forza maggiore, nonché di ipotizzare lo scioglimento del contratto soltanto come soluzione di ultima istanza.

In particolare, le parti possono prevedere che, in caso di forza maggiore, le stesse abbiano l'onere di rinegoziare il contenuto contrattuale e che, in mancanza di raggiungimento del nuovo accordo, le stesse si impegnino a deferire le questioni conflittuali pendenti ad un collegio di esperti, con il compito di comporre le controversie in base alle disposizioni della Camera di commercio internazionale.

Ne consegue che dai principi di diritto uniforme emerge un'attenzione alla conservazione dei contratti che implicano una relazione contrattuale, anche qualora sopravvengano eventi, quale la pandemia di Covid-19, che abbiano reso eccessivamente onerosa una prestazione ovvero l'abbiano parzialmente o totalmente resa impossibile, sempre che le parti non abbiano escluso nel contratto una revisione dello stesso.

6. Conclusioni.

Dall'analisi dell'attuale ordinamento giuridico, arricchito oggi dai provvedimenti adottati per far fronte alla situazione

emergenziale e dalle soluzioni offerte dal diritto privato uniforme³³ l'interprete, con riferimento ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita (i c.d. *long-term contracts*), stipulati prima dell'insorgere della pandemia, deve concludere che, anche qualora le parti abbiano omesso di inserire nel regolamento contrattuale clausole dirette a disciplinare le conseguenze derivanti da eventi "imprevedibili" o cause "eccezionali" (clausole di esclusione della risoluzione, clausole dirette alla rinegoziazione, clausole di indicizzazione), le parti devono – in virtù del principio di buona fede contrattuale che deve governare anche la fase di esecuzione del contratto³⁴ – rinegoziare

³³ Cfr. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 29. L'a. osserva che «è compito di colui che si avvicina al diritto dei contratti non avere riguardo soltanto al diritto, per così dire nazionale, ma altresì al diritto dei contratti quale risulta da fonti sovranazionali, quali le fonti del diritto comunitario, i Principi di diritto contrattuale europeo (PECL), i Principi *Unidroit*. Naturalmente ciascuna fonte ha una propria valenza, avendo le fonti comunitarie diretta incidenza nel diritto degli Stati membri della Unione Europea mentre le altre fonti hanno valenza, per così dire, "sapienziale", cioè confinata al patrimonio scientifico e interpretativo di coloro che sono chiamati ad applicare il diritto». Sul contemporaneo rinnovato pluralismo giuridico e sulla necessità dell'interprete contemporaneo di *cercare* la soluzione all'interno dell'attuale complesso sistema delle fonti, v. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma, 2017, p. XXI, 82.

³⁴ Sulla buona fede quale clausola generale per eccellenza, v. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29. L'a. rileva che essa si «colloca sul crinale tra autonomia ed eteronomia, e individua per linee sinuose e talora difficili da cogliere e da percorrere quella che potremo chiamare eteronomia autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, intervento che, pur condotto da un potere alieno delle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica». Sulla buona fede quale limite all'autonomia negoziale, si veda NUZZO, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 966. L'a. segnala la pronuncia della Corte di Cassazione n. 20106 del 18 settembre 2009, la quale «afferma che i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c. consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto». Sulla critica della buona fede quale limite generale dell'autonomia privata, v. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel*

il contratto (riducendo il prezzo, ampliando la durata del contratto) e, in caso di mancato accordo, possono ricorrere al giudice che potrebbe anche giungere alla revisione del contratto (disponendo, per esempio, una riduzione del canone)³⁵.

Tale conclusione non è così peregrina.

È infatti del 27 agosto 2020 l'ordinanza del Tribunale di Roma che ha qualificato la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid-19 e la chiusura delle attività commerciali, nella specie di quelle legate alla ristorazione, una sopravvenienza e ha sancito che, pur in mancanza di clausole di rinegoziazione, la parte dei contratti a lungo termine che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto. Nella fattispecie il giudice, per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale, ha disposto la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, tenuto conto che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela resterà contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria³⁶.

L'interprete può, quindi, giungere a contemplare il diritto della parte svantaggiata in ragione della sopravvenienza a rinegoziare il

diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali), in Id. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 96, 104.

³⁵ Sulla possibilità – già *de iure condito* - di un intervento giudiziale di adeguamento del contratto alle nuove circostanze attraverso l'applicazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede, v. TRAISCI, *La gestione delle sopravvenienze nei modelli di civil e di common law*, in Valentino (a cura di), *La riforma del code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, 2018, p. 194; MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1123, 1124.

³⁶ Del resto ad una simile conclusione era già giunto anche il Tribunale Supremo Spagnolo nel 2014, facendo applicazione della clausola generale *rebus sic stantibus*, in un ordinamento quale quello spagnolo che non contiene una disposizione sulla revisione del contratto in caso di sopravvenienze. Sul punto si rinvia a ABAS, *Il Tribunale Supremo Spagnolo ammette la revisione del contratto in caso di sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1194.

contenuto dello stesso al fine di conservare il rapporto contrattuale anche ad ordinamento vigente nonché il diritto – in mancanza del raggiungimento del nuovo accordo – di ricorrere al giudice al fine di chiedere una revisione del contratto³⁷.

Tuttavia, con riferimento al tema della revisione del contratto, non si può non volgere lo sguardo anche al futuro in una prospettiva *de iure condendo*.

Nel marzo 2019 è stato adottato un disegno di legge delega di riforma del codice civile. In tal disegno, tra l'altro, si legge che il Governo nell'adottare il o i decreti legislativi dovrà ispirarsi al seguente principio e criterio direttivo: “*prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*” (art. 1, comma 1, lett. i).

In tal modo l'ordinamento italiano, al pari dell'ordinamento francese, che, nel 2016, con la riforma del diritto dei contratti, ha introdotto l'art. 1195 c.c.f.³⁸, potrebbe arricchirsi di una disposizione di carattere generale che contempra la revisione delle condizioni contrattuali, qualora sopravvengano circostanze eccezionali e imprevedibili, accogliendo finalmente il suggerimento di Andreoli, che già nel 1938 auspicava che il codice

³⁷ Sul principio emergente dal nostro ordinamento del *favor contractus* nelle operazioni economiche tra imprese e sull'opportunità che il contratto resti in vita anche attraverso il ricorso a meccanismi di adeguamento che implicano interventi del giudice, v. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2001, p. 186, 187.

³⁸ Sulle ragioni della riforma del contratto in Francia v. VETTORI, *L'ordonnance sulla riforma del contratto in Francia*, in *Persona e Mercato*, 2018, p. 3. Sulla disciplina delle sopravvenienze contrattuali nella riforma del diritto dei contratti, v. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 28; TUCCARI, *Prime considerazioni sulla “revision pour imprévision”*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 131.

civile introducesse la revisione del contratto quale principio generale senza limitarlo al contratto di appalto³⁹.

Prima di giungere alla revisione, il disegno di legge prevede la rinegoziazione quale mero passaggio procedurale per accedere all'adeguamento giudiziale. Sembra, infatti, che il legislatore preveda, come conseguenza del mancato raggiungimento del nuovo accordo, l'intervento del giudice diretto all'adeguamento delle condizioni contrattuali, ponendosi in linea con le soluzioni presenti nel diritto privato uniforme. Il lemma "ovvero" presente nel disegno di legge non può, infatti, essere inteso né come "oppure", in quanto la proposizione continua con l'espressione "in caso di mancato accordo" facendo, quindi, presumere che la rinegoziazione sia un passaggio procedurale per poi chiedere in giudizio l'adeguamento (lungi, quindi, dal costituire l'adeguamento nel disegno di legge un'alternativa alla rinegoziazione), né, tanto meno, come "ossia" in quanto la richiesta al giudice di adeguamento non è esplicitativa della previsione precedente che contempla una pretesa di rinegoziazione. Pertanto, il Governo, alla luce della delega, non potrà che inserire una disposizione che preveda, in caso di mancata rinegoziazione, il potere di ciascuna delle parti di chiedere al giudice la revisione del contratto. Del resto, questa soluzione sarebbe preferibile rispetto anche alla scelta effettuata dal codice francese il quale prevede tra la rinegoziazione e la revisione da parte del giudice una fase direi intermedia⁴⁰: la previsione che le parti possano convenire di proporre una domanda

³⁹ Cfr. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 371. Sul movimento c.d. centripeto che ha visto istituti particolari divenire figure generali, v. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 68.

⁴⁰ Sul procedimento contemplato dal nuovo art. 1195 c.c.f. che prevede diverse fasi, v. TRAISCI, *op. cit.*, p. 190. In particolare, la prima fase consiste nella richiesta per la parte, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, di rinegoziare il contratto direttamente con la controparte; qualora la controparte abbia rifiutato la rinegoziazione ovvero le parti non siano pervenute ad un nuovo accordo, queste possono convenire di risolvere il contratto ovvero di proporre una domanda affinché il giudice proceda alla revisione del contratto in base ai criteri stabiliti dalle parti; in mancanza di qualsiasi accordo, è il giudice a poter procedere alla revisione del contratto ovvero alla sua risoluzione.

affinché il giudice proceda alla revisione del contratto in base ai criteri stabiliti dalle parti. Se, infatti, le parti non giungono ad una rinegoziazione non saranno neanche d'accordo nel chiedere al giudice che proceda alla revisione del contratto in base ai criteri stabiliti dalle parti. Pertanto, sembra preferibile prevedere che, in mancanza di raggiungimento del nuovo accordo, sia consentito rivolgersi al giudice che sceglie se procedere alla revisione ovvero optare, come rimedio di ultima istanza, allo scioglimento del contratto.

Probabilmente sarebbe opportuno, per evitare di sovraccaricare la giustizia italiana già affetta da gravi patologie strutturali, che le parti dei contratti tra pari, seguendo il suggerimento che si trae dai principi *Unidroit*, prevedano, tanto in caso di *hardship* che in caso di forza maggiore, che le parti abbiano l'onere di rinegoziare il contenuto contrattuale e, in mancanza di raggiungimento del nuovo accordo, le parti si impegnino a deferire le questioni conflittuali pendenti ad un collegio di arbitratori diretti a rideterminare la prestazione⁴¹, prevedendo lo scioglimento del contratto come *extrema ratio*.

Da queste osservazioni emerge che la revisione, non diversamente dagli altri rimedi contrattuali, richiede un sapiente bilanciamento tra autonomia e eteronomia nel governo delle sopravvenienze contrattuali, che va svolto alla luce dell'intero assetto ordinamentale arricchito della dimensione sovranazionale, cui l'interprete attuale oggi non può prescindere.

⁴¹ Sul ruolo del terzo nella procedura di rinegoziazione quale arbitratore piuttosto che quale arbitro, v. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, in *Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, 65. Sulla bibliografia relativa all'intervento del terzo nella procedura di rinegoziazione nell'esperienza internazionale, si rinvia a CESARO, *op. cit.*, p. 207, nota n. 190.

MICHELE TAMPONI
Professore ordinario di diritto privato
LUISS Guido Carli di Roma

L'EDUCAZIONE RELIGIOSA DEL MINORE NELLA SOCIETÀ MULTICULTURALE

SOMMARIO: 1. Libertà religiosa e sua centralità. – 2. Il principio di laicità dello Stato. – 3. Educazione religiosa e famiglia. – 4. Il minore tra incapacità legale e libertà religiosa. – 5. Cure, interventi sanitari e religione.

1. Libertà religiosa e sua centralità.

Nessuno può contestare, oggi, l'appartenenza della libertà religiosa al novero dei diritti dell'uomo.

Essa presenta un forte radicamento storico ed esprime un bisogno profondo, la relazione della persona con la Trascendenza.

Diversi sono tuttavia i rapporti tra Stato e religione: a ordinamenti che contemplano una Chiesa di diretto riferimento se ne contrappongono altri che predicano una rigorosa separazione dalle confessioni religiose.

Storicamente, il principio della religione di Stato si è affermato da più secoli con la massima *cuius regio eius et religio*, e tutt'oggi rinveniamo molti casi, anche in Europa, di individuazione di una religione ufficiale: la Chiesa luterana in Danimarca, in Norvegia, in Islanda; la Chiesa anglicana in Gran Bretagna; la Chiesa ortodossa in Grecia; la Chiesa evangelico-luterana in Svezia; il Cattolicesimo in alcune piccole entità europee (Liechtenstein, Principato di Monaco, Malta, oltre naturalmente al Vaticano) e in vari Stati extraeuropei (Salvador, Costa Rica, Repubblica Dominicana).

All'estremo opposto è la Francia: l'art. 1 della costituzione del 1958 stabilisce che «*La Francia è una repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale. Essa assicura l'uguaglianza dinanzi alla*

legge a tutti i cittadini senza distinzione di origine, di razza o di religione. Essa rispetta tutte le convinzioni religiose e filosofiche [...]»¹.

E l'Italia? Lo Statuto albertino stabiliva all'art. 1 che «*La religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato*». Ciò non significa però che non fosse assicurata la libertà religiosa: certamente non era riconosciuta espressamente come diritto individuale, ma se ne offriva una protezione indiretta stabilendosi, sempre all'art. 1, che «*gli altri culti*» (ovvero quelli diversi dalla fede cattolica) «*sono tollerati conformemente alle leggi*». Peraltro ben sappiamo che l'elevazione della religione cattolica a unica religione di Stato, e quindi la situazione di estremo favore che almeno in astratto alla Chiesa cattolica era riconosciuta, non impedì già sotto il Regno di Sardegna quell'aspro conflitto nato dalle leggi Siccardi e Rattazzi risalenti al ventennio 1850-1870, destinato a risolversi solo con le intese lateranensi raggiunte nel 1929 tra "l'uomo della Provvidenza", da una parte, e papa Ratti, Pio XI, dall'altra.

Naturalmente dobbiamo parlare dell'oggi, e guardare quindi alla Costituzione repubblicana, la quale esclude qualunque religione di Stato, giacché sancisce all'art. 3 che «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione [...]*».

Al contempo la Costituzione ha recepito i patti lateranensi, stabilendo all'art. 7 che Stato e Chiesa cattolica «*sono, ciascuno nel*

¹ Emblematico il dibattito, sviluppatosi nei decenni passati, sui segni di appartenenza religiosa. Per qualche riferimento, tra i molti scritti: POGGESCHI, *Il velo islamico in Francia: un problema di una società multi-etnica*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, p. 287 ss.; SAMMASSIMO, *Segni di appartenenza confessionale nella scuola pubblica in Francia. La questione del velo islamico*, in *Dir. eccles.*, 2004, I, p. 1234 ss.; BRANDOLINO, *La corte europea dei diritti dell'uomo e l'annosa questione del velo islamico*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2006, p. 97 ss.; V. NUZZO, *La corte di giustizia e il velo islamico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p. 436 ss.; ELEFANTE, *Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo. L'interpretazione della corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. e religioni*, 2017, fasc. 2, p. 273 ss.; MAZZOLA, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo. Le ragioni di un conflitto*, in *Dir. immigr. e cittadinanza*, 2018, fasc. 1.

proprio ordine, indipendenti e sovrani»: traduzione in termini più moderni del principio cavouriano “libera Chiesa in libero Stato” e, in fondo, diretta eredità della massima evangelica “Date a Cesare quel che è di Cesare, a Dio quel che è di Dio”.

La condizione di favore riservata da questa previsione costituzionale alla Chiesa cattolica si armonizza con l’eguale dignità delle altre confessioni religiose ad esse riconosciuta dall’art. 8 Cost.:

«Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l’ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze».

Ed in effetti molte intese sono state stipulate nel tempo ed approvate con appositi provvedimenti legislativi: con la Tavola valdese nel 1984, con l’Unione delle Chiese Cristiane Avventiste del 7° giorno nel 1986, con l’Unione delle Comunità ebraiche in Italia nel 1987, con la Chiesa evangelica luterana in Italia nel 1993, con l’Unione buddista italiana nel 2007, con l’Unione induista italiana nello stesso anno; nel luglio 2019 è stata stipulata un’intesa con la “Associazione Chiesa d’Inghilterra”, ma non consta che, almeno per ora, sia stata emanata la legge di approvazione.

Al di là delle intese, resta comunque il già richiamato principio di uguaglianza, che bandendo ogni discriminazione per motivi religiosi garantisce adeguata protezione a tutte le confessioni.

Può dirsi, in sostanza, che giunse a maturazione nel 1947 una sorta di “compromesso costituzionale” sul riconoscimento in via generale della libertà religiosa, con uno statuto speciale per la confessione religiosa maggioritaria² e l’apertura a specifici statuti con le altre confessioni, in un quadro che tende alla bilateralità delle relazioni tra Stato, da una parte, e singole confessioni religiose, dall’altra.

² Per tutti, OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 319.

Alla base di questo sistema sono alcuni principi cardine, rinvenibili in altre disposizioni costituzionali, che possono così riassumersi:

- a) la libertà religiosa, sancita all'art. 19³, strettamente connessa alle libertà di riunione (art. 17), di associazione (art. 18), di pensiero (art. 21);
- b) il già richiamato divieto di discriminazione sulla base della religione, intrinseco all'enunciazione del principio di uguaglianza;
- c) il divieto di limitazioni legislative e di speciali gravami fiscali in danno di associazioni e istituzioni aventi carattere ecclesiastico o fini di religione o di culto (art. 20).

2. *Il principio di laicità dello Stato.*

A differenza della Costituzione francese, quella italiana non sancisce espressamente il principio di laicità dello Stato. Ricavabile tuttavia in chiave ermeneutica dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20 della stessa Carta fondamentale, esso implica equidistanza e imparzialità rispetto al fenomeno religioso, rigoroso ossequio alla coscienza di ciascuno, ed altresì netta separazione tra precetto religioso e regole dettate dalla legge.

Proprio perché non enunciato espressamente, il principio di laicità è eminentemente ricavabile dall'opera della Corte costituzionale, la quale ha via via espunto dall'ordinamento le disposizioni che facevano espresso riferimento a simboli e figure oggetto di venerazione in ambito cattolico. Ne sono risultate colpite le disposizioni penali sulla bestemmia, sul giuramento, nonché sul reato di vilipendio della religione di Stato; l'orientamento della Corte costituzionale ha inoltre suggerito al legislatore di intervenire, come ha fatto con la legge 24 febbraio 2006 n. 85, sulla formulazione dei reati contro il «*sentimento religioso*», di quelli sulla turbativa delle funzioni del culto cattolico⁴, e lo ha altresì indotto

³ «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

⁴ Nell'ordine: Corte Cost., 18 ottobre 1995, n. 440 ha parzialmente dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 724 cod. pen. («*Chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità [o i simboli o le*

all'abrogazione totale dell'art. 406 cod. pen. (delitto contro i culti ammessi nello Stato).

Laicità dello Stato e libertà religiosa si rivelano inscindibili. Discende dall'ineludibile intreccio anche il diritto di non professare alcuna religione e persino di propagandare l'ateismo, l'uno e l'altro riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., nonché il diritto di vivere i dettami della propria confessione religiosa, ciò che può anche significare obiezione di coscienza e quindi facoltà di sottrarsi, per ragioni religiose, a determinate attività (servizio militare, pratiche abortive, eutanasia, ecc.).

Particolarmente delicato si presenta il diritto di vivere la propria religione in una società – come quella odierna – contrassegnata da una marcata immigrazione di persone che professano un credo religioso estraneo alla cultura nazionale e più in generale occidentale. Inevitabile il richiamo all'abbigliamento simbolico, alle scelte alimentari, alle pratiche rituali che incidono sull'integrità della persona, alle regole di funzionamento del gruppo familiare, alle questioni bioetiche. Il pensiero corre inevitabilmente alla legislazione francese, che nel 2004 ha vietato nelle scuole i segni e gli abiti mediante i quali gli allievi manifestino in modo ostensibile un'appartenenza religiosa, e nel 2010 ha proibito nei luoghi pubblici l'uso del *burqa*, ovverossia l'occultamento del volto alla maniera islamica.

Il riferimento può estendersi alle regole di alimentazione: si pensi ai precetti religiosi che governano la nutrizione degli ebrei osservanti

persone venerate dalla religione dello Stato], è punito con l'ammenda...»); Corte Cost., 30 ottobre 1996, n. 33, in Foro it., 1997, I, 25, in Giur. it., 1997, I, 1, in Giust. civ., 1997, I, 28 ha rimosso dall'art. 238 cod. proc. civ. il richiamo all'importanza religiosa del giuramento e alla responsabilità che viene assunta «davanti a Dio e agli uomini». Già, nello stesso senso, Corte Cost., 10 ottobre 1979, n. 117 in Foro it., 1981, I, 625, e Corte Cost., 5 maggio 1995, n. 149 in Foro it., 1995, I, 2042 e in Giur. it., 1995, I, 372 sull'art. 251 cod. proc. civ.; Corte cost., 20 novembre 2000, n. 508, in Foro it., 2002, I, 985 ha dichiarato incostituzionale l'art. 402 cod. pen. che prevedeva il reato di vilipendio della religione dello Stato; Corte Cost., 9 luglio 2002, n. 327, in Foro it., 2002, I, 2941 ha dichiarato illegittimo l'art. 405 cod. pen. nella parte in cui, per il turbamento di funzioni religiose del culto cattolico, prevede pene più severe che per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti.

(*kosher*), nonché alla macellazione rituale che causa inutili sofferenze agli animali, esposti a subire coscientemente il loro dissanguamento senza un preventivo stordimento indolore (alimentazione *halal* di matrice musulmana).

3. *Educazione religiosa e famiglia.*

Fondata o non sul matrimonio, la famiglia costituisce la culla dell'educazione, il primo luogo in cui il minore matura, manifesta e sviluppa la propria personalità.

A sancirlo sono l'art. 30 Cost., che proclama «*dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio*», nonché precetti ordinari relativi sia ai genitori coniugati (art. 147 cod. civ.) sia a quelli non uniti da vincolo matrimoniale, comunque chiamati alla responsabilità genitoriale (art. 315-*bis* cod. civ.).

È pacifico che anche l'avviamento all'orientamento religioso rientri nel potere-dovere dei genitori di istruire ed educare i minori, nel rispetto del loro carattere, delle loro tendenze, delle loro potenzialità. L'educazione religiosa è infatti un aspetto dell'esercizio della libertà di religione, quantomeno nella prima infanzia. Ed è altrettanto pacifico ed ovvio che le convinzioni religiose dei genitori vengano ad assumere decisivo rilievo per la formazione dei figli⁵.

Fin qui *nulla quaestio*. Il problema si acutizza però quando le convinzioni religiose dei genitori offrono motivo di contrasto, come accade, in particolare, nei casi di appartenenza o adesione a confessioni diverse e di famiglie disgregate e ricomposte.

La disparità di culto e/o di orientamento religioso tra genitori (vuoi coniugi, vuoi conviventi) può indubbiamente provocare un dissidio sull'avviamento confessionale del minore. E ciò, all'evidenza, sia che la differenza sia originaria, come accade nel caso delle unioni miste, formate da soggetti di fedi religiose diverse, sia nell'ipotesi di sopravvenienza della diversità, come avviene quando un coniuge diventa ateo o agnostico, ovvero si converte ad

⁵ In tema, *ex multis*, DISTEFANO, *Educazione religiosa del minore e sottrazione internazionale di minori: l'ottimismo teorico della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Neulinger*, in *Quaderni dir. e politica eccles.*, 2009, p. 879 ss.

un credo *altro* rispetto a quello che lo ispirava allorché la coppia si è formata⁶.

Quid iuris in siffatti frangenti?

Il principio cardine è, in questa come in ogni altra situazione che coinvolge il minore, la tutela del suo interesse. Sono richiamabili in proposito il già menzionato art. 147 cod. civ., ma indicazioni nella stessa direzione possono essere tratte da molte altre previsioni codicistiche, e in particolare dagli artt. 315-*bis*, 316, 336-*bis*, 337-*ter* cod. civ.⁷

Si parla, in proposito, di logica puerocentrica, fondata a livello extranazionale sulla convenzione di New York del 1989, dedicata ai diritti del fanciullo e recepita in Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176.

Un altro pilastro è rappresentato dalla regola che il credo religioso, in caso di dissenso tra genitori che porti alla crisi dell'unione, non è una scriminante per l'affidamento dei figli, considerata l'aconfessionalità dello Stato: al manifestarsi di un contrasto che deflagri in separazione o divorzio la questione non potrà che essere rimessa al giudice, il quale avrà quale linea-guida la regola primaria del diritto del minore alla bigenitorialità, e quindi l'obiettivo dell'affido condiviso ogniqualvolta esso non risulti precluso dalle circostanze concrete.

Viene spesso affermato che i minori, figli di genitori separati di diverso credo, debbano ricevere un'educazione religiosa aperta alle diverse fedi. Padre e madre sono quindi chiamati a promuoverne e

⁶ In argomento, tra i molti scritti: OBERTO, *Modelli educativi ideologici, culturali e religiosi rispetto al minore di genitori in crisi*, in *Fam. dir.*, 2010, fasc. 5, p. 506 ss. (parte I), e fasc. 6, p. 611 ss. (parte II); LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica*, febbraio 2007; IANNELLI, *Crisi coniugale e tutela della libertà religiosa del minore*, in *La nuova proc. civ.*, 2016, 2; CESERANI, *L'educazione religiosa del minore nella crisi coniugale tra autonomia familiare e intervento del giudice*, in *Dir. eccles.*, 2011, p. 791.

⁷ Art. 315-*bis* comma 1: «Diritti e doveri del figlio. Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni».

garantirne la consapevole libertà di orientamento religioso⁸. Naturale, allora, osservare che alcuni passaggi sensibili, quale l'iscrizione a una scuola religiosa, al catechismo, all'associazione di volontariato di ispirazione confessionale, debbano essere caratterizzati dalla formale adesione di entrambi i genitori.

Vi è di più: neppure è possibile privilegiare il genitore confessionalmente orientato rispetto a quello ateo, sul presupposto dell'incapacità di quest'ultimo di educare i figli. Fece epoca, più di settant'anni fa, la decisione di un Tribunale secondo cui era interesse del minore essere educato secondo i principi della fede tradizionale del popolo italiano, cui conseguì l'esclusione dall'affidamento per il genitore qualificato «*ateo perfetto*»⁹. Il mutato segno dei tempi è ben posto in luce dal provvedimento che ha rigettato il ricorso, proposto ai sensi dell'art. 709-ter cod. proc. civ. dal genitore non collocatario, volto a conseguire l'ammonimento dell'altro perché ottemperasse alle formalità necessarie al battesimo del figlio. I giudici hanno osservato che l'interesse di un minore in tenera età non è lesa dalla mancata somministrazione di un sacramento, in ordine al quale egli non può ancora esprimere una scelta autonoma¹⁰.

Naturalmente, le situazioni di estrema tensione non mancano. Emblematica in particolare la vicenda di un genitore affidatario che, convertitosi a un nuovo credo, senza il consenso dell'altro coniuge coinvolse le figlie minori, mutandone modo di vestire, cibo, letture e rapporti sociali senza offrire loro alcuna possibilità di scelta. Si trattava nello specifico di una madre che aveva aderito a un gruppo religioso ebreo-ortodosso particolarmente rigido. Il Tribunale competente affidò le bambine all'altro genitore, disciplinando assai rigorosamente gli incontri tra madre e figlie e persino il tempo delle telefonate¹¹.

⁸ In tal senso Corte d'Appello di Roma, 4 aprile 2007, in *Quaderni dir. e pol. eccles.*, 2007, 840, in ipotesi di padre di religione ebraica e madre cristiana.

⁹ Trib. Ferrara, 31 agosto 1948, commentata da BIGIAMI, *Ateismo, educazione laica ed assegnazione dei figli di coniugi separati*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 13, e da ALLORIO, *Ateismo ed educazione dei figli*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 11.

¹⁰ App. Napoli, 17 gennaio 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1645.

¹¹ Trib. minorenni Genova 16 agosto 1999, con nota di TIBY, *Adesione ad un nuovo credo, interesse del minore e limiti all'esercizio del diritto alla libertà religiosa*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 189 ss.

Nella stessa logica, è stato disposto l'affidamento esclusivo al padre in ragione delle continue protratte assenze della madre dalla vita domestica connesse al mutamento di fede religiosa e ai reiterati tentativi di coinvolgere forzatamente la figlia nelle pratiche del nuovo culto, contro la volontà della minore¹².

Questi casi appena richiamati – e non sono gli unici – consentono di avvertire come il problema si faccia più stringente proprio allorché un genitore successivamente all'unione abbandoni la religione già comune, e alla quale il figlio era stato instradato, e ne abbracci un'altra.

In simili situazioni nell'interesse del minore prevale il criterio della continuità, specie quando l'adesione al nuovo credo lo destabilizzi in ragione della prospettazione di un modello educativo tale da rendere impossibile una corretta socializzazione e da costringerlo a una sorta di autoisolamento¹³.

Intendiamoci bene: non è il cambiamento di religione in sé e per sé il motivo di addebito¹⁴. Piuttosto, lo diventa se una confessione settaria, chiusa e volta a disciplinare ogni aspetto della vita privata impone la meticolosa osservanza di regole e precetti ai fini della salvezza: se tutto ciò sfocia in un draconiano contrappunto tra giusto e ingiusto, le esasperate rivendicazioni delle proprie ragioni possono svolgere un ruolo negativo nella compagine familiare; e se una sorta di fondamentalistica intransigenza rifiuta ogni possibilità di differenza e si traduce nell'assenza di rispetto, nell'intolleranza, nel fanatismo, l'impatto e il disorientamento per il minore possono risultare gravemente pregiudizievoli¹⁵.

¹² App. Roma 18 aprile 2007, in *Quaderni dir. e pol. eccles.*, 2007, p. 841.

¹³ È il caso affrontato da Trib. Prato 13 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1222 con osservazioni di CASABURI.

¹⁴ Cass. 19 luglio 2016 n. 14728, in *Quaderni dir. e pol. eccles.*, 2016, 850 chiarisce che il mutamento di fede religiosa di uno dei coniugi, costituendo esercizio del diritto garantito ex art. 19 Cost., non è ragione sufficiente perché l'altro ottenga l'affidamento esclusivo dei figli, a meno che non si concretizzi in comportamenti incompatibili con i doveri di coniuge e di genitore previsti ex art. 143 e 147 cod. civ. In tema GRAZIOSO, *Affidamento e tutela del minore e fattore religioso*, in *Dir. fam.*, 2010, p. 1786 ss.

¹⁵ Tra i molti casi delibati in argomento, relativi entrambi all'accesso di un genitore a una setta particolarmente totalizzante e integralista dei Testimoni di

La giurisprudenza è ricca di pronunce, e ovviamente incidono sulle soluzioni le circostanze concrete. Il Tribunale di Palermo, ad esempio, impose alla madre affidataria di non portare la figlia alle riunioni dei Testimoni di Geova e di non condizionarne in alcun modo gli orientamenti e le scelte religiose¹⁶, mentre in un caso almeno apparentemente analogo il Tribunale per i minorenni di Venezia, sulla premessa che l'educazione secondo i principi integralisti o intransigenti dei Testimoni di Geova non costituisce in sé e per sé una condotta pregiudizievole al minore, si è limitato a disporre adeguati controlli affidati a un consultorio familiare, chiamato a monitorare la situazione e a riferirne con relazione semestrale¹⁷.

Linea, quest'ultima, che ha trovato sponda in una pronuncia ormai datata della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha affermato l'illegittimità della discriminazione tra coniugi determinata dalla loro fede religiosa, ai fini dell'affidamento della prole, se non vi è una concreta e approfondita indagine diretta a verificare la situazione¹⁸.

Coerentemente con l'accennato orientamento, in anni recenti la S.C. ha condiviso la legittimità delle restrizioni disposte dai giudici del merito perché fosse garantita la crescita equilibrata e serena del minore, già inserito nella comunità cattolica¹⁹. Alla base della

Geova: Trib. Bologna 5 febbraio 1997, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1998, p. 903, commentata da MALTESE, *Libertà religiosa, separazione personale ed interesse della prole*, in *Dir. fam.*, 1999, p. 158 ss.; Trib. Genova decr. 16 agosto 1999 n. 504, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, p. 928 s.

¹⁶ Trib. Palermo 12 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, p. 271.

¹⁷ Trib. min. Venezia, decr. 10 maggio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, p. 271, nonché in *Rass. dir. civ.*, 1992, 110, con nota di RUSCELLO, *Fattore religioso e diritti del minore nell'indirizzo educativo*.

¹⁸ CEDU, 23 giugno 1993, *Hoffman c. Austria*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, p. 739 ss. con nota di SCOVAZZI, *Libertà di religione e testimoni di Geova secondo due sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, p. 719 ss.

¹⁹ Cass. 12 giugno 2012 n. 9546, in *Giur. cost.*, 2012, 3783 ss. con nota di PIAZZA, *Un bilanciamento fuori asse tra libertà religiosa e protezione dell'infanzia*, nonché in *Dir. eccles.*, 2013, p. 337 ss., con nota di LATTUNEDDU, *Mutamento di religione e affidamento dei minori*.

decisione è stata la considerazione che l'obbligo, imposto alla madre affidataria, di astenersi da qualsiasi condotta di coinvolgimento del piccolo nella propria sfera religiosa trovava la sua giustificazione nelle risultanze dell'accertamento, compiuto in sede di merito attraverso consulenza tecnica. Era infatti emerso che il bambino non era pronto al cambiamento e risultava vittima di un indottrinamento precoce e intransigente, troppo gravoso per una mente in evoluzione, disorientata dinanzi a un'educazione oltranzista e integralista volta a presentare la figura divina in chiave severamente punitiva e quasi persecutoria, fonte di ansia e di stress per il minore. Perciò i giudici del merito avevano anche disposto che in tutte le festività tradizionali o di significato cattolico (Natale, Pasqua, onomastici) il piccolo fosse collocato presso il padre.

4. *Il minore tra incapacità legale e libertà religiosa.*

Può muoversi dal rilievo, del tutto scontato, che la Carta costituzionale, garantendo i diritti fondamentali dell'uomo, non si rivolge soltanto alle persone maggiori di età, ma altresì ai soggetti ancora minorenni: ai sensi dell'art. 2, la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e non solo quelli dell'adulto. E uomo=persona, indipendentemente dall'età, oltre che dal sesso, come è agevole argomentare dall'enunciazione del principio di uguaglianza.

Il minore è dunque portatore di diritti personalissimi, anch'essi coperti da precettività e tra questi, senza alcun dubbio, la libertà religiosa sancita all'art. 19 della Carta fondamentale. Ovviamente, si tratta di una libertà esplicabile gradualmente, mano a mano che acquisirà capacità di discernimento e consapevolezza delle decisioni che lo riguardano²⁰. Il richiamo alla capacità di discernimento non è casuale, giacché essa è ormai espressamente codificata all'art. 336-bis cod. civ., che ne sancisce il diritto ad essere ascoltato dal giudice nell'ambito dei procedimenti che lo riguardano, se ha compiuto gli

²⁰ In tema LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam.*, 2009, p. 1921 ss.; BARELA, *Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale*, in *Dir. e religioni*, 2017, 1, p. 71 ss.; DENARO, *Diritti dei minori e libertà religiosa*, in *Dir. eccles.*, 2000, I, p. 517 ss.

anni dodici ed anche se abbia un'età inferiore, ove le circostanze lo suggeriscano.

Non meno scontato è che il diritto alla libertà religiosa, fondato sull'art. 19 Cost. e prim'ancora sulla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), non si esercita esclusivamente nella vita pubblica ma altresì, ed innanzitutto, in ambito familiare.

Ugualmente pacifico è che la libertà religiosa, in quanto collocabile nel novero dei diritti fondamentali, partecipi dell'indisponibilità e dell'irrinunciabilità che sono proprie di questi. Ineludibile, allora, il corollario della nullità dei "patti di religione" intercorsi tra i genitori sull'indirizzo religioso da dare ai figli: la loro diversità di credo può solo indurli a prospettare al minore entrambe le loro fedi, bandendo ogni forma di preconcetta imposizione coattiva, sia pure tra essi concordata. Civilisticamente, anche a tacere dell'invalidità connessa all'oggetto, dovremmo comunque discorrere di inefficacia nei riguardi del minore in forza del noto principio *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*.

Anche a questo riguardo, tuttavia, le generalizzazioni debbono fare i conti con il concreto. È stato reputato valido, ad esempio, il patto tra genitori separati, entrambi cattolici, di impartire al minore la loro religione, patto suggerito dalla circostanza che la donna aveva instaurato una relazione con un nuovo compagno di origine egiziana e di credo islamico²¹.

Altre volte un analogo patto è stato però reputato indelibabile: è il caso deciso da un tribunale, che non ha omologato la clausola del ricorso per separazione consensuale contemplante l'impegno dei genitori di astenersi dall'indottrinare i figli secondo la religione dei Testimoni di Geova. L'inomologabilità è stata motivata con il rilievo che non si sarebbe trattato di obbligazione civile bensì di mera obbligazione morale, dinanzi al cui inadempimento il giudice nulla potrebbe²².

²¹ Trib. Rimini, decr. 9 giugno 1998, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, p. 759 ss., commentata in *Dir. eccles.*, 1999, I, p. 768 ss. da IANNACCONE, *Libertà religiosa del minore e accordi di separazione (a proposito di un recente provvedimento del Tribunale di Rimini)*.

²² Trib. Prato, 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, p. 1013 ss.

Incidentalmente, può ora aggiungersi che il disegno di legge delega depositato in Senato nel marzo 2019 (d.d.l. n. 1151) per la riforma del codice civile prevede la possibilità di accordi tra nubendi, coniugi e parti di programmata o attuata unione civile per l'educazione dei figli. Se e quando il disegno diverrà legge-delega e saranno approntati i decreti legislativi attuativi potrà vedersi se ed in quale misura possano rientrare in quest'ambito anche ipotetici accordi relativi all'educazione religiosa.

L'affermazione dell'autodeterminazione dei minori in ambito religioso muove da lontano, se già più di mezzo secolo fa un Tribunale per i minorenni esclude il diritto del padre (in regime di patria potestà) di educare *ad libitum* i propri figli, non potendo egli coartarne la scelta religiosa. Si trattava della vicenda di una ragazza diciassettenne che, in seguito alla conversione dell'intero gruppo familiare all'ebraismo, scelse di restare legata alla fede cattolica alla quale era stata avviata già con il battesimo²³.

In termini specifici, la tutela della libertà religiosa del minore trova un esplicito primo riconoscimento nella già richiamata Convenzione sul diritto del fanciullo del 1989, ratificata in Italia – come sopra ricordato – con la legge n. 176/1991. È in questo accordo che il minore comincia ad essere riguardato come portatore di diritti autonomi e propri, cessando di costituire il mero oggetto di diritti-doveri riconducibili ai genitori. È ben vero, infatti, che gli artt. 30 e 31 Cost. discorrono di doveri dei genitori, così delineando precisi diritti dei figli, ma vero è altresì che queste previsioni non erano bastate a dare vita a quella cultura paidocentrica dei diritti e degli interessi del minore che via via si è sviluppata in sede applicativa. Può quindi affermarsi senza esitazione che il minore è titolare di diritti di libertà religiosa autonomi, astrattamente esercitabili, all'esito di un percorso di crescita e di maturazione, anche in contrasto con l'orientamento religioso dei genitori; correlativamente, nessun potere coercitivo è loro riconoscibile nei confronti del figlio minore, cui è ascritto il diritto di costruire liberamente il proprio cammino religioso.

²³ Trib. min. Genova, 9 febbraio 1959, in *Il diritto ecclesiastico*, 1960, II, p. 49 ss.

Emblematico il caso, sfociato nel 2018 in una decisione della Suprema Corte, di un padre che, avendo aderito ai Testimoni di Geova, pretendeva di portare con sé alle riunioni la figlia, la quale preferiva invece la fedeltà al credo cattolico professato dalla prima infanzia. La Cassazione ha confermato la pronuncia dei giudici del merito, resisi conto del disagio della minore e del dannoso influsso dell'imposizione paterna²⁴.

Sul piano della legislazione ordinaria, la libertà religiosa del minore ha trovato esplicita affermazione nella legge 18 giugno 1986 n. 281 in forza della quale la scelta se frequentare l'ora scolastica di religione può essere effettuata direttamente da tutti gli studenti delle scuole medie superiori (e quindi dai 14-15 anni circa). La loro volontà, dunque, prevale anche nell'ipotesi di contrasto con l'avviso dei genitori²⁵.

Ovviamente non è così in qualunque contesto. La *Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'ISLAM*, risalente al 1990, all'art. 7 concernente l'educazione dei minori afferma il diritto dei genitori di scegliere il tipo di educazione che essi desiderano per i propri bambini, ma si tratta di un diritto fortemente perimetrato: «a condizione che essi prendano in considerazione l'interesse e il futuro dei bambini in conformità con i valori etici e i principi della Shariah»²⁶. Manca inoltre qualsivoglia riferimento alle aspirazioni e alle inclinazioni naturali dei minori, presente invece nell'art. 315-bis del nostro codice civile.

È fin troppo agevole, in proposito, segnalare le distanze, e può ricordarsi che un genitore il quale costringeva la figlia minore a indossare il *chador* e le proibiva attività ginniche e ascolto di musica

²⁴ Cass., 24 maggio 2018, n. 12954, in *Foro it.*, 2018, I, p. 2365 e in *Dir. e relig.*, 2018, p. 532 ss., con nota di R. SANTORO, *Educazione religiosa, disagio e minori*.

²⁵ In tema BORDONALI, *Libertà religiosa e salvaguardia dei minori dopo la sentenza costituzionale n. 13 del 1991*, in *Dir. fam.*, 1991, p. 1072 ss.

²⁶ Per approfondimenti CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La Kafala islamica*, Napoli, 2017. Sulla densa problematica del multiculturalismo cfr. per tutti, di recente, SAMMASSIMO, *Multiculturalismo religiosamente caratterizzato e diritti fondamentali: la necessità di un «codice comune e condiviso»*, in AA.VV., *Diritto e culture «altre» - Dimensioni giuridiche della pluralità*, in *Jus*, 2018, p. 427 ss.

è stato condannato da un tribunale italiano per abuso di mezzi coercitivi volto a costringerla a seguire le pratiche religiose parentali. Si è trattato, insomma, di una forma di maltrattamento in famiglia, represso dalla legge penale²⁷.

Il tema della triangolazione minore età-istruzione scolastica-religione trova spazio anche nel decr. legisl. 25 luglio 1998 n. 286, costituente il *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

È qui stabilito, all'art. 38, che i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico e che ad essi si applicano «*tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica*». È previsto inoltre che la scuola accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra culture e della tolleranza.

Il rapporto religione-istruzione è lambito inoltre dalla legge 6 marzo 1998 n. 40 volta a disciplinare il fenomeno immigratorio. Dispone l'art. 40 che Stato, Regioni, Province e Comuni favoriscono la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, lo svolgimento di attività dirette ad agevolare i rapporti tra le singole amministrazioni e gli stranieri appartenenti ai diversi gruppi etnici, nazionali, linguistici e religiosi. E l'art. 41 qualifica come discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, *le convinzioni e le pratiche religiose*, e che abbia come scopo o come effetto quello di distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio paritario dei diritti umani e delle libertà fondamentali in ogni campo della vita pubblica.

Il tema, come è facile avvertire, può portare lontano, e richiamare anche la problematica – estranea tuttavia alle riflessioni odierne –

²⁷ Trib. Arezzo, 27 novembre 1997, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, p. 847 ss., con nota di CIMBALO, *Il fattore religioso come elemento di imputabilità*.

dell'esposizione del Crocifisso nelle scuole pubbliche. Di essa si sono occupati la Corte costituzionale²⁸, vari TAR²⁹ nonché il Consiglio di Stato³⁰, concludendo che l'esposizione non è in contrasto con il principio di laicità dello Stato, atteso che il Crocifisso è simbolo storico-culturale dotato di valenza identitaria. Anzi, può dirsi che la laicità dello Stato è il frutto della storia cristiana dell'Europa, tanto che la croce diviene non solo non contrastante, ma addirittura affermativa e confermativa del principio di laicità dello Stato repubblicano. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo qualche esitazione, ha escluso la violazione della libertà religiosa e ha ritenuto che la materia rientri nel margine di apprezzamento nazionale³¹.

La tesi secondo la quale la presenza del Crocifisso nelle aule potrebbe «*perturbare emozionalmente*» gli alunni si rivela non solo fragile, ma persino offensiva verso la civiltà cristiana nel suo insieme, specie se la richiesta proviene da quegli stessi ambienti che, imponendo ai loro membri forme di abbigliamento impeditive dell'identificazione della persona, suscitano persino seri problemi di ordine pubblico.

5. Cure, interventi sanitari e religione.

Non raramente i giudici italiani sono stati chiamati a delibare situazioni contrassegnate dalla commistione di problematiche sanitarie e convinzioni religiose.

Primeggia, in argomento, il rifiuto della trasfusione di sangue in ossequio a un precetto religioso. Più volte sono stati emanati provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. diretti ad autorizzare o imporre l'esecuzione di trattamenti sanitari

²⁸ Corte Cost., ord. 15 dicembre 2004 n. 389, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1.

²⁹ TAR Veneto 22 marzo 2005 n. 1110, in *Foro it.*, 2005, II, 329; TAR Lombardia, Sez. Brescia, 22 maggio 2006 n. 603, in *Dir. fam.*, 2007, p. 631, con nota di MENNILLO, *Il Crocifisso nelle scuole elementari pubbliche: libertà di insegnamento, «sovranità» del consiglio di interclasse e laicità dello Stato*.

³⁰ Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2006 n. 556, in *Foro it.*, 2006, III, p. 181, con nota di TRAVI.

³¹ *Lautsi et autres c. Italie*, Req. 30814/1986, decr. 18 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, IV, p. 181 e in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 567 con nota di BETTETINI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche: la legittimità di un simbolo che «dà a pensare»*.

indispensabili ed indifferibili, comprese le trasfusioni ematiche³². E non è mancata la condanna per omicidio a carico di genitori che per non violare un precetto religioso hanno rifiutato cure e interventi sanitari così determinando la morte del minore³³.

Ovviamente, la questione è destinata a porsi in termini diversi laddove il richiamo ai valori religiosi venga compiuto direttamente dall'interessato, il quale consapevolmente rifiuti gli indispensabili trattamenti sanitari. In tal caso la linea sarà tracciata dalla legge 22 dicembre 2017 n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*.

L'art. 1, comma 5, riconosce ad ogni persona *capace di agire* il diritto di rifiutare qualsiasi trattamento sanitario indicato come necessario per la sua patologia, mentre al minore non è assicurato esplicitamente tale diritto. L'art. 3, comma 1, gli attribuisce semplicemente il diritto «*alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione*», soggiungendo che egli deve ricevere tutte le necessarie informazioni per essere posto «*nelle condizioni di esprimere la sua volontà*». Quest'ultima dovrà quindi essere presa in considerazione, ma non è vincolante, atteso che secondo il c. 2 dello stesso articolo 3 il consenso informato al trattamento sanitario è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore «*tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità*».

Ciò sta a significare che quand'anche il minore rifiuti le cure per ragioni di fede religiosa chi ne ha la rappresentanza legale può

³² Pret. Catanzaro, decr. 13 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 3098 con nota di CORASANITI, *Trasfusioni di sangue sul minore, diniego per motivi religiosi del consenso dei genitori e intervento del giudice*; Pret. Modica, ord. 13 agosto 1990, in *Foro it.*, 1991, I, p. 271.

³³ Corte d'Assise di Cagliari, 13 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, II, p. 364 ss., che condannò gli imputati per omicidio volontario ma con l'attenuante di aver agito per non violare un precetto religioso, movente reputato di contenuto eminentemente etico. La sentenza è stata riformata da Cass. pen. 13 dicembre 1983 con nota di FLORIS, *Libertà di coscienza, doveri dei genitori, diritti del minore*, in *Foro it.*, 1984, IV, p. 361 ss. In argomento FURGIUELE, *Diritto del minore al trattamento medico-sanitario, libertà religiosa del genitore, intervento e tutela statutale*, in *Giur. it.*, 1983, IV, p. 349 ss.

disporre diversamente. La sua libertà religiosa, in altre parole, soccombe dinanzi alle valutazioni di chi esercita la responsabilità genitoriale o la tutela su di lui.

L'autorità giudiziaria è non raramente chiamata ad occuparsi della pratica tribale della circoncisione del minore, spesso in tenerissima età. La modestia della lesione provocata e le motivazioni di tale pratica, anche di natura sanitaria e igienica, consentono – almeno tendenzialmente – di guardare con estrema tolleranza ad essa, anche per il suo consolidamento plurisecolare in comunità stabilmente e saldamente integrate nella società. Conseguentemente, il tema si presenta nelle aule di giustizia quasi esclusivamente nei drammatici casi in cui una circoncisione *fai da te*, effettuata in sede domestica e al di fuori di una corretta pratica sanitaria, sfoci in gravi patologie o nella morte del neonato³⁴.

A stretto rigore, tuttavia, sul piano dei principi si dovrebbe rilevare che la circoncisione, se rispondente – come in genere accade – a rituali di ordine confessionale, dovrebbe essere differita quantomeno all'epoca dell'acquisizione, da parte del minore, dell'attitudine al discernimento. Il consenso dei genitori non è infatti orientato al suo benessere (concetto, peraltro, dai contorni fumosi e indefiniti), e del resto sono ad essi deputate la cura e l'educazione, e non anche l'attuazione di pratiche che, almeno in via di principio, ne ledono i diritti in quanto destinate ad incidere permanentemente sul suo corpo in forza di un credo religioso riferibile a terze persone e non a lui.

Di ben maggiore rilievo e gravità risulta, sul piano dell'ordinamento nazionale, la tradizione tribale dell'infibulazione, configurata da tempo quale reato di lesioni personali volontarie aggravate dall'aver commesso il fatto ai danni dei propri discendenti

³⁴ Sull'argomento GARETTI, *Quando il diritto all'identità culturale dei genitori si scontra con il diritto all'integrità psico-fisica del figlio minorenne: il caso della circoncisione rituale infantile*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 1421 ss.; BEULKE e DIEBNER, "...Un piccolo taglio per un uomo, una grande tematica per l'umanità". *Perché la sentenza del Landgericht di Colonia sulla circoncisione di un minore per motivi religiosi non convince*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 839 ss.

e con abuso di autorità e coabitazione³⁵, e divenuta reato specifico e più severamente sanzionato a seguito dell'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2006 n. 7, recante “*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*”. Il significato religioso, ove mai ravvisabile, perde qui qualsivoglia rilevanza, e non consente alcuna attenuazione della gravità del delitto.

³⁵ Trib. Milano, 25 novembre 1999 in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, p. 835.

MAURO TESCARO
Professore associato di diritto privato
Università di Verona

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'HOSTING PROVIDER E IL DIALOGO FRA LE CORTI*

SOMMARIO. 1. Introduzione. – 2. La crescente complessità delle fonti del diritto e il dialogo fra le Corti. – 3. La prima sentenza della Cassazione sulla responsabilità civile dell'*hosting provider*. – 4. La normativa interna italiana. – 5. La normativa e la giurisprudenza dell'Unione europea. – 6. Come avrebbe piuttosto dovuto decidere la Cassazione. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

In questo contributo, rammentate alcune elaborazioni di Giuseppe Vettori sull'attuale assetto del nostro ordinamento giuridico e specialmente sul dialogo fra le Corti, si tenterà di verificarne la fondatezza in merito alla responsabilità civile dell'*hosting provider*¹ e al suo atteggiarsi con particolare riguardo alla giurisprudenza di legittimità italiana.

2. *La crescente complessità delle fonti del diritto e il dialogo fra le Corti.*

* Lo scritto rientra nell'attività di ricerca del gruppo «Informazione e dati nella società globale dell'informazione tecnologica: diritti, responsabilità e tutele – D.I.G.I.T.S.» nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie».

¹ Definito dal par. 1 dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE come il *provider* che svolge una attività «consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio».

Negli ultimi decenni, divenendo il sistema delle fonti del diritto sempre più complesso², per non dire confuso, autorevoli studiosi si sono interrogati, con esiti assai diversificati, sui mutamenti già avvenuti e su quelli immaginabili per il futuro³.

In questo dibattito, un ruolo di primo piano è stato assunto da Giuseppe Vettori, il quale ha offerto un contributo fondamentale per la comprensione dell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico e specialmente del crescente peso della giurisprudenza in ossequio al

² Cfr. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 686. Cfr. altresì ID., *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1358 s., ove si ragiona del «mutare del sistema delle fonti e delle posizioni soggettive dei privati» e di un «percorso verso una nuova legalità».

³ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, con posizioni varie, IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1177 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*; ID., *Gli eredi della positività*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 11 ss.; GRANELLI, *Dottrina delle corti e dottrina dei dottori*, *ivi*, 2016, p. 65 ss.; ID., «*La giurisprudenza è fonte di diritto?*»: introduzione ad un incontro di studi, in *Jus civ.*, 2016, p. 406 ss.; DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Jus. civ.*, 2016, p. 412 ss.; MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di Civil Law*, in *Jus. civ.*, 2019, p. 720 ss.; ID., *L'Europa del diritto: quali prospettive*, in *Jus. civ.*, 2019, p. 519 ss.; CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 764 ss.; LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 349 ss.; ID., *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 ss.; ID., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 635 ss.; D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 15 ss.; GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763 ss.

principio di effettività⁴, fondato su varie norme interne e internazionali⁵.

Si è più precisamente ragionato di un «nuovo ordine»⁶ nel quale la «centralità del giudice»⁷ si manifesta sotto vari profili, tra gli altri il «primato del diritto comunitario», da cui discende che «il giudice nazionale ha un controllo diffuso [...] arrivando sino a disapplicare la norma interna, salvo sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sull'appartenenza o meno del caso, al diritto comunitario»⁸.

Si è però anche avvertito come l'applicazione di questa impostazione teorica non sia univoca, ammonendo in merito alla necessità di «delimitare con rigore il potere del giudice nazionale di interpretare le norme sui diritti e principi di origine comunitaria e il potere di disapplicare il diritto interno incompatibile»⁹, più in generale affermandosi che, se da un lato «il potere dei giudici non è un'anomalia» ma una realtà che la dottrina dovrebbe accettare favorendo il «dialogo fra le Corti»¹⁰, oltre che tra giudici e

⁴ VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, cit., p. 668, ove si ragiona «dell'effettività, come principio di ordine e di riduzione della complessità»; ID., *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 896, ove si evidenzia che «l'effettività è utilizzata dalle Corti come antidoto alla astrattezza delle tutele e delle situazioni soggettive, arricchisce il loro contenuto ampliando gli obblighi positivi degli Stati e favorendo l'attuazione giurisprudenziale di rimedi capaci di rimuovere gli ostacoli al loro esercizio e adeguati alla protezione sostanziale dell'interesse»; nonché, da ultimo, ID., *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020/1, p. 8 ss.

⁵ VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939, ove si menzionano gli artt. 2 e 24 Cost., 13 Cedu e 47 Carta di Nizza.

⁶ VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 239.

⁷ VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 237. V. anche ID., *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, cit., p. 1346, ove si ragiona di una «straordinaria vitalità del diritto giurisprudenziale».

⁸ VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, cit., p. 242.

⁹ VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 244 s.

¹⁰ VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 249. V. anche ID., *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, cit., p. 873, ove si rammenta che «la Corte di cassazione, spesso

legislatori¹¹, occorre dall'altro affrontare simili problematiche con «con grande cautela e orientamenti precisi»¹².

Almeno alcuni punti fermi sono stati, per questa via, segnati, per esempio e in particolare il limite che impone di respingere interpretazioni *contra legem* nel diritto interno¹³.

3. La prima sentenza della Cassazione sulla responsabilità civile dell'hosting provider.

Verifichiamo ora il funzionamento del summenzionato dialogo fra le Corti in tema di responsabilità civile dell'*hosting provider*. Tale questione, regolata da una normativa europea (art. 14 della direttiva 2000/31/CE) e da una disciplina italiana di recepimento (art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003), offre infatti un punto di vista privilegiato, essendo in relazione a essa state emesse numerose pronunce di merito, della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nonché di recente pure la prima sentenza (n. 7708 del 2019) della Cassazione¹⁴.

in dialogo con la Corte di giustizia e la Cedu, ha innovato settori decisivi del diritto positivo».

¹¹ VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, cit., p. 686.

¹² VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, cit., p. 255. V. anche ID., *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, cit., p. 1348, ove si riflette su un significativo «ampliamento dei poteri del giudice» che però «richiede cautela e rigore».

¹³ VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, cit., p. 675. V. anche, *amplius*, ID., *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, cit., p. 882 ss., ove si ribadisce che «il vincolo alla legge e al testo rimane essenziale come cardine del sistema», sia pure affermandosi che «il giudice [...] partecipa in via mediata alla produzione della norma» però «solo in riferimento ai contesti concreti di applicazione», concludendo con la fissazione di «alcuni punti fermi», tra i quali quello per cui «il giudice non può agire *contra legem*».

¹⁴ Per più dettagliati riferimenti, v. TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31/CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in *Jus civ.*, 2020, p. 62 ss.; e in Pasquino, Rizzo e Tescaro (a cura di), *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, Napoli, 2020, p. 131 ss.

Quest'ultima pronuncia, oltre ad avere condiviso l'assai discutibile¹⁵ – ma dotato di crescente approvazione anche dottrinale¹⁶ – concetto di *hosting provider* “attivo” (affermando che lo stesso «resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni»), ha, per ciò che qui più interessa, con riguardo all'*hosting provider* vero e proprio ovvero sia “passivo”, in estrema sintesi deciso che esso deve ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 intendersi tenuto a rimuovere il materiale illecitamente trasmesso da suoi utenti in linea di massima sulla base di semplici segnalazioni di parte (non solo di comunicazioni delle competenti autorità)¹⁷, in sostanziale conformità a un sempre più

¹⁵ V. *amplius* TESCARO, *op. ult. cit.*, p. 149 ss.

¹⁶ V., per esempio, TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 265.

¹⁷ La sentenza (Cass., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, in *Giur. it.*, 2019, p. 2604 ss., con nota di BOCCHINI, *La responsabilità civile plurisoggettiva, successiva ed eventuale dell'ISP*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1049 ss., con commento di TORMEN, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider [attivo e passivo]*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1039 ss.; e in *Corr. giur.*, 2020, p. 177 ss., con nota di GAMBINI, *La responsabilità dell'Internet service provider approda al vaglio della Cassazione*) ha, più precisamente, affermato che «la responsabilità dell'*hosting provider*, prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) sia ragionevolmente constatabile l'illiceità dell'altrui condotta, onde l'*hosting provider* sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere», precisando anche che «resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, in riferimento al profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, oppure sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo *URL*, alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti».

diffuso ma controverso orientamento della giurisprudenza di merito¹⁸.

4. *La normativa interna italiana.*

La normativa interna italiana, però, è formulata diversamente, desumendosi a rigore da essa che l'*hosting provider*, per andare esente da responsabilità, dovrebbe: ricevuta una comunicazione dell'autorità¹⁹, anche in assenza di percezione diretta dell'illecito, provvedere immediatamente alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso alle informazioni oggetto di contestazione; venuto a conoscenza per altra via, cioè per sua autonoma iniziativa o per segnalazione del danneggiato o di altri, del possibile illecito, limitarsi a informare senza indugio l'autorità.

Tale conclusione, sebbene sia condivisa solo da una parte degli studiosi²⁰, è a parere di chi scrive imposta dalle due evidenti

¹⁸ V. Trib. Roma, 15 febbraio 2019, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 296 ss., con nota di COLARUOTOLO, *Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L'inerzia ingiustificata del prestatore dei servizi è fonte di responsabilità civile e risarcitoria*; Trib. Milano, 18 giugno 2018, in *Il Caso.it* e in *De Jure*; Trib. Napoli, 3 novembre 2016, in *Dir. inf.*, 2017, p. 243 ss., con nota di MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme on-line (il caso Rosanna Cantone)*; Trib. Roma, 27 aprile 2016, in *Riv. dir. ind.*, 2017, II, p. 3 s.; Trib. Torino, ord. 3 giugno 2015, *ivi*, p. 6 s. Ma v. anche, per esempio, Trib. Roma, 20 ottobre 2011, in *Guida al dir.*, dossier n. 5, p. 22, e, in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, BRAVO, *Commercio elettronico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 253 ss.; nonché ID., *La responsabilità civile degli internet service providers*, in Alpa e Conte (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, p. 687 ss.

¹⁹ Le autorità competenti, in assenza di precisazioni legislative, possono essere le più varie, quali: l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm, comunemente denominata Antitrust), la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), la Società Italiana degli Autori ed Editori (Siae). Per una simile elencazione, v. CIMINO, *Più a rischio con i servizi di messaggeria pubblica*, in *Guida al dir.*, 2013, Dossier n. 5, p. 27.

²⁰ V., tra gli altri, MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Padova, 2005, p. 205 ss. e 228 s. Ma v. anche, in senso contrario, da ultimo, BOCCHINI, *op. cit.*, p. 2615, il quale sembra sostanzialmente approvare la pronuncia di legittimità in esame, evidenziando che essa «coglie perfettamente l'evoluzione del mercato economico elettronico e risponde alle relative nuove esigenze». Pure GAMBINI, *op.*

differenze di formulazione – l’aggiunta, nella lett. b), dell’inciso «su comunicazione delle autorità competenti» e l’eliminazione della disgiuntiva «o» tra la lett. a) e la lett. b) – che, con specifico riguardo all’*hosting provider*, l’art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 70 del 2003²¹ presenta rispetto all’art. 14, par. 1, della direttiva 2000/31/CE, oltre che dal conforme tenore letterale del co. 3 dell’art. 17 del medesimo d.lgs.²², previsione quest’ultima che si riferisce al *provider* “passivo” in genere e così anche all’*hosting provider*, senza attuare alcuna precisa disposizione della direttiva²³.

Se si condividono tali rilievi, è inevitabile criticare la pronuncia di legittimità in esame, la quale ha sostanzialmente abrogato in via interpretativa vari e concordanti riferimenti letterali della normativa interna italiana²⁴, senza nemmeno dedicare loro specifiche argomentazioni²⁵.

cit., p. 194 s., condivide tale pronuncia «in una prospettiva di giusto bilanciamento degli interessi coinvolti».

²¹ Ai sensi del quale è esclusa la responsabilità dell’esercente attività di *hosting* purché il medesimo: «a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l’attività o l’informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l’accesso».

²² Ove si prevede che «il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall’autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l’accesso a detto contenuto, ovvero, se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l’accesso, non ha provveduto ad informarne l’autorità competente».

²³ V. *amplius* TESCARO, *op. loc. ult. cit.*, p. 141 ss.

²⁴ L’interpretazione che PANETTA, *Il ruolo attivo degli intermediari di Internet e la conseguente responsabilità civile*, in *Dir. Internet*, 2019, p. 278, definisce «a dir poco additiva» pare a chi scrive piuttosto *contra legem*.

²⁵ Tali non potendosi dire né il cenno – presente al punto 5.10 della sentenza in esame – alla «comunicazione delle autorità competenti» di cui alla lett. b) del 1° co. dell’art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003 (cenno che comunque avrebbe dovuto essere messo in relazione sia con l’assenza nella medesima previsione della disgiuntiva «o» sia con la particolare formulazione del co. 3 dell’art. 17) né la menzione – presente sempre al punto 5.10 della sentenza – del considerando n. 46 della direttiva 2000/31/CE (considerando che sembra andare in direzione opposta

5. *La normativa e la giurisprudenza dell'Unione europea.*

Significativamente differente dalla normativa italiana di attuazione è, peraltro, quella europea: l'art. 14, par. 1, della direttiva 2000/31/CE²⁶, infatti, con specifico riguardo all'*hosting provider*, non fa alcun riferimento alla comunicazione delle autorità competenti, né vi sono nella medesima direttiva previsioni più generali ma vevoli anche per tale *provider* che contemplino un simile riferimento.

La disciplina europea avrebbe dunque senz'altro permesso l'adozione di un regime di responsabilità diverso e più gravoso di quello, estremamente favorevole per l'*hosting provider*, risultante dal d.lgs. n. 70 del 2003, ma non sembra a chi scrive che soluzioni come quella testualmente sancita nella normativa di recepimento italiana debbano dirsi in contrasto con il diritto dell'Unione europea, sebbene non manchi un orientamento dottrinale in tal senso²⁷. La direttiva intendeva infatti lasciare, sul punto, significativi margini di

a quella preferita dalla Cassazione, specialmente se lo si legga in combinazione con il successivo considerando n. 48, su cui v. *infra*, nt. 28).

²⁶ Ove si prevede: «gli Stati Membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

²⁷ V. O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2007, p. 368, il quale parla di un non corretto recepimento della direttiva che dovrebbe indurre il giudice nazionale a disapplicare, per la parte non conforme, la legge italiana. Su una simile linea di pensiero, v. anche PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA*, 2017, p. 498, nonché LAVAGNINI, *La responsabilità degli Internet Service Provider secondo la più recente giurisprudenza italiana*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, Milano, 2019, p. 407, 412 e 419.

discrezionalità agli Stati membri, come risulta dai suoi considerando²⁸.

La convinzione appena esposta non pare davvero contraddetta nemmeno dalla – peraltro non sempre lineare²⁹ – giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella quale emerge, da un lato, un atteggiamento di minor favore per l'*hosting provider*, ma si riconoscono anche, dall'altro, i notevoli margini di discrezionalità concessi ai singoli Stati membri³⁰. La Corte di Giustizia, infatti, afferma che l'*hosting provider* è, in linea di principio, tenuto a rimuovere le informazioni illecite inserite da suoi utenti anche su semplice segnalazione di parte³¹, ciò che è comprensibile vista la

²⁸ V. il considerando n. 46, ove si parla del «rispetto [...] delle procedure all'uopo previste a livello nazionale» e si precisa che la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime», e il considerando n. 48, secondo cui la direttiva «non pregiudica la possibilità per gli Stati Membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite».

²⁹ Essendosi criticamente ragionato addirittura della Corte di Giustizia come di una «eccellente interprete del “rembrandtismo normativo” in materia di responsabilità degli intermediari» (CELESTE, *Wi-Fi gratuito e responsabilità degli intermediari. Ancora alla ricerca di un «giusto equilibrio»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1599).

³⁰ Cfr. BRAVO, *op. ult. cit.*, p. 692, ove si sono persuasivamente lamentati «gli involontari effetti distorsivi che possono generarsi dalla lettura decontestualizzata delle sentenze della Corte, qualora vertenti sull'interpretazione delle norme nazionali estere di attuazione della direttiva, non connotate dalla presenza di una clausola di armonizzazione massima», aggiungendosi che «una sentenza interpretativa resa dalla Corte di Giustizia sulla norma nazionale estera di attuazione della direttiva sul commercio elettronico concernente la responsabilità dell'intermediario per la fornitura del servizio di *hosting*, non è sempre immediatamente applicabile *sic et simpliciter* al diritto interno italiano se le norme di attuazione della medesima direttiva divergono anche parzialmente, in ragione dei margini di discrezionalità concessi ai Paesi dell'UE in sede di recepimento».

³¹ Al riguardo, taluni hanno criticamente parlato di una impostazione che rischia di attribuire al *provider* una responsabilità oggettiva, dubitando che questa conclusione sia compatibile con i principi che regolano la responsabilità civile nei vari ordinamenti (v. ROSSI, *Aste on-line: sulla responsabilità del Provider per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia*, in *Contr.*

formulazione della lett. b) dell'art. 14, par. 1, della direttiva (differente, però, da quella della lett. b dell'art. 16, co. 1, del d.lgs. n. 70 del 2003, nei punti sopra indicati). Ma la medesima Corte sostiene anche che spetta, in ultima analisi, ai giudici nazionali concretizzare una nozione, quella di «operatore economico diligente», come tale tenuto ad attivarsi, i cui contorni la direttiva ha evitato di precisare³².

6. Come avrebbe piuttosto dovuto decidere la Cassazione.

Tutto ciò considerato, la Cassazione avrebbe dovuto applicare rigorosamente la normativa interna italiana, rispettandola innanzi tutto per il suo tenore letterale, e per questa via riconoscere l'esenzione da responsabilità dell'*hosting provider* che, venuto a

impr., 2012, p. 73; cfr. anche DI BENEDETTO, *Il caso eBay: un esempio di regole dettate dalla prassi che integrano la legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 45).

³² CGUE, Grande Sezione, 12 luglio 2011, C-324/09, in www.curia.eu, specialmente n. 120-122, ove si è testualmente affermato: «è sufficiente, affinché il prestatore di un servizio della società dell'informazione non possa fruire dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'art. 14 della direttiva 2000/31, che egli sia stato al corrente di fatti o di circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità di cui trattasi e agire in conformità del n. 1, lett. b), di detto art. 14. Inoltre, affinché non siano private del loro effetto utile, le norme enunciate all'art. 14, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretate nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato on-line scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate –, resta pur sempre fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità». Sulla pronuncia in parola, v., *amplius*, TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2598 ss.

conoscenza per semplice segnalazione di parte di un possibile illecito, informi senza indugio la competente autorità (e immediatamente rimuova o disabiliti l'accesso alle informazioni oggetto di contestazione, ma solo una volta ricevuta una comunicazione di tale autorità).

In alternativa, qualora si fosse convinta di un contrasto della normativa italiana di recepimento con la direttiva, la Suprema Corte avrebbe potuto disapplicare la prima e fondare la propria decisione solo sulla seconda, auspicabilmente – proprio come le era stato chiesto sia pure senza successo dai difensori di una delle parti in causa – previo rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, in ogni caso avendo cura di esplicitare inequivocabilmente sia il citato contrasto sia la conseguente disapplicazione del diritto interno, ciò che non sembra essere avvenuto³³.

Scartando entrambe le soluzioni appena menzionate, la Cassazione ha infatti deciso nel senso già rammentato, richiamando a tal fine l'una accanto all'altra, conformemente, previsioni italiane ed europee diversamente formulate nonché persino (quella che al tempo era) una semplice proposta di nuova direttiva³⁴, in aggiunta ad altre argomentazioni di vario tipo (anche di analisi economica del diritto³⁵), comunque senza lasciar chiaramente trasparire – sempre

³³ Ma cfr. anche GAMBINI, *op. cit.*, p. 193, secondo la quale la Suprema Corte avrebbe evidentemente adottato «un'interpretazione della norma di recepimento alla luce della direttiva».

³⁴ Si tratta della proposta – COM (2016) 593 – di quella che è successivamente divenuta la direttiva UE 2019/790, sul significato che dovrebbe attribuirsi alla quale sia consentito rinviare a TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31/CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in Pasquino, Rizzo e Tescaro (a cura di), *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, cit., p. 177 ss. In ogni caso, rileva del tutto condivisibilmente TORMEN, *op. cit.*, p. 1047, nota 70, che «non si vede come un'opinione *de iure condendo* possa influenzare una decisione fondata sul diritto positivo».

³⁵ Su questo profilo della sentenza, cfr. soprattutto DI CIOMMO, *Oltre la direttiva 2000/31/Cee, o forse no. La responsabilità dei provider di Internet nell'incerta giurisprudenza europea*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2073 s. In argomento, cfr. altresì, tra gli altri, SICA, *La responsabilità civile per il trattamento illecito dei dati personali*, in MANTELERO e POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il*

che vi fosse – la preoccupazione del pieno rispetto delle fonti del diritto interne, sia pure nell'innegabile unitarietà dell'ordinamento giuridico italo-europeo³⁶.

7. Conclusioni.

Se ai rilievi appena svolti si aggiunge che la Corte europea dei diritti dell'uomo, quando a sua volta si pronuncia sulla questione in esame, tende a farlo prescindendo dalla normativa dell'Unione europea e dalle interpretazioni giurisprudenziali sviluppatesi su di essa³⁷, la particolare vicenda qui ripercorsa giustifica non poche perplessità sull'attuale buon funzionamento del dialogo fra le Corti, dovendosi conseguentemente davvero riconoscere che occorre ancora «mettersi in cammino»³⁸ affinché il diritto postmoderno (o,

Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna, Pisa, 2018, p. 164 s.; COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1329 s.

³⁶ Cfr., a tale ultimo riguardo, soprattutto P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, *passim*, nonché, più di recente, ID., *Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo*, in *Foro nap.*, 2014, p. 449 ss.

³⁷ Si rinvia a DI CIOMMO, *op. cit.*, c. 2077 ss., ove appunto si esaminano alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo rilevando criticamente che essa «supera – o comunque prescinde totalmente da – la direttiva 2000/31/Cee» (per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. altresì, di recente, FALCONI, *Diffamazione via hyperlinking e tutela della libertà di informazione on-line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 1024 ss.; SCALI, *Responsabilità del sito Internet per commenti osceni e violenza online contro le donne*, in *Dir. Internet*, 2019, p. 478 ss.; nonché PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 511 ss.).

³⁸ VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, cit., p. 256. V. anche ID., *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, cit., p. 1342, ove si ribadisce che «ciò che è accaduto e sta accadendo è ancora in gran parte da chiarire».

se così si preferisce, pos-moderno³⁹) raggiunga un assetto maggiormente ordinato⁴⁰.

Tutto ciò considerato, si può peraltro anche sperare che abbia ragione chi prefigura persino l'imminente fine della postmodernità⁴¹ e un conseguente rinvigorito ruolo per la legislazione⁴², sebbene non sia obiettivo del presente contributo prendere posizione su temi così alti, che conviene lasciare agli studiosi, come Giuseppe Vettori, dotati dell'autorevolezza necessaria per affrontarli.

³⁹ GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Napoli, 2017, *passim*; VETTORI, *op. loc. ult. cit.*, p. 1353.

⁴⁰ V. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, cit., p. 959, ove si conclude che «occorre delimitare l'attività dell'interprete e riflettere su come si costruisce la decisione fra regole e principi in un sistema multilivello. Richiamare la necessità di una rigorosa argomentazione giuridica che richiede un metodo nuovo e una forte nomofilachia, dal basso e dall'alto, "capace di fornire sulle questioni più importanti un orientamento stabile"».

⁴¹ ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 1 ss.

⁴² Invocato da tempo e da più parti anche proprio in materia di commercio elettronico: cfr., da ultimo, ARROYO AMAYUELAS, *La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, XII, 1., p. 808 ss. e specialmente p. 837, ove tra l'altro si sottolinea che «nuevas directrices políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024 anuncian la derogación de la DCE y la promulgación de otra que la sustituya».

ONOFRIO TROIANO
Professore ordinario di diritto privato –
Università degli Studi di Foggia

RINNOVAMENTO GIURIDICO E RIFORMA DEI CODICI CIVILI

SOMMARIO: 1. Riforma dei codici civili: un progetto per l'Italia? – 2. L'odierna tendenza a rinnovare le regole civilistiche attraverso l'aggiornamento dei codici civili. – 3. I codici civili tra unità e pluralità delle regole di diritto civile. – 4. Codici civili, giurisprudenza e *lex mercatoria*. – 5. Codici civili e territorio: unità nazionale e diritto privato europeo.

1. Riforma dei codici civili: un progetto per l'Italia?

L'Associazione civilisti italiani (ACI), da circa tre anni, ha promosso un progetto per la riforma del codice civile seguendo esperienze di altre nazioni europee, segnatamente quella tedesca e francese, promosse dalla dottrina e portate a compimento dal legislatore.

In effetti, nel giro di pochi decenni, molto è cambiato. Il nostro codice civile, un tempo il più giovane dell'Europa occidentale, ha perso il primato della gioventù con il varo, dapprima del codice olandese (*Burgerlijk Wetboek BW* 1992), e successivamente, con le corpose riforme del *BGB* (*Schuldrechtsmodernisierung* del 2002)¹, del *Code civil* (2016)² fino alla nuova disciplina del diritto di

¹ Analoga iniziativa era stata già presa negli anni '80, quando il *Bundesjustizministerium* della Repubblica Federale Tedesca aveva promosso l'*Überarbeitung des Schuldrechts*, ma tale progetto non fu mai approvato dal Parlamento tedesco.

² Anche nell'esperienza francese non erano mancate iniziative precedenti. L'Associazione Capitant aveva promosso nel 2003 l'iniziativa per un progetto di riforma del diritto delle obbligazioni. Trentaquattro giuristi francesi, tra i più

proprietà e diritti reali nel Codice civile belga (2020). A seguito di mutamenti intervenuti in ambito economico, il codice civile italiano ha perso smalto proprio in quell'ambito – i rapporti patrimoniali – che pareva particolarmente ‘inossidabile’.

Il professore di Istituzioni di diritto privato conosce un nuovo, crescente disagio, quello di dover spiegare, sulla base del codice, un diritto in modo crescente poco adeguato ai tempi, talvolta obsoleto. Beninteso, la funzione didattica di un corso istituzionale organizzato e basato sull'esposizione critica di un codice ordinato resta efficace, ma il testo rappresenta sempre più il punto di partenza di un'esposizione che necessita di aggiornamenti continui extracodicistici, rinvenuti anche in leggi speciali, con un necessario raccordo teorico e sistematico, realizzabile con difficoltà.

Il quadro si presenta intricato, alla luce dei seguenti esempi: nella disciplina dell'invalidità degli atti giuridici, l'organizzazione sistematica basata sul sistema binario della nullità/annullamento non coglie più, da decenni, la complessità del fenomeno ed almeno uno sconfinamento nel c.d. codice del consumo è necessario. La teoria dei beni, che apre il libro terzo, è pensata per diritti che hanno ad oggetto una *res*. I beni immateriali, tranne uno sbrigativo riferimento alle energie, non trovano posto, ma la ricchezza delle nazioni è oggi prevalentemente costituita da *intangibles*. Anche la disciplina del pegno si apre con questo scenario, ma la realtà moderna si basa su garanzie mobiliari non possessorie (anche quando sarebbe possibile, ma inopportuno, lo spossessamento).

La responsabilità patrimoniale è in crisi: il principio dell'uguaglianza dei creditori opera prevalentemente per crediti muniti di uno stesso grado di privilegio, o chirografari. Il problema è l'ordine delle prelazioni. La stessa idea che ci debba essere un ordine tra diritti di prelazione (il creditore successivo, meno garantito, non deve incassare alcunché se prima non sia stato

prestigiosi, vi avevano preso parte, fino a giungere, con l'ausilio del Ministero della Giustizia ed attraverso un processo a tappe ravvicinate, a redigere un *Avant-Projet de Reforme du droit des Obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, presentato al Ministro della Giustizia il 22 settembre 2005. Sono seguiti altri progetti, fino alla redazione della riforma varata nel 2016.

integralmente soddisfatto quello precedente) ha imboccato il viale del tramonto nelle procedure di salvataggio delle imprese, dove la prova di resistenza basata su quanto concretamente sarebbe realizzabile dal fallimento (*recte*: liquidazione giudiziale) dell'impresa, comporta un soddisfacimento in percentuale di chi è prioritario rispetto ai chirografari e, inoltre, l'apporto di finanza 'esterna' ben potrebbe compensare creditori posposti in misura maggiore rispetto a quelli precedenti.

Si potrebbe continuare a lungo, partendo dall'*easy case* del termine ordinario di prescrizione decennale, che, fino alla fine del secolo breve, rendeva moderna la nostra disciplina codicistica, a fronte di un panorama che oscillava dai venti ai trent'anni in media, e che oggi, invece, si rivela eccessivo alla luce di termini ordinari che non eccedono i tre-cinque anni. Oppure rilevando come la recente, ampia propensione giurisprudenziale a risarcire danni non patrimoniali non sia assoggettata, in ambito contrattuale, a regole codicistiche e come, sempre la giurisprudenza, tenda a risolvere questa problematica estendendo anche in ambito contrattuale regole elaborate in ambito extracontrattuale (dove però l'elaborazione è stata condizionata dalla presenza dell'art. 2059 c.c., salvato da una nota sentenza della Corte Costituzionale alla luce del diritto 'vivente')³.

Ma qui non si intende fare una (pur necessaria, ma lunga e complessa) ricognizione delle parti del codice civile che è necessario sottoporre a *Modernisierung*.

E neppure, su un piano più generale, si discuterà di orientamenti di fondo (quale un possibile uso allargato o restrittivo delle clausole generali), o sul rapporto del codice con i diritti fondamentali e sull'opportunità, o no, di ribadire, in sede di riforma, un impianto di tipo patrimoniale (con funzione prevalentemente razionalizzatrice delle dinamiche del mercato) piuttosto che orientato verso i valori della persona per raccogliere le istanze di *social justice*, che predicano un ruolo più attivo del legislatore moderno nella correzione degli squilibri sociali (specie contrattuali).

³ Il tema riscuote crescente interesse dottrinale: da ultimo ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, Milano, 2020.

Si vuole piuttosto avviare una riflessione preliminare su come intraprendere la necessaria attività di rinnovamento delle regole giuridiche per adeguarle a tempi ed esigenze nuove.

2. *L'odierna tendenza a rinnovare le regole civilistiche attraverso l'aggiornamento dei codici civili.*

Punto di partenza è la considerazione di quanto avvenuto in quelle esperienze europee dove il diffuso moto di rinnovamento dei codici civili nazionali si è recentemente compiuto.

Se paragoniamo la versione del *Code civil* del 1804 e quella del *BGB* del 1900 ai testi attuali verifichiamo con mano tantissimi cambiamenti (per non tacere di quelle parti appena 'ritoccate' o rimaste letteralmente immutate, ma ormai espressione di regole giuridiche differenti perché interpretate dalla giurisprudenza in modo diverso dal passato).

Le regole sono cambiate, ma è cambiato anche il codice? In che modo il rinnovamento giuridico (delle regole giuridiche) condiziona anche il contenitore di quelle regole, la forma codice?

Quale è oggi la sua funzione, il suo ruolo nell'ordinamento giuridico nazionale di riferimento?

Suggerirei tre aspetti degni di riflessione e mi avvio ad un tentativo di primo approfondimento di ciascuno di essi.

3. *I codici civili tra unità e pluralità delle regole di diritto civile.*

Il primo aspetto riguarda la *reductio ad unum* del diritto civile. Un "corpo di leggi organizzate"⁴, grazie allo sforzo concettuale di ricondurre le regole civilistiche a principi comuni, ad intenderle come insieme ordinato. La forma codice, in tale prospettiva, rappresentava l'espressione formale di tale unità⁵, articolata in sottosistemi: civile, penale, processuale civile, processuale penale e, più di recente, costituzionale, anche se la forma Costituzione assume aspetti di ben maggiore trasversalità rispetto ai menzionati sottosistemi, per la sua natura sovraordinata.

⁴ TARELLO, *Codificazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione II*, Torino, 1988, p. 465 e 466.

⁵ A cui corrispondeva, almeno negli intenti, l'unità interpretativa garantita dalla nomofiliachia della Corte Suprema di Cassazione.

Il codice civile costituiva un insieme ordinato, principale punto di riferimento normativo, frutto di un lavoro di semplificazione del sistema giuridico, teso al superamento del particolarismo giuridico precedente⁶.

Da questo punto di vista, il codice è stato una sfida culturale: la capacità di rappresentare il diritto attraverso categorie giuridiche e concetti/istituti giuridici generali, con funzione di organizzazione del pensiero giuridico⁷. Come è noto, le codificazioni non sono tutte uguali⁸. Si è sostenuto che sarebbe ingannevole credere che il *BGB* mostri propensione verso l'elaborazione di principi astratti: la sua matrice pandettistica lo ha piuttosto indotto verso l'elaborazione di concetti giuridici precisi, con procedimenti di esatta delimitazione delle diverse fattispecie nell'ambito di un approccio sistematico.⁹ Vero è che il legislatore, ciascun legislatore, dispone di livelli di generalizzazione decrescenti, fino ad interventi dettagliati e la concreta attuazione di una normativa dipende dai fattori più vari, anche culturali.

⁶ TARELLO, *op. cit.*, p. 468 ss. Sotto altro aspetto la semplificazione ha riguardato, almeno nell'esperienza francese, l'esigenza di ricorrere ad uno stile chiaro e semplice, comprensibile alle “gens de médiocre entendement”, come sottolinea TERRÉ, *La codification*, in *European Review of Private Law*, 1993, p. 31 e 36, richiamando un celebre passo di Montesquieu.

⁷ KÖTZ, *Taking Civil Codes Less Seriously*, in *Mod. Law. Rev.* 1987, p. 1 e 3 ss., che evidenzia (in una riflessione comparativa che rivela come anche esperienze non inclini a codificare abbiano elaborato “a number of doctrines of great breadth”) la “propensity for generalized statements of principle, [...] general rules [...] which are left to the courts to work out and apply in the infinitely varying situations which come before them”, portando l'esempio della stringata disciplina della responsabilità extracontrattuale posta nel *Code civil* agli articoli 1382-1386.

⁸ GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale*, in CAPPELLINI e SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 507 e 509 ss.: “Ciascun codice è diverso dall'altro e la loro analisi rivela differenti tratti caratterizzanti e quindi differenti significati concreti nella singola esperienza, della parola codice: dalla mera funzione di assicurare un'efficiente reperibilità della normativa in un determinato ambito; al riordino normativo per la costruzione di un nuovo sistema; alla pretesa di esaustività normativa in un ramo del diritto; a punto di arrivo dell'elaborazione dei giuristi in una determinata epoca; a luogo fondante dell'unità nazionale del diritto [...]”.

⁹ KÖTZ, *op. cit.*, p. 7 e 8.

Certo è però, nella codificazione, il ripudio del metodo casistico ed il ricorso, sebbene non esclusivo, alla costruzione di fattispecie astratte, di concetti giuridici generali, in cui possono sussumersi una quantità di fattispecie concrete, con tendenziale pretesa di esaustività¹⁰. Concetti/istituti giuridici generali, quali le persone, la famiglia, la proprietà (diritti reali), le successioni *mortis causa*, le obbligazioni, il contratto hanno avuto valore ordinante dei codici civili e dell'attività di adeguamento giurisprudenziale negli ultimi due secoli.

Con il passare del tempo, però, la situazione è mutata¹¹.

La dottrina, nel recente passato, ha discusso di decodificazione, per intendere la sempre più diffusa novellazione giuridica extracodicistica¹². Si tratta quindi di un fenomeno interno alla stessa legislazione, da non confondersi con il pluralismo delle fonti del diritto. Chiunque abbia una copia del codice civile tra le mani può constatare la quantità di materie civilistiche regolate al di fuori del codice civile; le leggi "complementari" rappresentano, da alcuni decenni, la parte più consistente del nostro volume e vi sono ambiti in cui la disciplina extracodicistica ha assunto maggiore rilevanza, sul piano economico-sociale, di quella tradizionalmente contenuta nel codice civile.

Non sono affatto regole secondarie; si ispirano a logiche differenti da quelle proprie del codice perché frutto dell'azione 'settoriale' di gruppi di pressione, *lobbies*, incuranti degli aspetti di sistema, mosse dall'interesse di patrocinare, in un determinato ambito, la promozione di nuove regole, più confacenti alle mutate esigenze economiche¹³.

¹⁰ Ancora KÖTZ, *op. cit.*, p. 9, rammenta il delicato compito del legislatore di trovare un giusto bilanciamento tra certezza e flessibilità per coadiuvare lo sviluppo ordinato delle regole senza pregiudicare la creatività giudiziale.

¹¹ Una codificazione, ricordava TERRE, *op. cit.*, p. 39, « *commande au temps [...] de suspendre son cours*»; la sua riuscita «*est subordonnée à la réalisation d'une certaine harmonie, établie par le sens du présent, par le rapport au passé, par la prévision de l'avenir*».

¹² IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989.

¹³ GAMBARO, *op. cit.*, p. 516: "da noi le leggi cosiddette speciali essendo negoziate tra i portatori di interesse settoriali ed il potere politico sul piano di un franco mercimonio, non si curavano minimamente di inserirsi, nemmeno sul lato

Sempre meno, in Europa, sul piano editoriale e didattico si parla di diritto civile o di istituzioni di diritto privato. Le pubblicazioni e gli stessi insegnamenti universitari si articolano in modo dettagliato anche in ambiti più tradizionali della codificazione civilistica: diritto di proprietà, diritto di famiglia, contratti, diritto della responsabilità civile, garanzie. La situazione descritta è ben presente anche nell'esperienza-simbolo tedesca.

Anche nell'ambito degli istituti giuridici generali vengono meno i modelli unitari: il divorzio contraddice il modello cattolico della famiglia indissolubile; le convivenze e le unioni civili sono espressione di un modello sociale e giuridico differente da quello della famiglia fondata sul matrimonio; l'adozione contraddice il modello di filiazione legittima e così pure (almeno) alcune forme di inseminazione artificiale; il patto di famiglia contraddice il divieto dei patti successori, e comincia ad emergere qualche dubbio che sia quest'ultimo la regola generale. Nei rapporti patrimoniali, lo studio della parte generale del contratto ci aiuta sempre meno a risolvere i problemi dei singoli contratti tipici (o atipici); la responsabilità civile si articola in tanti modelli differenti¹⁴.

È il tempo del plurale.

Punto di partenza è probabilmente l'intuizione di Salvatore Pugliatti espressa bene nel titolo: "La proprietà e le proprietà"¹⁵. Più di recente si sono organizzati incontri di studio su "La famiglia e le famiglie", e così pure, in ambito contrattuale, si è svolto un

formale, nel sistema giuridico nel suo complesso". Realtà tuttora operativa, anche quando la mediazione non riguarda la regola di interessi economici: la disciplina delle unioni civili ne dà chiara evidenza.

¹⁴ Quindi un processo inverso rispetto a quello descritto da TARELLO, *op. cit.*, p. 471, a proposito della semplificazione normativa introdotta dalle moderne codificazioni, che "doveva passare per due strade tra loro solidali sotto il profilo ideologico: la unificazione del soggetto di diritto e la esclusione dal corpo di diritto semplificato di quante più materie possibile".

¹⁵ Ovviamente non è questa la sede per approfondire il complesso pensiero del giurista siciliano, ma non può non ricordarsi la sua visione dell'ordinamento giuridico come "organico sistema di norme e di principi, che costituiscono insieme una unità" onde l' "esigenza sistematica [...] è retaggio perpetuo della scienza giuridica": PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.* 1941, p. 197 e 198 e ss.

animato dibattito sul “terzo contratto” (con il proliferare delle sigle *B2B*, *B2C*, *C2C*, tutte variazioni della tematica più generale delle “tutele differenziate”).

È sempre più difficile praticare la riconduzione ad unità.

Per questa ragione, alcune esperienze nazionali, ed anche quella italiana, si sono avviate verso la redazione di corpi di norme che comprendono discipline settoriali, sull'esempio francese di una quantità notevole di *code*, con la “c” in minuscolo per non incorrere nella lesa maestà.¹⁶

Questi processi mettono in crisi l'idea originaria del codice, come luogo normativo espressione di regole comuni valide in modo indifferenziato per tutti i cittadini. Il codice civile, inteso come espressione dell'unità giuridica del diritto civile, basata sulla costruzione logica di “*allgemeine Grundsätze und Begriffe als Elemente eines Rechtssystem*” appare decisamente tramontato; ne è prova l'incapacità delle progettate discipline generali ad essere davvero tali, a continuare a rivestire il ruolo loro assegnato.

L'età delle generalizzazioni volge al tramonto?

È bene rinunciare alle generalizzazioni, a vantaggio di un approccio casistico al diritto, ovvero il tramonto riguarda le concrete generalizzazioni costruite nel passato per cui il problema del civilista (del giurista) è oggi la costruzione di (nuove) generalizzazioni, categorie ordinanti, adeguate ai tempi¹⁷?

Io credo che, fuori dal mito, le generalizzazioni siano una tecnica, non certo l'unica tecnica di costruzione del diritto (anche civile). E credo sia opportuno un approccio critico sull'utilità del ricorso a tale tecnica per coniugare giuridicamente il presente nel tentativo di costruire un nuovo ordine.

Uno sguardo retrospettivo rivela che le generalizzazioni comportano un prezzo: oscurare, escludere ambiti sempre più rilevanti nella realtà economico-sociale quando in palese contrasto

¹⁶ Ci si affretta a precisare la grande differenza con il *Code civil*, che ha rappresentato la capacità di ordinare il diritto secondo principi comuni e non la proliferazione di decine e decine di sottosistemi. Questi ultimi però esprimono sul piano giuridico la complessità di regolare nei tempi attuali.

¹⁷ GAMBARO, *op. loc. ult. cit.*, richiama le operazioni di *interpretatio* creativa e la funzione centripeta dei codici.

o contraddizione con logiche codicistiche. Il caso più clamoroso è probabilmente una teoria dei beni che, nella più benevola lettura, continua a trascurare i beni immateriali (energie, oggetto di un frettoloso richiamo solo nel codice italiano; marchi, brevetti, diritti di autore, confinati in altre sedi).

Se la salvaguardia dell'unità del sistema necessita di sempre maggiori amputazioni – allontanamenti/esclusioni di discipline dal codice civile¹⁸ – sorge la domanda se quest'ultimo sia destinato a rimanere al centro del sistema ovvero (si pensi alla migrazione del diritto del consumo) se il diritto civile, come le nostre città, sia diventato policentrico e non possa più riflettersi in un codice civile costruito intorno a solide unità concettuali.

Un tentativo di salvare il salvabile è attribuire al codice civile il ruolo di “fonds commun de notre raison juridique”, a cui si fa ricorso (solo) nel “silence des statuts particuliers”, la ‘codificazione’ settoriale tanto in voga nell’esperienza francese¹⁹. In questo modo – non nuovo, per quel che si è appena detto, e teso ad espungere dal codice civile tutto ciò che non si conforma alle sue simmetrie –, i francesi appaiono ripercorrere i passi della distinzione tedesca tra *allgemeines Privatrecht* e *Sonderprivatrechten*, regole, queste ultime, che “auf besondere Berufsgruppen oder Lebensbereiche beziehen, die wegen ihrer Komplexität und Eigenart einer spezifischen Regelung bedürfen”²⁰. Appare però arduo il compito di recuperare il centro della scena per tale via: si corre il rischio di una parte generale troppo astratta, meramente descrittiva, piuttosto che sintesi efficace delle diversità

¹⁸ Così appare nell’esperienza francese, dove si sostiene ancor oggi che “le droit civil est un droit d’équilibre, pareillement soucieux des intérêts en présence, sans *a priori* favorable à l’une ou l’autre partie. C’est à d’autres codes ou lois qu’incombe le soin de régler la balance contractuelle vers plus d’efficacité ou de sécurité, en fonction des situations juridiques en cause et de l’utilité sociale recherchée”: CATALA, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹ CATALA, *op. loc. ult. cit.*, p. 3.

²⁰ Così KÖHLER, nella *Einführung* al *BGB*, 55 *Aufl.*, 2004, p. X, precisando che, in tal caso, le regole generali si applicheranno “sofern darin keine spezielle Regelung enthalten ist”. Esempi di *Sonderprivatrechten* sono il diritto commerciale, societario, del lavoro, dell’assicurazione, del consumo, della concorrenza, di autore, bancario, finanziario, e così via.

riscontrate nei sottosistemi. E va ribadito il dato di fatto che le leggi speciali, confinate fuori dal codice civile, talvolta regolano ambiti che, quantomeno sul piano economico-sociale, appaiono più rilevanti dello spazio applicativo dell'antica disciplina generale²¹.

I tedeschi hanno cercato una via diversa: inglobare nel codice tutte le più rilevanti discipline dei rapporti tra privati, salvaguardando però un'unità solo testuale, ma non logica, e dove il modello codice finisce per essere sostanzialmente un contenitore di logiche, principi e tutele (rimedi) sensibilmente differenti²².

Il glorioso *allgemeiner Teil* contiene oggi due nuovi paragrafi, il 13 ed il 14, rispettivamente dedicati al *Verbraucher* ed all'*Unternehmer*, accanto alle tradizionali persone fisiche e persone giuridiche. Si afferma che il diritto dei consumatori "soll kein Sonderprivatrecht bilden, sondern in das allgemeine Vertragsrecht eingebunden werden"²³. Numerose *Spezialgesetzen* sono state integrate nel *BGB* al dichiarato fine di combattere la *Zersplitterung des Bürgerliches Rechts*²⁴. Ma questo salva l'unità?

La riforma tedesca ha riportato nel codice civile larga parte di tali leggi speciali, e, pertanto, chi acquista oggi una copia del *BGB* constata che la gran parte del contenuto della pubblicazione è formato da articoli del codice. Ma tale travaso quantitativo non è bastato a celare un fenomeno sempre più evidente: la frantumazione del diritto civile.

La scelta di far confluire nel codice civile nuove materie è talvolta inevitabile, alla luce della rilevanza che esse hanno assunto nel diritto moderno, ma la codificazione non è una mera

²¹ Si pensi al rapporto tra la disciplina della cessione dei crediti di impresa (l. 21 febbraio 1991, n. 52) e quella codicistica della cessione del credito.

²² Un atteggiamento, per dirla con CAPPELLINI, *Il codice eterno - La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in CAPPELLINI e SORDI, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 11 e 64 "di salvare a tutti i costi l'unità del diritto (privato o non) attraverso la tecnica dell'inserzione nei codici di ogni materia dotata di caratteri di specialità", ma - afferma l'A. citando KRONKE - che non restituirebbe al codice la funzione di elemento centrale dell'ordinamento giuridico.

²³ KÖHLER, *op. cit.*, p. XXXI.

²⁴ KÖHLER, *op. cit.*, p. XXVI.

compilazione degli argomenti più rilevanti: essa comporta inevitabilmente – specie quando, come al tempo attuale, si presenta come ri-codificazione – scelte di fondo tra discipline, logiche, categorie già presenti e nuovo da inserire, una capacità di passare al setaccio, selezionando ed assemblando realtà comunque da modificare.

L'esito è piuttosto un nuovo modo di intendere il “sistema”, in ottica necessariamente pluralista, dove convivono anime di diversa natura, ed anche contrastanti e contraddittorie, non sempre riconducibili ad unità superiori e che neppure si lasciano incapsulare nell'alternativa regola-eccezione, perché ciascuna spiega una parte della realtà, quella che regola. Il codice civile moderno dovrebbe essere il luogo del pluralismo giuridico e la sua funzione risiedere nella salvaguardia di tale pluralismo, *ne cives ad arma veniant*. Un pluralismo, che trae alimento dalle crescenti istanze di tutela diversificata, ovvero dall'innovazione tecnologica, che producono regimi differenti, non senza conflitti.

Diventa piuttosto indifferente la scelta se inglobare nel codice nuove materie, ovvero lasciarle lì dove sono, come leggi speciali.

Il codice civile dovrebbe contenere la trama, la piantina che ci consente di muoverci verso, e comprendere, ambiti differenti: nel suo formato moderno, che non può non essere elettronico, dovrebbe contenere una serie di *links* che consentono di passare dal codice all'extracodice.

Ma non si tratta dell'estrapolazione dal sito “normattiva” di tutto quanto possa esistere con rilevanza civilistica. Il problema non è solo quello di garantire la conoscibilità pubblica delle regole che ci governano, ma di creare – semmai giovandosi con cautela estrema dell'intelligenza artificiale – nessi, collegamenti, viatico alla costruzione di nuove categorie non condizionate dalla pretesa dell'onnicomprendività.

L'ambito di lavoro più promettente e sostanzialmente inesplorato appare quello del rapporto tra “tomi e bit” come felicemente descritto in un'opera di oltre un ventennio orsono²⁵, che

²⁵ Il riferimento è alle riflessioni di PASCUIZZI, *Il diritto tra tomi e bit: generi letterari e ipertesti*, Padova, 1997.

ha lanciato la tematica della trasformazione del diritto moderno per effetto delle nuove tecnologie.

4. *Codici civili, giurisprudenza e lex mercatoria.*

Il secondo aspetto di riflessione riguarda un'importante connotazione storica dei processi di codificazione, con riferimento alle fonti. I codici hanno segnato il lungo processo di tramonto della formazione popolare del diritto (attraverso la consuetudine); è caduto il primato della collettività nella produzione delle regole che governano i rapporti tra individui, a vantaggio del primato del potere politico (parlamenti e governi). È ricorrente l'affermazione che, all'indomani della rivoluzione francese e del varo del *Code civil*, si sia affermato il primato della legge sulle altre fonti del diritto fino a stabilire una tendenziale equazione diritto = legge. Questo primato è ben simboleggiato dal ruolo centrale assunto dai codici, dal loro valore ordinante del diritto (di tutto il diritto) in un ambito esteso (civile, penale, ecc.).

Il primato è stato successivamente ridimensionato, ma non a vantaggio dell'iniziativa popolare. Sebbene la fonte legislativa (l'origine politica delle regole) conservi un ruolo di primissimo piano, la produzione dottrinale (origine culturale delle regole) e, soprattutto, giurisprudenziale (origine casistica delle regole) hanno assunto, come già avvenuto in altri contesti temporali, un rilievo decisivo nell'attribuire significato alla norma scritta²⁶. Del pari, il carattere statale del diritto civile è stato affiancato sempre più da una produzione di regole che non derivano dalla sede legislativa, ma dall'esercizio di autonomie private, non solo collettive, nonché nei poteri che la stessa legge attribuisce ad Autorità indipendenti²⁷.

Il rilevato pluralismo delle fonti ha fatto sorgere dubbi che possa davvero conservarsi "l'unità del sistema" di diritto civile²⁸.

²⁶ V. pure CATALA, cit., p. 4-5.

²⁷ Per non tacere dei codici deontologici professionali e di tutto quanto disciplina tali ambiti al di fuori della legge.

²⁸ RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.* 2004, p. 23 e 32 aggiungendo che "il sistema era, e tale è stato per intere generazioni di studiosi, il codice, e più precisamente il codice civile".

Ma procediamo con ordine partendo dalla giurisprudenza.

Non appare più possibile intendere il vero significato di una norma del codice senza conoscere la relativa giurisprudenza²⁹, il cui ruolo è fondamentale, anche più di quello della dottrina – che pure spesso la ispira – nell’attribuire senso ad un precetto normativo in un determinato periodo storico³⁰.

Il codice, da solo, significa poco³¹.

La sua lettura rischia di essere fuorviante se non si considera l’evoluzione giurisprudenziale nell’interpretazione delle norme. Quando si dice diritto, si dice codice e giurisprudenza sul codice: non è più possibile descrivere il rapporto tra legge e giurisprudenza in termini di primato della prima sulla seconda, piuttosto che in termini di concorrenza nell’attribuzione di significati.

Sotto altro aspetto si parla di vere e proprie creazioni giurisprudenziali (*richterliche Rechtsfortbildung*, ovvero *Richterrecht*), che talvolta colmano lacune della norma scritta.

Sul piano più generale, ciò significa la fine del primato del potere politico-legislativo nella produzione delle regole, affidate ad un’attività congiunta – con inevitabili frizioni istituzionali – del legislatore e della magistratura (per non tacere della prassi di messa in mora del legislatore da parte della Corte costituzionale prima di dichiarare l’incostituzionalità di norme, che lascerebbero vuoti normativi incolmabili).

Se il rinnovamento giuridico non avviene esclusivamente attraverso interventi del legislatore, ma anche attraverso il mutamento degli orientamenti giurisprudenziali, l’adeguamento delle regole del diritto scritto alla giurisprudenza diventa attività necessaria per ristabilire coerenza tra scritto ed interpretato. Ma, alla fine, l’intervento legislativo è spesso un atto di ratifica dell’evoluzione giurisprudenziale: il nuovo diritto scritto è in buona

²⁹ Con buona pace della metafora di chiarezza del *Code civil* che doveva essere compreso da ogni cittadino francese: miti di cui si è fatta giustizia da tempo, cfr. GAMBARO, *op. cit.*, p. 526 ss.

³⁰ KÖHLER, *op. cit.*, p. XXI, che illustra come già all’epoca del *Kaiser* “neben den Gesetzeswortlaut trat zunehmend das Fallrecht als Rechtsquelle”.

³¹ Il discorso non riguarda ovviamente il solo codice, ma tutta la legge scritta, il diritto espresso in forma legislativa.

parte l'enunciato, in forma legislativa, di regole affinate dalla giurisprudenza sulla base del precedente diritto scritto (legislativo). Si è così riscoperto il ruolo del diritto giurisprudenziale di creatore di ordine attraverso la soluzione di controversie con le quali la collettività pone problemi talvolta complessi ed innovativi³².

Larga parte delle moderne riforme dei codici civili è stata mossa da tale esigenza. Piuttosto che una poderosa opera di rinnovamento giuridico, si è prevalentemente trattato di tenere il codice *up-to-date*, anche se non sono mancate innovazioni (e pure di un certo clamore, come la recente rinuncia del sistema francese alla categoria della causa, che sembrano avvicinare gradualmente i sistemi europei, smussandone alcune differenze marcate).

Se il ruolo della giurisprudenza è divenuto sì importante, non sarebbe il caso di porre qualche regola (o enunciare regole non scritte) in materia? Oppure vogliamo continuare a muoverci nel solco di una tradizione che evita per quanto possibile di interferire con l'*ars interpretandi*?

Qualche importante tendenza verso la disciplina comincia ad emergere: le regole CEDU sul giusto processo non sono forse una disciplina dei tempi dell'*ars interpretandi* nella singola controversia? La stessa giurisprudenza avverte il problema di tutelare la collettività (compresi gli investimenti economici) dal rischio di un cambio improvviso delle regole per intervento del potere giudiziario (ancor più rischioso perché necessariamente retroattivo, esprimendosi su fatti già accaduti)³³.

³² Si è così ripercorsa a ritroso la strada che ha portato a concepire i codici moderni, come forma di reazione ad una produzione giuridica a base prevalentemente giurisprudenziale, "modello di creazione ed amministrazione del diritto che [...] era fallito": così GAMBARO, *op. cit.*, p. 522 e 523, aggiungendo che questo progetto "si incarnò in un testo solo quando si alleò con la sapienza giuridica tradizionale" con "il ritorno sulla scena dei professori dopo quasi due secoli di eclissi. [...] in Francia ed in Italia, prima dei codici gli scrittori di cose giuridiche erano forensi e non professori".

³³ Gli studiosi di diritto comparato hanno da tempo indicato interessanti sviluppi nell'ambito del *common law*, segnatamente la tecnica dell'*anticipatory overruling*, che ha fatto breccia nella Corte costituzionale italiana: MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 300 ss.

Un altro problema dibattuto da tempo è garantire una maggiore trasparenza dell'attività decisionale della magistratura, che, nel modello del *common law*, non prevede il segreto della camera di consiglio. Queste problematiche appaiono più generali rispetto al tema della riforma del codice civile, ma io credo che possano costituire la parte moderna di quelle 'preleggi', tradizionalmente anteposte al codice civile, che la riforma del diritto internazionale privato ha sensibilmente mutilato rispetto all'originaria dimensione ed impostazione.

La fine dell'assolutismo legislativo è anche determinato da fenomeni di produzione extrastatuale delle regole, che hanno preso le mosse dalla contrattazione collettiva in ambito lavoristico.

Da alcuni decenni i giuristi si misurano con il potere normativo dell'impresa ed oggi questa dimensione è accresciuta dal gigantismo di gruppi che presentano fatturati superiori a quelli di uno Stato nazionale. La *lex mercatoria*, denominazione che invero comprende fenomeni di varia manifestazione, ha preso ad interessare i giuristi, che dedicano ad essa studi considerevoli. E' stato scritto autorevolmente che questo "modo di regolamentare rapporti nelle cerchia di determinate categorie sociali [...] porta con sé la tentazione e il pericolo di un nuovo settore di legge disuguale. [...] Essa determina, se non zone di immunità e privilegio, certamente un diritto speciale, in contrasto con il principio dell'uguaglianza formale, cui tutta la codificazione civile era ispirata, e in contrasto con il programma – forse con l'illusione e l'utopia – dell'uguaglianza formale come premessa e strumento di un possibile uguaglianza sostanziale"³⁴. E si è espressa la convinzione che la formula "ordinamento giuridico" ricorrente in alcune norme-cardine del codice civile (832, 1173, 1322) possa essere "utile a constatare la caduta del primato della legge [...] fino ad arrivare a tutti quei fenomeni di produzione del diritto che si collegano all'esercizio di autonomie sociali, collettive"³⁵.

Si tratta forse di articolare in modo diverso la libertà contrattuale, rispetto alla prospettiva dell'art. 1322 c.c. Autorità

³⁴ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 27 e 28.

³⁵ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 30.

indipendenti e azione di classe (appena estesa oltre l'ambito della tutela del consumatore) costituiscono l'emergere di una nuova dimensione nella tutela dei diritti (*remedies*), parte 'nuova' del codice civile attuale.

5. *Codici civili e territorio: unità nazionale e diritto privato europeo.*

Il terzo aspetto si collega al binomio codice-nazione.

Le grandi codificazioni ottocentesche, e così pure quelle successive, hanno avuto tutte un carattere marcatamente nazionale. La codificazione nazionale era volta ad eliminare la sussistenza sul territorio della nazione di differenti diritti locali (di *Vereinlichung des Bürgerlichen Rechts* si è parlato in Germania)³⁶. Il diritto civile ordinato nel codice era il diritto civile nazionale, e spesso seguiva l'unificazione nazionale (così in Italia e Germania): l'unificazione del diritto nazionale si attuò con i codici civili, con la costruzione di categorie ordinanti che riflettevano l'elaborazione della scienza giuridica dell'epoca³⁷. Nessun tentativo di creare una codificazione su scala più ampia (ad esempio, il codice italo-francese delle obbligazioni) ha avuto successo, sebbene la radice del diritto comune, adattata alle necessità dei tempi, sia stata presente e rilanciata da voci autorevoli, già all'indomani del varo del codice civile attuale³⁸.

Il carattere nazionale è ancora oggi indubbiamente prevalente nel diritto civile, anche al livello della formazione e degli studi del giurista, ma l'esistenza di una legislazione civilistica di rilievo, emanata a livello sovranazionale, è un dato di fatto: gli interventi dell'Unione europea nel diritto civile hanno conosciuto un notevole incremento a partire dagli anni ottanta del secolo passato ed investono non più solo discipline settoriali e più o meno 'innovative' (multiproprietà, credito al consumo, contratto di

³⁶ KÖHLER, *op. cit.*, p. XII, afferma che "Den Verfasser des BGB ging es in erster Linie um die Herstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts".

³⁷ GAMBARO, *op. cit.*, p. 529.

³⁸ VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, p. 481 e 490.

viaggio organizzato, ecc.), ma anche discipline tradizionali e centrali del codice civile: vendita, condizioni generali di contratto, termini di pagamento, ecc.

Un ulteriore legislatore genera norme civilistiche; un ulteriore giudice ha il potere di interpretarle: entrambi non hanno più la marca della nazionalità.

La novità ha grande rilevanza: il rapporto del codice con il territorio è mutato e ciò vale, sia, come nel caso dell'esperienza francese ed italiana, quando si opti per una sistemazione della materia che non tange il codice civile – disciplinare separatamente la materia della protezione del consumatore, dove tuttora si annida la gran parte degli interventi europei nel diritto civile - sia quando si opti per la soluzione opposta.

Significativa, a quest'ultimo proposito, è la riforma del *BGB*, accennata nel paragrafo iniziale. La *Schuldrechtsmodernisierung* è consistita in buona parte nell' inserimento nel codice tedesco di leggi speciali di recepimento di direttive comunitarie. L'innesto del diritto unionista nel codice civile è occultato dalla forma della legislazione nazionale di recepimento, ma non nasconde un aspetto di notevolissimo rilievo: i codici civili non sono più esclusivamente nazionali, ma contengono, al loro interno, discipline fortemente omogenee tra Stati membri (dato lo scarso ambito di libertà concesso dal legislatore europeo ai legislatori nazionali nel recepimento delle direttive privatistiche).

Formalmente, tale aspetto non traspare: i codici civili si presentano come codici di una nazione e nessuna differenza è riscontrabile tra norme di origine nazionale e norme di origine unionista.

È questo il frutto di un intervento normativo basato essenzialmente sulle direttive, in cui il testo europeo va travasato nel diritto nazionale: diventa articoli di legge nazionale, con modifiche consentite al legislatore nazionale e tese a salvaguardare un margine di discrezionalità invero, come accennato, abbastanza ristretto.

Nondimeno, il diritto civile – il codice civile, quando le sue regole sono contenute nella forma codice, o la legislazione nazionale – ha tratti sempre più pronunciati di transnazionalità.

L'innesto di discipline unioniste nel diritto civile – spesso frutto di compromesso tra modelli nazionali di riferimento – rappresenta talvolta un elemento di rottura, difficilmente armonizzabile con la restante normativa (nazionale), specie in quelle nazioni, come l'Italia, il cui diritto poche volte si erge a modello di riferimento del legislatore europeo.

Anche il circuito interpretativo non appare omogeneo: pur non sottratto al livello nazionale, dovrà necessariamente adeguarsi alle decisioni dei giudici europei.

In questo ambito sono maturate numerose regole, e condivise, soprattutto al livello giurisprudenziale, ma non si è ancora arrivati ad un testo comprensivo di tali regole, che esprimerebbe bene la loro centralità in un diritto (civile), e non solo, dove le regole di derivazione sovranazionale (penso non solo all'Unione europea, ma pure alla Cedu) sono divenute rilevanti ed il problema dei rapporti tra diritto nazionale e sovranazionale ha pure acquistato crescente rilevanza.

Il suggerimento è di evitare una riforma nazionalistica ed optare per un rinnovamento giuridico che si connoti (con caratteri di originalità rispetto alle precedenti, celebrate, riforme codicistiche nazionali) proprio per affrontare la tematica centrale del rapporto tra codici civili nazionali e diritto privato unionista.

Emergerebbe ancor più la rilevata complessità e pluralismo del diritto civile moderno, questa volta con riferimento ai diversi ambiti territoriali di formazione delle regole, che sottintendono funzioni diverse del loro operare.

Si vuol dire, riprendendo l'*incipit* del presente paragrafo, che il binomio codice-nazione non è più proponibile nei termini tradizionali e che un moderno codice non dovrebbe ignorare il delicato rapporto tra le normative nazionali e quelle ad ambito più esteso.

Un aspetto collegato, ma differente, può solo accennarsi in questo frangente. Come è noto, numerosi progetti, di matrice dottrinale, sono stati sviluppati per la costruzione di normative unioniste di diritto civile ben più vaste degli interventi legislativi attualmente realizzati. Intendo riferirmi alla stagione, ormai declinata, dei progetti per una disciplina europea del diritto civile,

ovvero ristretti all'ambito della parte generale del contratto, ed infine approdati ad un regolamento europeo del contratto di vendita, anch'esso definitivamente tramontato alla luce dell'ostilità degli Stati membri.

A fronte della fase regressiva dei progetti di disciplina comune europea, si è assistito, in contemporanea, ad una fase progressiva di rilancio e *restyling* dei codici civili nazionali.

I due fenomeni non sono contrapposti: entrambi prendono atto di una visione non più nazionalistica del diritto civile, che influenza il legislatore *in pectore* del XXI secolo quando si accinge a porre le mani sui codici civili.

Chi si cura di leggere la *Présentation générale de l'avant-projet* francese di riforma del diritto patrimoniale (che ha preceduto la riforma del 2016), curata da Pierre Catala, non può non rilevare il riferimento al "travaux de M. Landö". Si tratta dei ben noti Principi di diritto contrattuale europeo, e l'attenzione è volta all'analisi dei punti di convergenza e divergenza delle proposte regole europee rispetto agli ultimi sviluppi del diritto francese, tesi a riformare una larga parte del codice civile, inerente agli aspetti di diritto patrimoniale. Il bilancio, come afferma Catala, "apparaît mitigé". Non si manca di rilevare le *convergences appréciables* ma, direi soprattutto, i punti di differenza, quali la disciplina della causa (poi oggetto di rinuncia nel progetto definitivo) e, più in generale, i maggiori poteri del giudice nel contratto e quindi una "judiciarisation des contrats" non condivisa da larga parte dei civilisti francesi. Non si mancava di esplicitare che l'*avant project* mirava a dotare la Francia di un diritto civile adeguato ai tempi e, nello stesso tempo, a dare "une voix dans le concert européen"³⁹.

Questi aspetti la dicono lunga su un'anima neppure nascosta dei processi di rinnovamento dei codici civili nazionali, ma che probabilmente riveste importanza in prospettiva non brevissima. Un filo conduttore ha unito l'avversione di Legrand verso la forma codice, la critica feroce di Laquette contro i progetti di Monsieur von Bar, i poderosi lavori di marca tedesca per la costruzione di un diritto privato europeo, le cennate considerazioni di Catala (oltre ai

³⁹ CATALA, *op. cit.*, p. 6.

sempre più numerosi progetti che sono fioriti in ogni dove, per lo più tesi ad enucleare principi comuni a livello europeo in quasi tutti i campi del diritto civile).

È il segno di un dibattito e di un lavoro – quello sul rinnovamento del diritto civile – che non è più orientato da caratteri esclusivi di nazionalità, ma che riflette una competizione per il predominio culturale europeo: chi vuol essere signore del diritto ha da misurarsi (almeno) a livello europeo. È la volontà ed il disegno di modellare – *recte*: influenzare – dal basso, facendo valere le proprie tradizioni culturali (nazionali), il processo di estensione del diritto civile fuori dall'ambito nazionale.

Il codice, ossia il vestito del diritto civile nella tradizione di *civil law*, non potrà non risentirne, anche se appare prematuro preconizzare il punto di arrivo di tale lento percorso.

GIOVANNI MARIA UDA
Professore ordinario di diritto privato
Università di Sassari

LA BUONA FEDE NELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO TRA CLAUSOLE E PRINCIPI GENERALI

SOMMARIO: 1. Il sintagma «buona fede»: la classica distinzione tra buona fede soggettiva e oggettiva. – 2. Clausola generale e principio generale di buona fede. – 3. La «concretizzazione» della buona fede nell'esecuzione del contratto. – 4. Il ruolo del principio generale di buona fede nel processo di concretizzazione della buona fede *ex art. 1375 c.c.* – 5. Il principio solidaristico. – 6. Gli interessi pubblici tutelati. – 7. L'integrazione del contratto secondo buona fede. – 8. *segue*: l'efficacia integrativa della buona fede. – 9. L'applicazione giurisprudenziale della buona fede *ex art. 1375 c.c.*

1. *Il sintagma «buona fede»: la classica distinzione tra buona fede soggettiva e oggettiva.*

La nozione di «buona fede» ha assunto ai giorni nostri una particolare rilevanza nell'ambito dell'intera esperienza civilistica¹, con

¹ E non solo nelle materie privatistiche: si veda al proposito il rilievo assunto nel diritto tributario (tato da essere espressamente prevista dall'art. 10 della Legge 27 luglio 2000, n. 212, c.d. Statuto dei diritti del contribuente), generalmente in un più ampio quadro di analisi relativo alla figura dell'abuso del diritto. In dottrina, tra i vari, v. spec. TRIVELLIN, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Milano, 2009; MARCHESELLI, *Elusione, buona fede e principi di diritto punitivo*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 407 ss.; ID., *Affidamento e buona fede come principi generali del diritto procedimentale e processuale tributario: uno spunto in materia di obbligazioni solidali e plurioggettività*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 439 ss.; ID., *Indagini tributarie «a trabocchetto» e buona fede, diritto di assistenza del difensore, illegittimità istruttorie e utilizzabilità della prova*, in *Riv. dir. trib.* (on line), 2009, p. 1 ss.

È giusto il caso di notare, per evitare equivoci, che la buona fede prevista dall'art. 10 della legge n. 212/2000, nonostante sia espressamente qualificata dallo

specifico riguardo alla materia contrattuale. Una rilevanza evidente, come si dirà a breve, sia sotto il profilo sistematico e ricostruttivo, sia anche sul piano applicativo.

Una siffatta situazione non poteva essere prevista già solo trenta anni orsono, quando ancora la figura di buona fede alla quale era riconosciuta una effettiva valenza normativa era quella della *buona fede soggettiva*². Al contrario la *buona fede oggettiva* era vista come un concetto idoneo a esprimere essenzialmente un valore etico e morale, genericamente indicato come «principio di buona fede», la cui violazione presupponeva l'inadempimento della prestazione contrattuale principale³, così identificandosi nell'inadempimento medesimo e riducendo detto principio a un vero e proprio pleonasma privo di valenza funzionale.

stesso «Statuto», come le altre norme dello stesso, come «principio generale», in realtà mantiene il rango di disposizione di legge ordinaria, e non assume di per sé un rilievo costituzionale (così, in generale sulle disposizioni della Legge n. 212/2000, Corte cost. 27 febbraio 2009, n. 58; Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 41, e i precedenti ivi indicati).

² Intesa come lo stato gnoseologico di errore di chi, ledendo un altrui diritto, non ha cognizione della anti giuridicità della propria condotta. In questo senso la buona fede soggettiva è da considerare come elemento di una fattispecie, caratterizzata sotto il profilo soggettivo – e ancor meglio «gnoseologico», perché attinente alla sfera di conoscenza – dallo stato di errore del soggetto agente. Da questo punto di vista, lo stato di buona fede soggettiva attiene alla sfera del *fatto*, concorre al perfezionamento di una fattispecie produttiva di effetti vantaggiosi (o quantomeno *non svantaggiosi*), e comunque favorevoli, nei confronti del soggetto che, per l'appunto, versa in buona fede. Tra queste fattispecie ricadono, ad esempio, gli artt. 1147, 1148, 1189, 1415, 1445 c.c. Sul punto, nella prospettiva della differenziazione con la buona fede oggettiva, v. il nostro precedente lavoro *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 1 ss., ove riferimenti.

³ V. ad esempio Cass., 18 febbraio 1986, n. 960: «La buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico [...]», per cui «l'inadempimento esprime indubbiamente una posizione contrastante col principio della buona fede nell'esecuzione del contratto. Non può pertanto ravvisarsi un'obliterazione del suddetto principio della pronuncia [...] che ha messo in risalto [...] l'inadempimento, preminente ed assorbente, di una delle parti, a cui soltanto si è fatta risalire la responsabilità del mancato funzionamento del sinallagma contrattuale».

Sotto il profilo più strettamente normativo, alla buona fede (oggettiva) prevista dall'art. 1375 c.c. era attribuita una sorta di natura «programmatica», di modo che essa avrebbe assunto una propria rilevanza nell'ambito dei rapporti contrattuali solo se specificata mediante la previsione normativa di obblighi determinati⁴.

Ciò che appariva certo ed acquisito, in quel periodo, era proprio la distinzione netta tra la nozione di buona fede soggettiva da un lato, relativa al *fatto*, ossia all'*essere*⁵, e connessa al perfezionamento di una fattispecie⁶, e quella di buona fede oggettiva dall'altro lato, relativa a un precetto normativo, ossia al *dover essere* (vale a dire al *doversi comportare secondo buona fede*), alla quale però – si è appena detto – non veniva individuata né una autonomia normativa, né una operatività funzionale.

Nel tempo, comunque, l'attenzione della dottrina per le clausole generali nel loro complesso, e per la clausola di buona fede in particolare, si è accresciuta progressivamente, e allo stato attuale gli

⁴ Cfr. Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I,1287, con nota di RODOTÀ; Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610. Per ulteriori riferimenti v. UDA, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 186.

⁵ Cioè all'esistenza dello stato gnoseologico di errore (*supra*, nota 2).

⁶ Ancora *supra*, nota 2.

scritti non solo sulla buona fede ma anche – e soprattutto – sulle categorie giuridiche dei *principi generali*⁷ e delle *clausole generali*⁸ hanno dato luogo a una vastissima letteratura.

⁷ Oltre agli autori indicati nelle note seguenti, v. specificamente, tra i tanti, a partire da DEL VECCHIO, *Sui principî del diritto* (prolusione al corso di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma, 1920), ora in *Riv. it. Sc. Giur.*, 2017, f. 8, p. 16 ss.; ID., *Sui principî generali del diritto*, Milano, 1958; CRISAFULLI, *A proposito dei principî generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus* 1940, p. 197; BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, 1968, XIII, p. 891 ss.; BARTOLE, v. *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 509 ss.; FALZEA, *I principî generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 455 ss.; RESCIGNO, *Sui principî generali del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 380 ss.; ALPA, *I principî generali*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006; e per una analisi circa la evoluzione della stessa figura dei «principi generali» ID., *CESL, diritti fondamentali, principî generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 147 ss.; ID., *I principî generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 957 ss.; LIPARI, *Intorno ai principî generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 27 ss.

L'argomento ha, nel tempo, costantemente suscitato un forte interesse nella comunità scientifica, dando luogo ciclicamente a sentiti confronti convegnistici: per una ricostruzione v. ancora BARTOLE, *I principî generali fra due Convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in *Riv. it. Sc. Giur.*, 2014, num. spec. (Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014: *I principî nell'esperienza giuridica*), p. 3 ss.

⁸ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle «clausole generali»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss, ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 165 ss. (e per una rilettura NIVARRA, *Clausole generali e principî generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 411 ss.); RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.; BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e diritto*, 2007, p. 443 ss.; VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; e, anche con specifico riferimento alla distinzione tra clausole generali e principî generali, VETTORI, *Regole e principî. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 124 ss.; S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 241 ss.; D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017; M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principî e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Odc*, 2018, f. 2, p. 1 ss. (online); RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018; FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021.

La ricerca su argomenti di così vasta portata talora ha riguardato eminentemente aspetti teorici, relativi all'essenza propria delle categorie in questione, anche in connessione a figure e categorie concettuali di natura filosofica, morale o politica; talaltra si è limitata ad affrontare, pur sempre all'interno di un impianto teorico teso alla ricostruzione di un sistema giuridico, le questioni di più immediata rilevanza applicativa.

Il presente lavoro intende seguire questa seconda impostazione, in coerenza ai nostri precedenti contributi in materia di buona fede⁹, limitandosi a verificare lo stato di operatività della nozione di buona fede (oggettiva) nella fase della esecuzione del contratto, così come espressamente prevista dall'art. 1375 c.c.

2. Clausola generale e principio generale di buona fede.

Come si è detto, attualmente, nonostante le difficoltà di individuazione di criteri univoci¹⁰, sembra acquisita la distinzione tra le nozioni di *clausola generale* e *principio generale*¹¹ – cosa che non poteva dirsi scontata in precedenza – e ciò ha consentito di fare chiarezza anche in ordine alla figura della buona fede, distinguendo, per l'appunto, la clausola generale di buona fede dal principio generale di buona fede.

⁹ Oltre ai lavori citati note 2 e 4, v. anche *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 365 ss.; e *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 301 ss.

¹⁰ S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 249 s.

¹¹ È perlomeno quanto emerge dalle letture dei più recenti contributi in argomento, nei quali sembra ormai superata la tendenza – che in parte persiste in giurisprudenza – a utilizzare i sintagmi «principi generali» e clausole generali» come sinonimi. Per una chiara autonomia della figura della clausola generale, oltre agli autori di cui alla nota 8, v. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, cit.; ID., *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, fasc. 2, 2018, p. 19 ss.; tra gli altri v. anche D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 247 ss.; già in precedenza ID., *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, p. 427 ss.; SENSALE, *Il Contratto al servizio (anche) della pratica giudiziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1140 ss.

Il principio generale di buona fede, dal canto suo, trova fondamento, non solo nella tradizione storica¹², ma anche nell'iterazione normativa della clausola generale di buona fede, data dal frequente richiamo che di essa clausola viene fatto anche nello stesso codice civile¹³; così come nella spinta proveniente da esperienze culturali e di studio comuni con ordinamenti vicini al nostro¹⁴.

Inoltre, l'individuazione di un principio generale di buona fede è stata agevolata, in epoca più recente, dall'espressa previsione normativa che dello stesso principio (non della clausola) è stata fatta ad

¹² Il riferimento, chiaramente, è al diritto romano e alla figura della *bona fides*, ampiamente studiata dalla dottrina romanistica: tra i tanti contributi v. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961; TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), IV, a cura di Garofalo, Padova, 2003, p. 3 ss.; CARDILLI, *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina*, *ivi*, I, p. 283 ss.; FIORI, *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* (Parte prima), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, p. 127 ss.; ID., *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* (Parte seconda), *ivi*, IV, 2011, p. 97 ss.; ID., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, *ivi*, III, 2008, p. 237 ss.; recentemente PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: La disciplina generale del contratto*, Torino, 2018, p. 59 ss., ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

¹³ UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, *cit.*, p. 76 s.; in questo senso anche RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 495 ss. V. anche *infra*, nota 64.

¹⁴ Con specifico riguardo ai principi *UNIDROIT* e ai *PECL* v. ancora la nostra trattazione *loc. cit.*, p. 78 ss., e più in generale sull'esperienza europea VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 915 ss.; lo stesso si può dire per la *CESL* (su cui STANZIONE, *Il Regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Contr.*, 2012, p. 629 ss.; SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 609 ss.) e la *CISG* (PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 991 ss.).

Per un'indagine della clausola di buona fede in chiave comparatistica cfr. MUSIO, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in *Comparazione e diritto civile* (online), 2010, p. 1 ss.; con più specifico riferimento all'esperienza europea RICCI, *Buona fede e rimedi*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p. 632 ss.

opera della disciplina legislativa di alcuni settori del diritto che in precedenza ne erano privi¹⁵.

In quest'ultimo caso, il richiamo normativo alla buona fede è teso non a definire un precetto giuridico atto a regolare uno specifico fenomeno che la norma stessa indica o presuppone (come invece accade per la clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, che è diretta a operare all'interno del contratto), bensì a sancire formalmente la rilevanza giuridica, sul piano sistematico, dell'interesse altrui (*i.e.*: dell'interesse contrapposto).

In questo modo il principio generale di buona fede realizza, nell'ambito del sistema di riferimento, un valore che, in termini generali, si potrebbe definire di *considerazione altruistica*¹⁶, imponendo una siffatta considerazione nelle dinamiche del sistema medesimo¹⁷.

Tramite il principio generale di buona fede, così caratterizzato dal valore suddetto, sono predisposti e selezionati, all'interno di un dato sistema giuridico¹⁸, dei modelli applicativi generali che ad esso principio si conformano, ed esclusi, al contrario, quelli che dal principio generale si discostano.

Si tratta, a nostro avviso, della modalità operativa propria di tutti i principi generali, i quali, a fronte di modelli applicativi tra loro alternativi, plausibili da un punto di vista logico e argomentativo, spingono verso l'adozione del modello ad esso conforme, rispondendo

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 10 della L. 27 luglio 2000 n. 212 (c.d. Statuto del contribuente); e più recentemente all'art. 1, comma 2-*bis* della L. 7 agosto 1990, n. 241, così come introdotto dall'art. 12 D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. L. 11 settembre 2020, n. 120). Appare significativo, al proposito, come quest'ultima norma, nella quale è stato inserito il riferimento testuale alla buona fede, sia rubricata «Principi generali dell'attività amministrativa», e che la stessa buona fede sia qualificata come «principio».

¹⁶ Sul rapporto tra principi generali e valori v. sinteticamente ALPA, *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, cit., p. 150 ss.

¹⁷ In questo senso si ha la conferma di come l'ambito di operatività del principio generale di buona fede è costituito, non da un singolo fenomeno, bensì dall'intero sistema giuridico a cui si riferisce.

¹⁸ Quale può essere, si è detto, un sistema giuridico settoriale, come è il sistema relativo al contratto in generale, ma anche un sistema di più ampia portata come il sistema fiscale.

all'esigenza di salvaguardare e realizzare i valori intesi come essenziali al sistema giuridico di riferimento¹⁹.

In questo senso il principio generale non si pone come *regola* ma come criterio di individuazione delle regole²⁰. Ciò accade, generalmente, lungo le linee funzionali del principio generale: quelle che si sviluppano sulla capacità che esso ha sia di incidere sulla interpretazione della legge²¹, sia di fondare modelli applicativi analogici²²,

¹⁹ Per il rapporto dinamico intercorrente tra l'argomento e il valore v. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, p. 51 ss.; GENTILI, *Prologo*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 5: «i valori [...] sono [...] fattori del ragionamento giuridico aperti, per la loro intrinseca vaghezza, a molte valutazioni...».

²⁰ Il che significa che dal principio generale può essere tratta una norma, partecipando così il principio generale a un processo nomogenetico: ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss., spec. p. 1039 ss.

Sulla distinzione tra «regola» e «principio», oltre agli autori citati *supra*, alla nota 8, i quali in vario modo affrontano il nodo di una tale distinzione, v. l'approfondito esame di D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss., spec. p. 470 ss. In origine BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 887 ss.

²¹ Si tratta essenzialmente di una funzione interpretativa *assiologica*, in quanto esprime e realizza il valore che è proprio del principio generale, ma anche *sistemica* ove consente alle norme di operare congiuntamente e organicamente verso l'obiettivo che di tale sistema è proprio. La letteratura in argomento è amplissima: tra i tanti v., ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, cit., spec. p. 964. V. anche *infra*, nota seguente.

²² Posta la funzione interpretativa del principio generale, qualora nell'ambito del sistema difettino tali norme, creandosi così una lacuna normativa, il principio generale è idoneo a fondare un modello applicativo di tipo analogico: per entrambe le funzioni che possono essere assolte dai principi generali, v. estesamente, anche per una lucida ricostruzione storica, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 43 ss.

Sul fondamento di modelli analogici ad opera dei principi generali alcuni cenni erano già presenti nel precedente lavoro *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 71.

Per una diversa e più ampia funzione del principio generale (e segnatamente del principio generale di buona fede), nel senso di dell'utilizzo di questo in «funzione oppositiva al dato normativo» cfr. VENTURELLI, *Principio di buona fede e inadempimento "anticipato"*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 89 ss., spec. p. 94 ss.

così come di svolgere una più ampia funzione di armonizzazione del sistema²³.

In sintesi, il principio generale nel suo genere sorge e si consolida rappresentando istanze ed esigenze sociali condivise, aventi un respiro sistematico non limitato alla portata normativa della regola. Nondimeno, per quanto possa apparire paradossale, esso può anche trovare un espresso riconoscimento in una disposizione di diritto positivo²⁴, il che sembra avvenire generalmente quando il suo recepimento in alcuni settori dell'ordinamento ha dato luogo a linee operative e modelli applicativi che nel tempo si sono consolidati; per cui tramite la previsione normativa del principio medesimo, si mira all'ampliamento, e ancor più, se si vuole, al consolidamento, della sua capacità «ordinante».

Il principio generale si delinea, peraltro, anche in relazione all'impulso della dottrina²⁵, tramite la quale, tali esigenze sistematiche trovano una collocazione anche di ordine ricostruttivo, facendo emergere la portata funzionale del principio medesimo rispetto alle norme positivamente poste indirizzandone – si è detto – la loro interpretazione e applicazione. Al contempo – come già si è anticipato – le stesse norme, quando reiterino sotto diverse prospettive, e relativamente a diversi fenomeni, un precetto che risponde a una medesima esigenza d'ordine, concorrono a enucleare un conforme principio generale.

²³ Cfr. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in Mezzanotte (a cura di), *Le libertà fondamentali dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 9 ss., spec. p. 39.

²⁴ V. *supra*, note 14 e 15.

²⁵ E in generale, si può dire, della tradizione giuridica: sulla funzione della tradizione, con particolare riferimento alla nozione di ragionevolezza, v. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*², Milano, 2016, p. 29 ss. Ciò, d'altro canto, può anche costituire un limite in quanto il giudice nazionale, ai fini della concretizzazione della clausola generale eventualmente rinvenibile nei testi normativi di derivazione comunitaria, può limitarsi alla tradizione dell'ordinamento interno, mettendo in secondo piano l'esigenza di armonizzazione: ancora S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 245.

Ed è quanto succede, a nostro avviso, anche con riguardo al principio generale di buona fede, il quale trova una delle sue dinamiche costitutive – se così vogliamo chiamarle – nella *iterazione normativa*²⁶ della clausola di buona fede²⁷, dalla quale traspare, nell'ambito del sistema di disciplina del contratto in generale, una esigenza di coerenza del comportamento, che si mantiene costante durante l'intera vicenda contrattuale²⁸. Si tratta, più precisamente, sia di una esigenza (soggettiva) reciproca delle parti contraenti, sia di una oggettiva esigenza di natura disciplinare, tesa a conferire stabilità giuridica ai rapporti economici e di scambio.

In quest'ottica, la clausola generale di buona fede, o meglio le clausole generali di buona fede, quali previste dalle diverse norme di legge, dando luogo a un fenomeno di iterazione normativa, si pongono alla base del principio generale di buona fede, concorrendo alla sua costituzione.

Così sintetizzata la figura del principio generale di buona fede, si può ribadire la netta distinzione tra la clausola generale di buona fede e il principio generale di buona fede. Infatti, la prima, proprio in quanto clausola generale, non solo ha un necessario fondamento normativo²⁹, che non è richiesto, si è visto, al principio generale, ma

²⁶ L'iterazione normativa, pur rilevante ai fini della configurazione di un principio generale, non è ritenuta sufficiente da OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 476 s.

²⁷ Non è, dunque, la clausola generale di buona fede che discende – per così dire – dal principio generale di buona fede (come pure ci è stato erroneamente attribuito: *infra*, nota 61), ma è l'esatto contrario: è il principio generale di buona fede che trova, se non il fondamento, quantomeno uno dei fondamenti, e certamente impulso, nella iterazione normativa della clausola generale di buona fede nell'ambito del sistema giuridico dei contratti in generale (v. anche *supra*, nota 13 e *infra*, nota seguente).

²⁸ Questa affermazione è comune: riguarda la fase della formazione (art. 1337 c.c.), interpretazione (art. 1366 c.c.), esecuzione (art. 1375 c.c.) del contratto, ma emerge anche relativamente alla eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), alle clausole abusive (art. 33 D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; già art. 1469-*bis* c.c.).

²⁹ È discusso se la clausola generale sia «norma» o «parte di norma»: in argomento v. chiaramente VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, cit., p. 24. È nota l'espressione di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10, per il quale «le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme».

rispetto a quest'ultimo svolge una diversa funzione: essa, cioè, assume una valenza immediatamente precettiva, stabilendo una regola autonomamente applicabile al caso concreto³⁰.

La clausola generale, nonostante configuri una norma precettiva, assume una connotazione completamente diversa dalle norme a fattispecie determinata³¹, giacché sotto il profilo dell'enunciato normativo non descrive gli elementi costitutivi di un fatto, nella cui specie astratta viene sussunto un fatto concreto³². La formula della norma giuridica che «contiene» la clausola generale si limita – se così vogliamo dire – ad enunciare un concetto «ampio», elastico, privo di valenza descrittiva, ma idoneo a stimolare il riferimento a un *valore*³³, il quale dal canto suo si esprime come valore ordinante, sebbene in termini non immediatamente definiti sotto il profilo funzionale. Ed è in questo senso che la clausola generale, sempre che non

³⁰ L'avverbio «autonomamente» sta a significare la diversa modalità operativa della clausola generale rispetto al principio generale, la cui funzione applicativa – come si è visto nel paragrafo precedente – passa attraverso l'«orientamento» interpretativo di altre norme, o ponendosi alla base di un modello applicativo analogico.

³¹ Per alcuni rilievi UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 68.

³² Intende come «norme in bianco» quelle prive di una fattispecie determinata FRANZONI, *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *QG*, 2018, p. 90.

³³ In ciò, sinteticamente, può dirsi la differenza tra le *clausole generali* e le *norme generali*: cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 24; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 77 ss.; ID., *Il giudice e le clausole generali*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 122; v. anche FORCELLINI e IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 417 ss. Per il rapporto tra il valore e la clausola generale v. anche PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 102 ss.

si vogliano accogliere le tradizionali obiezioni di *vaghezza*³⁴ che porterebbero ad escludere qualsiasi portata normativa³⁵, richiede un'opera ricostruttiva di un modello applicativo nel quale, partendo dal *valore* che si intende condiviso socialmente³⁶, si individuino gli interessi tutelati, il fenomeno regolato, le conseguenze giuridiche della norma e le conseguenze giuridiche della violazione della norma stessa³⁷: ciò che in generale viene definito come «concretizzazione» della clausola generale³⁸.

³⁴ Con specifico riguardo alla clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c., l'obiezione di vaghezza è stata nel tempo variamente riproposta: per riferimenti v. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 44 ss., 64, 143 ss. e gli Autori ivi citati. Una riproposizione ragionata del timore che il ricorso alle clausole generali possa condurre a una «rinuncia alla concezione dell'interpretazione come attività cognitiva» (da parte del giudice) è in LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, p. 71 s.

³⁵ Ma in realtà la vaghezza è anche (e in dottrina soprattutto) vista come una caratteristica propria della clausola generale, che non ne impedisce, e anzi caratterizza, la valenza normativa: v. tra i tanti, per una nozione di vaghezza ricadente in quella più ampia di *incertezza* o *indeterminatezza* in senso linguistico, che comunque costituisce una costante (seppur variabile) di ogni enunciato normativo v. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 186 s.; VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, cit., p. 18 s.

³⁶ La condivisione sociale del valore, se per un verso costituisce un indice per valutare in prospettiva il consenso con cui possono essere accolte le conseguenze giuridiche del modello che sul valore (e quindi sulla clausola generale) si fonda, non è da ritenersi come un presupposto necessario, ben potendo l'interprete operare una «scelta» di valore che dalla condivisione sociale si discosti, anche se ciò, chiaramente, oltre che ridurre le probabilità di consenso, comporta un *surplus* di motivazione diretto a superare l'impostazione maggiormente accreditata (v. anche *infra*, nota 54).

³⁷ *Infra*, § 7.

³⁸ SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 685 ss. In termini di concretizzazione ragiona S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 249 s., nell'ambito della distinzione tra le categorie dei «principi generali» e delle «clausole generali», e della loro operatività. Per la concretizzazione della clausola generale in base al valore, mediato dalla coscienza collettiva PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 103.

3. *La «concretizzazione» della buona fede nell'esecuzione del contratto.*

Esposti sinteticamente i dati distintivi tra il principio generale e la clausola generale di buona fede, e richiamata la sussistenza di una pluralità di clausole generali di buona fede nell'ambito del sistema del contratto in generale, così come predisposto dal codice civile³⁹, si fermi ora l'attenzione, specificamente, sulla figura della buona fede nella esecuzione del contratto, prevista dall'art. 1375 c.c.

Questa clausola di buona fede, per come oggi generalmente intesa in giurisprudenza, comporta la doverosità di una condotta dei contraenti atta a realizzare il programma economico contrattuale nella considerazione *anche* dell'interesse della controparte⁴⁰. Sicché ricadono nella sfera del «giuridicamente dovuto» tutti gli atti strumentalmente necessari al mantenimento della funzionalità contrattuale e ad impedire la vanificazione del programma economico o la sua aberrazione in favore (o in disfavore) di una delle parti contraenti⁴¹.

A questo risultato, che merita peraltro una più specifica analisi⁴², si perviene a seguito del procedimento logico che si è chiamato di

³⁹ *Supra*, nota 28.

⁴⁰ V. recentemente Cass. 14 maggio 2019, n. 12863, che parla espressamente di «*dovere di necessaria salvaguardia dell'interesse altrui, nel limite in cui non venga a pregiudicare il proprio interesse oggettivo*»; Cass., 26 settembre 2018, n. 23069.

In origine C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 211 ss.

⁴¹ Con riguardo all'art. 1375 c.c., riconosce che, nel caso di recesso *ad nutum* ingiustificato, «la clausola della buona fede non governa il sindacato sul contenuto del contratto, per ipotesi squilibrato; la sua funzione è quella – assai meno delicata e impegnativa per l'interprete – di colpire una pattuizione che legittimerebbe una condotta sostanzialmente emulativa di una delle parti nei confronti dell'altra», DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 88; diffusamente, in precedenza, UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 92 ss. Recentemente in giurisprudenza, richiamando anche la nozione di abuso di diritto, Trib. Milano, 3 marzo 2021, in Banca dati *One Legale*, secondo il quale «si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo [...] lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed *al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori* rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti» (corsivo nostro).

⁴² V. Infatti *infra*, § 6.

«concretizzazione» della clausola generale. Si tratta, allora, di stabilire le linee lungo le quali si sviluppa un tale procedimento.

La soluzione del problema della «concretizzazione» della clausola di buona fede⁴³ passa anzitutto attraverso l'individuazione dei parametri⁴⁴ che consentono alla clausola stessa: sul piano normativo di assumere una portata precettiva; sul piano funzionale di determinare la sfera di quanto giuridicamente dovuto, riconducendo una tale sfera del «dovuto» nell'ambito della dinamica contrattuale.

Il primo parametro di riferimento è generalmente individuato nel principio generale di *solidarietà sociale*⁴⁵, nel senso che, pur in una visione conflittuale del rapporto contrattuale ove ognuna delle parti è intenta a realizzare il proprio interesse contrattualmente dedotto, una parte deve tenere conto anche dell'interesse dell'altra, purché ciò non si traduca in un effettivo detrimento del proprio vantaggio⁴⁶ economico convenzionalmente previsto.

La solidarietà, in questo senso, è – come si è appena detto – un *principio generale* dell'ordinamento giuridico, che travalica il più limitato sistema giuridico del contratto in generale⁴⁷, ma che proprio per la sua natura non è in grado di consumare in sé il fenomeno di

⁴³ *Supra*, nota 38.

⁴⁴ Il riferimento agli *standard* ai fini di concretizzare la clausola generale è diffuso in dottrina: v. per tutti, tra le varie opere in argomento, VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, cit., p. 19 ss.; RICCI, *Prolegomeni di teoria generale e sociologia del diritto a un discorso sulla metodologia giuridica*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 752 ss.

⁴⁵ Sul quale più estesamente *infra*, § 5.

⁴⁶ Ciò che in giurisprudenza (sulla scorta di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *il contratto*³, Milano, 2019, p. 454 ss.) è generalmente inteso come «apprezzabile sacrificio», il quale costituisce il limite di operatività della clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.*: cfr. Cass., 6 maggio 2020, n. 8494.

⁴⁷ Da questo punto di vista può essere inteso come parametro *esterno*, al sistema giuridico del contratto in generale, benché *interno* al sistema giuridico inteso in senso ampio. Sul ricorso a parametri esterni o interni v. ancora VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, cit., p. 30 ss., spec. p. 32.

concretizzazione della clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*⁴⁸, bensì solo di indirizzare il funzionamento di tale clausola.

L'indirizzo in chiave solidaristica del rapporto contrattuale consente il ricorso a un secondo parametro, che è dato dalla considerazione degli interessi delle parti⁴⁹ secondo una logica di realizzazione (quantomeno) non prevaricatrice⁵⁰.

Infatti, affermare che gli interessi contrattuali si realizzano, in base alla buona fede *ex art. 1375 c.c.*, secondo una prospettiva solidaristica, può non essere di per sé sufficiente per delineare le linee funzionali della clausola di buona fede e pervenire alla sua «concretizzazione», se non si chiarisce che tali interessi sono da intendersi come espressione oggettiva dell'operazione economica⁵¹ sottostante al contratto. Ossia gli interessi al conseguimento di un vantaggio economico che, sul fondamento dell'accordo, ognuna delle parti può ragionevolmente aspettarsi⁵².

⁴⁸ Così C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 209, che si riferisce a una nozione di *solidarietà contrattuale*, la quale, comunque, appare ancora insufficiente per determinare la clausola generale di buona fede, come si dirà ora nel testo.

Con una diversa impostazione, e in chiave di operatività più del principio generale di buona fede piuttosto che della clausola generale, v. VETTORI, *Dal "diritto mite" alla legge? Anche no*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, p. 82, il quale individua, in tema di nullità di protezione, una «funzione di [...] riequilibrio effettivo endocontrattuale» dei principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale.

⁴⁹ Si tratta, quindi, di un parametro «interno» (v. nota 47), non solo al sistema giuridico del contratto in generale, ma anche alla stessa fattispecie contrattuale, in quanto tiene conto degli interessi dedotti nel programma contrattuale.

⁵⁰ Si potrebbe anche parlare di una logica di cooperazione, ma si preferisce, dal canto nostro, mantenere la nozione di cooperazione come riferita alla sfera del dovuto. Vale a dire che appare più opportuno parlare di cooperazione come oggetto di atti giuridicamente dovuti («obblighi di cooperazione») diretti alla realizzazione di un determinato risultato (contrattuale) economico, piuttosto che come una caratteristica del risultato medesimo. Risultato, infatti, che, a nostro modo di vedere, non è di per sé caratterizzato da una dimensione cooperativa.

⁵¹ Nozione per la quale si rinvia a GABRIELLI, *«Operazione economica» e teoria del contratto*, Milano, 2013.

⁵² Chiaramente l'individuazione di tali interessi attiene alla fase dell'interpretazione del contratto, ove, in ipotesi, tra più opzioni interpretative, la buona fede

Il principio generale di solidarietà sociale⁵³, gli interessi dedotti nel contratto dalle parti, il rapporto economico sottostante al contratto, nel quale gli interessi prendono corpo e assumono la propria rilevanza giuridica, costituiscono quindi i parametri di concretizzazione della buona fede *ex art.* 1375 c.c. E il riferimento a questi parametri «limita» (e in certo modo «indirizza») la discrezionalità del giudice⁵⁴, impedendo che si radichi un potere meramente equitativo, con il conseguente pericolo di arbitrio giudiziale⁵⁵.

Da un punto di vista operativo la clausola di buona fede, determinata secondo quanto si è appena detto, è produttiva di obblighi strumentali alla dinamica contrattuale proprio al fine di far conseguire alle parti gli interessi che sono loro propri, nell'ottica dell'economia

(nella diversa connotazione della clausola di cui all'art. 1366 c.c.) avrà la differente funzione di rendere preferibile quella che escluda una posizione sopraffattoria (e i connessi interessi prevaricatori) di una parte sull'altra.

⁵³ O comunque l'istanza solidaristica, posta alla base del nostro ordinamento e qualificabile come principio generale: sulla correttezza della riconduzione di tale principio generale alla *solidarietà sociale* si dirà oltre (*infra*, § 5).

⁵⁴ In particolar modo quando ciò ha come esito un orientamento giurisprudenziale consolidato, là dove il giudice, ove ritenesse di discostarsi dalle modalità di concretizzazione della buona fede, dovrà maggiormente motivare, in maniera critica, la diversa linea che ha ritenuto di assumere: sul punto v. VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, cit., p. 35: «la stabilizzazione del significato rende più difficoltoso per l'interprete adeguare la scelta dello standard, e, in ragione di quel che si è detto, il significato della clausola generale, alle esigenze presenti nel momento in cui l'interpretazione avviene. Tutto ciò rende più gravoso l'onere argomentativo a carico dell'interprete. Egli, infatti, per mutare la scelta del criterio di individuazione del significato della clausola generale, sarà chiamato ad argomentare il superamento di un orientamento giurisprudenziale consolidato»

⁵⁵ Una preoccupazione, questa (v. anche *supra*, nota 38), che appare ricorrente nella storia del diritto: cfr. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, p. 163 s. Ma in realtà, il problema del controllo giudiziale dell'uso della clausola generale di buona fede, e più in generale delle clausole generali, non appare sottovalutato, con particolare riferimento al giudizio di legittimità: in argomento v. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; più recentemente, MALTESE, *Sulle «clausole generali» nel giudizio di legittimità*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 138 ss., già in precedenza ID., *Norma elastica, giudizio di legittimità e «stare decisis»*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 1 ss., ove riferimenti.

contrattuale convenzionalmente stabilita. Ogni parte, dunque, è tenuta a una condotta⁵⁶ che consenta all'altra di conseguire il risultato economico contrattualmente stabilito⁵⁷, così realizzando il proprio interesse.

Ciò conferma, a nostro avviso, l'idea – di cui si tratterà più avanti – che la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto, di cui all'art. 1375 c.c., sia da qualificarsi come fonte di integrazione del contratto⁵⁸.

4. *Il ruolo del principio generale di buona fede nel processo di concretizzazione della buona fede ex art. 1375 c.c.*

Posto che, come si è visto, la clausola generale di buona fede ex art. 1375 c.c. acquista capacità funzionale a seguito di un processo di concretizzazione, si pone il problema se essa clausola generale, al

⁵⁶ Condotta di buona fede che può sostanziarsi anche in una condotta di mera astensione, la quale può essere altresì intesa come «limite» della legittimità dell'azione (e della sua efficacia), ossia come limite del diritto soggettivo posto alla base dell'azione (recentemente, in questa linea, T.A.R. Campania - Napoli, 16 agosto 2021, n. 5511), potendosi dunque ricondurre alla figura del *diniogo di effetti*, ossia alla inefficacia dell'atto contrario a buona fede (di MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 326). L'obbligo di astensione da una determinata condotta ai sensi dell'art. 1375 c.c., e la sua violazione, comunque, non sempre coincidono, sul piano delle conseguenze giuridiche, all'inefficacia dell'atto contrario a buona fede, potendosi apprezzare, detta violazione, anche – e talora esclusivamente – in termini di anti-giuridicità ed eventualmente di illiceità (cfr. Cass., 20 ottobre 2021, n. 29164; Cass., 4 aprile 2017, n. 8711). Sul rapporto tra l'obbligo strumentale di buona fede e l'astensione da condotte contrarie alla salvaguardia dell'interesse di controparte v. quanto da noi scritto in *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 292 ss., 321 ss.

⁵⁷ A questo risultato, legato alla realizzazione in chiave solidaristica del programma economico convenzionale, si sarebbe potuti giungere, secondo BARCELONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 117, mediante una diversa concezione della causa contrattuale: «In una prospettiva di funzionalizzazione dei poteri privati, l'intendimento della causa come funzione economico-sociale del negozio ed il dispositivo della meritevolezza dell'art. 1322, probabilmente, avrebbero potuto costituire il veicolo di una strategia volta a sottoporre l'autonomia privata ad un controllo di compatibilità con il principio costituzionale di solidarietà sociale [...] Avvenne, però, che a questa strategia fu deputata soprattutto la buona fede [...]».

⁵⁸ *Infra*, § 7, 8.

fine della concretizzazione, possa fare riferimento al principio generale di buona fede.

A tale proposito, è stata prospettata da parte nostra una risposta negativa. Difatti, tenuto conto che il principio generale di buona fede – secondo la nostra opinione – insorge (anche) in relazione alla iterazione normativa della clausola generale di buona fede, si è ritenuto che non potesse poi, la clausola generale di buona fede, riferirsi ad esso principio al fine della sua «concretizzazione», se non incorrendo in una tautologia⁵⁹.

Questa impostazione è stata sottoposta a critica che però, come si vedrà, non ci sembra cogliere pienamente nel segno, soprattutto in quanto muove da un equivoco di fondo nella stessa lettura della nostra tesi.

Si è affermato, più precisamente, che secondo la tesi da noi esposta, la clausola generale di buona fede per un verso discenderebbe dal principio generale di buona fede⁶⁰, mentre per altro verso, dovendosi concretizzare, detta clausola generale non potrebbe fare riferimento, ai fini della concretizzazione, sullo stesso principio di buona fede (dal quale discenderebbe) giacché il principio generale di buona fede non aggiungerebbe niente alla clausola generale, risolvendosi eventualmente, un tale riferimento, in una mera tautologia⁶¹. Si è dunque rilevato che così argomentando la tesi da noi esposta finirebbe per negare rilevanza al principio generale di buona fede, quantomeno con riguardo alla clausola generale di buona fede⁶²,

⁵⁹ UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 81. Questa tesi, come si vedrà nel testo, è stata ritenuta contraria al principio di non contraddizione da PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 46 s.

⁶⁰ Cioè esplicherebbe «la propria precettività per il tramite di disposizioni particolari che ne costituiscono la specificazione, e in primo luogo delle clausole generali»: PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 46. Ma come si è visto, secondo il nostro punto di vista, il principio di buona fede non si esplica tramite le clausole generali di buona fede, ma sono queste ultime a contribuire a determinarlo.

⁶¹ Così ricostruisce la nostra tesi PIRAINO, *ibidem*.

⁶² In realtà si afferma che il principio generale di buona fede, ove si volesse seguire la nostra idea, rimarrebbe senza funzione, o meglio, sarebbe condannato a una «assoluta assenza di rilievo»: PIRAINO, *ibidem*. Ma sulla funzione della figura del principio generale in sé, e di quello di buona fede nello specifico, in termini di

mentre prima si era affermato che tale clausola generale discendeva dallo stesso principio generale di buona fede, con ciò incorrendo in una evidente contraddizione⁶³.

Sta di fatto che – a differenza di quanto ritenuto dalla critica appena esposta – la tesi da noi sostenuta non afferma che la clausola generale di buona fede discende dal principio generale di buona fede, ma l'esatto contrario. Ossia che il principio generale di buona fede trova fondamento, tra l'altro, nelle clausole generali di buona fede (cioè nella loro iterazione normativa)⁶⁴; e che tali clausole, avendo dato luogo⁶⁵ al principio generale di buona fede, non potrebbero trovare in questo stesso principio un criterio di concretizzazione. In sintesi, la nostra tesi esattamente ricomposta ritiene che le clausole generali di buona fede, previste più volte da norme di legge, dando impulso (*rectius*: contribuendo a dare impulso) a causa della loro iterazione normativa al principio generale di buona fede, non possono da esso trarre elementi di concretizzazione. Tesi, questa, che non si sostanzia⁶⁶ in una affermazione intrinsecamente contraddittoria⁶⁷.

Nondimeno, l'impostazione da noi precedentemente sostenuta ci sembra meriti una, almeno parziale, revisione. Non si intende, con questo, affermare che la clausola generale di buona fede *ex art.* 1375 c.c. possa concretizzarsi mediante il riferimento al principio generale di buona fede che ha contribuito a fondare, giacché un argomento di questo genere non supera – a nostro avviso – la esposta obiezione di tautologia.

orientamento della interpretazione e di fondamento dell'analogia *iuris*, si è detto *supra*, § 2 e note 21 e 22.

⁶³ V. *supra*, nota 59.

⁶⁴ *Supra*, note 13 e 27 (la qual cosa confuta la critica di *hysteron proteron* avanzata da PIRAINO, *ibidem*); l'idea che il principio generale (inteso come figura giuridica) trovasse il proprio fondamento nell'insieme delle norme di un sistema era sviluppata già da tempo ad opera di autorevole dottrina: sul punto, per riferimenti, si rinvia al nostro lavoro *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 76 s., spec. nota 120.

⁶⁵ O, quantomeno, avendo contribuito a dare luogo.

⁶⁶ Al di là della sua esattezza e opinabilità.

⁶⁷ Il principio di non contraddizione (*supra*, nota 59) è quindi male invocato dall'A. la cui critica si fonda su un errore cognitivo.

Si intende invece prospettare – almeno sul piano teorico – un rapporto circolare tra la clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.* da un lato, e il principio generale di buona fede dall'altro lato, tenendo conto della dimensione applicativa che lo stesso principio può assumere e dunque della diversa funzione che principio di buona fede da un lato, e clausola di buona fede dall'altro, svolgono⁶⁸.

Infatti, pur partendo dal presupposto – come è nella nostra opinione – che il principio generale di buona fede abbia origine (anche) nella iterazione normativa della clausola generale di buona fede, esso principio, comunque, è in grado di acquisire una valenza applicativa autonoma⁶⁹. In tal modo, il principio generale di buona fede consente la configurazione, e la costituzione, di modelli applicativi, dando luogo, più in generale, a una esperienza applicativa alla quale – ci sembra – sia la giurisprudenza, sia la stessa dottrina⁷⁰, possano attingere⁷¹ ai fini della elaborazione di soluzioni operative che poggino sulla clausola generale di buona fede⁷², senza con ciò cadere in alcuna tautologia.

⁶⁸ In termini parzialmente diversi, ma sempre nell'ottica di una coesione del sistema che renda una funzionalità tendenzialmente ordinata, v. RICCI, *Prolegomeni di teoria generale e sociologia del diritto a un discorso sulla metodologia giuridica*, cit., p. 779, il quale ritiene auspicabile il favore verso una «circularità tra i principi e le clausole generali, da una parte, e le norme puntuali che le concretizzano, dall'altra».

⁶⁹ Quantomeno, si è detto, tramite una applicazione di tipo analogico, ma anche mediante una funzione di orientamento dell'interpretazione delle norme (*supra*, nota 67). Ma per un modello applicativo del principio generale di buona fede v. VETTORI, *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, in *Persona e Mercato*, 2019, p. 21 ss.; in argomento v. anche RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, p. 120 ss.

⁷⁰ V. *supra*, nota 25.

⁷¹ Generalmente tenendo conto dei precedenti giurisprudenziali, i quali ugualmente hanno rilevanza ai fini della concretizzazione della clausola generale: *supra*, nota 54.

⁷² In altre parole, i modelli applicativi che in vario modo si conformano al principio generale di buona fede possono costituire dei punti di riferimento, delle linee guida, per la configurazione delle linee funzionali della clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*

Da questo punto di vista, ci sembra non sussista alcuna preclusione di ordine teorico a un processo circolare nel rapporto tra clausola generale e principio generale di buona fede, pur nella differenza delle loro funzioni. Il che non significa necessariamente che la clausola generale di buona fede debba fare riferimento al principio generale di buona fede ai fini della sua «concretizzazione», né che essa clausola generale non possa avere (come difatti ha) quali referenti altri principi generali⁷³, e men che meno significa che il principio generale di buona fede abbia la stessa funzione, e operi secondo le stesse modalità, della clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*⁷⁴.

5. *Il principio solidaristico.*

Si è visto nel paragrafo precedente come la clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, se per un verso è collegata al principio generale di buona fede, per altro se ne distingue nettamente manifestando una propria autonomia concettuale e una specificità funzionale⁷⁵.

Peraltro, come si è accennato, il principio generale a cui la buona fede *ex art. 1375 c.c.* si rivolge in senso univoco sotto il profilo si-

⁷³ Sul rapporto funzionale tra la clausola generale e il principio generale v. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 721, secondo cui «le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi»; recentemente CAPUTO, *Buona fede e autonomia*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 387. Con riguardo alla clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, ci si riferisce in particolare al principio solidaristico, di cui si dirà *infra*, § 5.

Per un collegamento tra solidarietà e buona fede v. già in precedenza BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 93 (per un identico collegamento, con riguardo alla correttezza, p. 68).

⁷⁴ Ciò nel senso che la funzione integrativa del contratto è svolta esclusivamente dalla clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, e non anche dal principio generale di buona fede, non essendovi tra l'altro – a nostro avviso – alcuna esigenza di una siffatta funzione.

⁷⁵ *Supra*, nota precedente.

stematico ai fini della sua «concretizzazione», non è il principio generale di buona fede⁷⁶, quanto il principio generale di *solidarietà sociale*⁷⁷. Il rapporto tra buona fede nella esecuzione del contratto e il

⁷⁶ Che, si è visto nel paragrafo precedente, è eventualmente in grado di suggerire delle soluzioni applicative concorrendo all'interpretazione della normativa vigente, o di fondare dei veri e propri modelli applicativi mediante l'*analogia iuris*, ma non di svolgere una funzione normativa all'interno di specifiche fattispecie quale è quella dell'integrazione contrattuale.

⁷⁷ Così, tra i tanti, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1966, p. 115 ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 39 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 24 ss., il quale comunque ne riduce la portata, relativamente alla buona fede nell'esecuzione del contratto, alla nozione di *solidarietà contrattuale* (ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 209; *supra*, nota 48); UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 82 ss., nel senso che l'esplicazione della solidarietà sociale nella solidarietà contrattuale limita il rapporto solidaristico all'interno di quello contrattuale, avendo come obiettivo la salvaguardia dell'interesse della controparte nella prospettiva della realizzazione del programma economico dedotto nel contratto; così determinando altresì la realizzazione dell'interesse generale, a cui è legata la stessa figura del contratto, della circolazione della ricchezza.

Vi è peraltro chi qualifica quest'ultima ricostruzione come (così si è detto) «una riformulazione in salsa liberalista della solidarietà sociale» (PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 154; ma per una interpretazione in senso opposto BENETTI TIMM, *Los orígenes del contrato en el Nuevo Código Civil: una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual*, in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, 2008, vol. 3, p. 1 ss., spec. p. 7 ss.), la quale non terrebbe conto degli altri interessi generali di natura sociale che tramite il contratto possono essere perseguiti e che vanno ben al di là della circolazione della ricchezza; ricostruzione che si fonderebbe sull'«assai fragile passaggio dalla solidarietà sociale a quella contrattuale, delle quali si postula un'inverosimile identità di scopi» (PIRAINO, *loc. cit.*).

Queste critiche (al di là dei toni vivaci) non ci sembrano fondate. Per quanto riguarda la prima, si può ribadire – e più estesamente si dirà nel testo – che gli interessi generali di natura sociale («l'attenzione alla particolare fragilità sociale di talune categorie, la garanzia dell'accesso ai beni primari, l'esigenza di redistribuzione della ricchezza o per lo meno l'attenuazione delle disparità eccessive; l'anteposizione dei bisogni delle persone alle ragioni del mercato»: PIRAINO, *loc. cit.*, nota 31) ben possono essere conseguiti tramite il contratto, ma ciò postula l'esatto funzionamento del contratto stesso, ossia la realizzazione del programma economico, e a questo risultato è strumentale la clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.* (la quale quindi struttura un rapporto solidaristico reciproco tra le parti contraenti: sulla buona fede come solidarietà reciproca v. *infra*, nota 86).

principio di solidarietà sociale è stato frequentemente sottoposto a critica, affermandosi l'eccessiva genericità di un tale principio quale criterio di determinatezza della clausola generale di buona fede⁷⁸, ma

Circa la seconda censura, non si è mai ipotizzata la biasimata «identità di scopi» tra la solidarietà sociale e la solidarietà contrattuale, giacché la prima è stata da noi intesa (come comunemente avviene) quale principio generale al quale rifarsi per poter conferire un senso alla clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, mentre la solidarietà contrattuale costituisce l'esplicazione del principio generale in ambito contrattuale (e specificamente nel momento esecutivo della vicenda contrattuale), sostanziandosi nella clausola generale di buona fede *ex art.* 1375 c.c.; motivo per cui, la solidarietà contrattuale trova le sue modalità operative all'interno del contratto senza che con ciò possa (cosa che sarebbe inspiegabile) limitare l'operatività del principio generale di solidarietà sociale, il quale mantiene ferme le potenzialità che dalla sua stessa natura di principio generale gli derivano (per le quali v. *supra*, § 2).

Le due fasi logiche, atte alla concretizzazione della clausola di buona fede – dapprima il riferimento al principio generale di solidarietà sociale, e poi la sua riconduzione a un rapporto solidaristico reciproco e limitato al programma contrattuale –, sembrano corrispondere ai «due passaggi argomentativi» necessari per la determinazione della clausola generale, ossia «giustificare la scelta dello standard, giustificare il significato attribuitogli» (GENTILI, *Prefazione a Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. XX; con riguardo alla solidarietà *ID.*, *Prologo*, cit., p. 6). Il tutto, dunque, conformemente al processo di «integrazione valutativa» (su cui CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 105) a cui è chiamato l'interprete (e *in primis* la giurisprudenza) per dare corpo alla clausola generale: cfr. VELLUZZI, *op loc. cit.*, spec. p. 39 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali. Peraltro, il pericolo proprio dell'interpretazione delle clausole generali, cioè quello di operare «una sostituzione poco proficua, tra nozioni egualmente indeterminate» (VELLUZZI, *L'interprete e le clausole generali*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 141), può concretizzarsi nel passare da una nozione vaga di buona fede a un'altra nozione vaga di solidarietà sociale e infine a un'altra di solidarietà contrattuale; ma in realtà questi riferimenti conducono, a nostro avviso, a uno specifico contesto operativo della clausola generale (il contratto nella sua tensione dinamica verso la realizzazione del programma economico) nel quale prendono corpo gli standard specifici, dati dagli interessi delle parti dedotti nell'affare economico (per una ricostruzione in questi termini cfr. CAPUTO, *Buona fede e autonomia*, cit., p. 403).

⁷⁸ Espressamente DI MAJO, *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2758.

anche l'estraneità di un tale principio alla vicenda propria di un fenomeno negoziale⁷⁹.

Questa impostazione non ci sembra condivisibile: è vero, infatti, che la solidarietà, intesa come concetto ampio, travalica la dimensione giuridica e ha una sfera di operatività che va oltre i rapporti giuridici e, ancor più, va oltre i rapporti interprivatistici. Ma ci sembra altrettanto vero che la molteplicità delle configurazioni che la nozione di solidarietà può assumere all'interno e all'esterno del mondo giuridico, non le impedisce di assumere altresì una connotazione, per così dire, giuridico-privatistica⁸⁰.

Ed è proprio la vasta estensione del concetto di solidarietà, l'ampiezza di significati che esso può assumere⁸¹, e la varietà delle figure di *solidarietà* che se ne possono trarre a livello giuridico⁸², che conducono alla qualificazione della solidarietà come principio generale, al quale, peraltro, è stato riconosciuto il rango di principio costituzionale dall'art. 2 Cost.

Se, dunque, un principio solidaristico ci sembra debba essere riconosciuto – come effettivamente è tradizionalmente riconosciuto – nel nostro ordinamento, rimangono due questioni, tra loro connesse, le quali, pur certamente significative, non appaiono decisive al fine di comprendere se vi sia, e quale sia, una connessione funzionale tra tale principio di solidarietà e la clausola generale di buona fede ex art. 1375 c.c.: vale a dire, in primo luogo, se sia esatto il riferimento alla solidarietà «sociale», piuttosto che a un principio solidaristico più generale (o diversamente qualificato), e in secondo luogo se sia necessario il richiamo all'art. 2 Cost.⁸³.

⁷⁹ V. recentemente D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 263 s.

⁸⁰ Anzi, proprio la ampiezza del concetto, che in sé esprime una esigenza sociale (ma anche personale) dell'uomo, depone favorevolmente per una figura di solidarietà tesa a operare (anche) nell'ambito, e all'interno, dei rapporti tra privati; e tra questi, nei rapporti economici di natura contrattuale (v. anche *supra*, nota 77).

⁸¹ Sulla varietà di significati dello stesso termine «solidarietà», CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, *passim*, spec. p. 11 ss.

⁸² V. ancora CIPPITANI, *op. loc. cit.*, a cui si rinvia anche per riferimenti.

⁸³ In senso critico diffusamente M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., v. es. p. 584.

Certamente questi quesiti possono assumere rilievo sotto il profilo di una ricostruzione sistematica, nella prospettiva dei rapporti tra i poteri pubblici e l'autonomia privata⁸⁴, ma – si è detto – non sembrano incidere, al contrario, sulla ricostruzione del modello operativo della clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, relativamente al quale appare essenziale stabilire se sussista, o meno, un fondamento solidaristico.

Andando con ordine, posto che nel nostro ordinamento è anche costituzionalmente riconosciuto, ai sensi dell'art. 2 Cost., un principio generale di solidarietà sociale, l'esattezza dell'affermazione per cui la clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.* si rifà immediatamente a tale principio dipende anche da quale significato si vuole attribuire all'aggettivo «sociale». Se si intende nel senso di un principio solidaristico che presidia i vari fenomeni e le varie vicende nei quali si sviluppano i rapporti sociali, può allora identificarsi in questo il principio generale a cui la clausola di buona fede si riferisce. Non così, invece, se la solidarietà *sociale* è vista come un fondamento giuridico e costituzionale delle politiche sociali, dirette a contrastare situazioni diffuse di difficoltà, di disagio, di emarginazione⁸⁵.

L'attribuzione dell'aggettivo «sociale» al principio solidaristico diventa dunque, nella prospettiva che ci interessa, una questione nominalistica, legata essenzialmente a una scelta terminologica. In definitiva, a prescindere dal fatto che si possa fare riferimento a un principio generale di solidarietà, piuttosto che di solidarietà *sociale*, non cambia il quadro della questione, mantenendosi fermo il fondamento solidaristico⁸⁶ della clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto.

⁸⁴ Cfr. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, cit., spec. pp. 190 ss., 249 ss.

⁸⁵ Ciò posto, vi è da dire che per lungo tempo la civilistica italiana, anche ad opera di autorevoli esponenti (*supra*, nota 77), ha espressamente collegato la clausola di buona fede al principio di solidarietà sociale, intendendo quest'ultimo come riferito ai rapporti sociali, nell'ambito dei quali ricadevano anche i rapporti contrattuali.

⁸⁶ Nel senso della considerazione degli interessi altrui, che assume una dimensione esclusivamente relativa al rapporto tra le parti contraenti, nell'ottica di una

La stessa questione si pone, per certi versi, con riguardo al problema se la clausola generale di buona fede trovi, o meno, fondamento nell'art. 2 Cost., proprio in virtù sull'affermato collegamento con il principio di solidarietà sociale. Il richiamo all'art. 2 Cost., in realtà, è alquanto diffuso, non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza⁸⁷, il che può essere inteso come il portato dell'idea della opportunità che una figura giuridica come la clausola generale di buona fede, idonea a realizzare un principio solidaristico e a soddisfare le relative esigenze, pur in un ambito specifico e limitato come quello contrattuale, abbia una copertura costituzionale.

Comunque sia, anche partendo dal presupposto che la clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.* sia in grado di operare pur senza un riferimento specifico all'art. 2 Cost.⁸⁸, ci sembra che detta norma abbia (quantomeno) contribuito a configurare e a consolidare il rapporto tra il principio solidaristico e la clausola generale di buona fede, orientando quest'ultima verso una precisa finalità qual è la considerazione dell'interesse altrui nell'ambito della dinamica contrattuale.

Ora, al di là di valutazioni di ordine generale circa la ampia e diversa portata che può avere la nozione di «solidarietà», e quindi la esattezza formale o la appropriatezza categoriale – e forse anche «culturale» – del richiamo alla *solidarietà sociale*, il dato che appare acquisito, per tutto quanto si è detto, è che la buona fede prevista dall'art. 1375 c.c. nell'attuale fase storica presenta un fondamento solidaristico; il quale nell'ambito della vicenda contrattuale, e del

solidarietà reciproca: cfr. in questo senso BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, cit., p. 93: «la buona fede è essenzialmente un criterio di reciprocità [...] nella quale si esplica la solidarietà che lega l'uno all'altro, partecipi di una comunione anche limitata». Nel senso che la buona fede nell'esecuzione del contratto si espliciti come un dovere di solidarietà reciproca tra i contraenti, v. Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273.

⁸⁷ Benché non sempre congruo: v. comunque, da ultimo, Cass., 19 giugno 2020, n. 11908.

⁸⁸ Così espressamente BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 174 ss. (v. anche *supra*, nota 83).

relativo rapporto sia giuridico che economico⁸⁹, si traduce nella *considerazione* dell'interesse della controparte⁹⁰. Ove per «considerazione» si intende, sotto il profilo delle conseguenze giuridiche nell'ambito del rapporto contrattuale, l'estensione dell'area del «giuridicamente dovuto» a quanto funzionalmente necessario alla realizzazione dell'interesse economico dell'altra parte contraente.

In questa prospettiva, il principio solidaristico connesso alla buona fede nell'esecuzione del contratto ben può essere individuato, dal punto di vista del fondamento normativo anche (o magari «solo», a seconda dei punti di vista)⁹¹ negli artt. 41 e 42 Cost.⁹².

In altre parole, che si intenda parlare di solidarietà *sociale*, o di una figura di solidarietà che da questa si distingua, si tratta di un dato – a nostro avviso – non decisivo sul piano giuridico, né sotto il profilo sistematico né sotto il profilo applicativo.

Quanto veramente rileva sul piano applicativo è la presa d'atto del fondamento solidaristico della clausola di buona fede nell'ambito della vicenda contrattuale, con specifico riferimento – per quanto qui interessa – alla buona fede nella fase esecutiva. Fondamento solidaristico, questo, che nel tempo si è fortemente radicato nell'esperienza giuridica italiana, e che ancor oggi funge da principio di indirizzo funzionale della clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*

6. *Gli interessi pubblici tutelati.*

La clausola generale di buona fede, se per un verso consente di conseguire appieno il programma economico contrattuale, così realizzando i relativi interessi economici dei singoli contraenti, per altro

⁸⁹ Cioè del rapporto economico sottostante al contratto, che configura il programma contrattuale, la cui realizzazione comporta altresì il soddisfacimento degli interessi dedotti nel contratto.

⁹⁰ Cfr. *supra*, nota 40.

⁹¹ Sembra essere questa l'idea di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 264 s.

⁹² Ed è quanto avevamo già sostenuto in precedenza (*La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 61 ss.), ritenendo tali norme concorrenti con l'art. 2 Cost.

verso risponde a un *interesse generale*, ossia all'interesse generale alla circolazione della ricchezza⁹³.

Soffermandoci brevemente sul punto: appare persino ovvio affermare come la circolazione della ricchezza, intesa quale generale fenomeno socio-economico, sia essenziale per la sopravvivenza e la sostenibilità di una organizzazione sociale. Ciò consente, da un punto di vista giuridico, di elaborare ed enucleare un corrispondente interesse generale⁹⁴.

I singoli fenomeni di circolazione della ricchezza, dal canto loro, prendono corpo anche attraverso la figura del contratto, per cui, da questo punto di vista, ben si può dire che il contratto ha come interesse generale di riferimento⁹⁵ l'interesse alla circolazione della ricchezza.

Si tratta, a nostro avviso, di un interesse generale vero e proprio in quanto l'incertezza che il contratto non sia in grado di funzionare, non consentendo così il conseguimento dell'assetto economico-patrimoniale previsto – in sintesi, l'incertezza del raggiungimento del risultato economico contrattualmente stabilito – comporterebbe una disincentivazione dei fenomeni di circolazione della ricchezza. Un interesse, dunque, che si realizza con l'esatto funzionamento del contratto, e che manifesta in tal modo una propria dimensione dinamica. Per cui può anche parlarsi – pur in termini descrittivi – di un interesse (generale) alla salvaguardia funzionale del contratto quale proiezione dell'interesse generale alla circolazione della ricchezza⁹⁶.

⁹³ Sulle nuove modalità di circolazione della ricchezza e sui relativi fenomeni giuridici cfr. da ultimo CUOCCI, LOPS, MOTTI (a cura di), *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, Pisa, 2021.

⁹⁴ Un tale interesse generale è rilevato espressamente già da GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1992, pp. 2 e 147. La funzionalità del contratto rispetto all'interesse generale al «valore della sicurezza e della libertà del commercio» è ribadita da VETTORI, *Gli effetti del contratto e la circolazione dei beni*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 4; ID., *Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le sezioni unite della casazione*, *ivi*, 2020, p. 161 ss.

⁹⁵ Ma non come unico interesse generale di riferimento, come meglio si dirà nel testo (v. anche *infra*, nota 73).

⁹⁶ Su tale interesse generale cfr. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, *cit.*, *passim*.

In buona sostanza, l'esigenza, giuridicamente rilevante, a che siano impediti il funzionamento aberrante o la vanificazione del contratto, come invece si avrebbe se fosse consentito a una delle parti di non attivarsi in adempimento di obblighi strumentali per salvaguardare l'interesse altrui, è conforme sia agli interessi individuali, dedotti nel contratto, sia al richiamato interesse generale. Ed è in questa prospettiva che opera la buona fede *ex art. 1375 c.c.*, la quale deve tenere conto (anche) dell'interesse pubblico alla circolazione della ricchezza, contribuendo a conferire al programma contrattuale la maggiore certezza possibile di realizzazione⁹⁷.

A tale proposito, è stato rilevato come l'individuazione di un interesse pubblico alla circolazione della ricchezza appaia insufficiente per giustificare la figura del contratto⁹⁸, trattandosi di una visione che non terrebbe conto di una pluralità di interessi pubblici di natura sociale (come l'accesso ai beni primari o la redistribuzione della ricchezza) che pure trovano nel contratto, strumentalizzandolo, un mezzo di realizzazione⁹⁹.

Ora, non vi è dubbio che siffatti interessi pubblici, come anche altri¹⁰⁰, possono essere veicolati, e soddisfatti, attraverso il contratto. Nondimeno il contratto in quanto tale – quale figura giuridica, cioè, che assume in sé una specifica operatività nell'ambito dell'ordinamento giuridico – si giustifica giuridicamente anche a prescindere da tali interessi. Più precisamente, si può ritenere che sia sufficiente, ai fini di una sua giustificazione «costituzionale», la intrinseca capacità

⁹⁷ La clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto, in altre parole, garantisce il regolare funzionamento del programma economico contrattualmente stabilito, al quale sono legate sia le aspettative delle parti di trarre utilità, sia l'esigenza generale a che sia assicurata socialmente una dinamicità economica.

⁹⁸ PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 154.

⁹⁹ PIRAINO, *ibidem*, ma v. *supra*, nota 77.

¹⁰⁰ Si pensi, giusto per fare un esempio, all'interesse pubblico connesso al diritto all'abitazione; su cui recentemente BUCELLI, *Accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione tra politiche della casa e tutele privatistiche*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 971ss.; G. MARCHETTI, *Il bilanciamento tra il diritto all'abitazione del locatario e il diritto di proprietà del locatore in tempo di emergenza sanitaria. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 128/2021 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2022, fasc. 1, p. 195 ss.

di consentire la realizzazione effettiva e dinamica dei diritti di iniziativa privata e di proprietà (artt. 41 e 42 Cost.)¹⁰¹. Il contratto si pone in tal modo come strumento di stimolo e di attuazione di affari economici, così da determinare il soddisfacimento sia degli interessi individuali, relativi al singolo affare¹⁰², sia dell'interesse pubblico a una dinamicità economica del sistema che garantisca produttività e circolazione della ricchezza¹⁰³.

Tutto ciò non esclude che nell'ambito della organizzazione sociale – in linea generale – e segnatamente, per quel che qui rileva, dell'ordinamento giuridico assumano pari rilevanza anche altri interessi pubblici; né esclude che detti interessi possano essere perseguiti, tra l'altro, mediante la strumentalizzazione della figura stessa del contratto, incidendo direttamente, già nella fase della formazione del contratto, sullo stesso affare economico contrattualmente stabilito. Cosa che avviene, generalmente, mediante norme vincolistiche che integrano il contenuto del contratto¹⁰⁴, limitando l'autonomia privata e partecipando in tal modo alla determinazione del programma contrattuale.

Il programma contrattuale (con il relativo affare economico), così determinato, è dunque sin dall'origine strutturato in maniera tale da essere idoneo al conseguimento di un risultato economico conforme

¹⁰¹ In questa prospettiva, tra i vari, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 45 ss.

¹⁰² Nonché l'interesse del singolo alla autodeterminazione economica.

¹⁰³ Né, a dire il vero – per riprendere la riflessione di cui *supra*, alla nota 77 –, si comprende il motivo per cui questo interesse pubblico debba essere inteso con una connotazione eminentemente «liberalista»; essendo invece l'interesse all'accrescimento, o quantomeno al mantenimento, del benessere economico, un interesse comune a tutte le società organizzate, dato che dalle risorse economiche disponibili dipende, in buona parte, la sostenibilità anche di politiche sociali, nonché, più in generale, di una convivenza sociale sicura e ordinata.

¹⁰⁴ Oppure, secondo una diversa impostazione, gli *effetti*, o – ancora – il *regolamento* del contratto. È questo un problema che riguarda in termini generali il fenomeno dell'integrazione del contratto: ossia se le fonti di integrazione siano dirette a integrare gli effetti o il contenuto, o se la questione sia essenzialmente di natura classificatori, potendo essere risolta, per l'appunto, con la categoria del «regolamento contrattuale». In quest'ultimo senso, anche per riferimenti, e con riguardo alla buona fede *ex art. 1375 c.c.*, si rinvia al nostro precedente lavoro *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 173 ss.

allo specifico interesse pubblico di cui il contratto è reso strumento¹⁰⁵, e al contempo consentire alle parti contraenti di realizzare gli interessi individuali che le stesse hanno dedotto nel contratto e che ben possono essere stati conformati, dalla disciplina vincolistica, allo stesso specifico interesse pubblico di natura sociale.

In base a questa impostazione non sembra esserci alcuna incompatibilità¹⁰⁶ tra l'interesse pubblico alla circolazione della ricchezza, che giustifica in sé (e in generale) la figura del contratto sul piano sistematico, e gli altri interessi pubblici per il cui conseguimento il contratto opera strumentalmente. Anzi, è proprio il conseguimento del primo interesse pubblico¹⁰⁷ che rende possibile la realizzazione dei secondi: nel senso che gli interessi pubblici perseguiti per tramite del contratto non potranno trovare realizzazione se l'affare economico dedotto nel contratto non avrà un fisiologico svolgimento, ossia – in estrema sintesi – se il contratto non sarà esattamente eseguito.

In questo senso sembra confermarsi la centralità, e in certo qual modo la «necessarietà», dell'interesse pubblico alla circolazione della ricchezza. Infatti è solo in una tale dinamica¹⁰⁸ – a nostro avviso – che è soddisfatta l'esigenza (pubblica) di mantenimento e (auspicabilmente) accrescimento del benessere (anche collettivo) fondato sulla iniziativa e sull'autonomia dei singoli¹⁰⁹; ed è sempre nella stessa dinamica, o meglio, presupponendo la regolarità di questa dinamica, che trovano soddisfacimento gli interessi pubblici di natura sociale¹¹⁰.

¹⁰⁵ Come l'interesse pubblico alla ripartizione della ricchezza; che viene conseguito stabilendo, con norme di legge cogenti, prezzi massimi o salari minimi.

¹⁰⁶ Né intrinseca, né operativa.

¹⁰⁷ Cioè l'interesse alla circolazione della ricchezza.

¹⁰⁸ Nella dinamica della circolazione di ricchezza, si intende.

¹⁰⁹ In altre parole, l'esigenza pubblica di benessere economico passa attraverso l'esatto funzionamento del contratto e il conseguimento delle utilità economiche che questo, anche in base all'incidenza delle norme di legge cogenti, è diretto a produrre.

¹¹⁰ Ad esempio, l'interesse pubblico all'abitazione è pienamente soddisfatto se funziona il contratto di locazione, il cui canone e la durata, in ipotesi, siano stati determinati *ex lege*. Così come l'interesse pubblico alla equa ripartizione della ricchezza mediante il pagamento della giusta retribuzione (art. 36 Cost.) è altresì soddisfatto ove il contratto di lavoro abbia uno sviluppo fisiologico.

È evidente, infatti, che in tanto gli interessi pubblici di natura sociale veicolati attraverso il contratto potranno essere conseguiti, in quanto il contratto funzioni regolarmente, dando luogo a nuovi assetti economici contrattualmente stabiliti, così realizzando anche l'interesse pubblico alla circolazione di ricchezza¹¹¹.

Posto quanto sopra, e focalizzando adesso l'attenzione sul ruolo della buona fede *ex art. 1375 c.c.*, sia nei contratti in cui il programma economico è lasciato alla sola iniziativa e alla sola autonomia delle parti, nei quali si esprime, a nostro avviso, il puro interesse pubblico alla circolazione della ricchezza, sia nei contratti diretti a rispondere ad interessi pubblici di diversa natura, ci sembra di poter sostenere che la funzione svolta dalla clausola di buona fede rimanga invariata in entrambe le ipotesi.

In entrambi i casi, infatti, la clausola di buona fede è diretta a salvaguardare il funzionamento del contratto, consentendo allo stesso di conseguire il programma economico così come stabilito dalle parti ed eventualmente dalle norme che, integrando il contratto, mirano a realizzare specifici interessi pubblici.

Obiettivo della buona fede *ex art. 1375 c.c.*, in altre parole, è quello di far sì che vengano raggiunti gli assetti economici contrattualmente predeterminati, in piena corrispondenza – si ripete – all'interesse pubblico alla circolazione della ricchezza, evitando in tal modo che una condotta cavillosa o capziosa di una delle parti, tesa ad acquisire vantaggi ulteriori¹¹² o a recuperare occasioni perdute¹¹³, possa comportare l'aberrazione o la vanificazione del contratto medesimo.

L'esatta esecuzione del contratto, così come garantita dalla clausola di buona fede, consente il soddisfacimento degli interessi pubblici sottesi al contratto medesimo (anche, eventualmente, di natura sociale) nella misura in cui il programma contrattuale è realizzato.

¹¹¹ Ciò significa, in altre parole, che l'interesse pubblico di natura «sociale» trova realizzazione nel momento in cui «primariamente» – per così dire – è conseguito l'affare economico dedotto nel contratto.

¹¹² Ulteriori rispetto a quelli che sono propri del programma economico contrattuale.

¹¹³ Del tentativo di recuperare occasioni perdute parla BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 24.

In buona sostanza, il rapporto logico e operativo tra la clausola generale di buona fede *ex art.* 1375 c.c., il contratto e gli interessi pubblici di natura sociale, sta in ciò: che tali interessi pubblici sono conseguiti mediante la salvaguardia, ad opera della buona fede, del programma economico contrattuale. Non può, invece, la buona fede – intesa quale clausola generale di cui all’art. 1375 c.c. – introdurre disposizioni o regole atte a modificare il programma economico contrattuale, secondo logiche operative che sono proprie dell’integrazione cogente¹¹⁴.

Non può pretendere, ad esempio, una parte contrattuale, la riduzione dell’entità del canone di un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo, richiamando la buona fede *ex art.* 1375 c.c. e assumendo – magari fondatamente – che in tal modo sarebbe conseguito con maggiore efficacia l’interesse pubblico alla abitazione. Né la clausola di buona fede è in grado di fondare la pretesa del compratore di ridurre il prezzo, o del venditore di aumentarlo, rispetto a quanto previsto nel contratto, sul fondamento dell’interesse pubblico alla equa ripartizione delle risorse.

È vero invece, a nostro avviso, che quando tali interessi pubblici si perseguono tramite il contratto – e come si è detto, ciò si verifica generalmente mediante una disciplina di legge vincolistica –, la loro effettiva realizzazione presuppone che la vicenda economica nella quale gli stessi prendono corpo si svolga dinamicamente e si completi dando luogo a un fenomeno di circolazione di ricchezza. Ed è quanto avviene, come è evidente, quando il contratto è in grado di funzionare¹¹⁵.

La buona fede *ex art.* 1375 c.c. – per arrivare al punto – conformemente a quanto si è detto in precedenza, opera difatti in questa prospettiva: ossia in quella di consentire una dinamica contrattuale

¹¹⁴ Salvo che non si voglia affermare una funzione della buona fede che partecipi alla configurazione del programma economico, nel qual caso, a nostro avviso, si tratterebbe, eventualmente, di una funzione attribuibile al principio generale di buona fede, e al di fuori di una dinamica di natura esecutiva. Ciò apre scenari ben differenti, anche in ordine al pericolo di un intervento vincolistico *ex post* da parte del giudice (un pericolo di tal fatta è prospettato da D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 272 s. con riguardo alla stessa clausola generale di buona fede), che sarebbe fonte di incertezza.

¹¹⁵ E sia altresì in grado di evitare un funzionamento aberrante.

coerente con l'affare economico contrattualmente stabilito, con ciò realizzando inevitabilmente l'interesse pubblico alla circolazione della ricchezza¹¹⁶, ma anche – ove ricondotti all'interno del medesimo affare economico – anche gli altri interessi pubblici che non potrebbero essere realizzati se l'affare economico medesimo non si svolgesse regolarmente.

Tutto ciò significa, in ultima analisi, che la buona fede opera tenendo conto del programma economico così come stabilito, e nell'esclusivo intento di consentirne la realizzazione, arricchendo la sfera del *giuridicamente dovuto* esclusivamente con obblighi strumentali alla realizzazione del programma contrattuale. Sicché, attraverso il conseguimento degli assetti economici contrattualmente stabiliti si consente la realizzazione degli interessi pubblici (sociali) che il contratto è *eventualmente* chiamato a soddisfare; senza che ciò entri in conflitto con il soddisfacimento dell'interesse pubblico *necessariamente* legato al contratto, cioè quello alla circolazione della ricchezza¹¹⁷.

7. *L'integrazione del contratto secondo buona fede.*

Sembra ormai accolta l'idea secondo cui la clausola di buona fede ex art. 1375 c.c. sia idonea a produrre *obblighi strumentali*, o *accessori* che dir si voglia, vale a dire di obblighi che hanno la funzione di consentire l'adempimento, i quali in tal modo entrano a far parte della sfera del giuridicamente dovuto nell'ambito della vicenda contrattuale¹¹⁸.

¹¹⁶ Ancora BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 584: «alla buona fede è affidato di assicurare che il contratto veicoli tutta e solo la ricchezza che doveva spostare da un contraente all'altro e che, perciò, il suo ingiustificato fallimento non distrugga ricchezza o l'approfittamento di un contraente non sottragga all'altro parte della ricchezza che gli doveva pervenire».

¹¹⁷ E senza che questo interesse generale neghi la rilevanza degli altri.

¹¹⁸ V. recentemente Cass., Sez. Un., 9 giugno 2021, n. 16080, la quale, pur non richiamando espressamente l'art. 1375 c.c., distingue, in ordine alla cessione dei diritti edificatori, la prestazione contrattuale del cedente (di natura reale) dagli atti che, non concorrendo alla prestazione traslativa, sono necessari, nel rapporto con la P.A., e che quindi il cedente medesimo deve porre in essere al fine di consentire al cessionario l'ottenimento del permesso di costruire. Atti, questi ultimi, ritenuti

Si tratta di una idea che se da un lato rappresenta il definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale che relegava la buona fede alla stregua di un generico principio morale o etico¹¹⁹ privo di una sostanziale operatività giuridica, dall'altro lato non trova la dottrina pienamente concorde sul fondamento e sulla natura giuridica della vicenda costitutiva degli obblighi *ex fide bona*, e quindi sulla sua qualificazione e collocazione sistematica.

Il dibattito si risolve essenzialmente nel quesito se la produzione degli obblighi di buona fede *ex art. 1375 c.c.* possa ricondursi al fenomeno dell'integrazione del contratto. Sul punto la dottrina è divisa¹²⁰, mentre la giurisprudenza, pur senza prendere una posizione espressa, sembra favorevole nel ritenere che l'operatività della buona fede sia riconducibile all'integrazione contrattuale¹²¹.

La impostazione che nega la qualificazione della buona fede *ex art. 1375 c.c.* come fonte di integrazione si basa su due distinte e fondamentali ragioni; una muove dal dato normativo, l'altra fa leva essenzialmente su un argomento di ordine applicativo.

La critica più immediata alla tesi che vede la buona fede quale fonte di integrazione del contratto si fonda sull'*art. 1374 c.c.*, sia con riguardo alla formula, sia anche in termini di rapporti sistematici tra lo stesso *art. 1374 c.c.* e l'*art. 1375 c.c.*, anche in considerazione della genesi storica del sistema normativo che distingue questi due articoli.

giuridicamente doverosi in base al «dovere generale di solidarietà, cooperazione, correttezza e buona fede».

¹¹⁹ Per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 382, nota 44.

¹²⁰ Recentemente, in senso favorevole FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, p. 172; *contra* CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 4a ed., Torino, 2014, p. 280.

Per la dottrina precedente, si rinvia ancora, per brevità, a UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 94, nota 159.

¹²¹ In termini espressi Cass., 13 luglio 2007, n. 15669, che in materia di contratto di conto corrente bancario individua degli obblighi di buona fede che si aggiungono a quelli convenzionali; ma v. anche Cass., 21 giugno 2012, n. 10377; Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056.

Con riguardo al dato letterale, si rileva che l'art. 1374 c.c. indica con chiarezza quali siano le fonti di integrazione del contratto, escludendo la buona fede *in executivis*¹²². Per quanto concerne l'aspetto sistematico-normativo, si fa presente che una tale netta distinzione tra gli artt. 1374 e 1375 c.c. non è casuale, derivando invece da una precisa scelta del legislatore, il quale, a fronte dell'unicità dell'art. 1124 cod. civ. 1865, che includeva la buona fede tra le fonti integrative, ha ritenuto di distinguere l'originario disposto normativo dell'art. 1124 cod. civ. 1865 in due norme, escludendo inequivocabilmente dal novero delle fonti di integrazione la buona fede¹²³.

Ora, la scelta del legislatore del 1942 di escludere la buona fede dal novero delle fonti di integrazione del contratto è certamente da prendere in considerazione al fine di verificare se le ragioni che la hanno determinata possano ritenersi ancora sussistenti e meritevoli di essere condivise, ma non possono essere ritenute di per sé decisive né, soprattutto, preclusive di una diversa qualificazione e sistemazione.

Dalla relazione al codice non sembra emergere una ragione specifica, una vera e propria scelta di metodo, o di sistema, che abbia condotto il legislatore a «rompere» l'originaria unitarietà dell'art. 1124 cod. civ. 1865¹²⁴.

Dall'esame della giurisprudenza dell'epoca di vigenza del codice civile del 1865 sembra emergere, invece, una propensione a sistemare la buona fede come un concetto privo di una reale valenza giuridica atta a intervenire sulla vicenda contrattuale, soprattutto in termini di determinazione del contenuto¹²⁵, il che può spiegare la estromissione della clausola di buona fede dalla previsione espressa delle fonti di integrazione del contratto.

¹²² Cfr. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 47 s.; nello stesso senso C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 374.

¹²³ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 10 ss.

¹²⁴ V. più nello specifico le nostre osservazioni in *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 142 s.

¹²⁵ Ancora UDA, *ivi*, p. 132 ss.

Tuttavia, che sia questa o meno la ragione, la scelta del legislatore non impedisce che alla clausola di buona fede possa essere riconosciuta una modalità operativa che conduce alla sua qualificazione come fonte di integrazione. Infatti, la previsione di uno specifico elenco di fonti di integrazione ad opera dell'art. 1374 c.c., non pone questa norma in una posizione gerarchicamente sovraordinata ad altre norme di legge¹²⁶, le quali possono dunque prevedere, autonomamente rispetto all'art. 1374 c.c., altre fonti di integrazione.

È opportuno, a questo punto, sgombrare il campo da un equivoco: quanto appena detto non significa che la buona fede *ex art.* 1375 c.c., in quanto prevista dal codice civile, sarebbe da ricondurre alla fonte integrativa della «legge» di cui all'art. 1374 c.c.

Questa tesi è stata effettivamente sostenuta in dottrina¹²⁷, ma nonostante l'autorevole provenienza, ci sembra non doversi accogliere. Come già in precedenza si è avuto modo di affermare¹²⁸, la «legge» a cui fa riferimento il dettato dell'art. 1374 c.c. quale fonte di integrazione, è da intendersi come disposizione di legge a fattispecie determinata, i cui effetti si producono nell'ambito del contratto, integrandone il regolamento¹²⁹.

L'art. 1374 c.c., in buona sostanza, con il richiamo alla legge quale fonte di integrazione non si pone quale norma in bianco, per cui ogni figura giuridica enunciata da una norma di legge possa ricadere tra le fonti di integrazione solo perché legislativamente prevista. Se così fosse, anche gli usi e l'equità, poiché previsti dallo stesso art. 1374 c.c., invece che essere fonti autonome di integrazione, dovrebbero ricadere nella «legge»¹³⁰. In altre parole, se si accogliesse la tesi sopra prospettata, si dovrebbe ritenere che sussista una sola fonte di integrazione, ossia la legge; la qual cosa non ci sembra corrispondere al sistema attuale¹³¹.

¹²⁶ Così già RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 118.

¹²⁷ RODOTÀ, *op. loc. cit.*, pp. 117 ss., 165; anche se, in realtà, ci sembra si tratti di un argomento marginale nell'ambito della ricostruzione dell'A.

¹²⁸ UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 123.

¹²⁹ V. *supra*, nota 104.

¹³⁰ Per queste osservazioni si rinvia al nostro lavoro *loc. cit.*, p. 124 s.

¹³¹ Non ci sembra dunque condivisibile l'osservazione di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 270,

L'art. 1374 c.c., se per un verso non si pone come norma gerarchicamente sovraordinata, che impedirebbe a figure giuridiche da essa non previste di assumere una funzione integrativa del contratto, per altro verso è in grado di condizionare una tale modalità operativa.

L'art. 1374 c.c., infatti, deve essere considerato – a nostro avviso – come una «norma di chiusura» del sistema, nel senso che pone un elenco tassativo di fonti di integrazione. Il sistema, così «chiuso», può comunque subire delle «aperture» ad opera di altre e autonome¹³² norme di legge, che stiano a fondamento di figure giuridiche il cui funzionamento è in grado di arricchire la sfera del «dovuto» in ambito contrattuale, mediante la produzione di obblighi strumentali a una corretta esecuzione del contratto; vale a dire, strumentali alla realizzazione del programma economico contrattuale.

Si tratta di un sistema equilibrato, in quanto da un lato lascia aperta la possibilità che la produzione eteronoma di obblighi contrattuali avvenga¹³³ anche mediante figure giuridiche che manifestano una tale capacità operativa, nella prospettiva della salvaguardia dell'operazione economica stabilita dalle parti. Mentre dall'altro lato non consente che l'integrazione del contratto possa trovare fondamento in categorie sempre più ampie e di difficile controllo, il che metterebbe in pericolo, piuttosto che salvaguardarlo, lo stesso assetto economico voluto dalle parti. In base a questo sistema, la fonte di integrazione non potrà rinvenirsi in un principio generale, evitando così che il contratto possa essere fatto oggetto di interventi integrativi i cui confini appaiono imperscrutabili¹³⁴.

secondo il quale la qualificazione della buona fede come fonte di integrazione sarebbe sostenuta «con il debole argomento secondo cui l'art. 1375 c.c. rientra nel concetto di “legge” di cui alla disposizione precedente (art. 1374 c.c.)».

¹³² E potremmo dire «speciali», in relazione alla norma generale di chiusura ex art. 1374 c.c.

¹³³ Oltre che tramite le fonti espressamente indicate dall'art. 1374 c.c.

¹³⁴ V. in questo senso, esattamente, D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss.; ma v. le osservazioni di VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 716 ss.

Posta la funzione appena descritta che l'art. 1374 c.c. assume sotto il profilo sistematico, si può ritenere che nessuna contraddizione sussista tra questa norma e la qualificazione (e operatività) della buona fede *ex art.* 1375 c.c. quale fonte di integrazione del contratto.

Ugualmente non appare rilevante il fatto che la buona fede intesa come fonte di integrazione non riuscirebbe a trovare una collocazione nell'ordine gerarchico stabilito dall'art. 1374 c.c. Si è detto, infatti, che l'art. 1375 c.c., non strutturandosi come norma a fattispecie determinata, non costituisce una fonte di integrazione riconducibile alla «legge» secondo la previsione dell'art. 1374 c.c. Già l'autonomia dell'art. 1375 c.c. può far propendere, quindi, per una estraneità della clausola di buona fede rispetto all'ordine gerarchico delle fonti previste dall'art. 1374 c.c.

A ciò si aggiunga che se si considerasse la buona fede nell'esecuzione del contratto come fonte di integrazione legale *ex art.* 1374 c.c. e se, coerentemente, si ponesse la buona fede all'apice della scala gerarchica dell'art. 1374 c.c., si determinerebbe un sistema disfunzionale che sostanzialmente impedirebbe, o quantomeno ridurrebbe grandemente, l'operatività delle fonti di integrazione extralegali. Ad esempio, se la buona fede *ex art.* 1375 c.c. fosse trattata alla stregua di una fonte di integrazione legale, così come prevista dall'art. 1374 c.c., perché il contratto possa essere integrato dagli usi¹³⁵, si dovrebbe accertare non solo che manchino delle specifiche norme di legge atte a integrare il contratto, ma che non possa neanche trovare applicazione la buona fede¹³⁶. Qualora, viceversa, la buona fede potesse trovare applicazione, gli usi non potrebbero integrare il contratto; in altre parole, gli usi rimarrebbero senza un ambito applicativo¹³⁷.

¹³⁵ Attesa la subordinazione dell'integrazione mediante gli usi rispetto all'integrazione *ex lege*.

¹³⁶ V. più estesamente UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, p. 190.

¹³⁷ Lo stesso si dica con riguardo all'equità. È evidente la improponibilità di una siffatta ricostruzione sistematica, che porterebbe – a nostro avviso – ad altri inaccettabili risultati di ordine applicativo.

In conclusione, il rapporto tra la clausola di buona fede *ex art.* 1375 c.c. e le fonti di integrazione previste dall'art. 1375 c.c., non è, a nostro avviso, un rapporto di tipo gerarchico, bensì un rapporto di interazione. Vale dire che le fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c. operano autonomamente rispetto alla clausola di buona fede, e viceversa. Tuttavia, ove una delle fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c. produce, in via integrativa, un obbligo contrattuale, allora la stessa esecuzione di quest'obbligo¹³⁸ deve avvenire secondo buona fede. Il che significa che la buona fede è in grado di produrre degli obblighi strumentali, diretti alla esatta esecuzione dell'obbligo integrativo e, con esso, alla esatta esecuzione del contratto¹³⁹.

8. segue: *l'efficacia integrativa della buona fede.*

Se, come si è prospettato, non sussistono ostacoli di ordine logico o sistematico a che la clausola generale di buona fede prevista dall'art. 1375 c.c. sia qualificabile e possa operare quale fonte di integrazione del contratto, si tratta di vedere in che senso, e con quali modalità, essa svolga effettivamente una funzione integrativa del contratto.

La buona fede *ex art.* 1375 c.c. – come più volte si è detto – è da intendersi come fonte di integrazione contrattuale in quanto tramite essa vengono creati degli obblighi strumentali al funzionamento contrattuale; vale a dire degli obblighi diretti a favorire (e a consentire, in taluni casi) la realizzazione del programma economico stabilito alle parti. Cioè di quel programma economico così come ad esso si perviene in sede di interpretazione¹⁴⁰. È nell'ottica della realizzazione di tale programma, quindi, che si tiene conto degli interessi dedotti dalle parti.

In questo modo, tramite la buona fede, da un lato si tiene fermo il programma economico contrattuale, e dall'altro lato si amplia l'area

¹³⁸ Che si riconduce all'esecuzione del contratto.

¹³⁹ Dando luogo a un fenomeno di integrazione «secondaria» (UDA, *op. loc. cit.*, p. 191 ss.).

¹⁴⁰ In questa prospettiva funzionale è scongiurato il pericolo, da alcuni paventato, che la clausola di buona fede possa essere utilizzata per rimettere in discussione, sino a giungere a modificarlo, l'affare economico convenzionalmente stabilito.

della doverosità giuridica, dando luogo ad obblighi non previsti convenzionalmente. Ciò comporta che l'*esecuzione* del contratto, a cui la parte contraente è tenuta, ricomprende atti o attività che trovano fondamento nella clausola di buona fede, e la loro stessa esecuzione ricade, a tal punto, nella nozione di *adempimento*¹⁴¹ del contratto.

La funzione della buona fede nella esecuzione del contratto è quindi quella di concorrere alla *determinazione* della sfera del «giuridicamente dovuto», che sarà essa stessa oggetto di esecuzione.

Ciò significa, peraltro, che la buona fede interviene nella fase dinamica del contratto: non vi è una scansione cronologica tra il momento della determinazione¹⁴² e quello della esecuzione del «dovuto». Non sussiste, per quanto riguarda le modalità operative della buona fede, un rapporto di *antecedenza cronologica* tra i due momenti. Nondimeno, la buona fede si pone, da un punto di vista logico-funzionale, come un *antecedente logico* dell'adempimento: in tanto una parte contraente deve dare esecuzione a un determinato atto, in quanto questo atto è stato reso giuridicamente doveroso dalla clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.* nell'ambito della vicenda dinamica contrattuale.

Non può aversi adempimento del contratto se non vi è esecuzione (anche) dell'obbligo (o degli obblighi) di buona fede. E ciò, nonostante le evidenti differenze esistenti tra lo stesso obbligo di buona fede da un lato, e gli obblighi «primari» (se così vogliamo chiamarli)¹⁴³ dall'altro. Difatti, l'obbligo accessorio, rispetto alla obbligazione, o comunque alla prestazione contrattuale: *a)* deriva da una fonte diversa: cioè dalla buona fede e non dalla volontà contrattuale¹⁴⁴; *b)* sorge in un momento diverso della vicenda contrattuale:

¹⁴¹ E di *esatto adempimento*.

¹⁴² Cioè il momento in cui la buona fede partecipa alla determinazione della sfera di quanto giuridicamente dovuto, mediante l'effetto costitutivo degli obblighi strumentali.

¹⁴³ Vale a dire gli obblighi che rappresentano in sé le prestazioni contrattuali (e si risolvono in obbligazioni in senso proprio). Prestazioni che peraltro possono anche consistere, oltre che nelle prestazioni delle obbligazioni contrattuali, anche in attribuzioni di tipo reale.

¹⁴⁴ Nondimeno talora la prestazione contrattuale può essere determinata anche dalle altre fonti di integrazione *ex art. 1374 c.c.*, anche in difformità della manifestazione di volontà contrattuale, come avviene ai sensi dell'art. 1339 c.c.

nella fase dinamica – si è detto – e non nella fase in cui si manifesta la volontà e si perfeziona il contratto¹⁴⁵; *c*) svolge una funzione diversa, trattandosi di una funzione strumentale al conseguimento del risultato economico, mentre l'obbligazione racchiude in sé tale risultato, o una frazione di esso¹⁴⁶, rappresentando l'interesse che qualifica il rapporto economico sottostante al contratto; *d*) ha una natura *occasionale*, poiché legato a situazioni eventuali che richiedono una condotta doverosa non prevista e in sé non necessaria, mentre l'obbligazione concorre a strutturare, in termini di *necessarietà*, il rapporto contrattuale.

Nonostante queste evidenti differenze, l'*esecuzione*, sia quando sia riferita all'obbligo di buona fede, sia quando riguardi l'obbligazione principale, costituisce pur sempre il presupposto del conseguimento del risultato economico programmato. In termini opposti, l'*inesecuzione* dell'uno o dell'altra, impedisce il conseguimento di

¹⁴⁵ O nel momento in cui si verifica la condizione o scade il termine, determinando l'efficacia del contratto, che pure rappresentano momenti antecedenti alla (e diversi dalla) fase dinamica (esecutiva) del contratto.

¹⁴⁶ Ci si riferisce in particolare, come è evidente, alle obbligazioni aventi una natura contrattuale sinallagmatica.

tale risultato economico, configurando in tal modo un inadempimento¹⁴⁷ e aprendo la strada ai rimedi contrattuali¹⁴⁸.

9. *L'applicazione giurisprudenziale della buona fede ex art. 1375 c.c.*

La giurisprudenza italiana, che per un lungo periodo di tempo ha avuto un atteggiamento di diffidenza verso la buona fede, intesa come una nozione generica e vaga, che sarebbe potuta sfociare

¹⁴⁷ A tale proposito appaiono opportuni due chiarimenti benché sintetici. Il fatto che la mancata esecuzione sia dell'obbligo di buona fede sia della obbligazione principale (che del contratto costituisce la prestazione), configuri un inadempimento contrattuale, non significa che l'inesecuzione dell'uno o dell'altra si atteggiino nel medesimo modo. Infatti, l'interesse leso – e questo è il primo punto – è sempre e comunque l'interesse economicamente rilevante nell'ambito dell'economia contrattuale, ossia l'interesse connesso alla obbligazione contrattuale, e non anche l'interesse all'esecuzione dell'obbligo di buona fede in sé e per sé, che è interesse esclusivamente strumentale (in questo senso sembra Cass., 9 luglio 2021, n. 19579).

In secondo luogo – e in stretta connessione con quanto appena detto – deve escludersi l'idea che la violazione di un obbligo di buona fede, stante la natura strumentale di tale obbligo, non possa concretizzare un grave inadempimento ex art. 1455 c.c. Difatti, il giudizio di gravità deve sempre tenere conto del grado di frustrazione dell'interesse connesso all'obbligazione principale medesima (o comunque alla prestazione contrattuale anche quando si tratti di attribuzione reale), ed è in base a tale frustrazione che la violazione dell'obbligo di buona fede può concretizzare o meno un inadempimento grave. Ad esempio, il mancato pagamento di una parte esigua di una obbligazione pecuniaria, configura una inesecuzione dell'obbligazione principale, ma non può essere considerata un grave inadempimento. Viceversa, la violazione di un obbligo accessorio di informazione ex art. 1375 c.c., può impedire la fruizione della intera prestazione da parte del contraente-creditore, determinando la frustrazione totale dell'interesse (connesso all'obbligazione principale) dedotto nel contratto, comportando una diseconomia nel rapporto contrattuale tale da qualificare l'inadempimento come «grave» e, in ipotesi, giustificare la stessa risoluzione del contratto (su tali questioni v. più estesamente quanto da noi esposto in *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 440 ss.).

¹⁴⁸ Quindi, in ipotesi, sia la manutenzione, sia la risoluzione del contratto, anche unitamente alla tutela risarcitoria, ma anche l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e, ricorrendone i presupposti, la riduzione della prestazione (v. ancora UDA, *loc. cit.*, p. 483 ss.).

nell'arbitrio del giudice¹⁴⁹, manifesta oggi una maggiore apertura verso l'uso non solo della buona fede, ma delle clausole generali nel loro complesso.

Per quanto riguarda la buona fede *ex art. 1375 c.c.*, come si è appena accennato, da un periodo in cui la buona fede era ritenuta come una figura priva di una autonoma valenza giuridica, al più dotata di una potenzialità meramente programmatica che doveva essere sviluppata tramite norme determinate produttrici di specifici obblighi¹⁵⁰; dopo questo periodo – dicevamo – la giurisprudenza italiana si è gradatamente attestata, anche sulla spinta di decisioni certamente innovative per l'epoca¹⁵¹, su posizioni che attualmente vedono la buona fede *ex art. 1375 c.c.* come una figura operativa, con specifiche capacità applicative.

L'assunzione, da parte della giurisprudenza, del carattere operativo della clausola di buona fede, e dunque l'effettiva applicazione della stessa ai fini della decisione e della stessa elaborazione del sillogismo giudiziale, hanno portato, nel tempo, a un considerevole aumento del numero di sentenze che in vario modo richiamano la buona fede prevista dall'*art. 1375 c.c.* Un aumento quantitativo che, a nostro modo di vedere, ha determinato un problema in certo senso inverso rispetto a quello che era proprio dell'epoca precedente¹⁵², nel

¹⁴⁹ Si tratta di un timore alquanto diffuso in epoca passata, ma che nel tempo sembra essere stato progressivamente superato, che riguardava non solo la clausola di buona fede ma le clausole generali nel loro insieme: v. al proposito le osservazioni di SICCHIERO, *La diligenza particolare del professionista: dall'obbligo informativo al dovere di consiglio (art. 1176 c.c.)*, in *Juscivile*, 2017, p. 422 ss., ove riferimenti.

¹⁵⁰ Cfr. Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283 con nota critica di RODOTÀ; Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610.

Il superamento di questa orientamento emerge esemplarmente in Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273, cit., secondo la quale «Il principio di correttezza e buona fede [...] deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà [...] che [...] esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge».

¹⁵¹ Il richiamo è in particolare a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 (c.d. «Caso Fiuggi»).

¹⁵² Ci si riferisce al periodo sino ai primi anni '90 del secolo scorso.

quale la giurisprudenza stentava a individuare le potenzialità operative della buona fede *ex art.* 1375 c.c.¹⁵³.

In maniera diametralmente opposta, nell'odierna giurisprudenza ci sembra non sempre sia presente una precisa consapevolezza dei limiti operativi della clausola generale di buona fede prevista dall'art. 1375 c.c., talora richiamata in maniera pleonastica, spesso con una mera funzione evocativa¹⁵⁴ e senza alcun ruolo nella costruzione della *ratio decidendi*¹⁵⁵, o anche in maniera generica per indicare il principio generale di buona fede (piuttosto che la clausola generale)¹⁵⁶.

¹⁵³ Anche il numero di sentenze che facevano riferimento alla buona fede in genere, e alla buona fede *ex art.*, 1375 c.c. nello specifico, era piuttosto limitato.

¹⁵⁴ ZACCARIA, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium Iuris*, 2019, 4

¹⁵⁵ V. le osservazioni di CONTE, *Sull'applicazione delle clausole generali e sul ragioner per principi*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 830 ss.

¹⁵⁶ V. da ultimo App. Milano, 3 febbraio 2022, n. 375, in Banca dati *Onelegale*, 2022; Trib. Benevento, 17 gennaio 2022, n. 83, *ivi* (*supra*, § 2).

Si è visto, a tale proposito, che se un concetto generale come la buona fede non è «contenuto» nell'ambito della clausola generale, e della norma che ne indica l'ambito applicativo, ciò può portare a risultati opposti, cioè a una dilatazione dell'ambito operativo, di difficile controllo, come avviene, a nostro avviso, nel caso di integrazione del contratto ad opera del principio generale di buona fede. Tale è infatti da considerare (*i.e.*: *principio* e non *clausola*), nonostante la terminologia utilizzata, la nozione di buona fede richiamata unitamente al principio costituzionale di solidarietà sociale *ex art.* 2 Cost. da Corte Cost., 21 ottobre 2013, n. 248 (e di seguito anche da Corte Cost., 26 marzo 2014, n. 77), la quale indica un potere integrativo del giudice – intrinseco nel sistema del contratto in generale e fondato sui detti principi di buona fede e solidarietà sociale – atto a ridurre l'entità della caparra confirmatoria nonostante il silenzio dell'art. 1385 c.c.

In questo caso, come ben si vede, il rapporto tra la nozione di solidarietà sociale e la figura della buona fede è ben diverso da quanto si è ipotizzato in ordine all'art. 1375 c.c. (*supra*, § 5), giacché qui non si ha un principio generale (la solidarietà sociale) che si specifica in un determinato ambito (quello contrattuale) mediante una clausola generale (la buona fede) la quale dal canto suo si concretizza facendo ricorso a parametri particolari (il programma contrattuale, e gli interessi *ivi* dedotti), e che, sul piano degli effetti, integra il contratto producendo obblighi strumentali a conservare (e realizzare) il programma economico. Si ha invece – al di là dei *nomina iuris* – il concorso di due principi generali (solidarietà e buona

Non mancano però, e anzi sono diffusi, gli orientamenti giurisprudenziali che, in vario modo¹⁵⁷, della clausola generale di buona fede ex art. 1375 c.c. fanno una precisa applicazione, riconoscendole delle specifiche funzioni¹⁵⁸.

L'attuale esperienza giurisprudenziale meriterebbe in sé un'analisi più dettagliata e complessa, che il presente lavoro non consente; si possono però delineare, pur brevemente, alcune linee applicative, tra quelle, a nostro avviso, più rilevanti.

fede) che in base a parametri indeterminati intervengono sul contratto dando impulso a un giudizio di invalidità, non conservando, ma anzi ponendo nel nulla, il relativo programma economico-contrattuale.

In termini critici sull'impostazione propria delle due ordinanze della Corte cost. sopra richiamate, v. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., p. 927 ss. In argomento anche PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, ivi, p. 853 ss.; ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss.; PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, 2, p. 2039 ss.; F. P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di Mazzamuto e Nivarra, Torino, 2016, p. 56 ss.; D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., p. 490 ss.

Si deve aggiungere, per completezza, che già da tempo la giurisprudenza ha ritenuto di utilizzare il principio generale di buona fede al fine di fondare un giudizio di (in)validità del contratto (l'esempio più evidente è da ricondurre alla figura dell'*exceptio doli*, sulla quale si rinvia a DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della corte suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 223 ss.), facendo talora un generico riferimento, unitamente ad altre norme, anche all'art. 1375 c.c.: in argomento cfr. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparaz. e dir. civ.*, 2010 (online).

¹⁵⁷ Cioè seguendo dei modelli applicativi tra loro diversi.

¹⁵⁸ Per alcuni spunti v. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, cit.; più recentemente ID., *Clausole generali e certezza del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2022 (online).

Un primo orientamento riconosce alla buona fede *ex art. 1375 c.c.* il ruolo di fonte di integrazione, o comunque la ritiene idonea alla produzione di obblighi autonomi e strumentali¹⁵⁹. Seguendo questa impostazione, l'eventuale violazione degli obblighi di buona fede è da qualificarsi come inadempimento contrattuale, con la conseguente applicazione della tutela risarcitoria, come anche dei rimedi sinallagmatici e della tutela dilatoria¹⁶⁰.

In base a un secondo orientamento, la buona fede *ex art. 1375 c.c.* trova un ulteriore ambito applicativo¹⁶¹ operando come «limite» ai poteri delle parti contraenti. Di modo che, qualora l'atto di esercizio del potere contrattuale travalichi i relativi limiti, ponendosi in violazione della clausola di buona fede, ciò determina la *inefficacia* dell'atto medesimo.

A nostro avviso, anche in questo caso la clausola di buona fede opera come fonte di integrazione, producendo obblighi strumentali. Infatti, il «limite» dei poteri contrattuali si struttura anch'esso come un obbligo di buona fede, e precisamente come un *obbligo negativo*. Si tratta, a nostro modo di vedere, di un obbligo che la clausola di buona fede fa sorgere in capo al contraente titolare del potere, affinché si astenga dal porre in essere atti di esercizio del potere stesso non coerenti (o persino pienamente contrari) al conseguimento del

¹⁵⁹ Oltre ai precedenti di cui *supra*, nota 121, v. espressamente Cass., 9 luglio 2021, n. 19579, cit., che parla espressamente di «buona fede integrativa»; Cass., 12 aprile 2006, n. 8619, che distingue tra i fenomeni di interpretazione e integrazione del contratto; Cass., 22 maggio 1997, n. 4598; Trib. Padova, 18 aprile 2019, n. 775, in Banca dati *Onelegale*, 2019.

¹⁶⁰ V. *supra*, note 147 e 148.

¹⁶¹ O quantomeno un'ulteriore modalità applicativa.

risultato contrattuale programmato¹⁶², e alla realizzazione degli interessi contrattualmente dedotti¹⁶³.

Ciò significa che la commissione di un tale atto di esercizio, ponendosi in violazione dell'obbligo negativo di buona fede, è da qualificarsi, non diversamente da quanto si appena visto, non solo come atto *inefficace* ma altresì come atto *antigiuridico*¹⁶⁴ giustificando il ricorso alle tutele contrattuali. Esso è da considerarsi, infatti, contrario a un precetto normativo, posto dalla clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, la quale fonda normativamente il divieto dell'esercizio distorto del potere contrattuale¹⁶⁵ nella prospettiva della esatta realizzazione del programma contrattuale e dei relativi interessi di parte. Inoltre, l'esercizio del potere in modo contrario a buona fede, nel momento in cui da esso atto derivano dei danni in

¹⁶² Nonostante si muova su questa linea, ci sembra diversa l'applicazione che è stata fatta recentemente dell'art. 1375 c.c. ad opera della giurisprudenza di legittimità, là dove questa ha ritenuto che la mancata esazione del canone di locazione per un lungo periodo (tenuto altresì conto dei rapporti di parentela e familiarità delle persone fisiche interessate) sia tale da ingenerare affidamento nel conduttore circa la remissione del debito: Cass., 14 giugno 2021, n. 16743. Su tale decisione, in chiave parzialmente critica sulla ricostruzione logica del provvedimento, MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 1171 ss.; criticamente anche CALDORO, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e Verwirkung*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 97 ss., spec. 105 ss.

¹⁶³ Come avviene quando, in un contratto di agenzia pubblicitaria, a fronte del recesso ingiustificato di una parte, l'altra agisca per l'esecuzione del contratto piuttosto che per il risarcimento del danno commisurato al proprio corrispettivo, al fine di evitare una strumentale (e ritorsiva) attribuzione di inutili costi: cfr. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., p. 171, v. anche p. 187 ss. e p. 256 ss.

¹⁶⁴ *Supra*, nota 56.

¹⁶⁵ In questo modo, a nostro avviso, si ha una sovrapposizione tra l'ambito di operatività della clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.* e l'ambito applicativo del divieto di abuso del diritto: in precedenza, sul punto, UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 321 ss. Il rapporto tra le figure della buona fede e dell'abuso del diritto è da lungo tempo dibattuto in dottrina: per una approfondita analisi della questione v. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 343 ss.

capo all'altra parte contraente, si configura come atto non solo inefficace e antiguridico ma anche *illecito*, dando luogo – come già si è detto – alla tutela risarcitoria *ex art. 1218 c.c.*

La clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, oltre che come fonte produttrice di obblighi strumentali, e quindi con funzione integrativa, trova applicazione, secondo un terzo orientamento giurisprudenziale, anche con una funzione che potremmo definire «valutativa»¹⁶⁶. In giurisprudenza, infatti, la clausola generale di buona fede prevista dall'*art. 1375 c.c.* è da tempo richiamata nelle motivazioni dirette a stabilire la gravità o meno dell'inadempimento, ai sensi dell'*art. 1455 c.c.*¹⁶⁷.

Ora, pur senza poter entrare specificamente nel merito delle questioni relative alla importanza dell'inadempimento¹⁶⁸, ci sembra che il riferimento all'*art. 1375 c.c.*, al fine del giudizio di gravità dell'inadempimento, non sia né opportuno né necessario. Non appare opportuno, a nostro avviso, in quanto la buona fede prevista dall'*art. 1375 c.c.* è diretta a operare nella fase esecutiva del contratto mediante la determinazione dell'atto dovuto strumentale al conseguimento dei

¹⁶⁶ La funzione valutativa, così come da noi definita, è cosa ben diversa dalla «integrazione valutativa» della clausola generale (e quindi anche della buona fede *ex art. 1375 c.c.*). Infatti, mentre l'integrazione valutativa indica un metodo di attribuzione di significato normativo alla (e quindi di determinazione della) clausola generale mediante il ricorso a *standard valutativi* (*supra*, nota 77), al contrario la funzione valutativa della clausola generale a cui si fa riferimento nel testo indica le modalità operative della clausola generale, così come determinata. Laddove, con riguardo alla clausola generale di buona fede *ex art. 1375 c.c.*, essa avrebbe la funzione, non di produrre obblighi strumentali al conseguimento del programma contrattuale, bensì di porsi essa stessa come *standard* valutativo della gravità (o importanza) dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto *ex art. 1455 c.c.*

¹⁶⁷ Cfr. Cass., 17 novembre 2021, n. 35042; Cass., 28 giugno 2010, n. 15363; Cass., 6 giugno 1983, n. 3823; nella giurisprudenza di merito, in questo senso sembrano porsi App. Roma, 25 ottobre 2018, n. 6773, in Banca dati *Onelegale*, 2022; Trib. Crotone, 1 febbraio 2022, n. 86, *ivi*.

¹⁶⁸ Sul punto v. per tutti COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, 1992; CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995; per una più recente rassegna AIELLO, *La giurisprudenza e l'inadempimento di «non scarsa importanza». Criteri di valutazione e sfera d'incidenza dell'art. 1455 cod. civ.*, in *Nuova giuri. civ. comm.*, 2012, II, p. 731 ss.

risultati programmati, quindi secondo una prospettiva *ex ante*; mentre al contrario la valutazione della gravità dell'inadempimento ha ad oggetto i *risultati conseguiti*¹⁶⁹, e quindi secondo una prospettiva *ex post*.

Non appare neanche necessario, il richiamo alla buona fede *ex art.* 1375 c.c. ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento, in quanto non emerge una lacuna del sistema, o anche della stessa norma posta nell'art. 1456 c.c., tale da non consentire l'individuazione di criteri funzionali, o l'enucleazione degli interessi rilevanti, e tale dunque da giustificare la forzatura in chiave estensiva di una norma con ambito operativo limitato, quale è pur sempre l'art. 1375 c.c.

Il richiamo alla buona fede *ex art.* 1375 c.c., in ultima analisi, niente aggiunge sul piano applicativo ai risultati diversamente ottenuti, e anzi è idoneo a ridurre la precisione e la puntualità delle motivazioni, riducendosi così tale richiamo, tutt'al più, a una generica evocazione del principio (e non della clausola) di buona fede.

¹⁶⁹ Cioè i risultati *effettivamente* conseguiti, raffrontati al programma contrattuale, e quindi in una fase in cui la fase dell'esecuzione del contratto si è esaurita (anche parzialmente, quando si tratta di esecuzione ripartita).

ALESSIA VALONGO
Professoressa associata di diritto privato
Università degli Studi di Perugia

**NUOVI DIRITTI PER I MINORI STRANIERI NON
ACCOMPAGNATI ALLA LUCE DELLA LEGGE 7
APRILE 2017, N. 47**

SOMMARIO: 1. L'ampliamento del principio dell'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati. – 2. Il passaggio da un'ottica assistenziale ad una strategia di inclusione sociale. – 3. Il problema dell'individuazione del giudice competente in materia. – 4. Il principio di presunzione della minore età. – 5. Il potenziamento dei diritti dei minori stranieri non accompagnati: il diritto al rimpatrio assistito e volontario. – 6. Il rafforzamento dei diritti alla salute, all'istruzione, all'ascolto e all'assistenza legale. – 7. L'accesso alla maggiore età tra domanda di asilo e domanda di soggiorno per minore età.

1. L'ampliamento del principio dell'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati.

La Costituzione italiana prevede che “lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche”, ha “diritto di asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge” (art. 10 Cost., comma 3).

Nel quadro delle migrazioni di massa, il fenomeno migratorio minorile ha assunto un forte impatto nello scenario sociale, politico ed economico¹. Di recente l'attenzione del legislatore italiano si è

* Il presente studio è il frutto di una ricerca finanziata dal titolo “I minori stranieri non accompagnati” nell'ambito del progetto LEPA (*LEgality and PArticipation* - area: Legalità, diritti sociali e politiche di *welfare* nel contesto

concentrata sui minori migranti non accompagnati, i quali sono stati assoggettati a normative in deroga alla disciplina comune, in quanto riconosciuti dall'ordinamento giuridico meritevoli di una tutela rafforzata. L'assenza di persone adulte di riferimento, infatti, li rende particolarmente vulnerabili e facili prede di illegalità.

Spesso i minori stranieri non accompagnati sono nel contempo potenziali richiedenti asilo², in quanto vittime di tratta, di lavori forzati, di sfruttamento sessuale o perché coinvolti nel traffico degli esseri umani, o perché in fuga da guerre e persecuzioni; talvolta, emigrano dal proprio paese per fuggire alla povertà o migliorare le condizioni economiche della propria famiglia e, perciò, con il consenso di chi è per loro responsabile. Alcuni di loro, una volta identificati nelle comunità di accoglienza, fanno perdere le proprie tracce, esponendosi più degli altri a violenze e abusi.

europeo), progetto di sviluppo del Dipartimento di Eccellenza di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Perugia per il quinquennio 2018-2022.

¹ Sul fenomeno migratorio minorile, v. SILVA e CAMPANI, *Crescere errando: minori immigrati non accompagnati*, Milano, 2004, p. 1-143; MIAZZI, *La tutela dei minori stranieri nel quadro normativo e costituzionale*, in *Minoriegiustizia*, 2006, 4, p. 155-166; MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2019, p. 69-89; CASONE, ARDESI e GIONCADA, *Diritto di famiglia e minorile per operatori sociali e sanitari*, Milano, 2017, p. 363-386; BARONE, *L'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati: tra norma giuridica e agire sociale*, Vicalvi, 2016, p. 1-164; LENTI e LONG, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino, 2015, p. 311-316; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, Milano, 2012, p. 457-571; BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati*, Piacenza, 2017, p. 9 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 223 ss.; GIOVANNETTI, *I minori stranieri non accompagnati in Italia*, V Rapporto ANCI, Roma, 2014, reperibile nel sito: www.cittaitalia.it. In generale, sul tema dei migranti, v. ANNONI e MORI, *I diritti delle famiglie migranti fra integrazione e tutela della diversità: atti della Tavola rotonda Università Magna Graecia di Catanzaro*, 21 maggio 2013, Torino 2015; CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, p. 950.

² D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana: asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, 1992, p. 115; MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, p. 543 ss.

Il Parlamento europeo, con la Risoluzione del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE, aveva esortato gli Stati membri ad uniformare le normative all'interno dell'Unione Europea allo scopo di assicurare a questi minori alcuni benefici essenziali per la tutela di una vita dignitosa, tra i quali il diritto ad un alloggio appropriato, il diritto al supporto legale e psicologico, all'accesso alle informazioni, al gioco, alla valorizzazione e allo sviluppo della propria identità e dei propri valori culturali, il diritto di manifestare la propria religione. Più di recente, in direzione analoga si è posta la Risoluzione del 3 maggio 2018 sulla protezione dei minori migranti³. Ciononostante, allo stato attuale manca in materia una disciplina uniforme a livello comunitario⁴.

All'interno del nostro ordinamento, i migranti minorenni, indipendentemente dalla regolarità della loro posizione sul suolo nazionale, rientrano in una delle categorie protette dal d.lgs. 7 luglio 1998 n. 286 (testo unico sull'immigrazione, aggiornato con le modifiche apportate dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito dalla l. 8 agosto 2019, n. 77 e dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 convertito dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132).

³ La Risoluzione del 12 settembre 2013 sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE e la Risoluzione del 3 maggio 2018 sulla protezione dei minori migranti sono consultabili nel sito: www.europarl.europa.eu.

⁴ DEL GUERCIO, *I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati*, in *Minori e giustizia*, 2017, 3, p. 138 ss. Sulla mancanza di uniformità della normativa in materia tra gli Stati dell'Unione Europea, v. TASSINARI, *The Identification of Unaccompanied Foreign Minors and the Voluntary Guardian in Italy: An Example to Be Followed by the EU*, in *Cuadernos Derecho Transnacional*, 2019, 11, p. 545; PUSCA, *The Minor Immigrant and the Effects of Juvenile Migration in Europe*, 2015, in *Acta Universitatis Danubius Juridica*, p. 5. Nella letteratura straniera, per un'analisi comparativa del sistema di protezione dei minori non accompagnati richiedenti asilo in altri Stati europei, v. ARNOLD, M.GOEMAN e FOURNIER, *The Role of the Guardian in Determining the Best Interest of the Separated Child Seeking Asylum in Europe: A comparative Analysis of Systems of Guardianship in Belgium, Ireland and the Netherlands*, in *European Journal Migration & Law*, 2014, 16, p. 467; GALANTE, *Greece's Not-so-Warm Welcome to Unaccompanied Minors: Reforming EU Law to Prevent the Illegal Treatment of Migrant Children in Greece*, in *Brook. Journal International Law*, 2014, 39, p. 745.

L'art. 19, comma 2, lett. c) del testo unico sull'immigrazione (t.u.i.) sancisce il divieto di espulsione dal territorio italiano per tutti i minori stranieri⁵, derogabile esclusivamente per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato. La norma esplicita così il principio dell'accoglienza, secondo il quale i minori stranieri, per il solo fatto di essere minori, non possono essere espulsi, salvo casi eccezionali, e hanno diritto di rimanere nello Stato a prescindere dal possesso di un valido titolo di ingresso. In definitiva, il loro soggiorno non può mai essere qualificato come "clandestino".

Sono, però, ascrivibili alla legge del 7 aprile 2017 n. 47 (denominata "legge Zampa" dal nome della prima firmataria On. Sandra Zampa) garanzie nuove rispetto a quelle contenute nel testo unico sull'immigrazione⁶. In primo luogo, la legge 2017 n. 47 ha determinato un notevole ampliamento dell'ambito dei destinatari dell'accoglienza, con l'obiettivo di garantire parità di trattamento con i minori cittadini italiani o dell'Unione Europea (v. art. 1, l. 2017 n. 47) e favorire un percorso di inclusione nella società di tutti i minori stranieri non accompagnati.

⁵ Il divieto di espulsione, previsto per i minori, è riferito anche alle donne in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio (art. 19, comma 2, t.u.) ed è stato esteso dalla giurisprudenza anche al marito irregolare convivente della donna in stato di gravidanza e poi anche al padre (non coniuge né convivente) della donna nei primi sei mesi di vita del bambino. Ciò in ossequio ai principi di protezione dell'unità familiare e della responsabilità educativa di entrambi i genitori.

⁶ PANE, *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1, p. 95-103; IPPOLITI MARTINI, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2018, 2, p. 385-411; CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1299 ss.; CUKANI, *Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati*, pubblicato il 23 maggio 2019 in www.consultaonline.it; TOGNONI, *Legge ZAMPA: n. 47 del 7/4/2017 Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, 2017, 5, p. 232-233, reperibile in www.quaderniacp.it; LONG e RICUCCI, *Foster Care of Foreign Minors in Italy: An Intercultural or Neo-Assimilationist Practice*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, 2, p. 179-196.

In secondo luogo, al preesistente divieto di espulsione è stato affiancato un nuovo divieto assoluto di respingimento (art. 3, l. 2017 n. 47), il quale si distingue dall'espulsione per operare nel momento dell'attraversamento al valico della frontiera o in un momento immediatamente successivo (art. 10 t.u.i.⁷): in entrambi i casi, la pubblica autorità è tenuta, in applicazione dell'art. 403 del codice civile, a collocare i minori in un luogo sicuro fino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla loro protezione.

Come vedremo nei paragrafi seguenti, in Italia la materia dei minori stranieri soli resta soggetta a discipline normative specifiche a seconda della peculiare situazione di vulnerabilità in cui il soggetto si trova, determinando talora sovrapposizioni e problemi di coordinamento tra norme, soprattutto processuali. Non è stata riorganizzata l'intera materia in un testo unico e sono rimaste in vigore alcune leggi precedenti (si pensi alle normative in tema di minore non accompagnato richiedente asilo⁸). Inoltre, nella prassi,

⁷ Per i minori stranieri non accompagnati, l'art. 10 della l. 2017 n. 47 disciplina il rilascio di un permesso di soggiorno specificamente rivolto a minori stranieri non accompagnati per i quali non sia stato ancora nominato un tutore: per essi, è assolutamente illegittima la prassi di rifiutare la richiesta di permesso di soggiorno o la domanda di asilo in attesa della nomina del tutore, in quanto le istanze possono essere presentate alla questura direttamente dal minore o dal genitore o dal responsabile della struttura di accoglienza.

⁸ Accanto al d.lgs. 7 luglio 1998 n. 286 (testo unico sull'immigrazione), la materia di minori stranieri richiedenti asilo è soggetta alle seguenti normative: d.lgs. 19 novembre 2007 n. 251 attuativo della direttiva 2004/83, come modificato dal d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 18; d.lgs. del 28 gennaio 2008 n. 25, attuativo della direttiva 2005/85, sulle procedure per la domanda di protezione internazionale; d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (c.d. decreto accoglienza), che recepisce la direttiva europea 2013/33 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e la direttiva europea 2013/32 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento dello *status* di protezione internazionale; la normativa a tutela del ricongiungimento familiare dei cittadini extracomunitari (direttiva 2003/83) e il regolamento di Dublino III (regolamento 604/2013/UE) sui minori stranieri non accompagnati richiedenti asilo. Ulteriori interventi normativi sono stati definiti con il d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito nella legge 13 aprile 2017 n. 46, con il d.lgs. 22 dicembre 2017, n. 220 correttivo del cd. decreto accoglienza e con il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. decreto sicurezza e immigrazione). In materia di tratta delle persone, si vedano: legge 3 agosto 1998 n. 269 "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione,

le procedure risultano lunghe e inefficienti, inadeguate a soddisfare le esigenze di questi minori che avrebbero, invece, bisogno di risposte tempestive.

Nonostante gli aspetti critici, la legge 2017 n. 47 è apprezzabile per essere la prima legislazione europea ad aver abbandonato la logica emergenziale di gestione del fenomeno, specialmente per quel che concerne il rafforzamento di una serie di misure di protezione fondamentali (si vedano: art. 14, *Diritto alla salute e all'istruzione*; art. 15, *Diritto all'ascolto dei minori stranieri non accompagnati nei procedimenti*; art. 16, *Diritto all'assistenza legale*), nonché per i profili dell'identificazione e dell'accertamento dell'età (v. art. 5, l. 2017 n. 47). Mentre in molti paesi europei⁹ i metodi per tale accertamento sono privi di un approccio olistico, spesso invasivi e variabili da un territorio all'altro, l'ordinamento italiano, come si vedrà al par. 4, ha adottato una procedura unica e multidisciplinare, che pone al centro il diritto del minore ad essere informato e a manifestare il proprio consenso, recependo così i principi affermati dalla Commissione europea per i minori richiedenti asilo.

2. Il passaggio da un'ottica assistenziale ad una strategia di inclusione sociale.

La legge Zampa ha segnato in questo settore sia un ampliamento dell'ambito dei destinatari dell'accoglienza, sia il passaggio da una prospettiva meramente assistenziale ad una strategia politica volta all'integrazione sociale e lavorativa dei minori.

Ai sensi dell'art. 2 della l. 2017 n. 47, per minore straniero non accompagnato si intende “il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione Europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti

della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”; legge 11 agosto 2003 n. 228 “Misure contro la tratta di persone e la riduzione in schiavitù”.

⁹ Sulla mancanza, in vari paesi europei, di normative adeguate in tema di identificazione e accertamento dell'età dei minori migranti, si veda il documento dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), dal titolo *Proteggere i minori in transito*, 2012, reperibile nel sito: www.unhcr.it.

sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano". Come è evidente, il riferimento è anche ai minori che abbiano presentato o che intendano presentare domanda di protezione internazionale; è così superata la precedente definizione¹⁰ di minori stranieri non accompagnati, contenuta nell'art. 1 del d.p.c.m. n. 535, del 9 dicembre 1999, che escludeva dalla categoria i minori richiedenti asilo.

La legge 2017 n. 47 ha in tal modo garantito una tutela minima paritaria a tutti i minori stranieri, a prescindere dalla loro intenzione di richiedere una protezione internazionale. Oltre ai minori completamente soli o abbandonati, rientrano in tale definizione anche i minori affidati di fatto ad adulti, come amici o parenti, che non ne siano tutori o affidatari in base ad un atto formale¹¹. Infatti, i

¹⁰ Secondo la nozione contenuta nell'art. 1 del d.p.c.m. n. 535, del 9 dicembre 1999, "per minore straniero non accompagnato presente sul territorio dello Stato [...] s'intende il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda d'asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano". La nuova concezione affermata dalla legge 47 del 2017, invece, aderisce alla definizione fornita dall'art. 2 della direttiva europea 2011/95 (c.d. direttiva qualifiche), che fa riferimento a "qualsiasi persona di età inferiore a 18 anni, che si trova al di fuori del suo paese d'origine o di residenza abituale, che è stata separata da entrambi i genitori o da altri parenti e che non è presa in carico da alcun adulto che, per legge o per consuetudine, abbia la responsabilità di farlo".

¹¹ Si considerano "accompagnati" i minori stranieri affidati a un parente entro il terzo grado, purché esista un provvedimento giudiziale di affidamento ai sensi della l. 1983 n. 184. Così, Cass., ord., 3 aprile 2019, n. 9199, in www.leggiditalia.it, che chiarisce le condizioni necessarie per soddisfare la definizione di "minore straniero non accompagnato": la mancanza di soggetti che provvedano all'assistenza materiale e morale del minore; l'assenza di soggetti che rappresentino il minore e per questo che ne siano legalmente responsabili in base alle leggi dello Stato. Secondo la Cassazione, entrambe le condizioni devono sussistere congiuntamente. Pertanto, atteso che la rappresentanza legale dei figli minori è quella attribuita ai genitori che non possono delegarla ad altri in forma privatistica, è da considerare "non accompagnato" anche il minore che sia privo di genitori sul territorio nazionale e "da questi affidato, con atto notarile, alle

minori stranieri accompagnati da persone che non siano legittimate da un provvedimento formale si considerano non accompagnati, anche se si tratti di familiari regolarmente soggiornanti. La legge prevede che i minori stranieri non accompagnati non possono essere respinti alla frontiera, avendo, al contrario, il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno da parte del questore, anche se l'ingresso nel territorio nazionale sia avvenuto illegalmente (art. 10, l. 2017 n. 47) e anche se non siano in possesso di un documento di identità o di nazionalità (v. Circolare Ministero dell'Interno 24 marzo 2017 n. 10337); tale permesso di soggiorno potrà essere chiesto "per minore età", anche prima della nomina di un tutore, dal responsabile della struttura di prima accoglienza (art. 6, comma 3, l. 2017 n. 47) oppure potrà essere chiesto "per motivi familiari" dal tutore già nominato o dall'affidatario. Il permesso per motivi familiari potrà poi essere convertito in permesso per motivi di studio, di lavoro o attesa occupazione, ai sensi dell'art. 32 del testo unico sull'immigrazione.

Secondo la l. 2017 n. 47, tutti i minori non accompagnati hanno diritto ad un alloggio appropriato in strutture di prima accoglienza per il tempo strettamente necessario all'identificazione e a ricevere, con modalità adeguate alla loro età, ogni informazione sui diritti loro riconosciuti e sulle modalità di esercizio di tali diritti, compresa la possibilità di chiedere la protezione internazionale.

Anteriormente alla vigenza della legge 2017 n. 47, diversa era l'organizzazione dell'accoglienza, in quanto il minore, non trovando posto in un centro di accoglienza *ad hoc*, veniva inserito in strutture per adulti, sprovviste delle attrezzature necessarie per garantire lo svolgimento di attività tipiche dell'infanzia, nelle quali restava per un numero di giorni indefinito. La legge 2017 n. 47 ha inteso assegnare i minori immediatamente ad un centro di prima accoglienza specializzato, dotato delle competenze necessarie al

cure ed alla rappresentanza legale del fratello dimorante in Italia, non potendosi considerare tale forma di delega della responsabilità genitoriale valida nel nostro ordinamento".

supporto degli stessi e accreditato sulla base del possesso di determinati requisiti¹².

In questa direzione, il legislatore si era già rivolto con il d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142 (c.d. decreto accoglienza, citato alla nota 8), che ha vietato il collocamento dei minori presso centri per adulti ed ha creato un sistema unico per equiparare l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati a quella dei minori migranti richiedenti asilo. La legge 2017 n. 47 ha recepito il sistema introdotto dal d.lgs. 2015 n. 142 e ha ridotto da sessanta giorni a trenta giorni il termine massimo di trattenimento dei minori nelle strutture di prima accoglienza. Trascorsi i trenta giorni, i minori devono essere inseriti, per la seconda accoglienza, nell'unico Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SIPROIMI, precedentemente definito SPRAR) rivolto a tutti i minori soli, senza distinzioni (art. 12, l. 2017 n. 47).

3. Il problema dell'individuazione del giudice competente in materia.

La legge 2017 n. 47 ha inteso assicurare ai minori stranieri non accompagnati, nel più breve tempo possibile, una rappresentanza legale da realizzarsi attraverso la nomina di un tutore, appositamente formato dai garanti per l'infanzia e l'adolescenza (v. art. 11, *Elenco dei tutori volontari*). Il tutore ha la cura della persona del minore e lo rappresenta in tutti gli atti civili (art. 357 c.c.), operando in modo completamente gratuito; al riguardo, gli artt. 11 e 21 della legge Zampa non prevedono lo stanziamento di risorse pubbliche, così escludendo di fatto che per i tutori di questi minori possa trovare applicazione il secondo comma dell'art. 379 c.c., con la conseguenza che, ove costoro siano privi di beni personali per far fronte alle spese derivanti dall'ufficio, non è offerta la possibilità di ottenere dallo Stato alcuna

¹² Le strutture di prima accoglienza sono gestite dal Ministero dell'Interno in accordo con gli enti locali, in quanto la *legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali* (legge 8 novembre 2000, n. 328), all'art. 6, comma 2, pone a carico dei Comuni gli interventi assistenziali a sostegno dei minori in difficoltà.

indennità¹³ (il tema della scarsità di risorse verrà ripreso al successivo par. 6).

In ordine alla nomina del tutore, come in ordine ad altre vicende riguardanti questi minori, la *ratio legis* è stata di assicurare procedure rapide e uniformi sul territorio nazionale.

In applicazione del principio di prossimità territoriale, in generale, la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori (divenuta operativa in Italia, con la legge 15 gennaio 1994 n. 64) ha stabilito il criterio primario della competenza dell'autorità giudiziaria di residenza abituale del minore e dell'applicazione della legge interna di tale autorità (*lex fori*), anziché della legge nazionale.

Con riguardo alla competenza per materia sull'apertura della tutela, rispetto ai minori stranieri soli (che talvolta sono anche richiedenti asilo), si registrano diverse prassi giudiziarie dovute al complicato regime di competenze previste dal codice civile, dalla

¹³ Così, Corte Cost., 29 novembre 2018, n. 218, in G.U. n. 48 del 5 dicembre 2018, che dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 11 e 21 della legge 2017 n. 47, sollevate, in riferimento all'art. 3 Cost., dal giudice tutelare del Tribunale di Benevento. Secondo la Suprema Corte, il sistema non determina una disparità di trattamento rispetto ai tutori delle persone incapaci italiane, alle quali lo Stato riconosce una pensione di invalidità, su cui può gravare l'equa indennità di cui all'art. 379 cod. civ. La Consulta precisa che "nell'ordinamento italiano l'ufficio tutelare è sempre gratuito, a prescindere dalla nazionalità del soggetto a favore del quale viene prestato e l'equa indennità è assegnata dal giudice tutelare solo nei casi in cui vi sono oneri derivanti dall'amministrazione di un patrimonio, in considerazione delle relative difficoltà, mentre non spetta per le cure dedicate alla persona dell'incapace. All'ufficio del tutore, infatti, non corrisponde un impiego o una prestazione professionale, integrando il suo adempimento un dovere sociale di alto valore morale; l'equa indennità che, come si è detto, si riferisce ai casi di gestione di un patrimonio, «non ha natura retributiva, ma serve a compensare gli oneri e le spese non facilmente documentabili da cui è gravato il tutore a cagione dell'attività di amministrazione del patrimonio del pupillo [...] Ne deriva, pertanto, che il presupposto dell'indennità è costituito dall'esistenza di un patrimonio del minore (e non nella mera pensione d'invalidità) e il suo riconoscimento è legato all'attività di gestione di esso, in assenza della quale al tutore, anche se di persona incapace di nazionalità italiana, non verrà riconosciuto alcunché, neppure per la rifusione delle spese vive sostenute".

legge in tema di adozione e dalle numerose leggi speciali in materia di minori stranieri non accompagnati e di minori richiedenti asilo.

Come vedremo dalle norme di seguito richiamate, oltre a profilarsi doveri di comunicazione a pubbliche autorità differenti e non coincidenti sul piano amministrativo, sotto il profilo giurisdizionale si configura una triplice via percorribile, quella del tribunale ordinario, quella del giudice tutelare e quella del tribunale per i minorenni, con conseguente sovrapposizione di competenze.

Un'interpretazione sistematica e assiologica dell'art. 1, comma 1 della l. 2017 n. 47, dell'art. 37 *bis* della l. 1983 n. 184 e dell'art. 19, c. 5 del citato d.lgs. 2015 n. 142 (che fa espresso rinvio agli artt. 343 ss. del codice civile)¹⁴, conduce a ritenere applicabili ai minori stranieri non accompagnati, a seconda della concreta situazione, le norme previste dalla legge italiana in materia di provvedimenti necessari in caso di urgenza (art. 403 c.c.), in materia di tutela (art. 343 ss. c.c.), di affidamento (art. 2 ss. l. 1983 n. 184) e, infine, di adozione (art. 6 ss. l. 1983 n. 184)¹⁵.

Si domanda se sia ad essi estensibile anche il disposto dell'art. 321 c.c., applicabile quando esiste un fatto che impedisce ai genitori di esercitare la responsabilità genitoriale. L'impossibilità dei genitori, che è presupposto oggettivo di operatività della norma, non è quella che determina l'apertura della tutela ex art. 343, comma 1, c.c., ma è un impedimento di carattere parziale o temporaneo. Si pensi, ad esempio, alla lontananza o all'assenza, per un dato periodo di tempo, dei genitori dal territorio italiano. Detta norma ipotizza la nomina di un curatore speciale che rappresenti il minore quando entrambi i genitori "non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio" (art.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 1 della l. 2017 n. 47, "i minori stranieri non accompagnati sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori" a parità con i minori cittadini italiani o dell'Unione europea. L'art. 37 *bis* della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*) dispone che "Al minore straniero che si trova nello Stato in situazione di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza".

¹⁵ MOROZZO DELLA ROCCA, *Affidamenti ex art. 2 l. 4 maggio 1983 n. 184 e minori stranieri non accompagnati*, in *Fam. dir.*, 2007, 4, p. 389 ss.

321 c.c.) e prevede la contestuale autorizzazione del curatore al compimento degli atti necessari, senza che occorra presentare un'ulteriore istanza in tal senso. Secondo la dottrina dominante¹⁶, la competenza per tale giudizio appartiene al tribunale ordinario e non al tribunale dei minorenni, né al giudice tutelare.

Argomentando da varie norme di legge (artt. 1, 2 e 12, l. 2017 n. 47, art. 19, comma 5, d.lgs. 2015 n. 142), il rinvio alle norme di legge vigenti in materia di protezione di minori deve ritenersi operante anche per i minori stranieri non accompagnati, a prescindere dal fatto che abbiano richiesto la protezione internazionale.

Quanto al provvedimento di nomina del tutore, in una prima fase successiva all'emanazione della legge Zampa, era ritenuto competente il giudice tutelare, sulla base della previsione secondo la quale, quando il minore non accompagnato richiedente asilo è rintracciato dalle pubbliche autorità (polizia, servizi sociali o altri rappresentanti dell'ente locale), deve essere data comunicazione di ciò al giudice tutelare per l'apertura della tutela ai sensi dell'art. 343 c.c. e deve farsi segnalazione al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minori per la necessaria ratifica delle misure di accoglienza predisposte (art. 19, comma 5, d.lgs. 142 del 2015).

La legge speciale poi stabilisce che deve essere data notizia della presenza del minore al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ove è istituito il Sistema informativo nazionale (v. art. 9, comma 1, l. 2017 n. 47), al fine di assicurare il censimento e il monitoraggio della presenza dei minori non accompagnati in una banca dati che resta a disposizione di quanti gestiscono il flusso dei minori migranti.

La questione dell'individuazione del giudice competente alla nomina del tutore è stata ulteriormente complicata dalla necessità di coordinamento con la norma di cui all'art. 26 del d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 (attuazione della direttiva comunitaria 2005/85 relativa alle procedure per il riconoscimento dello *status* di

¹⁶ Così, CIAN e TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, sub art. 321 c.c., Padova, 1992, p. 365.

rifugiato), in base alla quale, quando la domanda di asilo è presentata alla questura da un minore non accompagnato, la questura “dà immediata comunicazione al tribunale dei minorenni e al giudice tutelare per l’apertura della tutela e per la nomina del tutore a norma degli articoli 343, e seguenti, del codice civile”(comma 5). La stessa norma di cui all’art. 26 del d.lgs. 2008 n. 25, al comma 6, stabilisce che la questura “informa immediatamente il Servizio centrale del sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati” per l’inserimento del minore in una delle strutture operanti nell’ambito del Sistema di protezione stesso.

Inoltre, ai sensi delle norme in tema di adozione (art. 10, comma 3, l. 4 maggio 1983, n. 184), una volta avvenuta l’apertura del procedimento di adottabilità del minore, la competenza sulla nomina del tutore spetta al tribunale per i minorenni.

Come appare evidente dalla molteplicità di disposizioni normative appena richiamate, il riferimento a diversi organi giudiziari pone problemi di interferenza di giudizi, di aumento dei costi e dei tempi di risposta alle domande di giustizia. Il punto è stato affrontato da due pronunce della Corte di Cassazione del 2017¹⁷, che, in casi riguardanti la nomina del tutore per un minore straniero non accompagnato, hanno affermato la competenza del giudice tutelare del luogo in cui si trovava la struttura di prima

¹⁷ Cass., 26 aprile 2017, ordinanza n. 10212, in *Rep. Foro it.*, 2017, n. 114, p. 1662, che ha affermato la competenza del giudice tutelare presso il tribunale ordinario. Qui la Corte ha espresso il seguente principio: “Il minore straniero non accompagnato che sbarca illegalmente in Italia riceve le misure di prima accoglienza secondo quanto stabilito dal d.lgs. 142/2015 e per esercitare i suoi diritti nel nostro paese ha bisogno, nel più breve tempo possibile, di una rappresentanza legale da realizzarsi mediante l’apertura della tutela e la nomina di un tutore da parte del giudice tutelare del luogo ove si colloca la struttura di accoglienza, a ciò istituzionalmente demandato in presenza di minori che si trovino nella medesima ed analoga condizione, del tutto diversa da quella qualificabile come “abbandono” ex art. 9 e 10 L. 184/1983. La verifica delle condizioni per procedere all’adozione dei minori stranieri non accompagnati può essere svolta in una fase successiva ove ne ricorrano le condizioni di legge”. Nello stesso senso, v. Cass., ord., 12 gennaio 2017, n. 685, in *Foro it.*, 2017, I, c. 522, con nota di POLISENO, *La protezione internazionale del minore straniero non accompagnato e il farraginoso regime di competenza*.

accoglienza, in applicazione del testo, allora vigente, dell'art. 19, comma 5, del d.lgs. 2015 n. 142, chiarendo che il tribunale per i minorenni restava competente soltanto per la fase successiva e per l'eventuale procedura di adozione.

Successivamente, l'entrata in vigore il 2 marzo 2018 del d.lgs. 22 dicembre 2017 n. 220, correttivo del cd. decreto accoglienza, ha fornito una soluzione diversa, rinnovando il contenuto del citato art. 19, comma 5 e trasferendo la competenza per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore del minore straniero non accompagnato, dal giudice tutelare, al tribunale per i minorenni.

Il problema relativo all'individuazione dell'ufficio giudiziario competente non era stato risolto neppure rispetto al procedimento di attribuzione dell'età del minore straniero. Più esattamente, mentre la competenza del tribunale minorile è stata stabilita per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte (art. 19, comma 5, d.lgs. 2015 n. 142), la norma di cui all'art. 19 *bis* (*Identificazione dei minori stranieri non accompagnati*, introdotta nel d.lgs. 2015 n. 142 dall'art. 5 della legge 2017 n. 47), non specificava l'autorità emanante il provvedimento di accertamento dell'età.

Le incertezze interpretative erano acuite dal fatto che il tribunale per i minorenni è competente nelle sole ipotesi espressamente previste dall'art. 38, comma 1, delle disposizioni per l'attuazione del codice civile o nelle ipotesi tassativamente previste da altre norme. Pertanto, in tal caso, si sarebbe dovuta applicare la regola generale che rimette al tribunale ordinario i provvedimenti relativi ai minori per i quali non sia espressamente prevista la competenza di una diversa autorità giudiziaria (art. 38, comma 2, disp.att. c.c.). Tale soluzione non pareva, tuttavia, soddisfacente, perché il tribunale ordinario non possiede le conoscenze e le esperienze specifiche proprie del tribunale minorile. Per tale ragione, anche questa competenza in materia è stata spostata in capo al tribunale per i minorenni, in virtù del citato d.lgs. 2017 n. 220, che ha così rinnovato la disposizione di cui al comma 9 dell'art. 19 *bis* del d.lgs. 2015 n. 142.

In definitiva, una volta che il tribunale minorile abbia nominato il tutore, eventualmente stabilito l'età del minore e ratificato le misure di accoglienza predisposte, il procuratore della Repubblica

presso lo stesso tribunale per i minorenni provvederà all'eventuale verifica delle condizioni per promuovere il procedimento di adottabilità. L'accertamento dello *status* di minore "abbandonato", su ricorso del Pubblico Ministero per i minorenni, è un passaggio eventuale e successivo rispetto alla verifica dello *status* di minore "rifugiato". La competenza, però, appartiene sempre allo stesso tribunale minorile, in applicazione dell'art. 10 della legge 1983 n. 184.

Si domanda se una residuale competenza del giudice tutelare possa sopravvivere rispetto alla fase iniziale del percorso di accoglienza, ossia rispetto al periodo intercorrente fra l'apertura della tutela e l'assunzione dell'ufficio da parte del tutore, in applicazione della regola che rimette al giudice tutelare il potere di dare i "provvedimenti urgenti che possono occorrere per la cura del minore" quando il tutore non ha ancora assunto le proprie funzioni (art. 361 c.c.). Si pensi, ad esempio, al provvedimento volto ad individuare la struttura di prima accoglienza. In quanto organo del pubblico potere al quale è affidata l'attuazione dell'interesse generale degli incapaci, il giudice tutelare potrebbe emettere uno di questi provvedimenti indifferibili, prevalentemente di natura cautelare, su richiesta del pubblico ministero, di un parente o di un affine, ma anche d'ufficio. Tale scelta interpretativa garantirebbe forse una maggiore rapidità della protezione rispetto all'opzione che ritiene competente un organo distrettuale quale è il tribunale per i minorenni, perché la vicinanza territoriale dell'ufficio del giudice tutelare assicurerebbe una maggiore tempestività dell'intervento¹⁸.

Tuttavia, la permanenza di un doppio binario giurisdizionale, quello del giudice tutelare presso il tribunale ordinario e quello del tribunale minorile, renderebbe possibile l'avvio di un duplice giudizio, con il rischio di conflitto tra giudicati, specialmente

¹⁸ In questa fase preliminare, non potrebbe escludersi neppure la nomina da parte del giudice tutelare di un curatore speciale per compiere atti determinati, dal momento che il giudice tutelare è un organo con funzioni direttive, deliberative, consultive e di controllo, ma non esecutive, né rappresentative. In generale, sulle competenze del giudice tutelare, v. JANNUZZI e LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2002, p. 75.

rispetto al minore non accompagnato richiedente asilo, il quale è destinatario di più provvedimenti potenzialmente in contrasto tra loro¹⁹. In conclusione, l'intero settore dei minori stranieri non accompagnati, richiedenti o non richiedenti asilo, per le sue caratteristiche peculiari, richiederebbe un intervento unitario del giudice specializzato per ogni questione e non soltanto per la nomina del tutore e per l'accertamento dell'età. La preferenza per le sezioni minorili si giustifica anche per ragioni di carattere pratico, considerato che l'ufficio del tribunale ordinario è solitamente più gravato rispetto a quello minorile, con possibili maggiori difficoltà nel garantire l'effettiva realizzazione dell'interesse del minore. Sarebbe, pertanto, auspicabile una riforma del sistema processuale che provveda ad un riordino del regime delle competenze per materia, con una concentrazione dinanzi al tribunale per i minorenni di ogni procedimento giudiziario in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati e minori richiedenti asilo.

4. Il principio di presunzione della minore età.

Un passaggio fondamentale dell'accoglienza, sul quale la legge 2017 n. 47 ha inciso profondamente, riguarda la corretta identificazione del minore: si tratta di un momento essenziale, in quanto, se il minore fosse erroneamente identificato come maggiorenne, potrebbero essere adottati provvedimenti gravemente lesivi dei suoi diritti.

Come si è visto, in base alla legge Zampa, prima di procedere all'accertamento dell'età, occorre garantire al minore l'immediata assistenza umanitaria, provvedendo al più presto alla nomina di un tutore²⁰. In mancanza o in attesa della nomina, tutti i minori

¹⁹ PRICOCO, *Per una ricognizione delle prime esperienze applicative del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142*, in *Minori e giustizia*, 2017, 3, p. 106 ss., che sottolinea che "ogni qualvolta il minore viene spostato da una struttura all'altra dovrà avviarsi un nuovo provvedimento per la ratifica della susseguente misura d'accoglienza con dispendio di attività giudiziaria e di cancelleria di grande rilevanza".

²⁰ Sul punto, v. Cass., 29 dicembre 2017, n. 6191, reperibile nel sito: www.leggiditalia.it. Nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Palermo,

beneficiari di accoglienza hanno come tutore provvisorio il rappresentante legale del centro di accoglienza (sindaco, assessore, dirigente dei servizi sociali o della ASL). Come già accennato, infatti, si ritiene applicabile in tal caso la disposizione di cui all'art. 3, comma 1, della legge 1983 n. 184, secondo la quale "i legali rappresentanti delle comunità di tipo familiare e degli istituti di assistenza pubblici e privati esercitano i poteri tutelari sul minore affidato, secondo le norme del capo I del titolo X del libro primo del codice civile (artt. 343 ss. c.c), fino a quando non si provveda alla nomina di un tutore in tutti i casi nei quali l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela sia impedito". In base al comma 2 del medesimo art. 3, "entro trenta giorni dall'accoglienza del minore, i legali rappresentanti devono proporre istanza per la nomina del tutore", in quanto gli stessi e coloro che prestano anche gratuitamente la propria attività a favore della comunità non possono essere chiamati a rivestire tale incarico.

Mentre in precedenza la disciplina in tema di identificazione era vaga e non uniforme, la legge 2017 n. 47 ha introdotto un'unica procedura, sia per i richiedenti asilo che per i non richiedenti asilo, improntata al principio di partecipazione del minore e di rispetto della sua opinione e in attuazione dell'art. 12 della Convenzione ONU di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, che sancisce il diritto dei minori di essere ascoltati. Si è fissato un termine massimo di dieci giorni per le operazioni di identificazione, in modo tale che al minore siano assicurate nel minor tempo

decreto 20 giugno 2018, in www.personaedanno.it, con nota di CIANCIOLO, *Minori non accompagnati e tutore volontario. Alcune riflessioni. Nota a Tribunale per i minorenni di Palermo, decreto del 20 giugno 2018*, che, in assenza di tutori volontari disponibili, ha nominato ad una minorenni straniera non accompagnata inserita in una struttura comunitaria, quale tutore, il sindaco del comune dove si trova la struttura, con incarico di trasferire la minore in altra struttura ubicata in una diversa zona del territorio italiano che consenta la nomina di un tutore volontario ai sensi dell'art. 11 della l. 2017 n. 47. Il sindaco, pur essendo nominato tutore provvisorio, è chiamato ad esercitare immediatamente le sue funzioni, prendendo contatti diretti con la minore ed esercitando la rappresentanza legale nei rapporti con i terzi, provvedendo alla richiesta di permesso di soggiorno e, ricorrendone i presupposti, alla domanda di protezione internazionale.

possibile tutte le misure di assistenza, sostegno e protezione, in linea con i principi vigenti con riferimento ai minori vittime di tratta²¹.

Secondo il disposto del citato art. 19 *bis* del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142, nel momento in cui il minore straniero non accompagnato entra in contatto o è segnalato alle autorità di polizia, all'autorità giudiziaria, ai servizi sociali o ad altri rappresentanti dell'ente locale, il personale qualificato della struttura di prima accoglienza (se possibile, uno psicologo dell'età evolutiva) deve provvedere, sotto la direzione dei servizi dell'ente locale, ad un colloquio finalizzato a conoscere la storia personale e familiare del minore, i motivi e le circostanze della sua partenza dal paese d'origine, le sue aspettative e quant'altro è utile per accertare la situazione personale e i suoi specifici bisogni. Al colloquio deve essere presente un mediatore culturale, allo scopo di facilitare la comunicazione e ridurre gli ostacoli di carattere linguistico e culturale che si incontrano nel dialogo con il minore.

Dopo il colloquio con il minore, la struttura di prima accoglienza provvede alla compilazione della cartella sociale, nella quale confluiscono tutti i dati anagrafici e sociali relativi al percorso del minore (identità, luogo di accoglienza, aspetti sanitari, attività di integrazione svolte, ecc.) e gli elementi utili per

²¹ L'art. 4, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 rubricato "Minori non accompagnati vittime di tratta" (attuativo della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime) rimetteva ad un decreto ministeriale la definizione dei meccanismi attraverso i quali procedere alla determinazione dell'età nei casi di dubbio sulla minore età della vittima. Il 6 gennaio 2017 tale decreto relativo alla procedura di determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta (d.p.c.m. n. 234/16) è entrato in vigore, stabilendo che la procedura deve essere svolta da un'équipe multidisciplinare presso una struttura sanitaria pubblica individuata dal giudice e attraverso un colloquio, una visita pediatrica e una valutazione psicologica o neuropsichiatrica, alla presenza di un mediatore culturale, tenendo conto delle specificità relative all'origine etnica e culturale dell'interessato. È, infine, stabilito che la minore età è presunta nel caso in cui la procedura multidisciplinare non consenta di stabilire con certezza l'età del soggetto e che il provvedimento giudiziale di attribuzione dell'età deve essere notificato, con allegata traduzione, all'interessato e al tutore, e può essere oggetto di reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c.

determinare la soluzione di lungo periodo nel suo interesse, ossia il piano individualizzato di inclusione offerto al minore. Tale documento è di particolare rilievo, perché destinato ad essere trasmesso ai servizi sociali del comune di destinazione e alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, allo scopo di migliorare la sinergia tra le diverse istituzioni.

Il legislatore prevede che l'identità del minore sia accertata dall'autorità di pubblica sicurezza, che si basa su quanto dichiarato dal medesimo, con l'aiuto di un tutore, anche provvisorio (art. 19 *bis*); il minore viene sentito, in modo da poter apprendere notizie inerenti le sue esperienze pregresse, vagliare le circostanze del viaggio effettuato dal suo paese di provenienza e valutare la possibilità di ricongiungimento familiare (*ex art. 8 del Regolamento europeo del 26 giugno 2013 n. 604*).

Nell'ipotesi di dubbio sull'età dichiarata dal minore, l'autorità di pubblica sicurezza deve avvalersi in via principale di un documento anagrafico, anche se non in corso di validità e rivolgersi anche alle autorità diplomatico-consolari. L'intervento delle autorità diplomatico-consolari è precluso per legge sia in caso di dissenso del minore al riguardo, sia quando il minore abbia chiesto la protezione internazionale o quando da tale intervento possano derivare pericoli di persecuzione.

Se anche a seguito di questi ulteriori approfondimenti dovessero permanere dubbi fondati in merito all'età dichiarata dal minore, la legge prevede la possibilità di coinvolgere la magistratura minorile. In questo caso, il minore deve essere informato, sempre con l'ausilio di un mediatore culturale e in una lingua comprensibile per lui, del fatto che la sua età può essere determinata attraverso il ricorso a esami socio-sanitari da parte della Procura della Repubblica presso il tribunale minorile. Le informazioni devono essere fornite anche al tutore. Le modalità da utilizzare per l'accertamento socio-sanitario devono essere, per espressa previsione normativa, il meno possibile invasive. Deve essere esperito ogni tentativo di identificazione attraverso un metodo olistico e rispettoso dell'integrità psico-fisica, svolto in un ambiente idoneo, da professionisti adeguatamente formati che abbiano un approccio multidisciplinare.

Riguardo alle modalità dell'accertamento, non è escluso che il soggetto sia sottoposto ad esami medici in strutture sanitarie pubbliche dotate di reparti pediatrici²². Tuttavia, l'esame ortopedico e la radiografia della mano e del polso, volti a verificare il grado di calcificazione ossea, possono essere disposti solo come *extrema ratio*, in assenza di altro elemento utile e sempre dopo che il minore abbia espresso il consenso.

Va, inoltre, chiarito che gli accertamenti medici in questione possono fornire soltanto una stima approssimativa e potrebbero indicare una fascia di età comprensiva al suo interno sia della minore che della maggiore età, in quanto non esistono attualmente mezzi scientifici che consentano di stabilire con certezza l'età esatta delle persone²³. Per questa ragione, la legge 2017 n. 47 esige che dalla relazione finale sull'accertamento dell'età risulti sempre il margine di errore e stabilisce che, nel caso in cui permangano dubbi anche dopo l'accertamento socio-sanitario, si presume ad

²² Il presunto minore può essere sottoposto ad accertamenti antropometrici o ad altri accertamenti previsti dalla legge (art. 349, c.p.c.; art. 8, comma 1, d.P.R. del 1988 n. 488). Si veda anche: Consiglio Superiore della Sanità, parere del 25 febbraio 2009: "Accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati". L'art. 19, comma 2 e 3, d.lgs. 2008 n. 25 dispone, tra l'altro, che il minore deve essere informato della possibilità che la sua età può essere determinata attraverso visita medica, sul tipo di visita e sulle conseguenze della visita ai fini dell'esame della domanda. Il rifiuto, da parte del minore, di sottoporsi alla visita medica, non costituisce motivo di impedimento all'accoglimento della domanda. L'accertamento dell'età è effettuato attraverso metodi non invasivi e rispettosi della salute, della dignità, dell'integrità fisica, dell'età e del genere del minore, in via prioritaria all'interno di strutture sanitarie pubbliche dotate di reparti pediatrici (Circolare Ministero dell'Interno 9 luglio 2007, reperibile nel sito: www1.interno.gov.it/mininterno).

²³ In giurisprudenza, in merito alla questione, v. Trib. Torino, 27 gennaio 2014, in www.questionegiustizia.it; Giudice di Pace Bologna, 14 ottobre 2014, in www.asgi.it, secondo cui "è illegittimo il provvedimento di espulsione adottato nei confronti di straniero che produca documentazione proveniente dal Paese di origine che attesti la sua minore età, pur in presenza di un esame radiografico dell'età ossea che individui lo straniero come maggiorenne. Nella determinazione dell'età, la documentazione proveniente dal Paese di cittadinanza, in assenza di prova della sua non autenticità, prevale sugli esiti dell'esame radiografico".

ogni effetto di legge la minore età del soggetto (art. 19 *bis*, comma 8, d.lgs. 2015 n. 142, introdotto dall'art. 5 della legge 2017 n. 47).

Tale principio del *favor minoris* era già espresso in campo penalistico dall'art. 8, comma 2, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (“Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni”), ma è da ritenere valido anche al di fuori del processo penale minorile, ogni volta che sia necessario procedere all'accertamento della minore età, allorchè questa sia presupposto per l'applicazione di una normativa protettiva. Alla stessa *ratio legis* risulta ispirata la disposizione di cui all'art. 42, comma 2, della legge 31 maggio 1995 n. 218 (*Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato*), che stabilisce l'applicabilità degli istituti di protezione dei minori anche a quei soggetti che, pur avendo compiuto il diciottesimo anno di età, sono considerati minori dalla legge del loro Paese di provenienza (es. Egitto, Pakistan, etc.)²⁴. Anche nel caso diverso, in cui l'ordinamento di provenienza consideri il raggiungimento della maggiore età in data anteriore ai diciotto anni, la legge italiana comunque garantisce al soggetto l'applicazione degli istituti di protezione previsti per l'infanzia almeno sino al compimento del diciottesimo anno.

È evidente che il principio di presunzione di minore età mira ad evitare conseguenze pregiudizievoli per i minori stranieri non accompagnati, perché, se i soggetti fossero erroneamente identificati come maggiorenni, sarebbero abbandonati a se stessi, trattenuti nei centri per adulti per poi essere probabilmente espulsi. In base a tale principio, dunque, viene offerta massima protezione a tutti giovani migranti, siano essi bambini, adolescenti e persino maggiorenni, che, nel dubbio, vengono comunque accolti in strutture per l'infanzia e assistiti come se fossero minori.

²⁴ Si veda, ad esempio, Giudice di Pace Roma, 4 dicembre 2012, n. 42634, in www.meltingpot.org, che ha annullato l'espulsione di un diciottenne cittadino egiziano, in quanto trova applicazione anche in Italia la normativa egiziana secondo la quale la maggiore età viene raggiunta al compimento del ventunesimo anno.

5. Il potenziamento dei diritti dei minori stranieri non accompagnati: il diritto al rimpatrio assistito e volontario.

I minori stranieri, senza distinzioni di sorta, sono titolari dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost.²⁵ ad ogni uomo in quanto tale, a prescindere dall'appartenenza alla comunità nazionale e dall'età: si pensi al diritto alla salute (art. 32 Cost.), alla libertà personale (art. 13 Cost.), alla libertà religiosa (art. 19 Cost.), alla libertà di pensiero (art. 20 Cost.), al diritto di agire dinanzi a un giudice (art. 24 Cost.).

La legge 2017 n. 47 riconosce ai minori stranieri non accompagnati la titolarità dei “diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori cittadini italiani o dell'Unione europea” (art. 1, comma 1, l. 2017 n. 47). Le regole applicabili ai minori indipendentemente dalla loro provenienza si fondano sui principi e sulle norme contenute nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali alle quali ha aderito l'Italia divenendo parti integranti del nostro ordinamento: oltre alla già citata Convenzione dell'Aja del 1961 e alla Convenzione ONU di New York del 1989 (ratificata con la legge 25 maggio 1991 n. 176), anche la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, approvata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con la legge 20 marzo 2003 n. 77, nonché la Convenzione per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, approvata dal Consiglio d'Europa a Lanzarote e ratificata in Italia con la legge 1 ottobre 2012 n. 172.

La legge 2017 n. 47 prende in considerazione la possibilità che siano individuati parenti o altri familiari idonei a prendersi cura di loro, nel qual caso tale soluzione deve essere preferita al collocamento in comunità (v. art. 6, comma 2, l. 2017, n. 47); regola poi l'ipotesi che essi desiderino ricongiungersi con i

²⁵ Espressamente il d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, all'art. 2, stabilisce che agli stranieri “sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”.

familiari nel paese d'origine o in un paese terzo e potenzia il loro diritto al ricongiungimento familiare²⁶.

Più esattamente, sulla base dei risultati delle indagini familiari svolte nel colloquio, l'art. 8 della l. 2017 n. 47 prevede l'istituto del rimpatrio assistito e volontario, che può essere adottato quando la riunificazione corrisponde all'interesse del minore, sulla base di criteri quali la volontà sua e dei suoi familiari, le opportunità disponibili nel paese d'origine e le condizioni nel territorio italiano²⁷. I parametri, in base ai quali decidere se il minore debba essere rimpatriato o riunito ai parenti in un altro Stato membro, non sono stabiliti dalla legge in modo specifico, ma si ricavano in via interpretativa dal principio generale del *best interest of the child*, enunciato nell'art. 3 della legge 25 maggio 1991 n. 176 di ratifica della Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo, ribadito

²⁶ Il Ministero dell'interno stipula convenzioni con organizzazioni internazionali non governative, affidando loro programmi volti a rintracciare i familiari del minore al fine di garantire il diritto all'unità familiare. Il ritrovamento di familiari idonei a prendersi cura del minore deve essere comunicato al Ministero dell'Interno che deve informare tempestivamente il minore. La collocazione presso questi familiari dovrebbe essere preferita, in linea di principio, rispetto al collocamento in comunità. Ciò risulta anche dall'art. 8 del Regolamento europeo del 26 giugno 2013 n. 604, in base al quale, ove il richiedente asilo sia un minore straniero non accompagnato che abbia un parente disponibile ad occuparsi di lui, presente legalmente in un altro Stato membro, quest'ultimo Stato è competente a provvedere al ricongiungimento del minore con il parente, purché ciò sia nell'interesse superiore del minore. La legge n. 47 ha trasferito al tribunale per i minorenni le competenze in materia di rimpatrio assistito, in precedenza disposto dall'autorità amministrativa (nella specie, dalla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali). Il tribunale per i minorenni, anche se il rimpatrio sia stato chiesto dai genitori del minore, deve verificare che tale richiesta sia conforme all'interesse del minore.

²⁷ In argomento, v. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.; SIRIANNI, *Il diritto al ricongiungimento familiare degli stranieri*, Milano, 2006; DALL'OGGIO, *Il diritto al ricongiungimento familiare dei minori stranieri non accompagnati ai sensi del Regolamento di Dublino III ed il ruolo prezioso delle organizzazioni non governative*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 457-464;

dall'art. 23 del Regolamento comunitario del 27 novembre 2003, n. 2201 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale) e recepito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁸ (v. art. 24).

Il principio del *best interest of the child* implica che, nelle decisioni delle istituzioni pubbliche o private che riguardano il minore, debba essere perseguito non un interesse del minore "superiore" a quello di altri, ma un interesse "preminente", che deve essere realizzato con preferenza rispetto ad altri, in considerazione del fatto i bambini sono tra i soggetti più deboli all'interno della famiglia e della società e, perciò, vanno protetti prioritariamente. Con la ratifica della citata Convenzione ONU del 1989, detto principio, che prima aveva carattere programmatico, ha acquisito valore precettivo, diventando un fondamentale canone di interpretazione delle norme giuridiche e di soluzione delle controversie in materia di famiglia e minori. Il "migliore interesse del minore" non può mai essere apprezzato in astratto, ma sempre in concreto, in relazione alla specifica esperienza soggettiva del minore e in rapporto al contesto personale, familiare, sociale e culturale in cui vive.

La centralità del *best interest of the child* ha portato a valorizzare estremamente in questo campo il ruolo della giurisprudenza, la quale vede crescere la possibilità di attualizzare il diritto adattandolo alle esigenze sociali in continuo mutamento. Nell'individuazione della soluzione più adeguata, il giudice è chiamato ad un controllo di conformità delle norme ai principi, all'applicazione congiunta di più principi concorrenti e alla loro ponderazione attraverso il criterio della ragionevolezza²⁹. Da ciò

²⁸ Sulla Carta di Nizza, v. BIFULCO, CARTABIA e CELOTTO, *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; A. BOMPIANI, *La Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea: aspetti etici*, in *Medicina e morale*, 2002, 1, p. 13.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in Biscontini e Ruggeri (a cura), *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, p. 148, il quale afferma che, quando il conflitto non è tra un valore personale e un valore patrimoniale, ma tra valori tutti personali, più o meno dello stesso livello o attinenti ad aspetti diversi della persona, "il

deriva che il minore straniero non accompagnato dovrebbe restare in Italia quando il rimpatrio o il ricongiungimento ai parenti in un altro Stato membro comporta per lo stesso gravi rischi: a titolo esemplificativo, può farsi riferimento ai casi in cui non riescano ad individuarsi i familiari oppure l'autorità del paese di origine non sia disposta ad assumere l'affidamento del minore, ovvero al caso in cui il minore provenga da uno Stato nel quale rischierebbe di essere perseguitato. Laddove, invece, non siano rinvenibili i gravi rischi, per sciogliere il nodo relativo al ricongiungimento familiare, occorrerebbe porre al centro il volere del minore, tener conto della sua età e del suo grado di maturità. In questa valutazione, il giudice deve sentire il parere del tutore e considerare la relazione dei servizi sociali sulla situazione del minore in Italia e sulle opportunità di istruzione e assistenza disponibili nel paese da cui proviene o nel paese terzo.

6. Il rafforzamento dei diritti alla salute, all'istruzione, all'ascolto e all'assistenza legale

Con riguardo all'esercizio del diritto alla salute, in epoca antecedente all'approvazione della legge 2017 n. 47, si dava spazio a una discriminazione tra minori titolari e non titolari di permesso di soggiorno, non potendo questi ultimi iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale.

La legge Zampa, all'art. 14, comma 1 e comma 2, estende l'obbligo di iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale ai minori stranieri non accompagnati che siano in attesa del rilascio del permesso di soggiorno, ponendo la richiesta a carico del responsabile della struttura di prima accoglienza e assicurando così l'immediato accesso alle cure anche nelle more del procedimento di definizione del loro stato giuridico. In particolare, il d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, che ha definito i nuovi livelli essenziali di assistenza, stabilisce, all'art. 63, comma 4, che i minori stranieri presenti sul territorio nazionale, indipendentemente dalla regolarità

bilanciamento deve trovarsi nel caso concreto. E in tale bilanciamento di principi, non sarà applicato mai un solo principio; lo si applicherà contemperato dalla presenza di altri principi, nel sistema”.

del soggiorno, devono usufruire dell'assistenza sanitaria, comprese le prestazioni del pediatra di libera scelta e del medico di medicina generale, in condizione di parità con i cittadini italiani.

Per quel che concerne l'istruzione, la legge 2017 n. 47 dispone che siano attivate misure per favorire l'adempimento dell'obbligo scolastico (art. 38 t.u.i.³⁰ e art. 45 d.P.R. 1999 n. 394) fino ai sedici anni e dell'obbligo formativo, anche mediante la predisposizione di progetti che prevedano, ove possibile, la presenza di mediatori culturali e la stipula di convenzioni volte a promuovere specifici programmi di apprendistato. L'art. 14 della l. 2017 n. 47 prevede che i titoli conclusivi dei corsi di studio siano rilasciati ai minori, anche se abbiano compiuto la maggiore età durante il ciclo scolastico.

Anche per l'iscrizione scolastica, come per l'iscrizione al SSN, è venuta meno la distinzione tra minori titolari e non titolari di un permesso di soggiorno. Inoltre, lo Stato, le regioni e gli enti locali devono garantire l'effettività del diritto allo studio mediante l'attivazione di appositi corsi per l'apprendimento della lingua italiana (art. 38 t.u.i.).

La legge 2017 n. 47 ha rafforzato il diritto dei minori migranti di accedere alla giustizia, che era già garantito da diversi strumenti

³⁰ Ai sensi dell'art. 38 del t.u.i. (*Istruzione degli stranieri. Educazione interculturale*), i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica. L'effettività del diritto allo studio è garantita dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali anche mediante l'attivazione di appositi corsi ed iniziative per l'apprendimento della lingua italiana. La comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tale fine promuove e favorisce iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni. 4. Le iniziative e le attività di cui al comma 3 sono realizzate sulla base di una rilevazione dei bisogni locali e di una programmazione territoriale integrata, anche in convenzione con le associazioni degli stranieri, con le rappresentanze diplomatiche o consolari dei Paesi di appartenenza e con le organizzazioni di volontariato.

normativi a livello comunitario³¹. In particolare, sono stati introdotti nel d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 due nuovi commi, che prevedono: il diritto all'assistenza affettiva e psicologica, che dovrebbe essere assicurata in ogni stato e grado del procedimento dalla presenza di persone idonee indicate dal minore, nonché di gruppi, fondazioni, associazioni o organizzazioni non governative di comprovata esperienza iscritte in apposito registro; il diritto di partecipare per mezzo di un rappresentante legale a tutti i procedimenti giurisdizionali e amministrativi che lo riguardano e di essere ascoltato, anche attraverso un mediatore culturale (art. 15, l. 2017 n. 47).

L'ascolto del minore è un momento fondamentale per evitare che i percorsi di accoglienza siano preconfezionati per categorie (minori non accompagnati, minori richiedenti asilo, minori vittime di tratta, ecc.) e per valutare quale strumento giuridico sia preferibile, evitando la standardizzazione e ritagliando gli interventi a seconda del singolo caso concreto. Atteso che la sede processuale, per un minore straniero solo, è forse il luogo nel quale egli può meglio esprimere la sua voce, diventa centrale il profilo delle garanzie procedurali dei diritti del minore. Proprio all'interno del processo, infatti, può essere correttamente valutato il "*best interest of the child*", perché è lì che il minore fa valere le sue ragioni per consentire al giudice di prendere una decisione adeguata e proporzionata. Pertanto, è previsto espressamente che, ove coinvolti a qualsiasi titolo in un procedimento giudiziario, i minori stranieri non accompagnati hanno diritto di essere informati dell'opportunità di nominare un legale di fiducia, attraverso il

³¹ In primo luogo, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale è stabilito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che contempla il diritto di un individuo "a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge", con la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare in maniera adeguata (articolo 48). Ancora, il regolamento europeo di Dublino impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che un minore non accompagnato sia rappresentato da qualcuno che possieda le necessarie qualifiche e che abbia accesso al contenuto dei documenti pertinenti della pratica del minore (articolo 6). Disposizione analoga è contenuta nella direttiva sulle procedure d'asilo (art. 25).

tutore e di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato in ogni stato e grado del procedimento (*Diritto all'assistenza legale*, art. 16, l. 2017 n. 47). La legge 2017 n. 47 attribuisce loro il diritto all'assistenza legale anche attraverso la presentazione di un ricorso in giudizio³². La norma in questione è assai significativa, perché consente al minore anche di contestare, in seconda istanza, decisioni già assunte nei suoi confronti, quali l'errata identificazione, l'erroneo accertamento dell'età ed un'eventuale conseguente espulsione, il rimpatrio, ecc.

Attraverso le disposizioni normative da ultimo richiamate, viene data attuazione ai principi contenuti nella citata Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo, che è volta ad assicurare a ogni minore la possibilità di domandare, personalmente o a mezzo di altre persone, la designazione di un "rappresentante speciale" (v. artt. 4, 5 e 9 della Convenzione di Strasburgo), se del caso un avvocato, per esercitare le prerogative di "parte" del processo, nei casi in cui i genitori non possano rappresentarlo³³. La Convenzione europea di Strasburgo prevede, inoltre, che, in tutte le procedure relative ai minori, il giudice, ove sussista una grave minaccia al loro benessere, possa procedere d'ufficio e che deve comunque agire prontamente per favorire la rapida esecuzione delle decisioni, le quali, in ipotesi di urgenza, possono essere immediatamente esecutive (artt. 7 e 8 della Convenzione di Strasburgo).

Mentre prima della legge 2017 n. 47, gli unici soggetti legittimati ad agire in giudizio per i minori stranieri non accompagnati erano i tutori, ora, invece, la legittimazione alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi spetta anche alle c.d. "associazioni di tutela", che possono ricorrere, in nome e per conto degli stessi, pure in sede di giurisdizione

³² Sul punto, v. Cass., 5 gennaio 2018, n. 164 (in *Rep. Foro it.*, 2018, n. 19, p. 1183), secondo la quale il concetto di straniero regolarmente soggiornante, ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, deve essere interpretato in senso estensivo, così da ricomprendervi anche il minore straniero che abbia intentato un procedimento per il rilascio del permesso di soggiorno.

³³ In argomento, v. CONTRI, *Minori in giudizio: la convenzione di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 1-190.

amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi (art. 19, l. 2017 n. 47). Ai sensi di legge, non può trattarsi di qualsiasi ente che persegua come scopo la protezione degli stranieri, in quanto tali associazioni sono soltanto quelle che svolgono attività di integrazione sociale degli stranieri e che sono iscritte in apposito registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, secondo quanto disposto dall'art. 42 del testo unico sull'immigrazione.

La citata norma di cui all'art. 16 (*Diritto all'assistenza legale*) della legge Zampa è l'unica (insieme a quella dettata per i minori vittime di tratta) che prevede uno stanziamento di fondi (771 mila euro ogni anno) per attuare concretamente il diritto all'assistenza legale riconosciuto ai minori stranieri non accompagnati. Per le restanti misure contemplate, la legge prevede che potranno realizzarsi nei limiti delle risorse finanziarie e strumentali disponibili, senza introdurre maggiori oneri per la finanza pubblica (art. 21, comma 3, art. 14, comma 3, legge 2017 n. 47). Pertanto, se, da un lato, emerge il potenziamento della fondamentale garanzia procedurale, dall'altro, per tutti gli altri aspetti, permane il problema dell'insufficienza delle risorse che finisce concretamente per impedire l'effettivo esercizio degli altri diritti riconosciuti ai minori stranieri non accompagnati. Se si fa riferimento, ad esempio, all'affidamento familiare, il tema della carenza finanziaria si avverte in modo particolare: l'affido, infatti, è stato individuato dal legislatore come opzione preferibile (vedi art. 1 *bis* aggiunto all'art. 7 della legge 1983 n. 184 dalla legge 2017 n. 47), in quanto, una volta terminata la fase della prima accoglienza, i minori dovrebbero preferibilmente essere ospitati in un ambiente che ricalchi, nel loro esclusivo interesse, il contesto domestico che è venuto loro a mancare. L'istituto dell'affidamento familiare, dunque, dovrebbe essere incoraggiato, perché risponde agli obiettivi di integrazione e inclusione sociale; nella realtà, però, è raramente utilizzato proprio per scarsità di fondi. Per valorizzare tale strumento, occorrerebbe dotare i servizi sociali di adeguati mezzi economici da impiegare a favore delle persone disponibili a svolgere la funzione di affidatari o quella di accompagnamento all'affido. In attuazione del principio del solidarismo proclamato

dall'art. 2 Cost., lo Stato dovrebbe, inoltre, accordare finanziamenti aggiuntivi e speciali a favore degli enti locali, non solo per dare supporto ai progetti di accoglienza dei minori, ma anche per dare continuità ai percorsi di integrazione dei neomaggiorenni.

7. L'accesso alla maggiore età tra domanda di asilo e domanda di soggiorno per minore età.

Il raggiungimento della maggiore età rappresenta un momento assai delicato nella vita degli adolescenti stranieri non accompagnati che si trovino nel territorio italiano. Molti di loro, infatti, giungono in Italia prossimi alla maggiore età e non riescono a terminare, nel poco tempo a disposizione, il loro percorso verso l'autonomia e l'integrazione.

Sulla possibilità di prolungare il soggiorno in Italia in modo regolare anche dopo il compimento dei diciotto anni, la regolamentazione normativa contenuta nel testo unico sull'immigrazione è piuttosto rigida. Difatti, secondo quanto disposto dall'art. 32 del d.lgs. 1998 n. 286, al soggetto che diventa maggiorenne può essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di studio o di accesso al lavoro o per esigenze sanitarie e di cura (art. 32 t.u.i.).

La norma subordina tale permanenza a requisiti stringenti. Occorre che il minore sia entrato in Italia prima del compimento dei quindici anni, che abbia partecipato ad un programma di integrazione civile e sociale gestito da un ente pubblico e che abbia ottenuto un provvedimento di tutela o di affidamento³⁴.

³⁴ Il testo dell'art. 32, del testo unico sull'immigrazione è il seguente: "1. Al compimento della maggiore età, allo straniero nei cui confronti sono state applicate le disposizioni di cui all'articolo 31, comma 1, e, fermo restando quanto previsto dal comma 1-bis, ai minori che sono stati affidati ai sensi dell'articolo 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184, può essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di studio di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura. Il permesso di soggiorno per accesso al lavoro prescinde dal possesso dei requisiti di cui all'articolo 23. 1-bis. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 può essere rilasciato per motivi di studio, di accesso al lavoro ovvero di lavoro subordinato o autonomo, al compimento della maggiore età, ai minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell' articolo 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184,

È evidente che la rigorosa normativa fa sì che il compimento dei diciotto anni possa portare questi giovani ad una rinnovata condizione di precarietà, perché coloro che non rispondono alle condizioni prescritte dalla legge, diventano irregolarmente soggiornanti e rischiano di essere espulsi e coinvolti in attività illegali.

Un trattamento di particolare favore è contemplato dal legislatore per i minori vittime di tratta, per i quali la norma di cui all'art. 17 della legge 2017 n. 47 indica specifiche soluzioni di lungo periodo, che si protraggono oltre il compimento della maggiore età.

In generale, per tutti i minori non accompagnati l'art. 13 della legge 2017 n. 47 prevede, che, dopo un percorso di inserimento sociale, giunti alla soglia della maggiore età, essi hanno la possibilità di ottenere dal tribunale per i minorenni un supporto prolungato finalizzato al buon esito del percorso, attraverso l'affidamento ai servizi sociali per un periodo che comunque non può superare il compimento dei ventuno anni. Questa misura dell'affidamento del maggiorenne ai servizi sociali si articola in un programma educativo volto prolungare l'iter di integrazione sociale nel territorio italiano, utilizzando strumenti di recupero quali l'istruzione, la formazione professionale, l'organizzazione di

ovvero sottoposti a tutela, previo parere positivo del Comitato per i minori stranieri di cui all'articolo 33 del presente testo unico, ovvero ai minori stranieri non accompagnati che siano stati ammessi per un periodo non inferiore a due anni in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 52 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394. 1-ter. L'ente gestore dei progetti deve garantire e provare con idonea documentazione, al momento del compimento della maggiore età del minore straniero di cui al comma 1-bis, che l'interessato si trova sul territorio nazionale da non meno di tre anni, che ha seguito il progetto per non meno di due anni, ha la disponibilità di un alloggio e frequenta corsi di studio ovvero svolge attività lavorativa retribuita nelle forme e con le modalità previste dalla legge italiana, ovvero è in possesso di contratto di lavoro anche se non ancora iniziato. 1-quater. Il numero dei permessi di soggiorno rilasciati ai sensi del presente articolo è portato in detrazione dalle quote di ingresso definite annualmente nei decreti di cui all'articolo 3, comma 4.

attività ricreative nel tempo libero. Una volta terminato il periodo di affidamento, ma non oltre i ventuno anni, la legge prevede la facoltà di domandare la conversione del permesso di soggiorno per affidamento in permesso di soggiorno per motivi di studio o di lavoro.

Dal quadro descritto appare chiaro che la protezione dei minori stranieri non accompagnati viene meno al raggiungimento della maggiore età e, comunque, al compimento dei ventuno anni, in caso di prosieguo amministrativo ex art. 13 della legge 2017 n. 47.

Diversamente, i minori che ottengono lo *status* di rifugiati acquisiscono numerosi vantaggi che permangono anche dopo il compimento dei diciotto anni, tra i quali il diritto di ottenere la cittadinanza italiana dopo cinque anni di residenza legale in Italia (art. 16 e art. 9, comma 1, lett. e), legge 5 febbraio 1992 n. 91³⁵). Inoltre, i familiari del beneficiario dello *status* di “protezione internazionale”, che non hanno individualmente diritto a tale *status*, “hanno i medesimi diritti riconosciuti al familiare titolare dello *status*” (art. 22, comma 2 e comma. 3, d.lgs. 19 novembre 2007 n. 251, come modificato dal d.lgs. 2014 n. 18).

Le domande di protezione internazionale presentate da minori non accompagnati presentano alcune peculiarità rispetto a quelle dei richiedenti asilo adulti³⁶. Nella valutazione di tale domanda da

³⁵ Ai sensi dell’art. 16, comma 2, della legge 1992 n. 91, “lo straniero riconosciuto rifugiato dallo Stato italiano secondo le condizioni stabilite dalla legge o dalle convenzioni internazionali è equiparato all’apolide ai fini dell’applicazione della presente legge, con esclusione degli obblighi inerenti al servizio militare. In base all’art. 9, comma 1, lett. e) della medesima legge, la cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, tra l’altro, “all’apolide che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica”.

³⁶ Per le domande di protezione internazionale presentate da minori non accompagnati, infatti, occorre far riferimento alle “Linee Guida di UNHCR sulla Protezione Internazionale: Richieste di asilo di minori ai sensi degli Articoli 1(A) 2 e 1(F) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativo allo status dei rifugiati”. Alcune violazioni dei diritti dei minori possono costituire presupposto per il riconoscimento della protezione internazionale, quali: la violenza domestica, lo sfruttamento, anche sessuale, dei minori; le più gravi forme di lavoro minorile, come la costrizione a mendicare per strada, l’impiego di minori a fini di prostituzione, pornografia, traffico di stupefacenti, un lavoro

parte delle Commissioni territoriali, la legge (v. art. 19, comma 2 del d. lgs. 2007 n. 251, come modificato dal d.lgs. 2014 n. 18), impone di tener conto “della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali i minori, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, i minori non accompagnati, le vittime della tratta di esseri umani, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale”. Sarebbe, dunque, necessario superare le resistenze che lo Stato italiano ha mostrato nel dare attuazione all’art. 22 della Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo, che obbliga ad adottare misure adeguate affinché il minore che teme di essere perseguitato nel suo paese, possa beneficiare della protezione internazionale necessaria per consentirgli di godere dei diritti fondamentali dei quali è privato e che vengono riconosciuti dalla Convenzione stessa.

Nonostante in Italia vi sia un crescente numero di minori potenziali richiedenti asilo, perchè provenienti da paesi definiti “a rischio” (come Afghanistan, Libia, paesi del Corno d’Africa), la propensione a presentare le domande alle Commissioni territoriali è piuttosto scarsa. Le ragioni di tale scarsità sono ascrivibili alla mancata conoscenza da parte dei minori in ordine all’esistenza del diritto di asilo e alle modalità per il suo esercizio, al carattere restrittivo dei presupposti per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, alla lunga durata delle procedure amministrative per far valere il diritto, all’incertezza dell’esito, all’inadeguata formazione specifica sulle procedure d’asilo da parte degli enti e istituti coinvolti³⁷.

che metta a rischio la salute del minore (es. lavori svolti in ambiente insalubre, con orari prolungati ecc.); la mancanza di cure per minori affetti da gravi malattie, la mancanza di cibo e alloggio a minori orfani, la pratica di mutilazioni genitali femminili per motivi religiosi.

³⁷ Gli attori coinvolti nel procedimento di asilo (servizi sociali, tutori, personale dei centri di accoglienza, personale delle questure e delle prefetture, giudici minorili e altri pubblici ufficiali o enti che sono venuti a conoscenza dell’ingresso del minore) sono tenuti a fornire al minore le informazioni sulla sua facoltà di chiedere asilo; se costui intende presentarla, dovranno comunicarlo al questore, che provvede ad affidare temporaneamente il minore ai servizi sociali, i quali lo assisteranno nella presentazione della domanda, oltre che sollecitare il

Per superare questi ostacoli, in primo luogo, il minore dovrebbe essere correttamente edotto circa le diverse possibilità che ha a disposizione sul territorio nazionale. Una volta che sia stato adeguatamente informato, dovrebbe scegliere di intraprendere un procedimento volto a conseguire la protezione internazionale o/e un permesso di soggiorno per minore età. La valutazione del percorso migliore dipende da molteplici fattori, tra i quali la situazione nel paese d'origine e la storia del minore. Per un'esigenza di maggiore tutela, la preferenza dovrebbe cadere sulla domanda di protezione internazionale, qualora vi siano elevate probabilità di ottenerne l'accoglimento.

Tuttavia, nell'alternativa tra la domanda di protezione internazionale e quella di soggiorno per minore età, la scelta della prima, paradossalmente, potrebbe non soddisfare le esigenze di giustizia, laddove una risposta negativa giunga, a causa della lunga durata del procedimento, dopo il raggiungimento della maggiore età, ossia quando il soggetto non potrebbe più ottenere un permesso per minore età per mancanza dei requisiti.

Pertanto la presentazione di una richiesta di permesso di soggiorno per minore età, in applicazione della legge 2017 n. 47, dovrebbe essere comunque la prima via da percorrere, perché consentirebbe di ottenere un'immediata autorizzazione a soggiornare, convertibile poi in permesso per motivi di studio o di lavoro, e permetterebbe così di assicurare una protezione minima e subitanea al minore. La soluzione preferibile sarebbe di non

tribunale per i minori e il giudice tutelare all'apertura della tutela. La domanda di asilo deve essere esaminata dalle commissioni territoriali entro sei mesi, prorogabili di 9 mesi e, in casi eccezionali, di ulteriori 3 mesi, per un totale di 18 mesi (art. 27, d.lgs. 2008 n. 25, come modificato dal d.lgs. 2015 n. 142). Al minore richiedente asilo viene rilasciato dalla questura un permesso di soggiorno per asilo di durata quinquennale, rinnovabile fino alla decisione sulla domanda di protezione internazionale (art. 23, d.lgs. 2007 n. 251). Il permesso di soggiorno per asilo, a sua volta, consente di chiedere il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda qualora il procedimento non sia concluso per ritardo non imputabile al richiedente (art. 22, d.lgs. 2015 n. 142) e di partecipare ad attività di volontariato a favore delle collettività locali (art. 22 bis, d.lgs. 2015 n. 142).

considerare i due percorsi come alternativi e di favorire, contrariamente alla prassi, la presentazione contemporanea delle due domande, quella di asilo e quella di permesso di soggiorno per minore età: in tal modo, i minori stranieri che non ottenessero l'asilo riceverebbero comunque il trattamento e la protezione previsti per i minori stranieri non accompagnati. Tale opzione ermeneutica non è esclusa, del resto, dalla normativa vigente che viene così intesa, attraverso un'interpretazione assiologica, nel senso della tutela del valore assoluto della persona umana.

Infine, in base al principio di presunzione della minore età sancito dalla legge 2017 n. 47, si ritiene che le diverse istituzioni competenti siano tenute a ricevere la domanda di permesso di soggiorno per minore età e la domanda di protezione internazionale anche prima che sia emanato il provvedimento di attribuzione dell'età nei confronti del minore. Il loro rifiuto, infatti, potrebbe comportare la perdita della possibilità di presentare la domanda di permesso di soggiorno per minore età qualora il minore diventi maggiorenne nel periodo di tempo necessario per l'accertamento dell'età.

FRANCESCO VENOSTA
Professore ordinario di diritto privato
Università degli Studi di Milano

DIVISIONE EREDITARIA E NULLITÀ “URBANISTICHE”

SOMMARIO: 1. Premesse generali: la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari. – 2. Immobili irregolare e divisione. – 3. La innovativa sentenza Cass., Sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021. – 4. Segue: un orientamento innovativo sulla qualificazione della divisione ereditaria. – 5. Segue: la funzione *lato sensu* distributiva della divisione. – 6. Il ruolo della divisione nella complessa vicenda successoria. 7. Segue: alcune considerazioni critiche sulla sentenza Cass., S.U., n. 25021/2019. – 8. Immobili (irregolari) non comodamente divisibili. – 9. Profili particolari: immobili irregolari e divisione giudiziale. – 10. Segue: immobili irregolari e divisione parziale. – 11. Segue: atti di disposizione compiuti *manente comunione*.

1. Premesse generali: la circolazione degli immobili urbanisticamente irregolari.

Una importante sentenza delle S.U. offre l'occasione per alcune considerazioni generali in tema di natura della divisione ereditaria, che la Corte ha riesaminato *funditus* come premessa per decidere una questione in tema di nullità urbanistiche¹.

Le norme sull'edilizia, infatti, tendono a scoraggiare gli abusi non solo comminando sanzioni amministrative e penali, ma anche utilizzando, per così dire, strumenti di coazione indiretta di natura

¹ Cass., Sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *Contr.*, 2019, p. 607 con nota di BAVA, *La divisione ereditaria quale atto inter vivos avente natura costitutiva*. La sentenza è ampiamente commentata da AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 13.

civilistica, che tendono ad ostacolare l'utilizzo e la circolazione degli immobili abusivi.

Ne è un esempio l'art. 48, T.U. edilizia (DPR 6/6/2001 n. 380), il quale dispone al primo comma che *“è vietato a tutte le aziende erogatrici di servizi pubblici somministrare le loro forniture per l'esecuzione di opere prive del permesso di costruire, nonché ad opere in assenza di titolo iniziate dopo il 30 gennaio 1977 e per le quali non siano stati stipulati contratti di somministrazione anteriormente al 17 marzo 1985”*. Chi richiede il servizio deve allegare alla domanda una autodichiarazione contenente gli estremi del permesso di costruire, o della domanda di permesso in sanatoria, e *“il contratto stipulato in difetto di tali dichiarazioni è nullo [...]”* (comma 2).

Ma soprattutto vengono qui in considerazione gli ostacoli normativi alla circolazione degli immobili abusivi, che non sono privi di complessità e che vanno descritti in modo diacronico, muovendo dalla legge n. 47 del 1985, ora per la maggior parte non più in vigore perché sostituita dal già richiamato DPR n. 380 del 2001.

Le disposizioni della legge del 1985 consideravano separatamente, da un lato, gli atti relativi ad edifici e quelli relativi a terreni; dall'altro lato, gli atti relativi a edifici realizzati prima o dopo la sua entrata in vigore.

Quanto ai terreni, l'art. 18 l. n. 47 disponeva che *“gli atti tra vivi, sia in forma pubblica sia in forma privata, aventi ad oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli e non possono essere né stipulati né trascritti [...] ove agli atti stessi non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica [...]”* (comma 2); *“gli atti aventi per oggetto lotti di terreno, per i quali sia stato emesso il provvedimento previsto dal settimo comma [si tratta dell'ordinanza comunale di sospensione della lottizzazione non autorizzata], sono nulli e non possono essere stipulati, né in forma pubblica né in forma privata, dopo la trascrizione di cui allo stesso comma [...]”* (comma 9); *“le disposizioni di cui sopra [...] non si applicano comunque alle divisioni ereditarie, alle donazioni fra coniugi e fra parenti in linea*

retta ed ai testamenti, nonché agli atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali di garanzia e di servitù” (comma 11).

Queste disposizioni sono state riprodotte, tali e quali, nell’art. 30, T.U. ed..

Quanto, invece, alle costruzioni irregolari, l’art. 17, l. n. 47 del 1985 disponeva che *“gli atti tra vivi [...] aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti, reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l’entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell’alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria [...] Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù”* (comma 1); *“le nullità di cui al presente articolo non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali”* (comma 5).

La disposizione appena trascritta riguardava le costruzioni posteriori all’entrata in vigore della legge; a quelle anteriori, invece, si applica l’art. 40, che, con formulazione parzialmente diversa, così dispone: *“gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi ad edifici o loro parti sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell’alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria [...]”* (comma 2); *“le nullità di cui al secondo comma del presente articolo non si applicano ai trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali nonché a quelli derivanti da procedure di amministrazione straordinaria e di liquidazione coatta amministrativa”* (comma 5). Come conviene osservare subito, queste ultime disposizioni non contengono alcun espresso riferimento né allo “scioglimento delle comunioni” né tanto meno alle “divisioni ereditarie”, ma sembrano collocare nel perimetro della nullità qualunque negozio tra vivi, quale che ne sia la natura o la causa (e fatte salve le eccezioni espressamente disposte), avente come oggetto un diritto reale immobiliare.

L'art. 46 T.U. ed. riprende testualmente la formula del previgente art. 17 con riferimento agli edifici “*la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985*”, mentre per gli edifici costruiti prima di tale data continua ad applicarsi la normativa anteriore (cioè l'art. 40, l. n. 47 del 1985).

2. Immobili irregolari e divisione.

Queste disposizioni hanno destato discussione intorno al modo in cui esse dovessero applicarsi alle divisioni, ed in particolare intorno alla questione, se esse trovassero applicazione anche alle divisioni ereditarie.

Quanto alla divisione delle aree nude, sia l'art. 18 legge 47/85, sia l'art. 30 T.U. ed. escludono espressamente dalla sanzione della nullità le divisioni ereditarie, mentre vi ricomprendono, altrettanto espressamente, lo scioglimento delle comunioni, in tal modo fra l'altro indicando che le prime, diversamente dallo scioglimento delle comunioni ordinarie, non possono essere considerate, in sé e per sé, alla stregua di lottizzazioni abusive negoziali², tanto è vero che sono valide anche se compiute dopo la trascrizione del provvedimento sospensivo comunale. La *ratio* del diverso trattamento deve probabilmente ravvisarsi nel carattere forzoso della comunione ereditaria, la quale per tale ragione non può presumersi che venga utilizzata per eludere le norme che presidiano l'interesse generale alla corretta pianificazione dell'uso del territorio, di modo che prevale l'esigenza di non “condannare” i coeredi ad una non voluta condizione di indivisione, in contrasto, oltre tutto, con una preferenza di fondo dell'ordinamento per la proprietà individuale che si manifesta anche nella attribuzione, a ciascuno dei comunisti, del diritto potestativo a chiedere la divisione³.

² Sulla nozione della lottizzazione negoziale, cfr. da ult. Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2019 n. 1448; Cons. Stato, 10 novembre 2015, n. 5108. Questioni riguardanti lottizzazioni negoziali attuate mediante atti di divisione sono state decise da Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2001, n. 2411, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, p. 639; e da Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1283.

³ Così Cass., Sez. un, 7 ottobre 2019, n. 25021: “per la divisione di terreni provenienti da eredità, laddove su di essi non sia stato consumato alcun abuso edilizio, il legislatore ha inteso far prevalere l'intento dei coeredi di sciogliersi da

Quanto agli edifici, invece, la situazione è un poco più complessa, e la soluzione non discende pianamente dal tenore letterale delle norme. L'art. 17, l. 47 del 1985 non accenna alle divisioni ereditarie, ma sanziona con la nullità “*gli atti tra vivi [...] aventi per oggetto [...] [lo] scioglimento della comunione*”, e tale disciplina è riprodotta, pari pari, nell'art. 46 T.U. ed.. L'art. 40 l. n. 47 del 1985 (che riguarda gli edifici abusivi costruiti entro il 1/10/1985) neppure accenna alle divisioni e prende in considerazione “*gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali*”, qualificando così la fattispecie non sulla base della natura dell'effetto che l'atto produce, bensì solo alla stregua dell'oggetto dell'atto medesimo (il diritto reale, appunto, fatta eccezione solo per i diritti reali di garanzia o di servitù). Questa disposizione non è stata abrogata dal T.U. ed. ed è, quindi, ancora in vigore (cfr. artt. 136, comma 2, lett. f e 137, comma 1, lett. c, T.U. ed.).

In relazione alle due disposizioni da ultimo richiamate, nonché all'art. 46 T.U. ed., il tema della divisione ereditaria si pone in quanto esse fanno riferimento agli “atti tra vivi”, mentre, pur non potendosi trascurare l'assenza di una espressa salvaguardia per le divisioni ereditarie, si è dubitato che queste ultime possano catalogarsi senza discussioni fra gli “atti tra vivi”, senza tenere in considerazione la loro collocazione nel più ampio contesto della vicenda successoria, non potendosi escludere che il legislatore abbia utilizzato quella formula in modo non restrittivo e comunque non rigoroso, lasciando quindi aperto il tema della esatta collocazione della divisione ereditaria, che pur essendo tecnicamente, in sé e per sé, un atto tra vivi⁴, si inserisce necessariamente in una vicenda successoria.

In disparte l'incerta formulazione testuale e il non agevole coordinamento fra le diverse norme, l'attenzione deve, quindi, concentrarsi sulla natura della divisione e sulla sua collocazione

una comunione che – in quanto originata da una successione *mortis causa* – essi non hanno voluto; ritenendo di non poter presumere che i *coheredes*, che intendano sciogliersi dalla comunione dei beni ereditari, abbiano – per ciò stesso – l'ulteriore intento di destinare il terreno ricevuto in eredità a scopo edificatorio illecito”.

⁴ Cfr. VENOSTA, *La divisione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, *Le successioni*, 2, Torino 2014, p. 153.

all'interno della vicenda successoria, e difatti è proprio su questo aspetto che si snodano le motivazioni delle sentenze (non molte, per la verità) che si sono occupate del tema.

Cass., 28 novembre 2001, n. 15133⁵ ha deciso una controversia divisionale sulla base dell'art. 17 l. n. 47 del 1985, negando la nullità della divisione sul presupposto che *“non può restare senza rilievo il fatto che nel caso in esame si tratta di scioglimento di comunione ereditaria, poiché la norma che si assume violata, pur riguardando anche gli atti di scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, limita espressamente il proprio campo oggettivo di applicazione ai soli ‘atti tra vivi’, lasciando, quindi, al di fuori tutta la categoria degli atti mortis causa. E’ invero evidente che, come esattamente osservato da autorevole dottrina, la divisione ereditaria, pur attuandosi dopo la morte del de cuius, costituisce l’evento terminale della vicenda successoria e, quindi, rispetto a questa non può considerarsi autonoma. Tale rilievo trova conferma nel dato positivo offerto dall’art. 757 cod. civ., che assegna efficacia retroattiva alle attribuzioni scaturenti dall’atto divisionale”*. Saggiunge anche, la Suprema Corte, che una diversa soluzione sarebbe contraddittoria con l’affermazione, data per scontata, che la nullità ex art. 17 non potrebbe operare per la divisione del testatore, così come sarebbe contraddittoria *“l’applicazione della norma all’ipotesi di attribuzione ereditaria di un edificio a più soggetti e la non applicazione all’ipotesi di attribuzione ereditaria dello stesso edificio ad un solo soggetto”*.

Cass., 1 febbraio 2010, n. 2313⁶ si colloca apparentemente sulla medesima linea, al segno di trascrivere l’intera motivazione della sentenza precedente (quella parte di essa, che anche noi abbiamo sopra riportato), sulla premessa che *“la giurisprudenza di questa corte ha già rilevato che in tema di invalidità del contratto, mentre l’art. 17 [...] prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l’entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l’art. 40*

⁵ Cass. 28 novembre, 2001, n. 15133, in *Vita not.*, 2002, p. 331.

⁶ Cass., 1 febbraio 2010, n. 2313, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2127.

[...] , pur specificando le singole categorie di atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni”.

La Corte, che si trovava a decidere sulla base dell’art. 40 l. n. 47 (immobile costruito prima dell’entrata in vigore della legge), soggiunge che la *ratio* della “nullità formale o documentale di cui si discute (diversa da quella sostanziale discendente da mancanza della concessione edilizia o in sanatoria) trova fondamento nell’esigenza di fornire all’acquirente una precisa nozione della condizione urbanistica del bene negoziato”, la qual cosa non vale per il coerede dividente; per concluderne che “ la attenuazione del regime più rigoroso di cui all’art. 17 è giustificata dal fatto che trattasi di beni già edificati prima dell’entrata in vigore della legge. Irrilevante è poi la circostanza che l’art. 18 in tema di lottizzazione abusiva includesse [...] gli atti di scioglimento della comunione di diritti reali tra quelli che imponevano l’allegazione del certificato di destinazione urbanistica. La diversità anche testuale delle disposizioni giustifica a maggior ragione un diverso trattamento interpretativo, ferma peraltro, anche nel caso di lottizzazione abusiva, la possibile differenza tra divisione ereditaria e divisione ordinaria”.

Questa seconda sentenza, quindi, sembra introdurre una differenza di trattamento della divisione ereditaria secondo che essa vada soggetta all’applicazione dell’art. 17 l. 47 del 1985 (ora art. 46 T.U. ed.: nullità) ovvero degli artt. 40 e 18 (quest’ultimo ora sostituito dall’art. 30 T.U. ed.: validità). Una distinzione, questa, che per la verità non era stata posta da Cass. n. 15133/2001, la quale aveva ritenuto la validità di una divisione ereditaria sul presupposto che le fosse applicabile l’art. 17⁷.

⁷ Cfr. anche, da ultimo, Trib. Lucca, 31 luglio 2018, in *Juris data.*: “sulla base di una corretta interpretazione della vigente disciplina, le divisioni ereditarie sono escluse dall’alveo di applicazione della citata sanzione della nullità, non essendo atti autonomi e diversi da quelli *mortis causa*, ponendosi piuttosto quali atti conclusivi della vicenda successoria”. Meritano poi di essere ricordate qui Cass., 13 luglio 2005, n. 14764, in *Riv. not.*, 2006, p. 727: “in tema di invalidità del contratto, mentre l’art. 17 della l. n. 47 del 1985 prevede espressamente la sanzione di nullità degli atti tra vivi, compreso lo scioglimento della comunione, relativi

E' appena il caso di osservare che in entrambi i casi la S.C. non accenna neppure a quello che, in tema di natura della divisione, è sempre stato considerato il profilo dominante: se, cioè, la divisione abbia natura dichiarativa, ovvero costitutivo-traslativa⁸

3. *La innovativa sentenza Cass., Sez .un., 7 ottobre 2019, n. 25021.*

Vanno, ora, brevemente riepilogati i principali contenuti di Cass., S.U., 7/10/2019 n. 25021, con la quale la S.C. si ripropone di dare risposta a due quesiti, posti in linea di consequenzialità logica: se fra gli “atti tra vivi” di cui all’art. 40, l. n. 47 del 1985 “*debbano ritenersi compresi o meno gli atti di scioglimento di comunioni*”; se, in caso positivo, siano fra essi comprese anche le divisioni ereditarie⁹.

soltanto ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l’entrata in vigore della legge, per quelli realizzati in epoca anteriore l’art. 40 della stessa legge, pur specificando le singole categorie di atti fra vivi aventi ad oggetto diritti reali che sono affetti da nullità, non prevede, fra essi, lo scioglimento delle comunioni”; nonché Cass., 17 gennaio 2003, n. 630, la quale, senza particolarmente approfondire l’esame della questione, conferma, indirettamente, che la nullità comminata dall’art. 17 non vale per le divisioni ereditarie, ricomprese nella “categoria degli atti *mortis causa*” (in *Riv. giur. ed.*, 2003, p. 1465, con nota di DE TILLA, *Scioglimento della comunione e costruzione abusiva*).

⁸ Per una sommaria ricostruzione del dibattito sul tema, ci permettiamo di rinviare a VENOSTA, *La divisione*, cit., p. 24 ss. In giurisprudenza la natura dichiarativa della divisione è sempre stata affermata con una certa sicurezza: cfr. da ult. Cass., 7 novembre 2017, n. 26351. Ed anche in dottrina, così recentemente MORA, *sub art. 757*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, 2014, p. 61: “quanto all’atto di divisione, esso è sicuramente dichiarativo; in modo altrettanto netto è retroattivo. Ma a ciascuna delle rispettive qualificazioni si giunge per vie non coincidenti”. Si consideri pure che Cass., 24/7/2000, n. 9659, pur confermando in generale la natura dichiarativa della divisione, soggiunge che ciò vale solo “nei limiti in cui si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i condividenti e le porzioni del complesso attribuite a ciascuno di essi siano proporzionali alle rispettive quote di partecipazione alla comunione”; mentre non vale, e l’atto ha natura traslativa-costitutiva, quando “all’uno dei condividenti venga assegnata, oltre a quella di sua pertinenza secondo il detto criterio, altresì la porzione corrispondente alla quota d’altro condividente in applicazione, nel caso particolare, dell’art. 720 c.c.”.

⁹ Mette conto ricordare qui anche l’altra recente sentenza Cass., Sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, in *Foro it.*, 2019, I, p. 2370, con note di DE LORENZO e SINISCALCHI, la quale non si occupa del tema della divisione, ma contiene

comunque considerazioni significative a proposito delle nullità urbanistiche, in particolare prendendo posizione sull'antica e controversa questione del loro carattere "formale" o "sostanziale": se, in buona sostanza, la nullità dipenda solo dalla omissione dei riferimenti ai provvedimenti abilitativi e delle allegazioni documentali, ovvero possa abbracciare anche gli atti che, pur integrando siffatti requisiti "formali", hanno ad oggetto edifici urbanisticamente irregolari in quanto realizzati, ad esempio, in totale difformità dal permesso di costruire.

In esito ad una disamina estesa ed accurata, la Corte conclude nel senso che sono nulli solo gli atti mancanti dei riferimenti o delle allegazioni documentali espressamente richieste dalla legge, compresi quelli che contengano falsi riferimenti a titoli inesistenti; mentre non lo sono gli atti relativi ad edifici che, pur essendo muniti del titolo abilitativo, sono stati costruiti in difformità da esso. Di tale pronuncia conviene mettere qui in rilievo soprattutto i presupposti metodologici: "pare [...] che il principio generale di nullità riferita agli immobili non in regola urbanisticamente che la giurisprudenza c.d. sostanzialista ritiene di poter desumere da tale contesto normativo, sottolineando l'intenzione del legislatore di renderli *tout court* incommerciabili, costituisca un'opzione esegetica che ne trascende il significato letterale e che non è, dunque, ossequiosa del fondamentale canone di cui all'art. 12, comma 1, preleggi [...] La lettera della norma costituisce, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*"; soggiungendo poi, altrettanto perspicuamente, che "la tesi della nullità generalizzata non è neppure in linea col criterio di interpretazione teleologica [...] che non consente all'interprete di modificare il significato tecnico-giuridico proprio delle espressioni [...] ove ritenga che l'effetto che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa [...] e ciò in quanto la finalità di una norma va, proprio al contrario, individuata in esito all'esegesi del testo oggetto di esame e non già, o al più in via complementare, in funzione delle finalità ispiratrici del più ampio contesto normativo in cui quel testo è inserito".

Questa sentenza ha ricevuto l'energica critica di BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi: nullità degli atti e pubblicità dei titoli abilitativi*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 625, sul presupposto generale che "la edificazione si atteggia come *attività di rilevanza pubblica*, dovendo risultare compatibile con l'interesse pubblico. Una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa edilizia e urbanistica deve contrastare la edilizia illegale e il suo sbocco naturale di collocazione di edifici abusivi [...]" (p. 627); l'Autore perviene alla conclusione che la sentenza in esame sarebbe il frutto di "una visione formalistica della rilevanza del titolo abilitativo, rilevando le sole vicende del documento non la rispondenza del documento alla realtà materiale" (p. 635).

Una presa di posizione favorevole si rinviene, invece, nell'ampio e informato contributo di TRAPANI, *La circolazione dei fabbricati dopo la sentenza n. 8230/2019 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Riv. not.*, 2019, p. 935.

Quanto alla prima questione, la Corte ritiene che, avendo il legislatore dell'art. 40 scelto di indicare gli atti colpiti da nullità “*in modo ellittico e sintetico*” attraverso la indicazione del loro oggetto (i diritti reali, appunto), in tale formula debbano ritenersi ricompresi tutti gli atti aventi tale oggetto, a prescindere dalla specifica natura dei loro effetti (traslativi, costitutivi e così via), e quindi anche le divisioni, ancorché non espressamente menzionate. La differenza fra l'art. 40 e l'art. 17 stessa legge, che invece individua gli atti colpiti da nullità attraverso l'indicazione dei loro effetti (“*trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali*”), sarebbe solo una differenza di “*struttura semantica*” e non di reale contenuto. Inoltre, conclude la Corte, “*non potrebbe comprendersi [...], in mancanza di espressa previsione di legge, perché lo*

Da un punto di vista costruttivo generale, è anche importante osservare che quelle in discorso vengono, dalle S.U., espressamente ricondotte alla categoria delle nullità testuali di cui al comma 3 dell'art. 1418 c.c., che devono considerarsi di stretta interpretazione (“le norme che, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, sanciscono la nullità degli atti debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste”); piuttosto che alle nullità virtuali di cui al 1° c. dell'art. 1418, che secondo una diffusa opinione potrebbero offrire all'interprete un più ampio margine di discrezionalità. Cfr. in questo senso RABITTI, *sub* art. 1418, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2012, p. 521 ss.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1994, p. 23 (il quale, peraltro, riconduce le nullità urbanistiche per difetto dei riferimenti richiesti dalla legge alla categoria della “incompletezza dell'atto”: *ibid.*, p. 238). Una posizione più rigorosa, e meno propensa a concedere all'interprete una incontrollata discrezionalità, sembra assumere ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 367: “la previsione di una norma imperativa è il frutto di una valutazione di opportunità che compete esclusivamente alla legge e dalla quale l'interprete non può discostarsi né per ampliare né per restringere la portata del divieto”.

L'importanza del riferimento al terzo, piuttosto che al primo comma dell'art. 1418 è ben colta anche da BOCCHINI, *op. cit.*, p. 637, ove afferma che “l'alienazione di immobile non conforme agli strumenti urbanistici genera una nullità sostanziale per violazione di principi fondamentali di rilevanza costituzionale, integrando una nullità virtuale che doppia la nullità formale testuale prevista dall'art. 46, interagendo entrambe sulla validità del contratto”.

scioglimento della comunione di un immobile abusivo e non sanabile dovrebbe ritenersi consentito per il solo fatto che il fabbricato sia stato realizzato prima dell'entrata in vigore della l. n. 47/1985[...]".

Ciò premesso, la S.C. prende in esame, con motivazione particolarmente estesa ed articolata, e riferita non solo all'art. 40 legge del 1985 ma anche all'art. 46 T.U. ed., il problema della applicabilità di tali norme anche alla divisione ereditaria¹⁰.

Nell'intento di dare soluzione al problema le S.U. innovano i precedenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità su due punti fondamentali: la assimilabilità della divisione ereditaria agli atti *mortis causa* in quanto elemento terminale della vicenda successoria (che come si è visto sopra costituiva la ragione fondamentale che la Corte adduceva per sottrarre le divisioni ereditarie alle nullità urbanistiche); e la natura della stessa divisione, che una giurisprudenza antica e solidissima qualificava come atto dichiarativo¹¹.

La motivazione della sentenza merita una meditazione particolare proprio in quanto affronta il tema della natura della divisione su di un piano generale e costituisce, quindi, un contributo significativo anche dal punto di vista dogmatico.

4. Segue: un orientamento innovativo sulla qualificazione della divisione ereditaria.

E quindi, la Corte anzitutto nega energicamente che la divisione ereditaria sia di per sé qualificabile come atto a causa di morte: *“il contratto di divisione ereditaria, infatti, produce i propri effetti*

¹⁰ Un problema che invece non si pone, o si pone in termini affatto diversi, per l'art. 30 T.U. ed. (già art. 18 l. n. 47), ove con riferimento alla lottizzazione abusiva si esclude espressamente la nullità delle divisioni ereditarie.

¹¹ Questo tema è stato ritenuto rilevante per la risoluzione del problema in esame, in quanto l'art. 46 T.U. – già art. 17 l. del 1985 – allude espressamente agli atti con efficacia traslativa e costitutiva; il che, tuttavia, di per sé non consente di escludere, in via di principio, che il legislatore dell'art. 46 abbia espressamente richiamato gli atti di scioglimento della comunione senza presupporre alcunché in ordine alla qualificazione di essi come traslativo-costitutivi piuttosto che dichiarativi; mentre la formula dell'art. 40, l. n. 47 del 1985, sarebbe di per sé idonea a ricomprendere anche atti di natura dichiarativa, purché aventi ad “oggetto” diritti reali immobiliari.

indipendentemente dalla morte del de cuius (che costituisce un fatto del passato, i cui effetti giuridici si sono esauriti con l'insorgere della comunione ovvero con l'eventuale divisione disposta dal testatore ex art. 734 c.c.). Esso, piuttosto, produce i propri effetti immediatamente, col mero scambio dei consensi[...]; il suo contenuto [...] dipende dalla volontà dei coeredi, non da quella del de cuius: ciò ne determina, indubbiamente, il carattere di negozio inter vivos. L'atto di scioglimento della comunione ereditaria va dunque assimilato, quanto alla natura e ai suoi effetti, all'atto di scioglimento della comunione ordinaria: entrambi costituiscono contratti plurilaterali ad effetti reali e con funzione distributiva”.

La Corte compie però anche un passo ulteriore, non altrettanto sicuro, quando afferma non potersi condividere “l'affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l'evento terminale, permeandosi così della medesima natura”, in quanto “una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell'eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive”. Su questo punto ci intratteremo diffusamente più avanti.

Infine, la Corte ci presenta, contro la sin qui comunemente ritenuta (almeno in giurisprudenza) efficacia dichiarativa della divisione, una ampia argomentazione che muove dall'art. 757 c.c., il quale, come si sa, fa retroagire gli effetti della divisione al momento dell'apertura della successione e rende “ogni coerede[...]solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, anche per acquisto all'incanto[...]”.

E' noto come questa norma sia stata spesso addotta per giustificare la qualificazione della divisione in termini meramente dichiarativi, ma la S.C. nella sentenza in esame osserva, sulla scorta di una opinione diffusa in dottrina¹², che la retroattività non solo non implica dichiaratività, ma al contrario dal punto di vista logico la esclude: “va osservato, sul piano della teoria generale, che il fenomeno della retroattività di un atto giuridico si accompagna, per

¹² Riferimenti in VENOSTA, *op. cit.*, p. 27.

sua natura, all'efficacia costitutiva dell'atto stesso, ed è incompatibile con l'efficacia meramente dichiarativa. Invero, non possono retroagire gli effetti di un atto che si limita a dichiarare o accertare la situazione giuridica già esistente; possono retroagire, invece, gli effetti dell'atto che immuta la realtà giuridica".

In buona sostanza, ad avviso delle S.U. l'art. 757 non mette in discussione, ed anzi in definitiva conferma la natura costitutiva-traslativa della divisione: da un lato, essa modifica sostanzialmente la precedente condizione giuridica dei coeredi, i quali da titolari di quote indivise dell'asse divengono proprietari esclusivi di singoli beni; dall'altro lato, la norma fa sì che ciascuno di essi acquisti direttamente dal *de cuius* e non dagli altri coeredi.

Dall'insieme delle considerazioni sopra richiamate discenderebbe che la divisione ereditaria di un edificio abusivo, come atto *inter vivos* ad efficacia traslativa, deve essere catalogato fra quelli per i quali gli artt. 46 T.U. ed. e 40 l. n. 47 del 1985 comminano la nullità.

5. Segue: la funzione lato sensu distributiva della divisione.

Le argomentazioni della Corte sono di estremo interesse, su di un piano generale prima ancora che con riferimento alle specifiche questioni che ne hanno costituito l'occasione; ed è soprattutto per questa ragione che appare utile proporre qui alcune ulteriori considerazioni.

Va anzitutto riconosciuta l'importanza del *révirement* in tema di natura della divisione, con il superamento della tralaticia opinione che la qualificava come atto dichiarativo. Per la verità, la dottrina più avveduta era ormai da tempo orientata a proporre soluzioni diverse, anche se ancora manca una *communis opinio* generalmente accolta su aspetti niente affatto marginali, ma è chiaro che l'avallo della giurisprudenza al suo livello più autorevole riveste grande importanza.

Allo stesso modo, crediamo debba riconoscersi la validità della qualificazione della divisione ereditaria, in sé e per sé considerata, come atto fra vivi. Manca però ancora, a nostro avviso, una riflessione adeguata sul significato profondo della sua collocazione nel più ampio contesto della vicenda successoria, riflessione che

invece è indispensabile per la piena comprensione della natura e degli effetti di tale atto.

Su questo aspetto la S.C. si esprime in modo eccessivamente *tranchant*, dicendo che “*non può condividersi [...] l’affermazione secondo cui lo scioglimento della comunione ereditaria sarebbe un atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria, della quale costituirebbe l’evento terminale, permeandosi così della medesima natura*”; e soggiungendo che “*una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell’eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive*”¹³.

Occorre, infatti, considerare che la divisione, in sé e per sé, ha propriamente una funzione distributiva¹⁴. Tale funzione è riconosciuta anche dalle S.U. (par. 5.1), che tuttavia pervengono poi (par. 5.3.2) ad attribuire alla divisione un effetto traslativo, il quale sarebbe implicito, come già abbiamo riferito, nella retroattività disposta dall’art. 757 c.c. Così argomentando, tuttavia, non si tiene conto di due circostanze decisive: anzitutto la funzione distributiva non coincide ed è forse addirittura incompatibile con quella traslativa, pacifico essendo che con la divisione non si opera alcun

¹³ Il carattere meramente eventuale della divisione, che potrebbe anche non essere mai compiuta dai coeredi, come la Corte *incidenter tantum* mette in rilievo, non modifica in alcun modo la natura di tale atto, né la sua collocazione nella vicenda successoria.

¹⁴ Lo conferma, ancora di recente, AMADIO, *Coeredità*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Castronovo*, I, Napoli, 2019, p. 250: “come, sul piano economico, la *distribuzione* si contrappone allo *scambio* e questo si distingue dal *dono*, così, in termini di corrispondenti strutture giuridiche la *proporzionalità* si distingue dalla *corrispettività* delle attribuzioni ed entrambe si distaccano dalla *liberalità*: ciascuna in quanto espressiva di una diversa ‘combinazione’ di interessi, il cui carattere di ‘tipicità’ ne fa un vero e proprio modello generale di ricezione e organizzazione normativa di un interesse meritevole di protezione”. Questa affermazione può essere accettata, mentre rimane, rispetto allo Scrittore di cui si sta riferendo, una diversa valutazione sul punto, se la possibilità di costruire uno schema generale “distributivo” da affiancare a quelli della liberalità e dello scambio autorizzi a qualificare come divisione anche quelle operazioni in cui vi è in qualche modo un apporzionamento proporzionale fuori dal presupposto di una preesistente comunione. Su questo aspetto rinviamo a VENOSTA, *La divisione*, cit., p. 9 ss.

trasferimento fra coloro che concorrono alla distribuzione; ed in secondo luogo l'art. 757 non si limita a rendere retroattivo l'effetto della divisione, ma rende i condividenti successori diretti del *de cuius* nella proprietà intera dei beni che a ciascuno vengono assegnati, configurando sì un effetto traslativo ma individuando il dante causa nel *de cuius*. L'effetto traslativo, con riferimento al diritto di proprietà piena sui singoli beni, quindi, "si vede" solo se si guarda alla vicenda successoria nel suo complesso, costituita dalla delazione ereditaria che dà luogo (eventualmente) ad una situazione di comunione, e dalla divisione che, ponendo fine al precedente stato di comunione, rende ciascun coerede-condividente successore diretto del *de cuius*. Se ci si limita, invece, a guardare alla divisione in sé, come atto autonomo dalla complessiva vicenda successoria, "si vede" bensì l'effetto distributivo, ma nessun effetto traslativo (fra l'altro, infatti, il dante causa è estraneo alla fattispecie della divisione in sé considerata).

In buona sostanza, collocare la divisione nel contesto più ampio della vicenda successoria costituisce presupposto logico necessario per riconoscerle un effetto (traslativo) diverso e ulteriore rispetto a quello meramente distributivo.

6. Il ruolo della divisione nella complessa vicenda successoria.

Sui due punti di vista, differenti ma entrambi necessari e reciprocamente concorrenti, conviene formulare qualche ulteriore considerazione¹⁵.

Come si è già ricordato, l'art. 757 c.c. non si limita a negare che vi sia successione fra i condividenti, ma dispone anche, e diremmo principalmente, che ciascun coerede succede immediatamente al *de cuius* in tutti i beni che gli sono stati assegnati. Con riferimento alla titolarità dei singoli beni, quindi, la divisione è l'elemento terminale della complessa fattispecie successoria, di cui la morte dell'autore costituisce l'elemento iniziale. I coeredi subentrano *in universum ius defuncti* in modo necessariamente indistinto e promiscuo (salva l'ipotesi dell'assegno divisionale qualificato di cui all'art. 734 c.c.).

¹⁵ Una esposizione più ampia, e munita degli opportuni richiami bibliografici e giurisprudenziali, si può leggere in VENOSTA, *op. cit.*, p. 29 ss.

Attraverso la divisione si perviene poi alla titolarità individuale dei singoli beni (una situazione che non è necessitata, ma che l'ordinamento considera alla stregua dello stato normale e preferibile). Operano, dunque, nella successione ereditaria due distinte fattispecie, di cui una più ridotta e composta dalla morte e dalle accettazioni dell'eredità, che dà luogo alla situazione tendenzialmente transitoria della comunione ereditaria, e l'altra, più ampia in quanto vi si aggiunge la divisione, che dà luogo alla situazione definitiva della successione di ciascun coerede nella titolarità esclusiva di alcuni dei beni dell'asse. Anche la prima fattispecie è autonoma e in sé conclusa, ma qualora sopravvenga la divisione entra a far parte della fattispecie più ampia. Beninteso, la prima non scompare ma viene assorbita dalla seconda, e alcuni dei suoi effetti vengono specificati retroattivamente da quelli "definitivi" che sono prodotti dalla seconda: si tratta degli effetti che attengono alla titolarità di ciascuno dei beni ereditari, la quale spetta ormai *ab origine* ed in via esclusiva al coerede che li ha avuti in assegnazione.

Va ora fissata l'attenzione sul fatto che la divisione presuppone una preesistente comunione¹⁶: come "fatto", essa concorre necessariamente con i fatti costitutivi della comunione; se si vuole comprendere appieno il senso e la funzione della divisione non basta considerare la fattispecie di essa in sé e per sé, ma bisogna vederla come elemento della più ampia fattispecie successoria "completa" e definitiva, quale si è sommariamente accennata; e siffatta visione unitaria è resa necessaria dalla stessa formula dell'art. 757: il meccanismo che muove dall'acquisto della qualità di coerede (e quindi di comunista)¹⁷ all'acquisto della titolarità esclusiva di questo o quel bene è una fattispecie complessa a formazione successiva (ed eventuale, come più volte si è detto), i cui effetti retroagiscono al momento in cui è venuto in essere il primo elemento della fattispecie.

In caso contrario, se si considerasse la divisione alla stregua di una fattispecie acquisitiva autonoma e autoconsistente, verrebbe a

¹⁶ V. *supra*, nota n. 14.

¹⁷ Ancorché le due situazioni, di coeredità e di comunione, possano non coincidere dal punto di vista logico, e anche dal punto di vista fenomenologico: ampiamente, AMADIO, *Coeredità*, cit.

mancare il necessario collegamento fra essa e la situazione giuridica facente capo al *de cuius*, e quindi verrebbe meno la stessa simmetria fra la fattispecie e gli effetti che la norma delinea, mentre “se si deve badare alle condizioni necessarie e sufficienti al prodursi di un determinato effetto, la scelta delle unità fondamentali, da considerarsi cause, dipende dalla selezione degli effetti di cui occuparsi”¹⁸. Qui la legge espressamente istituisce una successione diretta e immediata fra il *de cuius* e i condividenti assegnatari, rendendo impossibile escludere dalla fattispecie successoria sia, da un lato, il fatto che ad essa medesima ha dato inizio, sia, dall’altro lato, il fatto che la ha completata fissandone in modo definitivo gli effetti finali.

Questa complessa fattispecie non ha natura costitutiva né estintiva, bensì traslativa, come si comprende immediatamente solo che si tenga conto che la vicenda, cui essa dà luogo, è qualificata dalla norma come “successione”, e che la successione consiste nella modificazione soggettiva di un rapporto che per il resto rimane invariato: precisamente, il successore subentra al proprio autore nelle medesime situazioni giuridiche di cui egli era già titolare, e non in altre che vengano costituite *ex novo*¹⁹.

¹⁸ MONATERI, *Fattispecie*, in *Digesto IV*, sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992, p. 224.

¹⁹ Questo aspetto del ruolo svolto dall’art. 757 nella qualificazione della complessa fattispecie divisionale non viene preso in considerazione da AMADIO, *L’efficacia costitutiva*, cit., il quale assegna alla divisione una efficacia in linea generale solo costitutiva, e traslativa unicamente nelle “varianti” della divisione con conguaglio in danaro e della assegnazione del bene indivisibile e della vendita all’incanto (*op. cit.*, p. 30). Quanto agli accenni alla efficacia traslativa, contenuti nella sentenza in commento delle S.U., lo Scrittore ipotizza trattarsi “essenzialmente di oscillazioni terminologiche, che non toccano la linearità del pensiero e che potrebbero ritenersi innocue; o, al più, occasionate dallo specifico *thema decidendum*, che conduce la Corte a confrontarsi con disposizioni normative, nelle quali è contenuto un richiamo a una dichiarazione della parte ‘alienante’” (*op. cit.*, p. 40). Mette conto ripetere, in proposito, che se si osserva la divisione in sé la sua funzione è indubbiamente distributiva, e l’effetto corrispondente può ascriversi alla categoria degli effetti costitutivi in quanto modifica l’oggetto della situazione giuridica delle parti, che da titolari del diritto sulla quota divengono titolari di un ben diverso diritto di proprietà individuale sui singoli beni già in comunione; ma se si osserva la divisione nel contesto della

All'interno di tale meccanismo, alla divisione spetta il compito di perfezionare quella fattispecie complessivamente traslativa che determina la successione immediata fra il *de cuius* e gli assegnatari; il carattere retroattivo della divisione costituisce presupposto indispensabile della anzidetta successione diretta, dovendosi in caso contrario ipotizzare che la successione sia avvenuta *per saltum*, senza tenere conto della fase intermedia in cui la titolarità è spettata, promiscuamente, a soggetti diversi dall'autore²⁰; ovvero, altrettanto inaccettabile, che nel periodo intermedio i beni ereditari si reputino, *ex post*, essere rimasti privi di un titolare.

Se si ritiene necessario individuare e qualificare il ruolo particolare svolto dalla divisione nel quadro di una siffatta fattispecie complessa, occorre fissare l'attenzione sulla sua funzione di specificazione dell'oggetto della successione riguardo ai singoli coeredi. Se il *de cuius* ha disposto la divisione per testamento gli eredi assegnatari gli succedono immediatamente nella titolarità dei singoli beni senza necessità di alcun atto di specificazione; se invece sono chiamati per quote, la successione nella titolarità dei singoli beni non può compiersi senza un successivo atto volto a specificare quali fra essi siano assegnati a ciascun singolo coerede. L'atto conclusivo della fattispecie successoria può avere indifferentemente carattere negoziale (contratto) o autoritativo-processuale (ordinanza o sentenza), ma in ogni caso non muta la sua funzione specificativa o determinativa dell'oggetto all'interno di una fattispecie che nel suo complesso ha natura traslativa, determinando essa una vicenda giuridica successoria.

Va da sé, infine, che questa funzione specificativa caratterizza la divisione quando la si guarda nel quadro della complessiva vicenda successoria; il che non toglie che quando il punto di vista si restringe all'atto di divisione in sé e per sé considerato (un punto di vista che

complessa vicenda successoria, come a noi sembra sia opportuno fare, non può disconoscersene l'effetto traslativo, non già fra le parti della divisione medesima ma fra ciascuna di esse e l'originario *de cuius*.

²⁰ In realtà l'art. 757 impone di non tenere conto di tale fase intermedia, in cui la titolarità è spettata collettivamente ai coeredi, ma ciò avviene, appunto, attraverso il peculiare meccanismo della retroattività.

pure in tanti casi non è privo di utilità) la funzione della divisione è distributiva, come già sopra si è accennato.

7. *Segue: alcune considerazioni critiche sulla sentenza Cass., S.U., n. 25021/2019.*

Possiamo ora tornare brevemente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 25021/2019.

Come si è già accennato, la Corte conclude che la divisione ha natura di atto traslativo (più precisamente, di “atto assimilabile a quelli di natura traslativa”: par. 5.3.4) e che, conseguentemente, va soggetta alla sanzione della nullità comminata dalle norme edilizie (salvo quando abbia ad oggetto aree nude, in forza della espressa esclusione contenuta nell’art. 30 T.U. ed., già art. 18 l. n. 47/85).

In proposito, va anzitutto segnalato come la discussione circa la qualificazione traslativa della divisione forse non sarebbe neppure stata strettamente necessaria, stante che le norme considerate contemplano comunque gli atti di scioglimento delle comunioni, quale che ne sia la qualificazione.

D’altra parte, si è spiegato come l’acquisizione circa la natura non dichiarativa, ma traslativa della divisione possa essere condivisa, ma solo sul presupposto che si consideri la divisione dal punto di vista del suo ruolo di elemento terminale della vicenda successoria, altrimenti, se si considera la divisione in sé e per sé, prescindendo da tale suo ruolo, nessun effetto traslativo è in essa ravvisabile, ma solo un effetto distributivo. Il punto sul quale la sentenza in esame potrebbe meritare un ripensamento, quindi, non è quello in cui riconosce la natura traslativa della divisione, ma quello in cui non considerando che tale effetto è concepibile solo nel quadro della vicenda successoria, nega alla divisione medesima il ruolo di “atto non autonomo rispetto alla vicenda successoria”, ed afferma, al contrario, che “una volta che la successione si è perfezionata con le accettazioni dell’eredità da parte dei chiamati, il fenomeno successorio si è esaurito, rimanendo ad esso estranee le vicende negoziali successive”.

Se le tesi sopra esposte sono fondate, e se, quindi, una visione completa del fenomeno divisionale non può aversi se non lo si colloca nel quadro complessivo della vicenda successoria (ci

riferiamo, ovviamente, alla divisione ereditaria), merita forse una diversa considerazione l'ipotesi che le norme edilizie più volte richiamate, quando alludono agli "atti tra vivi", intendano in realtà escludere dal proprio ambito di applicazione tutti gli elementi della successione *mortis causa*, compresa la divisione che ne costituisce l'evento terminale, senza il quale non può dirsi perfezionato il trasferimento dei singoli beni dell'asse, compresi eventualmente quelli urbanisticamente irregolari, dal *de cuius* ai singoli coeredi (conformemente, peraltro, agli orientamenti giurisprudenziali correnti prima della sentenza delle S.U. che si sta esaminando)²¹.

Si tratterebbe di una interpretazione non preclusa dalla lettera della legge, e non irrazionale sul piano teleologico, proprio in considerazione dell'esigenza di rafforzare la prevenzione e la repressione dell'abusivismo edilizio, che le norme in questione sono intese a presidiare. Da un lato, infatti, mentre la divisione della comunione ordinaria potrebbe agevolmente essere utilizzata per eludere la sanzione: ciò non vale per la comunione ereditaria stante il suo carattere incidentale o forzoso; dall'altro lato, i vincoli alla circolazione dell'immobile abusivo non verrebbero meno dopo la divisione²².

²¹ Ad una conclusione sostanzialmente analoga perviene, sulla base di considerazioni di natura teleologica che meritano condivisione, anche BOCCHINI, *Alienazioni di edifici abusivi* [...], cit., p. 632, quando afferma che "la non applicazione agli atti *mortis causa* e quindi anche (e specialmente) alle divisioni ereditarie si giustifica in quanto si è voluto facilitare i trapassi immobiliari generazionali per evitare le note e prolungate stasi nella utilizzazione dei beni; in tal senso anche la disapplicazione che la giurisprudenza ha fatto dell'art. 46 alle divisioni ereditarie, sul presupposto formale del riferimento della norma agli atti tra vivi, in realtà si muove nella medesima direzione materiale: è valorizzata la prospettiva della provenienza dei beni a causa di morte e quindi l'esigenza di agevolare il passaggio generazionale a scapito della natura dell'atto divisionale, che è atto tra vivi".

²² L'art. 757 si applica anche alla divisione delle comunioni ordinarie, pur dovendosi tenere conto di variabili che dipendono dalle diverse modalità che possono essere utilizzate per costituire una comunione ordinaria (cfr. VENOSTA, *op. cit.*, p. 39 ss.). È chiaro, tuttavia, che tali ipotesi di divisione si collocano sempre nel quadro di una successione *inter vivos*, e per tale ragione (oltre che per ragioni strettamente testuali) vanno soggette alle nullità urbanistiche allo stesso modo di tutti gli atti fra vivi.

8. *Immobili (irregolari) non comodamente divisibili.*

La Corte adduce, a sostegno della propria decisione, due ulteriori argomenti. Anzitutto rileva che nel caso dell'immobile non comodamente divisibile (art. 720 c.c.) e qualora debba addivenirsi alla vendita all'incanto tale atto, sicuramente *inter vivos*, non potrebbe che considerarsi nullo, e che sarebbe contraddittorio ed illogico consentire la c.d. divisione naturale (ad esempio attraverso l'assegnazione dell'intero immobile ad uno dei condividenti) e non la c.d. divisione civile (attraverso, appunto, la vendita all'incanto del bene e la ripartizione del ricavato). Sembra però di poter osservare, a tale proposito, che non si tratterebbe propriamente di una contraddizione, ma piuttosto di una limitazione rispetto al principio, sempre che, ovviamente, si ritenesse che in via di principio la divisione ereditaria non va soggetta alla nullità. Una limitazione, oltre tutto, giustificabile con la circostanza che la vendita all'incanto conduce al trasferimento dell'immobile ad un soggetto che è estraneo alla comunione, mentre la divisione in natura conduce alla ripartizione dei beni fra i comunisti originari.

Inoltre, occorre mettere a confronto la vendita all'incanto di cui all'art. 720 con quella di cui all'art. 719 c.c., alla quale i coeredi possono risolversi se ne valutano la necessità "per il pagamento dei debiti e pesi ereditari". Anche in questo caso l'incanto sarebbe un atto *inter vivos*, ma trattandosi di una iniziativa presa, in definitiva, a tutela dei creditori, potrebbe forse essere considerata valida per assimilazione con le vendite e le divisioni che hanno luogo nel contesto esecutivo, individuale o concorsuale.

Né appare decisivo l'argomento fondato sull'ultimo comma dell'art. 30 T.U. ed. (già art. 18, l. n. 47/85) nella parte in cui esclude dalla applicazione delle norme che precedono, fra l'altro, le divisioni ereditarie. La Corte prende in considerazione questa disposizione anzitutto dal punto di vista letterale osservando che "*il legislatore, quando ha inteso sottrarre le divisioni ereditaria dalla normativa dettata in tema di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, lo ha detto espressamente*"; e poi dal punto di vista teleologico, affermando fra l'altro che la prevalenza dell'istanza divisoria dei coeredi è giustificata anche dalla circostanza che sui terreni in

questione non è “*stato consumato alcun abuso edilizio*”. In tal modo, però, non si tiene conto che la norma in questione vale anche per gli atti stipulati dopo la trascrizione dell’ordinanza di sospensione della lottizzazione non autorizzata, e quindi dopo che un abuso è stato (o può essere stato) compiuto, e non solo per gli atti relativi a terreni cui non è stato allegato il certificato di destinazione urbanistica, il che rende anche l’argomento “*ubi lex voluit dixit*” incerto e problematico (anche volendo lasciare in disparte la considerazione che l’art. 30 ult. c. tratta allo stesso modo atti di natura affatto diversa, come le divisioni ereditarie, le donazioni fra coniugi o parenti in linea retta ed i testamenti).

9. *Profili particolari: immobili irregolari e divisione giudiziale.*

Vanno, ora, esaminati alcuni profili particolari, in parte considerati anche dalla Corte nella sentenza che si sta commentando, in parte no.

Può essere, anzitutto, condiviso il principio secondo il quale le nullità che colpiscono le divisioni contrattuali (ove si ritengano sussistenti) valgono anche ad impedire la divisione giudiziale dei medesimi immobili, “*risultando, in caso contrario, oltremodo agevole per i condividenti, mediante il ricorso al giudice, l’elusione della norma imperativa in questione*” (par. 6).

Ed allo stesso modo appare ragionevole e conforme al sistema l’affermazione che “*le disposizioni eccezionali[...] [quelle che escludono la nullità degli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari] si applicano anche alle divisioni endoesecutive e a quelle endoconcorsuali*”, ancorchè la divisione del bene esecutato costituisca un procedimento autonomo rispetto a quello esecutivo in senso stretto.

10. *Segue: immobili irregolari e divisione parziale.*

Quanto alla possibilità di compiere una valida divisione parziale (una divisione, cioè, dalla quale resti escluso l’immobile irregolare), le S.U. la ammettono sulla esatta premessa che il principio di universalità oggettiva della divisione “*non è assoluto e inderogabile*”. Per la verità, tuttavia, va precisato che un siffatto principio forse neppure sussiste, essendo pacifico che i coeredi

possono sempre accordarsi per una divisione parziale (così come in giudizio possono aderire alla domanda di divisione parziale, che sia stata proposta da alcuno di loro) senza dover addurre particolari motivazioni o allegare la sussistenza di specifici presupposti²³.

È però chiaro che ordinariamente ciò richiede il consenso di tutti i condividenti (salvo il caso della sospensione parziale della divisione a norma degli artt. 713, comma 3, 717 c.c.), stante che il diritto potestativo a chiedere la divisione integrale rimette la questione alle loro idiosincratice decisioni. La Corte si domanda tuttavia, ed è questo il vero problema, *“se uno dei coeredi possa validamente opporsi alla domanda di divisione giudiziale parziale, proposta da altro coerede con la sola esclusione del fabbricato abusivo”*. La soluzione si discosta, condivisibilmente, dal principio unanimistico sopra ricordato, in quanto se si consentisse al singolo condividente di opporsi alla divisione parziale *“ne risulterebbe illogicamente compresso il diritto potestativo, spettante ad ogni coerede, di ottenere lo scioglimento della comunione ereditaria; e si conferirebbe ai coeredi convenuti nel giudizio divisorio il potere di impedire, negando il loro consenso, lo scioglimento della comunione ereditaria con riferimento all’intero complesso dei beni per i quali essa è giuridicamente possibile”*.

Si realizza in questo modo, nella massima misura che è raggiungibile nelle circostanze concrete, il diritto potestativo ad ottenere la divisione, e si consegue anche il risultato pratico di togliere spazio ad eventuali, ma sempre possibili condotte opportunistiche o speculative.

La Corte, però, riferisce questo ragionamento solo alla divisione giudiziale, ed all’ipotesi in cui sia stata proposta una domanda di divisione parziale. Bisogna chiedersi, quindi, che cosa debba avvenire quando tutti i coeredi chiedano in giudizio la divisione totale, comprensiva dell’immobile abusivo; e soprattutto quando i coeredi dividano contrattualmente un più ampio compendio, di cui l’immobile abusivo costituisce solo una parte.

Nella prima ipotesi è a ritenersi che il giudice, rilevata d’ufficio l’impossibilità giuridica di assoggettare a divisione l’immobile

²³ VENOSTA, *op. cit.*, p. 46 ss.

abusivo, debba segnalare tale circostanza alle parti. Se almeno una di esse chiederà la divisione parziale l'eventuale inerzia od opposizione degli altri non avrà alcuna rilevanza, alla stregua del principio enunciato dalle S.U. Se, invece, tutti insistessero per la divisione totale (ad esempio nella convinzione che l'immobile non sia abusivo, ovvero che la nullità non valga per le divisioni ereditarie), vi è da chiedersi se il giudice possa comunque disporre una divisione parziale, che nessuna delle parti gli ha domandato. Crediamo si possa affermare, in proposito, che la soluzione più corretta, onde non incorrere nel vizio di ultrapetizione, debba ravvisarsi nella pura e semplice reiezione della domanda di divisione²⁴.

Quanto, invece, al contratto di divisione esteso ad un immobile abusivo, sembra trattarsi di un caso di nullità parziale che si comunica all'intero contratto, stante la stretta compenetrazione che in esso deve ravvisarsi fra tutte le singole attribuzioni, e stante il carattere essenziale del principio di proporzionalità fra tali attribuzioni. L'esclusione dell'immobile abusivo, infatti, è destinata a produrre, fra i condividenti, uno squilibrio irrimediabile e inaccettabile perché contrastante con i principi fondamentali che reggono questo istituto. Si tratta, fra l'altro, di una soluzione che è già stata praticata in giurisprudenza, seppure in una ipotesi di nullità parziale di origine diversa: *“l'estensione della nullità di una clausola ad altra del medesimo contratto si verifica, ai sensi dell'art. 1419 c.c., allorché le diverse disposizioni siano state convenute in vista di uno scopo unitario. Pertanto in presenza di una divisione negoziale di asse ereditario, costituente l'unico fine pratico perseguito dai contraenti, la nullità (per difetto di atto pubblico) di clausole aventi ad oggetto donazione di cespiti da un coerede all'altro, comporta la*

²⁴ Cfr. Cass., 24 maggio 1990, n. 4699: “Poiché il progetto di divisione deve comprendere l'intera massa da dividere, l'ordinanza del giudice istruttore che, in difetto di una espressa volontà dei condividenti, approvi un progetto di divisione parziale, costituisce un provvedimento abnorme che, avendo carattere dispositivo dei diritti delle parti, è impugnabile per cassazione [...]”; conf. Cass. 1 agosto 1990, n. 7708; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 1980, n. 1296.

*nullità anche delle ulteriori clausole che prevedono trasferimenti onerosi fra gli altri coeredi*²⁵.

Né può ipotizzarsi che venga in considerazione l'art. 762 c.c.: “*l'omissione di uno o più beni dell'eredità non dà luogo a nullità della divisione, ma soltanto a un supplemento della divisione stessa*”. Nel caso in esame, infatti, il bene non è stato propriamente “omesso”, ed anzi se ne è tenuto conto nella formazione delle porzioni, di modo che la sua esclusione *ex post* determina, come anzidetto, uno squilibrio insanabile e inaccettabile (nel caso in cui l'immobile abusivo sia stato tutto assegnato ad uno dei conviventi, quest'ultimo potrà risultare in assoluto non apporzionato; ma anche fuori di una siffatta ipotesi estrema la proporzione originaria fra le varie porzioni viene meno e non potrà più essere ripristinata, neppure attraverso un successivo “supplemento” al quale l'immobile abusivo è e sempre resterà inidoneo; se, invece, la nullità viene sanata, nei casi in cui ciò è giuridicamente possibile, la sanatoria vale per l'intera originaria divisione, e nessun supplemento sarà necessario)..

D'altra parte, neppure sarà utilizzabile, in siffatte circostanze, il rimedio della rescissione, che una sentenza ha ritenuto applicabile immediatamente anche alla divisione parziale²⁶, in quanto esso, richiedendo una lesione *ultra quartum*²⁷, limiterebbe in modo eccessivo la possibilità di rimediare agli squilibri determinati dalla parziale nullità della divisione.

11. *Segue: atti di disposizione compiuti manente comunione.*

Infine, è interessante chiedersi quale sia la sorte degli atti di disposizione che alcuno dei comproprietari avesse individualmente compiuto *manente comunione*.

Gli atti ad effetti reali aventi ad oggetto la quota devono reputarsi sicuramente nulli. Anche nella prospettiva, infatti, di una interpretazione non estensiva delle cause che producono la nullità, gli atti di disposizione della quota, purché abbiano efficacia

²⁵ Cass., 25 marzo 1998, n. 3155, in *Riv. not.*, 1999, p. 185.

²⁶ Cass., 3 settembre 1997, n. 8448, in *Giur. it.*, 1998, I, p. 1108.

²⁷ Al prevalente fine di rimediare agli eventuali errori compiuti nella stima, salvaguardando però nei casi meno gravi la stabilità della divisione: VENOSTA, *op. cit.*, p. 192.

traslativa reale, vi sono ricompresi, riferendosi le norme in questione agli atti che riguardano l'edificio o una parte di esso. Certo, in un linguaggio rigoroso altra cosa è la "parte", altra è la "quota" indivisa, ma lo scarso rigore del linguaggio del legislatore e comunque l'incompletezza della formula utilizzata non ne giustificerebbero una interpretazione così manifestamente distante dalla *ratio* (senza trascurare che il trasferimento "interno" delle quote fra i comunisti è anch'esso una forma di "scioglimento della comunione").

Per altro verso, è opinione prevalente in giurisprudenza che *"la sanzione della nullità, prevista dall'art. 40 della l. 28/2/1985 n. 47, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita"*²⁸. La questione si presenta con maggiore frequenza per il contratto preliminare, ma il principio accennato vale per tutti i negozi ad efficacia meramente obbligatoria, e quindi anche per l'ipotesi che uno dei comunisti o coeredi venda un bene appartenente alla comunione: anche un negozio di tal genere, infatti, si ritiene comunemente abbia *"solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia reale subordinata all'assegnazione del bene medesimo al coerede-venditore attraverso la divisione"*²⁹. Ne consegue che l'atto è valido anche se privo delle menzioni urbanistiche. Certo vi è, fra il preliminare e la vendita obbligatoria dell'immobile comune, una differenza non da poco: nel primo caso il trasferimento presuppone la conclusione di un nuovo contratto (il contratto definitivo, appunto) che non potrà mai essere validamente concluso (così come, d'altro canto, sarà preclusa la pronuncia di una sentenza *ex art. 2932 c.c.*);

²⁸ Cass., ord. 7 marzo 2019, n. 6685, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 650.

²⁹ Cass., 19 febbraio 2019, n. 4831; Cass., 23 febbraio 2018, n. 4428, in *Riv. not.*, 2018, II, p. 757, con nota di TORRONI; VENOSTA, *op. cit.*, p. 64 ss. e 86 ss.; sui problemi posti dalla vendita dell'eredità, o della quota ereditaria, cfr. ID., *op. cit.*, p. 201 ss. V. anche Cass., 10 dicembre 2014, n. 26051: "nel caso di vendita da parte di uno dei coeredi di bene ereditario che costituisce l'intera massa, l'effetto traslativo dell'alienazione non resta subordinato all'assegnazione in sede di divisione della quota all'erede alienante, dal momento che costui è proprietario esclusivo della frazione ideale di cui può liberamente disporre, sicché il compratore subentra, 'pro quota', nella proprietà del bene comune".

mentre nel secondo caso l'assegnazione del bene al venditore in sede di divisione determina automaticamente l'acquisto il capo all'acquirente, secondo il meccanismo previsto in generale per la vendita della cosa altrui (art. 1478, comma 2, c.c.). Ma si tratta di una differenza irrilevante per i fini che qui vengono in considerazione, in quanto delle due l'una: se la successiva divisione è valida *nulla quaestio*, e l'acquirente consegue legittimamente la proprietà del bene; se è nulla l'effetto traslativo cui la legge si oppone non potrà mai verificarsi, salva naturalmente l'ipotesi della successiva sanatoria nei casi in cui è ammessa.

ALBERTO VENTURELLI
Professore associato di diritto privato
Università degli Studi di Brescia

VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE E RIMEDI IN UN RECENTE PROGETTO DI CODIFICAZIONE LATINOAMERICANA

SOMMARIO: 1. L'approccio rimediale e l'argomentazione per principi nel pensiero del Festeggiato. – 2. Il «Codice quadro delle obbligazioni per l'America Latina» e l'espressa enunciazione dell'apparato rimediale invocabile per la «violazione del principio» di buona fede. – 3. L'«inefficacia» della violazione del principio. – 4. L'individuazione, secondo buona fede, del momento di perfezionamento dell'accordo. – 5. L'attribuzione di valore imperativo al principio. – 6. I rapporti tra la violazione e la minaccia di violazione del principio.

1. L'approccio rimediale e l'argomentazione per principi nel pensiero del Festeggiato.

Il Festeggiato ha avuto più volte occasione di denunciare che la moltiplicazione dei plessi normativi e la loro irriducibilità a fondamenti giustificativi comuni hanno condotto ad una frantumazione del diritto italiano dei contratti, alla quale l'interprete deve reagire con strumenti ricostruttivi nuovi, capaci di condurre ad una riformulazione della disciplina generale che, senza dedicare più ossessiva attenzione allo schema sussuntivo correlato all'impiego della fattispecie, si apra all'uso generalizzato dell'argomentazione per principi e ad una consapevole sensibilità rimediale¹.

¹ Cfr. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss.; e in MACARIO e MILETTI, *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 559 ss.; ID., *Il diritto dei contratti tra*

I codici tradizionali, infatti, menzionano numerose clausole generali, ma non si preoccupano di collegarvi un apparato rimediabile diversificato, nella convinzione che esse debbano solo completare un sistema normativo saldamente ispirato all'enucleazione, in termini generali ed astratti, di una situazione fattuale già univocamente definita dal legislatore nei suoi contorni caratterizzanti².

Costituzione, codice civile e codici di settore, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, p. 2145 ss.; ID., *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft of Common Frame of Reference*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 675 ss.; ID., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86 ss.; ID., *Il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo*, *ivi*, p. 170 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1190 ss.; e, in lingua inglese e con il titolo *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *ERPL*, 2013, p. 221 ss.; ID., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, I, p. 51 ss.; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 124 ss.; ID., *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2016, I, p. 137 ss.; in *Jus civ.*, 2017, p. 46 ss.; e, con il titolo *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 869 ss.; ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 73 ss.; ID., *La forza dei principi. Ancora un inizio*, *ivi*, 2019, I, p. 4 ss.

² Cfr. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 23 ss.; ID., *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. italiano*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 90 s.; e in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno linceo, Roma, 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, p. 257 s.; SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, p. 85 s.; BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 889 s.; PANUCCIO, *Concetti e principi nella scienza del diritto*, in *Ann. Fac. econ. Univ. Messina*, (5) 1967, p. 103 ss.; in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 252 ss.; e in ID., *Saggi di metodologia giuridica*, Milano, 1995, p. 3 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*², Milano, 1971, p. 163 ss., 305 ss., spec. 307 ss. e 316; PARESCHE, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 202; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 230 ss. e 251 ss., spec. 239, 253 s. e 282 s.; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, *ivi*, 1977, p. 100 ss.; MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 4 ss.; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 7 ss.; in *Il principio di buona fede*, Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985, Milano, 1987, p. 9 ss.; e in ID., *Scritti*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 169 ss.;

Il rimedio è inteso, a tal stregua, come mera conseguenza – sempre eguale – del mancato soddisfacimento di una situazione giuridica di vantaggio (diritto soggettivo) attribuito da una norma primaria e non può subire alcun adattamento in ragione delle concrete caratteristiche della violazione riscontrata, perché il giudice deve limitarsi ad accertare quest'ultima, facendo discendere da essa la produzione di effetti in ragione della tecnica della sussunzione e dunque in modo automatico.

GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 324 ss.; CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 4 ss.; D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 438 ss.; e in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Milano, 1991, p. 455 ss.; FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 462 ss.; in *I principi generali del diritto*, cit., p. 17 ss.; e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 351 ss.; PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 24 ss.; GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 344 ss.; SCHLESINGER, *L'interpretazione della legge per i casi «dubbi» od «omessi»*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 491 ss.; LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2006, p. 35 ss. e 65 ss.; ALPA, *I principi generali*², in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2006, p. 262 ss.; NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 411 ss.; e in Nogler e Nicolussi (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, p. 159 ss.; BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analoga*, in *Studium iuris*, 2008, p. 425 s.; LIPARI, *Spunti in tema di lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di Ruscello, I, Napoli, 2008, p. 537 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 216 ss.; ID., *Morte e trasfigurazione dell'analoga*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 37 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 69 ss.; BRECCIA, *Clausole generali*, in *Dizionari del diritto privato*, diretti da Irti, *Diritto civile*, a cura di Pescatore e Martuccelli, Milano, 2011, p. 249 ss.; e in ID., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 211 ss.; SCALISI, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto «giusto»*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 449 ss., spec. 471 ss.; AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 20 ss.; PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 15 ss.; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in G. Perlingieri e Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.; F. GAMBINO, *Fonti delle obbligazioni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, *Aggiornamento*, XI, Torino, 2018, p. 229 ss.; ID., *Principi generali*, in *Le voci del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 1205 ss.

La consapevolezza del ruolo gerarchicamente sovraordinato che le norme costituzionali e i principi da esse affermati devono avere nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni privatistiche ha tuttavia sancito il progressivo superamento di questa concezione, inducendo numerosi interpreti a dedicare maggiore attenzione all'effettività delle conseguenze della violazione di una regola di condotta anziché alla definizione della situazione astratta che individua il contenuto precettivo della regola stessa³.

³ Cfr. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 53 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, spec. p. 21 ss.; ID., *Dialogo tra le Corti e tecnica rimediatale*, in *Pers. merc.*, 2011, p. 280 ss.; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediatale nel dialogo tra le Corti*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 237 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, I, p. 5 ss.; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 16 ss.; in *Jus civ.*, 2017, p. 133 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.; e in *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del prof. Vincenzo Scalisi*, Messina, 27-28 maggio 2016, a cura di Trimarchi, Federico, Astone, Ciraolo, La Spina, Rende, Fazio e Carabetta, Milano, 2017, p. 75 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 187 ss.; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 939 ss.; ID., *Effettività della tutela (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.; ID., *Effettività*, in *Le parole del diritto*, II, cit., p. 639 ss.; DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, p. 67 ss.; ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 289 ss.; ID., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 3 ss. e 123 ss.; ID., *I rimedi giuridici tra ideologia e tecnica*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 825 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediatale*, *ivi*, 2005, p. 605 ss.; ID., *La sistematica rimediatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 11 ss.; e in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 103 ss.; MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.; in *Remedies in Contract*, cit., p. 149 ss.; e, con il titolo *La nozione di rimedio*, in ID., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, p. 19 ss.; F. PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Giureta*, 2010, p. 35 ss.; ID., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2016, p. 585 ss.; ID., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, p. 53 ss.; NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 157 ss.; e in *Le*

I rischi insiti in un approccio metodologico solo superficialmente rimediale non devono essere sottovalutati: escludere ogni attenzione all'analisi della fattispecie in presenza della quale il rimedio è attivabile significa ignorare i condizionamenti che essa è in grado di determinare in ordine alle caratteristiche del rimedio stesso, offrendo di quest'ultimo un'interpretazione parziale e riduttiva, fatalmente destinata a consentire esiti applicativi incontrollabili perché rimessi all'arbitrio del giudice⁴.

tutele contrattuali e il diritto europeo, cit., p. 319 ss.; ID., *Fattispecie e clausola generale: alternativa o binomio?*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 100 ss.; SIRENA e ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 365 ss.; LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovi assetti di valori*, Milano, 2012, p. 177 ss.; ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'«astreinte» al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 276 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045 ss.; e in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal Convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli, 2019, p. 149 ss.

⁴ Cfr. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.; IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 801 ss.; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17 ss. (tutti questi scritti sono ora raccolti, con marginali modifiche, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016); ID., *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti*, Bologna, 2018, p. 17 ss.; ID., *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 25 ss.; ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 981 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Pers. merc.*, 2015, I, p. 65 ss.; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103 ss.; ID., *«Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 3 ss.; in *Riv. int. fil. dir.*, 2017, p. 513 ss.; e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 763 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 75 ss. e 101 ss.); ID., *Ermeneutica della complessità, in Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, cit., p. 64 s.; CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p.

Un approccio di natura autenticamente rimediale non può dunque prescindere dall'individuazione della fattispecie. Il compito ricostruttivo imposto dall'analisi del rimedio si concretizza nella ricostruzione *a posteriori* della fattispecie stessa, cioè nella verifica dogmatica dei risultati determinati dall'applicazione del rimedio, dai quali l'interprete deve prendere le mosse per capire a quali casi esso sia applicabile, alla ricerca della soluzione che, in modo più effettivo di altre, assicuri una reazione adeguata alla specifica violazione riscontrabile nel caso in esame⁵.

245 ss.; e in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di Gitti, Delfini e Maffei, I, Milano, 2015, p. 641 ss.; E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 696 ss.; G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, *ivi*, 2016, p. 476 ss.; ID., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, p. 689 ss.; e in D'AMICO e PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, p. 1 ss.; ID., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 15 ss.; e in *Ars interpretandi*, 2019, p. 49 ss.; DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1227 ss.; M. ORLANDI, *Forza normativa della descrizione*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015, a cura di Mazzamuto e Nivarra, Torino, 2016, p. 173 ss.; ID., *Gnoseologia della fattispecie*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 95 ss.; CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, spec. p. 60 ss.; SACCO, *La fattispecie? Sì, ma ... (un frammento di teoria generale)*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 288 s.; F. GAMBINO, *Principi generali*, cit., p. 1209 ss.; SANGERMANO, *Riflessioni sull'obbligazione risarcitoria con funzione sanzionatoria tra crisi della fattispecie e concezione polifunzionale della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 213 ss.

⁵ Cfr. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, cit., p. 219 ss.; ID., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.; ID., *Il valore «normativo» dei principi*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, a cura di Cicero e G. Perlingieri, I, Napoli, 2017, p. 1 ss.; e, per una prima applicazione concreta di tale approccio metodologico, ID., *In memoria di una norma abrogata (art. 13, 5° co., l. 9 dicembre 1998, n. 431, in tema di nullità di clausole locative e riconduzione a conformità)*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 239 s.; ID., *Brevi note sul Festeggiato e su una particolare tecnica di attuazione del diritto (la «riconduzione a condizioni*

2. Il «Codice quadro delle obbligazioni per l'America Latina» e l'espressa enunciazione dell'apparato rimediabile invocabile per la «violazione del principio» di buona fede.

Una significativa conferma della conclusione appena prospettata è offerta da una più attenta analisi di un recentissimo progetto di codificazione civile latinoamericano, nel quale si esprime piena consapevolezza dei vantaggi della tecnica rimediabile, fino al punto di dedicare una specifica previsione all'elencazione delle conseguenze sottese alla violazione dei principi in esso affermati.

Il Titolo II del «Codice quadro delle obbligazioni per l'America Latina», dedicato appunto ai «principi generali in materia di obbligazioni», si chiude con una previsione – l'art. 12 – che, dopo aver genericamente affermato che «i comportamenti contrari ai principi che ispirano questo Codice non producono nessun effetto», aggiunge che «in caso di minaccia di violazione di tali principi o di concretizzazione di un comportamento contrario ad essi, l'interessato ha il diritto di richiedere, a seconda dei casi, la sua inibizione o cessazione, l'adempimento in natura o per equivalente dei rispettivi doveri che permettano di preservare i principi che si è cercato di trasgredire, così come il risarcimento di ogni tipo di danno sofferto»⁶.

conformi)), in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 367 s.; nonché, con più ampio riferimento alle funzioni del controllo dogmatico dei risultati dell'argomentazione giuridica, MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, p. 479 s.; ID., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 2 s. (entrambi questi scritti possono leggersi in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 75 s. e 32 s.); G. BENEDETTI, *Ermeneutica e dogmatica in Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 103 ss.; e in ID., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 137 ss. (opera recensita da FERRI, *Ermeneutica e diritto nelle idee di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 541 ss.; e SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1249 ss.).

⁶ Il *Código Marco de obligaciones para América Latina*, elaborato dal Gruppo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL), è pubblicato, insieme agli atti del Convegno internazionale, svoltosi presso l'Università degli Studi di Brescia il 19-22 marzo 2019, nel quale è stato presentato, in appendice al volume SACCOCCIO E CACACE (a cura di), *Europa e America Latina. Due*

Consentendo di misurare l'effettiva precettività delle norme precedenti, tale disposizione persegue un'esigenza sconosciuta ai sistemi codicistici di matrice europeo-continentale, perché sintetizza la pluralità di rimedi invocabili a fronte di una situazione fattuale – definita, del tutto genericamente, come «violazione dei principi» – che si rivela inidonea, in prima battuta, a descrivere una fattispecie, in quanto è strettamente correlata alla prevalenza che ai principi stessi il progetto attribuisce nella determinazione del contenuto e degli effetti del rapporto obbligatorio.

Ove una disposizione avente identica formulazione fosse effettivamente in vigore, il suo interprete non potrebbe limitarsi ad accertare che vi è stata «violazione del principio», ma dovrebbe altresì definire quale rimedio meglio si adatta alla concreta situazione fattuale esaminata, senza conferire alle parti la possibilità di verificare astrattamente e *a priori* – in ragione della tecnica sussuntiva – l'adeguatezza della loro condotta alle regole fissate dalla norma e l'entità delle conseguenze sottese alla violazione stessa.

Dalla previsione in esame, in altri termini, non si deve solo ricavare l'esplicito riconoscimento della possibilità di attivarsi a fronte della mancata attuazione dei principi, ma si deve altresì constatare che, secondo i compilatori del progetto, è necessario riconoscere all'interprete un potere di adattamento del rimedio invocato alla specifica entità della violazione riscontrata, fino al punto di diversificare l'apparato rimediale in ragione di elementi fattuali non preventivamente verificabili.

Chi voglia dunque provare a descrivere in modo più articolato e completo cosa sia la «violazione del principio» dovrà compiere un percorso inverso rispetto a quello tradizionalmente correlato alla logica sussuntiva: la definizione della fattispecie costituirà l'approdo dell'analisi rimediale, nella consapevolezza che il

continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano, I, Torino, 2020, p. 431 ss. Per una più ampia valutazione dell'incidenza del progetto sull'uniformazione del diritto latino-americano, cfr. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in *Sistema giuridico latinoamericano*, Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018), a cura di Saccoccio e Cacace, Torino, 2019, p. 31 ss.

principio di effettività impone di diversificare l'ambito di operatività dei rimedi attribuendo rilevanza a molteplici componenti della situazione fattuale che debbono essere volta a volta adeguatamente segnalate.

3. *L'«inefficacia» della violazione del principio.*

Quanto appena osservato impedisce, anzitutto, di attribuire decisiva importanza alla formulazione letterale del comma 1 dell'art. 12 del progetto, il quale, pur delineando, in termini apparentemente netti ed incontrovertibili, l'inefficacia dei «comportamenti contrari ai principi», vuole, più modestamente, sottolineare che tali comportamenti non possono in alcun modo produrre conseguenze giuridiche corrispondenti alle intenzioni da essi espresse.

Il comportamento scorretto non può infatti essere considerato meritevole di protezione neppure parziale e il mero fatto che sia tenuto in modo intenzionale non può valere ad assicurargli efficacia.

Proprio per questo, l'art. 10 del progetto, specificamente dedicato al divieto di *venire contra factum proprium* e modellato sull'art. 1.8 dei Principi Unidroit, esplicita il divieto di «tenere comportamenti in contraddizione con quelli precedenti, che abbiano generato una legittima aspettativa negli altri soggetti del vincolo obbligatorio»⁷.

⁷ Cfr. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet. Fondamento, rilevanza, limiti*, Napoli, 2000, p. 38 ss.; SICCHIERO, *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 507 ss.; ASTONE, *Venire contra fatum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, p. 79 ss.; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 175 ss.; FESTI, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Milano, 2007, spec. p. 107 ss.; SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 513 ss.; F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 61 ss.; e in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di Del Prato, II, Napoli, 2013, p. 1021 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, p. 10 ss.; C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e dei poteri del giudice*, in *Persona e attività economica tra libertà e*

Avuto specifico riguardo al diritto italiano, non è difficile istituire un confronto con i casi in cui la violazione della regola di buona fede provoca effetti corrispondenti, sul piano materiale, all'esecuzione di una condotta contraria a quella effettivamente realizzata.

Basti pensare alla c.d. finzione di avveramento della condizione (art. 1359 c.c.), che è pacificamente considerata un corollario dell'imposizione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede lungo la fase di pendenza (art. 1358 c.c.). Poiché le parti sono tenute a preservare la materiale realizzazione dell'evento dedotto in condizione, ove una di esse, avendo interesse contrario alla realizzazione dell'evento stesso, si comporti in modo tale da precluderla, si finge un adempimento della condizione materialmente irrealizzato e irrealizzabile, collegando al comportamento scorretto effetti opposti a quelli voluti dal suo autore⁸.

regola. Studi dedicati a Diego Corapi, a cura di De Donno, II, Napoli, 2016, p. 1353 ss.; D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 59 ss.; FERRANTE, «Homeward Trend» o interpretazioni autonome? Un bilancio della giurisprudenza italiana sulla Convenzione di Vienna, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, p. 23 ss. e 451 ss.; ID., *Thirty Years of CISG: International Sales, «Italian Style»*, in *The It. L. Journ.*, 2019, p. 87 ss.; ASTONE, *Il divieto di abuso del diritto: diritto scritto e diritto vivente*, Milano, 2017, p. 55 ss.; BRECCIA, *Abuso del diritto*, in FURGIUELE (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017, p. 127 ss.; BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, cit., p. 183 ss.; POMPEI, *Abuso del diritto: un approccio tra filosofia e storia*, Torino, 2019, p. 25 ss.

⁸ Cfr. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario al codice civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, IV, 1, Firenze, 1948, p. 457 s.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², 1960, Napoli, 2002, p. 526; RESCIGNO, *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 798; PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 29 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², 1969, Napoli, 2008, p. 308 s.; BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, p. 25 ss., spec. 31 s., e 95 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*³, in *Commentario del codice civile*, IV, 2, Torino, 1980, p. 250 s.; PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur.*, 1986, p. 342 s.; MAIORCA, *Condizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 313 s.;

L'istituzione di un più stretto collegamento funzionale tra la finzione e il principio di buona fede, tuttavia, legittima a dubitare della natura eccezionale del meccanismo finzionistico e pone le premesse argomentative per ripensare criticamente a talune consolidate posizioni dottrinali e giurisprudenziali.

È noto infatti che dell'art. 1359 c.c. si è soliti dare un'interpretazione letterale, che giustificherebbe l'esclusione della finzione in tutti i casi in cui il mancato avveramento sia imputabile a chi non ha un interesse contrario fin dal momento della nascita del rapporto condizionato⁹ o la parte interessata si adoperi per provocare l'evento dedotto in condizione, alterando, con fatto ad essa imputabile, il grado di incertezza che deve connotare il meccanismo condizionale, così da indurre la controparte a subire gli effetti di un avveramento che, in assenza della condotta in esame, non si sarebbe realizzato¹⁰.

PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, 1994, p. 52 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*², in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2002, p. 162 s. e 520; FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, p. 1 ss.; TATARANO, *La condizione*, in TATARANO e ROMANO, *Condizione e modus*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 2, Napoli, 2009, p. 118 s.; COSTANZA, *Della condizione nel contratto*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di De Nova, Bologna-Roma, 2019, p. 129 s.

⁹ Cfr. Cass., 25 febbraio 1981, n. 1136, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 177; Cass., 8 giugno 1983, n. 3936, *ivi*, 1983, voce cit., n. 190; Cass., 19 maggio 1992, n. 5795, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 831 ss.; Cass., 27 novembre 1992, n. 12708, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce cit., n. 269; Cass., 20 novembre 1996, n. 10220, *ivi*, 1996, voce cit., n. 290; Cass., 23 aprile 1998, n. 4178, *ivi*, 1998, voce cit., n. 374; Cass., 17 agosto 1999, n. 8685, *ivi*, 1999, voce cit., n. 430; Cass., 22 aprile 2003, n. 6423, in *Contr.*, 2003, p. 1096 ss., con nota di BESOZZI, *Presupposti applicativi della finzione di avveramento della condizione*; Cass., 22 dicembre 2004, n. 23824, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 873 ss., con nota di CHERUBINI, *Sui presupposti di applicabilità della finzione di avveramento della condizione*.

¹⁰ Cfr. Cass., 16 dicembre 1991, n. 13519, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3095 ss., con nota di COPPI, *L'avveramento della condizione nel caso di mancata fissazione del termine*.

La finzione, in questa prospettiva, potrebbe operare solo per condizioni originariamente unilaterali, nelle quali appaia evidente che l'interesse all'avveramento è riferibile, in via esclusiva, ad un solo contraente. L'esclusione del suo richiamo quando la condizione assuma contorni potestativi dipenderebbe, inoltre, dal fatto che, ove la finzione fosse ammessa, opererebbe per circostanze in realtà già comprese nella stessa descrizione dell'evento condizionale¹¹.

¹¹ Cfr. NATOLI, *op. cit.*, p. 470, testo e nota 2; BARBERO, *Condizione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 1105; P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 797; CARUSI, *Appunti in tema di condizione*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 79 s.; ID., *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 318 ss.; Cass., 2 luglio 1949, n. 1654, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 1071 ss.; Trib. Palermo, 14 luglio 1950, in *Foro sic.*, 1950, p. 196 ss.; Cass., 6 maggio 1953, n. 1247, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, II, p. 26 ss., con nota di FACCHIANO, «Culpa pro impleta condicione est» (*art. 1359 c.c.*); Cass., 7 aprile 1956, n. 1015, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1712 s.; App. Palermo, 21 gennaio 1957, in *Giur. sic.*, 1958, p. 452 ss., con nota di PANUCCIO, *Un'applicazione interessante in materia di condizione potestativa semplice*; Trib. Reggio Calabria, 13 maggio 1957, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1438 ss.; Cass., 14 giugno 1957, n. 2247, in *Giur. sic.*, 1957, p. 816 ss.; App. Cagliari, 24 agosto 1957, in *Rass. giur. sarda*, 1959, p. 61 ss.; Trib. Roma, 14 novembre 1962, in *Temi rom.*, 1962, p. 475 ss.; Cass., 20 luglio 1965, n. 1655, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 354 ss.; Cass., 5 maggio 1967, n. 862, *ivi*, 1967, I, p. 1854 ss.; Cass., 17 febbraio 1968, n. 555, in *Giur. sic.*, 1968, p. 763 ss.; Cass., 18 maggio 1973, n. 1453, in *Riv. dir. comm.*, 1973, II, p. 319 ss.; Cass., 26 aprile 1982, n. 2583, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1720 ss., con nota di DE CUPIS, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*; e in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1824 ss., con nota di SOMARÉ, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*; Cass., 5 gennaio 1983, n. 9, *ivi*, p. 1524 ss., con nota di COSTANZA, *Finzione di avveramento e condizione potestativa*; App. Milano, 7 giugno 1994, in *Foro pad.*, 1994, I, c. 195 ss., con nota di LAPERTOSA, *La finzione di avveramento della condizione nella ipotesi di inerzia della parte avente interesse contrario alla sua verifica*; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2168, in *Contr.*, 1998, p. 553 ss., con nota di AVONDOLA, *Condizione legale e applicabilità dell'art. 1359 c.c.*; Cass., 8 settembre 1999, n. 9511, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3287 ss., con nota di CIANCARELLI, *Finzione c.d. di non avveramento e condizione mista*; e in *Not.*, 2000, p. 436 ss., con nota di VARANO, *Negoziato condizionato e requisiti del comportamento inattivo ex art. 1359 c.c.*; Trib. Terni, 9 novembre 2000, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 167 ss., con nota di PAZZAGLIA, *La finzione di avveramento della condizione: alcuni limiti alla sua applicazione in un caso classico*; e in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2793 ss., con nota di MICARI, *Pendenza della condizione e finzione di avveramento*; App. Genova, 18 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 1335 ss., con nota di BELFIORE, *Considerazioni*

Se la parte che non ha interesse contrario si adopera per precludere la realizzazione dell'evento, tuttavia, la necessità di valutare la correttezza del suo comportamento legittima ad estendere la finzione perlomeno ai casi in cui il vantaggio perseguito dal contraente sia comunque iniquo o ingiustificabile¹².

Il richiamo al carattere unilaterale e non potestativo della condizione nasconde, in realtà, una questione di natura essenzialmente ermeneutica, da risolversi ad esito di una valutazione delle concrete circostanze del caso che, tenendo conto della necessità di interpretare il contratto secondo buona fede, chiarisca il rapporto tra l'interesse all'avveramento di entrambi i contraenti e la specifica portata causale della volontà di uno di essi nella determinazione delle condizioni volte ad assicurare l'avveramento stesso, senza che, a tal fine, possa acquisire rilievo la particolare fase cronologica in cui l'attività ermeneutica si compie, dal momento che quest'ultima è indifferente all'inefficacia dell'atto condizionato ed è finalizzata esclusivamente alla ricostruzione della sua portata precettiva¹³.

sull'interesse al verificarsi della condizione; Cass., 11 settembre 2018, n. 22046, in *Foro it.*, 2019, I, c. 262 ss., con nota di DI ROSA.

¹² Cfr. Cass., 13 aprile 1985, n. 2464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 610 s., con nota di BELFIORE; Cass., 5 novembre 1985, n. 5360, in *Arch. civ.*, 1986, p. 297 ss.; Cass., 27 febbraio 1998, n. 2168, in *Contr.*, 1998, p. 553 s.; Cass., 20 luglio 2004, n. 13457, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 414.

¹³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Rapporto preliminare e servitù «su edificio da costruire»*, Napoli, 1966, p. 118, nota 244; DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 179 s., testo e nota 178; ZERELLA, *Condizione potestativa e finzione di avveramento*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 328 ss.; PECCENINI, *op. cit.*, p. 78 ss.; VITUCCI, *Condicio est in obligatione ex lege (sulla finzione di avveramento e le condizioni potestative)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 9 ss.; e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, *Diritto privato*, 2, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 727 ss.; ROBLES, *Condizione e «adeguatezza» del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 94 ss.; FACCIOLI, *op. cit.*, p. 28 ss.; ID., *Il fondamento e il campo di applicabilità della finzione di avveramento della condizione*, in *La resp. civ.*, 2007, p. 633 ss.; CHIESI, *La buona fede in pendenza della condizione quale tecnica di tutela*, in Alcaro (a cura di), *La condizione nel contratto tra «atto» e «attività»*, Padova, 2008, p. 164 ss.; PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 182 ss.; ID., *Buona fede, pendenza della condizione e rimedi contro l'inadempimento*, in *Pers. merc.*,

Per quanto attiene, invece, all'avveramento dell'evento agevolato dalla condotta del contraente, è vero che il richiamo ad una finzione di non avveramento creerebbe un rimedio sanzionatorio privo di espresso riconoscimento normativo, posto che neppure l'analogia giustifica un adattamento tale da mutare l'oggetto della finzione fino al punto di elaborare una regola opposta a quella codificata¹⁴. La scorrettezza del comportamento posto in essere dalla parte, tuttavia, consente di riscontrare un attuale inadempimento all'obbligo *ex art. 1358 c.c.*, legittimando altresì il richiamo della risoluzione del contratto, i cui effetti coinciderebbero in larga parte con quelli che si vorrebbero collegare alla finzione di non avveramento¹⁵.

In questo caso, l'impiego di un approccio metodologico di stampo rimediabile mostra tutti i suoi vantaggi, perché legittima l'interprete a porre l'accento sulla violazione del principio per individuare quelle conseguenze maggiormente idonee a

2009, p. 32 ss.; ID., *Pendenza della condizione e tutela del contraente «fedele»*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 124 ss.; G. SALVI, *L'art. 1359 c.c. ed il suo ambito oggettivo di applicazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 45 s.; LENZI, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, II, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, p. 326 ss.; Cass., 28 luglio 2004, n. 14198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 605 ss., con nota di G. SALVI, *Nuovi orientamenti in tema di comportamento secondo buona fede in pendenza di condizioni potestative*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1109 ss., con nota di RUVOLO, *La finzione di avveramento, il dovere di comportarsi secondo buona fede e la condizione potestativa e mista*; e in *Contr.*, 2005, p. 555 ss., con nota di CARNEVALE, *Contratto condizionato e buona fede*; Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450, in *Giur. it.*, 2006, p. 1141 ss., con nota di RESTIVO, *Note critiche sul ruolo della regola di buona fede nella disciplina della condizione*; e in *Corr. giur.*, 2006, p. 212 ss., con nota di MOTTOLA, *Remunerazione del professionista e comportamento delle parti in pendenza di condizione mista*; Cass., 3 giugno 2010, n. 13469, in *Contr.*, 2011, p. 41 ss., con nota di GRANDI, *Condizione mista o potestativa, finzione di avveramento e risoluzione del contratto*; Trib. Milano, 25 maggio 2017, in *Soc.*, 2018, p. 315 ss.

¹⁴ Cfr. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *I contratti in generale*², a cura di Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno ed Gabrielli, Torino, 2006, p. 981 s.; ID., *Della condizione nel contratto*, cit., p. 140 ss.; TATARANO, *op. cit.*, p. 128 ss.

¹⁵ Cfr. P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 810 ss.; BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 110 ss.; PECCENINI, *op. cit.*, p. 69 ss.

salvaguardare gli interessi della parte lesa, evitando di rimanere formalisticamente ancorati all'esegesi letterale della singola disposizione normativa o all'enucleazione di non adeguatamente verificabili argomenti *a contrario*.

4. *L'individuazione, secondo buona fede, del momento di perfezionamento dell'accordo.*

Il richiamo alla «violazione del principio», che caratterizza la disposizione del progetto qui in esame, potrebbe altresì rivelarsi utile per affrontare talune questioni tuttora controverse nell'ambito della formazione del contratto e dell'individuazione del momento a decorrere dal quale il ricorso alla responsabilità precontrattuale per ingiustificato recesso dalle trattative può cedere il passo alla pura e semplice affermazione dell'avvenuto perfezionamento dell'accordo e alla conseguente individuazione dell'inadempimento di chi pretende di sottrarsi all'esecuzione della prestazione dovuta negando appunto l'esistenza del vincolo¹⁶.

Gli artt. 10 e 12 del progetto, da questo punto di vista, non presentano una formulazione incompatibile con l'affermazione di una responsabilità da atto lecito, quale, ad esempio, quella che l'art. 1328 c.c. collega all'eventuale revoca della proposta intervenuta

¹⁶ Cfr., per un aggiornato quadro dottrinale e giurisprudenziale, BOTTONI, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, Napoli, 2013, p. 144 ss.; PERFETTI, *La conclusione del contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2016, spec. p. 93 ss.; ZIGNANI, *Obblighi delle parti nel procedimento di formazione del contratto e responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Temi rom.*, 2017, p. 27 ss.; CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rivedendo la lezione di Salvatore Romano*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 579 ss.; ID., *La formazione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2018, p. 50 ss.; COPPOLA, «Markets in financial instruments directive» (MIFID): *trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 113 ss.

quando l'oblato ha in buona fede iniziato l'esecuzione del contratto¹⁷.

Essi, tuttavia, impediscono di trarre da previsioni come quella appena citata un argomento *a contrario* diretto ad attribuire contorni di incondizionata liceità al recesso dalle trattative, così da riconoscere alla regola di buona fede il compito di concorrere alla stessa individuazione del momento di nascita del vincolo obbligatorio.

In questa direzione, del resto, si muove la giurisprudenza italiana più recente, quando, accogliendo gli insegnamenti di chi ha da tempo riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, afferma – specialmente nei confronti della p.a. – che il termine di decorrenza della prescrizione di tale responsabilità è quello ordinario decennale e non quello quinquennale dell'illecito aquiliano, stante l'esistenza di una relazione vincolante – creata e regolata dalla buona fede – fin dal momento dell'avvio della procedura diretta all'individuazione del contraente, ancorché essa sia inevitabilmente antecedente al momento di perfezionamento del contratto¹⁸.

¹⁷ Cfr. SALANITRO, *Ritorno a Gorla. Revoca della proposta e risarcimento del danno*, in *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di Conte e Landini, III, Mantova, 2017, p. 449 ss.

¹⁸ Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1942 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e «contatto sociale qualificato»*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1451 ss., con nota di IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1504 ss., con nota di CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051 ss., con nota di CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della p.a. che non adempie l'obbligazione «ex lege» di comportarsi secondo buona fede*; in *Contr.*, 2017, p. 35 ss., con nota di PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*; in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1129 ss., con nota di ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla «culpa in contrahendo» alla violazione di obblighi di protezione*; e in *Riv. not.*, 2017, 776 ss., con nota di RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, sulle cui implicazioni sistematiche si soffermano, con specifico riferimento alla natura della responsabilità precontrattuale, gli stessi C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il*

Riconosciuta alla buona fede la possibilità di divenire a tutti gli effetti fonte del rapporto obbligatorio, riesce altresì agevole estendere la responsabilità da inadempimento a tutti i casi in cui la determinazione del contenuto contrattuale rimesso all'esercizio di autonomia privata abbia già raggiunto, lungo la fase di svolgimento delle trattative, un grado di avanzamento tale da ammettersi l'esistenza del vincolo negoziale, purché la parte dei suoi contenuti non ancora concordata sia già integralmente definibile mediante il richiamo alle fonti integrative¹⁹.

È evidente che una conclusione quale quella appena abbozzata è difficilmente conciliabile con l'idea che il contratto si perfezioni solo quando l'oblato risponda positivamente ad una proposta già analiticamente completa. Ma questa è una tesi che, essendo fondata su una ricostruzione dell'*iter* di formazione del contratto ancorata all'impiego della figura della fattispecie a formazione progressiva, è già stata da tempo considerata incompatibile con l'adozione della teorica del procedimento, la quale agevola il riconoscimento del valore immediatamente vincolante di atti intermedi già idonei a fissare il contenuto del contratto e dunque ad impedire a ciascun contraente di tenere comportamenti incoerenti diretti appunto a negare la sussistenza del vincolo sugli elementi sui quali l'accordo si è formato²⁰.

definitivo accreditamento della tesi della natura «contrattuale» della responsabilità precontrattuale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1515 ss.; e PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 104 ss.; MARUCCI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 528 ss.; AMATO, *La responsabilità precontrattuale e il suo «doppio»*, in *Il contratto*, Atti della Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di diritto privato, Università degli Studi di Salerno, 6-9 settembre 2017, a cura di Federico e G. Perlingieri, Napoli, 2019, p. 207 ss.; MAISTO, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al tempo della globalizzazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 620 ss.

¹⁹ Cfr. ADDIS, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in P. Perlingieri e Polidori (a cura di), *Domenico Rubino, I, Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 711 ss., spec. 754 ss.

²⁰ Cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 55, testo e nota 65, 63 s. e 101 ss., alle cui conclusioni presta piena e convinta adesione RIZZI, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, p. 275 ss.; nonché, con più

Un più ampio e coerente sviluppo di questa idea potrebbe non essere privo di riscontri applicativi.

Esso permetterebbe, anzitutto, di ripensare criticamente alla reale utilità della moltiplicazione – potenzialmente infinita – dello schema incentrato sull’obbligo di contrarre, alla quale invece la giurisprudenza si vede costretta quando s’interroga – con esiti non a caso incoerenti – in ordine all’ammissibilità e agli effetti del «preliminare di preliminare»²¹.

ampio riferimento alle conseguenze applicative sottese all’impiego della teoria procedimentale per l’analisi della formazione del contratto, ADDIS, *La formazione dell’accordo*, in De Cristofaro (a cura di), *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009, p. 305 ss.; ID., *La formazione dell’accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 8 ss.; e in *Studi in onore di Giovanni Jacobbe*, a cura di Dalla Torre, II, Milano, 2010, p. 891 ss.; ID., *Diritto comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 869 ss.; e in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del IV Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Grand Hotel Quisisana – Capri, 16-18 aprile 2009, Napoli, 2010, p. 273 ss.

²¹ Come è noto, la giurisprudenza di legittimità ha inizialmente affermato, in termini generali, la nullità del preliminare di preliminare per assenza di causa: cfr. Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Giur. it.*, 2009, p. 2658 ss., con nota di FERORELLI, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. «preliminare di preliminare»*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 998 ss., con nota di SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*; e in *Contr.*, 2009, p. 986 ss., con nota di TOSCHI VESPASIANI, *Il «preliminare di preliminare» e la «proposta di acquisto accettata»*. Poco tempo dopo, tuttavia, sono intervenute le Sezioni unite per prospettare l’utilità di un approccio casistico, che non escluda la possibilità di attribuire effetti obbligatori al «preliminare di preliminare», ferma restando la sua inidoneità a consentire l’immediato ricorso al rimedio *ex art.* 2932 c.c.: cfr. Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2016 ss.; in *Corr. giur.*, 2015, p. 609 ss., con note di CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*; e FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*; in *Not.*, 2015, p. 426 ss., con nota di BENIGNI, *Le Sezioni unite sulla validità del preliminare di preliminare*; in *Riv. not.*, 2015, p. 192 s. e 597 ss., con nota di CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto «a tutele crescenti»*; e in *Vita not.*, 2015, 813 ss. Negli ultimi interventi sul tema, si è riconosciuto il diritto del mediatore alla provvigione fin dal momento della stipulazione di un preliminare di preliminare, dal quale sarebbe dunque possibile dedurre l’avvenuto perfezionamento dell’affare (Cass., 17 gennaio 2017, n. 923, in *Nuova giur. civ.*

Al quesito concernente la recettizietà della revoca della proposta, inoltre, non bisognerebbe più offrire una risposta esclusiva ed unitaria, come ha finora fatto la giurisprudenza, con esiti ancora una volta opposti, forse perché ispirati, in via esclusiva, all'idea che il proponente che manifesta la revoca quando ormai l'accettazione è partita non può che danneggiare l'oblato²².

comm., 2017, p. 946 ss., con nota di CAPECCHI, *La provvigione del mediatore in caso di stipulazione del preliminare di preliminare. Una decisione che non convince*; e in *Arch. locaz.*, 2017, p. 321 s.), così da concludere che tale contratto è senz'altro lecito, perché idoneo a tutelare un interesse alla «differenziazione dei contenuti negoziali, tali da identificare una più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare» (Cass., 20 marzo 2019, n. 7868, in *Giur. it.*, 2019, p. 1309 ss., con nota di DI MAJO, *La causa concreta nel preliminare di preliminare*; e *ivi*, 2020, p. 809 ss., con nota di G. SALVI, *Riflessioni su un uso consapevole del pre-preliminare e sul conseguente danno da risoluzione*). Sul tema, cfr. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in C. Perlingieri e Ruggeri (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 189 ss.; FARINA, *Preliminare di preliminare e genesi del vincolo contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1281 ss.; ID., *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 210 ss.; ID., *Profili rimediali della contrattazione tramite preliminare di preliminare*, in *Il contratto*, cit., p. 239 ss.; TORRESANI, *Il preliminare di preliminare: spunti per una riflessione in prospettiva ermeneutica sugli atti preparatori del contratto*, in *Pers. merc.*, 2017, II, p. 33 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, p. 379 ss.; ID., *L'autonomia privata procedimentale alla prova del diritto vivente: il preliminare di preliminare*, in *Il contratto*, cit., p. 145 ss.; DORE JR., *Riflessioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di «preliminare di preliminare»*, in *Riv. giur. sarda*, 2017, p. 219 ss.

²² La tesi favorevole ad attribuire natura recettizia alla revoca della proposta è stata affermata da Cass., 16 maggio 2000, n. 6323, in *Vita not.*, 2000, p. 1425 ss.; in *Foro it.*, 2001, I, c. 227 ss., con nota di PARDOLESI e PALMIERI; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 218 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 364 ss., con nota di A.M. BENEDETTI, *La revoca della proposta tra ricezione e spedizione: la Cassazione cambia rotta*; e in *Contr.*, 2001, p. 658 ss., con nota di M. POLLAROLI, *La revoca della proposta contrattuale: atto recettizio*. Da ultimo, tuttavia, Cass., 15 aprile 2016, n. 7543, in *Vita not.*, 2016, p. 776 ss., ha affermato che la revoca della proposta produce i suoi effetti anche se perviene all'indirizzo dell'oblato dopo che questi ha inviato l'accettazione, purché il contratto non si sia ancora perfezionato. Per una serrata critica della posizione espressa in quest'ultima decisione, cfr. A.M. BENEDETTI e F.P. PATTI, *La revoca*

Maggiori vantaggi si otterrebbero, invece, da una più attenta valutazione casistica, che si preoccupi di mettere a confronto l'effettiva entità delle conseguenze dannose derivanti da una revoca successiva all'invio dell'accettazione con lo stato di avanzamento delle trattative, avuto riguardo alle ragioni effettive della revoca stessa e al grado di meritevolezza insito nella condotta di chi, inviando l'accettazione secondo modalità tali da non consentire un'immediata conoscibilità del proponente, non può non tener conto del fatto che questi è ancora legittimato a non sapere che il contratto si perfezionerà davvero.

Il richiamo alle concrete circostanze del caso, del resto, è già stato compiuto dalla giurisprudenza che si è interrogata sull'efficacia di vincoli formali o temporali alla conclusione del contratto apposti dallo stesso proponente. Sembra, in particolare, perfettamente coerente con le regole ricavabili dal progetto una recente decisione di legittimità, la quale, estendendo al caso specifico dell'art. 1326, 4° co., c.c. quanto già frequentemente sostenuto con riferimento ad ogni ipotesi di forma convenzionale, ha osservato che il vincolo di forma preteso dal proponente per l'accettazione e tale da rendere inefficace quest'ultima ove resa secondo modalità comunicative da esso difformi è posto nell'esclusivo interesse del proponente, per le esigenze di certezza e di agevolazione della prova di cui lo stesso ha necessità o da cui trae utilità, sicché solo il proponente può rinunciare al rispetto di detta forma, ritenendo sufficiente un'adesione manifestata in modo diverso, e la controparte non può eccepire il difetto di forma per contestare il perfezionamento del contratto, proprio perché altrimenti le si concederebbe il diritto di far discendere da un comportamento scorretto e incoerente effetti corrispondenti all'intenzione con esso manifestata²³.

della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione, in Riv. dir. civ., 2017, p. 1293 ss.

²³ Cfr. Cass., 24 maggio 2018, n. 13033, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Contratto in genere*, n. 224; nonché, per una puntuale analisi dei rapporti tra gli artt. 1326, comma 4 e 1352 c.c., RENDA, *Forme convenzionali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2016, p. 93 ss.; VERDICCHIO, *Accettazione priva della forma richiesta dal proponente e*

5. *L'attribuzione di valore imperativo al principio.*

La portata sistematica dell'art. 12, comma 1, del progetto, peraltro, può essere adeguatamente valutata solo ove la norma sia messa in correlazione con l'art. 7, ult. co., del progetto stesso, il quale, al fine di attribuire «carattere imperativo» al principio di buona fede, dispone che «l'applicazione del principio della buona fede non può essere esclusa».

Nonostante la formulazione letterale della previsione appena citata offra un indice favorevole all'impiego del rimedio della nullità per sanzionare la contrarietà a buona fede della clausola, non vi sono apprezzabili ragioni per discostarsi dalla tradizionale connotazione del principio di buona fede in termini di regola di condotta e non di validità²⁴.

Riuscirebbe, a tal fine, inutile richiamare analiticamente i numerosi argomenti critici rivolti, in dottrina, al tentativo della Corte costituzionale italiana di far discendere dall'introduzione di

conclusione del contratto, in *Pers. merc.*, 2018, I, p. 154 ss.; ID., *Forme volontarie e procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 179 ss.

²⁴ Cfr. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 17 ss.; ID., *Nullità non testuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 817 s.; e in ID., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 105 s.; LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, Napoli, 2001, p. 25 ss.; VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.; NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2009, p. 261 ss.; MARONE, *Sul cosiddetto principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità: osservazioni in proposito ad un recente libro*, in *Foro nap.*, 2015, p. 385 ss.; ma, in senso critico, cfr. anche G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-comunitario*, Napoli, 2013, p. 15 ss.

una pattuizione reputata manifestamente iniqua un caso di nullità per violazione di norma imperativa²⁵.

A tacer d'altro, nella vicenda concretamente esaminata dalla Corte, il richiamo alla nullità si è risolto nell'affermazione di una conclusione non necessaria e facilmente superabile dall'impiego della buona fede in una funzione senz'altro più tradizionale e condivisa, ossia come canone ermeneutico diretto ad impedire esiti imposti dall'analisi solo letterale della pattuizione e a garantire un'esecuzione della stessa non condizionabile dalle rigidità sottese all'applicazione di uno *strictum ius*²⁶.

²⁵ Cfr. Corte Cost., (ord.) 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 ss., con nota di ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di «penale» e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*; in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 ss.; e in *Contr.*, 2014, p. 926 ss., con nota di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»* (questo scritto può altresì leggersi in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, cit., p. 877 ss.); Corte Cost., (ord.) 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 s., con note di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*; e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; e in *Giur. cost.*, 2014, p. 149 ss. Sul tema, cfr. anche F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss.; ID., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 337 ss.; RUSSO, *La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 915 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi costituzionali e controllo sull'atto di autonomia privata. Spunti di comparazione tra esperienza italiana e brasiliana*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 229 ss.; nonché, con particolare riguardo alle novità derivanti dalla riforma del *code civil* francese e dai progetti di riforma spagnoli, DE CASTRO VITORES, *Cláusulas contractuales de carácter indemnizatorio y penal, en el contexto de las recientes propuestas de renovación del derecho contractual en España*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 49 ss.

²⁶ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, p. 49 ss.; ID., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.; e in ID., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 143 ss.; ID., *L'interpretazione del contratto*, rist. con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia a cura di Calderai, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2013, p. 25 ss. e 218 ss.; nonché, per una rilettura del principio di buona fede alla luce del dettato costituzionale,

Sarebbe stato, in particolare, sufficiente interrogarsi sulla reale entità della caparra e sui rapporti tra essa e l'adempimento complessivamente dovuto per chiedersi se la pattuizione – indipendentemente dalla qualificazione letterale usata dalle parti – non si occupasse, in realtà, di una clausola penale e in quanto tale essa non potesse essere ridotta giudizialmente per la sua manifesta eccessività senza alcuna necessità di addivenire ad una sua eliminazione totale mediante la dichiarazione di nullità²⁷.

Occorre, piuttosto, chiedersi se, proprio aderendo ad una logica rimediale, il riconoscimento di un impiego generalizzato della nullità riesca davvero a garantire quell'adattamento alle specifiche circostanze del caso collegato al richiamo dei principi.

È vero che la nullità è da tempo sottoposta, essenzialmente a seguito della moltiplicazione del suo impiego da parte del legislatore comunitario, ad un radicale ripensamento in ordine alle sue funzioni e alle sue caratteristiche e d'altra parte la sua

PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1052 ss.; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, cit., p. 659 ss.; ID., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 83 ss. e 229 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, p. 3 ss.; ID., *Interpretazione e integrazione del contratto*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, cit., p. 125 ss.; ID., *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 163 ss.

²⁷ Per una puntuale indicazione delle ragioni che impediscono di trarre dall'art. 1384 c.c. un indice normativo favorevole ad una valutazione giudiziale della «giustizia» del contratto, cfr. V. PESCATORE, *Clausola di «irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 892 ss.; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, cit., p. 691 ss.; TUCCARI, *Supervening Unconscionability between Judicial Review and Legal Certainty: Examples of Italy, Brazil and Argentina*, in *Journ. Comp. Law*, 2016, p. 1 ss.; BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1127 ss.; D'AMICO, «Giustizia contrattuale» nella prospettiva del civilista, in *Dir. lav. merc.*, 2017, p. 253 ss.; ID., *Buona fede e solidarietà sociale: il tramonto della clausola generale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 557 ss.; ID., *Rodotà e la stagione delle clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 129 ss.; SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, *ivi*, p. 211 ss.

utilizzabilità anche solo per colpire parti della pattuizione – eventualmente in correlazione ad un meccanismo sostitutivo-integrativo che è stato riconosciuto utilizzabile anche per norme non imperative – può talvolta garantire un adattamento tale da non danneggiare l'interesse alla conservazione del vincolo contrattuale²⁸.

Non si può tuttavia escludere che il rimedio della nullità possa prestarsi più facilmente ad impieghi distorsivi, legittimando un iniquo ed inaccettabile ripensamento in ordine all'intera pattuizione o comunque depotenziando il ricorso ad altri rimedi che invece permetterebbero proprio quell'adeguamento che i principi richiamati dal progetto vogliono valorizzare.

Il problema è già stato ampiamente evidenziato in dottrina a fronte della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, che sembra mostrarsi sempre più favorevole all'affermazione – nei contratti del consumatore – di una nullità per vessatorietà collegata, in via esclusiva, alla mancanza di trasparenza nella formulazione delle clausole contrattuali²⁹.

²⁸ Cfr. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 23 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, cit., p. 1 ss.; e, con specifico riferimento alla più recente evoluzione giurisprudenziale, sia consentito il rinvio a VENTURELLI, *La tardiva registrazione della clausola determinativa del canone di locazione*, in Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2018, p. 349 ss.

²⁹ Cfr. Corte giust. UE, 21 marzo 2013, C-92/11, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 4 ss., con nota di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI; Corte giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, in *Contr.*, 2014, p. 854 ss., con nota di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di giustizia e Corte costituzionale: il «mondo di ieri» o un trompe l'oeil concettuale?* (questo scritto può altresì leggersi in ID., *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, p. 132 ss.); Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, in *Contr.*, 2017, p. 11 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di giustizia*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 275 ss.; e in *Giur. it.*, 2018, p. 29 ss., con nota di MORLANDO, *Gli effetti della dichiarazione giudiziale di abusività*; Corte giust. UE, 20 settembre 2017, C-186/16, in *Dir. com.*, 2017, p. 368 s.; in *Foro amm.*, 2017, p. 1780 s.; in *Corr. giur.*, 2018, p. 745 ss., con nota di ALESSANDRI, *Dalla Corte di giustizia un «test» per valutare l'assoggettabilità delle clausole contrattuali al sindacato di abusività*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 511 ss., con nota di

Che l'assenza di trasparenza possa agevolare il giudizio di vessatorietà, rendendo più facile individuare quella sproporzione tra diritti ed obblighi alla quale si collega l'esigenza protettiva del consumatore è conclusione da tempo nota e ormai pacifica. Più discutibile, invece, è che la vessatorietà possa essere pronunciata proprio e solo per l'assenza di trasparenza, cioè per la violazione della buona fede collegabile non alla determinazione del contenuto del contratto, che si assume equo e comunque corrispondente agli ordinari valori di mercato, bensì alla formulazione letterale delle clausole, che non hanno permesso al consumatore di essere pienamente e preventivamente informato in ordine alla reale consistenza economica della pattuizione³⁰.

CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di giustizia*; nonché, per un parziale temperamento del principio, Corte giust. UE, 14 marzo 2019, C-118/17, in *Foro it.*, 2020, IV, c. 24 ss., con note di A. PALMIERI, *Il ruolo trainante della Corte di giustizia nella messa in opera della disciplina sulle clausole abusive. Spunti dal caso «Dziubak» e dintorni*; IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*; e G. SALVI, *I limiti al potere normativo nazionale in materia di abusività della clausola relativa al rischio di cambio*; Corte giust. Ue, 26 marzo 2019, C-70/17 e 179/17, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 424 ss., con nota di IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*. Ma alla tesi dell'automatica vessatorietà della clausola redatta in termini non trasparenti continua ad opporsi la giurisprudenza italiana: cfr., da ultima, Cass., 12 febbraio 2018, n. 3307, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1236 ss., con nota di PELLINI, *La conoscibilità delle clausole illeggibili tra invalidità e oneri di vigilanza*, secondo cui, qualora una clausola «risulti scarsamente o per nulla leggibile, sia perché il modello è in fotocopia sia perché caratteri grafici sono eccessivamente piccoli, il contraente debole può esigere dalla controparte che gli venga fornito un modulo contrattuale pienamente leggibile; ma, ove ciò non abbia fatto, non può lamentare in sede giudiziale di non aver rettammente compreso la portata della suddetta clausola».

³⁰ Cfr. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contr.*, 2011, p. 978 ss.; PAGLIANTINI, *Trasparenza*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 1280 ss.; RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, p. 209 ss.; ID., *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *Contr.*, 2017, p. 201 ss.; CAMPAGNA, *Note sulla trasparenza del contratto*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1036 ss.; MIRONE, *Profili evolutivi della trasparenza bancaria*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 47 ss.; BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, I, p. 143 ss.; e in *Liber amicorum Pietro Rescigno in*

Si può ragionevolmente dubitare che tale conclusione, ove giustificata dall'attribuzione alla buona fede di un valore imperativo autonomo rispetto a quello collegabile alla valutazione della vessatorietà contenutistica, sia sempre idonea a garantire un impiego del rimedio in modo tale da assicurare una protezione del consumatore funzionalmente rivolta a quello che è lo scopo della normativa dedicata alla clausola vessatoria, cioè al superamento delle asimmetrie informative. La nullità in esame, piuttosto, delinea un rimedio idoneo ad eliminare completamente la pattuizione, legittimando esiti distorsivi che ben possono essere perseguiti anche dalla parte «debole» e che dunque non sono necessariamente evitati dall'affermazione della legittimazione relativa collegata al carattere «protettivo» della nullità.

Basti solo, a tal proposito, ricordare quanto stava accadendo, nella più recente giurisprudenza, dopo che la Cassazione aveva prospettato una violazione di forma scritta idonea a provocare la nullità *ex art. 23 t.u.f.* per i casi in cui al cliente fosse stata consegnata copia del contratto-quadro di investimento priva della sottoscrizione dell'investitore qualificato³¹. Il cliente, facendo

occasione del novantesimo compleanno, I, cit., p. 237 ss.; BENACCHIO, *Information et transparence dans la protection des consommateurs: une réalisation difficile*, in *Ann. dir. comp.*, 2018, p. 113 ss.; MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, I, p. 180 ss.; D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in D'AMICO e PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 87 ss.; ID., *La Corte di giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contr.*, 2020, p. 5 ss.; G. PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, p. 1105 ss.

³¹ Cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; 11 aprile 2016, n. 7068 e 27 aprile 2016, n. 8395, tutte in *Corr. giur.*, 2016, p. 1117 ss., con nota di TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; e in *Contr.*, 2016, 1093 ss., con nota di GIULIANI, *Nullità del contratto-quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*; Cass., 24 maggio 2016, n. 10711, in *de jure*; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25631, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 139 ss., con nota di ALESSANDRI, *Il contratto nullo tre volte: difetti di forma e «soluti retentio»*; nonché, in dottrina, GAGGERO, *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1220 ss.; ID., *Neoformalismo negoziale di «protezione» e struttura della*

appunto leva sulla nullità per difetto di forma del contratto, non ha esitato ad agire giudizialmente per ottenere dalla controparte la restituzione integrale dei soli investimenti sfavorevoli, a nulla rilevando che il mancato guadagno ad essi correlato dipendesse da cause del tutto indipendenti dalla violazione del precetto formale e nonostante il considerevole lasso temporale trascorso dal momento della stipulazione del contratto³².

fattispecie contrattuale, in *Contr. impr.*, 2016, 1463 ss.; PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. mono-firma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 679 ss.; e in *Il contratto cit.*, 319 ss.; ID., *Il contratto mono-firma nella prospettiva dell'art. 1341 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 729 ss.; VISCONTI GHIONNI CRIVELLI, *La nullità dei contratti bancari di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 165 ss.; LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. impr.*, 2018, 217 ss.

³² Favorevole ad un uso selettivo delle conseguenze della nullità si era, in particolare, mostrata tutta la giurisprudenza di merito successiva al 2016: cfr., a titolo meramente esemplificativo, Trib. Bari, 12 gennaio 2017; App. Brescia, 30 marzo 2017; Trib. Mantova, 26 luglio 2017; Trib. Torino, 12 settembre 2017; Trib. Modena, 18 gennaio 2018; App. Firenze, 18 ottobre 2018, tutte in *de jure*. A tale conclusione aveva altresì offerto un indiretto riconoscimento anche Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 131, secondo cui all'investitore che chiede la declaratoria di nullità solo per alcune operazioni derivanti da un contratto-quadro nullo «non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente». Ma, in senso parzialmente diverso, si era altresì pronunciata Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Foro it.*, 2018, I, 3246 ss.; e in *Contr.*, 2018, 543 ss., con nota di CICALTELLI, *Contratti di investimento, nullità protettiva e tutela risarcitoria*, secondo cui, «ove sia stata dichiarata la nullità del contratto-quadro su domanda dell'investitore, non è precluso all'intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che gli deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto-quadro dichiarato nullo». Da ultimo, Cass., (ord.) 2 ottobre 2018, n. 23297, in *Foro it.*, 2019, I, 975 ss., con note di PAGLIANTINI e PALMIERI; in *Giur. it.*, 2019, 354 ss., con nota di BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni unite*; e in *Corr. giur.*, 2019, 172 ss., con note di RIZZUTI,

Le Sezioni unite della Cassazione hanno posto un argine ad un impiego – non privo di margini di abusività – dello strumento rimediabile della nullità relativa e parziale, sostenendo che il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, essendo a tal fine sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, senza che sia egualmente necessaria la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere da comportamenti concludenti dallo stesso tenuti³³.

Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni unite; e D. MAFFEIS, Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti, ha disposto la rimessione alle Sezioni unite della «questione concernente l'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto-quadro per i servizi di investimento».

³³ Cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, 928 ss., 1283 ss., con note di MEDICI, *Contratti di investimento mono-firma: l'avallo delle Sezioni unite*; MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*; e LA ROCCA, *«Interessi contrapposti» e «conseguenze opportunistiche» nella sentenza delle Sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*; in *Giur. it.*, 2018, 568 ss., con note di DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il «balletto» delle forme*; COLOMBO, *La forma dei contratti-quadri di investimento: il responso delle Sezioni unite*; e TICOZZI, *Il contratto mono-firma: forma del contratto e nullità di protezione*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, II, 267 ss., con note di MIRONE, *Le Sezioni unite e il contratto c.d. mono-firma*; e di CHIARELLA, *Le Sezioni unite e l'essenza della forma nei contratti-quadri d'investimento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 668 ss., con nota di A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni unite: oltre il contratto mono-firma*; in *Contr.*, 2018, 133 ss., con note di D'AMICO, *La «forma» del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta «ad substantiam actus»*; e PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le S.U. e un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.*; in *Corr. giur.*, 2018, 929 ss., con nota di GUADAGNO, *Le S.U. sui contratti c.d. mono-firma: la forma dei contratti asimmetrici*; e in *Soc.*, 2018, 481 ss., con nota di NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni unite il contratto-quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*; e la relativa ordinanza Cass., (ord.) 27 aprile 2017, n. 10447, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, II, 535 ss., con note di TUCCI, *Una pura formalità: dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*; e GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la*

Questa conclusione – pur legittimando alcune perplessità in ordine alle effettive modalità di perfezionamento del contratto in esame – s’ispira ad una condivisibile valutazione secondo buona fede dell’impiego del rimedio, che deve necessariamente essere riaffermata anche e soprattutto a fronte della nullità³⁴.

parola alle Sezioni unite; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1370 ss., con nota di AMAGLIANI, *La forma del contratto-quadro di investimento: la parola alle Sezioni unite*; in *Soc.*, 2017, 1243 ss., con nota di AFFERNI, *Rimessa alle Sezioni unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*; in *Dir. banc.*, 2017, I, 553 ss., con nota di G. ROMANO, *La nullità del contratto-quadro d’investimento per difetto di sottoscrizione dell’intermediario tra «vestmentum negotii», «forma informativa» ed uso selettivo del rimedio di protezione*; e in *Foro it.*, 2018, I, 290 ss., con nota di MEDICI, *Sulla (contestata) validità dei contratti bancari aventi ad oggetto servizi di investimento sottoscritti dal solo cliente: mono-firma allo sbaraglio*. Alla conclusione delle Sezioni unite hanno da ultimo prestato piena condivisione Cass., 4 giugno 2018, n. 14243, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Contratti bancari*, n. 14; nonché Trib. Roma, 21 febbraio 2018; Trib. Catania, 28 febbraio 2018; Trib. Parma, 20 aprile 2018; Cass., 20 giugno 2018, n. 16292; Trib. Savona, 5 novembre 2018; Trib. Reggio Calabria, 22 novembre 2018; Cass., 14 dicembre 2018, n. 32519; Trib. Parma, 13 febbraio 2019; Trib. Siena, 23 febbraio 2019; Trib. Bolzano, 1 marzo 2019, tutte in *de jure*.

³⁴ In questa prospettiva, desta meno sorpresa la conclusione di Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, c. 948 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all’integralità delle restituzioni: l’investitore è come il contraente incapace?*; in *Giur. it.*, 2020, p. 273 ss., con note di IULIANI, *Le sezioni unite e la nullità selettiva: l’incontrollabile soggettivismo della decisione*; e PAGLIANTINI, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d’autore?*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 5 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 32 ss. e 154 ss., con note di DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; GIROLAMI, *L’uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*; MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l’investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*; MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni unite: un responso fuori partitura*; PAGLIANTINI, *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione «ex fide bona»*; e C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*; in *Contr.*, 2020, p. 11 ss., con nota di PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del «di protezione»)*; e in *Soc.*, 2020, p. 844 ss., con nota di COSTANZA. Secondo tale pronuncia, infatti,

6. *I rapporti tra la violazione e la minaccia di violazione del principio.*

L'art. 12 del progetto consente altresì di svolgere qualche riflessione finale proprio in ordine alla necessità di ridefinire la portata precettiva dell'inesigibilità della prestazione.

Nonostante la formulazione della rubrica si occupi solo della «violazione», il testo della previsione elenca i rimedi collegandoli al «caso di minaccia di violazione di tali principi o di concretizzazione di un comportamento contrario ad essi» e ciò segna un motivo di grande attualità del progetto, che s'inserisce consapevolmente nel dibattito europeo dedicato al pericolo d'inadempimento³⁵.

«la nullità per difetto di forma scritta del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio; l'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto-quadro». Una puntuale indicazione dei motivi che inducono a vedere nel richiamo della buona fede un argomento sostanzialmente idoneo a consentire al giudice un penetrante controllo sul contenuto contrattuale è comunque offerta da GRANELLI, *Il giudice ed il sindacato sull'assetto di interessi contrattualmente delineato dalle parti*, in *Contr.*, 2020, p. 178 ss.

³⁵ Una puntuale analisi del tema è ora offerta da PUTORTI, *Contratti «sub die» e dichiarazione di non voler adempiere*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 616 ss.; PERTOT, *Inadempimento anticipato fra realtà italiana e prospettiva europea*, *ivi*, p. 956 ss.; ALBANESE, *La tutela preventiva del credito: dall'azione inibitoria all'adempimento coattivo degli obblighi integrativi e strumentali*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 367 ss.; ID., *Tutela preventiva del credito e diligenza nell'adempimento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., p. 373 ss.; V. CONFORTINI, *Garanzia per l'insolvenza e contratti di massa*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 677 ss.; M. ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 447 ss., spec. 471 ss.; e, con specifico riferimento all'esperibilità di rimedi conservativi e inibitori, FRENDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 721 ss.

L'equiparazione tra violazione e minaccia, in particolare, lascia intendere che l'esercizio del rimedio non è ostacolato dalla presenza di una causa di inesigibilità della prestazione e dunque può essere realizzato anche «anticipatamente», cioè prima della scadenza del termine o in pendenza di una condizione sospensiva, purché la controparte, dalla quale non si può ancora esigere la prestazione, abbia comunque lasciato intendere che, al momento dovuto, la prestazione stessa non sarà esattamente fornita.

Sotto questo profilo, la norma in esame trova concretizzazione nell'art. 69 del Progetto, specificamente modellato sul nuovo art. 1219 *code civil* ed incentrato sulla possibilità, per il contraente tenuto per primo ad adempiere, di sospendere la propria prestazione quando appaia evidente che la controparte non adempirà alla controprestazione³⁶.

Il richiamo alla «minaccia di violazione dei principi», tuttavia, si rivela sistematicamente apprezzabile per la sua idoneità a superare talune criticità insite in un'interpretazione letterale del rimedio

³⁶ Ai sensi del nuovo art. 1219 *code civil*, «une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave». Per un primo commento, in lingua italiana, della previsione cfr. LOCATELLO, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della «réforme del code civil»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1319 ss.; e, per la situazione antecedente alla riforma, CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, p. 532 ss., spec. 546; VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à l'«anticipatory breach» de la common law*, Liège, 1982, p. 275 ss., 337 ss., 453 s.; GHESTIN, *L'exception d'inexécution. Rapport français*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruxelles-Paris, 2001, p. 40; MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Paris, 1999, p. 257 s.; BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, Aix en Provence, 2003, p. 416 ss.; PINNA, *L'exception pour risque d'inexécution*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 31 ss.; LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, p. 554 ss.; GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 228 ss.; POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Paris, 2008, p. 153 ss., 307 ss., spec. 314 s.; PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Aix en Provence-Marseille, 2011, spec. p. 29 ss.

sospensivo «anticipato», al quale anche altri progetti di codificazione civile latinoamericana sembrano dedicare un'attenzione forse eccessiva³⁷.

Il problema si pone in quei sistemi giuridici – come appunto quello francese – nei quali si è ammesso l'esercizio anticipato del rimedio sospensivo senza affiancarlo ad un'espressa regolamentazione della risoluzione «anticipata» del contratto.

Così non accade nel BGB riformato (§§ 321 e 323 BGB)³⁸ né nel sistema italiano, dove l'eccezione dilatoria è esercitabile anche a fronte di un evidente pericolo d'inadempimento, sia pure collegato ad una situazione fattuale più definita (il «mutamento» delle condizioni patrimoniali *ex art. 1461 c.c.*), e non mancano – nella regolamentazione dei singoli tipi contrattuali – casi specifici di risoluzione anticipata (artt. 1662 e 2224 c.c.) collegabili a quella che è prevalentemente intesa come violazione dell'attività

³⁷ Si pensi, in particolare, ai «Principi latinoamericani di diritto dei contratti», per una più ampia valutazione dei quali sia consentito il rinvio a VENTURELLI, *La tutela sinallagmatica «anticipata» e l'armonizzazione del diritto patrimoniale nei Paesi latinoamericani*, in *Op. iuris comp.*, 2018, *Special Issue, Principles of Latin American Contract Law: General Harmonization Rehearsals*, p. 111 ss.

³⁸ Per un'approfondita disamina dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali antecedenti alla riforma del 2002, cfr. HUBER, *Leistungsstörungen*, II, *Die Folgen des Schuldnerverzugs. Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, herausgegeben von J. Gernhuber, IX, 2, Tübingen, 1999, p. 565 ss.; GERNHUBER, *Die endgültige Erfüllungsverweigerung*, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von V. Beuthien, M. Fuchs, H. Roth, G. Schiemann, A. Wacke, Köln-Berlin-Bonn-München, 1999, p. 145 ss.; GLÖCHNER, *Die positive Vertragsverletzung*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, herausgegeben von U. Falk und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 2000, p. 171 s. e 180 ss.; ID., *Positive Vertragsverletzung. Die Geburt eines Rechtsinstituts*, Frankfurt am Main, 2006, p. 291 ss. Sulla nuova regolamentazione del BGB, cfr. invece OTTO e SCHWARZE, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 315-326 (*Leistungsstörungenrecht II*), Berlin, 2015, p. 320 ss. e 385 ss.; EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, 2, §§ 311-432⁸, herausgegeben von W. Krüger, München, 2019, p. 515 ss.; W. ERNST, *ivi*, p. 525 ss.

preparatoria dell'adempimento, da tempo considerata come inadempimento a tutti gli effetti in ragione della funzione integrativa della regola di buona fede³⁹.

Non si deve peraltro dimenticare che la stessa idea di una mora del debitore «anticipata» non è incompatibile con il dettato normativo introdotto all'atto della codificazione del 1942.

L'immediata caduta in mora del debitore che, per iscritto, abbia dichiarato di non voler eseguire la prestazione (art. 1219, comma 2, n. 2, c.c.) non è testualmente collegata all'avvenuta scadenza del termine di adempimento, sicché la norma è senz'altro applicabile anche a fronte di una dichiarazione anticipata, alla cui manifestazione si può collegare l'immediata causazione di una violazione del rapporto idonea a legittimare il ricorso a tutti i rimedi – compresa la risoluzione del contratto – per essa previsti dal sistema normativo vigente⁴⁰.

L'ordinamento italiano non si mostra dunque lontano da quello che a buon diritto può essere considerato il modello di riferimento dei progetti di codificazione civile europea, cioè dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili, che agli artt. 71 e 72 regola, rispettivamente, la possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione quando «si rende manifesto che la controparte non adempirà» in ragione, tra l'altro, di un dissesto nelle condizioni patrimoniali o del modo con il quale il debitore si prepara ad eseguire la prestazione, nonché di risolvere il contratto prima della scadenza del termine quando «sia certo il futuro inadempimento» e, in particolare, laddove il debitore abbia dichiarato, senza un giustificato motivo, di non essere intenzionato ad eseguire la prestazione alla scadenza⁴¹.

³⁹ Sia consentito il rinvio a VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 461 ss.; ID., *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e concorso di rimedi perentori*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, cit., p. 3147 ss.

⁴⁰ Sia nuovamente consentito il rinvio a VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, spec. p. 296 ss. e 323 ss.

⁴¹ Cfr. ADDIS, *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 7 ss.; in Addis (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, p. 1 ss.; in MACARIO e MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Variazioni*

A tal stregua, il pericolo d'inadempimento può essere superato da una situazione più grave e tale da innescare un giudizio prognostico destinato a legittimare il contraente fedele al contratto a rompere ogni indugio nel mantenimento del vincolo sinallagmatico: la «certezza» del futuro inadempimento rende inutile non solo limitarsi alla mera sospensione dell'esecuzione per dar modo alla controparte di dimostrare di essere disposta all'adempimento, anche mediante la concessione di idonea garanzia, ma, più in generale, attendere il momento di esigibilità della prestazione per considerare la controparte come inadempiente.

La «certezza» legittima l'immediato ricorso alla risoluzione, che si rivela il rimedio più efficace perché idoneo a permettere un rapido allontanamento da una relazione che non troverà esatta attuazione e a cercare altrove quella prestazione che il debitore non mostra di voler eseguire.

Nel sistema francese, invece, un'analisi letterale dell'art. 1219 *code civil* sembrerebbe conferire a quest'ultimo contorni di eccezionalità, ossia disegnare un rimedio che, proprio per la sua finalità conservativa, non potrebbe mai cedere il passo all'esito perentorio o comunque affiancarsi ad altri rimedi variamente collegabili ad un inadempimento attuale. Il pericolo, infatti, evoca una situazione che non è ancora quella dell'immediata ed effettiva

storiche e prospettive nella parte generale del contratto, Milano, 2006, p. 459 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, cit., p. 1 ss.; ID., *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 424 ss., spec. 431 s. e 469 ss.; ID., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract*, cit., p. 18 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di De Giorgi, Delle Monache e De Cristofaro, I, Padova, 2010, p. 16 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 99 ss.; GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti di riflessione sulla clausola di «exclusive remedy»)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 209 ss.; nonché, per un aggiornato commento alle previsioni, FOUNTOLAKIS, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*⁴ edited by Schwenger, Oxford, 2016, p. 1024 ss.; SAIDOV, in *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A Commentary*², edited by Kröll, Mistelis, Viscasillas, München-Oxford, 2018, p. 918 ss.

violazione del rapporto sinallagmatico, sicché la sua presenza non può di per sé legittimare l'immediato ricorso a tutti i rimedi collegabili all'attuale inadempimento.

In questa direzione si muove un orientamento dottrinale ancora consolidato.

Superata la più risalente posizione diretta a sostenere che l'inesigibilità della prestazione impone al creditore di rimanere inerte, precludendogli di reagire alla condotta tenuta dal debitore lungo la fase di pendenza⁴², può dirsi oggi prevalente la tesi favorevole ad ammettere la sospensione della prestazione per il pericolo d'inadempimento della controprestazione, anche se permangono dubbi in ordine al grado di «univocità» che deve connotare tale pericolo⁴³.

⁴² Cfr. PIOLA, *Obbligazione. II. Diritto civile*, in *Dig. it.*, XVI, Torino, 1908, p. 828; COBIANCHI, *Sui diritti del creditore a termine di fronte alla dichiarazione fatta dal debitore di considerarsi esonerato dalla prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 475 s.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*⁴, IV, Firenze, 1927, p. 516; F. SALVI, *Impossibilità di prestazione e diritto al termine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 442 s.; G. ANDREOLI, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temi*, 1950, p. 305 s.; in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 5 s.; e in *ID.*, *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, p. 27 s.; RAVAZZONI, *La costituzione in mora del debitore*, in *Studi parmensi*, (7) 1957, p. 408 s.; e, come volume autonomo, Milano, 1957, p. 34 s.; *ID.*, *Brevi note in tema di costituzione in mora del debitore*, in *Temi*, 1958, p. 695 s., che, però, muta radicalmente opinione – ammettendo un inadempimento «anticipato» per violazione del principio di buona fede – in *ID.*, *Mora del debitore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 907 s.; *ID.*, *Mora del debitore*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 2; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, p. 168 ss.; *ID.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*², I, Milano, 1966, p. 160 s.; *ID.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 138 s.; F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 607 s.; U. NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, p. 257 ss.

⁴³ Cfr. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 162 s.; BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1367; e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 330 s.; MAGAZZÙ, *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 943, testo e

nota 56; TARTAGLIA, *Dichiarazione di risoluzione per fatti imputabili alla controparte e inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 26 s.; BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1314, testo e nota 33; MAZZARESE, *Mora del debitore*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 448 s.; PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 66 s.; ID., *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 154 s.; ID., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 265 ss.; ID., *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Domenico Rubino*, I, cit., p. 969 ss.; SARDO, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*, in *Contr.*, 2004, p. 452 s.; AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, 2, cit., p. 88 s. e 91; DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 556 s. e 568; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, p. 99 s.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2011, p. 42 s., 57, testo e nota 153, e 102 s.; ID., in *Dei contratti in generale*, IV, cit., p. 489 e 511; PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 218 ss., spec. 226 s.; GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 495 s.; nonché, per la riconducibilità ad un «anticipato» inadempimento della condotta che, alterando la futura attuazione del rapporto, si pone in immediato contrasto con il principio di buona fede, MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 35 ss. e 161 s.; PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, p. 111 ss.; LUZZATTO, *L'eccezione d'inadempimento (Note su una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 744 s.; MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 144 s.; ID., *L'inadempimento prima del termine*, *ivi*, 1975, I, p. 248 ss., spec. 275 ss.; FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 243 ss., spec. 256 s.; e in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, II, Milano, 1967, p. 283 ss., spec. 304 s.; GIORGIANNI, *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 861 s.; ID., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*³, Milano, 1975, p. 120 e 178 s.; PRINCIGALLI, *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1970, p. 242 ss.; e, con marginali adattamenti, in *Le obbligazioni in generale*, Corso per problemi e casi, svolto nell'anno accademico 1970-1971, nell'Università di Bari, dal prof. Michele Spinelli, Bari, 1971, p. 275 ss.; CONTINO, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadr.*, 1988, p. 246 ss., spec. 249 s.; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*², in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2006, p. 499 s.; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, II, cit., p. 1728 e 1777 s.; ID., *La risoluzione stragiudiziale*, in *CARNEVALI, GABRIELLI e TAMPONI, La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*,

L'art. 12 del progetto offre un significativo argomento sistematico per superare talune rigidità insite nelle posizioni appena ricordate.

Pur lasciando intendere che la «minaccia di violazione» sia qualcosa di ontologicamente diverso dalla «violazione» vera e propria, la norma precisa che i rimedi invocabili per quest'ultima sono estendibili alla minaccia stessa ove ciò si riveli funzionale ad una più ampia attuazione del principio di effettività, ad esito di un bilanciamento di interessi che, pur riconoscendo la necessità di garantire la più celere e completa protezione del creditore, non ignori la posizione della controparte.

Il mero pericolo, in sé e per sé considerato, potrebbe non legittimare nessun tipo di rimedio: assunto in chiave esclusivamente soggettiva, esso evoca un rischio di inattuazione inevitabilmente collegato alla scelta di differire la realizzazione del rapporto obbligatorio mediante l'inserimento di un termine o di una condizione sospensiva e, in quanto tale, è già valutato e valutabile al momento del perfezionamento del contratto⁴⁴.

diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 131 s.; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, p. 1603 s.

⁴⁴ È sufficiente sul punto ricordare che già FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 437 s.; e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 16 s., elevando a paradigma esemplificativo della relazione tra norma ed effetto la più specifica trattazione dei rapporti tra adempimento ed esecuzione forzata svolta da PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 9 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, I, 1927-1937, Milano, 2010, p. 747 s., ha evidenziato che «l'obbligazione, se è un vincolo giuridico, non può essere suscettibile, a rigore, di adempimento: un vincolo può soltanto costituirsi o sciogliersi; cioè può esistere o non esistere. Se mai, l'adempimento può essere causa di scioglimento del vincolo, vale a dire di estinzione dell'obbligazione; precisamente, anzi, causa esterna di estinzione dell'obbligazione, estranea al vincolo giuridico come tale». Similmente, secondo P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 122, è necessario distinguere tra «certezza dell'obbligazione» e «certezza della sua concreta realizzazione» e il carattere meramente ideale e non reale dell'esigenza dell'adempimento porta IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 58 s.; in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1968, p. 1097; e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 31, a rilevare che la stessa categoria della causalità non ha reale valenza giuridica, perché «“causa” e “conseguenze giuridiche” non sono concetti legislativi, ma posizioni di concetti

Affinché esso assuma contorni tali da legittimare l'esercizio di un rimedio, esso deve comunque apportare un elemento di novità all'interno della dinamica esecutiva del rapporto obbligatorio, concretizzandosi in un cambiamento oggettivamente apprezzabile della percezione circa la probabilità del futuro adempimento e, a tal stregua, tale cambiamento può assumere un grado di incisività diversificato, al quale conviene reagire invocando i rimedi volta a volta più adatti.

Finché la situazione appaia oggettivamente incerta, cioè non si possa ragionevolmente escludere il futuro adempimento, la sospensione dell'esecuzione della prestazione continua a rappresentare il rimedio più efficace: impedendo di dover successivamente agire per la ripetizione, dopo aver risolto il contratto, assicura al creditore un'immediata tutela, senza danneggiare irreparabilmente la controparte.

Ove, tuttavia, la causa del pericolo si rivelasse imputabile al debitore o assumesse contorni tali da rendere impossibile il futuro adempimento, converrebbe senz'altro passare a rimedi quali l'inibitoria, il risarcimento del danno, la risoluzione del contratto, non essendovi motivo per negare al creditore il diritto di reagire subito ad un comportamento della controparte contrario all'obbligo di preservare la futura attuazione e, in quanto tale, incompatibile con il riconoscimento dell'immediato valore vincolante della regola di buona fede.

In questa prospettiva, neppure l'esercizio *ante diem* dell'azione di adempimento dovrebbe essere *a priori* precluso.

Una recente decisione di legittimità, ad esempio, ha ammesso che l'art. 2932 c.c. possa essere invocato anche prima della scadenza del termine previsto per la stipulazione del contratto definitivo, quando il promittente venditore, dopo essersi vincolato con il preliminare, abbia avviato trattative con terzi per vendere a loro l'immobile già destinato al promissario acquirente⁴⁵.

legislativi. Mediante la categoria della causalità, un termine viene posto in relazione con un altro termine. La norma presenta due termini, ma non contiene la categoria della causalità, che è una *funzione del nostro intelletto*, un modo di conoscere i fenomeni».

⁴⁵ Cfr. Cass., 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1518 ss., con nota di ASTONE, *Anticipatory Breach e termini di pagamento della parte non*

Per quanto la decisione si fonda su un apparato argomentativo criticabile, perché limitato all'affermazione secondo cui l'esercizio anticipato dell'azione di esatto adempimento sarebbe univocamente collegabile al fatto che, a fronte del medesimo caso, sarebbe stato ammissibile risolvere il contratto, essa merita di essere condivisa in ordine alla soluzione finale cui perviene, perché assicura una puntuale reazione ad una «minaccia di violazione» senz'altro già idonea a porsi in contrasto con il valore pervasivo della regola di buona fede.

Trattasi di una conclusione, del resto, facilmente giustificabile alla luce di un principio di economia processuale che, pur essendo strettamente collegato ad una valutazione di effettività, risulta già ampiamente impiegato dai giudici già sotto il vigore del c.c. del 1865. Indipendentemente dal momento di presentazione della domanda, infatti, è del tutto improbabile che non sopraggiunga la scadenza del termine in corso di causa, sicché l'esercizio intempestivo della pretesa potrebbe comunque essere legittimato *a posteriori* dall'effettivo inadempimento della controparte che, scaduto il termine, continui a manifestare l'intenzione di non eseguire la prestazione: consentire alla controparte di trincerarsi dietro il richiamo all'inesigibilità agevolerebbe comportamenti scorretti e assumerebbe i contorni di una conclusione formalistica del tutto incompatibile con il concreto modo di operare del principio di buona fede⁴⁶.

inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto e, sulle implicazioni sistematiche di questa pronuncia, sia altresì consentito il rinvio a VENTURELLI, Principio di buona fede e inadempimento «anticipato», in Pers. merc., 2017, I, p. 89 ss.; ID., Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c., in Riv. dir. priv., 2017, p. 57 ss.; ID., Interferenza di un terzo nella relazione contrattuale altrui e inadempimento «anticipato» del comune dante causa, in Liber amicorum per Bruno Troisi, II, cit., p. 1399 ss.

⁴⁶ Muovendo da identico argomento, Cass., 3 maggio 1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282-284, ha per la prima volta riconosciuto in Italia la possibilità di presentare *ante diem* una domanda di risoluzione giudiziale a fronte del rifiuto di adempiere reso dal debitore, quando, in corso di causa, quest'ultimo, a fronte della sopravvenuta scadenza del termine, avesse continuato a non adempiere. La conclusione è ripresa anche da Cass., 15

gennaio 1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, c. 161 ss., ove, peraltro, il contratto non fu risolto in ragione dell'assenza di un vero e proprio inadempimento; Cass., 31 luglio 1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce cit., n. 385; Cass., 31 marzo 1947, n. 489, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 627 (s.m.); Cass., 1 marzo 1955, n. 620, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 166 s., con nota di ATTARDI, *Risoluzione del contratto e interesse ad agire*; App. Genova, 19 giugno 1956, in *Temi gen.*, 1956, p. 277 s. (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in VENTURELLI (a cura di), *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, Torino, 2013, p. 140 ss., 163 ss., 174 ss., 205 ss., 247 s. e 253 ss.); Cass., 11 febbraio 1987, n. 1497, in *Vita not.*, 1987, p. 719 s.; Cass., 16 novembre 2001, n. 14429, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 23; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3378, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1447 (s.m.); e in *Gius.*, 2004, p. 2665 (s.m.); Cass., 1 giugno 2004, n. 10490, in *Vita not.*, 2004, p. 963 s.; in *Corr. giur.*, 2004, p. 999 s. (s.m.); in *Gius.*, 2004, p. 3724 (s.m.); e in *Impr.*, 2004, p. 1640 (s.m.). A partire, però, da Cass., 17 gennaio 1949, n. 46, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, p. 58 ss., con nota di D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale* (questa nota può altresì leggersi in ID., *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 241 ss.); e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive cit.*, p. 210 ss., può dirsi prevalente, nella giurisprudenza italiana, la tesi secondo cui il comportamento del debitore che, prima della scadenza, pregiudica il futuro adempimento deve essere già considerato come attuale violazione del vincolo sinallagmatico: cfr. Cass., 16 giugno 1951, n. 1589, in *Rep. Foro it.*, 1951, *Obbligazioni e contratti*, n. 338; Cass., 30 giugno 1959, n. 2064, *ivi*, 1959, voce ult. cit., n. 203; Cass., 8 ottobre 1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 651 ss.; Cass., 18 febbraio 1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce ult. cit., n. 329; Cass., 12 dicembre 1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1613 ss.; Cass., 17 marzo 1982, n. 1721, *ivi*, 1982, I, c. 2524 ss., con nota di MATASSA; in *Dir. autore*, 1982, p. 418 ss.; e in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1306 ss., con nota di DE SANCTIS, *Inadempimento, prima del termine, del contratto di edizione*; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, p. 727 ss., con nota di PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; Cass., 16 luglio 2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471 (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive cit.*, p. 231 ss., 256 ss., 281 ss., 292 ss., 324 ss., 338 ss., 365 ss. e 369 ss.).

MARIA CARMELA VENUTI
Professoressa ordinaria di diritto privato
Università degli Studi di Palermo

SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE, ASSEGNO DI DIVORZIO E AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. La solidarietà come nervatura essenziale degli aggregati sociali e, in particolare, del matrimonio: prime considerazioni. – 3. La solidarietà coniugale. – 4. Segue: la solidarietà coniugale nell'intervenuta crisi della coppia. – 5. La solidarietà post-coniugale. Un primo confronto. – 6. La solidarietà post-coniugale e le sue epifanie. – 7. La mancanza di mezzi (o redditi) adeguati alla cessazione del rapporto di coniugio: il difficile punto di equilibrio tra ragioni individuali e paternalismo legislativo.

1. Considerazioni preliminari.

Per parlare di solidarietà post-coniugale, di cui l'assegno divorzile è espressione sintomatica¹, è opportuno preliminarmente verificare dove affondi e quanto sia coerente con la scelta dei coniugi di porre fine al proprio matrimonio una prestazione di natura patrimoniale che per volontà del legislatore si proietta dopo l'estinzione del vincolo e per un tempo non specificamente definito (ma v. meglio *infra*)².

¹ In argomento, tra gli scritti recenti, v. SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e dir.*, 5/2018, p. 509 ss., p. 512 ss.; C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam. e dir.*, 11/2018, p. 955 ss.; AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 1019 ss., spec. p. 1021 ss.

² La legge sul divorzio non indica la durata della somministrazione, come invece avviene, ad es., per la prestazione alimentare che l'ex convivente può essere tenuto ad erogare all'altro che versi in stato di bisogno e non sia in grado di

A tal fine si proverà *in primis* ad enucleare fondamento, tratti caratterizzanti e principali espressioni della solidarietà coniugale *manente vinculo*. In seconda battuta, a tratteggiare il ruolo e l'(eventuale) estensione dell'autonomia dei privati sugli effetti – in particolare quelli di natura patrimoniale – che derivano dallo scioglimento volontario del matrimonio.

Quanto al primo profilo, e prendendo le mosse dalla Carta costituzionale, va rammentato come il matrimonio sia struttura formalizzata di quella peculiare comunità intermedia che è la famiglia. Formazione sociale riconosciuta e contemplata all'art. 2, rappresenta un luogo di consolidamento dei tratti identitari dell'individuo, di sviluppo e dispiegamento della sua personalità, di affermazione dei suoi diritti fondamentali. Il matrimonio tende alla promozione e alla realizzazione delle aspirazioni dei due *partner*, i quali vedono nel legame amoroso di coppia, che hanno scelto di costituire, uno spazio e un tempo in cui i diritti fondamentali di ciascuno non soltanto sono salvaguardati, ma trovano altresì motivo di nuove estrinsecazioni e precipui sviluppi, come sancito anche all'art. 3 Cost. Si snoda così un percorso di vita congiunto nel quale si costruisce un vissuto individuale e di coppia (tra loro intrecciati), formando un *unicum* relazionale – proprio perché costituito da quelle due persone, con e nella propria inimitabile individualità – fatto di

provvedere al proprio mantenimento, secondo le disposizioni dell'art. 1, comma 65, della legge 20 maggio 2016, n. 76. In questo caso, infatti, il giudice, oltre alla misura della prestazione alimentare, individuerà anche la sua estensione temporale fissandola in maniera «proporzionale alla durata della convivenza».

La tendenziale perpetuità dell'assegno divorzile (su cui v. meglio *infra* nel testo) è uno degli elementi che hanno fatto parlare gli interpreti di una “criptoindissolubilità” del matrimonio che si sarebbe mantenuta nel nostro ordinamento nonostante l'avvento del divorzio: così in giurisprudenza Trib. Firenze, ord. 22 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 687, con note di AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* e di MORRONE, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”*. In dottrina cfr. QUADRI, *Aspetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 375 ss., spec. p. 381; AL MUREDEN, *La solidarietà postconiugale a quarant'anni dalla Riforma del '75*⁵¹_{SEP}, in *Fam. dir.*, 11, 2015, p. 991 ss., spec. p. 998.

affettività, sessualità, materialità, spiritualità, che si determina sulla base di un progetto condiviso, rispettoso comunque – almeno *in thesi* (v. *infra*) – delle singole personalità.

Continuando con le previsioni di rango apicale, la Costituzione all'art. 29, com'è noto, consolida riguardo al matrimonio il generale rilievo del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, facendone l'asse portante della relazione tra i coniugi, derogabile soltanto attraverso una previsione di legge e ove sia l'unico mezzo per garantire l'unità familiare³.

Con specifico riferimento al tema che ci occupa, poi, è l'art. 2 che dà rilievo alla solidarietà come elemento indefettibile di ogni formazione sociale giuridicamente rilevante – e dunque pure della comunità coniugale –, facendone un tratto caratterizzante della relazione che si instaura tra i suoi componenti. La solidarietà si manifesta nei diversi versanti – politico, economico e sociale – in cui può dispiegarsi la comunità e in funzione delle esigenze che via via vengono in esponente o che il singolo manifesta all'interno dell'aggregato sociale.

2. La solidarietà come nervatura essenziale degli aggregati sociali e, in particolare, del matrimonio: prime considerazioni.

Sul punto vale la pena di soffermarsi brevemente. Anzitutto va ribadita l'indefettibile connessione tra comunità e regola della solidarietà di e tra i suoi componenti. L'agire cooperativo, il prendersi cura dell'altro, la partecipazione morale e materiale alle vicende altrui, la considerazione delle condizioni personali e patrimoniali del *partner*, la risposta positiva alle sue esigenze, la sopportazione di oneri economici sono espressione della condivisione di un progetto e di un percorso comuni e costituiscono l'ossatura portante dell'ordito relazionale di ogni formazione sociale rilevante per l'ordinamento.

I doveri di solidarietà sono consustanziali all'aggregato umano – quale che sia la sua configurazione, consistenza, proiezione nel tempo, finalità –, e pertanto la Costituzione ne predica

³ BESSONE, Sub art. 29, nel *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *Rapporti etico-sociali*, art. 29-34, Bologna-Roma, 1976, p. 1 ss., spec. p. 36 ss.

l'inderogabilità. Invero sottrarsi o escludere la solidarietà significa negare in radice, tradire l'essenza della comunità. Pure la relazione che potrebbe sembrare connotata in maggior grado da spirito antagonista, qual è quella obbligatoria, è innervata dalla specifica espressione della solidarietà nei rapporti interprivati che è la correttezza e la buona fede: canone cui si deve uniformare la condotta del debitore così come quella del creditore, secondo il disposto dell'art. 1175 cod. civ.⁴, e che è fonte di obblighi accessori, integrativi rispetto a quello primario di prestazione, volti alla tutela dell'altra parte e in vista della realizzazione del programma dedotto in obbligazione⁵. Lo stesso vale per il rapporto contrattuale, come testimonia tra l'altro il rilievo che il codice civile dà alla buona fede nella pendenza della condizione, imponendo a chi avrebbe interesse al non verificarsi dell'evento di «conservare integre le ragioni dell'altra parte» (art. 1358), pena, in caso contrario, la cosiddetta finzione di avveramento. Senza dire del ruolo della buona fede nella fase dell'esecuzione del negozio (art. 1375), ampiamente invocata nel diritto applicato per plasmare l'operatività delle previsioni pattizie in considerazione degli interessi e delle posizioni dei contraenti apprezzati in funzione delle circostanze del caso concreto⁶.

L'agire cooperativo si modula diversamente a seconda della natura del rapporto considerato (personale-affettiva vs. patrimoniale) e della sua configurazione formale e materiale (matrimonio, unione civile, relazione affettiva, vs. contratto con comunione di scopo, società di fatto, obbligazione), dello scopo perseguito, della proiezione nel tempo, delle specificità dei soggetti coinvolti (si pensi all'età, alle condizioni personali e patrimoniali, al

⁴ Si pensi alla cooperazione dovuta dal creditore al debitore per consentirgli di eseguire esattamente la prestazione e così liberarsi: art. 1206 e ss. cod. civ.

⁵ Richiamando un celebre saggio diremmo l'oggetto dell'obbligazione: MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss.

⁶ V., ad es., sul celebre caso "Fiuggi", Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 5, 1994, p. 566 ss., con nota di CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 1, 2010, p. 5 ss., con nota di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in relazione al noto caso "Renault".

vissuto individuale e di gruppo, alle circostanze esterne e alla loro influenza sul singolo e/o sulla comunità interessata).

Al riguardo vanno fatte due puntualizzazioni, che in parte si intrecciano.

La prima attiene al nesso tra relazione giuridicamente rilevante e solidarietà tra i suoi membri. Si tratta, come detto, di un elemento imprescindibile, poiché non vi può essere una *societas* senza un tasso più o meno intenso, pervasivo, esteso di collaborazione, attenzione, altruismo dei soggetti che ne fanno parte: e ciò in quanto condividono e agiscono per lo scopo che anima l'aggregato umano considerato. Con il matrimonio si costituisce un vincolo *sui generis*, di natura personale, conformato sull'uguaglianza morale e giuridica degli sposi, che non ha un termine finale predeterminabile. Inoltre, in modo antitetico (e non *pour cause*, vista la assoluta peculiarità della formazione sociale in discorso) a quanto avviene con gli enti, che trovano una causa di cessazione nel raggiungimento dello scopo o nel conseguimento dell'oggetto sociale (art. 27, art. 2272, art. 2484 cod. civ.), lo scopo del matrimonio, che anima e vivifica la relazione personalissima, non è definito una volta per tutte e in modo fisso (sicché se ne potrebbe ipotizzare un integrale raggiungimento e di conseguenza l'estinzione del rapporto per esaurimento). Tutt'al contrario la ragione dello "stare insieme" si evolve, si ridefinisce di tempo in tempo in virtù dello sviluppo del rapporto, delle vicende personali e di coppia, delle scelte e del vissuto dei due sposi. L'attuazione dello scopo è un processo in perenne divenire nella relazione affettiva, e ne comporta la costante rigenerazione. Infatti l'inacidimento del rapporto è sintomo inequivocabile del venir meno dello scopo della vita di coppia; l'esaurirsi del senso e della ragione profondi dello stare insieme si manifesta con il distacco emotivo e materiale dalla persona del *partner*, con la volontà di terminare il percorso comune.

Si può affermare, allora, che la solidarietà tra i componenti del gruppo ha ragione di esistere fino a che questo sussiste ed in quanto sussiste. Ed infatti, come anche si dirà tra un attimo, il venir meno dell' *affectio societatis* (o *coniugalis*, nella nostra ipotesi) può essere insieme causa e/o effetto, a seconda dei casi, di una solidarietà vissuta come troppo impegnativa e quindi non più sostenibile. Da

qui l'interrogativo, già formulato all'inizio, della compatibilità tra la cessazione del matrimonio e il perdurare di un vincolo, qual è quello concernente la corresponsione dell'assegno divorzile, direttamente riconducibile, invece, alla condivisione altruistica dei bisogni, delle esigenze, delle specificità del/la proprio/a compagno/a di vita.

La seconda concerne il tratto della doverosità. Se, per un verso, chi è parte di un aggregato sociale non si può sottrarre – almeno in via assoluta e permanente – all'osservanza dei vincoli altruistici che discendono dallo «stare insieme», giacché la condivisione di uno scopo implica una misura più o meno elevata di sacrifici, limitazioni, erogazioni spirituali e/o materiali unidirezionali e incondizionate a favore del *partner*, dall'altra va rimarcato come questo sia il portato necessario e ineliminabile della scelta – assunta senza costrizioni e in piena libertà – di dar vita (nel caso del matrimonio) ad una formazione intermedia⁷. In sostanza, l'assenza di condizionamento nella creazione e/o partecipazione al corpo sociale neutralizza la costrittività dell'agire solidaristico⁸. Essa, in altri termini, si evidenzia come effetto “a valle” della decisione presa liberamente: ma una volta assunta diviene oggetto di obbligo quale effetto del vincolo. Il che però non esclude che laddove l'adempimento dei doveri di solidarietà dovesse farsi insostenibile e/o intollerabile per l'obbligato, costui debba avere la possibilità di sottrarvisi cessando

⁷ Parafrasando l'espressione *coactus tamen volui*, si potrebbe dire, in questo caso, *volui hinc coactus*.

⁸ Per inciso può rammentarsi che, nelle relazioni tra pari l'aiuto, il sostegno che viene fornito all'altro soggetto va sì ascritto al paradigma del dovere, ma come portato della scelta libera e consapevole di dar vita a una relazione di coppia. Diverso è il caso di relazioni disuguali, nelle quali al soggetto in posizione di primazia e/o di maggior potere – a seconda della fattispecie – la legge può imporre prestazioni di ordine materiale e spirituale a favore del soggetto debole a prescindere da considerazioni di reciprocità, di entità o di durata degli apporti. Emblematico in questo senso è il rapporto di genitorialità, giacché la scelta di procreare e di dare alla luce una nuova creatura (nel caso di genitorialità biologica) – o di assumere il ruolo parentale (nell'ipotesi di adozione del minore) – si traduce in termini giuridici nella *responsabilità* nei confronti della prole con l'ineliminabile portato dei doveri di cura, mantenimento, educazione, istruzione, assistenza morale del figlio nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni naturali, aspirazioni, scolpiti all'art. 315-*bis* del codice civile.

di far parte della comunità intermedia considerata⁹. Ciò avviene, infatti, negli enti morali, ove è ammesso il recesso del socio che non condivide più le ragioni che lo avevano spinto a costituire la formazione intermedia o a parteciparvi senza limiti temporali: caduto il vincolo associativo, cessa anche l'obbligo di contribuire per il futuro al funzionamento dell'ente (art. 24 cod. civ.).

Riportando queste riflessioni al matrimonio, può rilevarsi come la relazione si costituisca e si proietti nel tempo in vista di uno scopo condiviso (l'amore, l'affetto, il piacere, il benessere dello stare insieme) attivando una comunione di vita materiale e spirituale che si costruisce su una reciproca solidarietà tra i coniugi.

Sintetizzando – e inevitabilmente banalizzando i termini del discorso, che sono ben più sofisticati e complessi – la solidarietà richiede una più o meno ampia, lunga, intensa tensione alla composizione e alla mediazione tra i diversi interessi dei *partner*, affinché la realizzazione di aspirazioni, interessi, necessità dell'uno tenga in adeguato conto la salvaguardia dei diritti, delle esigenze, delle condizioni psico-fisiche, della situazione economica dell'altro, in vista della prosecuzione del percorso di vita comune e in attuazione degli indirizzi concordati.

Ovviamente la complessità qualitativa (in tutti i sensi: morale, esistenziale, identitaria) e quantitativa (basti pensare a tutti gli effetti e ai diversi ambiti – individuali, di coppia, familiari, sociali – in cui si dispiegano) di una relazione così fondamentale nella vita di ogni persona, qual è il matrimonio – e prescindendo qui, volutamente, dal considerare il versante della vicenda procreativa e genitoriale che dal matrimonio può scaturire – non può farlo assimilare ad una qualsiasi altra formazione sociale intermedia e ritenere così di potervi applicare le medesime regole. In altre parole, è ragionevole ipotizzare che un percorso di vita comune pur se si interrompa, perché è esaurita la spinta che lo ha animato, mantenga delle tracce nella nuova vita dei suoi protagonisti di un tempo. Tracce spirituali

⁹ Con una soluzione analoga a quella dettata per gli oneri legati all'essere proprietario o titolare di un diritto reale, dai quali si può essere affrancati rinunciando alla titolarità del diritto: v., ad es., l'art. 1070 cod. civ. sull'abbandono del fondo servente.

(di difficile percepibilità esterna), ma anche materiali, economiche. E tuttavia questo – salvo circostanze straordinarie – non può permanere all’infinito, perché impedisce di svincolarsi del tutto, di percorrere davvero liberi il futuro che si apre, rappresentando un passato che non si estingue, che incessantemente si ripresenta, e che dunque finisce per contraddire la scelta di sciogliere il legame coniugale.

Sul punto si tornerà. Per il momento ci si può limitare a osservare non soltanto la profonda contraddittorietà della criptoindissolubilità del matrimonio che si evidenzia nell’assegno divorzile, in cui un vincolo a carattere tendenzialmente permanente sopraggiunge alla formale cessazione del matrimonio. Ma anche che alla sistemazione dei rapporti personali e, soprattutto, per quel che qui interessa, patrimoniali in conseguenza del deteriorarsi (verosimilmente irrimediabile) della relazione affettiva e del nuovo assetto di vita che i due *partner* stanno intraprendendo è deputata la separazione legale. Essa, infatti, è concepita dal legislatore come il “luogo” in cui i coniugi riformulano le proprie reciproche condizioni tenendo conto degli apporti di ciascuno alla posizione patrimoniale dell’altro e dell’eventuale creazione di un patrimonio comune per effetto del regime patrimoniale instaurato durante la pienezza del rapporto di coniugio.

Si tratta, in altre parole, di una metamorfosi della relazione affettiva, che ne segna la crisi, verosimilmente irrimediabile (rarissimi sono i casi di riconciliazione, mentre al di là del più frequente e scontato esito del divorzio, a volte si assiste a una sorta di ibernazione del vincolo, che non impedisce l’instaurazione da parte di entrambi i coniugi di rapporti affettivi anche stabili con terze persone). Questa fase di trasformazione è deputata alla sistemazione degli assetti personali e patrimoniali dei *partner* in funzione di ciò che si è costruito insieme nella pienezza del rapporto, in vista del nuovo equilibrio di coppia, e in funzione delle prospettive di vita individuale che si aprono per il futuro, sotto tutti i profili della esistenza, ivi compreso quello patrimoniale, della capacità reddituale, dello sviluppo della personalità in ogni possibile settore dell’esperienza, ovviamente alle condizioni date (e a quelle ragionevolmente prevedibili e/o attuabili). Esiste ancora il vincolo

che giustifica eventuali attribuzioni patrimoniali anche in attuazione della perdurante solidarietà coniugale (pur nella trasformazione del matrimonio), la divisione del patrimonio comune se tra i coniugi si era instaurata la comunione legale dei beni, eventuali compensazioni legate a maggiori apporti effettuati durante la pienezza della relazione. Ogni altro aspetto patrimoniale, espressione tangibile di una costruzione comune, va adesso rimodulato in coerenza con la scelta della separazione personale.

Se così è, appare incongruo riferire e traslare la risistemazione degli assetti economici della relazione di coppia in dissoluzione in un ulteriore e differente contesto, qual è il divorzio. Invero non può dimenticarsi che la relazione amorosa e giuridica si è definitivamente consumata e i *partner* di un tempo hanno scelto di avviarsi – ciascuno autonomamente – lungo una nuova stagione della propria esistenza. Residua il passato, ma in quanto tale.

3. *La solidarietà coniugale.*

Per meglio delineare la solidarietà coniugale è necessario volgersi alle previsioni delle fonti primarie, segnatamente a quelle del codice civile riformato nel 1975, che, specificando i ricordati precetti costituzionali¹⁰, impongono ai coniugi reciproci e inderogabili diritti e doveri di fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione, coabitazione, contribuzione, determinazione concorde dell'indirizzo della vita familiare (artt. 143 e 144; art. 160)¹¹.

A questa stregua la solidarietà coniugale si dispiega sia nella sfera squisitamente personale della relazione, trovando espressione nel diritto e dovere reciproco di assistenza morale e di collaborazione,

¹⁰ Se alla solidarietà si riallacciano gli obblighi di assistenza, di collaborazione, di contribuzione, all'uguaglianza si riannodano l'identità e reciprocità delle posizioni soggettive intestate ai coniugi, e l'accordo come regola di governo della relazione coniugale. La distinzione è tendenziale e i due criteri ben possono ritrovarsi entrambi a presidio delle previsioni considerate e delle situazioni soggettive in esse contemplate.

¹¹ Per un'analisi sul tema, che mette in luce il rilievo dei principî costituzionali nell'articolazione codicistica della relazione coniugale cfr., di recente, TOMMASINI, Sub *art. 143*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli. *Della famiglia*, a cura di Di Rosa, *artt. 74-230-ter*², Milano, 2018, p. 547 ss. (ed ivi anche per ulteriori riferimenti alla letteratura in argomento).

sia in quella più propriamente patrimoniale. Alla modulazione “materiale” del dovere di assistenza e di collaborazione e del dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia, ove sono richiamati beni economici (le sostanze) ed energie lavorative (capacità di lavoro professionale e/o¹² casalingo), sono dedicate le maggiori attenzioni del legislatore. Ciò per intuibili ragioni, prima fra tutte quella per cui la prestazione patrimoniale non soltanto è dotata di un substrato materiale che la rende facilmente rilevabile anche in foro esterno, fuori dall’intimità del rapporto affettivo, ma soprattutto perché è suscettibile di attuazione coattiva. Profilo, invece, inattuabile alle manifestazioni di natura spirituale della solidarietà, quali l’assistenza morale, e, ancor prima, alle vicende squisitamente sentimentali della relazione di coppia¹³.

¹² L’art. 143 riporta la disgiuntiva “o”, tuttavia riterrei non estranea allo spirito della norma una lettura che possa integrare i diversi versanti – professionale e casalingo – del contributo che ciascun *partner* è in grado di apportare, magari con gradazioni e in tempi differenti, al *ménage* familiare. In questo senso, peraltro, si esprime la disciplina in tema di unioni civili tra persone dello stesso sesso nella previsione che ricalca l’omologa statuizione del codice civile sul dovere di contribuzione (art. 1, comma 11, 2° p., l. n. 76/2016: «Entrambe le parti sono tenute, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni»). Il legislatore del 2016, in adesione alla moderna intercambiabilità di ruoli tra i membri della coppia e consapevole del superamento di antichi stereotipi sociali legati al genere (l’uomo che incarna le virtù virili, teso alle attività esterne, quale versione moderna dei primi cacciatori-raccoglitori; la donna qualificata come moglie e madre, dedita alle attività domestiche e di cura e accudimento dei membri del gruppo familiare), ha contemplato insieme capacità di lavoro professionale e casalingo, lasciando al singolo e alla coppia la scelta di come e con quali talenti contribuire al benessere comune e/o sopperire alle eventuali limitate o assenti attitudini dell’altro, secondo l’indirizzo di vita concordato.

¹³ Non a caso nel diritto applicato la forma di tutela in grado di dare un qualche efficace ristoro alla situazione soggettiva personalissima lesa dalla violazione del dovere di fedeltà è stata rinvenuta nel risarcimento del danno arrecato alla dignità o ad altro diritto fondamentale del coniuge, piuttosto che nel rimedio, espressamente contemplato dal legislatore, dell’addebito della separazione (artt. 151, 156 cod. civ.).

L'assistenza materiale e, soprattutto, il dovere di contribuzione¹⁴ rappresentano, pertanto, l'asse portante della collaborazione economica tra i coniugi, e segnano le vicende – anche patologiche – del rapporto personale. Emblematicamente è il diritto all'assistenza, morale e materiale, che subisce una sospensione in capo al coniuge che si allontani immotivatamente dalla residenza familiare e si rifiuti di tornarvi (art. 146). Il dovere di contribuzione, per converso, non cessa per effetto di quell'allontanamento; anzi tale circostanza può indurre il giudice, a seconda delle circostanze del caso concreto, a disporre la misura del sequestro dei beni del debitore «in misura atta a garantir[n]e l'adempimento» (art. 146, ult. comma).

L'obbligazione dei coniugi di destinare le proprie ricchezze ai bisogni della famiglia è stata strutturata dalla riforma del 1975 «in relazione alle [...] sostanze e alla [...] capacità di lavoro professionale o casalingo» di ciascuno degli sposi, e non piuttosto secondo un parametro di distribuzione paritaria che pure avrebbe potuto essere adottato in omaggio ad una astratta visione egualitaria degli apporti di ciascuno.

Il dovere di contribuzione di cui all'art. 143 cod. civ., rappresenta, come opportunamente indicato in letteratura, il regime patrimoniale

¹⁴ In argomento è d'obbligo il riferimento al fondamentale saggio di FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 609 ss., ove si mette nitidamente in luce come il dovere di contribuzione sia «espressione del principio di solidarietà coniugale», segnalandosi altresì come esso sia lo strumento individuato dal legislatore per dare «attuazione giuridica, nell'ambito dei rapporti patrimoniali, [ad] entrambi i valori fondamentali, della unità della famiglia e della eguaglianza dei coniugi» (p. 614).

Sulla solidarietà nell'ambito della famiglia v. altresì, tra i tanti, CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, continuato da Mengoni, VI, t. I, sez. 1, Milano, 1979, p. 25 ss.; DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, *ivi*, VI, t. 4, Milano, 1994; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*. Artt. 143-148², in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2012, che alla solidarietà economica tra i coniugi dedica in particolare le p. 105 ss., 224 ss.; VETTORI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Il diritto di famiglia*, II. *Il regime patrimoniale della famiglia*, *Trattato di diritto privato*, diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 1998, p. 1 ss.

primario dei coniugi¹⁵, ed ha in sé la consistenza per costituire un adeguato architrave di diritti e doveri di natura patrimoniale funzionale alla vocazione altruistica della relazione matrimoniale: e ciò indipendentemente dal regime patrimoniale secondario adottato. Invero, pur trovando il suo ideale complemento – almeno nella configurazione datane dal legislatore – nella comunione dei beni (legale *in primis*, ma anche convenzionale), il dovere di contribuzione è in grado di attestare la comunità coniugale nell'alveo della solidarietà costituzionale, pur se accostato al regime patrimoniale secondario in assoluto meno altruistico, qual è la separazione dei beni¹⁶. E ciò – a tacer d'altro – perché tale assetto è frutto dell'accordo delle parti: accordo che è il fondamento della relazione e il suo nutrimento durante tutta la sua evoluzione. La separazione dei beni, pertanto, anche se esprime una visione, in larga misura antitetica rispetto alla comunione legale, di come ciascun coniuge possa cooperare alla creazione della ricchezza dell'altro durante la pienezza del matrimonio, giacché privilegia l'autonomia

¹⁵ Così, in considerazione della futura riforma del 1975, PALERMO, *Ordinamento patrimoniale della famiglia*, in *Sulla riforma del diritto di famiglia*. Seminario diretto dal prof. Francesco Santoro-Passarelli, Padova, 1973, p.239 ss. Sulla formulazione attuale cfr., tra gli altri, BUSNELLI, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, I, p. 32 ss., p. 35; ALAGNA, *Il regime patrimoniale primario della famiglia*, in *Vita not.*, 1977, I, p. 850 ss.; ID., *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*², Milano, 1983, p. 262 ss.; DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 349 ss., p. 359 ss.; VETTORI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, cit., p. 9 ss.; CAVALLARO, *Il "regime primario" della famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, I, *Fonti, soggetti e famiglia*, II, *La famiglia*, Milano, 2009, p. 159 ss.

¹⁶ La separazione dei beni subentra automaticamente alla comunione legale in caso di separazione personale dei coniugi o di divorzio (art. 191 cod. civ.). Segno che per il legislatore tale regime meglio si attaglia dal punto di vista patrimoniale al disfacimento o alla conclamata dissoluzione della relazione affettiva. Tuttavia altro significato può darsi alla sua operatività quando è frutto, come s'è detto nel testo, della scelta libera e concorde dei coniugi, che sentono maggiormente rispondente alla propria visione della vita di coppia – ma non per questo contraria alla solidarietà che la anima – una soluzione che lasci a ciascuno autonomia di acquisti e di incrementi del proprio patrimonio personale. Regime che, com'è ovvio, non impedisce affatto acquisti in comunione (ordinaria) con il coniuge, donazioni o altre attribuzioni gratuite a suo favore.

di ciascuno nella creazione e gestione della propria ricchezza, tuttavia, nel momento in cui viene adottata dagli sposi, rappresenta la configurazione da essi reputata come quella meglio rispondente ai propri interessi individuali e comunitari. Sotto questo punto di vista manifesta una piena coerenza con l'idea dell'uguaglianza quale principio che informa la relazione di coppia, muovendosi nel segno dell'autonomia, del rispetto, della condivisione di un progetto di vita anche dal punto di vista patrimoniale.

Al di là di una simile evenienza, pertanto, in mancanza di una diversa convenzione dei coniugi (ai sensi dell'art. 159 cod. civ.), il codice riformato ha configurato un nesso piuttosto stretto tra il dovere di contribuzione – il regime patrimoniale primario tra i coniugi – e il regime (secondario) di comunione legale in vista della realizzazione di un'ampia solidarietà economica tra i coniugi. La creazione di un patrimonio comune in occasione di acquisti compiuti anche separatamente dagli sposi durante la vigenza del rapporto (art. 177 cod. civ.) costituisce il riconoscimento dell'apporto fornito alla creazione della ricchezza del *partner* dall'altro, che pure – in ipotesi – non effettua l'esborso necessario¹⁷. Ciò si iscrive pienamente in

¹⁷ In estrema sintesi può dirsi che la “filosofia” sottostante alla regola dell'acquisto congiunto anche in mancanza dell'apporto pecuniario dell'altro coniuge o addirittura senza che questi partecipi all'atto acquisitivo, e dunque alla creazione di un patrimonio comune durante la vigenza del matrimonio, sarebbe quella per cui la maggior fortuna economica dell'uno sia frutto del sostegno, della vicinanza, dell'affetto, della dedizione amorevole dell'altro, al quale, dunque, va così una ricompensa per l'importanza del contributo fornito al benessere dell'altro e della famiglia nel suo complesso. Peraltro non va dimenticato che la divisione dei ruoli – casalingo vs. professionale – all'interno del *ménage* è (dovrebbe essere) frutto della scelta tra i *partner*, nel quadro della determinazione dell'indirizzo della vita comune e dei modi in cui ciascuno fornisce il proprio contributo ai sensi degli artt. 143 e 144 cod. civ. Se così è, è difficile condividere *toto corde* la giustificazione spesso addotta in giurisprudenza per riconoscere l'assegno di divorzio al coniuge che non abbia intrapreso attività lavorative “esterne”, ma si sia dedicato lungamente alla vita domestica, di dover ricompensare “sacrifici e rinunce” patiti nel corso della vita matrimoniale. Ovviamente non può generalizzarsi e non v'è dubbio che le pronunce si basino su un'attenta e prudente valutazione del caso concreto. Tuttavia non può operarsi per preconcetti e dimenticare che il coniuge che si è “sacrificato” ha scelto volontariamente di farlo, sulla base dell'accordo di vita con l'altro; che nella pienezza del rapporto esistono

una funzione promozionale del coniuge economicamente meno attrezzato (in attuazione dei principî costituzionali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale) e che, durante l'arco del matrimonio, ha riversato le proprie energie lavorative in via prevalente o assoluta all'interno della famiglia. Va rimarcato che nell'assetto disegnato dal legislatore la possibilità che il regime di comunione legale non operi è rimessa all'*accordo* degli sposi («in mancanza di diversa convenzione»: art. 162 cod. civ.), giacché solo grazie ad esso può essere adottato un regime (secondario) differente.

L'operatività del parametro contributivo si alimenta, nel concreto dispiegarsi della relazione, nella reciprocità che sussiste tra le situazioni soggettive intestate ai coniugi a mente dell'art. 143 cod. civ.. Reciprocità che, almeno nella sua astratta operatività, garantisce la possibilità di un flusso in senso inverso a favore del coniuge che si trova a sopperire in tutto o in misura preponderante alle esigenze del *ménage*, ove mai si presentasse siffatta necessità nei suoi confronti. In ogni caso l'indeterminatezza della prestazione nell'*an*, nel *quantum*, nella gittata temporale dovrebbe trovare un elemento di definizione nell'autoresponsabilità della parte bisognosa di assistenza (morale e/o materiale), la quale – a questa stregua – dovrebbe appoggiarsi al coniuge nella misura in cui non sia in grado di provvedere autonomamente e/o di far fronte alla situazione di difficoltà nella quale si trova. Situazione che il *partner* ben conosce e i cui effetti verosimilmente sperimenta nello svolgimento della vita in comune.

Com'è noto – ed è questo il punto che qui specificamente interessa – il dovere di contribuzione è l'elemento che, a mo' di *continuum*, permane quando il rapporto affettivo entra nella fase patologica formalizzata che è la separazione legale. Il dovere in

gratificazioni non commensurabili in moneta per le azioni altruistiche poste in essere (espressioni di amore, affetto, sintonia di vedute nella vita di coppia); che la scelta di non svolgere attività esterna può diventare un *habitus* e non più una necessità del *ménage* dopo un certo tempo o una volta superata una fase particolarmente critica della vita del *partner* e/o della coppia; che ove l'insoddisfazione e il senso di frustrazione fossero stati insopportabili, si sarebbe potuto rivedere la scelta a suo tempo condivisa e esplorare nuove esperienze individuali e familiari.

parola si protrae, pertanto, pur con le inevitabili trasformazioni dovute alla rottura della convivenza e allo stato di quiescenza che interviene nel rapporto, con specifico riferimento ai diritti e doveri di fedeltà, assistenza, collaborazione.

4. Segue: *la solidarietà coniugale nell'intervenuta crisi della coppia.*

La separazione personale segna una vistosa trasformazione della coppia derivante dal disfacimento della comunità affettiva e sessuale, della sfera spirituale, della condivisione dei luoghi, primo tra tutti la casa familiare, delle abitudini e degli impegni, dalla sterilizzazione – che molte volte è ormai irrimediabile interruzione – del progetto di vita a suo tempo intrapreso.

Come indica l'etimologia del termine, la separazione determina non soltanto una divisione, un distacco, tra due entità prima conchiuse, bensì anche la costituzione di nuove unità, di nuove autonomie, ciascuna delle quali appronta se stessa, disgiungendo la propria parte dalla precedente unità¹⁸.

L'attenzione del legislatore si concentra sui profili economici della trasformata relazione matrimoniale, sancendo il diritto del coniuge che non abbia *adeguati* redditi proprî a ricevere dall'altro «quanto è necessario al suo *mantenimento*», e demandando al giudice la determinazione dell'entità di detta prestazione «in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato» (art. 156 cod. civ.). Nel diritto applicato il parametro di riferimento è individuato nel tenore di vita concordato dai coniugi, ai sensi dell'art. 144 cod. civ., in quanto espressione dell'indirizzo della vita in comune prescelto e che si è dispiegato durante la pienezza del rapporto amoroso. E ciò, come si ricava retrospettivamente, grazie all'apporto patrimoniale del coniuge economicamente più attrezzato.

L'intervenuta separazione personale incide altresì, sul regime patrimoniale (secondario) di comunione eventualmente instaurato, che si scioglie, come s'è accennato, nel momento in cui i coniugi

¹⁸ CORTELLAZZO e ZOLLI, voce «separare», in *Dizionario etimologico della lingua italiana*, vol. 5/s-z, Bologna, 1988, p. 1182 s., ove la derivazione dal latino *separāre*, «comp. di *sē(d)*- 'via' e *parāre* 'apprestare'».

sono autorizzati dal presidente del tribunale a vivere separati, ovvero dalla sottoscrizione del verbale di separazione consensuale dinanzi al presidente, se omologato (art. 191 cod. civ.)¹⁹. Tale aspetto, ossia la sistemazione dei rapporti patrimoniali della coppia dopo la rottura sentimentale nel quadro e nel tempo della separazione personale, al quale non è possibile dedicare maggiori considerazioni dati i limiti di questo contributo, è però assai significativo nell'ambito della patologia del matrimonio. La vicenda costituisce uno dei punti di maggior frizione della coppia disgregata, e la sua definizione comporta spesso un sensibile allungamento del procedimento per la forte conflittualità che si accende. Anche per tali ragioni il legislatore ha – con scelta di politica del diritto ampiamente condivisibile – impresso una forte spinta verso soluzioni concordate della crisi coniugale, anche con il ricorso alla mediazione familiare, in un'ottica, quindi, di valorizzazione dell'accordo dei coniugi nella gestione della fase patologica del rapporto²⁰, con indubbi effetti

¹⁹ Sullo scioglimento della comunione legale e sull'influenza delle vicende personali della coppia v., nella letteratura più recente, AMAGLIANI, *Sub art. 191*, in *Della famiglia*, a cura di Di Rosa, *artt. 74-230-ter* *², nel *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli., Milano, 2018, p. 1456 ss., spec. p. 1481 ss.

²⁰ Il riferimento è all'introduzione, con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162) recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», di forme per così dire “stragiudiziali” di separazione consensuale, di divorzio congiunto e di modifica delle condizioni dell'una e dell'altro tramite la negoziazione assistita da avvocati o l'accordo raggiunto direttamente delle parti innanzi all'ufficiale dello stato civile (artt. 6 e 12). L'accordo raggiunto a seguito della convenzione di negoziazione assistita (art. 6) e l'accordo innanzi al sindaco quale ufficiale dello stato civile (art. 12) producono gli effetti e tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

In argomento cfr. BARGELLI, *L'accordo dei coniugi nella negoziazione assistita e nel procedimento municipale: il divorzio per mutuo consenso fa il suo ingresso nell'ordinamento*, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da Zatti, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2018, p. 269 ss.; CALOGERO, *I procedimenti di negoziazione assistita e la crisi della coppia senza figli o con figli non autosufficienti*, *ivi*, p. 293 ss.; ID., *Negoziazione assistita familiare: poteri del Procuratore della Repubblica*

deflattivi del contenzioso giudiziale e di tendenziale stabilità dell'assetto patrimoniale raggiunto pattiziamente.

La solidarietà economica residua, pertanto, nella forma dell'eventuale assegno di mantenimento, ove ne sussistano i presupposti (art. 156, comma 1 e 2, cod. civ.), e dell'obbligazione alimentare, ove – anche stavolta – se ne diano le condizioni (combinato disposto degli artt. 156, 3° comma e 433, n. 1, cod. civ.).

Il fondamento razionale di dette previsioni sta nella circostanza che la qualità di coniuge permane, sicché la solidarietà – trasfigurata, o eventualmente neutralizzata, qualora lo sposo possieda adeguati redditi propri – continua a permeare la perdurante, ma anch'essa trasfigurata, comunità intermedia. La medesima ragione giustifica quella forma traslata e, per così dire, finale, di solidarietà economica endofamiliare che si manifesta in ambito successorio con l'attribuzione al coniuge superstite, anche se legalmente separato (salvo che non sia incorso nella pronuncia di addebito ai sensi dell'art. 156, 1° comma), del diritto a succedere all'altro, premorto, come erede legittimo (art. 565) e/o legittimario (art. 536)²¹.

5. La solidarietà post-coniugale. Un primo confronto.

Prima di passare alle conseguenze dello scioglimento del matrimonio, è bene riflettere sulla circostanza che il rapporto coniugale, così disegnato nei suoi tratti essenziali, nel suo concreto svolgimento può presentare incrinature, situazioni patologiche, momenti di crisi; in breve: deviazioni dall'ordinata, fisiologica dinamica relazionale concepita dalla legge e verosimilmente

e del Presidente del Tribunale, nota a Trib. Roma, sez. I, decr. 2 maggio 2017, in *Giur. it.*, 10/2018, p. 2110 ss. (ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche); A. ASTONE, *Il procedimento municipale di separazione e divorzio*, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da Zatti, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2018, p. 327 ss.; BASILE, *La modifica consensuale delle condizioni di separazione o di divorzio*, *ivi*, p. 343 ss.

²¹ Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*⁶, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, continuato da Mengoni, XLIII, 1, Milano, 1999, p. 145 ss.; ID., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*⁴, *ivi*, LXIII, 2, Milano, 2000, p. 164 ss.

auspicata dai suoi protagonisti al momento della costituzione del vincolo. Così, con riferimento alle riflessioni ora svolte, si potrebbe verificare un più o meno ampio e reiterato fenomeno di imposizione della volontà di un componente della coppia sull'altro, venendosi a realizzare, in via di fatto, una condizione di supremazia sul *partner*, le cui esigenze e/o aspirazioni vengono neglette o frustrate. Queste vicende "avverse" possono non sfociare in una crisi manifesta che evidenzia l'esaurimento o la tendenzialmente irrimediabile cessazione dell'*affectio coniugalis*. In tali situazioni, tuttavia, le decisioni assunte nell'ambito del *ménage* solo apparentemente sono frutto di un *in idem sentire* – di quella regola dell'accordo che permea, nella visione del legislatore, la vita coniugale scandendone le scelte fondamentali (art. 144 cod. civ.) in coerenza con i principi costituzionali di uguaglianza e di pari dignità – e le condotte che ne sono attuazione possono configurarsi in spregio dei ricordati canoni di solidarietà e altrui rispetto. Tuttavia, prescindendo dalle ipotesi di violazione dei diritti fondamentali della persona contemplate nella normativa sugli abusi familiari (art. 342-*bis* cod. civ.), laddove l'un coniuge assuma una posizione di perdurante tolleranza per le condotte lesive dell'altro, che più o meno sistematicamente omette di osservare i precetti di uguaglianza, pari dignità, rispetto della identità e personalità altrui, solidarietà, e/o violi i doveri che discendono dal matrimonio, la relazione coniugale resterà fuori dai radar dell'ordinamento e veleggerà verso il suo naturale esaurimento²².

Andando, quindi, alla dissoluzione del matrimonio (e al ruolo e all'estensione dell'autonomia privata nel governo dei suoi effetti), è forse scontato premettere che il vincolo coniugale, come ogni

²² In altri termini, il coniuge (debole?), che consente sistematicamente la compromissione della sua sfera individuale, delle sue aspirazioni, del dispiegamento della propria personalità sia sul piano squisitamente morale sia su quello patrimoniale, sceglie di non trasferire la crisi della coppia dal piano del mero fatto a quello formale, e finisce per asseverare uno spostamento a proprio detrimento degli equilibri interni al rapporto. Allo stesso tempo consolida in foro esterno la (divergente) sussistenza di una perdurante condivisione del progetto di vita coniugale e della sua concorde attuazione su tutti i versanti interessati.

relazione rilevante tra soggetti di diritto, «ha in sé la determinazione ad estinguersi»²³.

Il fenomeno si ricollega nel nostro ordinamento a due ipotesi: la morte di uno dei coniugi o il verificarsi di «altri casi previsti dalla legge», secondo l'evocativa formula dell'art. 149 cod. civ., i quali si sostanziano nella fattispecie di matrice volontaristica del cosiddetto divorzio²⁴, disciplinato dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898.

L'art. 149 cod. civ. induce a vedere nello scioglimento del matrimonio²⁵ un fenomeno unitario quanto agli effetti e diversificato soltanto per le evenienze che ne stanno alla base: una naturale, la morte; l'altra volontaria, il divorzio²⁶. Ed invero, indipendentemente dalla sua matrice, la cessazione del vincolo significa anzitutto perdita dello *status* coniugale e acquisto di quello libero, assunzione di una nuova identità personale (sociale, affettiva, sessuale), fine di un percorso di vita materiale e spirituale comune, scelte individuali e non più concordate in ordine alla propria esistenza (autonomia vs. accordo), estinzione dei diritti e doveri reciproci che nascono dal matrimonio (fedeltà, assistenza, collaborazione, coabitazione, con l'eccezione – ed è il tema di queste note – della contribuzione).

In sintesi, vengono recisi gli effetti personalissimi del matrimonio: la comunità intermedia costituita tra i due sposi si estingue, le due sfere giuridiche tornano autonome, ciascuno riacquista lo stato libero e può contrarre una nuova unione (coniugale o civile tra persone dello stesso sesso). Lo scioglimento si riflette pure sugli aspetti materiali della vita di coppia, precludendo il ripristino delle situazioni di collaborazione,

²³ REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it., Milano, 1990, p. 49.

²⁴ Termine, com'è noto, poco gradito al legislatore, che nella legge che lo ha introdotto gli preferisce la locuzione «scioglimento del matrimonio» o «cessazione degli effetti civili» conseguenti alla trascrizione del matrimonio: artt. 1 e 2.

²⁵ O cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario e delle confessioni religiose con cui lo Stato italiano ha siglato intese.

²⁶ Per brevità riconduciamo alla volontà, sia pure non espressa nell'istanza di divorzio o nei procedimenti di degiurisdizionalizzazione di cui al d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162, anche l'ipotesi della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi.

coabitazione, assistenza che caratterizzano la fisiologia della “vita insieme” e che erano state “sterilizzate” con la separazione personale, che normalmente precede, secondo quanto disposto all’art. 3 l. div.

Per quanto concerne più propriamente i profili economici, anche questi già interessati (e significativamente modificati) dalla separazione personale (ove intervenuta: v. § precedente e anche *infra*, § 6), il divorzio incide sui regimi patrimoniali secondari, che trovano nella celebrazione del matrimonio la ragione prima della loro venuta ad esistenza e dunque simmetricamente nel suo scioglimento una causa di dissoluzione, con l’eventuale limitata eccezione del fondo patrimoniale²⁷. Travolge pure la partecipazione del coniuge all’impresa familiare, con i diritti conseguenti ai sensi dell’art. 230-*bis* cod. civ.²⁸. Può residuare, invece, e su questo si concentreranno le considerazioni successive, a carico di uno dei due (*ex*) coniugi l’obbligazione di prestare all’altro un assegno, quale espressione della cosiddetta solidarietà post-coniugale²⁹.

Non può considerarsi in discontinuità la vicenda ereditaria, giacché nell’un caso (estinzione del vincolo in conseguenza della morte) il superstite riveste la qualità di coniuge, presupposta dalla legge per attribuirgli diritti successori. Come già segnalato (§ precedente), il legislatore tiene conto qui che il vincolo è stato reciso

²⁷ Per il fondo patrimoniale, laddove vi sia prole minore nel momento in cui si verifica una causa di cessazione (costituita, com’è noto, dall’annullamento o dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio), si prevede l’allungamento della durata del fondo fino al compimento della maggiore età dell’ultimo figlio: art. 171 cod. civ.

²⁸ In argomento cfr. in maniera puntuale, DI ROSA, sub *art. 230 bis*, in *Della famiglia*, a cura di Di Rosa, *artt. 74-230-ter*², nel *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Milano, 2018, p. 1678 ss., spec. p. 1724 ss. Cfr. altresì PALMERI, *Del regime patrimoniale della famiglia*, tomo II, *Art. 230 bis*, nel *Commentari del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2004, p. 125 ss.

Più in generale, per un quadro relativo a questo e ad altri profili (prevalentemente) di ordine patrimoniale che emergono nella crisi della coppia v., di recente, BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 1, 2020, p. 31 ss.

²⁹ In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*⁶, Milano, 2017, p. 279, p. 283.

per una causa ineluttabile e gli attribuisce così continuità sul piano patrimoniale. Non a caso il *proprium* della posizione del coniuge superstite, ciò che staglia la sua figura rispetto a tutti gli altri eredi legittimi e/o necessari, è l'attribuzione del diritto di abitazione sulla casa familiare e sui mobili che la corredano se di proprietà del defunto (o comuni): fattispecie che evidenzia la particolare attenzione del legislatore al vissuto di coppia³⁰. Al sopraggiungere del divorzio, invece, la perdita della qualità di coniuge elimina in radice il presupposto per la delazione dell'*ex partner*³¹.

Pertanto, il principale elemento discretivo dello scioglimento volontario del matrimonio da quello per morte sta nell'obbligo di corresponsione periodica dell'assegno divorzile contemplato ai commi da 6 a 10 dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970, nel testo riformato dalla legge 6 marzo 1987, n. 74³².

³⁰ Lo evidenzia nitidamente Corte Cost., 18-26 maggio 1989, n. 310, in *G.U.*, 31 maggio 1989, n. 22, 1^a s.s., che sottolinea come «oggetto della tutela dell'art. 540, secondo comma, non è il bisogno dell'alloggio (che da questa norma riceve protezione solo in via indiretta ed eventuale), ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio»: punto 3 del Considerato in diritto.

³¹ In punto di fatto può rimarcarsi come la volontà di garantire una tutela in sede successoria stia alla base della scelta non infrequente di coniugi separati (senza addebito) per così dire di lungo corso di non sciogliere il matrimonio pur avendo di fatto e irrevocabilmente intrapreso percorsi di vita divergenti.

³² Altra differenza riguarda, com'è noto, soltanto la donna, la quale, diversamente dalla vedova che lo mantiene fino ad eventuali nuove nozze (art. 143-*bis* cod. civ.), perde il cognome maritale, salvo che non venga autorizzata dal tribunale a conservarlo laddove sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela (art. 5, commi 2 e 4, l. div.).

Per una efficace sintesi del dibattito dottrinale e giurisprudenziale immediatamente successivo alla riforma del 1987, che ha modificato tra l'altro, proprio le previsioni dell'art. 5, l. n. 898/1970 sull'assegno di divorzio v. QUADRI, «Divorzio nel diritto civile e internazionale», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 508 ss., spec. p. 537 ss.

Si tratta, com'è noto, di una conseguenza che discende dalla legge e che determina una sorta di ultrattività del vincolo, sia pure sotto un profilo squisitamente economico³³.

Sovrastando la scelta dei coniugi di estinguere il rapporto costituito con il matrimonio e così far divergere per il futuro le rispettive esistenze e il proprio percorso di vita, al ricorrere di determinate condizioni che sono – a stare al tenore letterale della previsione – la mancanza nel beneficiario di «mezzi adeguati» o comunque la sua impossibilità di «procurarseli per ragioni oggettive»³⁴ nonché (in successiva battuta) altre circostanze di cui

³³ Si parla in proposito di solidarietà post-coniugale (il riferimento è sempre a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*⁶, cit., il quale in maniera non del tutto lineare indica che il diritto all'assegno divorzile non si radica nel diritto all'assistenza materiale di cui all'art. 143 cod. civ.: p. 285 s.), ma forse si potrebbe dire meglio trans-coniugale, visto che il legislatore trasla un legame non più esistente in una realtà nuova, nella quale non avrebbe più ragione di esistere, tenuto conto che lo scioglimento è dipeso dalla volontà degli sposi al verificarsi di una delle cause contemplate all'art. 3 della l. n. 898/1970.

³⁴ È noto che l'interpretazione dell'enunciato, pur nella lettera attuale, non modificata dalla riforma del 1987, ha subito importanti evoluzioni, scandite nel diritto vivente da altrettanto epocali arresti delle sezioni unite della Suprema Corte (limitandoci al periodo successivo al 1987, Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 112 ss., con nota di QUADRI, *Assegnazione e quantificazione dell'assegno di divorzio*, ha accolto una concezione squisitamente assistenziale dell'assegno in parola; mentre Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss., con note di CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»* e di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, ha individuato una funzione composita, assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, dell'assegno divorzile) e da talune significative puntualizzazioni della Consulta (Corte Cost., 19-31 luglio 1989, n. 472, in *G.U.*, 9 agosto 1989, n. 32, 1^a s.s., sui tratti distintivi tra assegno di mantenimento e assegno divorzile; Corte Cost., 27 gennaio-11 febbraio 2015, n. 11, in *G.U.*, 11 febbraio 2015, n. 6, 1^a s.s., che, nel respingere la lettura proposta dal giudice *a quo*, secondo cui l'assegno divorzile varrebbe a garantire all'ex coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ha sottolineato, richiamando la giurisprudenza di legittimità, che costituisce il principale formante del cosiddetto diritto vivente, che «il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio *non* costituisce l'unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull'assegno divorzile»), e verosimilmente non è ancora pervenuta ad un conclusivo

subordinatamente tener conto e che concernono la vicenda matrimoniale ormai alle spalle e ciò che ne è risultato³⁵, il legislatore impone ad uno dei coniugi l'obbligazione in parola, presidiandone l'adempimento con mezzi di tutela preventivi e successivi (art. 8 l. div.)³⁶.

Non essendo il caso di ripercorrerne la disciplina, anche perché fin troppo nota al lettore, dell'assegno divorzile merita qui evidenziare come sia assai circoscritto il ruolo dell'autonomia privata al riguardo. Il che rafforza l'idea che si tratti di una figura peculiare, che evidenzia tratti di significativa discontinuità rispetto alle espressioni della solidarietà (intra-)coniugale rappresentate dalle

assestamento. E ciò sia per le striscianti incrostazioni ideologiche e i preconcetti che inevitabilmente accompagnano l'attività ermeneutica, sia per l'inveterato approccio degli interpreti a leggere le novità legislative con gli occhi rivolti al passato (probabilmente taluni fraintendimenti nell'esegesi degli enunciati sull'assegno di divorzio, quale, ad es., la contaminazione di criteri nella visione "bifasica" dell'*an* e del *quantum*, sono da ricollegare ad un più o meno inconsapevole perdurante riferimento alla formulazione originaria dell'art. 5), alle evoluzioni del sentire sociale e al modo in cui esse vengono recepite e tradotte nel diritto applicato. Un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale che giunge a tempi relativamente recenti è offerta da SCHIRÒ, *Attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio: un lungo percorso giurisprudenziale*, in *Fam. dir.*, 10, 2019, p. 921 ss.

³⁵ Segnatamente, le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, il reddito di entrambi, valutando tutti i detti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio: art. 5, comma 6, l. n. 898/1970.

Nella sua formulazione originaria l'allora 4 comma dell'art. 5 suonava così: «Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione».

³⁶ In giurisprudenza v. Corte Cost., 2-21 gennaio 2000, n. 17, in *G.U.*, 26 gennaio 2000, n. 4, 1^a s.s., che ha ritenuto estensibile in via interpretativa il privilegio generale sui beni mobili del debitore al credito di mantenimento del coniuge separato o divorziato.

prestazioni eseguite in attuazione dell'obbligo di contribuzione durante la pienezza del rapporto di coppia, o a quelle che possono darsi in caso di separazione personale, e che consistono nell'assegno di mantenimento o nella prestazione degli alimenti (sul punto v. anche § 6).

La circoscritta rilevanza dell'autonomia privata emerge anzitutto nella circostanza che il diritto all'assegno sorge *ex lege* in presenza dei presupposti sopra ricordati e – come detto – in contrasto con la scelta dei coniugi di dissolvere il proprio legame. In secondo luogo va considerato che pure l'estinzione dell'obbligazione in parola non è rimessa all'accordo delle parti, ma individuata dal legislatore al ricorrere di un evento futuro e incerto, appannaggio della sola potestà del creditore, che è la celebrazione di sue nuove nozze (art. 5, comma 10, l. div.). A quest'ultimo riguardo per inciso va rammentato come nel diritto applicato si sia trovato un argine a diffuse pratiche opportunistiche di *ex* coniugi che, pur di non vedersi privati dell'assegno divorzile, non intendono formalizzare un'unione affettiva dotata di caratteri di serietà e stabilità. I giudici hanno adottato un'interpretazione estensiva della previsione richiamata, per cui la corresponsione viene fatta cessare pure con l'instaurazione di una relazione di coppia anche se non assume la veste del matrimonio (o di unione civile)³⁷.

³⁷ In proposito cfr. Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Foro it.*, 2015, I, c. 1527 ss., con nota di G. CASABURI. L'indirizzo tra trovato conferma ancora di recente in Cass., Sez. VI, ord. 16 ottobre 2020, n. 22604, in *Fam. dir.*, 3, 2021, p. 266 s., con nota di C. RIMINI, *Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno*. Tuttavia nel dicembre 2020 la prima sezione civile della Corte di cassazione (ord. 17 dicembre 2020, n. 28995, *ivi*, p. 267 ss., seguita dalla richiamata nota di commento di C. RIMINI) ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale sottoposizione alle sezioni unite, la questione se l'accertamento inequivoco dell'instaurazione di una stabile e duratura unione di fatto porti automaticamente all'estinzione del diritto all'assegno divorzile ovvero se, valorizzando la finalità compensativa che, nell'interpretazione invalsa a seguito di Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287 (vedila, tra i numerosissimi, in *Giur. it.*, 8-9/2018, p. 1843 ss., con nota di RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*) sostiene l'obbligo di tale corresponsione periodica, non si debba ipotizzare una permanenza, sia pur rimodulata, della prestazione a favore dell'*ex* coniuge.

L'ammontare della prestazione periodica e le modalità della sua esecuzione sono anch'essi determinati dal tribunale sulla base di quanto dispone il comma 6 dell'art. 5³⁸; possono subire una rimodulazione solamente al sopravvenire di giustificati motivi (art. 9) e sempre ad opera dell'autorità giudiziaria³⁹.

Invero, anche nell'ipotesi di cui al comma 8 dell'art. 5, l. n. 898/1970 e che rappresenta quella in cui massimamente si dispiega il potere regolativo dei *cives* in tema di assegno divorzile, ossia la cosiddetta corresponsione *una tantum*, l'accordo delle parti non è sufficiente a definire una vicenda che pure sta tutta nel perimetro degli interessi di soggetti privati, pienamente capaci e non bisognosi di particolare protezione da parte dell'ordinamento. L'efficacia di una simile pattuizione è subordinata, infatti, al positivo vaglio del tribunale in ordine alla sua *equità*⁴⁰.

³⁸ Nella lettura oggi invalsa, a seguito della pronuncia delle sezioni unite del S.C. n. 18287 del 2018, gli elementi scolpiti dal legislatore come circostanze di cui il giudice deve "tener conto" per valutare complessivamente la situazione dei coniugi *durante* il matrimonio, entrano a far parte delle "ragioni" dell'attribuzione dell'assegno – e non anche o soltanto della sua misura – unitamente agli estremi che sembrerebbero da soli giustificare il riconoscimento, ossia l'assenza di mezzi adeguati e/o l'oggettiva impossibilità di procurarseli da parte del beneficiario.

³⁹ Salvo quanto ora consentito dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162) in tema di "degiurisdizionalizzazione" (*supra*, nota 19), la quale contempla l'ipotesi di accordi di «modifica delle condizioni di [...] divorzio», che possono essere conclusi sia in sede di negoziazione assistita (art. 6), sia innanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 12). Sul punto v. anche nota 40.

⁴⁰ In argomento cfr. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, in *Contratti*, 4/1996, p. 401 ss., il quale sul punto parla di assenza di efficacia nell'accordo che non abbia conseguito l'omologazione del tribunale. Alcuni inquadra, invece, il (positivo) vaglio dell'autorità giudiziaria come condizione di validità dell'accordo: AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, nota a Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2017, I, p. 535 ss., p. 540. Da alcuni interpreti il controllo del tribunale sull'equità della predetta pattuizione è stato ancorato al divieto dei coniugi di disporre dei diritti e dei doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio di cui all'art. 160 cod. civ.: in questo senso RIMINI, RAZZARI, *Sub art. 5, legge 1.12.1970, n. 898*, nel *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli. *Della famiglia*, a cura di Di Rosa, *Leggi complementari*², Milano, 2018, p. 113 ss., spec. p. 142

La singolarità di siffatto scrutinio circa la rispondenza della pattuizione assunta liberamente dai coniugi ad un imponderabile e sfuggente parametro di equità⁴¹ appare sol che si ponga mente alla duplice circostanza che esso verte sull'assetto che due privati, normalmente capaci di autodeterminarsi, intendono dare ai propri interessi di natura squisitamente patrimoniale; e che un simile controllo non viene contemplato dall'ordinamento nemmeno nel contesto dell'accordo di separazione personale, ove la verifica dell'autorità giudiziaria è a presidio unicamente degli interessi morali e materiali della prole (art. 158, cpv., cod. civ.) e non certo di quelli dei coniugi. Contrariamente a quanto reputato da alcuni interpreti, (pur) con comprensibile scetticismo sulle scelte del legislatore, non pare allora plausibile rinvenire la giustificazione dello scrutinio in esame nel divieto dei coniugi di derogare ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio di cui all'art. 160 cod. civ. E ciò già solo per il fatto che ciò avviene nel contesto di una sentenza che

ss. Gli AA. segnalano tuttavia sia la vetustà della sottostante visione legislativa legata al carattere esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile, sia le difficoltà applicative della previsione, che dà luogo a prassi variegate il cui tratto unificante è la tendenza delle corti a sottrarsi dal procedere allo scrutinio in parola, riconoscendo piena valenza all'accordo dei coniugi.

Tra coloro che si esprimono a favore di una più ampia valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata al riguardo, ad es., ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, t. I, p. 159 ss., spec. p. 423 ss.

⁴¹ Non è chiaro poi a cosa si debba commisurare questa equità: in dottrina in questo senso RIMINI e RAZZARI, *Sub art. 5*, legge 1.12.1970, n. 898, cit., p. 144 ss. Nella recente giurisprudenza di legittimità traccia un collegamento con i parametri individuati al comma 6° per la corresponsione dell'assegno periodico, invece, Cass., sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3662, in *Ifamiliarista.it*, 29 aprile 2020, con nota di MONTALCINI, secondo cui «il parametro di controllo del giudice di merito rispetto alla somma individuata dalle parti è costituito dall'idoneità dell'assegno versato in questa forma [*una tantum*] a soddisfare congruamente, in un'unica soluzione piuttosto che tramite assegni periodici, l'esigenza del coniuge beneficiario di veder superata l'inadeguatezza dei mezzi di sussistenza a sua disposizione o l'impossibilità di procurarsi gli stessi per ragioni oggettive attraverso una elargizione quantificata secondo la funzione equilibratrice-perequativa» indicata dalle sezioni unite del S.C. nella nota decisione n. 18287 del 2018. Per un diverso approccio, nella giurisprudenza più risalente cfr. Trib. Verona, 30 giugno 2000, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 598 ss.

ne determina la dissoluzione e che pertanto, sia concessa una locuzione gergale, non si può far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta.

La norma in discussione appare piuttosto espressione di un atteggiamento paternalista e iperprotettivo del legislatore, che sottrae al dominio dei coniugi la determinazione dell'assetto dei loro interessi patrimoniali in un tempo in cui non sono più uniti in matrimonio e dunque intendono segnare una definitiva cesura del loro fallito rapporto amoroso, escludendo qualsiasi ulteriore strascico di natura economica. In tal modo il *conditor iuris* finisce per sottintendere che mentre i coniugi sono stati in grado di liberamente pattuire l'assetto patrimoniale del loro *ménage*, non sono altrettanto capaci di apprezzare i propri interessi economici all'atto della dissoluzione del matrimonio e conseguentemente di decidere in piena autonomia i termini della corresponsione in unica soluzione dell'assegno di divorzio.

Ma tant'è. La previsione conferma all'interprete che in materia di assegno di divorzio la legge n. 898/1970 consente ai *partner* solo marginali spazi di autoregolamentazione dei propri interessi⁴².

⁴² Come detto, una maggiore apertura all'autonomia privata in ordine alle modifiche delle condizioni inerenti ai rapporti economici del divorzio è stata attuata dal legislatore speciale nel quadro dei provvedimenti deflattivi del contenzioso giurisdizionale di cui al d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (*supra*, nota 19), pur se nel procedimento innanzi al Sindaco non sono consentiti patti di trasferimento patrimoniale. La giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Foro it.*, 2016, III, c. 636 ss., con nota di CASABURI; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2017, I, p. 535 ss., con nota di AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*) ha precisato che il divieto dei patti di trasferimento patrimoniale contemplato all'art. 12 del richiamato testo legislativo debba ritenersi limitato ai soli accordi traslativi della proprietà o di altro diritto reale su un bene determinato o di altri diritti, consistenti nella previsione di un assegno *una tantum*; mentre ha aperto alla possibilità che le parti concordino il riconoscimento di un assegno di mantenimento o divorzile. In dottrina, per un'apertura a modifiche pattizie dell'accordo con cui si sia convenuto l'assegno *una tantum* v. BASILE, *La modifica consensuale delle condizioni di separazione o di divorzio*, cit., p. 351; *contra* AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, nota a Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, cit., il quale esclude che con

La corresponsione patrimoniale da un *ex* coniuge all'altro, pur nella diversità di modi e anche di regole tra le due ipotesi dell'assegno periodico e di quello *una tantum*⁴³, si configura, pertanto, come un'obbligazione *ex lege*, che sorge – stando alla lettera dell'art. 5 l. div. – in presenza di un imprescindibile presupposto oggettivo, consistente nell'assenza, in capo al (*ex*) coniuge beneficiario, di mezzi adeguati o⁴⁴ nell'oggettiva impossibilità di procurarseli, e di altri, da apprezzare se e in quanto rilevanti ai fini della decisione del giudice, relativi alla storia comune della coppia – ma ormai tramontata, giacché il vincolo si è definitivamente dissolto – e a come questa abbia inciso sull'attuale assetto patrimoniale e reddituale di ciascun *partner*.

A prescindere dall'ipotesi della somministrazione *una tantum* di cui al comma 8 dell'art. 5, l. n. 898/1970 di cui s'è appena detto, il *dies ad quem* dell'assegno divorzile è ricavabile solo indirettamente in relazione al venir meno dei presupposti per la sua attribuzione («non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per

l'accordo assunto innanzi all'ufficiale dello stato civile si possa convenire la liquidazione in unica soluzione dell'assegno di divorzio trattandosi di diritti indisponibili delle parti «scaturenti dall'obbligo di solidarietà post-coniugale». Sull'argomento in generale cfr. altresì C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4/2017, p. 812 ss.

⁴³ Messa in luce dalla giurisprudenza costituzionale a proposito della diversa tassazione delle due fattispecie: Corte Cost., Ord., 7-29 marzo 2007, n. 113, in *G.U.*, 4 aprile 2007, n. 14, 1^a s.s., ha precisato, infatti, che «mentre l'assegno periodico è determinato dal giudice in base ai parametri indicati dal comma 6 dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970, con possibilità di revisione (in aumento o in diminuzione), ai sensi dell'art. 9, comma 1, della stessa legge, invece l'assegno versato *una tantum* non corrisponde necessariamente alla capitalizzazione dell'assegno periodico, ma è liberamente concordato dalle parti – sia pure con soggezione al controllo di equità da parte del giudice –, al fine di fissare un definitivo e complessivo assetto degli interessi personali, familiari e patrimoniali dei coniugi, tale da precludere ogni successiva domanda di contenuto economico (comma 8 del citato art. 5)». In precedenza, nello stesso senso e su analoga questione, Corte Cost., ord. 22 novembre-6 dicembre 2001, n. 383, in *G.U.*, 12 dicembre 2001, n. 48, 1^a ss.

⁴⁴ A ben vedere sarebbe preferibile leggere “e”.

ragioni oggettive»), ovvero al verificarsi dell'estremo che segna in ogni caso l'estinzione dell'obbligazione dell'ex coniuge, ossia il passaggio a nuove nozze dell'avente diritto. Entrambe le evenienze, però, sono desumibili *ex post* e ammantate da incertezza, essendo in larga misura (salvo che si sia in presenza delle circostanze oggettive che impediscono di procurarsi mezzi adeguati) governate dalla decisione del creditore, sotto la cui esclusiva sfera di azione ricade l'avverarsi degli eventi indicati. Il che rende la condizione debitoria di fatto scarsamente modificabile, se non in quanto sopraggiungano i «giustificati motivi» che abilitano il tribunale alla revisione delle disposizioni della sentenza relative alla misura e alle modalità del contributo che l'ex coniuge deve corrispondere (art. 9, l. n. 898/1970).

È altresì astrattamente ipotizzabile che il diritto si estingua per venir meno del presupposto che vi sta alla base, e dunque nell'eventualità – remota in fatto ma non da escludere in via logica – di una sopravvenuta disponibilità di «adeguati mezzi» da parte del beneficiario dell'assegno, ovvero dell'intervenuta possibilità di procurarseli. Ovvero ancora di un sopraggiunto depauperamento dell'obbligato, di tale entità da far venir meno la sua superiorità economica rispetto all'ex-coniuge⁴⁵.

Altrimenti l'assegno divorzile si configura come assegno vitalizio⁴⁶.

In tale quadro si radica, pertanto, una solidarietà *extra ordinem*, imposta dall'ordinamento a presidio di uno dei due ex coniugi e a detrimento dell'altro.

Appare necessario stagliare le ragioni e i caratteri della cosiddetta solidarietà post-coniugale nell'attuale quadro ordinamentale. A tal fine è opportuno ripercorrere, sia pur brevemente, le differenze tra tale fattispecie e quella dell'assegno di mantenimento, così da mettere a confronto la solidarietà economica che si dispiega nel matrimonio e quella che prosegue dopo la sua dissoluzione.

6. La solidarietà post-coniugale e le sue epifanie.

⁴⁵ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*⁶, cit., p. 289.

⁴⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*⁶, cit., p. 279.

L'assegno di mantenimento, espressione dell'obbligo di contribuzione in una relazione coniugale "trasformata" dalla separazione personale dei suoi attori, è innescato dalla circostanza che uno di essi si trovi privo di «adeguati redditi propri». Carezza che, nella pienezza del rapporto affettivo, non si è manifestata perché ai bisogni economici del *ménage* – in essi compresi quelli intestabili al singolo *partner* che viene ora sovvenuto – provvedeva in misura preponderante (se non totale) lo sposo patrimonialmente meglio equipaggiato.

La situazione evidenziata dalla separazione genera la traslazione, sotto forma dell'assegno di mantenimento, del contributo economico fornito durante l'armonioso svolgimento del matrimonio dal coniuge con il reddito più elevato. Si tratta di un'obbligazione che deriva dal rapporto amoroso come tangibile espressione della solidarietà che lo informa. Una conseguenza patrimoniale subordinata e, per così dire, necessaria e ineluttabile alle condizioni date.

Da qui due circostanze. La prima è che applicando il canone per cui l'accessorio segue il principale, l'obbligazione di mantenimento potrà (e dovrà, se ve ne sono i presupposti) sussistere finché dura il matrimonio⁴⁷. La seconda è che anche un *vinculum iuris* così intimamente connesso ad aspetti esistenziali come quello in discorso (similmente a quello alimentare: v. anche *infra*) dovrebbe seguire regole e criteri del diritto comune delle obbligazioni, salve le "deviazioni" necessitate dall'essere in "presa diretta" con la sfera personalissima. Di conseguenza, e più specificamente, la liberazione del *solvens* si configura come evenienza connaturata al rapporto obbligatorio, la cui disciplina esibisce in più di un'occasione la tensione all'esaurimento e alla cessazione dello sforzo debitorio (si pensi alla previsione sul pagamento al creditore apparente dell'art. 1189), oltre che al soddisfacimento dell'interesse creditorio. In questo contesto, poi, il precetto di buona fede e correttezza impone al creditore una condotta cooperativa volta a consentire l'esecuzione

⁴⁷ E subirà le trasformazioni che saranno conseguenti alla configurazione del rapporto affettivo. In ipotesi, se i coniugi dovessero riconciliarsi, l'obbligazione di mantenimento cesserebbe immediatamente, in quanto non avrebbe più ragione di essere una volta ricostituita la comunione di vita spirituale e materiale.

della prestazione del debitore e, se possibile, tesa ad alleggerire la sua posizione (il riferimento è alla disciplina sulla *mora credendi* e all'art. 1210 sulla liberazione del debitore dopo il deposito dichiarato valido). Dallo stesso canone può argomentarsi l'obbligo per il titolare della situazione attiva di conservare integre le ragioni del *solvens* circa la venuta ad esistenza dell'evento cui è risolutivamente condizionato il rapporto obbligatorio e così liberarsi.

Nel nostro caso, ciò può valere pure in direzione della caducazione dei presupposti che hanno determinato l'insorgenza del diritto all'assegno di mantenimento e dunque, in senso positivo, la messa in opera di condotte volte a conseguire adeguati redditi propri (arg. ex art. 156 cod. civ.). Circostanze, queste ultime, che, come si dirà anche più avanti, si pongono con maggior forza nell'ipotesi dell'assegno divorzile, giacché detta obbligazione non presenta il nesso di derivazione immediata e diretta dal rapporto coniugale, che esibisce invece l'assegno di mantenimento.

Nell'assegno di divorzio mutano il contesto di riferimento e i presupposti.

Ed invero, per quanto ovvio possa essere, va rimarcato che la formazione sociale-matrimonio non esiste più, nemmeno trasfigurata e prosciugata come avviene nella separazione personale. Questo significa – e qui andiamo ai presupposti – che non si può più attingere alla previsione dell'art. 2 Cost., per derivare doveri di solidarietà tra gli *ex*-coniugi, giacché la previsione richiamata li impone solamente a chi fa parte di un corpo sociale intermedio, e in ragione di siffatta partecipazione. Il nesso tra l'assegno divorzile e il principio costituzionale di solidarietà economica è dunque evanescente e solo remoto, dal momento che affonda su un fatto storicamente esistito ed ormai superato: il matrimonio adesso sciolto.

La volontà, che ha visto il matrimonio come momento di costruzione della personalità e del vissuto individuale e sociale di ciascuno sposo, adesso manca; e manca proprio a causa di una determinazione esattamente contraria a quella originaria. Parimenti cessa la vincolatività – che ha espressioni sul versante patrimoniale – conseguente alla scelta libera e consapevole di dar vita a un

rapporto di coniugio, in cui fatto di sentimento⁴⁸ e fatto economico si mischiano in maniera assolutamente peculiare e inestricabile.

In sostanza, risolto il matrimonio non residua più la comunione materiale e spirituale costruita dagli sposi durante la pienezza del rapporto. Cessano di conserva le manifestazioni di tale comunione, rappresentate dalla coabitazione, assistenza, collaborazione, fedeltà, concorde determinazione dell'indirizzo della vita familiare.

Ci si chiede allora se nel caso dell'assegno di divorzio permanga, sotto diversa forma, il dovere di contribuzione e dunque se residui per questo tramite la solidarietà coniugale.

La risposta appare negativa, oltre che per quanto s'è detto, per le considerazioni che seguono.

Un argomento viene dalla disciplina degli alimenti. Con la perdita dello *status* coniugale cessa la qualità assunta a fondamento della posizione di obbligato del *partner* ai sensi art. 433 cod. civ.. A monte dell'individuazione delle persone obbligate da parte dell'enunciato codicistico sta il postulato legislativo dell'esistenza di sentimenti di altruismo tra i componenti della formazione sociale-famiglia, anche nella compagine allargata disegnata in quella sede, che ricomprende collaterali e affini in linea retta: nella specie, per quel che qui interessa, tra i coniugi. Sicché, una volta venuta meno l'appartenenza, verrà meno anche il dovere di solidarietà⁴⁹.

Pertanto, nel caso dell'assegno di divorzio, se si vuole parlare di solidarietà come fondamento dell'obbligazione che la legge contempla, non si tratterà di solidarietà coniugale in senso proprio, perché il matrimonio non v'è più.

Un secondo argomento emerge dal confronto con la regolamentazione del matrimonio putativo e, segnatamente, con la statuizione dell'art. 129 cod. civ., che prevede una sistemazione dei

⁴⁸ Si riprende qui la categoria falzeiana del *Fatto di sentimento*, di cui all'omonimo saggio che si può leggere in FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*², Milano, 1978, p. 439 ss., e in AA.VV., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, Napoli, 1972, p. 315 ss.

⁴⁹ DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, cit., p. 112 ss.; RIMINI e RAZZARI, *Sub art. 5*, legge 1° 12.1970, n. 898, cit., p. 114. Cfr. altresì VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 4, t. III, Torino, 1982, p. 805 ss.

rapporti economici tra i due coniugi – ove entrambi fossero stati in buona fede – che muove dal duplice presupposto dell'assenza di «adeguati redditi propri» di un *partner* e della sua mancata celebrazione di nuove nozze. Si tratta di un'obbligazione *ex lege*, consistente nella corresponsione periodica – comunque non superiore a tre anni – di una somma di denaro, il cui importo viene determinato dal giudice «in proporzione alle [...] sostanze» dell'obbligato⁵⁰.

La fattispecie presenta talune affinità – e dei tratti di distinzione – con l'assegno di divorzio⁵¹, che aiutano a far luce sulla questione che ci occupa.

Preliminarmente va considerato il contesto (attuale e passato) nel quale vengono apprezzate le posizioni dei soggetti coinvolti. Nell'ipotesi dell'art. 129 cod. civ. debitore e creditore sono soggetti di stato libero e tali sono stati formalmente anche in precedenza, dato il vizio che ha portato alla pronuncia di nullità del matrimonio. Rilievo specifico assume, tuttavia, nell'enunciato in parola la loro buona fede soggettiva, in quanto ignoravano senza colpa la causa di nullità ovvero essa è consistita nella violenza o nel timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi (arg. *ex artt.* 129 e 128). Poiché può verosimilmente supporre che, prima della scoperta della nullità o della cessazione della minaccia o del fatto esterno di eccezionale gravità, tra di essi si sia instaurata *in fatto* una comunione di vita materiale e spirituale *ad instar matrimonii*, essa ha generato condotte corrispondenti a quelle nascenti dal matrimonio, tra cui i doveri di assistenza, di collaborazione e di contribuzione (artt. 143, 144). In tale eventualità, pertanto, può configurarsi la venuta ad esistenza di un'unione affettiva riconducibile all'art. 2 Cost., con i connessi doveri di solidarietà. Una convivenza *more uxorio* evidentemente cessata al momento

⁵⁰ Per una puntuale riflessione sulle figure riconducibili alla solidarietà nella crisi coniugale e a quella post-coniugale – assegno di mantenimento, assegno divorzile e assegno *ex art.* 129 cod. civ. – cfr. NIVARRA, *Il matrimonio putativo e il «matrimonio dichiarato nullo»*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 2, Torino, 1999, p. 966 ss., spec. p. 987 ss.

⁵¹ E altresì con l'assegno di mantenimento di cui all'art. 156 cod. civ.

della pronuncia di cui all'art. 129 cod. civ., che, nel sancire la nullità del matrimonio, ne ha accertato implicitamente la dissoluzione.

Da questo punto di vista la situazione non è così dissimile rispetto a quella contemplata dal comma 6 dell'art. 5, l. div., anche se in quest'ultima ipotesi si è avuto un matrimonio valido, che ha ordinariamente spiegato i suoi effetti.

Quindi si è storicamente realizzata una comunione di vita matrimoniale o para-matrimoniale, da cui sono sorti obblighi reciproci di contribuzione, assistenza materiale, in attuazione del principio costituzionale di solidarietà. Si è attuata quella compenetrazione di sentimenti e ricchezze che, in un flusso continuo e vicendevole, a contenuti ed intensità variabili, caratterizza la comunità coniugale o, nel caso del matrimonio putativo, quella ritenuta tale dalle parti e dallo stesso legislatore⁵². Ciò vuol dire che l'eventuale disparità di condizioni economiche tra i due *partner* in buona fede sarà stata neutralizzata durante il *ménage* vuoi dai maggiori apporti patrimoniali effettuati dall'uno rispetto all'altro in attuazione del dovere di contribuzione, vuoi dagli acquisti eventualmente realizzati in regime di comunione legale o convenzionale, vuoi, ancora, tramite elargizioni spontaneamente eseguite anche in regime di separazione dei beni⁵³. In ogni caso, si è trattato di assetti patrimoniali e personali della vita comune pattuiti e realizzati dai coniugi in coerenza con il principio-guida dell'accordo di cui all'art. 144 cod. civ. Senza trascurare che la crisi successivamente intervenuta nella relazione di coppia – tant'è che si è arrivati alla sentenza di nullità – può essere considerata insieme spia e/o cagione, a seconda del caso concreto, di una divergenza

⁵² Il quale, infatti, vi ricollega gli effetti del matrimonio fino alla sentenza che pronuncia la nullità: art. 128, comma 1, cod. civ.

⁵³ RIMINI e RAZZARI, Sub *art. 5*, legge 1°12.1970, n. 898, cit., p. 138, i quali individuano nelle attribuzioni effettuate *manente vinculo* dal coniuge economicamente più attrezzato a quello più svantaggiato forme di «compensazione per i sacrifici fatti durante il matrimonio», e di cui si dovrà tener conto eventualmente in sede di divorzio.

Sugli strumenti e i limiti della tutela del coniuge economicamente più debole nel nostro ordinamento v. RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. dir.*, 4, 2008, p. 412 ss.

insanabile tra i *partner* sui profili economici della vita in comune o sulle scelte assunte da ciascuno in ordine allo svolgimento di attività produttive di reddito, alla formazione e gestione delle proprie sostanze, ad altri percorsi personali e alle relative ricadute patrimoniali.

Altro tratto di affinità tra le fattispecie in esame concerne i presupposti dell'assegno di cui all'art. 129 cod. civ. Affinché il giudice possa disporre la prestazione pecuniaria in parola è necessario che al momento della pronuncia sussista una disparità economica tra i due *ex* coniugi putativi; disparità il cui elemento di emersione è l'estremo della mancanza di «*adeguati redditi propri*» in uno di essi, accompagnato dalla circostanza che costui non sia passato a nuove nozze e dunque non abbia (ri)costituito una differente comunità intermedia matrimoniale, alla quale riferire le proprie esigenze personali e patrimoniali.

La carenza di «*adeguati redditi propri*» è formula che riecheggia quella individuata all'art. 156 cod. civ. come presupposto per la corresponsione dell'assegno al coniuge separato, commisurata però a parametri differenti quali il reddito dell'obbligato, le «*circostanze*» della fattispecie, e senza limiti temporali predeterminati. La prescrizione si muove, diversamente dall'ipotesi precedente, in un contesto in cui il matrimonio – validamente celebrato – continua a sussistere, pur se fortemente ridimensionato nei suoi effetti.

L'assenza di mezzi adeguati ricorre, poi, nella previsione dell'art. 5, l. div., come estremo che sollecita il riconoscimento del diritto all'assegno divorzile, in concorso con l'ulteriore presupposto dell'oggettiva impossibilità dell'*ex* coniuge di procurarseli, e tenuto conto altresì degli elementi che attengono al vissuto individuale e comune degli *ex* coniugi: condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico di ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio individuale o di quello comune, reddito di entrambi gli *ex* coniugi, durata del matrimonio.

Anche qui, come nell'art. 129 cod. civ., non v'è più il vincolo coniugale e non v'è nemmeno un nuovo diverso matrimonio: estremo individuato dal legislatore in entrambe le fattispecie

considerate come circostanza che determina la definitiva caducazione della pretesa nei riguardi del precedente *partner*.

Emergono, d'altra parte, significativi tratti di differenza. Essi sono rinvenibili nell'assenza, nel caso della prestazione al coniuge putativo, di quella platea di parametri, variamente riconducibili alla storia personale e di coppia degli *ex* coniugi, di cui il giudice deve tener conto, invece, nella decisione sull'assegno divorzile. L'art. 129 cod. civ. tace del tutto al riguardo, evocando genericamente la discrezionalità del giudice nell'apprezzamento della complessiva fattispecie attraverso la locuzione modale «può disporre». Disegna, tuttavia, in modo abbastanza netto gli elementi che valgono a comporre il quadro di riferimento. Essi nell'*an* si attestano sull'assenza di adeguati redditi propri in capo al possibile beneficiario, e sul suo perdurante stato libero («non sia passato a nuove nozze»); nel *quantum* sulla fissazione dell'importo «in proporzione» alle *sostanze* dell'obbligato, e dunque su un bilanciamento tra l'esigenza di colmare l'inadeguatezza dei redditi dell'uno e quella di non gravare eccessivamente l'altro.

Altro elemento di distanza tra le due figure concerne il *dies ad quem*. Mentre il contributo del coniuge putativo non può oltrepassare il triennio, per l'assegno divorzile manca, come s'è accennato, un predefinito perimetro temporale della prestazione dovuta dall'obbligato, di tal ch  l'obbligazione si configura – almeno nella concezione dominante – come temporalmente indeformabile, *sine die*.

7. La mancanza di mezzi (o redditi) adeguati alla cessazione del rapporto di coniugio: il difficile punto di equilibrio tra ragioni individuali e paternalismo legislativo.

Ritornando all'interrogativo sopra delineato (§ 5) circa le ragioni della solidarietà post-coniugale, dall'analisi condotta emerge che, pur con le differenze segnalate, un tratto unificante delle fattispecie riconducibili al canone in discorso è il *gap* di condizioni economiche (sostanze, capacità di reddito) che si evidenzia tra i due *ex* coniugi al momento del divorzio o alla pronuncia di nullità nel caso del matrimonio putativo. Questo dato, unitamente all'assenza di un nuovo vincolo coniugale che possa offrire un differente sostegno

(personale e) patrimoniale al beneficiario, innesca la risposta dell'ordinamento, ossia l'obbligazione di prestare un sostegno pecuniario, imposta all'ex coniuge in un'entità e per un tempo variabili a seconda delle fattispecie scrutinate.

Nella recente giurisprudenza dell'organo di nomofilachia si rinviene l'affermazione che il fondamento dell'assegno di divorzio «dev'essere (...) individuato nella constatazione dell'intervenuta dissoluzione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla, nonché della necessità di un *riequilibrio tra le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi*, da realizzarsi attraverso il riconoscimento di un contributo in favore di uno di essi»⁵⁴.

Bisogna quindi vedere se e in che misura sia conciliabile con i principî costituzionali di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo⁵⁵ una regola di questo tenore, per cui il matrimonio si carica di una funzione redistributiva della ricchezza tra i privati non solo durante il suo svolgimento, anche dopo la sua cessazione, intervenuta per volontà degli sposi.

⁵⁴ Cass., Sez. un., 31 marzo 2021, n. 9004, in *CED Cassazione* (rv. 661019-01), punto 1.3 dei motivi. La decisione prosegue precisando che «tale accertamento non inerisce all'atto costitutivo del vincolo coniugale, ma allo svolgimento di quest'ultimo nella sua effettività, contrassegnata dalle vicende concretamente affrontate dai coniugi come singoli e dal nucleo familiare nel suo complesso, anche nella loro dimensione economica, la cui valutazione trova fondamento, a livello normativo, nei criteri indicati dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 6, ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno».

In prospettiva parzialmente differente Cass., sez. I, 9 agosto 2019, n. 21234, in *Fam. dir.*, 12, 2019, p. 1080 ss., con nota di AL MUREDEN, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases*, nel ribadire la funzione assistenziale ed anche perequativo-compensativa dell'assegno divorzile, individua nell'assenza di mezzi adeguati o nell'impossibilità oggettiva di procurarseli la ragione per l'attribuzione patrimoniale in esame, ed esclude tuttavia che «lo squilibrio economico tra le parti e l'alto livello reddituale del coniuge destinatario della domanda» costituiscano, di per sé soli, «elementi decisivi per l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno»: punto 2.8 della motivazione.

⁵⁵ *In primis* i principî di libertà, autodeterminazione, dignità della persona, solidarietà, uguaglianza, identità.

La diversità personale e patrimoniale che corre tra gli individui, in posizione di parità, può essere colmata ad opera degli stessi privati se costoro decidono, in maniera libera e spontanea, di effettuarsi attribuzioni ed elargizioni patrimoniali di tipo, entità, durata vari. Altrimenti è necessario che sia costituita tra gli stessi una relazione giuridicamente qualificata riconducibile al matrimonio, all'unione civile tra persone dello stesso sesso, o, per certi profili, alla convivenza di fatto *ex lege* n. 76/2016⁵⁶, ed ancora, a quelle contemplate dal codice per le obbligazioni alimentari (matrimonio, parentela, affinità): tutte ipotesi nelle quali l'ordinamento del vincolo personalissimo fa discendere prestazioni patrimoniali riconducibili, come detto, al principio costituzionale di solidarietà.

In sintesi, allora, nel matrimonio la diversità di posizioni economiche dei coniugi che si dovesse evidenziare (diversità in precedenza irrilevante per l'ordinamento, trattandosi di sfere soggettive previamente irrelate) viene neutralizzata, in primo luogo, dal dovere di contribuzione che innesca un apporto di entrambi ai bisogni della famiglia che può essere diseguale per modo, contenuto, entità e ciò in coerenza con l'indirizzo della vita familiare individuato concordemente dagli sposi. Viene altresì attuata tramite le attribuzioni di ricchezza effettuate nel corso del rapporto in conformità al regime patrimoniale (secondario) adottato e alle scelte liberamente assunte da uno o da entrambi i *partner*.

Nella separazione personale la situazione di eventuale disparità economica viene colmata imponendo al coniuge più facoltoso un'obbligazione a compasso variamente allargato⁵⁷, e che può

⁵⁶ Dell'obbligazione alimentare che può essere disposta dal giudice al termine del rapporto si è detto alla nota 1.

⁵⁷ In giurisprudenza in modo nitido v. Cass., sez. I, 16 maggio 2017, n. 12196, in *Fam. dir.*, 4, 2018, p. 330 ss. (punto 3.1 della motivazione), con nota di AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*. E si v. anche Cass., sez. I, ord. 30 agosto 2019, n. 21926, in *Corr. giur.*, 10, 2019, p. 1174 ss., con nota di QUADRI, *La Cassazione precisa la propria più recente ricostruzione in tema di assegno di divorzio con riferimento ad un caso limite*. Qui la S.C. sottolinea come la fase del matrimonio, anche una volta intervenuta la crisi, sia quella in cui sono destinate ad attuarsi attribuzioni di ricchezza dal coniuge più abbiente all'altro; attribuzioni che possono consentire a

andare dalla prestazione di quanto serve a mantenere il precedente tenore di vita (assegno di mantenimento) al più ristretto apporto di quanto necessario per la vita del coniuge alimentando, che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento (assegno alimentare): ipotesi, quest'ultima, che trova applicazione in ragione dell'accertata responsabilità della crisi della coppia al beneficiario con la pronuncia di addebito della separazione.

Venuto meno con il divorzio – o accertata la nullità de – il matrimonio e cessata la solidarietà consustanziale alla comunità intermedia, la disparità di condizioni economiche tra gli *ex sponi in thesi* non dovrebbe più interessare, dal momento che il rapporto affettivo è irrimediabilmente venuto meno, travolgendo il progetto di vita comune a cui si ancora in via diretta la solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Non va dimenticato che il divario economico tra gli *ex* coniugi può essere aumentato durante il rapporto di coppia per effetto di scelte assunte in via solitaria da un *partner*, in discontinuità con l'indirizzo di vita concordato con l'altro. In simili evenienze appare irragionevole sovraccaricare quest'ultimo con un'obbligazione destinata a protrarsi nel tempo, imponendogli una solidarietà che è in netta antitesi con la dissoluzione del matrimonio, naufragato probabilmente anche per le insanabili divergenze intervenute nel rapporto di coppia. Non appare condivisibile, pertanto, se presa alla lettera, l'affermazione secondo cui sarebbe «indispensabile che i coniugi escano dal matrimonio in condizioni di parità patrimoniale»⁵⁸

Si è visto, però, che l'ordinamento con la previsione sull'assegno di divorzio prefigura una solidarietà nuova, che presenta un nesso labile con quella che si è dispiegata durante il matrimonio⁵⁹.

quest'ultimo di affrontare senza preoccupazioni economiche la vita successivamente allo scioglimento del matrimonio.

⁵⁸ SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, cit., p. 514, e ribadita a p. 516.

⁵⁹ In giurisprudenza riconduce al principio costituzionale di solidarietà l'assegno di divorzio (almeno) per la sua «natura perequativo-compensativa» Cass., sez. I, ord., 28 febbraio 2020, n. 5603, in *CED Cassazione* (rv. 657088-01).

L'assegno divorzile presenta tratti peculiari, non sovrapponibili (o non integralmente) con quelli esibiti vuoi dall'assegno di mantenimento, vuoi dall'assegno alimentare: evenienze, queste ultime, che pur riferendosi ad un rapporto affettivo in crisi, si collocano nel quadro della formazione sociale intermedia-matrimonio. Ed invero, come segnalato dalla Consulta, «il separato “è ancora in qualche misura giuridicamente legato al coniuge”, trovandosi in un periodo “nel quale la legge gli consente di riflettere sulla possibilità di riprendere o far cessare definitivamente il coniugio”, mentre il divorziato “ha già scelto di ‘liberarsi’ da un rapporto coniugale fallito”»⁶⁰.

La diversità tra assegno di mantenimento⁶¹ e assegno di divorzio è stata scolpita dall'Alta Corte nel sottolineare come «ad escludere la completa equiparabilità del trattamento economico del divorziato a quello del separato basterebbe rilevare che per il divorziato l'assegno di mantenimento non è correlato al tenore di vita matrimoniale. Non meno rimarchevole appare la differenza alla stregua della quale, in luogo dell'assegno periodico di divorzio, è possibile “la corresponsione in unica soluzione” ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970, così da garantire patrimonialmente e definitivamente l'ex coniuge, prescindendo da ogni esigenza assistenziale, di natura solidaristica, risalente al dissolto vincolo matrimoniale. Ma, al di là di tutto questo, resta il fatto che, mentre il divorziato riacquista comunque lo stato libero, il separato continua ad essere vincolato allo stato coniugale, con la conseguenza, fra l'altro, di non venire privato delle sue aspettative successorie»⁶².

Lo spartiacque tra prima e dopo è dunque decisivo (anche) agli occhi dei giudici delle leggi, i quali rimarcano come l'art. 570 cod. pen. in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare non abbia inteso ricomprendere nel proprio ambito di operatività la posizione del divorziato ma unicamente le situazioni fondate sulla persistenza del vincolo matrimoniale, negando così la possibilità di

⁶⁰ Corte Cost., 19-31 luglio 1989, n. 472, cit., punto 3 del Considerato in diritto.

⁶¹ E, diremmo noi, anche l'assegno alimentare.

⁶² Corte Cost., 19-31 luglio 1989, n. 472, cit., punto 3 del Considerato in diritto.

«ravvisare un sostanziale protrarsi, anche al di là del divorzio, della rilevanza del rapporto matrimoniale preesistente»⁶³.

Quindi non una solidarietà che fa persistere il vincolo per il tempo successivo al suo scioglimento, ma una solidarietà nuova, che attinge al pregresso matrimonio – o alla convivenza matrimoniale (nel caso del matrimonio putativo) – al fine di dare un assetto definitivo ai rispettivi patrimoni, secondo la configurazione avviata, ma non completata, nel quadro della separazione personale.

Il parametro dell'(in)adeguatezza dei mezzi (o dei redditi, nel caso dell'art. 129 cod. civ.) di cui dispone l'ex coniuge beneficiario dell'assegno va commisurato al contesto presente, in cui si trova attualmente colui che formula la richiesta e in ragione della sua condizione personale (età, salute), del suo vissuto (umano, lavorativo, di coppia, familiare, sociale) e delle scelte che ha assunto singolarmente, ovvero insieme, oppure in contrasto con l'ex compagno/a di vita.

Resta dunque escluso che nel caso dell'assegno di divorzio (o nel contributo al coniuge putativo) si possa commisurare l'adeguatezza dei mezzi al tenore di vita goduto in pienezza di matrimonio coerentemente con l'indirizzo della vita familiare a suo tempo concordato dai coniugi, poiché si tratta di una stagione definitivamente tramontata. Il criterio andrà riferito, allora, alla situazione della persona richiedente come si presenta al momento della domanda.

In questa direzione è da approvare il richiamo, che ricorre nel diritto applicato, al concetto, pur non rigorosamente inteso, di autoresponsabilità di ciascun individuo⁶⁴. Autoresponsabilità, cioè,

⁶³ Corte Cost., 19-31 luglio 1989, n. 472, cit., punto 3 del Considerato in diritto.

⁶⁴ V., ad es., Cass., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Fam. e dir.*, 7/2017, p. 636 ss., con nota di AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*. In dottrina sul punto v. altresì FORTINO, *Il divorzio, l'“autoresponsabilità” degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1254 ss.

Per una diversa e rigorosa accezione del termine cfr. PUGLIATTI, «Autoresponsabilità», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss.

Perplessità condivisibili sulla circostanza che l'assegno divorzile sia efficace strumento di «una funzione perequativa e partecipativa pienamente rispettosa della uguale dignità e libertà di ambedue i coniugi» esprime QUADRI, *L'assegno di*

intesa come autonomia e libertà di ciascun individuo, capace e in grado di operare nel mondo del diritto, di realizzare la propria personalità in ogni campo della vita e pure sotto il profilo economico. Facendo reagire con questa istanza l'estremo della mancanza di adeguati mezzi (o redditi) propri, il parametro in esame va calibrato sulla (in)disponibilità di risorse economiche corrispondenti alla condizione della persona nel momento in cui essa si trova e in ragione del percorso di vita svolto. In tale ambito vanno considerati gli sforzi e le attività messi in campo per realizzare le proprie aspirazioni secondo le attitudini, capacità, inclinazioni individuali, in funzione delle possibilità che ci si poteva ragionevolmente attendere e delle circostanze che si sono via via presentate.

Nella fattispecie dell'assegno divorzile l'interprete si confronta con un'obbligazione imposta all'*ex partner* più avvantaggiato per sopperire alla mancanza di mezzi (o redditi) adeguati dell'altro; mancanza che non è stata colmata nel corso della separazione personale, che pure era il momento e il luogo per definire l'assetto patrimoniale dei coniugi in considerazione dei futuri scenari della vita di ciascuno.

Il fondamento solidaristico (in chiave costituzionale) che connota e giustifica l'obbligo di corrispondere l'assegno divorzile imposto all'*ex* coniuge più abbiente rivela una qualche fragilità – o quanto meno non appare di per sé decisivo – proprio in raffronto con l'obbligo di una prestazione assistenziale imposto al *partner* di un matrimonio putativo a beneficio di quello che non abbia redditi propri, che pure esibisce la medesima *ratio*. E la distanza, come accennato, si palesa proprio con riguardo alla differente proiezione temporale. Ciò che nell'immediatezza della fine del vincolo (sciolto per divorzio o dichiarato nullo) ben corrisponde allo scopo di accompagnare la parte economicamente debole nel passaggio da una vita di coppia al recupero di autonome scelte e condizioni di vita e possibilità di reddito, visibilmente sporge oltre lo scopo di sostegno

divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli *ex* coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2017, II, p. 1261 ss., p. 1272.

e solidarietà se configurato, almeno in principio, con carattere di vitalizio.

In entrambi i casi si tratta di una doverosità imposta *ex lege* in assenza di una formazione sociale giuridicamente rilevante; anzi, dopo la decisione di recedervi (o, ciò che è lo stesso, di invocarne la nullità).

Manca, pertanto, l'addentellato con la previsione di rango costituzionale dell'art. 2, che invece si riscontra nella relazione matrimoniale, anche se trasformata per la crisi della coppia. In più, però, l'art. 5 l. div., nel momento in cui, in presenza dei requisiti indicati, determina la nascita di una simile obbligazione in capo all'*ex* coniuge, non solo si configura come regola dirompente rispetto al contesto in cui si muovono i soggetti del rapporto – lo scioglimento del matrimonio – e alla loro volontà di troncane definitivamente il legame giuridico che li ha uniti⁶⁵, ma si pone come precetto che esprime un sovraccarico di tutela a favore di uno degli *ex* coniugi e a detrimento dell'altro. La potenziale distanza del protrarsi dell'obbligo dal momento della fine della vita di coppia (con le implicazioni economiche per ciascuno dei *partners*) allontana e indebolisce la *ratio* solidaristica, lasciando emergere una scelta di responsabilizzare, potenzialmente a vita, l'*ex* coniuge, ultimo epigono della indissolubilità del vincolo, almeno dal punto di vista degli obblighi di sostegno materiale.

Si assiste, pertanto, ad una tensione assiologica tra la tutela della condizione di un *ex* coniuge in posizione di svantaggio economico e allo stato non in grado, per ragioni oggettive, di procurarsi autonomamente mezzi adeguati alle proprie esigenze – da una parte – e la salvaguardia del diritto dell'altro alla piena e definitiva liberazione da un vincolo personalissimo ormai esaurito, non più rispondente alla propria identità e alla propria autodeterminazione. Tensione che richiede un bilanciamento tra istanze protettive di tipo paternalistico e riconoscimento della libertà individuale;

⁶⁵ In una visione che si può qualificare come criptoindissolubilista. In un simile ordine di idee individua il fondamento dell'assegno divorzile in un dovere *morale* di «prestarsi reciproco aiuto», che si radica nella «comunione di vita coniugale», C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, cit., p. 957.

bilanciamento da realizzare operando sul piano del rapporto obbligatorio relativo all'assegno di divorzio. *Vinculum iuris* che si instaura autoritativamente, ma è percorso da profonde venature esistenziali da riferire ad entrambi i soggetti, debitore e creditore.

Riprendendo qui le considerazioni fatte a proposito dell'obbligazione di mantenimento del coniuge separato a favore dell'altro che non abbia adeguati redditi propri (*supra*, § 6), una visione costituzionalmente orientata della fattispecie in esame impone di applicare regole e principî propri del diritto delle obbligazioni piegandoli, ove necessario, al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

Le previsioni in materia di assegno di divorzio dovranno essere interpretate tenendo conto del piano dei principî e dei valori di riferimento e, segnatamente, della necessità di rinvenire un punto di bilanciamento tra, da una parte, l'esigenza di sopperire alla mancanza di mezzi di un *ex* coniuge che non può procurarseli per ragioni oggettive e che non è riuscito a mettere a frutto le opportunità di autosufficienza economica che eventualmente nel tempo passato gli si fossero presentate. E, dall'altra, l'interesse del debitore di non essere gravato economicamente in forza di un legame passato e ormai definitivamente sciolto.

Andranno richiamati, così, regole e precetti del diritto delle obbligazioni volti a temperare l'asprezza della posizione del debitore, a realizzare il suo legittimo affidamento a liberarsi definitivamente dal vincolo, a sollecitare condotte cooperative del creditore in applicazione del canone di buona fede e correttezza, a scongiurare suoi atteggiamenti opportunistici tesi a cronicizzare la situazione a proprio favore.

In questa direzione la perpetuità dell'assegno va considerata in contrasto con la scelta del/dei coniuge/i di sciogliere il matrimonio e iniziare una vita orientata in senso differente da quella passata, caratterizzata da un più o meno lungo e significativo percorso comune⁶⁶.

⁶⁶ Auspica una durata temporanea dei rapporti giuridici perduranti tra *ex* coniugi LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del*

L'interprete si dovrà sforzare di individuare una traiettoria temporale del vincolo che ne assicuri la finitezza e non già la perpetuità, similmente a quanto avviene nella fattispecie dell'art. 129 cod. civ. A meno che tale carattere non sia volontariamente e consapevolmente assunto dall'obbligato, ovvero che le condizioni del beneficiario e/o altre circostanze della sua situazione concreta non siano tali da far reputare in contrasto con i principî di buona fede e correttezza la fissazione di un termine finale della prestazione. Nello stesso senso andrebbero sollecitate – ove se ne dessero i presupposti – condotte cooperative del creditore volte a consentire la liberazione del *solvens*. Ciò, in primo luogo, superando l'impossibilità di procurarsi redditi adeguati alla propria condizione di vita e, di conseguenza, avviandosi verso una autonomia patrimoniale che definisca in senso economico la propria nuova identità di persona non coniugata.

tenore di vita matrimoniale, consultabile su www.questionegiustizia.it, 11 marzo 2016 (ultimo accesso 2 giugno 2021).

VINCENZO VERDICCHIO
Professore ordinario di diritto privato
Università del Sannio

LA PERMUTA INTERNAZIONALE E IL DIRITTO UNIFORME DELLA VENDITA

SOMMARIO: 1. Lo scenario internazionale. – 2. Il diritto internazionale privato. – 3. Le Convenzioni dell'Aja. – 4. La Convenzione di Vienna. – 5. L'orientamento negativo. – 6. L'orientamento positivo. – 7. Il problema dell'analogia.

1. *Lo scenario internazionale.*

A tutt'oggi non esiste un trattato internazionale che preveda una disciplina uniforme espressamente dettata per la permuta.

Il modello di scambio permutativo inteso in senso lato, delineabile innanzitutto *per viam negationis* in ragione dell'assenza o della ridotta rilevanza del corrispettivo monetario, è invece molto diffuso e importante per vasti settori dell'economia mondiale contemporanea¹.

¹ Il sofisticato intreccio di prospettive giuridico-economiche si coglie nella vasta letteratura sviluppatasi in materia a partire dalla metà degli anni '80: cfr., in particolare, MCVHEY, *Countertrade and Barter: Alternative Trade Financing by Third World Nations*, in *Md. J. Int'l L.*, (6) 1981, p. 197 ss.; BANKS, *The Economics and Politics of Countertrade*, in *World Econ.*, (6) 1983, p. 159 ss.; WELT, *Trade without Money: Barter and Countertrade*, New York – Washington, 1984; Fisher e Harte (a cura di), *Barter in the World Economy*, New York, 1985; VERZARIU, *Countertrade, Barter, and Offsets. New Strategies for Profit in International Trade*, New York, 1985; LOCHNER, *Guide to Countertrade and International Barter*, in *Int'l Law.*, (19) 1985, p. 710 ss.; Pringle (a cura di), *Countertrade in the World Economy*, New York, 1985; WALLER, *The Principles of Countertrade*, Boston, 1986; MISHKIN, *Countertrade and Barter: The Basic Legal Structure*, in *Int'l Bus. Law.*, (14) 1986, p. 7 ss.; FRANCIS, *The Countertrade Handbook*, Cambridge, 1987; Korth (a cura di), *International Countertrade*, New

Le esigenze del commercio internazionale hanno notevolmente dilatato lo schema di reciprocità elementare (contestuale e diretta) che caratterizzava il tipo “permuta” nella sua configurazione giuridica classica², tanto che un tentativo definitorio richiederebbe una nozione così ampia e generica da essere idonea a ricomprendere negozi con effetti traslativi e/o obbligatori connotati dalla variabile reciprocità del trasferimento di un diritto su beni, al quale può accompagnarsi o sostituirsi l’assunzione dell’obbligazione di prestare servizi, fino ad abbracciare ipotesi nelle quali viene in gioco un particolare collegamento tra negozi che in sé considerati corrispondono pienamente al tipo della vendita³.

York, 1987; FADDA, *Il countertrade: aspetti economico-aziendali*, Milano, 1988; AGGARWAL, *International Business Through Barter and Countertrade*, in *LPR*, (22) 1989, p. 75 ss.; HAMMOND, *Countertrade, Offsets and Barter in International Political Economy*, London, 1990; MARIN e SCHNITZER, *Contracts in Trade and Transition: The Resurgence of Barter*, Cambridge, 1992; EAED., *The Economic Institution of International Barter*, in *The Economic Journal*, 2002, 112, (April), p. 293 ss.; MIRUS e YEUNG, *The Economics of Barter and Countertrade*, Cheltenham – Northampton, 2001; HOWSE, *Beyond the Countertrade Taboo: Why the WTO Should Take Another Look at Barter and Countertrade*, in *Un. Tor. Law J.*, (60) 2010, p. 289 ss.; RÄVAŞ, *The Utility Of The Barter Agreement In International Commercial Trade*, in *Ann. Un. Petroşani, Economics*, 11(1), 2011, p. 223 ss.

² Per qualche ragguaglio storico, v. VERDICCHIO, *La permuta. Artt. 1552-1555*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2019, p. 8 ss.

³ Cfr. BERNARDINI, *Il «countertrade»: da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale*, in *Dir. comm. intern.*, 1987, p. 99 ss.; FRIGNANI, *Gli scambi in compensazione: un primo tentativo di analisi giuridica*, in *Foro pad.*, 1987, p. 205 ss.; ID., *Countertrade*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 192 ss.; NIGGEMANN, *Gestaltungsformen und Rechtsfragen bei Gegengeschäften*, in *RIW*, 1987, p. 169 ss.; STROHM, *Bilanzielle Behandlung von Barter, Countertrade and sonstigen Kompensationsgeschäfte*, *ivi*, 1988, p. 724 ss.; GHIDINI e GIRINO, *Countertrade: profili giuridici della tecnica contrattuale*, in *Foro pad.*, 1988, p. 84 ss.; LURGER, *Zur Typologie internationaler Gegengeschäfte*, in *WBl*, 1990, p. 353 ss.; EAD., *Handbuch der internationalen Tausch- und Gegengeschäftsverträge*, Wien, 1992; FÜLBIER, *Das Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Gegenkaufs im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Berlin – New York, 1992; ID., *Der Gegenkauf als Instrument der Exportfinanzierung im Osthandel*, in *DB*, 1992, p. 977 ss.; HENNART e ANDERSON, *Countertrade and the Minimization of Transaction Costs: An Empirical Examination*, in *J.L. Econ. &*

In diversi contesti nazionali si assiste poi alla progressiva affermazione di soggetti che assumono – a vario titolo – un ruolo nella intermediazione di operazioni permutative che tendono a strutturarsi nei termini di uno scambio per lo più multilaterale (“barter trading” o “corporate barter”), che supera lo schema dello scambio bilaterale di merci o servizi attraverso il ricorso a una rete commerciale (*commerce network*), al contempo creditrice nei confronti degli acquirenti e debitrice nei confronti dei venditori, in guisa che le relative poste passive e attive possano essere successivamente regolate con la vendita e l’acquisto di altri beni e

Org., (9) 1993, p. 290 ss.; FANTAPIÉ ALTABELLI, *Kompensationsgeschäfte im internationalen Marketing: Eine Analyse von Handelsformen auf Gegenseitigkeit und Möglichkeiten zu ihrer optimalen Gestaltung*, Heidelberg, 1994; ID., *Kompensationshandel als Sonderform des Außenhandels: Erscheinungsformen und Perspektiven des internationalen Tauschhandels*, in Zentes, Morschett e Schramm-Klein (a cura di), *Außenhandel. Marketingstrategien und Managementkonzepte*, Wiesbaden, 2004, p. 83 ss.; VALLE, *Il countertrade*, in Galgano (a cura di), *I contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario*, II, Torino, 1995, p. 1215 ss.; FISCHER, *Countertrade im Osthandel: Gegenwärtige und zukünftige Bedeutung des Kompensationshandels mit den GUS-Staaten*, Wiesbaden, 1996; SCHOBEB, *Barter- und Gegengeschäftsverträge im deutsch-russischen Handels- und Rechtsverkehr. Anwendbares Recht und streitentscheidende Instanzen*, Berlin, 1996; ROWE, *Countertrade*³, London, 1997; SONNENBERG, *Grundfragen des Bartering*, Frankfurt am Main, 1997; TIETJE, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Countertrade*, Berlin, 1998; SCHUSTER, *Countertrade professionell. Barter-, Offset- und Switchgeschäfte im globalen Markt*, Wiesbaden, 1998; MARCHESI, *Il “countertrade” e le sue tecniche: guida agli scambi in compensazione*, Roma, 1989; MALAVASI, *Gli scambi in compensazione*, in *Comm. int.*, (11) 2007, p. 5 ss.; CAGNASSO e COTTINO, *Contratti commerciali*², in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, IX, Padova, 2009, p. 257 ss.; VEGA VEGA, *El Contrato de Permuta Comercial (Barter)*, Madrid, 2011; ID., *La regulación de la permuta comercial (barter) en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, in AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, 2015, p. 1928 ss.; IVONE, *La permuta*, in FEZZA e IVONE, *Somministrazione e permuta*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni continuato da Schlesinger, Milano, 2017, p. 191 ss.; DI BISCEGLIE, *Il barter (o bartering)*, in Cassano e Clarizia (a cura di), *I singoli contratti. Tipici e atipici nell’evoluzione normativa e giurisprudenziale*, I, Milano, 2017, p. 535 ss.

servizi nella stessa rete commerciale⁴.

La United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ha predisposto, nel 1992, una *Legal Guide on International Countertrade Transactions*⁵.

Operando una sintesi definitoria all'interno delle numerose variabili generate dalla prassi del commercio internazionale, per la UNCITRAL, in senso propriamente tecnico-giuridico, permuta è «a contract involving a two-way exchange of specified goods in which the supply of goods in one direction replaces, entirely or partly, the monetary payment for the supply of goods in the other direction. Where there is a difference in value in the supply of goods in the two directions, the settlement of the difference may be in money or in other economic value»⁶.

Tuttavia, ben lungi dal costituire uno strumento di regolazione giuridica dotato di un'autonoma efficacia vincolante, la *Legal Guide* è concepita con finalità essenzialmente informative, allo scopo di agevolare le parti attraverso l'identificazione delle principali questioni legali che riguardano il *countertrade* e delle relative possibili soluzioni, in particolare mediante un approccio preventivo nella formulazione delle clausole contrattuali.

Al contrario, da lungo tempo le esigenze del commercio internazionale hanno sollecitato la creazione di regole comuni per la vendita, la cui disciplina rappresenta il principale risultato conseguito dal processo di uniformazione del diritto privato.

⁴ Si veda, in particolare, ISKE, *Verbundgeschäfte - Betriebswirtschaftliche Analyse der modernen Erscheinungsformen und Möglichkeiten des Tauschhandels*, Frankfurt am Main, 1986; MARTIN, *Barter Clubs: Ein Problem für die Wettbewerbspolitik?*, in *Marketing: ZFP*, 1987, p. 33 ss.; LURGER, *Handbuch der internationalen Tausch- und Gegengeschäftsverträge*, cit., p. 82 s., 195 ss.; SCHNEIDER, *Barter-Clubs - Chancen und Probleme: eine theoretische und empirische Analyse*, Berlin, 1995; WILLIAMS, *The New Barter Economy: An Appraisal of Local Exchange and Trading Systems (LETS)*, in *J Public Policy*, (16) 1996, p. 85 ss.; HEERMANN, *Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering. Vertragsgeflechte im Spannungsfeld von Verband und Vertrag*, in *JZ*, 1999, p. 183 ss.; PEARSON, *Argentina's Barter Network: New Currency for New Times?*, in *BLAR*, (22) 2003, p. 214 ss.

⁵ (A/CN.9/SER.B/3), New York, 1993.

⁶ *Legal Guide on International Countertrade Transactions (A/CN.9/SER.B/3)*, cit., p. 8.

Per un giurista italiano la stretta correlazione tra la vendita e la permuta rappresenta un punto di partenza scontato a fronte dell'art. 1555 cod. civ., che gli impone di verificare quali norme stabilite per la prima siano compatibili con la seconda⁷ e, dunque, lo chiama a intraprendere un percorso ermeneutico che – per quanto difficile possa essere – tuttavia gli offre pur sempre una certezza rassicurante: egli deve muovere dalla vendita e in essa cercare le risposte alle questioni che la permuta gli pone.

Se poi si allarga lo sguardo oltre i confini municipali, non si tarda ad avvedersi che questo percorso obbligato tocca anche ai giuristi che operano in altri contesti nazionali⁸, quale che sia la “famiglia giuridica” di appartenenza e nonostante le inevitabili differenze terminologico-concettuali che ne derivano. Né, d'altra parte, sembrano costituire vere eccezioni il modello austriaco⁹, che segue un percorso inverso, senza tuttavia mettere capo a soluzioni eterodosse, né il sistema inglese¹⁰, che testimonia solo della cronica

⁷ Cfr. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 203 ss.

⁸ VERDICCHIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 205, nota 8.

⁹ L'ABGB non solo contiene una sostanziosa disciplina della permuta (§§ 1045 ss.), ma prevede anche che alcune di queste disposizioni debbano osservarsi per la vendita, nella quale, per di più, è disposta la generale applicabilità delle norme sulla permuta per i casi non espressamente regolati (§ 1066): «In tutti i casi che si verificano in un contratto di vendita, che non sono espressamente decisi dalla legge, si applicano le regole stabilite per i contratti in generale, e in particolare nel contratto di permuta».

Nota SCHOBEB, *op. cit.*, p. 84: «nel diritto austriaco la vendita è intesa come un caso particolare di permuta».

Per una diffusa e compendiosa esposizione dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali cfr. LURGER, *op. ult. cit.*, p. 115 ss., per la quale il § 1066 considera la vendita come una «sottospecie della permuta» (p. 125).

¹⁰ Il Sale of Goods Act del 1893, alla Sezione 1 (1) dispone: «A contract of sale of goods is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price» (la disposizione è rimasta sostanzialmente invariata nel Sale of Goods Act del 1979). Occorre tuttavia notare che tale disciplina trova applicazione solo ai beni mobili (Sezione 61).

CHALMERS, *The Sale of Goods Act 1893*², London, 1894, p. 4 s., riferisce che il progetto del Sales of Goods Act originariamente conteneva una disposizione in forza della quale esso si sarebbe dovuto applicare *mutatis mutandis* alla permuta, ma tale disposizione fu eliminata dal Commons Select Committee,

difficoltà di quell'ambiente culturale nel coordinare razionalmente *statutory e common law*¹¹.

verosimilmente perché non si volle assoggettare anche la permuta alle regole dello Statute of Frauds e dello Stamp Act.

La mancata inclusione della permuta non deve essere intesa nel senso che essa non potessero trovare applicazione regole consolidate per la vendita secondo la casistica alla base della *common law*, e infatti Chalmers (autore del progetto del Sales of Goods Act) afferma serenamente che «it seems that rules of law relating to sales apply in general to contracts of barter or exchange» (p. 104). Di ciò si trova conferma in opere classiche sulla vendita, precedenti al Sale of Goods Act, alle quali è stata sempre riconosciuta la massima autorevolezza: cfr. BLACKBURN, *A Treatise on the Effect of Contract of Sale; on the Legal Rights of Property and Possession in Goods, Wares and Merchandise*, London, 1845, p. 3: «A contract concerning the sale of goods may be defined to be a mutual agreement between the owner of goods and another, that the property in the goods shall for same price or consideration be transferred to the other, at such a time and in such a matter as is then agreed. If the consideration to be given for goods is not money, it might, perhaps in popular language, rather be called barter than sale, but the legal effect is the same in both cases»; meno convinta e forse più realistica l'opinione di BENJAMIN, *A Treatise on the Law of Sale of Personal Property; with References to the American Decisions and to the French Code and Civil Law*, London, 1868, p. 2 s.: «the legal effects [...] on the rights of the parties are generally, but not always, the same as the case of sales».

Particolarmente utile, specie nella prospettiva di un giurista continentale, LURGER, *op. loc. ult. cit.*, p. 179 ss.

¹¹ La travagliata vicenda relativa all'applicazione alla permuta di regole di fonte legale e non sulla base della faticosa e spesso incerta ricerca casistica imposta dalla *common law* si può dire che sia pervenuta al suo epilogo quasi un secolo dopo. Il Supply of Goods and Services Act del 1982 ha infatti introdotto una disciplina applicabile alla permuta (e ad altri contratti con efficacia traslativa diversi dalla vendita): la Sezione 1 (3) stabilisce che l'Act ha ad oggetto «a contract for the transfer of goods whether or not services are also provided or to be provided under the contract, and [...] whatever is the nature of the consideration for the transfer or agreement to transfer»; mentre da questo ambito la Sezione 1 (2) esclude espressamente, tra l'altro, «a contract of sale of goods». Come nota PALMER, *The Supply of Goods and Services Act 1982*, in *Mod. L. Rev.*, (46) 1983, p. 619, il risultato è che ora per la permuta sono introdotte regole legali «equivalent» a quelle della vendita o – detto in modo ancor più incisivo – «a mirror-image of the corresponding terms in contracts of sale» (p. 620). Non privo di giustificazione appare dunque il severo giudizio, riguardo alle differenti fonti di disciplina della vendita e della permuta nel diritto inglese, formulato da MILLER, *The Legal and Economic Basis of International Trade*, Westport, 1996, p. 51: «this English distinction is without continued significance or logical foundation».

Verrebbe dunque istintivo replicare tale percorso, muovendo questa volta dalla disciplina uniforme della vendita¹², qualora occorresse risolvere un problema sorto da una permuta internazionale; tale atteggiamento mentale deve però fare i conti con la contraria opinione manifestata da un gran numero di studiosi¹³. E, tuttavia, si deve in buona misura convenire con chi ha osservato che la questione in esame non sempre è stata affrontata in modo adeguatamente approfondito, e che in questa materia il pensiero giuridico ha offerto uno degli esempi più emblematici dei limiti di un formalismo puramente strutturalista¹⁴, incapace di orientarsi alle conseguenze, sì da evitare che una pretesa coerenza logica generi soluzioni irragionevoli, anche perché contrastanti con quelle nettamente prevalenti nei sistemi giuridici nazionali.

2. *Il diritto internazionale privato.*

Pur anticipando fin d'ora che gli esiti della presente ricerca condurranno a ritenere che i problemi posti da una permuta internazionale possono, in via di principio, trovare una soluzione sul piano del diritto uniforme della vendita¹⁵, occorre tuttavia dedicare qualche previa considerazione alle ipotesi in cui, per le più varie ragioni¹⁶, ciò non risulti in concreto possibile.

¹² Suona come un auspicio in questa direzione, per es., quanto afferma DE NOVA, *L'ambito di applicazione "ratione materiae" della convenzione di Vienna*, in questa *Rivista*, 1990, p. 749: «Non nascondo che l'inclusione nell'ambito della Convenzione di forme come il countertrade potrebbe essere considerata con favore».

¹³ V. *infra*, § 5.

¹⁴ SCHWENZER e KEE, *Countertrade and the CISG*, in *IHR*, 2009, p. 233: «The question of whether barter is within the scope of the CISG has been asked since its inception, but a thorough and reasoned answer has not been received. The question appears to have been too quickly dismissed with arguments of form over substance – arguments which use technical interpretation, rather than a careful consideration of merits and benefits. An international convention is a living document; it must evolve with the needs of the international community it serves».

¹⁵ V. *infra*, § 6.

¹⁶ Limitandosi alle ipotesi principali, potrebbe innanzitutto fare difetto la possibilità di applicare la Convenzione di Vienna del 1980 (v. *infra*, § 4) perché una delle parti ha la sede d'affari in uno Stato non contraente e le norme di diritto internazionale privato non portano all'applicazione della legge di uno Stato

Mancando una scelta operata espressamente o tacitamente dalle parti circa la legge nazionale o comunque la disciplina, anche di c.d. *soft law* (per es. i Principi UNIDROIT), alla quale assoggettare il contratto¹⁷, sarà in ogni caso necessario stabilire quale diritto nazionale sia a esso applicabile: si presenta così uno dei temi di maggiore complessità tecnica e dagli esiti più incerti che l'evoluzione dei criteri di collegamento del diritto internazionale privato può proporre agli interpreti.

Superate le questioni processuali relative alla giurisdizione¹⁸, pare opportuno dare avvio al discorso rammentando il recente

contraente (art. 1); in secondo luogo, potrebbe darsi che la materia del contendere riguardi la validità del contratto o di singole sue clausole o degli usi ovvero gli effetti che dal contratto possono derivare sulla proprietà dei beni (art. 4); infine, potrebbe accadere che il giudice, seguendo la prevalente opinione, ritenga che la permuta sia in via di principio esclusa dall'ambito di applicazione materiale della CISG (sul punto, v. *infra*, § 5).

¹⁷ Su tale tematica, per tutti, SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, ove ogni utile riferimento.

¹⁸ Limitatamente a quanto risulta di immediato rilievo per il contratto di permuta, va osservato che per l'ordinamento italiano la competenza del giudice (giurisdizione) si determinerà in base all'art. 3 della l. 31 maggio 1995, n. 218 (recante «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato»), che adotta il criterio del domicilio o della residenza in Italia del convenuto o del suo rappresentante autorizzato a stare in giudizio (comma 1) e che estende la giurisdizione, in base ai criteri della Convenzione di Bruxelles del 1968, «anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione» (comma 2). Nei Paesi dell'Unione europea è ora in vigore il Regolamento UE n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012, a tenore del quale «le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro» (art. 4, comma 1), ma, in materia contrattuale, possono essere convenute in un altro Stato membro, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, vale a dire il luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto (art. 7).

D'altra parte, occorre tenere presente che, indipendentemente dal domicilio delle parti, in materia di diritti reali immobiliari hanno competenza esclusiva le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui l'immobile è situato (art. 23) e che, in materia contrattuale, qualora l'azione possa essere riunita con un'azione in materia di diritti reali immobiliari proposta contro il medesimo convenuto, una persona domiciliata in uno Stato membro può inoltre essere convenuta davanti

passato, perché le riforme che hanno interessato il diritto internazionale privato lasciano qualche rimpianto, se non altro per la semplicità del congegno tecnico e la conseguente certezza delle soluzioni cui metteva capo l'abrogato art. 25 disp. prel. cod. civ. (rubricato «Legge regolatrice delle obbligazioni»): «Le obbligazioni che nascono da contratto sono regolate dalla legge nazionale dei contraenti, se è comune; altrimenti da quella del luogo nel quale il contratto è stato concluso».

Come si dirà più avanti, però, a una abrogazione non sempre corrisponde la definitiva scomparsa della *ratio* applicativa delle regole non più in vigore e – per usare il titolo di un noto racconto – «Sometimes They Come Back».

Oggi l'art. 57 (rubricato «Obbligazioni contrattuali») della l. 31 maggio 1995, n. 218 opera un rinvio materiale alle norme contenute nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Tuttavia, a séguito dell'entrata in vigore del Regolamento UE 593/2008 del 17 giugno 2008 (c.d. «Roma I»), occorre innanzitutto tenere conto del Paese nel quale ha sede la controparte: se si tratta di un Paese dell'Unione europea (a eccezione della Danimarca), troverà applicazione il Regolamento UE 593/2008, che ha uniformato, nella medesima Unione, le regole di individuazione della legge applicabile; se, al contrario, non si tratta di un Paese dell'Unione europea (compresa la Danimarca), continuerà ad applicarsi la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980. Nonostante l'articolazione di questa disciplina comporti già una sensibile complicazione del lavoro al quale è chiamato l'interprete, in un caso o nell'altro, con riguardo al modello classico di permuta (corrispondente, per semplificare, alla nozione che ne offre il nostro codice civile), ben poco cambia quanto agli

all'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui l'immobile è situato (art. 8, n. 4).

Infine, in materia di contratti dei consumatori, l'azione del consumatore contro il professionista può essere proposta davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui è domiciliata tale parte o, indipendentemente dal domicilio dell'altra parte, davanti alle autorità giurisdizionali del luogo in cui è domiciliato il consumatore, mentre l'azione del professionista contro il consumatore può essere proposta solo davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore (art. 18, commi 1 e 2).

esiti ai quali si dovrà pervenire: troverà applicazione la legge dello Stato col quale la permuta presenta il «collegamento più stretto» e dunque – per definizione¹⁹ – con tanta vaghezza tautologica non sarà possibile predicare in astratto quale sia la legge applicabile, ma si dovrà attendere che il giudice abbia compiuto gli accertamenti del caso e valutato le concrete circostanze relative al singolo contratto.

Omettendo in questa sede l'illustrazione del differente congegno tecnico che li caratterizza (regola generale presuntiva per la prima, tipizzazione casistica e determinazione residuale per il secondo), sia la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sia il Regolamento UE 593/2008, nella sostanza, chiedono all'interprete di accertare quale sia la «prestazione caratteristica» del contratto, con la conseguenza che troverà applicazione la legge del Paese nel quale ha la residenza abituale la parte che deve fornire tale prestazione.

L'elaborazione concettuale della teoria della prestazione caratteristica, ampiamente confermata da alcune delle figure tipizzate dal Regolamento, porta a identificare tale prestazione con quella non monetaria, tanto che, nel primo caso espressamente considerato dal Regolamento, questa corrisponde alla prestazione del venditore²⁰. Nella permuta però, evidentemente, entrambe le prestazioni sono non monetarie e risultano perciò caratteristiche allo stesso modo: il criterio della prestazione caratteristica non può dunque operare²¹, a meno che non si voglia dare credito alla tesi,

¹⁹ Cfr. ALPA e BESSONE, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 113 ss.

²⁰ Muovendo da una nozione “minima” di vendita, «in virtù della quale sono riconducibili a tale figura i contratti che comportano, in generale, lo scambio di una cosa con un prezzo», FRANZINA, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*. Commentario a cura di Salerno e Franzina, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 672, nota 9, giunge alla conclusione che dalla portata della norma in questione sia da escludere «la figura della permuta, tanto più che il criterio ivi previsto si rivelerebbe di fatto inservibile rispetto a questo genere di rapporti (quale, dei contraenti obbligati ad effettuare le consegne dedotte in contratto, dovrebbe essere assimilato al “venditore”?)».

²¹ JESSURUN D'OLIVEIRA, “Characteristic Obligation” in the Draft EEC Obligation Convention, in *Am. J. Comp. L.*, (25) 1977, p. 310; JUENGER, *Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht: Eine Kritik aus amerikanischer Sicht*, in *RabelsZ*,

rimasta invero isolata, secondo cui nella permuta deve reputarsi caratteristica la prestazione di chi ha preso l'iniziativa che ha portato alla conclusione del contratto²².

Quando il criterio della prestazione caratteristica si rivela infruttuoso, sia per la Convenzione di Roma sia per il Regolamento UE, il contratto è disciplinato dalla legge del Paese con il quale presenta il «collegamento più stretto». Tale Paese va perciò identificato caso per caso mediante una valutazione ponderata di tutti gli elementi pertinenti (per es., la lingua e la valuta dell'accordo, il luogo in cui il contratto è stato negoziato e concluso, la nazionalità delle parti, ecc.). Dunque: il cerchio si chiude col ritorno alla più assoluta incertezza, stante l'evidente impossibilità di prevedere quale potrà essere l'esito di queste valutazioni²³, al punto da immaginare che esse possano infine attestarsi su basi alquanto fragili, come certe esemplificazioni rendono palese²⁴. E così

(46) 1982, p. 78; ID., *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons*, in *Am. J. Comp. L.*, (42) 1994, p. 386; ID., *Contract Choice of Law in the Americas*, *ivi*, (45) 1997, p. 205; MALAVASI, *op. cit.*, p. 11; UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 71, nota 199; CAGNASSO e COTTINO, *op. cit.*, p. 261; VILLANI, *Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I" sulla legge applicabile ai contratti*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 585; BEHR, *Rome I Regulation. A-Mostly-Unified Private International Law of Contractual Relationships within-Most-of the European Union*, in *J.L. & Com.*, (29) 2011, p. 246, nota 76; BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*, Padova, 2012, p. 30; BONOMI, *La legge applicabile al contratto internazionale*, in Patroni Griffi (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Milano, 2012, p. 119.

²² SCHNITZER, *Die Zuordnung der Verträge im internationalen Privatrecht*, in *RabelsZ*, (33) 1969, p. 25.

²³ LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento «Roma I»*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, p. 756 ss.

²⁴ «Si pensi al caso della permuta conclusa alla nota fiera di Maastricht fra un antiquario inglese ed un antiquario francese di due dipinti antichi di uguale valore e che si trovino rispettivamente in Spagna ed in Italia. Nel caso del tutto normale, in cui ciascuno degli antiquari si impegni a far avere all'altro il quadro di sua spettanza presso la di lui sede, è evidente che né il principio del collegamento più stretto [...], né il principio della prestazione caratteristica [...] possono recare

potranno darsi ipotesi nelle quali il criterio del luogo di conclusione del contratto – messo da parte con l’abrogazione dell’art. 25 disp. prel. cod. civ. – tornerà nuovamente in uso attraverso una concretizzazione del «collegamento più stretto»²⁵. Del resto, la ricerca di un collegamento ancora più stretto potrebbe proseguire modulandosi diversamente sulle variabili del caso.

Anziché proseguire in tale direzione, è però importante cercare di attingere la sostanza – il “centro di gravità”, come amano dire gli internazional-privatisti – dell’istituto in esame. A tal fine, si ponga per ipotesi che la permuta sia stipulata da un contraente italiano e uno tedesco e che, nel caso di specie, non vi sia una ragionevole giustificazione di collegamento a un diritto “neutrale”: la questione allora si riduce a ciò, se debba applicarsi il diritto italiano o quello tedesco. Entrambe le soluzioni conducono all’applicazione delle regole sulla vendita (italiana o tedesca a seconda dei casi), visto che il § 480 BGB²⁶, non diversamente dal nostro art. 1555 cod. civ., stabilisce che le regole sulla vendita trovano «entsprechende Anwendung» alla permuta. Esistendo tuttavia una disciplina uniforme della vendita internazionale, in vigore sia in Italia che in

alcuna utilità nella individuazione della legge regolatrice»: così POLASTRI MENNI, *La legge regolatrice dei contratti privi della prestazione caratteristica*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2003, p. 200.

²⁵ POLASTRI MENNI, *op. cit.*, p. 202: «Ed infatti, a fronte di una permuta senza conguaglio, e stipulata con le modalità dianzi dette, tanto l’antiquario francese, quanto quello inglese non potrebbero invocare la loro legge nazionale; né quest’ultima potrebbe essere invocata sotto il profilo del luogo di esecuzione atteso che, nell’esempio considerato, la consegna dei due beni doveva avvenire in Stati diversi fra loro e diversi da quelli nazionali dei contraenti. Infine, e da ultimo, il fatto che i beni permutati si trovassero, prima della consegna, in due Stati diversi e non coincidenti con alcuno degli Stati di appartenenza dei contraenti, impedisce di individuare un criterio di collegamento nel *locus rei sitae*».

Questo ragionamento conduce dunque all’applicazione della legge olandese, risultato che, oltre a essere in sé ragionevole, non sembra poter essere smentito da ragioni più convincenti ed è apprezzabile per il fatto di consentire l’individuazione di un diritto “neutrale” rispetto alla nazionalità delle parti. Certo, si potrebbe osservare che questa neutralità deriva solo dalla peculiare costruzione dell’esempio e si potrà riaprire la discussione, portandola tendenzialmente all’infinito.

²⁶ Cfr. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 205, nota 8.

Germania, sarebbe ragionevole attendersi che a quella permuta non si applichino né le regole italiane né quelle tedesche della vendita, bensì quelle uniformi, per definizione “neutrali” rispetto a entrambi i contraenti.

Meritano qualche cenno, infine, due questioni internazional-privatistiche che possono riguardare la permuta.

In primo luogo, se questa ha per oggetto un diritto reale immobiliare, la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 presume che il contratto presenti il collegamento più stretto con il Paese in cui l’immobile è situato; mentre il Regolamento UE 593/2008 sostituisce la presunzione con un criterio di collegamento di tipo rigido, disponendo direttamente che il contratto è disciplinato dalla legge del Paese in cui l’immobile è situato. Tale soluzione, di per sé chiara, si rivela tuttavia non praticabile se la prestazione di entrambi i permutanti ha per oggetto un diritto reale immobiliare: in questo caso, non rimane che fare ricorso, ancora una volta, al criterio del «collegamento più stretto».

In secondo luogo, relativamente alle qualità soggettive dei permutanti, potrebbe darsi che l’uno debba qualificarsi come professionista e l’altro come consumatore²⁷. In tal caso, la permuta sarà disciplinata dalla legge del Paese nel quale il consumatore ha la residenza, rispettivamente, *a)* secondo la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale Paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso Paese gli atti necessari per la conclusione del contratto o se l’altra parte o il suo rappresentante ha ricevuto l’ordine del consumatore nel Paese di residenza; *b)* secondo il Regolamento UE 593/2008, se il professionista svolge le sue attività commerciali o professionali nel Paese in cui il consumatore ha la residenza abituale o se dirige tali attività, con qualsiasi mezzo, verso tale Paese o vari Paesi tra cui quest’ultimo e sempre che il contratto rientri nell’ambito di dette attività.

Le due questioni appena richiamate, peraltro, possono intersecarsi tra loro, allorché la permuta sia stipulata tra un consumatore e un professionista e abbia a oggetto un diritto reale immobiliare. In

²⁷ Cfr. sul punto VERDICCHIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 62 ss.

questo caso il Regolamento UE 593/2008 prevede che il contratto è disciplinato dalla legge del Paese in cui l'immobile è situato, a meno che non riguardi un «diritto di godimento a tempo parziale» di beni immobili, ai sensi della dir. 2008/122/CE del 14 gennaio 2009.

3. *Le Convenzioni dell'Aja.*

Si è già più volte rimarcato che i problemi relativi a una permuta internazionale pongono l'interprete di fronte alla questione se il ritrovamento della disciplina applicabile debba rimanere confinato nell'ambito dei criteri di collegamento del diritto internazionale privato, o se invece ci si possa volgere a considerare il diritto uniforme della vendita.

Allo scopo di offrire un'adeguata illustrazione della materia, è il caso di notare che già nel 1964 si ebbero due trattati sulla vendita, entrambi stipulati all'Aja: la Convenzione sulla «Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sales of Goods» («ULF») e la Convenzione sulla «Uniform Law on the International Sale of Goods» («ULIS»). Già in quella occasione, poiché dal tenore letterale delle disposizioni ivi contenute non emergeva alcun espresso riferimento alla permuta, e anzi una proposta di introdurre una regola inclusiva che la contemplasse non aveva trovato séguito²⁸, parve inevitabile che di essa dovesse predicarsi, in via di principio, l'estraneità all'ambito di applicazione materiale delle Convenzioni dell'Aja²⁹.

Muovendo dalla constatazione che al compratore è posto l'obbligo di pagamento del prezzo³⁰, si osservò che questo deve

²⁸ Conference diplomatique sur l'unification du droit en matiere de la vente internationale: La Haye, 2-25 avril 1964, Actes et documents de la conference, La Haye, 1966, 48.

²⁹ R.H. GRAVESON, COHN e D. GRAVESON, *The Uniform Laws on International Sales Act 1967: A Commentary*, London, 1968, p. 52; HERBER, in Dölle (a cura di), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, München, 1976, p. 9; HUBER, *Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge*, in *RabelsZ*, (43) 1979, p. 419; LURGER, *op. ult. cit.*, p. 277 s.; FEHRENBACHER, *Der Tausch*, in *ZVglRWiss*, (101) 2002, p. 110; KOLLER, in *Handelsgesetzbuch. Großkommentar*⁴, fondato da Staub, Berlin, 2004, p. 95.

³⁰ Art. 56 ULIS: «The buyer shall pay the price for the goods and take delivery

consistere in denaro³¹ e che la vendita mira allo scambio tra un bene e denaro: ciò che ne caratterizza il tipo contrattuale e lo distingue dalla permuta, secondo una linea di demarcazione ampiamente diffusa e radicata a livello mondiale, alla quale la ULIS ha dunque aderito. Non si trascurò tuttavia di osservare che diversa appariva la disciplina dello Uniform Commercial Code (UCC) statunitense, ma con l'avvertenza che nella sostanza si tratta solo di un «Analogieproblem»³², non diversamente da quanto accade nel diritto tedesco³³.

Queste osservazioni condussero pertanto ad affermare che una vera (pura) permuta internazionale si colloca al di fuori dell'ambito di applicazione delle Convenzioni dell'Aja³⁴, mentre vi rientra la vendita mista con permuta, senza peraltro che fosse sempre avvertita la questione della prevalenza o meno del prezzo pagato rispetto al valore del bene offerto in permuta o quanto meno della non mera irrilevanza della prestazione in denaro³⁵. Anche l'ipotesi che al

of them as required by the contract and the present Law».

³¹ «Der Kaufpreis muß in Geld bestehen»: così, categoricamente, VON CAEMMERER, in Dölle (a cura di), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964*, cit., p. 350.

³² VON CAEMMERER, *op. loc. ult. cit.*

È peraltro dibattuto se la previsione legale dell'applicazione di regole dettate per una determinata fattispecie a una diversa, come accade per la permuta nel diritto tedesco (non diversamente da quello italiano), configuri davvero un problema di analogia e non piuttosto un'ipotesi di estensione diretta nel limite della compatibilità (sul punto, per un cenno, v. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 206, nota 10). Non convincente, peraltro, è l'assimilazione a un problema analogico per le ipotesi nelle quali la caratterizzazione tipologica della vendita, come accade nel diritto statunitense, presenta una latitudine tale da ricomprendere la (nostra) permuta.

³³ § 515 BGB (Tausch). Dal 21 marzo 2016, con la *Umsetzung* della *Wohnimmobilien-Kreditvertragsrichtlinie*, la disposizione è stata collocata nel § 480 BGB, come ricordato in VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 205, nota 8.

³⁴ RIESE, *Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964 – Verlauf der Konferenz und Ergebnisse hinsichtlich der materiellen Vereinheitlichung des Kaufrechts*, in *RabelsZ*, (29) 1965, p. 18 s.; MERTENS e REHBINDER, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu den Einheitlichen Kaufgesetzen*, Frankfurt am Main, 1975, p. 94; HERBER, *op. loc. ult. cit.*; VON CAEMMERER, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ RIESE, *op. loc. ult. cit.*; R.H. GRAVESON, COHN e D. GRAVESON, *op. loc. ult.*

compratore fosse concessa la facoltà di sostituire o integrare il pagamento del prezzo con la consegna di beni si reputò ricompresa nell'area del diritto uniforme³⁶.

Come è ben noto, lo scarso successo ottenuto dalle Convenzioni dell'Aja, ratificate da meno di dieci Stati (con una forte connotazione eurocentrica), fece presto sorgere l'esigenza di un nuovo strumento di regolamentazione internazionale della vendita che potesse contare su un numero di adesioni molto più esteso e significativamente più rappresentativo delle diverse realtà nazionali nello scenario mondiale.

4. *La Convenzione di Vienna.*

La Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di cose mobili (CISG) – ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 11 dicembre 1985, n. 765 –, oltre ad aver raggiunto un numero di adesioni dieci volte superiore a quello delle Convenzioni dell'Aja, vanta una partecipazione estesa a tutti i Paesi a economia avanzata (con l'eccezione del Regno Unito), ai Paesi del c.d. *ex-Blocco socialista* e a un nutrito numero dei c.d. Paesi in via di sviluppo.

Durante i lavori preparatori della CISG fu posta specifica attenzione al problema della disciplina uniforme della permuta.

Asian-African Legal Consultative Committee (AALCC), Cecoslovacchia e URSS, quest'ultima secondo la proposta trasmessa dal CMEA (Council for Mutual Economic Assistance, più noto col diverso acronimo COMECON), richiesero la formulazione di regole uniformi sui contratti di permuta³⁷, rimarcandone la crescente importanza nelle relazioni commerciali con Paesi in via di sviluppo e l'assenza di disciplina nel progetto di Convenzione.

Il Segretariato della United Nations Commission on International

cit.; MERTENS e REHBINDER, *op. loc. ult. cit.*; HERBER, *op. loc. ult. cit.*: «Auf gemischte Verträge, bei denen die Gegenleistung für die Lieferung einer Sache nur teilweise in Geld besteht, ist das Gesetz dagegen grundsätzlich anzuwenden, sofern die Geldleistung nicht ganz unbedeutend ist».

³⁶ VON CAEMMERER, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Report of the Secretary-General (A/CN.9/149), *Contracts of barter*, in *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1978, IX, p. 185.

Trade Law (UNCITRAL), sulla premessa che i sistemi nazionali regolano la permuta in alcuni casi assimilandola alla vendita, in altri con una disciplina autonoma, e che, mentre a livello domestico la permuta sembra essere scarsamente utilizzata, nelle transazioni internazionali essa mostra un crescente interesse applicativo, suggerì alla Commissione, in attesa di poter svolgere uno studio di approfondimento su portata e contenuti di un possibile regime uniforme, di mantenere provvisoriamente il contratto di permuta o scambio internazionale nel suo programma di lavoro³⁸; la Commissione decise di adottare questa raccomandazione³⁹ e il 18 aprile 1979 il Segretario Generale presentò il *report* nel quale si dava conto degli studi condotti dal Segretariato⁴⁰.

La netta distinzione tra la permuta e contratti simili a una permuta («barter-like transactions») costituisce la base dello studio. La prima, «in which the parties exchange goods for goods», risultò poco diffusa – diversamente da quanto si era inizialmente supposto – anche a livello internazionale e pertanto di scarsa utilità parve l'uniformazione delle regole a essa relative.

Nel traffico internazionale, al contrario, fu riscontrata una significativa diffusione – in relazione alle peculiari condizioni dei diversi àmbiti di mercato⁴¹ – di contratti in qualche misura assimilabili a una permuta, che, sotto il profilo economico, indipendentemente dalla forma giuridica in concreto rivestita, apparivano peculiarmente connotati innanzitutto (ma non solo)

³⁸ Report of the Secretary-General (A/CN.9/149/Add.2), *Note by the Secretariat: international barter or exchange*, *ivi*, p. 190-191.

³⁹ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eleventh session (New York, 30 May-16 June 1978) (A/33/17), *ivi*, p. 26-27 (nn. 67-68).

⁴⁰ Report of the Secretary-General (A/CN.9/159), *Barter or exchange in international trade*, *ivi*, 1979, X, p. 37-38.

⁴¹ Per una compendiosa ed efficace sintesi cfr. STÖBER, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht. Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts*¹⁶, Stuttgart, 2008, p. 236, che descrive in questi termini i mercati nei quali maggiore sviluppo hanno trovato queste tipologie negoziali: «le quali, come la permuta, gli scambi compensativi o la contro-vendita, etc., giocano un ruolo significativo nel traffico commerciale in periodi di crisi o con economie poco sviluppate o caratterizzate da una cronica carenza di liquidità in divisa estera».

dall'intento di eliminare o ridurre la somma di denaro da pagare; più spesso si trattava non di singoli contratti ma di una pluralità di contratti combinati a tale scopo.

Il caso meno problematico era certamente costituito dall'ipotesi nella quale il compratore otteneva una riduzione del prezzo consegnando un bene usato a fronte dell'acquisto di un bene nuovo. Le fattispecie di maggiore interesse parvero però quelle che presentavano strutture negoziali più complesse: per esempio, nel caso in cui il pagamento per la costruzione di un impianto industriale o della escavazione di una miniera fosse effettuato in tutto o in parte con la consegna, a sua volta totale o parziale, della produzione dell'impianto industriale o della miniera; ovvero nel caso in cui le *royalties* per la licenza di un brevetto o altra proprietà industriale consistessero nelle merci prodotte sotto licenza; ovvero ancora nel caso in cui un venditore di beni avesse concordato, nella medesima transazione, l'acquisto di altri beni dalla controparte o da una terza parte da questa designata.

A fronte dell'indubbia varietà tipologica di queste figure negoziali («different types of legal instruments»), sul piano strutturale perse inevitabilmente forza l'idea di una *reductio* in grado di giustificare una «single unified legal structure», e così non si provò neanche a delinearne i tratti di una categoria giuridica che le potesse comprendere⁴².

⁴² «That these studies were undertaken suggests that the Commission did not believe barter transactions fell within the draft sales convention»: così WINSHIP, *The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts*, in Galston e Smit (a cura di), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 1984, Ch. 1, p. 24, nota 49; «UNCITRAL's interest in barter and barter-like transactions indicates that they are regarded as outside the scope of the Convention»: così SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, p. 23, nota 41b.

Si è da più parti osservato, tuttavia, che il fatto che gli studi condotti dall'UNCITRAL non siano di sostegno all'idea di introdurre una specifica disciplina per la permuta e i contratti a essa assimilati, non significa affatto che in essi possa trovare fondamento una posizione espressamente contraria all'applicabilità della CISG a queste tipologie contrattuali: cfr. LURGER, *Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte*, in *ZfRV*, 1991, p.

Difficoltà non meno significative per l'individuazione di una disciplina uniforme furono evidenziate sia sul piano dell'esecuzione sinallagmatica – con riguardo ai «payment terms» – che su quello rimediabile, in caso di mancato adempimento⁴³.

5. *L'orientamento negativo.*

Per scarsa utilità, in un caso, o per eccessiva complessità, nell'altro⁴⁴, anche nella CISG la permuta e i negozi a essa

417; SCHOBEB, *op. cit.*, p. 75, HOROWITZ, *Revisiting Barter under the CISG*, in *J.L. & Com.*, (29) 2010, p. 106.

In particolare, riguardo alla considerazione che un regime uniforme della permuta non potrebbe essere conseguito in modo soddisfacente «by merely widening the scope of application of the draft Convention on the International Sale of Goods so as to include such transactions» [Report of the Secretary-General (A/CN.9/149/Add.2), *cit.*, p. 191], LURGER, *op. loc. ult. cit.*, sostiene che debba essere intesa nel senso che a queste tipologie negoziali la CISG debba essere applicata non da sola ma in modo parziale e in concorso con altre fonti di disciplina; similmente SCHOBEB, *op. loc. ult. cit.*, la quale nota che non si esclude *in via di principio* che la CISG sia applicabile ai contratti di permuta; piuttosto se ne nega un'applicabilità *in via esclusiva* («eine ausschließliche Anwendbarkeit»); in termini più generali, secondo HOROWITZ, *op. loc. ult. cit.*, «It is important to understand, however, that the report does not say that these difficulties render the CISG inapplicable to barter, rather that due to the complexity of barter-like transactions, adjudicating these issues will be more difficult and that parties would be wise to preempt difficulties through careful drafting».

⁴³ HOROWITZ, *op. loc. ult. cit.*: «the CISG can be applied to some of these situations using the reciprocal contract doctrine. Recall that under that doctrine, each party is buyer and seller. For the purposes of resolving these issues, it is most productive to focus on each party's role as a seller. This helps to avoid issues concerning the buyer's obligation to pay the price and results in more appropriate remedies».

⁴⁴ La Commissione tuttavia non escluse la possibilità, nel contesto dei suoi futuri lavori sulle pratiche contrattuali internazionali, di valutare la preparazione di clausole standard relative al pagamento o al diritto di una parte di rifiutare la prestazione a causa della mancata esecuzione dell'altra parte.

I lavori UNCITRAL sono andati avanti anche nel decennio successivo e alla fine degli anni '80 fu messo a punto un progetto [Report of the Secretary-General (A/CN.9/322), *International countertrade: draft outline of the possible content and structure of a legal guide on drawing up international countertrade contracts*, in *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1989, XX, p. 206 ss.; Report of the Secretary-General (A/CN.9/WG.IV/WP.51, Add.1-7), *Working papers submitted to the Working Group on Draft chapters of legal*

assimilabili non trovarono dunque spazio nel tenore letterale delle disposizioni ivi contenute⁴⁵.

guide on drawing up contracts in international countertrade transactions: sample chapters, *ivi*, 1992, XXIII, p. 47 ss.] sulla cui base, nel 1992, è stata finalmente approvata la *Legal Guide on International Countertrade Transactions*. (A/CN.9/SER.B/3 - New York, 1993), espressamente riferita a «those transactions in which one party supplies goods, services, technology or other economic value to the second party, and, in return, the first party purchases from the second party an agreed amount of goods, services, technology or other economic value. A distinctive feature of these transactions is the existence of a link between the supplies in the two directions in that the conclusion of the supply contract or contracts in one direction is conditioned upon the conclusion of the supply contract or contracts in the other direction. When the parties enter into contracts in opposite directions without expressing such a link between them, the contracts, as regards contractual rights and obligations of the parties, cannot be distinguished from straightforward independent transactions. Therefore, the Legal Guide deals only with transactions that express in a contractual form such a link between the contracts constituting the countertrade transaction» (sul punto v. *supra*, § 1).

Per una valutazione globale cfr. NOBLES JR. e LANG, *The UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions: The Foundation for a New Era in Countertrade*, in *Int'l Law.*, (30) 1996, p. 739 ss.

I lavori condotti dall'UNCITRAL successivamente alla Convenzione di Vienna hanno costituito l'occasione per affermare che, per un verso, tali studi si limitano alle sole questioni che sono considerate specificamente riferibili a queste tipologie negoziali e che, per altro verso, essi perseguono la finalità di offrire una guida per una soluzione rapida e semplificata dei problemi selezionati, ma non di realizzare un progetto alternativo che sostituisca interamente la CISG (LURGER, *op. cit.*, p. 75-76); nella medesima direzione muove il ragionamento di SCHOBEB, *op. cit.*, p. 75-78, la quale sviluppa una serie di argomenti principalmente rivolti a dimostrare che la gran parte dei problemi affrontati nei documenti UNCITRAL sul countertrade sono comuni anche alla vendita, e conclude affermando che «un trattamento differenziato dei contratti di permuta e di vendita non sia necessario» (e quindi: «Queste considerazioni depongono nel senso di un'applicabilità in via di principio della Convenzione sulla vendita alle permuta internazionali»).

La guida adotta una classificazione quadripartita delle diverse tipologie di countertrade: a) barter; b) counter-purchase; c) buy-back; d) offset (a sua volta articolato in un sottotipo diretto e in uno indiretto).

Quadripartita è anche la distinzione fatta propria da IVONE, *op. cit.*, p. 191 ss.: a) counterpurchase; b) cooperazione industriale; c) barter; 4) commercial compensation.

⁴⁵ WINSHIP, *op. cit.*, Ch. 1, p. 24: «the convention is silent on whether it covers barter transactions where part or all of the price is to be paid in something other than money».

Secondo un orientamento largamente diffuso, ancora una volta, come per la ULIS, parve inevitabile che se ne dovesse predicare, in via di principio, l'estraneità all'ambito di applicazione materiale della Convenzione⁴⁶, con la sola eccezione di quei contratti "barter-

Non diverso lo scenario che emergeva dal primo *Uniform Act on General Commercial Law*, adottato nel 1997, e che si profila ora per l'attuale *Uniform Act on General Commercial Law*, adottato nel 2010 dalla Organisation pour l'Harmonisation en Africa du Droit des Affaires (OHADA), entrato in vigore il 15 marzo 2011. Sul punto, per una specifica considerazione delle questioni relative alla permuta, cfr. DJIEUFACK, *Reflecting on the Exclusion of Barter in a Contract of Sale of Goods under the OHADA Uniform Act on General Commercial Law, in Africa Nazarene Un. L.J.*, (4.1) 2016, p. 75 ss.; e in *IJLPP*, (IV,I) 2017, p. 48 ss., il quale, pur avendo rimarcato le difficoltà poste dall'applicazione alla permuta (in realtà ai contratti "barter-like") delle regole sulla vendita contenute nell'*Uniform Act*, conclude che sia comunque preferibile questa soluzione piuttosto che l'applicazione delle regole nazionali dei singoli Stati aderenti all'OHADA.

In termini generali, per un confronto con la Convenzione di Vienna, SCHROETER, *Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich mit dem UN-Kaufrecht*, in *Recht in Africa*, 2001, p. 163 ss.; ID., *Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities*, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, (41) 2018, p. 1 ss.; F. FERRARI, *CISG and OHADA Sales Law*, in Magnus (a cura di), *CISG vs Regional Sales Law Unification with Focus on the New Common European Sales Law*, Munich, 2012, p. 79 ss.; FONTAINE, *Law Harmonization and Local Specificities – A Case Study: OHADA and the Law of Contracts*, in *Unif. L. Rev.*, (18) 2013, p. 50 ss.

⁴⁶ HUBER, *op. loc. ult. cit.*; HERBER, *Das UN-Übereinkommen über internationale Kaufverträge*, in *RIW/AWD*, 1980, p. 83; ID., in von Caemmerer e Schlechtriem (a cura di), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*², München, 1995, p. 50; SCHLECHTRIEM, *op. cit.*, p. 23: «barter contracts are not governed by the Convention»; LOEWE, *The Sphere of Application of the UN Sales Convention*, in *Pace Int'l L. Rev.*, (X) 1988, p. 80 s.; ID., *Internationales Kaufrecht. Wiener UN-Kaufrechtsübereinkommen vom 11. April 1980 und New Yorker UN-Verjährungsübereinkommen vom 14. Juni 1974 samt Protokoll vom 11. April 1980 mit ausführlichen Erläuterungen sowie Vergleichen und Hinweisen zum österreichischen Recht: nach dem Stand vom 15. Mai 1989*, Wien, 1989, p. 27; CZERWENKA, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht: das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der internationalem Kaufrechtsübereinkommen*, Berlin, 1988, p. 141-142; HERBER e CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, München, 1991, p. 16; KAROLLUS, *UN-Kaufrecht: eine systematische Darstellung für Studium und Praxis*, Wien - New York, 1991, p. 25; ID., *Der*

Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im Überblick, in *JuS*, 1993, p. 380; HOYER, *Der Anwendungsbereich des Einheitlichen Wiener Kaufrechts*, in Hoyer e Posch (a cura di), *Das einheitliche Wiener Kaufrecht*, Wien, 1992, p. 419; PILTZ, *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung*, München, 1993, p. 24; Th. FOX, *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen. Ein Vergleich zum italienischen und deutschen Recht*, München, 1994, p. 22; HEILMANN, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht. Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen*, Berlin, 1994, p. 87; F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, tomo I, *Art. 1-13*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1994, p. 49 (testo riprodotto, ma senza l'apparato delle note a piè di pagina, in ID., *Fondamenti della vendita internazionale*, Padova, 1998, p. 51); ID., *Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing*, in *J.L. & Com.*, (15) 1995, p. 54 s.; ID., *The CISG's sphere of application: Articles 1-3 and 10*, in F. Ferrari, Flechtner e Brand (a cura di), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues*, München the U.N. Sales Convention. *Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE)*, London, 2004, p. 63; ID., *Contracts for the International Sale of Goods. Applicability and Applications of the 1980 United Nations Sales Convention*, Leiden – Boston, 2012, p. 106; ID., in Schwenzer (a cura di), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*⁵, München, 2008, p. 62; CORVAGLIA, *Das einheitliche UN-Kaufrecht – CISG*, Bern, 1998, p. 15; FEHRENBACHER, *op. cit.*, p. 111; BRUNNER, *UN-Kaufrecht – CISG. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980. Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Bern, 2004, p. 24; GRUBER, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, Tübingen, 2004, p. 282; GRIESER, *Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht. Eine Untersuchung der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf den Leasing-, Mietkauf-, Vertriebsvertrag und andere Vertragstypen*, Frankfurt am Main, 2004, p. 140 ss.; BENICKE, in Schmidt (a cura di), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*², 6, München, 2007, p. 346; WESTERMANN, in AA.VV., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, München, 2008, p. 2066; SIEHR, in Honsell (a cura di), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*², Berlin, Heidelberg, 2010, p. 24 e 31; NICOLAI, *Der Vertragstyp des UN-Kaufrechts*, in Santos, Baldus e Dedek (a cura di), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäischen Perspektiven*, München, 2011, p. 267 s.; DAWWAS e SHANDI, *The Applicability of the CISG to the Arab World*, in *Rev. dr. unif.*, 2011, p. 813, nota 1; MAGNUS, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, in AA.VV., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichem Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2013, p. 74; LORENZ, in Witz, Salger e Lorenz (a cura di), *International Einheitliches Kaufrecht. Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum*

like”, i quali, isolatamente considerati, consentano d’individuare un nesso sinallagmatico connotato dallo scambio tra un bene e una controprestazione in denaro o, comunque, con strumenti di pagamento a questo assimilabili⁴⁷.

L’integrazione del prezzo in natura, entro certi limiti, non muta una vendita in permuta né, per converso, un conguaglio in denaro una permuta in vendita⁴⁸.

Una vendita rimane tale anche se l’obbligazione di pagare il prezzo dovuto viene successivamente estinta mediante *datio in solutum*⁴⁹.

CISG², Frankfurt am Main, 2016, p. 22; HERDEGEN, *Principles of International Economic Law*², Oxford, 2016, p. 359.

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 9.3.2004, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040309r1.html>: «where there was a barter contract, which was governed by Russian substantive law in accordance with the parties’ agreement, and where such contract did not involve any monetary payments between the parties, the CISG was inapplicable»; Federal Arbitration Court for the Moscow Region, 26.3.2003, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030526r1.htm>: «the text of the CISG gives no ground for concluding that its provisions govern [...] barter transactions».

⁴⁷ HERBER e CZERWENKA, *op. loc. ult. cit.*; KAROLLUS, *UN-Kaufrecht*, cit., p. 25; PILTZ, *op. cit.*, p. 24 s.; Th. FOX, *op. loc. ult. cit.*; HERBER, *op. loc. ult. cit.*; HÖB, *Der gegenständliche Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts. Contracts to which the CISG is applicable*, Diss. Köln, p. 94 ss.; CORVAGLIA, *op. loc. ult. cit.*; BRUNNER, *op. cit.*, p. 24, nota 96; BENICKE, *op. loc. ult. cit.*; SIEHR, *op. cit.*, p. 24; NICOLAI, *op. cit.*, p. 268 s.; MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*; F. FERRARI, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, cit., p. 62.

⁴⁸ Tale posizione pare compatibile con la nostra più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 11 marzo 2014, n. 5605, in *Contratti*, 2015, p. 43 ss., con nota di G. ORLANDO, *Il discrimen tra vendita con integrazione del prezzo in natura e permuta con conguaglio in denaro*, cit.; sulla questione v., *amplius*, VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 155 ss.

Sul punto v. ancora PILTZ, *op. cit.*, p. 25; KAROLLUS, *op. loc. ult. cit.*; FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, cit., p. 50 (ID., *Fondamenti della vendita internazionale*, cit., p. 52); ID., *The CISG’s sphere of application: Articles 1-3 and 10*, cit., p. 64; MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ PILTZ, *op. loc. ult. cit.*; SIEHR, *op. loc. ult. cit.*: «se la prestazione originariamente dovuta in denaro viene in seguito sostituita dalla fornitura di beni, si applica il CISG; infatti è al momento della conclusione del contratto che si stabilisce se le merci sono cedute contro denaro e questa caratterizzazione del

La disciplina uniforme invero si preoccupa di stabilire una serie di regole relative al suo ambito oggettivo di applicazione, ma indicazioni utili per la permuta non sembra possano ricavarsi né dal regime delle esclusioni (art. 2), né dalla speciale considerazione riservata ai contratti di fornitura di merci da produrre o costruire o alla rilevanza della prestazione di servizi connessi alla vendita (art. 3).

Le esclusioni sono individuate in base a criteri eterogenei – uso del bene acquistato (personale o familiare), modalità dell'acquisto (asta o vendita giudiziaria), specifici beni (valori mobiliari, effetti di commercio, moneta, navi, aerei, energia elettrica) –, che tuttavia non sono in grado di offrire elementi qualificanti in ordine alla natura, pecuniaria o meno, della controprestazione⁵⁰. Altrettanto è a dirsi per le merci da costruire o per la prestazione di servizi connessi alla vendita. Il punto d'incidenza di queste regole si attesta esclusivamente sul lato della prestazione del venditore al fine di stabilirne criteri di prevalenza quantitativa rispetto ai tratti tipologici dell'appalto o del contratto d'opera. Questa regola, piuttosto, potrebbe offrire un criterio selettivo fruibile anche per distinguere la vendita con integrazione del prezzo in natura e la permuta con conguaglio in denaro⁵¹.

Un indice particolarmente significativo nel senso dell'estraneità della permuta all'ambito di applicazione materiale della Convenzione è invece rinvenuto nell'art. 53⁵², che disciplina

negozio permane anche se le parti in seguito convengono una compensazione o una prestazione in luogo dell'adempimento».

⁵⁰ LOEWE, *The Sphere of Application of the UN Sales Convention*, cit., p. 81, sostiene che alcune di queste esclusioni siano motivate dalla «nature of the operation which is more an exchange, a barter than a sale». Purtroppo l'autore non dice quali di queste esclusioni presentino questa natura ibrida (si può immaginare che intenda riferirsi alla moneta o forse a valori mobiliari ed effetti di commercio), ma è interessante notare che anche quando la controprestazione fosse (interamente) costituita da denaro potrebbe darsi un'ipotesi di permuta e che l'esclusione sia dovuta proprio ad una sussunzione correttiva (riqualificazione) della fattispecie nel tipo legale che le è proprio (la permuta piuttosto che la vendita).

⁵¹ KAROLLUS, *op. loc. ult. cit.*

⁵² HEILMANN, *op. loc. ult. cit.*; FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, cit., p. 49 (ID., *Fondamenti della vendita internazionale*, cit., p. 51); ID., *Specific*

l'obbligo del pagamento del prezzo da parte dell'acquirente senza prevedere la possibilità che l'adempimento possa avere luogo con mezzi diversi da una somma di denaro e, in particolare, con la consegna (e il trasferimento) di un bene⁵³. L'argomento non è nuovo, essendosi già affacciato, come si è detto, nel vigore della ULIS; in ogni caso, non sorprende che venga invocato anche in un contesto internazionale, perché ogni giurista, indipendentemente dalla provenienza geografica, ne fa uso, a partire dal proprio diritto interno, per distinguere una vendita da una permuta⁵⁴.

Ciò che cambia, a seconda del contesto, è invece l'ordine delle conseguenze che se ne fanno derivare. Mentre in ambito nazionale la distinzione comporta il ricorso alle regole sulla vendita attraverso tecniche disciplinari diverse (estensione diretta nel limite della compatibilità, applicazione analogica, ricorso ai principi generali in tema di negozi traslativi a titolo oneroso), ma comunque riconducibili a un adattamento consono alle peculiarità tipologiche della permuta, in ambito internazionale la distinzione conduce alla negazione della possibilità di applicare alla permuta le regole uniformi sulla vendita, in guisa che debba farsi ricorso ai criteri di collegamento della *lex fori*, dai quali risulterà quale diritto nazionale sia in concreto applicabile (il che significa tuttavia che in realtà troverà quasi sempre applicazione – ove, come normalmente accade, manchi una specifica disciplina della permuta – un diritto nazionale della vendita in qualche modo compatibile con una permuta)⁵⁵.

6. *L'orientamento positivo.*

Va però osservato che l'invocazione dell'argomento principale

Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing, cit., p. 55; ID., *Contracts for the International Sale of Goods*, cit., p. 107; ID., *The CISG's sphere of application: Articles 1-3 and 10*, cit., p. 64; ID., in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, cit., p. 62.

⁵³ MAGNUS, *op. loc. ult. cit.*: «la Convenzione non prevede un pagamento con merci».

⁵⁴ Si tratta di un sillogismo elementare: cfr., per es., SCHLECHTRIEM, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, in *Vict. U. Well. L. Rev.*, (36) 2005, p. 787: «Sales means an exchange of goods for money. Barter contracts are not sales» (la premessa minore è implicita).

⁵⁵ Come già rilevato *supra*, § 2.

(prezzo vuol dire denaro) delle tesi negative illustrate nel paragrafo precedente poteva forse avere una capacità dirimente – come in effetti è accaduto – sotto il vigore della ULIS, ma ha perso buona parte della sua forza persuasiva nel vigore della CISG.

Il bacino culturale della prima rimase infatti confinato a un ridotto numero di Stati europei, che non comprendeva, come nella seconda, gli Stati Uniti, la ex URSS (con i Paesi del c.d. Blocco socialista) e i c.d. Paesi in via di sviluppo. Se per gli ultimi due una diversa percezione del rapporto tra vendita e permuta trova spiegazione nella diffusa pratica di scambi permutativi giustificati dall'esigenza di sopperire alla carenza di strumenti di pagamento finanziari, per gli Stati Uniti ciò è dovuto a un peculiare adattamento della *consideration doctrine*, che ha trovato una rinnovata e ancor più chiara recezione nello UCC⁵⁶, il quale alla sezione 2-304 (1) stabilisce: «The price can be made payable in money or otherwise. If it is payable in whole or in part in goods each party is a seller of the goods which he is to transfer».

In tal modo, il prezzo, essendo pagabile in moneta o *altrimenti*⁵⁷,

⁵⁶ In precedenza, lo Uniform Sales Act statunitense del 1906 aveva preso una posizione sufficientemente definita riguardo alla permuta nella Sezione 9 (2), che disponeva che il prezzo «may be made payable by in any personal property». Di conseguenza si poteva già a quel tempo affermare che «the price is not confined to a monetary consideration»: così R. BROWN, *The Law of Sales in the United States*, in *Colum. L. Rev.*, (8) 1908, p. 90, il quale aggiunge: «In other words “barter” comes within the Act. This is an advantage, and sets at rest a long and bitter controversy as to whether or not barter is a species of sale». Si può agevolmente supporre che la “lunga e aspra disputa” a tale riguardo sviluppatasi nella common law dei singoli Stati americani sia stata alimentata anche dall'influenza del Sale of Goods Act inglese del 1893 (v. *supra*, nota 10).

⁵⁷ «Courts have interpreted this language as meaning that barter transactions are sales»: così EDWARDS, *Into the Abyss: How Party Autonomy Supports Overreaching Through The Exercise of Unequal Bargaining Power*, in *J. Marshall L. Rev.*, (36) 2003, p. 441, la quale riferisce della limitata applicabilità della sezione 2-304 (1) nella Navajo Nation, in cui codice nazionale del 1986, al tit. 5A, § 1-110, prevede: «Notwithstanding any other provision of this Code to the contrary, this Code shall not apply to any exclusively barter transaction in which the aggregate market value of all the goods and services involved in the transaction does not exceed \$10,000 at the time of the transaction. Such transactions shall be governed by the customs and usages of the Navajo Nation».

indica semplicemente la necessità dell'esistenza di un corrispettivo, ma non ne limita necessariamente la natura in corrispondenza con strumenti di pagamento pecuniari. Nella sostanza, la vendita e la permuta della tradizione giuridica romanistica possono entrambe essere ricomprese nella nozione di "sale" statunitense⁵⁸, che in tal modo guadagna in termini di capacità inclusiva, attribuendo ai permutanti la qualifica di venditori dei beni che sono tenuti a trasferire e quindi assoggettandoli al trattamento giuridico a questi riservato⁵⁹.

Il congegno normativo dello UCC suppone ma non rende esplicita in termini di caratterizzazione tipologica la differenza tra vendita e permuta. Il tratto veramente originale e innovativo di questa disciplina è che la distinzione tra le due figure discende indirettamente dall'individuazione delle modalità di adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo: la nozione di pagamento qui si dilata dando spazio anche al trasferimento di un bene. Per il resto, lo UCC riprende alla lettera il modello regolativo dell'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)*⁶⁰, che aveva a sua volta cristallizzato la dottrina del diritto comune, ma ne fa

Nel dar conto di questa peculiare deroga "tribale", la Edwards sottolinea l'importanza e la diffusione della permuta presso i Navajo [per chi fosse interessato a uno specifico approfondimento, cfr. LIEDER, *Navajo Dispute Resolution and Promissory Obligations: Continuity and Change in the Largest Native Nation*, in *Am. Indian L. Rev.*, (39) 1993, p. 19, nota 87].

⁵⁸ Cfr. *Wheeler v. Sunbelt Tool Co., Inc.*, 181 Ill. App. 3d (4th Dist. 1989), p. 1098: «The price may be barter, an exchange, trading in other goods, or rendering of service»; *Martin v. Melland's Inc.*, 283 N.W.2d (N.D. 1979), p. 81: «It is clear that a barter or trade-in is considered a sale and is therefore subject to the Uniform Commercial Code»; *Gunderland Marine Supply, Inc. v. Bray*, 570 S.W.2d (Tex.Civ.App.1978), p. 545: «a trade-in of personal property as part of the purchase price of other personal property is a sale».

⁵⁹ Cfr. HOROWITZ, *op. cit.*, p. 103: «two contracts exist as consideration for each other. Thus, the seller in one contract is reciprocally the buyer in the other contract. In the first contract, party A (the seller) agrees to sell good A to party B (the buyer) in exchange for the delivery of good B. In the second contract, party B (now the seller) agrees to sell good B to party A (now the buyer) in exchange for the delivery of good A».

⁶⁰ ALR, I, XI, § 364. «Bey dem Tausche ist jeder Contrahent, in Ansehung der Sache, die er giebt, als Verkäufer; und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer zu betrachten».

un'applicazione parziale, con riguardo alla sola figura del permutante-venditore.

Muovendo da queste premesse, è comprensibile che l'argomento basato sull'art. 53 CISG possa essere rovesciato osservando che «The Convention does not state any restrictions as to the price»⁶¹. Se per l'orientamento opposto il punto di rilevanza ermeneutica cade sulla circostanza che non è prevista la possibilità di un pagamento con mezzi diversi da una somma di denaro e, in particolare, con la consegna di un bene, qui, al contrario, l'accento è posto sul fatto che la nozione di prezzo «is not defined in the CISG»⁶², come d'altra parte non è definita la nozione di “vendita”, e dunque mancano elementi testuali per giustificare la necessità che il pagamento debba farsi esclusivamente con una somma di denaro⁶³, mentre il concetto di “prezzo” si presterebbe ad essere inteso «as a means of evaluating the equivalence of the two obligations»⁶⁴, sicché, ove si facesse luogo a un'interpretazione estensiva, si potrebbe prospettare una nozione di prezzo assimilabile a un valore economicamente apprezzabile («goods delivered against a value rather than a price»)⁶⁵. Si può incidentalmente notare, nonostante l'arditezza dell'accostamento, che tale soluzione sembra presentare un

⁶¹ HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*³, The Hague, 1999, p. 53 (identica sul punto la 4^a ed., curata e aggiornata da Flechtner nel 2009, p. 67). Piena adesione da parte di GILLETTE e WALT, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Theory and Practice*, New York, 2016, p. 56.

⁶² ZIEGEL, *The Scope of the Convention: Reaching out to Article One and Beyond*, in *J.L. & Com.*, (25) 2005, p. 60, per il quale proprio da ciò dipende la differenza di opinioni riguardo alla permuta; HOROWITZ, *op. cit.*, p. 101.

⁶³ EL-SAGHIR, *The Interpretation of the CISG in the Arab World*, in Janssen e Meyer (a cura di), *CISG Methodology*, Munich, 2009, p. 370: «The CISG does not require the consideration in sale contracts to be in money»; SCHWENZER e HACHEM, in Schwenzler (a cura di), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*⁴, Oxford, 2016, p. 31-32: «the term 'price' as used in Articles 14(1), sentence 2, 53, 55 does not have to be restricted to money».

⁶⁴ SCHWENZER e KEE, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁵ MISTELIS, in Kröll, Mistelis e Perales Viscasillas (a cura di), *Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A Commentary*², a cura di München, 2018, p. 29, il quale si esprime tuttavia in termini fortemente dubitativi e anzi sembra propendere per la tesi negativa.

significativo punto di contatto con la *Shari'a* islamica (art. 105 Al Majalla; allo stesso modo l'art. 506 cod. civ. iracheno), dalla quale emerge una struttura generale di corrispettività incentrata sullo «exchange of property for property», che pertanto delinea una categoria normativa più ampia, in grado di comprendere tanto la vendita quanto la permuta⁶⁶.

Questa interpretazione trova un ulteriore punto di forza nel convincimento che essa sia maggiormente conforme alla libertà contrattuale che la CISG riconosce alle parti (art. 6), sicché la questione rimarrebbe condizionata, al limite, soltanto da un contrario atto di autonomia privata («exchanges of goods are not excluded unless the parties so choose»)⁶⁷.

Si giunge così, sulla falsariga dello UCC, ad affermare esplicitamente che nella permuta «both parties are sellers» e che perciò l'applicazione della CISG non potrebbe essere necessariamente esclusa⁶⁸. Si sostiene, anzi, apertamente che un numero schiacciante di argomenti depone in favore dell'applicazione della Convenzione anche alla permuta⁶⁹ e che tale applicazione comporta – in piena adesione all'antico modello prussiano – che «Any partner is to be considered here both as buyer and seller»⁷⁰.

⁶⁶ Sul punto v. SCHWENZER, HACHEM e KEE, *Global Sales and Contract Law*, New York, 2012, p. 112.

⁶⁷ HONNOLD, *op. loc. ult. cit.* (identica sul punto la 4^a ed., curata e aggiornata da Flechtner nel 2009, p. 67).

⁶⁸ MASKOW, in Bianca e Bonell (a cura di), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, p. 387; in senso adesivo AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990, p. 137, nota 1.

⁶⁹ MASKOW, in Enderlein, Maskow e Strohbach (a cura di), *Internationales Kaufrecht. Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention*, Berlin, 1991, p. 42; ENDERLEIN e MASKOW, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, New York, 1992, p. 28.

⁷⁰ ENDERLEIN e MASKOW, *op. loc. ult. cit.*, che precisano: «though with regard to different performances – in respect of the obligations to deliver, to hand over documents, to acquire title in the goods and to take delivery»; MASKOW, in *Internationales Kaufrecht*, cit., p. 42. Così pure SCHWENZER, HACHEM e KEE, *op.*

Nella sostanza, non vi sarebbe ragione di escludere l'applicazione della CISG se la fornitura dei beni si presta ad essere "razionalizzata" alla stregua di due vendite speculari ("back to back sales") con compensazione del prezzo⁷¹. Ciò risulta particolarmente agevole in tutte le ipotesi nelle quali il valore dei beni scambiati è determinato (o determinabile) in denaro e in tal modo si potrebbe ritenere soddisfatta anche la previsione dell'art. 53 CISG (obbligo del venditore di pagare il prezzo)⁷².

Un argomento ulteriore viene infine addotto sulla base di una ricorrente e specifica caratteristica degli scambi internazionali. Anche quando essi, come statisticamente accade nella maggior parte dei casi, prevedono che la controprestazione per l'acquisto di beni

cit., p. 113; SCHWENZER e HACHEM, *op. cit.*, p. 32: «both parties can be treated as sellers in regard to the goods they deliver and as buyers in regard to the goods they receive».

Si è già avuto modo di segnalare (VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 205, nota 8) l'innovativa impostazione del codice civile olandese (art. 7:50). Qui sembra opportuno rimarcare il superamento del generico richiamo al venditore e al compratore, attraverso una più precisa individuazione della "porzione" delle situazioni soggettive a tale riguardo rilevanti sia per il primo («with regard to the obligation incumbent upon him») che per il secondo («who is entitled to the performance that has to be carried out by the other party»).

Cfr. Arbitration Tribunal of Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 11.9.1998, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911r1.html>, che ha seguito questo schema di ragionamento in favore del permutante ungherese che aveva consegnato i beni promessi alla controparte russa, la quale, a sua volta, non aveva consegnato i beni che si era obbligata a fornire. Al permutante ungherese fu attribuita la posizione di acquirente e gli fu riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 45, comma 1, lett. b, CISG. Così, nella sostanza, anche China International Economic and Trade Arbitration Commission, 13.6.1989, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/890613c1.html>; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 17.6.2004, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040617r1.html>.

⁷¹ BRIDGE, *The International Sale of Goods*⁴, Oxford, 2017, p. 520.

⁷² BRIDGE, *op. loc. ult. cit.*, si interroga anche sull'ipotesi che il valore dei beni scambiati non sia determinato (o determinabile) in denaro e che perciò possa farsi questione se sia stato concluso un «open price contract» (art. 55 CISG). Tale incertezza, tuttavia, per Bridge dovrebbe essere esclusa dalla circostanza che in una permuta «each quantity of goods in effect defines itself as the price for the other goods».

consista in una somma di denaro, non di rado ciò che il venditore riceve non è denaro nella propria valuta nazionale ma in quella dell'acquirente, con la conseguente necessità di convertire quella valuta nella propria, sicché la valuta straniera non è qualche cosa di essenzialmente diverso da una «commodity»⁷³.

Appare dunque chiaro che oggi, diversamente da quanto era accaduto per le Convenzioni dell'Aja, la possibilità di applicare la disciplina uniforme della vendita alla permuta internazionale trova un significativo e crescente sostegno.

Di certo questa sembra la soluzione da preferire. Oltre agli argomenti già richiamati in questo paragrafo, che hanno consistenza tecnico-giuridica certamente non inferiore a quella degli argomenti invocati dalla tesi opposta, appare decisiva la circostanza che altrimenti si realizzerebbe una stridente e per certi versi inverosimile *incoerenza* tra ordinamenti nazionali e regolazione internazionale del medesimo fenomeno.

Le indagini di natura comparatistica hanno infatti ampiamente dimostrato che pressoché ovunque la permuta è assoggettata alle regole sulla vendita né i casi che fanno eccezione (Austria, Inghilterra) costituiscono una vera smentita di questo dato di fatto⁷⁴.

⁷³ GILLETTE e WALT, *op. cit.*, p. 57 ss.: «It is unclear to us why that transaction should be covered by the CISG, but a different result would obtain if the “price” is paid in some other commodity, such as wheat».

⁷⁴ Cfr. *Principles of European Law*, a cura di Hondius, Heutger, Jeloschek, Sivesand, Wiewioroska, Sales, Munich, 2008, p. 126, che hanno previsto l'art. 1:103 (barter) al fine di estendere le regole sulla vendita alla permuta secondo una classica clausola di compatibilità. Gli autori nel commento affermano che ciò riflette «the majority of the various national sales laws» e, nella nota 1 (p. 127), precisano che, a eccezione di Inghilterra e Scozia, «the rules relating to barter contracts follow statutory sales law» (e qui richiamano, con i relativi articoli, Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Francia, Finlandia, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania, Olanda, Norvegia, Polonia, Portogallo, Slovacchia, Slovenia, Spagna e Svezia). Il richiamo dell'Austria in questo contesto non appare corretto, ma non altera i termini generali del discorso (v. *supra*, nota 9). Il riferimento a Inghilterra e Scozia avrebbe richiesto la precisazione che regole identiche a quelle della vendita possono trovare applicazione alla permuta attraverso la *common law* (v. *supra*, nota 10). Il richiamo al Portogallo avrebbe richiesto la precisazione che «nessuna espressa menzione alla permuta è contenuta nel codice portoghese che [...] ha solo una

Rafforzano tale assunto i sistemi nei quali la disciplina applicabile è concepita in modo tale da poter essere utilizzata tanto per la vendita quanto per la permuta.

Per i Paesi che hanno aderito alla CISG, peraltro, la paradossalità della soluzione contraria emerge su due versanti: in primo luogo, preferita la regolazione uniforme della vendita, non si comprende perché non si dovrebbe volere altrettanto per la permuta, visto che altrimenti si avrebbe un collegamento tra regole della vendita e della permuta a livello nazionale e un disallineamento a livello internazionale; in secondo luogo, negando l'applicabilità della CISG a una permuta internazionale, sarebbe necessario fare ricorso alle regole del diritto internazionale privato, le quali, come si è visto⁷⁵, a tal riguardo aprono la strada alla più totale incertezza in ordine alla prevedibilità delle regole nazionali applicabili, che, in ogni caso, per le ragioni anzidette, sarebbero comunque quasi certamente regole nazionali concepite per la vendita. Dunque, un Paese che abbia palesamente manifestato di volersi avvalere delle regole uniformi sulla vendita internazionale in luogo di regole nazionali sulla vendita di un altro Paese, sarebbe posto nella condizione di dover subire la possibilità che attraverso gli imponderabili criteri di collegamento del diritto internazionale privato trovino applicazione a una permuta internazionale regole nazionali sulla vendita di un altro Paese.

norma di rinvio genericamente relativa ai “contratti onerosi con i quali si alienano i beni o si stabiliscono dei pesi su di essi”»: così GANDOLFI, *Quale ruolo per il contratto di “permuta” in un diritto europeo unificato?*, in AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, II, Alessandria, 2011, p. 552, nonché le ulteriori precisazioni a p. 557.

Il quadro dei riferimenti offerti dai *Principles* è ovviamente limitato ai Paesi europei. Un ampliamento di prospettiva assai significativo è offerto da SCHWENZER, HACHEM e KEE, *op. loc. ult. cit.*; SCHWENZER e HACHEM, *op. cit.*, p. 31, che aggiungono, sempre con i relativi articoli, una cospicua serie di paesi extraeuropei: Afghanistan, Algeria, Argentina, Bahrain, Belarus, Bolivia, Brasile, Cambogia, Cile, Cina, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egitto, El Salvador, Emirati Arabi Uniti, Georgia, Giappone, Guatemala, Honduras, Giordania, Kuwait, Libano, Libia, Marocco, Messico, Moldavia, Mongolia, Nicaragua, Paraguay, Qatar, Filippine, Russia, Corea del Sud, Svizzera, Siria, Taiwan, Tunisia, Venezuela, Vietnam e Yemen.

⁷⁵ V. *supra*, § 2.

7. *Il problema dell'analogia.*

Sulla base delle conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente pare legittimo sostenere la diretta applicabilità delle regole sulla vendita internazionale di cose mobili contenute nella CISG anche alla permuta internazionale⁷⁶. Questa soluzione rende ovviamente superflua una specifica considerazione delle questioni relative alla possibile applicazione di tali regole in via analogica, tanto più per chi dovesse ritenere superata la distinzione tra la clausola di rinvio a una certa disciplina «in quanto compatibile» e il procedimento analogico⁷⁷. Tuttavia, vale ugualmente la pena occuparsene, se non altro perché potrebbe accadere di trovarsi in un contesto (in primo luogo un giudizio ordinario o arbitrale) nel quale, per un verso, si reputi rilevante quella distinzione e, per l'altro, si ritenga di dover escludere l'applicazione diretta della CISG, ma si faccia invece questione dell'ammissibilità dell'applicazione analogica di singole norme di questa a una permuta internazionale.

Anche quando si riconosce che, in un'ottica di politica internazionale volta a favorire e facilitare gli scambi commerciali, l'estensione analogica alla permuta della disciplina della vendita sarebbe da considerare un risultato ottimale, emergono tuttavia difficoltà sulla base del rilievo che la Convenzione di Vienna è un trattato internazionale e che perciò gli Stati contraenti si sono obbligati ad applicarla solo ai contratti di vendita⁷⁸.

Il fulcro del ragionamento si colloca nel punto in cui il tradizionale metodo classificatorio-tipologico si salda con una lettura formalistica dell'art. 7, comma 2, CISG, norma deputata proprio a definire il problema delle lacune: «Le questioni che riguardano materie regolate nella presente Convenzione ma che in

⁷⁶ Naturalmente, la tendenziale applicabilità alla permuta internazionale delle regole di diritto uniforme in materia di vendita non esclude la necessità di verificare caso per caso la compatibilità delle singole regole che vengono in rilievo, secondo la soluzione che si è ritenuto di dover accogliere con riferimento al diritto interno: cfr. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 245 ss.

⁷⁷ Sul punto, cfr. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., p. 206, nota 10.

⁷⁸ LURGER, *Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte*, cit., p. 421;

essa non sono espressamente disciplinate devono essere regolate secondo i principi generali sui quali si fonda la Convenzione e in mancanza secondo il diritto applicabile in forza delle regole del diritto internazionale privato».

Di conseguenza, assume un ruolo centrale e decisivo la distinzione tra materie regolate e non regolate, poiché solo alle prime è applicabile l'art. 7, comma 2, CISG. La contrapposizione corre dunque tra lacune "interne" ed "esterne"⁷⁹. Tale linea di demarcazione segna un limite invalicabile, oltre il quale il procedimento di autointegrazione non può procedere in via autonoma, perché esso deve svolgersi solo entro i confini dell'ambito di applicazione della Convenzione.

A tale riguardo risulta determinante il richiamo dell'art. 4, comma 1, primo periodo CISG: «Questa Convenzione disciplina esclusivamente la conclusione del contratto di vendita e i diritti e gli obblighi del venditore e del compratore che da esso derivano». A questo punto, per la permuta, a taluno l'esito è parso scontato: essa non è regolata nella Convenzione e, dunque, per essa non è ammesso il ricorso ai principi generali sui quali si fonda la CISG⁸⁰, sicché non rimane che il ricorso al diritto internazionale privato.

La rigidità di questa conclusione è in qualche misura attenuata da una linea ricostruttiva che valorizza la circostanza che la CISG, una volta ratificata, diviene diritto materiale interno del singolo ordinamento di cui entra a far parte. A tale stregua, rimane vero che uno Stato non è obbligato per effetto di un trattato internazionale, nei confronti degli altri Stati contraenti, ad applicare la CISG in materie che ricadono al di fuori del suo ambito di applicazione ma, ciò nondimeno, potrebbe applicarla se in tal modo fosse possibile

⁷⁹ SCHMID, *Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsvergleichung auf dem Gebiet von Willensmängeln sowie vor- und nebenvertraglichen Pflichten und ihren Äquivalenten im deutschen und amerikanischen Recht sowie im UN-Kaufrecht*, Berlin, 1996, p. 70.

⁸⁰ SCHOBEB, *op. cit.*, p. 92.

superare una lacuna del proprio ordinamento nazionale in relazione alla disciplina di una permuta internazionale⁸¹.

Questo e altri tentativi di aprire una breccia nei limiti immanenti alle possibilità di autointegrazione della CISG in materie (che si reputano) esterne al suo ambito di applicazione suscitano la preoccupazione che in tal modo si finisca col tradire l'esigenza di una applicazione uniforme della CISG, perché così operando si potrebbero realizzare difformità applicative che entrano in contraddizione con le stesse finalità che stanno alla base della uniformazione internazionale⁸². Solo la garanzia – da acquisire anticipatamente attraverso una sorta di *Akzeptanzprognose* – che il superamento di questi limiti possa comunque preservare l'uniformità applicativa (perché tale soluzione sarebbe comunque seguita nella maggioranza degli Stati membri) giustificerebbe una estensione delle regole della vendita a ipotesi che non sono immediatamente riferibili al tenore letterale della CISG, ma ciò – si è affermato – per la permuta manca, a tutt'oggi, di sufficienti elementi di sostegno⁸³.

Tale scettica conclusione sembra invero abbondantemente smentita dall'indagine comparatistica, la sola idonea a fornire elementi di giudizio utili a tale riguardo, illustrando quale sia nei diversi ordinamenti nazionali il reale assetto dei rapporti regolativi tra vendita e permuta. Ma sul punto sembra il caso di limitarsi a richiamare quanto è già emerso nel corso della trattazione precedente⁸⁴, congedando il lettore di queste pagine con la prospettiva che una futura sistemazione normativa europea (ma anche, più genericamente, internazionale) della materia appare, anche alla luce delle difficoltà emerse dall'esperienza maturata riguardo alla CISG, destinata ad avere maggiore successo se si esce

⁸¹ LURGER, *Handbuch der internationalen Tausch-und Gegengeschäftsverträge*, cit., p. 283; EAD., *Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte*, cit., p. 421.

⁸² SCHMID, *op. cit.*, p. 71.

⁸³ SCHMID, *op. loc. ult. cit.*: «Di conseguenza, i contratti di permuta potrebbero essere ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione solo se tale tendenza fosse riscontrabile in diversi Stati membri. Al momento non pare vi siano indicazioni in questo senso».

⁸⁴ V. *supra*, spec. §§ 1 e 6.

dalle strettoie di un metodo rigidamente classificatorio-tipologico, valorizzando un approccio concettuale incentrato sugli elementi comuni del *negozio di scambio in funzione traslativa*, al quale chiaramente vendita e permuta sono riconducibili con pari livello di dignità⁸⁵.

⁸⁵ Gli autori dei *Principles of European Law*, sempre nella nota 1 (p. 127), osservano: «The underlying idea seems to be that the consideration paid in return for the goods sold may also be other than money. This, by and large, achieved by a general clause declaring the sales rules also applicable to barter contracts, unless they are incompatible».

GERARDO VILLANACCI
Professore ordinario di diritto privato
Università politecnica delle Marche

LA VARIEGATA DISCIPLINA RIMEDIALE NEL RIEQUILIBRIO CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. La premessa. – 2. La problematica evoluzione del concetto di equilibrio contrattuale. – 3. La composita incidenza della giustizia contrattuale sull'autonomia privata. – 4. Il rilievo delle sopravvenienze tra l'intangibilità del contratto e l'interesse dei contraenti.

1. La premessa

La rilevante e altamente qualificata produzione scientifica di Giuseppe Vettori ha contribuito a delineare la rotta del diritto civile moderno. Già nella prima edizione di “Contratto e rimedi”¹ venivano ben evidenziate le ineludibili esigenze di una interpretazione contestualizzata del contratto, la cui dinamicità non può giammai essere disattesa poiché consente di cogliere appieno i cambiamenti culturali e quindi il loro inevitabile ribaltamento nel campo del diritto. Il conferimento di maggiore centralità nel processo esegetico alla pluralità delle fonti si è rilevata funzionale per giungere ad una maggiore tutela dei diritti delle parti sul presupposto che la crisi economica e sociale, già in atto prima dell'impatto della pandemia, ha dato luogo al superamento della priorità del mercato sia a livello domestico che sovranazionale. L'attualità delle scelte di Giuseppe Vettori sempre più orientate ad una maggiore attenzione allo sviluppo sostenibile, è comprovata dal sopraggiunto ed inatteso disastro epidemiologico i cui effetti sulla disciplina del contratto sono già evidenti.

¹ VETTORI, *Contratto e rimedi*⁴, Padova, 2021.

Il mutamento del sistema delle fonti conseguente anche ad una ormai unanimamente riconosciuta correlazione tra il diritto e la società, ha aperto nuovi orizzonti al giurista più consapevole del ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto nel quale non a caso si registrano interventi del giudice di legittimità nelle ipotesi di manifesta sproporzione, al fine di ripristinare un oggettivo e complessivo equilibrio contrattuale.

Il concetto di sentenza giusta, travalicando il formalismo strutturale degli accordi assunti dalle parti, permette di individuare qualsivoglia forma di invalidità per conseguire una tutela degli interessi generali trascendendo da quelli dei singoli.

A più riprese Giuseppe Vettori pone in evidenza la necessità per l'interprete di considerare la compenetrazione della normativa interna in quella europea, sul presupposto che quest'ultima ha significativamente contribuito alla implementazione dei rimedi².

Lungi dal voler seppure solo parzialmente rappresentare lo straordinario apporto di Giuseppe Vettori allo studio del diritto, con il presente scritto ci si limita a sottolineare soltanto alcuni punti che possano al meglio evidenziarne la sensibilità nelle tematiche della giustizia contrattuale³.

2. La problematica evoluzione del concetto di equilibrio contrattuale

Non essendo rinvenibile nel nostro ordinamento giuridico nessuna norma che contempra una esplicita definizione di equilibrio contrattuale, il concetto si presta a molteplici sfumature di significato le quali tuttavia possono essere riassunte principalmente in due opposti filoni interpretativi.

² VETTORI, *Validità. Responsabilità e cumolo dei rimedi. A proposito del caso Cir- Fininvest*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 279.

³ VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, p. 381; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 787; ID., *Il tempo dei diritti*, in *ivi*, 2014, p. 881; ID., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 101; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21.

Il primo, più risalente, tende a sussumerlo in un accordo volto a realizzare l'incontro della volontà delle parti contraenti di addivenire ad uno scambio di beni o prestazioni a condizioni non sperequate ovvero incongrue. L'equilibrio contrattuale si configura quindi in ragione della uniformità tra le prestazioni tale da non intaccarne il rapporto sinallagmatico. Un'eventualità accertabile in primo luogo nella fase esecutiva del contratto, di rilevante importanza in particolar modo nei contratti c.d. a prestazioni corrispettive, caratterizzati dalla sussistenza di una stretta correlazione tra prestazioni e controprestazioni che consentano il conseguimento di un vantaggio patrimoniale a fronte di un correlato sacrificio economico, posto che ogni contratto sinallagmatico presuppone necessariamente la sua onerosità⁴.

Il diverso orientamento volto ad individuare l'equilibrio contrattuale nella sintesi fra i contrapposti interessi delle parti⁵, è rappresentativo di una impostazione culturale prima ancora che giuridica che trova fondamento nel principio di "autonomia contrattuale" il quale come è noto a partire dagli inizi del XIX secolo, ovvero un periodo contraddistinto dalla proliferazioni di codici, permea tutta la disciplina contrattualistica caratterizzandola con la piena libertà delle parti di stabilire il contenuto degli accordi e la loro attuazione attraverso schemi contrattuali atipici. Una prospettiva che esclude la necessità della preliminare verifica della sussistenza dei presupposti di omogeneità e uguaglianza tra le prestazioni, essendo prevalente ed assorbente la volontà dei contraenti il cui ritenuto carattere di quasi sacralità la rende intangibile e non condizionabile da ingerenze esterne. Elementi che non consentono al giudice alcun sindacato sulla congruità delle prestazioni e che sanciscono l'irrilevanza giuridica dell'eventuale squilibrio nello scambio dal momento che è precluso qualsiasi

⁴ Tra i contratti onerosi che non realizzano una stretta connessione tra le rispettive prestazioni, si consideri quello di società, ex all'art. 2247 c.c., il quale, pur essendo a carattere oneroso, non può definirsi sinallagmatico in quanto stipulato tra più parti interessate al conseguimento di uno scopo comune.

⁵ MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, poi diretto da Schlesinger, 1973; VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

intervento *ex post* sull'effettiva volontà delle parti che, in ragione della sua inopinabilità, assurge a fulcro centrale dell'attività contrattuale. L'ordinamento giuridico è quindi tenuto a tollerare anche accordi contrattuali palesemente e oggettivamente sproporzionati ai quali l'unico rimedio opponibile è, per la parte svantaggiata, invocare la risoluzione del contratto per eccessiva incongruità tra le prestazioni⁶. Una concezione liberista che è risultata dominante fino a quando la grave crisi economica conseguente ai conflitti mondiali del secolo scorso, e la pressoché coeva affermazione del diritto commerciale, hanno posto in evidenza la sua inadeguatezza a soddisfare le incessanti istanze di mutamento o per meglio dire di equilibrio dei rapporti sociali, commerciali e contrattuali tra imprese e consumatore. Ecco che accordi *ab origine* connotati da una ingiustificata asimmetria delle prestazioni non potevano più essere sostenuti sul mero ed irragionevole presupposto della libertà contrattuale delle parti. Il profilarsi della sempre più impellente necessità di preordinare meccanismi di revisione del contratto volti ad attuarne oppure a ripristinarne l'equilibrio, essendo divenuto ormai irrinunciabile l'obiettivo del bilanciamento dei contrapposti interessi ed utilità economiche di ogni accordo⁷ dava luogo al riconoscimento del potere eterointegrativo del giudice per riequilibrare le prestazioni e quindi consentire al contratto di preservare la sua efficacia nel tempo. In particolare, quando risultava essere incontrovertibile l'intenzione del contraente debole di voler proseguire la vicenda contrattuale seppure a condizioni più eque. Un requisito, quello dell'equità, non sovrapponibile a quello di omogeneità oppure di uguaglianza tra le prestazioni poiché, avendo riguardo alla natura e all'utilità del contratto posto in essere, esprime la necessità di una revisione delle pattuizioni nel rispetto dei valori di congruità e perequazione. Inoltre, l'intervento giurisdizionale è anche proteso

⁶ TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Encl. dir.*, XL, 1989, p. 104; GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*³, II, 1, Padova, 1999, p. 521 il quale afferma che la risoluzione è "legislativamente valutata come esigenza di ristabilire l'equilibrio corrispondente all'originaria previsione delle parti".

⁷ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997.

alla più efficace tutela del contraente debole, al quale deve essere garantita l'effettiva protezione dei principi costituzionali solidaristici e di uguaglianza economica sul presupposto che il divario non attiene solo alle prestazioni in quanto tali ma anche alle condizioni economiche personali dello stesso nella fase dell'esecuzione.

La sempre maggiore affermazione di detto orientamento ha indotto il legislatore a preordinare disposizioni innovative oppure a rimodulare quelle già esistenti per realizzare la ormai divenuta imprescindibile tutela dell'equilibrio contrattuale, quantomeno in alcuni determinati settori tra i quali, a titolo esemplificativo, l'estensione della rescissione del contratto, *ex art.* 1447 c.c., e l'articolo 33 cod. consumo che regola la presunzione di nullità delle clausole vessatorie.

Certamente il mutamento della concezione di equilibrio contrattuale nel diritto interno è stato favorito anche, forse soprattutto, dalla sua affermazione a livello europeo nei Principi *Unidroit* posti a fondamento della contrattazione commerciale internazionale i quali, anche attraverso l'*hardship* e il *gross disparity*, hanno sancito la facoltà della parte svantaggiata di chiedere l'annullamento dell'intero contratto ovvero di singole clausole dello stesso ove comportano un ingiustificato dislivello tra le prestazioni, ma anche il conferimento al giudice del potere di intervenire sulle stesse per ricondurle ad equità⁸. L'obiettivo è il ripristino dell'equilibrio contrattuale anche attraverso la revisione delle pattuizioni sproporzionate, e non esclusivamente con la risoluzione del contratto⁹. Un cambio di prospettiva che ha evidentemente influenzato il nostro come altri ordinamenti comprimendo significativamente la previgente visione liberista nella crescente convinzione che il principio di conservazione del rapporto contrattuale, cardine dell'attività negoziale privatistica, sia sempre meritevole di una tutela adeguata, tanto più nei contratti di

⁸ VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002. Sempre sullo stesso argomento si segnala anche ID., *Controllo giudiziale sul contratto ed effettività delle tutele*, cit. p. 101.

⁹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

“durata” nei quali assume rilievo il differimento temporale tra il momento della stipulazione e quello dell’esecuzione della prestazione. Un segmento temporale dove possono insinuarsi numerose e non prevedibili sopravvenienze avverso le quali non è possibile precostituire clausole di contrasto. Né, per altri versi il recupero dei canoni di equità ed equilibrio può essere affidato in via esclusiva al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467 c.c., in quanto inadeguato a soddisfare tutti gli interessi del debitore, finanche quello alla prosecuzione del contratto¹⁰. Gradualmente si è giunti nella fase in cui l’equilibrio contrattuale assume un significato più innovativo, incompatibile con il principio di intangibilità della volontà contrattuale delle parti e piuttosto proteso in una dimensione di maggiore operatività rispetto a quella precedente limitata ad una semplice equivalenza tra le prestazioni nella quale non era possibile rinvenire soluzioni alla caducazione del vincolo contrattuale nel caso in cui le stesse, seppure per circostanze non prevedibili, fossero divenute eccessivamente onerose.

3. *La composita incidenza della giustizia contrattuale sull’autonomia privata*

Il declinato equilibrio contrattuale al quale progressivamente si è approdati, essendo correlato al concetto di giustizia contrattuale, pone l’interrogativo se un contratto che non dia luogo a prestazioni eccessivamente gravose per una delle parti possa pregiudizialmente qualificarsi come giusto oppure se anche in tal caso debba essere espletata una valutazione dei principi e dei valori che lo connotano, per verificarne la sussistenza. In difetto di un’esplicita definizione nel diritto positivo di giustizia contrattuale è necessario ricercarne le fondamenta nei concetti di giustizia commutativa che si ritiene operi unicamente nei rapporti tra privati, e in quella distributiva che concerne le relazioni tra cittadino e pubblica amministrazione. L’equilibrio contrattuale è più agevolmente inquadrabile nel primo significato in quanto può ritenersi giusto un contratto nel quale vi sia equità e proporzione tra gli opposti diritti ed obblighi dei

¹⁰ VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 59.

contraenti, mentre nel secondo viene in evidenza la valutazione di equità nella distribuzione delle ricchezze ed utilità economiche nella popolazione.

Già nella fase genetica del contratto, specie in quelli di durata ove più frequentemente una delle parti versa in una posizione di supremazia, si ravvisa la necessità di preservare il principio di giustizia contrattuale escludendo le clausole inique che potrebbero comprometterne gli effetti. Una modalità operativa che unendo l'equilibrio con la giustizia contrattuale, rende giusto un contratto se vi è parità tra le prestazioni.

La giustizia contrattuale, pertanto, piuttosto che elemento estraneo all'accordo assurge a principio guida nella valutazione di meritevolezza dello stesso sulla base di valori non solo economici e giuridici ma anche etici. Presupposti che rafforzano la possibilità di un intervento del giudice per riequilibrare pattuizioni ingiuste nel contemperamento dei contrapposti interessi, espungendo o anche riconducendo ad equità clausole squilibrate. Ma che al contempo rappresentano uno stimolo per il legislatore affinché predisponga disposizioni che possano incidere già nella fase di formazione della volontà contrattuale per legittimare la possibilità di interventi giurisdizionali anche oltre le ipotesi specificatamente contemplate nel codice, sul presupposto che l'autonomia contrattuale privata non è un esclusivo affare delle parti¹¹. Sia pure considerando l'ostilità di chi non ritiene ammissibile il riconoscimento in capo al giudice di un potere unilaterale di modificare le condizioni contrattuali inique sostituendosi alla volontà effettiva delle parti, temendo che ciò potrebbe dar luogo ad un progressivo declino del principio di autonomia contrattuale la cui funzionalità finirebbe per essere sempre più circoscritta entro limiti stringenti, è indubbio che la giustizia contrattuale rappresenti un principio integrante l'autonomia contrattuale nella quale l'intervento correttivo del giudice attiene a valutazioni in ordine alla sussistenza di prestazioni ed obblighi rispondenti ad equità e al più generale valore di giustizia, sulla base di vari criteri tra i quali di particolare rilevanza è quello della buona fede, *ex art. 1337 c.c.* che impone alle parti il

¹¹ ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.

dovere di comportarsi con lealtà e correttezza sia nella fase delle trattative che in quella di formazione del contratto, con la conseguenza che una sua violazione implica una responsabilità contrattuale oppure precontrattuale¹².

A dette considerazioni deve aggiungersi il rilevante ruolo della proporzionalità, vale a dire uno dei principi fondanti il controllo sull'equilibrio dello scambio, che liberata dal limite impostole di operatività nella sola dimensione amministrativa, esplica i propri effetti anche nel settore privatistico ove diviene il criterio guida che giustifica l'intervento correttivo dello squilibrio da parte del giudice *a quo*¹³. Ovviamente la portata del principio di proporzionalità non deve essere intesa come necessità di una equivalenza tra le prestazioni al punto da contrastare la libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente garantita dall'art. 41. anzi, al contrario, deve tradursi sempre in un giudizio circa la congruità tra le stesse nel bilanciamento tra contrapposte esigenze¹⁴. Indagine che gioco forza comporta una selezione degli interessi ritenuti meritevoli di tutela, a seguito delle quale si potrebbe giungere ad una *reductio ad aequitatem*, ma anche all'espunzione delle clausole contrattuali sproporzionate ovvero eccessivamente gravose per una delle parti contraenti. Un meccanismo che consente di rafforzare il vaglio sulla meritevolezza del contratto da parte del giudicante sempre più garante dell'equilibrio contrattuale e quindi di un contratto "giusto". Il principio di proporzionalità può essere applicato anche ai contratti tipici, attraverso un'interpretazione estensiva dell'articolo 1322, comma 2, c.c. che consente di verificare la sussistenza di clausole pattizie fonte di disparità di trattamento.

Anche volendo escludere che il principio di proporzionalità rappresenti un criterio guida nel giudizio sull'equilibrio

¹² VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.

¹³ VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020.

¹⁴ SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur.it.*, 1999, p. 299. Sul punto si confronti anche VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus civile*, 2017, p. 683.

contrattuale privatistico, non si può comunque negarne l'applicazione sul presupposto che si tratti di un mero "surrogato" di quello di correttezza e buona fede con il quale anzi, vi è un rapporto di interazione, semmai anche conflittuale, comunque utile al giudice, insieme agli altri valori dell'ordinamento, per la valutazione di congruità dello scambio commerciale. Sul punto ha rappresentato uno spartiacque il riconoscimento della facoltà del giudice di ridurre *ex officio* la clausola penale, art. 1384 c.c., qualora la stessa si palesasse sproporzionata nel confronto tra le prestazioni in gioco, alla luce delle condizioni contrattuali complessivamente intese¹⁵. Si tratta di un potere discrezionale del giudice di merito il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità se fondato, come prevede la norma, sull'interesse del creditore all'adempimento poiché in tal modo incide effettivamente sull'equilibrio delle prestazioni e la concreta situazione contrattuale. Motivazioni che si rinvergono anche nelle decisioni del Giudice delle Leggi relativamente alla caparra confirmatoria la cui rilevata eccezione di incostituzionalità nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma dovuta in ipotesi di manifesta sproporzione, ha consentito a quest'ultimo di intervenire per chiarire che il giudice può dichiarare d'ufficio la nullità totale o parziale della clausola per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost¹⁶.

In definitiva la riduzione d'ufficio rappresenta l'estrinsecazione del potere di accertamento da parte del giudicante sulla rispondenza dell'autonomia contrattuale e del correlato equilibrio contrattuale al principio di proporzionalità. Il rischio di interferenze giudiziali volte a stravolgere l'originario pattuito assetto degli interessi non è da solo sufficiente a contenere e ridurre il potere eterointegrativo del giudice essendo lo stesso istituzionalmente preposto a

¹⁵ Cass. civ., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128 in *Foro.it*, 2005, c. 2985, la quale afferma che il riconoscimento della riduzione d'ufficio della clausola penale è finalizzato a "ricostituire l'equità contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela".

¹⁶ Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro.it.*, 2014, c. 382; Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro.it*, 2014, c. 2035. Sul tema si confronti VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 787.

contemperare i principi di proporzionalità, solidarietà e correttezza, espressione di giustizia contrattuale, con la stabilità del sistema economico. La giurisprudenza di legittimità si è spinta ad ammettere l'esercizio del potere equitativo di riduzione della penale eccessiva anche allorquando i contraenti abbiano negozialmente escluso tale eventualità ma sono comunque ravvisabili elementi di incertezza ed ambiguità dell'accordo tali da incidere sulla complessiva regolazione negoziale¹⁷. Le considerazioni sin qui svolte non possono che far emergere la ormai consolidata convinzione che sussista una stretta correlazione tra l'equilibrio contrattuale e la giustizia contrattuale che necessita di interventi eteronomi finalizzati a riportare ad equità le pattuizioni eccessivamente gravose e come tali ritenute ingiuste, previa una loro rimodulazione o espunzione.

4. Il rilievo delle sopravvenienze tra l'intangibilità del contratto e l'interesse dei contraenti

L'adesione al principio di rilevanza della tutela dell'equilibrio contrattuale è divenuta ancora di più un'esigenza imprescindibile per il nostro ordinamento nelle sopravvenienze contrattuali, vale a dire l'insieme eterogeneo di elementi e circostanze che verificatisi successivamente alla fase genetica del contratto, comportano un suo squilibrio tale da rendere la prestazione, per una delle parti contraenti, eccessivamente svantaggiosa. Certo non possono rientrare nell'alveo delle sopravvenienze contrattuali tutti i fatti che sopraggiungono nel corso dell'esecuzione della prestazione, bensì solamente quelli oggettivi e in alcun modo imputabili ad una delle parti, i quali assumono rilevanza giuridica nei contratti di durata caratterizzati da una distanza temporale tra la fase di formazione della volontà contrattuale e quella esecutiva, essendo intrinseca alla loro struttura l'avverarsi di accadimenti non preventivamente ipotizzabili e tuttavia capaci di alterare l'equilibrio contrattuale. Una eventualità che storicamente ha assunto contorni sempre più

¹⁷ Cass., Sez. II, 19 dicembre 2019, n. 34021 in *Giustiziacivile.com*, 2020, la quale statuisce che: "il potere officioso di riduzione della penale eccessiva, a norma dell'art. 1384 c.c., può essere esercitato anche qualora le parti ne abbiano convenuto l'irriducibilità, trattandosi di un potere funzionale a un interesse generale dell'ordinamento".

netti dopo il primo conflitto mondiale, periodo nel quale in ragione di una costante e pressoché inarrestabile svalutazione del mercato, sussisteva il concreto rischio di concludere accordi privi di utilità economica oppure che potessero facilmente divenire sproporzionati. Da qui la necessità di superare il dogma dell'intangibilità del contratto, *pacta sunt servanda*, a favore di un maggior riconoscimento della tutela dell'equilibrio. Una finalità fatta propria dal legislatore del codice civile del 1942 il quale infatti conferiva ampio rilievo alla clausola "*rebus sic stantibus*" introducendo l'azione di rescissione ultra *dimitium*, ex art. 1448 c.c. che, seppure non unanimemente¹⁸, ancora oggi ritiene essere un rimedio improntato alla tutela dell'equilibrio contrattuale leso sin dal momento della stipula, avendo una delle parti accettato di contrarre anche a condizioni palesemente inique¹⁹. Ma anche attribuendo rilevanza giuridica all'ipotesi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti di durata, ex art 1467 c.c., in caso di "avvenimenti straordinari ed imprevedibili", verificatesi durante la fase funzionale del rapporto contrattuale, idonei a determinare uno squilibrio tra le reciproche prestazioni. Pur trattandosi di un importante strumento per l'affermazione dell'equilibrio contrattuale come principio di portata generale sono risultati evidenti, sin dall'entrata in vigore, i limiti e l'indeterminatezza della sua formulazione che rende inintelligibile la enucleazione dei sopraggiunti presupposti di eccessiva onerosità,

¹⁸ In particolare, una parte della dottrina sostiene che lo stato di bisogno, essendo "un'alterazione dello stato psichico" in grado di arrecare un pregiudizio economico ad una delle parti contraenti, possa essere qualificato come un vizio del consenso al pari del dolo, della violenza e dell'errore. Come tale l'azione di rescissione può definirsi come un rimedio, che pur avendo le sue peculiarità, è equiparabile all'azione di annullamento prevista qualora venga accertata la sussistenza di uno dei vizi di volontà sopra richiamati.

¹⁹ In particolare, Cass. civ., 12 giugno 2018, n. 15338, in www.italgiure.giustizia.it, ove si afferma che ai fini della sussistenza del requisito dello stato di bisogno è richiesto la presenza oltre che di una situazione di difficoltà economica, anche "*di un nesso di strumentalità tale da incidere sulla libera determinazione del contraente*", intesa altresì nella legittima esigenza di ciascuna parte di conseguire la finalità ritenuta economicamente più conveniente.

limitandosi a statuire l'esclusione degli stessi ogni qual volta rientrino "nell'alea normale del contratto". Ne consegue che è compito del giudice verificare concretamente, anche in base al tipo di contratto, se le parti già al momento della stipula potessero avere consapevolezza del rischio conseguente al fatto sopravvenuto²⁰ Per altri versi, in punto ai parametri di valutazione della sussistenza di una eccessiva onerosità, deve sempre farsi riferimento alla prestazione in sé, attraverso il raffronto tra il momento della sua originaria pattuizione e quello della sua esecuzione, senza conferire rilievo alcuno alla controprestazione²¹. Ulteriore problematica riguarda l'individuazione del differente ambito di applicazione tra l'ipotesi suddetta e quella di impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c. Al riguardo si esclude l'esistenza di una diversità di operatività tra le due fattispecie poiché in presenza di un accadimento imprevedibile che rende la prestazione dovuta inesigibile ovvero eccessivamente gravosa, si possano esperire alternativamente i due rimedi, essendo la scelta rimessa esclusivamente alla discrezionalità del contraente svantaggiato. Opinione confutata da chi ritiene²² che le due norme hanno spazi di operatività ben delineati: la prima è diretta a proteggere il debitore in caso di squilibrio economico tra le prestazioni mentre la seconda opera allorquando per ragioni esterne e sopravvenute, non inerenti alla persona del debitore, l'esecuzione materiale della prestazione diviene impossibile.

In ipotesi di eccessiva sopravvenuta onerosità, il legislatore ammette due diversi rimedi i quali consistono rispettivamente nella risoluzione del contratto e nella *reductio ad aequitatem* delle condizioni contrattuali lesive del principio di equilibrio contrattuale. Se il primo strumento di tutela era già contemplato nel codice civile del 1865, in linea con la consolidata concezione dell'epoca sull'intangibilità dell'autonomia contrattuale, la riduzione ad equità ha rappresentato, al contrario, l'inaugurazione di una nuova stagione per il diritto dei contratti, caratterizzata dalla

²⁰ NICOLÒ, *Alea*, in *Enc dir.*, II, Milano, 1958, p. 1024.

²¹ GAMBINO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, p. 420.

²² BIANCA, *Diritto civile*, III, *La responsabilità*, Milano, 1994.

ammissibilità di interventi eteronomi al fine di garantire il ripristino dell'equilibrio contrattuale. Tuttavia, seppur è certo che l'esplicito riconoscimento di tale rimedio ha significato un importante approdo per il diritto dei contratti, non possono non evidenziarsi i limiti della sua applicabilità dal momento che, ai sensi del secondo comma della norma in esame, l'offerta di riduzione ad equità può essere fatta valere soltanto dalla parte contro la quale è stata domandata la risoluzione; cioè a dire dal contraente che per effetto di circostanze sopravvenute risulti essere avvantaggiato. Ecco dunque che la scelta del legislatore ha consentito paradossalmente un maggiore aggravamento della posizione del debitore il quale, a fronte di un'accertata sproporzione tra le prestazioni, non ha altra possibilità che invocare la caducazione del vincolo contrattuale o sperare che l'altro contraente sia disposto a modificare volontariamente le clausole inique riportandole ad equità. È più che probabile che siffatta previsione legislativa sia stata dettata da una diffidenza, ancora presente in parte della dottrina al momento dell'entrata in vigore del codice civile, nei confronti del riconoscimento di un sindacato sulla volontà contrattuale delle parti, che ad ogni modo, anche e soprattutto alla luce del contesto internazionale e della situazione eccezionale che stiamo vivendo necessita di un'interpretazione evolutiva che tenga conto delle nuove esigenze economico- sociali. Sicché la riduzione ad equità può anche essere realizzata attraverso una rinegoziazione delle pattuite condizioni contrattuali piuttosto che esclusivamente con l'unilaterale iniziativa del contraente avvantaggiato. La previsione di un nuovo accordo delle parti volto alla modifica delle pattuizioni inique non è del tutto estraneo al nostro codice civile, essendo già contemplata per il contratto dell'appalto il quale, basandosi su un'esecuzione differita delle prestazioni, può essere condizionato dall'avvenimento di fatti o circostanze imprevedibili e sopravvenute che incidano significativamente sull'utilità pratica dello stesso. Il nostro legislatore ha dunque individuato talune predeterminate sopravvenienze che possono giustificare una rinegoziazione delle clausole negoziali originariamente pattuite. L'articolo 1660 c.c. consente la possibilità di un nuovo accordo, in difetto del quale, il giudice può intervenire per apportare variazioni

all'iniziale progetto che, per il sopraggiungimento di fatti non prevedibili e non imputabili a colpa di nessuna delle parti, risultano essere indispensabili "per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte". Dal tenore letterale della disposizione è agevole coglierne la propensione alla conservazione del vincolo contrattuale essendo la risoluzione, invocabile dall'appaltatore, prevista come mero rimedio alternativo subordinato al fatto che l'importo delle variazioni ecceda un sesto del prezzo totale.

Nondimeno se la rinegoziazione tra le parti non ha esito positivo, la norma attribuisce al giudicante il potere di apportarvi le variazioni necessarie. L'individuazione del lasso di tempo nel quale il giudice è tenuto ad effettuare il controllo sulla effettiva necessità di procedere alle variazioni e conseguentemente eseguirle, per alcuni²³ deve intervenire prima dell'eventuale raggiungimento dell'accordo tra le parti, al fine di scongiurare il rischio che, in forza di una successiva valutazione giudiziale, le stesse siano prive di utilità. Da altro punto di vista²⁴ detto controllo deve avvenire soltanto dopo l'esecuzione dell'opera e il mancato accordo tra appaltatore e committente.

Come si è già avuto modo di segnalare, nel contratto di appalto il rimedio della risoluzione dello stesso trova un'applicazione residuale nei casi espressamente disciplinati dal secondo e terzo comma dell'art.1660 c.c. Un diritto attribuito all'appaltatore con il riconoscimento di un equo indennizzo, quando l'importo delle varianti supera il sesto del prezzo convenuto. Ma anche la facoltà per il committente, in ipotesi di variazioni "di notevole entità", di recedere dal contratto corrispondendo un equo indennizzo²⁵.

Le altre due sopravvenienze per le quali l'ordinamento riconosce la possibilità di una nuova rinegoziazione, sono

²³ RUBINO e IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992.

²⁴ CARNEVALE e TROTTA (a cura di), *Appalto pubblico e privato*, Milano, 1978.

²⁵ In questo caso il recesso di cui si parla deve essere distinto da quello generale di cui all'articolo 1671 c.c. poiché la valutazione dell'indennizzo può essere fissata equitativamente e anche in misura inferiore a quella indicata dall'art. 1671 c.c.

contemplate dall'art. 1664 c.c. il cui primo comma stabilisce che le parti possano accordarsi per una revisione del prezzo originariamente pattuito allorquando, per effetto di fatti imprevedibili, si siano verificati aumenti o riduzioni del costo dei materiali o della mano d'opera tali da comportare un aumento o una diminuzione pari ad un decimo del prezzo complessivo. Un'imprevedibilità che si ritiene debba essere verificata sulla base dei parametri di diligenza e perizia professionale *ex art. 1176 c.c.*²⁶.

Nel secondo comma, invece, il rimedio manutentivo consiste nel riconoscere all'appaltatore un equo compenso a condizione che nel corso dell'opera sopraggiungano difficoltà di esecuzione non previste e non prevedibili derivanti da cause geologiche, idriche e simili tali da aumentare notevolmente l'onerosità della prestazione dovuta dall'appaltatore. La formula "notevole onerosità", in ragione della sua vaghezza e genericità, ha suscitato dubbi interpretativi soprattutto per quanto concerne la legittimità del ristoro economico riconosciuto all'appaltatore. Motivo che induce l'organo giudicante a procedere ad una valutazione *pro casu* tenendo conto del confronto proporzionale tra la percentuale di aumento dei costi e il prezzo originariamente stabilito²⁷.

Ma si pensi anche all'art. 1623 c.c. che in materia di affitto prevede il potere delle parti di domandare, rispettivamente, un aumento o una diminuzione del fitto in caso di modifiche sopravvenute del rapporto contrattuale; oppure all'art. 1450 c.c. che assegna al contraente contro cui è domandata la rescissione del contratto, il potere di evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità.

Benché dette discipline abbiano valenza di norma speciale non si ravvisano difficoltà insormontabili affinché la stessa assurga a modello sul quale uniformare il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex art. 1467 c.c.*, sul presupposto della sua condivisibile finalità di privilegiare rimedi manutentivi a fronte della caducazione del vincolo contrattuale la cui esperibilità deve

²⁶ RUBINO e IUDICA, *op. ult. cit.*

²⁷ PISU, *Art. 1664. Onerosità o difficoltà di esecuzione*, in Luminoso (a cura di), *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010, p. 481.

essere consentita da entrambi i contraenti piuttosto che soltanto da quello gravato dalla sopravvenienza. D'altronde la stessa obiezione, fondata sulla differenza fra i due requisiti, quello di imprevedibilità delle circostanze nel contratto di appalto e la straordinarietà nella disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, può essere superata trattandosi di una distinzione esclusivamente linguistica priva di rilevanza giuridica²⁸. Anche alla luce della proliferazione nel contesto internazionale cui il nostro ordinamento deve riferirsi nelle ipotesi di rinegoziazione delle sopravvenienze contrattuali, non vi sono particolari complessità alla realizzazione di una nuova regolamentazione del diritto dei contratti improntata ad una sempre più efficace tutela dell'equilibrio contrattuale tra le prestazioni dovute.

Un diverso approccio nel quale l'interprete assume un ruolo chiave nella vicenda contrattuale quando i rimedi utilizzati determinino in modo automatico l'estinzione del rapporto, ed in particolare ogniqualvolta il fallimento delle trattative in fase di rinegoziazione produca un risultato in distonia con i reali desideri dei contraenti. D'altra parte la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno sono rimedi tutt'altro che appetibili per il soggetto che, mediante la rinegoziazione, potrebbe conservare i benefici collegati alla prosecuzione del rapporto e con essi il diritto alla prestazione. Tuttavia, l'incertezza contenutistica che contraddistingue il negozio nella fase delle trattative e la mancanza di una norma che attribuisca all'interprete il potere di emanare una sentenza di condanna all'esecuzione del contratto rende arduo ammettere che in questa fase il giudice possa sostituirsi ai contraenti, esercitando egli stesso l'autonomia contrattuale riservata alle parti, con il rischio di dare la stura a derive arbitrarie dall'esito incerto e ondivago. Si ritiene, infatti, che l'obbligo di rinegoziazione sia ontologicamente diverso da quello di un contratto ex art. 2932 c.c. perché non impone di portare a termine la nuova pattuizione sulla base di un precedente accordo, ma soltanto di adottare condotte improntate a criteri di diligenza e correttezza nella fase della negoziazione, in conformità con

²⁸ CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

l'impostazione che qualifica tale fattispecie come obbligazione di mezzi e non di risultato. A ben vedere la giurisprudenza di legittimità²⁹ ha negato a più riprese l'esistenza di differenze strutturali tra obbligazioni di mezzo e di risultato, ravvisando tanto nelle une quanto nelle altre una componente di risultato, giacché lo sforzo diligente del *solvens* è rivolto in entrambe al perseguimento del risultato dovuto. Così l'obbligo di rinegoziazione non si esaurisce nel comportamento delle parti, ma nella riuscita delle trattative e più in generale nella conclusione di un nuovo contratto che rispecchi le esigenze dei contraenti.

Ecco quindi che il principio di conservazione dei negozi, unitamente alla portata espansiva del principio di buona fede che innerva il sistema delle contrattazioni, rende auspicabile l'intervento del giudice nella controversia, quale mezzo giuridico generale per risolvere le problematiche inerenti la sopravvenuta onerosità della prestazione, in conformità con quanto previsto nell'area dei contratti commerciali internazionali, settore in cui l'istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato ha codificato il principio della rinegoziazione quale paradigma da invocare nella risoluzione di problematiche afferenti le dinamiche contrattuali. L'opera dell'interprete non si esaurisce nel momento genetico della pattuizione ma si protrae in tutte le fasi che attraversano la vita della regolamentazione, tanto che allo stesso è pacificamente attribuito il potere di emanare sentenze improntate ad equità sulla base degli elementi del negozio già acquisiti nel processo, in particolare quando l'offerta della parte contro cui sia stata chiesta la risoluzione si sostanzia in una domanda generica che affida all'organo giudicante il riequilibrio degli interessi in gioco.

Non è irragionevole in definitiva ammettere che, anche a fronte di trattative non conclusesi in sede di rinegoziazione, il giudice possa adottare le misure più idonee a riequilibrare le ragioni delle parti, tenendo conto delle pregresse attività svolte e delle esigenze del caso concreto, così come non sembra illogico ritenere che la pretesa di riduzione ad equità del contratto possa essere avanzata non solo dalla parte contro cui è stata chiesta la risoluzione, ma

²⁹ Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, c. 455.

anche dalla parte svantaggiata dalla sopravvenienza. D'altro canto l'aprioristica rinuncia alla selezione delle tutele, specie nei casi in cui la parte debole del rapporto potrebbe ricavare maggiori benefici da un giudizio improntato ad equità idoneo a preservare il vincolo, al solo fine di evitare rischi di derive arbitrarie è in palese disaccordo con l'evoluzione legislativa, che assegna sempre maggiore rilievo al ruolo del giudice nella mediazione di interessi contrapposti; il paventato rischio di una sovrapposizione del ruolo del giudice a quello del legislatore va scongiurato vincolando il giudizio valutativo dell'interprete a solidi paradigmi normativi che non si esauriscono nella clausola di buona fede e nel principio di solidarietà, ma si estendono a quelli di ragionevolezza e proporzionalità: il primo come strumento di selezione degli interessi meritevoli e il secondo come mezzo per il bilanciamento degli stessi.

Nelle sopravvenienze contrattuali assume importanza il concetto di presupposizione con il quale si suole qualificare, seppur non espressamente contemplate, le situazioni di fatto o di diritto dalle quali dipende la validità e l'efficacia del contratto.³⁰ A chi nega la loro esistenza sul presupposto dell'irrilevanza dei motivi, tanto più se non indicati nella convezione contrattuale, si contrappone la di gran lunga maggioritaria opinione volta ad ammetterne l'operatività pur in difetto di una specifica norma che la disciplini, in quanto rappresentativa dell'effettiva utilità socio economica del contratto che in assenza della presupposizione non sarebbe mai stato posto in essere. Ferma la distinzione con la condizione, in quanto evento esplicitato espressamente seppur incerto e futuro, le problematiche afferenti la presupposizione riguardano l'eventuale ripristino dell'originario equilibrio contrattuale compromesso dalla

³⁰ Cass. civ., Sez.VI, 4 maggio 2015, n. 8867 in *Riv. nel diritto*, 2015, p. 1316 la quale afferma che: "(la presupposizione) è configurabile quando, da un lato un'obiettiva situazione di fatto o di diritto possa ritenersi che sia stata tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio e, dall'altro, il venir meno o il verificarsi della situazione stessa sia del tutto indipendente dall'attività o volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro".

validità ovvero la risoluzione del loro rapporto negoziale poiché la stessa riguarda fatti anche passati o contemporanei che, seppur costituiscono un presupposto oggettivo per la validità del contratto, non sono stati inseriti in apposite clausole contrattuali.

Una siffatta qualificazione gioco forza pone in stretta correlazione la presupposizione con la figura della causa in concreto giungendo addirittura a opacizzare i confini tra i due istituti anche, e soprattutto, in ragione dell'adesione, da parte della giurisprudenza, alla nuova concezione di causa in concreto che pone al centro del palcoscenico gli interessi sottesi alla stipula del negozio con slittamento dell'attenzione dalle scelte eterodeterminate dell'ordinamento a quelle compiute dai singoli. Il superamento dell'idea di causa come funzione economico sociale imposta dal legislatore per ciascun tipo negoziale ha permesso di ricondurre sotto l'auspicio dell'elemento causale molte delle problematiche che precedentemente venivano ricondotte nell'area di operatività della presupposizione.

Nonostante la differenza tra i due istituti si sia notevolmente appiattita, non appare condivisibile l'idea di una totale sovrapposizione tra le due figure, giacché il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per mancanza di causa in concreto non è tutela in grado di rispecchiare le reali esigenze dei contraenti, quando a venire in gioco siano sopravvenienze afferenti aspetti economici del contratto.

In definitiva, la decifrazione delle reali esigenze che spingono i soggetti alle trattative e la corretta disamina dei dati empirici che determinano una frattura tra volontà originariamente manifestata e scopo effettivamente realizzato sono elementi da tenere in considerazione nella risoluzione da dare al caso concreto. Così nel caso di sopravvenuta inedificabilità del bene immobile oggetto di compravendita bisognerà scandagliare la vicenda contrattuale per ricostruire la rilevanza assegnata dall'acquirente alla qualità del bene: in particolare si propenderà per il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione allorquando si desuma dal contratto che l'edificabilità del terreno sia l'unico scopo che abbia spinto il compratore alla contrattazione, mentre si ricorrerà alla disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, che

ammette a certe condizioni la prosecuzione del vincolo, nel caso in cui l'interesse all'acquisto del bene non dipenda dalla mutata qualità del terreno.

Ecco che detti istituti rimodulando il loro raggio d'azione interagiscono tra loro per dare risposta a tutte le ipotesi realizzabili in *rerum natura*: la causa in concreto viene in gioco quando le sopravvenienze incidono sull'*an* della pattuizione escludendo la totale realizzazione degli interessi sottesi alla stessa, mentre la presupposizione si occupa di tutte quelle fattispecie in cui lo scopo sia ancora perseguibile, seppure a condizioni diverse da quelle predisposte in origine.

PIETRO VIRGADAMO
Professore associato di diritto privato
Università Lumsa di Palermo

**RIPUDIO SUBÌTO O DIVORZIO RICERCATO? LA
SOSTANZA DEI CONCETTI E LE INSIDIE DEI
PRECONCETTI**

SOMMARIO: 1. Persona, valori fondamentali e fondamentali insegnamenti di un Maestro. – 2. Ripudio islamico e ordine pubblico. – 3. Quattro domande sull'ordine pubblico. – 4. Soluzioni giurisprudenziali convincenti, argomenti talvolta perplessi e qualche spunto sulla sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti.

1. Persona, tra valori fondamentali e fondamentali insegnamenti di un Maestro.

La sede che ospita queste brevi riflessioni rappresenta la distensione in prosa della riverenza e della gratitudine che l'Accademia intende tributare ad un Maestro, che ha saputo insegnare i contenuti tipici del diritto privato delle situazioni giuridiche patrimoniali ben avendo sempre chiara la profonda venatura personalistica che attraversa l'intero tessuto ordinamentale¹.

Persona e mercato, quale parte del titolo di questi *Studi*, sono uniti da una significativa congiunzione, che però nulla toglie all'attenzione che il Professor Giuseppe Vettori ha costantemente riservato, anche separatamente, alle istanze di tutela dell'una² e allo

¹ *Ex multis*, VETTORI, *Diritto e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 3 ss.; ID., *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 905 ss.

² VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 1826 ss.; ID., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*

studio profondo e critico della regolamentazione giuridica dell'altro³.

L'approccio integrale dell'Autore – che Egli ha sempre trasmesso a chi ha avuto quantomeno la fortuna di essere almeno tra i suoi costanti lettori, e dalle sue letture apprendere, approccio permeato di cultura non solo giuridica, e proprio per questo realmente tale⁴ – può condurre ad uno studio intelligente di tematiche specifiche e, al tempo stesso, di respiro, come quelle afferenti al ripudio islamico e al suo rapporto con l'ordine pubblico.

Nozione a tratti sfuggente, ma paradossalmente concreta come poche altre, l'ordine pubblico impone all'interprete quella stessa attenzione ai concetti e al peso delle parole⁵ che Chi si celebra in queste pagine ha saputo infondere nei suoi scritti, la cui eredità oggi, grati, raccogliamo, certi di riceverne ancora in futuro ricchezza di dottrina e di intelletto.

2. Ripudio islamico e ordine pubblico.

Notoriamente, costituisce ripudio quella forma di scioglimento del matrimonio per iniziativa unilaterale del marito, tipica degli ordinamenti di matrice islamica, “ormai entrato nell'immaginario collettivo, prima ancora che nelle dissertazioni dei giuristi, a fronte del rilevante fenomeno dell'immigrazione”⁶.

europa, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 701 ss.; ID., *Privacy e diritti dell'interessato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 885 ss.; ID., *Privacy, un primo bilancio*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 1128 ss.

³ VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017; ID., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; ID., *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005; ID., *Consenso traslativo e circolazione dei beni: analisi di un principio*, Milano, 1995; ID., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese: diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

⁴ Sull'inseparabile relazione tra diritto e cultura, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 4 ss.

⁵ VETTORI, *Norme, concetti, argomenti*, in *Notizie di Politeia*, 2016, p. 120 ss.

⁶ G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *Il matrimonio, 2, Separazione personale e divorzio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2011, p. 522.

Nel diritto islamico⁷ – ma il ripudio conosce forme e discipline peculiari in diversi contesti ordinamentali⁸ – può essere revocabile o

⁷ Per una ricostruzione del ripudio nella tradizione giuridica islamica, v. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 189 ss.; LA CHINA, *Accostandosi all'Islam: conoscerne i diritti, non fermarsi ai conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 937 ss. Si badi che “Il verbo *talaqa* indica, infatti, l'atto di liberarsi, di essere liberato: in italiano, la traduzione costantemente riferita al significato della parola araba da parte degli islamologi è – e rimane – ripudio” (ASCANIO, *Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 575).

⁸ Per una sintesi della disciplina del ripudio nel diritto marocchino, v. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1032; riguardo all'abolizione del ripudio nel diritto tunisino, v. ALUFFI, *Sharia*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 750. In generale, sull'evoluzione del diritto di famiglia marocchino, anche in rapporto all'ordine pubblico, v. CREA, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 246 ss. Il ripudio non è figura unitaria, onde le considerazioni svolte nel testo devono di necessità riferirsi solamente a quelle legislazioni all'interno delle quali esso si presenti come atto effettivamente unilaterale ed arbitrario del marito. Cfr. SCHWARZENBERG, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello scioglimento del matrimonio islamico per ripudio*, in *Dir. fam. pers.*, 1974, p. 657, secondo il quale talvolta il ripudio egiziano “unilaterale”, tale sarebbe per modo di dire, “in quanto può, sì, provenire dal solo marito, ma diviene irrevocabile solo con la dichiarazione della moglie: in alcune legislazioni, di ispirazione hanafita, anzi è addirittura previsto il rilascio di mandato da parte del marito alla moglie perché essa pronunci il ripudio e lo accetti”. Volgendo ancora l'attenzione al Marocco, parla di ripudio “disinnescato” LA CHINA, *op. cit.*, spec. p. 948: “basta andare all'art. 78 della Mudauana e leggere: ‘Il ripudio è lo scioglimento del patto di matrimonio richiesto dal coniuge o dalla coniuge, secondo condizioni di ciascuno, sotto controllo giudiziario e conformemente alle disposizioni del presente codice’”. V. già, a tal riguardo, le notazioni di MARTINO, *In tema di differenza tra divorzio e ripudio per la deliberazione della sentenza straniera di divorzio*, in *Foro pad.*, 1949, I, p. 353 s., che, citando la Corte d'Appello di Milano, ricordava come “assimilare un divorzio consensuale, solo perché la procedura di esso inizia con un atto formale di ripudio di quello dei coniugi che lo chiede, ripudio che l'altro coniuge può accettare o di cui può contestare il fondamento, lasciando in tal caso al tribunale rabbinico di decidere se pronunciare o meno lo scioglimento, al divorzio unilaterale sovietico è quanto mai arbitrario”. In questo come in altri casi simili, il ripudio, ad onta del nome, non importerebbe “uno scioglimento di carattere unilaterale o arbitrario e la sentenza straniera che pronuncia lo scioglimento del relativo matrimonio” non conterrebbe, nella riferita ottica, “disposizioni contrarie al nostro ordine pubblico” (MARTINO, *op. cit.*, p. 354). Senz'altro corretto è evitare generalizzazioni e tuttavia

irrevocabile, là dove la formula sia reiterata successivamente a due ripudi revocabili. La donna può, peraltro, vedersi riconosciuta, in talune circostanze, la facoltà di auto-ripudiarsi e può comunque ottenere lo scioglimento del vincolo in caso di prolungata assenza del marito⁹.

non sembra potersi negare che “l’essere di fronte ad una forma di scioglimento per volontà di entrambi i coniugi manifestata davanti al tribunale sciaraitico [...] e non ad un ripudio unilaterale [...], solo a seguito di un’analisi superficiale sembra giustificare la delibazione [...]”, se, come normalmente avviene nel diritto islamico, “non vengono garantiti quei diritti che i coniugi acquistano in virtù del matrimonio-rapporto, né esiste una norma che tuteli il coniuge più debole” (ONGARO, *Ordine pubblico matrimoniale: i problemi familiari degli immigrati islamici*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 607 ss., ove si osserva che il ripudio non sembra equiparabile ad una sentenza di divorzio, neppure se pronunciato in forma pubblica: esso non è necessariamente pronunciato a seguito di una obiettiva e irrimediabile disgregazione della comunione spirituale e materiale della famiglia, né garantisce “al coniuge più debole la tutela delle aspettative nascenti dal matrimonio-rapporto”). Su questo secondo aspetto, v., però, *sub* § 4. Ancora sul ripudio in Marocco, che sicuramente, più che altrove, “va verso una giurisdizionalizzazione del procedimento”, v. G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 143.

⁹ VANIN, *op. cit.*, p. 1032 s. Ottima sintesi della figura del ripudio islamico è offerta da D’ARIENZO, *op. cit.*, p. 203 ss.: “secondo il diritto islamico il ripudio può essere revocabile [...] o irrevocabile [...]. Prima dello scadere del periodo di tre mesi (o di tre cicli mestruali) di ritiro legale che la donna è tenuta ad osservare prima di potersi risposare, il marito ha la facoltà di ritrattare il ripudio pronunciato e riprendere la vita in comune. Trascorsi tre mesi, senza la ritrattazione o senza la pronuncia di un nuovo ripudio revocabile, il matrimonio è sciolto”. Si evidenzia come la formula sacramentale che sancisce il ripudio può essere pronuncia fino a tre volte: il triplice ripudio è definitivo. In tal caso lo scioglimento del matrimonio è immediato, come lo è nell’ipotesi di ripudio seguente ad inconsumazione del matrimonio. Per diritto consuetudinario si è introdotta la figura del triplice ripudio consecutivo, che le moderne legislazione tendono però a rigettare, posto che il ripudio in genere, pur ammesso dal Corano, è dallo stesso fortemente disapprovato. In quest’ottica, la “possibilità della ritrattazione tende a limitare il carattere di impulsività che potrebbe connotare un esercizio non ponderato di tale diritto, minacciando la saldezza del vincolo matrimoniale” (D’ARIENZO, *op. loc. ult. cit.*, ove una disamina delle ipotesi peculiari di ripudio, quali la risoluzione per mutuo consenso, il giuramento di astinenza, lo *zahr*, oltre alla possibilità per la moglie, su accordo pregresso ed in caso di sua violazione, di optare per il ripudio o per il mantenimento del matrimonio).

Il ripudio, così inteso, è evidentemente estraneo alla cultura nazionale italiana. Vero è, infatti, che, nel nome, esso rinvia all'omofona voce latina, con la quale, in età romana arcaica, si indicava in effetti la possibilità prevista per il marito di sciogliere unilateralmente il matrimonio, ma con il tramonto della società più antica le posizioni dell'uomo e della donna andarono sempre più avvicinandosi, e all'uno, così come all'altra, fu sempre aperta la facoltà del *divortium*¹⁰.

Va premesso, prima di ogni altra considerazione, che l'atto di ripudio non potrebbe in ogni caso compiersi validamente in Italia, ove solamente il giudice o altra autorità pubblica individuata¹¹ può dichiarare lo scioglimento del matrimonio, onde il marito, che non decida di recarsi in uno Stato che ammetta siffatta forma di dissoluzione dell'unione, dovrà delegare il compimento dell'atto stesso ad altri, che si trovino nel suddetto Stato. Non potrebbe riconoscersi competenza alcuna, in tal senso, né alla guida della comunità islamica locale, in assenza di specifica Intesa *ex art. 8*, comma 3, Cost., fra lo Stato italiano e la rappresentanza di tale comunità, né all'autorità consolare, comunque obbligata al rispetto delle leggi e dei regolamenti dello Stato di residenza (art. 55, comma 1, Convenzione di Vienna 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari)¹².

¹⁰ Sull'uso appropriato dei termini *repudium* e *divortium* e sull'elaborazione interpretativa compiuta dalla giurisprudenza romana, si veda, in modo specifico, con qualche distinzione delle linee di pensiero, GIUNTI, *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, *passim*; FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, 3, Roma, 2005, p. 57 ss., e, più di recente, il quadro di sintesi limpidamente tratteggiato da FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino, 2014, p. 363 s. In argomento, v. anche MARONGIU, *Divorzio (storia dell'istituto)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 482; RIMINI, *Il ripudio innanzi al tribunale rabbinico italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, in *Riv. internaz. priv. e proc.*, 1992, p. 56 ss.

¹¹ Si allude evidentemente alla possibilità di sciogliere il vincolo tramite le procedure previste dalla l. n. 162 del 2014 e dalla l. n. 55 del 2015, su cui v., *ex multis*, G. GIACOBBE, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*³, edizione aggiornata a cura di Virgadamo, Torino, 2016, p. 28 ss.

¹² G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 524.

Ciò posto, la giurisprudenza italiana, facendo leva in sostanza sulla lesione dell'art. 3 Cost.¹³, ha generalmente ritenuto l'istituto straniero in esame contrario all'ordine pubblico, "poiché ricollega l'effetto risolutivo del matrimonio ad una decisione unilaterale e potestativa del solo marito", solo questi "essendo abilitato a liberarsi del vincolo matrimoniale"¹⁴. Talvolta, si evidenzia anche il carattere "umiliante" del ripudio per la donna che lo subisce¹⁵.

Non del tutto insuperabile, invece, appare il profilo di incompatibilità talvolta individuato nella lesione del diritto di difesa, se è vero, come afferma la giurisprudenza di merito, che solamente alcune normative nazionali sul ripudio¹⁶, e non altre¹⁷, delineano modalità di esercizio che non consentono sufficiente tutela procedimentale alla donna destinataria dell'atto.

Vero è che parte della dottrina ha posto in discussione il convincimento che il ripudio fosse senz'altro contrario all'ordine pubblico italiano, non essendo affatto scontato che esso produca "effetti" con quest'ultimo confliggenti, di là dalla peculiarità del "procedimento" suo proprio, che poco però avrebbe a che fare con il piano effettuale del "provvedimento" che ne è esito¹⁸.

Tuttavia, la tesi della contrarietà del ripudio all'ordine pubblico italiano è decisamente dominante¹⁹.

¹³ Cass., 14 gennaio 1982, n. 228, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 454 ss.; Cass., 1 marzo 1983, n. 1539, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 531 ss.

¹⁴ App. Torino, 9 marzo 2006, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 156 ss., con nota di SINAGRA, *Rifiuto-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*.

¹⁵ App. Milano, 17 dicembre 1991, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1993, p. 109 ss.

¹⁶ Il diritto di difesa non sarebbe salvaguardato in un caso di ripudio attuato secondo il diritto marocchino a parere di App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1029 ss., con nota di VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, cit.

¹⁷ Così, ad esempio, sembra presentarsi il ripudio secondo il diritto egiziano nell'ipotesi considerata da App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Immigrazione.it*, con nota di BARBU, *Compatibilità del ripudio-divorzio islamico e ordine pubblico italiano*.

¹⁸ CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1061 s.

¹⁹ CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 202; SINAGRA, *Rifiuto-divorzio*

L'atto di ripudio, peraltro, non tiene conto del concreto atteggiarsi del rapporto coniugale, nel senso è per esso irrilevante il venir meno della relazione affettiva tra i coniugi, o, ancor, meglio del venir meno della comunione di vita tra i due²⁰.

Infine, il procedimento di ripudio non contempla la regolamentazione dei rapporti tra questi ultimi, dell'affidamento della prole minore di età e del suo mantenimento, aspetti, questi, rilevanti per l'ordine pubblico italiano. Né appare in qualche modo utile, in tal senso, l'eventuale "dono di consolazione" riconosciuto alla donna ripudiata e dalla portata assai limitata²¹.

Tutto ciò senza considerare che, ai fini del riconoscimento in Italia, il ripudio islamico con qualche difficoltà può definirsi, secondo alcuni, sempre un "provvedimento" di scioglimento del matrimonio, se è vero, come lo è, che si tratta generalmente di un atto di autonomia privata, solamente autenticato dall'autorità locale (il punto è stato oggetto di attenzione specifica, e di un certo atteggiamento di apertura, da parte di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, onde si rinvia, *infra*, § 4)²².

Si comprende, dunque, come si sia generalmente negato il riconoscimento dell'efficacia dei "provvedimenti" stranieri di ripudio²³.

islamico ed ordine pubblico italiano, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 163 ss.; GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 982, ove anche una ricostruzione degli effetti del ripudio sul riaggiungimento familiare; G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 522 ss.

²⁰ G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. loc. ult. cit.*, p. 522 s.

²¹ GALOPPINI, *op. cit.*, p. 969 ss.

²² GALOPPINI, *op. cit.*, p. 969 ss., ove si osserva che "diversamente si può dire quando lo scioglimento del matrimonio avvenga con una procedura assimilabile ad un divorzio consensuale (ad es., il *moukhalaa* egiziano) o attraverso un divorzio contenzioso, nei rari casi in cui la *shari'a* lo prevede".

²³ Negano la riconoscibilità di effetti al ripudio in Italia, o quantomeno ne affermano incidentalmente la contrarietà all'ordine pubblico, App. Roma, 29 ottobre 1948, in *Foro pad.*, 1949, I, p. 348, con nota di MARTINO, *In tema di differenza tra divorzio e ripudio per la delibazione della sentenza straniera di divorzio*; App. Milano, 15 dicembre 1965, *ivi*, 1966, I, p. 510, con nota di MIELE, *Ripudio iraniano della moglie cittadina italiana e riflessi (delibatori e internazionalprivatistici?) nel nostro ordinamento*; Trib. Milano, 21 settembre 1967, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1968, p. 403; Cass., 5 dicembre 1969, n.

3. *Quattro domande sull'ordine pubblico.*

Perno argomentativo dirimente per comprendere se il ripudio sia riconoscibile nell'ordinamento italiano è il concetto di ordine pubblico²⁴, notoriamente di difficile delimitazione, se non decisamente evanescente, tanto da discutersi di ordine pubblico “interno”, “internazionale”, “processuale” ed anche “matrimoniale”²⁵.

In linea di prima approssimazione, “il limite dell'ordine pubblico consente [...] di preservare l'armonia interna dell'ordinamento italiano, precludendo sia l'applicazione da parte dei nostri giudici di

3881, *ivi*, 1970, p. 868 ss.; App. Brescia, 9 novembre 1973, *ivi*, 1974, p. 306; App. Roma, 9 luglio 1973, in *Dir. fam. pers.*, 1974, p. 653, con nota di SCHWARZENBERG, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello scioglimento di matrimonio islamico per ripudio*; App. Napoli, 20 aprile 1973, in *Dir. giur.*, 1973, p. 365; Trib. Roma, 12 gennaio 1979, in *Temi romana*, 1979, p. 53; App. Trieste, 23 ottobre 1980, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1982, p. 395 ss.; Cass., 14 gennaio 1982, n. 228, cit.; Cass., 1 marzo 1983, n. 1539, cit.; App. Milano, 17 dicembre 1991, cit.; Trib. Milano, 24 marzo 1994, *ivi*, 1994, 883 ss.; Trib. Milano, 11 marzo 1995, *ivi*, 1996, p. 129 ss.; Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2695; App. Torino, 9 marzo 2006, cit.; App. Milano, 3 maggio 2010, in *Foro pad.*, 2011, I, p. 63; App. Venezia, 9 aprile 2015, cit. Per un caso di ripudio da parte del marito russo, Cass., 17 marzo 1955, n. 789, in *Foro it.*, 1955, I, c. 815, nel quale la Corte nega il riconoscimento degli effetti non trattandosi né di sentenza né di provvedimento di volontaria giurisdizione.

²⁴ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 165 ss.; G. PERLINGIERI e ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, cit., *passim*, nella cui preziosa introduzione FEMIA, *Ordine pubblico: la politica nel diritto*, p. XXXI, lascia intravedere la prospettiva, declinata nel volume, dell'ordine pubblico quale “centro autonomo di produzione di ragioni comuni abilitate dalle fonti costituzionali e da esse sottoposte a controllo”; su tematica specifica, ma con considerazioni di ordine generale, G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, p. 337 ss.; VIRGADAMO, *La Kafalah tra ordine pubblico, tutela integrale della persona e miglior interesse del minore*, *ivi*, 2019, p. 283 ss.

²⁵ Cfr. ROSSANO, *Errore su qualità personali del coniuge e ordine pubblico interno*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 411 ss. Significativo il titolo del recente studio di SPADAFORA, *Contratto amoroso e contratto di diritto privato: verso un nuovo “ordine pubblico familiare”*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 258 ss. Cfr. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

norme straniere, sia il riconoscimento di sentenze straniere, quando gli effetti che ne deriverebbero nel nostro ordinamento risultassero non compatibili con uno di quei principi etici, economici, politici e sociali che ne condizionassero il modo d'essere nei vari campi della convivenza sociale: dalle relazioni familiari a quelle commerciali”²⁶.

Non è, all'evidenza, questa la sede per approfondire in tutti i suoi aspetti i contenuti della clausola di ordine pubblico, sulla quale la dottrina ha indagato e continua ad indagare²⁷, ma risulta imprescindibile, ai nostri fini, rispondere a quattro domande: *a)* cosa si debba intendere quale contenuto minimo dell'ordine pubblico; *b)* se vi sia e quale sia la differenza tra ordine pubblico interno ed internazionale; *c)* quale tipologia di ordine pubblico rilevi rispetto al ripudio pronunciato fuori dall'Italia; *d)* quali siano le ragioni effettive per le quali, nell'ipotesi di ripudio islamico, l'ordine pubblico sia violato.

Con riguardo al primo quesito, si è fatto notare che “all'origine l'ordine pubblico esprime unicamente una esigenza politica e conservatrice, che, da un lato, consegue al carattere *costituzionale* dei codici, in assenza di una Costituzione rigida che contempli e garantisca determinati valori e principi e, dall'altro, è manifestazione addirittura anche terminologica della volontà della classe dirigente di assicurare la stabilità del regime, contro ogni attività condotta sul piano giuridico e diretta a porre in discussione le fondamenta su cui la società, da essa espressa, si regge”²⁸.

²⁶ MOSCONI, *Ordine pubblico (dir. int.)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 10, Milano, 2007, p. 535.

²⁷ Come ricorda FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1051, la formula “ordine pubblico” ha “una data di nascita sufficientemente precisa; essa appare per la prima volta nel codice di Napoleone dove venne inserita non senza contrasti, incertezze e vivaci dissensi”. Cfr. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; VIVIANI, *Coordinamento tra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Riv. trim. internaz. priv. e proc.*, 1998, p. 847; LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005.

²⁸ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 805 ss.

La stessa dottrina ha osservato tuttavia che “il problema dell’ordine pubblico va [...] rivisto alla luce dell’ingresso nel nostro ordinamento giuridico di una Costituzione rigida assai larga nell’indicare direttive, principi, valori da perseguire e da difendere. La funzione attuale dell’ordine pubblico, infatti, non è più esclusivamente di carattere latamente politico ma è quella di impedire che i privati possano darsi un assetto di interessi non conforme a quelle direttive e a quei principi”²⁹.

Ciò posto, è ormai usuale ed accolta dalla giurisprudenza la distinzione tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale (secondo quesito proposto) e vi è chi afferma che mentre il primo consisterebbe nell’insieme delle norme imperative dell’ordinamento interno³⁰, il secondo si identificherebbe con quei principi di civiltà e giustizia considerati universali dall’opinione pubblica formatasi nei singoli Stati³¹. Talvolta, in maniera un poco evanescente, si definisce l’ordine pubblico internazionale come l’insieme dei “principi comuni alle Nazioni di civiltà affine”³², oppure si ricorre a formule come “imperativi ispirati a somme esigenze di civiltà giuridica la cui inosservanza è ostativa alla delibazione di sentenze straniere”³³, ovvero, con significato ben diverso, si allude ai (soli) principi fondamentali e caratterizzanti l’atteggiamento etico giuridico dell’ordinamento in un determinato periodo storico³⁴.

Si sostiene, poi, da parte della Cassazione, che, in tema di riconoscimento degli effetti delle sentenze straniere, l’ordine pubblico rilevante sarebbe proprio quest’ultimo³⁵. In particolare, rileverebbe l’ordine pubblico interno se la sentenza è pronuncia nei

²⁹ GAZZONI, *op. loc. cit.*

³⁰ Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, in *Dir. giust.*, 2003, p. 96.

³¹ BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l’ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969, p. 60 s.; SPERDUTI, *L’ordine pubblico nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1976, p. 674 ss.

³² Cfr. App. Torino, 9 marzo 2006, cit.

³³ NERI, *Note in tema di ordine pubblico matrimoniale*, in *Familia*, 2004, p. 394 ss.

³⁴ Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, cit.

³⁵ Cass., 6 dicembre 2002, n. 17349, cit.

confronti di cittadini italiani, mentre dovrebbe farsi riferimento all'ordine pubblico internazionale ove essa venga resa tra soggetti tutti di nazionalità straniera³⁶.

Con maggiore rigore, però, si sottolinea giustamente che il concetto di ordine pubblico è, in definitiva, necessariamente unitario³⁷, onde l'unica attività che l'interprete deve comunque effettuare è individuare i principi e le norme fondamentali che costituiscono "l'essenza stessa di un singolo istituto, e che non possono essere messi in discussione neanche da sentenze o atti pubblici stranieri"³⁸. L'ordine pubblico – ed in ciò risiede la risposta anche al terzo interrogativo sollevato – diverrebbe, descrittivamente, "internazionale", solamente là dove ci si chieda se il principio, ad esso appartenente, che nel caso concreto (connotato da elementi di estraneità) rileva, sia o meno attuabile tramite la norma straniera³⁹.

³⁶ Cass., 13 dicembre 1978, n. 5919, in *Foro it.*, 1979, I, c. 323 s.; Cass., 14 gennaio 1982, n. 228, cit.; Cass., 1 marzo 1983, n. 1539, cit. Non a caso, App. Milano, 17 dicembre 1991, cit., ha ritenuto privo di efficacia in Italia il ripudio, per contrarietà all'ordine pubblico non interno ma internazionale, in un'ipotesi nella quale entrambi i coniugi erano di nazionalità iraniana.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 129 ss.: "non occorre distinguere ordine pubblico internazionale e interno per giustificare la maggiore apertura dell'ordine pubblico nella materia del diritto internazionale privato. L'apertura non è nell'evasione dalle norme italiane, ma nella retta applicazione di principi costituzionali italiani in fattispecie straniere mediante l'impiego di regole non italiane [...]. Nel bilanciamento dei molteplici principi applicabili si tiene conto anche dell'esigenza di apertura internazionale dell'ordinamento per assicurare alla fattispecie con elementi di estraneità la disciplina più adatta: l'ordine pubblico individua la soluzione congruente nel bilanciamento". Più recentemente, ben illuminano, già nell'*Introduzione* della loro trattazione, le insidie verbali e concettuali sottese ad una visione autonoma del c.d. ordine pubblico internazionale, G. PERLINGIERI e ZARRA, *op. cit.*, p. 7 ss.

³⁸ NERI, *op. loc. ult. cit.*

³⁹ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 130. Cfr. BARILE, voce *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1122: "i principi fondamentali che una data comunità esprime devono trovare in essa, sempre, positiva attuazione. Essi vanno comunque osservati anche quando risulti applicabile, nella specie, per il sistema di diritto internazionale privato, un diritto straniero. Si tratta, infatti, di principi essenziali, il più delle volte comuni ad altri ordinamenti, per i quali la coscienza giuridica della comunità statale non ammette deroghe e che servono a

Il vero problema è che nell'opera, già delicata, di individuazione di tali norme si inserisce una assai discutibile giurisprudenza di legittimità, volta a farvi rientrare nozioni a dir poco fantasiose, come è avvenuto anche recentemente in tema di delibazione delle sentenze canoniche di invalidità matrimoniale, nel cui contesto la Suprema Corte ha ritenuto compresa nella clausola di ordine pubblico finanche la convivenza della coppia protratta per un certo periodo di tempo (dalla stessa Cassazione altrettanto fantasiosamente determinato), che paralizzerebbe il riconoscimento della pronuncia canonica di nullità, esplicando addirittura efficacia "sanante" rispetto al matrimonio invalidamente contratto⁴⁰.

Pur se impervia, la via dell'individuazione dei principi di ordine pubblico può, tuttavia, essere percorsa⁴¹ ed è, peraltro, necessitata, utilizzando altrimenti il limite di cui si discute come una mera petizione di principio.

Nell'ordine pubblico rientra senza dubbio il principio di uguaglianza, quello della personalità della responsabilità penale, la libertà matrimoniale, diverse libertà collettive, non pochi principi economici e valutari ed ovviamente la tutela della dignità umana⁴². Per quanto rileva in questa sede, vanno sicuramente aggiunti il diritto di difesa⁴³ e il principio secondo il quale il matrimonio è dissolubile solamente al ricorrere di determinati presupposti⁴⁴.

Tratto comune di tutte le libertà ed i principi menzionati è, infatti, l'essere norme "inderogabili o da queste desumibili", che "informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società"⁴⁵.

'coordinare', nel microcosmo di detta comunità, i vari ordinamenti che in essa possono trovare applicazione".

⁴⁰ V. le lucide considerazioni di E. GIACOBBE, *Le Sezioni Unite tra nomofilachia e "nomofantasia"*, cit., p. 1416 ss.

⁴¹ FERRI, *op. cit.*, p. 1040, il quale afferma come il concetto di ordine pubblico sia tutt'altro che "oscuro e indecifrabile".

⁴² GAZZONI, *op. loc. cit.*, ove riferimenti.

⁴³ Cass., 3 settembre 2015, n. 17519, in *Banca dati Ius Explorer*.

⁴⁴ *Ex multis*, Cass., 19 aprile 1991, n. 4235, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1992, p. 382; Cass., 30 maggio 1983, n. 3709, in *Banca dati Ius Explorer*.

⁴⁵ App. Roma, 15 marzo 1973, cit.

Non va, tuttavia, obliato che lo strumento concettuale dell'ordine pubblico "funziona" bene se concepito come *metodo interpretativo e applicativo* e decisamente meno appropriatamente se inteso quale *mero contenitore* di interessi e valori staticamente studiati. Vale a dire che la contrarietà di un istituto o di un fatto giuridicamente rilevante rispetto all'ordine pubblico, o la sua conformità ad esso, va vagliata in concreto, poiché solamente guardando al singolo caso potrà individuarsi il principio destinato ad operare con decisa prevalenza⁴⁶.

4. *Soluzioni giurisprudenziali convinte, argomenti talvolta perplessi e qualche spunto sulla sostanza dei concetti e le insidie dei preconetti*

Se quanto poco sopra argomentato risulta persuasivo, non v'è dubbio che una recente sentenza della Corte di Cassazione⁴⁷, come già quella della Corte d'appello di Roma pronunciata nello stesso procedimento⁴⁸, nell'individuare i principi di ordine pubblico violati dal ripudio islamico pronunciato da un Tribunale sciaraitico, nel caso concreto, colga nel segno.

La vicenda è particolarmente istruttiva, riguardando un ripudio pronunciato all'esito di un procedimento svoltosi dinanzi ad un organo giudicante religioso, che pone leciti dubbi in merito alla natura privata o pubblica dello scioglimento del matrimonio così determinato, con le relative conseguenze in punto di normativa internazionalprivatistica applicabile (v., *infra*, sub punto b).

Le due decisioni, peraltro, non sono pienamente sovrapponibili.

Anzitutto, sicuramente puntuale è stata l'esclusione, a suo tempo operata dalla Corte d'appello romana, della violazione dell'ordine pubblico per "il fatto che nella procedura in questione non siano considerati gli aspetti relativi al mantenimento del coniuge ed all'affidamento e mantenimento della prole". Infatti, le parti, "anche dopo lo scioglimento, ben potrebbero adire il giudice italiano per

⁴⁶ G. PERLINGIERI e ZARRA, *op. cit.*, p. 16 ss.

⁴⁷ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, in *DeJure*.

⁴⁸ App. Roma, 1 dicembre 2016, in *Dir. fam. pers.*, 2017, p. 347 ss.

ottenere detta regolamentazione con un successivo giudizio”⁴⁹. Il punto, viceversa, non è tenuto in considerazione nella pronuncia della Cassazione: ed in effetti, esso, in sé stesso, non dirime nulla.

Al contrario, tanto i giudici d’appello quanto quelli di legittimità osservano che confligge con l’ordine pubblico il fatto che Tribunale straniero, che si è pronunciato sul ripudio, non abbia effettuato alcun accertamento in merito al venir meno in concreto della comunione di vita tra i coniugi⁵⁰. L’argomento è convincente, potendosi sicuramente sostenere che nell’ordinamento italiano sussiste un principio di dissolubilità del matrimonio solamente in presenza di un inderogabile presupposto, cioè l’accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare⁵¹. Se così non fosse, verrebbe meno quel

⁴⁹ App. Roma, 1 dicembre 2016, cit. Puntualmente già rilevava il giudice d’appello che “nessun principio costituzionale impone che la definitiva regolamentazione dei diritti e dei doveri scaturenti da un determinato *status* sia dettata in un unico contesto [...] nel nostro ordinamento è prevista la sentenza non definitiva di divorzio [...] con possibile rinvio al prosieguo anche per l’adozione dei provvedimenti definitivi relativi all’affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento”. Ciò non toglie che la regolamentazione di tali aspetti, se per qualunque ragione risulti essere definitivamente preclusa, finisca con il ledere un interesse sicuramente di ordine pubblico, violando l’art. 30, comma 2, Cost. e il principio di solidarietà familiare (art. 29 Cost.). Cfr. G. PERLINGIERI e ZARRA, *op. cit.*, p. 143 ss.

⁵⁰ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit.: “risulta poi del tutto carente un accertamento da parte del Tribunale shariaico o sciaraitico dell’effettiva cessazione del rapporto affettivo e di convivenza dei coniugi ovvero della possibilità di una sua composizione o continuazione. Non risulta quindi rispettato il principio posto a base dell’ordine pubblico processuale in ordine al presupposto dello scioglimento del vincolo matrimoniale”; App. Roma, 1 dicembre 2016, cit.

⁵¹ Cass., 19 aprile 1991, n. 4235, cit.; Cass., 30 maggio 1983, n. 3709, cit., secondo la quale una sentenza straniera di divorzio pronunciata nei confronti di un cittadino italiano, può essere ritenuta non contraria all’ordine pubblico italiano, ed essere quindi delibata in Italia, solo quando, dall’esame complessivo della sua motivazione, risulti che il matrimonio sia stato sciolto per ragioni e situazioni obiettive e predeterminate che, se pur non identiche e non necessariamente corrispondenti in tutti i particolari a quelle contemplate dalla legge italiana, presentino sostanziale analogia e rispondenza con le cause di divorzio previste nel nostro ordinamento, dimostrando, attraverso un accertamento basato su prove ammissibili secondo la natura del rapporto e non evidenzianti dolo o collusione delle parti, quell’irrimediabile disfacimento della comunione familiare che costituisce l’inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste

minimo di stabilità del vincolo che non può non caratterizzare l'istituto matrimoniale *ex art. 29 Cost.* e che ne rappresenta un tratto distintivo rispetto a unioni affettive di diverso genere e dai tratti decisamente più instabili⁵².

Leso è ancora, nel caso che ci occupa, il diritto di difesa, posto che, per usare le parole della Corte d'Appello romana, “il procedimento in questione, pur avendo la forma giudiziale, è basato unicamente sulla manifestazione di volontà del marito senza che lo stesso debba addurre motivazione [...], senza possibilità di opposizione da parte della moglie, senza alcun contraddittorio reale [...] e senza che per la moglie sia previsto analogo diritto”⁵³. L'ultimo argomento, all'evidenza, poco attiene, tuttavia, al diritto di difesa e richiama piuttosto decisamente la violazione del principio di uguaglianza⁵⁴, che, ad ogni buon conto, rientra senza dubbio, come chiarito, nel contesto delle norme di ordine pubblico.

dall'art. 3 della legge n. 898 del 1970. Cfr. CLERICI, *op. cit.*, p. 202, che ritiene il ripudio “confligente con il principio che vieta lo scioglimento del matrimonio ad iniziativa libera e immotivata di un coniuge presente nel nostro ordinamento”. Sembra *prima facie* andare in diversa direzione la disciplina del c.d. “divorzio breve”, introdotta con d.l. n. 132 del 2014, convertito in l. n. 162 del 2014. Infatti, anche ricorrendo al procedimento di negoziazione assistita (art. 6 d.l. n. 132 del 2014), ovvero a quello davanti all'ufficiale dello stato civile (art. 12 del medesimo d.l.), la più celere modalità di dissoluzione del vincolo non dovrebbe incidere – anche se sembra, nei fatti, finire col farlo, ma la tendenza deve essere contrastata con fermezza – sui presupposti di legge pretesi perché esso venga meno per divorzio. Cfr. In argomento, per una sintesi, *ex multis*, C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 665 ss.

⁵² G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 20 ss.

⁵³ App. Roma, 1 dicembre 2016, cit.

⁵⁴ Qualche dubbio sull'effettiva violazione del principio di uguaglianza, in caso di ripudio islamico, potrebbe residuare nell'ipotesi, non certo di scuola (v. App. Roma, 15 marzo 1973, cit.) in cui sia la donna a chiedere il riconoscimento dell'efficacia del ripudio stesso, posto in essere dal marito. In una simile evenienza, secondo alcuni, la negazione dell'efficacia dell'atto di scioglimento del matrimonio in base alla ritenuta lesione del principio di uguaglianza equivarrebbe ad un ragionamento “macroscopicamente sofisticato: poiché vanti un diritto che hai ottenuto in ragione d'una tua inferiorità giuridica, io te lo nego. E questo è assurdo” (SCHWARZENBERG, *op. cit.*, p. 655). Tuttavia, il ragionamento sofisticato non è: se si vuol vantare lo scioglimento del vincolo lo si deve fare sulla base di

Non sarà un caso che, con maggiore attenzione, la Cassazione, nella ricordata pronuncia del 2020, preferisce tenere ben distinti i due profili⁵⁵, così come lascia riflettere per una serie di argomenti e soluzioni che sembra utile sintetizzare.

a) Essa si dilunga in una densa “lezione” sul concetto di ripudio, avendo cura di precisare che questo si presenta con caratteristiche assai diverse nei vari ordinamenti di matrice islamica⁵⁶.

b) Analoga attenzione la Suprema Corte riserva all’ordine pubblico, con una nutrita analisi della giurisprudenza rilevante⁵⁷ e una doverosa focalizzazione sull’importante e recente pronuncia della Corte di Giustizia UE del 2017, che ha ritenuto applicabili le norme europee di conflitto considerate rilevanti (Reg. UE n. 1259 del 2010) solamente ai divorzi “pronunciati da un’autorità giurisdizionale statale, da un’autorità pubblica o con il suo controllo”⁵⁸, onde il ripudio islamico, almeno nel caso considerato,

un titolo non contrario all’ordine pubblico e tale non è, nella misura esposta, l’atto di ripudio. Poco rileva il fatto che esso possa occasionalmente incontrare la volontà conforme della donna: ove ciò accada, vi sarà spazio, ricorrendone i presupposti, per l’applicazione dell’art. 3, n. 2 l. n. 898 del 1970, citato nel testo. Se al consenso della donna si accostano, poi, una serie di altre cautele è allora lecito dubitare del tutto che la “traduzione” corretta dell’istituto in linguaggio giuridico italiano sia proprio “ripudio” e non, eventualmente, decisamente “divorzio” (v., *infra*, le argomentazioni accolte nelle pagine immediatamente a seguire).

⁵⁵ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit.

⁵⁶ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit.: “dalla Relazione predisposta dall’Ufficio del Massimario del Ruolo presso questa Corte, emerge che non esiste un ‘diritto islamico unitario’ nella materia [...]”, infatti “ad es. in Turchia, in Tunisia o in Egitto, accanto al ripudio come forma unilaterale ad iniziativa esclusivamente maschile, oggi sono presenti anche forme di divorzio di tipo consensuale e proceduralizzato, che tuttavia coesistono, sia pure senza rilievo giuridico, con il *talaq* pronunciato solo privatamente”.

⁵⁷ L’analisi culmina, tra le più recenti, con Cass., 18 luglio 2019, n. 19453, in *Ilprocessocivile.it*, 14 ottobre 2019, con nota di FIENGO, *Attestato ex art. 54 Reg. CE n. 44/2001 e sindacato del giudice dello Stato membro richiesto*.

⁵⁸ Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, n. 372, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 385 ss. Va osservato, ad ogni buon conto, che il Regolamento in esame comunque non avrebbe riguardato in via diretta la fattispecie considerata, posto che, come anche rilevato dalla Corte di Giustizia, “il riconoscimento di una decisione di divorzio emanata in uno Stato terzo non rientra nel diritto dell’Unione, dato che né le

non dovrebbe rientrarvi, rimanendo, nonostante l'intervento dell'autorità religiosa (e proprio in quanto solamente religiosa), un "atto privato di volontà"⁵⁹. Il *dictum* appare, tuttavia, contraddetto poco dopo, dalla stessa Cassazione, là dove essa afferma contestualmente che "alla decisione (*n.d.a.*: relativa al ripudio) non può attribuirsi la natura di mero divorzio privato", poiché l'organo che la pronuncia è "un tribunale religioso avente comunque funzioni giurisdizionali in determinate materie"⁶⁰.

La contraddizione può, peraltro, solo in parte spiegarsi con il diverso contesto in cui le due affermazioni sembrano esternate: ai fini dell'applicabilità del Regolamento europeo, la prima; riguardo ai problemi (insussistenti) di giurisdizione, se bene si intende, la seconda. Se un dato atto ha natura privata, questa non dovrebbe, infatti, poter subire una "mutazione" solamente perché valutata sotto una diversa lente. In verità, su questo punto, la Suprema Corte, purtroppo, non chiarisce ma confonde. Molto più rigoroso sarebbe stato affermare, con coerente continuità espressiva, che il

disposizioni del regolamento n. 1259/2010, né quelle del regolamento n. 2201/2003, né nessun altro atto giuridico dell'Unione sono applicabili a siffatto riconoscimento", inerendo piuttosto alle nuove domande di divorzio volte ad instaurare il relativo procedimento.

⁵⁹ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit.

⁶⁰ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit. È questo, in effetti, un punto, se non decisivo, quantomeno di rilievo non indifferente, sul quale la Suprema corte sembra assumere un atteggiamento vagamente contraddittorio. Il vero è che sulla decisione sul ripudio non può farsi di tutta l'erba un fascio, essendovi ordinamenti, come si va chiarendo, che lo strutturano in maniera pubblica e procedimentalizzata, ed altri che lo concepiscono, in effetti, come mero atto privato. Anche la "struttura procedimentale" dell'atto, tuttavia, non è dirimente rispetto al quesito oggetto di queste nostre riflessioni: se pur vi è un procedimento, ma questo non garantisce il diritto di difesa e di contraddittorio, oppure se si conferma la lesione di altri valori, come la dignità della donna, comunque l'istituto di matrice islamica non potrebbe fare ingresso nel nostro sistema ordinamentale. Il che pare proprio essere ciò che avviene nel caso qui in esame, come già osservato nel secondo grado di giudizio. Cfr. App. Roma, 12 dicembre 2016, cit: "il procedimento in questione, pur avendo la forma giudiziale, è basato unicamente sulla manifestazione di volontà del marito senza che lo stesso debba addurre motivazione [...]. Senza possibilità di opposizione da parte della moglie, senza alcun contraddittorio reale [...] e senza che per la moglie sia previsto analogo diritto".

provvedimento *de quo*, ad ogni fine, rimane un atto fondamentalmente privato, solamente autenticato da un'autorità non statale, onde non sottoposto neanche all'art. 65 l. n. 218 del 1995 – come peraltro la Cassazione adombra in un passaggio verbale⁶¹, non traendone però alcuna conseguenza – e pertanto intrascrivibile in Italia perché, sempre rigorosamente ragionando, *ai fini delle norme di conflitto, tamquam non esset*, prima ancora che contrario all'ordine pubblico.

c) Viene valorizzata la posizione dell'Avvocato generale che, in seno al procedimento relativo alla pronuncia europea appena ricordata, non ha mancato di osservare come la discriminazione tra uomo e donna, rilevante *ex art. 10 Reg. UE n. 1259/2010* (relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale), al fine di limitarne il campo di applicazione, non deve essere intesa in concreto (*i.e.*: bisogna chiedersi se lo scioglimento del matrimonio è in effetti, nel singolo caso esaminato, unilaterale ed insindacabile), ma è sufficiente, quale causa ostativa rispetto all'applicazione del regolamento medesimo, che essa si configuri in astratto (*i.e.*: bisogna chiedersi se quel dato ordinamento contempla che il matrimonio possa sciogliersi, con un dato strumento rilevante nel caso concreto, in modo unilaterale e insindacabile).

d) Si dà atto compiutamente dell'esito delle indagini richieste al Ministero della giustizia, interpellato per una verifica della legge processuale straniera applicabile, traendosene che “la legge palestinese invocata dal ricorrente [...] non è applicabile al caso in esame poiché si tratta di legge che non ha mai trovato una formale entrata in vigore”, mentre il procedimento in oggetto “risulta tuttora regolato dalle leggi n. 31 del 1959 e n. 61 del 1976 che, quanto al divorzio unilaterale, non consentono di escludere [...] l'applicabilità dell'istituto in senso conservatore, nella sua accezione originaria di *talaq* pronunciato senza il consenso della moglie e senza alcun temperamento di garanzia volto a ridimensionare lo squilibrio sostanziale e processuale tra le parti”⁶².

⁶¹ Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit. V. con precisione *sub* nota 63.

⁶² Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit.

La Suprema Corte, in definitiva, convince ancora e, se si vuole, ancor di più, pur non essendo affatto, la sua ultima pronuncia, di facile lettura. Essa argomenta in modo stringato, denso, senza lesinare studi e approfondimenti, a ben vedere utili e doverosi; a tratti, tuttavia, spesso confonde il lettore ma, in definitiva, convince, pur lasciando intravedere più di un chiaroscuro, più di una complessità della quale la giurisprudenza sarà chiamata a farsi carico in futuro; mostra insomma un atteggiamento conclusivamente corretto, ma argomentativamente, a momenti, perplessa e nebulosa.

Nello specifico: *a)* Il rispetto della dignità della donna, del contraddittorio, del diritto di difesa, del principio di uguaglianza e di ogni altro valore concretamente rilevante, viene vagliato a tratti in concreto, a tratti, invece, sembra ventilarsi una predilizione per la rilevanza della contrarietà dell'istituto all'ordine pubblico "astratta" (*i.e.*: è quella "fattispecie astratta di ripudio" che deve essere conforme o difforme all'o.p., non "quel" ripudio in concreto); *b)* l'applicabilità dell'art. 65 l. n. 218 del 1995 è prima affermata, ma poi, in *obiter*, messa in forse; *c)* il fraseggio è a volte addirittura misterioso⁶³.

In ogni caso, quanto finora ricostruito non esclude del tutto che il vincolo, risolto con il ripudio per il diritto straniero, possa talvolta sciogliersi anche nell'ordinamento italiano, ma secondo diverse modalità e, segnatamente, secondo quelle delineate dall'art. 3, n. 2, lett. *e)* l. n. 898 del 1970, che consente al cittadino italiano di chiedere il divorzio quando "l'altro coniuge cittadino straniero ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio, o ha contratto nuovo matrimonio": disposizione, questa, che, nata

⁶³ Poco senso ha affermare che "gli artt. 64 ss. della l. 218/1995 disciplinano la materia", se poco più avanti si adombra che, "se si ritiene che l'impostazione della Corte di Giustizia sia applicabile al caso in esame (*n.d.a.*: come sembra farsi), si può fondatamente dubitare che il ripudio costituisca 'provvedimento' ai sensi dell'art. 65 l. cit.", ovvero l'unica disposizione della legge menzionata realmente rilevante. Frutto di un qualche incomprensibile fraintendimento è poi la frase secondo la quale "la Corte di Giustizia ha dunque risolto, con pronuncia di chiusura preliminare [...] ed in negativo, la questione se la pronuncia emanata dal Tribunale della sharia [...] possa ancora considerarsi un 'divorzio privato'", dato che la Corte europea, come sopra chiarito, ha proprio affermato che lo è (Cass., 7 agosto 2020, n. 16804, cit.).

per “disciplinare la situazione dei matrimoni c.d. claudicanti [...] si sta rivelando fondamentale per disciplinare le fattispecie traumatiche che possono nascere dal contatto con il diritto islamico”⁶⁴.

La richiamata norma potrebbe consentire alla moglie di ottenere lo stato libero e gli opportuni provvedimenti relativi all’assegno di mantenimento e all’affidamento della prole⁶⁵, “anche se l’effettività di tali provvedimenti appare legata alla permanenza del marito (e della moglie) in Italia, aprendosi altrimenti la via dell’applicazione delle convenzioni internazionali, ove esistenti, con i relativi problemi di efficacia della tutela”⁶⁶.

Il citato art. 3, n. 2 si renderebbe applicabile in un’ipotesi, come quella esaminata dalla Cassazione nel 2020, anche tenuto conto, in una certa prospettiva, un tempo, dell’art. 31 della l. n. 218 del 1995 e, oggi, degli artt. 5, 8, 12 Reg. UE n. 1259 del 2010⁶⁷, secondo i quali, posta la contrarietà all’ordine pubblico della normativa straniera, nel procedimento di divorzio si fa applicazione della legge dello Stato di residenza abituale dei coniugi, di cittadinanza, o in cui

⁶⁴ GALOPPINI, *op. loc. ult. cit.*; CLERICI, *op. cit.*, p. 203. Il citato art. 3, n. 2, lett. e, infatti, dà accesso alla pronuncia di divorzio a prescindere dal controllo sulla conformità o meno del provvedimento straniero all’ordine pubblico. Cfr. Trib. Lucca, 26 aprile 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1932.

⁶⁵ App. Brescia, 9 novembre 1979, cit. Sembra che in tal modo possa risolversi, almeno in alcuni casi, il problema della donna, cittadina italiana, ripudiata all’estero, che “si trovi nella situazione in cui non possa risposarsi in Italia perché il precedente vincolo matrimoniale è ritenuto ancora esistente” (G. PERLINGIERI e ZARRA, *op. cit.*, p. 144, 149, 154).

⁶⁶ G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 523.

⁶⁷ G. PERLINGIERI e ZARRA, *op. cit.*, p. 145, nota 253, ricordano che “nei limiti del proprio ambito di applicazione, il regolamento sostituisce l’art. 31, l. 31 maggio 1995, n. 218”.

è adita l'autorità giurisdizionale⁶⁸, cioè, nella fattispecie, in ogni caso l'Italia⁶⁹.

La natura meramente religiosa dello scioglimento del matrimonio pronunciato dal Tribunale sciaraitico non osta, peraltro – al contrario di quanto avviene per le norme di conflitto poco sopra ricordate –

⁶⁸ Art. 8 Reg. UE n. 1259 del 2010: “In mancanza di una scelta ai sensi dell'articolo 5, il divorzio e la separazione personale sono disciplinati dalla legge dello Stato:

a) della residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, o, in mancanza;

b) dell'ultima residenza abituale dei coniugi sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima che fosse adita l'autorità giurisdizionale, se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza;

c) di cui i due coniugi sono cittadini nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; o, in mancanza;

d) in cui è adita l'autorità giurisdizionale”.

⁶⁹ In argomento, v. PICONE, *L'art. 65 della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato e il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, in *Riv. internaz. priv. e proc.*, 2000, p. 396, nota 43. Non costituisce ostacolo il fatto che la norma pretenda, sul piano letterale, che sia stato il cittadino “straniero” ad ottenere la pronuncia all'estero di annullamento o di scioglimento del matrimonio, mentre, nel caso che ci occupa, il marito ripudiante gode anche della cittadinanza italiana. La giurisprudenza, infatti, da tempo ammette che lo stesso cittadino italiano, che abbia ottenuto lo scioglimento del vincolo matrimoniale all'estero, possa poi dare impulso alla domanda di divorzio ex art. 3, n. 2, lett. e, qui oggetto di attenzione. Cfr. App. Torino, 20 settembre 1993, in *Giur. merito*, 1993, p. 433; G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 53, ove riferimenti. Soprattutto, sembra doversi condividere l'idea, sia pur non pacifica, di chi ritiene che “l'unico significato possibile e ragionevole dell'espressione ‘cittadino straniero’ sembra quello che indica il coniuge che non era cittadino italiano al momento della celebrazione del matrimonio e che divenuto, dopo il matrimonio, in virtù della l. n. 91/1992, cittadino italiano, abbia conservato la cittadinanza del suo paese di origine”. Appare questa l'unica soluzione ermeneutica compatibile con la *ratio* della disposizione, volta a “riequilibrare una situazione di disuguaglianza tra i coniugi di diversa nazionalità”, ovvero ad “evitare che il coniuge italiano resti, suo malgrado, vincolato ad un matrimonio, unilateralmente, quando l'altro coniuge abbia ottenuto, all'estero, lo stato di libertà” (SCALISI e LA TORRE, *Le cause civili di divorzio*, in *Trattato diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2, *Separazione - Divorzio*, Milano, 2011, p. 1572, ove riferimenti sulle varie posizioni dottrinali).

all'applicabilità del citato art. 3, n. 2, lett. e, l. n. 898 del 1970, che, per pacifica giurisprudenza e per buona logica (il procedimento di scioglimento si svolgerà in Italia con le relative garanzie), può essere invocato anche rispetto a matrimoni sciolti con provvedimenti che non appartengono alla giurisdizione statale⁷⁰ o con semplici atti amministrativi⁷¹.

Spingendosi ancora in avanti, la dottrina più sensibile parla giustamente di valutazione di “quel” ripudio nello specifico, auspicandosi un vaglio relativo alla sua effettiva incompatibilità, *hic et nunc*, con individuati principi ordinamentali, i quali non sarebbero violati ove la donna, di qualunque cittadinanza o residenza, fosse consenziente, tutelata nel suo diritto di difesa e ove si verificasse quanto di altro indispensabile, e poco sopra ricordato, per rendere la figura, spogliata della sua insignificante astrattezza, concretamente compatibile, a bilanciamento operato, con l'ordine pubblico in Italia rilevante⁷².

Rimane da chiedersi, ove queste condizioni si verificchino, cosa resti del ripudio propriamente inteso – del quale ripugna alla coscienza giuridica nostrana più l'insindacabilità e l'oblio di ogni tutela per la donna, che l'unilateralità dell'iniziativa in sé stessa considerata, se esso è consensuale – e se, coerentemente, in un caso simile non debba più appropriatamente parlarsi, almeno nelle eventuali ipotesi più ampiamente “giurisdizionalizzate” e in qualche modo controllate dall'autorità statale, di divorzio in senso stretto, posto che, in ogni caso, l'onere di tradurre il termine straniero (*talaq*, nel caso che ci occupa) va sempre adempiuto con ossequio alla sostanza dei concetti più che alla forma dei preconcetti.

⁷⁰ Trib. Milano, 5 ottobre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 237. V. G. GIACOBBE e VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 51 ss.

⁷¹ Trib. Parma, 16 ottobre 1999, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2000, p. 768.

⁷² G. PERLINGIERI e ZARRA, *op. cit.*, spec. p. 151 ss.

ALESSIO ZACCARIA
Professore emerito di diritto privato
Università di Verona

L'INSOSTENIBILE "PESANTEZZA" DEL CANONE. ONIRISMI GIURIDICI DA COVID-19

SOMMARIO: 1. Il problema e l'apparato normativo di riferimento. – 1.1. La disciplina emergenziale. – 1.2. La necessità di continuare a ricorrere ai rimedi tradizionali. – 2. Lo scioglimento del rapporto. – 2.1. La risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità. – 2.2. L'inesigibilità della prestazione. – 2.3. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. – 2.4. Il recesso ai sensi della legge c.d. sull'equo canone. – 2.5. La presupposizione. – 2.6. Una nuova disciplina del recesso legale. – 3. La cancellazione e la riduzione dei canoni. – 3.1. Il difetto sopravvenuto di causa e oggetto del contratto. – 3.2. La rinegoziazione del contratto. – 3.3. Una buona occasione perduta per disciplinare l'istituto della presupposizione. – 4. Conclusioni. – 4.1. Considerazioni finali, di carattere giuridico, ma non solo.

1. Il problema e l'apparato normativo di riferimento.

1.1. La disciplina emergenziale.

Come noto, l'obbligo di chiusura di gran parte delle attività commerciali decretato a seguito dell'emergenza Coronavirus, causa l'inaridirsi delle entrate a fronte di costi fissi immutati, ha comportato per gli esercenti le attività medesime l'insorgere di gravi difficoltà economiche. Ciononostante, l'unica previsione tendente ad eliminare il peso di un costo fisso rintracciabile all'interno di quella sterminata giungla normativa cui si è dato vita negli ultimi mesi sembrerebbe essere quella, decisamente *settoriale*, di cui all'art. 69 del d.l. n. 18 del 2020, ai sensi del comma 2 della quale, "A seguito della sospensione dell'attività delle sale bingo [...] non è

dovuto il canone [concessorio] di cui all'articolo 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 e ss.mm. e ii. a decorrere dal mese di marzo e per tutto il periodo di sospensione dell'attività".

Una norma di favore valevole invece *per tutti gli esercenti attività d'impresa*, volta, però, non ad eliminare, ma soltanto *ad alleviare* il peso di uno dei principali costi fissi, e cioè quello rappresentato *dal canone di locazione*, è stata dettata con l'art. 65, comma 1, d.-l. n. 18 del 2020, secondo cui, ai soggetti esercenti, appunto, attività d'impresa (non rientranti fra quelle essenziali di cui al d.p.c.m. 11 marzo 2020, che non sono state assoggettate all'obbligo di chiusura), è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta, da utilizzare in compensazione ai sensi dell'art. 17, d. legisl. n. 241 del 1997, nella misura del 60% dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, degli immobili rientranti nella categoria catastale C/1.

Con l'art.122 d.l. n. 34 del 2020 è stato poi previsto che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo e fino al 31 dicembre 2021, i soggetti beneficiari di vari crediti d'imposta, fra cui i crediti di cui all'art. 65 testé cit., possono, in luogo dell'utilizzo diretto, optare per la cessione, anche parziale, degli stessi ad altri soggetti, ivi inclusi istituti di credito e altri intermediari finanziari. L'intenzione è stata evidentemente quella di fornire, agli esercenti attività d'impresa, uno strumento utile per acquisire liquidità.

Ancora più ampiamente a *tutti i debitori, e non soltanto agli esercenti attività d'impresa* obbligati alla corresponsione di canoni di locazione, è stata poi dedicata la norma dell'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020, la quale prevede che il rispetto delle misure di contenimento è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi adempimenti.

1.2. La necessità di continuare a ricorrere ai rimedi tradizionali.

Come si vede, l'apparato normativo adottato per fronteggiare l'emergenza non ha inciso sulla già vigente disciplina dei contratti di locazione né nel senso di approntare (nuovi) mezzi utili per

ottenerne lo scioglimento né nel senso di approntare (nuovi) mezzi utili per ottenerne una revisione in termini tali da renderne il contenuto congruente con la mutata realtà. La tutela di quelli che possiamo considerare come i principali interessi dei conduttori continua perciò a rimanere affidata agli strumenti tradizionali.

2. *Lo scioglimento del rapporto.*

2.1. *La risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità.*

In quest'ultimo quadro, per quanto riguarda la possibilità di sciogliere il rapporto, sono state considerate diverse soluzioni.

La proposta di ricorrere alla disciplina dettata con riguardo alla risolubilità del contratto per sopravvenuta impossibilità non può essere accolta. Né la prestazione del locatore né quella del conduttore, per effetto dell'obbligo di chiusura delle attività, sono infatti divenute impossibili: non quella del locatore, che ha concesso, e continua a lasciare l'immobile in godimento, e neppure quella del conduttore, consistente nella corresponsione di una somma di denaro.

Quanto si deve riconoscere, semmai, è che, da parte del conduttore, la prestazione è divenuta *inutilizzabile*, solo, peraltro, nel periodo di tempo con riguardo al quale è stata disposta la sospensione dell'attività, e, oltre tutto, in questo periodo di tempo, neppure completamente, non essendo venuta meno nella sua interezza la fruibilità dei locali locati, che hanno continuato ad essere utilizzabili in particolare al fine di mantenere ivi ricoverati merci, macchinari e via discorrendo. Per cui, si deve parlare, più precisamente, di una *parziale* inutilizzabilità.

Ora, è vero che esistono precedenti giurisprudenziali relativi alla irrealizzabilità, a causa di eventi non imputabili alle parti, della finalità turistica perseguita con l'acquisto di un viaggio comunque rimasto possibile, in cui, dalla inutilizzabilità della prestazione, è stata fatta discendere la risolubilità del contratto. Ma a questo risultato si è giunti non parificando inutilizzabilità e impossibilità, bensì fondandocisi, nella sostanza (pur senza rendersene conto: si è discorso, infatti, di frustrazione della "causa negoziale concreta"),

sul diverso istituto, di cui si dirà qualche paragrafo più avanti, della presupposizione.

Rimane, pertanto, anche sotto questo profilo esclusa la possibilità d'invocare la disciplina della sopravvenuta impossibilità, e così, in specie, l'art. 1464 c.c., ai sensi del quale *“Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”*.

2.2. L'inesigibilità della prestazione.

La circostanza che la prestazione del conduttore consista nella dazione di una somma di denaro impedisce pure che egli possa invocare in proprio favore l'istituto dell'inesigibilità, che riguarda per sua natura le prestazioni di natura personale.

2.3. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

Il conduttore potrebbe piuttosto chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità, ai sensi dell'art. 1467 c.c.

Il richiamo che quest'ultima norma compie all'art. 1458 c.c. dovrebbe però comportare che la risoluzione, una volta pronunciata, non si estenda alle prestazioni già eseguite. Il che evidentemente confligge con l'interesse del conduttore, il quale, ove abbia deciso di perseguire lo scioglimento del contratto, dal peso dei canoni vorrebbe liberarsi il più rapidamente possibile.

2.4. Il recesso ai sensi della legge c.d. sull'equo canone.

Preferibile appare allora il ricorso al diritto di recesso riconosciuto dalla legislazione speciale nell'art. 27, ult. co., l. n. 392 del 1978, a tenore del quale *“Indipendentemente dalle previsioni contrattuali il conduttore, qualora ricorrano gravi motivi, può recedere in qualsiasi momento dal contratto con preavviso di almeno sei mesi da comunicarsi con lettera raccomandata”*: sembra difficile, invero, negare che la situazione venutasi a creare a seguito dei provvedimenti emergenziali possa essere ritenuta idonea a integrare detti “gravi motivi”.

Preferibile, dicevamo, appare allora il ricorso a questo diritto, anche se non del tutto soddisfacente, in quanto il conduttore, ove lo esercitasse, rimarrebbe comunque tenuto a versare i canoni corrispondenti al semestre di preavviso.

2.5. *La presupposizione.*

Rimane ancora una soluzione da considerare.

Risoluzione per eccessiva onerosità e recesso *ex art. 27, ult. co., l. n. 392 del 1978* presuppongono che il rapporto di locazione, nonostante l'imposta cessazione dell'attività, sia proseguito: infatti, lo scioglimento consegue poi, rispettivamente, a una sentenza di natura *costitutiva* o a una dichiarazione di recesso.

Non è da escludere, però, che, (non in ogni caso, ma) *nella singola concreta fattispecie*, il rapporto possa essere considerato venuto *automaticamente* meno già con la imposta cessazione dell'attività. A questa conclusione, si potrebbe giungere lì dove, nel caso di specie, si possa riconoscere operante l'istituto della presupposizione, intesa come il complesso delle circostanze esterne al negozio la cui persistenza deve essere ragionevolmente appunto presupposta affinché il negozio, in rapporto al proprio scopo, possa mantenere significato.

Manca, nel nostro Codice, una disciplina dedicata a questo istituto, la possibilità di ricorrere al quale è però pacificamente riconosciuta, anche a livello giurisprudenziale, e i cui effetti, considerato che si tratta in ogni caso dell'imprevedibile mutamento di circostanze preesistenti, possono essere assimilati a quelli conseguenti alla sopravvenuta impossibilità non imputabile.

Dal che discende che il venire meno della presupposizione dovrebbe comportare lo scioglimento appunto automatico, come poco fa si diceva, del rapporto, così che il conduttore potrebbe intendersi liberato dall'obbligo di corrispondere i canoni già a partire dal momento dell'imposta cessazione dell'attività, e solo eventualmente tenuto, nel caso di lite sul punto con il locatore, a domandare al giudice una sentenza che (soltanto) *accerti* l'avvenuto scioglimento.

Naturalmente, non possiamo nasconderci le incertezze che reca con sé l'invocare una soluzione che deve essere "costruita" sul puro

piano dell'interpretazione, e la sussistenza dei fondamenti della quale deve essere verificata nel singolo, concreto caso.

Senza contare le perplessità derivabili dal fatto che un automatico scioglimento del rapporto (il cui accertamento potrebbe essere richiesto anche dal locatore) sottrae al conduttore la possibilità di conservarlo qualora, nonostante il venire meno delle circostanze presupposte, sussista per lui una qualsivoglia ragione per compiere questa scelta.

Per la verità, come vedremo fra non molto, è da dubitare che lo scioglimento automatico sia la conseguenza maggiormente appropriata del venire meno della presupposizione. In realtà, la situazione con la quale Covid-19 ci ha imposto di confrontarci avrebbe potuto costituire una buona opportunità per disciplinare l'istituto della presupposizione espressamente, e in termini diversi da quelli appena prospettati, in modo da superare, in specie, le perplessità da ultimo evidenziate: in un'ottica, cioè, non di scioglimento, bensì di conservazione del rapporto.

2.6. Una nuova disciplina del recesso legale.

Nell'ottica di andare incontro alle esigenze dei conduttori, una nuova disciplina avrebbe meritato, invero, pure l'istituto del recesso legale, che, come abbiamo veduto, appare il mezzo preferibile dal punto di vista del conduttore che intenda sciogliere il rapporto.

Si sarebbero potute percorrere diverse vie.

Si sarebbe potuto cancellare il termine di preavviso.

Ma occorre riconoscere che questo termine svolge una sua funzione di bilanciamento fra gli interessi del conduttore e quelli del locatore che merita di essere conservata.

Si sarebbe potuto allora eliminare il termine di preavviso per il solo caso di recesso determinato dalle misure emergenziali.

Oppure avrebbe potuto essere introdotta una norma di carattere generale, del tipo di quella dettata nel § 314 BGB, ai sensi del quale, lì dove si tratti di contratti di durata (e non solo di locazione), ogni parte contrattuale *può recedere* per una ragione importante *senza che sia necessario rispettare un termine di preavviso*, e una ragione importante deve intendersi sussistere quando al recedente, in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto e in

considerazione degli interessi di entrambe le parti, non possa essere imposto di proseguire il rapporto fino alla scadenza convenuta o fino alla scadenza di un termine di preavviso (convenzionale *o anche legale*) per il recesso.

Alla luce di una previsione di questo tenore, la imposta sospensione delle attività, in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto, ben avrebbe potuto essere classificata come una ragione importante idonea a legittimare una dichiarazione di recesso *avente efficacia immediata*, in deroga a quel termine legale, di cui all'art. 27, ult. co., l. n. 392 del 1978, che abbiamo poco fa veduto costituire l'aspetto che rende insoddisfacente, per gli esercenti attività commerciali, il ricorso al recesso per "gravi motivi" disciplinato in quest'ultima norma.

Il coordinamento fra quest'ultima norma e la nuova avrebbe poi potuto essere realizzato, ad esempio, rendendo chiaro che i "gravi motivi" di cui all'art. 27, ult. co., cit. vanno intesi come qualcosa di meno della "ragione importante che impedisce la prosecuzione del rapporto", o come qualcosa di diverso da quest'ultima.

3. La cancellazione e la riduzione dei canoni.

3.1. Il difetto sopravvenuto di causa e oggetto del contratto.

Veniamo quindi ad esaminare come potrebbe essere data soddisfazione al secondo, possibile principale interesse dei conduttori, e cioè quello – nell'ottica, ora, di conservare il rapporto – di disporre di mezzi utili per ottenere, innanzi tutto, la liberazione (soltanto) dall'obbligo di corrispondere i canoni dovuto per il periodo di forzata interruzione dell'attività (e non dall'intero rapporto) e, in seconda battuta, una revisione delle pattuizioni contrattuali, e, più precisamente, di quella avente per oggetto l'ammontare del canone, in termini tali da renderlo congruente con la mutata realtà economica.

Constatato che il contratto di locazione costituisce un rapporto di durata, e fatto leva sulla circostanza che per il tempo di forzata chiusura il contratto non ha potuto trovare attuazione, nel senso che i fini che il conduttore si proponeva di conseguire non hanno potuto essere raggiunti, vi è chi ha proposto di ravvisare, nella fattispecie,

un'ipotesi di sopravvenuta nullità per difetto di causa e impossibilità dell'oggetto del contratto, nullità parziale (e dunque da intendersi disciplinata secondo quanto previsto nell'art. 1419 c.c.), in quanto temporanea, temporanea, appunto, essendo stata la chiusura imposta con le norme emergenziali.

La causa e l'oggetto sono però elementi costitutivi *del contratto* inteso *come atto*, che debbono sussistere, a pena di nullità, nel momento della sua conclusione. Gli eventi sopravvenuti in grado di frustrare le attese delle parti incidono invece *sul rapporto* che dal contratto è scaturito e consentono, a determinate condizioni, il ricorso al rimedio risolutorio

Parlare di una sopravvenuta nullità per difetto di causa e oggetto del contratto (che di quest'ultimo rappresentano elementi costitutivi) traslati sul piano funzionale rappresenta una commistione di livelli e rimedi diversi che si appalesa come non accettabile.

3.2. *La rinegoziazione del contratto.*

Tanto la liberazione dall'obbligo di corrispondere i canoni dovuto per il periodo di forzata interruzione dell'attività come la revisione dei contenuti contrattuali in modo da renderlo congruente con la mutata realtà economica potrebbero piuttosto essere conseguiti a seguito di una rinegoziazione, la quale, perché lo scopo avuto di mira dal conduttore possa essere effettivamente raggiunto, dovrebbe essere allora considerata come oggetto di un obbligo idoneo a fondare, ove non adempiuto, un intervento giudiziale di adeguamento.

Ma qui entriamo in un terreno minato.

La giurisprudenza "creativa" sviluppatasi a questo proposito si fonda, in particolare, sull'art. 1375 c.c., secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, e sul principio costituzionale di solidarietà, dai quali si potrebbe trarre che l'esecuzione dei contratti deve svolgersi nell'ottica di un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti contraenti. In questa prospettiva, l'autonomia privata non avrebbe una "forza" tale da poter essere esercitata in difformità o in contrasto con i principi appena ricordati.

Come dicevamo, si tratta, però, di un terreno minato: perché riconoscere la percorribilità di questa via significa affidare la

definizione dei contenuti di un rapporto fra privati sostanzialmente all'arbitrio di un giudice, senza che una simile possibilità sia stata legislativamente prevista.

Per ottenere il risultato di cui si tratta, avremmo in realtà bisogno di una norma espressa.

3.3. Una buona occasione perduta per disciplinare l'istituto della presupposizione.

Il parallelo con il diritto tedesco ancora una volta è significativo.

La norma del BGB corrispondente al nostro art. 1375 c.c. è il § 242, il quale prevede che il debitore è obbligato a eseguire la sua prestazione così come la buona fede richiede con riguardo ai costumi del traffico.

Anche questa norma potrebbe essere letta nel senso di consentire al giudice di correggere in singoli casi il risultato cui si giungerebbe in applicazione del diritto positivo, così da conseguire una giustizia del caso concreto. Ma la dottrina tedesca ha sempre ritenuto che tanto sia possibile solo qualora l'applicazione e l'esecuzione dei diritti pertinenti alla singola fattispecie conduca a risultati *insostenibili* e sia riscontrabile nella situazione da decidere un'esigenza *di indubbia ed effettiva rilevanza*, e ciò in quanto la correzione del risultato cui si giungerebbe in applicazione del diritto positivo costituisce un intervento che stride con la certezza del diritto.

In altri termini, si è sempre escluso che una generale giustizia equitativa – quale quella che in Italia si vorrebbe introdurre sulla base degli artt. 1375 c.c. e 2 Cost. – possa essere fondata sul § 242 BGB.

Si comprende bene, allora, perché, con la *Schuldrechtsmodernisierung*, nel 2002, sia stato introdotto nel BGB il § 313, ai sensi del quale, qualora circostanze che hanno costituito la base del contratto (la *Geschäftsgrundlage*, ovvero sia la presupposizione, diremmo noi) risultino dopo la conclusione del contratto medesimo sensibilmente cambiate, e le parti, qualora avessero previsto questo cambiamento, non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un diverso contenuto, può essere preteso un adeguamento del contratto stesso, nella misura in

cui a una parte, in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto, e specialmente in considerazione della ripartizione del rischio contrattuale o legale, non possa essere imputato il rimanere legata a un contratto immutato.

E se anche nel nostro ordinamento si fosse ancorato, da un lato, l'obbligo di rinegoziare al venire meno della presupposizione, e fossero stati spostati, dall'altro, gli effetti della presupposizione dal terreno dello scioglimento del rapporto a quello della rinegoziazione, sarebbero risultati, al tempo stesso, superati tutti i dubbi in ordine alla configurabilità di un obbligo di rinegoziare, nonché le perplessità, in precedenza vedute, legate a uno scioglimento automatico del rapporto quale necessaria conseguenza del venire meno della presupposizione.

Se, poi, alla luce dei problemi di coordinamento fra i §§ 313 e 314 BGB che si è trovata a dovere affrontare la dottrina tedesca, si fosse voluto chiarire espressamente il rapporto fra la nuova disciplina della presupposizione e la nuova disciplina del recesso legale dai rapporti di locazione, e/o, più, in generale, dai rapporti di durata, si sarebbe potuto precisare che, lì dove la ragione importante idonea a legittimare una dichiarazione di recesso sia da ravvisare in un cambiamento delle circostanze fondanti la presupposizione, il recesso non è ammissibile, bensì va perseguita la via dell'obbligo di rinegoziare.

Di nuovo, una buona occasione perduta per fare compiere al nostro ordinamento un passo in avanti.

4. Conclusioni.

4.1. Considerazioni finali, di carattere giuridico, ma non solo.

Un obbligo di rinegoziare quale conseguenza del venire meno delle circostanze fondanti la presupposizione e una disciplina che consente il recesso dai contratti di durata lì dove sia ravvisabile una ragione importante (diversa dal venire meno delle circostanze fondanti la presupposizione) che impedisce la prosecuzione del rapporto?

Onirismi giuridici?

Se ci si guarda intorno, certo che no: l'esempio tedesco già di per sé lo prova.

Se si guarda in casa, la sensazione è completamente diversa, e la risposta inclina verso il sì.

Sicuramente, l'urgenza di provvedere con immediatezza a fronte del dilagare di Covid-19 non favoriva il perdersi in particolari riflessioni. E basta scorrere anche superficialmente la legislazione emergenziale per rendersi conto del fatto che particolari riflessioni non sono state sicuramente compiute.

E, però, non si può non sottolineare come la soluzione scelta per andare incontro alle esigenze degli esercenti le attività commerciali cui è stata imposta la chiusura non sia particolarmente felice.

In pratica, introducendo un credito d'imposta corrispondente al 60% del canone del mese di marzo, lo Stato ha rinunciato a parte delle proprie entrate del prossimo anno, e, consentendo di cedere questi crediti a istituti di credito e altri intermediari finanziari, ha favorito questi ultimi, dato che costoro corrisponderanno, com'è ovvio, agli esercenti delle attività commerciali, una somma inferiore all'ammontare nominale dei crediti acquistati.

Minori entrate, dunque, per lo Stato, in un contesto economico in cui vi sarebbe stato piuttosto bisogno di aumentarle, a vantaggio sì degli esercenti attività commerciali, ma a vantaggio anche di banche e altri intermediari finanziari, che, anziché essere sostenuti, dovrebbero piuttosto contribuire loro a sostenere l'economia.

Ben diverso, e sicuramente migliore, sarebbe stato l'esito attraverso la rinegoziazione dei rapporti.

Il peso della crisi sarebbe ricaduto principalmente sulle spalle dei proprietari. Ma si sarebbe trattato di un peso per modo di dire. Per questa via, infatti, i canoni sarebbero stati condotti a un livello corrispondente all'attuale congiuntura, essendo abbastanza facile prevedere che, almeno per un certo periodo di tempo, i proprietari di immobili sfitti – ammesso che trovino conduttori – non riusciranno a spuntare canoni al livello degli attuali. Mentre gli esercenti le attività commerciali avrebbero conseguito esattamente ciò che desideravano, e che si sarebbe in buona sostanza tradotto in un semplice, ragionevole adeguamento alla realtà del mercato.

ALESSIO ZACCARIA

Naturalmente, sarebbe stato da mettere in conto un certo contenzioso fra locatori e conduttori. Il che non sarebbe stato naturalmente buona cosa, considerata la situazione come tutti sanno non esattamente florida della giustizia civile, ulteriormente aggravata dal fermo cagionato da Covid-19. E per questa ragione avrebbe dovuto essere disegnato un meccanismo di rinegoziazione semplice e rapido.

O, se proprio non si fosse voluto disegnare un meccanismo *ad hoc* per la rinegoziazione, o anche solo non si fosse trovato il tempo di farlo, si sarebbe potuto facilitare il ricorso al meccanismo di negoziazione assistita di cui alla legge n. 162 del 2014, snellendolo e rendendolo più funzionale.

Onirismi giuridici, appunto.

MASSIMO ZACCHEO
Professore ordinario di diritto privato
Università di Roma “La Sapienza”

IL CONTROLLO DELLE SOPRAVVENIENZE NELL’ERA DELLA CRISI

SOMMARIO: 1. Lo stato d’animo. – 2. La crisi. – 3. Il concetto di crisi in diritto. – 4. La disciplina della crisi nel codice del 1942. – 5. La differenza specifica. – 6. Nuovi invitati. – 7. Riflessione sulla distinzione di rischio e pericolo. – 8. L’oggi. – 9. L’apparato tecnico. – 10. La globalizzazione. – 11. Il ritorno della natura. – 12. La realtà. – 13. Il limite del rimedio.

1. *Lo stato d’animo.*

Tra le domande ricorrenti dell’era postmoderna una assume particolare rilievo: è *controllabile* il mondo che ci appare?

Le reazioni su scala mondiale alla pandemia sollecitano una riflessione, anche giuridica, sul tema.

La *confusione*, alla quale abbiamo assistito, è solo il risultato di negligenze o di errori (che pure vi sono stati) o di una *incertezza*¹, cioè dell’assenza di garanzia che una data conoscenza sia vera?

È la mancanza di controllo delle conseguenze che ha reso la pandemia imprevedibile, vale a dire non riducibile ad opera del calcolo razionale proprio del sistema tecnico?

Non è facile offrire una risposta.

Un’analisi intellettualmente onesta non porta ad attribuire la responsabilità a Tizio piuttosto che a Caio; allo stato d’animo che

¹ Il significato di certezza, inteso come la garanzia che una conoscenza offre della sua verità, è antico e ha impegnato i filosofi di ogni epoca, da Platone in poi: nel 1900 in particolare HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1971, p. 306-307 e WITTGENSTEIN, *Della certezza. L’analisi filosofica del senso comune*, Torino, 1999, spec. p. 8.

suscita la pandemia si può reagire in un solo modo, che porta a ritenere quest'ultima come un male transitorio, un pericolo, che l'uomo supererà.

Tuttavia, il superamento della pandemia non elimina il problema, oggettivo, dell'incontrollabilità del mondo, inteso come assenza di dominio della razionalità. È del tutto evidente, infatti, che la mancanza di controllo se, da un lato, nega il progetto di modernità, nato invece dal desiderio di un mondo senza sorprese, sicuro, senza paura, dall'altro lato, getta l'uomo in uno stato d'angoscia, di ansia, di incertezza.

Tema antico, in tempi moderni riassunto dal termine *crisi*, almeno in una delle tante accezioni che il medesimo può assumere².

La felice espressione di concetto-baule³, assegnato alla parola al fine di denotarne la polisemia, non sottrae l'interprete dall'obbligo di attribuirgli un preciso significato⁴, muovendo dal problema della mancanza di controllo delle conseguenze, fonte dello stato d'ansia dell'uomo.

2. La crisi.

Come è noto la parola crisi deriva dal verbo greco *krino*, che vuol dire *separare* e, in senso traslato, *decidere, determinare*⁵. Etimologicamente è molto più vicina al termine *criterio*, cioè il principio che applichiamo per prendere una decisione giusta⁶

² Senza pretesa di completezza è opportuno sottolineare che il modello semantico più accreditato vuole la crisi come generatrice di *progresso*. Occorre tuttavia domandarsi se il progresso sia il vero concetto-guida della crisi o se, al contrario, *il concetto periodale negativo di crisi sia il vero concetto-guida sotto il quale va sussunto anche il concetto di progresso*: così KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità*, Bologna, 2009, p. 103.

³ DELEUZE, *Logica del senso*, Milano, 2019, p. 47.

⁴ KOSELLECK, *op. loc. ult. cit.*, p. 95 discorre di termine inflazionato, utilizzato per descrivere la società complessa e i relativi sistemi (politica, economia, scienza, etc.).

⁵ L'analisi più approfondita del termine crisi, a partire dall'uso greco, è di KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità*, Verona, 2012, p. 32 ss.

⁶ ARENDT, *Tra passato e futuro*, Milano, 1991, p. 229 sostiene che "la crisi ci costringe a tornare alle domande; esige da noi risposte nuove o vecchie,

piuttosto che alla famiglia di parole associate a *disastro* o *catastrofe*⁷ o *conflitto*⁸.

Ed è proprio perciò che i significati attribuibili al termine sono molteplici⁹. Da quello di lotta tra la vita e la morte che il medico deve cogliere al fine di decidere come intervenire, all'idea di contagio quale caratteristica della sua diffusione¹⁰, a momento di transizione da una fase di sviluppo ad una fase di contrazione economica¹¹, sino all'idea che la crisi, dalla quale può dipendere lo sviluppo o l'arresto di una società, è dovuta non ad eventi determinati ma a mutamenti socioculturali, che rafforzano o indeboliscono la società stessa¹². Di qui la concezione della crisi

purché scaturite da un esame diretto; e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconetti, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quell'esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce”.

⁷ È l'accezione medica, cioè il rapido mutamento delle condizioni della malattia, che sposta il senso verso quello oggi più diffuso; anche se già in latino il lemma *crisis* era assunto nell'accezione di giudizio critico: BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2009, p. 143. KOSELLECK, *Crisi*, cit., p. 35 descrive il senso della parola nella scienza medica: la situazione osservabile e il giudizio sul suo decorso e, successivamente, da un punto di vista cronologico, la distinzione tra crisi perfetta e imperfetta, a seconda che quest'ultima conduca o meno alla totale guarigione; e, ancora successivamente, tra crisi acute e croniche, a seconda della differenziazione temporale del decorso della malattia.

⁸ Per una sintesi delle differenze con i termini 'catastrofe' o 'conflitto' v. COLLOCA, *La polisemia del concetto di crisi*, in *SocietàMutamentoPolitica*, 2010, I, p.19 ss.

⁹ RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, in *Enc. sc. soc.*, II, Roma, 1992, p. 618.

¹⁰ BURCKHARDT, *Sullo studio della storia*, Torino, 1958, p. 196 ss. parla della crisi come un messaggio che circola nell'aria, che risveglia negli individui una insospettata vitalità; ID., *Considerazioni sulla storia del mondo*, Milano, 1945, spec. p. 149 ss.

¹¹ KOSELLECK, *op. ult. cit.*, p. 77 ss. ne descrive la storia, individuando nel 1825 in Inghilterra l'uso del termine per la prima volta in una prospettiva economica.

¹² DE MARTINO, *Il mondo magico. Prolegomeni alla storia del magismo*, Torino, 1959 p. 66 parla di *crisi della presenza* che si verifica in determinate circostanze quali *la precarietà dei beni elementari della vita, l'incertezza delle prospettive concernenti il futuro, la pressione esercitata da parte di forze naturali e sociali non controllabili, la carenza di forme di assistenza sociale*; KOSELLECK, *op. ult. cit.*, p. 35-36 sottolinea come solo dopo l'assunzione del

come un mutamento decisivo, in meglio o in peggio, e non, come è nell'etimologia del termine, quale *momento in cui si possono prendere decisioni ragionevoli con la certezza di determinare una svolta positiva*¹³.

Da ultimo, l'idea della crisi come 'normalità', cioè come lo stato normale della società umana¹⁴, sulla scia del pensiero di Heidegger, secondo cui è dallo straordinario che riconosciamo il significato di 'ordinario'.

3. *Il concetto di crisi in diritto.*

In diritto il concetto di crisi si oppone a quello di normalità: uno stato normale viene meno e si dissolve, e al suo posto si sostituisce una situazione di casualità anziché di regolarità.

La crisi è allora la situazione casuale che spazza via la regolarità. Il diritto, che si fonda sull'ordine, non può tollerare che quest'ultimo sia pregiudicato ed eliminato da eventi anormali, che rischiano di gettare la società nel caos; e questi eventi, ove alterino il criterio della regolarità, non consentendo più agli attori di raggiungere i risultati attesi, devono necessariamente essere ricondotti nell'alveo della regolarità, ridotti a normalità. Il diritto

concetto nella lingua latina il termine è stato esteso anche all'ambito politico-sociale, assumendo un duplice contenuto semantico: *da un lato, la condizione oggettiva che dipende dai criteri di giudizio con i quali si formula la diagnosi della condizione stessa, le cui cause vengono dibattute sul piano scientifico; dall'altro lato, si tratta di un concetto che si riferisce ad una malattia e che presuppone uno stato di salute – comunque inteso – che è ancora da raggiungere o che entro un certo lasso di tempo viene superato dalla morte.*

¹³ BAUMAN, *op. loc. ult. cit.*, p. 144. Si dice parli di 'benedizione' A. Einstein, in una nota frase, tralattivamente ripetuta e riferita come contenuto del *Il mondo come lo vedo io*, Roma, 1934. In realtà, nel richiamato testo, la frase tanto evocata non c'è e nonostante diverse ricerche non sono stato in grado di rintracciare la fonte: comunque, se la frase è di Einstein, questi, a tal proposito, ravvisa in essa il momento del progresso, dell'inventiva, delle scoperte, delle grandi strategie: *chi supera la crisi supera sé stesso senza essere superato* (così, si dice, avrebbe detto).

¹⁴ LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990, p. 592 ss.

non accoglie il fatto eccezionale¹⁵, non si interroga se attraverso lo straordinario sia possibile conoscere l'ordinario, ma pretende che lo straordinario si dissolva nell'ordinario, cioè che l'ordine dato non sia e non possa essere turbato né sopraffatto da alcunché. L'ordinamento, che fonda il suo essere sulla certezza e sicurezza¹⁶, deve disciplinare l'imprevedibile, apprestando gli strumenti che consentano di ridurre a regola ciò che invece può presentarsi come eccezione casuale¹⁷.

Non è la battaglia tra la vita e la morte del medico, o l'idea di contagio sociale del sociologo, che pure caratterizza questa epoca, né la transizione o il mutamento in meglio o in peggio della società dell'economista, e nemmeno la crisi come stato normale della società: la crisi è la situazione che si oppone all'ordine, che non può essere tollerata, perché il criterio della regolarità è il sottofondo concettuale del diritto, che deve contenere in sé i rimedi per ridurre la eccezionalità a regolarità¹⁸.

¹⁵ Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello stato sono concetti teologici secolarizzati...il Dio onnipotente...è divenuto l'onnipotente legislatore [...] Lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia: così SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 61.

¹⁶ IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, p. 38 ss. e *Un diritto incalcolabile*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 3 ss.

¹⁷ Non è possibile fermare l'attenzione sul tema dello stato di eccezione, sovente contrapposto a quello di emergenza: per tutti, SCHMITT, *Definizione dell'sovranità*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 39 ss.; BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia*, Torino, 1995, p.79 e, a seguito della pandemia del coronavirus, GALLI, *Epidemia tra norma ed eccezione*, in *IIFS*, 29 aprile 2002 e AGAMBEN, *Stato di emergenza e stato di eccezione*, 30 luglio 2020, in *Quodlibet*. Le tesi di Agamben sono oggetto di serrata critica in particolare da parte di GRASSO, *Agamben, il Coronavirus e lo stato di eccezione*, in *minima&moralia*, 27 febbraio 2020 e LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova del diritto dell'emergenza*, in *Riv. A.I.C.*, 2020, p. 118-119. In diritto v. in particolare LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 137 ss.: *Non siamo in stato di assedio, sia perché il nostro ordinamento non conosce (più) questo istituto (ormai assorbito dallo stato di guerra), sia perché lo stadio di assedio si caratterizza almeno per l'assumere a presupposto un rischio per l'ordine pubblico.*

¹⁸ BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, Roma-Bari, 2007, p. 65 afferma che *siamo abituati all'idea che ordine vuol dire tenere le cose sotto controllo.*

Non è il mito consolatorio in cui si rifugiano coloro che hanno smarrito il senso della sicurezza di un'epoca in cui non v'era né incertezza né lotta, ma è la pretesa della società che l'incertezza e la lotta siano superate attraverso il dominio dell'imprevedibile. Come è stato ben rappresentato, il diritto deve fermare il futuro¹⁹: non interessa se attraverso la fattispecie o i principi, la norma o il giudice.

Ciò che 'sta', che rimane, la sua essenza, è la certezza e la sicurezza che l'ordinamento deve assicurare.

4. La disciplina della crisi nel codice del 1942.

Il codice del 1942 ha rivolto un'attenzione particolare al tema della 'crisi'. Senza descrivere i vari momenti storici, pur importanti, che hanno caratterizzato il primo '900, soprattutto la crisi del 1929 di Wall Street e la vicenda della Repubblica di Weimar, è indubbio che quel legislatore avesse ben presenti le conseguenze che avevano segnato la società a seguito di quegli eventi. Ed era altrettanto consapevole che un legislatore attento non poteva non tener conto della teorizzazione economica del fenomeno inflattivo come stato normale della società; cosicché l'obiettivo perseguito non era negarne l'esistenza o negarne la irregolarità se di dimensioni serie, come nei casi appena citati, ma di apprestare rimedi idonei a ricondurre a normalità gli eventi che avessero determinato una patologia del fenomeno.

Di qui nasce il dibattito degli anni '30 sulla scelta legislativa da effettuare: se prevedere un rimedio conservativo, cioè la revisione dei contratti, ovvero un rimedio demolitorio, la loro risoluzione²⁰.

È questa sensazione -forse fondata, forse semplicemente illusoria- di essere in controllo, cioè di esercitarlo, che ci manca di più. La riduzione della eccezione alla regola è stato definito da Carl Schmitt come la dittatura commissaria, che ha lo scopo di conservare il diritto vigente.

¹⁹ IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 36, ora pure in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 19.

²⁰ Per il rimedio della revisione era allora ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, soprattutto p. 342 ss. e SEGRÈ, *Sulla clausola autorizzante la sospensione dell'esecuzione nei contratti di somministrazione ad una pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, II, p. 216 ss.

La scelta, come è noto, è andata in quest'ultimo modo. E non ha senso negarla, come è stato fatto, anche di recente²¹, sostenendo che l'ordinamento abbia invece effettuato la scelta opposta²².

I passaggi effettuati dal legislatore del 1942 possono compendiarsi in poche proposizioni:

1) il fulcro del sistema ruota intorno alla possibilità della prestazione del debitore: che impedisce di dichiarare quest'ultimo responsabile se l'inadempimento è dovuto all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore stesso; liberata, dunque, la parte non inadempiente dall'obbligo di effettuare la propria prestazione se l'altrui è divenuta impossibile²³. Tra le due ipotesi un rapporto: se la prestazione non è impossibile o non è sopravvenuta o l'impossibilità è imputabile al debitore, quest'ultimo sarà responsabile dell'inadempimento; se la prestazione è impossibile per una causa sopravvenuta non imputabile al debitore, l'altra parte sarà liberata dall'obbligo della propria prestazione e il contratto automaticamente sciolto²⁴.

²¹ In tempi recenti sul tema della revisione il contributo più approfondito resta quello di GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 409 ss.

²² Non è così perché la storia, l'economia, le norme e l'intero sistema impongono all'interprete di giungere al risultato opposto. In un serio esercizio di onestà intellettuale l'obiettivo non è dimostrare una tesi a scapito di altre, ma di ricostruire il sistema tenendo conto delle esigenze allora avvertite e quelle attuali.

²³ Sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta si veda soprattutto OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 ss.; ID., *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. 3 ss.; SEGRÈ, *Sulla teoria dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 762 ss.; GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 17 ss.; PACCHIONI, *Delle sopravvenienze del rischio e pericolo nelle obbligazioni bilaterali commutative*, in *Riv. dir. priv.*, 1935, I, p. 97 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 172 ss. Più di recente, tra gli altri, GALLO, *op. cit.*, p. 73 ss.; DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 54 ss.; CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 33 ss.; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2002, spec. p. 79 ss.

²⁴ Scritti in altra sede, e in un altro momento storico, che lo scioglimento del contratto non deriva dalla volontà delle parti ma dal fatto, obiettivo, che una

L'impossibilità è un concetto assoluto, sia pur storicamente determinato nel tempo; non ammette eccezioni, né deroghe ed è indipendente dalla volontà umana.

Lo scioglimento del rapporto contrattuale per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta è, invece, dovuto alla volontà delle parti e muove dal presupposto che le prestazioni siano ancora possibili; e che nessuna delle due parti possa unilateralmente sciogliersi dal vincolo contrattuale se non ricorrono le ipotesi descritte dalle norme (art. 1453, 1467 cod. civ.).

2) L'altro elemento, determinante del sistema, è il concetto di *alea anormale*, di cui all'art. 1467, comma 2, cod. civ. L'alea normale rappresenta la vera novità del codice del 1942, che testimonia la conoscenza e la riflessione degli estensori sul tema della 'crisi'²⁵. Il legislatore, consapevole della distinzione concettuale che corre tra 'pericolo' e 'rischio', assunse una precisa posizione.

prestazione è divenuta impossibile e l'altra non più dovuta per una scelta del legislatore: non un'ipotesi di risoluzione, che pretende invece una volontà di una o più parti indirizzata ad ottenere lo scioglimento del rapporto, ma una conseguenza indiretta dell'effetto liberatorio del debitore incolpevole di eseguire la propria prestazione di un contratto sinallagmatico. E concludevo allora che la norma di cui all'art. 1463 cod. civ. non è una norma cedevole, ma imperativa, con tutto ciò che ne discende. Del resto, questa conclusione non era altro se non lo sviluppo del pensiero di BETTI, *op. loc. ult. cit.*, p. 182. Non ho mutato idea e mi pare che gli argomenti allora portati a sostegno della tesi continuino ad avere un loro oggettivo fondamento. In senso contrario per tutti DELFINI, *op. cit.*, p. 54 ss. e CESARO, *op. cit.*, p. 79 ss.

²⁵ NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1025 ss.; SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 254 ss.; BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 769 ss.; AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 242 ss.; GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 1 ss.; GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 441 ss.; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 241 ss.; ID., *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 98 ss.; INDOLFI, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Padova, 2013, p. 4 ss.; BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, spec. p. 149 ss.

Come è noto il termine *pericolo* designa in generale un fatto esterno, accidentale ed estraneo alle nostre azioni, che può comprometterne l'esito. Ne deriva che il pericolo può essere localizzato e consente di prendere provvedimenti per evitarlo o per contrastarlo. Il pericolo va e viene e rappresenta un ostacolo, provenendo dall'esterno, al perseguimento dei nostri obiettivi. Il pericolo del coronavirus, a modo di esempio, è ormai individuato, e sono state adottate misure per evitarlo e per contrastarlo, al momento parzialmente, tra non molto definitivamente.

Il termine *rischio* designa invece una caratteristica costante delle nostre azioni, è insito in qualsiasi attività venga svolta dall'uomo e non può mai da questi essere del tutto eliminato. Possiamo calcolarlo, ma essendo un calcolo non possiamo mai conoscere con certezza quale sarà il risultato concreto delle nostre azioni. Il rischio non è estraneo a noi, ma è con noi e denota ogni nostra attività²⁶.

Il legislatore ha ben distinto le due situazioni.

Muoviamo dal rischio, che trova la sua precisa formulazione nella locuzione *alea normale*. Ogni contratto ha una sua onerosità; cioè ogni contratto ha un suo peso, è il sacrificio che le parti sopportano. Il tema di riflessione è l'entità del sacrificio sopportabile, della gravità del peso che deve essere sostenuto da ciascuna delle parti. L'*alea normale* è il concetto giuridico che rappresenta il peso che le parti devono sopportare una volta concluso il contratto alla luce dei mutamenti che possono intervenire sul medesimo nel corso del tempo. In chiave soggettiva, è il sacrificio che le parti sono disposte ad assumersi.

In questo senso l'*alea normale* non è un criterio fisso, ma elastico, ricomprendendo al suo interno ogni mutamento di carattere economico che il rapporto giuridico può subire a causa del tempo. L'*alea normale* è il 'rischio' che il contraente è disposto ad assumersi consapevolmente ogni volta che conclude un contratto e si estende sino al confine della regolarità e della prevedibilità degli eventi futuri.

²⁶ In generale BAUMAN, *La solitudine dell'uomo globale*, cit., p. 149.

3) L'alea normale incontra un primo limite, che è rappresentato dal concetto, affatto diverso, di contratto aleatorio, inteso come il contratto in cui una delle prestazioni risulti incerta. L'uso promiscuo del termine 'alea' non deve trarre in inganno: l'alea normale è il sacrificio, il peso che normalmente una parte si assume con la conclusione di un contratto e che, nello svolgimento del rapporto, può favorire una parte piuttosto che l'altra o sfavorirle o favorirle entrambe; il contratto aleatorio è invece una categoria contrattuale caratterizzata ontologicamente dall'incertezza di una prestazione che, in quanto tale, è antitetica al concetto di alea normale, il cui sottofondo è la corrispettività delle prestazioni così come fissata dalle parti²⁷. Nel mezzo, il termine *alea*, considerato per lo più sinonimo di rischio, per la derivazione dal sostantivo 'dado', che evoca il gioco, cioè il rischio che lo denota. Ma il termine 'alea', in realtà, ha un duplice significato: in quanto 'dado gettato' designa l'incertezza del risultato sperato; in chiave oggettiva rappresenta, invece, ciò che è il rischio in chiave soggettiva. Ne discende che, in quest'ultima accezione, l'alea è il rischio oggettivo, è una costante delle nostre azioni che può essere misurata in termini di regolarità; è appunto l'*alea normale*: è la percentuale o la quantità di rischio che le parti sono disposte ad assumersi per raggiungere un determinato scopo.

4) Non è necessario dedicare particolare attenzione all'eccessiva onerosità, cioè al sacrificio che non rientra nel criterio della regolarità, della normale *onerosità*; e che appunto è eccessiva. Esterna al contratto, l'onerosità può essere eccessiva se presenta i tratti della eccezionalità, cioè statisticamente della rottura della regolarità degli accadimenti, ed imprevedibilità, cioè da un punto di vista soggettivo inconoscibile anticipatamente.

Se l'impossibilità sopravvenuta spazza via la regolarità, la eccessiva onerosità la compromette ed impone, al pari dell'altra ipotesi, una reazione da parte dell'ordinamento affinché la

²⁷ In generale sul contratto aleatorio per tutti v. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., p. 77; ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 453; NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1024; PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1221 ss.; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, cit., p. 19 ss.

regolarità sia ristabilita. E se nell'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta il rimedio è naturalmente demolitorio, nell'eccessiva onerosità può avere contenuto riparatorio o demolitorio.

Ciò che è importante, nel quadro dipinto dal legislatore del 1942, è che la crisi, determinata dall'impossibilità o dall'eccessiva onerosità, sia superata e che la regolarità, che assicura certezza e sicurezza, venga ristabilita.

5. *La differenza specifica.*

L'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità pongono rimedio al pericolo che, esterno al contratto, sia pur accidentale e localizzato, altera del tutto o significativamente l'equilibrio contrattuale. La risoluzione del rapporto, oppure la riconduzione del medesimo ad equilibrio attraverso il sacrificio di entrambe le parti, sono i soli rimedi idonei; e sono infatti quelli apprestati dall'ordinamento.

Lo squilibrio economico, che non è esterno al contratto, bensì interno a quest'ultimo, lo pone in crisi, nel senso che ne modifica i contenuti economici, ma non è evento casuale che spazza via la regolarità. Non è un 'pericolo', ma un rischio, racchiuso nel concetto di alea normale del contratto. E le parti, che quel rischio proprio dell'onerosità del contratto si sono assunte, non possono dolersene.

È questo il sistema disegnato dal legislatore del 1942, attento ai fenomeni economici e alle ripercussioni dei medesimi sulla regolarità, ma anche attento alla tradizione italiana, troppo spesso dimenticata, della clausola *rebus sic stantibus*²⁸.

6. *Nuovi invitati.*

²⁸ Sulla *clausola rebus sic stantibus* per tutti OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 353.; ID., *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss.; ID., *Appunti per una teoria della «soppravvenienza». La cosiddetta «clausola rebus sic stantibus» nel diritto contrattuale odierno*, *ivi*, 1913, p. 471 ss., 647 ss.; SEGRÈ, *L'obbligo del riscaldamento dei locali affittati in relazione all'attuale legislazione di guerra ed alla clausola rebus sic stantibus*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 622 ss.

Se, dunque, il rischio ha rappresentato, nel disegno del legislatore del 1942, lo stato normale della società, nel senso indicato, è evidente che l'attenzione del giurista deve essere ora rivolta alla mancanza di controllo delle conseguenze indotta da nuovi o vecchi invitati che abitano la nostra vita.

In questo diverso contesto è indubbio che il sistema disegnato dal legislatore del 1942, che rispondeva quasi ad una equazione matematica, debba essere rimeditato. E con esso vada forse ripensata anche la tradizione secolare che ha governato il tema della sopravvenienza, rappresentata dalla clausola *rebus sic stantibus*.

La prospettiva appena tracciata non è frutto di una scelta ideologica o politica, ma dell'avvertita esigenza di adeguare l'ordinamento alla diversa struttura propria della società: la sottrazione di parte del potere dello Stato in favore di enti terzi e sconosciuti, e un generale stato d'ansia che caratterizza l'agire umano, impone di rimeditare il sistema, pensando a strumenti che rispondano agli interessi attuali dei contraenti di una società globalizzata piuttosto che far riferimento a rimedi propri di un'altra epoca storica, frutto di una scelta fondata sull'equilibrio razionale, qual è quella dettata dal codice del 1942.

In questa linea di pensiero occorre muovere proprio dalla distinzione, sinora tracciata, tra rischio e pericolo, tra alea normale e sopravvenienza, ed interrogarsi se quella distinzione logica debba essere ancora tenuta ferma o invece rimeditata alla luce della mancanza di controllo delle conseguenze di eventi propri della società.

Al centro dell'attenzione si pone proprio il concetto di *alea normale* che, rappresentando il rischio, segnava anche il confine logico e giuridico della cd. sopravvenienza, intesa come l'evento inatteso ed eccezionale che accade 'dopo'. L'alea normale è in diritto ciò che la crisi è nella società: entrambe sono denotate dal termine *rischio*²⁹. L'alea normale indica l'opportunità e il rischio

²⁹ E non è un caso che MORIN, *La via. Per l'avvenire dell'umanità*, Milano, 2012, p. 17 afferma che *ogni crisi porta in sé rischi e opportunità. L'opportunità*

che il contraente intende cogliere e correre. Più alta è l'opportunità, maggiore sarà il rischio. In questo disegno l'ordinamento difende il contraente dal pericolo, ma non dal rischio.

Occorre allora domandarsi se l'alea normale, che segna il limite della prevedibilità, sia ancora il 'criterio' che denota una società nella quale l'assenza di 'controllo' è divenuto uno dei problemi decisivi. Si può ancora affermare che l'assenza di controllo è limitata all'area dei cd. pericoli o invece quell'assenza, invadendo anche la zona propria del 'rischio', impone di rimeditare la portata di quella distinzione logica e giuridica?

7. Riflessione sulla distinzione di rischio e pericolo.

In questo procedere, senza dubbio meritevole di essere salvaguardato è il sistema descritto dal legislatore del 1942 sull'impossibilità sopravvenuta, fondato su un dato assoluto: l'impossibilità, appunto³⁰.

Invece, a una diversa riflessione porta l'analisi dell'assetto delle cd. altre sopravvenienze, laddove la prestazione sia ancora possibile: che determina, di riflesso, una rimeditazione della distinzione giuridica di rischio e pericolo.

Da questo punto di vista occorre tener presente due aspetti: il primo è relativo all'area dell'eccessiva onerosità, cioè all'accadere di un fatto esterno al rapporto contrattuale, che abbia i requisiti della straordinarietà e della imprevedibilità. In questa linea concettuale, proprio la recente vicenda della pandemia insegna che una zona dell'autonomia privata non risulta disciplinata dalle norme contenute nell'art. 1467 cod. civ.: infatti, non è consentito alla parte, che subisce gli effetti dell'eccessiva onerosità, di domandare la revisione del contratto, libera invece di chiederne la risoluzione. L'attuale sistema razionale non prevede questa ipotesi. Può accadere allora che la parte si trovi priva di un rimedio efficace

aumenta con il rischio [...] ; ma v. pure ID., Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana?, Milano-Udine, 2020, p. 194 ss.

³⁰ Senza necessità nemmeno di prevedere specificamente che l'impossibilità temporanea possa determinare una impossibilità definitiva, così come è previsto per il trattamento dell'impossibilità parziale: e ciò perché è evidente che siffatta conclusione si ricava già dal sistema.

che risponda al suo attuale interesse: ciò nonostante la scelta del rimedio risolutivo consenta ancora la conservazione del rapporto. Quest'ultima, tuttavia, non è rimessa alla disponibilità dell'agente, ma alla volontà dell'altro contraente attraverso l'istituto della riduzione ad equità³¹; e non è detto che quest'ultimo se ne avvalga o abbia interesse ad avvalersene.

Sarebbe opportuna allora una nuova riflessione sul tema da parte del legislatore rispetto alla scelta effettuata nel 1942: con la previsione della revisione del contratto come ipotesi generale. Sarebbe così consentito alla parte che ne subisce gli effetti di stabilire quale rimedio utilizzare in concreto; ovvero si potrebbe anche lasciare al giudice il potere di convertire una domanda nell'altra, ove la richiesta (risoluzione o revisione), fondata sull'eccessiva onerosità, non appaia il rimedio più coerente, tenendo conto della natura del contratto, delle condizioni dei contraenti, della durata dell'evento etc...

È chiaro che solo un intervento legislativo potrà prevedere tutto ciò, estendendo la previsione di un rimedio riparatorio non più limitato alla sola area del pericolo, ma esteso pure a quella del rischio, con la conseguente necessità, logica e giuridica, di rivedere il concetto di alea normale³².

³¹ Una efficace sintesi delle posizioni giurisprudenziali in materia di riduzione ad equità, almeno sino agli anni '90 del precedente secolo, può essere letta in GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in ID., *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997, p. 53 ss.; Sull'offerta di modificazione del contratto v. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, spec. p. 201 ss.

³² Infatti, in questo modo di intendere, è evidente che il concetto di alea normale perderà la sua centralità, con l'introduzione nel sistema di un'ipotesi di revisione del contratto come norma di carattere generale. Non è un caso che la giurisprudenza abbia tentato a più riprese di colmare la lacuna; così soprattutto ricorrendo al principio di buona fede: tra le altre, Cass., 10 settembre 2010, n. 116, ma già Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, Cass., 22 maggio 1997, n. 15669 e Cass., 18 settembre 2009, n. 20106. Proprio sulla scia delle richiamate decisioni, Trib. Bari, 14 giugno 2011 e in epoca pre e pandemica, Trib. Treviso, n. 1956/2018 e Trib. Roma, 27/8/2020, ordinanza, il quale ha concluso che *in ottemperanza della parte ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà sembra necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti della linea negoziale*

Inoltre, sarà anche opportuno riflettere sull'attuazione immediata del rimedio, nella considerazione che, attualmente, in caso di domanda di risoluzione per eccessiva onerosità, la durata del processo è particolarmente lunga. Ne deriva che, nonostante la sentenza operi con efficacia retroattiva, accade (ed è un'ipotesi frequente) che l'interesse della parte, o di entrambe, risulti definitivamente compromesso a causa del tempo trascorso

Occorre, allora, riflettere se non sia il caso di attribuire al giudice (o ad un organo appositamente istituito) il potere di rivedere immediatamente il contenuto del contratto, magari affidando al medesimo anche una funzione di controllo successivo sull'esecuzione del rapporto *post* sentenza, ovvero consentendo al giudice stesso di pronunciare la sentenza risolutiva, se è questa la via intrapresa a seguito di un giudizio sommario che non sconti troppo il fattore 'tempo'.

È indubbio, infatti, che questo fattore giochi un ruolo decisivo nel mondo delle sopravvenienze: la parte che vuole liberarsi dall'obbligo di eseguire la prestazione eccessivamente onerosa, o che vuole rivedere il contenuto del contratto, non può attendere i tempi della giustizia ordinaria, avendo necessità di una risposta immediata, assicurata da un rimedio che risponda all'esigenza di velocità che caratterizza i rapporti contrattuali.

In questo procedere, la velocità può andare a scapito della ponderazione: tuttavia, una riflessione approfondita, frutto di una significativa istruttoria, potrebbe risultare addirittura dannosa per la parte che la domanda, se il risultato voluto venga acquisito troppo tardi. In questo caso, l'applicazione del rimedio tardivo, sia esso recuperatorio o demolitorio, probabilmente produrrebbe l'effetto opposto a quello sperato dalla parte che a suo tempo lo ha domandato.

Il secondo aspetto deve invece tener conto di quelle variazioni che non rendono la prestazione eccessivamente onerosa, ma che possono renderla *significativamente più onerosa*. Qui l'intervento è più complesso e dovrebbe essere declinato su una serie di

normale, disponendo la riduzione del canone di locazione [...] per i mesi da aprile 2020 a marzo 2021.

presupposti: in primo luogo, sull'imprevedibilità dell'evento accaduto, che deve concretamente e significativamente aver alterato l'equilibrio economico del contratto, così da incidere anche sul sinallagma contrattuale. Diversamente ragionando qualsiasi evento sopravvenuto, qualsiasi rischio, potrebbe determinare un effetto sul contratto, nonostante questi non abbia avuto una incidenza significativa sul medesimo³³.

È vero che l'attuale sistema delle sopravvenienze, disegnato dal legislatore del 1942, ha sempre lasciato spazio all'autonomia privata, attribuendo a quest'ultima il potere di coprire questa ulteriore area attraverso il ricorso all'uso di clausole di indicizzazione o di rinegoziazione; tuttavia, proprio la differenza tracciata dal legislatore, tra alea normale ed eccessiva onerosità, ha impedito sinora, da un punto di vista sistematico, di coprire l'area della prestazione divenuta significativamente più onerosa, rientrando la medesima nell'alveo dell'alea normale, in quanto tale priva del connotato della eccezionalità.

Nel modo di procedere appena indicato verrebbe, invece, declinata la rilevanza del fatto soltanto imprevedibile ma non anche eccezionale, attraverso un rimedio che l'ordinamento già conosce, con la previsione di cui all'art. 1664 cod. civ. o dell'art. 1623 cod. civ., e soprattutto attraverso la legislazione speciale in tema di concessioni pubbliche.

Come nei casi indicati, ove l'evento imprevedibile incida sull'alea normale del contratto in modo significativo, tenuto conto della natura del contratto, della condizione e qualità delle parti, nonché della durata del rapporto, quella tra esse che ne subisce gli effetti potrebbe proporre all'altra o alle altre un adeguamento del rapporto alle diverse, mutate condizioni; e, in caso di mancata accettazione delle stesse, nonché di un esito fallimentare di un'eventuale negoziazione volta a fissare condizioni eque, la soluzione potrebbe essere rimessa al giudice (o un organo *ad hoc*),

³³ Un'analisi molto approfondita sul tema della rinegoziazione è svolta da VENTURELLI, *Contratto internazionale e "obbligatorietà" della rinegoziazione*, in Foglia (a cura di), *Il contratto 'apolide'*, Pisa, 2019, p. 87 ss.

al quale dovrebbe essere concesso il potere di stabilire, alla luce dei criteri sopra indicati, se il rimedio proposto sia davvero efficace³⁴.

In questo procedere, resterebbe scoperta l'area di applicazione del rimedio risolutivo all'evento imprevedibile ma non anche eccezionale: tuttavia, in questa ipotesi, se si consentisse al giudice o al terzo di stabilire quale rimedio applicare, si renderebbe del tutto vana la previsione contenuta nell'art. 1467, comma 1, cod. civ.; infatti, se fosse sufficiente un evento imprevedibile per determinare la risoluzione del contratto non avrebbe più senso la norma richiamata, che ne risulterebbe implicitamente abrogata.

8. *L'oggi.*

Gli eventi occorsi dal 1942 ad oggi meritano una ulteriore riflessione che incide profondamente, e da altro angolo visuale, sul tema delle sopravvenienze.

Non sono rilevanti, ai fini del procedere, le guerre da allora intervenute, né i diversi rovesci economici di questo o quello Stato o di questa o quella società. Ciò che merita attenta considerazione sono gli effetti economico-sociali prodotti da nuovi convitati: la *globalizzazione*, da un lato, e l'affermazione significativa della *tecnica*, dall'altro lato.

Quanto al primo, le norme di protezione adottate dal legislatore del 1942 devono essere esaminate alla luce di una società ormai priva di confini, economici e tecnologici, al di là della diversità degli apparati statali.

Quanto al secondo, è davvero la tecnica – per alcuni in grado di raggiungere qualsiasi scopo³⁵ – capace al tempo stesso di

³⁴ Come è noto la dottrina ha tentato di porre rimedio a quella che è sembrata una vera e propria lacuna: sul punto, tra gli altri, v. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, spec. p. 290 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 83 ss.; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 774 ss.; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1996, p. 248 ss.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 708 ss.; MARASCO, *La rinegoziazione*, Padova, 2006, p. 117 ss.; RICCIO, *Eccessiva onerosità*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2010, p. 460 ss.

sconvolgere qualsiasi ordine, penetrandolo e rendendolo progressivamente inoffensivo, o all'inverso di evitare che quell'ordine risulti invece sconvolto?³⁶

Senza pretesa di affrontare, neppur marginalmente, il tema degli scopi della tecnica, sarà sufficiente sottolineare che, seppure non la si voglia configurare come la volontà di potenza che ha come scopo quello di raggiungere qualsiasi scopo, resta indubbio che, pure intesa come *instrumentum*, la tecnica sia una volontà, comunque astrattamente in grado di alterare o ripristinare qualunque ordine sociale, economico, giuridico.

Con questi invitati occorre fare i conti.

Accanto ad essi si riaffaccia un terzo ospite, sin qui dimenticato perché apparentemente sopraffatto dalla ragione: proprio la pandemia risveglia la necessità di una nuova riflessione sulla *natura*³⁷.

³⁵ Tra i tanti scritti dedicati al tema da SEVERINO, *Gli scopi e la tecnica*, in *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, p. 45-46, ma vedi pure ID., *Identità, salvezza e tecnica*, in *L'identità della follia*, Milano, 2007, p. 124-129; ID., *La filosofia futura. Oltre il dominio del divenire*, Milano, 2006, p. 71 ss.; ID., *Democrazia e tecnica*, in *La potenza dell'errare*, Milano, 2013, p. 70 ss.: la tecnica intesa come incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e di soddisfare bisogni, volontà di potenza che non ha uno scopo escludente, ma ha uno scopo trascendentale, che consiste appunto nell'incremento infinito di realizzare scopi.

³⁶ Sulla tecnica la letteratura è ormai sconfinata e non ha senso nemmeno pensare ad una sua sintesi: le pagine più significative restano quelle di HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, Milano, 1976, p. 5 ss.; ID., *Gelassenheit, L'abbandono*, Genova, 1983, p. 35 ss.; ID., *Introduzione alla metafisica*, Milano, 1968, p. 157 ss. Per una riflessione sul pensiero di Heidegger, v. DI MARTINO, *Heidegger e la concezione destinale della tecnica*, in *Quaestio*, 2019, p. 433 ss.

³⁷ Davvero premonitrici risuonano ora le parole di RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, in RATZINGER e HABERMAS, *Etica, religione e stato liberale*, Brescia, 2004, p. 41 ss. e RATZINGER, *Discorso al Reichstag di Berlino*, 22 settembre 2011, in *Ius Ecclesiae*, 2012, vol. 24, n. 1, p. 169 ss.; ID., *Europa. I suoi fondamenti spirituali, ieri, oggi, domani*, in PERA e RATZINGER, *Senza radici*, Milano, 2004, spec. p. 67 ss.; ID., *Luce del mondo. Una conversazione con Peter Seewald*, Città del Vaticano, 2010, spec. p. 75 ss.; in generale sul tema BOUTROUX, *La natura e lo spirito e altri saggi*, Lanciano, 1909, p. 41 ss. Sulla logica quantistica, WITHEHEAD, *I modi del pensiero*, Milano, 1972, p. 191 ss.

9. *L'apparato tecnico.*

Per coloro che credono ancora che la tecnica sia un mezzo al servizio dell'uomo, e che quest'ultima possa essere utilizzata non per sconvolgere ma per ripristinare qualsiasi ordine, prevedendo o prevalendo sul pericolo di un male, la riflessione in tema di sopravvenienze deve indirizzarsi sulla natura degli eventi.

La tecnica, in grado di determinare scopi, dovrebbe, a rigore, in una prospettiva normativa *pre-vedere* qualsiasi evento, impedendo l'accadere del fatto eccezionale; evitare, cioè, che accada il *miracolo*, per usare una felice espressione³⁸; e ciò perché l'apparato tecnico dovrebbe essere in grado di impedire, appunto prevedendola, l'eccezione, e assicurare all'uomo, una volta per tutte, certezza e sicurezza. In altre parole, la tecnica, che sceglie e determina scopi³⁹, dovrebbe garantire l'ordine, impedendo che i rapporti giuridici possano essere alterati da qualsiasi evento in grado di sconvolgere la società. Impedire vuol dire prevedere, non basta prevalere. Si prevale su ciò che è accaduto, si prevede ciò che non è ancora accaduto⁴⁰.

Da un punto di vista logico, la normatività della tecnica dovrebbe fondarsi su questo assunto.

L'apparato tecnico dovrebbe *impedire*, prevedendo l'eccezione; e, dunque, apprestare strumenti efficaci affinché non si verifichi una crisi economica, sociale o soltanto un grave evento naturale.

Se così non è, e così non sembra essere, almeno in questo preciso momento storico, occorre concludere che la tecnica non ha attualmente una sua normatività e non è in grado, per ora, di superare l'imprevedibile⁴¹. Ne è testimonianza, del resto, proprio la

³⁸ SCHMITT, *Teologia politica*, ora in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 61; il concetto è poi precisato a p. 39 dove si afferma che poiché *lo stato di eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos, dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico. La decisione si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio. Nel caso d'eccezione, lo stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione.*

³⁹ IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 7.

⁴⁰ Sul punto LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Milano, 1969, p. 81-85.

⁴¹ Sul punto v. MORIN, *Cambiamo strada*, Milano, 2020, p. 28-30.

pandemia, che ha riaperto il tema dell'impotenza della ragione di controllare la natura: capace quest'ultima di sconvolgere l'ordine razionale delle cose⁴².

È indubbio che la ragione, attraverso la tecnica, riprenderà il controllo e prevarrà sulla natura, ma è altrettanto indubbio che l'apparato tecnico, al servizio della ragione, non è stato in grado di *prevedere* ciò che è accaduto; non ha impedito che l'eccezione prendesse, almeno momentaneamente, il sopravvento: che il *miracolo* non si verificasse; perché in effetti è accaduto.

Le norme dettate dal legislatore, dunque, sono, almeno sotto questo profilo, tuttora gli unici strumenti efficaci idonei se non a superare, quanto meno a contribuire al superamento del disordine e al ripristino dell'ordine, non essendoci ancora un apparato tecnico-normativo antagonista a quello attuale.

Anche l'evento naturale, qual è la pandemia, conferma l'efficacia dei rimedi previsti dal legislatore: perché se è vero che l'evento pandemico è senza dubbio un evento straordinario ed imprevedibile, è altrettanto indubbio che quell'evento non è, necessariamente e in quanto tale, capace *ex se* di sconvolgere i rapporti contrattuali. Tanto è vero che proprio su quest'aspetto si appuntano le riflessioni recenti della dottrina⁴³.

⁴² Non una natura naturante ma, secondo il pensiero stoico, la regolarità e l'ordine del divenire, sottofondo del diritto naturale.

⁴³ Già sterminata: per tutti v. A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *giustiziacivile.com*, *Emergenza Covid-19*, Speciale n. 2, 2020, p. 143 ss.; DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, *ivi*, Speciale n. 3, 2020, p. 319 ss; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, *ivi*, p. 383; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, *ivi*, Speciale n. 1, 2020, p. 207 ss.; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contr.*, 2020, p. 485 ss.; MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, *ivi*, p. 449 ss.; FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Giust.civ.com*, *Emergenza covid-19*, Speciale n. 1, 2020, p. 359 ss.; GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *Jus civ.*, 2020, p. 724 ss.

10. *La globalizzazione.*

Resta aperto, da ultimo, il tema della globalizzazione, capace di sconvolgere qualsiasi ordine, come emerge dalla crisi del 2009 dei subprime, che ha indubbiamente alterato le economie locali. Tanto è vero che oggi non è più in uso la parola *crisi* per designare la situazione verificatasi dopo quell'accadimento⁴⁴, nella consapevolezza che l'allora *crisi* abbia portato all'affermazione di un nuovo ordine, dove la crisi di allora, intesa come incertezza del futuro, è oggi il sottofondo della nuova realtà, che spinge molti a definire proprio quel sottofondo come lo *stato normale*, che impone un ripensamento su molti aspetti della società. Da un punto di vista soggettivo, in questa prospettiva, è ormai superato lo stato di indecisione verso un nemico invisibile, e ad esso si è sostituita la consapevolezza dell'impossibilità della decisione. Si sono così abbandonati significativi riferimenti passati, su cui si fondavano molte certezze, e si è, di riflesso, limitato lo sguardo d'insieme: in diritto, ad esempio, si è ripiegato sul formalismo delle procedure, che porta all'indifferenza contenutistica, nel tentativo di offrire, come si è efficacemente sottolineato, attraverso l'incessante officina procedurale, *un rifugio contro il caos estremo*⁴⁵.

Come è stato altrettanto acutamente osservato⁴⁶, la globalizzazione ha eroso o inaridito lo Stato perché, non avendo più il capitale dimora in quest'ultimo, molte leve della politica economica non hanno più una loro funzione, e al loro posto si sono sostituite forze corrosive transnazionali, oscure e sconosciute, *che operano fuori del campo delle azioni che siano dettate da consapevolezza, determinate a degli obiettivi e potenzialmente razionali*⁴⁷.

Lo Stato, fondato sull'ordine, inteso come regolarità di comportamenti⁴⁸, si va sempre più indebolendo per effetto della globalizzazione, felicemente definita come *il nuovo disordine*

⁴⁴ Ma solo per designare quel particolare momento storico.

⁴⁵ IRTI, *op. cit.*, p. X.

⁴⁶ BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 64.

⁴⁷ BAUMAN, *La solitudine dell'uomo globale*, cit., p. 64-65.

⁴⁸ IRTI, *op. cit.*, p. 77; HAYEK, *Nuovi studi di filosofia*, Roma, 1997, p. 83 ss.

*mondiale*⁴⁹. In questo procedere, lo stato non sarebbe *più in controllo* di molti settori, che non hanno assunto tuttavia una rilevanza *universale*, ma globale. E, come è stato correttamente osservato⁵⁰, il termine ‘*universalizzazione*’, inteso come la speranza di un ordine universale, è stato del tutto abbandonato e sostituito con il termine *globalizzazione*, che non fa riferimento a iniziative e intraprese universali, a *fatti universali*, ma ad *effetti globali*; non la speranza di fare qualcosa di universale, ma l’effetto globale che subiamo, *ciò che ci sta accadendo*.

In questo incedere, lo Stato perde gran parte della sua legittimazione⁵¹, che si riflette sulla perdita di una porzione significativa del potere, a questo sottratto e ora affidato a forze interstatali sconosciute, che rischiano di rappresentare un nuovo ordinamento transnazionale, fondato non soltanto sul controllo dell’economia, ma esteso anche a molti altri settori della società; cosicché, questo nuovo ordine, oscuro, che sfugge al controllo politico degli Stati rappresenta esso stesso un nuovo potere, capace di indirizzarsi direttamente ai cittadini degli Stati.

Per questa via, la globalizzazione ha determinato la separazione del potere dalla politica⁵², perché se la politica è locale, nella società informatica il capitale fluisce senza vincoli di spazio, abita il cyberspazio⁵³.

Come si è giustamente osservato, un potere extraterritoriale, transnazionale, molto forte, che detiene, attraverso la velocità, il governo del capitale, dell’informazione e delle comunicazioni, cui reagisce un potere politico locale degli Stati, assoggettato a vincoli, davvero debole. Il controllo del potere⁵⁴ da parte di pochi

⁴⁹ BAUMAN, *op. loc. ult. cit.*, p. 65.

⁵⁰ Ma v. pure RATZINGER, *Europa. I suoi fondamenti spirituali*, cit., in particolare p. 58 ss. dedicate all’*universalizzazione* della cultura europea e la sua crisi.

⁵¹ WEBER, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano, 1995, p. 21 ss.; BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 69.

⁵² BAUMAN, *La solitudine dell’uomo globale*, p. 123.

⁵³ BAUMAN, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ Sul potere in generale e sul concetto che la politica non è espressione dalla vita sociale ma un sottosistema, che ha il compito di produrre potere, cioè di

sconosciuti, a fronte di una debole politica locale; una contrapposizione di pochi ricchi e molti poveri.

11. *Il ritorno della natura.*

La crisi epidemiologica sottolinea invece il ritorno della *natura*. Al di là delle tesi manipolative, che vogliono il *virus* creato da forze oscure per sconvolgere ulteriormente l'economia mondiale, è indubbio che la reazione da parte degli Stati sia stata debole e scomposta.

Se, soggettivamente, è venuta forse meno la certezza della *natura* governata dalla *tecnica* e, di riflesso, la certezza che la razionalità abbia avuto il sopravvento definitivo sulla prima⁵⁵, oggettivamente si è assistito nel complesso ad una reazione debole e scomposta, che ripropone ancora una volta l'interrogativo se il mondo è ancora controllabile. E nel caso di risposta positiva, da chi?

La crisi economica, che la pandemia ha avviato e che sicuramente si accentuerà, come sarà affrontata nei singoli ordinamenti? Saranno sufficienti le norme sulla sopravvenienza, proprie dell'ordinamento italiano, magari con l'aggiunta del rimedio della revisione auspicabilmente previsto per legge o per volontà del giudice o le norme sulla forza maggiore di altri ordinamenti, o quelle sull'*imprevision* dell'ordinamento francese, sulla *frustration* dell'ordinamento anglosassone o sul § 313 dell'ordinamento tedesco?

Il singolo Stato può forse offrire una difesa ai *pericoli* sollevati dalla crisi, attraverso l'uso dei rimedi apprestati dai singoli ordinamenti, ma non può certamente sconfiggere il *rischio*, inteso come la condizione permanente dello stato delle cose, soprattutto

trasmettere decisioni vincolanti, LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 1 ss.

⁵⁵ Sul punto v. RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, cit., spec. p. 48 ss. e FRANCESCO, *Laudato si. Lettera enciclica sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, spec. p. 180-181 e di recente MORIN, *Cambiamo strada*, cit., p. 28, il quale osserva che "l'uomo credeva di aver dominato la natura [...] Il mito occidentale dell'uomo il cui destino è diventare 'padrone epossessore della Natura' è crollato di fronte ad un virus".

muovendo dalla riflessione che il capitale sfugge al potere dello Stato, che non può intercettarlo e non può giovarsene per sostenere una economia debole e sfibrata.

Rimedi diversi quelli apprestati dai singoli stati, che potrebbero tuttavia non essere in grado di contrastare una crisi di portata mondiale, che rischia di sconvolgere, se già non è accaduto, non un singolo ordinamento, ma gli ordinamenti.

La reazione auspicabile, allora, non dovrebbe essere semplicemente locale contro un nemico transnazionale, bensì globale; sarebbe, in realtà, ipotizzabile e auspicabile una risposta stavolta internazionale, se non mondiale⁵⁶; o almeno del mondo occidentale, fondata su regole di prevenzione accompagnate da efficaci rimedi riparatori o demolitori; regole semplici e da tutti condivise e perciò applicabili a tutti: che facciano leva sull'uso della tecnica, intesa come *instrumentum*, posta al servizio di quelle regole e dei conseguenti rimedi, di cui sia possibile avvalersi attraverso il governo della tecnica medesima da parte di un ente sovranazionale, espressione dei singoli Stati⁵⁷. Un ente con compiti definiti, che abbia il potere politico ed economico di reagire al nemico oscuro che si agita dietro ogni nuova crisi e che punta, per affermare sé stesso come il nuovo ordine governato da pochi, su questo *nuovo disordine mondiale*.

12. *La realtà.*

⁵⁶ Per MORIN, *Cambiare strada*, cit., p. 96 sarebbe necessaria una politica dell'umanità, che dovrebbe avere cura di salvaguardare l'unità insieme alla diversità umana.

⁵⁷ In senso diverso si veda LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 363 ss., il quale osserva che "l'attuale condizione dei rapporti tra Stato, economia e finanza non è imputabile a chissà quale congiunzione astrale o infrangibile legge di natura, bensì a precise scelte di geopolitica e di politica economica che gli Stati egemoni hanno assunto e che gli altri hanno più o meno volontariamente subito. Siamo in molti a ritenere che la globalizzazione sia stata voluta più che patita dagli Stati [...] e che il declino della forma-Stato non sia più generale, ma a macchia di leopardo, perché gli Stati più forti sono diventati ancora più forti".

Una prospettiva del tutto irrealistica quella appena indicata⁵⁸.

La confusione politica è in realtà un preciso disegno, dove alcuni Stati hanno tentato e tentano di assumere una posizione egemone a danno di altri, suscitando, di riflesso, reazioni da parte di alcuni di questi.

La discussione sul sesso degli angeli nella cittadella di Costantinopoli, cui purtroppo assistiamo quotidianamente, impone di abbandonare questa ipotesi e di affrontare la realtà⁵⁹.

Il diffuso pessimismo su una reazione unitaria del mondo occidentale, anche a livello comunitario, riapre la strada invece al capovolgimento di prospettiva, attraverso la riaffermazione di una soluzione rigidamente locale, volta a coniugare, attraverso richiami alle tradizioni, alla cultura e alla religione, anche rimedi privatistici coniugati con poteri pubblicistici, previsti per il periodo di durata della situazione eccezionale, ma potenzialmente destinati a diventare rimedi ordinari, sul presupposto che la crisi è anch'essa destinata a diventare lo stato normale della società.

All'ordinamento giuridico rischia di sostituirsi un diverso ordinamento fondato sulla sovranità⁶⁰; e lo stato tenta di rendersi libero da ogni vincolo normativo, cosicché *la sua esistenza dimostra qui una indubbia superiorità sulla validità della norma giuridica*⁶¹.

⁵⁸ Terminato questo lavoro ho avuto modo di leggere la proposta di MORIN, *Cambiare strada*, cit., p. 67 ss. L'*incipit* reca una densa espressione di Eraclito (*Se non spero, non lo troverai*) e l'indicazione di una nuova via, fondata sull'umanesimo e sul realismo di una *buona utopia*. L'impressione che se ne trae, tuttavia, è che nemmeno l'autorevole Autore sia del tutto convinto della proposta; che è solo una speranza, come afferma, piuttosto che una certezza.

⁵⁹ WEBER *La scienza come professione*, Milano 1997, p. 113 afferma che "gli dei di una volta, perso l'incanto e assunte le sembianze di potenze impersonali, escono dai loro sepolcri, aspirano a dominare sulla nostra vita e riprendono la loro lotta eterna".

⁶⁰ In generale sul tema della 'sovranità' per tutti si veda ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 4 ss., ma per una profonda riflessione sul concetto di sovranità BATAILLE, *La sovranità*, Bologna, 1990, p. 41 ss.

⁶¹ SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, cit., p. 39, il quale aggiunge: "nella sua forma assoluta il caso d'eccezione si verifica solo allorché si deve creare la situazione nella quale possano avere efficacia norme giuridiche. Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei

Il rischio di una deriva autocratica si nutre, per una sorta di eterogenesi dei fini, del paradosso di Bochenforde: *lo stato liberale può esistere solo se la libertà, che esso garantisce ai suoi cittadini, si regola dall'interno, vale a dire a partire dalla sostanza morale del singolo e dall'omogeneità della società. D'altra parte, se lo Stato cerca di garantire da sé queste forze regolatrici interne attraverso i mezzi di coercizione giuridica e del comando autoritativo, esso rinuncia alla propria liberalità e ricade – su un piano secolarizzato – in quella stessa istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali*⁶².

L'efficace apparato di norme previsto nel periodo di quarantena ne è testimonianza; e nonostante la quarantena sia cessata, almeno per il momento l'apparato è rimasto quasi immutato; e il richiamo sempre più frequente alla *sostanza morale* e all'*omogeneità della società*, unito ai messaggi allarmistici sul nuovo diffondersi della pandemia, sono un monito ad una strisciante istanza di *autocrazia*.

Occorre allora guardarsi da questa pericolosa deriva che, in modo subdolo, si va diffondendo nella società, sia attraverso la sua configurazione come una istanza morale e sociale, sia come unico e ultimo rimedio contro il pericolo di un male.

Proprio in questa prospettiva la perdita di valore di alcuni principi costituzionali a favore di altri, testimoniata dagli effetti della pandemia, dovrebbe indurre a una riflessione profonda su una inconfessata gerarchia tra i medesimi.

13. *Il limite del rimedio.*

È indispensabile allora effettuare precise scelte, così come accadde nel 1942 ad opera di quel legislatore.

L'assenza di controllo su alcuni settori determinanti della società ad opera dello Stato dovrebbe indurre ad una diversa disciplina di questi ultimi, nella consapevolezza che il controllo sui

rapporti di vita [...] La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è un 'presupposto esterno' [...] essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos".

⁶² BOCHENFORDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2010, p. 51 ss.

medesimi non è più esercitabile, o almeno è esercitabile solo attraverso procedure lunghe e poco intelleggibili; e soprattutto che le soluzioni adottate sono soluzioni locali a problemi globali⁶³.

È questo il tema centrale sul quale anche i giuristi dovrebbero impegnarsi per offrire un contributo, consapevoli che un problema esiste e non è di poco momento.

Forse non è sufficiente predisporre nuove tutele che presuppongono comunque, per la loro applicazione, una fase patologica; sarà opportuno interrogarsi se non sia il caso di prevedere strumenti preventivi, anche di portata eccezionale, ma internazionali, e dunque verificabili, che consentano di assumere una *decisione*⁶⁴. Ma questo è un problema della politica⁶⁵.

⁶³ Bordoni, in BAUMAN e BORDONI, *Stato di crisi*, Torino, 2015, p. 41.

⁶⁴ SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, cit., p. 37 ss.; ma v. pure BAUMAN, in BAUMAN e BORDONI, *Stato di crisi*, cit., p. 43-45.

⁶⁵ Non si può essere pronti, in questo momento storico, a progettare un *nuovo ordine globale*; ma forse è proprio ciò che ci si attende dalla politica: come afferma Bordoni in BAUMAN e BORDONI, *Stato di crisi*, cit., p. 41 “*perché lo Stato possa tornare a svolgere la sua piena funzione istituzionale, recuperando il potere perduto, dovrebbe divenire uno stato sovranazionale, in grado d'intervenire d'autorità al giusto livello*”. Si tratta allora di considerare se non sia il caso di prevedere, accanto a rimedi riparatori o demolitori, norme preventive, che abbiano ad oggetto interi settori e che consentano sollecitamente di anticipare in molti casi il problema; identica indicazione, sia pur da diversa prospettiva, viene da MORIN, *Cambiare strada*, cit., p. 67 ss.

ANDREA ZOPPINI
Professore ordinario di Diritto civile
Università “Roma Tre”

DIRITTO PRIVATO GENERALE, DIRITTO SPECIALE, DIRITTO REGOLATORIO

SOMMARIO: 1. Diritto generale e diritti speciali: l'impostazione di un problema. – 2. Un diritto dei mercati regolamentati?. – 3. Il codice civile e le teorie neoclassiche del mercato. – 4. L'interpretazione delle norme sui contratti del mercato regolamentato. – 5. Diritto regolatorio e sistema.

1. Diritto generale e diritti speciali: l'impostazione di un problema.

La dialettica fra diritto comune e diritti speciali come tratto caratteristico della modernità e la ricerca di un metodo nuovo per la disciplina del contratto rappresentano temi assai cari all'Onorato¹.

Taluni quesiti giustificano più d'un preliminare chiarimento di ordine sistematico e normativo. Mi limito a sottolinearne alcuni: quando può dirsi generale la regola del diritto privato? E quale relazione sussiste tra più regole che derogano alla norma generale²?

Il diritto privato è stato edificato sulla distinzione tra le regole suscettibili di disciplinare casi analoghi e le regole eccezionali (art. 14 disp. prel.), insuscettibili pure di estensione interpretativa. Non

¹ Si veda, in particolare, VETTORI, *La funzione del diritto privato in europa*, in *Pers. e merc.*, 2018, p. 143 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Pers. e merc.*, 2012, p. 10 ss.

² Sul tema si vedano i saggi raccolti da PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008 e da NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008.

invece univoco è se l'analogia sia (sempre) preclusa alla norma speciale, così individuata perché quel medesimo fatto – in mancanza d'una fattispecie che identifica un sotto-insieme ($x + 1$) – sarebbe sussunto in un'altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva l'insieme ($= x$) cui la prima appartiene³.

Oggi, la soluzione affidata alla collocazione topografica nel codice civile non ci consegna (*più*) alcun approdo definitivo, né possiamo dire che non si diano regole suscettibili d'applicazione analogica fuori del codice. Lo dimostra la riflessione che direttamente investe la stessa teoria generale del contratto: basti pensare alla costruzione teorica del contratto con asimmetria del potere contrattuale e, per altro verso, alla “consumerizzazione” del diritto dei contratti⁴.

Centrale è invece il tema del rapporto fra regole del codice civile e regole di settore, come quelle del codice del consumo⁵.

³ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, diretto da Mengoni, I, t. II, p. 194 ss., 241 ss. e 403); GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle “Preleggi”*, Torino, 1989, p. 99 ss. In generale sulla norma speciale ZORZETTO, *La norma speciale*, Napoli, 2011.

⁴ In proposito, cfr. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2013, p. 65 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 267 ss.; SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, 2008, p. 493 ss.; mi sia consentito rinviare, per una diversa impostazione, a ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, p. 529 ss. Sul rapporto tra diritto comune dei contratti e diritto del consumo cfr. anche MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières? Études de droit de la consommation*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 697 ss.; in riferimento al rapporto tra disciplina comune e consumeristica si veda ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 354, il quale rileva che le disposizioni consumeristiche debbano sempre interpretarsi restrittivamente e non siano suscettibili di un'applicazione analogica interna al loro perimetro sottosistemico.

⁵ Si vedano CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. e ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria.*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.;

Occorre inoltre domandarsi se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore ovvero se (autenticamente) speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre tra norme egualmente speciali – perché, ad esempio, derogatorie alla regola del codice civile – non possa darsi siffatta relazione, sì da poter concorrere a disciplinare il medesimo fatto.

Le categorie concettuali, in primo luogo quelle costruite sul rapporto tra genere e specie, giocano un ruolo tutt'altro che neutrale nel presentare il problema e guidare l'interprete ad un approdo, atteso che esse sottendono sovente talune opzioni interpretative inesprese. Al fondo, già la comparazione diacronica e sincronica dimostrano che i criteri per sciogliere il *casus dubius, omissus* o *non decisus* hanno trovato, nel tempo e nello spazio, risposte diverse nell'interazione dei formanti dell'ordinamento, conteso tra uno *ius proprium* e *singulare* contrapposto ad uno *ius commune*, vedendo prevalere talora la norma scritta, in altri momenti quella di diritto comune o del diritto naturale, ancora la *lex alius loci* o la regola sapienziale⁶.

Sciogliere l'interrogativo sulla qualità generale o speciale d'una norma di diritto privato sottende un modello di comprensione del reale giuridico costruito su elementi conoscitivi e valutativi tutt'altro che fermi – quando non meritevoli di radicale revisione concettuale –, quali la statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'adozione della medesima gerarchia per le norme rivenienti dall'ordinamento comunitario, l'autonomia oggettiva e soggettiva

si vedano altresì LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 4 ss. e BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, p. 347 ss.; VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, pp. 751-769.

⁶ GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro Italiano*, 1969, p. 112 ss.

del diritto privato, la netta separazione conoscitiva tra il diritto pubblico e il diritto privato⁷.

All'interno della riflessione sul rapporto tra diritto privato generale e diritto speciale, definisce rispetto a quest'ultimo un sottoinsieme il diritto privato "regolatorio", volendo così in modo stipulativo indicare quella parte della normativa che si pone fuori del codice civile e di origine comunitaria che corregge l'autonomia privata, rendendola funzionale agli obiettivi della tutela dell'integrità del mercato, e che si esplica, per l'appunto, nei settori regolamentati⁸.

In quest'ultima prospettiva, si registra obiettivamente un mutamento rispetto alla lettura tradizionale, atteso che impone di guardare al diritto privato generale dal punto di osservazione prospettica, senz'altro esterno, della regolazione del mercato.

Il quesito su cui impernare la riflessione è allora se, in che misura e con quali limiti, le norme del codice civile possano esprimere principi interpretativi generali anche per la disciplina dei mercati regolamentati: segnatamente, quale rapporto sussista tra le norme generali del codice civile e la disciplina propria dei contratti che si concludono nei mercati regolamentati.

Dopo una premessa di ordine metodologico, mi proverò svolgere i seguenti tre punti:

⁷ Cfr., per molti utili spunti, REYMAN, *Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*. Mohr Siebeck, 2009.

⁸ Soprattutto MICKLITZ, *Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken*. in *Eur. Priv. Law Rev.*, 2009, p. 254 ss.; ID., *The Visible Hand of European Regulatory Private Law — The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in *Yearbook of European Law*, 2010, p. 3 ss.; e per un'analisi critica CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 95 ss.; per un modello applicativo si veda BELLANTUONO, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio inter-disciplinare*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 569 ss. Per una analisi più ampia dei temi connessi si vedano GITTI - VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008. In una prospettiva diversa cfr. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 329 ss.

(i) un punto d'avvio giusrealisticamente significativo del discorso: quanto effettivamente soccorre il codice civile quando si tratta di disciplinare i contratti dei mercati regolamentati;

(ii) un problema di teoria dell'interpretazione, e cioè se all'interpretazione dei contratti nei mercati regolamentati si applichino le medesime regole di cui ci avvaliamo nell'interpretare le norme del codice;

(iii) ancóra, se i due comparti facciano appello e siano governati dagli stessi principî generali e dalle medesime norme generali.

2. Un diritto dei mercati regolamentati?

Lo studioso del diritto privato aspira a governare con la regola generale gli specialismi settoriali. Quest'attitudine, come ben ha mostrato Mario Libertini, spesso confina il *soi disant* teorico generale, ma incapace di conoscere e approfondire la regola speciale, in un generalismo astratto e sterile, talora a dirittura frustrante⁹. Non che la teoria generale e i principî generali non abbiano molto da esprimere nel settore dei mercati regolamentati, ma questo impone sempre un approfondimento analitico delle regole speciali che li valgono.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al radicale rinnovamento che la sentenza *Franzo Grande* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha prodotto sull'accertamento dei principi sanzionatori nei mercati regolamentati, segnatamente in quello finanziario e poi in quello bancario¹⁰. Fino a tale arresto, un consolidato orientamento

⁹ LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 265 ss.

¹⁰ Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014. Per un approfondimento, VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, *Riv. soc.*, 2014, p. 528 ss.; MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la Sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 478 ss. Tra le decisioni della giurisprudenza convenzionale che sono risultate in linea con quanto deciso nella controversia *Grande Stevens e altri c. Italia*, si vedano i casi, *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, 16 aprile 2019. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla decisione della Corte EDU

giurisprudenziale interno aveva affermato la legittimità costituzionale (anche rispetto alle norme interposte di recepimento della normativa sovranazionale) di un sistema sanzionatorio che per la stessa violazione prevedesse una duplice sanzione (e quindi un duplice procedimento), penale ed amministrativa¹¹. Alla base dell'assunto si sosteneva che il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU si riferisse ai meri procedimenti penali, non potendo dunque riguardare le ipotesi di applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa¹². Ad avviso dei giudici europei, viceversa, dopo la comminazione di sanzioni “sostanzialmente” afflittive da parte del regolatore di settore (nel caso di specie la Consob), l'attivazione di un giudizio penale sui medesimi fatti violerebbe il principio del *ne bis in idem*¹³. Pur avendo il procedimento innanzi all'*Authority* natura amministrativa, in caso di sanzioni particolarmente afflittive, queste ultime possono essere considerate, sulla scorta dei criteri *Engel*, come misure sostanzialmente penali¹⁴.

in rassegna, cfr. Corte giust., C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri c. Consob*, 20 marzo 2018.

¹¹ Cfr. Corte Cost., ord. n. 409/1991 nella parte in cui afferma che “il principio del cumulo delle pene pecuniarie e delle sanzioni penali – quale posto dalla norma censurata – rappresenta, sì, una disciplina differenziata rispetto all'opposto principio della specialità operante in generale per le sanzioni amministrative irrogabili per fatti che integrerebbero anche gli estremi di un reato, ma è nient'affatto irragionevole, né lesivo del principio di eguaglianza, attesa l'assoluta diversità degli illeciti ai quali le due disposizioni si riferiscono e la peculiarità delle violazioni finanziarie, per le quali legittimamente il legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità – può modulare la reazione dell'ordinamento giuridico al comportamento illecito del contribuente con una duplice sanzione, pecuniaria e penale”.

¹² Corte giust. UE, C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013; Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424.

¹³ Sulla mancata violazione del *ne bis in idem* in caso di reazione ordinamentale coordinata e di sufficiente connessione tra procedimenti penali e amministrativi, si veda Corte EDU, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016; nonché, Corte giust. UE, C-524/15, *Menci*, 20 marzo 2018.

¹⁴ Cfr. Corte EDU, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976. I criteri che devono guidare l'interprete nell'attribuzione della corretta natura alla sanzione sono, alternativamente, rappresenta ti: i) dalla qualificazione giuridica della

L'esempio appena prospettato può aiutare a comprendere come la dialettica concettuale costruita sul rapporto generale vs speciale e poi sul tema della decodificazione – che, come noto, lega il lemma al nome autorevole di Natalino Irti – presenti caratteristiche molto distanti rispetto ai temi propri dei mercati regolamentati¹⁵.

Occorre a questo riguardo muovere da un interrogativo: se sia metodologicamente corretto indagare il diritto dei mercati regolamentati come se si trattasse di discipline suscettibili di unificazione. E allora, se abbia senso un discorso generalissimo, come quello che si può fare sugli istituti del codice civile.

Con il sintagma “mercati regolamentati” facciamo, per solito, riferimento a quell'insieme di regole che coincide e ha accompagnato i processi di liberalizzazione di mercati prima gestiti in regime di privativa da pubblici poteri o eventualmente da loro concessionari; e che oggi sono stati privatizzati e affidati al controllo delle autorità di regolazione. I processi di privatizzazione hanno generato un rilevante fenomeno normativo e le autorità del mercato sono fonte di produzione di regole¹⁶.

Quando si prova a costruire una teoria del diritto privato regolatorio si fa riferimento a un regime di regole perimetrabile dall'intersezione tra le norme di diritto privato e il diritto della regolazione pubblica, e che presenta caratteristiche suscettibili di unificazione concettuale.

Al contempo, tuttavia, occorre essere consapevoli che quando si discute di mercati regolamentati un discorso generale non sempre è metodologicamente coerente o fruttuoso. Lo dimostra, per esempio, il tema della possibilità di utilizzare analogicamente le regole

sanzione secondo il diritto interno; ii) dalla natura dell'illecito; iii) dal grado di severità della sanzione.

¹⁵ IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; ID., *Codici di settore: compimento della “decodificazione”*, in SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss.

¹⁶ CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in ID., *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 217 ss.; NAPOLITANO, ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p.125 ss.

elaborate per i settori che sono stati liberalizzati per primi, tipicamente le telecomunicazioni, ai settori liberalizzati successivamente, quali per esempio quelli dell'energia e dei trasporti¹⁷.

Non solo, dunque, è problematica un'operazione di unificazione oggettiva della disciplina, ma anche il tema della tutela del consumatore presenta evidenti indizi che suggeriscono di considerare separatamente i singoli mercati e di mettere in esponente l'esigenza d'una interpretazione orientata alle conseguenze (tanto più se si accolga una prospettiva di analisi *behavioural*¹⁸).

Si prenda il caso della interpretazione delle norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che autorizzano l'interprete a guardare ai *Realtypen*, e segnatamente al consumatore *medio*, valorizzando il fatto che il medesimo consumatore adotti comportamenti decisamente diversi in relazione ai vari mercati di riferimento¹⁹. Ad esempio, è un dato sostanzialmente acquisito che il consumatore in materia di telecomunicazioni sia – almeno tendenzialmente – un consumatore avvertito, informato e sensibile alle modificazioni del prezzo; al contrario, lo stesso consumatore nel mercato dell'energia è molto meno informato e reattivo²⁰.

Se quindi la stessa persona si comporta in maniera assai differente a seconda dei mercati di riferimento, le conseguenze delle proposte interpretative delle medesime norme possono essere molto diverse. In concreto, innalzare la soglia di tutela del consumatore in un

¹⁷ NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2009; PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *Federalismi.it*, 2014, 6, p. 1 ss. Con particolare riferimento al mercato energetico, BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006.

¹⁸ ROJAS ELGUETA, VARDI, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

¹⁹ Art. 20, comma 2°, art. 21, commi 1° e 2°, art. 22, commi 1° e 2°, c. cons. In tema, LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 73 ss.

²⁰ STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, in TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti, responsabilità, rimedi*, Milano, 2012, p. 695 ss.

mercato, come quello del gas, nel quale il consumatore è meno reattivo e propenso a riallocare in maniera efficiente la propria domanda può avere quale effetto quello di tutelare maggiormente l'impresa *incumbent*.

3. *Il codice civile e le teorie neoclassiche del mercato*

Provo a questo punto a dare risposta ai quesiti che ho formulato, e, per offrire schiarimenti, mi avvarrò di talune semplificazioni.

Il primo quesito: quanto è utile il codice civile quando analizziamo la disciplina dei mercati regolamentati?

Che si tratti di un contributo complessivamente modesto è una risposta che può essere relativamente agevole formulare e riterrei che, almeno su questo punto, si possa raggiungere un consenso in chi legge. Su questo piano, un primo elemento problematico attiene alle *condizioni* alle quali possa riconoscersi una lacuna e se essa possa essere colmata attingendo alle norme del codice.

La diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale, in ipotesi alla norma generale proposta dal codice civile, sottende una valutazione dell'interprete che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione evidentemente non agevole quando le fonti e le norme parlino linguaggi molto diversi, presuppongano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una legittimazione formale molto differente.

Se limitiamo qui l'analisi alla parte generale del contratto – e così pure quella dei contratti speciali – non possiamo non considerare che la disciplina del codice costituisce un sistema di regole fondato sulla centralità del soggetto di diritto, assume un modello di agire di tipo individualista, presuppone lo Stato nazionale e muove da una netta separazione del diritto pubblico e del diritto privato²¹. Soprattutto, il codice civile, anche se non è esplicito in nessuna regola, presuppone il mercato perfetto e considera quale unica deviazione da esso il

²¹ ZOPPINI, *Il diritto dei privati e i confini dello Stato nazionale, un itinerario*, in ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 17 ss.

monopolio legale, secondo quanto messo opportunamente in luce da uno storico francese²².

Al contrario, la teoria della regolazione – e tutta la disciplina dei mercati regolamentati – presuppongono il fallimento del mercato e muovono dall'esigenza di correggerne gli effetti e di emendare le asimmetrie dei rapporti contrattuali²³.

Com'è sovente ripetuto, il contratto presuppone la libertà del *se* e del contenuto del contratto: il codice civile vede il contratto come una (manifestazione di) libertà dell'individuo, dell'*io* kantiano²⁴; al contrario, tutta la prospettiva regolatoria guarda al contratto come una necessità, serialmente ripetuta nei rapporti di consumo, e si pone semmai il problema della possibilità di accedere al mercato²⁵.

Anche la fattispecie del contratto, inteso come accordo vincolante, produttivo di effetti giuridici, non sempre orienta la qualificazione degli accordi che si realizzano nei mercati regolamentati.

Ciò in concreto significa che quando diagnosticliamo l'esistenza di un accordo vincolante, ci dobbiamo interrogare se effettivamente debbano sussistere *tutti* gli elementi che il codice ritiene costitutivi d'un contratto, ossia lo scambio di volontà, l'oggetto, la causa, la forma.

Una prima cesura rispetto alle regole proprie della disciplina generale del contratto si registra oggettivamente nel diritto del consumo, ove si assiste: *i*) allo slittamento sistematico dall'area del consenso all'oggettività del rapporto, che si centra sulla materialità della prestazione e sulla destinazione funzionale a soddisfare un bisogno (ciò che ha fatto parlare di “quasi contratto”, di “rapporti contrattuali di fatto”, e ancora – sempre in questa linea teorica – di

²² OPPETIT, *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence*, in *Revue sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ss.

²³ ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 529 ss.

²⁴ GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, in *Archives de philosophie du droit*, 1981, p. 35 ss.

²⁵ D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, p. 1 ss.

“scambi senza accordo”²⁶); ii) allo scarto logico tra la determinazione all’acquisto e il regolamento contrattuale²⁷; iii) all’eteronomia pensata per agevolare il raffronto tra le offerte nel mercato e la selezione tra le proposte presenti, concentrando la scelta su pochi elementi rilevanti, ed essenzialmente sul prezzo; iv) allo spostamento del centro gravitazionale della disciplina: dalla coerenza tra proposta e accettazione, che impone una cesura tra le trattative e il regolamento contrattuale, all’assenza di soluzioni di continuità tra l’informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto e, poi, della prestazione. Un’analoga cesura può constatarsi nei mercati regolamentati, ove lo stesso concetto di *accordo* quale elemento essenziale del contratto ha una valenza oggettivamente diversa. Si pensi alla qualificazione della collusione ovvero delle intese illecite. Ove si ritenesse di adottare lo schema proprio del codice civile, fondato sull’incontro di volontà, sull’esistenza di un accordo, sull’accertamento di una causa, molti di questi fenomeni sarebbero di difficile diagnosi²⁸. Si pensi per esempio al tema dell’accertamento del patto occulto, ove l’autorità di regolazione del mercato tende a riconoscere la collusione anche

²⁶ IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. tri. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; ID., “È vero, ma...” (Replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 601 ss. Sul tema, tuttavia, merita di essere (ri)letto il classico scritto di KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tubingia, 1981; quanto alla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto e al quasi contratto cfr. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, *Obbligazioni e Contratti*, Torino, 1984, p. 23 ss.

²⁷ Per una diversa impostazione rispetto a quella della teoria del contratto inteso quale scelta e incontro di libere volontà BROWNSWORD, HOWELLS, WILHELMSSON, *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth-Aldershot-Brookfield, 1994.

²⁸ LIBERTINI, *La causa nei patti limitativi della concorrenza tra imprese*, in OLIVIERI, ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma, 2008, p. 89 ss.; GUIZZI, *Contratto e intesa nella disciplina a tutela della concorrenza*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 55 ss.

nella mera coincidenza di comportamenti attuati a prescindere da qualsiasi accordo²⁹.

Ancor di più, un'opzione selettiva fondata sulla fattispecie contrattuale non ha spazio quando si faccia riferimento all'accordo anticoncorrenziale e a tutte quelle discipline che generalizzano lo schema concettuale della disciplina antitrust, rispetto alla quale l'accordo si risolve sostanzialmente in un dato che viene accettato *ex post* sulla base degli effetti che si producono nel mercato e della convergenza materiale dei comportamenti³⁰.

Quindi su questo punto potremmo dire – ed è il punto su cui dovrebbe essere, tutto sommato, di più agevole raccogliere il consenso – che le categorie del codice civile e i suoi principî ordinanti offrono strumenti poco efficaci quando si tratta di orientare il processo interpretativo nei mercati regolamentati³¹.

4. L'interpretazione delle norme sui contratti dei mercati regolamentati.

Passiamo al secondo punto che è insieme più problematico e forse più stimolante in termini anche teorici: quando interpretiamo le

²⁹ Cfr. la Delibera 19360 del 17 settembre 2015 della Consob, con la quale veniva irrogata una sanzione pecuniaria in violazione dell'art. 149, comma 1°, lett. a), TUF da parte dei componenti del consiglio di sorveglianza di Ubi Banca, per omessa vigilanza circa l'assenza di informazioni rilevanti ai sensi dell'art. 123-bis, comma 1°, lett. l) e comma 2°, lett. d), TUF. La misura sanzionatoria è stata ritenuta illegittima da Cass., Sez. II, 25 febbraio 2020, n. 4962, non configurandosi, a monte, una responsabilità legale per i membri del consiglio di sorveglianza (il provvedimento è risultato, quindi, in contrasto con i principi di legalità, tassatività e determinatezza).

³⁰ ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 ss.

³¹ GRUNDMANN, *Europa und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in RIESENHUBER (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tubingia, 2007, p. 105 ss. In termini di rapporto tra teoria generale del contratto e teoria ordoliberalista cfr. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus*, Tubingia, 1971.

norme che disciplinano i mercati regolamentati utilizziamo le stesse regole con cui interpretiamo il codice civile³²?

La mia risposta sotto questo profilo è negativa per una serie concorrente di ragioni.

La prima è giusrealista: in materia di mercati regolamentati, molti dei quesiti che noi poniamo al giudice non sono rivolti al giudice civile, ma sono risolti dal giudice amministrativo. Questo è tutt'altro che irrilevante ai fini, poi, del risultato che ne scaturisce.

Taluni rilevanti temi del diritto dei consumatori e del rapporto tra esso e il diritto dei contratti che sono stati decisi dal Tar del Lazio e poi dai giudici di Palazzo Spada. Penso ad esempio al tema dello *ius variandi*, ovvero al tema della trasparenza del contratto (che sottende l'applicabilità estensiva delle norme a tutela del consumatore)³³.

Fatta questa premessa, provo a illustrare il tema della biforcazione teorica con due esempi:

(i) Vige nel nostro ordinamento una norma che vieta il cosiddetto *gold plating*: si tratta di una norma che s'indirizza al legislatore, ma che ritengo pacificamente viga anche per le autorità indipendenti che attuano il diritto di derivazione unionista, e a

³² ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.

³³ Cons. Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2020, n. 1424. I giudici amministrativi, intervenendo in tema di *ius variandi* nei contratti delle comunicazioni elettroniche, hanno ritenuto legittimo il regolamento dell'AGCOM – "Recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche" (adottato con delibera n. 519/2015) – nella parte in cui dispone che gli operatori di telefonia mobile possono esercitare lo *ius variandi* solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo. Ciò in quanto "la norma regolamentare recepisce una regola posta da disposizioni primarie che pongo- no limiti all'esercizio dello *ius variandi* ulteriori rispetto alla sola previsione del diritto di recesso". L'affermazione tradisce un'interpretazione estensiva delle norme a tutela del consumatore, basata, nello specifico, sulla lettura coordinata degli artt. 70, c. com. el. e 33, comma 2°, lett. m), c. cons. Tale ultima disposizione è stata ritenuta applicabile al caso di specie dal giudice amministrativo, in quanto, pur essendo norma generale, individua una maggior tutela per il consumatore. V., SIRENA, *Effetti e vincolo*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto, Effetti*, III, Milano, 2006, p. 141 ss.

maggior anche per l'interprete³⁴.

A mente di tale norma “gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse”, specificando altresì che “costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive”.

Cosa significa per il legislatore e per il regolatore il divieto di *gold plating* e quali implicazioni ha in termini interpretativi?

In sostanza, nell'ascrivere un significato alla norma, l'interprete non dovrà accrescere o arricchire la soglia dell'armonizzazione minima prevista a livello comunitario.

Questo ha, a mio parere, rilevanti conseguenze ermeneutiche, atteso che, di volta in volta, l'interpretazione dovrà esser ponderata, al fine di evitare che la disposizione violi il *level playing field* sotteso all'armonizzazione comunitaria.

Tale prospettiva presenta non banali ricadute anche con riguardo, ad esempio, alla revisione concettuale della tesi di coloro i quali ritengono che nel nostro ordinamento viga il principio di massima tutela del consumatore (ossia il principio in ordine al quale debba sempre applicarsi la regola poziore rinvenibile nell'ordinamento a tutela del consumatore)³⁵.

³⁴ Il riferimento è all'art. 15, comma 2°, lett. b), legge 12 novembre 2011, n. 183, attraverso il quale sono stati aggiunti i commi 24-bis, 24-ter e 24-quater all'art. 14 legge 28 novembre 2005, n. 246.

³⁵ PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2013, VI, p. 487 ss.; DALLA MASSARA, *La “maggior tutela” del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. e impr.*,

Provo però a esemplificare quanto affermo mediante il richiamo di una novità legislativa: vale a dire le misure per il contrasto alla ludopatia, previste da parte del D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (cosiddetto Decreto dignità)³⁶, mediante le quali si intende vietare la pubblicità e la sponsorizzazione di giochi e scommesse e intendendo, così, rafforzare la tutela del consumatore³⁷.

A livello comunitario, allo stato attuale, manca una regolamentazione vincolante ed uniforme per il mercato dei giochi e delle scommesse³⁸: tale lacuna normativa non può, tuttavia, legittimare una disciplina settoriale di matrice nazionale che si ponga in contrasto con i principi e le regole del diritto europeo, tra cui rientrano le libertà di stabilimento e circolazione dei servizi. Il problema principale è quello del giusto bilanciamento tra il mercato interno e la salvaguardia di interessi nazionali extra-economici, di carattere generale e di natura pubblicistica, riconducibili alla tutela dei consumatori e alla protezione della salute. Le autorità nazionali devono dimostrare che le misure adottate per esigenze imperative di interesse generale siano idonee, necessarie e proporzionate al raggiungimento dello scopo prefissato nella normativa di riferimento, non integrando alcuna forma di discriminazione: diversamente, i provvedimenti statali genererebbero effetti restrittivi sulla concorrenza e del mercato unico.

2016, p. 743 ss.; BENEDETTI, *Mercati regolati*, Milano, 2014; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159 ss.

³⁶ Si tratta degli artt. 9 e 9 quinquies del D.L. 12 luglio 2018, n. 87, così come convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96.

³⁷ Uniche eccezioni sono i loghi sul gioco sicuro dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, le manifestazioni di carattere puramente locale o ricreativo/culturale e le lotterie nazionali a estrazione differita.

³⁸ L'art. 2, par. 2, lett. h), direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, esclude dal campo di applicazione attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse; l'art. 1, par. 5, lett. d), Direttiva 2000/31/CE, Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, esclude dal perimetro della propria applicazione i giochi d'azzardo, le lotterie e le scommesse.

Giova intanto premettere che il legislatore italiano ha trascurato – come pure avrebbe dovuto – di notificare queste regole tecniche, in base a quanto previsto dall’art. 8 della direttiva 98/34/CE³⁹ e che il caso italiano risulta essere un unicum sul piano europeo per l’ampiezza del divieto sancito nell’art. 9 D.L. 87/2018. Infatti, seppure forme di regolamentazione stringente della pubblicità e sponsorizzazione dei giochi e delle scommesse siano previste in diversi Paesi europei, la pervasività del divieto italiano non ha equivalenti in altri ordinamenti nazionali, anche laddove la regolamentazione del settore risulta essere guidata da regole mirate a riservare un trattamento speciale ad attività collegate a servizi potenzialmente dannosi per l’individuo, pure attraverso la costituzione di monopoli pubblici o privati⁴⁰.

Nelle materie non armonizzate, ove permanga in capo all’ordinamento nazionale la potestà normativa, l’armonizzazione minima si attua attraverso le libertà fondamentali del Trattato sul funzionamento dell’unione europea: il divieto valevole in Italia, sicuramente non vincolerebbe, infatti, tutti gli operatori esteri che operano all’interno del mercato comunitario (così, ad esempio, è possibile che il Barcellona disputi le gare di Champions League in Italia pubblicizzando attività di *gaming*). In questo quadro ordinamentale, l’efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato permette che la forza imperativa di queste ultime s’indirizzi, variamente adattandosi nel portato precettivo, sia all’ordinamento europeo, sia ai singoli Stati membri, sia ai cittadini appartenenti agli ordinamenti nazionali. Da qui può ricavarsi che il principio che vieta il *gold plating* possa o debba indurre una interpretazione restrittiva delle regole domestiche. Naturalmente, a fronte di questa lettura, un’obiezione potrebbe consistere nel valorizzare gli interessi

³⁹ Direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d’informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

⁴⁰ GAMBINO, CORRADO, *Il divieto di pubblicità di gioco e scommesse. Il modello italiano*, in *Giustiziacivile.com.*, 2018.

generali e le finalità sottese alla normazione statale proibitiva, in quanto volta a tutelare la persona⁴¹.

(ii) L'interpretazione della norma di derivazione unionista è comunque governata dalla fonte comunitaria, con la pratica conseguenza – che potremo dire di strabismo ermeneutico – che al lemma di derivazione europea si dovrà assegnare un significato coerente a quello della fonte originaria. E così pure il presidio della sua corretta interpretazione è costituito dalla Corte di giustizia dell'unione europea.

Provo a fare un esempio. La direttiva in materia di offerte pubbliche d'acquisto prevede che il legislatore nazionale possa arricchire di nuove fattispecie la regolamentazione della materia, purché ciò avvenga in modo preciso e con regole chiare e definite: come previsto dall'art. 3, par. 2, della direttiva 2004/25/CE, “gli Stati membri possono fissare ulteriori condizioni e disposizioni più rigorose di quelle prescritte dalla presente direttiva per regolamentare le offerte” per dare concreta applicazione ai principi generali previsti dall'art. 3, par. 1⁴².

Alla Corte europea è stato domandato se la richiesta di una norma di precisa ed esatta individuazione precluda al legislatore nazionale l'utilizzo di concetti indeterminati ovvero di norme generali: nel caso specifico si trattava d'interpretare, alla luce dell'art. 5, par. 4, comma 2°, lett. d)⁴³, della direttiva, una normativa nazionale, come

⁴¹ Per più ampi riferimenti, sia consentito un rinvio a ZOPPINI, *Il diritto privato e le “libertà fondamentali” dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in MEZZANOTTE (a cura di), *Le “libertà fondamentali” dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 9 ss.;

⁴² Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto. La direttiva è stata recepita attraverso il D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 229, cui successivamente ha fatto seguito il D.Lgs. 25 settembre 2009, n. 146, volto ad integrare e correggere il precedente decreto attuativo. La disciplina di riferimento è contenuta nel TUF all'interno della Parte IV, Titolo II, Capo II, Artt. 101-bis – 112.

⁴³ “Nel rispetto dei principi generali contenuti nell'articolo 3, paragrafo 1, gli Stati membri possono autorizzare le autorità di vigilanza a modificare il prezzo di cui al comma precedente in circostanze e secondo criteri chiaramente determinati. A tale scopo, possono redigere un elenco di circostanze nelle quali il prezzo massimo può essere modificato, verso l'alto o verso il basso, come ad esempio se

quella dell'art. 106, comma 3°, lettera *d*), n. 2), TUF e dell'articolo 47-*octies* del Regolamento emittenti, nella parte in cui le citate disposizioni autorizzano la Consob ad incrementare il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto, di cui all'art. 106 TUF, qualora ricorra la circostanza che “vi sia stata collusione tra l'offerente o le persone che agiscono di concerto con il medesimo e uno o più venditori”, senza individuare le specifiche condotte che integrano tale fattispecie, e dunque senza determinare chiaramente le circostanze e i criteri in presenza dei quali la Consob è autorizzata a rettificare in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto⁴⁴.

La risposta dei giudici lussemburghesi è particolarmente interessante, proprio nella traiettoria di una riflessione sulla teoria dell'interpretazione: secondo la Corte europea, non è precluso l'utilizzo di concetti indeterminati o astratti e tuttavia così è purché sussista una sola condizione: che essi siano in grado di descrivere con certezza le circostanze applicative – sulla base del processo interpretativo condiviso – e, pertanto, individuabili *ex ante*. A condizione, quindi, che la concretizzazione del concetto indeterminato non sia rimessa ad un processo interpretativo *ex post*, perché evidentemente nella materia dei mercati finanziari la conoscibilità *ex ante* è una regola fondamentale dell'efficienza, della legittimità e della legalità del funzionamento del mercato⁴⁵.

il prezzo massimo è stato concordato tra l'acquirente ed un venditore, se i prezzi di mercato dei titoli in oggetto sono stati manipolati, se i prezzi di mercato in generale o in particolare sono stati influenzati da eventi eccezionali, o per permettere il salvataggio di un'im- presa in difficoltà. Possono altresì definire i criteri da utilizzare in questi casi, come ad esempio il valore medio di mercato su un certo periodo, il valore di liquidazione della società o altri criteri oggettivi di valutazione generalmente utilizzati nell'analisi finanziari”.

⁴⁴ Corte giust. UE, C-206/16, *Marco Tronchetti Provera SpA e altri c. Consob*, 20 luglio 2017. L'indirizzo interpretativo trova conferma in Corte giust. UE, cause riunite C-655/16 e C-656/16, *Hitachi Rail Italy Investments Srl e Finmeccanica SpA c. Consob*; Corte giust. UE, cause riunite C-654/16, C-657/16 e C-658/16, *Amber Capital Italia Sgr SpA e altri c. Consob*, 11 gennaio 2018.

⁴⁵ Corte giust. UE, C-206/16, cit., par. 48: “[...] l'articolo 5, paragrafo 4, secondo comma, della direttiva 2004/25 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che consente all'autorità nazionale di vigilanza di aumentare il prezzo di un'OPA in caso di ‘collusione’ senza precisare le condotte

Con questo ho provato a dare una risposta al secondo punto: credo che ci siano molti argomenti per sostenere che il processo interpretativo che riguarda il codice civile consegna all'interprete una discrezionalità obiettivamente differente, oltre a essere diversamente governata, rispetto all'interpretazione dei mercati regolati, ove l'attività ermeneutica è vagliata dalla Corte di Lussemburgo con riguardo all'interpretazione delle norme di derivazione europea.

5. *Diritto regolatorio e sistema.*

Terzo punto: ci si riferisce alle medesime regole generali quando si discute della disciplina del codice civile e della disciplina dei mercati regolamentati?

Una risposta a siffatto interrogativo è contenuta in un contributo di Thomas Ackermann, che attiene alla tensione sistemica che si determina per l'intersezione del diritto privato generale e del diritto europeo⁴⁶. L'autore di quelle pagine in esordio richiama il pensiero Niklas Luhmann, rammentando che il 'sistema' è *insieme* e lo strumento e l'oggetto dello studio del giurista: quindi, in un certo senso, il pensiero sistematico è al contempo sia il metodo sia ciò su cui insiste l'analisi, sia – in ultimo – il suo risultato.

Dunque, posto che gli obiettivi del sistema sono la coerenza e la prevedibilità, occorre domandarsi se, quando si guarda ai settori regolati dalla disciplina unionista nel rispetto degli obiettivi politici del Trattato, si debba utilizzare la prospettiva del diritto europeo ovvero il punto di vista degli ordinamenti domestici.

Si tratta evidentemente di punti di osservazione molto diversi.

specifiche che caratterizzano tale nozione, a condizione che l'interpretazione della suddetta nozione possa essere desunta da tale normativa in modo sufficientemente chiaro, preciso e prevedibile, mediante metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno". Sui "metodi interpretativi riconosciuti dal diritto interno", cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330, con nota di DEL GATTO, *Il potere di rideterminazione del prezzo da parte della Consob in caso di collusione e il problema della certezza del diritto in caso di provvedimenti delle autorità indipendenti*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, p. 295 ss.

⁴⁶ ACKERMANN, *Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik*, in *ZEuP*, 2018, p. 741-781.

Quando si discorre delle norme generali con riguardo ai mercati regolamentati, sovengono principî quali la parità di trattamento e la non discriminazione, nonché regole correlate all'accesso al mercato e all'individuazione di obblighi di prestazione o di *standard* qualitativi. Si tratta di elementi che, sia consentita una iterazione di quanto già detto, sono estranei alla *ratio* e ai presupposti delle norme del codice civile.

Qui, raccogliendo e aderendo a uno spunto di Mario Libertini, può emergere un interrogativo che ritengo sia necessario formulare, ovvero se e in che misura sia possibile un'interpretazione analogica o generalizzante delle regole di settore, in ragione del fatto che esse realizzano il precetto dell'utilità sociale previsto dall'art. 41, comma 2°, della Costituzione⁴⁷.

Provo a fare un'esemplificazione per dare concretezza al discorso.

Come è noto, uno degli illeciti tipici dei mercati finanziari è la manipolazione del mercato, configurabile in caso di diffusione di notizie false, di realizzazione di operazioni fittizie, ovvero di altre condotte in grado di alterare il prezzo di strumenti finanziari⁴⁸. Alla domanda se questa norma fosse suscettibile d'interpretazione analogica si poteva – alla stregua delle norme del codice civile – dare una risposta negativa, radicata sulla specialità del fatto disciplinato.

Gli è, tuttavia, che una fattispecie analoga è oggi prevista anche nel mercato dell'energia elettrica all'ingrosso, secondo quanto indicato dall'art. 5 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (cosiddetto "REMIT", cui è stata data attuazione in Italia con la legge 30 ottobre 2014, n. 161), che sanziona l'adozione di pratiche abusive capaci di influenzare gli scambi di energia e il corso dei valori nei mercati all'ingrosso, e dall'art. 2, comma 2°, n. 2 del medesimo

⁴⁷ LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in GITTI, MAUGERI, NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, 2012, Bologna, p. 50 ss.

⁴⁸ L'illecito è stato introdotto dall'art. 187-ter TUF, così come riformato dal D.Lgs. 107/2018, in conformità con l'art. 15 del Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato. VINCENZI, *Abusi di mercato*, in VINCENZI, ZANCHETTI, ZOPPINI, *Market Abuse Regulation. Le nuove regole sugli abusi di mercato*, Roma, 2016, p. 45 ss.

Regolamento, in cui sono descritti gli elementi strutturali dell'illecito⁴⁹. Secondo tale ultima disposizione per “manipolazione del mercato” s'intende la conclusione di contratti o altre operazioni *i*) che forniscano, o siano in grado di fornire, indicazioni false in merito all'offerta, alla domanda o al prezzo dei prodotti energetici all'ingrosso; *ii*) che fissino, ovvero consentano di fissare, il prezzo di mercato di uno o più prodotti energetici all'ingrosso a un livello fittizio, senza adeguata giustificazione; *iii*) che siano idonee, mediante artifici o raggiri, ad inviare segnali falsi o tendenziosi riguardanti l'offerta, la domanda o il prezzo di prodotti energetici all'ingrosso.

Inoltre, il ‘ponte’ concettuale tra la disciplina dei mercati finanziari e dei mercati elettrici all'ingrosso emerge già dall'art. 1 del Reg. Ue, 25 ottobre 2011, n. 1227 (cosiddetto “REMIT”), il quale, al primo comma stabilisce l'obiettivo della coerenza dei divieti di pratiche abusive capaci di influenzare i mercati dell'energia all'ingrosso con le regole di applicazione dei mercati finanziari, seppur sempre tenuto conto delle specificità del mercato dell'energia all'ingrosso. In sostanza, salva la differente cornice giuridico-economica, le due fattispecie paiono effettivamente sovrapponibili e orientate al medesimo fine della tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato⁵⁰.

Occorre allora verificare se dal coordinamento di queste disposizioni possa emergere una regola generale che condanna la manipolazione a prescindere dal mercato specifico di riferimento e dalle fattispecie che espressamente lo prevedono. Se così fosse potremmo ipotizzare un illecito di carattere generale che consiste nella manipolazione dei prezzi e che ha come presupposto la tutela della *integrità* del mercato (e che si affianca alle tutele di tipo individualista dei vizi della volontà, e ai rimedi causali, qual è la

⁴⁹ ZOPPINI, *La regolazione dei contratti di vendita all'ingrosso e dei contratti “finanziari”*, in DE FOCATIIS, MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, II, *Contratti dell'energia e regolazione*, Torino, 2015, p. 65 ss.

⁵⁰ Si veda altresì l'art. 6 del “REMIT” che attribuisce alla Commissione europea la possibilità di adottare atti delegati al fine di adeguare le nozioni di “manipolazione del mercato” e di “tentata manipolazione del mercato” al mercato finanziario e al mercato energetico all'ingrosso.

rescissione, ove essa non si ritenga del tutto assorbita dall'usura reale).

A sostegno della possibilità di costruire un illecito consistente nella manipolazione del mercato può argomentarsi l'irragionevolezza di una soluzione contraria, che ne limiti l'applicabilità alle sole contrattazioni nei mercati dell'energia elettrica e del gas o degli strumenti finanziari. Alla soluzione affermata si giunge, altresì, se si analizza il problema dalla prospettiva del diritto privato regolatorio, che autorizza l'analogia tutte le volte in cui la regola è coerente nel dare risposta a un simile problema di fallimento o di alterazione nel funzionamento del mercato⁵¹.

Al fondo, la tutela dell'integrità del mercato costituisce un principio di ordine pubblico economico, connesso da plurime disposizioni normative che colpiscono gli abusi di autonomia negoziale⁵². La *ratio* del divieto e la sua riconducibilità all'alveo delle condotte *antitrust* consentono di estendere la disciplina della manipolazione del mercato ad altri settori, a prescindere dalla qualifica soggettiva delle parti.

Dunque, pur trovandoci dinanzi a regole e traiettorie interpretative molto diverse, non può escludersi che, valorizzando il precetto dell'utilità sociale contenuto nell'art. 41 della Costituzione, a talune fattispecie settoriali si possa attribuire una valenza generale e una capacità espansiva al di là dell'ambito specifico nel quale sono state disciplinate (allora riscrivendo o sovrascrivendo le norme del codice civile).

⁵¹ ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.

⁵² MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 67 ss.; MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss.; ID., *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 539 ss.

ISBN 979-12-210-1540-9



9 791221 015409